

Nieuwsbrief GZR Updates - Nummer 10, 2017

Nummer 10, 2017

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

Hof

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:1725](#) 09-05-2017

X/Staat der Nederlanden

Rechtbank

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:4250](#) 02-06-2017

donorkinderen/executeur nalatenschap fertiliteitsarts

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:4981](#) 31-05-2017

vrouw/stichting Zuyderland medisch centrum

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:3491](#) 24-05-2017

vrouw/stichting medisch centrum Jan van Goyen-stichting Esthetisch Centrum Amsterdam

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:5685](#) 17-05-2017

weduwe/stichting Reinier HAGA-groep

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:3782](#) 19-04-2017

patiënte/Eye-Q-Vision B.V. en oogarts

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:2391](#) 23-03-2017

man/Stichting Noordwest Ziekenhuisgroep en Centramed

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:4839](#) 01-03-2017

X/Y

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:7699](#) 12-07-2016

X/Y

Centrale Raad van Beroep

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:1477](#) 01-05-2017

X/het college van burgemeester en wethouders van Steenwijkerland

Tuchtcolleges

[Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle,](#)

[ECLI:NL:TGZRZWO:2017:101](#) 02-06-2017

Klager/Huisarts

[Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven,](#)

[ECLI:NL:TGZREIN:2017:50](#) 24-05-2017

Klager/Apotheker

Annotatie

[Is een 12-jarige wilsbekwaam om te beslissen over een chemokuur?](#)

mr. E. Pans

RECHTSPRAAK

Klager/Huisarts

De ex-partner van een patiënte dient een klacht in tegen haar huisarts, omdat deze op verzoek van de patiënte een brief, ter gebruik in een juridische procedure, heeft geschreven waarin ze verklaart dat de patiënte in een bepaalde periode niet onder behandeling is geweest bij een bepaalde zorgverlener. De huisarts heeft dit niet bij deze behandelaar geverifieerd en had dit daarom niet als feit in de brief mogen presenteren. Het RTG legt een waarschuwing op.

Feiten

Door de ex-partner van een patiënte van verweerster, huisarts, wordt een klacht ingediend. Klager en patiënte hebben een minderjarige zoon en waren in een procedure omtrent het gezag verwickeld. In dat kader heeft verweerster op verzoek van patiënte een brief aan haar geschreven met de volgende inhoud: 'Op uw verzoek verklaar ik dat u niet in behandeling bent geweest bij D sinds u woonachtig bent in B (2014)'. Deze brief is door patiënte gebruikt in de gerechtelijke procedure. Klager heeft enkele maanden later aan verweerster verzocht de brief in te trekken, omdat de inhoud onjuist zou zijn.

Klaagster verwijt verweerster dat zij willens en wetens een onjuiste verklaring heeft afgegeven ten behoeve van een juridische procedure en dat zij weigert deze verklaring in te trekken, terwijl er veel aanwijzingen waren dat patiënte wél onder psychiatrische behandeling was geweest en toen ook nog steeds was.

Oordeel

Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (RTG) merkt allereerst op dat de vraag of de brief als geneeskundige verklaring in de zin van de richtlijn van de KNMG 'Omgaan met medische gegevens' dient te worden gekwalificeerd en aan de daarvoor gestelde voorwaarden voldoet onbeantwoord kan blijven. Dit omdat de klacht geen betrekking heeft op deze vraag, maar is gericht op de inhoud van de brief die volgens klager een feit presenteert dat onjuist is,

althans kan zijn, en dat verweerster niet zonder enig voorbehoud of deugdelijk onderzoek naar de juistheid daarvan de brief had mogen afgeven. Voorts zou de brief de suggestie wekken dat patiënte überhaupt niet onder psychiatrische behandeling stond.

Het RTG oordeelt dat de brief geen verdere strekking heeft dan wat in de brief staat verwoord, namelijk dat patiënte in de genoemde periode niet onder behandeling bij D is geweest. Als daar een verdergaande strekking aan wordt toegekend, kan dat niet aan verweerster worden toegerekend.

Ten aanzien van de inhoud van de brief heeft verweerster ter mondelinge behandeling verklaard ervan uit te zijn gegaan dat deze juist was, omdat zij patiënte niet naar D heeft verwezen en ook geen terugkoppeling van D heeft gehad over een behandeling. Zij heeft dit niet geverifieerd. Juist omdat de brief dit wel onvoorwaardelijk als feit presenteert, had van verweerster verwacht mogen worden dat zij ofwel een duidelijk voorbehoud zou hebben gemaakt in de brief, ofwel dat zij zich ervan zou hebben vergewist dat haar veronderstelling juist was. Dit is des te belangrijker, nu verweerster wist dat de brief in een gerechtelijke procedure zou worden gebruikt en de juistheid van de brief daarom van belang zou kunnen zijn. Dit kan verweerster tuchtrechtelijk worden verweten, zo oordeelt het RTG.

Het klachtonderdeel dat ziet op het niet intrekken van de brief op verzoek van klager wordt ongegrond verklaard, nu dit feitelijk nagenoeg onmogelijk was omdat het verzoek niet van patiënte zelf kwam, maar van haar ex-partner.

De klacht wordt gedeeltelijk gegrond verklaard en er wordt een maatregel opgelegd. Omdat verweerster er blijk van heeft gegeven dat zij ter zake terughoudender en zorgvuldiger had moeten zijn, kan met een waarschuwing ruimschoots worden volstaan.

mr. J. De Clerck

Instantie: Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle

Datum uitspraak: 02-06-2017

ECLI: ECLI:NL:TGZRZWO:2017:101

Zaaknummer: 285/2016

Advocaten: D. Prinsen

Wetsartikelen: 47 lid 1 Wet BIG

RECHTSPRAAK

Klager/Apotheker

Tegen een (beherend) apotheker wordt een klacht ingediend vanwege het meerdere malen afgeven van een foutieve dosis van een medicijn aan klager. Het RTG oordeelt dat, ondanks het feit dat de inrichting van de apotheek en de werkwijze in overeenstemming waren met de daaraan te stellen eisen, er door een opeenstapeling van menselijke fouten onjuiste medicatie is verstrekt. Aan de apotheker wordt een waarschuwing opgelegd, als zakelijke terechtwijzing, zonder een stempel van laakbaarheid op de handelwijze te drukken.

Feiten

In deze zaak wordt een klacht ingediend tegen een apotheker, die sinds 2010 beherend apotheker is van apotheek D en regelmatig waarneemt voor de beherend apotheker van apotheek E.

Klager is sinds 1992 ingeschreven bij apotheek E en ontvangt sinds 2001 het geneesmiddel Atrovent (dit verwijdt de luchtwegen) met een dosering van 250 mcg = 2 ml.

Op 11 december 2015 worden aan klager flacons in de dosering 500 mcg = 2 ml afgegeven, na een herhaalrecept via de website van de apotheker waar de dosering 250 mcg = 2 ml op stond vermeld. Op deze datum was verweerster waarnemend apotheker van apotheek E en heeft in die hoedanigheid het recept geparafeerd. Op 2 januari 2016 is er vervolgens via de website een herhaalrecept voor de dosering 500 mcg = 2 ml ingediend en afgegeven en op 29 maart 2016 is er van de huisarts een recept ontvangen voor die dosering, waarna de flacons met die dosering zijn uitgegeven.

Op 2 juni 2016 heeft de vader van klaagster aan de balie van apotheek E gevraagd of het wel om hetzelfde medicijn ging, waarna is vastgesteld dat de uitgiftes van 11 december 2015, 2 januari 2016 en 29 maart 2016 een onjuiste dosering bevatten. Het voorval is op 3 juni 2016 gedocumenteerd in het kwaliteitssysteem van apotheek E.

De fout is besproken met en toegelicht aan de vader van klager, excuses zijn aangeboden en de fout is ook intern besproken, waarbij om extra controle en alertheid is gevraagd.

Klager verwijt verweerster dat zij in eerste instantie getracht zou hebben de arts de schuld te geven van de fouten, dat aan hem verkeerde medicatie is verstrekt en dat de gezondheid van patiënten door deze handelwijze in gevaar is gebracht.

Oordeel

Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (RTG) oordeelt ten aanzien van het eerste klachtonderdeel, waarin wordt aangevoerd dat tijdens het gesprek van 2 juni 2016 getracht is de huisarts te beschuldigen, dat verweerster op die dag niet de waarnemend apotheker van apotheek E was en daar ook niet aanwezig was. Het klachtonderdeel is ongegrond.

Met betrekking tot het tweede klachtonderdeel overweegt het RTG dat het beroepsmatig handelen van verweerster gebleven is binnen de grenzen van een redelijk bekwame beroepsuitoefening, nu de inrichting van de apotheek en de werkwijze en gehanteerde kwaliteitseisen in overeenstemming waren met de daaraan te stellen eisen en hetgeen daarvan verwacht mocht worden. Toch is er door een opeenstapeling van menselijke fouten, zowel gemaakt door de apothekersassistente, waar een apotheker voor verantwoordelijk is, als door verweerster zelf, onjuiste medicatie, in de zin van een te hoge dosering, verstrekt. Verweerster had dit bij de eindedagcontrole kunnen en behoren te signaleren. Deze controle dient immers ter voorkoming van de gemaakte fouten en is, ook als er geen signaleringsetiket op het te controleren recept aanwezig is, noodzakelijk. Het tweede klachtonderdeel wordt daarom gegrond verklaard.

Het RTG merkt over het derde klachtonderdeel op dat het niet tot de taak van het RTG behoort om een uitspraak te doen over het causaal verband en de mogelijk geleden schade en dat er los daarvan geen aanwijzingen zijn dat klager en/of derden schade hebben geleden door de handelwijze van verweerster. Dit onderdeel wordt ongegrond verklaard.

De klacht wordt gedeeltelijk gegrond verklaard en het RTG legt verweerster de maatregel van waarschuwing op, waarbij nog expliciet wordt aangegeven dat dit slechts een zakelijke terechtwijzing is, zonder een stempel van laakbaarheid op de handelwijze te drukken. Verweerster heeft inzicht in haar handelen getoond, de kwestie intern besproken, een melding gedaan bij de Centrale Medicatie-incidenten registratie en haar huidige werkwijze aangepast.

mr. J. De Clerck

Instantie: Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven

Datum uitspraak: 24-05-2017

ECLI: ECLI:NL:TGZREIN:2017:50

Zaaknummer: 16136a

Wetsartikelen: 47 lid 1 Wet BIG

ANNOTATIE

Is een 12-jarige wilsbekwaam om te beslissen over een chemokuur?***mr. E. Pans***

In deze indringende zaak,[1] die ook ruime aandacht heeft gekregen in de landelijke pers,[2] draait het om de beslisvaardigheid van een 12-jarige jongen onder uiterst moeilijke omstandigheden. De jongen, David, heeft een levensbedreigende aandoening en zijn (gescheiden) ouders staan niet op één lijn over de door de kinderoncoloog voorgestelde (vervolg)behandeling: moeder is tegen, vader is voor. Het belang is groot: de behandeling heeft aanzienlijke gevolgen voor de overlevingskansen van David. De vader schakelt de rechter in kort geding in om de beslissing van zijn zoon (en zijn ex-vrouw) te overrulen. Aan de orde is derhalve de interpretatie van artikel 7:450 lid 2 BW, het toestemmingsvereiste voor een medische behandeling van een 12-15-jarige patiënt.[3] De rechter komt tot het oordeel dat de jongen de chemokuur mag weigeren.

Feiten

In hoofdzaak zijn de feiten als volgt. De ouders van David zijn in 2006 gescheiden. Bij de jongen is in november 2016 een hersentumor geconstateerd. Deze tumor is nog diezelfde maand operatief verwijderd in het AMC. Daarna heeft gedurende zes weken dagelijks bestraling (radiotherapie) plaatsgevonden. Door de oncologen is David toen ‘schoon’ verklaard (geen uitzaaiingen). Wel is door de tumor zijn gezichtsvermogen ernstig aangetast (vijf procent zicht resterend).

Volgens het toepasselijke medische protocol zou vervolgens nog een chemokuur van vier tot vijf weken moeten volgen, die mogelijk nog tot één jaar na de bestraling herhaald zou moeten worden. David (en zijn moeder) weigeren deze vervolgbehandeling. Zij vertrouwen op een alternatieve behandeling. Zonder de reguliere vervolgbehandeling heeft David een overlevingskans van 50 procent, met vervolgbehandeling zou dat 75-80 procent zijn. De vader van David wil dat David wél de vervolgbehandeling (chemokuur) ondergaat.

