

Nieuwsbrief GZR Updates - Nummer 05, 2019

Nummer 5, 2019

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

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:563](#) 19-02-2019

patiënt/ziekenhuis

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:397](#) 05-02-2019

Verpleegkundige/Ziekenhuis

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:2558](#) 09-10-2018

X/Wijdezorg

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:2103](#) 31-01-2017

SNRC c.s./Chiropractor

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:859](#) 27-02-2019

fysiotherapeuten/maatschap voor fysiotherapie

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2019:754](#) 27-02-2019

werkgever/bedrijfsarts

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2019:722](#) 22-02-2019

Manager/Ziekenhuisgroep Twente

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2019:861](#) 19-02-2019

Dochter/Stichting Maasduinen

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:1050](#) 13-02-2019

donorkinderen/weduwe fertiliteitsarts

College van Beroep voor het bedrijfsleven

[College van Beroep voor het bedrijfsleven, ECLI:NL:CBB:2019:84](#) 26-02-2019

DC Klinieken/NZa

Tuchtcolleges

[Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle,](#)

[ECLI:NL:TGZRZWO:2019:41](#) 01-03-2019

X/Y

Uitspraken zonder ECLI

[Geschillencommissie Huisartsen](#) 13-11-2017

X/Y

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg](#) 04-10-2018

X/Y

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[Rechtbank Oost-Brabant](#) 12-10-2018

patiënt/Bernhoven – MediRisk

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

[De huisarts en de overtijdpil.](#)

mr. M.F. van der Mersch

ANNOTATIE

De huisarts en de overtidpil.

mr. M.F. van der Mersch

Het Gerechtshof Den Haag heeft onlangs een principiële arrest gewezen over de vraag of de Staat – en in het bijzonder de Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) – onrechtmatig heeft gehandeld door een standpunt uit te dragen over de strafbaarheid van de medicamenteuze overtijdbehandeling door de huisarts.[1]

Een overtijdbehandeling wordt toegepast bij het uitblijven van de menstruatie tot en met de zestiende dag na het begin van de overtijdperiode. Een overtijdbehandeling kan instrumenteel plaatsvinden, waarbij de baarmoederholte met een dun zuigbuisje wordt leeggezogen, en medicamenteus, door toediening van de geneesmiddelen mifepriston en misoprostol. Deze juridische procedure zag uitsluitend op de medicamenteuze behandeling. De geneesmiddelen moeten worden voorgeschreven door een arts. In Nederland worden de geneesmiddelen als gevolg van het standpunt van de Staat uitsluitend afgeleverd aan ziekenhuizen en abortusklinieken.

Sinds het in de handel komen van de geneesmiddelen in 1999 hebben Women on Waves, Bureau Clara Wichmann en verschillende huisartsen ervoor geijverd de overtijdbehandeling door huisartsen te laten verrichten. Zij vinden dat vrouwen een veilige behandeling in een vertrouwde omgeving dichtbij huis wordt onthouden als huisartsen die mogelijkheid niet hebben. Dat standpunt wordt ondersteund door de KNMG en de LHV die in 2013 en 2015 hebben aangegeven dat het zowel vanuit medisch als psychologisch en sociaal oogpunt wenselijk is dat huisartsen de overtijdpil mogen voorschrijven. Zij achten huisartsen ook voldoende kundig om de medicamenteuze overtijdbehandeling veilig en effectief toe te passen.

De discussie spitst zich toe op de vraag of het voorschrijven van de medicatie door de huisarts strafbaar is op grond van artikel 296 van het Wetboek van Strafrecht (Sr). Dat artikel bepaalt dat 'hij die een vrouw een behandeling geeft, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat daardoor zwangerschap kan worden afgebroken, wordt gestraft met gevangenisstraf van

ten hoogste vier jaar en zes maanden of een geldboete van de vierde categorie'. In het artikel is een uitzondering opgenomen. Het feit is niet strafbaar, indien de behandeling is verricht door een arts in een ziekenhuis of kliniek waarin zodanige behandeling volgens de Wet afbreking zwangerschap mag worden verricht.

In de Wet afbreking zwangerschap is bepaald dat een behandeling gericht op het afbreken van een zwangerschap slechts mag worden verricht door een arts in een ziekenhuis of kliniek waaraan door de minister van VWS een vergunning is verleend. Onder het afbreken van een zwangerschap wordt in de Wet afbreking zwangerschap niet verstaan het toepassen van een middel ter voorkoming van de innesteling van een bevruchte eicel in de baarmoeder. Met dit middel wordt de 'morning-afterpil' bedoeld en niet de medicamenteuze overtijdbehandeling. Het begrip 'zwangerschap' is in de wet niet gedefinieerd.

De Hoge Raad heeft in 1995 geoordeeld dat op grond van de wetsgeschiedenis een overtijdbehandeling niet als afbreking van zwangerschap in de zin van de Wet afbreking zwangerschap kan worden aangemerkt, zie het arrest van 16 juni 1995 ECLI:NL:HR:1995:ZC1757. De in die wet gestelde eisen gelden dan ook niet voor een overtijdbehandeling. Ruim tien jaar later heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat arrest nog eens bevestigd en geoordeeld dat er geen vergunning nodig is op grond van de Wet afbreking zwangerschap voor de overtijdbehandeling.[1]

De minister van VWS en de IGJ stellen zich al jaren op het standpunt dat, hoewel de medicamenteuze overtijdbehandeling niet onder de Wet afbreking zwangerschap valt – en er dus geen vergunning nodig is om de behandeling uit te voeren – een huisarts strafbaar is op grond van artikel 296 Sr, omdat de huisarts met de overtijdbehandeling een behandeling geeft, terwijl hij weet of redelijkerwijs *moet vermoeden* dat daardoor de zwangerschap kan worden afgebroken. De uitzonderingssituatie is niet op de huisarts van toepassing omdat de huisarts geen vergunning heeft in de zin van de Wet afbreking zwangerschap. De IGJ heeft dat standpunt ook in antwoord op vragen van huisartsen en apothekers in brieven verwoord. De IGJ heeft in de brieven aangegeven dat het uiteindelijk aan de strafrechter is om zich uit te laten over de vraag of een huisarts die de medicamenteuze overtijdbehandeling voorschrijft een strafbaar feit pleegt.

De Rechtbank Den Haag heeft in eerste aanleg de vorderingen van Women on Waves e.a. afgewezen, zie Rechtbank Den Haag 6 september 2017, GZR 2017-0340.

Volgens de rechtbank mag de civiele rechter zich uitlaten over de onrechtmatigheid van de uitlatingen van de Staat. De bevoegdheid van de strafrechter verhindert niet de toetsing van het standpunt van de Staat door de civiele rechter. De rechtbank oordeelde vervolgens dat de

uitleg van artikel 296 Sr niet onverenigbaar is met de Wet afbreking zwangerschap en de omstandigheid dat een overtijdbehandeling niet onder het bereik van de Wet afbreking zwangerschap valt. De Staat heeft dan ook volgens de rechtbank terecht dat standpunt kunnen innemen.

In het hoger beroep slagen de grieven van Women on Waves e.a. niet en worden de vorderingen eveneens afgewezen. Het arrest van het hof bevat echter wel een aantal interessante overwegingen, waarin het hof ook duidelijk afstand neemt van het oordeel van de rechtbank in eerste aanleg. Het hof stelt voorop dat het aan de strafrechter is om in een individueel geval te beoordelen of strafbaar is gehandeld. Ook legt het hof de Staat niet op om mededelingen te doen over het ontbreken van strafbaarheid in algemene zin, want het is aan de wetgever om vast te stellen wat wel of niet strafbaar is. Het hof oordeelt vervolgens dat vaststaat dat het verstrekken van een ‘morning-afterpil’ niet onder artikel 296 Sr valt en dat het afbreken van een zwangerschap na afloop van de overtijdperiode er wel onder valt. In dat laatste geval is sprake van een abortus. De overtijdbehandeling is volgens het hof echter niet expliciet in de wet geregeld. Het moment waarop een vermoeden van zwangerschap ontstaat, is ook niet in de wet bepaald. Daarom is onduidelijk wat een arts buiten een vergunninghoudende kliniek of ziekenhuis wel of niet mag doen tijdens de overtijdperiode. Omdat dit onduidelijk is, staat niet vast dat de IGJ onrechtmatig handelt door daarover haar standpunt uit te dragen. Bovendien had de IGJ niet te stellige bewoordingen gebruikt in de brief. Het hof kon dan ook de onrechtmatigheid van het handelen van de IGJ niet vaststellen.

Het hof geeft in het arrest helder verwoord en gemotiveerd aan waar het pijnpunt zit in de abortuswetgeving. Die wetgeving is niet duidelijk en houdt geen rekening met de mogelijkheid van een medicamenteuze overtijdbehandeling. Er is tot tweemaal toe getracht door verschillende ministers om via een aanpassing van de wet- en regelgeving de regels te verduidelijken. Dat is niet gelukt. Het laatste voorstel van minister Schippers is gestrand toen een nieuw kabinet aantrad dat besloot het voorstel in te trekken. Minister Schippers had een stelsel voor ogen waarbij de overtijdbehandeling onder de Wet afbreking zwangerschap zou worden gebracht en de huisarts een vergunning kon aanvragen op grond van die wet. Kritiek op dat voorstel was onder meer dat het onnodige administratieve lasten voor de huisarts zou meebrengen. Er was bovendien politieke discussie over de vraag of de huisarts een bedenkttermijn voor de vrouw in acht zou moeten nemen. Er heerst sterke politieke verdeeldheid over dat onderwerp.

Begin 2018 is een initiatiefwetsvoorstel ingediend door GroenLinks en de PvdA. Doel van dat voorstel is om artikel 296 Sr aan te passen en de medicamenteuze behandeling door de huisarts onder te brengen in de uitzonderingsgrond. Dat voorstel wordt binnenkort in de Tweede Kamer behandeld. Het voorstel beoogt de gewenste duidelijkheid voor huisartsen te

bieden. De LHV en KNMG hebben al aangegeven achter het voorstel te staan. Ook ten aanzien van dit wetsvoorstel staan echter de politieke partijen lijnrecht tegenover elkaar. Dat maakt tot nu toe elke wijziging van de abortuswetgeving een intensief proces met een tot op heden voor de praktijk niet wenselijke uitkomst, namelijk dat de wetgeving onduidelijk is. Het is in die situatie overigens ook nog maar de vraag of vanuit het legaliteitsbeginsel gezien een strafrechter een strafbaar feit zou kunnen vaststellen als een huisarts op dit moment de medicamenteuze overtijdbehandeling aan een vrouw zou voorschrijven.

De Staat hoeft zijn uitlatingen niet te rectificeren, maar heeft de zware taak om – opnieuw – zorg te dragen voor een oplossing in deze al zo lang lopende discussie.

mr. M.F. van der Mersch

Velink & De Die Advocaten

Noten

[1] De kantoorgenoten van de annotator hebben Women on Waves en Bureau Clara Wichmann e.a. bijgestaan in deze procedure.

[2] Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 3 mei 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW7365.

RECHTSPRAAK

X/Y

Klager stelt dat sprake is van onzorgvuldig handelen en grove nalatigheid door verweerster omdat klager – nadat hij aan de balie van de praktijk is verschenen met hoofdpijn en pupilverschillen – niet is gezien door verweerster, waarna hij twee herseninfarcten heeft gehad en zijn leven daardoor nu ernstig is beperkt. De klacht is gegrond.

Feiten

Klager is op vrijdagochtend bij de balie van verweerster geweest met hoofdpijn en een verschil in grootte van pupillen. Klager kon zowel vrijdag als maandag niet gezien worden door verweerster. Klager heeft op maandag een herseninfarct gekregen. Het bezoek van klager is niet kenbaar gemaakt aan verweerster. Hiervan is ook geen aantekening gemaakt.

Een week later heeft klager opnieuw een herseninfarct gehad. Klager is toen bezocht door verweerster. Het leven van klager is ernstig beperkt. Klager meent dat naleving van de geldende procedure de situatie van klager wellicht had kunnen voorkomen. Klager wil met zijn klacht bereiken dat de kans tot nul procent wordt gereduceerd dat een ander hetzelfde overkomt als hij en een dergelijke grote nalatigheid, zoals bij hem het geval was, namelijk geen diagnose, geen overleg met verweerster, geen registratie, het wegsturen zonder afspraak op korte termijn, niet meer voor zal komen. Klager pleit voor een systeem zodat mogelijke fouten direct worden opgemerkt en gecorrigeerd kunnen worden.

Klager verzoekt de commissie om zowel een oordeel te geven over de gegrondheid van de klacht, als om verweerster te adviseren over de maatregelen die genomen kunnen worden om dergelijke nalatigheid als in het geval van klager te voorkomen.

Verweerster erkent dat de triage aan de balie niet goed is verlopen en er met haar geen overleg is gevoerd, wat wel had moeten. Verweerster heeft naar aanleiding van dit incident maatregelen getroffen. Er is een accreditatie verkregen, er wordt overleg gevoerd, de praktijk doet aan Veilig Incident Melden, de assistentes gebruiken triagehandleidingen, er worden protocollen geschreven en de assistentes krijgen nascholing op maat.

Oordeel

De Geschillencommissie Huisartsen (hierna: de commissie) stelt vast dat de assistente geen overleg heeft gevoerd met verweerster nadat klager aan de balie is verschenen en dat hiervan geen aantekening is gemaakt. De klacht wordt gegrond verklaard nu klager met deze symptomen die dag gezien had moeten worden door verweerster en, als dat niet mogelijk was, er op zijn minst overleg had moeten plaatsvinden met verweerster. De commissie stelt vast dat verweerster maatregelen heeft getroffen ter verbetering van de praktijkvoering.

De commissie benadrukt dat zij het beroepsmatig handelen van verweerster beoordeelt. Tevens beoordeelt zij of dit beroepsmatig handelen binnen de grenzen van een redelijk bekwame beroepsuitoefening is gebleven. Dit wordt achteraf getoetst.

De commissie oordeelt dat er onvoldoende zorgvuldig is gehandeld op het moment dat klager zich bij de balie heeft gemeld. In die zin wordt de klacht dan ook gegrond verklaard. De commissie geeft aan dat het niet tot haar bevoegdheid behoort om te toetsen of de genomen maatregelen voldoende zijn of om te controleren of deze op een juiste manier worden toegepast. Wel is de commissie van oordeel dat de genomen maatregelen de kans op herhaling van hetgeen klager is overkomen zullen minimaliseren.

mr. M.J. Vels

Instantie: Geschillencommissie Huisartsen

Datum uitspraak: 13-11-2017

Zaaknummer: 2017/21/HAZ

RECHTSPRAAK

X/Y

Verweerster, gz-psycholoog, had, voordat zij Veilig Thuis informeerde over de kinderen van klaagster, daarvoor toestemming aan klaagster moeten vragen. Dit heeft zij nagelaten. Ook heeft zij klaagster onvoldoende geïnformeerd over de situatie en de behandeling van haar kinderen. Dit alles leidt ertoe dat het RTG Zwolle verweerster een berisping oplegt.

Feiten

Klaagster is moeder van twee nog minderjarige zoons. Zij is in 2016 opgenomen geweest vanwege een psychotische stoornis. Daarna werd zij ambulantly begeleid door FACT. Na een escalatie in de thuissituatie is klaagster van 1 november 2017 tot 12 maart 2018 wegens een dreigende psychotische decompensatie gedwongen opgenomen. Tijdens de opname zijn haar zoons niet bij haar op bezoek geweest. Op verzoek van de behandelend psychiater zijn de kinderen van klaagster, via de huisarts, aangemeld bij een GGZ-instelling, waar verweerster met hen een intake heeft gedaan op 8 januari 2018. Op 16 februari 2018 vindt, na overleg met klaagster, samen met de behandelend psychiater een gesprek met de kinderen plaats, waarin wordt uitgelegd wat er met hun moeder aan de hand is. Op 23 februari 2018 vindt ook een gesprek met moeder plaats, waarna verweerster in het dossier noteert dat de kinderen nu geen contact met haar willen.

Op 18 mei 2018 belt de vader van de kinderen verweerster met de mededeling dat de kinderen worden bedreigd door oma van moederszijde. Verweerster adviseert vader dan contact op te nemen met Veilig Thuis. In een gesprek in juni geeft vader verweerster toestemming voor contact met Veilig Thuis en geeft hij tevens aan dat Veilig Thuis aanstuurt op contact tussen moeder en kinderen, maar dat hij dat liever niet heeft.

