

A photograph of a hospital ward with several beds lined up. The beds have white linens and metal frames. In the background, there is a glass door with the text 'Station E30' visible. The lighting is soft and indoor.

Maak kennis met

Gezondheidszorg

Voorjaar 2015

Dirkzwager

advocaten & notarissen

Inleiding

In de afgelopen periode hebben de juridische specialisten van Dirkwager er weer voor gezorgd dat veel mensen de antwoorden op juridische vraagstukken hebben weten te vinden. Via onze juridische kennisportal www.partnerinkennis.nl en in het bijzonder op de kennispagina van onze sectie gezondheidszorg (www.dirkwagergezondheidszorg.nl).

In deze bundel vindt u alle artikelen die in het eerste half jaar van 2015 door onze specialisten zijn gepubliceerd op die betreffende kennispagina. Voor zover u die nog niet heeft kunnen lezen, overzichtelijk gebundeld op volgorde van plaatsingsdatum.

Veel leesplezier.

Dirkwager zorgt dat u het weet.

Inhoud

Inleiding	2
Jeugdwetperikelen 2: grenzen aan de mogelijkheden van niet-gecertificeerde Bureaus Jeugdzorg	4
Jeugdwetperikelen 3: het uitvoeren van een ondertoezichtstelling zonder wettelijk basis kan volgens de rechtbank Zeeland-West-Brabant	7
Goed hulpverlenerschap of seksueel grensoverschrijdend gedrag?	10
Moet cliëntmedezeggenschap op instellingsniveau ook op het niveau van de instelling worden georganiseerd?	12
LSR geeft Tweede Kamer advies over medezeggenschap	14
Jeugdwetperikelen 4: geen formeel besluit nodig voor opname in een gesloten accommodatie?	16
Een vangnet(je) voor zorgkosten	19
Compliance en integriteit gaan hand in hand. De LCOZ helpt hierbij.	21
Wetenswaardigheden Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting	23
Een niet alledaagse tuchtzaak	24
Cz zorgkantoor stelt (te) vergaande eisen aan de governance van zorginstellingen	26
Rechtbank Rotterdam: de NPCF is niet aan te merken als consumentenorganisatie	28
Nationaal integriteitscongres 17 juni 2015, zorg voor integriteit	31
Geen tuchtrechtelijke toetsing BIG-geregistreerd inspecteur IZG	32
CZ zorgkantoor teruggefloten bij uitleg ZGC	34
Strafrechtelijke veroordeling voor orthopedisch chirurg	37
Minister Schippers: scherper toezicht op nieuwe zorgaanbieders	40
CZ Zorgverzekeraar geen aanbestedende dienst	41
Het interstatelijk effect van staatssteun in de zorgsector	43
Commissie Meurs stelt benadering hoofdbehandelaarschap in GGZ ter discussie	46
Boodschap onderzoeksbureau: geen verdere formalisering en juridisering cliëntmedezeggenschap	48
ACM: compliance is welbegrepen eigenbelang	50
Strafrechtelijke veroordeling voor 'neparts'	53
Homoseksuelen niet permanent uitsluiten als bloeddonor	55
NZA: ruimte en rust voor de medisch specialistische zorg in 2016	59
Intensivisten verwerpen nieuwe IC-Richtlijn	60

Jeugdwetperikelen 2: grenzen aan de mogelijkheden van niet-gecertificeerde Bureaus Jeugdzorg

Zoals ik in een eerder artikel over de Jeugdwet al heb beschreven, worden de kinderschermingsmaatregelen ondertoezichtstelling (OTS) en voogdij sinds 1 januari jl. uitgevoerd door zogenaamde 'gecertificeerde instellingen' (GI). Deze instellingen hebben na positief te zijn beoordeeld door het Keurmerk-instituut van dit instituut een certificaat gekregen. Alle instellingen die een certificaat hebben aangevraagd voerden vóór 1 januari 2015 ook al kinderschermingsmaatregelen uit. Het betreft met name de provinciale Bureaus Jeugdzorg (BJZ).

Alle Bureaus Jeugdzorg, met uitzondering van Bureau Jeugdzorg Noord-Brabant (BJZNB), zijn ook gecertificeerd en kunnen daardoor als GI nog steeds kinderschermingsmaatregelen uitvoeren. De uitvoering van de kinderschermingsmaatregel ondertoezichtstelling (OTS) houdt in dat een gezinsvoogd van een GI het gezin van de onder toezicht gestelde jeugdige begeleidt om er voor te zorgen dat de problemen worden opgelost die bij het opgroeien van de jeugdige bestaan. Als het volgens de gezinsvoogd noodzakelijk is dat een jeugdige en/of diens ouders bijvoorbeeld in therapie gaan om deze problemen op te lossen, kan de gezinsvoogd deze vorm van jeugdhulp inzetten. Ook de plaatsing van de jeugdige in een pleeggezin of een gesloten accommodatie zijn vormen van jeugdhulp die een gezinsvoogd nodig kan vinden om de problemen op te lossen. Om deze vormen van jeugdhulp daadwerkelijk in te kunnen zetten, moet een GI een aanvraag bij de kinderrechter indienen. Omdat de gezinsvoogd, en daarmee de GI waarvoor hij werkt, geacht wordt het beste op de hoogte te zijn van de situatie van de jeugdige is een GI ook bevoegd een verlenging van een OTS bij de kinderrechter aan te vragen. Als een instelling géén bevoegdheid heeft om een verlenging of bijvoorbeeld een machtiging uithuisplaatsing aan te vragen, beoordeelt een rechter dit verzoek niet inhoudelijk en wijst het direct af. Het verzoek is in dat geval niet-ontvankelijk.

Als gezegd zijn niet alle Bureaus Jeugdzorg (BJZ) op tijd gecertificeerd, BJZNB heeft namelijk geen certificaat. Hierdoor rijst de vraag wat BJZNB sinds 1 januari 2015 nog mag doen en of een rechter de verschillende mogelijke verzoeken van

BJZNB nog in behandeling neemt. Hierover zijn recentelijk drie uitspraken gepubliceerd: twee van de rechtbank Oost-Brabant en één van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.

Op 27 januari 2015 oordeelde de rechtbank Oost-Brabant over een verzoek van BJZNB tot verlening van een machtiging tot uithuisplaatsing van een jeugdige. Dit verzoek was na 1 januari 2015 ingediend. De rechtbank oordeelde dat het indienen van dit verzoek het uitvoeren van een ondertoezichtstelling inhoudt. Omdat het overgangsrecht uit de Jeugdwet bepaalt dat de uitvoering van een ondertoezichtstelling die vóór 1 januari jl. aan een BJZ is opgedragen ná die datum door hetzelfde BJZ uitgevoerd wordt, óók als het BJZ niet gecertificeerd is, is het verzoek van BJZ ontvankelijk verklaard. Het Hof oordeelde op 16 februari 2015 in een andere zaak op vergelijkbare wijze over een verzoek tot opnemning van een jeugdige in een gesloten accommodatie.

Anders was het in een zaak waarover dezelfde rechtbank Oost-Brabant op 16 januari 2015 oordeelde. BJZNB had in deze zaak op 5 januari 2015 een verzoek tot verlening van een lopende ondertoezichtstelling ingediend. Omdat op grond van de Jeugdwet een GI wél en een BJZ géén verlengingsverzoek kan indienen, werd het verzoek van BJZNB niet-ontvankelijk verklaard. Het overgangsrecht kon BJZNB volgens de rechtbank in dit geval kennelijk niet helpen. Of dit standpunt juist is, is de vraag.

De Jeugdwet bepaalt namelijk dat de uitvoering van een ondertoezichtstelling door een BJZ zonder certificaat mogelijk is "*totdat de kinderrechter een verlenging van de ondertoezichtstelling*" heeft uitgesproken. Als het aanvragen van een verlenging daarnaast geldt als uitvoering van een ondertoezichtstelling, dan had BJZNB dit verzoek wel in kunnen dienen. Deze lezing ligt ook voor de hand als bedacht wordt dat de reden dat een BJZ voorheen een verlengingsverzoek in kon dienen was dat BJZ geacht werd het beste op de hoogte te zijn van de situatie van de jeugdige. Dit geldt ná 1 januari 2015 uiteraard nog steeds. De mogelijkheid voor BJZNB om een OTS na verlenging uit te voeren kan op geen enkele manier ingelezen worden in de bepalingen over het overgangsrecht. De OTS zal na verlenging door een andere instelling die wel is gecertificeerd uitgevoerd moeten worden waardoor de kans bestaat dat de jeugdige een andere gezinsvoogd krijgt.

Uit deze uitspraken en het overgangsrecht waarop zij zijn gebaseerd, volgt dus dat een niet-gecertificeerd BJZ lopende OTS-en mag blijven uitvoeren en indien

noodzakelijk ook een machtiging tot uithuisplaatsing en/of opneming in een gesloten accommodatie kan indienen. Een verzoek tot verlenging van een OTS mag niet meer worden ingediend. Datzelfde geldt voor de uitvoering van de OTS ná verlenging.

Lieske de Jongh

T: +31 (0)24 381 31 28

E: dejongh@dirkzwager.nl

Jeugdwetperikelen 3: het uitvoeren van een ondertoezichtstelling zonder wettelijk basis kan volgens de rechtbank Zeeland-West-Brabant

Sinds de invoering van de Jeugdwet mogen enkel gecertificeerde instellingen (GI) ondertoezichtstellingen (OTS'en) uitvoeren. Het uitvoeren van een OTS houdt in dat een gezinsvoogd die bij een GI werkzaam is hulp, ondersteuning en begeleiding biedt aan een jeugdige en zijn gezin om de ernstige bedreiging in de ontwikkeling van de jeugdige te verminderen en/of op te lossen die de aanleiding vormde voor de kinderrechter om de OTS te gelasten (artikel 1:255 Burgerlijk Wetboek). De hulp is er tevens op gericht de ouders zo veel mogelijk de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding van de kinderen te laten dragen. Bij oudere kinderen is bovendien vergroting van hun zelfstandigheid een doel van de OTS. Een gezinsvoogd werkt dus nauw samen met de jeugdige en diens gezin.

Gecertificeerde instellingen zijn instellingen die voor onder andere het uitvoeren van OTS'en een certificaat van het Keurmerkinstituut hebben ontvangen. Het Keurmerkinstituut geeft slechts een certificaat af als de gecontroleerde instelling voldoet aan uiteenlopende kwaliteitsnormen en -eisen. Zoals in een eerder artikel aan de orde is gekomen, is Bureau Jeugdzorg Noord-Brabant (BJZNB) niet gecertificeerd. BJZNB voerde vóór 1 januari 2015 OTS'en uit. Strikt genomen zou dit meebrengen dat BJZNB sinds 1 januari 2015 geen OTS'en meer zou mogen uitvoeren. In het belang van de continuïteit van zorgverlening heeft de wetgever er echter voor gekozen om voor dit soort situaties een overgangsbepaling in de Jeugdwet op te nemen, namelijk artikel 10.7 Jeugdwet. Een instelling die vóór 1 januari jl. een OTS uitvoerde mag deze blijven uitvoeren totdat de kinderrechter een verlenging van de OTS heeft uitgesproken. Uit een uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant die in een eerder artikel is besproken, volgt dat de rechtbank van oordeel was dat BJZNB zelfs geen verlenging van een OTS meer mocht aanvragen.

De rechtbank Zeeland-West-Brabant komt in een uitspraak van 27 februari 2015 tot een compleet ander oordeel. Aanleiding voor de uitspraak is het verzoek tot verlenging van een lopende OTS dat BJZNB in januari 2015 heeft aangevraagd. Anders

dan in de eerder besproken uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant oordeelde de rechtbank Zeeland-West-Brabant dat dit verzoek van BJZNB wél ontvankelijk was. Dit is, zoals in het eerdere artikel al heb opgemerkt, zeer goed verdedigbaar, omdat het aanvragen van een verlenging kan worden gekwalificeerd als het uitvoeren van een OTS en daartoe is BJZNB op grond van artikel 10.7 Jeugdwet bevoegd. In dit opzicht is de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant te billijken. Zodra de OTS echter verlengd is, kan BJZNB deze niet meer uitvoeren. Artikel 10.7 Jeugdwet bepaalt immers dat een niet-gecertificeerde instelling die voor 1 januari 2015 OTS'en uitvoerde deze mag blijven uitvoeren totdat de kinder-rechter een verlenging van de ondertoezichtstelling heeft uitgesproken.

De rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft echter in dezelfde uitspraak van 27 februari 2015, in strijd met artikel 10.7 Jeugdwet, bepaald dat BJZNB de OTS ook ná de verlenging mag blijven uitvoeren. Volgens de rechtbank is het "*in de onderhavige zaak niet in het belang van de minderjarige te achten is*" dat BJZNB de OTS niet uitvoert. De rechtbank heeft daarop bepaald dat BJZNB de OTS kan blijven uitvoeren "*onder de ontbindende voorwaarde dat (...) [BJZNB] per 1 april 2015 is gecertificeerd*." Indien BJZNB op 1 april nog steeds niet gecertificeerd is, vervalt de OTS. Tot die datum heeft BJZNB dezelfde bevoegdheden en taken als een GI en dient zij die taken naar behoren uit te voeren. Zodra BJZNB een certificaat ontvangt, berust vanaf de datum van certificering de uitvoering van de OTS bij GI Noord-Brabant.

Als gezegd heeft de rechtbank deze keuze gemaakt in het belang van de minderjarige. Indien BJZNB de OTS niet had kunnen uitvoeren was de kans groot geweest dat de jeugdige en diens gezin een andere gezinsvoogd hadden gekregen, terwijl de gezinsvoogd die bij het gezin betrokken is naar verwachting al een band heeft opgebouwd met de jeugdige en diens gezin die noodzakelijk is voor een goede taakvervulling. Zeker als BJZNB, zoals kennelijk de verwachting is, ruim een maand na de uitspraak al een certificaat ontvangt, zou het disproportioneel zijn om een andere GI aan te wijzen en daarmee waarschijnlijk een andere gezinsvoogd. Wel dient bedacht te worden dat er ondanks deze legitieme redenen om BJZNB de OTS te laten uitvoeren sprake is van een uitvoering in strijd met de wet. Hoewel de rechter BJZNB dezelfde taken en verantwoordelijkheden heeft toegekend als een GI beschikt BJZNB daar in deze casus uiteraard niet over. Bevoegdheden kunnen

alleen bij of krachtens de wet worden toegekend en niet in strijd met de wet door een rechter. De vraag rijst daarmee ook wie verantwoordelijk (en aansprakelijk) is indien er problemen ontstaan bij de uitvoering van deze OTS.

