

ANNOTATIE

# **Het strafrecht en het tuchtrecht: twee (stief)zusjes die ieder hun eigen weg gaan. De uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d. 11 juli 2019, GZR 2020-0001; ECLI:NL:GHSHE:2019:2406, in het licht van de onderlinge omgang, de positie van het strafrecht en het gebruik van een calamiteitenrapportage in het strafrecht.**

*mr. J.F.M. Wasser*

*Annotatie bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 11-07-2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:2406 (GZR-2020-0001)*

## **Inleiding**

Het sprookje van Assepoester is wereldwijd bekend en wordt 'geframed' als zoete wraak door c.q. gerechtigheid voor een stiefkind na onaanvaardbaar optreden van haar stiefmoeder. De rol van de stiefzusjes wordt daarbij vaak minder belicht – kennelijk omdat hun gedrag minder aanstootgevend wordt gevonden, dan wel omdat aan die onderlinge vijandigheid minder betekenis wordt gehecht.

Zo gaat het soms ook tussen de tuchtrechter en de strafrechter. Zij kunnen – als (stief)zusjes binnen het wettelijk geregeld 'reactiestelsel' of zo men wil 'sanctiestelsel' – soms ook

afwijkende standpunten innemen en soms zelfs wat scherp in elkaars richting reageren. Dat geldt zowel bij toepassing van het verenigingstuchtrecht als het daarvan te onderscheiden wettelijk tuchtrecht voor artsen, advocaten en accountants. Ten aanzien van die beroepsgroepen heeft de wetgever het noodzakelijk gevonden om – met alle vrijheid en autonomie voor wat betreft het vaststellen en handhaven van de beroepsnormen – dit tuchtrecht (net als het strafrecht) bij wet te regelen.[1] Die afwijkende opvattingen laten zich wellicht verklaren door het feit dat beide zusjes een deels andere herkomst hebben (waardoor ze meer op stiefzusjes lijken) en zij ook andere doelen en/of belangen dienen. Dat geldt nog eens te meer, nu – zoals Herregodts in haar dissertatie ‘Gemeenschappelijke normen voor vertrouwensberoepen’ al vaststelde – ook dat wettelijk geregeld tuchtrecht op zichzelf beschouwd al niet een eenduidig doel dient.[2] Waar het bij de accountants volgens haar meer gaat om het tegengaan van beïnvloeding door oneigenlijke belangen en bij de advocaten veelal om gedragingen onderling en binnen juridische procedures, is het medisch tuchtrecht juist – zo schrijft zij – sterk gefocust op vaktechnische kwaliteit, waarbij de lat hoog ligt en weinig ruimte lijkt voor optreden dat kwalitatief minder is dan de regelen der kunst. De medische tuchtrechter beperkt zich daarbij niet tot de constatering dat is gehandeld in strijd met de norm, maar zoekt ook (meer dan bij het accountants- en advocatentuchtrecht) naar de achtergronden van de normschending.[3] Bij het strafrecht gaat het echter niet (primair) om de bevordering van de kwaliteit van de beroepsgroep, maar om leedtoevoeging na een beoordeling van (doorgaans méér concreet uitgewerkte) en doorgaans negatief geformuleerde verplichtingen ten aanzien van maatschappelijk niet aanvaarde gedragingen, zij het dat bij schendingen door artsen van artikel 307 Sr (dood door schuld) of 308 Sr (zwaar lichamelijk letsel door schuld) aansluiting wordt gezocht bij de voor artsen geldende richtlijnen, protocollen en normen. Toch leidt dat niet altijd tot dezelfde opvattingen tussen tuchtrechter en strafrechter. Integendeel, dat kan leiden tot verschillende uitkomsten, die voor de leek niet altijd goed te volgen zijn.