Procedures en rechtszaken

De ziektegeschiedenis van David kenmerkt zich door een aaneenschakeling van procedures en rechtsgangen tussen vader en moeder en de betrokken instanties. Die begint al bij de bestraling. De moeder van David wilde dit niet. De Raad voor de Kinderbescherming verzocht toen de kinderrechter om een voorlopige ondertoezichtstelling en om een spoedmachtiging tot uithuisplaatsing. Deze maatregelen achtte de Raad nodig om het mogelijk te maken het door de behandelend kinderoncoloog geadviseerde behandeltraject (de radiotherapie) tijdig te starten. De kinderrechter besliste bij beschikking van 19 december 2016 dat de moeder van David werd geschorst in de uitoefening van haar ouderlijk gezag omtrent de medische behandeling en dat David uit huis werd geplaatst en bij zijn vader werd ondergebracht voor de duur van vier weken. Voorts werd David onder toezicht gesteld van een kinderbeschermingsorganisatie.

Psychiater 1: David is niet wilsbekwaam

In de tussentijd werd een gespecialiseerd kinderpsychiater, dr. I.M. Hein, verzocht (op verzoek van de Raad voor de Kinderbescherming) onderzoek te verrichten naar de wilsbekwaamheid van David ten aanzien van de beslissing geen radiotherapie te willen ondergaan. Deze psychiater is gepromoveerd op de toetsing van wilsbekwaamheid bij minderjarigen.[4] Over de behandeling met radiotherapie ('bestraling') schrijft de psychiater het volgende in haar rapport: *'[zoon] moest erg huilen nadat hij de uitleg van de radiotherapie had gehoord, hij had toen gezegd die behandeling niet te willen. [zoon] en moeder vertellen, dat moeder daarna met hem heeft gesproken over zijn rechten als 12-jarige. Moeder heeft daarna ook gezocht of er alternatieve vormen van behandeling waren.'*

De conclusie van dit onderzoek d.d. 29 december 2016 luidde dat David *niet* wilsbekwaam werd bevonden ten aanzien van de beslissing over zijn vervolgbehandeling (radiotherapie).

Moeder krijgt het gezag weer

Kort daarop boog de rechter zich opnieuw over de uithuisplaatsing van David naar vader en de schorsing van het ouderlijk gezag van de moeder. Bij beschikking van 30 december 2016 van dezelfde rechtbank werd het verzoek tot uithuisplaatsing van David, voor de periode vanaf 16 januari 2017, afgewezen en werd bepaald dat de gedeeltelijke schorsing van het gezag van de moeder (te weten ten aanzien van de medische behandeling van David) op diezelfde datum zou eindigen. In deze beschikking werd overwogen dat gebleken was 'dat de moeder inmiddels openstaat voor de behandeling in het reguliere medische circuit, dat zij heeft aangegeven in te zien dat het in het belang van haar zoon is om het reguliere behandeltraject voort te zetten en dat zij zich hiervoor zal inzetten en David hierin zal steunen'.

De zes weken durende stralingsbehandeling is daarop inderdaad afgemaakt. Bij de daarop

door de kinderoncoloog geïndiceerde (reguliere) vervolgbehandeling, de chemokuur, lieten David en zijn moeder evenwel weten deze niet te willen inzetten. Zij meldden de behandelend kinderoncoloog in plaats daarvan een (niet-reguliere) behandeling met Natriumbicarbonaat voor te staan. David beriep zich daarbij op zijn rechten als 12-jarige patiënt om krachtens de Wgbo een ingrijpende behandeling te weigeren.

Psychiater 2: David is wel wilsbekwaam

Vervolgens is opnieuw onderzoek verricht naar de wilsbekwaamheid van David, ditmaal door psychiater mevrouw dr. E. Verbist. De conclusie daarvan d.d. 27 maart 2017 luidde dat David wilsbekwaam was ten aanzien van zijn beslissing de chemotherapie af te wijzen: *‘[zoon] kan heel goed uitleggen wat zijn ziekte en behandeling betekenen en geeft er blijk van hier goed over te hebben nagedacht. Hij ziet enorm op tegen de bijwerkingen van de chemotherapie en realiseert zich goed dat dit een achteruitgang van kwaliteit van leven kan betekenen in het komend jaar. Hij is vooral bang voor achteruitgang van visus en/of gehoor, misselijkheid, hormoonbehandeling en aantasting van zijn immuunsysteem. De stemming is verdrietig, maar hij maakt geen depressieve indruk. Hij heeft een heel sterke wil om te leven, maar kan ook nadenken over de dood. Is enorm opgelucht als hij te horen krijgt dat hij wilsbekwaam wordt geacht.’*

Daarop vraagt de vader van David de gezinsvoogd van zijn zoon een verzoek ex artikel 1:265h BW (verzoek tot vervangende toestemming medische behandeling) in te dienen. De gezinsvoogd heeft dit geweigerd. De vader is in reactie daarop overgegaan tot het onderhavige kort geding bij de Rechtbank Noord-Holland, aangespannen om de chemotherapie alsnog af te dwingen. In NRC Handelsblad zegt hij hierover:[5] *‘David snapt dat ik alles uit de kast haal om hem behandeld te krijgen. En ik realiseer me dat daar risico’s aan kleven. Bijvoorbeeld: “Pap, ik haat je voor de rest van mijn leven.” En dan zeg ik: “David, dat kan mij lekker niets schelen, vriend. Dan weet ik in ieder geval dat je nog leeft”.’*

Beoordeling

De kortgedingrechter neemt het grondwettelijk verankerde recht op fysieke integriteit tot uitgangspunt in zijn beoordeling van de zaak. Dit recht omvat het recht om gevrijwaard te blijven van schendingen van en inbreuken op het lichaam door derden. Dit grondrecht komt onder meer tot uitdrukking in het toestemmingsvereiste voor medische behandeling dat is neergelegd in de Wgbo, in artikel 7:450 BW. Aan het recht een medische behandeling in vrijheid te ondergaan of te weigeren liggen de beginselen van zelfbeschikking en persoonlijke autonomie ten grondslag.[6]

Een geneeskundige behandeling bestaat doorgaans uit meerdere onderdelen. Aangenomen wordt dat de patiënt niet bij voorbaat met alle (deel)behandelingen instemt, maar dat hij dus

steeds opnieuw kan bepalen of hij zijn toestemming verleent of onthoudt. In het oorspronkelijke wetsontwerp was om die reden bij het verlenen van toestemming het woord 'telkens' toegevoegd, maar om onnodige bureaucratie te voorkomen (zou dit meebrengen dat de hulpverlener telkens moet verifiëren of de patiënt de behandeling nog wil?) is dit woord bij amendement uiteindelijk geschrapt.[7]

Toetsing van wilsbekwaamheid

Een belangrijk kenmerk van wilsbekwaamheid is dat dit geen alles-of-niets-begrip is, maar dat het gaat om een situatie die gradueel, temporeel en situationeel of contextueel bepaald is. In concreto betekent dit dat de vraag steeds per situatie en per moment moet worden beantwoord. In de parlementaire geschiedenis van de Wgbo is over de observatie van het beslisvermogen van de patiënt door de arts het volgende bepaald.[8] Uitgangspunt is dat de arts de wilsbekwaamheid vaststelt door waarneming van de 'totale geestelijke toestand van de patiënt'. Daarbij moet de arts de aard van de aan de orde zijnde medische verrichting (een wel of niet-ingrijpende verrichting) betrekken op de geestelijke toestand. Zo nodig moet de arts overleg voeren met de wettelijke vertegenwoordiger van de patiënt of advies inwinnen bij een vakgenoot.

De wijze waarop de arts tot een oordeel over de wilsbekwaamheid komt, is zijn eigen (professionele) verantwoordelijkheid. De motivering van dit oordeel moet een rechterlijke toetsing kunnen doorstaan. Ter invulling van die norm is vanuit de medische beroepsverenigingen een richtlijn opgesteld voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid, het 'KNMG Stappenplan bij beoordeling van wilsbekwaamheid'.[9] Dit stappenplan bestaat uit vijftien stappen. De uitkomst van het stappenplan wordt gevormd door het concreet bepalen van het niveau van beslisvaardigheid van de patiënt (toegepast op de beslissing die voorligt).

Deze niveaus van beslisvaardigheid zijn in oplopende volgorde:

- (I) Vermogen een keuze uit te drukken;
- (II) Begrijpen van informatie die relevant is voor de behandeling;
- (III) Beseffen en waarderen van de betekenis van de informatie voor de eigen situatie;
- (IV) Logisch redeneren en het betrekken van informatie in het overwegen van behandelopties.

12-jarige in beginsel wilsbekwaam

Wilsbekwaamheid is een belangrijke voorwaarde voor zelfbeschikking. De wetgever gaat ervan uit dat minderjarigen van 12 jaar en ouder in beginsel wilsbekwaam zijn, artikel 7:450 lid

2 BW. De wettelijke terminologie luidt, dat de patiënt ‘in staat moet zijn tot een redelijke waardering van zijn belangen “ter zake”’. Daarbij doelt ‘ter zake’ op waardering van de belangen die betrokken zijn bij de concrete beslissing die voorligt, in casu: de beslissing van David al dan niet in te stemmen met de door de kinderoncoloog geadviseerde chemokuur.

Conform het systeem van de Wgbo valt David als 12-jarige dus in beginsel onder de groep van minderjarigen die in staat worden geacht tot een redelijke waardering van hun belangen ter zake. Deze minderjarigen moeten zélf toestemming geven voor de verrichting en hebben dus ook een eigen recht die toestemming te onthouden. In geval de minderjarige toestemming verleent, is daarnaast de toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger vereist (het zogeheten ‘regime van de dubbele toestemming’).[10]

Op het regime van de dubbele toestemming bestaan enkele uitzonderingen:

Ernstig nadeel. De behandelend arts kan een behandeling zonder toestemming van de ouders uitvoeren indien de behandeling ‘nodig is om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen’. Van deze bevoegdheid moet de arts uiterst terughoudend (‘op stringente wijze’) gebruikmaken; een medische indicatie is niet voldoende. Eventueel zou dit kunnen worden gerealiseerd via een maatregel van kinderscherming.

Weloverwogen wens minderjarige. Minderjarige en arts kunnen een weigering van de ouders naast zich neerleggen als de minderjarige de behandeling weloverwogen blijft wensen en de arts de behandeling in het belang van de minderjarige acht.

Artikel 7:450 lid 2 BW is dus eigenlijk geschreven voor het (spiegelbeeldige) geval dat de minderjarige een bepaalde behandeling wenst en de ouder of voogd dit niet wenst. De voorzieningenrechter past in casu voor de behandelweigering door een 12-15-jarige het regime voor de behandelingstoestemming door een 12-15-jarige toe. Daarbij neemt hij tot uitgangspunt dat indien de minderjarige en diens wettelijk vertegenwoordiger van opvatting verschillen, de opvatting van de minderjarige leidend is indien de minderjarige ‘weloverwogen bij zijn wens blijft’.

Toepassing van deze regel brengt de voorzieningenrechter tot het oordeel dat David wilsbekwaam is en dat hij weloverwogen bij zijn weigering blijft, zodat hem op grond van artikel 7:450 lid 2 BW het recht toekomt de chemokuur te weigeren.

Dit oordeel volgt logisch uit het systeem van de wet (assumptie van wilsbekwaamheid voor patiënten van 12 jaar en ouder, toepassing van de uitzonderingsgrond ‘weloverwogen wens’ op het regime van de dubbele toestemming) in relatie tot het rapport van de psychiater omtrent Davids wilsbekwaamheid. Het lijkt erop dat de voorzieningenrechter weinig ruimte heeft

ervaren om anders te beslissen. Immers, (i) dr. Verbist was tot de conclusie gekomen dat David wilsbekwaam was ten aanzien van zijn beslissing tot weigering van de chemokuur, (ii) deze rapportage was recent (zes weken voor de zitting) opgesteld, (iii) de opsteller was een onafhankelijke, ter zake kundige die precies de in kort geding voorliggende vraag heeft onderzocht en beantwoord en (iv) de conclusie van de deskundige is zeer stellig verwoord ('David is 100% wilsbekwaam'). De voorzieningenrechter beslist dan ook: *'De voorzieningenrechter acht het begrijpelijk dat [de vader] vanwege de uitkomst van de door [zoon] gemaakte afweging vraagtekens plaatst bij diens wilsbekwaamheid, maar ziet geen ruimte om die afweging niet te respecteren. In de door de wetgever gemaakte keuze om wilsbekwame patiënten van 12 jaar en ouder het recht toe te kennen om ook in levensbedreigende situaties over hun behandeling te beslissen ligt besloten dat dan ook moet worden gerespecteerd dat die beslissing door een kind wordt genomen. Mede gegeven de wijze waarop dokter Verbist dat proces bij [zoon] heeft getoetst, moet worden aangenomen dat [zoon] tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat is en zich de gevolgen van zijn beslissing – ook de negatieve – realiseert.'*

Tegenstrijdige rapportages

Het oordeel van de rechter roept niettemin verschillende – en ook fundamentele – vragen op. Wat betekent het dat twee kort na elkaar ingeschakelde psychiaters tot een verschillend oordeel zijn gekomen over de wilsbekwaamheid van David ten aanzien van zijn weigering van de chemokuur? Zijn deze rapportages met elkaar te rijmen? De uitkomsten zijn evident verschillend. Komt dat door een andere weging/inschatting van interne en externe factoren? Zijn de omstandigheden in de tussentijd ingrijpend veranderd? Of is er in de drie maanden die tussen de rapportages zitten iets essentieels gebeurd in de geestelijke rijping van David? De antwoorden op deze vragen zijn niet goed uit het vonnis te halen.

