

## Nieuwsbrief GZR Updates - Nummer 04, 2018

Nummer 4, 2018

*Redactie: mr. dr. R.P. Wijne, mr. L. Beij, mr. drs. R.M. Bertens, mr. J.W. Bosman, mr. M. Christe, mr. A.C. de Die, mr. M.A. Goldschmidt, mr. J.F. Groen, mr. N.A.D. Groot, mr. I.W. Hanemaaijer, mr. M.M. Hofstee, mr. A. Jagt, mr. J.M. Janson, mr. drs. C. van der Kolk, mr. X.R. van der Kruk-Ras, mr. I.J. de Laat, mr. E. Lam, mr. M. Martin, mr. A.M. De Nijs, mr. C. Pluijgers, mr. T.R. Riemersma, mr. A. Rube, mr. D. Schuurman, mr. S. Snelder, mr. C. Velink, mr. C.W.M. Verberne, mr. H.B.M. Vrieling, mr. J.M. de Vries, mr. D. van der Wal en mr. K.S. Waldron.*

### INHOUDSOPGAVE

#### Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2018:222](#) 16-02-2018

X/Y

#### Hof

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:217](#) 30-01-2018

X/Stichting Bouman GGZ en De Staat der Nederlanden

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:5303](#) 19-12-2017

Stichting MIES/cliëntbegeleider

#### Rechtbank

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:353](#) 31-01-2018

Insula Dei Huize Kohlmann/bestuurder

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:247](#) 31-01-2018

pedagogisch medewerkster/kinderdagverblijf

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2018:691](#) 17-01-2018

verpleegkundige/Ziekenhuis Gelderse Vallei

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2017:5189](#) 13-12-2017

X/Y

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:9615](#) 22-11-2017

Verzorgende/Omring

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:6796](#) 11-10-2017

werknemer/Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie

## Tuchtcolleges

[Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven,](#)  
[ECLI:NL:TGZREIN:2018:22](#) 21-02-2018

X/Y

[Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 's-Gravenhage,](#)  
[ECLI:NL:TGZRSGR:2018:21](#) 20-02-2018

X/Y

[Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, ECLI:NL:TGZCTG:2018:47](#) 15-  
02-2018

[Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, ECLI:NL:TGZCTG:2018:51](#) 15-  
02-2018

X/Y

[Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven,](#)  
[ECLI:NL:TGZREIN:2018:19](#) 14-02-2018

X/Y

[Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle,](#)  
[ECLI:NL:TGZRZWO:2018:43](#) 13-02-2018

X/Y

## Uitspraken zonder ECLI

[Geschillencommissie Zorg Algemeen](#) 07-06-2017

X/Y

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

[Geschillencommissie ziekenhuizen](#) 06-07-2017

Klager/Stichting Slingeland Ziekenhuis

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

[Geschillencommissie Huisartsen](#) 13-09-2017

X/Y

*Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI*

## Annotatie

[Rock G. alias de Borstendokter; opzet, de medische exceptie en samenloop.](#)

mr. J.F.M. Wasser en mr. A.M. van der Wal

RECHTSPRAAK

**X/Y**

***Klager heeft een klacht ingediend tegen een internist in opleiding en haar supervisor. Omdat het feitencomplex hetzelfde is, worden deze zaken in één samenvatting behandeld. Klager is van augustus tot oktober 2015 bij de internist in opleiding in behandeling geweest. Zij en de supervisor verwerpen ten onrechte de diagnose ijzergebreksanemie bij klager. Twee jaar later krijgt klager deze diagnose alsnog. Hij verwijt verweersters dat zij onzorgvuldig en onjuist hebben gehandeld. Het RTG Eindhoven is van oordeel dat de volledige tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid op basis van de omstandigheden van het geval bij de supervisor berust. De klacht tegen de internist in opleiding is dan ook ongegrond. De supervisor krijgt een waarschuwing.***

*Feiten*

In deze zaak zijn twee verweersters: een arts-assistent in opleiding tot specialist interne geneeskunde (hierna: de arts-assistent) en haar supervisor, een internist (hierna: de internist). Klager komt in augustus 2015 op de afdeling interne geneeskunde op poli-spreekuur bij de arts-assistent, via de reumatoloog, op verdenking van ijzergebreksanemie. De arts-assistent neemt dan een anamnese af en doet lichamelijk onderzoek en een bloedonderzoek om de ijzerstatus te bepalen. Hierna vindt een paar keer contact plaats tussen klager en de arts-assistent. Op 2 oktober 2015 stopt de behandeling. Op 4 februari 2016 hebben de arts-assistent en de internist een brief gemaakt die verzonden is aan de huisarts van klager, waarin duidelijk wordt dat de diagnose ijzergebreksanemie is verworpen. Klager is in oktober 2016 opnieuw naar de internist verwezen met als vraagstelling 'revisie anemie'. In een ander ziekenhuis wordt dan alsnog de diagnose ijzergebreksanemie en gastritis gesteld.

Klager verwijt verweersters dat zij hebben nagelaten de noodzakelijke medische zorg te verlenen. Verweersters hebben onzorgvuldig en onjuist gehandeld door geen aanvullend

maag- en darmonderzoek te laten verrichten. Daarom heeft klager gezondheidsrisico's gelopen en had hij, bij correct onderzoek, twee jaar eerder behandeld kunnen worden voor de gastritis.

#### *Oordeel ten aanzien van de arts-assistent*

De arts-assistent was op het moment van de behandeling van klager in het vierde jaar van haar opleiding. Zij heeft iedere stap in het proces besproken met haar supervisor, de internist. Er was sprake van een complex leerstuk. Bij de beoordeling van de vraag welke handelingen in welke fase aan de arts-assistent in opleiding mogen worden overgelaten, is van doorslaggevende rol de inschatting die de opleider mag hebben van de ervaring en vaardigheid van de arts in opleiding. Gedurende de opleiding wordt de verantwoordelijkheid dus meer en meer gedeeld tussen supervisor en leerling. Gezien de omstandigheden van het geval, namelijk dat er sprake is van een complex leerstuk (waar weinig richtlijnen voor bestaan) en dat er sprake was van een intensieve supervisie waarbij de arts-assistent alles met haar supervisor heeft besproken en daarbij rekening houdend met de fase van de opleiding van de arts-assistent, is het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven (RTG) van oordeel dat de volledige tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid rust op de schouders van de supervisor (de internist). Gelet hierop zijn de klachten tegen de arts-assistent ongegrond.

#### *Oordeel ten aanzien van de internist*

Het RTG Eindhoven is dus van oordeel dat de volledige tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid berust bij de internist.

Op grond van de stukken staat vast dat de arts-assistent en de internist naar aanleiding van het consult op 31 augustus 2015 de diagnose ijzergebreksanemie overwogen, maar vervolgens verworpen (naar later bleek ten onrechte). Dit had, aldus het RTG Eindhoven, niet zomaar gemogen. Hoewel het leerstuk ijzergebreksanemie complex is, waren er in casu onvoldoende factoren aanwezig om deze diagnose zonder meer te verwerpen (ook op grond van het voor de beroepsgroep relevante online tekstboek hierover). Klager kwam immers via de reumatoloog, en uit zijn familiegeschiedenis komt naar voren dat er in zijn stamgezin kanker voorkwam: in ieder geval bij de moeder colonpoliepen en coloncarcinoom en dat er bij klager sprake was van een te laag Hb en een te lage ferritine-waarde.

Zelfs indien te billijken zou zijn geweest dat de werkdiagnose B12-deficiëntie werd gesteld, had er in ieder geval gevolg moeten zijn gegeven aan de behandeling van klager. Zo had de internist met meer zekerheid de diagnose kunnen stellen (of verwerpen).

De klacht is dan ook gegrond. De internist krijgt een waarschuwing.

*mr. M.T. Schagen*

---

**Instantie:** Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven

**Datum uitspraak:** 21-02-2018

**ECLI:** ECLI:NL:TGZREIN:2018:22

**Zaaknummer:** 17145

**Advocaten:** H.A.J. Stollenwerck, A.N.L. de Hoogh en P.A. de Zeeuw

**Wetsartikelen:** 47 lid 1 Wet BIG

RECHTSPRAAK

**X/Y**

***Klager is ontvankelijk in zijn klacht tegen een longarts (niet zijn behandelaar). Dit levert geen misbruik van zijn rechten op, omdat een eerdere klacht met hetzelfde feitencomplex niet eerder inhoudelijk is behandeld. Klager heeft cystic fibrosis (CF) en heeft zeer positieve ervaringen met 'The Vest', een hulpmiddel dat niet vergoed wordt. Verweerder houdt zich met CF bezig als voorzitter van de raad van advies van een patiëntenorganisatie. In die hoedanigheid heeft hij contact met klager over diens onvrede over het niet vergoeden van het vest. Verweerder blijft bij zijn standpunt dat hij dat niet wenselijk acht. De klachten van klager zien op de mailwisseling met verweerder. Deze kunnen vallen onder de tweede tuchtnorm. Toch zijn de klachten, aldus het RTG Den Haag, ongegrond.***

*Feiten*

Klager heeft cystic fibrosis (CF) en is actief in de 'CF-wereld': hij heeft een stichting voor patiënten en is lid van de raad van advies van het E, alwaar hij in behandeling is. Verweerder houdt zich beroepshalve bezig met CF: hij is werkzaam als longarts en voorzitter van de raad van advies van de F (een patiëntenbelangenorganisatie, hierna: de F).

In 2007 heeft klager een hulpmiddel kunnen testen, genaamd 'The Vest'. Hij heeft hier zeer positieve ervaringen mee. De F steunde de introductie van dit vest niet, omdat fysiotherapie net zo effectief en minder riskant was. Klager heeft verweerder hierover per e-mail om opheldering gevraagd, waarop verweerder heeft geantwoord en daarnaast heeft gevraagd of klager in de toekomst eerst met hem contact op kon nemen, alvorens hij berichtgeving over een bepaald beleid verspreidde. In 2007 wordt ook de CBO-richtlijn Diagnostiek en Behandeling Cystic Fibrosis herzien; The Vest wordt niet expliciet aanbevolen. Vanaf 2008 heeft klager een leenvest gekregen, waar hij zeer goede ervaringen mee heeft.

In 2013 is klager in een discussie beland over de vergoedbaarheid van The Vest. Hij benadert daarover ook het College voor Zorgverzekeringen (CVZ) en verschillende andere longartsen. Uit al deze mails komt naar voren dat The Vest geen bekende meerwaarde heeft voor CF-patiënten ten opzichte van andere behandelmethoden en dus niet direct voor vergoeding in aanmerking komt. Al deze mails heeft klager aan verweerder doorgestuurd met de vraag of hij nog iets voor hem kon betekenen.

Verweerder mailt dan naar klager terug, met in de cc het CVZ en de F, dat er recent onderzoek is gepubliceerd waar The Vest zeer negatief uit kwam. Het vergoeden van dit dure middel is zijns inziens dan ook niet aan de orde. Hij raadt klager daarom tevens aan te stoppen met het gebruik en met zijn behandelaar te overleggen welke vormen van fysiotherapie voor hem geschikt zijn. Daarnaast vraagt hij klager zijn subjectieve positieve ervaringen niet te verspreiden onder andere patiënten.

De klacht luidt dat verweerder het vertrouwen van klager heeft geschaad doordat hij in zijn e-mail het CVZ en de F heeft ge-cc'd en daarmee tevens zijn beroepsgeheim heeft geschonden door een behandeladvies te geven. Daarnaast adviseert hij klager te stoppen met The Vest, waardoor zijn gezondheid in gevaar komt en hij probeert klager de mond te snoeren. Ten slotte luidt de klacht dat verweerder het werk en advies van Zorginstituut Nederland (voorheen CVZ, hierna: ZiNL) probeert te beïnvloeden, hij een onjuiste opvatting propageert ten aanzien van The Vest en het geneesmiddel Orkambi en dat hij CBO-consensus negeert.

Vervolgens heeft klager de klacht ingetrokken, niet omdat hij niet meer achter de klacht stond, maar omdat hij van mening is dat door bepaalde achtergrondzaken een objectieve behandeling van de zaak onmogelijk is gemaakt.

#### *Oordeel*

Allereerst oordeelt het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Den Haag (RTG) over de ontvankelijkheid van klager. Op grond van artikel 65 lid 10 Wet BIG meent verweerder dat klager niet-ontvankelijk is, nu klager al eens eerder een klacht met hetzelfde feitencomplex heeft ingediend en toen, eveneens na intrekking, niet ambtshalve is besloten de klacht te behandelen (eveneens art. 65 lid 10 Wet BIG). Het CTG heeft hierover echter bepaald dat indien er nog geen eindbeslissing is gegeven, het staken van een behandeling op grond van artikel 65 lid 10 Wet BIG slechts een procedurele en geen inhoudelijke afsluiting inhoudt. Klager kan dan alleen nog niet-ontvankelijk zijn indien hij met het opnieuw indienen van een eerdere klacht met hetzelfde feitencomplex misbruik maakt van zijn bevoegdheid. Het enkele feit dat de klacht opnieuw wordt ingediend, is daarvoor niet voldoende. Van bijkomende

omstandigheden is niet gebleken. Klager is dus ontvankelijk in zijn klacht.

Ten tijde van het handelen waar klager over klaagt, was klager niet de patiënt van verweerder. De klacht dat verweerder zonder deugdelijke grond zich negatief uitlaat over The Vest, zich ten onrechte positief uitlaat over Orkambi en CBO-consensus negeert, kunnen echter wel vallen onder de tweede tuchtnorm (enig ander handelen in die hoedanigheid in strijd met het belang van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg). Daarmee is echter wel vereist dat klager een rechtstreeks belanghebbende is bij deze klacht zoals bedoeld in artikel 65 lid 1 sub a Wet BIG. Wat betreft de klacht over Orkambi, is hiervan geen sprake. Dit geldt ook voor The Vest. Klager heeft hierbij primair een (persoonlijk) financieel belang. Klager heeft feitelijk echter al sinds 2008 toegang tot een vest. In dit geval is zijn financiële belang dus onvoldoende om hem rechtstreeks belanghebbende te maken.

Ook heeft verweerder zijn beroepsgeheim niet geschonden. Verweerder was niet klagers behandelaar en daarnaast moet het behandeladvies worden gezien in het licht van de e-maildiscussie in het geheel. Verweerdens advies vloeit voort uit wetenschappelijke inzichten en biedt daarom geen medische, privacygevoelige kennis over klager. Bovendien is klager bij CVZ en F bekend als CF-patiënt. Daarbij heeft verweerder klagers gezondheid niet in gevaar gebracht, nu hij klager ook heeft aangeraden met zijn behandelaar te overleggen welke vorm van therapie toepasselijk is.

De klacht dat de e-mail die verweerder naar klager, CVZ en F heeft gestuurd moet worden bestempeld als 'verraad' valt niet onder de eerste of tweede tuchtnorm.

De klachten zijn ongegrond.

*mr. M.T. Schagen*

---

**Instantie:** Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 's-Gravenhage

**Datum uitspraak:** 20-02-2018

**ECLI:** ECLI:NL:TGZRSGR:2018:21

**Zaaknummer:** 2017-179

**Advocaten:** E.C.M. de Jong

**Wetsartikelen:** 47 lid 2 Wet BIG



RECHTSPRAAK

**X/Y**

***De klacht tegen verweerder (een arts in dienst van het medisch adviesbureau van een gemeente) is deels gegrond nu hij zijn onafhankelijkheid onvoldoende heeft bewaakt. Hij heeft klaagster gesproken in het kader van een bezwaarprocedure tegen de beslissing om haar WMO-aanvraag voor een handbewogen rolstoel en woningaanpassingen af te wijzen. Onder druk van de gemeente heeft hij uiteindelijk zijn advies aangepast, zonder dit met klaagster te bespreken. Dit heeft geleid tot het ongegrond verklaren van klaagsters bezwaar. Verweerder krijgt hiervoor een waarschuwing.***

*Feiten*

Verweerder is als arts verbonden aan het medisch adviesbureau van een gemeente. Hij spreekt daar klaagster over een handbewogen rolstoel en woningaanpassingen in het kader van een WMO-aanvraag (deze zijn in eerste instantie afgewezen, waartegen klaagster bezwaar heeft gemaakt). Naar aanleiding van dit gesprek stelt hij een rapport op waar klaagster akkoord mee is (Advies 1). Daarna geeft hij het rapport aan zijn leidinggevende, die het op haar beurt doorstuurt aan de gemeente.

De gemeente is het niet eens met de rapportage en onder druk van hen past verweerder het advies aan (Advies 2). Advies 1 en 2 verschillen op verschillende punten wezenlijk van elkaar. In het kort kwamen de aanpassingen erop neer dat het advies om de aangevraagde voorzieningen toe te wijzen werd geschrapt, opmerkingen over beperkingen en functionele mogelijkheden werden toegevoegd en opmerkingen over indicatieduur, behandelingsmogelijkheden en prognose werden genuanceerd. Op basis van Advies 2 wordt de beslissing op bezwaar genomen en wordt klaagsters verzoek om voorzieningen opnieuw afgewezen.

Klaagster verwijt verweerder dat:

- hij zonder haar toestemming het medisch advies heeft aangepast, waarbij zij geen gebruik heeft kunnen maken van haar inzage- en blokkeringsrecht;
- hij een tweede medisch advies heeft gegeven op aanwijzing van de gemeente;
- hij het medisch beroepsgeheim en de beroepscode heeft geschonden.

Ter zitting heeft klagster toegelicht dat zij met haar klacht vooral aan de orde wil stellen dat verweerder onder druk van de gemeente zijn rapportage heeft aangepast, waardoor van een onafhankelijk advies geen sprake meer is.

### *Oordeel*

Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle (RTG) is van mening dat, ongeacht of het inzage- en/of blokkeringsrecht in deze situatie van toepassing is, het duidelijk is dat verweerder niet zorgvuldig heeft gehandeld door zijn advies op aandringen van de gemeente aan te passen, zonder klagster daarin te betrekken. Op basis van de KNMG-Richtlijn Omgaan met medische gegevens had verweerder klagster moeten vragen of zij de uitslag van de medische advisering had willen vernemen. Ook wordt vermeld dat bij rapportages, waarbij het blokkeringsrecht niet van toepassing is, het wel goed gebruik is om de betrokkene eerst een conceptrapport toe te sturen en daarmee de gelegenheid te geven feitelijke onjuistheden te corrigeren.

Verweerder had tevens moeten begrijpen dat de aanpassingen door de gemeente niet voor niets waren en dus relevant. Bovendien had verweerder klagster te kennen gegeven dat hij zou adviseren de voorzieningen te verstrekken, wat hij in Advies 2 dus heeft geschraapt, terwijl hij wel in datzelfde advies liet staan dat hij een en ander had besproken met klagster.

