



Schadevergoeding vragen aan een klachtencommissie als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg; wat is billijk?

Dit rapport geeft de resultaten weer van een onderzoek naar de mogelijkheid om een vordering tot schadevergoeding in te dienen bij een klachtencommissie als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg. In het bijzonder is onderzocht wat onder een billijke schadevergoeding kan of moet worden verstaan, waarbij is gekeken naar zowel de schadecomponenten als ook de financiële waardering. De motivering van het recht op schadevergoeding is evenzeer aan bod gekomen. Een en ander is beoordeeld tegen de achtergrond van de bedoeling van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg en het doel van het toekennen van een schadevergoeding aan patiënten die verplicht onderworpen zijn aan zorg.

Inhoudsopgave

Samenvatting	3
1. Inleiding	7
1.1 <i>Formulering van de opdracht inzake onderzoek en aanbevelingen</i>	7
1.2 <i>Opzet van het advies</i>	7
2. Juridisch kader Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg	11
2.1 <i>Inleidende opmerkingen</i>	11
2.2 <i>Kernboodschap Wet Verplichte geestelijke gezondheidszorg</i>	11
2.3 <i>Uitgangspunten Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg</i>	14
2.4 <i>Criteria voor en doelen van verplichte zorg, voorbereiden van de zorgmachtiging en de afgifte ervan alsmede de crisismaatregel</i>	16
2.5 <i>Rechten en plichten bij de tenuitvoerlegging en uitvoering van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel en zorgmachtiging</i>	21
2.6 <i>Bijzondere bepalingen ten aanzien van personen met een strafrechtelijke titel</i>	26
2.7 <i>Klachtenprocedure Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg</i>	28
2.8 <i>Patiëntenvertrouwenspersoon en familievertrouwenspersoon</i>	32
2.9 <i>Beschouwing</i>	32
3. Juridisch kader klachtenprocedure ten overstaan van een klachtencommissie Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg	34
3.1 <i>Inleidende opmerkingen</i>	34
3.2 <i>De Wvggz als grondslag voor een schadevergoeding</i>	
3.3 <i>Toelichting klachtenprocedure en schadevergoeding bij het Voorstel van Wet</i>	37
3.4 <i>Toelichting klachtenprocedure en schadevergoeding bij de Tweede Nota van wijziging</i>	41
3.5 <i>Integrale artikelsgewijze toelichting klachtenprocedure</i>	42
3.6 <i>Beschouwing</i>	43
4. Analyse reeds bestaande handvatten voor schadevergoeding; het civiele aansprakelijkheidsrecht	46
4.1 <i>Inleidende opmerkingen</i>	46
4.2 <i>Een goede grond ter afwenteling van schade: verwijtbaar onjuist gedrag</i>	46
4.3 <i>Verwijtbaar onjuist gedrag: een tekortkoming</i>	47
4.4 <i>Verwijtbaar onjuist gedrag: een onrechtmatige daad</i>	49
4.5 <i>(Mede-)aansprakelijkheid vanwege een bepaalde hoedanigheid</i>	51
4.6 <i>Nadere analyse van 'het goed hulpverlenerschap'</i>	52
4.7 <i>Nadere analyse van het causaal verband</i>	59
4.8 <i>Nadere analyse van de omvang van de te verhalen schade</i>	66
4.9 <i>Beschouwing</i>	79
5. Analyse reeds bestaande handvatten voor schadevergoeding; schadevergoeding in het kader van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen	84
5.1 <i>Inleidende opmerkingen</i>	84
5.2 <i>Niet in acht nemen van de wet omtrent de last tot inbewaringstelling</i>	84
5.3 <i>Niet in acht nemen van de wet bij het verlenen van een van de machtigingen,</i>	

	<i>dan wel tot het geven van een beslissing inzake ontslag</i>	89
5.4	<i>Onzorgvuldig handelen van het bestuur van het psychiatrisch ziekenhuis bij dwangbehandeling en vrijheidsbeperkingen</i>	99
5.5	<i>Beschouwing</i>	107
6.	Analyse reeds bestaande handvatten voor schadevergoeding; schadevergoeding ingevolge een klachten- en geschillenprocedure als bedoeld in de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg	113
6.1	<i>Inleidende opmerkingen</i>	113
6.2	<i>Historie klachten- en geschillenregeling Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg</i>	113
6.3	<i>De klachtprocedure</i>	114
6.4	<i>De geschilprocedure</i>	116
6.5	<i>Beschouwing</i>	125
7.	Analyse reeds bestaande handvatten voor schadevergoeding; schadevergoeding ingevolge het Wetboek van Strafvordering en de Penitentiaire beginselenwet	127
7.1	<i>Inleidende opmerkingen</i>	127
7.2	<i>Schadevergoeding in verband met onterechte vrijheidsbeneming</i>	127
7.3	<i>Schadevergoeding bij gegronde klacht gedetineerde</i>	135
7.4	<i>Beschouwing</i>	148
8.	Een schadevergoeding naar billijkheid bij de klachtencommissie van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg; het kader	153
8.1	<i>Inleidende opmerkingen</i>	153
8.2	<i>De rol van de patiëntenvertrouwenspersoon en de relevantie van een kader</i>	153
8.3	<i>Bevindingen analyse Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg, waaronder de klachtenregeling</i>	155
8.4	<i>Bevindingen analyse relevante andere reeds bestaande compensatieregelingen</i>	157
8.5	<i>Het kader 'schadevergoeding in de praktijk'</i>	173
8.6	<i>Het vervolg: de praktische uitwerking</i>	202
9.	Conclusie en opvolgende acties	204
9.1	<i>Beantwoording van de onderzoeksvraag</i>	204
9.2	<i>Opvolgende acties</i>	207

Bijlage A: forfaitair stelsel

Samenvatting

De Stichting Patiëntenvertrouwenspersonen deed in mei 2019 het verzoek om ondersteuning bij de praktische invulling van de klachtenregeling als bedoeld in hoofdstuk 10 van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz). Meer in het bijzonder zag het verzoek op de mogelijkheid van een vergoeding van schade door een onafhankelijke (regionale) klachtencommissie, vervat in artikel 10:11 Wvggz. Deze schadevergoeding dient ingevolge datzelfde artikel 'naar billijkheid' te worden vastgesteld. Ondersteuning van de patiëntenvertrouwenspersonen op dit punt is van belang – en daarin is ook het belang van dit onderzoek gelegen –, omdat uit artikel 11:1 Wvggz volgt dat de patiëntenvertrouwenspersoon een taak heeft in het kader van de klachtenprocedure. Tegelijkertijd is het nog onduidelijk wat een schadevergoeding naar billijkheid inhoudt, kan inhouden of zou moeten inhouden en hebben de patiëntenvertrouwenspersonen weinig tot geen ervaring met het formuleren van een schadevergoedingsverzoek en de advisering van patiënten daaromtrent.

De vraag die in het onderhavige onderzoek centraal heeft gestaan is dan ook *wat een billijke schadevergoeding is of zou kunnen dan wel moeten zijn en hoe patiëntenvertrouwenspersonen tegen die achtergrond hun cliënt kunnen adviseren en bijstaan bij het formuleren en onderbouwen van een bij de klachtencommissie in te dienen verzoek tot schadevergoeding.*

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag is het juridisch kader van de Wvggz en de daarin opgenomen klachtenregeling uiteengezet. Voorts zijn de juridische kaders van een aantal relevante andere, reeds bestaande, wegen met een compensatiefunctie of -mogelijkheid onderzocht. Het betreft de weg van het civiele aansprakelijkheidsrecht (vervat in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering wat de procedurele aspecten betreft), de compensatieregelingen van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, de klachten- en geschillenregeling van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg en de compensatiemogelijkheden voor gewezen verdachten en gedetineerden (vervat in het Wetboek van Strafvordering en de Penitentiaire beginselenwet). Het doel was te bezien of aan de hand van de wettekst en toelichting op de Wvggz zelf een antwoord op de vraag kon worden gegeven en zo neen, welke uitgangspunten dan zouden kunnen worden gedestilleerd uit andere relevante regelingen met een compensatiefunctie.

Naar aanleiding van de onderzoeksbevindingen is geconcludeerd dat onder een schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvggz moet worden verstaan een volledige vergoeding van vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade. Dit uitgangspunt is ontleend aan Boek 6, titel 1, afdeling 10, van het Burgerlijk Wetboek dat van toepassing is op wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding en regels bevat aangaande verbintenissen tot schadevergoeding die elders in het Burgerlijk Wetboek of daarbuiten hun grondslag hebben. Op dit uitgangspunt is een verbijzondering geformuleerd, waarvan de basis is gelegen in de onder de Wet op de bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen tot stand gekomen jurisprudentie en praktijk. Die verbijzondering houdt in dat onder een schadevergoeding naar billijkheid tevens moet worden begrepen een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade dat verband houdt met de schending van de essentiële voorwaarden voor de uitvoering van verplichte zorg met als gevolg een onterechte toepassing van verplichte zorg of een te zware vorm van verplichte zorg, ook als de gevolgen ervan niet als ernstig te bestempelen zijn. Die verbijzondering houdt voorts in dat onder een schadevergoeding naar billijkheid moet worden begrepen een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade dat verband houdt met de schending van wettelijke procedure- en informatievoorschriften of andere zorgvuldigheidseisen die het doel hebben het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt te beschermen. In die laatste gevallen is het nadeel gelegen in het in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van de verplichte zorg.

Naar aanleiding van de onderzoeksbevindingen is voorts geconcludeerd dat voor het toekennen van een schadevergoeding aan de patiënt ten laste van de zorgaanbieder aan een aantal voorwaarden moet zijn voldaan, wat relevant is als het gaat om de onderbouwing van de schade. Zo een voorwaarde is dat de klacht van de patiënt gegrond is en dat het beklagde gedrag (de nakoming van de verplichting of de beslissing) heeft geleid tot de schade zoals die door de klagende psychiatrische patiënt is geformuleerd. Anders gezegd, het moet duidelijk zijn dat de zorgaanbieder, of iemand werkzaam voor de zorgaanbieder, onzorgvuldig heeft gehandeld (een norm heeft geschonden of inbreuk heeft gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de psychiatrische patiënt) en dat dat handelen de gestelde schade heeft veroorzaakt. Indachtig de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering welke regels gezien de rechtsbescherming en *fairness* in de kern van toepassing zullen zijn op de klachtenprocedure van de Wvvgz, is het aan de psychiatrische patiënt om een en ander aan te tonen (in juridische termen 'te stellen en, bij betwisting, te bewijzen'). Gezien de aard van de klachtenprocedure (laagdrempelige mogelijkheid om klachten over de uitvoering van verplichte zorg te toetsen), de aard van de schade die doorgaans in het geding zal zijn (ander nadeel) en de mate van kwetsbaarheid van de psychiatrische patiënt die recht zoekt, is het evenwel wenselijk, zo niet zelfs noodzakelijk, dat de klachtencommissies een lichte toets aanleggen waar het gaat om het leveren van het bewijs van de normschending, het causaal verband en de omvang van de schade. Met 'lichte toets' wordt bedoeld dat door de inrichting van het proces en een actieve (niet lijdelijke) houding van de klachtencommissies in grote mate rekening wordt gehouden met de (beperkingen van de) aan verplichte zorg onderworpen psychiatrische patiënt zonder het belang van de zorgaanbieder wiens professionele handelen ter discussie staat uit het oog te verliezen. 'Licht' uit zich hierin dat ten behoeve van het vlotte en laagdrempelige proces een aantal formaliteiten wordt losgelaten waarbij wordt gedacht aan het zoveel mogelijk achterwege laten van getuigenverhoren, deskundigenberichten en 'extra' rondes om causale verbanden en schadestaten te onderzoeken, aldus in afwijking van hetgeen een klassieke civiele schadevergoedingsprocedure kenmerkt. Een wijziging van de bewijslastverdeling maakt daarvan geen deel uit. Wel zal de lichte toets, die mede een onderzoekende rol van de oordelende instantie veronderstelt, de scherpe kanten van de bewijslastverdeling kunnen verzachten. Een relevant voorbeeld van een dergelijke wijze van beoordelen van een verzoek tot schadevergoeding is gelegen in de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg; de geschillenprocedure is laagdrempelig en efficiënt, maar mede omdat aannemelijkheid van de normschending, het causaal verband en de omvang van de schade al voldoende wordt geacht om een vergoeding toe te kennen en getuigenverhoren, deskundigenberichten en schadestaatprocedures niet of nauwelijks voorkomen, hoewel nog steeds als basis het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing wordt geacht en in die zin het resultaat in burgerrechtelijke zin gewaarborgd is. Dat de klachtencommissies een lichte toets zullen hanteren, ligt ook voor de hand. Naast de beoogde vlotheid en laagdrempeligheid van de klachtenprocedure is hiervoor redengevend dat de huidige – onder de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen – oordelende klachtencommissies ook licht toetsen en zich een actieve houding aanmeten. Het geldt evenzeer voor de rechter die in kwesties van dwangpsychiatrie in bepaalde mate soepel omgaat met de regels van bewijs; aannemelijkheid is op veel fronten al voldoende en meer dan eens wordt gezien de aard van de normschending uitgegaan van op geld waardeerbare schade en het bestaan van een causaal verband met de desbetreffende normschending. Het gaat dan in het bijzonder om procedurele verzuimen waarbij voor een ieder wel duidelijk is, het voorstelbaar is, dat de patiënt daardoor in onzekerheid komt te verkeren met alle spanningen en frustraties van dien.

Een ander instrument om het proces te vereenvoudigen, de snelheid van afwikkeling van een verzoek om een schadevergoeding te bevorderen en de gelijkheid tussen rechtzoekenden te bevorderen, is standaardisering van de vergoedingen. Om die reden, en indachtig de voorgestane verbijzondering van de schadepost 'ander nadeel dan vermogensschade', is voorgesteld de vergoedingen van het bijzondere ander nadeel te standaardiseren en wel met behulp van een forfaitair stelsel. Het stelsel is

gebaseerd op de aard van de mogelijke verzuimen en de ernst ervan. Wat de ernst betreft, is aanvullend gekeken – en gedifferentieerd – naar de vorm van verplichte zorg en de duur van het verzuim. Van de gevolgen is in enige mate geabstraheerd, maar dat er (nadelige) gevolgen *zijn*, ligt gezien de aard van het verzuim voor de hand. De hoogte van de vergoedingen is bepaald aan de hand van rechterlijke uitspraken betreffende dwangpsychiatrie. Voorts is rekening gehouden met het feit dat het om (ten opzichte van het Burgerlijk Wetboek) verbijzonderingen gaat en dat in het enkele feit dat wordt vastgesteld dat een voorschrift is geschonden reeds een zekere genoegdoening kan zijn gelegen.

Standaardisering laat individualisering onverlet. Dat laatste zal met name aan de orde zijn bij vermogensschade, lichamelijk of geestelijk letsel en evident (zeer) ernstige schendingen van het zelfbeschikkingsrecht, waaronder zeer langdurige rechtsinbreuken kunnen vallen, maar ook het disproportioneel gebruik van geweld bij de uitvoering van dwang of aanranding van de patiënt daarbij.

Het is aan de patiëntenvertrouwenspersonen om de patiënt, hun cliënt, te adviseren en bij te staan bij het formuleren en onderbouwen van een bij de klachtencommissie in te dienen verzoek tot schadevergoeding, een en ander met inachtneming van voormelde uitgangspunten. Om dat in de praktijk te vereenvoudigen zijn enkele vervolgacties geformuleerd. Hiervan maakt een handleiding, een checklist en een model schadestaat deel uit.



1. Inleiding

1.1 Formulering van de opdracht inzake onderzoek en aanbevelingen

Op 8 mei 2019 heeft de Stichting Patiëntenvertrouwenspersonen, bij monde van de heer mr. drs. T.P. Widdershoven, hoofd van de juridische afdeling, mij verzocht om ondersteuning bij de praktische invulling van een onderdeel van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg.¹ Dit onderdeel betreft de klachtenregeling als bedoeld in hoofdstuk 10 van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz), en meer in het bijzonder de mogelijkheid om ingevolge artikel 10:11 Wvggz een verzoek tot vergoeding van schade in te dienen bij een onafhankelijke (regionale) klachtencommissie. De schadevergoeding dient ingevolge datzelfde artikel 'naar billijkheid' te worden vastgesteld. Ondersteuning van de patiëntenvertrouwenspersonen is van belang – en daarmee wordt ook het belang van dit onderzoek onderstreept –, omdat uit artikel 11:1, eerste lid, onder f, Wvggz volgt dat de patiëntenvertrouwenspersoon een taak heeft in het kader van de klachtprocedure. Tegelijkertijd is op dit moment nog onduidelijk wat een schadevergoeding naar billijkheid precies inhoudt, kan inhouden of zou moeten inhouden, en hebben de patiëntenvertrouwenspersonen weinig tot geen ervaring met het formuleren van een schadevergoedingsverzoek en de advisering van de patiënten daaromtrent.

De vraag die in het onderhavige onderzoek centraal staat is dan ook *wat een billijke schadevergoeding is of zou kunnen dan wel moeten zijn en hoe patiëntenvertrouwenspersonen tegen die achtergrond hun cliënt kunnen adviseren en bijstaan bij het formuleren en onderbouwen van een bij de klachtencommissie in te dienen verzoek tot schadevergoeding*. De vraag heeft betrekking op de schadecomponenten en de financiële waardering ervan. Het laatste deel van de vraag impliceert een bijkomende vraag: welke eisen mogen aan de motivering van een verzoek om schadevergoeding worden gesteld, wil dat succesvol zijn?

Hoe patiëntenvertrouwenspersonen het verzoek om schadevergoeding met de desbetreffende patiënt moeten bespreken – de communicatieve vaardigheden in dat verband –, maakt geen deel uit van dit onderzoek, al zal het wel deel uitmaken van de training van de patiëntenvertrouwenspersonen; de mogelijkheid van een schadevergoeding schept immers (nieuwe) verwachtingen en vereist is aldus een reële inschatting van de schade én management van de verwachtingen daaromtrent.

Voorts zij benadrukt dat, hoewel ook patiënten zonder patiëntenvertrouwenspersoon een klacht kunnen indienen en om een schadevergoeding kunnen verzoeken en klachtencommissies ook *ambtshalve* een schadevergoeding kunnen toekennen, dit onderzoek zich toespitst op de situatie dat een patiënt de bijstand van een patiëntenvertrouwenspersoon geniet en dat door de patiënt een klacht en een (als zodanig te interpreteren) verzoek om schadevergoeding wordt geuit.

1.2 Opzet van het advies

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag wordt in het eerste deel het juridisch kader van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg uiteengezet (**onder 2**). Hoewel de inhoud (op hoofdlijnen) bekend wordt verondersteld, is een uiteenzetting mijns inziens noodzakelijk om een gedegen mening te kunnen geven over wat onder een billijke schadevergoeding moet worden verstaan; het doel van de wet maakt deel uit van de onderbouwing van het antwoord op de onderzoeksvraag.

¹ Zie ook Advies projectgroep Klachtenprocedure Wvggz, 'Klagen en geld vragen', versie 2.0, 25 maart 2019.

Daarna volgt een uiteenzetting van het juridisch kader van en de toelichting op de in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg opgenomen klachtenprocedure (**onder 3**). Bezien wordt of de wettekst zelf handvatten voor de beantwoording van de vraag geeft en of in de toelichting aandacht is besteed aan de schadevergoeding. Als dat het geval is, dan is de vervolgvraag op welke wijze.

De uiteenzetting wordt gevolgd door een analyse van (mijns inziens) relevante andere bestaande wegen die een patiënt of cliënt beogen te compenseren voor in verband met de zorgverlening geleden schade. Dit is het tweede deel van het onderzoek. De analyse betreft achtereenvolgens het civiele aansprakelijkheidsrecht opgenomen in het Burgerlijk Wetboek en wat de procedurele aspecten betreft in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (**onder 4**), de diverse schadevergoedingsregelingen van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (**onder 5**) en de schadevergoedingsregeling die de, vrij recent in werking getreden, Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg kent (**onder 6**). Ook wordt in verband met enkele situationele gelijkenissen ingegaan op de mogelijkheden van een vergoeding aan een persoon die in verband met een strafbaar feit ten onrechte van zijn vrijheid is beroofd of tijdens zijn detentie ten onrechte is benadeeld, onder meer door toepassing van een dwangbehandeling (**onder 7**).

Het doel van deze analyse is te bezien of deze wegen nadere of nieuwe handvatten kunnen geven voor of inzichten kunnen bieden bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag en of de uitgangspunten van deze wegen leidend zouden kunnen of moeten zijn bij het formuleren van een billijke schadevergoeding. Ter verduidelijking wordt opgemerkt dat de volgorde waarin de alternatieve wegen worden beschreven en worden geanalyseerd met opzet is gekozen; het zal duidelijk worden dat het civiele aansprakelijkheidsrecht op zichzelf staat maar tegelijkertijd ook invloed heeft op de wijze waarop compensatie plaatsvindt onder de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg en op de wijze waarop een vergoeding wordt toegekend aan gewezen verdachten en gedetineerden. Dit is logisch, enerzijds omdat een recht op schadevergoeding een burgerrechtelijk recht is dat tot herstel dient wanneer zij is veroorzaakt door het onzorgvuldig handelen van een ander persoon of van de Staat der Nederlanden en anderzijds omdat het in het Burgerlijk Wetboek vervatte schadevergoedingsrecht regels bevat aangaande verbintenissen tot schadevergoeding die niet alleen elders in het Burgerlijk Wetboek hun grondslag hebben maar ook daarbuiten. Om diezelfde reden wordt het civiele aansprakelijkheidsrecht verhoudingsgewijs vrij uitvoerig beschreven.