### **Enkele verschillende opvattingen**

Een treffend voorbeeld daarvan is onder meer de door de Hoge Raad in stand gelaten vrijspraak door het Gerechtshof Arnhem van de Twentse neuroloog Janssen Steur.[4] Hoewel als gevolg van verjaring het recht tot strafvervolging voor de culpoze varianten was komen te vervallen en uitsluitend vervolging voor de opzetvarianten nog mogelijk was, blijft de vrijspraak toch wat merkwaardig aanvoelen. Waar het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Zwolle (RTG) sprak van een arts *‘die te snel en op dubieuze gronden tot een diagnose kwam met soms wel, soms niet eens bijpassende medicatie, waarbij hij geen twijfel kende en zijn oordeel niet of nauwelijks toetste, noch door aanvullend onderzoek noch door overleg met collega’s, terwijl hij signalen die hem op andere gedachten hadden moeten brengen*

*negeerde’ [5] en waarbij dossiervorming en follow-up beneden de maat waren, dit alles mogelijk samenhangend met medicatieverslaving, had het hof in de strafzaak ‘de verklaring van de verdachte, inhoudende – kort gezegd – dat hij te goeder trouw heeft gehandeld en niet opzettelijk verkeerde diagnoses heeft gesteld, niet ongeloofwaardig geacht en onder meer op grond van die verklaring geoordeeld dat de verdachte ten tijde van zijn handelen niet bewust de aanmerkelijke kans op letsel en/of benadeling van de gezondheid en op het in hulpeloze toestand brengen en/of laten heeft aanvaard, zodat het tenlastegelegde opzet niet bewezen kan worden verklaard.’[6]*

Gelet op de (ook toen) geldende rechtspraak rondom het voorwaardelijk opzet, had het hof echter ook tot een heel ander oordeel kunnen komen, de ‘bewijsnood’ als gevolg van de verjaarde culpoze varianten ten spijt.

Ook recent liet de Rechtbank Den Haag in de strafzaak tegen de specialist ouderengeneeskunde, die euthanasie toepaste bij een aan de ziekte van Alzheimer leidende patiënte, zich buitengemeen kritisch uit over het oordeel van de medische wereld en het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG). Waar het CTG weliswaar onderkende dat communicatie met de patiënte op cognitief niveau niet meer mogelijk was, maar dat dit feit de arts niet ontsloeg van ‘de verplichting om ten minste te proberen om met patiënte te praten over het concrete voornemen om haar leven te beëindigen en daarbij een slaapmiddel in haar koffie te doen’[7] kwam de Rechtbank Den Haag tot het oordeel dat het weliswaar vanuit een oogpunt van medische zorgvuldigheid wellicht aanbeveling verdiende om ‘zelfs met een persoon die daar de portee absoluut niet meer van kan inzien, te spreken over de actualiteit van zijn (...) stervenswens’ maar dat de rechtbank ‘de noodzaak daarvan echter niet (vermag) in te zien, laat staan dat daartoe een juridische plicht bestaat.’[8] Dit vonnis van de rechtbank is inmiddels voorgedragen voor cassatie in het belang der wet, waarbij P-G Silvis het oordeel van de rechtbank op dit punt overigens voor juist houdt.[9] Ook het oordeel van het CTG is onder meer om diezelfde reden voorgedragen voor cassatie in het belang der wet.[10]

### **Het oordeel van het hof ten aanzien van de inzet van strafrecht in medische zaken**

Thans naar de zaak waarop deze annotatie eigenlijk betrekking heeft. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch deed op 11 juli 2019 uitspraak in een (zoals helaas vaak in medische strafzaken) trieste zaak.[11] De feiten waren – kort gezegd – als volgt. Een 10-jarige jongen die in het ziekenhuis was opgenomen in verband met ernstige hoofdpijnklachten overleed twee dagen later als gevolg van een subduraal hematoom. Hoewel de kinderarts (basilaire) migraine vermoedde, liet zij op enig moment een CT-scan uitvoeren, waarbij het subduraal hematoom alsnog werd geconstateerd. Een spoedoperatie mocht niet baten. De jongen overleed later die dag. Naar het oordeel van het hof had de kinderarts te lang vastgehouden

aan de diagnose van (basilaire) migraine, ook toen de klachten niet langer bij die diagnose pasten, en had zij nagelaten tijdig nader onderzoek te doen c.q. een brede differentiaaldiagnose te stellen of collega's te raadplegen. De kinderarts werd uiteindelijk bestraft met een geldboete van € 2.500.