Lieske de Jongh

T: +31 (0)24 381 31 28

E: dejongh@dirkzwager.nl

Goed hulpverlenerschap of seksueel grensoverschrijdend gedrag?

“De arts dringt niet verder door tot de privésfeer van de patiënt dan in het kader van de hulpverlening noodzakelijk is. De arts onthoudt zich van contacten van seksuele aard binnen de hulpverlening. Verbale of lijfelijke intimiteiten zijn niet toegestaan.” De tekst van gedragsregel II.11 van de Gedragsregels voor Artsen van de KNMG is duidelijk, maar het is bepaald niet altijd eenvoudig om precies te bepalen waar de grens tussen noodzaak en begeerte moet worden gesitueerd. Soms ook wel. Zoals in een recente tuchtaak (ECLI:NL:TGZCTG:2015:11), waarin een tandarts de grenzen wel heel erg duidelijk had overschreden.

De tandarts had foto's gemaakt van een patiënte, waarop letsel op het gelaat, de armen, de benen en een bil van de patiënte stonden afgebeeld. De foto's waren gemaakt op initiatief van de tandarts. De patiënte had zich ten behoeve van de fotosessie zelfs van haar ondergoed moeten ontdoen. Kort voor haar bezoek aan de tandarts was de patiënte gevallen en de tandarts wilde de patiënte naar eigen zeggen helpen bij de “verzekeringstechnische kant” van het letsel. Hij had zelf in het verleden namelijk ook problemen gehad met “gebrekkige dossiervorming” als gevolg van een fietsongeval.

Het Regionaal en het Centraal Tuchtcollege vinden het verhaal van de tandarts weinig plausibel en komen unaniem tot het oordeel dat de tandarts grensoverschrijdend en seksueel intimiderend gedrag heeft vertoond. Bij dit oordeel zal ongetwijfeld hebben meegespeeld dat de tandarts niet van zijn aanpak was teruggekomen toen de betreffende patiënte hem vroeg of het maken van foto's van haar algehele letsel eigenlijk wel noodzakelijk was. Ook de (enigszins retorische) vraag van een assistente of het niet primair tot de taak van de huisarts behoort om letsel vast te leggen dat zich niet in het hoofd-halsgebied bevindt, bracht de tandarts niet tot inkeer. De assistente werd tijdens de fotosessie zelfs weggestuurd. De opmerking tegen de patiënte: “Je bent een hele mooie vrouw, dat weet je zelf ook al” zal de zaak van de tandarts ten slotte ook geen goed hebben gedaan, ondanks het verweer van de tandarts dat hij met deze opmerking slechts zou hebben geprobeerd “om de patiënte gerust te stellen in die zin dat het met haar door de val afgebroken fronttanden wel weer goed zou komen.”

Beide tuchtcolleges oordelen dat de tandarts in strijd heeft gehandeld met de norm van goed hulpverlenerschap (art. 7:454 BW). Hij krijgt een berisping.

Tom van Malssen

T: +31(0)24 381 31 28

E: vanmalssen@dirkzwager.nl

Moet cliëntmedezeggenschap op instellingsniveau ook op het niveau van de instelling worden georganiseerd?

Een opvallend bericht bereikte enkele dagen geleden de in cliëntmedezeggenschap geïnteresseerde lezer: De Zuidoost-Brabantse Zorgaanbieder De Zorgboog heeft besloten om de cliëntmedezeggenschap op organisatieniveau weg te halen bij de (centrale) cliëntenraad en te situeren bij de ledenorganisatie (Zorgboogextra). Een representatieve ledenraad zal binnen De Zorgboog in de toekomst op het niveau van de organisatie de functie van cliëntenraad in de zin van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz) moeten vervullen. Deze beslissing lijkt enerzijds in lijn te zijn met het door de minister van VWS voorgestane beleid. Anderzijds is echter de vraag hoe de beslissing zich verhoudt tot de vigerende wettelijke kaders.

Artikel 2 van de Wmcz verplicht de zorgaanbieder namelijk om voor elke door hem in stand gehouden "instelling" een cliëntenraad in te stellen. Over de interpretatie van het begrip "instelling" is een pennenstrijd gaande die zo oud is als de Wmcz zelf. De Wmcz zélf is in artikel 1 sub b echter duidelijk: behoudens enkele specifieke uitzonderingen dient aansluiting te worden gezocht bij het instellingsbegrip uit de Wet toelating zorginstellingen (Wtzi). Met andere woorden: de zorgaanbieder dient een cliëntenraad in te stellen voor elke door hem in stand gehouden "instelling" in de zin van de Wtzi. De "hoogste" instelling binnen de zorgaanbieder is dus het "laagste" niveau waarop in *ieder geval* cliëntmedezeggenschap (met de daarbij behorende – deels verzwaarde – adviesrechten op het niveau van die instelling) georganiseerd moet worden.

Een zorgaanbieder mag (uiteraard) ook op "infra"- of "supra"-instellingsniveau cliëntmedezeggenschap organiseren, maar dit recht doet in beginsel niet af aan de plicht om in ieder geval op instellingsniveau cliëntenraden te installeren met bijbehorende adviesrechten op het niveau van de bewuste instelling. De vraag is of de beslissing van De Zorgboog met inachtneming van dit uitgangspunt is getroffen.

Anderzijds is het zo dat de minister van VWS al in haar beleidsbrief van 19 september 2013 ("Goed bestuur in de zorg") het uitgangspunt heeft opgenomen dat de *"eisen aan medezeggenschapsregelingen goed moeten aansluiten bij het soort zorgaanbieder die de zorg levert"*. De medezeggenschap dient daarom zo te worden geregeld dat zorgaanbieders en (de vertegenwoordigers van) cliënten *"de ruimte hebben om medezeggenschap zo in te richten dat het aansluit op de behoeften van beide partijen"*:

"De zorgaanbieder richt zijn medezeggenschapsstructuur zodanig in dat gewaarborgd is dat cliënten vanuit hun gemeenschappelijk belang invloed kunnen uitoefenen op besluiten van de zorgaanbieder die voor hen van wezenlijk belang zijn."

De beslissing van De Zorgboog om de cliëntmedezeggenschap op organisatieniveau te verplaatsen naar de ledenorganisatie lijkt met het door de minister voorgestane beleid in overeenstemming te zijn. In de woorden van de voorzitter van de Raad van Bestuur:

"In de praktijk (...) waren de leden van de [bestaande cliënten]raden vaak vertegenwoordigers van onze bewoners. Terwijl juist meer cliënten, jong én oud, thuis (blijven) wonen. Het bleek erg lastig om met deze opzet alle cliëntgroepen te betrekken. (...) Door de medezeggenschap onder te brengen bij ledenorganisatie Zorgboogextra kunnen we hier verandering in brengen."

Of een dergelijke verandering ook de toets der wet kan doorstaan zal moeten blijken.

Tom van Malssen

T: +31(0)24 381 31 28

E: vanmalssen@dirkzwager.nl

LSR geeft Tweede Kamer advies over medezeggenschap

Op 19 maart jl. zou in de Tweede Kamer het Algemeen Overleg Governance in de Zorg plaatsvinden. Het overleg is verplaatst naar 29 april aanstaande, maar dat heeft het Landelijk Steunpunt Cliëntmedezeggenschap (LSR) er niet van weerhouden om de Vaste Commissie voor VWS alvast een aantal aandachtspunten (<http://www.dzw.gr/ac165>) te doen toekomen die zien op de positie van cliëntenraden.

Het advies van het LSR sluit grotendeels aan bij de strekking van de beleidsbrief van de minister en de staatssecretaris van VWS van 22 januari 2015. Zo stelt het LSR voor om het bestaande adviesrecht van cliëntenraden te vervangen door een instemmingsrecht. Niet helemaal duidelijk is echter op welk type besluiten het voorstel van het LSR betrekking heeft. Het LSR spreekt namelijk slechts over *“onderwerpen die de kwaliteit van zorg betreffen”*. In de beleidsbrief van 22 januari jl. werd gesproken over *“onderwerpen die nauw raken aan de dagelijkse leefomgeving van cliënten”*. In beide gevallen is onduidelijk of dit de onderwerpen zijn ten aanzien waarvan op dit moment conform artikel 3 Wmcz een verzwaard of een regulier adviesrecht geldt. Afhankelijk van het antwoord op deze vraag verdient het voorstel van het LSR een meer of minder kritisch oordeel.

Verder stelt het LSR voor om de reikwijdte van de Wmcz uit te breiden naar de Wet Maatschappelijke Ondersteuning (WMO). Op dit moment is het namelijk zo dat de WMO gemeenten uitsluitend verplicht om bij verordening te bepalen *“ten aanzien van welke voorzieningen een regeling”* vereist is *“voor medezeggenschap van cliënten over voorgenomen besluiten van de aanbieder die voor de gebruikers van belang zijn”* (art. 2.1.3 lid 2 sub e WMO). Deze situatie wordt door het LSR – begrijpelijkerwijs – als te vrijblijvend ervaren.

Interessant is voorts het pleidooi van het LSR voor “scherpere regels” voor het budget van cliëntenraden. Op dit moment stelt de Wmcz slechts dat de zorgaanbieder schriftelijk *“de materiële middelen van de instelling”* regelt *“waarover de cliëntenraad ten behoeve van zijn werkzaamheden kan beschikken”* (artikel 2 lid 2 sub b Wmcz). Deze bepaling kan zowel willekeurig van de zijde van de zorgaanbieder in de hand werken alsook lichtzinnig gebruik van middelen door cliëntenraden, zeker als de bepaling in samenhang wordt gelezen met artikel 2 lid 5 van de

Wmcz, dat een open einde-regeling bevat inzake vergoeding door de zorgaanbieder van kosten voor het voeren van rechtsgedingen. "Scherpere regels" op het punt van de financiering van cliëntenraden zijn dus meer dan wenselijk, maar het mes dient wel aan twee kanten te snijden.

Ten slotte sluit het LSR zich aan bij het voornemen van de minister om "*maatwerk*" mogelijk te maken, waarmee vooral wordt bedoeld dat de concrete inrichting van de cliëntmedezeggenschap aan dient te sluiten bij het type zorgaanbieder. Wel merkt het LSR op dat de "*formele wettelijke basis*" in de Wmcz te allen tijde moet worden gehandhaafd. Dit voorstel is enerzijds begrijpelijk, anderzijds dient maatwerk ook te betekenen dat er voor wordt gewaakt dat niet op de verkeerde niveaus over de verkeerder onderwerpen wordt geadviseerd.

Al met al meer dan genoeg materiaal dus voor het overleg dat voor eind april staat gepland.

Tom van Malssen

T: +31(0)24 381 31 28

E: vanmalssen@dirkzwager.nl

Jeugdwetperikelen 4: geen formeel besluit nodig voor opname in een gesloten accommodatie?

Hoofdstuk 6 van de Jeugdwet gaat over de mogelijkheid om jeugdigen in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp op te nemen. Bij opnemings in een gesloten accommodatie is per definitie sprake van vrijheidsbeneming.

Volgens artikel 5 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mensen (EVRM) heeft iedereen recht op vrijheid en veiligheid. Vrijheid mag aan niemand worden ontnomen, behalve in de gevallen genoemd in artikel 5 EVRM en slechts als de voorgeschreven wettelijke procedure daarvoor is gevolgd. Bovendien behoort iedereen van wie de vrijheid is beroofd toegang tot een rechter te krijgen om de vrijheidsbeneming aan hem ter toetsing voor te leggen.

Artikel 6.1.2 Jw bepaalt dat opnemings van een jeugdige in een gesloten accommodatie slechts mogelijk is als een kinderrechter daar een machtiging voor heeft afgegeven. Een kinderrechter mag daar pas toe overgaan als opnemings van de jeugdige noodzakelijk is in verband met ernstige opgroei- en opvoedingsproblemen die de ontwikkeling van de jeugdige naar volwassenheid belemmeren én de opnemings noodzakelijk is om te voorkomen dat de jeugdige zich aan de jeugdhulp onttrekt of onttrokken wordt (artikel 6.1.2 Jw). Bovendien bevat artikel 6.1.2 Jw, in navolging van hetgeen artikel 5 EVRM eist, (procedurele) eisen die gesteld worden aan de rechtmatige vrijheidsbeneming van jeugdigen.

Eén van die eisen is dat het college van burgemeester en wethouders (college) van de woonplaats van de jeugdige of de gecertificeerde instelling (GI) die de ondertoezichtstelling of voogdij van de jeugdige uitvoert, heeft bepaald dat *“een voorziening op het gebied van jeugdhulp en verblijf niet zijnde verblijf bij een pleegouder nodig is”* (artikel 6.1.2 lid 5 Jw). In situaties waarbij de jeugdige onder toezicht of voogdij is gesteld óf één van deze maatregelen tegelijkertijd met de machtiging tot opnemings van de jeugdige in een gesloten accommodatie wordt aangevraagd, kan een kinderrechter ook een machtiging afgeven indien de Raad voor de Kinderbescherming (RvdK) heeft verklaard dat opnemings in een gesloten accommodatie noodzakelijk is.

Uit de formulering van artikel 6.1.2 Jw volgt dat het college en de GI slechts moeten hebben 'bepaald' dat opnemning noodzakelijk is en de RvdK dit moet hebben '*verklaard*'. Uit beide formuleringen volgt niet per definitie dat de beslissingen van het college, de GI en de RvdK schriftelijk moeten zijn vastgelegd. Uit de memorie van toelichting blijkt echter dat de wetgever er wel van uitgaat dat de beslissingen van het college en de GI een besluit zijn. Een besluit is per definitie schriftelijk.

Dat de beslissing schriftelijk moet zijn vastgelegd ligt overigens ook voor de hand. Voor een jeugdige voor wie een machtiging wordt aangevraagd is het namelijk alleen bij een schriftelijke beslissing voorafgaand aan de zitting duidelijk *waarom* de machtiging wordt aangevraagd. Dit komt ten goede aan zijn verdediging. Ook dwingt het op schrift stellen van de overwegingen die ertoe hebben geleid dat het college, de GI of de RvdK een machtiging hebben aangevraagd hen ertoe een zorgvuldig oordeel te vellen. Deze invulling van de formulering van artikel 6.1.2 Jw is bovendien in lijn met het uitgangspunt van artikel 5 EVRM dat vrijheidsbenaming met zo veel mogelijk waarborgen moet worden omkleed. Ditzelfde uitgangspunt is terug te vinden in het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (artikel 37 IVRK).