Klagster heeft dus niet de kans gehad feitelijke onjuistheden te corrigeren en haar mening mee te laten wegen. Daarnaast heeft verweerder de schijn van een gebrek aan objectiviteit laten ontstaan, omdat gebleken is dat de gemeente min of meer heeft gedictieerd wat er in het advies moest worden opgenomen. Tot zover is de klacht gegrond.

De klacht ten aanzien van de schending van het beroepsgeheim is niet gegrond, nu niet in geschil is dat klagster toestemming had gegeven voor het verstrekken van informatie aan de gemeente.

Verweerder heeft zijn eigen professionaliteit onvoldoende bewaakt en te weinig oog gehad voor de positie van klagster. Daar staat tegenover dat hij in zijn inwerkperiode zat, hij bij de aanpassing van het advies op advies van een ervaren collega heeft gehandeld en onder (tijds)druk stond. Gelet hierop acht het RTG Zwolle de maatregel van waarschuwing passend.

*mr. M.T. Schagen*

---

**Instantie:** Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle

**Datum uitspraak:** 13-02-2018

**ECLI:** ECLI:NL:TGZRZWO:2018:43

**Zaaknummer:** 268/2017

**Advocaten:** D.M. Pot

**Wetsartikelen:** 47 lid 1 Wet BIG

RECHTSPRAAK

## **werknemer/Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie**

***Een werknemer accepteert in het kader van een reorganisatie een nieuwe, lagere, functie. De kantonrechter bepaalt dat hij dan ook de bijbehorende, mindere, arbeidsvoorwaarden dient te accepteren. Wel dient de werkgever op grond van goed werkgeverschap aan de werknemer een overgangperiode of een financiële compensatie voor het verlies van het gebruik van de leaseauto te geven.***

### *Feiten*

Werknemer is sinds 1 augustus 1986 in dienst bij (de rechtsvoorganger van) het Koninklijk Nederlands Genootschap voor Fysiotherapie (KNGF). In 2016 is een reorganisatieplan opgesteld door het KNGF. Per brief van 19 september 2016 is aan werknemer bevestigd dat zijn functie van strategisch adviseur per 1 januari 2017 komt te vervallen, dat er geen met die functie uitwisselbare (nieuwe) functie beschikbaar is en dat hij daarmee per die datum boventallig zal worden. Werknemer heeft herplaatsing in de functie van senior medewerker belangenbehartiging per 1 januari 2017 aanvaard, maar hij heeft niet ingestemd met de bij deze functie behorende arbeidsvoorwaarden. Deze functie is lager ingeschaald dan de functie van strategisch adviseur, zodat de in het sociaal plan opgenomen afbouwregeling van toepassing zou zijn. Het KNGF heeft werknemer voorts laten weten dat de functietoeslag zal komen te vervallen omdat deze was gekoppeld aan de functie van strategisch adviseur en dat werknemer niet meer in aanmerking komt voor een leaseauto in zijn nieuwe functie vanwege het nieuwe leasebeleid. Partijen hebben zich op de voet van artikel 96 Rv daarom tot de kantonrechter gewend ter beslechting van hun geschil over de voor werknemer geldende arbeidsvoorwaarden.

### *Oordeel*

De kantonrechter stelt voorop dat de reorganisatie van het KNGF een gegeven is. Werknemer heeft herplaatsing in de functie van senior medewerker belangenbehartiging aanvaard en is

met de bijbehorende werkzaamheden ook daadwerkelijk begonnen per 1 januari 2017. Waar hij zich niet bij wenst neer te leggen is dat deze gang van zaken ook gevolgen heeft voor zijn arbeidsvoorwaarden. Werknemer miskent daarmee echter dat aanvaarding van de hem aangeboden functie van senior medewerker belangenbehartiging in beginsel tevens aanvaarding van de bij deze functie behorende arbeidsvoorwaarden omvat. Van een door de werkgever geïnitieerde eenzijdige wijziging als bedoeld in de *Stoof/Mammoet*-rechtspraak is hier geen sprake. De kantonrechter kan werknemer niet volgen in zijn standpunt dat de inkomensachteruitgang ten opzichte van zijn vorige functie zodanig is dat het KNGF als goed werkgever in redelijkheid gehouden was tot verdergaande maatregelen ter verzachting daarvan dan hij al heeft gedaan. Voor het KNGF is het door de OR goedgekeurde sociaal plan leidraad bij de afwikkeling van de (gevolgen van de) reorganisatie. De kantonrechter gaat ervan uit dat deze afbouw plaatsvindt conform het sociaal plan. Tussen partijen is ook in geschil of het KNGF gehouden was de in 2012 toegekende garantietoelage te handhaven. Om te voorkomen dat dit geschilpunt toch weer oplaait in de jaren dat werknemer nog voor het KNGF werkzaam zal zijn, overweegt de kantonrechter dat er onvoldoende aanknopingspunten zijn om werknemer te volgen in zijn standpunt dat het KNGF onder de gegeven omstandigheden gehouden was om de garantietoelage te handhaven. Ten aanzien van de leaseauto en de daarbij behorende maandelijkse toelage overweegt de kantonrechter het navolgende. Dat de leaseauto en de toelage in elk geval aan de functie van strategisch adviseur verbonden arbeidsvoorwaarden waren, lijdt geen twijfel. De wijziging van het leasebeleid medio 2016 had destijds dan ook niet zonder meer kunnen leiden tot een eenzijdige wijziging in die arbeidsvoorwaarden van werknemer, althans niet zonder dat aan de criteria van *Stoof/Mammoet* zou zijn voldaan. Niet in geschil is echter dat op het moment dat werknemer de herplaatsingsfunctie van senior medewerker belangenbehartiging aanvaardde, het leasebeleid daadwerkelijk was gewijzigd en dat hij in die functie op grond van dat leasebeleid (mede in verband met het door het KNGF gehanteerde autoleasereglement) niet meer in aanmerking kwam voor een leaseauto. Werknemer heeft in zijn huidige functie dus geen recht op de leaseauto en de bijbehorende maandelijkse toelage. Dat neemt niet weg dat het verlies van de leaseauto en de toelage een aanzienlijke impact heeft op de financiële positie van werknemer. Dit leidt de kantonrechter tot de conclusie dat het op de weg van het KNGF had gelegen om als goed werkgever jegens werknemer enige coulantie te betrachten in de vorm van een in acht te nemen overgangperiode dan wel een vorm van financiële compensatie ter verzachting van de financiële gevolgen van de inname van de leaseauto en het beëindigen van de toelage. Een omschakelingsperiode van twaalf maanden moet in de gegeven omstandigheden voldoende worden geacht voor werknemer om het met zijn nieuwe functie gepaard gaande verlies van de leaseauto en de toelage te kunnen opvangen. Van het KNGF hoeft niet te worden verwacht dat hij daarna voor een korte periode opnieuw een

gebruiksovereenkomst met werknemer aangaat. In plaats daarvan dient hij werknemer financieel te compenseren ter overbrugging van het restant van de genoemde twaalf maanden. De kantonrechter stelt deze compensatie in redelijkheid vast op € 3350.

*mr. J.J.W. van Mens*

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 11-10-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2017:6796

**Zaaknummer:** 6239668 AC VERZ 17-3249 MGdV/30360

**Advocaten:** R. Amelink en M. Verschoof

**Wetsartikelen:** 7:611 BW

## RECHTSPRAAK

### **X/Y**

***Deze zaak betreft een klacht over een huisarts, die tevens de zoon van de in deze kwestie betrokken – inmiddels overleden – patiënte is. Klaagster is de dochter van patiënte en zus van verweerder. Zij verwijt verweerder onder meer overschrijding van de grenzen van de arts-patiëntrelatie en misbruik van de afhankelijke positie van de moeder. Klaagster had al jaren geen contact meer met de moeder. Daarom kan zij thans niet worden geacht de wil van de overleden moeder te vertegenwoordigen en is zij geen belanghebbende in de zin van artikel 65 lid 1 Wet BIG. Klaagster is niet-ontvankelijk in haar klacht.***

*Feiten* Klaagster en verweerder zijn zus en broer. Zij hebben nog twee zussen en twee broers. De vader van klaagster en verweerder heeft in 1997 een testament gemaakt. Daarin zijn moeder en de zes kinderen samen benoemd tot erfgenaam. De vader is in september 1999 overleden. De moeder is in 2001 getroffen door een hersenbloeding. In mei 2004 heeft zij een testament gemaakt. In dit testament heeft de moeder alle kinderen tot erfgenaam benoemd en een van haar zoons (niet zijnde verweerder) tot executeur/vereffenaar. Begin 2009 is zij opgenomen op een gesloten afdeling van een zorginstelling vanwege dementie. In 2010 volgde een ziekenhuisopname, waarna zij werd opgenomen in een verpleeghuis. De moeder is in januari 2011 overleden. Verweerder was van 1985 tot 2010 (het moment van opname in het verpleeghuis) huisarts van zijn moeder. In deze procedure verwijt klaagster verweerder: (i) dat verweerder verschillende gedragsregels van de KNMG heeft geschonden door misbruik te maken van de arts-patiëntrelatie (gedragsregel II.1) en door tijdens het leven van moeder geschenken aan te nemen die in onevenredige verhouding tot de gebruikelijke honorering staan (gedragsregel II.21); (ii) dat verweerder misbruik heeft gemaakt van het feit dat patiënte na haar hersenbloeding in 2001 in toenemende mate kwetsbaar, beïnvloedbaar en dementerend was; (iii) dat er zich een vermenging van rollen heeft voorgedaan, doordat verweerder de zoon maar ook de huisarts van zijn moeder was. Van verweerder mocht worden verwacht dat hij zelfs de schijn van belangenverstremming vermeed. Klaagster heeft haar

klacht als volgt onderbouwd. In 2015 kon klaagster pas beschikken over de bankafschriften van de bankrekening van moeder. Dit, omdat de executeur voordien weigerde klaagster inzage of afschrift te geven. Uit deze bankafschriften is naar voren gekomen dat in een periode van zes jaar (vanaf 2005 tot en met 2010) in totaal € 619.414,95 van de ING-bankrekening van haar moeder was afgeschreven. In die periode hebben tal van mutaties plaatsgevonden die niet kunnen worden gerekend tot de normale levensbehoefte van de moeder. Te denken valt aan aanschaf van dure linge, maar ook diverse aankopen bij Ikea en Makro. Daarnaast zijn diverse (hoge) artsenrekeningen van verweerder betaald. In 2010 heeft verweerder, terwijl de moeder op een gesloten afdeling verbleef, € 98.000 als zijnde een vordering op de nalatenschap van de ABNAMRO-bankrekening van de moeder opgenomen. Niet uitgesloten kan worden dat verweerder meer gelden heeft opgenomen van deze en overige bankrekeningen van de moeder. Zo heeft hij op 28 april 2010 een bedrag van € 2000 ten gunste van zichzelf overgeschreven, waarvoor geen verklaring is gegeven. De moeder was zowel fysiek als mentaal zwaar afhankelijk van verweerder. Sinds 2002 raakte de moeder geleidelijk aan wilsonbekwaam. Na haar hersenbloeding in 2001 was zij zowel fysiek als mentaal niet meer in staat geld op te nemen en uitgaven te verrichten, dan wel hierover besluiten te kunnen nemen. Verweerder had toegang tot de bank-/girorekeningen van de moeder. Hij beschikte sinds 2001 over haar bankpas van de ING bank. Door als zoon tevens als huisarts te fungeren heeft zich een vermenging van rollen voorgedaan. Verweerder stelt zich primair op het standpunt dat klaagster niet-ontvankelijk moet worden geacht in haar klacht. Klaagster is ten eerste niet klachtgerechtigd in de zin van artikel 65 lid 1 Wet BIG. Zij is weliswaar een nabestaande van patiënte, maar zij wordt niet geacht de wil van patiënte te vertegenwoordigen. Klaagster heeft sinds 2001 tot het overlijden van patiënte een conflict met haar moeder gehad over de nalatenschap van de vader. In de laatste tien jaren van haar leven had patiënte niet of nauwelijks contact met klaagster. Klaagster heeft zich nimmer om haar moeder bekommerd, noch heeft zij haar belangen op enige wijze behartigd. Ten tweede betreffen de klachtonderdelen enkel het handelen van verweerder in zijn hoedanigheid van zoon en niet de handelingen in zijn hoedanigheid van huisarts van patiënte (art. 47 lid 1 Wet BIG). De verweten gedragingen raken niet de waarden van het beroep van (huis)arts in de kern. Het subsidiair gevoerde verweer blijft hier, gelet op het oordeel van het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Eindhoven (RTG), verder buiten beschouwing.

*Oordeel* Het RTG overweegt dat ingevolge artikel 65 lid 1 Wet BIG een tuchtzaak aanhangig wordt gemaakt door een schriftelijke klacht van – onder meer – een rechtstreekse belanghebbende (art. 65, lid 1 sub a Wet BIG). Onder dit begrip valt in ieder geval de patiënt zelf. Na het overlijden kunnen de nabestaanden klachtgerechtigd zijn, maar dit recht berust op de te veronderstellen wil van de overleden patiënt. Verweerder stelt dat klaagster door het indienen van een klacht niet handelt overeenkomstig de wil van patiënte. Dit heeft klaagster



weersproken. Het RTG onderzoekt daarom of klagster, als naaste betrekking van een overleden patiënte, de wil van haar overleden moeder vertegenwoordigt. Hierbij stelt het RTG voorop dat het indienen van een klacht, behoudens het geval dat sprake is van bijzondere omstandigheden die aanleiding geven daaraan te twijfelen, het oordeel rechtvaardigt dat de klagende nagelaten betrekking de wil van de overleden patiënt vertegenwoordigt. In deze zaak is naar het oordeel van het RTG echter sprake van de bedoelde bijzondere omstandigheden: er is volgens het RTG voldoende aanleiding om uit te gaan van gerede twijfel over de vraag of klagster wel de wil van de overleden patiënte, haar moeder, vertegenwoordigt. Verweerder en klagster zijn broer en zus. Zij stellen dat zij steeds (een goed) contact met de moeder hebben onderhouden gedurende haar gehele leven. Dat verweerder nauwe contacten onderhield met de moeder is niet betwist. Voorts staat vast dat hij sinds 1985 de huisarts van de moeder was – en in die hoedanigheid contacten met haar onderhield – en dat hij gedurende het leven van de moeder ook privé nauw bij haar betrokken was. Zo woonde de moeder, na haar hersenbloeding, gedurende ongeveer een half jaar bij verweerder en kwam zij nadien wekelijks bij hem thuis eten. Verder verwijst het RTG in dit verband naar de verklaring van de moeder van 7 oktober 2005, opgesteld ten behoeve van de kantonrechter, waarin is vermeld dat verweerder al jaren zorgt voor zijn broer en om die reden het curatorschap over die broer van de moeder diende over te nemen. Weliswaar heeft klagster de authenticiteit van deze verklaring betwist, maar die betwisting is niet onderbouwd. Dit klemmt temeer nu verweerder door de kantonrechter is benoemd tot curator en dus ook de kantonrechter geen twijfels had over de inhoud en authenticiteit van deze verklaring. Het RTG gaat daarom aan deze stelling voorbij. Gelet op die nauwe band die verweerder met de moeder had, wordt hij geacht bekend te zijn met haar (veronderstelde) wil. Verweerder heeft gesteld dat patiënte nimmer zou hebben ingestemd met de thans voorliggende klacht. Dat (ook) klagster (een goed) contact had met haar moeder en dat op grond daarvan kan worden vastgesteld dat (ook) zij geacht kan worden bekend te zijn met de (veronderstelde) wil van de moeder, kan door het RTG echter niet worden vastgesteld. Verweerder heeft uitdrukkelijk betwist dat klagster sinds 2001 contact heeft gehad met patiënte. Die betwisting heeft verweerder genoegzaam onderbouwd, met onder meer een verklaring uit 2005 van de moeder waarin zij aangeeft al jaren geen contact meer te hebben met haar dochters. Tegenover die gemotiveerde betwisting van verweerder heeft klagster enkel gesteld dat zij wel degelijk contact – in het geheim – met haar moeder onderhield. Klagster heeft nagelaten die stelling te onderbouwen met bijvoorbeeld foto's, verklaringen of correspondentie. Bovenstaande feiten en omstandigheden leiden, in onderlinge samenhang gezien, tot het oordeel dat het ervoor moet worden gehouden dat klagster met het voeren van deze tuchtprocedure niet de wil van de overleden patiënte vertegenwoordigt, zodat zij geen van de wil van patiënte afgeleid klachtrecht heeft. Klagster is derhalve niet-ontvankelijk in haar klacht.

*mr. J.M. de Vries*

---

**Instantie:** Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven

**Datum uitspraak:** 14-02-2018

**ECLI:** ECLI:NL:TGZREIN:2018:19

**Zaaknummer:** 17195

**Advocaten:** M. van Eeden

**Wetsartikelen:** 47 lid 1 Wet BIG

RECHTSPRAAK

## **pedagogisch medewerkster/kinderdagverblijf**

***Het door een pedagogisch medewerkster achterlaten van een baby na sluiting van een kinderdagverblijf is geen bewust roekeloos handelen. Wel is er sprake van ernstig verwijtbaar handelen waardoor het ontslag op staande voet niet wordt vernietigd. In het midden blijft of werkgeefster onrechtmatig heeft gehandeld door een Facebookbericht over het incident met de naam van werkneemster te plaatsen omdat werkneemster snel een andere baan heeft gevonden en niet heeft aangetoond dat er afwijzingen zijn geweest vanwege het Facebookbericht. Werkgeefster heeft zich ten aanzien van achterstallig loon ten onrechte op verrekening beroepen omdat er niets te verrekenen viel.***

### *Feiten*

Werkneemster is sinds 1 oktober 2015 in dienst als pedagogisch medewerker bij een kinderdagverblijf. Op 28 april 2016 had werkneemster de taak om als laatste het kinderdagverblijf te sluiten. Omstreeks 17:50 uur maakte zij een sluitingsronde. Toen zij van de ronde terugkwam, was er nog één kind aanwezig. De werkneemster sloot rond 18:15 uur het kinderdagverblijf af, bracht het betreffende kind naar haar moeder en vertrok vervolgens naar huis. Omstreeks 18:30 werd de directeur van het kinderdagverblijf gebeld door een moeder die haar baby wilde ophalen, maar een dicht en donker kinderdagverblijf aantroef. Een andere medewerker ging vervolgens naar het kinderdagverblijf en opende de deur. De baby bleek nog in een van de babybedjes op de slaapzaal te liggen. Na dit voorval werd de betreffende medewerkster op staande voet ontslagen. Over de maand april 2016 betaalt werkgeefster € 675,84 te weinig en beroept zich op verrekening met door werkneemster toegebrachte schade. Daaropvolgend plaatst het kinderdagverblijf op of omstreeks 29 april 2016 een bericht op haar Facebookpagina waarin zij over het voorval bericht en waarin in ieder geval de voornaam van de werkneemster wordt genoemd. Werkneemster heeft op 27 juni 2016 een verzoekschrift

ingediend om het ontslag te laten vernietigen, waarop werkgeefster als tegenverzoek verzocht de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden. De kantonrechter wees op 2 augustus 2016 beide verzoeken af en oordeelde dat werkneemster ernstig verwijtbaar had gehandeld door niet bij de afsluitronde de lijsten met kinderen te verifiëren en dat het ontslag terecht was. Werkneemster had inmiddels per 5 juli bij een ander kinderdagverblijf een arbeidsovereenkomst gekregen. Werkneemster vordert onder meer betaling van achterstallig loon tot 29 april 2016 en een schadevergoeding van € 1400 (twee maandsalarissen). Zij stelt dat werkgeefster door het Facebookbericht te plaatsen jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld en zij daardoor twee maanden langer werkloos is gebleven. Werkgeefster vordert in reconventie een bedrag van € 34.058. Zij meent dat werkneemster bewust roekeloos heeft gehandeld voorafgaand aan of ten tijde van het voorval, zodat de werkneemster op grond van artikel 7:661 lid 1 BW aansprakelijk is voor de schade die het kinderdagverblijf als gevolg daarvan heeft geleden.