De bevindingen uit het onderzoek naar de Wvvgg en de klachtenprocedure enerzijds en de bevindingen uit het onderzoek naar relevante andere reeds bestaande compensatiemogelijkheden anderzijds komen in het laatste deel van het onderzoek samen (**onder 8**); in dit deel geef ik, de bevindingen in aanmerking genomen, een voorlopige visie op wat een billijke schadevergoeding zou kunnen of moeten zijn en hoe ver de eis tot motivering van het verzoek tot schadevergoeding zou moeten strekken. Met deze visie in de hand wordt vervolgens een voorlopig kader geschetst voor de wijze waarop de schadecomponenten zouden kunnen worden bepaald en hoe de schade zou kunnen worden gewaardeerd. Dit kader kan op zijn beurt de basis vormen voor een praktische handleiding, een checklist bij het eerste contact met de patiënt of cliënt, de opmaak van een schadestaat en de onderbouwing van de schade, een en ander met het doel de patiënt of cliënt² te adviseren en te kunnen bijstaan in een klachtenprocedure.

Het onderzoek wordt afgesloten met een conclusie en de formulering van enkele vervolgacties (**onder 9**).

² Ik spreek hierna van patiënt. De term patiënt is in dit onderzoek genderneutraal. Ook wordt wel gesproken over 'betrokkene', de term die ook in de wettekst staat.

Als bijlage is een *voorlopig* stelsel van forfaitaire vergoedingen van 'bijzonder' ander nadeel opgenomen (**bijlage A**). Ik merk op dat dit stelsel op basis van ervaringen in de loop van 2020 kan (of zou moeten) worden aangepast.

In het kader van dit onderzoek en de in dat verband op te stellen aanbevelingen zijn de relevante Kamerstukken bestudeerd, relevante literatuur en artikelen, de ANWB Smartengeldgids 2019 en de relevante jurisprudentie. De bestudeerde stukken zijn steeds als voetnoot in de tekst vermeld.

Enkele passages zijn gecursiveerd en/of onderstreept met het doel ze te benadrukken.

Deel I



2. Juridisch kader Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg

2.1 Inleidende opmerkingen

In dit onderdeel van het onderzoek wordt het juridisch kader van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz) uiteengezet. Hoewel de inhoud (in de basis) door mij bekend wordt verondersteld, acht ik een uiteenzetting noodzakelijk om een gedegen mening te kunnen geven over wat onder een billijke schadevergoeding moet worden verstaan; het doel van de wet maakt deel uit van de onderbouwing van het antwoord op de onderzoeksvraag.

De uiteenzetting vangt aan met een beschrijving van de kernboodschap van de Wvggz (2.2) en wordt gevolgd door een beschrijving van de algemene uitgangspunten van de Wvggz (2.3). Daarna wordt achtereenvolgens ingegaan op de criteria voor en de doelen van verplichte zorg, het voorbereiden van de zorgmachtiging en de afgifte ervan alsmede de gang van zaken rondom een crisismaatregel (2.4). Het volgende onderwerp betreft de rechten en plichten bij de tenuitvoerlegging en uitvoering van de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel en de zorgmachtiging (2.5). Ook wordt aandacht besteed aan de bijzondere bepalingen ten aanzien van personen met een strafrechtelijke titel (2.6). Opgemerkt zij dat van deze twee laatste onderwerpen louter de bepalingen worden besproken die van belang zijn in het licht van de klachtenprocedure die daarna wordt beschreven (2.7). De rol van de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon komt als laatste aan bod (2.8). Ik sluit af met een beschouwing (2.9).

2.2 Kernboodschap Wet Verplichte geestelijke gezondheidszorg

De Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz) is op 23 januari 2018 met algemene stemmen aangenomen.³ De Wvggz gaat in op 1 januari 2020.⁴ Met ingang van diezelfde datum komt de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) te vervallen.

De Wvggz ziet op de gedwongen behandeling van mensen met psychische problemen, in de Wvggz verwoord als 'verplichte zorg'. Deze vorm van zorg kan alleen als uiterste middel worden overwogen (artikel 2:1, tweede lid, Wvggz). Mogelijkheden voor vrijwillige zorg moeten eerst volledig worden benut.⁵

Centraal staat aldus de grondnorm dat verplichte zorg slechts aan de orde is als er een causaal verband is tussen een psychische stoornis en een aanzienlijk risico op ernstig nadeel voor de betrokkene zelf of een ander (artikel 3:3 Wvggz). Belangrijk is voorts dat per toepassing van verplichte zorg moet worden bezien of de patiënt in kwestie wilsonbekwaam is, dan wel wilsbekwaam in welk geval het honoreren van het verzet – afgezien van gevaar voor derden – alleen dan niet aan de orde is als er een acuut levensgevaar voor de patiënt dreigt (artikel 2:1, zesde lid, Wvggz). Centraal staan ook de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit, doelmatigheid en veiligheid (artikel 2:1, derde lid, Wvggz). In alle stadia en bij iedere beslissing op grond van deze wet zal 'nee, tenzij' het uitgangspunt moeten zijn (ultimum remedium criterium).⁶

³ Verslag Eerste Kamer 2017/18, nr. 16, item 4. Zie voor de geschiedenis M.C. Ploem en J.K.M. Gevers, 'Wetgeving in de psychiatrie, psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg', *TvGR* 2015, nr. 4, p. 203-211.

⁴ Wet van 24 januari 2018, houdende regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis, *Stb.* 2018, 37.

⁵ Zie ook M.C. Ploem en J.K.M. Gevers, 'Wetgeving in de psychiatrie, psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg', *TvGR* 2015, nr. 4, p. 203-211.

⁶ Zie voor de kenmerken op een rij ook W.J.A.M. Dijkers, 'Een witte jas onder de toga', *NJB* 2018/1139.

De reden voor de terughoudende inzet van verplichte zorg is gelegen in het feit dat verplichte zorg inbreuk maakt op het zelfbeschikkingsrecht van de mens. Verplichte zorg is daarom alleen gerechtvaardigd als daarvoor een gegronde en dringende reden is en aan alle mogelijke zorgvuldigheidseisen is voldaan.

In de toelichting op de Wvggz (het wetsvoorstel) is dit als volgt verwoord: "Het fundament van het wetsvoorstel wordt gevormd door het ultimatum remedium beginsel. Verplichte zorg kan alleen als laatste redmiddel worden ingezet, als er geen adequate alternatieven meer voorhanden zijn. Eerst zullen alle alternatieven die op vrijwilligheid gebaseerd zijn volledig moeten worden benut, voordat dwang kan worden overwogen. Dwang kan alleen in uiterste noodzaak worden ingezet en mag niet uit onmacht worden toegepast. De systematiek van de regeling is zo opgezet dat het zelfbeschikkingsrecht van de persoon met een psychische stoornis het uitgangspunt is en alleen bij zeer dringende redenen en alleen op basis van een zorgvuldig voorbereide beslissing tot verplichte zorg kan worden besloten. Deze regeling voor verplichte geestelijke gezondheidszorg is daarmee het beste te karakteriseren als «nee, tenzij»".⁷ [onderstreping RW]

De nieuwe wet is (dus) gericht op het voorkómen van verplichte zorg en het kiezen voor zo min mogelijk dwang (artikel 2:1, eerste lid, Wvggz). De schadelijke effecten van verplichte zorg op de langere termijn krijgen aandacht (artikel 2:1, achtste en negende lid, Wvggz). Een belangrijke verandering ten opzichte van de Wet Bopz is vooral dat verplichte zorg ook buiten een instelling voor geestelijke gezondheidszorg kan worden opgelegd. Zo kan bijvoorbeeld thuis zorg worden ontvangen in de vorm van verplichte medicatie. Alleen als zorg niet buiten een zorginstelling kan worden gegeven, volgt een verplichte opname. Een goede visuele weergave volgt uit een korte film van de overheid.⁸ Enkele afbeeldingen daarvan zijn hieronder ter illustratie opgenomen.



Als kernboodschap wordt van overheidswege het volgende uitgedragen:⁹ "Soms leidt een ernstige psychische aandoening bij iemand ertoe dat hij een gevaar voor zichzelf of anderen is. Tot voor kort was een verplichte opname in een instelling de enige manier om deze mensen te helpen en het gevaar weg te nemen. De nieuwe Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz) maakt het mogelijk om verplichte zorg zoals het toedienen van verplichte medicatie of het uitoefenen van toezicht op betrokkene, poliklinisch of bij iemand thuis te geven. Degene die zorg krijgt, kan dan makkelijker contact blijven houden met familie en vrienden en blijven deelnemen aan de samenleving. Alleen als het in de eigen omgeving echt niet kan, als het er niet veilig genoeg is voor de persoon zelf en zijn omgeving, of de persoon zelf niet wil, kan opname in een instelling een betere oplossing zijn. De Wvggz biedt zorgverleners meer instrumenten voor zorg op maat. Altijd wordt gekeken naar welke aanpak het beste past bij iemand; verplichte zorg zo kort als mogelijk en zo lang als noodzakelijk. Bovendien geeft de wet de mensen die verplicht worden behandeld en hun familie meer inspraak. Zij beslissen mee hoe de zorg en ondersteuning eruit gaan zien. Ook wordt meer dan voorheen met de gemeente gekeken naar wat iemand nodig heeft om deel te (blijven) nemen aan het maatschappelijk leven, zoals een woning en werk. Voor iemand met ernstige psychische problemen is het echter veel beter als we kunnen

⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 3 (MvT).

⁸ Zie <www.dwangindezorg.nl>.

⁹ Publicatie overheid 14 december 2018.

voorkomen dat het zo slecht gaat dat verplichte behandeling nodig is. Daarvoor is het noodzakelijk dat alle betrokken partijen en instanties goed samenwerken en signalen van familie, naasten en omgeving in een vroeg stadium opvangen en serieus nemen. Zodat tijdig gestart kan worden met een passende behandeling. Daar wordt niet alleen de patiënt, maar ook de samenleving beter van.”

Voormelde boodschap is terug te zien in de inleidende opmerkingen van de toelichting op het wetsvoorstel. Daar staat het volgende: “Goede (geestelijke) gezondheidszorg is van groot belang voor het goed functioneren van individuele burgers en de samenleving als geheel. De zorgwetgeving is daarom gericht op het realiseren van de randvoorwaarden voor een goede zorgverlening door zorgaanbieders aan burgers. Uitgangspunt hierbij is keuzevrijheid voor de burgers ten aanzien van de zorgaanbieder en de zorg die zij willen ontvangen. Zorgaanbieders noch de overheid kunnen burgers verplichten om bepaalde vormen van zorg te ondergaan. Echter in bijzondere situaties, waarbij de weigering van noodzakelijke zorg er toe leidt dat de veiligheid van andere burgers in gevaar komt of een persoon niet meer in staat is tot een redelijke beoordeling van zijn situatie, rust er op de overheid een verplichting om medeburgers te beschermen en de noodzakelijke zorg, in het uiterste geval tegen de wil van die persoon, te verlenen. Dit wetsvoorstel strekt er toe om regels te geven voor deze bijzondere situaties waar het noodzakelijk is om verplichte geestelijke gezondheidszorg te verlenen. De voorgestelde regeling beoogt een balans te vinden tussen het fundamentele recht op lichamelijke integriteit van ieder individu en de plicht voor de overheid om burgers te beschermen en te voorzien van noodzakelijke medische zorg. Gelet op de vele ethische dilemma’s die zich voordoen bij het verlenen van zorg tegen de wil van een persoon en de verschillende gezichtspunten die moeten worden samengebracht, hebben wij dit wetsvoorstel in nauwe samenspraak met alle belanghebbenden voorbereid.

Dit wetsvoorstel beoogt een aantal doelstellingen te realiseren. Allereerst wil het wetsvoorstel de rechtspositie versterken van personen met een psychische stoornis die tegen hun wil zorg wordt verleend. Daartoe voorziet het voorstel in een zorgvuldiger voorbereiding van de beslissingen tot verplichte zorg, waarbij betrokkene beter wordt gehoord en meer dan thans rekening wordt gehouden met zijn voorkeuren. (...)

In de tweede plaats heeft het voorstel tot doel om dwang te voorkomen en de duur van dwang te beperken. (...) De nadruk op het beginsel dat verplichte zorg alleen als laatste redmiddel kan worden toegepast en de verplichte evaluatiemomenten van de verplichte zorg moeten er toe leiden dat de duur van de verplichte zorg tot een minimum worden beperkt. Daarnaast moet de verplichte zorg op basis van richtlijnen worden toegepast. Deze richtlijnen bevatten waarborgen voor de kwaliteit van de verplichte zorg, maar dienen ook gericht te zijn op het voorkomen en reduceren van verplichte zorg en het bevorderen van alternatieven op basis van vrijwilligheid. Reductie van dwang wordt ook mogelijk gemaakt doordat niet langer de opname in een accommodatie centraal staat, maar de zorgmachtiging die de rechter verleent ook kan strekken tot lichtere ambulante vormen van verplichte zorg. De mogelijkheid om ambulante zorg in een zorgmachtiging op te nemen, zal er naar verwachting toe leiden dat in een eerder stadium een lichtere interventie kan worden toegepast, die voorkomt dat de geestelijke gezondheid zodanig verslechtert dat een ingrijpende vorm van verplichte zorg noodzakelijk wordt of een crisismaatregel moet worden genomen.

Een derde doelstelling is het verhogen van de kwaliteit van verplichte zorg. Het recht van de overheid om verplichte zorg te verlenen in situaties dat de vrijheden van andere burgers in het gedrang komen en de geestelijke gezondheid van betrokkene noodzaakt tot zorg, brengt ook de verplichting mee om kwalitatief goede zorg te verlenen. Betrokkene kan dan niet meer in vrijheid een zorgaanbieder en de vorm van zorg kiezen, maar heeft er wel recht op zijn voorkeuren kenbaar te maken en zorg te ontvangen die voldoet aan de professionele standaarden. De kwaliteit van de zorg wordt enerzijds bevorderd door de procedurele eisen die het wetsvoorstel stelt en anderzijds gewaarborgd door de verplichting om de verplichte zorg op basis van een richtlijn te verlenen. De richtlijnen geven betrokken de zekerheid dat waar en door wie de zorg ook wordt verleend, de zorg voldoet aan de veldnormen. Zo[]nodig kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aanvullende kwaliteitseisen worden gesteld.

In de vierde plaats is een integrale benadering van zorg op maat een belangrijk doel. Daartoe introduceert het voorstel het beginsel van wederkerigheid en een zorgmachtiging op maat. Het beginsel van wederkerigheid houdt in dat het recht om iemand tijdelijk tot zorg te verplichten en zo[]nodig op te nemen in een accommodatie, ook de verplichting met zich meebrengt om voor deze persoon de randvoorwaarden te creëren om weer succesvol aan het maatschappelijke leven deel te kunnen nemen. Dit betekent dat hetgeen doorgaans als «nazorg» wordt bestempeld, integraal onderdeel moet uitmaken van de zorg op maat die in de zorgmachtiging wordt opgenomen. De voorgestelde zorgmachtiging strekt niet langer alleen tot opname in accommodatie, maar bepaalt welke vormen van verplichte zorg ten aanzien van de betrokkene gelegitimeerd zijn.”¹⁰

[onderstreping RW]

¹⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32399 nr. 3, p. 1-2 (MvT).

2.3 *Uitgangspunten Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg*

In aansluiting op het hoofdstuk waarin de algemene bepalingen zijn vervat, is in hoofdstuk 2 van de Wvggz een aantal algemene uitgangspunten geformuleerd. Hiervoor werd reeds het uitgangspunt benoemd dat *verplichte zorg* alleen als *uiterste middel* dient te overwogen. Het zelfbeschikkingsrecht van een ieder – dat als een fundamenteel recht wordt gezien¹¹ – dient te worden gerespecteerd. Verplichte zorg maakt inbreuk op dat recht. Eerst dienen (daarom) vormen van vrijwillige zorg te zijn benut, aldus artikel 2:1, tweede lid, Wvggz. In artikel 2:1, eerste lid, Wvggz is in dat verband bepaald dat de zorgaanbieder en de geneesheer-directeur voldoende mogelijkheden voor zorg op basis van vrijwilligheid moeten bieden, om daarmee verplichte zorg zoveel mogelijk te voorkomen.

Een ander uitgangspunt is dat bij de voorbereiding, de afgifte, de tenuitvoerlegging, de uitvoering, de wijziging en de beëindiging van een crisismaatregel, een machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of een zorgmachtiging, van de verplichte zorg, waaronder begrepen de verplichte zorg in ambulante omstandigheden, *de proportionaliteit en subsidiariteit alsmede de doelmatigheid en veiligheid*, moeten worden beoordeeld, zo volgt uit artikel 2:1, derde lid, Wvggz.

Ook wordt ten aanzien van de voorbereiding, de afgifte, de uitvoering, de wijziging en de beëindiging van een crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging rekening gehouden met de *voorwaarden die noodzakelijk zijn om deelname van de patiënt aan het maatschappelijk leven* te bevorderen. Dit volgt uit artikel 2:1, vierde lid, Wvggz.

De wensen en voorkeuren van de patiënt ten aanzien van de zorg behoren te worden vastgelegd, terwijl de familie, de directe naasten en de huisarts zoveel mogelijk betrokken. Dit betreft de voorbereiding, de uitvoering, de wijziging en de beëindiging van een crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging, aldus artikel 2:1, vijfde lid en zevende lid, Wvggz.

Een volgend belangrijk uitgangspunt staat ook in artikel 2:1, zesde lid, Wvggz: De *wensen en voorkeuren* van de patiënt ten aanzien van de verplichte zorg worden gehonoreerd, *tenzij*:

- a. betrokkene niet tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat is, of
- b. acuut levensgevaar voor betrokkene dreigt dan wel er een aanzienlijk risico voor een ander is op levensgevaar, ernstig lichamelijk letsel, ernstige psychische, materiële, immateriële of financiële schade, ernstige verwaarlozing of maatschappelijke teloorgang, of om ernstig in zijn ontwikkeling te worden geschaad, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar is.

¹¹ Het zelfbeschikkingsrecht wordt gezien als één van de belangrijkste en meest besproken beginselen in het gezondheidsrecht, zie H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 55-58 en 81-82. J.F. Rang sprak in zijn oratie in 1973 ook al over patiëntenrechten als persoonlijkheidsrecht, zie J.F. Rang, *Patiëntenrecht* (oratie Leiden), Leiden: Bohn Stafleu van Loghum 1973, tevens opgenomen in oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012. Zie evenzeer over het zelfbeschikkingsrecht als fundamenteel recht W.B. van der Mij, *Wie stelt de dokter de wet?* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1983, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 78; B. Sluijters, *Geknipt verband* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1985, tevens opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 145; H.D.C. Roscam Abbing, *Beslissen door de patiënt* (oratie Utrecht), 1994, opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 199; A.C. Hendriks, *In beginsel* (oratie Leiden), 2005, opgenomen in de oratiebundel *Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 372; A.C. Hendriks e.a., *Thematische Wetsevaluatie zelfbeschikking in de zorg*, Den Haag: ZonMw 2013 en J. Legemaate, 'Het zelfbeschikkingsrecht: oud debat nieuw licht', *TvGR* 2004, nr. 1, p. 18-20. Zie voorts HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386; HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken; HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink en HR 81 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie ook annotatie H. van Ommen bij HR 23 april 2010, *L&S* 2010, 183. Het belang van het zelfbeschikkingsrecht wordt ook benadrukt door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, zie EHRM 29 april 2002, *European Journal of Health Law* 2002, p. 263-279 (Pretty/Verenigd Koninkrijk); EHRM 5 oktober 2006, *EHRC* 2007, 23, met nt. A.C. Hendriks (Trocier/Frankrijk); EHRM 20 maart 2007, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 497, met nt. A.C. Hendriks en *EHRC* 2007, 70, met nt. H.L. Janssen (Tysiac/Polen); EHRM 15 januari 2009, *NJ* 2009, 524, met nt. E.J. Dommering (Reklos/Griekenland); EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst (Codarcea/Roemenië); EHRM 20 januari 2011, *EHRC* 2011, 53, met nt. G. den Hartogh (Haas/Zwitserland); EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen); EHRM 8 november 2011, *EHRC* 2012, 18, met nt. A.C. Hendriks (V.C./Slowakije) en EHRM 12 juni 2012, zaaknr. 29518/10 (N.B./Slowakije) en EHRM 15 januari 2013, *EHRC* 2013, 81, met nt. A.C. Hendriks (Csoma/Roemenië).

