

ANNOTATIE

De huisarts en de overtidpil.

mr. M.F. van der Mersch

Annotatie bij Gerechtshof Den Haag, 12-02-2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:211 (PS-2019-0345, GZR-2019-0046)

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 overtidpil 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.