In een uitspraak van 9 februari 2015 heeft de rechtbank Amsterdam echter anders geoordeeld. Voor een jeugdige die reeds voorlopig onder toezicht was gesteld en voor wie al een spoedmachtiging was verleend voor verblijf in een gesloten accommodatie werd een ondertoezichtstelling verzocht voor twaalf maanden en een machtiging opnemning in gesloten accommodatie voor dezelfde duur.

Bij de aanvraag was noch een besluit van het college noch een besluit van GI gevoegd als bedoeld in artikel 6.1.2 lid 5 Jeugdwet. De jeugdige heeft hier verweer op gevoerd. De rechtbank heeft dit verweer afgewezen. Ter zitting heeft de rechtbank de GI expliciet gevraagd of de GI instemde met de gesloten plaatsing waarop de GI hier uitdrukkelijk mee heeft ingestemd. Volgens de rechtbank brengt dit mee dat de GI "*daarmee heeft bepaald dat een dergelijke machtiging nodig is*", zoals artikel 6.1.5 lid 5 Jw eist. Bovendien, zo stelt de kinderrechtster, heeft de RvdK in deze casus zowel mondeling als schriftelijk verklaard dat een machtiging noodzakelijk is, waardoor in ieder geval is voldaan aan artikel 6.1.2 lid 7 Jeugdwet.

De rechtbank is kennelijk van mening dat het ontbreken van een besluit van het college of de GI geheeld kan worden indien zij ter zitting alsnog “*uitdrukkelijk instemmen*” met het verzoek. Hoewel dit standpunt gezien de omstandigheden in dit specifieke geval wellicht te billijken lijkt, ben ik van mening de rechtbank er goed aan had gedaan artikel 6.1.5. lid 5 Jw toch zodanig in te vullen dat het college of de GI *voorafgaand* aan de zitting een *schriftelijk* besluit moeten nemen.

Procedurele eisen die worden gesteld aan vrijheidsbeneming van jeugdigen dienen namelijk niet licht ter zijde geschoven te kunnen worden. Bovendien was het, zoals ook uit de uitspraak van de rechtbank blijkt, in deze casus *niet nodig* het ontbreken van een besluit te helen. De RvdK had immers zowel mondeling als schriftelijk geoordeeld dat opneming in een gesloten accommodatie noodzakelijk was, waardoor in ieder geval aan artikel 6.1.5 lid 7 Jw was voldaan. Met deze uitspraak heeft de rechtbank de onwenselijke deur opengezet naar de verstrekking van machtigingen zonder dat daaraan een *besluit* van het college of een GI ten grondslag ligt.

Lieske de Jongh

T: +31 (0)24 381 31 28

E: dejongh@dirkzwager.nl

Een vangnet(je) voor zorgkosten

Bij de vergoeding van zorgkosten denk je al snel aan zorgspecifieke wetten, zoals de Zorgverzekeringswet, de Wet langdurige zorg of de Jeugdwet. De oude Wet Werk en Bijstand (WWB), die inmiddels vervangen is door de Participatiewet, komt niet direct naar voren. Toch is het in zeer bijzondere gevallen mogelijk om je zorgkosten vergoed te krijgen op grond van deze wet. Dat blijkt uit een recente uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB).

Waar ging het om? Een 58-jarige man met een Wajonguitkering ondergaat al enkele jaren neurofeedbackbehandelingen op indicatie van het Radboudumc. De man is geboren met motorische beperkingen en een spraakstoornis. Neurofeedback is een behandelmethodede voor de hersenen waarbij iemand leert om controle te krijgen over zijn hersengolven. Het doel is om de hersengolven te beïnvloeden door tijdens de behandeling aan de hersenen een beloning te geven (zoals een geluidje) als de hersengolven het gewenste patroon laten zien.

Op een gegeven moment kan de man de behandelingen niet meer betalen. Hij vraagt op grond van artikel 16 WWB (oud) zogenaamde 'bijzondere bijstand' aan. Dit artikel bepaalt dat het college van burgemeester en wethouders aan een persoon die geen recht op bijstand heeft gelet op alle omstandigheden bijstand kan verlenen indien *"zeer dringende redenen"* daartoe noodzakelijk zijn.

De sociale dienst van de gemeenten Lochem en Zutphen wijst de aanvraag af. Het bezwaar van de man wordt ongegrond verklaard met als reden dat er geen sprake zou zijn van een zeer dringende reden. Tegen de beslissing op bezwaar stelt de man beroep in bij de rechtbank. De rechtbank vernietigt de beslissing op bezwaar. Onder verwijzing naar een oordeel van een onafhankelijk deskundige is zij van oordeel dat de man in een acute noodsituatie verkeert en dat hij in een levensbedreigende situatie zal komen te verkeren indien de neurofeedbackbehandelingen worden stopgezet.

De sociale dienst gaat in hoger beroep. Het CRvB legt eerst uit wanneer er sprake is van een zeer dringende reden in de zin van artikel 16 WWB (oud). Dat is het geval als vast komt te staan dat er sprake is van *"een acute noodsituatie en dat de behoeftige omstandigheden waarin de belanghebbende verkeert op geen enkele andere wijze zijn te verhelpen."*

Een acute noodsituatie doet zich voor *“indien een situatie van levensbedreigende aard is of blijvend ernstig psychisch of lichamelijk letsel tot gevolg kan hebben.”* Tijdens de procedure in hoger beroep wordt de man door een nieuwe deskundige onderzocht. Deze deskundige komt ook tot het oordeel dat het zeer waarschijnlijk is dat het stopzetten van de behandelingen leidt tot verlies van een aanvaardbaar toekomstperspectief en daarmee tot ernstige depressieve klachten met een aanzienlijk suiciderisico.

Het CRvB komt op basis van de beide deskundigenrapporten tot de conclusie dat er sprake is van een zeer dringende reden op grond waarvan de sociale dienst gehouden is om twee neurofeedbackbehandelingen per week te vergoeden. Het dienst krijgt de opdracht om een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen met inachtneming van de uitspraak van de CRvB.

Goed nieuws voor de man. De precedentwerking van de uitspraak zal echter beperkt zijn. Juist in dit soort gevallen gaat het – zoals wel vaker in het recht – écht om de concrete omstandigheden van het geval. En die moeten zeer bijzonder zijn om een beroep op het huidige artikel 16 van de Participatiewet te laten slagen.

Steef Verheijen

T: +31(0)24 381 31 09

E: verheijen@dirkzwager.nl

Compliance en integriteit gaan hand in hand. De LCOZ helpt hierbij.

Steeds meer zorgaanbieders gaan over tot het inrichten van een compliance functie of een integriteitsfunctie. Regelgeving in de zorg wordt alsmaar ingewikkelder en toezicht daarop steeds strenger. Overtredingen hebben ook grotere consequenties. Toezichthouders zoals de IGZ, de NZA, de ACM, het CBP of de Inspectie SZW hebben de bevoegdheid om aanwijzingen te geven, dwangsommen op te leggen of bestuursdwang toe te passen. Ook kunnen toezichthouders in sommige gevallen een bestuurlijke boete opleggen.

Daarnaast leiden overtredingen vaker tot serieuze reputatieschade, omdat toezichthouders niet langer schromen om zorgaanbieders die in de fout zijn gegaan publiekelijk aan de schandpaal te nagelen ('naming and shaming').

Het inrichten van een compliance functie of een integriteitsfunctie komt daarom steeds hoger op de agenda. Dat is niet alleen logisch, maar ook nodig. Waarom? Omdat er dan beter op toe kan worden gezien of de instelling en haar medewerkers voldoen aan de (vele) externe en interne regels. Maar hoe moet dat dan? De functie kan op verschillende manieren intern worden belegd, bijvoorbeeld bij de secretaris van de raad van bestuur, de controller, de kwaliteitsmedewerker of een aparte compliance officer. De compliance functie is vooral belangrijk bij onderwerpen op het gebied van kwaliteitswetgeving, arbeidsrecht en privacy, en (elektronische) uitwisselingen van patiëntinformatie, maar ook op het gebied van mededinging en aanbestedingen.

De Leergang Compliance Officer in de Zorg (LCOZ), die Melanie Breedveld, Eric Janssen en Luuk Arends samen met het Nederlands Compliance Instituut organiseren, leidt medewerkers op om deze compliance functie bij zorginstellingen in te richten op een wijze die past bij de eigen organisatie. Dit doen wij door de ins en outs van compliance te combineren met inhoudelijk juridische kennis op een aantal onderwerpen.

De LCOZ is een modulair opgebouwde opleiding en bestaat uit 5 modules. Op 12 mei 2015 gaat de volgende Leergang weer van start en wordt van harte aanbevolen. Voor meer of andere vragen op het gebied van compliance, kunt u altijd even contact opnemen.

Luuk Arends

T: (024) 381 31 28

E: arends@dirkzwager.nl

Wetenswaardigheden Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting

Eerste Kamer neemt Herzieningswet aan De Eerste Kamer heeft op 17 maart 2015 het wetsvoorstel houdende “Herziening van de regels over toegelaten instellingen en instelling van een Nederlandse Autoriteit toegelaten instellingen volkshuisvesting” (Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting) en de Novelle met algemene stemmen aangenomen. Op diezelfde datum heeft de Eerste Kamer eveneens de motie van het lid De Boer c.s. over het ook uitzonderen op de markttoets voor niet DAEB-activiteiten van grond die woningcorporaties op basis van voortdurende erfpacht bezitten en de motie van het lid Duivesteijn c.s. over een actieprogramma waarin de uitvoering van wooncoöperaties wordt gestimuleerd aangenomen.

De Herzieningswet bevat onder meer voorschriften over het werkdomein van woningcorporaties, de scheiding van DAEB- en niet-DAEB activiteiten, de rol van gemeenten, de rol van huurders, extern toezicht en governance en intern toezicht. Naar verwachting treedt de Herzieningswet op 1 juli 2015 in werking.

Een groot aantal artikelen uit de Herzieningswet wordt nader uitgewerkt in het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015, welk besluit het huidige BBSH zal vervangen. Het Besluit treedt niet automatisch in werking maar zal in een zogenaamde ‘voorhangprocedure’ worden behandeld door de Eerste en Tweede Kamer. Gedurende een periode van dertig dagen kan door of namens een vijfde deel van één van de Kamers worden gevraagd om de inwerkingtreding van het Besluit alsnog bij wet te regelen.

Marieke van Dongen

T: +31 (0)24 381 31 27

E: vandongen@dirkzwager.nl

Een niet alledaagse tuchtzaak

Soms komen er in tuchtrechtland uitspraken voorbij die je niet ongelezen aan de kant kunt schuiven. Een goed voorbeeld is de zaak waarin het Centraal Tuchtcollege op 12 februari 2015 uitspraak heeft gedaan.

Het feitencomplex is eenvoudig. Een man, arts van beroep, heeft problemen met zijn voormalige echtgenote over de alimentatie en de omgang met de kinderen. Hij vindt in 2003 twee drugsverslaafden tegen betaling bereid om zijn vrouw in haar woning in brand te steken. Zij doen dit. Op dat moment zijn ook de kinderen en de ouders van de vrouw aanwezig in de woning. De vrouw raakt ernstig verminkt. Het gerechtshof veroordeelt de man op 8 april 2005 tot een gevangenisstraf van vijftien jaar voor het medeplegen van poging tot moord en het medeplegen van opzettelijke brandstichting terwijl gevaar voor goederen en levensgevaar voor een ander te duchten was.

In de loop van zijn gevangenisstraf neemt de man deel aan een penitentiair programma. Hij gaat als basisarts aan het werk in een verpleeghuis en wordt daarna toegelaten tot de opleiding voor specialist ouderengeneeskunde. Op een gegeven moment krijgen de media lucht van het strafrechtelijk verleden van de man. De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) dient een tuchtklacht in. Zij verwijt de man dat hij vanwege de door hem gepleegde delicten de 'tweede tuchtnorm' heeft geschonden. Deze norm heeft betrekking op het handelen of nalaten in de hoedanigheid van hulpverlener dat in strijd is met het belang van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg. Volgens de IGZ is het plegen van of aanzetten tot een levensdelict niet te verenigen met de beroepsuitoefening van een arts. De man stelt zich op het standpunt dat de IGZ niet-ontvankelijk is, omdat hij het delict heeft begaan in de privésfeer.

Twee dagen voor de zitting bij het Regionaal Tuchtcollege staat de man terecht voor een ander delict: verdenking van mishandeling van zijn vriendin en haar moeder. Nog vóór de uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege wordt de man veroordeeld tot een taakstraf en gevangenisstraf. Geen goede timing, zou je zeggen...

Voor de man loopt het goed af. Het Regionaal Tuchtcollege verklaart de IGZ niet-ontvankelijk. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Wet BIG zet het tuchtcollege uiteen dat en waarom het tuchtrecht enkel bedoeld is om

handelen te toetsen dat *in de hoedanigheid van beroepsbeoefenaar* heeft plaatsgevonden. In deze zaak stond volgens het tuchtcollege vast dat het handelen in de relationele sfeer had plaatsgevonden en dat de man daarbij niet handelde als arts. Ten overvloede merkt het tuchtcollege in zijn uitspraak op dat de IGZ zich tot het College van Medisch Toezicht kan wenden als zij betwijfelt of de man – gelet op de in het kader van het strafproces bij hem constateerde persoonlijkheidsstoornis – geschikt is om het beroep van arts uit te oefenen.

De IGZ gaat in hoger beroep. Het Centraal Tuchtcollege is van oordeel dat het Regionaal Tuchtcollege een te beperkte lezing heeft gegeven van de strekking en reikwijdte van de tweede tuchtnorm. De bedoeling van het tuchtrecht is volgens het Centraal Tuchtcollege om het vertrouwen van de samenleving in de beroeps-oefening van (onder meer) artsen te versterken en te borgen. De man heeft dit vertrouwen ernstig aangetast. Dit maakt dat het handelen van de man niet los kan worden gezien van zijn hoedanigheid van arts. De conclusie is dat *“een redelijk uitleg van de tweede tuchtnorm en met name van de woorden ‘in die hoedanigheid’ [meebrengt] dat deze norm in dit geval waarin niet in de uitoefening van die hoedanigheid is gehandeld van overeenkomstige toepassing is, zodat de arts ook tuchtrechtelijk verantwoordelijk kan worden gehouden voor dat handelen.”* Het beroep van de IGZ is dus gegrond en de IGZ ontvankelijk.

Dan de op te leggen maatregel. De IGZ vordert doorhaling. Het Centraal Tuchtcollege besluit om geen maatregel op te leggen. Daarbij is volgens het tuchtcollege van belang dat het gewraakte handelen lang geleden is (2003), dat de man gevangenisstraf heeft gekregen en deze voor een groot deel heeft uitgezeten en dat de man heeft deelgenomen aan een resocialisatieprogramma gericht op het hervatten van zijn werkzaamheden. De IGZ staat dus met lege handen.

