

Nieuwsbrief Gezondheidszorg

VAN BENTHEM & KEULEN
advocaten & notariaat

21 april 2010, nr. 2

Een uitgave van de praktijkgroep
gezondheidsrecht

Inhoudsopgave

[Arrest HR: mislukte abortus, herkansing en schadevergoeding](#)
[Wet uitbreiding bestuurlijke handhaving gezondheidswetgeving](#)
[Wat moet u doen bij een inval van de NMa?](#)

Nog maar net hebt u onze eerste digitale nieuwsbrief Gezondheidszorg ontvangen of er volgt alweer een tweede. Dit is inherent aan onze intentie om u van alle recente ontwikkelingen op de hoogte te houden. Wij wensen u veel leesplezier.

Arrest van de Hoge Raad: mislukte abortus, herkansing en schadevergoeding

Op vrijdag 16 april jl. (de Hoge Raad wijst op vrijdagen zijn arresten) heeft de Hoge Raad in een opmerkelijke zaak het cassatieberoep verworpen tegen twee tussenarresten van het gerechtshof Amsterdam.

Feiten

Op 14 januari 1998 wendde mevrouw A. zich in verband met de afbreking van zwangerschap die toen 6 weken en 4 dagen was gevorderd, tot de gynaecoloog verbonden aan het Bovenij Ziekenhuis. Op 30 januari 1998 werd een vacuümcurettagage uitgevoerd en op 25 maart 1998 werd tijdens een controle-echo ontdekt dat de zwangerschap nog intact was (inmiddels 16 à 17 weken). De gynaecoloog heeft mevrouw A. een tweede abortus voorgesteld, maar zij zag daarvan af waarna zij is bevallen van een zoon.

Mevrouw A. stelde het ziekenhuis aansprakelijk voor de mislukking van de curettage, nu deze te wijten was aan een medische fout en zij vorderde veroordeling van het ziekenhuis tot vergoeding van immateriële en materiële schade die zij leed en nog zou lijden, bestaande in de kosten van de geboorte en het levensonderhoud van haar zoon, op te maken bij staat, alsmede tot betaling van een voorschot op die schadevergoeding van € 25.000,00.

De rechtbank Amsterdam heeft de vordering van mevrouw A. afgewezen en in hoger beroep heeft het hof, naast het verwerpen van een verjaringsverweer van het ziekenhuis, aan het ziekenhuis opgedragen te bewijzen dat mevrouw A., toen zij zich na de mislukte curettage bij de gynaecoloog meldde, meegedeeld zou hebben dat zij plotseling toch kinderwens had en daarom geen prijs stelde op een tweede abortuspoging.

Mevrouw A. had betwist een dergelijke mededeling aan de gynaecoloog te hebben gedaan en uiteindelijk heeft het hof meer waarde gehecht aan de getuigenverklaring van mevrouw dan aan die van de gynaecoloog. Overigens was uit de stellingen van mevrouw wel af te leiden dat zij op een later tijdstip wel een kind had gewenst en dan ook kosten van een kind voor haar rekening had gekregen. De schade kon daarom niet groter zijn dan de kosten die verband houden met de omstandigheid dat zij eerder een kind heeft gekregen dan zij wenste.

Ten aanzien van de grieven van het ziekenhuis, gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de geboorte van de zoon niet als een gevolg van de medische fout van de gynaecoloog kan worden aangemerkt oordeelde het hof:

“4.7 Het Hof stelt in dit verband voorop dat de beslissing omtrent het al dan niet afbreken van zwangerschap een hoogst persoonlijke beslissing van de vrouw is, gegrond op haar

zelfbeschikkingsrecht. De aard van de beslissing brengt mee dat die (mede) zal (kunnen en mogen) zijn ingegeven door subjectieve overwegingen, die zich niet lenen voor externe toetsing. [verweerster] heeft bij de aanvang van haar zwangerschap besloten tot het afbreken daarvan.

Het mislukken van de ingreep bracht mee dat zij enkele maanden later opnieuw stond voor de beslissing om de zwangerschap al dan niet af te breken. De zwangerschap was toen echter niet meer in het aanvangsstadium, immers al meer dan 16 weken gevorderd, en de ingreep zou niet dezelfde zijn als die bij de aanvang van de zwangerschap. Het was aan [verweerster] zelf om in die omstandigheden opnieuw en in vrijheid te beslissen, ongeacht de overwegingen die hadden geleid tot de eerdere beslissing om de zwangerschap af te breken.

Bij het persoonlijke karakter van de beslissing omtrent het al of niet afbreken van de zwangerschap past niet dat de tweede beslissing [verweerster] kan worden tegengeworpen in die zin dat zij haar aanspraak op schadevergoeding wegens de fout van [de gynaecoloog] (geheel of deels) zou verliezen indien zij er niet voor zou kiezen de gevolgen van die fout door een nieuwe ingreep ongedaan te maken.

