

J.F. Groen, 'Schadevergoedingen: tijd voor duidelijkheid!', *JGGZR* 2022/27).

10) Uit de korte maar krachtige rechtsoverweging van de Hoge Raad leid ik af dat de Hoge Raad het veld toch wil stimuleren om met elkaar om de tafel te gaan. A-G Lindenberg deed hiervoor in zijn conclusie voor deze beschikking een voorzet: '*Gelet op de uiteenlopende typen gevallen van wetsschendingen en hun gevolgen, maar ook op de betrokken beslisinstanties (de rechter en klachtencommissies), ligt het m.i. meer voor de hand om eventueel door samenspraak tussen feitenrechters en/of overleg in de sector te komen tot nadere normering van toe te wijzen bedragen.*' (Concl. P-G Lindenberg, ECLI:NL:PHR:2023:1243, r.o. 4.20).

Tot slot

11) De hier besproken arresten van de Hoge Raad zijn welkome verduidelijkingen voor de beoordeling van verzoeken om schadevergoeding op grond van art. 10:12 lid 3 Wvggz in verband met termijnoverschrijdingen door de rechter of officier van justitie. Voor ander niet naleven van de wet blijft het nog zoeken. Wel lijkt het tijd voor overleg tussen veldpartijen en de rechtspraak voor het (door)ontwikkelen van een forfaitair systeem. De in de jurisprudentie toegekende bedragen geven daarvoor inmiddels ook voldoende handvatten.

Mr. J.F. (Jeffrey) Groen
Advocaat gezondheidsrecht bij Holla legal & tax

4

Klacht over rookverbod wel ontvankelijk

Hoge Raad
7 juli 2023, 23/01242, ECLI:NL:HR:2023:1048
(M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, K. Teuben)
Noot Mr. A. (Ada) Blok, deze annotatie heeft ook betrekking op ECLI:NL:RBOBR:2023:5564, «JGz» 2024/10.

Rookverbod. Klachtrecht. Huisregels.

[Wvggz art. 8:15, 10:3 lid 1, aanhef en onder k]

De Hoge Raad oordeelt dat een klacht over een niet in de huisregels opgenomen verbod op roken in open lucht op het terrein van een Wvggz-instelling wel ontvankelijk is. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat een algeheel rookverbod (ook in de open lucht) te ingrijpend is.

[*betrokkene*],
wonende te [woonplaats],
verzoeker tot cassatie,
hierna: *betrokkene*,
advocaat: M.A.M. Wagemakers,
tegen
[*Stichting*] [de instelling],
gevestigd te Eindhoven,
verweerster in cassatie,
hierna: de instelling,
niet verschenen.

Hoge Raad:

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de beschikking in de zaak C/01/384811 / FA RK 22-3520 van de rechtbank Oost-Brabant van 21 februari 2023. Betrokkene heeft tegen de beschikking van de rechtbank beroep in cassatie ingesteld. De instelling heeft geen verweerschrift ingediend. De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt tot vernietiging en terugwijzing van het cassatieberoep.

2. *Uitgangspunten en feiten*

2.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Betrokkene is met een zorgmachtiging opgenomen in een accommodatie van de instelling.

(ii) In de huisregels van de instelling is onder meer het volgende bepaald:

“11. Roken

Op grond van de tabakswet, gevaar voor de gezondheid en vanuit het oogpunt voor de brandveiligheid/-preventie geldt voor alle gebouwen van [de instelling] een rookverbod. Ook de e-smoker valt onder dit verbod.”

(iii) Op 1 juli 2022 is voor de instelling een nieuw rookbeleid in werking getreden. Vanaf die datum strekt het rookverbod zich niet alleen uit tot roken in alle gebouwen van de instelling, maar ook tot roken in de open lucht op het terrein van de instelling. Waar voordien buiten op het instellingsterrein mocht worden gerookt, is dat vanaf 1 juli 2022 niet meer toegestaan. De patiënten die in de instelling verblijven, zijn erover geïnformeerd dat vanaf 1 juli 2022 een algeheel rookverbod zou gaan gelden.

(iv) De hiervoor onder (ii) aangehaalde huisregel over roken is niet aan het hiervoor onder (iii) bedoelde nieuwe beleid aangepast. Het nieuwe beleid wordt wel vanaf 1 juli 2022 gehandhaafd.

2.2 Betrokkene heeft bij de klachtencommissie een klacht ingediend over het rookverbod.

Hij heeft te kennen gegeven dat hij het niet eens is met het algehele rookverbod dat vanaf 1 juli 2022 wordt toegepast.