Al met al een bijzondere uitspraak. Wel de ontvankelijkheidshobbel nemen, maar vervolgens de zaak afdoen zonder een maatregel op te leggen. Het is mooi om te zien dat het Centraal Tuchtcollege oog heeft voor het adagium *‘iedereen verdient een tweede kans’*, maar de vraag is wel of dat adagium juist in deze zaak toepassing had moeten vinden. Uiteraard is dat meer een sociaal-moreel dilemma dan een zuiver juridische discussie.

Steeff Verheijen

T: +31(0)24 381 31 09

E: verheijen@dirkzwager.nl

Cz zorgkantoor stelt (te) vergaande eisen aan de governance van zorginstellingen

Eind maart 2015 heeft CZ Zorgkantoor instellingen die zorg verlenen op grond van de Wlz geïnformeerd over de eisen die CZ – in het kader van de zorginkoop 2016 – stelt ten aanzien van de governance van zorginstellingen. De eisen die CZ stelt gaan veel verder dan de eisen die voortvloeien uit de Zorgbrede Governancecode 2010.

Aanleiding voor de brief van CZ is een beleidsbrief van de Minister van VWS d.d. 22 januari jl., waarin de Minister liet weten voornemens te zijn om – in goed overleg met de sector – tot 'uitbreiding' van de Zorgbrede Governancecode 2010 over te gaan. CZ heeft dit overleg kennelijk niet willen afwachten en is geheel zelfstandig overgegaan tot herdefiniëring van governance-voorschriften. In de brief schrijft CZ dat de door haar gestelde eisen voortvloeien uit de Zorgbrede Governancecode 2010. CZ noemt 13 voorschriften die uit deze code zouden voortvloeien en die volgens CZ statutair verankerd moeten worden. CZ stelt verder als voorwaarde dat effectief uitvoering wordt gegeven aan de voorschriften en dat zowel die verankering als die uitvoering voor CZ kenbaar moet zijn.

Opvallend is dat de nogal vergaande eisen van CZ geen directe grondslag vinden in de Zorgbrede Governancecode 2010 en als zodanig evenmin voortvloeien uit de beleidsbrief van de Minister. Opmerkelijk is bovendien dat CZ stelt dat het 'pas toe of leg uit'-beginsel, dat zo kenmerkend is voor de Zorgbrede Governancecode 2010, geheel of gedeeltelijk (de brief is op dit punt niet erg duidelijk) buiten toepassing stelt.

Zorginstellingen doen er verstandig aan goed nota te nemen van de eisen die CZ stelt bij de zorginkoop. Instellingen die niet voldoen aan de eisen van CZ lopen het risico uitgesloten te worden van de zorginkoopprocedures. Een pragmatische oplossing is dan om de statuten in overeenstemming te brengen met de door CZ gedicteerde voorschriften. Instellingen die principiële bezwaren hebben tegen het dictaat van CZ kunnen een stap naar de rechter overwegen. Het zou niet de eerste keer zijn dat een rechter tot de conclusie komt dat een voorschrift dat een zorgverzekeraar of zorgkantoor stelt bij de zorginkoop zodanig onredelijk is dat dit

voorschrift niet gehandhaafd kan worden. Wellicht dat dit ook geldt voor de eisen die CZ nu stelt. Of deze eisen de toets der kritiek kunnen doorstaan, is onzeker. In het verleden heeft de rechter weliswaar geoordeeld over concrete voorschriften die gesteld worden bij inkoopprocedures en die betrekking hebben op de naleving van de Zorgbrede Governancecode 2010, maar voorschriften als nu door CZ gesteld worden zijn nog niet eerder aan een redelijkheidstoets onderworpen.

De door de Minister aangekondigde aanscherping van governance-voorschriften is op zichzelf een goede zaak, zeker indien dit – zoals de Minister beoogt – in overleg met de brancheorganisaties en de zorginstellingen geschiedt. De handelwijze van CZ is echter prematuur. Bovendien zijn de eisen die CZ stelt erg formalistisch en gaan ze voorbij aan de inhoud. Verschillende eisen zijn ook erg vaag, hetgeen rechtsonzekerheid in de hand werkt. Het is daarom de vraag waarom CZ de uitkomst van het debat dat de Minister wil aangaan met de sector niet gewoon afwacht.

Koen Mous

T: +31 (0)24 381 31 53

E: mous@dirkzwager.nl

Rechtbank Rotterdam: de NPCF is niet aan te merken als consumentenorganisatie

In een uitspraak van 9 april 2015 is de Rechtbank Rotterdam tot het oordeel gekomen dat de Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie (NPCF), niet is aan te merken als consumentenorganisatie als bedoeld in artikel 1 onder n Mededingingswet (Mw). De consequentie hiervan is dat de NPCF geen belanghebbende is in de zin van artikel 93 Mw. Het beroep van de NPCF tegen een besluit van 30 september 2013 van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) werd derhalve niet-ontvankelijk verklaard.

Fusie Lievevberg Ziekenhuis en Franciscus Ziekenhuis

Nadat het Lievevberg ziekenhuis (LZB) en het Franciscus ziekenhuis (FZR) de ACM in december 2012 hadden meegedeeld te willen fuseren (in de Mw aangeduid als een concentratie), deelde de ACM bij besluit van 12 juni 2013 de beide ziekenhuizen mee dat voor de fusie een vergunning noodzakelijk was. De fusie had volgens de ACM mogelijk een negatieve invloed op de concurrentie, zodat nader onderzoek naar de gevolgen nodig was. LZB en FZR vroegen vervolgens een vergunning aan. Die vergunning werd verleend bij het reeds genoemde besluit van 30 september 2013. Tegen dit besluit stelde de NPCF beroep in bij de rechtbank Rotterdam.

De NPCF in de procedure bij de ACM

Als de ACM in het kader van een melding onderzoekt of een voorgenomen concentratie in overeenstemming is met de mededingingsregels, mag elke belanghebbende opmerkingen indienen. Deze opmerkingen betreft de ACM bij haar oordeel.

In de onderhavige procedure heeft ook de NPCF in de meldingsfase opmerkingen ingediend. Volgens de NPCF was het zeer twijfelachtig of de zorgverzekeraars daadwerkelijk in staat zouden zijn het LZB en FZR na de fusie te disciplineren. De zorgverzekeraars zouden namelijk hun verzekerden niet kunnen dwingen om naar andere ziekenhuizen buiten de regio te gaan. Daarom zouden deze ziekenhuizen geen alternatief vormen voor LZB en FZR. Het was met name deze door de NPCF opgeworpen twijfel die de ACM deed besluiten een vergunning voor de voorgenomen fusie te verlangen.

Nadat LZB en FZR vergunning vroegen, diende de NPCF andermaal opmerkingen in. De in de meldingsfase ingediende opmerkingen werden nader gemotiveerd aan de hand van een daartoe door het Instituut Beleid & Management Gezondheidszorg van de Erasmus Universiteit Rotterdam opgesteld deskundigenrapport. In weerwil van deze opmerkingen achtte de ACM het na nader onderzoek toch aannemelijk dat de zorgverzekeraars LZB en FZR na de fusie voldoende zouden kunnen disciplineren. De ACM verleende daarom de gevraagde vergunning.

Beroep bij de rechtbank Rotterdam

Normaal moet tegen een besluit van een bestuursorgaan eerst bezwaar worden gemaakt bij het betreffende bestuursorgaan vooraleer beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank. Er zijn echter uitzonderingen. Dat is het geval bij besluiten van de ACM in concentratiezaken. De NPCF kon dus rechtstreeks in beroep tegen het door haar bestreden besluit van de ACM. Het beroep moest worden ingesteld bij de rechtbank Rotterdam, zijnde de enige rechtbank in Nederland die besluiten van de ACM beoordeelt.

De NPCF als belanghebbende

De procedure bij de rechtbank Rotterdam draait om de vraag of de NPCF als belanghebbende is aan te merken. De Awb schrijft immers voor dat enkel belanghebbenden beroep kunnen instellen tegen een besluit van een bestuursorgaan (zoals de ACM). Een beroep ingesteld door iemand die geen belanghebbende is, is niet-ontvankelijk.

Artikel 93 Mw bepaalt dat "*consumentenorganisaties*" belanghebbende zijn bij besluiten genomen op basis van de Mededingingswet. Consumentenorganisaties zijn blijkens artikel 1 onder n Mw stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die krachtens hun statuten tot taak hebben het behartigen van de collectieve belangen van consumenten.

De rechtbank stelt vast dat in de statuten van de NPCF het behartigen van de collectieve belangen van patiënten (consumenten) als zodanig niet als doel wordt genoemd. De NPCF behartigt daarentegen de collectieve belangen van patiënten en consumentenorganisaties. Het zijn deze patiënten- en consumentenorganisaties die lid zijn van de NPCF.

De fusie tussen LZB en FZR speelt in de regio van Zorgbelang Brabant. Deze patiëntenorganisatie is indirect, via Zorgbelang Nederland, lid van de NPCF.

Desgevraagd had Zorgbelang Brabant laten weten geen bezwaar te hebben tegen de fusie vanwege de verwachte positieve gevolgen. Zorgbelang Brabant had dan ook geen beroep ingesteld tegen het bestreden besluit. De NPCF handelde derhalve niet namens Zorgbelang Brabant. Sterker nog, de NPCF en Zorgbelang Brabant hadden tegenovergestelde belangen. De NPCF had zich ook nog op het standpunt gesteld dat het beroep was ingesteld om te waarborgen dat concentraties in de zorgsector zoals de onderhavige zorgvuldig en volgens het juiste toetsingskader worden beoordeeld. Volgens de rechtbank geldt dat een dergelijk algemeen belang niet maakt dat de NPCF voldoet aan de voorwaarden die artikel 93 Mw aan een belanghebbende consumentenorganisatie stelt. Het door de NPCF ingestelde beroep wordt derhalve niet-ontvankelijk verklaard.

Slot

Hoewel het kabinet en de SER van mening waren dat een '*super complaint*' de positie van de consument niet wezenlijk zou veranderen, is de mogelijkheid voor consumentenorganisaties om als belanghebbende te worden aangemerkt onder druk van de Kamer in 2007 aan de mededingingswet toegevoegd. In toelichting bij het wetsvoorstel onderstreepte de minister van EZ dat "*consumentenorganisaties, op straffe van niet-ontvankelijkheid, wel moeten kunnen aantonen dat in een bepaalde zaak ook consumentenbelangen direct aan de orde zijn, wier belangen zij op grond van hun statutaire doelstelling behartigen*". Precies op dit punt gaat het in de onderhavige zaak mis. De NPCF behartigt blijkens haar statuten niet de belangen van patiënten, maar van patiënten- en consumentenorganisaties. De patiëntenorganisatie die het meest bij de zaak betrokken was, had de NPCF niet verzocht om beroep in te stellen. Een zelfde verzoek had de NPCF ook niet van (groepen van) individuele patiënten ontvangen. Daarmee is de NPCF duidelijk geen belanghebbende als bedoeld in artikel 93 Mw.

Eric Janssen

T: +31 (0)24 381 31 27

E: e.janssen@dirkzwager.nl

Nationaal integriteitscongres 17 juni 2015, zorg voor integriteit

Integriteit is als begrip tegenwoordig niet meer weg te denken. Waar integriteit voorheen nauwelijks aandacht genoot, staat het nu volop in de schijnwerpers. Iedereen heeft wel een idee wat integriteit en integer handelen is. Maar zoveel mensen, zoveel meningen. De vraag is dan hoe een zorg-organisatie integriteit ziet. Wordt hier wel invulling aan gegeven en zo ja, hoe? Want hoe zorg je er nu voor dat de organisatie en al haar medewerkers zich integer (kunnen) gedragen?

Voor professionals in de zorg die graag meer willen horen over integriteit, organiseert Dirkzwager advocaten & notarissen samen met hét toonaangevende compliance-kenniscentrum Nederlands Compliance Instituut op 17 juni 2015 het Nationaal Integriteitscongres 2015, Zorg voor integriteit.

Tijdens dit congres praten wij u graag bij over integriteitsmanagement en wat dit voor de zorg kan betekenen. U krijgt praktische handvatten aangereikt hoe ú integriteit in uw organisatie kunt (gaan) inbedden. Daarnaast is er natuurlijk volop ruimte voor tips en ervaringen van anderen. Wilt u meer weten over het Nationaal Integriteitscongres 2015, Zorg voor integriteit, kijk dan snel naar de [brochure](#). Op de website www.compliance-instituut.nl treft u meer informatie omtrent het programma en kunt u zich inschrijven.

Luuk Arends

T: (024) 381 31 28

E: arends@dirkzwager.nl

Geen tuchtrechtelijke toetsing BIG-geregistreerd inspecteur IGZ

Onlangs heeft het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) een principiële uitspraak gedaan over de vraag in hoeverre BIG-geregistreerde inspecteurs van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) tuchtrechtelijk op hun handelen of nalaten kunnen worden aangesproken.

De precieze feiten die ten grondslag liggen aan de zaak die aan het CTG ter beoordeling werd voorgelegd zijn voor een goed begrip van de overwegingen van onze hoogste tuchtrechter van ondergeschikt belang. Van belang is slechts te weten dat de betreffende IGZ-inspecteur als arts in het BIG-register stond geregistreerd en dat hem werd verweten dat hij in de uitoefening van zijn taak als IGZ-inspecteur tekort was geschoten.

Het Regionaal Tuchtcollege Zwolle had aan zijn oordeel het inmiddels als vaste tuchtrechtspraak te bestempelen uitgangspunt ten grondslag gelegd dat het feit dat een BIG-geregistreerd arts (mede) in een andere hoedanigheid optreedt, bijvoorbeeld als bestuurder van een zorg verlenende instelling, in beginsel niet uitsluit dat de arts daarbij mede in de hoedanigheid van arts handelt en daarop tuchtrechtelijk kan worden aangesproken indien dat handelen voldoende weerslag heeft op de individuele gezondheidszorg. Volgens het Regionaal Tuchtcollege was er geen reden om ten aanzien van het handelen van een BIG-geregistreerd IGZ-inspecteur op dit uitgangspunt een uitzondering aan te nemen, te meer niet nu het gewraakte handelen van de betreffende inspecteur – het beweerdelijk onvoldoende actie ondernemen om misdiagnostiek en onjuiste behandeling van individuele patiënten door een individuele beroepsbeoefenaar op te sporen, te stoppen en te voorkomen – “bij uitstek” betrekking had op de individuele gezondheidszorg. Het Regionaal Tuchtcollege zag (dus) geen aanleiding om klagers in hun klacht niet-ontvankelijk te verklaren.