#### *Oordeel*

Een werknemer handelt pas bewust roekeloos in de zin van artikel 7:661 BW, indien hij voorafgaand aan of ten tijde van een incident zich daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging, en desondanks bewust het risico heeft aanvaard dat schade zou kunnen ontstaan (zie HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2235 (*City Tax*)). Van een opgeleide en ervaren kinderleidster mag worden verwacht dat deze secuur het afsluitprotocol naloopt, maar ook een ervaren en opgeleide kinderleidster kan bij het verrichten van routinehandelingen fouten maken. Een dergelijke fout heeft in dit geval tot het ontslag op staande voet van de werkneemster geleid. Dat zij zich ten volle ervan bewust was dat zij de controles niet zorgvuldig had verricht en desondanks toch het kinderdagverblijf heeft afgesloten en zodoende bewust het risico heeft aanvaard dat een kind zou achterblijven, blijkt uit geen van de door de werkgever gestelde feiten of omstandigheden. Van bewuste roekeloosheid in de zin van artikel 7:661 lid 1 BW is geen sprake. De vordering van werkgeefster wordt afgewezen.

Uit de eisen van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) volgt dat een werkgever zorgvuldig dient om te gaan met het op eigen beweging verspreiden van (negatieve) informatie over een werknemer. De inhoud van mededelingen van een (ex-)werkgever zijn immers van belang voor een (ontslagen) werknemer bij het verkrijgen van een nieuwe functie en indien een werkgever toch dergelijke mededelingen doet, ongeacht de vraag of deze feitelijk juist zijn, kan de werkgever onder omstandigheden aansprakelijk worden gehouden voor de schade die de werknemer als gevolg daarvan lijdt (zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:115). In deze zaak kan echter in het midden blijven of het kinderdagverblijf door het plaatsen van het Facebookbericht onrechtmatig, althans in strijd

met goed werkgeverschap heeft gehandeld. Ook indien het standpunt van de werknemer hierin zou worden gevolgd, heeft zij onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit blijkt of kan worden afgeleid dat werknemer als gevolg van de gestelde onrechtmatigheid schade heeft geleden. Nu een afwijzings-e-mail is gedateerd op 29 juni 2016 en werknemer minder dan een week later al in dienst is getreden bij haar huidige werkgever, valt zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, niet in te zien dat werknemer ter zake van die afwijzing inkomensschade heeft geleden.

De vordering van werknemer tot betaling van achterstallig loon plus wettelijke verhoging wordt toegewezen omdat werkgever de juistheid daarvan niet bestreed en zich ten onrechte op verrekening beriep.

*mr. J.J.W. van Mens*

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 31-01-2018

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2018:247

**Zaaknummer:** 6240203 / MC EXPL 17-8167

**Advocaten:** van der F Wiele en Y.A.E. Vlassenroot

**Wetsartikelen:** 7:611 BW en 7:661 BW

RECHTSPRAAK

## **Insula Dei Huize Kohlmann/bestuurder**

***Een stichting heeft ernstig verwijtbaar gehandeld bij de op non-actiefstelling en het ontslag van de statutair bestuurder (werkneemster). Het principe van hoor en wederhoor is geschonden en de gronden voor de op non-actiefstelling zijn onheus. De wijze waarop werkneemster is behandeld en de interne en externe communicatie over de op non-actiefstelling en het ontslag zijn ernstig onzorgvuldig en laakbaar. Er volgt ontbinding op de h-grond met toekenning van de transitievergoeding (€ 26.803), de contractuele vergoeding (€ 75.000), een billijke vergoeding (€ 137.844) en een vergoeding voor de kosten van rechtsbijstand (€ 27.500).***

### *Feiten*

De kantonrechter oordeelt dat door de schorsing en het beëindigen van de statutaire positie (statutair ontslag) de grond voor de arbeidsrelatie is weggefallen en dat het ontbindingsverzoek voor zover gebaseerd op de h-grond (overige omstandigheden) toewijsbaar is. Partijen zijn het erover eens dat op de arbeidsovereenkomst de WNT van toepassing is. Naar het oordeel van de kantonrechter is in deze zaak afwijking van de WNT aanvaardbaar. Werkneemster (statutair directeur) kan in ieder geval aanspraak maken op de transitievergoeding en de contractuele schadevergoeding. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de Stichting verklaard zich erbij neer te leggen, als wordt bepaald dat zij ter zake van de transitievergoeding een bedrag van € 26.803 is verschuldigd en als contractuele vergoeding een bedrag van € 75.000. De vraag die nu met name dient te worden beantwoord is of de Stichting ook nog een billijke vergoeding is verschuldigd.

### *Oordeel*

Een billijke vergoeding kan alleen worden toegewezen indien er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. Een dergelijke situatie doet zich hier naar het oordeel van de

kantonrechter voor. Uitsluitend door toedoen van de Stichting heeft de relatie tussen partijen geen toekomstperspectief. Er is terecht door werkneemster aangevoerd dat de Stichting onder meer het beginsel van hoor en wederhoor niet heeft gerespecteerd, en werkneemster heeft terecht een aantal kanttekeningen geplaatst bij de gang van zaken, die uiteindelijk tot haar schorsing en ontslag als statutair directeur hebben geleid. De op non-actiefstelling van werkneemster en later het ontslag als statutair directeur heeft de Stichting ten onrechte gebaseerd op het verwijt dat de door werkneemster in het kader van het verscherpt toezicht van de IGZ doorgevoerde verbeterprogramma's en maatregelen onvoldoende effectief bleken en dat zij bewust nalatig was bij het verstrekken van de benodigde informatie aan de raad van toezicht over de voortgang van de invoering van het ECD (elektronisch cliënten dossier). Tijdens het bezoek van de IGZ aan de locatie Insula Dei heeft de IGZ vastgesteld dat de ingezette verbeteringslag aantoonbaar en organisatiebreed effect had, terwijl niet is gebleken dat de raad van toezicht bewust onjuist, onvolledig en/of ontijdig door werkneemster is geïnformeerd. De op non-actiefstelling kwam ook als een donderslag bij heldere hemel. Bovendien zou volgens de gespreksagenda het overleg waarin werkneemster op non-actief is gesteld gaan over de voortgang van de maatregelen rondom het verscherpte toezicht (en niet over een mogelijke op non-actiefstelling). Werkneemster moest het pand na afloop van het gesprek direct verlaten, zonder contact te mogen opnemen met haar collega's. Voorts heeft de Stichting tegenover werkneemster ernstig onzorgvuldig gehandeld door iedereen binnen de Stichting direct over de op non-actiefstelling te informeren en door over de op non-actiefstelling de media actief te benaderen. Als goed werkgever heeft de Stichting de verantwoordelijkheid om vooraf na te denken over hoe zij met haar werknemers omgaat. In dit geval is sprake van een opeenstapeling van fouten. Dat de Stichting zich laakbaar heeft gedragen jegens werkneemster en dat de relatie tussen partijen daardoor geen toekomstperspectief heeft – waarmee het ernstig verwijtbaar handelen is gegeven – staat derhalve onverkort overeind. De kantonrechter stelt ten aanzien van de hoogte van de toe te kennen billijke vergoeding het volgende voorop. De kantonrechter neemt bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding naast het ernstig verwijtbare handelen van de Stichting in aanmerking dat werkneemster nog geen nieuwe baan heeft gevonden, terwijl vaststaat dat werkneemster zich, sinds zij is ontslagen, aanzienlijk heeft ingespannen een nieuwe dienstbetrekking te vinden. Dit rechtvaardigt – mede gezien haar ernstig geschonden reputatie en professionele integriteit door de vanuit de Stichting geïnitieerde uiterst negatieve berichtgeving in de gedrukte en digitale media, het blijvend makkelijk vindbaar zijn van de aan werkneemster gemaakte verwijten op internet en het geringe aantal beschikbare functies op het niveau van een bestuurder zoals werkneemster – de verwachting dat zij gedurende een langere periode werkloos zal raken. Van eigen schuld aan de zijde van werkneemster is niet gebleken. Alle omstandigheden in aanmerking nemende acht de kantonrechter termen

aanwezig de billijke vergoeding te bepalen op € 137.844. Omdat de Stichting zich daarmee akkoord verklaart, wordt de Stichting tevens veroordeeld om een vergoeding voor rechtsbijstand te betalen voor een bedrag van € 27.500.

*mr. J.J.W. van Mens*

---

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 31-01-2018

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2018:353

**Zaaknummer:** 6121314/ HA VERZ 17-150

**Advocaten:** H.A. Hoving en J.C.M. Bonnier

**Wetsartikelen:** 7:673 BW, 7:681 BW, 1.6 lid 2 WNT en 7:669 lid 3 onderdeel h BW



RECHTSPRAAK

## **X/Stichting Bouman GGZ en De Staat der Nederlanden**

***De interne rechtspositie van iemand, die met een Bopz-machtiging is opgenomen, wordt bepaald door de Wet Bopz, ook al is hij – om beveiligingsredenen – tijdelijk opgenomen in een tbs-kliniek. Zo'n Bopz-opname in een tbs-kliniek is onder omstandigheden niet onrechtmatig, mits deze opname niet langer duurt dan tot het moment dat er plaats is in een voldoende beveiligde Bopz-erkende instelling.***

### *Feiten*

Betrokkene stelt Stichting Bouwman en de Staat aansprakelijk voor de schade die hij zegt te hebben geleden omdat hij, op basis van een Bopz-machtiging, is opgenomen geweest in een tbs-kliniek, hetgeen hij kwalificeert als een onrechtmatige daad. Die opname was des te meer onrechtmatig omdat hem de Bopz-interne rechtspositie was onthouden toen hij in de tbs-kliniek was opgenomen en omdat in die kliniek geen adequate behandeling was gerealiseerd.

De Rechtbank Rotterdam heeft de vorderingen (na tussenvonnissen d.d. 17 april 2013) op 30 april 2014 afgewezen (zie hiervoor onder: zie ook) en betrokkene komt in hoger beroep.

### *Oordeel*

Het hof bekrachtigt de vonnissen van de rechtbank. Het hof vindt het op zich aannemelijk dat in dit geval de noodzaak bestond dat betrokkene (gezien zijn complexe problematiek en het zeer ernstige gevaar dat daardoor werd veroorzaakt aan anderen) korte tijd werd opgenomen in een tbs-kliniek, gezien het daar aanwezige hoge(re) beveiligingsniveau. In dit geval hebben Stichting Bouman en de Staat echter onvoldoende aangetoond dat betrokkene niet eerder teruggeplaatst kon worden in een Bopz-kliniek en dus was de opname in de tbs-kliniek voor een deel onrechtmatig. Betrokkene heeft echter niet aangetoond dat hij hierdoor schade heeft geleden, mede omdat vaststaat dat betrokkene in de tbs-kliniek dezelfde behandeling heeft gekregen als later in de Bopz-kliniek.

De interne rechtspositie van betrokkene werd bepaald door zijn verblijfstitel en niet door zijn

verblijfplaats, zoals de rechtbank terecht heeft vastgesteld. Omdat de Wet Bopz grondslagen biedt voor dezelfde beperkingen als die, welke op grond van de BvT (Beginselenwet verpleging terbeschikkinggestelden) in de tbs-kliniek konden worden opgelegd heeft betrokkene door dit verschil in rechtspositie geen schade geleden.

Niet is komen vast te staan (omdat betrokkene dat niet concreet heeft gemaakt) dat de in de tbs-kliniek ondergane behandeling verkeerd of ontoereikend was.

*mr. J.M. van Luyck*

---

**Instantie:** Gerechtshof Den Haag

**Datum uitspraak:** 30-01-2018

**ECLI:** ECLI:NL:GHDHA:2018:217

**Zaaknummer:** 200.153.667/01

**Advocaten:** A.W. Grijseels, G.F. van den Ende en R.W. Veldhuis

**Wetsartikelen:** 1 lid 1 aanhef onder h Wet Bopz

RECHTSPRAAK

## **verpleegkundige/Ziekenhuis Gelderse Vallei**

***Een verpleegkundige heeft bij een ziekenhuis een nulurencontract (overeenkomst met uitgestelde prestatieplicht). Omdat zij al enige jaren gemiddeld ruim 60 uur per maand werkt en de CAO Ziekenhuizen de mogelijkheid biedt om in zo'n situatie het contract om te zetten in een contract met een vast aantal uren moet het ziekenhuis in dit geval, mede gebaseerd op het rechtsvermoeden, met terugwerkende kracht de overeenkomst omzetten in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een omvang van 62,7 uur per maand. Dat het ziekenhuis werkneemster niet meer heeft ingeroosterd komt voor rekening van het ziekenhuis.***

### *Feiten*

Werkneemster is sinds 1 december 2010 in dienst bij werkgeefster in de functie van gespecialiseerd verpleegkundige op grond van een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. In de cao is opgenomen dat vanaf 31 december 2014 werknemers met een nulurencontract hun werkgever kunnen verzoeken om dat contract om te zetten in een contract als (flexpool)werknemer. De werkgever dient dat verzoek te honoreren behoudens zwaarwegend economisch bedrijfsbelang. De arbeidsovereenkomst van deze (flexpool)werknemer heeft de omvang van het aantal uren van het kalenderjaar waarin werknemer werkzaam is geweest. Begin januari 2017 deelt werkneemster haar werkgeefster mee dat zij voor het jaar 2017 aanspraak maakt op het aantal uren dat zij gemiddeld per maand in 2016 heeft gewerkt (69,1 uur). Op 12 januari 2017 vindt daarover een gesprek plaats. Tijdens dit gesprek wordt aan werkneemster meegedeeld dat er vooralsnog geen gebruik meer zal worden gemaakt van haar diensten. De uren waarvoor zij vanaf 1 januari 2017 stond ingeroosterd komen te vervallen. Voor een vast urencontract is volgens werkgeefster een minimumaantal uren per week vereist van 24. Werkneemster voldoet daar niet aan. Werkgeefster geeft werkneemster vervolgens de keuze om op basis van een oproepcontract in een flexpool werkzaam te blijven, dan wel te solliciteren op een vacature voor een vast

contract in een bepaalde functie op een bepaalde afdeling. Werkneemster geeft hier geen gehoor aan. Werkneemster vordert een verklaring voor recht dat sprake is van een tussen partijen geldende arbeidsovereenkomst met een omvang van 69,1 uur per maand en vordert betaling van loon over de vanaf 1 januari 2017 vervallen uren.

### *Oordeel*

Tussen partijen is niet (langer) in geschil dat artikel 7:610b BW van toepassing is. Partijen verschillen wel van mening over de vraag welke referperiode dient te worden aangehouden, of het rechtsvermoeden is weerlegd door werkgeefster en in hoeverre werkneemster aanspraak kan maken op een arbeidsovereenkomst met vaste uren en inroostering. Voorop wordt gesteld dat artikel 7:610b BW een (weerlegbaar) rechtsvermoeden inhoudt met betrekking tot de omvang van een arbeidsovereenkomst. Het artikel bepaalt dat indien een arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, de bedongen arbeid in enige maand vermoed wordt een omvang te hebben gelijk aan de gemiddelde omvang van de arbeid per maand in de drie voorafgaande maanden (de 'referperiode'). De aard van de arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht brengt mee dat de omvang van de arbeid bij voorbaat niet vastgesteld wordt. Er is geen sprake van werkzaamheden van incidentele aard; uit het overgelegde urenoverzicht blijkt niet van een zodanige flexibele inzet. Het werken op verschillende afdelingen doet niet ter zake, nu de werkzaamheden steeds voor dezelfde werkgever zijn verricht. Werkneemster wordt niet gevolgd in haar betoog dat het rechtsvermoeden moet worden gebaseerd op de referperiode van januari 2016 tot en met december 2016; de extra inzet van werkneemster was in dat jaar het gevolg van personele problemen en slechts tijdelijk van aard. Hiervoor was een aparte afspraak buiten het oproepcontract om gemaakt. In het kalenderjaar 2015 hebben zich geen bijzonderheden voorgedaan bij of tussen partijen en gelet op het bepaalde in de cao wordt het kalenderjaar 2015 aangehouden als referperiode. De kantonrechter verklaart voor recht dat een arbeidsovereenkomst tussen partijen bestaat met een gemiddelde arbeidsduur van 62,7 uur per maand. Dat met terugwerkende kracht de omvang van de arbeidsovereenkomst is vastgesteld, betekent niet dat zonder meer aanspraak bestaat op betaling van (achterstallig) loon. Daarvoor dient onder meer sprake te zijn van bereidheid van de werknemer om de overeengekomen arbeid te verrichten. Werkneemster heeft zich meermaals beschikbaar verklaard voor werk, zodat hieraan is voldaan. Van haar kon ook niet worden verwacht in te gaan op de keuze die werkgeefster haar stelde omdat immers al een arbeidsovereenkomst bestond. Werkgeefster heeft ervoor gekozen de ingeroosterde uren te laten vervallen en dit komt voor haar risico. De kantonrechter wijst de vordering van werkneemster grotendeels toe.