In dat verband wordt nog gewezen op artikel 1:5 Wvvggz. In artikel 1:5, eerste lid, Wvvggz is bepaald dat voor zover de zorgverantwoordelijke de betrokkene niet in staat acht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake van zorg of de uitoefeningen van rechten en plichten op grond van de Wvvggz, hij dat schriftelijk moet vastleggen onder vermelding van de datum, het tijdstip en ter zake van welke beslissingen betrokkene niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen.¹² De beslissing van de zorgverantwoordelijke wordt niet genomen dan nadat er overleg is gepleegd met de vertegenwoordiger, zo volgt uit artikel 1:5, tweede lid, Wvvggz. Ingevolge artikel 1:5, derde lid, Wvvggz dient de zorgverantwoordelijke de geneesheer-directeur op de hoogte te stellen van diens beslissing en het overleg met de vertegenwoordiger. Indien er geen vertegenwoordiger optreedt, dient hij de geneesheer-directeur op de hoogte te stellen alsmede de officier van justitie.

Ingevolge artikel 2:1, achtste lid, dienen bij de voorbereiding, de afgifte, de uitvoering, de wijziging en de beëindiging van verplichte zorg, de mogelijk *nadelige effecten* van de verplichte zorg op lange termijn voor de patiënt bij de beoordeling van de subsidiariteit, proportionaliteit, effectiviteit en veiligheid te worden betrokken en indien mogelijk met terzake deskundigen te worden besproken.

Een laatste uitgangspunt heeft betrekking op verplichte zorg bij kinderen en jeugdigen en staat in artikel 2:1, negende lid, Wvvggz: Bij de voorbereiding, de afgifte, de uitvoering, de wijziging en de beëindiging van verplichte zorg bij kinderen en jeugdigen worden zo nodig aanvullende zorgvuldigheidseisen gesteld en de mogelijk nadelige effecten van de verplichte zorg op lange termijn op de lichamelijke en geestelijke ontwikkeling van betrokkene en de deelname aan het maatschappelijk leven betrokken bij de beoordeling van de subsidiariteit, proportionaliteit, effectiviteit en veiligheid en indien mogelijk met terzake deskundigen besproken.

In de toelichting is over artikel 2:1 Wvvggz het volgende opgemerkt: “Het beginsel van verplichte zorg als ultimum remedium vormt de kern van hoofdstuk twee dat de algemene uitgangspunten bevat die bij de uitvoering van deze wet gelden. In alle stadia en bij iedere beslissing op grond van deze wet zal «nee, tenzij» het uitgangspunt moeten zijn. Naast het ultimum remedium beginsel formuleert hoofdstuk twee de beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit, doelmatigheid, veiligheid en wederkerigheid als de leidende uitgangspunten voor alle personen die betrokken zijn bij de uitvoering van deze wet.”

[onderstreping RW]

Het daaropvolgende artikel, artikel 2:2 Wvvggz, regelt de basisvoorwaarden voor een beleidsplan. Zo dient de zorgaanbieder in het beleidsplan aan te geven op welke wijze hij zorgdraagt voor continuïteit in de zorgverlening indien verplichte zorg overgaat naar zorg op basis van vrijwilligheid of indien zorg op basis van vrijwilligheid overgaat naar verplichte zorg. Voordat de zorgaanbieder het beleidsplan vaststelt, vraagt de zorgaanbieder hierover advies aan de cliëntenraad, bedoeld in artikel 2 van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen. Het beleidsplan moet worden toegepast bij de voorbereiding, de uitvoering, de evaluatie, de wijziging en de beëindiging van verplichte zorg.

Artikel 2:3 Wvvggz regelt de taak van de zorgaanbieder in relatie tot de geneesheer-directeur.

In artikel 2:4 Wvvggz tot slot, is bepaald dat verplichte zorg op grond van een zorgmachtiging, crisismachtiging of machtiging tot voortzetting van een crisismaatregel, *anders dan die in een accommodatie* aan een patiënt wordt verleend, uitsluitend de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen vormen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 3:2, tweede lid, onderdelen a tot en met h, Wvvggz omvat, en toegepast onder de bij die algemene maatregel van bestuur gestelde regels.¹³

¹² Zie in dat verband bijvoorbeeld A.M. Ruissen, G. Meynen en G.A.M. Widdershoven, Perspectieven op wilsbekwaamheid in de psychiatrie: cognitieve functies, emoties en waarden, *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2011, nr. 7, p. 405-414 en A. Vellinga en A. Ederveen, Wilsbekwaamheid: kun je ‘goed’ beslissen gevaar te lopen?, *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2004, nr. 6, p. 395-399. Zie voorts Thematische wetsevaluatie Wilsbekwaam en vertegenwoordiging, Den Haag: ZonMw, 2011.

¹³ Zie hiervoor artikel 2.1, 2.2 en 2.3 van het Besluit van 16 mei 2019, houdende regels ter uitvoering van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg), *Stb.* 2019, 198.

Met dit artikel wordt beoogd duidelijke extra waarborgen te stellen aan de mogelijkheid van het verlenen van verplichte zorg aan betrokkene op grond van een zorgmachtiging in ambulante situaties. Hiermee wordt bedoeld situaties anders dan dat aan betrokkene verplichte zorg in een accommodatie wordt verleend, omdat hij hier opgenomen is op grond van een crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging. Dit ziet dus niet op de situatie dat betrokkene vrijwillig of onvrijwillig in een accommodatie is opgenomen, en evenmin op de situatie dat aan betrokkene op ambulante basis verplichte zorg in een accommodatie wordt verleend (denk aan een polikliniek). Voorts is dit artikel dus niet van toepassing in de situatie dat er sprake is van een noodsituatie en tijdelijke verplichte zorg wordt verleend op grond van de artikelen 7:3, 8:11 of 8:12 Wvvgg. Het gaat wel om de overige omstandigheden waarin aan betrokkene verplichte zorg op grond van een crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging zou kunnen worden verleend. Daarvoor gelden de extra waarborgen, bedoeld in dit artikel. Daarbij wordt vooral op de thuissituatie gedoeld.

Uit artikel 3:2 tweede lid, onderdelen a tot en met h, Wvvgg (zie ook hierna) volgt dat verplichte zorg bestaat uit het:

- a. toedienen van vocht, voeding en medicatie, alsmede het verrichten van medische controles of andere medische handelingen en therapeutische maatregelen, ter behandeling van een psychische stoornis, dan wel vanwege die stoornis, ter behandeling van een somatische aandoening;
- b. beperken van de bewegingsvrijheid;
- c. insluiten;
- d. uitoefenen van toezicht op betrokkene;
- e. onderzoeken aan kleding of lichaam;
- f. onderzoek van de woon- of verblijfsruimte op gedrag beïnvloedende middelen en gevaarlijke voorwerpen;
- g. controleren op de aanwezigheid van gedrag beïnvloedende middelen;
- h. aanbrengen van beperkingen in de vrijheid het eigen leven in te richten, die tot gevolg hebben dat betrokkene iets moet doen of nalaten, waaronder het gebruik van communicatiemiddelen.

2.4 Criteria voor en doelen van verplichte zorg, voorbereiden van de zorgmachtiging en de afgifte ervan alsmede de crisismaatregel

In hoofdstuk 3 van de Wvvgg zijn de criteria voor en doelen van verplichte zorg omschreven. Zo wordt ingevolge artikel 3:1 Wvvgg onder 'verplichte zorg' zorg verstaan die *ondanks verzet* van de patiënt kan worden verleend *op grond* van een:

- a. zorgmachtiging;
- b. crisismaatregel;
- c. machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel;
- d. beslissing tot tijdelijke verplichte zorg voorafgaand aan een crisismaatregel als bedoeld in artikel 7:3 Wvvgg (als geheel *ten hoogste* achttien uur en niet meer dan twaalf uur te rekenen vanaf het moment dat de betrokkene door een psychiater wordt onderzocht ten behoeve van een medische verklaring en alleen als noodzakelijk in verband met de voorbereiding van een crisismaatregel);
- e. beslissing tot tijdelijke verplichte zorg in een noodsituatie als bedoeld in de artikelen 8:11 en 8:12 Wvvgg (in beginsel maximaal drie dagen, ter afwending van een noodsituatie noodzakelijk, gelet op ernstig nadeel, de veiligheid binnen de accommodatie of andere locatie, de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, of de voorkoming van strafbare feiten).

Zie over verzet ook artikel 1:4 Wvvgg. Wat onder verzet moet worden verstaan, is niet geheel duidelijk. In de toelichting is het volgende opgemerkt:

"Wij realiseren ons dat het aanknopen bij het verzetscriterium meebrengt dat scherp moet worden bewaakt dat verzet ook wordt herkend en gehonoreerd. Onder de Wet Bopz is altijd een zeer ruime interpretatie van verzet gehanteerd; elke feitelijke verbale of non-verbale uiting van verzet moet als verzet worden gekwalificeerd. Dit is niet altijd even eenvoudig gebleken, omdat gedrag en standpunten van mensen met een psychische stoornis snel kunnen wijzigen. Bovendien kan verzet ook zo nauw verknoot zijn met de aandoening dat het moeilijk is om hier zelfstandige betekenis aan toe te kennen."¹⁴

¹⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 15 (MvT). Zie voorts V.E.T. Dörenberg, 'Het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg', *TvGR* 2011, nr. 4, p. 280-294.

En voorts:

“Verplichte zorg is de zorg waartegen iemand met een psychische stoornis zich verzet. Dit betekent in combinatie met de toepassing van de criteria voor verplichte zorg een wijziging ten opzichte van de Wet bopz, die ten aanzien van de psychiatrische patiënt het bereidheidscriterium hanteert (artikel 2 Wet bopz). (...) Om deze reden zoeken wij aansluiting bij de invulling van verzet, zoals deze in de praktijk handen en voeten heeft gekregen. Dit komt erop neer dat er enige eisen van consistentie en persistentie aan verzet kunnen worden gesteld («reëel» verzet). Zie ter zake verder de praktijkreeks betreffende de implementatie van de Wgbo, van Wet naar praktijk, deel 2.¹⁵

Ten tijde van de Wet Bopz hebben diverse auteurs zich uitgelaten over wat onder verzet verstaan moet worden. De Roode merkte het volgende op (2003): *“Als de patiënt op enigerlei wijze kenbaar maakt dat hij de behandelinterventie afwijst, is sprake van verzet. Ook hoofdschudden en het maken van afwerende gebaren, zijn dus uitingen van verzet”*.

Hommès & Abma merkten het volgende op (2009): *“Verzet betekent een uiting van de cliënt waaruit blijkt dat hij niet een voorgestelde behandeling wenst te ondergaan. Het gaat daarbij om iedere mondelinge wilsuiting. Maar ook non-verbale uitingen kunnen duiden op verzet, zoals het gesloten houden van de mond, het wegtrekken van de arm en de weigering een lichaamsdeel te ontbloten voor een injectie.”*

Verwijzend naar Legemaate (2004) geeft de Richtlijn Besluitvorming dwang (2008, p. 129) aan dat verzet reëel moet zijn: het verzet moet *“een zekere mate van consistentie (niet snelle, vaak wisselende meningen en gedragingen) en feitelijke (gedrag moet duidelijk als weerstand tegen de behandeling worden opgevat) vertonen”*. Deze interpretatie van verzet is meer begrensd dan uit de parlementaire behandeling van de Wet Bopz naar voren komt. *“Uitgangspunt is het feitelijke gedrag van betrokkene. Er moet daarbij niet alleen worden uitgegaan van verbale uitingen, maar ook van non-verbale. Bij twijfel over de bedoelingen van de patiënt zal deze de ‘benefit of the doubt’ moet krijgen in die zin dat er in het algemeen van moet worden uitgegaan dat uitingen die op bezwaar kunnen duiden ook als bezwaar worden aangemerkt”*. Widdershoven plaatst hierbij als kanttekening dat als er ‘te snel’ verzet wordt aangenomen, de rechtsbescherming haar doel voorbij schiet en aan de patiënt behandelingen worden onthouden die voor hem van belang kunnen zijn.¹⁶ De Richtlijn Besluitvorming dwang (2008, p. 129-130) geeft tevens aan: *“Het is aan de zorgverleners en behandelaars om in elke situatie de interpretatie en afweging te maken en deze op transparante wijze vast te leggen in het dossier, zodat toetsing mogelijk is”*. Ook – zo stelt Widdershoven – ligt het in de rede *“dat wanneer er twijfel is bij het duiden van het gedrag van de patiënt, door de hulpverlener derden worden geconsulteerd, waarbij in het bijzonder ook kan worden gedacht aan de vertegenwoordiger. Ook is denkbaar dat de rechter om een oordeel wordt verzocht”*.

Uit artikel 3:2 Wvvgz volgt voorts dat verplichte zorg *bestaat uit* het:

- a. toedienen van vocht, voeding en medicatie, alsmede het verrichten van medische controles of andere medische handelingen en therapeutische maatregelen, ter behandeling van een psychische stoornis, dan wel vanwege die stoornis, ter behandeling van een somatische aandoening;
- b. beperken van de bewegingsvrijheid¹⁷;
- c. insluiten¹⁸;
- d. uitoefenen van toezicht op betrokkene;
- e. onderzoeken aan kleding of lichaam¹⁹;
- f. onderzoek van de woon- of verblijfsruimte op gedrag-beïnvloedende middelen en gevaarlijke voorwerpen;
- g. controleren op de aanwezigheid van gedrag-beïnvloedende middelen;
- h. aanbrengen van beperkingen in de vrijheid het eigen leven in te richten, die tot gevolg hebben dat betrokkene iets moet doen of nalaten, waaronder begrepen het gebruik van communicatiemiddelen;
- i. beperken van het recht op het ontvangen van bezoek;
- j. opnemen in een accommodatie;
- k. ontnemen van de vrijheid van betrokkene door hem over te brengen naar een plaats die geschikt is voor tijdelijk verblijf als bedoeld in artikel 7:3, derde lid (in afwachting van een beslissing over een crisismaatregel).

¹⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 42 (MvT). Zie voorts V.E.T. Dörenberg, ‘Het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg’, *TvGR* 2011, nr. 4, p. 280-294.

¹⁶ Widdershoven, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 38, SDU (online) C.7.1.

¹⁷ Hieronder valt ook fixatie.

¹⁸ Hieronder valt ook opsluiten in de eigen kamer.

¹⁹ Hieronder valt niet onderzoek in het lichaam.

In artikel 3:3 Wvvggz is bepaald dat indien het gedrag van een persoon als gevolg van zijn psychische stoornis (daarvoor is aansluiting gezocht bij de classificatie van de DSM)²⁰, niet zijnde een psychogeriatrische aandoening of een verstandelijke handicap, leidt tot *ernstig nadeel*, als uiterste middel verplichte zorg als bedoeld in artikel 3:1 Wvvggz kan worden verleend, indien:

- a. er geen mogelijkheden voor zorg op basis van vrijwilligheid zijn;
- b. er voor betrokkene geen minder bezwarende alternatieven met het beoogde effect zijn;
- c. het verlenen van verplichte zorg, gelet op het beoogde doel van verplichte zorg evenredig is; en
- d. redelijkerwijs te verwachten is dat het verlenen van verplichte zorg effectief is.

Uit dit artikel volgt mitsdien dat (naast afwezigheid van vrijwilligheid) voldaan moet zij aan de eisen van *subsidiariteit, proportionaliteit en doelmatigheid*.

Voor de toepassing van de Wvvggz en de daarop berustende bepalingen wordt onder 'ernstig nadeel' verstaan, het bestaan van of het aanzienlijk risico op:

- a. levensgevaar, ernstig lichamelijk letsel, ernstige psychische, materiële, immateriële of financiële schade, ernstige verwaarlozing of maatschappelijke teloorgang, ernstig verstoorde ontwikkeling voor of van betrokkene of een ander;
- b. bedreiging van de veiligheid van betrokkene al dan niet doordat hij onder invloed van een ander raakt;
- c. de situatie dat betrokkene met hinderlijk gedrag agressie van anderen oproept;
- d. de situatie dat de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar is.

Deze definitie is terug te vinden in artikel 1:1, tweede lid, Wvvggz.

Elk besluit over verplichte zorg moet dus voldoen aan het 'schadecriterium', oftewel het gedrag van een persoon leidt als gevolg van zijn psychische stoornis tot 'een aanzienlijk risico op ernstige schade voor hemzelf of anderen' (een psychische stoornis op zichzelf is dus niet voldoende, er moet een causaal verband zijn met ernstig nadeel).²¹ Het schadecriterium is (op aanraden van de derde evaluatiecommissie) in de plaats gekomen van het in de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen neergelegde 'gevaarscriterium'.²² De regering benadrukte dat met de gewijzigde formulering niet wordt beoogd een grondslag te bieden voor een ruimere toepassing van dwang in het kader van de handhaving van de openbare orde en veiligheid.²³

De *doelen* van verplichte zorg staan omschreven in het opvolgende artikel 3:4 Wvvggz. Verplichte zorg kan ingevolge dat artikel worden verleend om:

- a. een crisissituatie af te wenden,
- b. ernstig nadeel af te wenden,
- c. de geestelijke gezondheid van betrokkene te stabiliseren,
- d. de geestelijke gezondheid van betrokkene dusdanig te herstellen dat hij zijn autonomie zoveel mogelijk herwint, of
- e. het stabiliseren of herstellen van de fysieke gezondheid van betrokkene in het geval diens gedrag als gevolg van zijn psychische stoornis leidt tot ernstig nadeel daarvoor.

Dwang mag dus worden gebruikt om therapeutische doelen te bereiken, maar ook buiten dat doel is het gebruik van dwang toegestaan.²⁴

Uit voormelde bepalingen volgt dat de machtigingen als bedoeld in de Wet Bopz met de Wvvggz worden vervangen door één machtiging, de zorgmachtiging. *De rechter kan zelf differentiëren naar zorgvorm*.²⁵

²⁰ Zie Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 11 (MvT).

²¹ Zie ook M.C. Ploem en J.K.M. Gevers, 'Wetgeving in de psychiatrie, psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg – Beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald', *TvGR* 2015, nr. 4, p. 203-211; V.E.T. Dörenberg, 'Het Wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg', *TvGR* 2011, nr. 4, p. 280-294 en C. Reijntjes, 'Verslaving: van Bopz naar Vggz', *AA* mei 2018, p. 370-373.

²² Het gevaarscriterium houdt in dat de psychische stoornis de betrokkene gevaar doet veroorzaken dat niet door tussenkomst van personen of instellingen buiten een psychiatrisch ziekenhuis kan worden afgewend.

²³ Zie Kamerstukken II 2009/10, 32399, 3, p. 53-54 (MvT). Zie ook M.C. Ploem en J.K.M. Gevers, 'Wetgeving in de psychiatrie, psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg – Beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald', *TvGR* 2015, nr. 4, p. 203-211.

²⁴ Zie ook V.E.T. Dörenberg, 'Het Wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg', *TvGR* 2011, nr. 4, p. 280-294.

²⁵ Zie ook V.E.T. Dörenberg, 'Het Wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg', *TvGR* 2011, nr. 4, p. 280-294.

Het voorbereiden van de zorgmachtiging kent een uitwerking in hoofdstuk 5 Wvvgz. In dit hoofdstuk worden ook de rol van het college van burgemeester en wethouders beschreven evenals de rol van de officier van justitie, die van de geneesheer-directeur en die van de zorgverantwoordelijke.

Zo draagt *het college van burgemeester en wethouders* zorg voor het in behandeling nemen van meldingen over personen voor wie de noodzaak tot geestelijke gezondheidszorg zou moeten worden onderzocht, het verrichten van onderzoek naar die noodzaak, het informeren van degene die een melding heeft gedaan en het zo nodig indienen van een aanvraag voor de voorbereiding van een verzoekschrift voor een zorgmachtiging bij de officier van justitie (artikel 5:1 Wvvgz).

De *officier van justitie* kan op zijn beurt ambtshalve of op aanvraag van het college van burgemeester en wethouders, een geneesheer-directeur, een persoon die op beroepsmatige basis zorg verleent aan betrokkene, een zorgaanbieder als bedoeld in artikel 1.1, eerste lid, onderdeel o, van de Wet forensische zorg of een ambtenaar van de politie, besluiten een verzoekschrift voor een zorgmachtiging voor te bereiden (artikel 5:3 Wvvgz). De officier van justitie bereidt vervolgens de zorgmachtiging voor, zo volgt uit artikel 5:4 Wvvgz. Uit artikel 5:11 Wvvgz volgt de bevoegdheid de voorbereiding van een verzoekschrift voor een zorgmachtiging te beëindigen.

De *geneesheer-directeur* wordt aangewezen door de officier van justitie, zo volgt uit artikel 5:4, eerste lid, onder a, Wvvgz. Het is vervolgens ingevolge artikel 5:4, tweede lid, Wvvgz aan de geneesheer-directeur om de betrokkene schriftelijk te informeren dat op aanvraag of ambtshalve een verzoek voor een zorgmachtiging wordt voorbereid, en hem of haar te informeren over bijvoorbeeld de mogelijkheid van bijstand door familie bij het opstellen van de zelfbindingsverklaring, of een plan van aanpak om verplichte zorg te voorkomen (zie daarover artikel 5:5 Wvvgz), een zorgkaart (zie artikel 5:12 Wvvgz voor de uitwerking) en een zorgplan (zie artikel 5:13 Wvvgz voor de uitwerking), en de mogelijkheid van advies en bijstand aan betrokkene door een patiëntenvertrouwenspersoon. Het is voorts de geneesheer-directeur die zorgt voor een medische verklaring van een psychiater (artikel 5:8, eerste lid Wvvgz en artikel 5:9 Wvvgz, in samenhang gelezen met artikel 5:7 Wvvgz).