Het CTG denkt hier anders over. Zo stelt onze hoogste tuchtrechter, anders dan het Regionaal Tuchtcollege Zwolle, de principiële vraag of toepassing van voornoemd tuchtrechtelijk uitgangspunt wel te verenigen valt met de “bijzondere wettelijke taken en bevoegdheden” die de IGZ heeft ten aanzien van de handhaving van onder meer de wettelijke beroeps- en tuchtnormen. Het CTG noemt in dit kader artikel 36 lid 1, aanhef en onder b van de Gezondheidswet, artikel 86 lid 1 jo.

art. 40 Wet BIG, de Regeling toezicht BIG, art. 7 van de Kwaliteitswet zorginstellingen en art. 65 lid 1 en art. 73 lid 1, aanhef en onder c, Wet BIG – artikelen die allemaal zien op de toezichthoudende taak van de IGZ en die directe of indirecte implicaties voor het tuchtrecht en het tuchtproces (kunnen) hebben.

Het CTG merkt vervolgens op dat de Inspectie een bestuursorgaan is in de zin van art. 1:1 lid 1 Algemene wet bestuursrecht. Dit betekent concreet dat de rechterlijke controle op de wijze waarop de Inspectie haar wettelijke taken vervult is opgedragen aan de bestuursrechter, die het handelen van de IGZ toetst aan de normen van het bestuursrecht. Deze vorm van rechterlijke controle, die zich beperkt tot de door het betreffende bestuursorgaan bevoegd genomen besluiten die zijn gericht op enig rechtsgevolg, heeft niet dezelfde reikwijdte als de toetsing die door de tuchtrechter zou worden uitgeoefend. Mede gelet op de wettelijke taken van de IGZ levert deze beperking volgens het CTG echter onvoldoende grond op om, naast de controle door de bestuursrechter, het optreden van inspecteurs van de IGZ tevens onderworpen te achten aan de toetsing door de tuchtrechter om de enkele reden dat zij over een BIG-registratie beschikken.

Het voorgaande is volgens het CTG slechts anders als bij het optreden van een BIG-geregistreerd inspecteur de hoedanigheid waarin hij is geregistreerd zozeer op de voorgrond staat dat zijn optreden redelijkerwijze geacht moet worden geen verband te houden met de uitoefening van zijn wettelijke taak of bevoegdheid als inspecteur voor de gezondheidszorg.

Uitgangspunt voor de toekomst is echter dat IGZ-inspecteurs met een BIG-registratie die hun wettelijke taken uitoefenen worden uitgezonderd van de regel dat een tuchtrechtelijke toetsing aangewezen kan zijn als BIG-geregistreerden (bijvoorbeeld zorgbestuurders) niet in die hoedanigheid handelen, maar hun handelen wél voldoende weerslag heeft op de individuele gezondheidszorg.

Tom van Malssen

T: +31(0)24 381 31 28

E: vanmalssen@dirkzwager.nl

CZ zorgkantoor teruggefloten bij uitleg ZGC

Eerder al hebben wij bericht over de soms vergaande wijze waarop zorgverzekeraars en zorgkantoren toezicht menen te moeten houden op de naleving van de Zorgbrede Governance Code (ZGC) door zorgaanbieders. Dit toezicht ging soms zo ver, dat de Zorgverzekeraar of het Zorgkantoor weigerde een zorgaanbieder te contracteren als de aanbieder niet bepaalde artikelen of formuleringen letterlijk in haar statuten had opgenomen, waarbij de uitleg van de ZGC door de Zorgverzekeraar/Zorgaanbieder steeds leidend werd geacht. Het Hof 's-Hertogenbosch (uitspraak) echter heeft onlangs geoordeeld dat de eisen die CZ Zorgkantoor stelde aan de statuten van een zorgaanbieder omtrent het opnemen van de gronden van schorsing van de leden van de Raad van Toezicht, te ver gingen.

Inkoop wijkverpleging CZ Zorgkantoor

Het ging in deze kwestie om een zorgaanbieder die zorg verleent aan thuiswonende cliënten, HVP genaamd. HVP heeft zich voor de inkoop van AWBZ-zorg jaarlijks ingeschreven bij CZ Zorgkantoor en tot en met 2014 is zij ook steeds gecontracteerd. Met ingang van 1 januari 2015 is de AWBZ ingetrokken en de Wet Langdurige Zorg (Wlz) in werking getreden. Een belangrijk deel van de zorg die HVP verleende, de wijkverpleging, is overgeheveld naar de Zorgverzekeringswet (Zvw). CZ Zorgkantoor treedt in de regio van HVP met ingang van januari 2015 op als representant van alle zorgverzekeraars bij de inkoop van de wijkverpleging. Hiervoor heeft CZ Zorgkantoor een Zorginkoopdocument Wijkverpleging 2015 opgesteld en gepubliceerd.

Eén van de eisen in dit Zorginkoopdocument is dat de zorgaanbieder aantoonbaar de ZGC moet hebben ingevoerd. In artikel 4.2 lid 9 van de ZGC is over de schorsing en het ontslag van de Raad van Toezicht het volgende opgenomen:

'Statutair is vastgelegd op welke gronden de Raad van Toezicht respectievelijk de Algemene Vergadering een lid van de Raad van Toezicht kan schorsen of ontslaan, welke meerderheid van stemmen hiertoe vereist is en welke eventuele daarbij te hanteren procedures worden gevolgd.'

Weigeren overeenkomst wijkverpleging

HVP heeft bij CZ Zorgkantoor ingeschreven om in aanmerking komen voor een overeenkomst voor wijkverpleging in 2015. CZ Zorgkantoor weigerde echter deze overeenkomst te sluiten, omdat HVP de ZGC niet aantoonbaar zou hebben ingevoerd. De statuten van HVP zouden onder meer de gronden moeten bevatten waarop een lid van de Raad van Toezicht kan worden geschorst, en deze gronden stonden niet *expliciet* in de statuten van HVP opgenomen. HVP had, zoals redelijk gebruikelijk is, in haar statuten de gronden van ontslag van de leden van de Raad van Toezicht opgenomen en in lid 2 van hetzelfde artikel enkel opgenomen dat leden van de Raad van Toezicht kunnen worden geschorst en dat die schorsing vervalt als de Raad van Toezicht niet binnen een maand na de schorsing is overgegaan tot ontslag op een van de gronden als in lid 1 van hetzelfde artikel genoemd.

Ook was statutair niet vastgelegd dat een voormalig lid van de Raad van Toezicht gedurende een periode van drie jaar na het einde van zijn toezichthoudende functie niet benoembaar zou zijn tot lid van de Raad van Bestuur (artikel 3.2 ZGC) en dat een voormalig lid van de Raad van Bestuur gedurende een periode van drie jaar na het einde van zijn bestuurlijke functie niet benoembaar zou zijn tot lid van de Raad van Toezicht (artikel 4.4 ZGC), wat door CZ Zorgkantoor mede wordt aangevoerd om het sluiten van een overeenkomst met HVP te weigeren.

Oordeel rechter: eerste aanleg

In eerste aanleg oordeelde de Voorzieningenrechter dat de normen van de artikelen 3.2 en 4.4 van de ZGC (omtrent de niet-benoembaarheid gedurende drie jaren) niet in de statuten hoeven te zijn opgenomen. Echter, volgens de voorzieningenrechter volgt uit artikel 4.2 lid 9 van de ZGC dat in de statuten van een zorgaanbieder wél expliciet en separaat zowel de gronden voor ontslag als de gronden voor schorsing van leden van de Raad van Toezicht moeten zijn opgenomen.

Hoger beroep

Dit oordeel gaat bij het Hof 's-Hertogenbosch echter onderuit. Volgens het Hof laat artikel 4.2 lid 9 ZGC het ter discretie aan de zorgaanbieder of zij in haar statuten naast een regeling voor ontslag ook een regeling voor schorsing opneemt en laat het artikel de zorgaanbieder de ruimte om daarin op te nemen welke eventuele procedures daarbij worden gevolgd.

Bovendien vindt het Hof een extra argument in de omstandigheid dat uit het door HVP verrichte onderzoek naar de statuten van een tiental andere (wel door CZ Zorgkantoor gecontracteerde) zorgaanbieders blijkt, dat in vijf van de tien statuten niet apart de gronden voor schorsing van de leden van de Raad van Toezicht zijn opgenomen. Hieruit concludeert het Hof dat art. 4.2 lid 9 ZGC (en daarmee ook het Zorginkoopdocument) op dat punt op zijn minst genomen niet duidelijk is.

Met andere woorden, de eis van CZ Zorgkantoor dat de statuten van een zorgaanbieder expliciet, naast de gronden van ontslag, ook de gronden voor schorsing dienen te bevatten, houdt in dit hoger beroep geen stand. Ook is het Hof het eens met het oordeel van de rechtbank in eerste aanleg dat de normen van de artikelen 3.2 en 4.4 ZGC niet in de statuten hoeven te zijn opgenomen. Op deze gronden mocht CZ Zorgkantoor in ieder geval niet weigeren om een overeenkomst tot het verlenen van wijkverpleging te sluiten met HVP.

Conclusie

Deze uitspraak is een opsteker voor zorgaanbieders, die in toenemende mate worden geconfronteerd met de harde eisen die Zorgverzekeraars/Zorgkantoren stellen aan hun organisatie en statuten. Het is te hopen dat CZ Zorgkantoor in de toekomst in ieder geval deze eis omtrent het expliciet in de statuten opnemen van de gronden van schorsing van de Raad van Toezicht (artikel 4.2 lid 9 ZGC) en de niet-benoembaarheid gedurende drie jaren (artikelen 3.2 en 4.4 ZGC) niet meer zal hanteren om het sluiten van een overeenkomst te weigeren.

Ook overigens zouden Zorgverzekeraars en Zorgkantoren lering uit deze uitspraak dienen te trekken, namelijk dat hun uitleg van de ZGC niet per definitie de 'enige ware uitleg' inhoudt – de ZGC heeft nimmer als doel gehad om in steen gebeitelde regels en voorschriften te geven, enige soepelheid en ruimte voor eigen formuleringen in de statuten van zorgaanbieders dient mogelijk te blijven zonder dat de betreffende zorgaanbieder direct wordt geconfronteerd met een weigering om te contracteren.

Lieke aan den Toorn

T: +31 (0)24 381 31 27

E: aandentoorn@dirkzwager.nl

Strafrechtelijke veroordeling voor orthopedisch chirurg

Na een medische fout volgen vaak meerdere juridische procedures. In de regel stelt de patiënt het ziekenhuis in civielrechtelijke zin aansprakelijk. Voorafgaand (of parallel) aan zo'n civiele procedure dient de patiënt regelmatig een tuchtklacht in tegen de beroepsbeoefenaar die bij de medische fout betrokken is geweest. Als de tuchtrechter tot het oordeel komt dat de beroepsbeoefenaar tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld geeft dit de patiënt munitie om zijn civielrechtelijke claim te onderbouwen. Een strafrechtelijke vervolging van de betrokken beroepsbeoefenaar (naast de civiele en de tuchtrechtelijke procedure) komt (gelukkig) zelden voor. Er moet behoorlijk wat aan de hand zijn wil het Openbaar Ministerie tot vervolging overgaan en – belangrijker nog – wil de rechtbank een strafrechtelijke veroordeling uitspreken.

Vanwege het zeldzame karakter van een strafrechtelijke veroordeling van (bijvoorbeeld) een arts krijgt zo'n veroordeling vaak meer dan gemiddelde aandacht in de media. Zo ook gisteren. De rechtbank Oost-Brabant veroordeelde een (voormalig) orthopedisch chirurg tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van vier maanden met een proeftijd van twee jaar vanwege zware mishandeling door schuld.

Ik schets de casus. De orthopedisch chirurg voert op 2 december 2009 een herniaoperatie uit. Tijdens deze operatie verwijdert hij met een rongeur (een soort tangetje) zenuwweefsel uit de rug van de patiënte. Het wegnemen van dit weefsel leidt bij patiënte tot een zogenaamd (partieel) cauda equina syndroom, wat in haar geval blijvende ernstige pijnklachten en gevoelloosheid in een deel van de benen, voeten, billen, anus en vagina alsmede verlamming van haar blaas betekende. Het Openbaar Ministerie legt de orthopedisch chirurg zware mishandeling door schuld (artikel 308 juncto artikel 309 Sr) ten laste.

De rechtbank stelt voorop dat onder 'schuld' in de zin van artikel 308 Sr *“een min of meer grove of aanmerkelijke schuld wordt verstaan die zwaarder is dan die voor civielrechtelijke of tuchtrechtelijke aansprakelijkheid”*. De beoordeling dient plaats te vinden op basis van *“het geheel van de gedragingen van verdachte en de eventuele tekortkomingen daarbij”*.

De rechtbank leidt uit de bewijsmiddelen af dat de orthopedisch chirurg een aantal verwijten kan worden gemaakt: (1) hij had onvoldoende zicht in het operatiegebied tijdens de operatie; (2) hij heeft niet voldoende maatregelen genomen om het zicht te vergroten; (3) hij heeft geen collegiale hulp ingeroepen toen de operatie moeilijker liep en (4) hij heeft de operatie niet gestaakt. Naar het oordeel van de rechtbank heeft het hebben van onvoldoende zicht de kans vergroot dat de orthopedisch chirurg per abuis het zenuwweefsel heeft vastgepakt. De rechtbank weegt ook mee dat de orthopedisch chirurg bekend was met de aanwezigheid van zenuwweefsel op de plek van de operatie en de grote en blijvende gevolgen van een beschadiging van dit weefsel. Al deze omstandigheden brengen de rechtbank tot de conclusie dat de gemaakte fouten zodanig zwaarwegend zijn dat de orthopedisch chirurg (grove) schuld kan worden verweten.

De orthopedisch chirurg doet nog een beroep op de zogenaamde 'medische exceptie'. Volgens vaste rechtspraak kan een arts, indien hij wordt vervolgd vanwege het toebrengen van pijn of zwaar lichamelijk letsel, zich op deze exceptie beroepen, indien hij in zijn hoedanigheid van arts in het belang van zijn patiënt een medische ingreep heeft verricht. Als het beroep op de medische exceptie slaagt, heeft de arts niet wederrechtelijk en daarom niet strafbaar gehandeld. Voor een geslaagd beroep op de medische exceptie moet aan drie cumulatieve voorwaarden zijn voldaan: (1) de handeling was medisch geïndiceerd met het oog op een concreet behandeldoel; (2) de handeling werd met toestemming van de betrokkende uitgevoerd en (3) de handeling is volgens de regelen der kunst verricht. In deze zaak vond de rechtbank dat aan de derde voorwaarde niet was voldaan. Het beroep op de medische exceptie werd dan ook verworpen.

