

Nieuwsbrief - GZR Updates

Nummer 23, 2020

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2020:1891](#) 27-11-2020

Hoge Raad: anticipatie op wijziging artikel 26 lid 7 WZD is niet mogelijk. Medische verklaring mocht niet worden afgegeven door aan de zorgaanbieder van de accommodatie verbonden psychiater.

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2020:9450](#) 17-11-2020

Inwonende thuishulp; oproepkracht/arbeidsovereenkomst.

Rechtbank

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2020:5730](#) 18-11-2020

Mantelzorg moet worden beoordeeld op basis van de Wmo 2015 en niet op basis van de Bor.

Centrale Raad van Beroep

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2020:2877](#) 18-11-2020

Na een verhuizing is er onvoldoende procesbelang bij een hoger beroep tegen een uitspraak die ging over een aanvraag om een woningaanpassing op grond van de Wmo 2015.

Annotatie

[Patiëntenbelang of werknemersbelang; een niet bestaand dilemma.](#)

mr. M.A. Goldschmidt

RECHTSPRAAK

Na een verhuizing is er onvoldoende procesbelang bij een hoger beroep tegen een uitspraak die ging over een aanvraag om een woningaanpassing op grond van de Wmo 2015.

Na een verhuizing is er onvoldoende procesbelang bij een hoger beroep tegen een uitspraak die ging over een aanvraag om een woningaanpassing op grond van de Wmo 2015.

Feiten

Appellant heeft op 15 augustus 2018 een melding gedaan en verzocht om verbreding van een woonkamerdeur in zijn woning zodat hij zijn boodschappen in de keuken kan uitladen en daarna de scooter in de woonkamer kan stallen en opladen.

Op 28 augustus 2018 heeft een medewerker van het college een huisbezoek afgelegd aan de woning van appellant. De bevindingen van het huisbezoek zijn neergelegd in een gespreksverslag van 29 augustus 2018. Op 30 augustus 2018 heeft appellant een aanvraag ingediend om een maatwerkvoorziening op grond van de Wmo 2015 in de vorm van eerder genoemde woningaanpassing.

Bij besluit van 30 augustus 2018, na bezwaar gehandhaafd bij besluit van 21 november 2018 (bestreden besluit), heeft het college de aanvraag van appellant afgewezen. Het bestreden besluit berust op het standpunt dat het met de scooter kunnen bereiken van de keuken voor het uitladen van boodschappen niet noodzakelijk is, omdat appellant op eenvoudige wijze met zijn rollator de boodschappen kan transporteren van de in de hal geparkeerde scooter naar de keuken. De scooter kan in de hal worden gestald en opgeladen. Daarbij komt dat de scooter een vervoersvoorziening is die uitsluitend is bedoeld om buitenshuis in de directe woonomgeving te gebruiken en niet om in de woning te rijden.

Bij de aangevallen uitspraak heeft de rechtbank het beroep tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard. Appellant heeft zich in hoger beroep tegen de aangevallen uitspraak

gekeerd.

Oordeel

De Raad verklaart het hoger beroep niet-ontvankelijk wegens onvoldoende procesbelang. Zoals de Raad eerder heeft overwogen (zie de uitspraak van de Raad van 29 januari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC3264) is eerst sprake van (voldoende) procesbelang als het resultaat dat de indiener van een bezwaar- of beroepschrift met het maken van bezwaar of het indienen van (hoger) beroep nastreeft, daadwerkelijk kan worden bereikt en het realiseren van dat resultaat voor deze indiener feitelijk betekenis kan hebben. Het hebben van een louter formeel of principieel belang is onvoldoende voor het aannemen van (voldoende) procesbelang.

De Raad is van oordeel dat appellant onvoldoende procesbelang heeft. Niet in geschil is dat appellant is verhuisd en niet langer woonachtig is in de woning waarvoor de woningaanpassing was aangevraagd. Derhalve valt niet in te zien wat appellant met zijn hoger beroep tegen de aangevallen uitspraak feitelijk nog kan bereiken.

mr. A.H.T. van Gijssel

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 18-11-2020

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2020:2877

Zaaknummer: 19/2998 WMO15

Rechters: D.S. de Vries, H. Benek en D. Hardonk-Prins

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Mantelzorg moet worden beoordeeld op basis van de Wmo 2015 en niet op basis van de Bor.

Het college dient een aanvraag in het kader van de Wmo 2015 te beoordelen aan de hand van het toetsingskader van de Wmo 2015 en kan niet, zonder verdere beoordeling, verwijzen naar de betekenis van het begrip mantelzorg in andere regelgeving.

Feiten

Eiser (geboren in 2001) is als gevolg van een stoornis in het autistisch spectrum beperkt zelfredzaam en heeft passende ondersteuning nodig om zich verder te ontwikkelen en zijn zelfredzaamheid en zelfstandigheid te vergroten. In 2019 is eiser 18 jaar geworden en valt hij niet langer onder de Jeugdwet. Vanuit de Jeugdwet had eiser een dubbele indicatie: namelijk individuele begeleiding door een professional en individuele begeleiding door de vader. Zijn ouders hebben gevraagd om voortzetting van de individuele begeleiding aan hun zoon op grond van de Wmo 2015.