De *zorgverantwoordelijke* (degene die een geregistreerd beroep uitoefent als bedoeld in artikel 3 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg en die behoort tot een bij regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aangewezen categorie van deskundigen en verantwoordelijk voor de zorg) stelt ingevolge artikel 5:12 Wvvgz samen met de betrokkene een zorgkaart op. Ook stelt de zorgverantwoordelijke in overleg met betrokkene en de vertegenwoordiger een zorgplan vast, aldus artikel 5:13 Wvvgz.

Uit artikel 5:14 Wvvgz volgt dat het zorgplan in elk geval het volgende vermeldt:

- a. een door de zorgverantwoordelijke gestelde diagnose van de psychische stoornis van betrokkene en het gedrag dat voortvloeit uit de psychische stoornis en leidt tot een ernstig nadeel;
- b. de zorg die noodzakelijk is om het ernstig nadeel weg te nemen;
- c. het doel van verplichte zorg;
- d. de wijze waarop rekening wordt gehouden met de voorkeuren van betrokkene ten aanzien van de zorg, zoals vastgelegd op de zorgkaart inclusief de bijlagen;
- e. de zienswijze en de contactgegevens van de personen, bedoeld in artikel 5:13, vierde lid;
- f. de maximale duur van de afzonderlijke vormen van verplichte zorg;
- g. de wijze waarop de zorgaanbieder en de geneesheer-directeur de kwaliteit van de verplichte zorg bewaken en toezicht houden op de uitvoering van de verplichte zorg in ambulante omstandigheden;
- h. de essentiële voorwaarden voor deelname aan het maatschappelijk leven van betrokkene, voor zover deze ontbreken;
- i. de frequentie waarmee en de omstandigheden waaronder het zorgplan en de subsidiariteit, proportionaliteit, effectiviteit en veiligheid van de verplichte zorg met betrokkene, de vertegenwoordiger, alsmede het familielid of de naaste en de patiëntenvertrouwenspersoon worden geëvalueerd en het zorgplan wordt geactualiseerd;
- j. de zorgaanbieder die kan worden belast met de uitvoering van de zorgmachtiging, en zo nodig de accommodatie.

De *geneesheer-directeur* beoordeelt vervolgens of het zorgplan voldoet aan de uitgangspunten van artikel 2:1, en, indien toepassing is gegeven aan artikel 5:5, vijfde lid, of het plan, bedoeld in artikel 5:5, voldoet aan het uitgangspunt dat geen ernstig nadeel ontstaat. Hij draagt zijn bevindingen, inclusief zorgkaart en zorgplan, over aan de officier van justitie (artikel 5:15 Wvvggz). Het is uiteindelijk de beslissing van de *officier van justitie* of is voldaan aan de criteria voor verplichte zorg, waarna de *rechter* via een verzoekschrift wordt ingeschakeld (artikel 5:16 Wvvggz en artikel 5:17 Wvvggz).

De procedure betreffende de rechterlijke beslissing om een zorgmachtiging te verlenen staat in hoofdstuk 6. De zorgmachtiging is bij voorraad uitvoerbaar en tegen een beslissing van de rechter staat geen hoger beroep open (artikel 6:4, zesde lid, Wvvggz en artikel 6:3 Wvvggz). Belangrijk in dat verband is ook artikel 6:5 Wvvggz: De rechter verleent een zorgmachtiging voor de *duur* die noodzakelijk is om het doel van verplichte zorg te realiseren, maar *maximaal* voor:

- a. *zes maanden*, indien het doel van verplichte zorg de gronden, bedoeld in artikel 3:4, onderdelen b, c, d en e, betreft (dat wil zeggen afwenden van ernstig nadeel (b), stabiliseren van de geestelijke gezondheid van betrokkene (c), dusdanig herstellen van de geestelijke gezondheid van betrokkene dat hij zijn autonomie zoveel mogelijk herwint (d) of stabiliseren of herstellen van de fysieke gezondheid van betrokkene in het geval diens gedrag als gevolg van zijn psychische stoornis leidt tot ernstig nadeel daarvoor);
- b. *twaalf maanden*, indien het een zorgmachtiging betreft die aansluit op een zorgmachtiging als bedoeld in onderdeel a;
- c. *twee jaar*, indien het een aansluitende zorgmachtiging betreft voor een persoon aan wie gedurende ten minste de afgelopen vijf jaar aaneengesloten verplichte zorg is verleend.

De gronden voor verval zijn aansluitend geregeld in artikel 6:6 Wvvggz.

Vergelijkbaar met de Wet Bopz is dat een crisismaatregel (onder de Wet Bopz inbewaringstelling genoemd) kan worden afgegeven door de burgemeester. De kern staat in artikel 7:1 Wvvggz: De burgemeester kan ten aanzien van een persoon die zich in zijn gemeente bevindt een crisismaatregel nemen, indien:

- a. er onmiddellijk dreigend ernstig nadeel is;
- b. er een ernstig vermoeden bestaat dat het gedrag van een persoon als gevolg van een psychische stoornis dit dreigend ernstig nadeel veroorzaakt;
- c. met de crisismaatregel het ernstig nadeel kan worden weggenomen;
- d. de crisissituatie dermate ernstig is dat de procedure voor een zorgmachtiging niet kan worden afgewacht; en
- e. er verzet is als bedoeld in artikel 1:4 tegen zorg.

Op grond van artikel 7:3 Wvvggz is het voorts mogelijk om voorafgaand aan de beslissing over een crisismaatregel, *indien redelijkerwijs mag worden verondersteld dat een crisismaatregel zal worden genomen*, gedurende korte tijd verplichte zorg aan een persoon te verlenen. De verplichte zorg wordt alleen als uiterste middel verleend indien dit noodzakelijk is in verband met de voorbereiding van de crisismaatregel en uitsluitend gedurende de periode die nodig is om de procedure voor de crisismaatregel af te ronden. Deze periode bedraagt als geheel *ten hoogste achttien uur*, en *niet meer dan twaalf uur* te rekenen vanaf het moment dat betrokkene door een psychiater wordt onderzocht ten behoeve van de medische verklaring (artikel 7:3, tweede lid, Wvvggz). De verplichte zorg kan, teneinde te laten onderzoeken of een crisismaatregel moet worden genomen en in afwachting van het nemen van de crisismaatregel, tevens inhouden dat een persoon zijn vrijheid wordt ontnomen en dat hij onverwijld wordt overgebracht naar een plaats die geschikt is voor tijdelijk verblijf (artikel 7:3, derde lid, Wvvggz).

De burgemeester bepaalt de geldigheidsduur van de crisismaatregel, die *ten hoogste drie dagen* bedraagt, aldus artikel 7:4 Wvvggz. In artikel 7:5 Wvvggz is het verval van de crisismaatregel geregeld. In artikel 7:6 Wvvggz is voorts het beroep bij de rechter geregeld. Tegen een beslissing van de rechter omtrent de crisismaatregel staat geen hoger beroep op.

Verlenging van de crisismaatregel is onder omstandigheden mogelijk. De machtiging daartoe heeft een geldigheidsduur van drie weken na dagtekening ervan (artikel 7:9 Wvvggz). Ook is het mogelijk om na de voortzetting van de crisismaatregel om een zorgmachtiging te verzoeken. Dat verzoek moet worden gedaan door de officier van justitie en is gericht aan de rechter, aldus 7:11 Wvvggz.

2.5 Rechten en plichten bij de tenuitvoerlegging en uitvoering van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel en zorgmachtiging

Hoofdstuk 8 regelt de rechten en plichten bij de *tenuitvoerlegging en uitvoering* van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel en zorgmachtiging. In verband met de reikwijdte van het onderhavige onderzoek (in relatie tot de omvang van hoofdstuk 8) worden (alleen) die rechten en plichten beschreven die de basis kunnen vormen voor een klacht. Dit betreft de artikelen 8:4; 8:7; 8:9; 8:11; 8:12; 8:13; 8:14; 8:15; 8:16, eerste, tweede en derde lid; 8:17; 8:18, achtste en twaalfde lid; 8:20; 8:21 en 8:34 Wvvggz.

Bij de toepassing van hoofdstuk 8 gelden steeds (ook) de algemene uitgangspunten van hoofdstuk 2, evenals de criteria voor en doelen van verplichte zorg als bedoeld in hoofdstuk 3 (zie met name de artikelen 2:1, 3:3 en 3:4 Wvvggz). Dit brengt onder andere mee dat, ook al biedt de zorgmachtiging of (machtiging tot voortzetting van de) crisismaatregel een grondslag voor de toepassing van dwang, deze dwang niet zonder meer kan worden toegepast. Ook bij de uitvoering van de zorgmachtiging of crisismaatregel geldt dat dwang alleen als uiterste middel kan worden toegepast, nadat alle alternatieven voor dwang niet afdoende zijn gebleken. Het kan niet zo zijn dat deze machtiging of maatregel op het punt van de dwang zonder meer wordt uitgevoerd. Daartoe zal *eerst een beslissing tot het verlenen van verplichte zorg moeten worden genomen*. Maar ook als dwang uiteindelijk onafwendbaar blijkt, zal de duur en de mate van dwang zo beperkt mogelijk moeten blijven.²⁶

- Uitvoering van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel en zorgmachtiging

De artikelen 8:4, 8:7 en 8:9 Wvvggz vallen onder de paragraaf die ziet op de '*uitvoering van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel en zorgmachtiging*'.

In artikel 8:4, eerste lid, Wvvggz ten eerste is bepaald dat de zorgverantwoordelijke (onverminderd artikel 7:454 van het Burgerlijk Wetboek) ervoor moet zorgen (het is een verplichting) dat in het dossier aantekening wordt gehouden van een aantal in dat artikel genoemde onderwerpen (a tot en met q). Ingevolge artikel 8:4, tweede lid, Wvvggz dient de zorgverantwoordelijke tevens aantekening te houden van de verstrekking van gegevens zonder toestemming van betrokkene door de geneesheer-directeur, de burgemeester, de officier van justitie, en de zorgverantwoordelijke zelf, bedoeld in artikel 8:29 Wvvggz. In afwijking van artikel 7:455 van het Burgerlijk Wetboek vernietigt de zorgverantwoordelijke het dossier niet indien de zorgverantwoordelijke redelijkerwijs mag aannemen dat bewaring van het dossier van aanmerkelijk belang is voor betrokkene, zo is in artikel 8:4, derde lid, Wvvggz bepaald.

²⁶ Zie de integrale toelichting op de Wvvggz, p. 88, 96 en 98.

In artikel 8:7, eerste lid, Wvvggz is bepaald dat de zorgaanbieder verplicht is om de zorg te verlenen, genoemd in de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging. Ingevolge artikel 8:7, tweede lid, Wvvggz kan de zorgaanbieder, naast de tijdelijke verplichte zorg voorafgaand aan de crisismaatregel, bedoeld in artikel 7:3, alleen de vormen van verplichte zorg verlenen die zijn opgenomen in de zorgmachtiging, de crisismaatregel, of een beslissing op grond van de artikelen 8:11 tot en met 8:14 (dit betreft tijdelijke verplichte zorg in noodsituaties).

Een zorgaanbieder verleent aan de patiënt slechts verplichte zorg als bedoeld in de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging tegen overlegging van een afschrift van respectievelijk de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging. Dit volgt uit artikel 8:7, derde lid, Wvvggz.

In artikel 8:9, eerste lid, Wvvggz is bepaald dat de zorgverantwoordelijke ter uitvoering van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging een beslissing tot het verlenen van verplichte zorg neemt, maar niet nadat hij zich op de hoogte heeft gesteld van de actuele gezondheidstoestand van de betrokkene, met betrokkene over de voorgenomen beslissing overleg heeft gevoerd en, voor zover hij geen psychiater is, hierover overeenstemming heeft bereikt met de geneesheer-directeur.

De zorgverantwoordelijke stelt (vervolgens), ingevolge artikel 8:9, tweede lid, Wvvggz een beslissing tot het verlenen van verplichte zorg op grond van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging op schrift en voorziet de beslissing van een schriftelijke motivering. De geneesheer-directeur geeft betrokkene, de vertegenwoordiger en de advocaat op zijn beurt een afschrift van de beslissing en stelt hen schriftelijk in kennis van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familie-vertrouwenspersoon, aldus artikel 8:9, derde lid, Wvvggz.

Artikel 8:9, vierde lid, Wvvggz vult de dossierplicht aan. Indien verplichte zorg anders dan strekkende tot opname in een accommodatie, op grond van een crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging wordt toegepast, legt de zorgverantwoordelijke, onverminderd het bepaalde in artikel 1:5, na overleg met de vertegenwoordiger, schriftelijk vast in het dossier, bedoeld in artikel 8:4, met vermelding van de datum en het tijdstip, of:

a. betrokkene tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat is, en
b. er een acuut levensgevaar dreigt voor betrokkene dan wel er een aanzienlijk risico is voor een ander op levensgevaar, ernstig lichamelijk letsel, ernstige psychische, materiële, immateriële of financiële schade, ernstige verwaarlozing of maatschappelijke teloorgang, of om ernstig in zijn ontwikkeling te worden geschaad, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar is.

De zorgaanbieder, geneesheer-directeur en zorgverantwoordelijke leggen geen beperkingen op in het contact van betrokkene met de vertegenwoordiger, de inspectie of de justitiële autoriteiten, zo volgt tot slot uit artikel 8:9, vijfde lid, Wvvggz.

- Tijdelijk verplichte zorg in noodsituaties

De artikelen 8:11, 8:12 en 8:13 Wvvggz zien op de mogelijkheid van *'tijdelijke verplichte zorg in noodsituaties'*.

Ingevolge artikel 8:11 Wvvggz kan de zorgverantwoordelijke, indien er sprake is van verzet als bedoeld in artikel 1:4 Wvvggz, beslissen tot het verlenen van verplichte zorg waar de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging niet in voorziet, voor zover dit tijdelijk ter afwending van een noodsituatie noodzakelijk is, gelet op:

- a. ernstig nadeel,
- b. de veiligheid binnen de accommodatie of andere locatie waar de zorg of verplichte zorg wordt verleend,
- c. de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, of
- d. de voorkoming van strafbare feiten.

Ingevolge artikel 8:12, eerste lid, Wvggz is de duur van de tijdelijke verplichte zorg beperkt tot een periode van *maximaal drie dagen*. De zorgverantwoordelijke doet onverwijld mededeling aan de geneesheer-directeur van de schriftelijke en gemotiveerde beslissing tot tijdelijke verplichte zorg en van de beëindiging van de tijdelijke verplichte zorg, zo volgt uit artikel 8:12, tweede lid, Wvggz. Ingevolge artikel 8:12, derde lid, Wvggz moet er een mededeling volgen van de zorgverantwoordelijke aan de geneesheer-directeur indien de tijdelijke verplichte zorg niet binnen twaalf uur kan worden beëindigd. Indien de zorgverantwoordelijke van oordeel is dat de tijdelijke verplichte zorg na de periode van drie dagen moet worden voortgezet, kan hij daartoe uitsluitend beslissen indien een door de zorgverantwoordelijke gemotiveerde aanvraag tot wijziging van de zorgmachtiging door de geneesheer-directeur, vergezeld van zijn advies daarover, bij de officier van justitie is ingediend die daarop zo spoedig mogelijk beslist. Indien de officier van justitie instemt met de aanvraag van de geneesheer-directeur tot wijziging van de zorgmachtiging, dient hij onverwijld een verzoekschrift voor de wijziging van een zorgmachtiging bij de rechter in, aldus artikel 8:12, vierde, vijfde en zesde lid, Wvggz. Uit artikel 8:12, zevende lid, Wvggz volgt dat de *verlengde* verplichte zorg slechts kan worden verleend totdat:

- a. de officier van justitie besluit geen verzoekschrift in te dienen en dit aan de geneesheer-directeur heeft meegedeeld,
- b. de rechter uitspraak heeft gedaan over het verzoekschrift voor een wijziging van een zorgmachtiging of door het verstrijken van de termijn, bedoeld in artikel 6:2, eerste lid, onderdeel d.

In artikel 8:12, achtste lid, Wvggz – tot slot – is bepaald dat indien de betrokkene op grond van artikel 8:11 in een instelling als bedoeld in artikel 3.1, eerste lid, of artikel 3.3, eerste lid, van de Wet forensische zorg wordt opgenomen, voor de duur van die opname de artikelen 7, eerste en derde lid, 42, vijfde lid, en 44, alsmede de hoofd- stukken V, VI en VII van de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden van toepassing zijn.

Artikel 8:13 Wvggz ziet op de beslissingen als in artikel 8:11 en 8:12 Wvggz bedoeld. Deze moeten door de zorgverantwoordelijke op schrift worden gesteld en worden gemotiveerd. De beslissing vermeldt het moment waarop de geneesheer-directeur en de zorgverantwoordelijke, de proportionaliteit, de subsidiariteit, de effectiviteit en de veiligheid van de tijdelijke verplichte zorg beoordelen. De geneesheer-directeur geeft op zijn beurt betrokkene, de vertegenwoordiger en de advocaat een afschrift van de beslissing en stelt hen schriftelijk in kennis van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familie- vertrouwenspersoon.

- Veiligheidsonderzoek en huisregels

Artikel 8:14 en artikel 8:15 Wvggz zien op de toepassing van '*veiligheidsonderzoek en huisregels*'.

Ingevolge artikel 8:14, eerste lid, Wvggz kan de zorgverantwoordelijke bij het gegronde vermoeden van aanwezigheid binnen de accommodatie van voorwerpen die betrokkene niet in zijn bezit mag hebben of die een aanzienlijk risico op ernstige schade veroorzaken, ter voorkoming van een noodsituatie, een beslissing nemen tot onderzoek:

- a. aan kleding of lichaam van betrokkene,
- b. van de woonruimte binnen de accommodatie van betrokkene, dan wel
- c. van poststukken afkomstig van of bestemd voor betrokkene die in een accommodatie verblijft, maar alleen in aanwezigheid van betrokkene.

De ontnomen voorwerpen worden voor betrokkene bewaard, voor zover dit niet in strijd is met enig wettelijk voorschrift, aldus artikel 8:14, tweede lid, Wvvgz. De zorgverantwoordelijke stelt de beslissing op schrift, voorziet de beslissing van een schriftelijke motivering en stelt de geneesheer-directeur op de hoogte van de beslissing, zo is bepaald in artikel 8:14, derde lid, Wvvgz. Ingevolge artikel 8:15, vierde lid, Wvvgz moet de geneesheer-directeur betrokkene, de vertegenwoordiger en de advocaat een afschrift van de beslissing geven en hen schriftelijk in kennis stellen van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon.

Ingevolge artikel 8:15, eerste lid, Wvvgz stelt de zorgaanbieder huisregels op voor de ordelijke gang van zaken en de veiligheid, passend bij de doelgroep, in de accommodatie. De huisregels bevatten geen andere regels dan bedoeld in het eerste lid en worden, indien van toepassing, vastgesteld volgens het model, bedoeld in het vijfde lid, zo staat in artikel 8:15, tweede lid, Wvvgz. De huisregels moeten vervolgens zo spoedig mogelijk na de opname van betrokkene aan hem en diens vertegenwoordiger ter beschikking worden gesteld in een schriftelijk overzicht. De zorgverantwoordelijke moet vervolgens voor een mondelinge toelichting zorgen. Een en ander volgt uit artikel 8:15, derde en vierde lid, Wvvgz. Bij regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport kan een model voor huisregels worden vastgesteld, zo volgt tot slot uit artikel 8:15, vijfde lid, Wvvgz.

- Overplaatsing, tijdelijke onderbreking en beëindiging

De artikelen 8:16, 8:17, 8:18, 8:20 en 8:21 Wvvgz zijn geplaatst onder de paragraaf '*Overplaatsing, tijdelijke onderbreking en beëindiging*'.

In artikel 8:16, eerste lid, Wvvgz is in dat verband bepaald dat de geneesheer-directeur op aanvraag of ambtshalve de verantwoordelijkheid voor het verlenen van zorg op grond van een crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging aan een *andere* zorgaanbieder, geneesheer-directeur of zorgverantwoordelijke kan toewijzen. Betrokkene, de vertegenwoordiger of de zorgverantwoordelijke kunnen bij de geneesheer-directeur daartoe een schriftelijke en gemotiveerde aanvraag indienen. Ingevolge artikel 8:16, tweede lid, Wvvgz dient de geneesheer-directeur zijn beslissing daaromtrent schriftelijk en gemotiveerd aan de betrokkene mee te delen. Een afschrift behoort te worden verzonden aan de vertegenwoordiger en de officier van justitie. Uit artikel 8:16, derde lid, Wvvgz volgt dat de geneesheer-directeur geen ambtshalve beslissing of instemmende beslissing kan nemen op de aanvraag dan nadat de beoogde zorgaanbieder, geneesheer-directeur of zorgverantwoordelijke zich bereid hebben verklaard tot het verlenen van zorg of verplichte zorg op grond van een crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging.

