

ANNOTATIE

‘Noch zoekt men liefde in de nacht.’

mr. J.F.M. Wasser

Annotatie bij Hoge Raad, 05-12-2017, ECLI:NL:HR:2017:3059 (GZR-2018-0004, SR-2017-0481)

1. Inleiding

‘Men koopt geen parels in het donker, noch zoekt men liefde in de nacht.’ Aldus luidt een oud gezegde, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat men voorzichtig moet zijn en geen onnodig risico moet lopen. Relaties van zorgverleners met patiënten/cliënten blijven de strafrechter echter bezighouden; uit de rechtspraak blijkt dat de strafrechter veelvuldig een andere afweging maakt dan de individuele zorgverlener. De zorgverlener die een (seksuele) relatie aangaat met een patiënt of cliënt loopt dan ook een groot risico op een strafrechtelijke veroordeling. Dat maakt het arrest van de Hoge Raad van 5 december 2017, waarbij een arrest van het Gerechtshof Leeuwarden werd gecasseerd, nog eens duidelijk. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde op grond van de wetgeschiedenis dat de wetgever beoogd heeft misbruik door zorgverleners die een *formele* behandelrelatie met hun slachtoffers hadden, tegen te gaan. Het hof oordeelde vervolgens aansluitend dat het geen aanknopingspunten zag voor de stelling dat de betrokken verdachte, een arbeidsdeskundige van het UWV, werkzaam was in de maatschappelijke zorg. Het hof sprak vervolgens de arbeidsdeskundige vrij. De conclusie van het hof dat (alleen) in het kader van een *formele* behandelrelatie sprake kan zijn van strafbaar handelen in de zin van artikel 249 lid 2 sub 3 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) staat haaks op vaste rechtspraak van de Hoge Raad. In zoverre hoeft het dan ook niet te verbazen dat dit oordeel in de ogen van de Hoge Raad geen stand kon houden.^[1] Zoals ik het arrest van het hof lees, is het overigens nog maar de vraag of de gewraakte overwegingen ten aanzien van het karakter van de behandelrelatie (formeel of niet) de dragende overwegingen waren voor de vrijspraak en of het hof eigenlijk niet van oordeel was dat de werkzaamheden als arbeidsdeskundige van het UWV niet hadden te gelden als

werkzaamheden in de maatschappelijke zorg. Indien dat laatste het geval is, doet de Hoge Raad mogelijk het hof te kort, al zou in dat geval geoordeeld kunnen worden dat de overwegingen van het hof niet duidelijk maken waarop het oordeel van het hof is gebaseerd. Hoe dan ook: de Hoge Raad zag in ieder geval aanleiding om zijn oordeel nog eens nadrukkelijk te markeren. Na een korte inleiding over het begrip ‘ontucht’ in de zin van artikel 249 lid 2 sub 3 Sr, wordt in deze noot stilgestaan bij een tweetal vragen: (i) Is een formele beëindiging van de behandelrelatie voor de zorgverlener voldoende om aan strafvervolgung te ontkomen? (ii) Bestaat per definitie straffeloosheid voor de zorgverlener bij een (seksuele) relatie na een formele en feitelijke beëindiging van de behandelrelatie?

2. Ontucht

Artikel 249 lid 2 sub 3 Sr stelt strafbaar (met een bedreiging van gevangenisstraf van zes jaar) hij die werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg, ontucht pleegt met iemand die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd. Bij het strafrechtelijk begrip ‘ontucht’ gaat het om handelingen van seksuele aard, die in strijd zijn met de sociaal-ethische norm.[2] Een seksuele relatie tussen behandelaar en patiënt wordt in beginsel in strijd geacht met de sociaal-ethische norm en levert dan ook (in beginsel) een ontuchtige relatie op. Zo ook de uitgangspunten in de IGJ-brochure ‘*Het mag niet, het mag nooit*’.[3] Seksueel getint gedrag of een seksuele relatie tijdens een behandelrelatie is – ongeacht of de patiënt/cliënt ermee instemt – uit den boze. Dat is volgens de wetgever alleen dan anders als de behandelaar zijn vrouw of vriendin als patiënt in behandeling heeft.[4] In dat geval is geen sprake van ontucht. De Hoge Raad verwoordde het in 1997 aldus:[5] van ontucht is geen sprake wanneer de relatie hulpverlener-patiënt ‘*bij de sexuele handelingen geen rol speelt, in die zin dat bij de patiënt of cliënt sprake is van vrijwilligheid en daarbij enige vorm van afhankelijkheid, zoals die in de regel bij een dergelijke functionele relatie in meerdere of mindere mate bestaat, niet van invloed is geweest.*’