De beslissing van [verweerster] om de zwangerschap niet (meer) af te breken, brengt daarom niet zonder meer mee dat de geboorte van [de zoon] niet meer aan [de gynaecoloog] kan worden toegerekend als een gevolg van diens fout. In zoverre treffen de grieven 1 tot en met 4 doel.

4.8 Het voorgaande wordt echter anders indien waar is wat het Ziekenhuis heeft aangevoerd, namelijk dat [verweerster] zich op 25 maart 1998 had bedacht en inmiddels een kind wenste. Er mag worden aangenomen dat dit het geval is, indien [verweerster] zich toen in die zin tegenover [de gynaecoloog] heeft uitgelaten. [Verweerster] heeft echter betwist dergelijke mededelingen te hebben gedaan. Het Ziekenhuis, dat zich op dergelijke mededelingen beroept teneinde van aansprakelijkheid te worden bevrijd, heeft de last die mededelingen te bewijzen. Overeenkomstig zijn aanbod zal het daartoe worden toegelaten.”

Dat het hof aan de getuigenverklaring van de gynaecoloog minder (geen) waarde heeft gehecht dan aan die van mevrouw A. kan niet leiden tot cassatie. Uitgangspunt is dat het aan de feitenrechter (wat de Hoge Raad niet is, maar het hof wel) is overgelaten om getuigenverklaringen te wegen en te beoordelen.

Overigens werd de verklaring van mevrouw A. ondersteund door verklaringen van een andere getuige, een psycholoog. In de praktijk zal een zaak als deze zich waarschijnlijk niet met regelmaat voordoen, maar de uitspraak in deze opmerkelijke zaak wilden wij u niet onthouden.

Jacqueline Meyst-Michels

Wet uitbreiding bestuurlijke handhaving gezondheidswetgeving

Vorige week, op 13 april 2010, heeft de Eerste Kamer ingestemd met de Wet uitbreiding bestuurlijke handhaving volksgezondheidswetgeving (Wubhv). Deze wet treedt op de dag na publicatie in het Staatsblad in werking. Wanneer de wet in het Staatsblad gepubliceerd zal worden, is nog niet bekend. Na inwerkingtreding van deze wet kan de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) bestuurlijke boetes opleggen. Bovendien mag de IGZ patiëntendossiers inzien, zonder toestemming van de patiënt. Ten slotte komt er een registratieplicht voor zogenaamde privéklinieken en particuliere verpleeg- en verzorgingshuizen die niet volgens de WTZi zijn toegelaten.

Waarvoor welke bestuurlijke boete?

Door de Wubhv krijgt de Minister van VWS de bevoegdheid om bij overtreding van gezondheidswetgeving zoals bijvoorbeeld de Kwaliteitswet zorginstellingen, de Wet op de Beroepen in de individuele gezondheidszorg, de Wet klachtrecht cliënten zorgsector of de Wet op de medische hulpmiddelen een bestuurlijke boete op te leggen. Deze bevoegdheid mandateert de minister aan de IGZ. De op te leggen boetes variëren van € 6700,- tot € 900.000,- per overtreding. De gedachte is dat de IGZ met deze bevoegdheid slagvaardiger en meer op maat invulling kan geven aan haar taak. Het gaat dan met name om overtredingen waarbij geen gevaar dreigt voor de gezondheid en veiligheid van personen. In dat laatste geval zal het strafrecht prevaleren.

Wanneer inzage in patiëntendossiers?

Verder zijn de met toezicht belaste ambtenaren van de IGZ, voor zover dit noodzakelijk is voor hun taak, bevoegd tot inzage in de patiëntendossiers. Wanneer de betrokken

beroepsbeoefenaar, bijvoorbeeld de arts, uit hoofde van zijn beroep tot geheimhouding van het dossier verplicht is, geldt deze verplichting ook voor de betrokken ambtenaar. De IGZ heeft dus een afgeleid beroepsgeheim van de arts of andere geheimhouders. Het OM kan bij de IGZ geen gegevens vorderen als de IGZ daarvoor de geheimhoudingsplicht zou moeten schenden volgens de Minister van VWS. De ambtenaren van de IGZ hebben ook geen aangifteplicht ingevolge artikel 162 Sv wanneer zij zich kunnen beroepen op hun beroepsgeheim.