In artikel 8:17, eerste lid, Wvvgz is voorts in dat verband bepaald dat de geneesheer-directeur op een daartoe strekkende schriftelijke en gemotiveerde aanvraag van betrokkene, de vertegenwoordiger, de advocaat of de zorgverantwoordelijke, dan wel uit eigen beweging een schriftelijke en gemotiveerde beslissing kan nemen, inhoudende het verlenen van *tijdelijke onderbreking* van de verplichte zorg op grond van een machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging aan betrokkene, voor zover en voor zolang dit verantwoord is. In artikel 8:17, tweede lid, Wvvgz staat dat de geneesheer-directeur (eerst) de Minister van Veiligheid en Justitie schriftelijk en gemotiveerd om toestemming moet verzoeken voor het nemen van een beslissing tot het verlenen van tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg, houdende opname in een accommodatie, op grond van een zorgmachtiging die is

afgegeven met toepassing van artikel 2.3 van de Wet forensische zorg, behoudens de gevallen waarin artikel 2.3, onderdeel 3, is toegepast en betrokkene is vrijgesproken van hetgeen hem ten laste is gelegd. De Minister deelt vervolgens zo spoedig mogelijk schriftelijk en gemotiveerd zijn beslissing mee. Zonder toestemming van de Minister mag de geneesheer-directeur de tijdelijke onderbreking als bedoeld in het tweede lid, niet verlenen. Een en ander volgt uit artikel 8:17, derde en vierde lid, Wvvgz. Ingevolge artikel 8:17, vijfde lid, Wvvgz kan de geneesheer-directeur aan de beslissing voorwaarden of beperkingen verbinden. De geneesheer-directeur geeft betrokkene, de vertegenwoordiger en de advocaat een afschrift van de beslissing, indien van toepassing voorzien van de beoordeling van de Minister van Veiligheid en Justitie, en stelt hen uiterlijk binnen vier dagen na de beslissing schriftelijk in kennis van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familie- vertrouwenspersoon, aldus artikel 8:17, zesde lid, Wvvgz. Daarnaast dient de geneesheer-directeur de officier van justitie tijdig te informeren over de tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg op grond van een machtiging tot verlenging van de crisismaatregel of zorgmachtiging, aldus artikel 8:17, zevende lid, Wvvgz.

Indien dit noodzakelijk is omdat essentiële voorwaarden voor deelname aan het maatschappelijk verkeer van betrokkene ontbreken, kan de geneesheer-directeur bovendien het college van burgemeester en wethouders van de gemeente waar betrokkene ingezetene is dan wel naar verwachting zal verblijven, informeren over de tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg op grond van de zorgmachtiging, zo volgt uit artikel 8:17, achtste lid, Wvvgz.

De geneesheer-directeur kan op een daartoe strekkend schriftelijk en gemotiveerd verzoek of uit eigen beweging de beslissing tot tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg schriftelijk en gemotiveerd intrekken. Het zesde lid is van overeenkomstige toepassing. Dit is bepaald in artikel 8:17, negende lid, Wvvgz.

Artikel 8:18 Wvvgz ziet op de *beëindiging* van het verlenen van verplichte zorg op grond van een crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaat- regel of zorgmachtiging. Geklaagd kan worden over het achtste en twaalfde lid van dit artikel. In artikel 8:18, achtste lid, Wvvgz is bepaald dat de geneesheer-directeur aan de beslissing tot beëindiging voorwaarden of beperkingen kan verbinden. Vervolgens is in artikel 8:18, twaalfde lid, Wvvgz bepaald dat bij niet naleving van een aan de beslissing tot beëindiging van het verlenen van verplichte zorg op grond van een crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging door de geneesheer-directeur of de rechter verbonden voorwaarde of beperking de geneesheer-directeur de beslissing tot beëindiging moet intrekken.

Over de *voorwaarden en beperkingen* gaat artikel 8:20 Wvvgz. Daartoe is in artikel 8:20, eerste lid, Wvvgz bepaald dat de voorwaarden en beperkingen als bedoeld in artikel 8:17, vijfde lid, en artikel 8:18, achtste lid, de zorg betreffen aan en het gedrag van betrokkene, ter voorkoming van het ernstig nadeel. De voorwaarden en beperkingen kunnen ook inhouden dat betrokkene zich onder toezicht stelt van een zorgaanbieder of zorgverlener, die betrokkene hulp en steun verleent bij het naleven van de voorwaarden en beperkingen, zo volgt uit artikel 8:20, tweede lid, Wvvgz. Uit artikel 8:20, derde lid, Wvvgz volgt dat de geneesheer-directeur (eerst) de zorgverantwoordelijke raadpleegt over de noodzakelijk geachte voorwaarden of beperkingen. In artikel 8:20, vierde lid, Wvvgz is tot slot bepaald dat de geneesheer-directeur slechts tot tijdelijke onderbreking of beëindiging van de verplichte zorg mag besluiten als betrokkene zich bereid heeft verklaard tot naleving van de voorwaarden of beperkingen en redelijkerwijs is aan te nemen dat betrokkene de voorwaarden zal naleven.

Artikel 8:21 Wvvgz ziet op de *evaluatie*, waartoe in artikel 8:21, eerste lid, Wvvgz is bepaald dat de zorgverantwoordelijke, betrokkene en de vertegenwoordiger de uitvoering van de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging evalueren, indien het

voornemen bestaat de verplichte zorg te beëindigen. De zorgverantwoordelijke en betrokkene stellen indien gewenst op basis van deze evaluatie een zelfbindingsverklaring op en passen zo nodig de zorgkaart van betrokkene aan, zo volgt uit artikel 8:21, tweede lid, Wvggz. Uit artikel 8:21, derde lid, Wvggz volgt dat de zorgverantwoordelijke betrokkene moet wijzen op de mogelijkheid om het plan, bedoeld in artikel 5:5 (plan van aanpak), te evalueren en zo nodig aan te passen.

- Gegevensverwerking

De laatste paragraaf van hoofdstuk 8 ziet op ‘gegevensverwerking’. Het laatste artikel is artikel 8:34 Wvggz. De officier van justitie, de rechter, de zorgaanbieder, de geneesheer-directeur, de zorgverantwoordelijke, de burgemeester, het college van burgemeester en wethouders, de psychiater, bedoeld in artikel 5:7, en hun medewerkers zijn tot geheimhouding verplicht van hetgeen in de uitoefening van hun taak aan hen is toevertrouwd, tenzij uit hun taak op grond van deze wet de noodzaak tot mededeling voortvloeit of enig ander wettelijk voorschrift hen tot mededeling verplicht.

2.6 *Bijzondere bepalingen ten aanzien van personen met een strafrechtelijke titel*

Hoofdstuk 9 Wvggz bestaat uit een aantal bijzondere bepalingen ten aanzien van personen met een strafrechtelijke titel. Over een aantal daarvan kan worden geklaagd. Dit betreft de artikelen 9:3, 9:4, 9:5, 9:6, 9:7, 9:8 en 9:9 Wvggz, die hierna worden besproken.

In artikel 9:3 Wvggz ten eerste is geregeld dat de geneesheer-directeur voor de betrokkene een zorgverantwoordelijke aanwijst. Hij stelt hiervan op de hoogte: a. betrokkene, b. de vertegenwoordiger, c. de advocaat, d. de ouders of een van hen, voor zover deze niet als vertegenwoordiger optreden dan wel optreedt; e. de echtgenoot, geregistreerd partner, degene met wie een samenlevingscontract is gesloten, levensgezel of degene die betrokkene verzorgt; f. de huisarts; g. de officier van justitie. Artikel 8:3 Wvggz is van overeenkomstige toepassing verklaard (informatie over andere onderwerpen de zorg betreffende).

Uit artikel 9:4 Wvggz volgt voorts dat de zorgverantwoordelijke ervoor moet zorgdragen dat voor betrokkene zo spoedig mogelijk na zijn opnemings een zorgplan wordt opgesteld. De artikelen 5:13, eerste, tweede, derde lid, onderdeel b en d, vijfde, zesde en zevende lid, en 5:14, eerste lid, zijn van overeenkomstige toepassing verklaard.

In artikel 9:5 Wvggz is bepaald dat behandeling van de betrokkene slechts plaatsvindt a. voor zover deze is voorzien in het zorgplan, b. indien het overleg over het zorgplan tot overeenstemming heeft geleid, en c. indien betrokkene of de vertegenwoordiger zich niet tegen behandeling verzet.

De mogelijkheid van ‘dwangbehandeling’ is geregeld in artikel 9:6 Wvggz. In artikel 9:6, eerste lid, Wvggz staat daartoe dat indien niet wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 9:5, onderdelen b en c, niettemin behandeling kan plaatsvinden: a. voor zover aannemelijk is dat zonder die behandeling het ernstig nadeel dat de psychische stoornis van betrokkene doet veroorzaken niet binnen een redelijke termijn kan worden weggenomen, of b. voor zover dit volstrekt noodzakelijk is om het ernstig nadeel dat de psychische stoornis van betrokkene binnen een accommodatie doet veroorzaken, af te wenden.

Behandeling kan alleen plaatsvinden krachtens een schriftelijke en gemotiveerde beslissing van de zorgverantwoordelijke, zo volgt uit artikel 9:6, tweede lid, Wvggz.

Artikel 8:9 Wvggz is van overeenkomstige toepassing, aldus artikel 9:6, derde lid, Wvggz.

Uit artikel 9:6, vierde lid, Wvggz volgt vervolgens dat bij een behandeling als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, in de beslissing, bedoeld in het tweede lid, vermeld wordt voor welke termijn zij geldt. De termijn is zo kort mogelijk maar *niet langer dan drie maanden*, gerekend vanaf de dag waarop de beslissing tot stand komt. Indien binnen zes maanden na afloop van de drie maanden termijn voortzetting van de behandeling of opnieuw een behandeling overeenkomstig het eerste lid, onderdeel a, nodig is, geschiedt dit slechts krachtens een schriftelijke beslissing van de geneesheer-directeur. De geneesheer-directeur geeft in zijn beslissing aan waarom van een behandeling alsnog het beoogde effect wordt verwacht. Op zodanige beslissingen is het vierde lid, tweede volzin, van toepassing. Dit staat beschreven in artikel 9:6, vijfde lid, Wvggz.

Bij algemene maatregel van bestuur kunnen middelen of maatregelen worden aangewezen die niet mogen worden toegepast bij een behandeling als bedoeld in het eerste lid. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen voorts ten aanzien van daarbij aangegeven middelen of maatregelen regels worden gesteld met betrekking tot de wijze waarop tot toepassing daarvan moet worden besloten, zo volgt uit artikel 9:6, zesde lid, Wvggz.

In artikel 9:6, zevende lid, Wvggz is tot slot bepaald dat de geneesheer-directeur de vertegenwoordiger en de advocaat zo spoedig mogelijk schriftelijk op de hoogte stelt van een behandeling als bedoeld in het eerste lid en van de voortzetting van de behandeling, bedoeld in het vijfde lid, en hen schriftelijk in kennis stelt van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en familievertrouwenspersoon.

Ingevolge artikel 9:7, eerste lid, Wvggz kan ten aanzien van een betrokkene die een zelfbindingsverklaring heeft, voor de in de verklaring voorziene duur de in de verklaring voorziene behandeling in het zorgplan worden opgenomen. Onverminderd artikel 9:6, eerste lid, onderdeel b, kan met betrekking tot betrokkene die zich met een verklaring als bedoeld in het eerste lid heeft verbonden, de in de verklaring voorziene behandeling worden toegepast, ook indien de patiënt zich daartegen verzet, aldus artikel 9:7, tweede lid, Wvggz.

Artikel 9:8 Wvggz ziet op het toepassen van *middelen en maatregelen*. Zo is in artikel 9:8, eerste lid, Wvggz bepaald dat de zorgverantwoordelijke indien er sprake is van *verzet* als bedoeld in artikel 1:4, kan beslissen tot het toepassen van middelen of maatregelen waar het zorgplan met inachtneming van de artikelen 9:5 en 9:6 niet in voorziet, voor zover dit tijdelijk ter afwending van een noodsituatie, die door betrokkene in de accommodatie als gevolg van de psychische stoornis wordt veroorzaakt, noodzakelijk is gelet op: a. een aanzienlijk risico op ernstig nadeel voor betrokkene of anderen, b. de veiligheid binnen de accommodatie, c. de bescherming van rechten en vrijheden van anderen, of d. De voorkoming van strafbare feiten.

De artikelen 8:12, eerste, tweede en derde lid, en 8:13 zijn van overeenkomstige toepassing en de middelen en maatregelen, bedoeld in het eerste lid, worden bij algemene maatregel van bestuur aangewezen, zo volgt uit artikel 9:8, tweede en derde lid, Wvggz.²⁷

Artikel 9:9 Wvggz tot slot ziet op mogelijke beperkingen. Ingevolge artikel 9:9, eerste lid, Wvggz kunnen door de zorgverantwoordelijk beperkingen in het recht op het ontvangen van bezoek worden opgelegd indien: a. van het bezoek ernstige nadelige gevolgen moeten worden gevreesd voor de gezondheidstoestand van betrokkene voor zover dit telkenmale uit een uitdrukkelijke verklaring van de zorgverantwoordelijke blijkt, dan wel b. dit ter voorkoming van verstoring van de orde of voor de veiligheid in de accommodatie, zoals die in de huisregels is beschreven, of ter voorkoming van strafbare feiten noodzakelijk is. Beperkingen in het recht op bewegingsvrijheid in en rond de accommodatie

²⁷ Zie hiervoor artikel 4.1 van het Besluit van 16 mei 2019, houdende regels ter uitvoering van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg), *Stb.* 2019, 198.

kunnen, anders dan als middel of maatregel, aangegeven bij algemene maatregel van bestuur krachtens artikel 9:8, derde lid, door de zorgverantwoordelijke worden opgelegd indien: a. naar het oordeel van de zorgverantwoordelijke van de uitoefening van het recht op de bewegingsvrijheid ernstige nadelige gevolgen moeten worden gevreesd voor de gezondheidstoestand van betrokkene, dan wel b. dit ter voorkoming van verstoring van de orde of voor de veiligheid in de accommodatie, zoals die in de huisregels is beschreven, of ter voorkoming van strafbare feiten noodzakelijk is, aldus artikel 9:9, tweede lid, Wvggz. Beperkingen in het recht op het vrij gebruik van communicatiemiddelen kunnen door de zorgverantwoordelijke worden opgelegd indien: a. naar het oordeel van de zorgverantwoordelijke van de uitoefening van het recht op vrij gebruik van communicatiemiddelen ernstige nadelige gevolgen moeten worden gevreesd voor de gezondheidstoestand van betrokkene, dan wel b. indien dit ter voorkoming van verstoring van de orde of voor de veiligheid in de accommodatie, zoals die in de huisregels is beschreven, of ter voorkoming van strafbare feiten noodzakelijk is, zo volgt uit artikel 9:9, derde lid, Wvggz.

Op het opleggen van beperkingen als bedoeld in het eerste, tweede of derde lid is artikel 8:9 van overeenkomstige toepassing, aldus tot slot artikel 9:9, vierde lid, Wvggz.

2.7 Klachtenprocedure Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg

De klachtenprocedure van de Wvggz is geregeld in hoofdstuk 10, getiteld 'Klachtenprocedure en schadevergoeding'.²⁸ Ingevolge artikel 10:1 Wvggz moet de zorgaanbieder zijn aangesloten bij een door één of meer representatief te achten cliëntenorganisaties en één of meer representatief te achten organisaties van zorgaanbieders ingestelde *klachtencommissie* die bestaat uit een oneven aantal van ten minste drie leden die niet werkzaam zijn bij of voor de zorgaanbieder en die zodanig is samengesteld dat een deskundige en zorgvuldige beslissing op de klacht is gewaarborgd.²⁹

De – onafhankelijke regionale – klachtencommissie (waarover nader artikel 10:2 Wvggz) beslist, in afwijking van hoofdstuk 3 van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (dit hoofdstuk van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg ziet op klachten van algemene aard), op klachten als bedoeld in artikel 10:3 Wvggz.

Artikel 10:3 Wvggz verwijst naar een groot aantal artikelen. Net als onder de Wet Bopz kan over de uitvoering van verplichte zorg (dwang) worden geklaagd en over de vraag of de patiënt in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake van zorg. De Wvggz kent echter meer klachtgronden. In artikel 10:3 Wvggz staat dat betrokkene, de vertegenwoordiger of een nabestaande van de betrokkene een schriftelijke en gemotiveerde klacht kan indienen bij de klachtencommissie over *de nakoming van een verplichting* of *[over] een beslissing* op grond van artikel:³⁰ a. 1:5; b. 4:1, tweede lid; c. 7:3, met uitzondering van klachten betreffende de ambtenaar van politie; d. 8:4; e. 8:7; f. 8:9; g. 8:11; h. 8:12; i. 8:13; j. 8:14; k. 8:15; l. 8:16, eerste, tweede en derde lid; m. 8:17; n. 8:18, achtste en twaalfde lid; o. 8:20; p. 8:21; q. 8:34, met uitzondering van klachten betreffende de officier van justitie, de rechter, de psychiater, bedoeld in artikel 5:7, de burgemeester en het college van burgemeester en wethouders; r. 9:3; s. 9:4; t. 9:5; u. 9:6; v. 9:7; w. 9:8; x. 9:9.

Onder 3 wordt uitvoeriger op de gronden ingegaan, maar nieuw ten opzichte van de Wet Bopz is bijvoorbeeld dat ook kan worden geklaagd over huisregels en informatieplichten.

²⁸ Zie voor kritische kanttekeningen bij de klachtenregeling J.C.J. Dute, 'Heeft het Bopz-klachtrecht nog toekomst?', *TvGR* 2013, nr. 1, p. 3.

²⁹ Zie over de klachtencommissies ook J.C.J. Dute, 'Nieuwe regels voor het GGZ-klachtrecht: een Echternach processie?', *Tijdschrift voor Klachtrecht* 2014, nr. 3, p. 3-5.

³⁰ Zie daarbij artikel 1:3, achtste lid, Wvggz: De meerderjarige betrokkene die onder curatele is gesteld of ten behoeve van wie een mentorschap is ingesteld, alsmede de minderjarige betrokkene zijn bekwam om op grond van deze wet in rechte op te treden.

De klachtencommissie dient de klachten zodanig te behandelen dat een *deskundige en zorgvuldige beslissing* op de klacht is gewaarborgd. Ook dient de klachtencommissie de klacht te behandelen overeenkomstig een door de klachtencommissie te treffen regeling die in ieder geval waarborgt dat:

- a. aan de behandeling van de klacht niet wordt deelgenomen door een persoon tegen wiens beslissing de klacht is gericht;
- b. de klager en de persoon tegen wiens beslissing de klacht is gericht in staat worden gesteld te worden gehoord;
- c. het horen plaatsvindt op een locatie die op eenvoudige wijze bereikbaar is voor betrokkene;
- d. de klager en de persoon tegen wiens beslissing de klacht is gericht zich kunnen doen bijstaan door degenen die zij daarvoor hebben aangewezen;
- e. de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen zoveel mogelijk wordt beschermd.

Een en ander volgt uit artikel 10:4 Wvggz.

De klachtencommissie heeft ingevolge artikel 10:5, eerste lid, Wvggz de bevoegdheid een beslissing waartegen de klacht is gericht te schorsen. Voorts is zij verplicht *binnen veertien dagen* na ontvangst van de klacht een schriftelijke en gemotiveerde beslissing te nemen, tenzij de klacht een beslissing of de nakoming van een verplichting betreft die ten tijde van de indiening van de klacht geen gevolg meer heeft of waaraan in de tijd dat de klacht aanhangig is het gevolg is komen te vervallen; dan bedraagt de beslistermijn *vier weken*, aldus artikel 10:5, tweede en derde lid, Wvggz. Een klacht kan ingevolge artikel 10:5, vierde lid, buiten behandeling worden gelaten indien een gelijke klacht van eenzelfde persoon nog in behandeling is.

De beslissing van de klachtencommissie strekt tot:

- a. onbevoegdverklaring van de klachtencommissie,
- b. niet-ontvankelijkverklaring van de klacht,
- c. ongegrondverklaring van de klacht, of
- d. gegrondverklaring van de klacht.

De klachtencommissie verklaart een klacht niet-ontvankelijk, indien deze betrekking heeft op de inhoud van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging als zodanig.

Indien de klachtencommissie *de klacht tegen een beslissing gegrond verklaart*, vernietigt zij de bestreden beslissing geheel of gedeeltelijk. Gehele of gedeeltelijke vernietiging brengt vernietiging van de rechtsgevolgen van de beslissing of het vernietigde gedeelte van de beslissing mee. Indien de klachtencommissie de klacht gegrond verklaart, dan kan zij een opdracht geven tot het nemen van een nieuwe beslissing of een andere handeling te verrichten met inachtneming van haar beslissing.