2.3 De klachtencommissie heeft zich onbevoegd verklaard om kennis te nemen van de klacht.

2.4 In deze procedure verzoekt betrokkene de rechtbank om zijn klacht gegrond te verklaren. Daartoe heeft betrokkene aangevoerd, kort gezegd, dat het nieuwe rookverbod in strijd is met de huisregels.

2.5 De rechtbank¹ heeft het verzoek van betrokkene niet-ontvankelijk verklaard. Voor zover in cassatie van belang heeft de rechtbank daartoe als volgt overwogen:

“Wettelijk kader

4.1. Op grond van artikel 10:3, eerste lid, aanhef en onder k, Wvggz kan verzoeker een klacht in-

dienen over de nakoming van een verplichting of een beslissing op grond van de huisregels.

Omvang van het geding

4.2. De rechtbank begrijpt verzoeker zo dat hij vraagt om het rookbeleid van verweerster terug te draaien. Dat kan de rechtbank niet in deze procedure, omdat de rechtbank op grond van de Wvggz alleen een oordeel kan geven over de klacht. Dit betekent dat de rechtbank alleen een oordeel kan geven over de vraag of het verbod om te mogen roken in strijd is met de huisregels als bedoeld in artikel 8:15 Wvggz.

Roken in de open lucht

4.4. De rechtbank stelt vast dat het verbod om in de open lucht te mogen roken niet voorkomt in de op schrift gestelde huisregels. De mededelingen die aan verzoeker zijn gedaan over dit onderwerp kunnen niet gelijk worden gesteld met een huisregel (HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1282, r.o. 3.2.4). Het gevolg is dat de klacht dus niet ziet op het nakomen van een verplichting of een beslissing op grond van de huisregels. Nu de klacht niet gebaseerd is op de huisregels kan de rechtbank de klacht op grond van artikel 10:3, eerste lid, Wvggz niet inhoudelijk beoordelen.

(...)

Conclusie

4.8. De rechtbank kan alleen een klacht beoordelen indien die klacht gaat over de nakoming van een verplichting of een beslissing op grond van een in artikel 10:3, eerste lid, van de Wvggz genoemde bepaling. Nu de klacht hier niet op ziet, kan de rechtbank de klacht niet beoordelen. Nu niet is geklaagd over het nakomen van een verplichting of een beslissing op grond van de huisregels, zal het verzoek niet-ontvankelijk worden verklaard.”

3. *Beoordeling van het middel*

3.1 Volgens het middel is het oordeel van de rechtbank (in rov. 4.4) dat de mededeling aan betrokkene over het verbod op roken in de open lucht niet kan worden gelijkgesteld met een huisregel en dat de rechtbank de klacht niet inhoudelijk kan beoordelen onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd. Het algehele rookverbod voldoet aan de vereisten van een huisregel en beperkt patiënten in hun vrijheid om hun eigen leven in te richten doordat zij iets moeten nalaten, aldus het middel.

3.2 Het middel is gegrond. De op schrift gestelde huisregel verbiedt roken “voor alle gebouwen”

1 Rechtbank Oost-Brabant 21 februari 2023, ECLI:NL:RBOBR:2023:629.

van de instelling (zie hiervoor in 2.1 onder (ii)), en wijkt af van het beleid van de instelling dat met ingang van 1 juli 2022 is ingevoerd en wordt gehandhaafd, waardoor ook roken in de open lucht op het terrein van de instelling is verboden (zie hiervoor in 2.1 onder (iii)). De klacht van betrokkene houdt onder meer in dat de instelling met het invoeren en handhaven van een algeheel rookverbod dat ook betrekking heeft op het terrein van de instelling, onder instandhouding van het beperktere rookverbod zoals opgenomen in de huisregels, in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in art. 8:15 leden 1-3 Wvvgz. Daarover kon betrokkene op de voet van art. 10:3 lid 1, aanhef en onder k, Wvvgz bij de klachtencommissie een klacht indienen; nadat de klachtencommissie een beslissing had genomen, kon betrokkene op de voet van art. 10:7 Wvvgz de rechtbank verzoeken een beslissing over de klacht te geven. De rechtbank heeft betrokkene dan ook ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard.