Verschillende benaderingen

Een andere vraag die opkomt bij lezing van het vonnis – en die van groot belang is voor de vaststelling van de wilsbekwaamheid – is: wat wist en begreep David feitelijk over de behandelmethode die hij weigert en die hij in plaats daarvan wenst? De twee ingeschakelde psychiaters lijken deze vraag verschillend benaderd te hebben (voor zover dat uit het vonnis te halen is, want daarin zijn slechts gedeelten van de rapportages opgenomen). Psychiater Hein lijkt te hebben gefocust op welke kennis David had over beide behandelmethoden en waar hij die kennis vandaan had. Psychiater Verbist lijkt meer gericht te zijn geweest op de vraag of David in staat is logisch te redeneren en voor- en nadelen tegen elkaar af te wegen.

Dr. Hein schreef over Davids afweging van de behandelmethoden: *'[zoon] wil liever geen behandeling met radio en chemo. Wat hem er wel goed aan lijkt is dat hij er beter van kan worden,*

maar omdat hij piloot wil worden kan het niet. Hij vindt een behandeling met NaBi beter, omdat het natuurlijk is en hij van zijn moeder weet, dat hij er ook betere van wordt. [zoon] denkt dat hij door reguliere behandeling alles wel zal kunnen doen, maar beperkt. [zoon] denkt dat als hij de alternatieve behandeling kiest, dat hij gewoon zal kunnen functioneren in het dagelijks leven. [...] [zoon] kan niet meer uitleggen over de NaBi-behandeling, hij heeft de informatie van zijn moeder gekregen, hij denkt dat het werkt en dat hij er beter van wordt, maar hij heeft er zelf niks over opgezocht of van anderen gehoord.'

Dr. Verbist schreef hierover: '[zoon] kan heel goed uitleggen wat zijn ziekte en behandeling betekenen en geeft er blijk van hier goed over te hebben nagedacht. Hij ziet enorm op tegen de bijwerkingen van de chemotherapie en realiseert zich goed dat dit een achteruitgang van kwaliteit van leven kan betekenen in het komend jaar. Hij is vooral bang voor achteruitgang van visus en/of gehoor, misselijkheid, hormoonbehandeling en aantasting van zijn immuunsysteem.'

'Geen onzinnige afweging'

Nu is ook voor een volwassen patiënt een beslissing al dan niet in te stemmen met een belastende oncologische vervolgbehandeling onder dergelijk zware omstandigheden al uiterst moeilijk. Wilsbekwaamheid is als concept in zulke situaties natuurlijk altijd betrekkelijk. Dat geldt voor minderjarigen, die minder levenservaring hebben, nog in grotere mate. De voorzieningenrechter lijkt de lat in dit opzicht echter wel erg laag te leggen door te stellen dat bij David 'niet gesproken kan worden van een onzinnige afweging'. Die maatstaf lijkt mij te mager. Dat de weigering niet is ingegeven door een onzinnige afweging betekent naar mijn idee nog niet dat de weigering weloverwogen is.

'Ook als in ogenschouw wordt genomen dat de statistische kans op terugkeer van de tumor bij het niet-volgen van de chemotherapie aanzienlijk groter is (75-80% versus 50%), kan niet worden gesproken van een onzinnige afweging. [zoon] heeft zijn beslissing kennelijk met name genomen met het oog op de kwaliteit van zijn leven nú. Het recht om die keuze te maken vloeit direct uit het zelfbeschikkingsrecht voort. Uitoefening daarvan kan voor ouders een hard gelag zijn.'

Invloed omgeving

Zoals hierboven beschreven, is voor uitoefening van het zelfbeschikkingsrecht wilsbekwaamheid vereist. De vraag die naar mijn oordeel nog het meest prangend is in deze casus, is de vraag naar de invloed van zijn naaste omgeving op de behandelbeslissing van David. Een 12-jarig kind is nog in hoge mate afhankelijk van zijn ouders voor de bevrediging van zijn materiële en immateriële behoeften. Wat is de invloed van de onenigheid tussen beide ouders op dit punt? Wat is de invloed van de vele rechtsgangen en procedures die de afgelopen maanden (en wellicht ook al daarvoor?) tussen beide ouders en de betrokken

instanties zijn gevoerd? Wat is de invloed van de ouders, met name van de moeder, bij wie David woont, op zijn beslissing tot weigering van de chemotherapie? Is het onder zulke stressvolle en emotionele omstandigheden voor een 12-jarige jongen die ook nog radiotherapie ondergaat en daar erg ziek van is, doenlijk om weloverwogen een afweging te maken over een medische beslissing die voor hem het verschil kan betekenen tussen leven en dood?

Psychiater Hein zegt daarover: *‘[zoon] weet dat zijn moeder de NaBi-behandeling beter vindt, en zijn vader de reguliere behandeling. Hij zegt dat daar geen strijd over is.’*

Psychiater Verbist zegt daarover:

‘Hij ervaart voldoende steun en begrip vanuit ouders (met name moeder), familie en vriendenkring. Ervaart ook steun vanuit zijn geloof.’

De moeder van David zegt daarover:

‘Ik heb gezegd dat hij mijn steun heel hard nodig zou hebben bij deze voor een twaalfjarige ongebruikelijke keuze. Ik heb hem ook dagelijks gezegd dat ik hem net zo hard zou steunen als hij op een ochtend ineens zou denken: ik heb mij vergist, ik wil toch bestraling en chemo.’

De vader van David zegt daarover:

‘Ik begrijp zijn loyaliteitscrisis. Hij woont bij zijn moeder en ik zie hem niet vaak. Dan kun je beter je vader tegen je hebben.’

Hoe weegt de voorzieningenrechter de invloed van de omgeving op deze 12-jarige jongen mee bij de rechterlijke beoordeling van de vraag of David ‘de verrichting weloverwogen blijft wensen’? De voorzieningenrechter oordeelt dat het ‘niet onaannemelijk’ is dat David door zijn moeder is beïnvloed, maar stelt dat dat nog niet betekent dat de weigering van de chemokuur het gevolg is van een onzinnige afweging: *‘Dat [de vader] vermoedt dat sprake is van beïnvloeding door de moeder, die een oplossing zoekt in alternatieve geneeswijzen en dat [zoon] heeft moeten kiezen tussen enerzijds de reguliere medische en anderzijds de alternatieve geneeswijzen, leidt niet tot een andere conclusie. Dat [zoon] door zijn moeder is beïnvloed bij het maken van zijn keuze, is niet onaannemelijk. Ook dat betekent echter niet dat [zoon] op onzinnige gronden tot zijn beslissing is gekomen.’*

Naar mijn idee stapt de rechter zo wel erg gemakkelijk over het probleem heen door het in feite niet relevant te achten of er sprake is geweest van beïnvloeding, terwijl de feiten van de zaak wel diverse aanknopingspunten bieden om die invloed te vermoeden. Bij de beoordeling van de weloverwogenheid van een (ongebruikelijke) behandelweigering door een kind past

een weging van zowel de interne factoren die de wilsvorming kunnen belemmeren (geestelijke stoornis) als de externe factoren (druk, invloed, *life events*, ziekte, stress, enzovoort). De wettelijk vereiste ‘weloverwogenheid’ wordt anders wel erg uitgekleed.

Tenuitvoerlegging vonnis

Naar mijn oordeel zijn dus vraagtekens te plaatsen bij het oordeel van de voorzieningenrechter over de wilsbekwaamheid van David. Met die twijfel is evenwel nog niet gegeven dat hij de vordering van de vader had moeten toewijzen. Want een dergelijke toewijzing zou dan vervolgens ten uitvoer moeten worden gelegd; en aan die tenuitvoerlegging kleven vrijwel onoverkomelijke bezwaren. Te weten: hoe ga je een 12-jarige jongen tegen zijn zin – en tegen de zin van zijn moeder – maandenlang onderwerpen aan een zware chemokuur? Dat lijkt praktisch gezien niet mogelijk en zou in het ziekenhuis leiden tot onwenselijke en onmenselijke taferelen.

Conclusie

De vraag die blijft staan is of artikel 7:450 lid 2 BW voldoende rechtsbescherming biedt aan minderjarigen in gezinssituaties die gevoelig zijn voor druk. Gezinssituaties waarin de ouders in extreme mate een geloof, levensovertuiging of ideologie aanhangen – denk aan Jehova’s Getuigen, de Scientology Church of een sekte –, waarin de ouders in een vechtscheiding zijn verwickeld of gezinssituaties die anderszins voor het kind emotioneel onveilig zijn. Artikel 7:450 lid 2 BW wordt in de praktijk zelden gebruikt, maar de enkele keren dat een minderjarige zich wel op dit artikel beroept zijn het gevallen waarin de weloverwogenheid van de beslissing een grondige toets vraagt. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat wilsbekwaamheid meer is dan een cognitieve toets, ook de emotionele en relationele aspecten van het vermogen te beslissen moeten worden meegewogen. Met name bij de vaststelling van niveau III van het beslisvermogen (het beseffen en waarderen van de betekenis van de informatie voor de eigen situatie) is de ‘emotionele doorleving’ van de keuze een onlosmakelijk deel van de toets. Het relationele aspect van de vaststelling dat sprake is van een weloverwogen weigering van een behandeling zit hem in de uitsluiting van druk of beïnvloeding door naasten. Weloverwogenheid en druk gaan niet samen.

Noten

[1] Zie voor een – schaarse – vergelijkbare zaak: Rb. Almelo 10 december 2010, ECLI:NL:RBALM:2010:BO9506.

[2] Zie voor een interview met de advocaat van de vader van David: <http://pauw.vara.nl/nieuws/vader-heeft-vraagtekens-over-onderzoek-naar->

wilsbekwaamheid-zoon-12.

[3] Over wilsbekwaamheid wordt vaker geprocedeerd, maar meestal in een andere context (ten aanzien van (vermogensrechtelijke) beslissingen van – veelal dementerende – ouderen): Zie onder meer: Hoge Raad 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2047 (77-jarige oud-tandarts die kort voor zijn overlijden zijn assistente tot zijn enig erfgenaam benoemt); Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 17 januari 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:39 (onterving zoon door hoogbejaarde vrouw); Hof Amsterdam 6 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:8 (huwelijk kort voor overlijden); Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Zwolle 27 januari 2017 (wilsbekwaamheid ten aanzien van euthanasiewens bij depressie).

[4] I.M. Hein, *Children's competence to consent to medical treatment or research*, Amsterdam 2015: Amsterdam University Press (diss. UvA 17 april 2015).

[5] E. König, 'Wilsbekwaamheid bij kinderen/David denkt dat hij zonder chemo ook wel overleeft', *NRC Handelsblad* 13 en 14 mei 2017, p. 4-5.

[6] EHRM 5 december 2013, ECLI:NL:XX:2013:291, *Gf* 1014/50 (*Arskaya*).

[7] *Kamerstukken II*, 21561, 33.

[8] *Kamerstukken II* 1990/91, 21561, 6, p. 53.

[9] 'KNMG Stappenplan bij beoordeling van wilsbekwaamheid', in: M. Witmer en R.P. de Roode, *Implementatie van de Wgbo/Van wet naar praktijk, deel 2: Informatie en toestemming*, Utrecht: Samenwerkingsverband Implementatieprogramma Wgbo/KNMG 2004, bijlage 9.

[10] Zie ook: KNMG Wegwijzer dubbele toestemming gezagdragende ouders voor behandeling van minderjarige kinderen (2011). <https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/artseninfolijn/praktijkdilemmas-1/praktijkdilemma/dubbele-toestemming-gescheiden-ouders.htm>.

RECHTSPRAAK

donorkinderen/executeur nalatenschap fertiliteitsarts

In dit kort geding vorderen drieëntwintig donorkinderen c.q. hun ouders met succes afgifte van goederen van een overleden fertiliteitsarts waarop conservatoir beslag is gelegd, opdat daarvan DNA-monsters kunnen worden afgenomen ter bepaling van mogelijk biologisch vaderschap. De uitslagen van de DNA-testen moeten in afwachting van toestemming voor vrijgave voorlopig verzegeld worden bewaard.