Eiser woont sinds september 2018 in de voormalige garage van de woning van zijn ouders. De garage is door eisers ouders vergunningsvrij omgebouwd tot mantelzorgwoning op grond van het bepaalde in bijlage II van het Besluit omgevingsrecht (Bor). Het college heeft aan de mantelzorgwoning een huisnummer en adres toegekend. Eiser kan in de mantelzorgwoning 'zelfstandig' wonen met ondersteuning van de ouders. Die ondersteuning bestaat uit hulp bij financiën, inname van medicatie, koken van maaltijden, aansturen en aanleren van huishoudelijke vaardigheden en ondersteuning in situaties die eiser niet overziet. Dit om de zelfstandigheid van eiser te vergroten.

Het college heeft op de aanvragen om de maatwerkvoorzieningen in de vorm van pgb's voor individuele begeleiding door de professional en de vader besloten dat de ondersteuning door zijn vader dient te worden aangemerkt als mantelzorg. De ondersteuning zal daarom vanwege de overgang van de Jeugdwet naar de Wmo 2015 gedurende zes maanden moeten worden afgebouwd van dertien uur naar uiteindelijk nul uur.

Eiser kan zich hiermee niet verenigen. Eiser stelt zich in de beroepsprocedure op het standpunt dat het college ten onrechte consequenties verbindt aan de besluitvorming in het kader van het omgevingsrecht. Het enkele feit dat op enig moment een mantelzorgwoning is gebouwd onder toepassing van het Bor, betekent volgens eiser niet dat daarmee het recht op een maatwerkvoorziening wordt opgegeven.

Oordeel

De rechtbank oordeelt dat de beoordeling van de aanvraag van eiser niet heeft plaatsgevonden volgens het stappenplan (zie de uitspraak van de CRvB van 21 maart 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:819). Dat in het kader van het omgevingsrecht een vergunningsvrije verbouwing van een garage heeft plaatsgevonden, acht de rechtbank onvoldoende rechtvaardiging om, zoals het college heeft gedaan, op voorhand en zonder enig onderzoek, vast te stellen dat op basis van de laatste stap tot geen andere conclusie kan worden gekomen dan dat sprake is van mantelzorg. Daarbij is van belang dat de vader van eiser heeft aangegeven dat hij de zorg tegen betaling wenst te verrichten. Uit vaste jurisprudentie van de CRvB blijkt dat niet kan worden gesproken van mantelzorg als de zorgverlener voor zijn diensten een betaling verlangt (25 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4317).

Ook volgt de rechtbank verweerder niet in de gestelde koppeling tussen de begrippen mantelzorg in de Wmo en in het Bor. Dat een woning op grond van het Bor vergunningsvrij kon worden gerealiseerd omdat daarbij is aangegeven dat die is bedoeld voor mantelzorg, betekent naar het oordeel van de rechtbank niet zonder meer dat daarom ook bij een aanvraag voor de Wmo 2015 moet worden aangenomen dat sprake is van mantelzorg. De definities van mantelzorg in het Bor en de Wmo 2015 zijn immers tot stand gekomen vanuit de achtergronden en de beleidskaders die gelden in het ruimtelijke domein respectievelijk het sociale domein. Hoewel uit de toelichting bij het Bor blijkt dat enige afstemming met de Wmo 2015 heeft plaatsgevonden bij het opstellen van de definitie, zijn juist de eigen achtergronden en beleidskaders bepalend geweest voor de inhoud van de definitie. Verweerder moet aanvragen op grond van het Bor en de Wmo 2015 steeds op hun eigen merites beoordelen aan de hand van de definities en het daarmee samenhangende toetsingskader uit de van toepassing zijnde regelgeving.

Het had dus op de weg van verweerder gelegen om het onderzoek volgens het stappenplan te verrichten. Nu het college dit heeft nagelaten is het besluit niet zorgvuldig voorbereid. De rechtbank verklaart daarmee de beroepen van eiser gegrond.

mr. A.H.T. van Gijssel

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 18-11-2020

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2020:5730

Zaaknummer: 19/2815 en 20/476

Rechters: R.H. van Marle, J.L.M. Dohmen en R.A. de Wit

Advocaten: M.F. Vermaat, N. Tielen en I. Sangster

Wetsartikelen:

RECHTSPRAAK

Inwonende thuishulp; oproepkracht/arbeidsovereenkomst.

Er was sprake van een arbeidsovereenkomst (en niet van een oproepovereenkomst), als gevolg waarvan werkneemster (ook) aanspraak maakt op loon gedurende haar aanwezigheidsdiensten.

Feiten

Bij een ongeluk enige jaren geleden is X verlamd geraakt. Sindsdien heeft hij 24 uur per dag verzorging nodig. Om de benodigde verpleging en verzorging van hun vader X te regelen hebben zijn beide kinderen de Stichting opgericht. Werkneemster is in dienst van de Stichting getreden en heeft werkzaamheden in de huishouding en verzorging van X verricht. Daartoe kwam zij bij hem in huis wonen, waar zij een kamer betrok.