Verschuillende fracties van de Eerste Kamer hadden grote bezwaren tegen het wetsvoorstel in verband met het vorderen van gegevens en het afgeleide beroepsgeheim. Naar aanleiding van die bezwaren is een notitie gemaakt inzake aanvulling op het Informatieprotocol IGZ-OM. In het Informatieprotocol IGZ-OM staat hoe het OM en de IGZ informatie uitwisselen. In de notitie die aan de Eerste kamer is aangeboden staat: *'Het Openbaar Ministerie beschikt bij haar onderzoek al over een aangifte en zal, indachtig de jurisprudentie van de Hoge Raad over veronderstelde toestemming van de overleden patiënt, een afschrift van het medisch dossier dienen te ontvangen van de zorgverlener of de zorginstelling in die gevallen waarin de zorgverlener of zorginstelling als verdachte is aan te merken.'*

Met onder andere deze toevoeging is het wetsvoorstel aangenomen door de Eerste Kamer. Deze notitie wordt na de inwerkingtreding van de Wubhv toegevoegd aan het Informatieprotocol IGZ-OM.

Bovengenoemde passage geeft echter geen juiste weergave van de jurisprudentie van de Hoge Raad. De IGZ en het OM gaan uit van de regel dat ingeval de zorgverlener als verdachte is aan te merken, verondersteld kan worden dat de patiënt toestemming zou geven voor inzage in zijn of haar dossier. Het verschoningsrecht zou dan niet gelden. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat het medisch beroepsgeheim en het verschoningsrecht pas doorbroken mogen worden wanneer er sprake is van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden'. De beantwoording van de vraag welke omstandigheden als 'zeer uitzonderlijk' moeten worden aangemerkt, is niet in een algemene regel te vatten.

Als toestemming al verondersteld zou mogen worden in een dergelijke situatie, betekent dat niet zonder meer dat dan het verschoningsrecht doorbroken zou moeten worden. Immers, het verschoningsrecht dient ook het algemene belang dat eenieder zich zonder vrees voor bekendmaking van vertrouwelijke informatie tot een arts moet kunnen wenden. Voorts is van belang dat volgens het Informatieprotocol IGZ-OM van veronderstelde toestemming sprake is als de direct nabestaanden toestemming geven voor inzage.

Dat heeft de Hoge Raad evenmin geconcludeerd. Het beroepsgeheim duurt immers voort na de dood. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de toestemming van een overledene gereconstrueerd worden, maar in algemene zin kan daar niet van worden uitgegaan. Registratieplicht privéklinieken/tehuizen?

Een derde onderwerp dat in de Wubhv geregeld wordt is de registratieplicht van zorginstellingen die niet onder de reikwijdte van de WTZi vallen. Dat zijn instellingen die zorg verlenen waarop geen aanspraak bestaat krachtens de Zorgverzekeringswet of de AWBZ. Deze instellingen vallen in de meeste gevallen wel onder de reikwijdte van, bijvoorbeeld, de Kwaliteitswet zorginstellingen. Deze instellingen moeten zich melden bij de Minister van VWS. Doen zij dat niet, dan riskeren zij een bestuurlijke boete van ten hoogste € 33.500.

Conclusie

De Wubhv is niet zonder slag of stoot door de Eerste Kamer aangenomen. De datum van inwerkingtreding is nog niet bekend. Zodra de wet in werking treedt, zal moeten worden afgewacht hoe de Minister van VWS en de IGZ omgaan met het opleggen van bestuurlijke boetes, het inzien van patiëntendossiers en het registreren van privéklinieken en -tehuizen. Graag geven wij u mee dat het mogelijk is bezwaar te maken tegen het opleggen van een bestuurlijke boete. U moet daarbij dan wel de bezwaartermijnen goed bewaken. Mocht u daarbij juridische ondersteuning nodig hebben, neemt u dan vooral contact met ons op. Datzelfde geldt wanneer u vragen hebt over inzage in een medisch dossier door de IGZ of de registratie van uw kliniek of tehuis bij de Minister van VWS.

Simona Tiems en Ilse de Groot

Wat moet u doen bij een inval van de NMa?

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft in haar NMa-Agenda 2010/2011 de

zorg als aandachtsveld aangewezen. Meer in het bijzonder zal de aandacht zich richten op de thuiszorg, farmacie, zorgverzekeringen en ziekenhuizen. De zorgsector stond in 2009 ook al volop in de belangstelling van de NMa, met name vanwege de spraakmakende fusiezaak tussen de Zeeuwse ziekenhuizen.

Bedrijfsbezoeken

Indien de NMa een vermoeden heeft dat de Mededingingswet (Mw) is overtreden (kartelverbod, artikel 6(1) Mw of verbod misbruik te maken van een machtspositie artikel 24(1) Mw), kan zij een bedrijfsbezoek (dawn raid) afleggen. Ingeval een overtreding van artikel 6(1) Mw of artikel 24(1) Mw wordt geconstateerd, kan de NMa een boete oplegen van ten hoogste € 450.000,-- of indien dat meer is, van ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming.