Op 22 juni 2018 e-mailt verweerster naar Veilig Thuis. Zij schrijft onder andere over de psychische problematiek van beide kinderen en geeft als advies dat contactherstel met klaagster op dit moment niet aan de orde is en alleen maar tot meer onrust zal leiden.

Verweerster antwoordt desgevraagd aan Veilig Thuis dat zij dit advies met vader en moeder heeft besproken, terwijl zij voor haar contact met Veilig Thuis geen aanvullende toestemming van klaagster had gevraagd.

Klaagster verwijt verweerster (i) dat zij zonder klaagster te informeren of om toestemming te vragen (onjuiste) informatie heeft gedeeld met Veilig Thuis, (ii) dat zij een herstel tussen klaagster en haar kinderen tegenwerkt en (iii) dat zij klaagster geen informatie over (de behandeling van) haar kinderen heeft verstrekt.

Oordeel

Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle (RTG) is van oordeel dat niet is gebleken dat verweerster onjuiste informatie heeft gedeeld met Veilig Thuis, echter dat zij geen informatie had mogen delen zonder de toestemming van klaagster. Ook heeft verweerster klaagster onvoldoende geïnformeerd over de situatie en de behandeling van de kinderen. Verweerster had klaagster ook moeten informeren over de contacten met vader in mei en het gesprek met vader en de kinderen in juni, met name omdat deze gesprekken voor verweerster reden waren om Veilig Thuis actief te benaderen en te laten weten dat de kinderen nog niet aan contactherstel toe waren. Klachtonderdelen (i) en (iii) zijn aldus gegrond. Omdat niet is gebleken dat verweerster het contactherstel tussen klaagster en haar kinderen heeft tegengewerkt, moet klachtonderdeel (ii) als ongegrond worden afgewezen.

Het RTG oordeelt dat het uitgangspunt dat beide ouders met gezag toestemming moeten geven voor het delen van informatie over hun kinderen met Veilig Thuis zo fundamenteel en bovendien niet nieuw is, dat verweerster voor het nalaten hiervan een berisping krijgt.

mr. M.T. Schagen

Instantie: Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle

Datum uitspraak: 01-03-2019

ECLI: ECLI:NL:TGZRZWO:2019:41

Zaaknummer: 275/2018

Advocaten: mr. J.M. de Vries

Wetsartikelen: 47 lid 1 Wet BIG

RECHTSPRAAK

Dochter/Stichting Maasduinen

Erflaatster leed aan vasculaire dementie en heeft vlak voor haar overlijden haar testament ten nadele van drie van haar vier dochters, waaronder eiseres, gewijzigd. Omdat is komen vast te staan dat de notaris onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de wilsbekwaamheid van erflaatster, is onduidelijk of het testament is gewijzigd conform de uiterste wil van de erflaatster. In eerste aanleg heeft eiseres een verklaring voor recht gevorderd dat het testament van 7 april nietig, althans vernietigbaar is, hetgeen is afgewezen. Hiertegen heeft eiseres hoger beroep ingesteld. Om haar standpunt met betrekking tot de wilsonbekwaamheid van erflaatster te bewijzen, vordert eiseres in kort geding inzage in het medisch dossier van erflaatster. De voorzieningenrechter oordeelt dat het belang dat eiseres heeft met betrekking tot inzage in het medisch dossier zwaarwegend genoeg is om het beroepsgeheim te doorbreken en veroordeelt Stichting Maasduinen tot inzage in het dossier.

Feiten

In 2012 is bij de moeder van eiseres (hierna: erflaatster) vasculaire dementie vastgesteld. Op 7 april 2014 is door het CIZ de indicatie ZP-5 gesteld, wat betekent dat erflaatster beschermd woont, inclusief intensieve dementiezorg. Hierop is erflaatster op 7 oktober 2014 naar een woonzorgcentrum van Stichting Maasduinen verhuisd. Vervolgens heeft erflaatster op 7 april 2015, ten overstaan van een notaris, haar testament gewijzigd. Voorheen had elke dochter recht op een vierde van de nalatenschap. Door de wijziging zou dochter 1 recht hebben op de helft van de nalatenschap, terwijl dochter 2, 3 en eiseres voor een zesde gerechtigd zijn.

Eiseres heeft een klacht ingediend tegen de notaris omtrent de totstandkoming van het testament van 7 april 2015 bij de Kamer van het Notariaat. De Kamer heeft de notaris een

maatregel in de vorm van een waarschuwing opgelegd, nu zij van oordeel is dat de notaris onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht bij de beoordeling van de vraag of de wijziging van het testament overeenkwam met de wil van erflaatster. De notaris was ervan op de hoogte dat een van de dochters van mening was dat erflaatster niet langer voldoende in staat was om haar wil te bepalen. Erflaatster was 82 jaar en verbleef in een zorginstelling. De notaris had, gelet op de omstandigheden, nader onderzoek moeten doen. De notaris had na moeten gaan of erflaatster, naar zijn mening, wilsbekwaam was en of er sprake was van beïnvloeding van derden. De oudste dochter is immers altijd bij de gesprekken met de notaris geweest, terwijl zij juist degene was die door de wijziging bevoordeeld werd.

Eiseres vorderde in de procedure bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant voor recht te verklaren dat het testament van 7 april 2015 nietig c.q. vernietigbaar is, hetgeen is afgewezen. Hiertegen heeft eiseres hoger beroep ingesteld. Om te kunnen voldoen aan de bewijsopdracht, vordert eiseres, kort gezegd, door het aanhangig kort geding inzage in het medisch dossier van erflaatster.

In deze procedure staat de vraag centraal of het medisch beroepsgeheim in de weg staat aan afgifte van het medisch dossier door stichting Maasduinen aan eiseres. Eiseres stelt dat de reeds bekende medische gegevens voldoende zwaarwegende aanwijzingen bevatten dat erflaatster tijdens het tot stand komen van het nieuwe testament van 7 april 2015 onvoldoende in staat was haar wil te bepalen en dat er derhalve voldoende gronden bestaan het beroepsgeheim te doorbreken. Hiertegen brengt Stichting Maasduinen in dat eiseres niet aannemelijk heeft gemaakt waarom haar belang zwaarder weegt dan de geheimhoudingsplicht en de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van erflaatster, maar ook niet dat het medisch dossier kan bijdragen aan de beoordeling of erflaatster wilsbekwaam genoeg was haar testament te wijzigen of dat er reden was om te twijfelen aan het vermogen van erflaatster om weloverwogen haar testament op te laten maken.

Oordeel

De voorzieningenrechter is van oordeel dat er sprake is van een spoedeisend belang aan de zijde van eiseres om inzage in het medisch dossier van erflaatster te krijgen om aan de bewijsopdracht in hoger beroep te kunnen voldoen en verklaart eiseres ontvankelijk.

Op grond van artikel 7:457 BW is de hulpverlener gehouden ervoor zorg te dragen dat er geen informatie over de patiënt wordt verstrekt aan anderen, zonder toestemming van die patiënt. Dit geldt doorgaans ook na overlijden, tenzij er voldoende concrete aanwijzingen zijn dat door een beroep op het medisch beroepsgeheim een ander zwaarwegend belang zou kunnen worden geschaad.

In casu is niet aannemelijk geworden dat erflaatster voor haar overlijden expliciet toestemming heeft gegeven om haar medische gegevens aan derden ter beschikking te stellen. Beoordeeld dient derhalve te worden of er sprake is van een zwaarwegend belang aan de zijde van eiseres. De voorzieningenrechter is van oordeel dat door de mogelijke wilsonbekwaamheid van erflaatster het testament van 7 april 2015 mogelijk niet haar uiterste wil bevat. De inhoud van het testament doet afbreuk aan de positie van eiseres en haar zussen, dochter 2 en 3. Dit belang, waarin eiseres zou kunnen zijn geschaad, is voldoende zwaarwegend. Om tot doorbreking van het beroepsgeheim over te gaan is vereist dat er concrete aanwijzingen zijn dat erflaatster wilsonbekwaam was ten tijde van het wijzigen van haar testament. Ondanks dat de voorzieningenrechter het standpunt van Stichting Maasduinen volgt dat een ZZP-5 indicatie en de diagnose vasculaire dementie niet automatisch meebrengt dat er sprake is van wilsonbekwaamheid, is zij van oordeel dat onder deze omstandigheden voldoende concrete aanwijzingen aanwezig zijn om te vermoeden dat erflaatster wilsonbekwaam was ten tijde van het wijzigen van het testament. De notaris heeft immers onvoldoende vastgesteld of erflaatster over haar wil kon beschikken. Daarnaast kan eiseres niet op een andere, minder ingrijpende manier vaststellen of erflaatster wilsbekwaam was toen zij haar testament wijzigde, dan aan de hand van inzage in het medisch dossier. Eiseres heeft er belang bij om zelf kennis te kunnen nemen van de inhoud van het medisch dossier om te beoordelen of deze gegevens bruikbaar zijn in de hogerberoepprocedure.

Er is (nog) geen duidelijkheid over de geestelijke gesteldheid van erflaatster op het moment dat zij haar testament wijzigde. Dit dient te worden opgehelderd. De verslaglegging (kort) na het wijzigen van het testament kan hierbij van belang zijn. Nu erflaatster niet lang na het wijzigen van haar testament is overleden, wordt Stichting Maasduinen veroordeeld om een afschrift van het volledig zorgdossier aan eiseres af te geven. Stichting Maasduinen wordt, als grotendeels in het ongelijk gestelde partij, in de proceskosten veroordeeld.

mr. C.W.M. Verberne

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 19-02-2019

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2019:861

Zaaknummer: C/02/354055 / KG ZA 19-27

Rechters: G.J.E. Poerink

Wetsartikelen: 7:457 BW

RECHTSPRAAK

X/Wijdezorg

De aanvraag voor een CIZ-indicatie ten behoeve van een vrouw die aan vasculaire dementie lijdt, is te laat geschied. De casemanager is tekortgeschoten in haar (buiten)contractuele zorgplicht, nu zij heeft verzuimd (de contactpersoon van) de vrouw ervan op de hoogte te stellen wat een casemanager in dit geval kon betekenen, inclusief (hulp bij) het regelen van de financiering van de zorg. De casemanager heeft onvolledige en onvoldoende informatie verschaft over haar mogelijke rol als casemanager, waardoor (de familie van) de vrouw geen weloverwogen keuze heeft kunnen maken met betrekking tot het aanstellen van de casemanager. De schade bestaat uit het verlies van een reële kans op het tijdig inschakelen van een casemanager om de indicatieaanvraag bij het CIZ te doen en een PGB aan te vragen.

Feiten

Een vrouw (hierna: overledene) leed aan vasculaire dementie en was in toenemende mate zorgbehoevend. Zij ontving vanaf juli 2014 thuiszorg van PlusZorg B.V. Op 23 juli 2014 heeft de huisarts van overledene een verzoek om casemanagement gedaan. De echtgenoot en zoon van overledene zijn eind augustus 2014 benoemd als bewindvoerders. Op 29 oktober 2014 nam de casemanager van Wijdezorg (hierna: casemanager) contact op met de zoon naar aanleiding van het verzoek van de huisarts. De zoon probeerde naderhand een vergoeding te krijgen voor de zorgkosten van overledene. Op 31 maart 2015 heeft de casemanager in een gesprek met de zoon van overledene aangeboden een indicatie aan te vragen bij CIZ, zodat overledene een PGB zou kunnen krijgen. De desbetreffende aanvraag is op 8 juni 2015 ingediend en het PGB is per 10 juli 2015 verkregen. Op 5 februari 2017 is de vrouw overleden.

De executeur en afwikkelingsbewindvoerder van de nalatenschap van overledene (hierna: appellant) vorderde in eerste aanleg veroordeling van Wijdezorg tot betaling van € 28.469,20, vermeerderd met rente en kosten, vanwege het tekortschieten in de (buiten)contractuele

zorgplicht door haar werkneemster, nu zij tijdens het telefoongesprek van 29 oktober de zoon niet heeft gevraagd hoe de financiering van overledene was geregeld en dat zij verzuimd heeft de zoon erop te wijzen dat het noodzakelijk was direct een indicatie voor een PGB aan te vragen. In hoger beroep heeft hij het gevorderde bedrag verhoogd met het door de rechtbank toegewezen, en door Wijde zorg reeds betaalde, bedrag van € 3407.

Oordeel

De rechtbank heeft, buiten de € 3407 die zij wel heeft toegewezen, de vordering afgewezen nu er, naar het oordeel van de rechtbank, geen overeenkomst van opdracht tussen partijen tot stand is gekomen en er geen sprake is van een schending van een buitencontractuele zorgplicht. Hiertegen heeft appellant hoger beroep ingesteld. Het hof bespreekt de volgende grieven van appellant:

- Grief 1 richt zich tegen het oordeel dat er geen overeenkomst tot stand is gekomen tussen partijen. Wijde zorg is ingegaan op het verzoek om casemanagement.
- Grief 2 richt zich tegen het oordeel dat er geen sprake is van een schending van de buitencontractuele zorgplicht.

Grief 1 faalt, nu het door de casemanager telefonisch contact opnemen met de zoon van overledene niet direct betekent dat Wijde zorg het casemanagement op zich heeft genomen. Grief 2 daarentegen slaagt. De in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid kan meebrengen dat een adviseur zich de belangen van degene die hem raadpleegt dient aan te trekken vanwege het vertrouwen dat de adviseur stelt, ook als er (nog) geen sprake is van een adviesrelatie (zie ECLI:NL:HR:2013:BY6759).

In casu betrof het de zorg voor overledene die aan vasculaire dementie leed. In een dergelijke situatie wordt veel gevraagd en mag ook het nodige worden verwacht, zodat de patiënte de zorg krijgt die ze nodig heeft en dat hiervoor de benodigde financiering wordt aangevraagd. Dit zodat de afhankelijke patiënt en/of haar gezin niet wordt geconfronteerd met te vermijden kosten. Een casemanager is een persoonlijke begeleider die de patiënt en de naasten in zo'n geval helpt bij 'het vinden van de weg in die lastige paden van zorg en welzijn, het regelen van zorg, zoals indicatiestelling, kosten en organisatie van hulp en het bieden van een luisterend oor en emotionele begeleiding.'

Wijde zorg heeft zich verweerd aan de hand van de volgende stellingen:

- De casemanager van Wijde zorg heeft in het telefoongesprek met de zoon d.d. 29 oktober wel gevraagd hoe de zorg was geregeld, maar niet hoe het met de financiering ervan was gesteld.

Wijdezorg verweert zich door te stellen dat zij werkt volgens een vast stappenplan, dat tijdens het telefoongesprek op 29 oktober duidelijk is gemaakt wat een casemanager kan betekenen en dat partijen in oktober 2014 niet verder zijn gekomen dan stap 1. Stap 2 is een intakegesprek waarin verder wordt uitgelegd wat de taak van een casemanager is. Bij stap 4 wordt de financiering van de zorg besproken. De zoon heeft destijds aangegeven eerst met de familie, de huisarts en de zorgverlener te bespreken of Wijdezorg als casemanager zou worden ingesteld en daarom is er geen overeenkomst van opdracht tot stand gekomen.

- Appellant heeft niet de juiste partij aangesproken, nu overledene zorg van diverse professionele hulpverleners kreeg en het daarom juist op hun weg had gelegen om te informeren of er een indicatie bij het CIZ was aangevraagd.

- Appellant heeft de nodige steken laten vallen bij de pogingen om een CIZ-indicatie te krijgen en heeft zich niet goed voorgelicht en zich voor laten lichten. Had hij dit wel gedaan, dan was de schade voorkomen of beperkt.

Verweer 1 faalt, nu het hof van oordeel is dat er inderdaad geen overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen, maar dat dat komt door toedoen van de casemanager, nu zij niet heeft uitgelegd wat de casemanager zou kunnen betekenen op financieel vlak. Hierdoor heeft de casemanager onvolledige en onvoldoende informatie verschaft over haar mogelijke rol als casemanager. Voordat door de familie van de patiënt en/of Wijdezorg de conclusie wordt getrokken dat casemanagement niet gewenst is, moet duidelijk en begrijpelijk zijn voor de patiënt en de familie wat een casemanager kan betekenen, ook ten aanzien van de financiële kant van de zorg. Zonder deze informatie kan de (familie van) de patiënt geen weloverwogen keuze maken. Het hof is van oordeel dat de casemanager derhalve in strijd met haar buitencontractuele zorgplicht heeft gehandeld, waardoor overledene de kans is ontnomen om tijdig de casemanager in te schakelen ten behoeve van de indicatie voor het PGB, waardoor overledene onnodig schade heeft geleden.