Op 17 juli 2016 hebben partijen een 'Arbeidsovereenkomst oproepcontract voor bepaalde tijd', getekend, aangegaan voor een periode van 29 juni 2016 tot en met 28 juni 2017. Vervolgens is deze arbeidsovereenkomst verlengd van 1 augustus 2017 tot en met 31 mei 2018.

Behoudens in de maanden juli 2016, juni en juli 2017, waarin werkneemster vakantie opnam en de verzorging door een ander werd gedaan, heeft zij dagelijks, zeven dagen per week, van 12.00 tot 22.00 uur werkzaamheden verricht en was zij daarnaast elke dag van 22.00 tot 09.00 uur oproepbaar. Werkneemster ontving € 2.100 netto per maand aan loon, inclusief vakantiebijslag en -dagen.

Bij brief van 9 februari 2018 is namens de Stichting aan werkneemster meegedeeld dat per 18 februari 2018 geen gebruik meer zou worden gemaakt van haar oproepdiensten en dat haar contract tegen 31 mei 2018 zou worden opgezegd. Als reden daarvoor zijn genoemd de verslechterde onderlinge verstandhouding met X en de kwaliteit van de verrichte werkzaamheden. In genoemde brief is werkneemster verder te kennen gegeven dat zij met ingang van 18 februari 2018 geen gebruik meer zou kunnen maken van haar kamer alsmede dat de Stichting haar gebruikelijke salaris zou doorbetalen tot 1 april 2018.

Vordering

Werkneemster heeft in eerste aanleg – samengevat – gevorderd dat de Stichting wordt veroordeeld tot betaling van achterstallig loon. Aan haar vordering heeft werkneemster ten grondslag gelegd dat geen sprake is van een oproepcontract, maar van een (gewone) arbeidsovereenkomst tot 31 mei 2018. De Stichting heeft het salaris over de laatste twee maanden ten onrechte niet betaald. Over de vakantiemaanden juli 2016 en juni en juli 2017 heeft de Stichting ten onrechte geen salaris betaald. In de periode van juli 2016 tot en met januari 2018 heeft de Stichting ten onrechte geen salaris betaald voor de uren die werkneemster tussen 22.00 en 09.00 uur heeft gewerkt, althans voor de uren waarin zij zich daarvoor beschikbaar moest houden. De kantonrechter heeft haar in het gelijk gesteld. De Stichting is hiertegen in beroep gegaan.

Oordeel hof

X had 24 uur per dag verzorging nodig, voldoende is gebleken dat de voortdurende aanwezigheid van werkneemster was vereist. Van oproepingen om te komen werken – kenmerkend voor een oproepcontract – is feitelijk nooit sprake geweest.

De Stichting is in beginsel als werkgever te beschouwen. Bijzondere omstandigheden kunnen rechtvaardigen dat een derde als werkgever moet worden aangemerkt. De Stichting heeft er in dit verband op gewezen dat X feitelijk, door zijn fysieke en psychische gesteldheid, niet de functie van werkgever kon vervullen en dat alleen daarom ervoor is gekozen de Stichting als werkgever aan te merken alsmede dat werkneemster werd betaald vanuit zijn PGB. Deze omstandigheden duiden er evenwel niet op dat X feitelijk of formeel werkgever is geweest.

Dat de arbeidsovereenkomst was gericht op de persoonlijke zorg voor X brengt niet mee dat op grond daarvan de arbeidsovereenkomst tussen X en de Stichting van rechtswege eindigt bij het overlijden van X. Het hof merkt daarbij op dat in de arbeidsovereenkomst, die speciaal voor dit doel is opgemaakt, geen ontbindende voorwaarde van dien aard is opgenomen.

Uit de overgelegde stukken blijkt verder genoegzaam dat werkneemster wel degelijk van 22.00 tot 9.00 uur aanwezig diende te zijn, dat ook was en zich beschikbaar heeft gehouden om te reageren op hulpoproepen van X. Het betoog van de Stichting dat de uren die werkneemster aanwezig diende te zijn en in die tijd eventueel gewerkte extra uren, reeds zijn inbegrepen in de gestelde all-in-vergoeding ziet eraan voorbij dat werkgever en werknemer over de wijze waarop een aanwezigheidsvergoeding wordt verloond, transparante afspraken dienen te maken. Daar komt bij dat de Stichting tevens betoogt dat voor elke nacht aanwezigheid één uur loon werd betaald. Dat een dergelijke afspraak is gemaakt tussen partijen blijkt niet uit de arbeidsovereenkomst. Er zijn ook geen andere feiten en omstandigheden gesteld waaruit blijkt dat partijen deze afspraak hebben gemaakt.

Het vonnis van de kantonrechter wordt bekrachtigd.

mr. M.A. Goldschmidt

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-11-2020

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2020:9450

Zaaknummer: 200.252.221

Rechters: M.A.M. Vaessen, P.P.M. Rousseau en A. van Zanten-Baris

Advocaten: A.P. Macro en S. Gadellaa

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:625 BW

RECHTSPRAAK

Hoge Raad: anticipatie op wijziging artikel 26 lid 7 WZD is niet mogelijk. Medische verklaring mocht niet worden afgegeven door aan de zorgaanbieder van de accommodatie verbonden psychiater.