3.3 In het geding na terugwijzing kan zo nodig worden onderzocht of een algeheel rookverbod dwingend voortvloeit uit de toepasselijke regelgeving (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.11-3.15), zodat geen ruimte bestaat voor een daarvan afwijkende huisregel, en – bij ontkennende beantwoording van die vraag – of een huisregel die een algeheel rookverbod inhoudt, noodzakelijk is “voor de ordelijke gang van zaken en de veiligheid, passend bij de doelgroep, in de accommodatie” als bedoeld in art. 8:15 lid 1 Wvvgz.²

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt de beschikking van de rechtbank Oost-Brabant van 21 februari 2023;
- wijst het geding terug naar die rechtbank ter verdere behandeling en beslissing.

NOOT

Deze annotatie heeft ook betrekking op
ECLI:NL:RBOBR:2023:5564, «JGZ» 2024/10.

2 Vgl. (met betrekking tot de Wet Bopz (oud)) HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2087, rov. 3.6.2, en (met betrekking tot de Wvvgz) HR 10 maart 2023, ECLI:NL:HR:2023:380, rov. 3.4.1.

1. Inleiding

Deze annotatie is een vervolg op mijn eerdere noot onder Rb. Rotterdam 22 juli 2022 (ECLI:NL:RBROT:2022:6462, «JGZ» 2023/33) en wordt bij voorkeur in samenhang daarmee gelezen. In de eerdere noot heb ik een uitgebreide toelichting gegeven op de relevante wet- en regelgeving en jurisprudentie. Wat betreft de jurisprudentie was de stand van zaken bij het afsluiten van mijn noot dat cassatie was ingesteld tegen de niet-ontvankelijkverklaring door de rechtbank Oost-Brabant van een klacht van een cliënt van een ggz-instelling over een ingesteld algeheel rookverbod binnen de instelling en op het terrein. De argumentatie voor niet-ontvankelijkverklaring was dat de rechtbank alleen een oordeel zou kunnen geven over de vraag of het rookverbod in strijd was met de huisregels als bedoeld in art. 8:15 Wvvgz. Omdat de uitbreiding van het rookverbod tot ook de eigen kamer en de open lucht niet op schrift was gesteld, zou een toetsing van de huisregel niet mogelijk zijn.

2. De Hoge Raad vernietigt en verwijst terug naar de rechtbank

De inkt van de noot was nog maar nauwelijks droog of de Hoge Raad kwam – veel eerder dan verwacht – al met een (letterlijk vernietigende) beslissing (HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1048). De Hoge Raad verklaarde het aangevoerde middel gegrond. Dat de mededeling aan betrokkene over het verbod op roken in de open lucht niet kan worden gelijkgesteld met een huisregel en dat de rechtbank de klacht niet inhoudelijk zou kunnen beoordelen is onjuist, althans ontoereikend gemotiveerd, aldus de Hoge Raad.

De op schrift gestelde huisregel verbiedt roken ‘voor alle gebouwen’ van de instelling en wijkt af van het beleid dat met ingang van 1 juli 2022 werd ingevoerd en gehandhaafd, waardoor ook roken in de open lucht op het terrein van de instelling verboden werd. De klacht van betrokkene houdt onder meer in dat de instelling met het invoeren en handhaven van een algeheel rookverbod zoals opgenomen in de huisregels, in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in art. 8:15 lid 1 t/m 3 Wvvgz. Daarover kon betrokkene op de voet van art. 10:3 lid 1, aanhef en onder k, Wvvgz bij de klachtencommissie een klacht indienen. Nadat de klachtencommissie een beslissing had genomen, kon betrokkene op de voet van art. 10:7 Wvvgz de rechtbank verzoeken

een beslissing over de klacht te geven. De rechtbank heeft betrokkene dan ook ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard, aldus de Hoge Raad. De beschikking van de rechtbank werd vernietigd en de zaak werd terugverwezen ter verdere behandeling en beslissing.