De klachtencommissie deelt de beslissing mee aan de indiener van de klacht, betrokkene, de vertegenwoordiger, de advocaat, de geneesheer-directeur, de zorgaanbieder, de zorgverantwoordelijke en de inspectie. De klachtencommissie maakt daarnaast de uitspraken over de aan de klachtencommissie voorgelegde klachten openbaar in zodanige vorm dat deze niet tot personen herleidbaar zijn, behoudens voor zover het de zorgaanbieder betreft. Een en ander volgt uit artikel 10:6 Wvggz.

Ook in de Wvggz is, net als in de Wet Bopz het geval was, bepaald dat beroep bij de rechter mogelijk is, artikel 10:7 Wvggz: Nadat de klachtencommissie een beslissing heeft genomen of indien de klachtencommissie niet tijdig een beslissing heeft genomen, kan de betrokkene, de vertegenwoordiger, de zorgaanbieder of een nabestaande van de betrokkene een schriftelijk en gemotiveerd verzoekschrift indienen bij de rechter ter verkrijging van een beslissing over de klacht. De termijn voor het indienen van een verzoekschrift bedraagt *zes weken* na de dag waarop de beslissing van de klachtencommissie aan de verzoeker is meegedeeld, dan wel zes weken na de dag waarop de klachtencommissie uiterlijk

een beslissing had moeten nemen. Opgemerkt wordt dat beroep dus niet alleen openstaat voor de patiënt, maar ook voor de zorgaanbieder. Bovendien is het beroep niet beperkt tot een ongegrondverklaring of niet tijdige beslissing, zoals onder de Wet Bopz het geval is.

Terzijde merk ik op dat ingevolge artikel 1:1, eerste lid, onder w, Wvvggz onder *zorgaanbieder* wordt verstaan een rechtspersoon die bedrijfsmatig of beroepsmatig zorg als bedoeld in artikel 3:2 Wvvggz verleent, een organisatorisch verband van natuurlijke personen die bedrijfsmatig of beroepsmatig zorg als bedoeld in artikel 3:2 Wvvggz verlenen of doen verlenen, of een natuurlijk persoon die bedrijfsmatig zorg als bedoeld in artikel 3:2 Wvvggz doet verlenen.

Deze definitie is nagenoeg gelijk aan de definitie zoals die in de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg is opgenomen. Een en ander betekent dat de beroepsbeoefenaar in dienst van de instelling of accommodatie die feitelijk de zorg bood of daarvoor verantwoordelijk was, niet in beroep kan, al zal diens relaas uiteraard van groot belang zijn.

Tegen die achtergrond benadruk ik dat ingevolge artikel 1:1, eerste lid, onder i, Wvvggz onder *geneesheer-directeur* wordt verstaan de arts als bedoeld in de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, aangewezen door en in dienst van de zorgaanbieder en verantwoordelijk voor de algemene gang van zaken op het terrein van zorg en de verlening van verplichte zorg. Ingevolge artikel 1:1, eerste lid, onder aa, Wvvggz wordt onder *zorgverantwoordelijke* verstaan degene die een geregistreerd beroep uitoefent als bedoeld in artikel 3 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg en die behoort tot een bij regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aangewezen categorie van deskundigen, verantwoordelijk voor de zorg. Ingevolge artikel 1:1, eerste lid, onder bb, Wvvggz wordt onder *zorgverlener* verstaan een natuurlijke persoon die beroepsmatig zorg verleent.

De rechter beslist vervolgens binnen vier weken na indiening van het verzoekschrift (artikel 10:9, tweede lid, Wvvggz). Ook kan hij de beslissing waartegen de klacht is gericht, schorsen (artikel 10:9, eerste lid, Wvvggz).

De beslissing van de rechter strekt tot:

- a. onbevoegdverklaring van de rechter,
- b. niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek,
- c. ongegrondverklaring van de klacht, of
- d. gegrondverklaring van de klacht.

Indien de rechter de klacht tegen een beslissing gegrond verklaart, vernietigt hij de bestreden beslissing geheel of gedeeltelijk. Gehele of gedeeltelijke vernietiging van de beslissing brengt vernietiging van de rechtsgevolgen van de beslissing of het vernietigde gedeelte van de beslissing mee. Indien de rechter de klacht gegrond verklaart, dan kan hij een opdracht geven tot het nemen van een nieuwe beslissing, het verrichten van een andere handeling met inachtneming van zijn uitspraak, dan wel bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte daarvan. De rechter kan de geneesheer-directeur of de zorgverantwoordelijke een termijn stellen voor het nemen van een nieuwe beslissing of het verrichten van een andere handeling. De rechter kan (zelfs) bepalen dat, indien of zolang niet wordt voldaan aan de beslissing van de rechter, de zorgaanbieder aan betrokkene een in de beslissing vast te stellen dwangsom verbeurt. De artikelen 611a tot en met 611i van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing.

De griffie zendt zo spoedig mogelijk een afschrift van de beslissing aan de klager, betrokkene, de vertegenwoordiger, de advocaat van betrokkene, de klachtencommissie, de geneesheer-directeur, de zorgaanbieder en de inspectie. Een en ander volgt uit artikel 10:10 Wvvggz.

Tegen een beslissing van de rechter staat geen hoger beroep open (artikel 10:9, derde lid, Wvvggz), wel een cassatieberoep.

Nieuw is de in artikel 10:11, eerste lid, Wvvggz verwoorde mogelijkheid om bij de klachtencommissie om *schadevergoeding* door de zorgaanbieder te verzoeken. Dit kan bij hetzelfde verzoekschrift als bedoeld in artikel 10:3 Wvvggz. De klachtencommissie kan ook *ambtshalve* tot schadevergoeding door de zorgaanbieder besluiten.

Hetzelfde verzoek kan worden gedaan ten overstaan van de rechter en ook de rechter kan ambtshalve een besluit daartoe nemen, zo volgt uit artikel 10:11, tweede lid, Wvvggz.

Benadrukt zij hiermee dat de Wvvggz zelf een grondslag voor een schadevergoeding biedt en in die zin aldus geen beroep hoeft te worden gedaan op een andere grondslag, zoals de onrechtmatige daad als bedoeld in het Burgerlijk Wetboek (artikel 6:162 BW). Ik kom daarop nog een aantal keer terug.

In burgerrechtelijke geschillen ligt aan een recht op een schadevergoeding een vordering ten grondslag en een daarop volgend oordeel van een rechter (of buiten rechte een andere organisatie of een vaststellingsovereenkomst). Het recht op een schadevergoeding impliceert de plicht van een ander tot betaling van die schadevergoeding, in dit geval de zorgaanbieder, de instelling.³¹ De instelling is, in burgerrechtelijke termen de 'aansprakelijke partij' (zie voor een uitleg hierna onder 4). Het is dan ook vrij bijzonder dat onder de Wvvggz ook ambtshalve een schadevergoeding ten laste van de zorgaanbieder kan worden toegekend en geeft aan hoe de wetgever tegen een vergoeding aankijkt als het gaat om rechtsbescherming van de zwakkeren.

Voorts merk ik op dat, omdat de klachtencommissies geen bindende beslissingen nemen, de rechter opnieuw over de schadevergoeding kan beslissen. Het is dan ook mogelijk dat bij de rechter een nieuw of zelfs ander verzoek wordt neergelegd. Het is uiteraard ook mogelijk dat de rechter tot een ander oordeel komt dan de klachtencommissie.

Voordat de klachtencommissie of de rechter beslist over het toekennen van schadevergoeding, hoort de klachtencommissie of de rechter de zorgaanbieder, aldus artikel 10:11, derde lid, Wvvggz. Mijns inziens is het overigens passend en wenselijk om (ook) degene te horen die de beklaagde of gewraakte beslissing heeft genomen dan wel daarvoor verantwoordelijk was c.q. de op hem rustende verplichting niet is nagekomen.

Belangrijk is voorts het bepaalde in artikel 10:11, vierde lid, Wvvggz: De bedoelde schadevergoeding wordt *naar billijkheid* vastgesteld.

Een andere grondslag voor schadevergoeding staat in artikel 10:12 Wvvggz. Indien de *wet niet in acht is genomen* bij het nemen van een crisismaatregel, of bij de toepassing van artikel 7:3 (tijdelijke verplichte zorg voorafgaand aan de beslissing tot een crisismaatregel) kan de betrokkene of de vertegenwoordiger door middel van een schriftelijk en gemotiveerd verzoekschrift bij de rechter verzoeken tot schadevergoeding door respectievelijk de gemeente of de organisaties onder wiens verantwoordelijkheid de personen, bedoeld in artikel 7:3, vierde lid, hebben gehandeld. De rechter kent een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding toe. Indien de *wet niet in acht is genomen* door de geneesheer-directeur of de zorgverantwoordelijke, dan kan de betrokkene of de vertegenwoordiger de rechter verzoeken tot schadevergoeding door de zorgaanbieder of de zorgverantwoordelijke. De rechter kent een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding toe. Indien de *wet niet in acht is genomen* door de officier van justitie of de rechter, kan betrokkene of de vertegenwoordiger de rechter verzoeken tot schadevergoeding ten laste van de Staat. De rechter kent een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding toe. De bepalingen vertonen gelijkenis met die van de Wet Bopz op dit punt (artikelen 28 en 35 Wet Bopz, zie onder 5 voor een uitleg).

Nieuw is de mogelijkheid van een vergoeding indien de wet niet in acht is genomen door de geneesheer-directeur of de zorgverantwoordelijke.

³¹ Zie uitvoerig Lindenbergh, GS Schadevergoeding, afd. 10 Boek 6 BW, aant. 1.1 e.v.

In artikel 10:13 Wvvggz is tot slot bepaald dat een ieder die betrokken is bij de uitvoering van hoofdstuk 10 en daarbij de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, en voor wie niet reeds uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift ter zake van die gegevens een geheimhoudingsplicht geldt, verplicht is tot geheimhouding daarvan, behoudens voor zover enig wettelijk voorschrift hem tot bekendmaking verplicht of uit zijn taak bij de uitvoering van dit hoofdstuk de noodzaak tot bekendmaking voortvloeit.

2.8 *Patiëntenvertrouwenspersoon en familievertrouwenspersoon*

Volledigheidshalve wordt benadrukt dat de Wvvggz, net als de Wet Bopz, een wettelijke rol heeft toebedeeld aan de patiëntenvertrouwenspersoon die tot taak heeft advies en bijstand te verlenen aan een persoon voor wie een verzoek voor een zorgmachtiging of een crisismaatregel wordt voorbereid of voor wie een zorgmachtiging is afgegeven of crisismaatregel is genomen. Belangrijk in het kader van dit onderzoek is dat uit artikel 11:1, eerste lid, onder f, Wvvggz volgt dat de patiëntenvertrouwenspersoon (ook) een taak heeft in het kader van de klachtprocedure.

Nieuw ten opzichte van de Wet Bopz is de 'familievertrouwenspersoon'. De familievertrouwenspersoon heeft tot taak om op verzoek van de voor de continuïteit van zorg relevante familie en naasten van een persoon met een psychische stoornis voor wie een verzoek voor een zorgmachtiging wordt voorbereid of aan wie verplichte zorg wordt verleend door een zorgaanbieder, deze: a. te informeren; b. te adviseren; c. te ondersteunen en d. bijstand te verlenen bij een klachtprocedure.

De familievertrouwenspersoon heeft tevens tot taak: a. tekortkomingen in de structuur en de uitvoering van de zorg, voor zover deze afbreuk doen aan de rechten van de betrokkene, te signaleren en aan de inspectie te melden; en b. te bemiddelen tussen: 1°. de familie en naasten, 2°. de zorgaanbieder, de geneesheer-directeur en de zorgverantwoordelijke, en 3°. betrokkene.

Een en ander volgt uit artikel 12:1 Wvvggz.

2.9 *Beschouwing*

De Wvvggz treedt op 1 januari 2020 in werking en vervangt op (en vanaf) dat moment de Wet Bopz.

De Wvvggz ziet op de gedwongen behandeling van mensen met psychische problemen, in de Wvvggz 'verplichte zorg' genoemd. Het uitgangspunt van de Wvvggz is echter 'vrijwillige zorg'. Oftewel, voordat tot verplichte zorg kan worden besloten en worden overgegaan, zullen eerst de mogelijkheden van vrijwillige zorg moeten worden onderzocht én benut. Een ander uitgangspunt is dat verplichte zorg niet alleen mogelijk is binnen de muren van een instelling voor geestelijke gezondheidszorg; een patiënt kan ook thuis verplichte zorg kan ontvangen, bijvoorbeeld in de vorm van verplichte medicatie. Gedwongen opname in een instelling is dus een vergaande maatregel die minder vanzelfsprekend zal zijn dan onder het regime van de Wet Bopz het geval was (opname in een ziekenhuis is onder de Wet Bopz de enige vorm van gedwongen zorg).

Centraal staat de grondnorm dat verplichte zorg slechts aan de orde is als er een causaal verband is tussen een psychische stoornis en een aanzienlijk risico op ernstig nadeel voor de betrokkene zelf of een ander (artikel 3:3 Wvvggz). Belangrijk is voorts dat per toepassing van verplichte zorg moet worden bezien of de patiënt in kwestie wilsonbekwaam is, dan wel wilsbekwaam in welk geval het honoreren van het verzet alleen dan niet aan de orde is als er een acuut levensgevaar voor de patiënt dreigt (artikel 2:1, zesde lid, Wvvggz). Centraal staan ook de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit, doelmatigheid en veiligheid (artikel 2:1, derde lid, Wvvggz). In alle stadia en bij iedere beslissing op grond van deze wet zal 'nee, tenzij' het uitgangspunt moeten zijn (ultimum remedium criterium).

Een en ander doet recht aan het zelfbeschikkingsrecht (waaronder ook de lichamelijke integriteit wordt begrepen) van de patiënt dat als een fundamenteel (persoonlijkheids)recht wordt gezien; verplichte zorg maakt immers inbreuk op dat zelfbeschikkingsrecht. Verplichte zorg is daarom alleen gerechtvaardigd als daarvoor een gegronde en dringende reden is en aan alle mogelijke zorgvuldigheidseisen is voldaan. Dat geldt ook voor de uitvoering van verplichte zorg.

Hierbij past een klachtenprocedure die op een laagdrempelige en snelle manier voorziet in een behandeling van klachten gemoeid met de uitvoering van verplichte zorg waaraan de inbreuk van het zelfbeschikkingsrecht inherent is maar waarbij ook een schending van dat recht kan ontstaan.³² Op die klachtenprocedure wordt hierna ingegaan. Ik merk echter nu reeds op dat de mogelijkheid van een billijke schadevergoeding aan een patiënt tegen de achtergrond van het beschreven doel en de beschreven uitgangspunten van de Wvggz bij een schending van diens (fundamentele) rechten niet te licht mag worden opgevat en tegelijkertijd moet passen bij de laagdrempeligheid en snelheid waarmee door een klachtencommissie moet kunnen worden beslist.

³² Een niet gelegitimeerde inbreuk op een recht brengt een schending van dat recht met zich. Vergelijk artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM): Uit de tekst van artikel 8 EVRM volgt een toetsingskader ter beoordeling van gegrondheid van een klacht op grond van artikel 8 EVRM. Een inbreuk brengt nog geen schending met zich. Van een schending wordt gesproken wanneer de inbreuk niet legitiem en/of niet noodzakelijk is.

3. Juridisch kader klachtenprocedure ten overstaan van een klachtencommissie Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg

3.1 Inleidende opmerkingen

Dit onderdeel van het onderzoek betreft een uiteenzetting van het juridisch kader van en de toelichting op de klachtenprocedure als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz). Het doel ervan is te bezien of de wettekst zelf en de wetsgeschiedenis handvatten geven voor de beantwoording van de onderzoeksvraag.

In dat verband wordt ingegaan op de Wvggz als grondslag voor een schadevergoeding (3.2). Daarna volgt een beschrijving van de toelichting bij het Voorstel van Wet (3.3), gevolgd door een beschrijving van de toelichting bij de Tweede Nota van wijziging (3.4). Ook wordt de integrale artikelsgewijze toelichting bij de klachtenprocedure bekeken (3.5). Ik vermeld daarbij dat alleen die kernelementen worden beschreven die relevant zijn in het kader van de onderzoeksvraag. Ik sluit af met een beschouwing en waar mogelijk met een conclusie (3.6).

3.2 De Wvggz als grondslag voor een schadevergoeding

De Wvggz bepaalt dat de zorgaanbieder moet zijn aangesloten bij een, door één of meer representatief te achten cliëntenorganisaties en één of meer representatief te achten organisaties van zorgaanbieders ingestelde, *klachtencommissie*. De onafhankelijke, regionale, klachtencommissie beslist op klachten als bedoeld in artikel 10:3 Wvggz. Ingevolge artikel 10:3 Wvggz kan *betrokkene, de vertegenwoordiger of een nabestaande van betrokkene* een *schriftelijke en gemotiveerde klacht* indienen bij de klachtencommissie over de *nakoming* van een *verplichting* of [RW: over] een *beslissing* op grond van artikel.³³

a. 1:5; b. 4:1, tweede lid; c. 7:3, met uitzondering van klachten betreffende de ambtenaar van politie; d. 8:4; e. 8:7; f. 8:9; g. 8:11; h. 8:12; i. 8:13; j. 8:14; k. 8:15; l. 8:16, eerste, tweede en derde lid; m. 8:17; n. 8:18, achtste en twaalfde lid; o. 8:20; p. 8:21; q. 8:34, met uitzondering van klachten betreffende de officier van justitie, de rechter, de psychiater, bedoeld in artikel 5:7, de burgemeester en het college van burgemeester en wethouders; r. 9:3; s. 9:4; t. 9:5; u. 9:6; v. 9:7; w. 9:8; x. 9:9.

Ter verduidelijking van de verplichtingen of beslissingen waarover een klacht kan worden ingediend, volgt hieronder een schematische weergave van de in artikel 10:3 Wvggz genoemde artikelen met daarin kort vermeld wat het desbetreffende artikel regelt. Tevens wordt aangegeven wie de Wvggz als de ter zake verantwoordelijke heeft aangewezen.

Met het oranje gearceerde deel wordt bedoeld de toepassing van de algemene uitgangspunten van artikel 2:1 Wvggz bij de uitvoering, de wijziging en de beëindiging van verplichte zorg te benadrukken evenals de toepassing van de criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in de artikelen 3:3 en 3:4 Wvggz. Wat ambulante zorg betreft is voorts het bepaalde in artikel 2.2 van het Besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg van belang, dat tot uitdrukking komt in artikel 8:9 Wvggz. Ook over die inhoudelijke gronden kan worden geklaagd.

³³ Zie daarbij artikel 1:3, achtste lid, Wvggz: De meerderjarige betrokkene die onder curatele is gesteld of ten behoeve van wie een mentorschap is ingesteld, alsmede de minderjarige betrokkene zijn bekwaam om op grond van deze wet in rechte op te treden.