*mr. J.J.W. van Mens*

**Instantie:** Rechtbank Gelderland

**Datum uitspraak:** 17-01-2018

**ECLI:** ECLI:NL:RBGEL:2018:691

**Zaaknummer:** 6117811 CV EXPL 17-9138 \ 520 \ 35147

**Advocaten:** A.D.J. van Ruyven en J.W. Koekebakker

**Wetsartikelen:** 7:610b BW

RECHTSPRAAK

## **Stichting MIES/cliëntbegeleider**

***De standaard-CAO Gehandicaptenzorg bepaalt dat in slaapdienst doorgebrachte uren als halve werkuren moeten worden aangemerkt en dat die uren in tijd moeten worden gecompenseerd. Werkgever heeft enige tijd de desbetreffende uren per abuis zowel in tijd gecompenseerd als in geld uitbetaald. De vordering tot doorbetaling van de slaapdienstvergoedingen wordt afgewezen omdat dubbele vergoeding in strijd is met de cao. De vergoedingen zijn weliswaar onverschuldigd betaald, maar het terugvorderen van in het verleden te veel betaalde vergoedingen is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.***

### *Feiten*

Werkneemster is sinds 1 februari 2011 als cliëntbegeleider bij Stichting MIES (hierna: MIES) werkzaam. De CAO Gehandicaptenzorg (hierna de cao) is van toepassing. Gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst heeft werkneemster zogenoemde slaapdiensten verricht. Artikel 7:19 van de cao bepaalt dat uren doorgebracht in (nacht)aanwezigheidsdiensten als halve werkuren worden aangemerkt, dat die uren in tijd worden gecompenseerd en dat op verzoek van de werknemer vergoeding in geld kan plaatsvinden. MIES heeft in de jaren 2012 en 2013 haar werknemers voor het verrichten van een slaapdienst zowel 3 uur uitbetaald als 3 uur gecompenseerd (dus in totaal 6 uur vergoed) en vanaf 1 januari 2014 zowel 4,5 uur uitbetaald als 4,5 uur gecompenseerd (in totaal 9 uur).

In november 2015 heeft MIES werkneemster bericht dat zij een fout had gemaakt bij het honoreren van de slaapdiensten omdat zij de slaapdiensten zowel in geld had uitbetaald als in tijd had gecompenseerd. Per 1 november 2015 heeft MIES de uitbetaling van de slaapdiensten gestaakt en deze nog alleen in tijd gecompenseerd, werkneemster een verrekening van in het verleden te veel uitbetaalde salaris in het vooruitzicht gesteld en in december 2015 haar vordering ter zake van voor 1 november 2015 dubbel betaalde slaapdiensten gedeeltelijk

verrekend bij de uitbetaling van PBI- en min/max- uren.

Werkneemster stelt dat MIES gehouden is de slaapdiensten zowel in tijd te compenseren als uit te blijven betalen. MIES bestrijdt dit en vordert de betaalde vergoedingen terug als zijnde onverschuldigd betaald.

#### *Oordeel*

Het hof oordeelt als volgt. Artikel 13:3 lid 1 van de cao bepaalt dat de cao een standaard-cao is, dat van de bepalingen in de cao alleen mag worden afgeweken (zowel ten gunste als ten nadele van de werknemer) indien de cao-regeling dat toestaat en aan de daarvoor geldende voorwaarden wordt voldaan en dat afwijkingen van de cao nietig zijn. De vergoeding voor slaapdiensten (aanwezigheidsdiensten) is in de cao (art. 7:19) geregeld. Afwijkingen van die regeling zijn daarom niet toegestaan. Het zowel compenseren van de helft van de in een slaapdienst gewerkte uren in tijd als het uitbetalen in geld van de helft van de gewerkte uren, zoals MIES tot 1 november 2015 heeft gedaan, is daarom in strijd met het ter zake in de cao bepaalde. Niet het feit dat MIES haar werknemers de helft van de door deze in slaapdienst doorgebrachte uren in geld uitbetaalde, maar het feit dat de desbetreffende uren dubbel werden vergoed (in tijd en in geld), ten gevolge waarvan geen sprake meer was van vergoeding van halve uren, maakt dat er sprake was van een honorering in strijd met de cao.

MIES was gerechtigd de slaapdienstvergoedingen in geld te beëindigen toen zij ontdekte dat zij dubbel betaalde, zoals zij heeft gedaan. De vordering van werkneemster om MIES te veroordelen de slaapdiensten ook na 1 november 2015 te blijven betalen wordt dus alsnog afgewezen. De subsidiaire vordering te bepalen dat de slaapdienstvergoeding in termijnen moet worden afgebouwd (in plaats van ineens) is evenmin toewijsbaar. Het niet langer ontvangen van de vergoeding impliceert, zoals werkneemster ook heeft gesteld, een verlaging van haar besteedbaar inkomen. Dat rechtvaardigt echter niet dat van MIES verlangd zou kunnen worden door te gaan met het dubbel honoreren van de in slaapdienst doorgebrachte uren waardoor zij aan loonkosten meer kwijt is dan andere instellingen in de gehandicaptenzorg, terwijl zij daarvoor geen financiering ontvangt.

De vordering die een verbod tot terugvordering van de betaalde slaapdienstvergoeding betreft, is wel toewijsbaar. De desbetreffende vergoedingen zijn weliswaar onverschuldigd betaald, maar het hof acht het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat werkneemster, hetgeen zij tot 1 november 2015 ter zake van slaapdienstvergoeding heeft ontvangen, zou moeten terugbetalen. Het was voor werkneemster tot 1 november 2015 niet kenbaar dat en waarom zij te veel uitbetaald kreeg.

*mr. J.J.W. van Mens*

**Instantie:** Gerechtshof Amsterdam

**Datum uitspraak:** 19-12-2017

**ECLI:** ECLI:NL:GHAMS:2017:5303

**Zaaknummer:**

**Advocaten:** A.I. Keur en S. Faber

**Wetsartikelen:** 13:3 lid 1 CAO Gehandicaptenzorg en 7:19 CAO Gehandicaptenzorg



RECHTSPRAAK

**X/Y**

***Insluiting in de eigen kamer – overdag of tijdens de avond en nacht – vormt een vergaande beperking van de bewegingsvrijheid, zodat aan een dergelijke insluiting altijd een individueel gemotiveerd besluit (gebaseerd op art. 40 lid 3 Wet Bopz) ten grondslag moet liggen. Bij insluiting in de eigen kamer moet onderscheid worden gemaakt tussen insluiting gedurende langere en insluiting gedurende korte duur. Wanneer in de artikel 40a-mededeling alleen wordt gesproken over insluiting gedurende de nacht, is op basis van die mededeling insluiting overdag niet toegestaan, zeker niet omdat uit die mededeling niet is op te maken welk gedrag van betrokkene insluiting overdag zou rechtvaardigen***

*Feiten*

Aan betrokkene, opgenomen op basis van een MVV, worden beperkingen opgelegd van post, bewegingsvrijheid en telefoon-/internetverkeer op grond van artikel 40 Wet Bopz. Daarnaast wordt hij (eerst op basis van art. 39, daarna op basis van art. 38c Wet Bopz) in de avond en nacht gesepareerd.

Ten behoeve van al deze maatregelen worden aan betrokkene diverse mededeling als bedoeld in artikel 40a Wet Bopz uitgereikt.

Betrokkene dient tegen al deze maatregelen klachten in bij de Bopz-klachtencommissie, die twee klachten (deels) gegrond verklaart en de overige klachten ongegrond.

Betrokkene vraagt over alle klachten het oordeel van de rechtbank (art. 41a Wet Bopz).

*Oordeel*

De rechtbank verklaart betrokkene allereerst niet-ontvankelijk in een aantal klachten, omdat

die door de klachtencommissie al gegrond zijn verklaard.

Verder oordeelt de rechtbank dat insluiting in de eigen kamer – overdag of tijdens de avond en nacht – een vergaande beperking van de bewegingsvrijheid vormt, zodat aan een dergelijke insluiting altijd een individueel gemotiveerd besluit (gebaseerd op art. 40 lid 3 Wet Bopz) ten grondslag moet liggen. Kijkend naar de feiten (provocerend en overlast veroorzakend gedrag richting medepatiënten en bezoekers) oordeelt de rechtbank de klacht over de beperking van de bewegingsvrijheid ongegrond.

Wat betreft de insluiting in de eigen kamer maakt de rechtbank onderscheid tussen insluiting gedurende langere en insluiting gedurende korte duur. Wanneer in de mededeling op grond van artikel 40a Wet Bopz alleen wordt gesproken over insluiting gedurende de nacht, is op basis van die mededeling insluiting overdag niet toegestaan, zeker niet omdat uit die mededeling niet is op te maken welk gedrag van betrokkene insluiting overdag zou rechtvaardigen. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat het ziektebeeld van betrokkene zo complex is, dat het bijna onmogelijk is om specifiek te benoemen welk gedrag insluiting rechtvaardigt. De klacht over de insluiting wordt formeel gegrond verklaard, maar materieel ongegrond, omdat het gedrag van betrokkene insluiting overdag wel rechtvaardigde. Dat leidt tot toekenning van een schadevergoeding (art. 41b Wet Bopz) van € 100.

Verder klaagt betrokkene over het feit dat hij is beperkt in het bezit van USB-sticks, cd-roms en een scanner. Die klacht wordt ook ongegrond verklaard, nu die beperkingen zijn vastgelegd in de huisregels en deze regels op dit onderdeel, mede gezien het feit dat betrokkene opzettelijk, en gebruikmakend van die gegevensdragers, doelbewust zijn omgeving shockeert, de toets der redelijkheid kan doorstaan.

Ook de klacht met betrekking tot de bejegening van betrokkene tijdens de separatie wordt ongegrond verklaard: die bejegening week niet af van de standaardprocedure en kan – objectief bezien op basis van de processtukken – niet als onzorgvuldig of onheus worden gekwalificeerd, ook al kan die bejegening door betrokkene zelf, als gevolg van zijn stoornis, wel als onheus en onzorgvuldig worden ervaren.

*mr. J.M. van Luyck*

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Nederland

**Datum uitspraak:** 13-12-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBNNE:2017:5189

**Zaaknummer:** 180496/17-3539

**Advocaten:** B.F.M. Kievitsbosch

**Wetsartikelen:** 40 Wet Bopz en 40a Wet Bopz

ANNOTATIE

## **Rock G. alias de Borstendokter; opzet, de medische exceptie en samenloop.**

***mr. J.F.M. Wasser en mr. A.M. van der Wal***

*Annotatie J.F.M. Wasser*

Het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 30 november 2017<sup>[1]</sup> inzake Rock G., in de pers beter bekend geraakt als de ‘Borstendokter’, noopt tot het maken van een aantal opmerkingen. Astrid van der Wal was mij voor; in haar noot onder dit arrest stond zij al uitvoerig stil bij het leerstuk van het voorwaardelijk opzet en vergeleek zij deze zaak met de uitspraak inzake de Twentse neuroloog, Jansen Steur, de neuroloog die (kort gezegd) verkeerde diagnoses had gesteld, daarbij afwijkend van geldende protocollen. Een begrijpelijke en terechte vergelijking. In deze noot plaats ik deze uitspraak in het licht van de eerdere uitspraak inzake Jansen Steur, bespreek ik de juridische gevolgen van een beroep op de medische exceptie en sta ik stil bij samenloop van tuchtrechtelijke afdoening en strafrechtelijke vervolging.

### **Vergelijking met zaak Jansen Steur**

In de zaak Jansen Steur leidde, ook na cassatieberoep door het OM, een (bewuste) afwijking van de protocollen niet tot een bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet. Het hof had diens verklaring *‘inhoudende – kort gezegd – dat hij te goeder trouw heeft gehandeld en niet opzettelijk verkeerde diagnoses heeft gesteld niet ongeloofwaardig geacht en onder meer op grond van die verklaring geoordeeld dat de verdachte ten tijde van zijn handelen niet bewust de aanmerkelijke kans op letsel en/of benadeling van de gezondheid en op het in hulpeloze toestand brengen en/of laten heeft aanvaard, zodat het tenlastegelegde opzet niet bewezen kan worden verklaard.’* Dit oordeel gaf, aldus de Hoge Raad, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, noch was het onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd.<sup>[2]</sup> In de zaak van de Borstendokter konden diens chirurgische handelingen onder een aantal bewezenverklaarde bezwarende omstandigheden *‘naar hun uiterlijke verschijningsvorm (...) worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte zich bewust was van de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg en dit heeft*

aanvaard. Het gegeven dat de verdachte zijn niet-adequaate handelen met betrekking tot de over een geruime periode – in het algemeen bij borstvergroterende operaties zeldzaam – voorkomende infecties toeschrijft aan “een blinde vlek” levert naar het oordeel van het hof geen contra-indicatie op.’ Anders dan in het geval van Jansen Steur werd de verklaring van de Borstendokter niet geloofwaardig, althans niet afdoende, geacht. De volledige vrijspraak van Jansen Steur – na een eerdere veroordeling door de rechtbank – leidde in de media tot onbegrip en onvrede. Het hof stelde weliswaar vast dat Jansen Steur ‘als arts schromelijk is tekortgeschoten ten opzichte van aangevers, maar dat niet bewezen kan worden dat hij hen heeft mishandeld, dus met opzet letsel heeft toegebracht dan wel hen met opzet heeft benadeeld in hun gezondheid, ook niet in de zin van voorwaardelijk opzet.’[3] Nu opzet niet werd bewezen en de culpoze varianten inmiddels waren verjaard, restte het hof in deze zaak niets anders dan een algehele vrijspraak. Dit ligt bij de Borstendokter anders. In die zaak sprak de rechtbank de arts in eerste aanleg vrij. De vrijspraak van de Borstendokter in eerste aanleg leidde eveneens tot commotie. De rechtbank lijkt zich reeds op voorhand te verontschuldigen door aan te geven dat zij niet beschikte over alle inbeslaggenomen patiëntendossiers (deze lagen (nog) bij de RC in de kluis)[4] en evenmin over het ‘het zogenaamde IGZ-dossier. Over de toevoeging hiervan aan het strafdossier is tot de aanvang van deze strafzaak nog geprocedeerd, en het OM heeft besloten vanwege het inmiddels grote tijdsverloop zonder zicht op een spoedige eindbeslissing de strafzaak dan maar zonder die informatie bij de rechtbank aan te brengen. (...) Het zijn de stukken van dit strafdossier die het kader vormen waarbinnen de rechtbank de verdenkingen jegens verdachte heeft onderzocht en de rechtbank baseert haar beslissing uitsluitend op de daarin aangetroffen informatie.’ Of het oordeel van de rechtbank anders zou hebben geluid als de rechtbank wél over deze stukken zou hebben beschikt blijft koffiedik kijken. In ieder geval beschikte het hof in hoger beroep wél over de stukken van de Inspectie voor Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ).[5] De Borstendokter heeft aangegeven beroep in cassatie in te stellen. Ongewis is wat het oordeel van de Hoge Raad zal zijn. Ik ben mij ervan bewust dat het mogelijk on gepast wordt geacht vooruit te lopen op de uitspraak van ons hoogste rechtscollege – dat doet mogelijk onrecht aan de door de verdediging op te stellen cassatiemiddelen, de conclusie van de procureur-generaal, en voorts de overwegingen van de Hoge Raad. Toch wil ik wel kwijt, dat ik bepaaldelijk niet op voorhand uitsluit dat de Hoge Raad het oordeel van het hof ten aanzien van de aanwezigheid van voorwaardelijk opzet in stand zal laten. Dit, als niet blijk gevend van een onjuiste rechtsopvatting, noch – gelet op de aan de feitenrechter voorbehouden waardering – onbegrijpelijk noch ontoereikend gemotiveerd. Dat in deze zaak – zoals Astrid van der Wal in haar noot opmerkt – meer dan in de zaak Jansen Steur het accent werd gelegd op de professionele hoedanigheid van de betrokken arts, heeft mogelijk te maken met de insteek van de verdediging en de verklaringen van die arts, maar hoeft niet te duiden op een wezenlijk andere juridische benadering. Een ‘blinde vlek’ of ‘halfslachtige maatregelen’ – zoals

in het geval van de Borstendokter – is toch iets anders dan een *‘fixatie op een bepaald gedachtengoed’*, *‘in professionele kringen nog niet een algemeen bekend gegeven’*, *‘een niet wezensvreemd gedachtepad’*, *‘diens patiëntgerichtheid’* en *‘pipogedrag omdat hij de weg kwijt raakte en ervan overtuigd was dat hij iets geniaals op het spoor was’* zoals bij Jansen Steur. Ook al had de afweging in die zaak natuurlijk ook anders kunnen uitvallen. Bovendien is het genoemde accent ook niet vreemd, gelet op de jurisprudentie inzake de *‘Garantenstelling’*.<sup>[6]</sup> Waar het hof in de zaak Jansen Steur – gelet op diens verklaringen en hetgeen door anderen over hem werd verklaard – niet bewezen achtte dat hij de kans op letsel als gevolg van zijn afwijken van het protocol bewust had aanvaard, achtte het hof in de zaak van de Borstendokter dit bewijs besloten liggend in diens handelwijze. De kans dat het arrest in stand blijft, houd ik – anders dan Astrid van der Wal, als ik haar goed lees – voor zeer reëel.

### **Mishandeling**

Een arts die een patiënt opereert brengt deze pijn en (zwaar) lichamelijk letsel toe. Toch wordt een arts, als hij handelt in zijn hoedanigheid van arts en in het belang en met toestemming van de patiënt in beginsel niet vervolgd. In dat geval is het handelen van de arts niet strafbaar. Zoals de Hoge Raad in 2011<sup>[7]</sup> oordeelde, is de term *‘mishandeling’* in de zin van artikel 300 Sr – anders dan het begrip *‘toebrengen van zwaar lichamelijk letsel’* – immers geen *‘neutraal begrip’* en moet onder mishandeling in de zin van artikel 300 Sr worden verstaan *‘het aan een ander toebrengen van lichamelijk letsel of pijn zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat’*. In zijn arrest van 9 september 2014<sup>[8]</sup> breidde de Hoge Raad de werkingssfeer van mishandeling nog eens uit tot *‘onder omstandigheden ook het bij een ander teweegbrengen van een min of meer hevige onlust veroorzakende gewaarwording in of aan het lichaam’*. De rechtvaardigingsgrond, waarover de Hoge Raad in het genoemde arrest uit 2011 sprak, kan zijn gelegen in het achterliggende doel van de ingreep en bijvoorbeeld de toestemming van de patiënt. In het arrest uit 2011 *‘borduurde’* de Hoge Raad voort op de in cassatie niet bestreden overweging van het hof dat jongensbesnijdenis *‘mits oordeelkundig uitgevoerd’* niet is aan te merken als (zware) mishandeling. De wettelijke term *‘mishandeling’* draagt het *‘gekleurde’* begrip *‘mis’* in zich. In dit begrip *‘mis’* ligt de *‘wederrechtelijkheid’* besloten. Indien het handelen niet *‘mis’* is, bijvoorbeeld omdat de handeling strekt in het belang van de gezondheid en plaatsvindt met toestemming van de patiënt, is geen sprake van *“mis”handeling’* en moet vrijspraak volgen. Keizer heeft in dit verband de vraag gesteld of in de tenlastelegging ook moet worden opgenomen (en daarmee door<sup>[9]</sup> de rechter moet worden bewezenverklaard) dat zich geen rechtvaardigingsgrond voordoet. Dat zou echter de officier van justitie en de rechter voor het probleem stellen, dat negatieve bewijzen moeilijk bewijsbaar zijn. In zijn arrest van 12 mei 2015<sup>[10]</sup> heeft de Hoge Raad daarop niet direct antwoord gegeven. De Hoge Raad heeft wel – op de nader in de conclusie van P-G Vegter<sup>[11]</sup> gestelde vraag *‘Moet in*

*geval de term “mishandelen” in de tenlastelegging is verwerkt de afwezigheid van rechtvaardigingsgronden worden bewezen en hoeft dat niet als gekozen is voor een louter feitelijke omschrijving van het gedrag?’ –geoordeeld dat het niet nodig is dat in de tenlastelegging wordt opgenomen dat dit handelen ‘mishandelend’ dan wel ‘wederrechtelijk’ geschiedde.*

### **Zware mishandeling**

Het begrip ‘zware mishandeling’ wordt in artikel 302 Sr omschreven als ‘*het een ander opzettelijk zwaar lichamelijk letsel toebrengen*’. De delictsomschrijving is dan ook ‘het opzettelijk een ander zwaar lichamelijk letsel toebrengen’; de juridische kwalificatie is ‘zware mishandeling’. De delictsomschrijving van ‘zware mishandeling’ kent dus zelf – ook volgens de Hoge Raad<sup>[12]</sup> – niet het gekleurde begrip ‘mis’; dat brengt dan ook met zich dat – anders dan bij mishandeling in de zin van 300 Sr – de wederrechtelijkheid niet in de delictsomschrijving besloten ligt.