2.1 Aanwijzing Hoge Raad voor vervolg

Interessant was r.o. 3.3: *‘In het geding na terugverwijzing kan zo nodig worden onderzocht of een algeheel rookverbod dwingend voortvloeit uit de toepasselijke regelgeving (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.11-3.15), zodat geen ruimte bestaat voor een daarvan afwijkende huisregel, en – bij ontkennende beantwoording van die vraag – of een huisregel die een algeheel rookverbod inhoudt, noodzakelijk is “voor de ordelijke gang van zaken en de veiligheid, passend bij de doelgroep, in de accommodatie” als bedoeld in art. 8.15 lid 1 Wvvgz.’* De advocaat-generaal verwees in zijn conclusie onder 3.11-3.15 naar het Preventieakkoord uit 2018 over het streven naar een rookvrije zorg en de relevante bepalingen uit de Tabaks- en rookwarenwet en het Tabaks- en rookwarenbesluit en concludeerde op basis daarvan: (3.15) *‘Uit de hiervoor weergegeven wettelijke regels en beleidsmatige ambities leid ik af dat er, in tegenstelling tot wat de instelling in de procedure bij de klachtencommissie naar voren heeft gebracht (zie hiervoor 2.7), voor een ggz-instelling geen wettelijke verplichting bestond om per 1 juli 2022 voor de instellingsterreinen een rookverbod in te voeren. Deze datum van invoering, ruim vóór de voor ggz-instellingen genoemde deadline uit het Preventieakkoord, berust op een eigen keuze van (Stichting). Dat het aangescherpte rookbeleid van (Stichting) is ingegeven door het Preventieakkoord laat dit onverlet.’* (Parket bij de Hoge Raad 26 mei 2023, ECLI:NL:PHR:2023:545).

Kortom: de rechtbank moet bij de nieuwe beoordeling van de zaak onderzoeken of er voor de ggz-instelling een wettelijke verplichting bestond om per 1 juli 2022 een algeheel rookverbod in te voeren en, zo niet, toetsen of een daartoe strekende huisregel zich verdraagt met de vereisten van art. 8:15 lid 1 Wvvgz (een huisregel moet noodzakelijk zijn voor de ordelijke gang van zaken en veiligheid, passend bij de doelgroep, in de accommodatie).

3. Rechtbank Oost-Brabant: alsnog een inhoudelijk oordeel en klacht gegrond

Vervolgens werd de klacht alsnog inhoudelijk behandeld door de rechtbank Oost-Brabant en gegrond verklaard op 30 november 2023 (ECLI:NL:RBOBR:2023:5564, «JGZ» 2024/10).

3.1 Ontvankelijkheid

De rechtbank volgt de overwegingen van de Hoge Raad met betrekking tot de ontvankelijkheid van het verzoekschrift op grond van art. 10:3 lid 1, aanhef onder k, Wvvgz (procedure bij de klachtencommissie) en vervolgens art. 10:7 Wvvgz (procedure bij de rechtbank).

3.2. Wettelijke verplichting tot het invoeren van een algeheel rookverbod?

Het standpunt van de ggz-instelling dat de wet verplichtte tot het instellen van een algeheel rookverbod met ingang van 1 juli 2022 is niet juist, oordeelt de rechtbank. Het nieuwe rookbeleid is terug te voeren op het Nationaal Preventieakkoord, waarin de doelstelling is opgenomen dat de gehele zorg in 2030 rookvrij is. Voor de ggz-instellingen die zijn aangesloten bij de Nederlandse ggz geldt de afwijkende streefdatum 2025. Echter in de Tabaks- en rookwarenwet en het bijbehorende besluit worden uitzonderingen gemaakt voor ‘ruimten waar geen inbreuk mag worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer’ en ‘in de open lucht’, zodat het algehele rookverbod per 1 juli 2022 op een eigen keuze van de instelling beruiste, aldus de rechtbank.

3.3 Een ongeschreven huisregel is ook een huisregel

De rechtbank stelt vast dat het algehele rookverbod dat per 1 juli 2022 als een huisregel kan worden beschouwd, ook al was het niet in het huisreglement opgenomen. Het rookverbod heeft immers naar zijn aard algemene toepassing: het moet binnen en buiten de gebouwen van de instelling door iedereen worden nageleefd.

3.4 Marginale toetsing?

De stelling van de instelling dat de rechtbank de huisregel die het algehele rookverbod inhoudt slechts marginaal kan toetsen wordt door de rechtbank verworpen, daar deze geen steun vindt in de wet noch in de jurisprudentie. Bovendien is een inhoudelijke toetsing vereist om de volgende (door de Hoge Raad aangegeven) stap te kunnen

uitvoeren: de toetsing van de huisregel aan art. 8:15 lid 1 Wvvggz (de noodzakelijkheid voor de ordelijke gang van zaken en de veiligheid, passend bij de doelgroep, in de accommodatie).