Hoge Raad: anticipatie op wijziging artikel 26 lid 7 WZD is niet mogelijk. Medische verklaring mocht niet worden afgegeven door aan de zorgaanbieder van de accommodatie verbonden psychiater.

Feiten

Voor betrokkene werd op grond van artikel 24 WZD een verzoek voor een machtiging tot voortgezet verblijf van betrokkene in een accommodatie voor de duur van twee jaar ingediend. Bij het verzoekschrift was onder meer een medische verklaring gevoegd, die was opgesteld door een psychiater. Namens betrokkene werd primair het verweer gevoerd dat de medische verklaring was opgesteld door een psychiater die verbonden was aan de zorgaanbieder van de accommodatie waarin betrokkene al verbleef, hetgeen in strijd is met artikel 26 lid 7 (oud) WZD.

De rechtbank verleende de verzochte machtiging. Daartoe overwoog de rechtbank dat het verweer van de advocaat tegen de medische verklaring juist was, maar dat dit slechts formeel was aangevoerd en niet inhoudelijk was onderbouwd of gemotiveerd. Niet gesteld of gebleken was volgens de rechtbank dat de psychiater die de medische verklaring had afgegeven niet onafhankelijk tot zijn oordeel had kunnen komen. Daarbij woog de rechtbank mee dat niet betwist was dat de psychiater niet bij de behandeling van betrokkene betrokken was. Verder was volgens de rechtbank ook niet gesteld of gebleken dat en waarom het gegeven medisch oordeel niet juist zou zijn. Noch was gesteld of gebleken dat en waarom een andere arts of psychiater tot een (geheel) andersluidende diagnose zou komen. Ten slotte betrok de rechtbank een (destijds) recente publicatie op www.dwangindezorg.nl, waaruit bleek dat 'reparatie-wetgeving' in voorbereiding was, waarmee de formele eis van artikel 26 lid 7 WZD zou komen te vervallen.

Betrokkene stelde beroep in cassatie tegen de beslissing van de rechtbank in.

In cassatie voerde betrokkene opnieuw aan dat de medische verklaring niet voldeed aan de eisen van artikel 26 lid 7 (oud) WZD, nu die verklaring was verstrekt door een psychiater die is verbonden aan de zorgaanbieder van de accommodatie waarin betrokkene al verbleef.

Betrokkene stelde dat het verlenen van de machtiging in strijd was met artikel 15 lid 1 aanhef en onder e EVRM en artikel 15 Grondwet, op grond waarvan niemand van zijn vrijheid mag worden beroofd buiten de gevallen bij of krachtens de wet voorzien.

Oordeel

De Hoge Raad stelde allereerst vast dat op het tijdstip waarop de rechtbank haar in cassatie bestreden beschikking gaf, artikel 26 lid 7 WZD nog bepaalde dat de medische verklaring van een cliënt die al in een accommodatie verblijft, niet kan worden verstrekt door een arts die verbonden is aan de desbetreffende zorgaanbieder. Dit vereiste is met ingang van 31 oktober 2020 vervallen.

Vervolgens stelde de Hoge Raad vast dat het een grondrecht is dat niemand zijn vrijheid mag worden ontnomen buiten de gevallen bij of krachtens de wet bepaald (art. 5 lid 1, aanhef en onder e, EVRM en art. 15 lid 1 Grondwet). Dat het bepaalde in artikel 26 lid 7 WZD inmiddels is vervallen, is volgens de Hoge Raad onvoldoende om te oordelen dat al voor 31 oktober 2020 een rechterlijke machtiging tot opname en verblijf in een accommodatie op de voet van de WZD kon worden verleend met gebruikmaking van een medische verklaring die is verstrekt door een arts die verbonden is aan de zorgaanbieder van de accommodatie waarin de betrokkene al verblijft. Daarbij betrok de Hoge Raad ook dat aan de wijziging van artikel 26 WZD geen terugwerkende kracht is verleend.

Het cassatieberoep van betrokkene slaagde en de zaak werd terugverwezen naar de rechtbank ter verdere behandeling en beslissing.

mr. S.M. Steen

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 27-11-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:1891

Zaaknummer: 20/02085

Rechters: M.V. Polak, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff en F.J.P. Lock

Advocaten: G.E.M. Later en M.M. van Asperen

Wetsartikelen: 24 WZD, 26 WZD en

ANNOTATIE

Patiëntenbelang of werknemersbelang; een niet bestaand dilemma.

mr. M.A. Goldschmidt

Inleiding

‘Nabestaanden en patiënten laten het er niet bij zitten dat oncoloog Radboudumc niet ontslagen mag worden’[1], ‘Nijmeegse oncoloog maakte ernstige fouten bij 45 patiënten’[2], ‘Verkeerde keuze bij chemo’[3].