Dat houdt dan ook in dat een beroep op een rechtvaardigingsgrond bij een tenlastelegging ter zake zware mishandeling – anders dan bij mishandeling – niet tot vrijspraak leidt maar tot ontslag van alle rechtsvervolgning.

### **Medische exceptie**

Thans ten aanzien van de medische exceptie. De rechtbank formuleerde in de zaak van de Borstendokter voor een geslaagd beroep op de medische exceptie een drietal eisen:

1. De handeling is medisch geïndiceerd met het oog op een concreet behandelingsdoel.
2. De handeling wordt volgens de regels der kunst verricht.
3. De handeling wordt met instemming van de betrokkene uitgevoerd.<sup>[13]</sup> Op grond van de zich (op dat moment) in het strafdossier bevindende gegevens kon de rechtbank echter niet vaststellen dat de Borstendokter niet aan de professionele standaard had voldaan, en dus ook niet dat hem een beroep op de medische exceptie niet toekwam. Eveneens op grond van de gegevens in het strafdossier kwam de rechtbank niet tot de conclusie dat de Borstendokter geen of onvoldoende informatie had gegeven over de behandeling, de risico’s, de operatietechnieken, de wijze van hechten en de staat van en de vooruitzichten met betrekking tot de gezondheid van de patiënt. De medische exceptie is een rechtvaardigingsgrond en ontnemt aan het toebrengen van pijn en/of zwaar lichamelijk letsel de wederrechtelijkheid. Een rechtvaardigingsgrond hoeft echter niet bewezen te worden verklaard: het gaat erom of een rechtvaardigingsgrond aannemelijk is. Daartoe ligt ook geen bewijslast op de verdachte: hij hoeft die rechtvaardigingsgrond niet aannemelijk te maken, het gaat erom of deze bewijslast aannemelijk is. Wil een rechtvaardigingsgrond echter aannemelijk worden, dan doet de verdediging er wel goed aan zo veel mogelijk argumenten aan te voeren om deze rechtvaardigingsgrond te onderbouwen.

In het geval van de Borstendokter was echter voor een veroordeling ter zake zware mishandeling vereist dat de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond werd bewezen. De tenlastelegging was namelijk zodanig opgesteld dat de Borstendokter werd verweten dat hij zich niet als goed hulpverlener had gedragen en/of daarbij niet of daarbij niet, althans onvoldoende, in overeenstemming had gehandeld met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard, zoals omschreven in artikel 7:453 BW. Als gevolg hiervan kon en/of kan de Borstendokter aldus geen beroep of aanspraak (meer) doen op de 'medische exceptie'. Door deze manier van dagvaarden diende dus voor een veroordeling de afwezigheid van de rechtvaardigingsgrond wél bewezen te worden verklaard.

Het is onduidelijk of de steller van de tenlastelegging zich door deze omschrijving nietodeloos in de problemen heeft gebracht. Deze manier van ten laste leggen brengt immers ook een extra bewijslast met zich. Daar komt bij dat – achteraf (gelet op de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 12 mei 2015<sup>[14]</sup>) – een dergelijke omschrijving van het strafrechtelijk te maken verwijt wellicht niet nodig was. In ieder geval oordeelde de rechtbank dat aan deze bewijslast niet was voldaan en sprak zij de Borstendokter vrij. Dat de rechtbank dan ook niet kwam tot een ontslag van rechtsvervolging, was gelet op de manier van dagvaarden juridisch gezien dan ook alleszins juist.

### **Ne-bis-in-idem**

Het hof beslist in zijn arrest ook op het door de verdediging gevoerde verweer dat het OM niet-ontvankelijk diende te worden verklaard. Daarbij werd een beroep gedaan op het ne bis in idem-beginsel. De Borstendokter had zich niet alleen voor de strafrechter, maar ook voor de tuchtrechter moeten verantwoorden.

De Borstendokter is door het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) op 23 juni 2011<sup>[15]</sup> doorgehaald uit het BIG-register. Het CTG heeft in de bewuste uitspraak overwogen: *'Mede gelet op de door de IGZ in hoger beroep overgelegde aanvullende stukken (in het kader van het verweer in beroep) inhoudende drie uitspraken van de rechtbank K. en informatie van het Openbaar Ministerie, acht het Centraal Tuchtcollege de kans op disfunctioneren in de toekomst groot. Voorts mist de arts naar het oordeel van het Centraal Tuchtcollege, gelet op het grote aantal ernstige klachten en de wijze waarop hij daarop heeft gereageerd, inzicht in zijn eigen verantwoordelijkheid als arts. Alles afwegende is ook het Centraal Tuchtcollege van oordeel dat het opleggen van een andere maatregel dan doorhaling van de inschrijving in het register onvoldoende bescherming van de individuele gezondheidszorg biedt. (...) Gelet op het voren overwogene moet het beroep van de arts worden verworpen. Om redenen aan het algemeen belang ontleend, zal de publicatie van deze beslissing worden gelast.*



*Na deze tuchtrechtelijke veroordeling wordt de Borstendokter tevens strafrechtelijk vervolgd. De samenloop van deze procedures moest naar het oordeel van de verdediging leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM, omdat de vervolging in strijd zou zijn met het ne bis in idem-beginsel. Dit verweer wordt door het hof onder verwijzing naar de Engel-uitspraak<sup>[16]</sup> verworpen. In die zaak formuleerde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een drietal criteria, om vast te kunnen stellen of sprake is van een ‘criminal charge’ – een strafrechtelijke vervolging – in de zin van artikel 6 EVRM. In dit verband is allereerst van belang of de handhaving van de norm naar geldend recht als strafrechtelijk moet worden aangemerkt. Ten tweede draait het om de aard van het verweten handelen en ten derde gaat het om de aard en zwaarte van de maatregel die met de overtreding op het spel staat. Het hof kwalificeerde de handhaving van de overtreden tuchtrechtelijke norm niet als strafrechtelijk van aard. Hiertoe overwoog het hof (ten aanzien van het eerste criterium) dat de tuchtrechtelijke maatregelen zijn opgelegd op grond van artikel 48 Wet BIG in een tuchtrechtelijke procedure, welke niet op initiatief van het OM en niet ten overstaan van de strafrechter plaatsvindt. Daarnaast ziet – aldus het hof met betrekking tot het tweede criterium – de tuchtrechtelijke procedure louter op het overtreden van normen, die niet voor het algehele publiek gelden, maar die zijn gekoppeld aan het professionele handelen van de arts. Dat die normschendingen ook tot strafvervolging aanleiding kunnen geven, maakt volgens het hof nog niet dat sprake is van een *criminal charge*. Bovendien beoogt de tuchtrechtelijke handhaving te bewerkstelligen dat iemand in de individuele gezondheidszorg handelt als een goed hulpverlener. Dat alles maakt naar het oordeel van het hof de tuchtrechtelijke procedure ook niet *criminal*, maar juist tuchtrechtelijk van aard. Waar de in de tuchtrechtprocedure vastgestelde verwijten specifiek betrekking hebben op zijn functioneren als arts, spelen deze in het kader van de strafzaak alleen indirect een rol in het kader van de medische exceptie. Tot slot overweegt het hof dat de aard en zwaarte van de op te leggen tuchtrechtelijke sancties ook typisch tuchtrechtelijk zijn, al onderkent het hof dat de boete een punitief element kent.*

De succeschansen van een beroep op het ‘ne bis in idem-beginsel’ worden in mijn ogen in de praktijk zwaar overschat. Dat is een gevolg van het feit dat de juridische doctrine niet synchroon loopt met de menselijke beleving. In mijn eigen praktijk merk ik ook dat hulpverleners, die zowel tuchtrechtelijk als strafrechtelijk worden bejegend, het gevoel hebben dubbel bestraft te worden en het gevoel hebben dat ‘het nooit ophoudt’. Mijn kantoorgenote Jacqueline de Vries schreef in haar noot onder de uitspraak van het RTG Zwolle d.d. 9 juni 2017<sup>[17]</sup> al dat een tuchtrechtelijke procedure bij het RTG ‘toch dicht in de buurt van een “criminal charge” komt. Dat komt door het effect dat een tuchtrechtelijke procedure op de individuele beroepsbeoefenaar heeft. (...) Ondanks het feit dat met een tuchtprocedure een ander rechtsgoed dan met een strafprocedure wordt beoogd te worden beschermd, is het gelet op het

voorgaande duidelijk dat ook een tuchtrechtelijke procedure wel degelijk bestraffend van aard kan zijn. Daarom kan die procedure toch – als de omstandigheden daarnaar zijn – worden aangemerkt als “criminal charge”. Ik ben dat met haar eens. Ik meen ook dat deze benadering een meer genuanceerde benadering is, dan de strikt juridisch dogmatische benadering. Onder omstandigheden zou een tuchtrechtelijke afdoening zich tegen een daarop volgende strafrechtelijke afdoening moeten kunnen verzetten. Er moet namelijk een keer een einde komen aan corrigerend straffend optreden. De omstandigheden, die daartoe nopen, zullen zich naar mijn mening eerder voordoen bij relatief lichte(re) vergrijpen; in die gevallen kan – al plaatst Jacqueline de Vries die vraag niet in die sleutel – met recht de opportuniteit van de vervolging ter discussie worden gesteld: ook dan echter komt de Hoge Raad de burger weinig tegemoet en geldt eveneens een zeer (en naar mijn mening: te) strenge (terughoudende) rechterlijke toets. Immers, de Hoge Raad overweegt: *‘De beslissing om tot vervolging over te gaan leent zich slechts in zeer beperkte mate voor een inhoudelijke rechterlijke toetsing in die zin dat slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor een niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging op de grond dat het instellen of voortzetten van die vervolging onverenigbaar is met beginselen van een goede procesorde, voor zover hier van belang met het verbod van willekeur – dat in strafrechtspraak in dit verband ook wel wordt omschreven als het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging – om de reden dat geen redelijk handelend lid van het openbaar ministerie heeft kunnen oordelen dat met (voortzetting van) de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn. Indien een rechter op deze grond tot het oordeel komt dat sprake is van een uitzonderlijk geval waarin het openbaar ministerie om die reden niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de vervolging, gelden voor deze beslissing zware motiveringseisen.’*[18] De vraag naar de opportuniteit van de vervolging (met als consequentie de niet-ontvankelijkheid van het OM) is echter wel een andere vraag dan die naar de niet-ontvankelijkheid wegens schending van het ne bis in idem-beginsel. In het eerste geval heeft het OM op onredelijke wijze gebruikgemaakt van zijn vervolgingsbevoegdheid; in het laatste geval is die bevoegdheid door een eerdere afdoening komen te vervallen, en bestaat geen ruimte meer voor een eigen beslissing door de officier van justitie. Toch lijkt de uitspraak van het hof naadloos aan te sluiten bij de in Nederland (!)[19] heersende leer. Een tuchtrechtelijke afdoening staat niet aan een strafrechtelijke vervolging in de weg, ook niet nu het medisch tuchtrecht een boetemogelijkheid kent. Het hof gaat daar in de zaak van de Borstendokter naar mijn mening wel heel snel aan voorbij, opmerkende dat *‘hoewel van de boete een punitief effect uitgaat, (...) de zwaarte van deze maatregel niet (maakt) dat deze als criminal is aan te merken.’* Het klopt dat een boete van € 4500 veel minder ingrijpend is dan een (levenslange) doorhaling, maar ontnemt dat feit nu het *criminal* karakter aan de procedure? Wat is nu de betekenis van het ontbreken van vervangende hechtenis bij het niet-betalen van de boete; wordt die betekenis niet overschat? En als de

zwaarte van de maatregel zo bepalend is, maakt dan een beroepsverbod een dergelijke tuchtrechtelijke procedure niet *criminal*? Kortom, voldoende aanleiding om op het punt van het ne bis in idem-beginsel zeer alert te blijven. Niettemin wil de rechtspraak er niet aan. Of dat ook in de zwaardere zaken, zoals in de zaak van de Borstendokter, onterecht of onwenselijk is, is natuurlijk een kwestie van waardering. De vraag is of het terecht is dat in dergelijke gevallen de verdachte zijn straf zou kunnen ontlopen, wegens het enkele feit dat deze al – ongeacht de aard en ernst van de opgelegde sanctie – tuchtrechtelijk zou zijn vervolgd. Een dergelijke stellige uitkomst kent ook weer zijn bezwaren. Dat neemt niet weg dat het op zijn minst wenselijk is dat de tucht- en strafrechter zich beiden realiseren dat tevens een andere afdoening plaatsvindt en zij daarvan rekenschap geven in de uitspraak. Van dat laatste blijkt in deze zaak in ieder geval niet: waar in de praktijk een tuchtrechtelijke afdoening nog wel eens als strafmatigend werkt,[20] komt daarvan in de huidige uitspraak van het Hof Den Haag echter niets terug. Sterker nog, het feit dat de Borstendokter kennelijk overweegt om zich (desondanks/juist omdat hij is geschrap) in het buitenland als arts in te schrijven wordt hem zwaar aangerekend. In zoverre wenst het hof kennelijk een situatie als bij Jansen Steur te voorkomen, die zich ondanks een doorhaling in Nederland in het buitenland als arts vestigde. Maar wat nu als aangenomen zou worden dat de tuchtrechtelijke procedure tegen de Borstendokter wél als een *criminal charge* zou moeten worden beschouwd? In de zaak *A en B tegen Noorwegen*[21] stond buiten twijfel dat een bestuurlijke (fiscale) boete en een strafrechtelijk vervolging beide een *criminal charge* waren. Het EHRM oordeelde echter dat deze procedures voor hetzelfde feit niet in strijd zijn met het ne bis in idem-beginsel, indien de procedures een zodanige samenhang vertonen, dat in wezen sprake is van één procedure. Die samenhang zou dus maken dat niet sprake is van een 'bis'-situatie, maar dat sprake is van één situatie, die zich op twee domeinen (bestuursrechtelijk en strafrechtelijk) manifesteert. In dat verband formuleerde het EHRM een vijftal criteria, aan de hand waarvan deze samenhang kan worden beoordeeld: 1. Er moet voldoende samenhang zijn tussen de procedures in tijd en inhoud. 2. De procedures dienen elkaar aan te vullen in die zin, dat zij andere doelen dienen en andere aspecten van het gedrag bestraffen. 3. Dat meerdere procedures het gevolg kunnen zijn, moet voorzienbaar zijn. 4. Bij het opleggen van straf moet in voldoende mate rekening worden gehouden met de eerder opgelegde straf. 5. Tot slot moeten de procedures zodanig zijn ingericht dat door samenwerking tussen de verschillende instanties dubbele bewijsgaring wordt voorkomen. Het EHRM oordeelde dat in dit geval geen sprake was van een schending van het ne bis in idem-beginsel, aangezien tussen het onherroepelijk worden van de boete en de strafrechtelijke veroordeling tweeënhalf, respectievelijk negen maanden lag. De procedures vulden elkaar aan, aangezien zij andere doelen dienden, terwijl een bestraffing langs deze twee procedures voorzienbaar was en bij de bestuurlijke en strafrechtelijke strafoplegging expliciet met de andere procedure rekening was

gehouden. Tot slot waren beide procedures zodanig ingericht dat geen sprake was van een dubbele bewijsgaring. In de zaak *Johannesson tegen IJsland*[22] ging het eveneens om een als *criminal charge* bestempelde fiscale boeteprocEDURE naast een strafrechtelijke vervolging. In dit geval oordeelde het EHRM dat géén sprake was van een zodanige samenhang, dat beide procedures als één procedure zouden moeten worden aangemerkt. Zo op het eerste gezicht zou ik menen, dat als de procedure bij het CTG wél als een *criminal charge* zou worden gezien, het beroep op niet-ontvankelijkheid van het OM vanuit de juridische doctrine toch wel enige kans van slagen zou moeten maken. Gelet op het verschil in tempo van de tuchtrechtelijke en strafrechtelijke procedure lijkt mij de samenhang in tijd namelijk nogal dun te zijn, om niet over twee afzonderlijke procedures te spreken. Ook lijken de procedures bij het CTG en de strafrechter niet zodanig te zijn ingericht dat door verschillende instanties dubbele bewijsgaring wordt voorkomen. Dat neemt niet weg dat over en weer – zo blijkt ook uit het arrest en de beslissing van het CTG – informatie is uitgewisseld en in zijn algemeenheid ook samenwerking en uitwisseling[23] plaatsvindt. Bovendien heeft volgens mij – gelet op de strafmaatoverweging van het hof – het hof ook niet met de opgelegde tuchtrechtelijke maatregel rekening gehouden. Daarvan uitgaande zou een beroep op het ne bis in idem-beginsel mogelijk in cassatie kans maken. Dat de procedure voor het CTG een ander, complementair, doel dient ten opzichte van de strafrechtelijke doelen, en dat beide procedures voorzienbaar waren, doet daaraan naar mijn mening niet af. Maar eerst zal de Hoge Raad ertoe moeten worden verleid om de tuchtrechtelijke afdoening te beschouwen als een *criminal charge*. Dat lijkt mij echter nog een hele toer.

*mr. J.F.M. Wasser*

## Noten

[1] Gerechtshof Den Haag 30 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382, GZR 2017-0428.

[2] HR 15 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:862.

[3] Gerechtshof Arnhem Leeuwarden, 18 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4413.

[4] Rechtbank Den Haag, 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243.

[5] De Inspectie voor Gezondheidszorg en Jeugd is thans in oprichting en komt voort uit een fusie van de Inspectie voor de Gezondheidszorg en de Inspectie voor Jeugdzorg.

[6] Onder meer HR 19 februari 1963, NJ 1963/512, HR 14 november 2000, NJ 2001/37, Rb. Assen 31 oktober 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AZ1244 en Rb. Utrecht 24 juni 2004, GJ 2004/35, Rb. Oost-Brabant 8 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:931.