3.5 'Gezondheidsredenen' vallen niet binnen de reikwijdte van de huisregels

De rechtbank oordeelt dat de instelling onvoldoende heeft onderbouwd dat het algehele rookverbod noodzakelijk is voor de ordelijke gang van zaken en de veiligheid, passend bij de doelgroep, binnen de accommodatie. In de hele procedure, vanaf de klachtencommissie tot en met de Hoge Raad, heeft de instelling steeds het standpunt ingenomen dat het algehele rookverbod voortvloeit uit het Nationaal Preventieakkoord en dient ter bescherming van de gezondheid van cliënten, medewerkers en bezoekers van de instelling. Naar het oordeel van de rechtbank vallen gezondheidsredenen niet binnen de reikwijdte van de 'ordelijke gang van zaken en de veiligheid', zoals genoemd in art. 8:15 lid 1 Wvvggz.

3.6 Brandveiligheid geen argument bij roken in de open lucht

Later door de instelling aangedragen argumenten betreffende de brandveiligheid in de gebouwen en veiligheidsrisico's ter voorkoming van samenscholing en het dealen van drugs bij het toestaan van roken op het terrein overtuigen niet, omdat ze niet worden genoemd in de brieven waarin cliënten zijn geïnformeerd over het nieuwe rookbeleid en evenmin in het instemmingsverzoek dat aan de Centrale Cliëntenraad is voorgelegd. Deze stukken dateren van vóór de indiening van de oorspronkelijke klacht van de cliënt. Daarbij geldt het argument van brandveiligheid in de gebouwen niet bij roken in de open lucht op het terrein en wat betreft de veiligheidsrisico's van samenscholing en het dealen van drugs verwijst de instelling naar onderzoeksrapporten die niet zijn overgelegd in de procedure en daardoor niet door de rechtbank en de cliënt kunnen worden geverifieerd, aldus de rechtbank. Nu door de instelling onvoldoende is onderbouwd dat het algehele rookverbod de toets aan de doelstellingen en criteria van art. 8:15 lid 1 Wvvggz kan doorstaan, verklaart de rechtbank de klacht van de cliënt gegrond. Onduidelijk blijft of roken in de eigen kamer van de cliënt ook is toegestaan; de rechtbank heeft zich hier niet nadruk-

kelijk over uitgesproken. Het roken in de open lucht op het terrein wordt naar aanleiding van de uitspraak van de rechtbank weer gedoogd. Inmiddels is duidelijk dat de instelling geen cassatie heeft ingesteld.

3.7 In de zijlijn: schadevergoeding

De cliënt had, na cassatie en terugverwijzing, bij aanvullend verzoekschrift verzocht om een schadevergoeding van € 1.000. De rechtbank stelt eerst vast dat dit niet meer mogelijk is. Dit omdat na cassatie en verwijzing een wijziging of vermeerdering van eis procesrechtelijk niet mogelijk is (art. 423 Rv). Hierop zijn echter volgens de jurisprudentie uitzonderingen mogelijk en de rechtbank ziet in casu gronden om zo'n uitzondering toe te passen. Dit omdat de cliënt inmiddels is overgeplaatst en niet kan profiteren van de grondverklaring van zijn klacht en het verzoek om schadevergoeding ook niet in strijd is met de beginselen van een goede procesorde. De cliënt heeft mogelijk schade geleden als gevolg van het algehele rookverbod en de rechtbank acht het niet redelijk als hij in dat kader een nieuwe procedure zou moeten starten. *So far, so good* zou je denken, maar dan gebeurt er iets opmerkelijks. Hoewel de rechtbank het verzoek inhoudelijk in behandeling neemt, wordt er toch geen schadevergoeding toegekend. De hoogte van het bedrag is niet onderbouwd en het toestandsbeeld van de cliënt zou vanaf de invoering van het algehele rookverbod niet zijn verslechterd, maar juist verbeterd waardoor hij heeft kunnen doorstromen naar de kliniek waar hij inmiddels verblijft. De wijze waarop de rechtbank het schadevergoedingsverzoek heeft afgedaan roept wel enkele vragen op. Met een beroep op art. 423 Rv had het gemakkelijk meteen niet-ontvankelijk kunnen worden verklaard. Het is een raadsel waarom de rechtbank eerst de moeite neemt om een uitzondering op deze procesrechtelijke regel te construeren, om vervolgens het schadevergoedingsverzoek af te wijzen met een 'bestwil'-argument. Dit bevreedt temeer nu de rechtbank eerst aangeeft het min of meer aanneemelijk te achten dat de cliënt schade heeft geleden door het algehele rookverbod.

4. Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ)

Patiëntenvertrouwenspersonen (pvp'en) worden in toenemende mate geconfronteerd met (alge-

hele) rookverboden in de huisregels van ggz-instellingen. Cliënten klagen dat zij nergens meer mogen roken en gedwongen opgenomen cliënten, die geen bewegingsvrijheid hebben buiten het terrein, wordt het roken helemaal onmogelijk gemaakt. Daarnaast zien we dat vrijwillig opgenomen cliënten van tevoren moeten instemmen met een algeheel rookverbod, niet alleen binnen de instelling en op het terrein, maar ook daarbuiten en tijdens bijvoorbeeld weekendverlof. We zien een voorzichtige opkomst van de smokerlyzer, een CO-meter waarin cliënten na buiten te zijn geweest moeten blazen om vast te stellen of zij hebben gerookt. In de huisregels is dan bijvoorbeeld opgenomen dat bij weigering om medewerking te verlenen aan de test of bij een positieve uitslag, de cliënt een officiële waarschuwing krijgt en dat bij herhaling gedwongen ontslag kan volgen. Dit speelt met name in de verslavingszorg, met het argument dat roken ook een verslaving is en de behandeling erop gericht is alle verslavingen tegen te gaan.

De pvp heeft op grond van art. 11:3 Wvvggz de wettelijke taak om tekortkomingen in de structuur en uitvoering van de zorg, voor zover deze afbreuk doen aan de rechten van de betrokkene, te signaleren en aan de Inspectie te melden. Recent deed een pvp zo'n melding over een algeheel rookverbod in een instelling voor verslavingszorg. In de huisregels waren, behalve een rookverbod, ook sancties opgenomen op overtreding daarvan, zoals het verminderen van eerder opgebouwde vrijheden, het vernietigen van rookwaar en – bij vrijwillig opgenomen cliënten – eenzijdige beëindiging van de behandelingsovereenkomst. Acht dagen voor de hiervoor besproken uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant van 30 november 2023 (dus niet beïnvloed door de inhoud daarvan) kwam de IGJ met een reactie op deze melding, die ik hieronder zal samenvatten.

4.1 Algeheel rookverbod geen wettelijke verplichting

Allereerst constateert de IGJ, evenals de Hoge Raad en in navolging daarvan de rechtbank Oost-Brabant, dat het doorvoeren van een algeheel rookverbod niet op een wettelijke verplichting berust, daarbij verwijzend naar de hierboven besproken bepalingen uit de Tabaks- en rookwarenwet en het Tabaks- en rookwarenbesluit. Daarnaast verwijst de IGJ in dit kader naar een memo

van de Nederlandse ggz¹, waarin staat dat de 'eigen kamer' van de cliënt binnen de geestelijke gezondheidszorg kan worden aangemerkt als een 'ruimte waarin geen inbreuk mag worden gemaakt op de persoonlijke levenssfeer', die is vrijgesteld van de verplichting tot het instellen en handhaven van een rookverbod. Maar dit is, aldus de IGJ, geen dwingend recht en het is daarom niet aan de IGJ om te bepalen of de 'eigen kamer' als zodanig kan worden gekwalificeerd.

4.2 Redelijkheid en proportionaliteit in het licht van grondrechten

Een algeheel rookverbod betekent voor bepaalde cliënt(groep)en een verregaande inbreuk op hun rechten en vrijheden, zoals het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM en art. 10 Grondwet) en het zelfbeschikingsrecht (art. 11 Grondwet). Een algeheel rookverbod moet dus redelijk en proportioneel zijn, hetgeen ook voortvloeit uit art. 2 lid 2 sub c Wkkgz, aldus de IGJ. In casu is deze belangenafweging mogelijk niet voldoende gemaakt en wordt een strikter beleid gevoerd dan op grond van de wet is toegestaan. Wel kunnen met vrijwillig opgenomen cliënten individuele afspraken worden gemaakt over niet-roken, aldus de IGJ.

4.3 Sancties in het kader van de huisregels niet toegestaan

Sancties (in de huisregels) op het niet naleven van het rookverbod, zoals het innemen van vrijheden, het vernietigen van rookwaar en het eenzijdig beëindigen van de behandelovereenkomst, zijn niet toegestaan volgens de IGJ want in strijd met art. 8:15 lid 1 Wvvggz (de eisen waaraan huisregels moeten voldoen), met de KNMG richtlijn 'Niet aangaan of Beëindiging van de geneeskundige behandelingsovereenkomst' en met art. 7:460 BW (eenzijdige beëindiging van de behandelovereenkomst). Los van de huisregels, mag een onvrijwillig opgenomen cliënt het roken alleen worden verboden als er sprake is van een (aanzienlijk) risico op ernstig nadeel en als ook aan de overige vereisten voor het toepassen van verplichte zorg is voldaan, aldus de IGJ. De betreffende instelling heeft drie maanden de tijd gekregen om de nodige aanpassingen te rea-

1 Zie *Rookvrije ggz en het juridisch kader* (denederlandseggz.nl).

liseren, waaronder dus een afweging maken of een algeheel rookverbod gerechtvaardigd en proportioneel is en de huisregels aanpassen. De sancties dient de instelling per direct uit de huisregels te verwijderen.