De uitingen in de media liegen er niet om en schetsen een beeld van een totaal onverantwoordelijke arts, die vele medische missers op haar naam heeft staan. Terwijl wat mij betreft de volgende overweging van het hof de zaak in de kern goed samenvat: *‘De druk is echter grotendeels op het conto van Radboudumc te schrijven, die de ontstane problemen en kritiek te snel heeft laten escaleren in een non actiefstelling, ontbindingsverzoek en communicatie daarover met de buitenwacht (met alle gevolgen voor werkneemster van dien) zonder een echt verbetertraject in te zetten.’*

Wat is er aan de hand? Een werkneemster, vanaf 2012 werkzaam als oncoloog in het Radboud Universitair Medisch Centrum (Radboudumc) krijgt op 20 juni 2019 van haar werkgever te horen dat zij onvoldoende functioneert. Nog geen twee maanden later wordt de conclusie getrokken dat de arbeidsovereenkomst met werkneemster moet worden beëindigd en nog een maand later wordt een ontbindingsverzoek ingediend door het Radboudumc. Dit verzoek wordt afgewezen door de kantonrechter en het Radboudumc gaat in hoger beroep. Ook in hoger beroep wordt het verzoek afgewezen.[4]

Ik zal hieronder eerst nog wat uitgebreider ingaan op de feiten – voor zover relevant (en dit zijn er nogal wat) – en het oordeel van het hof en vervolgens eindigen met een conclusie. Waarbij ik alvast verklap dat de zaak vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt minder stof doet opwaaien dan de berichten uit de media doen vermoeden.

Feiten

Werkneemster is in 2012 in dienst getreden bij het Radboudumc, als Academisch Medisch Specialist (staflid van de afdeling medische oncologie). Op een e-mailconversatie (tussen werkneemster, het voormalige afdelingshoofd en een HR-medewerkster) na over het niet ingeschreven staan bij het RGS-register (Registratiecommissie Geneeskundig Specialisten), zijn er tot begin 2019 geen noemenswaardige op- of aanmerkingen op het functioneren van werkneemster geweest.

Tot begin 2019 heeft werkneemster steeds goede beoordelingen ontvangen. Vanaf 1 februari 2019 komt er een nieuw afdelingshoofd op de afdeling medische oncologie, een voormalig directe collega van werkneemster. Het nieuwe afdelingshoofd voert reguliere jaargesprekken met alle stafleden en zo ook met werkneemster. In een tweetal gesprekken (op 15 februari en 6 maart 2019) zijn zaken naar voren gekomen die verbetering behoeven. Een maand na het tweede gesprek, op 9 april 2019, ontvangt het afdelingshoofd een klacht van een huisarts over werkneemster. Uit de in het geding gebrachte stukken volgt niet dat deze klacht met werkneemster is besproken.

Op 5 juni 2019 vindt er wederom een gesprek plaats tussen werkneemster, het afdelingshoofd en de bedrijfsleider, in welk gesprek een aantal afspraken wordt vastgelegd. Kort samengevat komt het erop neer dat werkneemster voor 20 juni 2019 de zogenoemde *inbasket* (de persoonlijke inbox van een Radboudumc-medewerker, waarin onder meer een uitwisseling van medisch relevante berichten plaatsvindt, zoals uitslagen van onderzoeken, planningen, berichten van patiënten of collega-artsen) opruimt, elke patiënt evenveel aandacht geeft, dat klachten hierover direct met werkneemster worden besproken, dat overleg plaatsvindt over hoe spreekuren eruitzien en dat werkneemster zal worden ingezet als academische patiëntendokter.

Vervolgens vindt er op 20 juni 2019 een vervolgesprek plaats, in welk gesprek werkneemster wordt meegedeeld dat er een viertal voorbeelden is ontvangen met betrekking tot patiëntenzorg waar werkneemster verantwoordelijk voor was en waar zij inadequaat heeft gehandeld. Het gaat daarbij om een labcontrole die niet heeft plaatsgevonden, een afwijking van het studieprotocol, een klacht van een verpleegkundige die zich niet serieus behandeld voelde door werkneemster en een doorzending van een patiënt naar de afdeling zonder gebruikelijke mondelinge overdracht. Een en ander, zo staat in het e-mailbericht, vormt aanleiding voor de afdelingsleiding om in overleg met HR een traject op te starten om het functioneren objectief en onafhankelijk te toetsen om tot concrete verbeterdoelstellingen te komen waarbij werkneemster ondersteuning zal ontvangen die gefaciliteerd wordt door de afdeling.

Kort daarna, op 4 juli 2019 is het vermeende disfunctioneren gemeld bij de Commissie

Onderzoek. In de brief van het afdelingshoofd aan de Commissie Onderzoek wordt kenbaar gemaakt dat hij sinds mei 2019 in gesprek is met werkneemster over haar functioneren als medisch specialist en dat ondanks gemaakte afspraken men klachten over haar functioneren blijft ontvangen. De volgende voorbeelden worden gegeven:

p style="margin-left:40px; margin-right:66px">>- *incorrecte en/of onvolledige medische statusvoering waardoor patiënten inadequate zorg ontvangen of het risico bestond op het niet ontvangen van adequate zorg;*

p style="margin-left:40px; margin-right:66px">>- *niet naleven van protocollen (en afwijkingen van protocollen die niet zijn gedocumenteerd);*

p style="margin-left:40px; margin-right:66px">>- *uitvoering van neventaken (geen prioriteit geven een taken rondom BEACON);*

p style="margin-left:40px; margin-right:66px">>- *professionele beroepshouding (klachten van patiënten, mede stafleden en een huisarts over het gebrek aan aandacht en niet nakomen van afspraken),*

p style="margin-left:40px; margin-right:66px">>- *klachten m.b.t. (inter)professionele samenwerking (verpleegkundige die zich niet serieus genomen voelt en dit aangeeft, maar waarop een adequate reactie uitblijft ook niet na aanvullende aansprongen). De afdelingsleiding vraagt de commissie een onafhankelijk en objectief onderzoek in te stellen naar het functioneren van [verweerster] als medisch specialist.'*