Zoals gezegd heeft de rechtbank de orthopedisch chirurg tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van vier maanden veroordeeld. De officier van justitie had een taakstraf van 180 uur, een voorwaardelijke gevangenisstraf van drie maanden én een ontzetting uit het beroep voor de duur van één jaar geëist. De opgelegde straf is dus aanmerkelijk lichter. Waar komt dit door? De rechtbank acht in de eerste plaats van belang dat de orthopedisch chirurg niet het opzet had om de patiënte leed toe te voegen. In de tweede plaats weegt de rechtbank mee dat de orthopedisch chirurg heeft laten zien dat hij de ernst van het door hem veroorzaakte leed inziet. In de derde plaats neemt de rechtbank mee dat het wettelijke strafmaximum bij artikel 308 juncto 309 Sr een gevangenisstraf van 16 maanden is. In de vierde plaats neemt de rechtbank mee dat het erg lang heeft geduurd voordat de zaak inhoudelijk werd behandeld. Tot slot is voor de rechtbank van belang dat de

orthopedisch chirurg in een tuchtrechtelijke procedure al één jaar was geschorst voor de inschrijving in het BIG-register.

Deze uitspraak laat wederom zien dat een strafrechtelijke veroordeling vanwege een medische fout mogelijk is. Toepassing van het strafrecht dient, als ultimum remedium, echter wel de uitzondering te blijven. In de regel volstaan de civielrechtelijke en de tuchtrechtelijke route. Verder blijkt uit de uitspraak dat de strafrechter – naar mijn mening terecht – rekening houdt met eerdere veroordelingen, in dit geval de door de tuchtrechter opgelegde schorsing van één jaar.

Steeff Verheijen

T: +31(0)24 381 31 09

E: verheijen@dirkzwager.nl

Minister Schippers: scherper toezicht op nieuwe zorgaanbieders

Gisteren werd bekend dat Minister Schippers (Volksgezondheid) een meldplicht voor nieuwe zorgaanbieders gaat invoeren. Op dit moment is nog het relatief eenvoudig om een nieuwe zorginstelling op te richten.

Startende zorgaanbieders moeten in de toekomst aan meer voorwaarden voldoen voordat zij zorg mogen gaan verlenen. Zo moeten zij melding maken van de exacte startdatum. Daarnaast wordt getoetst of de kwaliteit en de administratieve organisatie van de zorgaanbieder op orde zijn, of de inschrijving in het handelsregister correct is geweest en of beroeps- of bestuursverboden in de weg staan aan het goed functioneren van de zorgaanbieder. Schippers wil de zwaarte van de toetsing afhankelijk stellen van het type zorgaanbieder.

Het plan van Schippers is een concrete uitwerking van het nieuwe zorgplan dat zij op 6 februari 2015 bekend heeft gemaakt. In dat plan had zij als een van de speerpunten opgenomen dat er zwaardere kwaliteitseisen zouden worden gesteld aan nieuwe zorginstellingen.

Steeff Verheijen

T: +31(0)24 381 31 09

E: verheijen@dirkzwager.nl

CZ Zorgverzekeraar geen aanbestedende dienst

Het Gerechtshof Den Bosch heeft geoordeeld dat CZ Zorgverzekeraar geen aanbestedende dienst is. Met haar recente arrest vernietigt het hof het vonnis van de voorzieningenrechter. Het hof komt tot dit oordeel omdat volgens haar de behoeften waarin CZ voorziet van commerciële aard zijn.

Voorzien in behoeften van commerciële aard, of niet?

Het Hof toetst of CZ voldoet aan de criteria van een publiekrechtelijke instelling. Partijen zijn het erover eens dat de behoeften waarin CZ voorziet van algemeen belang zijn. Centraal staat de vraag of die behoeften (anders dan) van commerciële aard zijn of. Op basis van vaste jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie inzake Agora en Korhonen toetst het hof dit aan 3 criteria:

1) Heeft CZ een winstoogmerk?

Van belang bij dit criterium is of CZ wordt bestuurd op basis van *criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit*. Het Gerechtshof oordeelt dat dit zo is. Het systeem van risicovereffening neergelegd in de Zorgverzekeringswet strekt er volgens het hof slechts toe om onevenwichtigheden die voortvloeien uit de acceptatieplicht te compenseren. Het is volgens het hof niet zo dat zorgverzekeraars hun verliezen voortvloeiende uit (inefficiënt) handelen vergoed krijgen uit het risicovereveningsfonds. CZ heeft dus een winstoogmerk.

2) Handelt CZ onder normale marktomstandigheden?

Uitgangspunt volgens het Bossche Gerechtshof is dat het aanbieden van een zorgverzekering een economische activiteit is. Dat het aanbieden van een zorgverzekering van overheidswege is gereguleerd, maakt dit volgens het hof niet anders. Ook in dit geval leidt het bestaan van de vereveningsbijdrage niet tot een ander oordeel. Het hof oordeelt dat met die bijdrage uitsluitend is beoogd verzekeraars een gelijke uitgangspositie te geven die concurrentie mogelijk maakt: namelijk concurrentie om de gunst van de verzekerde die de keuze maakt op basis van de hoogte van de premie, de kwaliteit van de zorg(inkoop) en zorgbemiddeling. Volgens het hof beperkt de risicovereveningsbijdrage de concurrentie dus niet, maar bevordert die juist. Gelet hierop opereert CZ dus in een klimaat van concurrentie.

3) Draagt CZ het economisch risico van haar activiteiten?

Het Gerechtshof oordeelt dat CZ uit haar inkomsten al haar kosten moet dekken. CZ heeft de vrijheid zelf te bepalen hoe zij haar inkomsten besteedt, zolang de verzekerden maar tijdig worden uitbetaald. De overheid oefent volgens het hof hierop geen toezicht uit en daar is voor de overheid redelijkerwijs ook geen aanleiding toe. Verder concludeert het Gerechtshof dat CZ failliet kan gaan als zij haar uitgaven onvoldoende beheerst. Er is geen wettelijke regeling die dat kan voorkomen. Gelet op deze overwegingen draagt CZ het economisch risico van haar eigen activiteiten.

Conclusie

Het voorgaande maakt dat de behoeften waarin CZ voorziet, hoewel die van algemeen belang zijn, van commerciële aard zijn. Daarom is niet voldaan aan de eerste cumulatieve voorwaarde van het begrip “publiekrechtelijke instelling”. Dat maakt dat CZ niet kwalificeert als een aanbestedende dienst.

Het hof overweegt dat van geval tot geval beoordeeld moet worden of een zorgverzekeraar een aanbestedende dienst is. Dit arrest is formeel gezien dus niet in het algemeen van toepassing op andere zorgverzekeraars. Temeer omdat het slechts een voorlopig oordeel betreft en de bodemrechter tot een ander oordeel zou kunnen komen. Desondanks kan dit arrest voor de (andere) zorgverzekeraars wel een goede basis zijn om te beargumenteren dat zij geen aanbestedende diensten zijn. Het stelsel van de Zorgverzekeringswet, waar het hof haar arrest (goeddeels) op heeft gegrond, is immers voor alle verzekeraars hetzelfde.

Joris Bax

T: +31 (0)24 381 31 86

E: bax@dirkzwager.nl

Het interstatelijk effect van staatssteun in de zorgsector

Door middel van een persbericht heeft de Europese Commissie aan de hand van zeven besluiten Oriëntatiehulp gegeven ten behoeve van lokale steunmaatregelen. Inmiddels zijn de eerste twee van de zeven besluiten gepubliceerd. Beide beschikkingen hebben betrekking op steun aan ziekenhuizen.

De begunstigde ziekenhuizen

De Duitse Landgrafen-Klinik [staatssteunzaak SA.38035] is een revalidatiekliniek met 200 bedden in Bad Nenndorf in de Duitse deelstaat Nedersaksen. De deelstaat heeft de kliniek de verliezen vergoed die bij het verstrekken van gezondheidszorgdiensten zijn geleden. De openbare ziekenhuizen die eigendom zijn van de Tsjechische regio Hradec Králové [staatssteunzaak SA.37432] ontvangen overheidsfinanciering, in hoofdzaak om de medische spoeddiensten te garanderen en de apparatuur te financieren die deze ziekenhuizen nodig hebben om hun diensten te kunnen verlenen.

Staatssteun

Gelet op artikel 107 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is er sprake van staatssteun als een “maatregel”:

- afkomstig is van de staat of met staatsmiddelen is bekostigd;
- een of meer bepaalde ondernemingen;
- een voordeel verschaft;
- die de mededinging vervalst;
- en waardoor de handel tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed (interstatelijk effect).

Het gaat hierbij om cumulatieve voorwaarden.

Beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten

In beide besluiten zet de Europese Commissie in algemene zin uiteen wanneer een maatregel interstatelijk effect heeft. Hierbij worden twee situaties onderscheiden. Een maatregel heeft interstatelijk effect wanneer:

- door de maatregel de positie van een onderneming ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer wordt versterkt, of

- steun wordt toegekend aan een onderneming die zelf niet aan intracommunautaire handelsverkeer deelneemt indien daardoor de kansen van in andere lidstaten gevestigde ondernemingen om in die lidstaat op de markt te komen, afnemen.

Het is vaste rechtspraak dat de Europese Commissie enkel hoeft te onderzoeken of de steun het handelsverkeer ongunstig kan beïnvloeden. Het daadwerkelijke effect van een maatregel op het handelsverkeer hoeft de Europese Commissie niet aan te tonen. Dit laat onverlet dat het effect op het handelsverkeer niet mag worden verondersteld. Evenmin mag het effect enkel hypothetisch zijn. Gelet hierop is de Europese Commissie in verschillende zaken tot de conclusie gekomen dat bepaalde activiteiten vanwege het puur lokale karakter geen effect hebben op de handel tussen de lidstaten. Volgens de Europese Commissie is het daarom raadzaam om met name te controleren:

- of de begunstigde onderneming goederen of diensten levert in een beperkt gebied binnen een lidstaat en het onwaarschijnlijk is dat klanten uit andere lidstaten worden aangetrokken, en
- of het met een *“voldoende mate van waarschijnlijkheid”* niet te verwachten is dat de maatregel een *“meer dan marginaal effect”* zal hebben op de voorwaarden voor grensoverschrijdende investeringen of vestiging.

Staatssteun in de zorgsector

De Europese Commissie hanteert een vierdelige toetst (toetsingskader) voor de beoordeling van de interstatelijkheid van staatssteun in de zorgsector.

Allereerst wordt gekeken naar het karakter van het ziekenhuis. Onder verwijzing naar [staatssteunzaak SA.19864](#) betreffende de Brusselse IRIS-ziekenhuizen stelt de Europese Commissie dat steun aan uiterst gespecialiseerde ziekenhuizen met een internationale reputatie een interstatelijk effect kan hebben. In zowel de Duitse als de Tsjechische zaak gaat het echter om normale ziekenhuizen.

Op de tweede plaats kijkt de Europese Commissie of de ziekenhuizen gelegen zijn in een grensgebied met *“frequent”* grensoverschrijdend patiëntenverkeer. In dit kader merkt de Europese Commissie op dat het niet aannemelijk is dat lokaal aangeboden standaard gezondheidszorg de handel tussen lidstaten beïnvloedt, aangezien de concurrentie tussen aanbieders van deze zorg alleen op lokaal niveau gebeurt. Desalniettemin wordt in beide zaken gekeken naar het grensoverschrijdend patiëntenverkeer. De Landgrafen-Kliniek behandelde in 2013 géén enkele patiënt uit een andere lidstaat. De totale patiëntenpopulatie van de

Tsjechische klinieken bestond in de periode 2008-2013 slechts voor 0,001% uit patiënten woonachtig in een andere lidstaat.

Op de derde plaats wordt het hoofddoel van de ziekenhuizen relevant geacht. Vooral in de Tsjechische zaak komt dit tot uitdrukking. De betreffende ziekenhuizen hadden als doel patiënten uit het adherentiegebied te behandelen. De ziekenfondsen zorgden er zelfs voor dat het aantal bedden hierop was afgestemd.

Tot slot wordt op de vierde plaats gekeken naar de voorwaarden voor grensoverschrijdende investeringen of vestiging. In de Duitse zaak stelt de Europese Commissie vast dat er in een gebied van 100 kilometer om de Landgrafen-Klinik meer dan 20 revalidatieklinieken actief zijn. Dit suggereert dat de onderhavige steun geen belemmering vormt voor de vestiging van zorgaanbieders uit andere lidstaten. In de Tsjechische zaak acht de Europese Commissie relevant dat er in het betreffende gebied geen zorgaanbieders uit andere lidstaten actief zijn.

Groepsvrijstelling DAEB

Hoewel de Europese Commissie in zowel de Duitse als de Tsjechische zaak tot de conclusie komt dat de maatregelen geen interstatelijk effect hebben, toetst de Europese Commissie in de Tsjechische zaak is geheel ten overvloede ook nog of de maatregel ook voldoet aan de groepsvrijstelling DAEB (diensten van algemeen economisch belang). Kennelijk hadden de Tsjechische autoriteiten voor de zekerheid de maatregel vormgegeven op basis van de groepsvrijstelling. De Europese Commissie stelt vast de Tsjechische autoriteiten hun huiswerk goed gedaan hebben: als er een interstatelijk effect zou zijn geweest, was de maatregel op grond van de groepsvrijstelling DAEB van melding vrijgesteld.

Slot

Voor steun in de zorgsector beschikken we nu over een toetsingskader. Voor de praktijk is dat handig. Bovendien laat vooral de Tsjechische zaak zien dat ook in grensgebieden het interstatelijk effect in de zorgsector toch kan ontbreken. Enkele van de Tsjechische ziekenhuizen bevinden zich immers in grensgemeenten. Hoe dan ook, in elk concreet geval zal aan de hand van het toetsingskader moeten worden vastgesteld of een maatregel interstatelijk effect heeft.

Eric Janssen

T: +31 (0)24 381 31 27

E: e.janssen@dirkzwager.nl

Commissie Meurs stelt benadering hoofdbehandelaarschap in GGZ ter discussie

Het hoofdbehandelaarschap in de GGZ moet een meer zorginhoudelijke invulling krijgen, waarbij de zorgvraag en de voorkeur van cliënt een duidelijke plaats moeten krijgen. Ook zou de term vervangen moeten worden door de passender aanduiding 'regiebehandelaar'. Dat adviseert de commissie Meurs in het rapport 'Hoofdbehandelaarschap GGZ als noodgreep'.