Het hof overwoog bij wege van inleidende opmerking dat het *'evident is dat artsen tijdens de uitoefening van hun beroep voortdurend beslissingen moeten nemen terwijl sprake is van meerdere onzekere factoren en (dat) het in beginsel ongewenst is aan de in dat kader genomen beslissingen strafrechtelijke consequenties te verbinden.* Hiermee lijkt het hof allereerst te willen waarschuwen voor (te) lichtvaardige vervolging van artsen en een strafrechtelijke reactie niet de eerst voor de hand liggende te vinden. Ik onderschrijf deze oproep. Immers, in een tijd waarin het strafrecht ook door de wetgever<sup>[12]</sup> steeds meer wordt gezien als een 'optimum remedium' en niet langer als een 'ultimum remedium' zou ik menen dat de inzet van het strafrecht nog steeds het karakter moet hebben van dat 'ultimum remedium' en dat dat 'ultimum-karakter' nog steeds een wezenlijk element is van optimale inzet van het strafrecht.

Het hof vervolgt echter: *'Het hof hecht er belang aan op te merken dat voorkomen moet worden dat artsen zich door de vrees voor strafrechtelijke vervolging niet meer vrij voelen te doen wat zij in het belang van hun patiënt achten.'* Deze zin kan ik in het licht van de voorgaande (en ook de daarop volgende overweging van het hof, waarover hieronder meer) niet volgen. Wat het hof hiermee bedoelt, is mij niet duidelijk. Bedoelt het hof hiermee te zeggen dat artsen mogelijk noodzakelijk medisch handelen achterwege zouden laten uit vrees voor strafrechtelijke vervolging? Dat zou inderdaad het paard achter de wagen spannen. Aan de andere kant, zou toch het bewust – zonder medische rechtvaardiging – nalaten van noodzakelijk medisch handelen juist een reden zijn voor een strafrechtelijke vervolging? Ik denk dat we aan deze overweging van het hof niet te veel zelfstandige betekenis moeten hechten, en dat deze overweging mogelijk een reactie is op het – aan het oog van de lezer van het arrest onttrokken – debat ter terechtzitting.

Dus snel naar het vervolg van de inleidende overwegingen van het hof. Het hof gaat verder. Na gewaarschuwd te hebben tegen lichtvaardige strafvervolging van artsen, overweegt het hof: *'Anderzijds kunnen zich omstandigheden voordoen, zoals de aard en de duur van het handelen van een arts, die strafrechtelijke bemoeienis met medisch handelen kunnen rechtvaardigen. In deze zaak gaat het om nalatig handelen gedurende een relatief lange periode, waarbij er allerlei signalen waren die vroegen om een actievere opstelling van de arts. Dit nalaten van handelen is bovendien door meerdere medisch deskundigen – unaniem en afzonderlijk – gekwalificeerd als handelen dat niet valt binnen de beroepsnorm van een redelijk bekwaam en redelijk handelend kinderarts, welk handelen bovendien in relatie staat tot het overlijden van [slachtoffer]. Onder die omstandigheden dient bezien te worden of verdachte daarvan een strafrechtelijk verwijt valt te maken. Dat de*

*Inspectie voor de Gezondheidszorg heeft besloten geen eigen onderzoek in te stellen of maatregelen te nemen naar aanleiding van het overlijden van [slachtoffer] zoals de verdediging heeft gesteld doet daaraan niet af, nu het Openbaar Ministerie op grond van artikel 167 lid 1 Sv de zelfstandige bevoegdheid toekomt te beslissen of naar aanleiding een ingesteld opsporingsonderzoek vervolging moet plaatsvinden. Het hof is derhalve van oordeel dat het Openbaar Ministerie ontvankelijk is in de strafvervolging.'*