3. Formeel/feitelijk einde van de behandelrelatie

Uitgangspunt is dat de strafbaarstelling van artikel 249 lid 2 sub 3 Sr geldt voor *alle* gevallen waarin tussen de betrokkene een relatie als (kort gezegd) een hulpverlenersrelatie bestaat.[6] Immers, zoals de Hoge Raad oordeelt, beschermt artikel 240 lid 2 sub 3 Sr de patiënt onder meer tegen misbruik van het psychisch overwicht dat de hulpverlener op de patiënt heeft met het oog op de afhankelijke positie van de patiënt dan wel het vertrouwen dat de hulpverlener van de patiënt heeft gewonnen.[7] Daarbij doet niet ter zake of aan die verrichtingen een zakelijke overeenkomst of een behandelingsovereenkomst ten grondslag ligt en evenmin of de verrichtingen al dan niet door een zorgverzekeraar worden vergoed, dan wel of de hulpverlener al dan niet bij een overkoepelende vakorganisatie in de zorg is aangesloten.[8]

Op het moment dat de behandeling wordt beëindigd, komt in beginsel een einde aan de situatie waarin de patiënt zich aan de hulp of zorg van de behandelaar heeft toevertrouwd. Zo ook A-G Spronken[9] en de Rechtbank Overijssel:[10] na het beëindigen van de hulpverleningssituatie is geen sprake meer van personen die zich als patiënt hebben toevertrouwd aan de hulp en/of zorg. Het moment waarop de behandeling *formeel* is geëindigd, zal in de praktijk – zij het mogelijk niet altijd eenvoudig – nog wel objectief zijn vast te stellen. Het gaat echter niet om de formele relatie, maar om de feitelijke relatie, zoals de Hoge Raad op 5 december 2017 nog eens stipuleerde. Het gaat daarmee dan ook tevens niet om een formeel einde, maar om (in ieder geval) een feitelijk einde van de behandelrelatie.

4. Strafbaarheid bij formeel einde, maar feitelijk voortduren behandelrelatie

Dat brengt dan ook met zich, dat in het geval de behandelrelatie weliswaar formeel is geëindigd, maar feitelijk nog voortduurt, een strafrechtelijke vervolging en veroordeling mogelijk is. Het enkele afsluiten van het dossier en het invullen van een evaluatieformulier is kennelijk onvoldoende om aan te nemen dat de behandelrelatie daadwerkelijk is geëindigd, zoals de Rechtbank Limburg in december 2017 oordeelde.[11] Het is dan – zo vervolgt de rechtbank – aan de hulpverlener om duidelijk te maken dat de hulpverleningsrelatie is beëindigd en dat eventuele voortzetting van de contacten op vriendschappelijke basis en alleen na instemming van de betrokkene kan plaatsvinden. Toch is de hulpverlener in dat geval nog steeds niet ‘gered’.

5. Strafbaarheid bij voortduring van de uit de behandelrelatie voortvloeiend overwicht/afhankelijkheid?

Deze, door de Rechtbank Limburg voorgestelde, wijze van beëindigen kan naar mijn mening echter slechts een onderdeel zijn van de overwegingen of al dan niet sprake is van een beëindiging van de hulpverlenersrelatie. Zo valt onder meer uit een zaak waarover de Rechtbank Overijssel[12] eerder had te oordelen, niet alleen af te leiden dat zo lang sprake is van een verhouding hulpverlener-cliënt er sprake is van (een vorm van) afhankelijkheid van de hulpverlener. Belangrijker nog, de rechtbank overweegt dat bepalend is of ‘*de afhankelijkheid samenhangend met de hulpvraag een rol speelde bij de seksuele handelingen waardoor er feitelijk nog sprake was van (enige mate van) afhankelijkheid die op een hulpverleningsrelatie kan worden teruggevoerd. Er is alleen dan geen sprake van “ontucht plegen” wanneer de behandelrelatie bij de seksuele handelingen geen rol speelt (...)*’. Op grond hiervan kan dan ook worden aangenomen dat de strafbaarstelling van artikel 249 lid 2 sub 3 Sr zich ook uitstrekt tot ná de beëindiging van de hulpverleningsrelatie, indien de uit die relatie voortvloeiende afhankelijkheid een rol speelt bij die seksuele relatie. In die zaak oordeelde de rechtbank verder dat: ‘*de afhankelijkheid is ontstaan op het moment dat aangeefster voor haar*