Feiten

Een fertiliteitsarts voert sinds 1980 een eigen kliniek onder de naam Medisch Centrum Bijdorp, in verschillende rechtsvormen. In oktober 2008 bezoekt de Inspectie voor de Gezondheidszorg de kliniek om te beoordelen of wordt voldaan aan de voorwaarden uit de Wet Veiligheid en Kwaliteit Lichaamsmateriaal (WVKL). Dat is niet het geval. Op 1 januari 2009 wordt de kliniek op last van de Inspectie gesloten. In maart 2013 brengt de Inspectie een routinematig toezichtbezoek, waaruit blijkt dat er geen activiteiten meer zijn. Tijdens hetzelfde bezoek wordt gewezen op de registratieverplichting die volgt uit de Wet Donorgegevens Kunstmatige Bevruchting (WDKB). Omdat blijkt dat deze plicht niet kan worden nagekomen, neemt de Inspectie in oktober 2014 de administratie in beslag. Deze administratie wordt onderzocht door twee onafhankelijke onderzoekers. Hun conclusies liegen er niet om: *'Ons totaalbeeld van het archief is dat er een soort administratie is gedaan (niet bijgehouden) door een amateur die niet begrijpt hoe belangrijk deze documenten kunnen zijn voor nakomelingen, patiënten en donoren. Dit archief voldoet noch aan de eisen in het huidige tijdsgewricht, noch aan die in de tijd dat de gegevens verzameld zijn dan wel verzameld hadden moeten worden'.*

In oktober 2016 stellen de kinderen c.q. hun ouders de fertiliteitsarts aansprakelijk en wordt hem verzocht om vrijwillig DNA-materiaal af te staan. In april 2017 overlijdt de fertiliteitsarts. In mei 2017 wordt op verzoek van de kinderen na verlot van dezelfde rechtbank conservatoir bewijsbeslag gelegd op zevenentwintig zaken uit de woning van de fertiliteitsarts.

De kinderen vorderen in het onderhavige kort geding de executeur medewerking te verlenen aan de vaststelling dan wel uitsluiting van het biologisch vaderschap van de overleden fertiliteitsarts door middel van het laten uitvoeren van een DNA-test. Tevens vorderen zij dat hiervoor DNA- materiaal kan worden gebruikt, verkregen van de in beslag genomen goederen.

De executeur vordert in reconventie de onmiddellijke opheffing van het conservatoire bewijsbeslag, met teruggave van de goederen, met de bevestiging dat er geen DNA-monsters zijn genomen.

Oordeel

De executeur voert uitgebreid verweer: nietigheid van de dagvaarding, te onbepaalde vordering, niet-ontvankelijkheid (geen spoedeisend belang, vordering constitutieve uitspraak), gebrek aan bewijs behandeling bij MC Bijdorp, gebrek aan bewijs inbrengen eigen sperma door fertiliteitsarts, vordering niet in overeenstemming met beslagverlof, betwisting bewijs verwantschap, ontbreken rechtsgrond, ontbreken belang. Tevens dient de executeur ook een vordering in reconventie in. De executeur krijgt echter geen voet aan de grond bij de voorzieningenrechter. De voorzieningenrechter overweegt onder meer als volgt.

Voor de minst bezwarende wijze van DNA-onderzoek is het noodzakelijk dat voorwerpen waarop mogelijk DNA-materiaal te vinden is, bewaard worden en dat is iets waaraan de executeur, zowel gelet op de inhoud van het verweer in conventie als op de vordering in reconventie, niet lijkt te willen meewerken. In die situatie kan een spoedeisend belang bij bemonstering van de beslagen goederen op korte termijn en bij het kunnen laten testen van dat monster worden aangenomen.

Op het punt van de afgifte van de resultaten van het DNA-onderzoek voor vergelijking met het DNA van de kinderen is door de donorkinderen niet gesteld dat zij bij dat deel van de vordering op dit moment een spoedeisend belang hebben.

Er zijn voldoende aanwijzingen dat de administratie van de fertiliteitsarts onvolledig en onjuist is en dat hij zich niet lijkt te hebben gehouden aan zijn wettelijke registratieverplichtingen. Bovendien staat in voldoende mate vast dat hij, ook na de sluiting van MC Bijdorp in januari 2009, is doorgegaan met zijn fertiliteitswerkzaamheden, terwijl hij niet over de daarvoor vereiste WVKL-erkenning beschikte. Door deze handelwijze heeft de fertiliteitsarts niet gehandeld zoals van een redelijk handelend en vakbekwaam specialist mag worden verwacht. Gelet op deze handelwijze hebben de donorkinderen en daarmee ook hun ouders een evident belang bij kennisname van hun afstammingsgegevens, althans het veilig stellen van DNA-materiaal ten behoeve van de vaststelling daarvan. Gewezen wordt op het psychologische belang om te weten van wie men afstamt voor het identiteitsgevoel, het belang

om kennis te hebben van erfelijke ziektes in de familie en het belang om te weten wie de verwanten zijn om inteelt te voorkomen.

Hoewel de door de donorkinderen overgelegde stukken niet het harde bewijs leveren voor hun verschillende stellingen, valt thans bepaald niet uit te sluiten dat in een bodemprocedure geoordeeld zal worden dat de donorkinderen, na een in hun voordeel uitvallende belangenafweging, een succesvol beroep op artikel 7 IVRK en/of artikel 8 EVRM zullen kunnen doen, al dan niet gekoppeld aan het leerstuk van de onrechtmatige daad en de wanprestatie.

Omdat aan de vordering in reconventie onder andere het opheffen van het beslag ten grondslag was gelegd, en uit het toewijzen van de vordering van de donorkinderen volgt dat daarvoor geen reden is, wordt de vordering in reconventie afgewezen.

De voorzieningenrechter:

- veroordeelt de executeur om volledige medewerking te verlenen aan een DNA-onderzoek, voor zover het betreft het laten afnemen van DNA-monsters van de daartoe af te geven beslagen voorwerpen uit het conservatoir bewijsbeslag en het laten testen daarvan;
- bepaalt dat de donorkinderen een gecertificeerd instituut zullen inschakelen voor het uitvoeren van de bemonstering en de test daarvan;
- bepaalt dat de resultaten van de test uit de bemonstering zullen worden verzegeld en bij een notaris of deurwaarder in bewaring zullen worden gesteld totdat in een bodemprocedure de afgifte daarvan gelast wordt of de executeur met die afgifte instemt;
- bepaalt tot slot dat de donorkinderen binnen zes maanden na dit vonnis de hiervoor bedoelde bodemprocedure dienen in te stellen.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-06-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:4250

Zaaknummer: C/10/525286 / KG ZA 17-406

Rechters: P. de Bruin

Wetsartikelen: 4:145 BW

RECHTSPRAAK

vrouw/stichting medisch centrum Jan van Goyen-stichting Esthetisch Centrum Amsterdam

Een medisch centrum is niet aansprakelijk op grond van artikel 6:77 BW voor het gebruik van PIP-borstimplantaten. De rechtbank acht de toerekening onredelijk, gezien het feit dat de implantaten een CE-keurmerk hadden, waarop het ziekenhuis mocht vertrouwen. Het medisch centrum is ook niet aansprakelijk op grond van het ontbreken van informed consent, omdat de benadeelde vrouw haar stelling daaromtrent onvoldoende onderbouwt.

Feiten

In maart 1999 heeft een vrouw een borstvergroterende operatie ondergaan. Daarbij zijn zogeheten M-implantaten ingebracht, afkomstig van fabrikant Poly Implant Prothèse (PIP). In 2010 werd in Frankrijk vastgesteld dat PIP bij de productie van implantaten industriële siliconen gebruikte in plaats van voor medisch gebruik goedgekeurde siliconen. In 2012 heeft de Inspectie voor de Gezondheidszorg aan vrouwen die vóór 2001 PIP-borstimplantaten hebben gekregen geadviseerd zich te laten controleren. In augustus 2012 heeft de vrouw haar PIP-implantaten laten verwijderen en laten vervangen door andere implantaten. Bij die operatie bleek dat de rechterprothese vochtig was, dat uit de rechterborst van de vrouw een gelige troebele vloeistof vrijkwam en dat bij het op spanning brengen van het implantaat een kleine opening werd gezien. In 2016 is bij de vrouw het ASIA syndroom (Autoimmune/Autoinflammatory Syndrome Induced by Adjuvants) gediagnosticeerd.

Voorafgaand aan de operatie in 1999 heeft de vrouw een gesprek gehad met de uitvoerend plastisch chirurg. Naar aanleiding van dat gesprek heeft de vrouw een toestemmingsformulier voor de operatie ondertekend. In het formulier was onder andere opgenomen dat lekkage in een enkel geval kon optreden.

Het medisch centrum is volgens de vrouw tekortgeschoten in de nakoming van de met haar gesloten geneeskundige behandelingsovereenkomst, primair wegens het gebruik van een

ongeschikte hulpzaak (als bedoeld in art. 6:77 BW), subsidiair wegens schending van de informatieplicht en het ontbreken van informed consent. De vrouw stelt het medisch centrum aansprakelijk en vordert een verklaring voor recht en schadevergoeding.

Oordeel

Gebruik gebrekkige hulpzaak

De rechtbank gaat ervan uit dat de gebruikte implantaten hulpzaken zijn in de zin van artikel 6:77 BW. De rechtbank stelt voorts de gebrekkigheid van de gebruikte implantaten vast. De implantaten behoren immers tot een productgroep (PIP-implantaten) waarvan bekend is dat deze een verhoogde kans heeft op scheuren en lekken.

De rechtbank oordeelt vervolgens dat de hoofdregel van artikel 6:77 BW inhoudt dat de door het gebruik van een ongeschikte hulpzaak ontstane tekortkoming wordt toegerekend aan de schuldenaar. Dit is anders indien dit, gelet op de strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn. Aldus moet worden bezien of het medisch centrum een beroep op die uitzondering toekomt, zoals het betoogt. De stelplicht en de bewijslast liggen bij het medisch centrum.

De rechtbank concludeert dat het in dit geval niet redelijk is de tekortkoming toe te rekenen aan het medisch centrum. Zij overweegt daartoe het volgende:

- Uitgangspunt in deze procedure is dat er sprake is van een voor deskundige gebruikers in 1999 niet te onderkennen gebrek. Pas in 2010 is de fraude door PIP met de vulling van de implantaten aan het licht gekomen.
- Hoewel de keuze voor het merk en het type bij de arts lag, een argument voor toerekening, is dat in dit geval onvoldoende voor toerekening. De bij de arts te veronderstellen deskundigheid behoefde in de gegeven omstandigheden – waarin de arts niet alleen onbekend was met de aan de hulpzaak verbonden risico's, maar evenmin hiervan op de hoogte behoefde te zijn – geen betrekking te hebben op het verhoogde risico op scheuren van de implantaten. De implantaten waren bovendien voorzien van een CE-keurmerk. Een hulpverlener mag er dan in beginsel op vertrouwen dat het hulpmiddel veilig is, tenzij er concrete aanwijzingen voor het tegendeel bestaan, maar daarvan is niet gebleken.
- Hoewel een verzekering een argument kan zijn voor toerekening, baat dat de vrouw in dit geval niet. Onweersproken is gebleven dat het medisch centrum niet verzekerd is.
- Hoewel de eenvoud van het verhaal op de producent een argument voor toerekening kan

zijn, gaat dat in dit geval niet op. De producent is failliet, wat betekent dat de vrouw de producent niet kan aanspreken, maar het medisch centrum ook niet.

- Omdat er in dezen sprake was van een voor de arts niet te onderkennen gebrek, kon de arts niet instaan voor het gebruik van een niet-gebrekkige zaak. Dit kwalificeert de verbintenis volgens de rechtbank tot een inspanningsverbintenis en bij een dergelijke verbintenis bestaat minder ruimte voor toerekening dan bij een resultaatsverbintenis. De gebruikte implantaten werden veel gebruikt en waren destijds 'state of the art' (wanneer zij waren gevuld met de juiste siliconengel). Voor de kwaliteit van de hulpzaak was de hulpverlener destijds afhankelijk van de producent. De aard van de verbintenis kan onder deze omstandigheden geen argument voor toerekening zijn.

- Dat het medisch centrum haar activiteiten heeft vergroot door gebruik te maken van implantaten kan een argument zijn voor toerekening, maar is in het licht van het voorgaande van onvoldoende gewicht. Bovendien zou toerekening een remmend effect kunnen hebben op de ontwikkeling van nieuwe behandelmethoden.

Informed consent

De vrouw stelt dat zij voorafgaand aan de operatie onvoldoende is geïnformeerd over de gezondheidsrisico's die kleven aan siliconenimplantaten, meer specifiek dat als zij zou zijn ingelicht over de mogelijkheid van doorzweeten van siliconenimplantaten, zij had afgezien van de operatie of had gekozen voor een andere soort implantaten.