Dat het OM niet gebonden wordt door het al dan niet handelen van de IGJ komt mij juridisch juist voor. Toch kan het niet anders zijn dan dat een eventueel gemotiveerd nalaten van optreden door de IGJ gevolgen kan hebben voor de strafzaak, al was het maar mogelijk voor de op te leggen straf. Het is echter met name de volgende opmerking van het hof, die mij 'triggert' en wel de opmerking dat – als sprake is van een overlijden en een nalatig handelen over een zekere periode, waarbij signalen zouden vragen om een meer actieve opstelling, en welk handelen door medisch deskundigen unaniem en afzonderlijk in strijd met de beroepsnorm wordt geacht, bezien 'dient (...) te worden of verdachte daarvan een strafrechtelijk verwijt valt te maken'. Het hof lijkt hiermee namelijk onder dergelijke omstandigheden imperatief een strafrechtelijke vervolging voor te schrijven, teneinde deze beoordeling mogelijk te maken. Ik zou menen dat dat te ver gaat.

### **Het gebruik van de calamiteitenrapportage voor de bewijsvoering**

Er is nog een andere bijzonderheid aan deze uitspraak. De bewezenverklaring van het hof berustte in belangrijke mate (er wordt maar liefst acht keer daarnaar verwezen) op bevindingen, zoals die naar voren kwamen in de calamiteitenrapportage. In het arrest van het hof worden deze bevindingen breed uitgemeten. Dat is opvallend, omdat het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) heel anders denkt over het gebruik van de calamiteitenrapportage. In de uitspraak van het CTG d.d. 20 maart 2018 maakt het CTG in een overweging ten overvloede (!), waardoor moet worden aangenomen dat het CTG een duidelijke norm heeft willen stellen, duidelijk dat het oordeel over de tuchtrechtelijke individuele verwijtbaarheid en de tuchtrechtelijk op te leggen maatregel niet in overwegende mate mag berusten op de calamiteitenrapportage.[13]

Het hof doet dat echter, zoals hiervoor aangegeven, in de strafzaak wel. De vraag rijst of die gang van zaken juist is. Ik zou menen van wel. Ik licht dat kort toe, in het licht van het wettelijk kader.

Artikel 9 lid 1 van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) verplicht zorgaanbieders, voor zover dit noodzakelijk is voor de goede werking van de systematische bewaking, beheersing en verbetering van de kwaliteit van zorg, intern gemelde *incidenten* op te

nemen in een register.[14] Een ‘incident’ is ‘*een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van de zorg, en heeft geleid, had kunnen leiden of zou kunnen leiden tot schade bij de cliënt.*’[15] De ‘incidentenmeldingsprocedure’ ex artikel 9 Wkkgz moet worden onderscheiden van de meldingsplicht ten aanzien van een calamiteit ex artikel 11 Wkkgz. Onder calamiteit wordt verstaan: ‘*een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van de zorg en die tot de dood van een cliënt of een ernstig schadelijk gevolg voor een cliënt heeft geleid.*’[16] Beide meldplichten kennen blijkens de wetsgeschiedenis een eigen doel. De meldplicht uit hoofde van artikel 9 Wkkgz heeft tot doel om het ‘*disfunctioneren van het kwaliteitssysteem op te sporen teneinde dat te kunnen verbeteren.* (...) *De verplichte melding van calamiteiten aan de IGZ [thans IGJ, JW] dient het handhavingbeleid van de IGZ en is daarmee van geheel andere aard dan het (...) bedoelde “veilig incident melden-systeem.”*’[17]

Een enkele medicatiefout is een incident dat intern moet worden gemeld om verbeteringen in het zorgproces aan te brengen en herhaling te voorkomen. Artikel 9 lid 6 Wkkgz bepaalt echter dat gegevens met betrekking tot een incident in beginsel (behoudens onder meer het geval van een calamiteit) niet in civielrechtelijke, bestuursrechtelijke of tuchtrechtelijke procedures als bewijs mogen worden gebruikt. Gebruik van dergelijke gegevens voor strafrechtelijk bewijs is daarentegen wél toegestaan, zij het alleen als deze gegevens ‘*redelijkerwijs niet op een andere manier kunnen worden verkregen.*’