Verweer 2 faalt eveneens. Het hof is het weliswaar met Wijdezorg eens dat appellant mogelijk een andere partij had kunnen aanspreken, maar dat betekent niet dat Wijdezorg niet tekort is geschoten, nu zij degene was die benaderd is naar aanleiding van het verzoek om casemanagement door de huisarts.

Ten slotte faalt ook verweer 3. Een casemanager is bedoeld om de patiënt en zijn familie te helpen met de complexe materie van het regelen van zorg en de benodigde financiering ervan. Nu Wijdezorg in die hulp is tekortgeschoten, kan dat niet aan appellant worden tegengeworpen.

Appellant vordert schadevergoeding. De schade bestaat uit het verlies van een reële kans op

het tijdig inschakelen van een casemanager om de indicatieaanvraag bij het CIZ te doen en een PGB aan te vragen. De schade vanwege het verlies van een kans wordt door het hof geschat op vijftig procent. Bij het bepalen van de omvang moet het hof een inschatting maken of appelland de casemanager had ingeschakeld als hij wist welke rol zij kon spelen, mede ten aanzien van de financiering van de zorg.

De hoogte van de schade is, volgens appelland, het bedrag aan PGB-vergoeding over de maanden november 2014 tot en met juni 2015, de periode waarover overledene PGB had gekregen als direct was overgegaan tot de aanvraag van een CIZ-indicatie. Wijde zorg betoogt dat niet vaststaat dat overledene acht maanden van het PGB-jaarbudget is misgelopen en ook dat niet duidelijk is of overledene in november dezelfde zorg behoefde als vanaf 10 juli 2015.

Het hof oordeelt dat achteraf niet precies is vast te stellen welke PGB-vergoeding de overledene zou hebben kunnen krijgen als Wijde zorg haar (familie) tijdig op juiste wijze had geïnformeerd en tijdig een CIZ-indicatie zou hebben aangevraagd. Zowel de aanvraag van het PGB als de uiteindelijke afrekening van het PGB is met veel onzekerheden omgeven. Het hof schat daarom de schade op € 24.000, waarvan Wijde zorg voor vijftig procent aansprakelijk is, verminderd met de reeds betaalde € 3407. De toewijsbare schade bedraagt derhalve € 8593.

Appelland heeft eveneens wettelijke rente over de hoofdsom gevorderd, te rekenen vanaf de eerste dag volgend op de maand waarop de PGB-vergoeding ziet. Dit is toewijsbaar, nu Wijde zorg in verzuim is doordat zij haar verbintenis tot schadevergoeding niet terstond is nagekomen. De vergoeding hiervoor is geschat op € 1500 per maand.

De vordering van appelland wordt grotendeels toegewezen. Wijde zorg wordt, als meest in het ongelijk gestelde partij, veroordeeld in de kosten in eerste en twee aanleg.

mr. C.W.M. Verberne

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 09-10-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:2558

Zaaknummer: 200.218.806/01

Advocaten: M.H.J. van Rest en R. Huijsmans

RECHTSPRAAK

SNRC c.s./Chiropractor

Een chiropractor, geïntimeerde, is opgeleid in Duitsland. Hij voert een praktijk in chiropractie en natuurgeneeskunde. Hij heeft zich als werkzoekende bij het UWV aangemeld. Stichting het Nationaal Register van Chiropractoren (SNRC), Chiropractiepraktijk Westland en een chiropractor opgeleid in Amerika, appellanten, stellen dat deze chiropractor de chiropractie beoefent zonder de noodzakelijke opleiding te hebben gevolgd, waardoor hij onbevoegd is en onrechtmatig zou handelen. Het hof oordeelde echter dat de geïntimeerde niet in strijd met de wet handelt en dat de door SNRC opgestelde normen niet automatisch als professionele standaard moeten worden aangemerkt. Hij mocht zich dus ook bij het UWV als werkzoekende aanmelden.

Feiten

Stichting het Nationaal Register van Chiropractoren (SNRC), appellant 1, stelt zich blijkens het uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel het volgende ten doel: 'het registreren van in Nederland werkende chiropractoren. Het behartigen van de belangen van de in Nederland werkzame chiropractoren.'

Westland, appellant 2, oefent een chiropractiepraktijk uit. Appellant 3 is een (vrouwelijke) chiropractor. Zij heeft de Amerikaanse nationaliteit. Westland, als werkgever en appellant 3, als potentieel werknemer, wensen een arbeidsovereenkomst te sluiten. Op 21 februari 2014 heeft Westland bij het UWV een aanvraag voor een tewerkstellingsvergunning ingediend ten behoeve van appellant 3. Het UWV heeft de aanvraag met een ongedateerde beschikking echter afgewezen. De grond voor afwijzing is, zakelijk weergegeven, dat Westland zich onvoldoende heeft ingespannen om haar vacature te vervullen door prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt.

In dit verband heeft het UWV in aanmerking genomen dat in diverse Europese landen een opleiding tot chiropractor te vinden is en dat het in de rede ligt dat de werkgever eerst in deze landen gaat werven alvorens buiten Europa naar een chiropractor te zoeken.

Geïntimeerde, (ook) een chiropractor, voert een praktijk in 'chiropractie en natuurgeneeskunde'. Hij is opgeleid in Duitsland.

SNRC c.s. vordert :

- (i) geïntimeerde te verbieden om zich als werkzoekend chiropractor aan te bieden;
- (ii) geïntimeerde te gebieden om zijn inschrijving bij de Kamer van Koophandel zodanig te wijzigen dat elke verwijzing naar chiropractie of een daarop lijkende benaming wordt verwijderd;
- (iii) geïntimeerde te verbieden om zich op welke manier dan ook aan te duiden als chiropractor, het te doen voorkomen alsof hij chiropractische behandelingen aanbiedt, dan wel daartoe enige benaming of aanduiding te gebruiken die op chiropractor of chiropractie lijkt dan wel daarnaar verwijst;
- (iv) het onder (i) tot en met (iii) bedoelde op straffe van verbeurte van een dwangsom;
- (v) een verklaring voor recht dat geïntimeerde aansprakelijk is voor de schade die door Westland en appellant 3 wordt geleden doordat geïntimeerde zich ten onrechte als werkzoekend chiropractor bij het UWV heeft ingeschreven, op te maken bij staat.

De grondslag voor de vorderingen is dat geïntimeerde chiropractie beoefent zonder daarvoor de noodzakelijke opleiding te hebben gevolgd, hetgeen hem, in de ogen van SNRC c.s., onbevoegd maakt, waardoor hij onrechtmatig handelt.

Oordeel

De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen en SNRC c.s. veroordeeld in de proceskosten. SNRC c.s. is tegen het oordeel van de rechtbank in hoger beroep gegaan en voert hiertoe de navolgende grieven aan:

- Grief 1 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat geïntimeerde niet in strijd handelt met de Wet BIG. De rechtbank is volgens SNRC c.s. eraan voorbij gegaan dat geïntimeerde in strijd met andere wetten handelt, te weten met artikel 2 lid 2 sub van de Wkkgz, artikel 7:453 BW en de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.
- Grief 2 houdt in dat SNRC c.s. van mening is dat de rechtbank heeft miskend dat iedere

zorgaanbieder of hulpverlener dient te handelen overeenkomstig de voor hem geldende professionele standaard.

- Grief 3 ziet op het onterechte oordeel van de rechtbank dat een professionele standaard in een wet of verordening moet zijn vastgelegd om als professionele standaard te kunnen gelden.

- Grief 4 richt zich tegen de overweging van de rechtbank dat niet valt in te zien dat geïntimeerde gebonden is aan de '*Guidelines on Basic Training and Safety in Chiropractic*', vastgesteld door de World Health Organisation. Iedereen die chiropractie uitoefent wordt geacht zich hieraan te houden. Doet hij dit niet, dan handelt hij in strijd met de zorgvuldigheid die het maatschappelijk verkeer betaamt.

- Grief 5 richt zich tegen de conclusie dat in het midden kan blijven of geïntimeerde aan de Nederlandse normen voor chiropractie voldoet.

- Volgens grief 6 brengt geïntimeerde wel degelijk schade toe aan de goede naam van de chiropractie in Nederland door het enkele feit dat hij het vak van chiropractor uitoefent zonder een door de SNRC voorgeschreven diploma.

- Grief 7 ziet op het door de rechtbank gemaakte onderscheid tussen 'chiropraktiker' en 'chiropractor'.

- Grief 8 richt zich tegen de overweging van de rechtbank dat SNRC c.s. ten onrechte zware, ongefundeerde verwijten aan geïntimeerde richt.

- Grief 9 ziet op het oordeel van de rechtbank dat in casu het causaal verband ontbreekt, nu zij over het hoofd heeft gezien dat de reden voor de afwijzing van de tewerkstellingsvergunning van appellat 3 gelegen is in het prioriteitgenietend aanbod op de arbeidsmarkt.

- Grief 10 richt zich tegen de verwerping door de rechtbank van de stelling van SNRC c.s. dat geïntimeerde handelt in strijd met het merkenrecht, nu de rechtbank de stelling van SNRC c.s. verkeerd heeft gelezen. SNRC c.s. is namelijk van mening dat geïntimeerde handelt in strijd met afdeling 6.3.3A BW en met name artikel 6:193c BW door te suggereren dat hij chiropractor is.

Het hof stelt voorop dat de wet BIG geen specifieke eisen aan chiropractoren stelt. Daarnaast zijn de termen 'chiropractor' en 'chiropractie' geen beschermde titels. Ook is er geen andere wet die eisen stelt aan de opleiding voor chiropractoren. Het voeren van de titel 'chiropractor' of vergelijkbare titel is daarom niet in strijd met de wet BIG. Het staat geïntimeerde in beginsel ook vrij om niet voorbehouden geneeskundige handelingen te verrichten.

Grief 1 tot en met 7 zien op het betoog van SNRC c.s. dat geïntimeerde in strijd handelt met artikel 2 lid 2 sub b van de Wkkgz en/of artikel 7:453 BW, namelijk dat hij in strijd handelt met de voor hem geldende professionele standaard. Er bestaat een professionele standaard voor chiropractoren, zo voert SNRC aan. Nu geïntimeerde in de ogen van SNRC niet voldoet aan de opleidingseisen is er sprake van handelen in strijd met de wet, althans met de zorgvuldigheid die het maatschappelijk verkeer betaamt.

Het hof is van oordeel dat geïntimeerde niet onrechtmatig handelt jegens SNRC. Het enkele feit dat een deel van in Nederland werkende chiropractoren zich bij SNRC heeft laten registreren en SNRC zelf normen heeft opgesteld, betekent niet dat sprake is van een professionele standaard. SNRC heeft ook niets gesteld over de wijze van totstandkoming van haar normen en evenmin is aangetoond dat deze normen breed gedragen worden door de beroepsgroep, die bovendien niet vastomlijnd is. Het is ook niet aan SNRC om te bepalen wie al dan niet als chiropractor kan worden aangemerkt. Het hof is dan ook met de rechtbank van oordeel dat niet is gebleken op welke wijze geïntimeerde gebonden is aan de door SNRC zelf opgestelde normen, laat staan dat SNRC de bevoegdheid toekomt om handhaving van haar normen jegens geïntimeerde af te dwingen.

Daarnaast ontbreekt de toelichting op de stelling dat in Nederland als professionele standaard geldt dat eenieder die zich chiropractor noemt, een opleiding overeenkomstig het voorbeeld uit de bijlage (annex 2) van de *'Guidelines on Basic Training and Safety in Chiropractic'* moet hebben gehad. De bijlage betreft slechts een voorbeeld. Daarnaast stelt de Wet BIG dus geen opleidingseisen aan chiropractoren.

Het hof concludeert dat er geen sprake is van onrechtmatig handelen van geïntimeerde jegens SNRC c.s. Grief 1 tot en met 7 en grief 10 falen, nu geen sprake is van een oneerlijke handelspraktijk doordat geïntimeerde zich chiropractor noemt. Hierdoor falen ook grief 8 en 9, die op het causaal verband en de gestelde schade zien.

Grief 8 wordt ook los daarvan verworpen, omdat SNRC c.s. wederom heeft nagelaten te onderbouwen waarom de patiënten van geïntimeerde worden blootgesteld aan gevaar en/of letsel. Geïntimeerde heeft in Duitsland een vierjarige opleiding in alternatieve geneeswijzen gevolgd, met als focus chiropractie en is reeds 25 jaar chiropractor. Hij heeft nimmer te maken gehad met letselschade van zijn patiënten.

Met betrekking tot grief 9, die ziet op de tewerkstellingsvergunning, overweegt het hof ten slotte nog dat deze ten aanzien van appellant 3, een niet-Europese burger, is geweigerd, nu het in de rede ligt om eerst werknemers binnen Europa te werven, voordat het zoekgebied uitgebreid wordt tot buiten Europa.

mr. C.W.M. Verberne

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 31-01-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:2103

Zaaknummer: 200.179.727/01

Advocaten: W. Römelingh en S. Kökbugur

Wetsartikelen: 2 Wkkgz, 7:453 BW en 36 Wet BIG

RECHTSPRAAK

werkgever/bedrijfsarts

Een bedrijf krijgt van het UWV een loonsanctie van een jaar omdat het UWV vindt dat het bedrijf onvoldoende heeft gedaan om een zieke werknemer te re-integreren. Het bedrijf stelt zijn bedrijfsarts hiervoor aansprakelijk; de bedrijfsarts heeft in het tweede ziektejaar onvoldoende de vinger aan de pols gehouden bij de voortgang van de medische behandeling van de zieke werknemer. De rechtbank beoordeelt of de bedrijfsarts de zorg van een goed opdrachtnemer in acht heeft genomen, in het verlengde daarvan of met de zorgvuldigheid van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot is gehandeld, tegen de achtergrond van wat partijen met elkaar zijn overeengekomen, de Beleidsregels beoordelingskader Poortwachter en de eisen van de NVAB. De rechtbank concludeert tot schending van de zorgplicht door de bedrijfsarts, dat er geen eigen schuld is bij het bedrijf en dat een beroep van de bedrijfsarts op de exoneratieclausule in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Feiten

Hago, een schoonmaakbedrijf, en ArboAnders, een bedrijf dat zich bezighoudt met arbobegeleiding en re-integratie, zijn een overeenkomst van opdracht aangegaan betreffende arbodienstverlening. Per 1 januari 2017 gaan ze een maatwerkpakket verzuimbegeleiding aan, in welke overeenkomst de inhoud van de zorgplicht van de bedrijfsarts wordt gedefinieerd. In de bij het maatwerkpakket behorende mantelovereenkomst wordt uitgewerkt wat partijen van elkaar mogen verwachten ten aanzien van het aanpakken van verzuim en het voeren van de schadelastregie. In de op de overeenkomst van toepassing verklaarde algemene voorwaarden wordt de aansprakelijkheid van ArboAnders beperkt tot het factuurbedrag over de laatste zes maanden.

Op 28 december 2015 valt een werknemer van Hago uit en de verzuimbegeleiding wordt door ArboAnders opgepakt. De re-integratie gaat niet van een leien dakje. In januari 2017 vraagt Hago een deskundigenoordeel aan het UWV. Die oordeelt dat de re-integratie-inspanningen tot dan toe onvoldoende zijn geweest en een traject ter verbetering van de gezondheidstoestand van de werknemer wordt aanbevolen. Hago en de bedrijfsarts van ArboAnders melden de werknemer aan voor een multidisciplinair traject, maar zij wordt daarvoor afgewezen in verband met onvoldoende beheersing van de Nederlandse taal. Vervolgens, wederom in samenspraak, wordt de werknemer voor advies aangemeld bij een medisch expertisecentrum op het gebied van arbeid en gezondheid. Dat advies komt op 28 juli 2017 beschikbaar, een aanvullende medische behandeling wordt voorgesteld. Ten behoeve van het opstarten daarvan geeft de bedrijfsarts een brief mee aan de werknemer ter overhandiging aan haar huisarts en spreekt de bedrijfsarts de werknemer telefonisch op 23 augustus 2017 en op het spreekuur op 30 augustus 2017. In november 2017 wint de bedrijfsarts informatie in bij de huisarts en dan blijkt de behandeling niet te zijn gestart. Op 27 november 2017 licht de bedrijfsarts Hago hierover in.