- [7] HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690.
- [8] HR 9 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2677, *NJ* 2014/402.
- [9] Keijzer in zijn noot onder *NJ* 2011/466.
- [10] HR 12 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1237.
- [11] ECLI:NL:PHR:2015:585.
- [12] HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690.
- [13] Rechtbank Den Haag 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243.
- [14] HR 12 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1237.
- [15] CTG 23 juni 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1358.
- [16] EHRM 8 juni 1976, *NJ* 1978/223.
- [17] ECLI:NL:RTGZW:2017:106, *GZR* 2017-0243.
- [18] HR 6 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:4280.
- [19] Waarbij van belang is te benadrukken dat de Straatsburgse normen een eigen en autonome interpretatie van het EHRM krijgen – onafhankelijk van de interpretatie die de nationale rechters daaraan (willen) geven.
- [20] Onder meer – een willekeurige greep – Rechtbank Den Haag, 21 september 2016, *GZR* 2017-0018; Rechtbank Overijssel, 10 oktober 2017, *GZR* 2017-0373.
- [21] EHRM, 15 november 2016, *A en B tegen Noorwegen*, zaaknr. 24130/11 en 29658/11.
- [22] EHRM 18 mei 2017, zaaknr. 22007/11.
- [23] Zie het Samenwerkingsprotocol gezondheidszorg tussen de Inspectie voor de Gezondheidszorg en het Openbaar Ministerie d.d. 15 juni 2015 en de daarbij behorende Informatieparagraaf.

**De hoedanigheid van medisch hulpverlener: relevant voor de beoordeling van (voorwaardelijk) opzet?**

*Annotatie A.M. van der Wal*

**1. Inleiding**

Het Gerechtshof Den Haag heeft op 30 november jl. de ‘Haagse borstendokter’, Rock G., veroordeeld tot een gevangenisstraf van twee jaar, waarvan één jaar voorwaardelijk, met een proeftijd van drie jaar. Als bijzondere voorwaarde is opgelegd dat G. gedurende zijn proeftijd geen medische (be)handelingen verricht in binnen- of buitenland. Deze uitspraak van het gerechtshof is een van de weinige uitspraken in de laatste twee decennia waarin een arts wordt veroordeeld tot jarenlange gevangenisstraf. Een recent voorbeeld van een dergelijke uitspraak is de veroordeling van de Twentse ex-neuroloog Ernst Jansen Steur door de Rechtbank Overijssel in 2014. Hierbij moet worden opgemerkt dat Jansen Steur in 2015 door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden is vrijgesproken. Deze vrijspraak is een jaar later door de Hoge Raad gehandhaafd.[1] Ook G. heeft aangegeven in cassatie te gaan tegen de uitspraak van het gerechtshof.

De recente uitspraak van het Gerechtshof Den Haag is een mooie gelegenheid om nader in te gaan op het leerstuk van voorwaardelijk opzet in het (medisch) strafrecht. Daartoe worden eerst kort de feiten geschetst die aanleiding hebben gegeven tot het arrest van het gerechtshof. Vervolgens wordt ingegaan op het leerstuk van het voorwaardelijk opzet in het commune strafrecht en het medisch strafrecht, waarna een vergelijking wordt gemaakt tussen (het bewijs van) het voorwaardelijk opzet in de strafzaak tegen Jansen Steur en (het bewijs van) het voorwaardelijk opzet in de strafzaak tegen Rock G. De annotatie sluit af met een korte beschouwing.

## **2. Casus**

Rock G., de ‘Haagse borstendokter’, is een gynaecoloog die zich vanaf 2000 is gaan toeleggen op het verrichten van esthetische chirurgie. Tussen 2004-2005 en juni 2009 is G. werkzaam geweest in de Wellness Kliniek in België, waar hij cosmetische en gynaecologische ingrepen verrichtte. In het voorjaar van 2008 heeft G. de CityKliniek geopend in Den Haag, waar hij tot juni 2009 zelfstandig cosmetische behandelingen, waaronder met name borstvergrotende operaties, heeft uitgevoerd. De omstandigheden waaronder en de wijze waarop G. deze borstvergrotende operaties heeft uitgevoerd, hebben geleid tot een reeks gerechtelijke uitspraken op het terrein van het bestuursrecht, het civiele recht en het tuchtrecht.[2] Daarnaast heeft G. zich zowel in eerste aanleg als in hoger beroep moeten verantwoorden voor de strafrechter.[3] In deze strafrechtelijke procedure wordt G. onder meer mishandeling met zwaar lichamelijke letsels ten gevolge ten laste gelegd.

## **3. Criteria voor voorwaardelijk opzet**

Een van de voorwaarden voor strafbaarheid is dat een aan de verdachte ten laste gelegde gedraging valt onder de strekking van een in het Wetboek van Strafrecht opgenomen

delictsomschrijving. In een groot aantal gevallen normeert de delictsomschrijving zelf de vereiste mate van schuld van de gedraging: in dit verband wordt grofweg het onderscheid gemaakt tussen opzet (*dolus*) enerzijds en schuld (*culpa*) anderzijds. *Dolus* en *culpa* maken altijd impliciet of expliciet onderdeel uit van de delictsomschrijving en worden gekwalificeerd als bestanddeel. Opzet en schuld als bestanddeel moeten worden onderscheiden van verwijtbaarheid als voorwaarde voor strafbaarheid, ofwel schuld als element. Schuld als element volgt uit het adagium ‘geen straf zonder schuld’. Voor de delictsomschrijving van mishandeling in artikel 300 Wetboek van Strafrecht (Sr) geldt dat opzet impliciet onderdeel uitmaakt van de delictsomschrijving: het opzet is inherent aan het woord *mishandeling*. Opzet – in welke vorm dan ook – is daarmee bestanddeel van de delictsomschrijving van artikel 300 Sr. Hierna zal verder dan ook steeds worden gesproken over opzet en schuld als bestanddeel.

Opzet en schuld verschillen van elkaar in die zin dat in geval van opzet een verdachte willens en wetens een bepaalde handeling verricht dan wel nalaat te verrichten, waar in het geval van schuld het handelen of nalaten door een verdachte uitsluitend als onvoorzichtig of nalatig kan worden gekwalificeerd. Binnen de begrippen ‘opzet’ en ‘schuld’ bestaan vele gradaties. De lichtste vorm van opzet is het voorwaardelijk opzet. Het leerstuk van het voorwaardelijk opzet is door de Hoge Raad in zijn jurisprudentie ontwikkeld<sup>[4]</sup> om tot bewijs te komen van opzet in situaties waarin een verdachte ontkent opzettelijk te hebben gehandeld.<sup>[5]</sup>

Er is sprake van voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg indien een verdachte willens en wetens de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk te achten kans heeft aanvaard dat door zijn gedraging dit gevolg zal intreden. Voor de vaststelling dat verdachte willens en wetens de aanmerkelijk te achten kans op een bepaald gevolg heeft aanvaard, moet zijn voldaan aan twee cumulatieve criteria: ten eerste moet de verdachte *wetenschap* van de aanmerkelijke kans hebben gehad tijdens zijn handelen en ten tweede moet de verdachte deze kans hebben *gewild* in de zin van bewust aanvaarden door deze op de koop toe te nemen. Voor voorwaardelijk opzet is een zekere mate van objectivering vereist: of in een concreet geval sprake is van voorwaardelijk opzet, is afhankelijk van de feitelijke omstandigheden van het geval, zoals de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze gedraging is verricht. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg heeft aanvaard.<sup>[6]</sup> Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat de enkele wetenschap van een aanmerkelijke kans op zich niet betekent dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard. In dit geval kan namelijk ook sprake zijn van een andere vorm van schuld, te weten bewuste schuld. Bij bewuste schuld wordt door een verdachte een bepaald gevolg wel voorzien, maar meent hij te lichtzinnig dat dit gevolg niet zal intreden.<sup>[7]</sup>



#### 4. Voorwaardelijk opzet in het medisch strafrecht

Een recente medische strafzaak waar het leerstuk van het voorwaardelijk opzet uitvoerig aan bod is gekomen, is de strafzaak tegen Jansen Steur. In deze strafzaak wordt het toetsingskader voor voorwaardelijk opzet aangevuld met een aantal voor medische beroepsbeoefenaren bijzonder relevante overwegingen.

Wanneer deze strafzaak wordt vergeleken met de strafzaak tegen G. valt op dat in beide strafzaken de verschillende instanties uiteenlopend oordelen over het bewijs van voorwaardelijk opzet bij gedragingen van medische beroepsbeoefenaren. Ter illustratie een overzicht van de oordelen over het voorwaardelijk opzet in de strafzaak tegen Jansen Steur en G:

Rechtbank in de zaak Jansen Steur: voorwaardelijk opzet bewezen

Rechtbank in de zaak Rock G.: voorwaardelijk opzet niet bewezen

Gerechtshof in de zaak Jansen Steur: voorwaardelijk opzet niet bewezen

Gerechtshof in de zaak Rock G.: voorwaardelijk opzet bewezen

Hoge Raad in de zaak Jansen Steur: voorwaardelijk opzet niet bewezen

Hoge Raad in de zaak Rock G.: uitspraak volgt

##### *Ernst Jansen Steur*

In de zaak Jansen Steur acht de Rechtbank Overijssel het voorwaardelijk opzet van Jansen Steur op mishandeling (dan wel het daaraan gelijk te stellen 'benadeling van de gezondheid') van zijn patiënten bewezen. Daarbij valt op dat de rechtbank bij de invulling van de voor voorwaardelijk opzet vereiste criteria bijzonder belang toekent aan de hoedanigheid van Jansen Steur als arts. De rechtbank oordeelt dat Jansen vanuit zijn deskundigheid als arts ten tijde van zijn handelen wetenschap moet hebben gehad van de aanmerkelijke kans dat door zijn handelen en nalaten de gezondheid van zijn patiënten zou worden benadeeld. Tevens oordeelt de rechtbank dat Jansen deze aanmerkelijke kans *bewust heeft aanvaard* door in zijn handelen welbewust af te wijken van de protocollen en richtlijnen die invulling geven aan de professionele standaard en aldus op ernstige wijze zijn bijzondere zorgplicht [plicht van goed hulpverlener ex art. 7:453 BW (AW)] als arts heeft geschonden.

In hoger beroep oordeelt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden anders. Ten aanzien van het toetsingskader voor voorwaardelijk opzet stelt het gerechtshof het volgende voorop: *'[h]et feit dat verdachte op grove wijze zorgvuldigheidseisen, protocollen of richtlijnen heeft geschonden, is*



*niet voldoende voor opzet, maar levert op zich hooguit aanmerkelijke verwijtbare onachtzaamheid op ofwel schuld in de zin van culpa. Ook het schenden van een onderzoeksplicht is op zich niet voldoende om te kunnen concluderen tot het bewust aanvaarden van een aanmerkelijk kans. Evenmin is voldoende dat verdachte anders had moeten en kunnen optreden dan hij heeft gedaan.'* Meer specifiek oordeelt het gerechtshof dat voorgaande redenering van de rechtbank 'niet toereikend' is om te komen tot het bewijs van voorwaardelijk opzet. Het gerechtshof oordeelt dat dergelijk handelen hooguit bewijst dat Jansen Steur nalatig heeft gehandeld en verwijtbaar risico's heeft genomen.

In cassatie oordeelt de Hoge Raad dat het gerechtshof ten aanzien van het voorwaardelijk opzet het juiste toetsingskader heeft toegepast en dat de waardering van het bewijsmateriaal is voorbehouden aan de feitenrechter. Bijzonder is dat de Hoge Raad in dit verband in r.o. 3.3 van zijn arrest het volgende opmerkt: *'[d]e verdachte heeft gehandeld in zijn hoedanigheid van neuroloog, maakt dit (...) niet anders.'* De Hoge Raad bekrachtigt de vernietiging van het vonnis van de rechtbank.

*Rock G.*

In de strafzaak tegen G. doet zich een iets andere situatie voor: in eerste aanleg komt de Rechtbank Den Haag niet toe aan het oordeel over voorwaardelijk opzet; in hoger beroep komt het Gerechtshof Den Haag tot het oordeel dat van voorwaardelijk opzet wel sprake is.

De Rechtbank Den Haag oordeelt dat, hoewel G. op een aantal punten verwijtbaar heeft gehandeld (onder andere ongeschikte operatieruimte, gebrekkige hygiëne en onvoldoende nazorg), hij jegens zijn patiënten niet wederrechtelijk heeft gehandeld. In zijn oordeel stelt de rechtbank de hoedanigheid van G. als arts en de op basis van die hoedanigheid te verwachten deskundigheid centraal: het handelen van G. is niet dermate in strijd met de op hem rustende professionele standaard dat hem geen beroep toekomt op de medische exceptie. Nu G. zich kan beroepen op de medische exceptie, zijn de gedragingen van G. niet wederrechtelijk jegens zijn patiënten en dient hij te worden vrijgesproken van mishandeling. Aan een oordeel over het voorwaardelijk opzet komt de rechtbank niet toe.

Eerder sprak Rolinka Wijne in haar annotatie bij deze uitspraak (GZR 2014-0428) haar twijfels uit over de juridische houdbaarheid van deze vrijspraak, gelet op de argumentatie op basis van het bewijs dat aan bod was geweest in de reeds gevoerde tuchtrechtelijke procedures bij zowel het Regionaal Tuchtcollege als het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg. Ruim drie jaar later blijkt het Gerechtshof Den Haag deze twijfels te delen. Het gerechtshof vernietigt de vrijspraak in eerste aanleg en acht in negen van de tien ten laste gelegde gevallen bewezen dat G. zich schuldig heeft gemaakt aan mishandeling met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg. Het

gerechtshof acht het voorwaardelijk opzet bewezen.

Daarbij staat de hoedanigheid van G. als arts centraal. Het hof overweegt namelijk dat G. zich niet heeft gedragen als goed hulpverlener, nu hij niet heeft gehandeld in overeenstemming met de professionele standaard ex artikel 7:453 BW. In dit verband acht het gerechtshof de volgende feiten en omstandigheden relevant:

- G. had zijn algehele praktijkvoering niet op orde, zo vonden behandelingen niet plaats in een daartoe geschikte operatiekamer, werd hygiëne onvoldoende in acht genomen, werd onvoldoende gebruikgemaakt van bevoegd en/of bekwaam assisterend personeel en voldeed de dossiervoering niet aan de wettelijke vereisten.
- G. handelde in strijd met de wettelijke bepalingen omtrent *informed consent* (art. 7:448 jo. 7:450 BW). Patiënten werden onvoldoende geïnformeerd over de te verwachten gevolgen en risico's van de behandelingen en G. gaf zich jegens hen ten onrechte uit als een volledig ter zake opgeleid en bekwaam chirurg.
- G. handelde niet *lege artis*, onder meer door gebruik te maken van een medisch hulpmiddel zonder CE-markering, welk gebruik bovendien niet past binnen de voor chirurgen geldende professionele standaard, en door onvoldoende te voorzien in adequate nazorg voor zijn patiënten, waaronder in het bijzonder het niet instellen van brononderzoek nadat meerdere patiënten zich met 'afstotingsverschijnselen' bij G. hadden gemeld.

Wat opvalt, is dat in het oordeel van het gerechtshof ten aanzien van het voorwaardelijk opzet de hoedanigheid van G. als arts centraal staat. Het hof overweegt namelijk dat G., gelet op voornoemde feiten en omstandigheden, *wetenschap* moet hebben gehad van de naar algemene aanvaardingsregels aanmerkelijk te achten kans op letsel en infecties bij zijn patiënten. Door onder voornoemde gebrekkige omstandigheden chirurgische handelingen te verrichten, heeft G. de aanmerkelijke kans op het intreden van infecties en letsel bij zijn patiënten bovendien *bewust aanvaard*.

## 5. Slotbeschouwing

Uit een vergelijking van beide strafzaken komt een diffuus beeld naar voren voor wat betreft de relevantie van de hoedanigheid van medisch beroepsbeoefenaar voor het antwoord op de vraag of sprake is van voorwaardelijk opzet. Uit de uitspraken in de strafzaak Jansen Steur lijkt te volgen dat deze hoedanigheid geen (bijzondere) rol mag spelen bij het antwoord op deze vraag. Uit de overwegingen van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden lijkt namelijk te volgen dat het gegeven dat iemand deskundig is en vanuit die deskundigheid wetenschap heeft van een aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg nog niet met zich brengt dat daarmee tevens

sprake is van opzet. Het bestaan van de enkele wetenschap van de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg betekent nog niet dat daarmee tevens de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg bewust wordt aanvaard. In die gevallen is hooguit sprake van (bewuste) schuld, waarbij een bepaald gevolg van een gedraging wel wordt voorzien, maar te lichtzinnig wordt gedacht dat dit gevolg niet zal intreden. De Hoge Raad onderschrijft deze redenering in cassatie, waarbij de overweging van de Hoge Raad dat bij de aan de feitenrechter voorbehouden bewijswaardering geen bijzonder belang mag worden toegekend aan de hoedanigheid van Jansen Steur als (ex-)neuroloog opvallend is.

Op basis van de strafzaak van Rock G. lijkt echter het tegenovergestelde geconcludeerd te kunnen worden. Waar de advocate van G. in haar verweer in hoger beroep refereert aan het door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden geformuleerde toetsingskader en stelt dat geen sprake is van (voorwaardelijk) opzet of schuld, oordeelt het Gerechtshof Den Haag dat bij het handelen van G. wel degelijk sprake is van voorwaardelijk opzet. Daarbij hecht het gerechtshof belang aan de hoedanigheid van Rock G. als arts.

Rock G. heeft aangegeven in cassatie te gaan tegen het arrest van het Gerechtshof Den Haag. Gelet op het oordeel van de Hoge Raad in de zaak Jansen Steur en het gegeven dat de Hoge Raad strikt vasthoudt aan de criteria die invulling geven aan het voorwaardelijk opzet, is het de vraag of het arrest van het Gerechtshof Den Haag in cassatie in stand zal blijven.

*mr. A.M. van der Wal*

## **Noten**

[1] Voor de uitspraken in de strafzaak tegen Jansen Steur, zie achtereenvolgens Rb. Overijssel 11 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:646, *GJ* 2014/52, m.nt. T.M. Schalken, *GZR* 2014-0037; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4413, *GJ* 2015/88, m.nt. T.M. Schalken, *GZR* 2015-0268; HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862, *NJ* 2017/67, m.nt. P.A.M. Mevis, *GJ* 2016/94, m.nt. T.M. Schalken, *GZR* 2017-0025.

[2] Zie o.a. Rb. Rotterdam 17 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BP8090, *GJ* 2011/84 (bestuursrecht); RTG Den Haag 11 mei 2010 en CTG 23 juni 2011 (tuchtrecht); Rb. Rotterdam 25 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ8168; Rb. Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4452, *GZR* 2014-0209; Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2503, *GJ* 2016/155, *GZR* 2016-0304; Hof Den Haag 7 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:431, *GJ* 2017/59, *GZR* 2017-0129 (civiel recht).