De Commissie Onderzoek heeft in het kader van het onderzoek op 16 augustus 2019 gesproken met het afdelingshoofd (als melder) en op 29 augustus 2019 met werkneemster. Werkneemster stelt voorafgaand aan het gesprek dat zij zich niet goed heeft kunnen voorbereiden omdat zij geen toegang bleek te hebben tot het bedrijfsprocessensysteem van het Radboudumc EPIC (waarin de *inbasket* en patiëntendossiers zijn te raadplegen) en voorafgaand aan de zitting gedurende een uur in haar mailbox heeft mogen kijken, maar niet in EPIC – zij is eerder al voorlopig op non-actief gesteld vanwege haar 'niet-registratie' als internist in (een deel van) 2017/2018.

Op 4 september 2019 heeft er nog een hoorzitting plaatsgevonden in het kader van de op non-actiefstelling. Op 11 september 2019 volgt een brief waaruit volgt dat de op non-actiefstelling wordt gehandhaafd in afwachting van het te geven advies van de Commissie Onderzoek. Het rapport en advies van de Commissie Onderzoek volgt op 12 september 2019. Op de laatste pagina van dit 'rapport en advies' staat onder het kopje 'Advies' het volgende:

De commissie adviseert dat er sprake is van disfunctioneren en neemt conform artikel 12, tweede lid van de Regeling de vrijheid om te adviseren over een verbetertraject. De commissie meent dat er in het disfunctioneren enkele elementen zijn die coachbaar zouden kunnen zijn maar adviseert daarover negatief gezien het structurele karakter van het disfunctioneren en de niet coachbare onderdelen daarvan.'

Onder het kopje 'bevindingen' is onder meer het volgende opgenomen:

Het bespreken van deze problematiek en het beperken van de focus tot patiëntenzorg leidde in de ogen van mevrouw [het afdelingshoofd] niet tot de gewenste verbetering. Sterker nog ook tijdens dit traject bleven klachten komen en werden nieuwe voorvallen zichtbaar.'

Volgens de Commissie Onderzoek is op onderdelen sprake van disfunctioneren. De Commissie Onderzoek schrijft dat zij zich niet aan de indruk kan onttrekken dat er onverantwoorde elementen aanwezig zijn geweest en dat er patiëntveiligheidsissues aan de orde zijn geweest. De Commissie Onderzoek haalt als zwaarwegende redenen het voorbeeld van het niet prikken van de labwaarden van een patiënt aan, de klacht van de huisarts en de administratievoering. Zij geeft verder aan dat zij in het gesprek met werkneemster heeft ervaren dat werkneemster de voorbeelden kleiner probeert te maken. Er is volgens de Commissie Onderzoek sprake van een patroon van weinig reflectie, ontwijkend gedrag, een mate van laksheid, onzorgvuldigheid of ontkenning van (de ernst van) problemen met een structureel karakter.

Hierop informeert het afdelingshoofd werkneemster op 20 september 2019 dat op basis van het advies van de Commissie Onderzoek, de niet naleving van de registratieverplichtingen en nieuwe zaken die tijdens de op non-actiefstelling naar voren zijn gekomen, waaruit duidelijk is geworden dat werkneemster haar werk niet naar behoren heeft gedaan, in overleg met de raad van bestuur is besloten de arbeidsovereenkomst zo spoedig mogelijk te beëindigen. Daarnaast geeft zij in deze brief te kennen dat er een nader onderzoek verricht zal worden naar alle dossiers waarin werkneemster hoofdbehandelaar was vanaf 1 mei 2017. En verder stelt zij werkneemster ervan in kennis dat de patiënten waarvan zij hoofdbehandelaar was geïnformeerd zullen worden dat zij niet meer werkzaam is bij Radboudumc, alsmede dat er een melding gedaan wordt bij de Inspectie voor Gezondheidszorg en Jeugd (hierna IGJ).

Het onderzoek naar alle dossiers van werkneemster zal worden uitgevoerd door vier senior stafleden van de afdeling waar werkneemster werkzaam is.

Nog voordat de ontbindingsprocedure daadwerkelijk in gang is gezet, heeft het afdelingshoofd op 23 september 2019 aan alle patiënten van werkneemster een brief gestuurd waarin zij hen

informeert dat werkneemster niet meer bij het Radboudumc werkzaam is. Pas ruim een maand later, op 25 oktober 2019, heeft het Radboudumc bij de kantonrechter een verzoekschrift strekkende tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend.