De werknemer vraagt een WIA-uitkering aan, maar het UWV neemt die aanvraag niet in behandeling en legt Hago een loonsanctie op van een jaar. Volgens het UWV heeft Hago onvoldoende gedaan om de werknemer te re-integreren. Meer concreet heeft volgens het UWV de bedrijfsarts de werknemer niet adequaat begeleid en geen vinger aan de pols gehouden. Van de bedrijfsarts had verwacht mogen worden meer alert c.q. actiever te zijn in het bijsturen van de medische behandeling. Ook had de bedrijfsarts een vorm van maatschappelijke activering in combinatie met een adequate professionele begeleiding kunnen entameren. Hago maakt nog bezwaar tegen de loonsanctie, maar tevergeefs, en Hago stelt ArboAnders aansprakelijk voor het bedrag van de loonsanctie (€ 26.049,84) en nog enkele andere kosten (€ 4500). ArboAnders wijst aansprakelijkheid van de hand.

Hago vordert een verklaring voor recht dat ArboAnders niet heeft gehandeld zoals van een deugdelijk arbodienstverlener verwacht had mogen worden en dat ArboAnders gehouden is de daardoor door Hago geleden schade te vergoeden. Aan de vordering legt Hago ten grondslag dat ArboAnders toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de overeenkomst van opdracht. Hago mocht op grond van de tussen partijen gesloten overeenkomst een meer zorgvuldige verzuimbegeleiding van de betrokken werknemer door ArboAnders verwachten. Het niet in acht nemen van de vereiste zorgvuldigheid door ArboAnders leidt er tevens toe dat sprake is van toerekenbaar onrechtmatig handelen door ArboAnders jegens Hago, aldus Hago.

Volgens ArboAnders heeft de bedrijfsarts zich juist uiterst actief opgesteld en was de bedrijfsarts, gelet op de Beleidsregels beoordelingskader Poortwachter, niet gehouden om, na

de toezegging van de werknemer op 30 augustus 2017 dat zij zou gaan starten met een aanvullende medische behandeling, onverwijld bij de huisarts te controleren of de werknemer zich aan haar toezegging had gehouden.

Oordeel

De rechtbank beoordeelt achtereenvolgens de zorgplicht van de bedrijfsarts, of er eigen schuld is bij Hago, het beroep op de exoneratieclausule, en de schade.

Ten aanzien van de zorgplicht van de bedrijfsarts gaat het volgens de rechtbank in de kern om de vraag of de bedrijfsarts na 28 juli 2017 (datum advies aanvullende medische behandeling) voldoende heeft gedaan om die aanvullende medische behandeling van de grond te krijgen. De rechtbank schetst het toetsingskader: beoordeeld moet worden of ArboAnders bij de verzuimbegeleiding van de werknemer de zorg van een goed opdrachtnemer in acht heeft genomen en – in het verlengde daarvan – of de bedrijfsarts van ArboAnders heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht. Het handelen moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van hetgeen ArboAnders met Hago in de maatwerkovereenkomst is overeengekomen. De Beleidsregels beoordelingskader poortwachter, waarnaar in de maatwerkovereenkomst wordt verwezen, bieden daarnaast een richtsnoer bij de beoordeling van het handelen van de bedrijfsarts. Datzelfde geldt voor de eisen die de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde (NVAB) aan bedrijfsartsen stelt. De rechtbank concludeert dat de bedrijfsarts niet heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam bedrijfsarts mag worden verwacht en dat ArboAnders toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit de maatwerkovereenkomst.

Hiertoe komt de rechtbank op basis van het volgende:

- (i) Tussen partijen is niet in geschil dat het de taak van de bedrijfsarts is om na te gaan wat de resultaten zijn van onderzoeken en behandelingen. Het inwinnen van medische informatie is voorbehouden aan de bedrijfsarts, die de inhoud daarvan terugkoppelt naar de werkgever.
- (ii) Laatstelijk op 30 augustus 2017 heeft de bedrijfsarts met de werknemer gesproken over het starten van de geadviseerde aanvullende behandeling.
- (iii) Tot in november 2017 heeft de bedrijfsarts met de werknemer noch met haar huisarts contact gehad over de (voortgang van de) geadviseerde behandeling.
- (iv) Aldus heeft de bedrijfsarts onvoldoende invulling gegeven aan de op hem rustende taak, mede gelet op de inhoud van de overeenkomst. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat

in de overeenkomst met zoveel woorden is bepaald dat de bedrijfsarts iedere zes weken contact dient te onderhouden met de zieke werknemer, hetgeen in dit geval dus niet is gebeurd.

(v) Voorts volgt uit de overeenkomst dat bij langdurig verzuim de bewaking van het re-integratietraject behoort tot de taak van het behandelteam (waartoe de bedrijfsarts behoort). In het licht hiervan lag het op de weg van de bedrijfsarts om de vinger aan de pols te houden met betrekking tot de geadviseerde aanvullende behandeling. Dit geldt temeer nu het UWV in februari 2017 al had geoordeeld dat de re-integratie-inspanningen tot dan toe onvoldoende waren geweest.

(vi) De overeenkomst tussen partijen ziet ook – voor zover het gaat om de begeleiding door ArboAnders – op een aanpak die mede is gericht op het voorkomen van loonsancties, zodat ook om die reden van de bedrijfsarts verwacht had mogen worden dat hij er voor wat betreft de voortgang van de aanbevolen behandeling meer bovenop had gezeten.

(vii) Verder is uit het dossier gebleken dat de werknemer taalproblemen heeft en daarnaast psychische klachten, waardoor het voor haar moeilijk is om 'een cirkel te doorbreken'. Ook deze omstandigheden hadden de bedrijfsarts aanleiding moeten geven om het aanbevolen behandeltraject beter in de gaten te houden.

(viii) Nu de bedrijfsarts in het onderhavige geval ruim twee maanden niets heeft gedaan op het gebied van de bewaking van de voortgang van het re-integratietraject heeft hij – zoals ook is geoordeeld door het UWV – een te weinig actieve inzet getoond en is hij tekortgeschoten in zijn zorgplicht.

(ix) Het verweer van ArboAnders dat de bedrijfsarts zich tot en met augustus 2017 juist zeer actief heeft opgesteld, doet aan het vorenstaande niet af. Het gestelde tekortschieten ziet alleen op de periode vanaf eind juli 2017.

Dit maakt dat ArboAnders in beginsel aansprakelijk is voor de schade die Hago als gevolg van die tekortkoming heeft geleden. Of ArboAnders tevens onrechtmatig heeft gehandeld, kan verder onbesproken blijven. Dat geldt niet voor het beroep van ArboAnders op artikel 6:101 lid 1 BW, ofwel of er sprake is van 'eigen schuld' aan de zijde van Hago. Daarvan is geen sprake, zo luidt de slotsom van de rechtbank:

(i) ArboAnders heeft niet aannemelijk gemaakt dat er een causaal verband bestaat tussen de reis van de werknemer naar Ghana in 2016 en de opgelegde loonsanctie. Deze gebeurtenissen staan daarvoor te veel los van elkaar. Evenmin zijn er aanknopingspunten waaruit kan worden afgeleid dat er door het verlov enige vorm van vertraging in het herstel van de werknemer is

ontstaan.

(ii) ArboAnders heeft aangevoerd dat de schade mede het gevolg is van het feit dat Hago ervoor heeft gekozen het inplannen van zieke medewerkers naar zich toe te trekken. Dat de werknemer na het spreekuur van 30 augustus 2017 niet meer is ingepland komt dan ook voor rekening en risico van Hago, aldus ArboAnders. Dit betekent volgens de rechtbank echter niet dat ArboAnders zijn verantwoordelijkheid bij de verzuimbegeleiding af kan schuiven op (de casemanager van) Hago. Deze casemanager heeft administratieve taken en geen medische taken. De taken van de bedrijfsarts vervallen bovendien niet als er geen concreet spreekuur wordt ingepland.

(iii) Uit het arbeidsdeskundige rapport dat ten grondslag heeft gelegen aan de beslissing van het UWV tot het opleggen van een loonsanctie kan worden afgeleid dat de loonsanctie alleen is gekoppeld aan de tekortschietende zorg van de bedrijfsarts. Dat het – in strijd met het advies van ArboAnders aan Hago – niet laten uitvoeren van een arbeidsdeskundig onderzoek door Hago mede ten grondslag is gelegd aan de loonsanctie, blijkt niet uit het rapport. Een causaal verband tussen beide omstandigheden is daarmee niet aannemelijk geworden.

Dan ten aanzien van het exoneratiebeding dat is opgenomen in de algemene voorwaarden, waar ArboAnders zich op beroept en er in dit geval toe leidt dat de aansprakelijkheid van ArboAnders wordt beperkt tot een bedrag van € 812,75. De rechtbank beoordeelt dat als volgt:

(i) Hago heeft niet kunnen reageren op het standpunt (bij dupliek) van ArboAnders dat aan Hago op grond van artikel 6:235 lid 1 onder b BW als grote werkgever geen beroep toekomt op de vernietigingsgronden als bedoeld in de artikelen 6:233 en 6:234 BW. De rechtbank gaat echter veronderstellenderwijs uit van de geldigheid van het exoneratiebeding. Zoals hierna zal blijken kan in het midden blijven of het beroep van Hago op de vernietigbaarheid van het beding kans van slagen zou hebben.

(ii) De rechtbank volgt Hago niet dat geen beroep gedaan kan worden op het exoneratiebeding in verband met grove schuld aan de zijde van ArboAnders (de tenzijbepaling in het exoneratiebeding). De bedrijfsarts is kennelijk in de veronderstelling geweest dat de werknemer gestart was met de aanbevolen behandeling en heeft ten onrechte geen aanleiding gezien om hierop nog navraag te doen. Dat is zeker niet zorgvuldig, maar gezien de omstandigheden niet zodanig onzorgvuldig dat van grove schuld kan worden gesproken.

De vraag of het beroep op het exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (het beroep van Hago op art. 6:248 lid 2 BW), dient te worden beantwoord met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, waaronder de vraag hoe laakbaar het verzuim is dat tot aansprakelijkheid zou moeten leiden, wat de gevolgen van

het verzuim zijn en de mate van beperking van de aansprakelijkheid. Aan deze norm toetst de rechtbank:

(i) De gevolgen van het verzuim voor Hago zijn aanzienlijk doordat een forse loonsanctie is opgelegd. Dit terwijl van ArboAnders, mede gelet op de verbintenissen die hij op zich had genomen, verwacht had mogen worden dat hij zijn werkzaamheden op een zodanige manier zou uitvoeren dat het risico op een loonsanctie zo gering mogelijk is. In dit licht bezien is het verzuim ernstig te noemen.

(ii) Voorts is van belang dat ArboAnders zijn aansprakelijkheid vérgaand heeft beperkt, namelijk tot € 812,75, waardoor er een erg groot verschil bestaat tussen de schade en de schadevergoedingsplicht. ArboAnders heeft in beginsel een gerechtvaardigd belang om zijn aansprakelijkheid te beperken in het zicht van het risico van relatief hoge schades terwijl hij voor de door hem geleverde dienstverlening een relatief lage vergoeding ontvangt. In dit geval is echter onbetwist door Hago bij dagvaarding gesteld dat de risico's gedekt zijn doordat ArboAnders voor dit soort zaken een verzekering heeft afgesloten.

(iii) Bovendien had ArboAnders naar het oordeel van de rechtbank op een eenvoudige wijze kunnen achterhalen of de werknemer daadwerkelijk was gestart met de behandeling.

De rechtbank is, alles afwegend, van oordeel dat een beroep op de exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

De conclusie is dat ArboAnders wegens schending van zijn zorgplicht en daarmee toerekenbaar tekortschieten gehouden is de daardoor door Hago geleden schade volledig te vergoeden.

De rechtbank ziet geen aanleiding om de zaak te verwijzen naar de schadestaatprocedure, nu de schade van Hago in deze procedure concreet kan worden begroot. De grootste schadepost is de opgelegde loonsanctie en daarnaast zou het gaan om 'enkele andere kostenposten geraamd op ten minste € 4500'. De rechtbank ziet aanleiding om Hago in de gelegenheid stellen om bij akte een nadere onderbouwing te geven voor de gestelde schade, waarop ArboAnders vervolgens mag reageren. In afwachting daarvan houdt de rechtbank iedere verdere beslissing aan.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 27-02-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2019:754

Zaaknummer: C/17/161316 / HA ZA 18-143

Advocaten: R.M. Dessaur en H. Lebbing

Wetsartikelen: 6:74 BW, 6:101 BW, 6:233 BW, 6:234 BW, 6:235 BW, 6:248 BW en 7:401 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Cliënt stelt dat de woonbegeleidingsovereenkomst onterecht is opgezegd en dat sprake is van discriminatie. Cliënt vordert een schadevergoeding van € 300 vanwege stress. De zorgaanbieder voert aan dat vanwege overlast en dreigend gedrag van cliënt een terreinverbod is opgelegd met uiteindelijk het opzeggen van deze overeenkomst. Vanwege een eerder ingediende klacht bij de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg stelt de zorgaanbieder dat cliënt niet-ontvankelijk is in deze klacht. De geschillencommissie geeft aan dat cliënt wel kan worden ontvangen in zijn nieuwe klacht en oordeelt vervolgens dat door de zorgaanbieder voldoende aannemelijk is gemaakt dat de woonbegeleidingsovereenkomst terecht is opgezegd. De klacht wordt ongegrond verklaard.

Feiten

Aan cliënt is verplichte behandeling opgelegd. Binnen de zorginstelling waren vermoedens dat hij in drugs dealde, bij controles is niets aangetroffen. Cliënt stelt dat hij niet goed wordt behandeld, gelet op de onprofessionele werkwijze van het personeel. Cliënt maakt bezwaar tegen een tweede terreinverbod en stelt dat hij geen overlast heeft veroorzaakt. Daarnaast is sprake van discriminatie. Cliënt wil graag naar zijn behandelafspraken (via het terrein van de zorgaanbieder) en vraagt zich af of de behandeling door de zorgaanbieder is beëindigd. Tevens klaagt cliënt over de opzegging van zijn woning. Cliënt geeft aan dat hij eerder een klacht tegen de zorgaanbieder bij de Geschillencommissie GGZ (hierna: de commissie) heeft ingediend. Deze klacht had echter betrekking op de waarschuwing dat de behandelingsovereenkomst zou worden opgezegd. Nu betreft zijn klacht de opzegging zelf en zijn behandeling. Cliënt wil graag via protocol behandeld worden, eist nieuwe vloerbedekking en een telefoon. Tevens verlangt hij € 300 schadevergoeding vanwege persoonlijke stress en

omdat hij in zijn behandeling is gestoord.

De zorgaanbieder voert aan dat cliënt langere tijd bij hem op verschillende afdelingen in behandeling is geweest. Tot 2 juli 2018 was sprake van begeleid wonen en ambulante begeleiding. Wat betreft het opzeggen van de woonbegeleidingsovereenkomst wordt aangevoerd dat wonen en behandelen door gescheiden afdelingen wordt gedaan. Dit betekent dat de afdeling woonbegeleiding deze overeenkomst kan opzeggen bij het overtreden van de regels. De behandeling blijft doorlopen. De woonbegeleidingsovereenkomst is op 22 juni 2018 opgezegd.

Cliënt heeft over de waarschuwingen tot opzeggingen op 15 juni 2018 een klacht ingediend bij de commissie, welke klacht ongegrond is verklaard. De zorgaanbieder gaat derhalve hier verder niet meer op in. Dit geldt ook ten aanzien van de vloerbedekking, omdat dit onderdeel uitmaakt van de overlast, waarvoor cliënt waarschuwingen kreeg en de commissie daar reeds over heeft geoordeeld.

Ten aanzien van het terreinverbod voert de zorgaanbieder aan dat dit in augustus 2017 aan cliënt is opgelegd vanwege het uiten van bedreigingen. Het verbod had de duur van een jaar en had betrekking op de woningen waar cliënt verbleef. Een andere route om naar de behandelingen te gaan is mogelijk. Naar aanleiding van een verzoek van cliënt aan de raad van bestuur van de zorgaanbieder om het terreinverbod op te heffen, in verband met stress, is het verbod een half jaar ingekort. Vlak daarna vertoonde cliënt opnieuw bedreigend gedrag en is vervolgens een verbod uitgeschreven tot 16 maart 2019. De behandeling is verplaatst naar een andere locatie.

Met cliënt werd een doorstroom naar een nieuwe woonlocatie besproken. Dit traject duurde echter lang, onder meer omdat cliënt geen keuze kon maken. In deze periode ontstond opnieuw overlast, waarna de woonbegeleidingsovereenkomst is opgezegd. Met betrekking tot de klacht over discriminatie voert de zorgaanbieder aan dat de beveiligingsmedewerkers zich bedreigd voelden. Cliënt geeft aan dat hij dat niet is geweest. De behandelaar van cliënt heeft aangegeven dat cliënt ook zonder woorden een dreigende houding kan aannemen. De zorgaanbieder stelt dat de medewerkers professioneel hebben gehandeld. De zorgaanbieder verzoekt tot ongegrondverklaring van de klacht.