5. Niet alleen in ggz-instellingen

Op 5 december 2023 diende nog een kort geding bij de Rechtbank Alkmaar, aangespannen door de zoon van een 83-jarige dementerende vrouw die met een rechterlijke machtiging op grond van de Wet zorg en dwang was opgenomen in een zorginstelling. Zij was volgens haar zoon, die de procedure aanhangig had gemaakt, al 70 jaar verslaafd aan roken en dit werd haar nu onmogelijk gemaakt door de bewindvoerder en mentor. Die weigerde haar geld beschikbaar te stellen voor de aanschaf van rookwaren. De bewindvoerder rechtvaardigde dit met het argument dat hij het anti-rookbeleid van de instelling volgde en dat de vrouw gezondheidsproblemen ondervond van het roken. De zoon en de advocaat stelden in kort geding dat roken een 'mensenrecht' is en dat het beperken of onmogelijk maken daarvan een inbreuk vormt op de uit de Grondwet en het EVRM voortvloeiende rechten op privacy en onaantastbaarheid van het lichaam.² Anders dan bij de zaak tegen de instelling waar de rechtbank Oost-Brabant over te oordelen kreeg, was deze klacht gericht tegen de bewindvoerder-mentor als procespartij en dus van een geheel andere orde. De bewindvoerder-mentor heeft immers eigenstandige wettelijke bevoegdheden. In casu kwam het niet tot een uitspraak, omdat partijen tijdens de zitting door de rechter de gang op werden gestuurd voor onderhandeling en er een akkoord werd bereikt. Het voorbeeld laat zien dat het dilemma niet alleen in de ggz speelt, maar zorgbreed wordt ervaren. Zelf woonde ik op 30 november 2023 een congres over de 'rookvrije zorg' bij, waar bleek dat met name medewerkers die het anti-rookbeleid moeten handhaven daar ook de nodige moeite mee hebben. En niet overwegend omdat gevreesd wordt voor onrust en incidenten maar met name omdat men het moeilijk vindt om cliënten in een uitzichtloze situatie die kleine troost van een sigaretje zo af en toe, ook nog af te nemen.

2 'Roken is gewoon een mensenrecht', *De Telegraaf* 5 december 2023.

6. In detentie is men beter af

In mijn eerdere annotatie over dit onderwerp («JGZ» 2023/33, paragraaf 5) besprak ik al een uitspraak van de Raad voor Strafrechttoepassing en Jeugdbescherming uit 2019,³ waarin werd geoordeeld dat een rookverbod op de luchtplaats in strijd werd geacht met wet- en regelgeving van hogere orde (Tabaks- en rookwarenbesluit, dat roken in de open lucht toestaat) en het beroep van de gedetineerde gegrond werd verklaard. Ook heden ten dage wordt in justitiële inrichtingen de cel nog steeds gezien als een privéruimte waar (in beginsel) mag worden gerookt.⁴ En wat een gedetineerde in de cel mag, moet toch zeker ook de cliënt van een ggz-instelling in de eigen kamer worden toegestaan.

7. Tot slot

Ik maak me ernstige zorgen over de manier waarop in de ggz rond het op zichzelf lovenswaardige streven naar een rookvrije omgeving wordt omgegaan met grondrechten. Terwijl het in deze sector welhaast om de allerkwetsbaarsten gaat: cliënten die door de dwangmaatregelen die zij moeten ondergaan zich niet aan een algeheel rookverbod kunnen onttrekken en mensen die (verslavings)zorg hard nodig hebben maar niet zouden kunnen krijgen als zij niet volledig kunnen of willen stoppen met roken. De grondrechten van de burger zijn hier wel degelijk in het geding, zoals in het voorgaande uiteengezet, en het is tijd om de noodklok te luiden ter verdediging hiervan. Een ggz-instelling of een beroepsorganisatie dient zich te houden aan de kaders van relevante wet- en regelgeving, zeker als – in geval