1:5	beslissing zorgverantwoordelijke dat betrokkene niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen en beslissing welke zaken dat betreft (wilsonbekwaamverklaring)
4:1, 2de lid	verplichting zorgverantwoordelijke tot het opstellen van een zelfbindingsverklaring en de inhoud ervan
7:3*	beslissing (omschreven als bevoegdheid) ambulancedienst, zorgaanbieder, geneesheer-directeur en zorgverantwoordelijke tot tijdelijke verplichte zorg voorafgaand aan een crisismaatregel en vrijheidsbeneming en overbrengen naar geschikte locatie in dat verband
8:4	verplichting zorgverantwoordelijke tot aantekening in het dossier van met name genoemde onderwerpen en verstrekking aan derden en verplichting tot het bewaren van het dossier
8:7	verplichting zorgaanbieder om de in de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging genoemde zorg te verlenen (lid 1) verplichting zorgaanbieder om in beginsel alleen de vormen van verplichte zorg te verlenen die zijn opgenomen in de zorgmachtiging of de crisismaatregel (lid 2 en 3)
8:9	verplichting zorgverantwoordelijke tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden bij de beslissing tot het verlenen van verplichte zorg ter uitvoering van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging
8:11	beslissing zorgverantwoordelijke tot tijdelijke verplichte zorg in noodsituaties ondanks verzet
8:12	duur tijdelijk verplichte zorg, maximaal drie dagen, tenzij verlengd en verplichting zorgverantwoordelijke tot mededeling aan de geneesheer-directeur
8:13	verplichting zorgverantwoordelijke tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden bij de beslissing tot (verlengde) tijdelijke verplichte zorg
8:14	beslissing zorgverantwoordelijke tot toepassing veiligheidsonderzoek en verplichtingen zorgverantwoordelijke en geneesheer-directeur in dat verband
8:15	verplichting zorgaanbieder tot het opstellen van huisregels, terhandstelling en verplichting zorgverantwoordelijke tot mondelinge toelichting
8:16, 1ste, 2de en 3de lid	beslissing geneesheer-directeur overplaatsing betrokkene in het kader van verplichte zorg en verplichting tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden in dat verband
8:17	beslissing geneesheer-directeur tijdelijke onderbreking verplichte zorg en verplichting tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden in dat verband
8:18, 8ste en 12de lid	beslissing geneesheer-directeur om aan de beslissing tot beëindiging van de verplichte zorg voorwaarden of beperkingen te verbinden en beslissing geneesheer-directeur tot intrekking van de beslissing tot beëindiging bij niet naleven van de door de geneesheer-directeur of de rechter opgelegde voorwaarden
8:20	verplichting geneesheer-directeur tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden inzake opleggen voorwaarden en beperkingen bij tijdelijke onderbreking of beëindiging van de verplichte zorg
8:21	verplichting zorgverantwoordelijke tot evaluatie uitvoering van de crisismaatregel of de zorgmachtiging, bij voornemen beëindiging verplichte zorg
8:34**	verplichting zorgaanbieder, de geneesheer-directeur, de zorgverantwoordelijke en hun medewerkers tot geheimhouding
9:3	verplichting geneesheer-directeur bij personen met een strafrechtelijke titel tot aanwijzen zorgverantwoordelijke en informeren genoemde personen
9:4	verplichting zorgverantwoordelijke bij personen met een strafrechtelijke titel tot opstellen zorgplan
9:5	verplichting tot in acht nemen aantal randvoorwaarden behandeling van personen met een strafrechtelijke titel
9:6	beslissing zorgverantwoordelijke toepassen 'dwangbehandeling' bij personen met een strafrechtelijke titel, beslissing tot voorzetting geneesheer-directeur en verplichting tot in acht nemen aantal randvoorwaarden in dat verband
9:7	verplichting tot in acht nemen aantal randvoorwaarden omtrent zorg bij zelfbindingsverklaring bij personen met een strafrechtelijke titel
9:8	beslissing zorgverantwoordelijke toepassen middelen en maatregelen bij personen met een strafrechtelijke titel
9:9	beslissing zorgverantwoordelijke tot het opleggen van beperkingen aan personen met een strafrechtelijke titel

* (m.u.v. het optreden van politie); ** (m.u.v. klachten betreffende de officier van justitie, de rechter, de psychiater, de burgemeester en het college van burgemeester en wethouders)

De meeste van deze bepalingen zien op de uitvoering van verplichte zorg.³⁴ Zij houden in dat de aldaar geformuleerde verplichtingen en zorgvuldigheidseisen bij de uitvoering in acht moeten worden genomen. Voorts zijn de uitgangspunten, criteria en doelen van hoofdstuk 2 respectievelijk hoofdstuk 3 Wvvgz van toepassing die ook te kwalificeren zijn als plichten of zorgvuldigheidseisen die bij de uitvoering van verplichte zorg in acht moeten worden genomen. Steeds is het doel van zo een plicht of eis de beslissingen aangaande (door een zorgmachtiging of crisismaatregel of wettelijke bepaling – denk aan de artikelen 7:3 en 8:11 jo artikel 8:12 Wvvgz – gelegitimeerde) verplichte zorg zo zorgvuldig mogelijk te laten verlopen.

Bij hetzelfde verzoekschrift als bedoeld in artikel 10:3 Wvvgz kan bij de klachtencommissie een verzoek om schadevergoeding door de zorgaanbieder worden ingediend. De klachtencommissie kan ook ambtshalve tot schadevergoeding door de zorgaanbieder besluiten. Voordat de klachtencommissie beslist over het toekennen van schadevergoeding, hoort de klachtencommissie de zorgaanbieder. *De bedoelde schadevergoeding wordt naar billijkheid vastgesteld.* Wat hiermee wordt bedoeld is in de wettekst niet nader omschreven.

Wat ik wel nog van belang acht en wens te benadrukken voor zover dat niet reeds duidelijk was, is dat de Wvvgz zelf de grondslag voor een schadevergoeding biedt en dat de Wvvgz ook aanwijst op wie de plicht tot betalen rust: op de zorgaanbieder. Een en ander betekent dat een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek van de zorgaanbieder als zodanig niet als grondslag hoeft te worden gebruikt. Een vergelijking met het recht omtrent deze grondslag kan naar mijn mening niettemin zinvol zijn bij het kwalificeren van de klachtgronden en de gevolgen daarvan in bewijsrechtelijke zin, wat onderdeel is van de onderzoeksvraag. Voorts merk ik op dat het feit dat de Wvvgz de grondslag voor een schadevergoeding biedt niet met zich brengt dat het schadevergoedingsrecht vervat in het Burgerlijk Wetboek geen betekenis heeft.

Ter verduidelijking benadruk ik dat in situaties van verplichte zorg geen geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand zal komen als bedoeld in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW. Daarvoor is immers aanbod en aanvaarding nodig en wilsovereenstemming, waaraan het in gevallen van verplichte zorg zal ontbreken. Dat betekent dat in *civielrechtelijke termen* – dat wil zeggen zo ervan wordt uitgegaan dat er een op het Burgerlijk Wetboek gebaseerde grondslag voor een schadevergoeding zou zijn – louter de onrechtmatige daad als grondslag kan worden gebruikt (en niet ook de tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit overeenkomst). Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, zo volgt uit artikel 6:162, tweede lid, BW.

Op de bewijsaspecten en het schadevergoedingsrecht kom ik terug (zie in eerste instantie onder 4), maar wat de kwalificatie van de klachtgronden betreft, stel ik hier indachtig artikel 10:3 Wvvgz vast dat in juridische termen van ‘onrechtmatigheid’ betoogd kan worden dat het niet naleven van de in dat artikel genoemde bepalingen onrechtmatig is, omdat gehandeld is in strijd met een wettelijke plicht of zorgvuldigheidsnorm. Voorts kan in een aantal situaties betoogd worden dat de verweten normovertredende gedraging primair een rechtsinbreuk oplevert,³⁵ waarmee ik – in juridische termen van ‘onrechtmatigheid’ – bedoel dat de inbreuk op de lichamelijke integriteit van de patiënt (het zelfbeschikkingsrecht) op zichzelf als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd (behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond). Een rechtsinbreuk kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als er feitelijk verplichte zorg wordt toegepast die langer duurt dan de grondslag (crisismaatregel,

³⁴ Zie ook Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 100-101 (MvT).

³⁵ Zie over rechtsinbreuken nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/46-48; 52-54. Zie ook Jansen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 4.1.4 en 4.1.5.

machting tot voortzetting, zorgmachting of wet (artikelen 7:3 Wvvgz en 8:11 jo artikel 8:12 Wvvgz)) toeliet, als er feitelijk verplichte zorg wordt toegepast die geen noodzaak kent (artikel 7:3 Wvvgz) of verplichte zorg werd toegepast die niet genoemd is in de crisismaatregel, de voortzetting daarvan of de zorgmachting (artikel 8:7 Wvvgz). Een rechtsinbreuk kan ook aan de orde zijn als niet is voldaan aan de materiële eisen als bedoeld in de artikelen 2:1, 3:3 en 3:4 Wvvgz, voor zover zij rechtstreeks de rechtvaardiging van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht treffen en het ultimum remedium criterium. De onrechtmatigheid is bij een rechtsinbreuk gegeven en in zijn algemeenheid is een nader onderzoek naar een eventuele overtreding van wettelijke of ongeschreven normen niet nodig.³⁶ Hier doet niet aan af dat de inbreuk op een subjectief recht (zoals de inbreuk op de lichamelijke integriteit) vaak tegelijkertijd als wetsschending of schending van een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm kan worden gekwalificeerd (zoals hier ook het geval is). Enige nuancering is hier niettemin op haar plaats: in de meeste situaties kan de inbreuk eigenlijk niet goed worden vastgesteld zonder dat wordt gesteld dat wettelijke normen zijn geschonden.

3.3 *Toelichting klachtenprocedure en schadevergoeding bij het Voorstel van Wet*

Het Voorstel van Wet dat tot de Wvvgz heeft geleid, werd op 4 juni 2010 bij de Tweede Kamer ingediend.³⁷ Daaraan voorafgaand werd op 19 november 2008 een ontwerp van het wetsvoorstel in consultatie naar een groot aantal veldpartijen gestuurd.

In het Voorstel van Wet was reeds een hoofdstuk 10 opgenomen dat over de klachtprocedure ging. De titel was nagenoeg gelijklopend 'Klachtprocedure en schadevergoeding'.³⁸ De inhoud was op hoofdpunten eveneens gelijklopend maar bestond uit minder artikelen: de artikelen 10:1 tot en met 10:9.

De punten waarover zou kunnen worden geklaagd waren vervat in artikel 10:3, net als in de uiteindelijke versie, maar waren niet gelijklopend.

Artikel 10:3 luidde:

1. Betrokkene, zijn vertegenwoordiger, zijn advocaat, de patiëntcontactpersoon, de patiëntenvertrouwenspersoon of een andere belanghebbende kan een schriftelijke en gemotiveerde klacht indienen bij de klachtencommissie over de nakoming van een verplichting of een beslissing op grond van de artikelen 7:4, 8:5, 8:7 tot en met 8:12 en 8:18 tot en met 8:21.
2. De klachtencommissie kan een beslissing waartegen de klacht is gericht, schorsen.
3. Betrokkene of zijn vertegenwoordiger kan een patiëntenvertrouwenspersoon verzoeken om advies en bijstand.
4. De klachtencommissie neemt een schriftelijke en gemotiveerde beslissing binnen 14 dagen na ontvangst van de klacht.
5. Indien de klacht is gericht tegen een beslissing die ten tijde van de indiening geen gevolg meer heeft of waaraan in de tijd dat de klacht bij de commissie aanhangig is het gevolg is komen te vervallen, neemt de klachtencommissie een schriftelijke en gemotiveerde beslissing binnen vier weken na ontvangst van de klacht.
6. De klachtencommissie deelt de beslissing mee aan betrokkene, de vertegenwoordiger, de geneesheer-directeur, de zorgaanbieder, de zorgverantwoordelijke, de inspectie en de commissie.

Ook het Voorstel van Wet kende de mogelijkheid van een schadevergoeding door een zorgaanbieder. De mogelijkheid was vervat in het toenmalige artikel 10:4, zesde lid. Gelijk is de keuze voor een vergoeding naar billijkheid.

³⁶ Zie over rechtsinbreuken nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/46-48; 52-54. Zie ook Jansen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 4.1.4 en 4.1.5.

³⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 2 (Voorstel van Wet).

³⁸ Klachtprocedure in plaats van klachtenprocedure.

Artikel 10:4 luidde:

1. De beslissing van de klachtencommissie strekt tot: a. onbevoegdverklaring van de klachtencommissie, b. niet-ontvankelijkverklaring van de klacht, c. ongegrondverklaring van de klacht, of d. gegrondverklaring van de klacht.
2. De klachtencommissie verklaart een klacht niet-ontvankelijk, indien deze betrekking heeft op de inhoud van de zorgmachtiging of crisismaatregel als zodanig.
3. Indien de klachtencommissie de klacht tegen een beslissing gegrond verklaart, vernietigt zij de bestreden beslissing geheel of gedeeltelijk. Gehele of gedeeltelijke vernietiging brengt vernietiging van de rechtsgevolgen van de beslissing of het vernietigde gedeelte van de beslissing mee.
4. Indien de klachtencommissie de klacht gegrond verklaart, kan zij een opdracht geven tot het nemen van een nieuwe beslissing of een andere handeling te verrichten met inachtneming van haar beslissing.
5. De klachtencommissie kan een termijn stellen voor het nemen van een nieuwe beslissing of het verrichten van een andere handeling.
6. De klachtencommissie is bevoegd een naar billijkheid vast te stellen vergoeding van geleden schade toe te kennen.

In artikel 10:7 was voorts verwoord dat bij een verzoek als bedoeld in artikel 10:3, eerste lid, zou kunnen worden verzocht om een vergoeding van geleden schade.

In de toelichting op de klachtenprocedure is – voor zover van belang – het volgende bepaald:

“Schadevergoeding

Naast de reeds genoemde rechtsmiddelen voorziet het wetsvoorstel ook in de mogelijkheid van een verzoek om schadevergoeding. Er kan om vergoeding van geleden schade worden verzocht in een klachtprocedure over de toepassing van de verplichte zorg (artikel 10:7) en bij beroep tegen de beslissing van de klachtencommissie (artikel 10:8). Tevens kan schadevergoeding worden gevraagd bij de rechter indien de wet niet in acht is genomen bij een crisismaatregel of zorg voorafgaand aan een crisismaatregel en indien de commissie of de rechter de wet niet in acht heeft genomen (artikel 10:9).³⁹ (...)

[onderstreping RW]

13. Klachtprocedure

De klachtprocedure biedt de waarborg dat in alle onafhankelijkheid wordt getoetst of de toepassing van de verplichte zorg binnen de grenzen van de zorgmachtiging of de crisismaatregel is gebleven. De klachtregeling is bedoeld als een toegankelijke voorziening, waarbij zo min mogelijk drempels worden opgeworpen voor betrokkene om zijn klachten door een onafhankelijke klachtencommissie te laten beoordelen. In grote lijnen wordt hiermee de klachtprocedure van de Wet bopz voortgezet, zij het dat de onafhankelijkheid van de klachtencommissie beter wordt gewaarborgd. In tegenstelling tot de Wet bopz zal de klachtencommissie niet langer aan de instelling worden verbonden.

De zorgaanbieder dient ten behoeve van de afhandeling van klachten over de uitvoering van de verplichte zorg, aangesloten te zijn bij een onafhankelijke klachtencommissie. De klachtencommissie moet voldoen aan een aantal eisen die een onafhankelijke, zorgvuldige en deskundige afhandeling van klachten waarborgt. Deze onafhankelijke klachtencommissie is al aangekondigd in het programma «Zeven rechten voor de cliënt in de zorg: Investeren in de zorgrelatie», dat op 23 mei 2008 naar de Kamer is gezonden. Niet alleen komt een volledig onpartijdige klachtbehandeling de rechtspositie van betrokkene ten goede, ook heeft de klachtencommissie een signalerende rol voor het toezicht door de IGZ.

De voorgestelde klachtprocedure is zo ingericht dat niet alleen de klager maar ook de aangeklaagde bij de rechter in beroep kan tegen een uitspraak van de onafhankelijke klachtencommissie.⁴⁰ (...)

[onderstreping RW]

³⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 28 (MvT).

⁴⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 28 (MvT).

HOOFDSTUK 10 Klachtprocedure

(...)

De klachtprocedure biedt de waarborg dat in alle onafhankelijkheid wordt getoetst of de toepassing van de verplichte zorg binnen de grenzen van de zorgmachtiging of de crisismaatregel is gebleven. De klachtregeling is bedoeld als een toegankelijke voorziening, waarbij zo min mogelijk drempels worden opgeworpen voor betrokkene om zijn klachten door een onafhankelijke commissie te laten beoordelen. In grote lijnen wordt hiermee de klachtprocedure van de Wet bopz voortgezet, zij het dat de onafhankelijkheid van de klachtencommissie beter wordt gewaarborgd. In tegenstelling tot de Wet bopz zal de klachtencommissie niet langer aan de instelling worden verbonden.⁴¹

De klachtprocedure van hoofdstuk 10 moet worden onderscheiden van de algemene klachtregeling van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector. Deze wettelijke regeling biedt een cliënt de mogelijkheid om bij een aan de instelling verbonden klachtencommissie een klacht in te dienen over een gedraging van de zorgaanbieder of van voor hem werkzame personen. De regeling van hoofdstuk 10 doet geen afbreuk aan de mogelijkheid om op grond van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector een klacht in te dienen. De klachtregeling van hoofdstuk 10 beoogt echter betrokkene meer bescherming te bieden dan de algemene regeling in de Wet klachtrecht cliënten zorgsector. Zo biedt de klachtprocedure van hoofdstuk 10 in tegenstelling tot de Wet klachtrecht cliënten zorgsector wel de mogelijkheid om tegen de beslissing van de klachtencommissie bij de rechtbank in beroep te gaan.⁴²

De zorgaanbieder dient ten behoeve van de afhandeling van klachten over de uitvoering van de verplichte zorg, aangesloten te zijn bij een onafhankelijke klachtencommissie. De klachtencommissie moet voldoen aan een aantal eisen die een onafhankelijke, zorgvuldige en deskundige afhandeling van klachten waarborgt. De onafhankelijkheid van de klachtencommissie wordt bijvoorbeeld gewaarborgd doordat de leden van de klachtencommissie niet werkzaam mogen zijn bij of voor de zorgaanbieder en geen relatie mogen hebben tot de klager, betrokkene of zijn vertegenwoordiger. Daarnaast moet de klachtencommissie zodanig van samenstelling zijn dat deskundigheid te allen tijde is gewaarborgd. Ook moet de commissie relatief eenvoudig bereikbaar zijn voor betrokkene.⁴³

De verplichting voor de zorgaanbieder om aangesloten te zijn bij een klachtencommissie, ontnemt de cliënt natuurlijk niet de mogelijkheid om zijn klacht, indien hij dit wenst, neer te leggen bij de door de instelling zelf op basis van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (WKCZ) ingestelde commissie. Deze commissie gaat over de behandeling van klachten over een gedraging van de zorgaanbieder of van voor de zorgaanbieder werkzame personen jegens een cliënt. De cliënt heeft met andere woorden de keuze of hij zijn klacht wil neerleggen bij de onafhankelijke klachtencommissie, waarbij de zorgaanbieder aangesloten dient te zijn op grond van de onderhavige wet, of bij de door de zorgaanbieder zelf ingestelde klachtencommissie op basis van de WKCZ. Na een beslissing van de klachtencommissie die inhoudt dat de klacht ongegrond is, kan de cliënt de klacht kan voorleggen aan de rechter.⁴⁴ (...)

[onderstreping RW]

Artikel 10:3

(...)

De gronden waarop een klacht moet rusten zijn limitatief opgesomd. Een klacht kan betrekking hebben op de uitvoering van de zorgmachtiging of de crisismaatregel (artikelen 8:5, 8:7 en 7:4), de beslissingen op een verzoek om overplaatsing (artikel 8:18), een verzoek voor tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg (artikel 8:19), een verzoek tot beëindiging van de verplichte zorg (artikel 8:20) en de periodieke evaluatie van de verplichte zorg (artikel 8:21), de inschakeling van derden bij de uitvoering van de verplichte zorg (artikel 8:8), de tijdelijke verplichte zorg in crisissituaties (artikelen 8:9 tot en met 8:11) en het ontnemen van gevaarlijke voorwerpen (artikel 8:12).⁴⁵

⁴¹ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 98-99 (MvT).

⁴² Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 99 (MvT).

⁴³ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 99 (MvT).

⁴⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 99 (MvT).

⁴⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 100 (MvT).

Betrokkene zal de klacht niet alleen kunnen indienen om een oordeel te krijgen over een beslissing die de zorgverantwoordelijke of de geneesheer-directeur heeft genomen, maar ook om de gevolgen van die beslissing ongedaan te maken. Het kan zijn dat de beslissing waarover wordt geklaagd, niet langer van kracht is. Het kan echter ook zijn dat de beslissing nog steeds gelding heeft. Het tweede lid voorziet daarom in de mogelijkheid dat de klachtencommissie de beslissing waartegen de klacht zich richt, kan schorsen. Wij gaan er vanuit dat spaarzaam gebruik wordt gemaakt van deze bevoegdheid. Een schorsing betekent immers een onderbreking van de behandeling. Uit oogpunt van continuïteit van zorg moet niet lichtvaardig worden besloten tot een schorsingsbeslissing.⁴⁶

Voor betrokkene kan het gelet op zijn geestelijke gezondheid een zware opgave zijn om zijn klacht te formuleren en de procedure te volgen. Daarom is voor de patiëntenvertrouwenspersoon een belangrijke rol weggelegd bij de ondersteuning van betrokkene bij het opstellen van de klacht en gedurende de klachtprocedure. Het derde lid bepaalt dat betrokkene een patiëntenvertrouwenspersoon kan verzoeken om advies en bijstand. Hiermee wordt de huidige praktijk onder de Wet bopz voortgezet. Het blijkt dat de inbreng van de patiëntenvertrouwenspersoon van grote waarde is bij de klachtprocedure en ook vaak leidt tot een dusdanig bevredigende uitkomst dat afgezien wordt van een klachtprocedure.⁴⁷ (...) [onderstreping RW]

Artikel 10:4

De beslissingen die de klachtencommissie kan nemen zijn limitatief opgesomd in het eerste lid. Indien de klachtencommissie de klacht gegrond verklaart, kan de beslissing waartegen de klacht zich richt geheel of gedeeltelijk worden vernietigd. Door deze vernietiging van de beslissing, verliest het vernietigde gedeelte ook zijn rechtsgevolgen (derde lid). Niet in alle gevallen zal het voldoende zijn om alleen de beslissing te vernietigen om recht te doen aan de klacht van betrokkene. De klachtencommissie beschikt over de bevoegdheid om de geneesheer-directeur of de zorgverantwoordelijke die de bestreden beslissing heeft genomen, een opdracht te geven om een nieuwe beslissing te laten nemen of een andere handeling te verrichten (vierde lid). De klachtencommissie kan hierbij een termijn stellen (vijfde lid).⁴⁸

Zoals in de algemene toelichting op hoofdstuk 10 al is verwoord, is het niet de bedoeling dat de klachtprocedure wordt gebruikt om de inhoud van de zorgmachtiging te toetsen. Naar aanleiding van het advies van de NVvR [RW: Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak] is het tweede lid toegevoegd dat nadrukkelijk bepaalt dat de klachtencommissie zich niet-ontvankelijk verklaart als de klacht zich richt tegen de inhoud van de zorgmachtiging of de crisismaatregel als zodanig.⁴⁹

Het advies van de RvdR [RW: Raad voor de Rechtspraak] heeft geleid tot een herziening van de bepalingen met betrekking tot een vergoeding van schade voor een onjuiste toepassing van de verplichte zorg. Wij delen het uitgangspunt van de RvdR dat betrokkene een laagdrempelige mogelijkheid moet hebben om vergoeding van geleden schade te kunnen vorderen. Daartoe zijn niet alleen de artikelen 10:7 tot en met 10:9 herzien, maar is tevens een zesde lid aan artikel 10:4 toegevoegd. Het zesde lid bepaalt dat de klachtencommissie bevoegd is om een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding kan toekennen.⁵⁰ (...). [onderstreping RW]

Ik merk (tot slot) op dat uit het advies van de Raad voor de Rechtspraak niet volgt wat onder een vergoeding naar billijkheid moet worden verstaan.⁵¹

⁴⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 100-101 (MvT).