Ter zitting wordt door de zorgaanbieder aangegeven dat cliënt nog behandeling ontvangt en de zorgaanbieder ervan uitging dat de klacht enkel zou gaan over het opzeggen van de behandelingsovereenkomst en niet over de opzegging van de woonbegeleidingsovereenkomst en de opgelegde terreinverboden.

Oordeel

Aangegeven wordt dat cliënt eerder bij de commissie heeft geklaagd over de schriftelijke waarschuwing om geen overlast meer te veroorzaken en als dit wel zou gebeuren dit tot beëindiging van de woonbegeleidingsovereenkomst zou leiden. De commissie heeft destijds geoordeeld dat de zorgaanbieder voldoende onderbouwd heeft dat cliënt zich niet hield aan de regels en dat andere cliënten door zijn gedrag overlast ondervonden. De schriftelijke waarschuwing was terecht gegeven. De zorgaanbieder stelt dat vanwege deze eerdere behandeling cliënt nu niet meer in zijn klacht kan worden ontvangen. De commissie is echter van oordeel dat dit alleen geldt voor de eerste schriftelijke waarschuwing, maar niet voor de tweede waarschuwing, de terreinverboden en de opzegging zelf.

De zorgaanbieder heeft toegelicht dat de behandelingsovereenkomst nog steeds wordt voortgezet, alleen de woonbegeleidingsovereenkomst is opgezegd. De behandelingen vonden, volgens afspraak met cliënt, aanvankelijk ergens ander plaats en vinden inmiddels telefonisch plaats. Derhalve is niet gebleken dat de zorgaanbieder in de uitvoering van de behandelingsovereenkomst is tekortgeschoten.

Wat betreft de woonbegeleidingsovereenkomst is door de zorgaanbieder voldoende aangetoond dat cliënt opnieuw overlast heeft veroorzaakt en in strijd met het huisreglement heeft gehandeld. De zorgaanbieder heeft dit met voorbeelden onderbouwd. De commissie oordeelt dat de tweede waarschuwing en het opzeggen van de woonbegeleidingsovereenkomst terecht waren. Hierdoor vervalt de vordering voor de gevraagde vloerbedekking en telefoon en onthoudt de commissie zich van een oordeel hierover. Daarnaast wordt voldoende aannemelijk geacht dat de beveiliging professioneel heeft gereageerd om de situatie te de-escaleren. De zorgaanbieder heeft daarna getracht cliënt te laten doorstromen naar een andere locatie, van onzorgvuldigheid dienaangaande is niet gebleken.

Op grond van het voorgaande oordeelt de commissie de klacht ongegrond.

mr. D.F.A. Kikken

Instantie: Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg

Datum uitspraak: 04-10-2018

Zaaknummer: 117657

RECHTSPRAAK

fysiotherapeuten/maatschap voor fysiotherapie

Een fysiotherapiepraktijk betaalt aan de fysiotherapeuten een percentage van de omzet als loon in welk loon op voorhand het vakantiegeld is opgenomen en de loonbetaling tijdens vakantie is verrekend. Dat is toegestaan omdat partijen in de arbeidsovereenkomst een 'all-in loon' zijn overeengekomen, waarbij verwezen wordt naar een, reeds voor aanvang van de dienstverbanden geëxpireerde avv-cao, waarin dezelfde variabele beloningssystematiek is opgenomen.

Feiten

Drie werknemers zijn tussen 2009 en 2015 als fysiotherapeut in dienst geweest van een maatschap voor fysiotherapie. Op de arbeidsovereenkomsten van partijen is geen cao van toepassing. Tot 31 december 2003 is de cao voor de vrijgevestigde fysiotherapiepraktijk 2003 (hierna: cao 2003) algemeen verbindend verklaard geweest. In de arbeidsovereenkomsten van partijen is bepaald dat werknemers een variabel salaris ontvangen. Opgenomen is dat dat salaris een bepaald percentage is van de gerealiseerde omzet en dat daarin ook het vakantiegeld zit alsmede het tijdens vakanties doorbetaalde loon. In de arbeidsovereenkomst wordt voor de rekenmethodiek verwezen naar de cao 2003.

Maandelijks kregen werknemers hun loon, inclusief vakantiegeld. In september 2011 heeft een personeelsbijeenkomst plaatsgevonden om uitleg te geven over de wijze waarop werknemers voor hun werkzaamheden betaald kregen en werd dezelfde rekenmethodiek gehanteerd. Werknemers hebben de maatschap vervolgens in 2018 gesommeerd en gedagvaard tot nabetaling van het volgens hen onbetaald gebleven vakantiegeld, alsmede tot betaling van salaris tijdens hun vakanties. De maatschap stelt zich op het standpunt dat steeds sprake is geweest van 'all-in loon'.

Oordeel

De maatschap heeft zich allereerst verweerd met de stelling dat werknemers lange tijd geen bezwaar hebben gemaakt tegen de in de fysiotherapiepraktijk gebruikelijke financiële gang van zaken en nu hun rechten hebben verwerkt. De kantonrechter stelt voorop dat de klachtplicht van artikel 6:89 BW, gezien de gelaagde structuur van het wetboek, ook van toepassing is op verbintenissen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst. Op duurovereenkomsten moet het artikel echter met de nodige behoedzaamheid worden toegepast. Zeker bij arbeidsovereenkomsten waaraan de economische onzelfstandigheid van de werknemer inherent is en deze daarom – begrijpelijkerwijs – geneigd zal zijn de lieve vrede te willen bewaren, past terughoudendheid. Vaststaat dat er bij werknemers (en hun collega's) na indiensttreding veel onduidelijkheid heeft bestaan over de wijze waarop hun omzet en salaris werden berekend. Dat heeft de maatschap ertoe gebracht om daaraan in september 2011 een personeelsbijeenkomst te wijden. Dat het daarna geruime tijd stil is gebleven, betekent niet dat werknemers daardoor – alsnog – hun rechten hebben verspeeld. Het beroep op de klachtplicht faalt.

De kantonrechter hecht bij de uitleg van de arbeidsovereenkomsten betekenis aan hetgeen de cao 2003 eerder over de 'Beloning variabel salaris' bepaalde. Dat het werknemers bekend was, of redelijkerwijs bekend moet zijn geweest dat de variabele salariëring die de maatschap – toen de cao 2003 al lang was afgelopen – nog altijd hanteerde, op artikel 9 van die cao geïnspireerd was, volgt uit de verwijzingen naar die cao in de met werknemers gesloten arbeidsovereenkomsten. Artikel 9 van die cao kent dezelfde variabele beloningssystematiek als die welke de maatschap met werknemers is overeengekomen. De cao 2003 kende eenzelfde 'te verlonen omzetpercentage'. In artikel 9 van de cao 2003 is in dat verband het begrip 'totale loonkosten' (dat ook in artikel 4.1 van de arbeidsovereenkomsten wordt gebruikt) gedefinieerd, in die zin dat daaronder onder meer het brutoloon, de werkgeverslasten, de premies, de vakantiebijslag en de doorbetaling van loon tijdens vakantie en verlof begrepen waren. Hieruit leidt de kantonrechter af dat partijen, zoals de maatschap stelt, inderdaad een all-in loon zijn overeengekomen, en wel zodanig dat aan werknemers een variabel salaris toekwam ter hoogte van een bepaald percentage (zo'n 61 procent) van de door henzelf gerealiseerde omzet en dat daarin, als componenten van de 'totale loonkosten', onder meer de vakantiebijslag, de loondoorbetaling tijdens vakantie en het werkgeversdeel van (sociale verzekerings- en pensioen)premie's begrepen waren. Deze vorderingen van werknemers zijn dan ook niet toewijsbaar.

mr. J.J.W. van Mens

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 27-02-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:859

Zaaknummer: 7226157 AC EXPL 18-3060 LH/1040

Advocaten: J.N. Pracht en M.J.M. van den Berg

Wetsartikelen: 6:89 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

Manager/Ziekenhuisgroep Twente

Werkgever heeft werknemer van zijn taken ontheven omdat werknemer de nodige competenties zou ontberen en omdat er signalen waren dat collega's hem niet in zijn functie zouden vertrouwen. De vordering in kort geding tot wedertewerkstelling wordt toegewezen omdat werkgever zonder redelijke en voldoende zwaarwegende grond werknemer van zijn taken heeft ontheven. Niet gebleken is dat werknemer niet geschikt zou zijn voor de functie.

Feiten

Werknemer is 62 jaar en werkt sinds 1990 bij de rechtsvoorganger van Stichting Ziekenhuisgroep Twente (hierna: ZGT). Werknemer was sinds 2012 werkzaam in de functie van Bedrijfskundig Manager. Werknemer heeft altijd naar behoren gefunctioneerd. In 2017 kreeg ZGT te kampen met financiële moeilijkheden waarna zij een reorganisatieplan heeft opgesteld. Een onderdeel van dit plan was dat het aantal Bedrijfskundig Managers moest worden gereduceerd.

Werknemer is hierdoor terechtgekomen in de functie van Programmamanager Waardegerichte Zorg. In de navolgende periode kwam het programma Waardegerichte Zorg niet van de grond als gevolg van diverse – niet aan werknemer te wijten – omstandigheden. Op 30 november 2018 kreeg werknemer te horen dat ZGT hem niet meer de functie van Programmamanager Waardegerichte Zorg wilde laten vervullen. ZGT heeft daartoe gezegd dat werknemer een aantal belangrijke competenties, die nodig zijn voor de Programmamanager Waardegerichte Zorg, onvoldoende kon invullen en dat er signalen waren binnengekomen dat enkele stuurgroepleden geen vertrouwen meer hebben in werknemer in deze functie. Werknemer liet weten het daar niet mee eens te zijn. Op 21 december 2018 heeft ZGT officieel gecommuniceerd dat werknemer met ingang van 1 januari 2019 niet langer de rol van Programmamanager Waardegerichte Zorg zal invullen. Werknemer vordert in kort geding wedertewerkstelling in zijn gebruikelijke werkzaamheden als Programmamanager Waardegerichte Zorg.

Oordeel

De kantonrechter is voorshands van oordeel dat ZGT onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat werknemer een aantal competenties die nodig zijn voor Programmamanager Waardegerichte Zorg onvoldoende zou kunnen invullen. De kantonrechter acht hiertoe allereerst van belang dat werknemer reeds 28 jaar werkzaam is bij (de rechtsvoorganger) van ZGT en altijd naar behoren heeft gefunctioneerd. Per 1 augustus 2018 is werknemer na een bekwaamheidsonderzoek benoemd in de functie van Programmamanager Waardegerichte Zorg. Werknemer paste in de ogen van ZGT dus kennelijk in het profiel van Programmamanager Waardegerichte Zorg. Gesteld noch gebleken is dat dit profiel vier maanden later (toen werknemer te horen kreeg dat hij de functie niet langer mocht vervullen) is gewijzigd. Voorts acht de kantonrechter van belang dat werknemer in die vier maanden nog geen kans heeft gehad om zich te profileren als Programmamanager Waardegerichte Zorg. Door externe omstandigheden is het programma Waardegerichte Zorg immers nog niet van de grond gekomen. Nog voordat werknemer daadwerkelijk aan de slag kon gaan, is hij echter al uit deze functie ontheven. Evenmin kan naar het oordeel van de kantonrechter uit de door ZGT overgelegde verklaringen worden afgeleid dat werknemer niet geschikt zou zijn voor de functie Programmamanager Waardegerichte Zorg. De leden van de stuurgroep verklaren niet dat zij ontevreden zijn over het functioneren van werknemer. Uit de overgelegde verklaringen blijkt veeleer dat de stuurgroepleden een andere persoon (jong, onervaren en vrouw) als Programmamanager Waardegerichte Zorg in gedachten hebben. Daar komt bij dat – als werknemer al niet goed zou functioneren – niet gebleken is dat ZGT werknemer hierop tijdig heeft aangesproken onder het aanbieden van mogelijkheden aan werknemer om zich te verbeteren. Een goed en zorgvuldig handelend werkgever behoort in beginsel immers pas maatregelen te treffen tegen een disfunctionerende werknemer nadat die werknemer op zijn disfunctioneren is aangesproken en hem steun en begeleiding voor verbetering is aangeboden. Gelet op voornoemde feiten en omstandigheden is de kantonrechter voorshands van oordeel dat ZGT zonder redelijke en voldoende zwaarwegende grond werknemer van zijn taken als Programmamanager Waardegerichte Zorg heeft ontheven. De vordering tot wedertewerkstelling wordt derhalve toegewezen.

m r. J.J.W. van Mens

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 22-02-2019

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2019:722

Zaaknummer:

Advocaten: S.M. Profijt en Y.M. Nijhuis

Wetsartikelen: 254 Rv en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Verpleegkundige/Ziekenhuis

Het ziekenhuis schakelt de bedrijfsrecherche en de politie in omdat het een verpleger verdenkt van bewust onterechte toediening van medicamenten bij enkele patiënten. Justitie seponeert de zaak wegens onvoldoende bewijs. De kantonrechter ontbindt vervolgens de arbeidsovereenkomst met de verpleger, met een hoge ontbindingsvergoeding. De verpleger eist daarna een schadevergoeding van het ziekenhuis wegens onrechtmatig handelen. Het ziekenhuis handelt niet onrechtmatig/in strijd met goed werkgeverschap door het inschakelen van de bedrijfsrecherche en het verstrekken van informatie over werknemer aan de politie vanwege strafrechtelijk onderzoek. Werkgever is niet aansprakelijk voor de schade die de werknemer daardoor lijdt.

Feiten

Werknemer is sinds 1 december 2008 werkzaam als verpleegkundige in het ziekenhuis X. Eind november 2011 schakelt het ziekenhuis de bedrijfsrecherche in omdat er in korte tijd twee patiënten onder verdachte omstandigheden ten gevolge van onnodige medicatie ernstig ziek werden en één patiënt zelfs overleed. Op 23 december 2011 heeft de officier van justitie bij werknemer huiszoeking verricht en is tevens het kluisje van werknemer in het ziekenhuis doorzocht. Bij brief van 24 december 2011 is werknemer door werkgever geschorst in het kader van een strafrechtelijk onderzoek, waarbij werd meegedeeld dat het vast beleid is dat de werknemer in zo'n situatie wordt geschorst. Deze schorsing werd op 5 januari 2012 omgezet in een op non-actiefstelling op grond van artikel 3.1.4. van de cao Ziekenhuizen. Bij brief van 31 oktober 2012 heeft het Openbaar Ministerie de zaak tegen werknemer geseponeerd. Het Openbaar Ministerie liet onder andere weten dat het door het ziekenhuis ingeschakelde bureau onderzoek heeft gedaan dat niet voldoet aan de kwaliteitseisen van politie en Openbaar Ministerie en er verder onvoldoende bewijzen waren. Op 13 december 2012 heeft

een gesprek plaatsgevonden tussen werkgever en werknemer over de wijze waarop gewerkt kon worden aan een werkhervatting nu werknemer ten onrechte als verdachte was aangemerkt. Tussen partijen is vervolgens een arbeidsconflict ontstaan omdat werknemer alle onderzoeksgegevens wilde hebben en het ziekenhuis weigerde die te geven. Ondanks gesprekken en mediation verbeterde deze situatie niet. Bij beschikking van 25 juli 2014 is de arbeidsovereenkomst tussen partijen op verzoek van werkgever ontbonden, waarbij aan het ziekenhuis verwijten werden gemaakt en werknemer een ontbindingsvergoeding kreeg, gelijk aan tweemaal de neutrale kantonrechtersformule. Werknemer is vervolgens een procedure tegen het ziekenhuis gestart en heeft bij de kantonrechter gevorderd voor recht te verklaren dat werkgever onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en dat werkgever wordt veroordeeld tot vergoeding van alle schade. In dat kader stelt werknemer onder andere dat (i) het ziekenhuis niet de bedrijfsrecherche had moeten inschakelen maar de inspectie, (ii) het onderzoek van de bedrijfsrecherche onzorgvuldig was, (iii) het ziekenhuis de bedrijfsrecherche niet heeft gecontroleerd en (iv) het ziekenhuis de politie onnodige informatie heeft verstrekt. Bij vonnis van 28 september 2016 heeft de rechter de vorderingen van werknemer afgewezen. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