In reactie op een bericht van een patiënt heeft het Radboudumc (op 14 november 2019 – nog voordat de kantonrechter uitspraak had gedaan) als volgt gereageerd:

‘Wij kunnen ons goed voorstellen dat u geschrokken bent en het betreurt dat mevrouw [verweerder] niet langer uw hoofdbehandelaar is. Wij zijn blij dat u de behandeling als professioneel en kundig heeft ervaren. Helaas hebben wij moeten constateren dat dit bij andere patiënten niet altijd het geval is geweest. Aangezien al onze patiënten mogen verwachten dat er goede zorg wordt geleverd, heeft het afdelingshoofd, daarin gesteund door de Raad van Bestuur, het besluit moeten nemen afscheid te nemen van mevrouw werkneemster.’

Naar aanleiding van de analyse van 110 dossiers van werkneemster door de vier senior stafleden is als resultaat opgetekend dat van die 110 patiënten 51,8% (57 patiënten) goede zorg heeft gekregen, dat bij 30,9% (34 patiënten) de zorg tekort is geschoten, maar niet ernstig, dat bij 16,4% (18 patiënten) de zorg ernstig is tekort geschoten, waarbij sprake is van ernstige fouten, en dat er zich bij 0,9% (1 patiënt) een (mogelijke) calamiteit heeft voorgedaan. Volgens werkneemster is in de analyse van haar behandelingen een te rigide maatstaf gehanteerd, waarbij slechts naar richtlijnen is gekeken en geen rekening is gehouden met de wensen en belangen van de patiënt in kwestie.

Op 20 december 2019 heeft de kantonrechter het ontbindingsverzoek afgewezen.

In de maanden december 2019 en januari 2020 zijn 290 patiëntendossiers, waarbij werkneemster als behandelaar was betrokken, geanalyseerd, met aansluitend een beoordeling van deze resultaten door de externe deskundige prof. dr. [K], emeritus hoogleraar en buiten het Radboudumc werkzaam als internist oncoloog. Uit het rapport blijkt dat de onderzoekers alle 290 patiëntendossiers hebben beoordeeld en ingedeeld in door hen gedefinieerde vier categorieën te weten 1) goede zorg, 2) tekortgeschoten maar niet ernstig, 3) ernstig tekortgeschoten en 4) een mogelijke calamiteit. Volgens de stafleden en prof. [K] was bij 160 patiënten goede zorg verleend (categorie 1) en bij 130 patiënten niet (categorie 2, 3 en 4).

In reactie hierop heeft werkneemster een deskundigenonderzoek laten verrichten door prof. dr. [L], hoogleraar oncologische epidemiologie aan het UMC Groningen. Prof. [L] meent dat de twee door het Radboudumc gedane onderzoeken van onvoldoende kwaliteit zijn, onder meer omdat de norm voor een goed functionerend medisch specialist/internist-oncoloog van de afdeling Medische Oncologie van het Radboudumc niet is gedefinieerd, onduidelijk is met

welke data is gewerkt en hoe het beoordelingsproces was ingericht, er geen geblindeerde beoordeling van onderzoeksdata heeft plaatsgevonden en geen referentiegroep is gedefinieerd.

Oordeel hof

Het hof bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter en oordeelt dat ten aanzien van alle drie de aangevoerde gronden geen sprake is van een redelijke voldragen grond:

‘verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer (de e-grond)’:

p style="margin-left:48px">Werkneemster mocht erop vertrouwen dat er geen consequenties meer werden verbonden aan de kwestie inzake de ontbrekende (her)registratie, nu het Radboudumc hier geruime tijd vanaf wist en niets mee heeft gedaan.

p style="margin-left:48px">De onderzoeken naar de patiëntendossiers maken onvoldoende aannemelijk dat sprake is van toerekenbare verwijtbaarheid (schuld) van de medisch specialist.

‘ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid (de d-grond)’:

p style="margin-left:48px">Het Radboudumc dient, als goed werkgever, naast het belang van zijn patiënten ook het belang van zijn werknemers in het oog te houden. Dit geldt óók als het gaat om werknemers die niet voldoende zouden functioneren. Het Radboudumc had werknemer dan ook de gelegenheid moeten bieden haar functioneren te verbeteren.

p style="margin-left:48px">Hoewel een werkgever met betrekking tot de vraag of sprake is van (on)geschiktheid van een werknemer een redelijke beoordelingsruimte heeft, heeft hij géén onbegrensde vrijheid om zelf te beoordelen of een werknemer nog een kans moet krijgen om het functioneren te verbeteren. Het Radboudumc had niet enkel mogen afgaan op het oordeel van de Commissie Onderzoek (in dit geval het oordeel ‘dat een verbetertraject geen zin heeft’). Temeer, nu het oordeel van de Commissie Onderzoek voor een belangrijk deel was gebaseerd op de informatie van het afdelingshoofd, en daarmee dus van het Radboudumc zelf.

Ontbindingsgrond ‘een verstoorde arbeidsverhouding (de g-grond)’:

p style="margin-left:48px">Het Radboudumc heeft er zelf aan bijgedragen dat de verhoudingen tussen partijen (ernstig) onder druk zijn komen te staan. Het heeft de ontstane

problemen –(premature) communicatie met de buitenwereld, onder andere over het einde van het dienstverband met de medisch specialist – te snel laten escaleren.