Wat nu als het incident, de medicatiefout, tot de dood van een cliënt of een ernstig schadelijk gevolg voor een cliënt heeft geleid, en er daarmee niet langer sprake is van een incident maar (tevens) van een calamiteit in de zin van de Wkkgz? Het algehele verbod tot gebruik van gegevens uit het intern ‘VIM-register’ voor civiele, bestuursrechtelijke of tuchtrechtelijke procedures geldt niet voor gegevens met betrekking tot een calamiteit, en is dan ook niet meer van toepassing. Ook het zogeheten ‘voorwaardelijke verbod’ van gebruik voor strafrechtelijke doeleinden geldt dan niet; de voorwaarde dat de gegevens niet op een andere manier kunnen worden verkregen, geldt immers niet voor gegevens met betrekking tot calamiteiten. In zoverre is het gebruik van de calamiteitenrapportage door de strafrechter dan ook op het eerste gezicht in overeenstemming met de wet.

Toch oordeelde het CTG in de hiervoor genoemde uitspraak dat ook wanneer wél sprake is van een calamiteit, en dus de uitzondering zich voordoet op het algehele verbod tot gebruik in tuchtzaken, de gegevens met betrekking tot de interne melding *niet* zonder meer mogen worden gebruikt, maar dat ook in het geval van een calamiteit een belangenafweging moet plaatsvinden, waarbij ‘*het belang van de effectiviteit van het systeem van “veilig incident melden” zorgvuldig (dient) te worden afgewogen tegen het tuchtrechtelijk belang van toetsing van de beroepsuitoefening op het gebied van de individuele gezondheidszorg. De omstandigheid dat een*

*niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis tot de dood van een cliënt of tot ernstige schade heeft geleid, is in dat verband niet zonder meer redengevend voor het doorbreken van de bescherming van de melder. Bij die afweging zal met het oog op de tuchtrechtelijke toetsing van een calamiteit de individuele verwijtbaarheid van de beroepsbeoefenaar ten aanzien van de in het aanhangige geval eventueel tekortschietende kwaliteit van de zorg moeten worden betrokken. Indien bij de tuchtrechtelijke oordeelsvorming naar aanleiding van een gebeurtenis die als calamiteit kan worden aangemerkt, gebruik wordt gemaakt van een rapportage, dienen daarom ook het oordeel over de individuele verwijtbaarheid en de motivering van een eventuele maatregel niet in overwegende mate te berusten op de inhoud van een SIRE-rapportage.'*

Anders gezegd: het enkele feit dat een incident een calamiteit in de zin der wet oplevert, is voor het CTG niet zonder meer redengevend om de bescherming van de melder te doorbreken, en daarmee ook niet zonder meer redengevend om de effectiviteit van het VIM-systeem op het spel te zetten. De mate waarin de individuele zorgverlener een (tuchtrechtelijk) verwijt kan worden gemaakt kan dat echter anders maken. Dáárom mag volgens het CTG het oordeel over de tuchtrechtelijke individuele verwijtbaarheid en de tuchtrechtelijk op te leggen maatregel niet in overwegende mate berusten op de calamiteitenrapportage.

Dat lijkt het hof in deze zaak echter wel te doen. Het hof baseert zijn oordeel in belangrijke mate op gegevens uit de calamiteitenrapportage en wijkt daarmee af van het oordeel van het CTG. Uit het arrest blijkt ook niet dat het hof deze door het CTG genoemde belangen tegen elkaar heeft afgewogen.

Toch kan – ook bij nadere beschouwing – dit gebruik van de calamiteitenrapportage door de strafrechter de toets der kritiek doorstaan. Immers, artikel 11 Wkkgz stelt allereerst geen voorwaarden aan het gebruik van gegevens van calamiteitenrapportages, ook niet door de strafrechter. Bovendien maakt artikel 9 Wkkgz niet voor niets een onderscheid tussen gebruik van gegevens uit het incidentenregister voor tuchtrechtelijke doeleinden (kort gezegd: 'altijd verboden') en voor strafrechtelijke doeleinden (kort gezegd: 'toegestaan, mits'). Ten derde geldt dit algeheel respectievelijk voorwaardelijk verbod niet in het geval dat – zoals in casu – sprake is van een calamiteit in de zin van de Wkkgz.