De rechtbank hecht waarde aan het ondertekende toestemmingsformulier. Daaruit volgt dat de vrouw kennis heeft genomen van de mogelijkheid van blootstelling aan siliconen door lekkage, en dat dat kennelijk voor haar niet bezwaarlijk was (blijkens ondertekening), wat volgens de rechtbank impliceert dat als zij zou zijn gewezen op de mogelijkheid van blootstelling aan siliconen door zweten, haar dat niet van de operatie zou hebben doen afzien.

Als de vrouw meent dat zij meer in algemene zin over de gezondheidsrisico's had moeten worden geïnformeerd, dan heeft zij nagelaten te concretiseren over welke risico zij geïnformeerd had moeten worden.

Aldus heeft de vrouw haar stelling dat het medisch centrum niet heeft voldaan aan de informatieplicht van artikel 7:448 onvoldoende onderbouwd.

De rechtbank wijst de vordering van de vrouw af en komt niet toe aan de vraag of de klachten van de vrouw in causaal verband staan met de aangetroffen siliconen in haar lichaam.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 24-05-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:3491

Zaaknummer: C/13/608373/ HA ZA 16-510

Advocaten: mr. J.E. van Oers en M.J.J. de Ridder

Wetsartikelen: 6:77 BW en 7:448 BW

RECHTSPRAAK

patiënte/Eye-Q-Vision B.V. en oogarts

In deze zaak gaat het om een oogarts die aansprakelijk is op grond van artikel 6:162 BW vanwege onvoldoende nacontrole na een oogoperatie. De rechtbank grondt haar oordeel mede op een eerder tot stand gekomen deskundigenbericht. Er zijn tegen dit bericht geen zwaarwegende bezwaren.

Feiten

In november 2005 worden bij een vrouw in de kliniek Eye-Q-Vision in beide ogen implantlenzen van het merk Corneal, type I-care 13.0 geplaatst. Eye-Q-Vision is een handelsnaam van de op 16 april 2002 opgerichte Stichting Oogzorg Amstelveen.

Een maand na de operatie keert de vrouw met pijnklachten in het linkeroog terug. De pijn bleek te worden veroorzaakt door een gekantelde lens en met een ingreep wordt dit rechtgezet. Na de operatie komt de vrouw nog enkele keren terug ter controle, voor het laatst in april 2008.

In 2011 krijgt de vrouw klachten (verminderd zicht en pijscheuten aan vooral het linkeroog) en wendt zij zich tot een andere oogarts. Die verwijst haar, na onderzoek, door naar een oogarts in het academisch ziekenhuis Maastricht, die afwijkingen in het oog constateert en beide implantlenzen verwijdert.

De vrouw stelt de oogarts die haar destijds in de kliniek Eye-Q-Vision opereerde aansprakelijk. Deze wijst aansprakelijkheid af, waarop de vrouw de rechter om een voorlopig deskundigenbericht verzoekt. Dit wordt toegewezen. Uit het tot stand gekomen deskundigenbericht blijkt dat de gebruikte implantlenzen te groot waren, dat de oogarts geen endotheelceltellingen bijhield en dat de oogarts in de follow-up na de operatie niet conform de medisch-professionele standaard heeft gehandeld. Relevant hierbij is dat vanaf 2007 bekend werd dat de lenzen een verwoestende werking hadden op het endotheel. Vanaf dat moment had de oogarts volgens de deskundige hiervan dan ook op de hoogte moeten zijn. In dat licht was de follow-up eens te meer van belang. Bij gebleken problemen had hij de lenzen

tijdig kunnen en moeten verwijderen.

De vrouw vordert een verklaring voor recht dat de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Eye-Q-Vision B.V. en/of de oogarts toerekenbaar tekort is geschoten in de behandelovereenkomst en schadevergoeding. Zij stelt tevens dat de oogarts niet conform de voor hem geldende standaard en daarmee onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld.

Oordeel

Omdat de besloten vennootschap noch de oogarts destijds contractspartij was bij de behandelingsovereenkomst, wordt de verklaring voor recht dat er tekort is geschoten in de nakoming van de behandelingsovereenkomst afgewezen. De vordering op basis van onrechtmatige daad slaagt wel.

Uit het deskundigenbericht volgt dat de oogarts niet conform de medisch-professionele standaard heeft gehandeld en uitgangspunt voor de rechtbank is dat de deskundige in zijn bevindingen en conclusies kan worden gevolgd. De oogarts voert wel verweer maar laat na zijn verweren te onderbouwen. Hij heeft met zijn betwistingen geen zwaarwegende bezwaren naar voren gebracht die ertoe moeten leiden dat het rapport van de deskundige terzijde wordt geschoven en de rechtbank maakt daarom de conclusie van de deskundige tot de hare: de oogarts heeft bij de nacontrole niet gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend oogarts in vergelijkbare omstandigheden had mogen worden verwacht. De oogarts heeft aldus onrechtmatig gehandeld jegens de vrouw.

De rechtbank wijst de verklaring voor recht toe, maar verwijst voor de schadevergoeding naar de (nog te voeren) schadestaatprocedure.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 19-04-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:3782

Zaaknummer: C/13/610412/ HA ZA 16-607

Advocaten: M.C. Hoogendam en M.E.M. Vermeij

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

man/Stichting Noordwest Ziekenhuisgroep en Centramed

In deze zaak gaat het om een deelgeschil over de formulering van de vraagstelling aan een deskundige. De rechtbank verwijst naar de Leidraad deskundigen in civiele zaken, naar een beroep op de beginselen van hoor en wederhoor en naar de gelijkwaardige processuele positie van partijen. Het horen van de arts is niet zonder meer een verplichting.

Feiten

Een man breekt in januari 2014 zijn hand en wordt in het ziekenhuis daaraan geopereerd. Hij houdt klachten en bij een CT-scan in juli 2014 blijkt dat de fractuur in een verkeerde stand is geheeld. In juni 2015 raadpleegt de man een andere chirurg en die constateert dat er een breuk over het hoofd is gezien: niet alleen het vijfde middenhandsbeentje, maar ook het vierde was gebroken. Het missen van deze fractuur is de reden van de verkeerde genezing en de klachten. De man stelt in september 2015 het ziekenhuis aansprakelijk. In mei 2016 stelt de verzekeraar van het ziekenhuis een deskundigenonderzoek voor om de volgende vragen te beantwoorden

- Is er een juiste diagnose gesteld?
- Is de behandeling juist geweest?
- Wat is de toestand van de hand?

De man is daarmee akkoord, alsook met de voorgestelde deskundige. Partijen worden het echter niet eens of de volgende vraag moet worden opgenomen:

'Ik verzoek u in het kader van hoor en wederhoor contact op te nemen met de betrokken specialist, collega dr. [y], chirurg (...) om deze casus te bespreken. Wilt u s.v.p. in uw rapport onder deze vraag zo duidelijk en compleet mogelijk aangeven wat tussen u beiden is besproken?'

De verzekeraar wil deze vraag opnemen, de man wil dat niet.

Oordeel

Partijen zijn het erover eens dat het deskundigenonderzoek moet worden ingericht overeenkomstig de uitgangspunten die zijn omschreven in de Leidraad deskundigen in civiele zaken en de rechtbank gaat daar bij haar beoordeling ook van uit.

Het is aan de deskundige om te bepalen op welke wijze hij zijn onderzoek inricht en ook dat is niet in geschil tussen partijen. Dit betekent dat het de deskundige vrij staat om de betrokken arts te horen, zoals staat beschreven onder punt 27 van de Leidraad randnummer 5.3.2. Dit is inderdaad een uitvloeisel van het beginsel van hoor en wederhoor, maar het betekent niet zonder meer dat als de man wordt onderzocht, de arts wordt gehoord. Aan het beginsel van hoor en wederhoor wordt inhoud gegeven door beide partijen in de gelegenheid te stellen te reageren op het conceptrapport van de deskundige, zoals uitgebreid staat beschreven in de Leidraad onder 5.1. en 5.3.

Dat de man een processueel voordeel zou hebben als hij de deskundige voorafgaand aan het opstellen van het conceptrapport spreekt en de betrokken arts niet, ziet de rechtbank niet in. Immers wordt de man medisch onderzocht en tot dit onderzoek behoort niet dat met de deskundige over de bevindingen of de voorlopige conclusies van de deskundige wordt gesproken. Daarop mogen beide partijen na het uitbrengen van de conceptrapportage reageren en daarmee wordt voldoende recht gedaan aan de processueel gelijkwaardige positie van partijen.

Artikel 198 lid 2 Rv geeft partijen niet het recht vooraf verzoeken te doen die van invloed zijn op de manier waarop de deskundige zijn onderzoek inricht. Dit is, zoals hiervoor al overwogen, aan de deskundige. Aan het bepaalde in dit artikel wordt uitvoering gegeven op de in de Leidraad onder 5.3 omschreven wijze: na de opstelling van het conceptrapport mogen partijen daarop reageren, opmerkingen maken en verzoeken doen.

Ter zitting worden partijen het vervolgens eens over het opnemen van de formulering: *'het staat u vrij de betrokken arts [chirurg] te horen indien u dat noodzakelijk acht voor de beantwoording van de aan u gestelde vragen'*.

Dit is dan ook wat de rechtbank beslist.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 23-03-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:2391

Zaaknummer: C/14/158417 / HA RK 14-155

Advocaten: E.F. Klungers en O.L. Nunes

Wetsartikelen: 1019w Rv en 198 Rv

RECHTSPRAAK

vrouw/stichting Zuyderland medisch centrum

Het Zuyderland ziekenhuis is niet aansprakelijk op grond van artikel 6:77 BW voor het gebruik van PIP-borstimplantaten. De rechtbank acht de toerekening onredelijk, gezien het feit dat de implantaten een CE-keurmerk hadden, waarop het ziekenhuis mocht vertrouwen.

Feiten

In oktober 2003 worden bij de vrouw in (de rechtsvoorganger van) het Zuyderland ziekenhuis op medische gronden borstimplantaten van fabrikant Poly Implant Prothèse (PIP) ingebracht. Deze implantaten waren voorzien van een CE-keurmerk klasse III.

De vrouw ontwikkelt in de jaren daaropvolgend diverse lichamelijke klachten. In januari 2011 roept het ziekenhuis de vrouw voor periodieke controle op, waaraan zij geen gevolg geeft. In januari 2012 laat het ziekenhuis een persbericht uitgaan met daarin het advies de PIP-implantaten te laten verwijderen. In november 2012 komt het tot een onderzoek door een plastisch chirurg, die de vrouw tot verwijdering van de implantaten adviseert. Bij een echografie later die maand worden aanwijzingen gevonden voor een lekkage rechts en een laesie links. In december 2014 worden de implantaten verwijderd en vervangen door andere implantaten. Hierbij wordt geconstateerd dat het linker implantaat inderdaad lekte.

De vrouw stelt vervolgens het Zuyderland ziekenhuis aansprakelijk op grond van artikel 6:77 BW, stellende dat het ziekenhuis bij de uitvoering van de medische behandelingsovereenkomst gebruik heeft gemaakt van zaken die ongeschikt zijn voor het medisch doel waarvoor zij zijn gebruikt, te weten de PIP-implantaten waarin industriële siliconen verwerkt waren in plaats van medische siliconen. Zij vordert in de onderhavige procedure een voorschot van € 10.000.

Oordeel

Partijen twisten in de kern over de vraag of de tenzij-bepaling van artikel 6:77 BW in deze kwestie toepassing vindt en daarmee dus of het (gelet op de inhoud en strekking van de

rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval) al dan niet redelijk is de tekortkoming in de uitvoering van de medische behandelingsovereenkomst als gevolg van het gebruik van de gebrekkige implantaten aan het Zuyderland ziekenhuis toe te rekenen. De vrouw acht toerekening redelijk en voert hiertoe aan:

- dat de producent en importeur van de implantaten geen verhaal bieden, nu deze failliet zijn;
- dat het gaat om een redelijk grote letselschade, die niet wordt vergoed door haar ziektekostenverzekeraar;
- dat zij zich ook niet tegen deze schade kan verzekeren;
- dat zich relatief weinig patiënten met klachten over de PIP-implantaten bij het Zuyderland ziekenhuis hebben gemeld, en daarom de claims op het ziekenhuis zullen meevallen;
- dat het ziekenhuis (wel) is verzekerd;
- dat de keuze voor het gebruik van PIP-implantaten door het ziekenhuis is gemaakt en dat zij op die keuze geen invloed had;
- dat het ziekenhuis de nodige zorg dient te verlenen met betrekking tot en kennis dient te hebben van de producten die worden gebruikt bij de uitvoering van de overeenkomst;
- dat het ziekenhuis een overeenkomst met de producent had;
- dat het ziekenhuis als importeur moest worden beschouwd;
- dat het ziekenhuis de deskundigheid en gelegenheid had de op grote schaal ingekochte implantaten te onderzoeken;
- dat het ziekenhuis niet blind mocht afgaan op het verstrekte CE-keurmerk;
- dat de implantaten zijn geplaatst op medische (niet cosmetische) gronden;
- dat het ziekenhuis op de hoogte had kunnen zijn van het gebrek aan de gebruikte implantaten.