hulpvraag in behandeling kwam bij verdachte en is naar het oordeel van de rechtbank blijven bestaan ten tijde van de seksuele relatie nu uit het dossier blijkt dat ten tijde van de seksuele relatie meerdere keren is gesproken over therapie vóór, tijdens of na de seks.’ Zie ik het goed, dan beschouwt de rechtbank deze gesprekken over therapie niet zozeer als een bewijs van het feitelijk voortduren van de behandelrelatie, maar als een bewijs van het voortduren van de afhankelijkheid die op de eerdere behandelrelatie was terug te voeren. A-G Spronken sprak in haar hiervoor aangehaalde conclusie over ‘vrijwillige seksuele contacten tussen ex-behandelaars of hulpverleners en hun voormalige patiënten’. Dergelijke, ná de behandeling plaatsvindende seksuele contacten, zouden naar haar mening buiten het bereik van artikel 249 lid 2 sub 3 Sr moeten vallen. Indien deze seksuele contacten echter zijn ingegeven door het psychisch overwicht van de hulpverlener of de afhankelijkheid van de patiënt lijkt van zuivere vrijwilligheid geen sprake meer te zijn en lijken deze gedragingen dan ook – hoewel gepleegd ná het beëindigen van de behandelrelatie – toch nog onder het bereik van artikel 249 lid 2 sub 3 Sr te kunnen worden gebracht. Gelet op de ratio van de met deze bepaling te dienen belangen, te weten het beschermen tegen misbruik van het psychisch overwicht van de hulpverlener, of misbruik van de afhankelijkheid van de patiënt of het vertrouwen dat de patiënt in de hulpverlener stelt, valt daarvoor ook veel te zeggen. Dat de patiënt deze bescherming zou verliezen op het moment dat de behandeling is geëindigd, is – zoals Rozemond[13] mijns inziens terecht opmerkt – moeilijk met dit te beschermen belang te rijmen.

De Hoge Raad heeft helaas – ondanks een krachtige oproep daartoe – niet expliciet duidelijkheid verschaft over de vraag of (i) de strafbaarstelling van artikel 249 lid 2 sub 3 Sr is beperkt tot handelingen gedurende de periode dat sprake was van een feitelijke behandelrelatie, dan wel of (ii) artikel 249 lid 2 sub 3 Sr ook betrekking heeft op seksuele gedragingen ná de formele én feitelijke behandelrelatie, maar waarbij de onderlinge (overwichts- of afhankelijkheids)verhoudingen tijdens de behandelrelatie nadien ‘in enige mate’ nog doorwerkten. Toch kan met enige voorzichtigheid worden geconcludeerd dat de Hoge Raad wel degelijk de mogelijkheid heeft opengelaten dat een behandelaar die ná het (formeel én feitelijk) beëindigen van de hulpverleningsrelatie seksuele handelingen pleegt met zijn voormalige patiënt zich schuldig maakt aan artikel 249 lid 2 sub 3 Sr. Uit het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad uit 2014 blijkt immers dat de Rechtbank Groningen en het Gerechtshof Leeuwarden uitdrukkelijk hadden onderzocht of na het beëindigen van de behandelrelatie nog sprake was van een op de vroegere behandelrelatie te herleiden afhankelijkheid van de (ex-)patiënt, eventuele andere bij de patiënt levende hulpvragen en de vraag of de behandelaar daarmee bekend was. De rechtbank en het hof stelden vervolgens vast dat daarvan geen sprake was en spraken de behandelaar vrij. Dat oordeel gaf, aldus de Hoge Raad, geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

6. Conclusie

De balans die nu kan worden opgemaakt is mijns inziens dat (i) de vraag of sprake is van een formele behandelingssituatie niet relevant is; (ii) voor een beëindiging van de behandelrelatie uitsluitend van belang is of sprake is van een feitelijke beëindiging van de behandelrelatie; (iii) zelfs in het geval sprake is van een feitelijke beëindiging van de behandelrelatie, toch sprake kan zijn van strafbaarheid van daarop volgende seksuele handelingen, als ook na de behandelrelatie (nog) sprake is van enige vorm van afhankelijkheid van de betrokkene ten opzichte van de hulpverlener, die op de behandelrelatie is terug te voeren.

Noten

[1] HR 5 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3059; GZR 2018-0004.

[2] Zie onder meer MvT bij voorstel tot wijziging van de artikelen 242, 243, 246, 247 en 249 Wetboek van Strafrecht (*Kamerstukken II* 1988/89, 20930, 3, p. 2).

[3] IGJ-brochure zoals in 2016 (in verband met de inwerkingtreding van de Wkkgz) gewijzigd.

[4] *Kamerstukken II* 1988/89, 20930, 5, p. 18.

[5] HR 29 februari 1997, *NJ* 1997/485.

[6] HR 30 maart 1999, *NJ* 1999/482.

[7] HR 2 februari 2003, *NJ* 2004/78.

[8] HR 22 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2630.

[9] Conclusie A-G voor HR 14 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2958, onder 11.

[10] Rechtbank Overijssel 12 december 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4574.

[11] Rechtbank Limburg 15 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:12366.

[12] Rechtbank Overijssel 29 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4748, GZR 2017-0022.

[13] N. Rozemond in zijn noot onder HR 14 oktober 2014, *NJ* 2015/47.2