

ANNOTATIE

Patiëntenbelang of werknemersbelang; een niet bestaand dilemma.

mr. M.A. Goldschmidt

*Annotatie bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 16-09-2020,
ECLI:NL:GHARL:2020:7315 (GZR-2020-0305, AR-2020-1111)*

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 werknemster van dien) zonder een echt verbetertraject in te zetten.’*

Wat is er aan de hand? Een werknemster, 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 werknemster 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 werknemster 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 werknemster 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 aansporingen). 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 werknemster. Werknemster 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 werknemster heeft ervaren dat werknemster 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 werknemster 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 werknemster 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 werknemster hoofdbehandelaar was vanaf 1 mei 2017. En verder stelt zij werknemster 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:

p style="margin-left:47px; margin-right:66px">‘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 epidemiology 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)’:

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.

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)’:

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.

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)’:

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 cumulatieggrond (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 werknemster 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 werknemster 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-patiënten-laten-het-er-niet-bij-zitten-dat-oncoloog-radboudumc-niet-ontslagen-mag-worden>.

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

[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.