[3] Zie achtereenvolgens Rb. Den Haag 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243, *GJ* 2015/11, m.nt. T.M. Schalken, *GZR* 2014-0428, m.nt. R.P. Wijne en Hof Den Haag 30 november

2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382, GZR 2017-0428.

[4] In dit verband zijn de volgende standaardarresten noemenswaardig: HR 9 november 1954, *NJ* 1955/55, m.nt. W.P.J. Pompe (*Cicero*); HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, *NJ* 1997/199, m.nt. A.C. 't Hart (*Porsche*); HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552, m.nt. Y. Buruma (*HIV-I*); HR 24 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8058, *NJ* 2003/555, m.nt. Y. Buruma (*HIV-II*); HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1860, *NJ* 2005/154, m.nt. D.H. de Jong (*HIV-III*) en HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY9659, *NJ* 2007/313, m.nt. Y. Buruma (*HIV-IV*).

[5] Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4413, *GJ* 2015/88, m.nt. T.M. Schalken, GZR 2015-0268.

[6] J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 235-241 en p. 247-249.

[7] G. Knigge & H.D. Wolswijk, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 114-116.

RECHTSPRAAK

## **Verzorgende/Omring**

***Tijdens vakantie bestaat ook recht op onregelmatigheidstoeslag (ORT) omdat dat als gebruikelijk loon moet worden beschouwd. Dat geldt niet alleen voor de wettelijke vakantiedagen, maar ook voor de bovenwettelijke vakantiedagen. De afwijking van artikel 7:639 is niet rechtsgeldig, ook niet als dat toch in de cao is opgenomen.***

*Feiten*

Werkneemster is op 1 februari 2000 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij Stichting Omring (een zorginstantie in Noord-Holland die ondersteuning en zorg biedt met thuiszorg, specialistische zorg, revalidatie, behandeling en therapie). Op de arbeidsovereenkomst is van toepassing verklaard de CAO Verpleeg- en Verzorgingshuizen en Thuiszorg (CAO VVT). Werkneemster verricht uit hoofde van haar functie (verzorgende IG) onregelmatige diensten. Deze werkzaamheden vinden plaats in een 24-uurs setting. Er worden van tevoren roosters opgesteld om te kunnen voldoen aan het verlenen van zorg in die 24-uurs setting. Wanneer werkneemster bij Stichting Omring een onregelmatige dienst werkt, ontvangt zij conform de cao een onregelmatigheidstoeslag (ORT). Op de dagen dat zij wegens vakantie geen werkzaamheden verrichtte, ontving zij loon, maar werd geen rekening gehouden met ORT. Werkneemster vordert onder meer voor recht te verklaren dat ze recht heeft op ORT over haar opgenomen vakantie- en verlofuren over de periode 1 mei 2011 tot en met 31 december 2016, alsmede nabetaling van het te weinig uitbetaalde salaris tijdens haar opgenomen vakantie- en verlofuren ad € 5818,56 bruto.

*Oordeel*

In lijn met recente rechtspraak oordeelt de kantonrechter dat ORT over vakantie- en verlofdagen verschuldigd is. Artikel 7:639 BW bepaalt dat een werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon behoudt. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 december 1953, *NJ* 1954/242 overwogen dat uit de verschillende op het loon betrekking hebbende bepalingen de gevolgtrekking moet worden gemaakt dat onder loon in de definitie van de

arbeidsovereenkomst dient te worden verstaan 'al datgene, waartoe de werkgever zich als contraprestatie van den door den arbeider te verrichten arbeid verbonden heeft'. In zijn arrest van 26 januari 1990, *NJ* 1990/499 heeft de Hoge Raad in het kader van het loonbegrip bedoeld in artikel 1638ii lid 1 (oud) BW overwogen dat onder loon het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon dient te worden begrepen, derhalve inclusief emolumenten en vergoedingen, en dat het niet met de wetgeschiedenis zou stroken indien van een beperkter loonbegrip zou worden uitgegaan dan bij toepassing van artikel 1638hh BW (vakantie met behoud van loon). Er is geen reden om het loonbegrip in artikel 7:639 BW niet even ruim als bedoeld in deze uitspraken van de Hoge Raad op te vatten. Voorts is van belang te constateren dat van artikel 7:639 BW ingevolge artikel 7:645 BW niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken. Daarnaast is van belang dat het Hof van Justitie EU in diverse uitspraken heeft bepaald dat artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn met zich brengt dat het vakantieloon in beginsel dient overeen te stemmen met het gebruikelijke arbeidsloon van de werknemer. Naar het oordeel van de kantonrechter valt ORT ook onder het ruime loonbegrip als door de Hoge Raad gedefinieerd. Het valt ook, gezien het voorgaande, onder het loonbegrip als bedoeld in artikel 7:639 BW. Daarnaast hangen de onregelmatigheidsdiensten van werkneemster naar het oordeel van de kantonrechter intrinsiek samen met de uitvoering van haar taken als verzorgende IG. De kantonrechter verwerpt het standpunt van Stichting Omring dat (in elk geval) anders zou moeten worden geoordeeld ten aanzien van de bovenwettelijke vakantiedagen. Ook hiervoor geldt (dwingend) het bepaalde in artikel 7:639 BW. Artikel 7:640 lid 2 BW staat aan partijen niet toe om bij schriftelijke overeenkomst hiervan af te wijken. Deze bepaling geeft slechts de mogelijkheid om tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst afstand te doen van bovenwettelijke vakantiedagen tegen schadevergoeding, hetgeen niet met zich brengt dat ten nadele van de werknemer gedurende de wel genoten bovenwettelijke vakantiedagen een lagere beloning kan worden overeengekomen dan in artikel 7:639 BW is bepaald. De kantonrechter overweegt dat voor zover de onderhavige cao-bepaling in strijd is met de wet in formele zin, derhalve in strijd is met de dwingende bepaling van artikel 7:639 BW, de cao-bepaling nietig is en buiten toepassing dient te blijven. In plaats daarvan dient artikel 7:639 BW te worden toegepast. Op grond van het vorenoverwogene is de door werkneemster gevorderde verklaring voor recht toewijsbaar. Ook het gevorderde bedrag aan ORT is in beginsel toewijsbaar.

*mr. J.J.W. van Mens*

---

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 22-11-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2017:9615

**Zaaknummer:** 5969718 \ CV EXPL 17-3808

**Advocaten:** K. ten Broek en F. Westenberg

**Wetsartikelen:** 7 Arbeidstijdenrichtlijn, 7:625 BW, 7:637 lid 1 BW, 7:639 lid 1 BW, 7:640 lid 2 BW en 7:645 BW

RECHTSPRAAK

**X/Y**

***Cliënt stelt (i) dat bij de planning van revalidatiesessies onvoldoende rekening werd gehouden met zijn beperkingen, (ii) dat sprake was van een dominante bejegening door zorgverleners en (iii) dat bij zijn behandeling veel behandelaars betrokken waren. De klachtencommissie verklaart de klacht gegrond. Cliënt wendt zich tot de geschillencommissie omdat hij betwijfelt dat de zorgaanbieder de klacht voldoende oppakt. Hij vordert immateriële schadevergoeding vanwege ernstig beschadigd leefplezier. De zorgaanbieder betwist aansprakelijkheid, omdat geen sprake is van toerekenbaar onzorgvuldig medisch handelen. De geschillencommissie sluit zich aan bij het oordeel van de klachtencommissie en oordeelt verder dat de zorgaanbieder niet is tekortgeschoten in de uitvoering van de behandelingsovereenkomst. De klacht wordt ongegrond verklaard en de schadevergoeding wordt afgewezen.***

*Feiten*

Cliënt is gestart met een revalidatietraject bij zorgaanbieder in verband met ernstige vermoeidheidsklachten als gevolg van Restless Leg Syndrome. Met behulp van het traject wil cliënt beter met zijn klachten leren omgaan. Cliënt geeft aan dat hij na een intensieve sessie oververmoeid raakte en door lichamelijke klachten het bed moest houden. Vanwege deze klachten wilde cliënt de eerstkomende sessie afzeggen, dit liet hij via zijn cliënt-verantwoordelijke weten. De begeleidster van de sessie gaf aan dat actieve deelname wordt verwacht. De cliënt-verantwoordelijke zei vervolgens dat bij de planning geen rekening wordt gehouden met de beperkingen van cliënten. Cliënt voert tevens aan dat hij tijdens het behandeltraject te maken kreeg met zestien verschillende behandelaars waarvan meerdere ongeïnteresseerd, niet-geïnformeerd en onervaren waren. Tevens voelde cliënt zich bij een afmelding voor een andere sessie niet prettig bejegend door de cliënt-verantwoordelijke en de



revalidatie-arts-assistent. Vanuit zijn optiek werd op bijna intimiderende wijze gezegd dat hij zich diende te houden aan alle regels en dat ingeplande sessies moesten worden bijgewoond. De volgorde van de sessies werd wel aangepast, maar zonder met hem hierover in overleg te gaan. Bij de tussenevaluatie bleek de toestand van cliënt te zijn verslechterd. Cliënt was weer gestart met antidepressiva, hij voelde zich psychisch labiel. Cliënt gaf bij de cliënt-verantwoordelijke aan een gesprek te willen met de zorgaanbieder en tot die tijd alle sessies stop te zetten. Hiermee ging de cliënt-verantwoordelijke niet akkoord, waarop cliënt besloot zijn behandelingsovereenkomst met de zorgaanbieder te beëindigen.

Cliënt heeft bij de klachtencommissie van de zorgaanbieder een klacht ingediend over het aantal behandelaren, de klantvriendelijke planning en de dominante bejegening door de cliënt-verantwoordelijke en de revalidatie-arts-assistent. Deze klacht is gegrond verklaard, aan de zorgaanbieder zijn aanbevelingen gedaan om herhaling te voorkomen. Cliënt betwijfelt echter of zorgaanbieder de klacht voldoende oppakt en verzoekt de Geschillencommissie Zorg zijn klacht gegrond te verklaren. Tevens vordert hij € 5000 immateriële schadevergoeding vanwege beschadigd leefplezier. Cliënt is tijdens de behandeling in een depressie geraakt. Daarnaast is hij onder behandeling van een fysiotherapeut.

De zorgaanbieder geeft aan zich niet te herkennen in hetgeen cliënt stelt. Aan cliënt is bij de start van de behandeling uitgelegd dat het een intensief traject betreft. Zijn bereidheid daartoe is door de zorgaanbieder geverifieerd. Cliënt is akkoord gegaan met het behandelplan en de algemene voorwaarden. De behandelingen vormen een samenhangend geheel en zijn noodzakelijk om het traject te laten slagen. Cliënt heeft tijdens het traject diverse malen van de gemaakte afspraken willen afwijken. De zorgaanbieder heeft daarbij telkens het belang van het volgen van het gehele traject aangegeven. De wijze van benadering heeft cliënt als dominant ervaren, zo leidt de zorgaanbieder uit de klachten af. De zorgaanbieder stelt dat bij de planning wordt rekening gehouden met beperkingen van een cliënt, de manier van activeren is daarop afgestemd. De zorgaanbieder erkent dat bij cliënt sprake is geweest van veel behandelaren, vier daarvan vormden echter het vaste behandelteam die zestig procent van de contactmomenten met cliënt hebben verzorgd. De raad van bestuur heeft de aanbevelingen van de klachtencommissie opgevolgd. De zorgaanbieder stelt dat een medische onderbouwing voor de gevorderde immateriële schadevergoeding ontbreekt. Daarnaast wordt aansprakelijkheid betwist, er is geen sprake van toerekenbaar medisch onzorgvuldig handelen en is er geen causaal verband tussen de behandeling en de vermeende schade.

### *Oordeel*

De Geschillencommissie Zorg moet oordelen of sprake is van tijdens de behandeling gemaakte verwijtbare fouten. Voor aansprakelijkheid is vereist dat voldoende aannemelijk

wordt dat de zorgaanbieder is tekortgeschoten in de nakoming van de behandelingsovereenkomst. De geschillencommissie geeft aan dat in onderhavige geval geldt dat sprake is van een inspanningsverbintenis en geen resultaatsverbintenis door de behandelaar.

De zorgaanbieder heeft aangegeven dat cliënt tijdens de intake uitgebreid is geïnformeerd over werkwijze en opbouw in intensiteit. De geschillencommissie ziet geen reden om aan te nemen dat deze toelichting onvoldoende is geweest. Ook de bereidheid van cliënt tot deelname is zorgvuldig door de zorgaanbieder getoetst. Vervolgens is in gezamenlijkheid de behandelingsovereenkomst opgesteld waarmee cliënt heeft ingestemd inclusief de algemene voorwaarden. Bij aanvang zijn nogmaals de behandeldoelen besproken met aandacht voor de belangrijkste regels en aspecten van het traject. Ten aanzien van de momenten waarop cliënt bij de zorgaanbieder heeft aangegeven dat de behandeling niet voor hem werkte, merkt de geschillencommissie het volgende op. Aan cliënt is uitgelegd dat het traject impact kan hebben en dat dit bij het leerproces hoort. De zorgaanbieder heeft bij cliënt aangegeven dat deze niet zelf de planning kan wijzigen, maar dat een sessie wel in onderling overleg anders kan worden ingevuld. Dit laatste is gebeurd. De geschillencommissie stelt dat de zorgaanbieder rekening heeft gehouden met de behoeften en wensen van cliënt. Cliënt bleef echter weerstand houden, ondanks gesprekken met de zorgaanbieder en aanpassingen in het behandelplan.

Cliënt heeft zich beklagd over het grote aantal behandelingen, de klantvriendelijke planning en de dominante houding jegens hem. De klachtencommissie van de zorgaanbieder heeft hierover geoordeeld. De geschillencommissie sluit zich hierbij aan maar dient nog te toetsen of de zorgaanbieder nalatigheid in de behandelingsovereenkomst kan worden verweten. De geschillencommissie acht zich, op grond van de in het dossier aanwezige stukken en hetgeen ter zitting is besproken, niet in staat vast te stellen dat het meer dan gemiddeld aantal behandelingen heeft geleid tot het niet voldoen aan de voor de behandeling gestelde vereisten. Tevens oordeelt de geschillencommissie dat niet gezegd kan worden dat de planning, waarbij in mindere mate rekening is gehouden met beperkingen van cliënt, van invloed is geweest op de kwaliteit van zorg. Ten aanzien van de bejegening kan de geschillencommissie zich voorstellen dat deze benadering voor sommige cliënten wel werkt. Voor cliënt bleek dit niet het geval; dit wil echter niet zeggen dat de zorgaanbieder daarmee tekort is geschoten in de uitvoering van de behandelingsovereenkomst. De geschillencommissie verklaart de klacht ongegrond, aan zorgaanbieder kan geen nalatigheid worden verweten. Gelet daarop is geen ruimte voor de verzochte schadeloosstelling.

*mr. D.F.A. Kikken*

**Instantie:** Geschillencommissie Zorg Algemeen

**Datum uitspraak:** 07-06-2017

**Zaaknummer:** 109453

## RECHTSPRAAK

### **X/Y**

***Deze zaak betreft het beroep van een deels gegrond verklaarde klacht tegen een anesthesioloog (verweerder) met betrekking tot gebrek aan informed consent en de wijze van aanbrengen en de nazorg van een epiduraal katheter. In eerste aanleg was er onvoldoende bewijs van gebrek aan informed consent. In beroep blijkt op basis van nieuwe stukken alsnog dat er wel sprake was van informed consent. Derhalve slaagt het beroep van verweerder.***

#### *Feiten*

Klager was bekend met hypertensie, met een pacemaker en met atriumfibrilleren. In 2010 heeft hij een appendectomie ondergaan die gecompliceerd verliep. Hij ontwikkelde daarbij postoperatief een delier. Daarna werd bij hem een aneurysma geconstateerd van de aorta abdominalis. In 2012 werd door de vaatchirurg in overleg met klager besloten tot een electieve operatieve behandeling van het aneurysma. Bij hem zou een aorta buisprothese worden ingebracht, waarbij tevens een littekenbreuk zou worden gecorrigeerd. Ook zou een moedervlek in de rechterlies worden verwijderd. Gezien de voorgeschiedenis van klager werd een geriater geconsulteerd om eventueel preventieve maatregelen te treffen ter voorkoming van een delier. Op 28 februari 2012 vond bij een collega van verweerder de preoperatieve anesthesiologische screening plaats. Genoteerd werd dat de operatie onder algehele anesthesie zou plaatsvinden en dat klager ten behoeve van postoperatieve pijnstilling een epiduraal katheter zou krijgen. Op 13 maart 2012 vond de operatie plaats, waarbij verweerder de anesthesiologische behandeling verzorgde.

Daarna heeft klager veel pijn gehad, is delirant geworden en er is een verminderde sensibiliteit en motoriek van het rechterbeen geconstateerd. Er heeft overleg plaatsgevonden met verweerder over de vraag of het mogelijk zou kunnen gaan om een complicatie van de epiduraal katheter. Verweerder heeft daarover de neuroloog geconsulteerd. Aan het begin van de avond van 16 maart 2012 stelde de neuroloog bij klager een partieel dwarslaesiebeeld vast, waarbij door middel van een beeldvormend onderzoek met een CT-scan geen epidurale

bloeding kon worden aangetoond. De behandeling van klager werd verder vervolgd, waarbij de neuroloog vaststelde dat er een beeld was dat het beste paste bij myelomalacie van het ruggenmerg door ischaemie (slechte bloed- en zuurstofvoorziening), waarbij een bloeding minder waarschijnlijk was. Er werd besloten een driedimensionale CT-scan en myelografie-onderzoek te verrichten. Bij herbeoordeling door de neuroloog was er sprake van een ongewijzigd beeld, waarbij ook bij reconstructie van het eerdere beeldvormend onderzoek geen aanwijzingen werden gevonden voor bloedingen. Op de driedimensionale CT-scan was geen epidurale bloeding zichtbaar.

Klager heeft een klacht ingediend met de volgende onderdelen:

- a. Er zou sprake zijn van onvoldoende informed consent, waardoor klager geen weloverwogen beslissing over de behandeling (de gebruikte epidurale techniek) heeft kunnen nemen.
- b. Specifiek gemaakte afspraken ten aanzien van de ruggenprik zijn niet nagekomen; klager zou bij kennis zijn en eventueel zou een APAD gebruikt worden.
- c. De epiduraal is niet volgens de geldende standaard geplaatst.
- d. Na het optreden van de complicatie/medische kunstfout heeft verweerder niet actief genoeg opgetreden om de kwalijke gevolgen te beperken.