De rechtbank memoreert de parlementaire geschiedenis en behandelt puntsgewijs de argumenten van de vrouw, maar gaat niet wezenlijk met haar mee. De rechtbank laat meewegen dat het Zuyderland ziekenhuis niet wist en ook niet hoefde te weten van het gebrek in de implantaten, dat de implantaten voorzien waren van een CE-keurmerk waarop het ziekenhuis mocht vertrouwen, dat het keurmerk destijds door PIP is verkregen door

fraude (waar het ziekenhuis uiteraard geen weet van had) en dat het Zuyderland geen financieel voordeel heeft behaald door het gebruik van dit type implantaten.

De rechtbank concludeert dat er geen rechtvaardiging bestaat om het beweerde gebrek van de implantaten op de voet van artikel 6:77 BW aan het ziekenhuis toe te rekenen (en komt niet toe aan de vragen of de implantaten gebrekkig waren en of de gezondheidsklachten van de vrouw in oorzakelijk verband staan met de gebruikte implantaten). De rechtbank wijst de vordering af.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 31-05-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:4981

Zaaknummer: C/03/224122/ HA ZA 16-452

Advocaten: R.M.W.H. Bedaux en M.J.J. de Ridder

Wetsartikelen: 6:77 BW

RECHTSPRAAK

weduwe/stichting Reinier Haga-groep

Een man komt te overlijden in het ziekenhuis; de doodsoorzaak is niet zeker. De weduwe vordert een verklaring voor recht en een schadevergoeding. De rechtbank oordeelt dat de betrokken SEH-arts en een van de betrokken chirurgen onzorgvuldig hebben gehandeld. De rechtbank past het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid toe (bepaling attributieve risico). Op verzoek van partijen schat de rechtbank op basis van de beschikbare gegevens en haar intuïtief oordeel het vergoedingspercentage op zestig procent.

Feiten

Op 26, 27 en 28 oktober 2013 meldt een man, bij wie in het verleden een niertumor is verwijderd met een ileus (verkleving van de darm) als restgevolg, zich op de afdeling spoedeisende hulp van het ziekenhuis. Op 28 oktober 2013 wordt hij opgenomen. Hij is dan inmiddels gedehydrateerd en er is sprake van een beginnende ileus.

Op 30 oktober 2013 wordt hij succesvol aan de ileus geopereerd. Hij wordt als PACU-patiënt (post anesthesie care unit) opgenomen op de intensive care. Op 31 oktober 2013 wordt hij van de intensive care overgeplaatst naar de afdeling chirurgie. Op deze afdeling gaat het al snel niet goed met de man. Op 4 november 2013 overlijdt hij. In het obductieverslag staat dat de patiënt waarschijnlijk is overleden aan een hartinfarct als gevolg van een gebrek aan zuurstof, dat het gevolg was van ademhalingsproblemen door een longontsteking en COPD.

In totaal zijn vijf artsen betrokken: de SEH-arts, chirurg 1, chirurg 2, een arts-assistent en een assistent in opleiding chirurgie.

De weduwe dient vervolgens een klacht in bij het ziekenhuis; de klachtencommissie oordeelt dat zeven van de dertien klachtonderdelen gegrond zijn.

Tegen alle vijf de artsen heeft de weduwe ook klachten ingediend bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (RTG). De klachten tegen chirurg 1, de arts-assistent

en de assistent in opleiding chirurgie worden afgewezen. De klachten tegen chirurg 2 en de SEH-arts worden op onderdelen gegrond verklaard. Beiden krijgen de maatregel van waarschuwing opgelegd.

In het buitengerechtelijk traject wordt op gezamenlijk verzoek van partijen door twee deskundigen een deskundigenonderzoek verricht naar de gang van zaken rondom de behandeling van de overleden man. Beide deskundigen zijn van mening dat opname op een medium of intensive care-afdeling voor de hand had gelegen en dat het consult van een intensivist of internist had moeten worden gevraagd. Tevens twijfelen beide deskundigen aan de doodsoorzaak die de patholoog-anatoom heeft vastgesteld.

De weduwe spreekt het ziekenhuis aan en vordert een verklaring voor recht, vergoeding van de begrafeniskosten, buitengerechtelijke kosten en proceskosten.

Oordeel

De rechtbank schetst het juridisch kader en constateert dat het RTG over hetzelfde feitencomplex heeft geoordeeld, over dezelfde stukken beschikte – *inclusief de deskundigenrapporten* – en op basis van dezelfde verwijten heeft beslist die in deze procedure zijn geformuleerd door de weduwe. In deze procedure zijn geen nadere gegevens toegevoegd dan die waarover de beide deskundigen beschikten.

Vervolgens beoordeelt de rechtbank per dag(deel) en per arts – het oordeel van de tuchtrechter expliciet ter sprake brengend – of de artsen hebben gehandeld in strijd met wat van hen verwacht mocht worden.

In een tussenconclusie stelt de rechtbank vast dat de SEH-arts en chirurg 2 verwijtbaar hebben gehandeld. De SEH-arts heeft verwijtbaar gehandeld door de man op 27 oktober 2013 niet op te nemen ter onderzoek en behandeling. Aan chirurg 2 kan worden verweten dat zij, nadat zij bekend raakte met de uitslag van de CT-scan (die op 3 november 2013 om 17.51 uur beschikbaar was), geen intensivist heeft geraadpleegd en de man evenmin heeft laten opnemen op de IC-afdeling van het ziekenhuis.

Daarna komt de rechtbank toe aan de beoordeling van het causaal verband. Zij vat de onzekerheden in deze zaak samen. Het betreft:

- de vraag of de patiënt na afloop van de operatie in een betere lichamelijke conditie zou hebben verkeerd wanneer hij op 27 oktober 2013 direct zou zijn gerehydreerd (en als gevolg daarvan eerder beeldvormend onderzoek zou hebben kunnen plaatsvinden en hij eerder zou zijn geopereerd);

- de vraag of de hiervoor genoemde potentieel verslechterde lichamelijke conditie de (kansen op) herstel van de patiënt na de operatie negatief heeft beïnvloed;
- de oorzaak van de klachten van de patiënt op 3 november 2013;
- de doodsoorzaak van de patiënt;
- de vorm van de behandeling die zou zijn ingezet, wanneer de patiënt op 3 november 2013 in de loop van de avond door een intensivist was gezien;
- de vraag of die behandeling het overlijden van de patiënt zou hebben voorkomen.

Voor toepassing van de omkeringsregel ziet de rechtbank geen aanleiding, nu de doodsoorzaak onzeker is en de vastgestelde tekortkoming niet bestaat uit schending van het geldende SIT-protocol.

De rechtbank ziet aanleiding om het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid toe te passen omdat in deze zaak niet is vast te stellen of de schade is veroorzaakt door een normschending (het verwijtbaar handelen van de artsen) of door een oorzaak die voor risico van de benadeelde komt.

De rechtbank overweegt in dat verband dat het leerstuk van de kansschade niet moet worden toegepast, omdat de doodsoorzaak niet zeker is en het dus niet gaat om vaststelling van de schade in de vorm van een kansverlies, maar om de vaststelling van de kans dat de normschending de schade (het overlijden van de man) heeft veroorzaakt.

Partijen hebben zich niet uitgelaten over de grootte van de kans dat de normschendingen van de artsen hebben bijgedragen aan het overlijden van de man. Ook de deskundigen hebben hierover niet gerapporteerd. Partijen hebben ter comparitie echter aangegeven geen behoefte te hebben aan een nader deskundigenonderzoek naar het causaal verband en hebben de rechtbank verzocht op basis van de beschikbare gegevens en haar intuïtief oordeel de knoop door te hakken. En dat doet de rechtbank, gelet op de wens van partijen, de betrekkelijk geringe omvang van de schadevordering en om proceseconomische redenen. Na bespreking van de beschikbare gegevens komt de rechtbank uit op inschatting van het attributieve risico *(toevoeging RW: dit is inderdaad de correcte wijze waarop proportionele aansprakelijkheid moet worden berekend, te weten de kans op gezondheidsschade met fout minus de kans op gezondheidsschade zonder fout gedeeld door de kans op gezondheidsschade met fout x 100)* op zestig procent.

De gevorderde begrafenis kosten en buitengerechtelijke kosten worden voor zestig procent toegewezen. Gelet op de gedeeltelijke toewijzing van de vordering tot schadevergoeding heeft

de weduwe geen zelfstandig belang bij een verklaring voor recht. Omdat een emotioneel belang volgens vaste jurisprudentie onvoldoende belang oplevert in de zin van artikel 3:303 BW, wordt de verklaring voor recht afgewezen. Het ziekenhuis moet de proceskosten dragen.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 17-05-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:5685

Zaaknummer: C/09/503593/ HA ZA 16/69

Advocaten: I.H.M. Baas en O.L. Nunes

Wetsartikelen: 7:453 BW, 7:462 BW, 6:96 BW, 6:108 BW, 3:303 BW, 241 Rv en 47 Wet BIG

RECHTSPRAAK

X/Y

Omdat de geestesziekte van betrokkene met medicatie wordt behandeld, is het voorschrijven van psychofarmaca (ook wanneer dit geschiedt als noodmedicatie) in algemene zin te beschouwen als een vorm van 'behandeling'. Een psychiater die noodmedicatie heeft voorgeschreven is aldus betrokken geweest bij de behandeling en dus niet bevoegd om een geneeskundige verklaring af te geven ten behoeve van een Bopz-machtiging.

Feiten

Voor een patiënt – die op grond van een machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling reeds in het psychiatrisch ziekenhuis verbleef – wordt een Voorlopige Machtiging aangevraagd onder overlegging van een geneeskundige verklaring van een psychiater. Deze psychiater fungeerde achttien dagen eerder als 'achterwacht' en is in dat kader door de toen dienstdoende arts geraadpleegd over aan betrokkene te geven noodmedicatie, zo blijkt uit de meegezonden aantekeningen in het medisch dossier.

De advocaat, die betrokken patiënt bijstaat bij de Voorlopige Machtiging, concludeert primair tot niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie omdat de verklarende psychiater betrokken is geweest bij de behandeling.

Oordeel

Artikel 5 lid 1 wet Bopz vereist dat de officier van justitie bij zijn verzoek om een Voorlopige Machtiging een verklaring overlegt '*van een psychiater die de betrokkene met het oog daarop kort te voren heeft onderzocht maar niet bij diens behandeling betrokken was*'.

De rechtbank overweegt dat in algemene zin het voorschrijven van psychofarmaca moet worden beschouwd als een vorm van 'behandeling', omdat de geestesziekte van betrokkene met deze medicatie wordt behandeld. Dat wordt niet anders wanneer er – zoals in dit geval – sprake is van 'noodmedicatie' op grond van artikel 39 Wet Bopz en noodmedicatie doorgaans

een wat beperkte werking heeft. Immers, de gevolgen van de stoornis van betrokkene worden in zo'n geval afgewend en behandeld met medicatie.

Voor de rechtbank is verder van belang dat (i) er slechts achttien dagen hebben gelegen tussen het voorschrijven van de noodmedicatie enerzijds en het afgeven van de geneeskundige verklaring ten behoeve van de aanvraag van de Voorlopige Machtiging anderzijds, en (ii) dat de noodmedicatie werd voorgeschreven tijdens de periode van de inbewaringstelling en het nu gaat om de voortzetting van die periode via een Voorlopige Machtiging.

De rechtbank wijst nog op het karakter van de gevraagde Voorlopige Machtiging (vrijheidsbeneming tegen de wil van betrokkene), op de belangrijke rol die een verklaring van een onafhankelijk psychiater speelt bij de vraag of een Bopz-machtiging gerechtvaardigd is (omdat de rechter niet deskundig is op dat gebied) en op de jurisprudentie van het EHRM in het kader van artikel 5 EVRM.