Het hof verwerpt het standpunt van werknemer dat inschakeling van de bedrijfsrecherche onrechtmatig is, omdat sprake was van een vermoeden van een strafbaar feit en de politie had moeten worden ingeschakeld. Er bestond geen verplichting voor werkgever om de politie in te schakelen, omdat het niet duidelijk was of inderdaad sprake was van een strafbaar feit. Werkgever was gerechtigd om de bedrijfsrecherche in te schakelen teneinde duidelijkheid te krijgen over wat er in het ziekenhuis heeft plaatsgevonden. Door inschakeling van een professioneel bureau heeft werkgever niet onrechtmatig jegens werknemer gehandeld. Evenmin is sprake geweest van handelen in strijd met het goed werkgeverschap. Werknemer betoogt verder dat de rechtbank, bij de beoordeling of het onderzoek door de bedrijfsrecherche onzorgvuldig is geweest, ten onrechte voorop heeft gesteld dat de politie zelfstandig de afweging maakt of een persoon als verdachte moet worden gekwalificeerd. Werknemer stelt dat het oordeel over het onderzoek door de bedrijfsrecherche onafhankelijk van het oordeel van de politie dient plaats te vinden. Het hof verwerpt deze stelling: de beoordeling van de (on)zorgvuldigheid van het onderzoek moet worden geplaatst in het kader van de door werknemer gestelde vorderingen. De vorderingen van werknemer zijn in beginsel eerst toewijsbaar als werknemer schade heeft geleden als gevolg van het handelen van werkgever in strijd met goed werkgeverschap of onrechtmatig handelen van hem. Het OM heeft aangegeven waarom werknemer destijds als verdachte is aangemerkt. Het is juist deze beslissing van de politie/het OM die heeft geleid tot de hier in het geding zijnde schade. Deze

beslissing om iemand als verdachte aan te merken is voorbehouden aan de politie/het OM. Vaststaat dat werknemer als gevolg van het feit dat hij verdachte werd in een strafzaak schade heeft geleden en dat het werkgever is geweest die informatie aan de politie/het OM heeft verstrekt. De politie/het OM heeft de beschikking gekregen over de onderzoeksbevindingen van de bedrijfsrecherche en ook over de wijze waarop de fotoconfrontatie heeft plaatsgevonden. Gesteld noch gebleken is dat de door de bedrijfsrecherche opgenomen verklaringen van de betrokken patiënte een onjuiste weergave ervan betreffen. Wat overblijft, is dat de door de bedrijfsrecherche geïnitieerde fotoconfrontatie niet is uitgevoerd volgens de eisen die de politie en het OM voor het houden van een, door de politie zelf uit te voeren, fotoconfrontatie hanteren. Dit maakt de door de bedrijfsrecherche uitgevoerde fotoconfrontatie nog niet onrechtmatig jegens werknemer. Werkgever handelt niet onrechtmatig dan wel in strijd met goed werkgeverschap jegens werknemer en is dus ook niet aansprakelijk voor de schade die werknemer heeft geleden als gevolg van het feit dat hij vervolgens op grond van deze informatie als verdachte is aangemerkt.

mr. J.J.W. van Mens

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 05-02-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:397

Zaaknummer: 200.209.048_01

Rechters: J.P. de Haan, M. Breur en J.M.H. Schoenmakers

Advocaten: G.P. Oberman en E. den Bos-van Berg

Wetsartikelen: 3.1.4. CAO Ziekenhuizen, 6:162 BW, 7:611 BW, 7:628 BW, 27 Sv en 16o Sv

RECHTSPRAAK

patiënt/Bernhoven – MediRisk

Een radioloog mist bij een man een diagnose van een fractuur. Het ziekenhuis geeft de zaak in behandeling bij MediRisk. MediRisk vraagt de man een machtiging te ondertekenen, waartoe de man niet bereid is omdat de machtiging volgens hem een te ruime strekking heeft. MediRisk weigert vervolgens de zaak in behandeling te nemen met een beroep op aanbeveling 14 GOMA. Daar is de man echter niet aan gebonden en de rechtbank acht het niet redelijk de aansprakelijkstelling niet in behandeling te nemen enkel omdat de man weigert de brede machtiging te ondertekenen. MediRisk is gehouden tot het in behandeling nemen en tot schaderegeling van de letselschadezaak van de man. Ter beoordeling van de aansprakelijkheid beveelt de rechtbank een onderzoek door een radioloog. Het verzoek van het ziekenhuis om ook een orthopedisch chirurg te benoemen ter beoordeling van de schade en het causaal verband, acht de rechtbank prematuur. De rechtbank wijst dat verzoek af.

Feiten

Na een val op zijn stuitje wordt een man op 22 februari 2016 doorverwezen naar de spoedeisende hulp, alwaar een röntgenfoto en een CT-scan worden gemaakt. De diagnose wordt gesteld op een kneuzing van de onderrug en de man wordt met pijnstilling en een expectatief beleid huiswaarts gestuurd. In verband met aanhoudende pijnklachten wordt de man op 30 juni 2016 in hetzelfde ziekenhuis (Bernhoven) gezien door een orthopedisch chirurg. Die laat een MRI-scan maken en daaruit blijkt een fractuur van de twaalfde borstwervel. De man wordt op 21 oktober 2016 elders geopereerd, maar zonder het gehoopte resultaat: de man houdt een incomplete dwarslaesie over.

De man dient een klacht in bij het ziekenhuis, welke klacht gegrond wordt verklaard, en de directie bevestigt dat de radioloog op 22 februari 2016 de fractuur heeft gemist. De man stelt het ziekenhuis aansprakelijk en het ziekenhuis geeft de zaak in behandeling aan zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar MediRisk. MediRisk vraagt de man om toezending van zijn medisch dossier om dit te kunnen laten beoordelen door zijn medisch adviseur en door de aan de behandeling van de zaak verbonden medewerkers van MediRisk. MediRisk heeft de man verzocht daarvoor toestemming te verlenen door middel van ondertekening van een machtiging. De man is echter niet bereid de machtiging te ondertekenen omdat deze volgens hem een te ruime strekking heeft en hij niet wenst dat niet-medici kennis kunnen nemen van zijn medische gegevens. Daarop laat MediRisk de man weten dat hij bij gebreke van de ondertekende machtiging de schadeclaim niet in behandeling kan nemen, onder verwijzing naar aanbeveling 14 van de Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA).

Ten aanzien van het deelgeschil

De man verzoekt de rechtbank:

- een verklaring voor recht dat Bernhoven aansprakelijk is;
- te bepalen dat MediRisk gehouden is tot het in behandeling nemen en tot schaderegeling van zijn letselschadezaak;
- MediRisk en Bernhoven hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een voorschot op de schade van € 10.000 en de door de rechtbank te begroten kosten van het deelgeschil.

Aan zijn verzoek legt de man ten grondslag dat de radioloog de fractuur heeft gemist, waardoor zijn blijvende letsel is ontstaan dan wel toegenomen. Bij een juiste diagnose en daaropvolgend actief ingrijpen had het huidige letsel kunnen worden voorkomen. Volgens de man kan MediRisk niet op straffe van het niet in behandeling nemen van de schadeclaim – en als gevolg daarvan geen uitspraak doen over de aansprakelijkheid en beoordeling van schade – van hem verlangen dat hij de machtiging ondertekent. Omdat MediRisk zonder de ondertekende machtiging weigert de zaak in behandeling te nemen en Bernhoven volstaat met de verwijzing naar MediRisk, rest de man niets anders dan de aansprakelijkheid van Bernhoven in rechte te laten vaststellen.

Als verweer voeren MediRisk/Bernhoven aan dat zij de claim niet inhoudelijk kunnen beoordelen omdat de man weigert hen kennis te laten nemen van de noodzakelijke medische gegevens. Zij willen de letselschadezaak in behandeling nemen, mits dit gebeurt conform aanbeveling 14 van de GOMA, wat in dit geval inhoudt dat de man de machtiging ondertekent.

MediRisk/Bernhoven voeren aan dat het feit dat het gaat om een medische aansprakelijkheidsclaim met zich brengt dat niet alleen de medisch adviseur kennis neemt van de medische gegevens. Zij menen dat hen het *recht* (cursief red.) niet kan worden ontzegd om de aansprakelijkstelling te behandelen conform aanbeveling 14 GOMA. Dit recht kan volgens hen bovendien worden ontleend aan artikel 6 EVRM. En voor zover het verzoek van de man wordt toegewezen, verzoeken zij dat wordt bepaald dat de man voor inzage van zijn medische gegevens toestemming verleent conform aanbeveling 14 GOMA. Ten aanzien van de aansprakelijkheid voeren MediRisk/Bernhoven gemotiveerd aan dat het missen van een diagnose nog niet betekent dat er juridisch verwijtbaar is gehandeld.

Oordeel

Ten aanzien van het deelgeschil

De rechtbank memoreert artikel 1019w Rv en schetst het toetsingskader. Gelet op de ratio van de deelgeschilprocedure om de buitengerechtelijke onderhandelingen te bevorderen, dient de rechter te toetsen of de verzochte beslissing voldoende kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. De investeringen in tijd, geld en moeite moeten aldus worden afgewogen tegen het belang van de vordering en de bijdrage die een beslissing aan de totstandkoming van een minnelijke regeling kan leveren (*Kamerstukken II 2007/08, 31518, 3, p. 18*). De rechter wijst het verzoek af voor zover de verzochte beslissing naar zijn oordeel onvoldoende kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst (art. 1019z Rv).

De rechtbank vervolgt ermee dat Bernhoven gemotiveerd heeft betwist dat een medische fout is gemaakt waarvoor hij aansprakelijk is en om dat te kunnen beoordelen zal deskundigenonderzoek nodig zijn. De aard van de deelgeschilprocedure, zoals hiervoor uiteengezet, verzet zich in beginsel tegen dat deskundigenonderzoek binnen deze procedure. Er is geen aanleiding om daar in dit geval anders over te oordelen en de verzochte verklaring voor recht is daarom niet toewijsbaar volgens de rechtbank. Evenmin kan het verzochte voorschot op de schade worden toegewezen omdat niet vaststaat dat sprake is van schade die kan worden toegerekend aan het handelen of nalaten van Bernhoven.

Het verzoek van de man om te bepalen dat MediRisk namens Bernhoven gehouden is tot het in behandeling nemen van de letselschadezaak is echter wel een verzoek dat in een deelgeschil kan worden beoordeeld. De beslissing dat MediRisk de zaak in behandeling dient te nemen kan er immers volgens de rechtbank toe bijdragen dat partijen met elkaar in gesprek gaan over de aansprakelijkstelling om tot een vaststellingsovereenkomst te komen, en dus gaat de rechtbank over tot inhoudelijke beoordeling van het verzoek.

Niet in geschil is dat de radioloog de diagnose heeft gemist. Wel in geschil is of de radioloog daarmee verwijtbaar heeft gehandeld. Of dat zo is, is op dit moment niet duidelijk. Gelet hierop, en op de gevolgen voor de man van de gemiste diagnose, is er voor MediRisk alle redenen om de verwijtbaarheid te onderzoeken en dus de aansprakelijkstelling in behandeling te nemen. De rechtbank acht het niet redelijk dat te weigeren enkel omdat de man heeft geweigerd de brede machtiging te ondertekenen. Deze opstelling frustrleert ook iedere mogelijkheid voor partijen om over de aansprakelijkstelling in onderhandeling te treden.

Ook niet in geschil is dat de man niet is gebonden aan de GOMA. Dat MediRisk desondanks vanwege het niet retour zenden van de machtiging de zaak niet in behandeling heeft genomen, wordt ten overstaan van de rechtbank niet overtuigend gemotiveerd. MediRisk/Bernhoven beroepen zich zonder nadere toelichting op niet nader genoemde rechtspraak over de verzwaarde stelplicht. Die ziet op het verstrekken van feitelijke gegevens door het ziekenhuis aan de patiënt en de rechtbank ziet niet in waarom daaraan het recht kan worden ontleend een brede machtiging te verlangen bij gebreke waarvan de aansprakelijkstelling niet in behandeling wordt genomen. Evenmin biedt artikel 6 EVRM een onderbouwing voor dat standpunt, nu dit artikel de gerechtelijke procedure betreft.

De rechtbank bepaalt dat MediRisk namens Bernhoven gehouden is tot inbehandelingname en schaderegeling van de letselschadezaak van de man. Het overwogene brengt met zich dat daaraan niet de door MediRisk gestelde voorwaarde wordt verbonden dat de man voor inzage van zijn medische gegevens toestemming verleent conform aanbeveling 14 van de GOMA.

Op grond van artikel 1019aa lid 1 Rv begroot de rechtbank de kosten: in de omstandigheid dat het verzoek van de man gedeeltelijk wordt toegewezen, ziet de rechtbank aanleiding de kosten te begroten op de helft van de door de man genoemde kosten (te weten op € 3294,87). Omdat de aansprakelijkheid (nog) niet vaststaat, is de door de man verzochte veroordeling tot voldoening daarvan niet toewijsbaar.

Ten aanzien van het verzoek voorlopig deskundigenbericht

Bernhoven verzoekt de rechtbank een voorlopig deskundigenbericht te gelasten:

- door een radioloog, en door een orthopedisch chirurg, met de door Bernhoven geformuleerde vragen;
- en te bepalen dat de man alle benodigde medische stukken aan de deskundigen ter beschikking stelt om de voorgelegde vragen te beantwoorden.

Aan het verzoek legt Bernhoven ten grondslag dat de aansprakelijkheid, de schade en het

causaal verband niet vaststaat en dat hij een deskundigenbericht nodig acht om zijn rechtspositie te kunnen bepalen. In ieder geval door een radioloog om de aansprakelijkheidsmaatstaf te beoordelen, en uit oogpunt van efficiency, subsidiair door een orthopedisch chirurg om de schade en het causaal verband te beoordelen.

Als verweer voert de man aan dat het benoemen van een radioloog prematuur is omdat MediRisk eerst de zaak in behandeling dient te nemen en pas bij afwijzing besloten kan worden tot een expertise, gezamenlijk of afzonderlijk. Het benoemen van een orthopedisch chirurg is al helemaal ontijdig, omdat dit onderzoek betrekking heeft op de gevolgschade en het causaal verband en na het in behandeling nemen van de zaak door MediRisk, al dan niet na vestiging van de aansprakelijkheid, partijen met elkaar in overleg zullen treden over het causaal verband en de omvang van de letselschade.

Oordeel

Ten aanzien van het verzoek voorlopig deskundigenbericht

Zoals de rechtbank reeds overwoog in het deelgeschil heeft Bernhoven gemotiveerd betwist dat een medische fout is gemaakt waarvoor hij aansprakelijk is en om dat te kunnen beoordelen zal een deskundigenonderzoek nodig zijn. Daarvoor was in het deelgeschil geen plaats en de rechtbank gaat over tot het gelasten van een deskundigenonderzoek door een radioloog. De man heeft de door Bernhoven voorgestelde vragen niet betwist en de rechtbank acht ze relevant en neemt ze over. De rechtbank bepaalt dat partijen zich binnen vier weken dienen uit te laten over wie volgens hen als deskundige moet worden benoemd, bij gebreke waarvan de rechtbank zelf een deskundige zal benoemen. Tevens bepaalt de rechtbank, onder meer, dat de man zijn procesdossier in afschrift aan de deskundige dient te doen toekomen en dat partijen nadere inlichtingen en gegevens aan de deskundige dienen te verstrekken indien hij daarom verzoekt, de deskundige toegang dient te verschaffen tot voor het onderzoek noodzakelijke plaatsen, en de deskundige ook voor het overige gelegenheid dient te geven tot het verrichten van het onderzoek. Ook krijgt de deskundige alvast (diverse) instructies: de deskundige moet de man in de gelegenheid stellen om gebruik te maken van zijn inzage- en blokkeringsrecht als bedoeld in artikel 7:464 lid 2 onder b BW.

De rechtbank volgt de man in zijn verweer dat het gelasten van een deskundigenonderzoek door een orthopedisch chirurg prematuur is en eerst de uitkomst van het onderzoek van de radioloog moet worden afgewacht. De rechtbank ziet onvoldoende reden om een dergelijk onderzoek reeds nu te gelasten.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 12-10-2018

Zaaknummer: C/01/330630/EX RK 18-23 en C/01/335342/EX RK 18-102

RECHTSPRAAK

DC Klinieken/NZa

Twaalf tot een zorggroep behorende ZBC's komen op tegen een aanwijzing van de NZa. Die zou niet aan hen zijn opgelegd maar alleen aan hun moedermaatschappij. Het CBb stelt de ZBC's in het gelijk.