Steeds meer zorgverzekeraars stellen beperkingen aan de personen die als hoofdbehandelaar mogen optreden in de GGZ. Zoals wij eerder op deze kennispagina schreven, zijn dergelijke beperkingen in strijd met het systeem van de Zorgverzekeringswet (Zvw). De Zvw gaat er namelijk van uit dat enkel de *wetgever* de aard, inhoud en omvang van het verzekerde basispakket bepaalt.

Zorgverzekeraars mogen slechts voorwaarden van administratieve en procedurele aard stellen. Als in polisvoorwaarden de personen die als hoofdbehandelaar mogen optreden sterk inperken, heeft dit als direct effect dat ook de zorg die op grond van die polisvoorwaarden kan worden vergoed sterk wordt ingeperkt.

Polisvoorwaarden waarin dit type beperkingen is opgenomen, beperken dus in strijd met de Zvw de aard, inhoud en omvang van de geleverde zorg. Deze voorwaarden zijn daarom nietig (gelden niet).

Vooralsnog gaan zorgverzekeraars er echter van uit dat zij volledig vrij zijn in het stellen van beperkingen aan de invulling van het hoofdbehandelaarschap in de GGZ. De steeds verdergaande beperkingen zullen naar verwachting tot een onhoudbare situatie leiden. De bedrijfsvoering van veel zorgaanbieders in de GGZ komt steeds vaker onder druk te staan door de – veelal onrealistische – eisen die gesteld worden aan het hoofdbehandelaarschap.

Het is al langere tijd wachten op de eerste procedures over dit onderwerp, zeker nu zorgverzekeraars ieder jaar verder lijken te gaan in het stellen van eisen ten aanzien van het hoofdbehandelaarschap. Steeds meer zorgaanbieders worden geconfronteerd met terugvorderingen van zorgverzekeraars, die – veelal na een materiële controle – menen te constateren dat niet (volledig) is voldaan aan alle door de zorgverzekeraar gestelde eisen aan het hoofdbehandelaarschap.

Mogelijk dat in die opstelling nu verandering gaat komen, althans indien de zorgverzekeraars gehoor geven aan het advies van de commissie Meurs.

De commissie Meurs roept zorgverzekeraars op om de inkoopvoorwaarden betreffende het hoofdbehandelaarschap te harmoniseren en daarbij een ruimhartiger beleid te hanteren. Achtergrond daarvan is dat de commissie meent dat het begrip 'hoofdbehandelaarschap' de afgelopen jaren ten onrechte een vooral financiële betekenis heeft gekregen. Volgens de commissie staat dit haaks op de essentie van het hoofdbehandelaarschap, dat volgens de commissie gericht zou moeten zijn op het waarborgen van de kwaliteit van de zorg. De commissie constateert dat de hoofdbehandelaar in de GGZ steeds meer een regierol is gaan vervullen. Volgens de commissie kan daarom beter gesproken worden van 'regiebehandelaar'. Als het aan de commissie ligt mag *iedere* zorgverlener die bij de behandeling betrokken is regiebehandelaar zijn, mits hij of zij academisch of gelijkwaardig is geschoold, BIG-geregistreerd is, relevante werkervaring heeft en meedoet aan een vorm van intercollegiale toetsing.

Het advies van de commissie Meurs laat zien hoezeer (met name) de zorgverzekeraars aan de haal zijn gegaan met het begrip 'hoofdbehandelaarschap', dat inmiddels louter financieel benaderd wordt. Het advies toont aan dat de beperkingen die zorgverzekeraars stellen geen zorginhoudelijke basis hebben. Het valt daarom te hopen dat het advies van de commissie Meurs leidt tot een herbezinning aan de zijde van zorgverzekeraars. Uitgangspunt daarbij zou moeten zijn dat niet alleen in de *toekomst* ruimhartiger wordt omgegaan met het hoofdbehandelaarschap, maar ook in het *heden én verleden*.

Koen Mous

T: +31 (0)24 381 31 53

E: mous@dirkzwager.nl

Boodschap onderzoeksbureau: geen verdere formalisering en juridisering cliëntmedezeggenschap

Een opvallend verfrissend geluid bereikte onlangs de arena waarbinnen het politieke debat over cliëntmedezeggenschap zich afspeelt. Wat was namelijk de boodschap? Het democratiseringsideaal en het daaruit voortvloeiende streven naar versterking van formele rechten van cliëntenraden is achterhaald en schiet zijn doel voorbij. Gestreefd zou vooral moeten worden naar maatwerk en keuzevrijheid bij de inrichting van cliëntmedezeggenschap.

Enige tijd geleden heb ik op onze kennispagina al kritisch bericht (<http://www.dzw.gr/baf8b>) over de plannen van het huidige kabinet om eenzijdig de formele rechten van cliëntenraden te versterken. Het onderzoeksrapport "Medezeggenschap op maat" van het Verwey-Jonker Instituut van 16 april 2015 onderbouwt deze kritiek met empirisch materiaal.

Uit het door het wetenschappelijk bureau uitgevoerde onderzoek blijkt namelijk dat leden van cliëntenraden, bestuurders en toezichthouders "over het algemeen" tevreden zijn over het functioneren van de cliëntmedezeggenschap. Het "merendeel" van de geïnterviewde leden van cliëntenraden heeft het gevoel dat zij serieus worden genomen en in meer of mindere mate invloed hebben op aangelegenheden die van belang zijn voor hun achterban. De samenwerking met de direct leidinggevenden, de raden van bestuur en de raden van toezicht kwalificeren de betreffende respondenten over het algemeen als "goed":

"Zij [respondenten, zijnde leden van cliëntenraden] worden over het algemeen goed geïnformeerd en hebben gemakkelijk toegang tot de direct leidinggevenden en het bestuur, zowel op formele als informele basis. Het overleg is volgens de betreffende respondenten weliswaar zakelijk, maar open en constructief. De respondenten hebben het gevoel dat zij serieus worden genomen en invloed kunnen uitoefenen."

Dit soort onderzoeksresultaten roept de vraag op wat nu eigenlijk de precieze gedachte is achter de verschillende verheffingsmaatregelen voor cliëntenraden (bijvoorbeeld de introductie van een instemmingsrecht en een verruiming van het

enquêterecht) die de formele wetgever volgens de Minister van VWS zou moeten treffen. Deze vraag wordt des te prangender als wordt bedacht dat de onderzoekers van het Verwey-Jonker Instituut opmerken dat vormen van *informele* zeggenschap (dus bijvoorbeeld groeps- of huiskameroverleggen of andere alternatieve overlegvormen) steeds meer aan belang winnen. Volgens de onderzoekers is deze ontwikkeling ook wenselijk. Dergelijke vormen van medezeggenschap staan namelijk "*dichter bij de leefwereld van cliënten*" dan veelal het geval is indien sprake is van formele cliëntenraden. Informeel overleg vindt bovendien plaats op "*meer gelijkwaardige basis*" dan formeel overleg. Ook is informeel overleg, anders dan in geformaliseerde verhoudingen helaas al te vaak het geval is, "*niet gejuridiseerd*". Ten slotte worden zorgaanbieders door middel van informele overlegvormen in staat gesteld om de kwaliteit van de zorg te vergroten en "*beter af te stemmen op de wensen van de cliënt*." Dit laatste is eens te meer noodzakelijk omdat – zo blijkt ook uit het onderzoek van het Verwey-Jonker Instituut – de representativiteit van de *formele* cliëntenraden (een eis die ook uitdrukkelijk in de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen is opgenomen) nogal eens te wensen overlaat. Informele vormen van medezeggenschap brengen daarentegen een "*optimale aansluiting tussen vraag en aanbod in de zorg*" met zich mee.

De opgave voor de toekomst is volgens het Verwey-Jonker Instituut het tot stand brengen van een soort wisselwerking tussen formele en informele medezeggenschap, zodat de zwakke punten van de ene poot gecompenseerd worden door de sterke punten van de andere. Het formele wettelijke kader zou bij dit alles in essentie niet minder maar ook niet meer dan een soort voorwaardenscheppende functie moeten vervullen. Een verstandige gedachte, die niet is gebaat bij goedbedoelde, maar contraproductieve en vooral verkeerd georiënteerde regel- en emancipatiezucht.

Tom van Malssen

T: +31(0)24 381 31 28

E: vanmalssen@dirkzwager.nl

ACM: compliance is welbegrepen eigenbelang

In een op 29 mei 2015 voor de Vereniging Farmacie & Recht gehouden toespraak is Chris Fonteijn, voorzitter van de raad van bestuur van de Autoriteit Consument en Markt (ACM), ingegaan op het belang van compliance in de zorg en de farmacie. Zijn boodschap was: **compliance is welbegrepen eigenbelang.**

Aanpak ACM

Als eerste heeft Chris Fonteijn de aanpak van de ACM toegelicht. De ACM stelt de consument centraal. Als gedragingen van consumenten schadelijke effecten hebben op de consumentenwelvaart grijpt de ACM in. Dit doet de ACM bijvoorbeeld door het opleggen van een boete aan de onderneming die de mededingingsregels overtreedt en aan de natuurlijke personen die aan deze overtreding leiding gaven. Daarnaast voert de ACM zogenaamde '*wenkbrauwgesprekken*'. Dit zijn indringende gespreken waarin de ACM probeert ondernemingen tot gedragsverandering te bewegen. Tot slot worden consumenten actief geïnformeerd over de mogelijkheden van de markt.

Wat is compliance?

Volgens Chris Fonteijn houdt compliance in dat een onderneming of ondernemingsvereniging binnen het wettelijk kader werkt en de medewerkers daarop wijst, traint en afrekent. Het is daarbij heel belangrijk dat de top van de onderneming het goede voorbeeld geeft. In de visie van de ACM moeten alle bestuurders, leidinggevend en medewerkers die in hun werk in aanraking kunnen komen met mededingingsvraagstukken zich actief met compliance bezighouden: "*het stopt niet met één bijeenkomst of met een pagina op het intranet van het bedrijf*". Zo zouden medewerkers regelmatig moeten verklaren dat ze zich aan de regels houden, bijvoorbeeld door het tekenen van een integriteitsverklaring en later bijvoorbeeld bij beoordelingsgesprekken. Ook een monitoringssysteem is van belang. Met audits kunnen nieuwe risico's snel geïdentificeerd en worden. Dit werkt bevorderlijk voor het voorkomen van overtredingen.

Als ondernemingen compliance op de agenda zetten, laten zij volgens de ACM zien dat zij "*voor eerlijke concurrentie*" zijn. De ondernemingen blijven scherp omdat de marktwerking hun succes bepaalt. "*Daarmee is het compliance-programma ook een vliegwiel voor innovatie. Innovatie door concurrentie.*"

Compliance in de zorg

De ACM ziet compliance in de zorg vooral als bewustwording: *“het begrijpen van de regels en weten onder welke omstandigheden er risico's ontstaan voor concurrentie.”* De ACM snapt dat in de zorgsector de mededingingsrechtelijke do's en dont's lang niet altijd op het netvlies van de betrokkenen staan. Daarom richt de ACM zich, meer dan in andere sectoren, op het toelichten van haar rol en het uitleggen van de mededingingsregels. De *“consument in de zorg”* staat niet voor niets in de ACM-agenda 2014-2015.

Feitelijk leidinggevenden

Investeringen op het gebied van compliance moeten in de ogen van de ACM verder gaan dan het noteren van regeltjes in een foldertje voor medewerkers of het gebruiken van een interne checklist. Medewerkers moeten niet alleen de regels kennen, maar ze ook in de volle omvang begrijpen én toepassen. Alleen zo worden verboden gedragingen voorkomen. Maar als de regels worden overtreden, zal de ACM niet alleen de onderneming, maar daar waar mogelijk ook de feitelijk leidinggevenden aansprakelijk houden en beboeten. Chris Fonteijn ziet het in dit kader als een geruststelling dat feitelijk leidinggevenden ook clementie kunnen aanvragen: zij kunnen dus ook zelf de overtreding aan de ACM opbiechten teneinde voor boete-immuniteit of boeteverlaging in aanmerking te kunnen komen.

Boeteverlaging wegens het hebben van een complianceprogramma?

Het hebben van een complianceprogramma levert volgens de ACM in beginsel geen grond op voor boeteverlaging indien er desondanks een overtreding plaatsvindt. Toch is het hebben van een complianceprogramma nuttig. Als het programma goed werkt, kunnen overtredingen snel worden ontdekt en kan de onderneming clementie vragen. De kans is dan groot dat de betreffende onderneming boete-immuniteit of boeteverlaging krijgt.

Commentaar

Het is begrijpelijk dat Chris Fonteijn met betrekking tot compliance de focus legt op de mededingingsregels. De ACM is immers belast met het toezicht op de naleving van deze regels. Maar compliance gaat verder. Het Nederlands Compliance Instituut definieert compliance als: *“de naleving van wet- en regelgeving, alsmede het werken volgens de normen en regels die een instelling zelf heeft opgesteld”*.

Verder valt op dat in de toespraak nadrukkelijk natuurlijke personen worden gemaand de mededingingsregels na te leven. In geval de mededingingsregels worden overtreden, kunnen zij als feitelijk leidinggevende voor de overtreding aansprakelijk worden gehouden en beboet. De praktijk laat zien dat de ACM niet schroomt om forse boetes op te leggen aan feitelijk leidinggevend. In dit kader valt overigens op dat naast feitelijk leidinggevend niet ook opdrachtgevers worden genoemd. Dit zal samenhangen met het feit dat feitelijk leidinggeven makkelijker te bewijzen is dan opdrachtgeven. Toezichthouders grijpen derhalve sneller naar het eerste middel.

Of de omstandigheid dat feitelijk leidinggevend voor zichzelf clementie kunnen aanvragen zo'n geruststelling is, valt te bezien. Een natuurlijk persoon kan enkel voor zichzelf clementie vragen en niet ook voor de onderneming waarvoor hij werkzaam is of eventuele collega's. Slechts ondernemingen (dat wil zeggen de entiteiten die de economische activiteiten uitoefenen) kunnen zogenaamde '*blanket leniency*' vragen, dat wil zeggen clementie voor zichzelf en voor alle betrokken feitelijk leidinggevend. Een natuurlijk persoon die voor zichzelf clementie vraagt verkleint daarmee dus de kans op boete-immuniteit voor zowel de onderneming waarvoor hij werkzaam is als zijn collega's. Niet echt collegiaal dus. Het ligt daarom voor de hand dat een natuurlijk persoon eerst de onderneming in staat stelt clementie te vragen alvorens hij zelf naar de ACM stapt.