De bij het verzoek van de officier van justitie overgelegde geneeskundige verklaring is derhalve niet afgegeven door een psychiater die niet betrokken was bij de behandeling en dus behoort de officier van justitie niet-ontvankelijk te worden verklaard in zijn verzoek.

mr. J.M. van Luyck

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 12-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:7699

Zaaknummer: C/16/417945 / FA RK 16-4186

Wetsartikelen: 5 lid 1

RECHTSPRAAK

X/Staat der Nederlanden

Het Gerechtshof Amsterdam acht de Nederlandse Staat aansprakelijk voor het onrechtmatige handelen van de Raad voor de Kinderbescherming en het Openbaar Ministerie jegens een moeder. De moeder in kwestie maakte zich ernstig zorgen over het handelen van de vader van haar minderjarige kind. De vader had een pedoseksueel verleden. In de kern komt het oordeel in dit arrest erop neer dat de zorgen van de moeder niet ongegrond waren. Dat oordeel zegt volgens het hof overigens nog niets over het antwoord op de vraag of de vader zich daadwerkelijk schuldig zou hebben gemaakt aan seksueel grensoverschrijdend gedrag jegens de minderjarige zoon. Omdat de moeder zich terecht zulke zorgen maakte, had de Raad veel uitgebreider onderzoek moeten doen naar het herhalingsrisico. Het Openbaar Ministerie, dat de moeder had beschuldigd van smaad, had haar niet de mogelijkheid moeten ontnemen om haar zorgen te uiten bij ofwel de Raad, ofwel Veilig Thuis, ofwel de vertrouwenspersoon op school. Door onvolledig onderzoek te doen en door de moeder de mogelijkheid te ontnemen om haar zorgen te uiten, heeft de Staat onrechtmatig jegens de moeder gehandeld.

De feiten

Moeder en vader hebben onenigheid over de opvoeding van hun minderjarige kind. Ze dragen, elk elkaar afwisselend, de helft van de tijd zorg voor de verzorging en opvoeding van hun kind.

De moeder heeft bij beschikking van de rechtbank van 27 oktober 2011 het eenhoofdig gezag over de minderjarige gekregen. In het hoger beroep van deze beschikking heeft de vader op 25 april 2012 het eenhoofdig gezag over het kind gekregen.

De moeder maakt zich ernstig zorgen over de toekomst van het kind bij zijn vader. Dit, gezien onder meer de volgende omstandigheden:

- de vader is pedoseksueel geaard;
- de vader is in 1990 in de Verenigde Staten al eens veroordeeld voor ontucht met een minderjarige jongen, toen hij begeleider bij de scouting was;
- de vader is in 1997 in Nederland veroordeeld voor ontucht met minderjarige jongens toen hij leider bij de scouting was;
- de vader heeft van 1997 tot en met 1999 daderbehandeling gevolgd bij een forensisch psychiatrische polikliniek;
- de vader heeft in zijn dagboek, dat de jaren 1987 tot 2000/2001 bestrijkt, geschreven dat hij weet dat hij een pedofiel van het zuiverste water is;
- in november 2000 heeft hij genoteerd dat zijn handen nog altijd verboden aanrakingen zoeken;
- de vader maakte vanaf oktober 2009 naaktfoto's van de zoon en liet de moeder daarbij gaandeweg niet meer toe;
- een goede bekende die in de buurt van de vader van de zoon heeft gewoond, heeft haar laten weten en in een mailbericht van 22 augustus 2011 bevestigd, dat zij jaren geleden van de therapeute van de vader heeft gehoord dat zij haar zoon nooit alleen moest laten bij de vader;
- zij heeft in die periode (ongeveer 2006 en eerder) gezien dat de vader tijdens een filmbezoek voortdurend zijn rechterhand op het bovenbeen van haar zoon had liggen en ervaren dat hij, toen zij hem vertelde dit niet prettig te vinden, boos en vol onbegrip reageerde;
- in maart 2011 heeft de zoon aan de moeder verteld dat zijn vader zijn penis aanraakt ('he tickles my penis'), hetgeen haar aanleiding heeft gegeven om begin april 2011 bij de politie aangifte te doen;
- in september 2015 heeft de zoon aan de moeder verteld dat zijn vader afwasbare tattoo stickers op zijn penis heeft geplakt;
- hij moest huilen, toen hij dat vertelde, omdat hij het van zijn vader niet had mogen vertellen;
- de vader heeft zich schuldig gemaakt aan gewelddadig gedrag jegens de moeder en een vorige partner;

- hij is daarvoor onder behandeling geweest;
- in 2005 is hij strafrechtelijk veroordeeld wegens mishandeling;
- volgens deskundigen is gedegen onderzoek en een ter zake kundige risicotaxatie aangewezen.

De moeder is van mening dat er te weinig met haar zorgen is gedaan door onder meer de Raad voor de Kinderbescherming ('de Raad') en het Openbaar Ministerie ('OM'). De Raad heeft weliswaar onderzoek gedaan naar de opvoedingssituatie van de zoon en een eventueel te treffen gedragsvoorziening, maar te makkelijk (niet voldoende gefundeerd) geconcludeerd dat de vader erin is geslaagd om zijn pedoseksuele verleden achter zich te laten. De moeder verwijt het OM dat het haar onmogelijk is gemaakt om haar zorgen en ongerustheid met de bevoegde instanties te delen. Dit kwam doordat het OM in een tegen haar lopende strafzaak bewezen vond dat zij zich schuldig had gemaakt aan smaad. Het OM heeft deze zaak in augustus 2013 geseponeerd, onder de voorwaarde dat de moeder zich binnen drie jaar niet weer opnieuw 'zou misdragen'. Zou moeder dus naar de Raad of bijvoorbeeld de school van minderjarige gaan, dan zou zij het risico lopen alsnog te worden vervolgd.

Een en ander heeft de moeder aangemerkt als onrechtmatig handelen van de Staat jegens haar. De Staat heeft – kort en goed – gesteld dat hij niet onrechtmatig heeft gehandeld.

In eerste aanleg, bij de Rechtbank Noord-Holland, heeft moeder de procedure verloren. Zij is daarom in hoger beroep gegaan bij het Gerechtshof Amsterdam.

Het oordeel

In hoger beroep overweegt het hof onder meer dat in deze procedure twee belangen tegenover elkaar staan. Enerzijds het belang van het kind dat moet worden beschermd tegen misbruik van zijn eigen ouders. Anderzijds het belang van de ouders om te worden beschermd tegen onnodige inmenging op hun recht op eerbiediging van hun privé- en familielevens of het gevaar op ongerechtvaardigde arrestaties en vervolging.

Volgens het hof moet onderzocht worden of de Staat in deze kwestie beide belangen, die tegenover elkaar staan, voldoende recht heeft gedaan.

Kijkend naar de informatie over de jaren 2010 en 2011 was en is er volgens het hof een toereikende houvast voor serieuze zorgen over de handelwijzen van de vader. Het hof vindt het in het bijzonder van belang dat moeder melding heeft gemaakt van gebeurtenissen uit de

vroegste kinderjaren van de minderjarige die vragen oproepen. Ook heeft de moeder zich beroepen op informatie van een goede bekende, die ook vragen oproept. Het hof hecht in het bijzonder ook waarde aan het relaas van de moeder over de behoefte van de vader om de minderjarige naakt te fotograferen, waarbij zij gaandeweg niet meer aanwezig mocht zijn en de beschrijving van de omgang van de vader met het zoontje van de kennis.

Voor het hof is te begrijpen dat deze gebeurtenissen voor de moeder een bevestiging zijn van haar angst dat de vader opnieuw in zijn pedoseksuele gedrag zou vervallen. Zeker gelet op de veroordelingen in 1990 en 1997 en de inhoud van het dagboek. Het staat vast dat de moeder deze zorgen met de Raad heeft gedeeld.

Volgens het hof lag het op de weg van de Raad om de ongerustheid van de moeder serieus te nemen en adequaat onderzoek te verrichten. De Raad had de vader meer moeten bevragen over de betekenis van zijn verleden. De Raad had de vader moeten vragen naar de manier waarop hij zijn leven had ingericht om herhaling van zijn gedrag te voorkomen en risico's op terugval te vermijden. De Raad had ook niet mogen volstaan met raadpleging van de behandelaar die bij de vader is betrokken geraakt naar aanleiding van diens gewelddadige gedrag. Ook de behandelaars die de vader had gezien in verband met zijn pedoseksuele gedragingen hadden door de Raad moeten worden geraadpleegd.

Het hof concludeert dat de Raad in haar onderzoek onvoldoende zorgvuldig jegens de moeder heeft gehandeld. Het onderzoek had beter gekund en gemoeten. Daar staat het gegeven dat eerder het eenhoofdig gezag aan de vader is gegeven, overigens los van. Tijdens die procedure is niet naar de wijze waarop onderzoek is verricht gekeken.

Volgens de moeder heeft het OM, op zijn beurt, in redelijkheid niet tot de beslissing kunnen komen dat zij onder voorwaarden niet zou worden vervolgd voor smaad (voorwaardelijk sepot). Volgens het OM kon smaad worden bewezen, waarbij het in het bijzonder ging om mededelingen van de moeder aan de (vertrouwenspersoon van de directie van de) school van de minderjarige en aan de Raad over de vader en zijn pedoseksuele verleden. Het OM wilde met het voorwaardelijk sepot voorkomen dat moeder opnieuw van dit soort mededelingen zou doen. De consequentie hiervan was echter dat de moeder feitelijk niets meer kon. Haar werd de mogelijkheid ontnomen om straffeloos haar zorgen over de vader te uiten, in het bijzonder tegenover de instanties tot wier taak het behoort om ook de belangen van kinderen te bewaken, zoals de Raad, Veilig Thuis en de (Kinder)Ombudsman. Dit zijn bovendien instanties die voldoende expertise in huis hebben om ook de belangen van vader te waarborgen. Dat deze weg voor de moeder eigenlijk werd afgesloten is een beslissing die het OM in redelijkheid niet had kunnen nemen. In zoverre is de kennisgeving van het voorwaardelijk sepot onrechtmatig geweest.

Slotsom is dus dat de Staat onrechtmatig jegens de moeder heeft gehandeld, omdat

- de Raad voor de Kinderbescherming haar onderzoek onzorgvuldig heeft verricht,
- en het Openbaar Ministerie niet in redelijkheid tot zijn voorwaardelijk sepot kon komen.

De Staat moet de door de moeder geleden materiële en immateriële schade vergoeden.*mr. J.M. de Vries*

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 09-05-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:1725

Zaaknummer: 200.187.448/01

Rechters: G.B.C.M. van Beek en A.N. van de Beek

Advocaten: M.Ch. Kaaks, A.Th.M. ten Broeke en M.F.G.H. Beckers

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

X/het college van burgemeester en wethouders van Steenwijkerland

De CRvB geeft een kader voor het beoordelen van een vraag om jeugdhulp van een jeugdige of een ouder. De CRvB stelt voorop dat de Jeugdwet een jeugdhulpplicht voor gemeenten schept. Doel is het versterken van de eigen kracht van de jongere en van het zorgend en probleemoplossend vermogen van het gezin en de sociale omgeving. De jeugdhulpplicht geldt alleen als de jeugdige en zijn ouders er zelf niet uitkomen. Volgens de CRvB moet de gemeente eerst vaststellen wat de hulpvraag van de jeugdige of de ouders is. Hierna moeten de opgroei- en opvoedingsproblemen of psychische problematiek in kaart worden gebracht. Vervolgens moet worden vastgesteld welke problemen en stoornissen er zijn en bepaalt de gemeente welke hulp nodig is. Ten slotte gaat de gemeente na of die hulp bijvoorbeeld door de ouders kan worden geboden. Indien nodig moet de gemeente zich bij de besluitvorming laten adviseren door een specifieke (jeugdhulp)deskundige.

Feiten

Een jeugdige (die ten tijde van de aanvraag nog minderjarig was) met psychiatrische problematiek heeft zich tot de gemeente gewend voor verlenging van de zorg op grond van de Jeugdwet. Onder de oude regelgeving had zij een indicatie in de vorm van een pgb, waarmee zij begeleiding inkocht bij haar moeder. De indicatie gold tot begin 2015, waarna de jeugdige een verzoek deed om onder de Jeugdwet dezelfde hulp te krijgen. Het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) wees de aanvraag af, omdat uit het onderzoek dat was uitgevoerd door het Centrum voor Jeugd en Gezin (CJG) bleek dat gedeeltelijk geen sprake was van jeugdhulp en dat het overige deel van de geboden

begeleiding behoort tot de eigen mogelijkheden en het probleemoplossend vermogen van ouders.

Rechtbank

De jeugdige heeft beroep ingesteld bij de Rechtbank Overijssel en zich op het standpunt gesteld dat het bestreden besluit in strijd is met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. De Rechtbank Overijssel heeft het beroep ongegrond verklaard. Volgens de rechtbank heeft het college, gelet op het gezinsplan, tot de conclusie kunnen komen dat de activiteiten waarvoor jeugdhulp is aangevraagd gedeeltelijk niet zijn aan te merken als jeugdhulp dan wel dat de eigen mogelijkheden en het probleemoplossend vermogen toereikend zijn.