Ten vierde stelt artikel 344 Sv (de VIM-gegevens en calamiteitenrapportages zijn allebei geschreven in de zin van art. 339 aanhef en onder 5 Sv) géén andere eisen dan dat deze alleen als bewijs kunnen gelden in verband met de inhoud van andere bewijsmiddelen, en wordt ook meer in het bijzonder niet de voorwaarde gesteld dat het hof blijk zou geven van een afweging van de in dezen betrokken belangen.

Tot slot gebruikt het hof, als ik het goed zie, de inhoud van de calamiteitenrapportage met name voor de vaststelling van de gebeurtenissen en niet (zozeer) voor de beoordeling van het handelen van de kinderarts. Die beoordeling berust – als ik het goed zie – niet (zozeer) op de inhoud van de calamiteitenrapportage maar vooral op de rapportages van deskundigen.

### **Uitleiding**

Zusjes en stiefzusjes komen – tenzij zij heftig gebrouilleerd zijn – doorgaans op elkaars verjaardagen. Daarmee geven zij uiting aan hun onderlinge band, welke zij door middel van kleine attenties en vriendelijke bewoordingen bevestigen.

Ik zou menen dat het goed zou zijn als tuchtrechter en strafrechter in medische aangelegenheden zich niet alleen bewust zijn van hun onderlinge verbondenheid, maar ook daaraan uiting geven. Dat betekent niet dat zij het per definitie met elkaar eens moeten zijn, maar wel dat zij uitleggen waarom zij in voorkomend geval tot een ander oordeel komen, daarmee zich niet alleen rekenschap gevend van het belang van het oordeel van de ander, maar ook daarmee het oordeel van de andere instantie recht doend. In zoverre zou het goed zijn geweest als het hof (eventueel ambtshalve) enige woorden had gewijd aan het gebruik van de calamiteitenrapportage en had laten blijken zich rekenschap te hebben gegeven van het precaire karakter van de beschikbare gegevens in het licht van het oordeel van het CTG.

*mr. J.F.M. Wasser*

### **Noten**

[1] *Kamerstukken II 2007/08*, 29279, nr. 61, p. 3.

[2] R.L. Herregodts, 'Gemeenschappelijke normen voor vertrouwensberoepen; tuchtrechtelijke uitspraken over de tuchtnormen voor accountants, advocaten en artsen' (diss. RUG) 2019, p. 603 e.v.

[3] *A.w.* p. 604.

[4] Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4413.

[5] RTG Zwolle 20 december 2013, ECLI:NL:TGZRZWO:2013:66.

[6] HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862, *GZR* 2017-0025.

[7] CTG 19 maart 2019, ECLI:NL:CTG:2019:68, r.o. 5.13.

[8] Rb. Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, *GZR* 2019-0246.



[9] Concl. P-G Silvis 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1338, r.o. 10.17.

[10] Concl. P-G Silvis 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1339.

[11] GZR 2020-001; ECLI:NL:GHSHE:2019:2406 als vervolg op ECLI:NL:RBLIM:2017:2076, GZR 2017-107.

[12] Brief van Minister van Justitie en Veiligheid d.d. 12 juli 2016, *Kamerstukken* 2015/16, 29279, 334 v.w.b. onder meer de ZSM-procedure en de brief van de Minister van Volksgezondheid, welzijn en sport d.d. 30 juni 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 33149, 36 en (zij het minder expliciet, maar toch wel manifest) in het Samenwerkingsprotocol gezondheidszorg tussen de Inspectie voor de Gezondheidszorg en het Openbaar Ministerie d.d. 15 juni 2015.

[13] ECLI:NL:TGZCTG:2018:83.

[14] Artikel 9 lid 2 Wkkgz verplicht de zorgaanbieder tot het vaststellen van een meldingsprocedure, waaraan het Uitvoeringsbesluit Wkkgz nadere eisen stelt.

[15] Artikel 1.1. Uitvoeringsbesluit Wkkgz

[16] Artikel 1 Wkkgz.

[17] *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, 3, p. 111-112 (MvT).