Feiten

De NZa legt de DC Groep B.V. een aanwijzing op voor het overtreden van artikel 35 Wet marktordening gezondheidszorg door het in rekening brengen van zorgproducten terwijl in werkelijkheid sprake was van (goedkopere) overige zorgproducten. In de aanwijzing staan ook twaalf zelfstandige behandelcentra genoemd die aan de DC Groep zijn verbonden (ZBC's).

De DC Groep heeft tegen de aanwijzing bezwaar gemaakt, dat door de NZa gegrond is verklaard. De NZa stelt in de beslissing op bezwaar onder meer om de volgende redenen dat de aanwijzing nog wel geldt ten aanzien van de ZBC's.

Standpunt NZa

Hoewel de aanwijzing is verstuurd aan (de financieel directeur van) de DC Groep, heeft de NZa ervan uit kunnen gaan dat de aanwijzing ook de ZBC's zou bereiken, omdat (i) in het AGB-register bij de ZBC's een postadres is opgenomen dat gelijk is aan dat van de DC Groep, (ii) in het primaire besluit gespecificeerd is aan welke ZBC's de aanwijzing naast de DC Groep is opgelegd en (iii) tijdens de onderzoeksfase is gebleken dat de ZBC's ook daadwerkelijk via de financieel directeur benaderbaar waren.

Verder heeft (i) de DC Groep tijdens de onderzoeksfase het woord gevoerd namens de ZBC's, is (ii) uiteengezet dat financiële zaken en communicatie over registratie en declaratie centraal vanuit DC Groep worden aangestuurd, is (iii) door de financieel directeur namens de ZBC's op de aanwijzing gereageerd en is (iv) de aanwijzing door toezending aan het bezoekadres van DC Groep genoegzaam aan de ZBC's bekend gemaakt.

Voorts hebben de ZBC's uit het feit dat het controlebezoek specifiek op hen was gericht, kunnen afleiden dat de aanwijzing op hen betrekking had.

Tot slot blijkt uit de feiten dat de DC Groep tijdens de onderzoeksfase voor de ZBC's als penvoerder is opgetreden.

Standpunt ZBC's

De ZBC's hebben bij het CBb beroep ingesteld tegen de beslissing op bezwaar. Ze voeren daar het volgende aan.

Ook al zou de DC Groep in de onderzoeksfase namens de ZBC's hebben gecorrespondeerd, dan leidt dat er niet toe dat de aanwijzing ook aan de ZBC's is opgelegd. Bovendien volgt uit de tekst, inhoud en adressering van de aanwijzing dat die uitsluitend aan de DC Groep is opgelegd. Verder wordt in de aanwijzing in de overtredingen geen onderscheid gemaakt per ZBC. Tevens levert een aantal van de ZBC's de litigieuze zorgproducten in het geheel niet. Tot slot zijn niet alle ZBC's verantwoordelijk voor de litigieuze declaraties, maar alleen Stichting DCA (een van de ZBC's).

Oordeel

Het CBb is om de volgende redenen van oordeel dat de aanwijzing niet aan de ZBC's is opgelegd.

De aanwijzing is gericht aan het postadres van de DC Groep, maar niet aan het postbusadres dat de DC Groep deelt met de ZBC's, terwijl het postbusadres in het Handelsregister uitdrukkelijk als correspondentieadres is aangegeven. Bovendien is de aanwijzing opgelegd aan 'DC Klinieken', wat een handelsnaam is van de DC Groep. Verder is in de aanwijzing niet per litigieus zorgproduct gespecificeerd welk ZBC dat zou hebben gedeclareerd. Hierbij is van belang dat de NZa niet heeft betwist dat niet alle ZBC's alle litigieuze zorgproducten leveren, en dat de NZa heeft aangegeven dat alle onjuiste declaraties zijn opgesteld en ingediend door Stichting DCA.

Nu de aanwijzing niet aan de ZBC's is opgelegd, zijn zij geen belanghebbende bij de aanwijzing en wordt hun beroep niet-ontvankelijk verklaard.

mr. B.A. van Schelven

Instantie: College van Beroep voor het bedrijfsleven

Datum uitspraak: 26-02-2019

ECLI: ECLI:NL:CBB:2019:84

Zaaknummer: 18/1557

Advocaten: T.A.M. van den Ende en E.C. Pietermaat

Wetsartikelen: 35 Wmg en 76 Wmg

RECHTSPRAAK

patiënt/ziekenhuis

Een vrouw weigert betaling van de factuur van de bij haar verrichte en door haar gewenste operatieve ingreep. Zij beroept zich erop dat er geen geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand is gekomen en dat er geen betalingsverplichting is. Ook beroept zij zich op dwaling. Het hof oordeelt dat er wel een geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand is gekomen en laat bij tussenarrest de vrouw toe tot bewijslevering dat er geen betalingsverplichting is. Een arts, de moeder van de vrouw en de vrouw zelf worden als getuigen gehoord. Het hof waardeert de getuigenverklaringen en de aantekeningen in het medisch dossier als bewijsmiddelen en acht de vrouw niet geslaagd in de aan haar gegeven bewijsopdracht.

Feiten

Bij een vrouw vindt in februari 2014 een labiumreductie plaats. De operatie geschiedt op haar wens; de artsen die zij consulteerde voorafgaand aan de operatie alsook de chirurg (allen in hetzelfde ziekenhuis) zien geen medische indicatie voor de ingreep. Het ziekenhuis stuurt de vrouw de rekening van de operatie ad € 2322,91, welke rekening de vrouw onbetaald laat. Het ziekenhuis gaat over tot dagvaarding en de rechtbank wijst de vordering toe. De vrouw gaat in hoger beroep. Zij beroept zich erop:

- dat er geen geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand is gekomen, omdat pas sprake is van een overeenkomst als er volledige wilsovereenstemming is en die ontbrak met betrekking tot de hoogte van de kosten;
- dat er voor haar geen betalingsverplichting is, omdat (i) een van de artsen die zij heeft geconsulteerd voorafgaand aan de operatie aan haar zou hebben bevestigd dat er sprake was van een medische noodzaak; (ii) diezelfde arts tegen haar zou hebben gezegd dat het

ziekenhuis de vergoeding met de zorgverzekeraar zou regelen, zodat de vrouw de kosten niet zelf hoefde te betalen; (iii) zij niet is geweest op de hoogte van de aan de operatie verbonden kosten;

- dat er sprake is van dwaling.

Tussen partijen staat vast dat de operatie goed is uitgevoerd.

Oordeel

Volgens het hof is er wel een overeenkomst tot geneeskundige behandeling tot stand gekomen. Tussen partijen is op 5 februari 2014 uitvoerig gesproken over de door de vrouw gewenste operatie. Tijdens dit gesprek is besloten dat de ingreep zou worden uitgevoerd. Het ziekenhuis heeft vervolgens bij brief van 10 februari 2014 aan de vrouw bevestigd dat de ingreep op 24 februari 2014 zou worden uitgevoerd. Op die datum is de ingreep met volledige instemming van de vrouw uitgevoerd, hetgeen mede blijkt uit het medisch dossier, waarin onder meer staat: 'tevoren afgetekend en meebeoordeeld door patiënte'. Bij deze stand van zaken kan naar het oordeel van het hof niet anders worden geoordeeld dan dat tussen de partijen een overeenkomst van geneeskundige behandeling tot stand is gekomen. Dat partijen een verschil van mening hebben over de vraag of de vrouw het bij haar in rekening gebrachte bedrag van de operatie dient te betalen, neemt niet weg dat een behandelingsovereenkomst tot stand gekomen is.

Ten aanzien van het al dan niet bestaan van een betalingsverplichting voor de vrouw stelt het hof voorop dat de opdrachtgever van een geneeskundige behandeling, in dit geval de vrouw, voor die behandeling op grond van artikel 7:461 BW in beginsel loon verschuldigd is aan de opdrachtnemer.

De omstandigheid dat de hoogte van het loon niet besproken is, doet daar niet aan af. Uit de verklaringen die partijen over en weer hebben gedaan, heeft de vrouw in de gegeven omstandigheden niet mogen afleiden dat zij niet zelf voor de ingreep zou hoeven te betalen. Het ziekenhuis, op zijn beurt, heeft uit de verklaringen die partijen over en weer hebben gedaan wél mogen afleiden dat de vrouw de kosten van de ingreep zo nodig zelf zou voldoen, indien de ziektekostenverzekeraar de kosten niet zou vergoeden. Dat, zo stelt het hof, is alleen anders als de arts tijdens het consult van 5 februari 2014 daadwerkelijk aan de vrouw heeft meegedeeld dat sprake was van een medische indicatie voor de operatie en dat het ziekenhuis de vergoeding met de zorgverzekeraar van de vrouw zou regelen, zodat zij de kosten niet zelf hoefde te betalen. Als de arts die mededeling heeft gedaan, dan heeft de vrouw daar naar het oordeel van het hof redelijkerwijs op mogen vertrouwen. Het hof laat de vrouw toe tot bewijslevering conform haar aanbod getuigen te horen. Het hof neemt daarbij in aanmerking

dat de vrouw een leek is op dit terrein terwijl bij het ziekenhuis en de voor hem optredende artsen wel professionele kennis over het vergoedingsstelsel van ziektekostenverzekeringen aanwezig mag worden verondersteld. Het hof vindt dat deze kennis alleen bij artsen aanwezig is. Volgens de vrouw hebben ook de poli-secretaresse, een verpleegster en de anesthesist mededelingen gedaan over de vergoeding van de kosten, maar lag het volgens het hof in het geheel niet op de weg van deze personen om iets te zeggen over de vraag of de kosten van de ingreep vergoed zouden worden, zodat de vrouw dienaangaande ook geen betekenis aan hun uitlatingen heeft mogen hechten. Omdat de precieze uitlatingen van deze personen door de vrouw niet worden weergegeven en zij een onvoldoende gespecificeerd bewijsaanbod heeft gedaan, wordt de vrouw alleen toegelaten tot de bewijslevering op hetgeen de arts tijdens het consult van 5 februari 2014 heeft gezegd.

De vrouw krijgt van het hof de bewijsopdracht dat de arts tijdens het consult van 5 februari 2014 aan haar heeft meegedeeld dat sprake was van een medische indicatie voor de operatie (element A) en dat het ziekenhuis de vergoeding met de zorgverzekeraar van de vrouw zou regelen, zodat de vrouw de kosten niet zelf hoefde te betalen (element B). Slaagt de vrouw niet in de bewijslevering, dan zal het hof de grieven van de vrouw verwerpen en het vonnis van de rechtbank bekrachtigen. In dat geval moet het voor rekening en risico van de vrouw worden gelaten dat de ziektekostenverzekeraar de ingreep niet heeft willen vergoeden. Ook het beroep dat de vrouw heeft gedaan op dwaling kan in dat geval geen doel treffen, omdat de dwaling dan voor haar eigen rekening moet blijven. Aldus het hof.

De vrouw laat vervolgens de desbetreffende arts, haar moeder en zichzelf horen.

Zij probeert in de memorie na getuigenverhoor nog op te komen tegen de bewijsopdracht waarmee het hof haar heeft belast, maar het hof komt daar niet van terug. Het hof herhaalt dat tussen partijen een overeenkomst van geneeskundige behandeling tot stand is gekomen en dat daarom als uitgangspunt geldt dat de vrouw voor de uitvoering van de operatie loon verschuldigd is aan het ziekenhuis. De gedingstukken bevatten bovendien meerdere aanwijzingen dat het ziekenhuis meermalen aan de vrouw heeft meegedeeld dat de kosten mogelijk niet vergoed zouden worden door de zorgverzekeraar van de vrouw en dat zij dit in haar afweging zou moeten betrekken en desgewenst nadere informatie zou moeten inwinnen bij haar zorgverzekeraar. Het hof ziet bij deze stand van zaken geen aanleiding om af te wijken van de in het tussenarrest neergelegde (en op de wet gebaseerde) bewijslastverdeling. Dat vooraf niet aan de vrouw is meegedeeld hoeveel de ingreep zou gaan kosten doet daar niet aan af. De vrouw heeft daar zelf ook niet naar gevraagd en zij is desondanks de overeenkomst van geneeskundige behandeling aangegaan, aldus het hof.

Het hof gaat vervolgens over tot de beoordeling van de afgelegde getuigenverklaringen. Ten

aanzien van de eigen verklaring van de vrouw overweegt het hof dat de vrouw partijgetuige is. Artikel 164 lid 1 Rv laat de partijgetuigenverklaring als bewijsmiddel toe. Die verklaring heeft in beginsel, zoals andere getuigenverklaringen, vrije bewijskracht, zodat de rechter overeenkomstig artikel 152 lid 2 Rv in beginsel vrij is in de waardering van die verklaring. Daarop brengt het bepaalde in artikel 164 lid 2 Rv in zoverre een beperking aan dat, met betrekking tot de feiten die dienen te worden bewezen door de partij die de verklaring heeft afgelegd, aan die verklaring slechts bewijs ten voordele van die partij kan worden ontleend, indien aanvullende bewijzen voorhanden zijn die zodanig sterk zijn en zodanig essentiële punten betreffen dat zij de partijgetuigenverklaring voldoende geloofwaardig maken (HR 13 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1057). Dit brengt mee dat de rechter ter beantwoording van de vraag of een partij in het door haar te leveren bewijs geslaagd is, alle voorhanden bewijsmiddelen met inbegrip van de getuigenverklaring van die partij zelf, in zijn bewijswaardering dient te betrekken, doch dat hij zijn oordeel dat het bewijs is geleverd niet uitsluitend op die verklaring mag baseren (HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7933). Het hof concludeert vervolgens bij waardering van de drie getuigenverklaringen en de verschillende notities in het medisch dossier van de vrouw dat niet bewezen is dat de arts tijdens het consult van 5 februari 2014 heeft meegedeeld dat sprake was van een medische indicatie voor de operatie, en dat geen van de getuigen heeft verklaard dat dezelfde arts tijdens het bewuste consult heeft meegedeeld dat het ziekenhuis de vergoeding met de zorgverzekeraar van de vrouw zou regelen. De vrouw heeft aldus element A noch element B bewezen.

Ten aanzien van het derde verweer ten aanzien van haar betalingsverplichting, namelijk dat de vrouw niet is geweest op de hoogte van de aan de operatie verbonden kosten, kan naar het oordeel van het hof in het midden blijven of tijdens het consult van 5 februari 2014 is gesproken over de kosten van de ingreep. Ook indien dat niet het geval is geweest, had het de vrouw op grond van haar eerdere twee consulten al zonder meer duidelijk moeten zijn dat de kosten van de door haar gewenste operatie mogelijk niet door haar zorgverzekeraar vergoed zouden worden. Het onderdeel van de getuigenverklaring van de vrouw dat hierover gaat, acht het hof, mede gelet op de andersluidende verklaring van haar moeder, niet geloofwaardig, terwijl het hof geen aanleiding ziet om te twijfelen aan de juistheid van hetgeen hierover in de verslagen van de consulten is vermeld. De conclusie van het hof is dat de vrouw in de gegeven omstandigheden rekening moest houden met de mogelijkheid dat zij de kosten van de ingreep zelf diende te dragen. Dat geldt te meer nu zij kennelijk heeft nagelaten om bij haar zorgverzekeraar na te vragen of, en zo ja onder welke voorwaarden, de ingreep vergoed zou worden. Als zij vooraf een indicatie had willen hebben van de hoogte van de kosten, had ze daarover desgewenst ook vragen kunnen stellen aan het ziekenhuis. Dat zij dit achterwege heeft gelaten, moet in de gegeven omstandigheden voor haar eigen rekening blijven.

Het hof concludeert dat de vrouw niet in de bewijslevering is geslaagd, dat er ook overigens geen gronden zijn om haar verweer te honoreren, verwerpt de grieven van de vrouw en bekrachtigt het bestreden vonnis.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 19-02-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:563

Zaaknummer: 200.208.746/01

Advocaten: P.G.L. van Veghel, E.G.M. van den Heuvel en L.H.A.M. Andriessen

Wetsartikelen: 7:446 BW, 7:461 BW, 152 Rv en 164 Rv

RECHTSPRAAK

donorkinderen/weduwe fertiliteitsarts

Voormalig patiënten c.q. hun donorkinderen vorderen in verband met administratieve wantoestanden en misstanden met donorzaad in de kliniek van een overleden fertiliteitsarts dat een DNA-vergelijkingsonderzoek tussen een reeds verkregen DNA-profiel van de fertiliteitsarts en het DNA van de donorkinderen wordt uitgevoerd ter vaststelling of uitsluiting van het biologisch vaderschap van de fertiliteitsarts. De rechtbank toetst aan de zorgplicht van de fertiliteitsarts, beoordeelt of er redelijkerwijs reden is om vaderschap aan te nemen, weegt de belangen van partijen, en wijst de vordering toe. De veroordeling wordt expliciet uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

Feiten

Een fertiliteitsarts voert sinds 1980 een eigen kliniek onder de naam Medisch Centrum Bijdorp, in verschillende rechtsvormen. In oktober 2008 bezoekt de Inspectie voor de Gezondheidszorg (hierna: de inspectie) de kliniek om te beoordelen of wordt voldaan aan de voorwaarden uit de Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal (Wvkl). Dat is niet het geval. Op 1 januari 2009 wordt de kliniek gesloten.