Eric Janssen

T +31 (0)24 381 31 27

E e.janssen@dirkzwager.nl

Strafrechtelijke veroordeling voor 'neparts'

In het Paleis van Justitie in Arnhem stonden de afgelopen tijd bovengemiddeld veel zaken op het snijvlak van strafrecht en gezondheidszorg op het programma.

Op 18 juni jl. sprak het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ex-neuroloog Jansen Steur nog vrij van het opzettelijk in hulpeloze toestand brengen/laten van patiënten en van mishandeling althans opzettelijke benadeling van de gezondheid van patiënten. Een week later, op 25 juni jl., heeft de rechtbank Gelderland een man veroordeeld die zich ten onrechte uitgaf als arts en cliënten medisch behandelde. Daarover gaat dit artikel.

Bewezenverklaring

De 54-jarige man had een eigen kliniek. Hij deed zich bij zijn cliënten voor als gediplomeerd (huid)arts. Dit deed hij onder andere door het voeren van de bedrijfsnaam 'Medisch Center', door de inrichting en aankleding van de kliniek te laten lijken op een artspraktijk, door op zijn website het esculaapteken te plaatsen, door het dragen van een witte doktersjas en door het voeren van de titel 'MD' (Medical Doctor). Vast staat dat de man niet was ingeschreven in het BIG-register en dat hij geen diploma's had die in Nederland erkend zouden kunnen worden.

De man heeft diverse cliënten daadwerkelijk als 'arts' behandeld. Hij heeft diagnoses gesteld en bij cliënten handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg verricht. Zo heeft hij vetbulten en cystes verwijderd en cliënten geadviseerd om bepaalde medicijnen in te nemen. De man heeft bij één van zijn cliënten onbevoegd de diagnose borstkanker (en later ook nog de diagnose schildklierkanker) gesteld en haar overgehaald om haar daarvoor in China te laten behandelen. Voor de (nep)behandeling moest de cliënte hem grote geldbedragen betalen.

In zijn kliniek had de man daarnaast grote hoeveelheden geneesmiddelen voorhanden waarvoor in Nederland geen handelsvergunning gold. Verder heeft hij het afslankmiddel Relacore/Relacoffee (met daarin het verboden middel sibutramine) verkocht, terwijl hij wist dat dit middel schadelijk is voor de gezondheid.

Ten slotte heeft de man valse facturen opgesteld, waarvan er één ook bij de zorgverzekeraar is ingediend.

De strafmaat

De rechtbank acht het handelen van de man "*buitengewoon kwalijk en laakbaar*". Daarbij speelt voor de rechtbank een belangrijke rol dat een groot deel van zijn handelen is voorbehouden aan medisch geschoolde specialisten. De rechtbank overweegt volkomen terecht dat mensen erop moeten kunnen vertrouwen dat zij worden geholpen door personen met kennis, kunde en de bevoegdheid om hen te helpen. De man heeft dit vertrouwen ernstig geschaad. Bovendien heeft de man de gezondheid van enkele cliënten in gevaar gebracht. Het meest sprekende voorbeeld is wel dat hij een vrouwelijke cliënte een operatie heeft laten ondergaan die zij helemaal niet nodig had.

De rechtbank heeft de man veroordeeld tot een celstraf van drie jaar, waarvan één jaar voorwaardelijk met een proeftijd van vijf jaar.

Steeff Verheijen

T: +31(0)24 381 31 09

E verheijen@dirkzwager.nl

Homoseksuelen niet permanent uitsluiten als bloeddonor

In Nederland is Sanquin verantwoordelijk voor de bloedvoorziening in Nederland. Honderdduizenden donors geven met enige regelmaat vrijwillig bloed. Daarmee worden jaarlijks ruim 25.000 mensenlevens gered. Niet iedereen mag bloed geven. Zo staat op de website van Sanquin dat je geen bloed mag geven als je “als man ooit seksueel contact hebt gehad met een man”.

In april 2015 hebben zowel het Nederlandse College voor de Rechten van de Mens (CRvdM) als het Hof van Justitie voor de Europese Unie (HvJ EU) zich uitgelaten over de vraag of deze permanente uitsluiting wel zonder meer geoorloofd is. Het antwoord is nee. In deze bijdrage bespreek ik beide zaken. Eerst geef ik een korte schets van het relevante juridisch kader.

Juridisch kader

De kwaliteits- en veiligheidsnormen van bloed zijn op Europees niveau vastgelegd in Richtlijn 2002/98/EG. De technische voorschriften voor bloed en bloedbestanddelen zijn uitgewerkt in Richtlijn 2004/33/EG. Uit deze Richtlijn blijkt onder meer dat bij de selectie van donors als uitgangspunt geldt dat beoordeeld moet worden of bij de kandidaat-donor sprake is van een verhoogd risico op infecties die via transfusie overdraagbaar zijn.

Op grond van de Richtlijn moeten personen die als gevolg van hun seksueel gedrag *een groot risico* hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen permanent moeten worden uitgesloten. Personen die als gevolg van hun gedrag of activiteit *een risico* hebben om bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen moeten op grond van de Richtlijn gedurende een bepaalde periode na beëindiging van het risicogedrag worden uitgesloten.

Er geldt met andere woorden een onderscheid tussen *tijdelijke* en *permanente* uitsluiting. Het doel van de uitsluiting is uiteraard om een zo groot mogelijke kwaliteit en veiligheid van de bloedproducten te garanderen.

Voor Nederland is verder de Algemene Wet Gelijke Behandeling (AWGB) van belang. Op grond van deze wet is het, behoudens uitzonderingen, niet toegestaan om onderscheid te maken op grond van (bijvoorbeeld) seksuele gerichtheid.

College voor de Rechten van de Mens

De casus. Een man meldde zich via de website van Sanquin aan als bloeddonor. Hij werd uitgenodigd voor een keuring waarbij hij onder meer een vragenlijst moest invullen. Een van de vragen was of de man seksueel contact had gehad met een andere man. De man beantwoordde deze vraag bevestigend. Sanquin liet de man vervolgens weten dat hij om die reden permanent is uitgesloten als bloeddonor. De man was het met deze beslissing niet eens. Hij startte een procedure bij het CRvdm.

Het CRvdm moest de vraag beantwoorden of Sanquin jegens de man een verboden onderscheid op grond van seksuele gerichtheid maakt door hem permanent uit te sluiten van het bloeddonorschap omdat hij seksuele contacten had gehad met een of meer andere mannen.

Het CRvdm stelt voorop dat het handelen van Sanquin valt onder het toepassingsbereik van artikel 7 van de AWGB. Artikel 7 lid 1 onder c in verbinding met artikel 1 lid 1 AWGB bepaalt dat het maken van onderscheid op grond van seksuele gerichtheid is verboden bij (onder meer) het aanbieden van goederen of diensten door een instelling die werkzaam is op het gebied van de gezondheidszorg (zoals Sanquin).

Daarna oordeelt het CRvdm dat Sanquin *direct* onderscheid op grond van seksuele gerichtheid maakt door de man permanent als bloeddonor uit te sluiten. Dit onderscheid is verboden. Van een wettelijke uitzonderingsgrond (uit artikel 2 AWGB) is geen sprake.

Het CRvdm is vervolgens nagegaan of er dringende redenen van volksgezondheid zijn die (ondanks het gesloten systeem van uitzonderingen uit de AWGB) maken dat het uitsluitingsbeleid van Sanquin (toch) geen verboden onderscheid oplevert. Het CRvdm erkent dat de gevolgen van besmetting van (met HIV) besmet bloed ernstig zijn. Voor het CRvdm staat ook vast dat de mogelijkheden om besmetting in gedoneerd bloed te kunnen vaststellen in 2014 nog niet toereikend waren om het risico van toediening van HIV-besmet bloed tot een aanvaardbaar niveau terug te brengen.

Toch oordeelt het CRvdM uiteindelijk dat er sprake is van verboden onderscheid. Sanquin had volgens het CRvdM namelijk moeten onderzoeken of met een tijdelijke uitsluiting had kunnen worden volstaan. Cruciaal voor dit oordeel is dat uit recent onderzoek van de Universiteit Maastricht en Sanquin was gebleken dat het in het belang van de volksgezondheid *niet* meer noodzakelijk is om mannen die seksueel contact hebben gehad met andere mannen permanent uit te sluiten van bloeddonatie.

Hof van Justitie voor de Europese Unie

De casus. Een Fransman meldde zich in 2009 aan als bloeddonor. Hij werd geweigerd. De reden was dat hij een seksuele relatie had gehad met een man. In Frankrijk geldt als regel dat seksueel contact tussen mannen een permanente contra-indicatie oplevert voor het worden van bloeddonor. De Fransman vocht het besluit aan. Het Franse gerecht stelde vervolgens een prejudiciële vraag aan het HvJ EU.

Het HvJ EU concludeert dat de Franse permanente contra-indicatie voor mannen die seksuele betrekkingen hebben met andere mannen kwalificeert als een toegestane permanente uitsluiting in de zin van Richtlijn 2004/33, *mits* voldaan is aan een tweetal cumulatieve voorwaarden:

- a) op basis van de huidige medische, wetenschappelijke en epidemiologische kennis en gegevens moet vaststaan dat mannen die seksueel contact hebben met mannen als gevolg van hun seksueel gedrag een groot risico hebben om ernstige bloedoverdraagbare infectieziekten op te lopen;
- b) er zijn geen efficiëntere technieken voor de detectieziekten van de ernstige bloedoverdraagbare infecties of, bij gebrek aan dergelijke technieken, methoden die minder belastend zijn dan een dergelijke contra-indicatie om een hoog niveau van bescherming van de gezondheid van de ontvangers te waarborgen (toepassing van het evenredigheidsbeginsel).

Het is volgens het HvJ EU aan de nationale lidstaat om te beoordelen of aan deze voorwaarden is voldaan. Dit maakt het goed mogelijk dat de vraag of een permanente uitsluiting is toegestaan in verschillende lidstaten verschillend wordt beantwoord.

Tot slot

Gelet op de uitspraken van het CRvdM en het HvJ EU lijkt het voor Nederland een kwestie van tijd totdat de permanente uitsluiting van homoseksuele mannen voor bloeddonatie van de baan is.

Minister Schippers van VWS heeft in een brief aan de Tweede Kamer d.d. 6 maart 2015 al laten weten dat er redenen zijn om het donorselectiebeleid aan te passen ten gunste van mannen die seksueel contact hebben gehad met andere mannen. Dit biedt hoop voor homoseksuele mannen die graag bloeddonor willen zijn.

Steef Verheijen

T: +31(0)24 381 31 09

E: verheijen@dirkzwager.nl

NZA: ruimte en rust voor de medisch specialistische zorg in 2016

In een persbericht laat de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) vandaag weten dat zij voor 2016 geen grote wijzigingen doorvoert in de regels (meer concreet: in het DBC-pakket) voor medisch specialistische zorg. De NZa hecht waarde aan rust in de ziekenhuissector.

Het prestatie- en tariefsysteem voor medisch specialistische zorg is de afgelopen jaren vaak en intensief gewijzigd. Doel hiervan was met name om de medische herkenbaarheid te vergroten. De vele wijzigingen hebben echter ook geleid tot een vergroting van de administratieve belasting voor ziekenhuizen. De constante stroom aan wijzigingen heeft ook de onderhandelingen tussen ziekenhuizen en zorgverzekeraars bemoeilijkt.

Grote wijzigingen in het prestatie- en tariefsysteem komen er in 2016 dus niet. Wel laat de NZa weten dat zij bepaalde regels vereenvoudigd en verduidelijkt heeft. Zo worden behandelingen op de spoedeisende hulp en eenvoudige poliklinische behandelingen heringedeeld in lichte, middelzware en zware behandelingen. Dit moet zorgverzekeraars en ziekenhuizen ertoe bewegen om voor deze behandelingen reële(re) prijzen af te spreken. De NZa wil hiermee voorkomen dat een patiënt, zoals nu soms gebeurt, een relatief hoge rekening ontvangt voor een relatief kleine ingreep.

Uit het persbericht blijkt ook dat de tarieven voor ziekenhuiszorg in 2016 gemiddeld 3% gaan dalen ten opzichte van 2015.

Steeff Verheijen

T: +31(0)24 381 31 09

E: verheijen@dirkzwager.nl

Intensivisten verwerpen nieuwe IC-Richtlijn

Ieder medisch specialisme kent zogenaamde richtlijnen. Deze richtlijnen hebben onder meer als doel om de kwaliteit en de doelmatigheid van het medisch handelen te bevorderen. De richtlijnen zijn veelal gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek.

Al jaren discussiëren de intensivisten over een nieuwe richtlijn voor de Intensive Care. In de nieuwe conceptrichtlijn staat onder meer dat er op iedere intensive care – klein of groot – 24 uur per dag een intensivist aanwezig moet zijn. In de 'oude' richtlijn bestond die verplichting niet. De gedachte van de 24/7-aanwezigheid is dat de patiëntenzorg daar beter van zou worden.

Gisteravond kwamen de intensivisten bijeen om te stemmen over de nieuwe IC-richtlijn. Van de 425 aanwezige leden stemde 46% voor en 54% tegen. Tegenstanders kwamen met name uit de ziekenhuizen met een kleine IC. Voor deze ziekenhuizen had de nieuwe IC-richtlijn ook de grootste gevolgen. De extra (verplichte) bezetting van intensivisten zou namelijk een flinke extra kostenpost betekenen.

Naar aanleiding van de uitkomst van de stemming heeft nu het Kwaliteitsinstituut, dat onderdeel uitmaakt van Zorginstituut Nederland, de handschoen opgepakt. Het Kwaliteitsinstituut heeft laten weten dat het gaat kijken over welke onderdelen van de IC-Richtlijn wel en geen overeenstemming bestaat en wat de argumenten van de voor- en tegenstanders precies zijn.

Steeff Verheijen

T: +31(0)24 381 31 09

E: verheijen@dirkzwager.nl

Maak kennis met **Dirkzwager**
advocaten & notarissen

Vestiging Arnhem

Postbus 111
6800 AC Arnhem
Velperweg 1
6824 BZ Arnhem
T +31 (0)26 353 83 00
F +31 (0)26 351 07 93

Vestiging Nijmegen

Postbus 55
6500 AB Nijmegen
Van Schaeck Mathonsingel 4
6512 AN Nijmegen
T +31 (0)24 381 31 31
F +31 (0)24 322 20 74

E info@dirkzwager.nl

I www.dirkzwager.nl