Academische ziekenhuizen

In februari 2010 heeft de NMa onaangekondigde bedrijfsbezoeken afgelegd bij het Bureau SIGRA Dienstverlening (een samenwerkingsverband van gezondheidszorginstellingen in de regio Amsterdam) en een tweetal academische ziekenhuizen. De NMa vermoedde afspraken die de concurrentie belemmeren, meer in het bijzonder marktverdelingsafspraken en is een onderzoek begonnen naar het postcodebeleid. Dit vermoeden had de NMa gekregen naar aanleiding van tips van patiënten en het AVRO radioprogramma "De praktijk". Sommige ziekenhuizen zouden patiënten weigeren, omdat ze niet in de omgeving (postcodegebied) van het ziekenhuis wonen. De NMa onderzoekt dan ook of de keuzevrijheid van patiënten in het geding is door eventuele marktverdelings-afspraken tussen de ziekenhuizen onderling of in SIGRA-verband.

Landelijke Huisartsen Vereniging

Afgelopen week heeft de NMa onaangekondigd bedrijfsbezoeken uitgevoerd bij meerdere kantoren van de Landelijke Huisartsen Vereniging (LHV). Ook in dit geval onderzoekt de NMa mogelijke marktverdeling, naar aanleiding van tips en signalen van patiënten. Zij zouden bij de NMa hebben aangegeven niet van huisarts te kunnen overstappen binnen de regio, omdat de huisartsen hen zouden weigeren aan te nemen. Dit zou ertoe leiden dat patiënten niet meer in vrijheid kunnen kiezen voor een huisarts.

De NMa onderzoekt daarnaast het vestigingsbeleid van huisartsen. De gevestigde huisartsen zouden nieuwe huisartsen belemmeren om zich te vestigen binnen een bepaalde regio. Wanneer zij zich willen vestigen zouden zij thans toestemming moeten krijgen van huisartsen in die regio. Zonder die toestemming zouden zij worden uitgesloten van noodzakelijke samenwerkingsverbanden.

Concurrentieafspraken?

Markt- of klantverdelingsafspraken zijn in beginsel per se verboden onder artikel 6(1) Mw (kartelverbod). Het betreft zogenaamde "hardcore" beperkingen. Patiënten hebben een vrije artskeuze. (Huis)artsen mogen hen alleen vanwege medische (kwalitatieve) redenen weigeren. De LHV noemt als voorbeeld het weigeren van patiënten wanneer de wachttijden van de huisarts te lang zijn of wanneer de huisarts niet binnen vijftien minuten bij de patiënt kan zijn. Ook wanneer de arts gewichtige redenen of geen overeenkomst met de verzekeraar heeft, kan hij patiënten weigeren.

Wat te doen bij een inval?

Gezien de zorgagenda van de NMa en de recente invallen van de NMa, is wel duidelijk dat het de NMa ernst is. Mocht uw zorgonderneming door ambtenaren van de NMa, in het kader van een onderzoek naar overtreding van de Mededingings-wet worden bezocht, dan verwijzen wij u graag naar onze website www.vbk.nl (publicaties mededingingsrecht). Daar kunt u geheel kosteloos een protocol downloaden, waarin op praktische wijze uiteen wordt gezet hoe te handelen in het geval van een bedrijfsbezoek door de NMa bij uw onderneming

Caroline Lagendijk en Ilse de Groot

Abonneren

Wilt u een gratis abonnement op de Nieuwsbrief Gezondheidsrecht, stuur dan een e-mail met uw gegevens aan stiems@vbk.nl

Opzeggen

Wilt u uw abonnement op de Nieuwsbrief Gezondheidsrecht stopzetten, dan kan dat met een e-mail naar stiems@vbk.nl

Niet goed ontvangen?

De Nieuwsbrief Gezondheidsrecht wordt in principe verzonden als HTML-bestand. Echter, niet alle e-mail programma's gaan hier even goed mee om. Ontvangt u de Nieuwsbrief Gezondheidsrecht niet goed, dan kunt u de nieuwsbrief ook in de vorm van onbewerkte tekst ontvangen. Maak dit dan kenbaar door een e-mail te sturen waarin u de problemen met het ontvangen van de nieuwsbrief toelicht.

Reageren

U kunt uw reacties of suggesties via een e-mail aan ons kenbaar maken.

stiems@vbk.nl of telefoonnummer 030-2595537

Copyrights

Wanneer u een artikel of passage wilt overnemen, verzoeken wij u de bron te vermelden en ons een exemplaar van uw publicatie te zenden.

Onze website: www.vbk.nl