In maart 2013 brengt de inspectie een routinematig toezichtbezoek, tijdens welk bezoek de fertiliteitsarts wordt gewezen op de bewaarplicht van patiëntendossiers op grond van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) en de registratieverplichting die volgt uit de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting (WDKB). In oktober 2014 neemt de inspectie de administratie in beslag. Deze administratie wordt onderzocht door twee onafhankelijke onderzoekers. Hun conclusies liegen er niet om: 'Ons totaalbeeld van het archief is dat er een soort administratie is gedaan (niet bijgehouden) door een amateur die niet begrijpt hoe belangrijk deze documenten kunnen zijn voor nakomelingen, patiënten en donoren. Dit archief voldoet noch aan de eisen in het huidige tijdsgewricht, noch aan die in de

tijd dat de gegevens verzameld zijn dan wel verzameld hadden moeten worden.'

In oktober 2016 stellen de donorkinderen c.q. hun ouders de fertiliteitsarts aansprakelijk en wordt hem verzocht om vrijwillig DNA-materiaal af te staan. Dat weigert de fertiliteitsarts in februari 2017. In april 2017 overlijdt de fertiliteitsarts. In mei 2017 wordt op verzoek van de donorkinderen na verloop van deze rechtbank conservatoir bewijsbeslag gelegd op 27 zaken uit de woning van de fertiliteitsarts. Op 2 juni 2017 heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank toestemming verleend voor het uitvoeren van een DNA-onderzoek op de in beslag genomen zaken en bepaald dat de donorkinderen binnen zes maanden een bodemprocedure dienen in te stellen (GZR 2017-0234).

Het onderzoek heeft een DNA-profiel opgeleverd, het rapport daarvan is in bewaring gegeven aan een notaris.

In de onderhavige (bodem)procedure vorderen de donorkinderen c.q. hun ouders dat een DNA-vergelijkingsonderzoek tussen het reeds verkregen DNA-profiel van de fertiliteitsarts en het DNA van de donorkinderen wordt uitgevoerd, ter vaststelling of uitsluiting van het biologisch vaderschap van de fertiliteitsarts.

Aan hun vordering leggen zij het volgende ten grondslag:

- Ieder kind, dus ook een donorkind, heeft het recht te weten van wie het afstamt.
- In de kliniek van de fertiliteitsarts was sprake van misstanden met donorzaad en van administratieve wantoestanden. In strijd met gemaakte afspraken, met wet- en regelgeving, dan wel met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt (i) is er semen van verschillende donoren gemengd; (ii) heeft er geen deugdelijk vooronderzoek plaatsgevonden naar eventuele erfelijke afwijkingen van de donor; (iii) is de norm van het maximaal aantal donorkinderen per donor overschreden; (iv) bestaan er sterke aanwijzingen dat de fertiliteitsarts zelf als donor is opgetreden; (v) voldeed de administratie van de kliniek niet aan de daaraan te stellen eisen: de bij te houden administratie per donor bleek afwezig te zijn en de verstrekte donorpaspoorten bevatten onjuiste gegevens.
- De fertiliteitsarts heeft niet de zorgvuldigheid in acht genomen die een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht.
- Ter beperking van de schade dient te worden meegewerkt aan het onderzoek.
- Een afweging van de wederzijdse belangen dient te leiden tot toewijzing van de vordering.

Oordeel

Deze zaak draait in de kern om een geschil omtrent het mogen gebruiken van het verkregen DNA-profiel van de overleden fertiliteitsarts voor nader (vergelijkend) onderzoek, zulks ter beantwoording van de vraag of de donorkinderen onder de eisers afstammen van de arts die de kunstmatige inseminatie van hun moeder heeft verzorgd, zo stelt de rechtbank voorop.

Ter beoordeling vangt de rechtbank aan met een vrij uitgebreide – in vijftien rechtsoverwegingen – schets van het wettelijk kader: de tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting in zijn algemeenheid (art. 6:74 BW), toegespitst op de geneeskundige behandelingsovereenkomst, de zorgplicht van de arts, de onrechtmatige daad van de arts, de achtergrond van kunstmatige inseminatie met donorsperma (KID), de WGBO, de dossierplicht ex artikel 7:454 BW, de WDKB, de te verzamelen en de te verstrekken gegevens conform respectievelijk de artikelen 2 en 3 WDKB, het verkrijgen van afstammingsgegevens van donorkinderen vóór 1 juni 2004, en ten slotte het KID-register van de Federatie van Instellingen voor de Ongehuwde Moeder en haar kind (FIOM). Eén overweging van de rechtbank is in dezen met name relevant:

'De zorgplicht van de arts is niet beperkt tot partijen bij de behandelovereenkomst; zij kan ook betrekking hebben op niet-contractuele relaties, bijvoorbeeld tussen de arts en een bij de betreffende behandelovereenkomst betrokken derde (zoals bijvoorbeeld een partner of kind van de patiënt). Indien de belangen van die derde zo nauw zijn betrokken bij (de behoorlijke uitvoering van) de behandelovereenkomst dat deze derde schade of ander nadeel kan lijden als de arts in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt meebrengen dat de arts deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Verwijtbaar onjuist gedrag van de arts – de "fout" – wordt dan gekwalificeerd als een onrechtmatige daad.... De zorgvuldigheidsnorm die de arts in acht moet nemen, wordt bepaald door de norm van "goed hulpverlenerschap", waarmee aldus dezelfde maatstaf wordt aangelegd als binnen de contractuele verhouding tussen arts en patiënt.'

Na bespreking van het wettelijk kader vervolgt de rechtbank met de beoordeling van de samenhang van de vorderingen, de zorgplicht van de fertiliteitsarts, of er semen van de fertiliteitsarts is gebruikt, en de belangen van partijen.

Ten aanzien van de samenhang van de vorderingen: gedaagden (de weduwe en erfgenamen van de fertiliteitsarts) erkennen van sommige eisers dat zij als patiënt zijn behandeld door de fertiliteitsarts dan wel als gevolg van die behandeling zijn geboren. Van sommige eisers stelt de rechtbank vast, gelet op de in het geding gebrachte documenten door die eisers en de onvoldoende gemotiveerde betwisting daarvan door gedaagden, dat zij als patiënt zijn behandeld dan wel als gevolg daarvan zijn geboren. De overgebleven eisers hebben geen direct

bewijs overgelegd dat zij door de fertiliteitsarts zijn behandeld dan wel zijn geboren als gevolg daarvan, maar dat is volgens de rechtbank niet relevant, omdat er bij een gedeeltelijke afwijzing van de vordering geen rechtens te respecteren belang speelt (zie verderop onder B.).

Ten aanzien van de zorgplicht van de fertiliteitsarts doet de rechtbank een aantal vaststellingen:

- Met het gedane administratieonderzoek staat vast dat sprake is geweest van onvolledige en inadequate dossiervorming bij MC Bijdorp. De stelling van gedaagden dat er vóór 2004 geen dossierplicht bestond, mist feitelijke grondslag. Daargelaten of de wet toen specifieke en gedetailleerde eisen kende, ook in de periode vóór 2004 diende de hulpverlener in een dossier al die gegevens op te nemen die voor een goede hulpverlening van de patiënt noodzakelijk waren. Bovendien kon een fertiliteitsarts destijds begrijpen dat dergelijke gegevens in verband met mogelijke erfelijkheidsproblematiek in de toekomst van belang konden zijn en met het oog daarop deugdelijk geregistreerd dienden te worden en voor langere periode toegankelijk dienden te blijven.
- Gedaagden hebben erkend dat er donorpaspoorten zijn verstrekt die onjuiste gegevens bevatten.
- Gedaagden hebben erkend dat de fertiliteitsarts semen van verschillende donoren heeft gemengd.
- Aannemelijk door het overgelegde bewijsmateriaal en onvoldoende concreet betwist is dat zowel de landelijke norm van maximaal vijftieng kinderen per donor als de in de informatiefolder van MC Bijdorp genoemde norm van maximaal zes kinderen per donor, in sommige gevallen (ruimschoots) is overschreden.
- Als niet dan wel onvoldoende weersproken staat vast dat het is voorgekomen dat twee kinderen van hetzelfde gezin niet dezelfde donor als biologische vader hebben, terwijl dit wel door de fertiliteitsarts was toegezegd.
- Als niet dan wel onvoldoende weersproken staat vast dat er geen adequate medische screening is verricht bij de donoren, waardoor bij een aantal donorkinderen ernstige erfelijke afwijkingen kunnen zijn ontstaan.
- Als niet dan wel onvoldoende weersproken staat vast dat, ondanks de expliciete afspraak met de betrokken patiënten dat semen van een bekende donor gebruikt zou worden, de fertiliteitsarts donorgegevens niet heeft laten registreren bij de databank van de FIOM, waardoor de donor nu tegen de wens van de patiënt in anoniem is gebleven.

De rechtbank sluit af met te concluderen dat door toedoen en/of nalaten van de fertiliteitsarts aan patiënten verstrekte en thans nog voor (donor)kinderen toegankelijke informatie over donoren onbetrouwbaar is gebleken. Belangrijke afspraken die hij met zijn patiënten maakte zijn niet nagekomen. Aldus heeft de arts de op hem als fertiliteitsarts rustende zorgplicht geschonden. Voor zover er sprake is van contractuele relaties is er tekortgeschoten in de nakoming van de uit de behandelovereenkomst voortvloeiende verbintenissen. Ten aanzien van de (donorkinderen onder de) eisers van wie de contractuele relatie met overleden fertiliteitsarts (nog) niet vaststaat, is sprake van onrechtmatig handelen/nalaten. De arts heeft immers onvoldoende rekening gehouden met hun, voor hem kenbare, belangen. Het tekortschieten en onrechtmatig handelen/nalaten van de fertiliteitsarts heeft tot gevolg gehad dat zeer veel onrust is ontstaan onder donorkinderen en hun familieleden.

Ten aanzien van de vraag of de fertiliteitsarts semen van zichzelf heeft gebruikt om patiënten te insemineren, concludeert de rechtbank, aan de hand van gegevens uit de FIOM KID-databank en de door eisers overgelegde stukken, dat gedaagden de concrete en voldoende onderbouwde stelling van eisers dat een aantal van de donorkinderen kunnen afstammen van de fertiliteitsarts, althans dat zij redelijkerwijs reden hebben om aan te nemen dat het gebruik van semen van de fertiliteitsarts tot hun geboorte kan hebben geleid, onvoldoende gemotiveerd hebben betwist.

Dan gaat de rechtbank over tot de beoordeling van de belangen van partijen, gesplitst (A) naar donorkinderen van wie de afstamming van de fertiliteitsarts aannemelijk is gemaakt in deze procedure, (B) donorkinderen van wie de afstamming (nog) niet aannemelijk is gemaakt, (C) alle donorkinderen, (D) de moeders, (E) de (enige) vader, (F) de overleden fertiliteitsarts en (G) de weduwe/erfgenamen.

(A) Voldoende concreet aannemelijk is gemaakt dat deze donorkinderen er belang bij hebben dat aan de hand van een DNA-vergelijkingsonderzoek wordt vastgesteld of de fertiliteitsarts hun biologische vader is.

(B) Gedaagden hebben er geen relevant, voldoende zwaarwegend, belang bij dat de vorderingen aangaande deze groep eisers niet zou worden toegewezen. Dat belang hebben zij niet gesteld en dat valt ook niet in te zien volgens de rechtbank. Hun bezwaar is immers met name gelegen in de omstandigheid dat gedaagden de wens van de overleden fertiliteitsarts om niet mee te werken aan een DNA-vergelijkingsonderzoek, welke wens hij heeft geuit toen hij nog leefde, wensten te respecteren. Nu in elk geval ten aanzien van een aantal kinderen (onder A) dat onderzoek en kennisname van de resultaten daarvan zal worden toegelaten, zodat die wens niet gerespecteerd zal worden, valt niet in te zien wat het belang van beperking tot slechts die kinderen zou zijn. In dat verband acht de rechtbank van belang dat over

bezwaren tegen bepaalde specifieke vergelijkingen niets is gesteld.

(C) Ten aanzien van alle als eisers optredende kinderen geldt dat het tekortschieten en/of onrechtmatig handelen/nalaten van de fertiliteitsarts ertoe heeft geleid dat zij (en hun ouders) in onzekerheid zijn komen te verkeren over de vraag of wellicht de arts die hun moeder destijds heeft behandeld hun biologische vader is. Het belang bij het wegnemen van die onzekerheid is evident, aldus de rechtbank.

(D) Het belang van de als eisers optredende moeders vloeit voort uit hun contractuele relatie met de fertiliteitsarts en de vaststelling van (mogelijke) schending van de in dat kader op hem rustende verplichtingen.

(E) Het belang van de als eiser optredende wettige vader vloeit voort uit zijn relatie met zijn kind en zijn echtgenote.

Gelet op deze overwegingen dient de vordering volgens de rechtbank te worden toegewezen aan de eisers. Aan toewijzing zouden echter de belangen van gedaagden in de weg kunnen staan, als deze voldoende zwaarwegend zijn. De rechtbank vervolgt:

(F) Een gevolg van het overlijden van de fertiliteitsarts is dat zijn persoonlijke belangen in geval van toewijzing van de vordering niet direct worden geraakt. Zijn weduwe heeft aangevoerd dat zij zijn wens wenst te respecteren dat geen DNA-materiaal ter beschikking zal worden gesteld. Dat belang weegt volgens de rechtbank echter niet op tegen de belangen van de donorkinderen en de gezinnen waarvan zij deel uitmaken om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of de fertiliteitsarts al dan niet de biologische vader van de donorkinderen is.

(G) De stelling van gedaagden dat met toewijzing van de vordering ook zij zelf in hun eer of goede naam zullen worden geschaad, is niet onderbouwd en wordt om die reden gepasseerd door de rechtbank. Gesteld noch gebleken is dat de weduwe of de erfgenamen zelf een rol hebben gespeeld bij het gestelde gebruik van het eigen semen door de fertiliteitsarts of dat zij daarvan destijds op de hoogte waren.

De rechtbank staat eisers toe het rapport met het DNA-profiel van de fertiliteitsarts op te vragen bij de notaris en een DNA-vergelijkingsonderzoek te laten uitvoeren zonder dat toestemming van de weduwe/erfgenamen is vereist, en verbiedt gedaagden een en ander te verhinderen, te verbieden of te belemmeren.

De veroordeling wordt uitvoerbaar bij voorraad verklaard, ten aanzien waarvan de rechtbank overweegt dat eisers er belang bij hebben dat aan de bestaande onzekerheid zo spoedig mogelijk een einde komt en het belang van gedaagden om het oordeel van de rechtbank eerst

in hoger beroep te laten toetsen, minder zwaar weegt. Dat het waarborgen van de anonimiteit van donoren, aan wie in het verleden onder de toenmalige wetgeving anonimiteit was toegezegd, in dit geval in het geding is, is niet juist. Het gaat in deze zaak uitsluitend om de vraag of de fertilitateitsarts zijn eigen semen heeft gebruikt om patiënten te insemineren. Als hij dat heeft gedaan, zonder dit destijds bekend te maken, kunnen gedaagden er, gelet op de positie waarin de fertilitateitsarts jegens zijn patiënten verkeerde, geen aanspraak op maken dat de anonimiteit van de fertilitateitsarts wordt gerespecteerd. De positie waarin hij als behandelend arts verkeerde is een geheel andere dan die van andere mannen die destijds als anonieme donoren semen ter beschikking hebben gesteld, in MC Bijdorp dan wel elders.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-02-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:1050

Zaaknummer: C/10/541411 / HA ZA 17-1210 + C/10/541424 / HA ZA 17-1211

Rechters: P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, C. Bouwman en J.F. Koekebakker

Wetsartikelen: 4:145 BW