Centrale Raad van Beroep

De jeugdige heeft hoger beroep ingesteld bij de Centrale Raad van Beroep (CRvB). Zij heeft zich in hoger beroep – kort samengevat – op het standpunt gesteld dat de aan het bestreden besluit ten grondslag gelegde onderzoeken onzorgvuldig zijn uitgevoerd en dat onderzoek in een breder kader in de rede had gelegen. Verder is aangevoerd dat het college niet heeft gemotiveerd waarom de hulp niet door moeder zou kunnen worden verleend. Het college heeft in verweer aangevoerd dat de gemeente nog niet beschikt over een geïntegreerde toegang tot jeugdhulp als bedoeld in de Jeugdwet en ondersteuning als bedoeld in de Wmo 2015. Dat verdient uit een oogpunt van dienstverlening niet de voorkeur, maar het maakt de onderzoeken niet onzorgvuldig. Volgens het college is het goed voor de ontwikkeling van de jeugdige wanneer de hulp wordt opgepakt door een externe hulpverlener. Aan verlening van een pgb wordt niet toegekomen. Hiervoor geldt in de gemeente de voorwaarde dat het inzetten van een persoon uit het sociale netwerk aantoonbaar beter, effectiever en doelmatiger is dan hulp door een professional. De aanvraag van een pgb is om die reden afgewezen.

De CRvB stelt – onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Jeugdwet – voorop dat de gemeente pas een voorziening op het gebied van jeugdhulp treft als de jeugdige en zijn ouders er op eigen kracht niet uitkomen. De eigen kracht staat voorop. Vervolgens schetst de CRvB het juridisch kader. Artikel 2.3 Jeugdwet bepaalt wanneer het college voorzieningen op het gebied van jeugdhulp treft. Verder noemt de CRvB artikel 3:2 en 3:46 Awb (de algemene onderzoeks- en motiveringsplicht van het college), en tot slot artikel 2.14 lid 1 Jeugdwet en artikel 2.1 Besluit Jeugdwet (waaruit in samenhang gelezen volgt dat het college zorgdraagt voor de beschikbaarheid van relevante deskundigheid bij het vaststellen van de benodigde jeugdhulp). Op basis van dit kader oordeelt de CRvB dat het bestuursorgaan een onderzoeksplicht heeft. Dit onderzoek bestaat uit verschillende stadia:

- ten eerste moet het college vaststellen wat de hulpvraag is van de jeugdige of de ouders;
- vervolgens moet het college vaststellen of er sprake is van opgroei- en opvoedingsproblemen, psychische problemen en stoornissen en zo ja, welke problemen en stoornissen dat zijn;
- nadat de problemen en stoornissen zijn vastgesteld, kan worden bepaald welke hulp naar aard en omvang nodig is voor de jeugdige;
- ten slotte moet het college nagaan of die hulp bijvoorbeeld door de ouders kan worden geboden;
- voor zover het onderzoek specifieke deskundigheid vereist, zal een specifiek deskundig oordeel en advies moeten worden uitgebracht.

De CRvB benadrukt dat de verschillende stadia van onderzoek vragen om op die stadia toegesneden deskundigheid. Het college dient ervoor te zorgen dat die deskundigheid gewaarborgd is en dat deze concreet kenbaar is voor de jeugdige of zijn ouders.

Vervolgens toetst de CRvB of aan het hiervoor weergegeven toetsingskader is voldaan. Volgens de CRvB voldoet het onderzoek dat ten grondslag is gelegd aan het bestreden besluit niet aan daaraan uit een oogpunt van zorgvuldigheid en motivering te stellen eisen. Het gezinsplan maakt niet concreet inzichtelijk welke problemen en stoornissen er bij de jeugdige zijn en welke hulp daarvoor naar aard en omvang nodig is. Het gezinsplan maakt volgens de CRvB niet concreet duidelijk welke hulp naar welke omvang nodig is om de jeugdige in staat te stellen om gezond en veilig op te groeien, te groeien naar zelfstandigheid, en voldoende zelfredzaam te zijn en maatschappelijk te participeren. Het plan maakt evenmin concreet duidelijk in hoeverre moeder deze hulp zou kunnen bieden. In het plan staat dat in het gesprek met moeder onvoldoende duidelijk is geworden welke bovengebruikelijke zorg zij exact biedt en hoeveel uren daarmee gemoeid zijn. Het CJG heeft daarmee volgens de CRvB echter niet helder gemaakt of en in hoeverre de eigen mogelijkheden en het probleemoplossend vermogen van moeder en het sociale netwerk toereikend zijn om in de hulpbehoefte te kunnen voorzien. Voor zover het college daarbij een onderscheid wil maken tussen gebruikelijke en bovengebruikelijke hulp, is volgens de CRvB bovendien niet inzichtelijk gemaakt aan de hand van welke maatstaven wordt bepaald of hulp gebruikelijk of bovengebruikelijk is. Verder valt in het gezinsplan niet na te gaan dat het standpunt van het CJG dat het voor de ontwikkeling van de jeugdige goed is dat zij op bepaalde gebieden door een externe hulpverlener wordt ondersteund, in plaats van door moeder, op specifieke deskundigheid als bedoeld in de artikelen 2.14 van de Jeugdwet en 2.1 van het Besluit jeugdwet berust. Evenmin maakt het gezinsplan helder of dit standpunt door de behandelend sector

wordt gedeeld en voor welke specifieke hulpactiviteiten dit dan opgaat.

De CRvB komt dan ook tot de conclusie dat het advies ondeugdelijk is en dat het college daar niet op mocht afgaan. Het hoger beroep is gegrond.

mr. E.E. Schaake

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 01-05-2017

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2017:1477

Zaaknummer: 16/4442 JW

Advocaten: A.P.E.M. Pover

Wetsartikelen: 2:3 Jeugdwet, 2:14 lid 1 Jeugdwet, 2:1 Besluit jeugdwet, 3:2 Awb, 3:46 Awb en 7:12 Awb

RECHTSPRAAK

X/Y

Een gynaecologische (poli)kliniek en Zilveren Kruis hebben een geschil over een overeengekomen budgetplafond. De kliniek is van oordeel dat partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst geen rekening hebben gehouden met de veranderde DBC-systematiek en dat zodoende sprake is van wederzijdse dwaling. De Rechtbank Den Haag volgt deze stelling van de kliniek en oordeelt dat het omzetplafond dient te worden verhoogd.

Feiten

Eiseres in deze kwestie is de Zuidoost Kliniek, een zelfstandige gynaecologische (poli)kliniek in Amsterdam. In 2012 heeft Zuidoost Kliniek met zorgverzekeraar Zilveren Kruis een zorgovereenkomst voor 2012 ondertekend, waarbij tussen partijen voor het eerst een omzetplafond is overeengekomen. Kort samengevat houdt het omzetplafond in dat Zuidoost Kliniek de door haar gedeclareerde zorg vergoed krijgt tot maximaal het overeengekomen bedrag van het omzetplafond. Zodra het plafond is bereikt, stopt Zilveren Kruis met het vergoeden van de zorg en verleent Zuidoost Kliniek het restant voor eigen rekening.

In 2014 ontstaat tussen Zuidoost Kliniek en Zilveren Kruis een discussie over de definitieve afrekening over het jaar 2012. Zilveren Kruis stelt dat het omzetplafond van 2012 is overschreden met € 267.456 en zij verzoekt Zuidoost Kliniek tot terugbetaling van dit bedrag. Zuidoost Kliniek heeft, vanwege de overschrijding van het omzetplafond, aan Zilveren Kruis om een 'eenmalige opwaartse aanpassing van het omzetplafond' over 2012 gevraagd. Partijen zijn er na nieuw overleg niet met elkaar uitgekomen, waarna Zilveren Kruis heeft aangekondigd het gevorderde bedrag te zullen verrekenen met openstaande declaraties. Zuidoost Kliniek heeft Zilveren Kruis in reactie gedagvaard. In reconventie vordert Zilveren Kruis het bedrag waarmee het budgetplafond in 2012 is overschreden.

Beoordeling

Op grond van de regelgeving van de Wet marktordening zorg (Wmg) wordt de zorg die Zuidoost Kliniek verleent vertaald naar een zogeheten 'DBC'. Een DBC staat voor een compleet zorgtraject, inclusief onder andere een consult, diagnostiek en behandeling. Elke DBC kent een eigen tarief, zodat op basis van die DBC de declaratie aan de zorgverzekeraar plaatsvindt. Zuidoost Kliniek verleende in 2012 hoofdzakelijk zorg aan patiënten volgens het 'one-stop-shop principe'. Dit principe houdt in dat consulten, diagnoses en behandelingen (oftewel: de gehele DBC) zo mogelijk op één dag worden geopend en afgerond. Een DBC wordt vervolgens gedeclareerd zodra het DBC-traject is afgesloten. Bij een 'one-stop-shop' wordt een DBC vaak dezelfde dag nog gedeclareerd, waardoor de zorg boekhoudkundig bijna altijd werd gedeclareerd in het huidige boekjaar.

Per 1 januari 2012 is de DBC-systematiek echter gewijzigd. 'One-stop-shops' worden niet langer gezien als afzonderlijke zorgtrajecten, maar als subtrajecten, die voortaan deel uitmaken van afzonderlijke, langlopende zorgtrajecten. Een ander gevolg is dat de openingsdatum van een subtraject bepalend wordt voor het jaar waaraan de omzet wordt toebedeeld. De gewijzigde regelgeving heeft voor Zuidoost Kliniek nadelige gevolgen. De declaraties voor de patiënten die zich in 2013 (opnieuw) bij de kliniek melden voor een behandeling, nadat in 2012 reeds een subtraject was afgesloten en gedeclareerd, komen boekhoudkundig ten laste van het jaar 2012, aangezien in dat jaar het subtraject is geopend. Zuidoost Kliniek betoogt derhalve dat de omzet van 2012 om deze reden een stuk hoger is dan het bedrag dat zij aanvankelijk met Zilveren Kruis heeft begroot.

Zuidoost Kliniek heeft zich beroepen op wederzijdse dwaling als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 sub c BW. De Kliniek betoogt dat de zorgovereenkomst 2012 is gesloten bij een onjuiste voorstelling van zaken; partijen hadden weliswaar kennis van de per 1 januari 2012 geldende DBC-regelgeving, maar hebben niet alle effecten van die regelgeving overzien toen zij met elkaar onderhandelden over de hoogte van het omzetplafond. Zuidoost Kliniek stelt daardoor nadeel te hebben geleden, het overeengekomen omzetplafond is te laag.

De rechtbank volgt deze stelling van Zuidoost Kliniek en passeert de verweren van Zilveren Kruis die daarop betrekking hebben. De rechtbank overweegt dat de dwaling betrekking heeft op het feit dat, op grond van de gewijzigde regelgeving, de openingsdatum van het nieuwe subtraject kwam te liggen in 2012, terwijl de zorg feitelijk werd geleverd in 2013. Als gevolg van deze regelgeving nam de omzet van 2012 toe, en dit effect hebben beide partijen bij het aangaan van de zorgovereenkomst 2012 niet voorzien. De rechtbank hecht daarbij veel waarde aan het feit dat partijen bij het bepalen van het omzetplafond zijn uitgegaan van de totale omzet die Zuidoost Kliniek in 2011 heeft gerealiseerd, omdat hieruit blijkt dat partijen een omzetplafond hebben willen overeenkomen dat was gebaseerd op reële omzetcijfers. De rechtbank verwijst voorts naar een brief van Zilveren Kruis, waaruit blijkt dat noch Zuidoost

Kliniek, noch Zilveren Kruis het effect van de systeemwijziging volledig had voorzien.

De rechtbank komt tot het oordeel dat zowel Zuidoost Kliniek als Zilveren Kruis van een onjuiste voorstelling van zaken is uitgegaan bij de onderhandelingen over het omzetplafond, waardoor Zuidoost Kliniek nadeel heeft geleden. De rechtbank besluit daarom om het overeengekomen omzetplafond met terugwerkende kracht naar boven bij te stellen, zodat het nadeel van Zuidoost Kliniek wordt gecompenseerd. De rechtbank geeft partijen in dat kader de gelegenheid om zich uit te laten over de gevolgen van de gewijzigde DBC-systematiek. De rechtbank zal na kennisneming van beide akten beslissen met welk bedrag het in 2012 overeengekomen omzetplafond moet worden verhoogd. De vordering in reconventie wordt door de rechtbank toegewezen, met dien verstande dat het bedrag waarmee het budgetplafond is overschreden wordt verrekend.

mr. B. Wallage en mr. K.N.R. Knol

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 01-03-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:4839

Zaaknummer: C-09-498238-HA ZA 15-1170

Advocaten: C.J.M. Vernooij en T.R.M. van Helmond

Wetsartikelen: 6:228 lid 1 sub c BW