3 RSJ R – 18/0051/GA, 30 januari 2019, beroep)

4 Zie de website van de commissie van toezicht en wijzigingen naar relevante jurisprudentie aldaar: www.commissievantoezicht.nl/dossiers/rookbeleid/thema_artikel/#_ftn15, laatstelijk geraadpleegd op 18 februari 2024. In de Nota van Toelichting bij het Besluit uitzonderingen rookvrije werkplek, *Stb.* 2003, 516, werd dit destijds ook specifiek zo aangegeven. Hoewel niet meer in werking, blijkt uit genoemde jurisprudentie dat de cel nog steeds wordt aangemerkt als privéruimte. Wel mag de inrichting regels stellen zoals dat roken in de cel niet is toegestaan na insluiting van half 10 's avonds tot de volgende ochtend. Dit met het oog op de brandveiligheid. Ook moeten maatregelen worden getroffen om overlast voor anderen te voorkomen als gevolg van in de cel geproduceerde rook.

van verplichte zorg – toch al vergaand inbreuk wordt gemaakt op grondrechten. Én zij dienen bij het inperken van vrijheden altijd de beginselen van proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid in acht te nemen. Dwang en drang in de zorg zijn al zulke ingrijpende interventies; extra leedtoevoeging in de vorm van nog verdergaande beperkende maatregelen zoals (algehele) rookverboden zijn buitenproportioneel en staan mijns inziens op gespannen voet met het verbod op détournement de pouvoir.

Mr. A. (Ada) Blok

Jurist bij de Stichting PVP en voormalig Bopz advocaat.

5

Aflopen beslistermijn geen reden om wilsbekwaamheid niet te beoordelen

Hoge Raad

8 december 2023, 23/03697,

ECLI:NL:HR:2023:1724

(C.E. du Perron, C.H. Sieburgh, K. Teuben)

Noot Mr. dr. W.J.A.M. (Wilbert) Dijkers

Wilsbekwaamheid. Beslistermijn.

[Wvggz art. 2:1 lid 6, 6:1 lid 5, 7:8 lid 3]

De rechtbank beoordeelde een verzoek tot verlening van een machtiging voortzetting van een crisismaatregel. Als verweer kwam aan de orde de wilsbekwaamheid van betrokkene, waaromtrent de medische verklaring geen informatie gaf. Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt aan de eigen mening en instemming van een wilsbekwame persoon met een psychische stoornis gelijke waarde toegekend als aan die van een wilsbekwame persoon zonder deze stoornis, zodat krachtens art. 2:1 lid 6 Wvggz dreigend nadeel voor zichzelf (behoudens acuut levensgevaar) in geval van wilsbekwaamheid geen grond voor verplichte zorg vormt.

Onder de gegeven omstandigheden stond het de rechtbank niet vrij de verzochte machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel te verlenen zonder een verklaring te vragen van een onafhankelijk arts of klinisch psycholoog waaruit blijkt of

betrokkene tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat is, aldus de Hoge Raad. Dit werd niet anders door de omstandigheid dat de rechtbank op grond van art. 7:8 lid 3 Wvggz binnen drie dagen diende te beslissen op het verzoek om een machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel terwijl de wetgever, anders dan bij het verzoek om een zorgmachtiging (art. 6:1 lid 5 in verbinding met art. 6:2 lid 4 Wvggz), niet heeft voorzien in een mogelijkheid om met het oog op onderzoek door een deskundige de in art. 7:8 lid 3 Wvggz geregelde beslistermijn te verlengen.

De Hoge Raad vernietigt de beslissing van de rechtbank.

[betrokkene],
wonende te [woonplaats],
verzoeker tot cassatie,
hierna: betrokkene,
advocaat: G.E.M. Later,
tegen
de officier van justitie in het arrondissement Rotterdam,
verweerder in cassatie,
hierna: de officier van justitie,
niet verschenen.

Hoge Raad:

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de beschikking in de zaak C/10/660540 / FA RK 23-4443 van de rechtbank Rotterdam van 22 juni 2023.

Betrokkene heeft tegen de beschikking van de rechtbank beroep in cassatie ingesteld.

De officier van justitie heeft geen verweerschrift ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.L.C.C. Lückers strekt tot vernietiging van de beschikking van de rechtbank Rotterdam van 22 juni 2023 en tot terugwijzing.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1 Aan betrokkene is op 17 juni 2023 een crisismaatregel opgelegd. Bij verzoekschrift van 19 juni 2023 heeft de officier van justitie verzocht om een machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel.

2.2 Tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek op 22 juni 2023 heeft de advocaat van