Conclusie

Vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt is het oordeel van het hof in mijn ogen niet zo verrassend. Ten aanzien van zowel de d-, e,- als de g-grond is geen sprake van een voldragen grond. Vanaf de invoering van de WAB bestaat de cumulatiegrond (de i-grond), op grond waarvan een combinatie van twee of meer ontslaggronden (met uitzondering van de a- en b-grond) mogelijk is. Het toepassen van de i-grond was (ook in hoger beroep) echter niet mogelijk voor het Radboudumc, nu de procedure in eerste aanleg reeds was gestart voor 1 januari 2020 (en daarmee voor inwerkingtreding van de WAB). Al betwijfel ik of een beroep op de i-grond tot een andere uitkomst had geleid.

Met name de timing van het Radboudumc lijkt ervoor te hebben gezorgd dat zijn beroep is afgewezen. Het Radboudumc lijkt één en ander in de verkeerde volgorde te hebben uitgevoerd:

geruime tijd geen consequenties verbinden aan de niet-registratie, dan in het licht van een ontbindingsprocedure overgaan tot een op non-actiefstelling vanwege deze niet-registratie; eerst patiënten informeren, dan pas ontbindingsprocedure starten; en eerst werkneemster informeren een beëindiging na te streven (in welke procedure waarde wordt gehecht aan de onderzoeken naar de dossiers), daarna pas daadwerkelijk onderzoek doen naar de dossiers.

Daarnaast wordt het het Radboudumc verweten dat hij werkneemster niet de mogelijkheid heeft geboden haar functioneren te verbeteren. Deze uitspraak bevestigt maar weer eens dat het in geval van disfunctioneren van belang is de werknemer in staat te stellen het functioneren te verbeteren. Een enkele verwijzing naar de patiëntveiligheid of naar de Commissie Onderzoek volstaat niet.

Het Radboudumc stelt in dat kader, kort gezegd, dat hij een keuze moet maken tussen het te werk stellen van een slechte arts of het kiezen voor patiëntveiligheid. In dit – volgens het hof niet bestaand dilemma – moet hij een belangenafweging maken tussen het belang van zijn werknemers en het belang van de patiënten. Het Radboudumc lijkt – niet geheel onbegrijpelijk – het belang van zijn patiënten (te makkelijk) te laten prevaleren. Hij lijkt daarin ook te ver te zijn doorgeslagen bij het informeren van de patiënten, nu deze mededeling ruim voor de start van het ontbindingsverzoek is gedaan. Op dat moment was dus nog geen afscheid genomen van werkneemster. Het is de vraag waarom het Radboudumc

opeens zoveel haast met deze mededeling had, aangezien werkneemster op dat moment al geruime tijd geen werkzaamheden verrichtte, vanwege haar op non-actiefstelling. Het belang van haar werkneemster lijkt het Radboudumc dan ook helemaal uit het oog te zijn verloren.

Tot slot heeft het niet geholpen dat het Radboudumc pas in de periode dat hij in hoger beroep is gegaan tegen de beschikking van de kantonrechter, een volledig onderzoek heeft gedaan naar de patiëntendossiers van werkneemster. Het hof oordeelt weliswaar dat hij de uitkomst van dit onderzoek meeweegt in zijn oordeel, nu sprake is van een ex nunc beoordeling – de mogelijkheid tot een hoger beroep is er onder meer om de fouten (ook de eigen fouten) uit de eerste aanleg te herstellen – maar de uitkomst van dit onderzoek kan niet gelden als argumentatie dat sprake is van onvoldoende functioneren. Op het moment dat werkneemster werd gemeld dat zij onvoldoende functioneerde en er afscheid van haar zou worden genomen, was de uitkomst van het onderzoek er immers nog niet. Indien uit het onderzoek naar voren was gekomen dat sprake was van ernstig verwijtbaar handelen (bijvoorbeeld vanwege medische fouten), had dit anders gelegen.

Helaas kan niet anders dan geconcludeerd worden dan dat deze zaak alleen maar verliezers kent: het Radboudumc, de werkneemster, zelfs de rechters die door dubieuze sites op ‘de zwarte lijst’ worden gezet en niet in de laatste plaats de nabestaanden en patiënten. Ik begrijp dat inmiddels tientallen nabestaanden werkneemster/het Radboudumc aansprakelijk hebben gesteld. Het is de vraag in welke mate de (op zijn minst voorbarige) berichtgeving vanuit het Radboudumc hieraan (in negatieve zin) heeft bijgedragen.

mr. M.A. Goldschmidt

[1] <https://www.nporadio1.nl/gezondheid/26643-nabestaanden-en-patienten-laten-het-er-niet-bij-zitten-dat-oncoloog-radboudumc-niet-ontslagen-mag-worden>.

[2] <https://www.skipt.nl/nieuws/nijmeegse-oncoloog-maakte-ernstige-fouten-bij-45-patienten/>.

[3] <https://www.gelderlander.nl/nijmegen/rechtszaak-medisch-oncoloog-ik-hoor-vandaag-pas-dat-er-al-sinds-2012-over-mij-wordt-geklaagd-br~a83ab3a2/>.

[4] ECLI:NL:GHARL:2020:7315, GZR 2020-0305.