#### *Oordeel RTG*

Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle (RTG) heeft geoordeeld dat uit het dossier onvoldoende is gebleken dat sprake was van informed consent. Voorts is niet aannemelijk geworden dat met klager is afgesproken dat er gebruik zou worden gemaakt van een APAD, ook dit blijkt niet uit het dossier. Wat betreft de plaatsing van het epiduraal heeft verweerder er, gelet op de onrust en beweeglijkheid van klager, veiligheidshalve voor kunnen kiezen lager te prikken. Voorts is niet gebleken dat verweerder in de nazorg tekort is geschoten, zodat deze onderdelen ongegrond zijn verklaard.

Gezien het feit dat de praktijk van verkrijging en vastlegging van informed consent inmiddels is gewijzigd en verweerder in zijn lange loopbaan nog niet eerder met een geslaagde tuchtklacht is geconfronteerd, heeft het RTG de maatregel van waarschuwing opgelegd.

#### *Oordeel CTG*

Verweerder heeft (eerst) bij zijn beroepschrift verschillende bewijsstukken overgelegd waaruit blijkt dat er in de periode voorafgaand aan de operatie op 13 maart 2012 op verschillende momenten en door verschillende hulpverleners informatie aan klager over de voorgenomen

operatie is verstrekt. Ook blijkt uit deze stukken dat er sprake was van informed consent.

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) oordeelt vervolgens dat hiermee de feitelijke basis onder klachtonderdeel a. is komen te vervallen, zodat het beroep slaagt. De beslissing waarvan beroep ten aanzien van klachtonderdeel a. wordt vernietigd.

*mr. L. van Duyneveldt-Franken*

---

**Instantie:** Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg

**Datum uitspraak:** 15-02-2018

**ECLI:** ECLI:NL:TGZCTG:2018:51

**Zaaknummer:** c2017.162

**Wetsartikelen:** 47 Wet BIG

## RECHTSPRAAK

***Deze zaak betreft het hoger beroep van een uitspraak van het RTG Zwolle, waarin is geoordeeld dat verweerder, orthodontist, ontoelaatbaar grensoverschrijdend gedrag heeft getoond naar vrouwelijke patiënten. Het oordeel houdt ook in hoger beroep stand. Verweerder krijgt de maatregel van doorhaling van de inschrijving dan wel ontzegging van het recht tot herinschrijving in het BIG-register opgelegd.***

### *Feiten*

De Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd heeft bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle (RTG) een klacht ingediend tegen verweerder in verband met seksueel grensoverschrijdend gedrag. In totaal twaalf patiënten hebben verklaard dat hij hen heeft gestreeld, gezoend, in hun billen heeft geknepen en ongepaste opmerkingen heeft gemaakt.

Het RTG heeft de klacht gegrond verklaard, de inschrijving van de orthodontist in het BIG-register doorgehaald dan wel hem het recht op wederinschrijving ontzegt, de inschrijving van de orthodontist bij wijze van voorlopige voorziening met onmiddellijke ingang geschorst en publicatie van de beslissing gelast.

De orthodontist is hiervan is beroep gekomen en concludeert tot ongegrondverklaring van de klacht, subsidiair tot, bij gegrondverklaring van de klacht, oplegging van een lichtere maatregel.

### *Oordeel*

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) overweegt dat het in deze zaak naar de kern genomen gaat om de vragen of de orthodontist minderjarige en volwassen vrouwelijke patiënten onzedelijk heeft betast, en zo ja, hoe en met welke maatregel daarop al dan niet gereageerd moet worden.

Naar het oordeel van het CTG is op grond van de afgelegde verklaringen, bezien in onderling verband en samenhang met de andere verklaringen, voldoende aannemelijk dat de orthodontist vrouwelijke patiënten onzedelijk heeft betast. Het beroep van verweerder wordt verworpen.

Met zijn handelen is de orthodontist op zichzelf niet verder gegaan dan het aanraken van het hoofd en halsgebied, het onverhoeds geven van zoenen en het strelen over of anderszins aanraken van een met kleding bedekte huid. Daar staat tegenover dat de orthodontist, ook nadat hij op de hoogte was geraakt van de tegen hem geuite beschuldigingen, in zijn gedrag heeft gepersisteerd. Voorts houdt het CTG bij het bepalen van de zwaarte van de maatregel rekening met het feit dat in een praktijk van een orthodontist relatief veel jonge kinderen staan ingeschreven. Bij deze stand van zaken en gelet op de ontkenning en het onvermogen van de orthodontist om te reflecteren op zijn ongepaste gedrag is het CTG van oordeel dat een minder ver strekkende maatregel dan door het RTG opgelegd niet gerechtvaardigd is en onvoldoende waarborgen biedt om herhaling te voorkomen. De maatregel van doorhaling van de inschrijving van de orthodontist in het BIG-register, dan wel een ontzegging van het recht tot herinschrijving in dat register zal in stand worden gelaten.

*mr. L. van Duyneveldt-Franken*

---

**Instantie:** Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg

**Datum uitspraak:** 15-02-2018

**ECLI:** ECLI:NL:TGZCTG:2018:47

**Zaaknummer:** 2017.396

**Wetsartikelen:** 47 Wet BIG en 7:453 BW



RECHTSPRAAK

## **Klager/Stichting Slingeland Ziekenhuis**

***Een 15-jarige jongen met het syndroom van Down verzoekt een ziekenhuis om sterilisatie. De factuur die het ziekenhuis naderhand stuurt, is vele malen hoger dan het bedrag dat normaal voor een sterilisatie in rekening wordt gebracht. De kosten voor de sterilisatie waren in dit geval zo afwijkend, omdat de ingreep onder algehele narcose is uitgevoerd, hetgeen een dagopname betekende. Het ziekenhuis had klager over deze afwijkende kosten moeten informeren. Nu het ziekenhuis dat niet heeft gedaan, dient het ziekenhuis de kosten die het gebruikelijke sterilisatietarief overschrijden te vergoeden.***

### *Feiten*

Klager, een 15 jarige jongen met het syndroom van Down, heeft bij het ziekenhuis om een sterilisatie verzocht. Er werd daarbij afgesproken dat de sterilisatie onder algehele narcose zou worden uitgevoerd, hetgeen een dagopname betekende. Na de sterilisatie heeft het ziekenhuis de ouders van klager een factuur van € 2393,80 gestuurd voor de uitgevoerde behandeling.

Klager stelt dat een poliklinische sterilisatie normaal gesproken ongeveer € 500 kost. Het ziekenhuis heeft klager niet verteld dat de extra kosten voor de narcose en de dagopname € 1893,80 zouden bedragen. Zou het ziekenhuis dat wel hebben gedaan, dan zou klager de sterilisatie hebben uitgesteld en eerst een ander zorgpakket hebben genomen. Volgens klager dient het ziekenhuis de extra kosten (€ 1893,80) derhalve te vergoeden.

Het ziekenhuis stelt zich evenwel op het standpunt dat het aan klager of diens ouders was om zich voorafgaand aan de start van de behandeling te informeren over de kosten en vergoedingen van zorg en om na te gaan of de zorgverzekeraar de behandeling zou vergoeden. Nu klager, noch de ouders, het ziekenhuis om informatie hebben gevraagd, valt het ziekenhuis geen verwijt te maken.

### *Oordeel*

Allereerst overweegt de Geschillencommissie Ziekenhuizen (hierna: de commissie) dat ziekenhuizen alleen informatie over tarieven hoeven te verstrekken wanneer deze tarieven rechtstreeks met de cliënt worden verrekend en/of wanneer de cliënt daarom vraagt. In het onderhavige geval deden die situaties zich niet voor en op dat punt viel het ziekenhuis dan ook geen verwijt te maken.

Toch is het ziekenhuis volgens de commissie wel tekortgeschoten in zijn informatieplicht jegens klager. In dat kader is relevant dat tijdens de zitting is komen vast te staan dat andere ziekenhuizen voor een sterilisatie gemiddeld € 500 in rekening brengen en dat uit de prijslijst van het Slingeland ziekenhuis bleek dat in 2016 'slechts' € 425,75 voor een sterilisatie werd gevraagd. Zonder een oordeel te geven over de hoogte van het door het ziekenhuis in rekening gebrachte tarief, oordeelt de commissie dat de factuur van bijna € 2400 dusdanig afwijkend is ten opzichte van de gangbare tarieven en het eigen prijstarief dat het op de weg van het ziekenhuis had gelegen om klager hierover te informeren.

Nu het ziekenhuis tekort is geschoten in zijn informatieplicht, is het ziekenhuis volgens de commissie ook aansprakelijk voor de daardoor geleden schade. De commissie acht het aannemelijk dat klager de sterilisatie zou hebben uitgesteld op het moment dat het ziekenhuis klager over de kosten zou hebben geïnformeerd en om die reden acht de commissie het redelijk dat het ziekenhuis de door klager gevraagde vergoeding van € 1893,80 aan klager betaalt, alsmede het klachtengeld van € 52,50.

*mr. V.M.A. Vos*

---

**Instantie:** Geschillencommissie ziekenhuizen

**Datum uitspraak:** 06-07-2017

**Zaaknummer:** 109246

RECHTSPRAAK

**X/Y**

***Anders dan artikel 15 lid 3 Wet Bopz doet vermoeden, is voor het verlenen van een machtiging tot voortgezet verblijf in een psychogeriatrisch verpleeghuis of zwakzinnigeninrichting nodig dat de betrokken patiënt zich verzet. Geen blijk geven van de nodige bereidheid is onvoldoende. Een en ander volgt uit artikel 54 lid 1, tweede volzin Wet Bopz.***

*Feiten*

De rechtbank verleent (na afloop van een voorlopige machtiging) een machtiging tot voortgezet verblijf voor iemand in een psychogeriatrisch verpleeghuis. De rechtbank overweegt daarbij dat de betrokken patiënt blijk geeft van verzet tegen die opname. Betrokkene gaat in cassatie tegen deze beschikking met als stelling dat artikel 15 Wet Bopz alleen het 'bereidheidscriterium' van artikel 2 Wet Bopz van toepassing verklaart en niet het 'verzetscriterium' van artikel 3 Wet Bopz.

*Oordeel*

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.

Artikel 2 lid 1 jo. lid 3 aanhef sub a Wet Bopz bepaalt dat bij een voorlopige machtiging voor opname in een psychiatrisch ziekenhuis het bereidheidscriterium geldt.

Artikel 3 Wet Bopz bepaalt dat bij een voorlopige machtiging voor opname in een psychogeriatrisch verpleeghuis of zwakzinnigeninrichting het verzetscriterium geldt.

Bij een machtiging tot voortgezet verblijf verklaart artikel 15 lid 3 Wet Bopz alleen artikel 2 Wet Bopz van toepassing en niet artikel 3. Ook hoofdstuk II, paragraaf 2 Wet Bopz (waarin de machtiging tot voortgezet is geregeld) bevat geen bepaling waaruit blijkt dat bij een machtiging tot voortgezet verblijf in een psychogeriatrisch verpleeghuis of zwakzinnigeninrichting het verzetscriterium geldt.

Toch betekent dat niet dat bij een machtiging tot voortgezet verblijf in een psychogeriatrisch verpleeghuis of een zwakzinnigeninrichting alleen het bereidheidscriterium van toepassing is.

Uit artikel 54 lid 1, tweede volzin jo. lid 2 aanhef en onder a Wet Bopz (handelend over de bescheiden, waarover een psychogeriatrisch verpleeghuis of zwakzinnigeninrichting moet beschikken, wil men iemand gedwongen opgenomen houden na afloop van een geldende machtiging) volgt dat, na afloop van de geldigheidsduur van een machtiging tot opname in een psychogeriatrisch verpleeghuis of zwakzinnigeninrichting, een nieuwe rechterlijke machtiging vereist is wanneer de betrokken patiënt blijkt geeft van verzet tegen verder gedwongen verblijf.

*mr. J.M. van Luyck*

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 16-02-2018

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2018:222

**Zaaknummer:** 17/05026

**Advocaten:** C. Reintjes-Wendenburg

**Wetsartikelen:** 3 Wet Bopz, 15 lid 3 Wet Bopz en 54 lid 1, tweede volzin Wet Bopz

RECHTSPRAAK

**X/Y**

***Klaagster bezoekt de praktijk van verweerster vanwege pijn in de borststreek. Gemaakte ECG's laten geen afwijkingen zien. In verband met spanningen en hyperventilatie ondergaat zij een behandeling bij een psycholoog en fysiotherapeut. De pijnen blijven terugkeren. Na nogmaals de praktijk te hebben bezocht wordt klaagster direct ingestuurd naar het ziekenhuis waar een hartinfarct wordt geconstateerd. Klaagster verwijt verweerster dat zij geen verder onderzoek naar de pijnklachten heeft laten verrichten en geen contact met klaagster heeft gezocht tijdens haar ziekenhuisopname en na uitschrijving uit de praktijk. De Geschillencommissie Huisartsen oordeelt dat verweerster zorgvuldig heeft gehandeld ten aanzien van de spanningen en de hyperventilatie, maar dat onterecht is nagelaten verder cardiaal onderzoek te laten verrichten. Tevens oordeelt de geschillencommissie dat verweerster uit eigen beweging klaagster had moeten benaderen voor een gesprek. De geschillencommissie oordeelt de klachten gegrond.***

*Feiten*

Klaagster heeft zich in augustus en september 2016 tot de praktijk van verweerster gewend met pijn in de borststreek met uitstraling naar de linkerarm en tussen de schouders. De eerste keer is in overleg met een collega van verweerster een ambulance gebeld. Op de door de ambulancemedewerkers gemaakte ECG waren geen afwijkingen te zien. De tweede keer is door verweerster een ECG gemaakt, hierop waren geen afwijkingen te zien. In de periode september 2016 tot en met december 2016 heeft klaagster enkele malen verweerster bezocht in verband met (hernieuwde) pijnklachten in de borststreek. Verweerster heeft klaagster doorverwezen naar een psycholoog in verband met spanningsklachten en naar een fysiotherapeut in verband met hyperventilatie. Klaagster heeft daarvoor behandelingen

ondergaan. Tevens is in december medicatie voorgeschreven voor spanningsklachten.

In januari 2017 meldt klaagster zich met langdurig aanhoudende pijnklachten opnieuw bij de praktijk van verweerster. Een collega van verweerster ziet afwijkingen op het ECG en heeft klaagster direct doorgestuurd naar het ziekenhuis. Daar wordt een hartinfarct geconstateerd, waarop een ziekenhuisopname volgt van een week.

Klaagster stelt dat verweerster geen verder onderzoek heeft gedaan naar de pijnklachten. Vanwege de diagnose spanningsklachten en hyperventilatie aarzelde klaagster om terug te gaan naar de praktijk. Op 27 januari 2017 waren er heftige pijnklachten waarop klaagster opnieuw naar de praktijk van verweerster is gegaan. Dit was om 8.00 uur 's ochtends, er was niemand in de wachtkamer. Nadat de praktijkmedewerker met de collega van verweerster had gesproken is klaagster verzocht twee uur later terug te komen. Klaagster geeft aan dat toen pas actie is ondernomen en dat zij toen pas is doorgestuurd naar het ziekenhuis. Klaagster verwijt verweerster dat zij geen contact met haar heeft opgenomen toen klaagster in het ziekenhuis verbleef. Tevens betreurt klaagster het dat verweerster geen initiatief heeft ondernomen voor een gesprek toen klaagster zich uit de praktijk liet schrijven.

Verweerster voert aan dat zij klaagster voor de eerste maal heeft gezien op 19 september 2016. Er is een ECG gemaakt waarop geen afwijkingen te zien waren. Dit kwam overeen met het ECG van het ambulancepersoneel. Tijdens het consult bleek dat klaagster onder grote spanning stond. Pijnklachten kunnen daaraan gerelateerd zijn, daarom stelde verweerster voor de spanningsklachten aan te pakken. Klaagster stemde hiermee in en is doorverwezen naar een psycholoog. Later heeft verweerster, bij een nieuw consult, de klachten geduid als hyperventilatie met een doorverwijzing naar de fysiotherapeut. Tevens is medicatie voor de spanningsklachten voorgeschreven. Hartproblemen als mogelijke oorzaak van de pijn heeft verweerster niet uitgesloten. Zij erkent dat de terugkerende pijnklachten hadden moeten leiden tot verder cardiaal onderzoek. Verweerster heeft zich laten leiden door het feit dat de pijnklachten regelmatig verdwenen en de ECG's geen afwijkingen toonden. De gekozen therapie leek effect te hebben. Verweerster betreurt de gang van zaken.

Ten aanzien van het praktijkbezoek van klaagster op 27 januari 2017 kan verweerster geen uitspraak doen, zij was toen afwezig. Intern geldt dat de assistente met de dienstdoend arts overlegt of iemand direct of later kan worden gezien. Verweerster heeft overwogen met klaagster contact op te nemen toen zij vernam van het infarct en de ziekenhuisopname. Omdat klaagster zich liet uitschrijven meende verweerster dat zij geen contact meer wilde. Het verzoek om een gesprek heeft verweerster niet bereikt.

*Oordeel*

De Geschillencommissie Huisartsen (hierna: de commissie) wijst op het principe van goed hulpverlenerschap. De hulpverlener neemt bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard.

De commissie stelt dat klaagster niet heeft ontkend dat er spanningen waren en ook waren er redenen om aan te nemen dat sprake was van hyperventilatie. Verweerster heeft met de aanpak hiervan zorgvuldig gehandeld. Verweerster had hier echter niet mee moeten volstaan. Bij klaagster was sprake van drukkende en recidiverende pijnen. Aard en locatie daarvan konden duiden op cardiale oorzaken. Het feit dat de gemaakte ECG's geen afwijkingen lieten zien is onvoldoende grond voor het nalaten van verder onderzoek, zoals een verwijzing of het laten uitvoeren van een inspannings-ECG. De commissie wijst daarbij op de richtlijnen van het NHG inzake stabiele angina pectoris en acuut coronair syndroom. Verweerster geeft aan dat ze hartklachten niet uitsloot, maar onvoldoende is onderbouwd waarom zij daar geen verder onderzoek naar heeft laten doen. De commissie oordeelt dat dit ten onrechte is nagelaten en acht de klacht op dit punt gegrond.

De commissie acht voorts gegrond dat verweerster onvoldoende contact heeft onderhouden met klaagster. Klaagster is doorverwezen naar het ziekenhuis, daarna was sprake van opname van een week. Van uitschrijving in de praktijk was toen nog geen sprake. Deze latere uitschrijving kan geen reden zijn om geen contact met klaagster op te nemen. Dat verweerster wel of niet op de hoogte was van een verzoek van klaagster voor een gesprek doet niet ter zake. De commissie stelt dat klaagster zich direct na het ingrijpende incident heeft laten uitschrijven, dit alleen al had voor verweerster reden moeten zijn om klaagster op eigen initiatief te benaderen.

De geschillencommissie acht de klachten gegrond.

*mr. D.F.A. Kikken*

---

**Instantie:** Geschillencommissie Huisartsen

**Datum uitspraak:** 13-09-2017

**Zaaknummer:** 201703/ms