⁴⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 101 (MvT).

⁴⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 101 (MvT).

⁴⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 101 (MvT).

⁵⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 101 (MvT).

⁵¹ Advies Raad voor de Rechtspraak 16 april 2009.

3.4 Toelichting klachtenprocedure en schadevergoeding bij de Tweede Nota van wijziging

Bij de Tweede Nota van wijziging werd hoofdstuk 10 herzien.⁵² Een wijziging trof artikel 10:3. De tekst werd nagenoeg gelijkkluidend aan die van de uiteindelijke versie van de Wvvgz. Bij de Vierde Nota van wijziging werd de tekst andermaal aangepast.⁵³

Artikel 10:3 kwam bij de Tweede Nota van wijziging als volgt te luiden:

“Betrokkene, de vertegenwoordiger of een nabestaande van betrokkene kan een schriftelijke en gemotiveerde klacht indienen bij de klachtencommissie over de nakoming van een verplichting of een beslissing op grond van artikel:

a. 1:5; b. 4:1, tweede lid; c. 7:3, met uitzondering van klachten betreffende de ambtenaar van politie; d. 8:4; e. 8:7; f. 8:9; g. 8:11; h. 8:12; i. 8:13; j. 8:14; k. 8:16, eerste, tweede en derde lid; l. 8:17; m. 8:18, tiende en veertiende lid; n. 8:20; o. 8:21; p. 8:34, met uitzondering van klachten betreffende de officier van justitie, de rechter, de psychiater, bedoeld in artikel 5:7, de burgemeester en het college van burgemeester en wethouders; q. 9:3; r. 9:4; s. 9:6; t. 9:8; u. 9:9”.

In artikel 10:4 was niet langer de optie van een schadevergoeding opgenomen. Die mogelijkheid werd wel opgenomen in een ten opzichte van het Voorstel van Wet nieuw artikel, artikel 10:11 Wvvgz.

Artikel 10:11 luidde als volgt:

“1. Bij een verzoek als bedoeld in artikel 10:3 kan verzoeker bij de klachtencommissie tevens om schadevergoeding door de zorgaanbieder verzoeken. De klachtencommissie kan ook ambtshalve tot schadevergoeding door de zorgaanbieder besluiten.

2. Bij een verzoek als bedoeld in artikel 10:7, eerste lid, kan verzoeker bij de rechter tevens om schadevergoeding door de zorgaanbieder verzoeken. De rechter kan op dit verzoek afzonderlijk beslissen en kan ook ambtshalve tot schadevergoeding door de zorgaanbieder besluiten.

3. Voordat de klachtencommissie of de rechter beslist over het toekennen van schadevergoeding, hoort de klachtencommissie of de rechter de zorgaanbieder.

4. De schadevergoeding, bedoeld in het eerste en tweede lid, wordt naar billijkheid vastgesteld.”

In de toelichting op de Tweede Nota van wijziging staat – voor zover van belang – het volgende:

“(…)

2. Adequate rechtsbescherming en procedures die passen bij de doelgroep

“(…)

Rechtsbescherming onder de Wvvgz en de Wzd

Vanuit het oogpunt van overzichtelijkheid, toegankelijkheid en de consistentie van wetgeving beveelt ZonMw aan om één wettelijk regime te hanteren voor zowel de geestelijke gezondheidszorg (GGZ) als voor cliënten met een verstandelijke beperking of een psychogeriatrische aandoening (zgn. VG/PG-doelgroep), of de Wvvgz en de Wzd beter op elkaar af te stemmen. De regering heeft gekozen voor een betere afstemming tussen beide wetsvoorstellen. De kernbegrippen zijn zoveel mogelijk geharmoniseerd en de klachtenprocedure, het daarop aansluitende beroep bij de rechter en het indienen van een verzoek tot schadevergoeding zijn nauwkeurig op elkaar afgestemd. Hierdoor hebben cliënten onder de Wzd en betrokkenen onder de Wvvgz een gelijkwaardige toegang tot een laagdrempelige en onafhankelijke klachtbehandeling. Ook is de aansluiting verbeterd voor grensverkeer tussen de Wzd en de Wvvgz voor die mensen die tijdelijk worden overgeplaatst van een Wzd-accommodatie naar een GGZ-instelling of omgekeerd.⁵⁴

“(…)

⁵² Kamerstukken II 2015/16, 32399, nr. 25 (Tweede Nota van wijziging).

⁵³ Kamerstukken II 2016/17, 32399, nr. 39 (Vierde Nota van wijziging).

⁵⁴ Kamerstukken II 2015/16, 32399, nr. 25, p. 90 (Tweede Nota van wijziging).

HOOFDSTUK 10

De eerder voorgestelde regeling in hoofdstuk 10 inzake de klachtenprocedure en schadevergoeding is herzien naar aanleiding van een harmonisatie ter zake met de regeling in de Wzd.

Tevens is het hoofdstuk bezien in relatie tot de Wkkgz. De klachtenregeling in hoofdstuk is in verhouding tot laatstgenoemde wet de bijzondere regeling. Bij klachten die de uitvoering van de verplichte zorg betreffen is de klachtenregeling van hoofdstuk 10 de meest aangewezen weg. Deze biedt aan de klager ook de meeste voordelen op het punt van snelheid van beslissen en de mogelijkheid van direct beroep bij de rechter. Dat laat verder onverlet de mogelijkheid om de klachtencommissie, bedoeld in hoofdstuk 10, en de geschilleninstantie, bedoeld in de Wkkgz, te integreren.⁵⁵

(...)

[onderstreping RW]

Artikel 10:3

Dit artikel bevat de opsomming van klachtwaardige artikelen zoals eerder opgenomen in het eerste lid van artikel 10:3. De opsomming is aangepast vanwege de verandering die in deze nota van wijziging in de hoofdstukken 5, 7, 8 en 9 worden voorgesteld. Wat betreft artikel 7:3 is verder bepaald dat de klachtprocedure niet van toepassing is op de ambtenaar van politie omdat de politie een eigen klachtenregeling heeft. Er is tevens een wijziging doorgevoerd wat betreft degenen die een klacht kunnen indienen. De omschrijving «een andere belanghebbende» is vervangen door een nabestaande van betrokkene. De eerder opgenomen omschrijving bleek bij nader inzien te ruim. Het begrip nabestaande is opgenomen in navolging van het bepaalde in de Wkkgz. De definitie verwijst ook naar de definitie, bedoeld in laatstgenoemde wet.⁵⁶

(...)

Artikel 10:11

Met dit nieuwe artikel wordt het eerder voorgestelde artikel 10:7, alsmede artikel 10:4, zesde lid, en artikel 10:8 vervangen. Tevens is toegevoegd ten laste van wie de schadevergoeding wordt bepaald (de zorgaanbieder). Dit is van belang omdat dit medebepalend is voor de vraag wie ter zake van deze schadevergoeding als belanghebbende en dus als verweerder in de procedure moet worden betrokken. Voordat de rechter een schadevergoeding toekent, dient hij de zorgaanbieder te horen.”⁵⁷

[onderstreping RW]

3.5 *Integrale artikelsgewijze toelichting klachtenprocedure*

Tijdens de behandeling van de Wvvgz in de Eerste Kamer op 15 en 16 januari 2018, zegde de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport toe bereid te zijn om voor een integrale en zelfstandig leesbare toelichting op de wet te zorgen. De reden daarvoor is dat de oorspronkelijke Memorie van Toelichting na de vele wijzigingen en de harmonisatie met de Wet zorg en dwang vrijwel niet meer aansluit bij de uiteindelijke tekst. Deze ‘informele’ toelichting is primair bedoeld als ondersteuning van het veld bij de implementatie van de Wvvgz. De toelichting bevat zoveel mogelijk letterlijke passages uit de oorspronkelijke Kamerstukken.⁵⁸

De toelichtende tekst bij artikel 10:3 Wvvgz is de volgende:

“Artikel 10:3 (MvT, pp. 100-101)

Op grond van artikel 10:3 kan een schriftelijke en gemotiveerde klacht worden ingediend bij de klachtencommissie over de uitvoering van de verplichte zorg. Niet alleen betrokkene zelf, maar ook zijn vertegenwoordiger, of een nabestaande kunnen een klacht indienen. Gelet op de kwetsbare en afhankelijke

⁵⁵ Kamerstukken II 2015/16, 32399, nr. 25, p. 195 (Tweede Nota van wijziging).

⁵⁶ Kamerstukken II 2015/16, 32399, nr. 25, p. 196 (Tweede Nota van wijziging).

⁵⁷ Kamerstukken II 2015/16, 32399, nr. 25, p. 197 (Tweede Nota van wijziging).

⁵⁸ Verantwoording integrale artikelsgewijze toelichting Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg.

positie waarin betrokkene verkeert, is het van belang dat ook anderen dan betrokkene zelf kunnen klagen over de uitvoering van de verplichte zorg. De gronden waarop een klacht moet rusten zijn limitatief opgesomd. Een klacht kan betrekking hebben op de beslissingen rond het vaststellen van wilsonbekwaamheid van betrokkene (artikel 1:5), de uitvoering van de zorgmachtiging of de (machtiging tot voortzetting van de) crisismaatregel of tijdelijke verplichte zorg voorafgaand aan een crisismaatregel (artikelen 8:7, 8:9 en 7:3), de beslissingen op een verzoek om overplaatsing (artikel 8:16), een verzoek voor tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg (artikel 8:17), een verzoek tot beëindiging van de verplichte zorg (artikel 8:18) en de daaraan te stellen voorwaarden en beperkingen (artikel 8:20), de periodieke evaluatie van de verplichte zorg (artikel 8:21), de inschakeling van derden bij de uitvoering van de verplichte zorg (artikel 8:10), de tijdelijke verplichte zorg in noodsituaties voor het verlenen van verplichte zorg waar de (machtiging tot voortzetting van de) crisismaatregel of zorgmachtiging niet voorziet (artikelen 8:11 tot en met 8:13, het ontnemen van gevaarlijke voorwerpen (artikel 8:14), artikel 8:15 inzake de huisregels en de artikelen 9:5 en 9:7. Wat betreft artikel 7:3 is verder bepaald dat de klachtprocedure niet van toepassing is op de ambtenaar van politie omdat de politie een eigen klachtenregeling heeft.”

De tekst bij artikel 10:11 is de volgende:

“Artikel 10:11 en 10:12 (NvW2, p. 197)

Het advies van de RvdR [RW: Raad voor de Rechtspraak] heeft geleid tot een herziening van de bepalingen met betrekking tot een vergoeding van schade voor een onjuiste toepassing van de verplichte zorg. Wij delen het uitgangspunt van de RvdR dat betrokkene een laagdrempelige mogelijkheid moet hebben om vergoeding van geleden schade te kunnen vorderen. De artikelen 10:11 en 10:12 bieden betrokkene een drietal grondslagen om een verzoek tot schadevergoeding in te dienen. Allereerst kan de indiener van een klacht bij de klachtencommissie tevens een verzoek doen om vergoeding van geleden schade. In de tweede plaats kan er bij gelegenheid van het beroep bij de rechtbank in de klachtprocedure, een verzoek worden gedaan voor een schadevergoeding. Indien de rechter de schadevergoeding toewijst, komt deze ten laste van de zorgaanbieder onder wiens verantwoordelijkheid de beslissing waartegen de klacht zich richt, is genomen. Ten derde kan betrokkene een zelfstandig verzoek tot schadevergoeding indienen. Dit kan op grond van een onrechtmatige afgegeven crisismaatregel of onrechtmatige verplichte zorg voorafgaand aan een crisismaatregel (artikel 10:12 eerste lid). De mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen bij onrechtmatige verplichte zorg voorafgaand aan de crisismaatregel (artikel 7:3) is op advies van de RvdR toegevoegd. De schadevergoeding komt ten laste van de functionaris die de crisismaatregel heeft genomen of degene die verantwoordelijk is voor de verplichte zorg voorafgaand aan de crisismaatregel. Daarnaast kan een zelfstandig verzoek tot schadevergoeding worden gedaan indien betrokkene nadeel heeft ondervonden doordat de rechter of de officier van justitie in strijd met de voor hen geldende bepalingen hebben gehandeld (10:12, derde lid). Hierbij kan gedacht worden aan de situatie waarin de rechter betrokkene niet in de gelegenheid heeft gesteld om te worden gehoord of een zorgmachtiging is afgegeven zonder dat daar een deugdelijke en recente medische verklaring aan ten grondslag ligt. De schadevergoeding komt in deze gevallen ten laste van de Staat.”

3.6 *Beschouwing*

Uit de tekst, maar met name uit de toelichting op de klachtenprocedure, volgt dat met hoofdstuk 10 Wvvgz beoogd is te voorzien in een klachtenprocedure waarbij zo min mogelijk drempels worden opgeworpen voor de desbetreffende patiënt om zijn klachten door een onafhankelijke klachtencommissie te laten beoordelen. Met de in de Wvvgz vervatte klachtenprocedure wordt de klachtprocedure van de Wet Bopz in grote lijnen voortgezet. Een verbetering is dat de onafhankelijkheid van de klachtencommissie beter wordt gewaarborgd. Voorts wordt opgemerkt dat de patiënt bij de klachtencommissie over meer verplichtingen en beslissingen kan klagen dan onder de Wet Bopz het geval is. De aan het klachtrecht onderworpen verplichtingen en beslissingen houden verband met de

uitvoering van verplichte zorg in brede zin; het gaat om de verplichte vorm zelf maar bijvoorbeeld ook om informatieplichten en procedurele verplichtingen.

Nieuw is de mogelijkheid van een schadevergoeding naar billijkheid, waartoe de Wvggz zelf de grondslag biedt. De schadevergoeding kan worden toegekend door de klachtencommissie, ook ambtshalve, en komt ten laste van de zorgaanbieder. De reden voor de mogelijkheid van een schadevergoeding lijkt vooral te liggen in een advies van de Raad voor de Rechtspraak daaromtrent. Uit de toelichting op Wvggz blijkt echter niet waarom is gekozen voor een schadevergoeding 'naar billijkheid' en wat daarmee *precies* wordt bedoeld. Dit blijkt ook niet uit de reactie van de Raad voor de Rechtspraak op de consultatieversie van de Wvggz.

Evenmin volgt uit de wettekst of toelichting in welke mate de verzochte schadevergoeding moet worden onderbouwd en wat in dat verband billijk is. Artikel 10:3 Wvggz spreekt alleen over een schriftelijke en gemotiveerde klacht en artikel 10:11, derde lid, Wvggz alleen over een verplichting tot het horen van de zorgaanbieder. Dit roept een vervolgvraag op: *aan welke regels van bewijslast(verdeling) moet zijn voldaan, wil met succes om een schadevergoeding worden verzocht?*

Indachtig het doel van de klachtenprocedure – een laagdrempelige mogelijkheid om klachten over de uitvoering van verplichte zorg te beoordelen en daarmee de handhaving van de fundamentele rechten van de patiënt te waarborgen – ligt het evenwel voor de hand dat met het toekennen van een 'schadevergoeding naar billijkheid' bedoeld is een op eenvoudige wijze vast te stellen vergoeding toe te kennen van een redelijk en billijk te achten omvang gezien (de aard van) het geschonden recht waarover wordt geklaagd en de ernst van die schending (waaronder de intensiteit en de duur van die schending). Voorts zal indachtig datzelfde doel met 'motivering' bedoeld zijn dat de aan verplichte zorg onderworpen patiënt zal moeten onderbouwen waarom hij meent recht te hebben op een vergoeding en ter zake waarvan.⁵⁹

Omdat een klip en klaar antwoord op de onderzoeksvraag nog niet kan worden gegeven, wordt hierna gezien of tegen de hiervoor geschetste achtergrond van de klachtenregeling met behulp van de regels van reeds bestaande mogelijkheden van een schadevergoeding nadere handvatten te formuleren zijn voor wat onder een billijke schadevergoeding kan of moet worden verstaan.

Ook wordt bekeken of er meer gezegd kan gaan worden over de invulling van de motiveringsplicht van de patiënt ten aanzien van een schadevergoeding en of in elk geval een uitspraak kan worden gedaan over wat hierin wenselijk is.

⁵⁹ Zie in bevestigende zin artikel 9, derde lid van het model Klachtenregeling Wvggz van GGZ Nederland 1 augustus 2019.

Deel II



4. Analyse reeds bestaande handvatten voor schadevergoeding; het civiele aansprakelijkheidsrecht

4.1 Inleidende opmerkingen

Dit deel van het onderzoek behelst een analyse van een andere reeds bestaande weg die een (niet-gedwongen opgenomen) patiënt beoogt te compenseren voor in verband met de zorgverlening geleden schade; het civiele aansprakelijkheidsrecht vervat in het Burgerlijk Wetboek (BW) wat de materiële aspecten betreft en in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) wat de procedurele aspecten betreft. Het doel van deze analyse is te bezien of deze weg nadere of nieuwe handvatten kan geven bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag en of de uitgangspunten van deze weg leidend zouden kunnen of moeten zijn bij het formuleren van een billijke schadevergoeding.

Eerst worden de basisvereisten voor aansprakelijkheid beschreven (4.2 tot en met 4.5). Daarna wordt ingegaan op de norm van het goed hulpverlenerschap, zijnde de norm waaraan het handelen van een hulpverlener moet worden getoetst (4.6). Vervolgens wordt het causaal verband aan een nadere analyse onderworpen (4.7), welke analyse gevolgd wordt door een analyse van de omvang van de te vergoeden schade (4.8). Dit deel van het onderzoek wordt afgesloten met een beschouwing; een conclusie wordt nog niet getrokken (4.9).

4.2 Een goede grond ter afwenteling van schade: verwijtbaar onjuist gedrag

Het civiele aansprakelijkheidsrecht berust op tot normen verheven gedragsregels met het doel bepaalde belangen te beschermen. Het biedt de gelaedeerde de mogelijkheid van vergoeding van schade door een ander en daarmee tot het handhaven van de vermogenspositie zoals die was voorafgaand aan de gebeurtenis die schade veroorzaakte.⁶⁰ Voor vergoeding van schade door een ander is echter wel de aanwezigheid van een goede grond voor afwenteling van de schade op die ander vereist. Zonder die goede grond blijft de schade daar waar zij gevallen is: het civiele aansprakelijkheidsrecht hanteert als uitgangspunt dat ieder zijn eigen schade draagt.⁶¹

Een en ander betekent dat de patiënt die schade ondervindt door een incident (los van de mogelijkheid dat hij de schade niet wil afwentelen) bij gebreke van bekendheid met of bij afwezigheid van een ander op wie hij zijn schade kan afwentelen, moet nagaan of hij zijn schade uit eigen middelen kan financieren. Eigen middelen zijn bijvoorbeeld de eigen (verplichte) zorgverzekering of de eigen arbeidsongeschiktheidsverzekering. Het stelsel van sociale zekerheid kan mogelijk ook als vangnet dienen. De patiënt zal op eigen initiatief zijn zorgverzekeraar, werkgever of de overheid moeten aanspreken.

Een en ander betekent voorts dat indien er wel een bekende ander is, de patiënt ook die ander kan aanspreken voor verhaal van schade, met dien verstande dat afwenteling van schade op de ander gebaseerd moet zijn op zo een eerdergenoemde 'goede grond'. Eén van die goede gronden is

⁶⁰ E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel (Monografieën BW A15), Deventer: Kluwer 2008, p. 12. Zie voor een voorbeeld uit de rechtspraak waarin de functie van het aansprakelijkheidsrecht werd benadrukt in het kader van een medische zaak Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV9542. Zie voor een analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht ook R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, tweede druk, 2017.

⁶¹ T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamentele van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 11, 23, 26, 72 en 75. Zie ook E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel (Monografieën BW A15), Deventer: Kluwer 2008, p. 1 en C.H. Sieburgh, Toerekening van een onrechtmatige daad (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 5 en 23.

'verwijtbaar onjuist gedrag'.⁶² Bekeken vanuit het perspectief van de patiënt heeft deze aldus de mogelijkheid om zijn schade op de arts of het ziekenhuis af te wentelen, indien de arts of het ziekenhuis verwijtbaar onjuist gedrag heeft vertoond en welk gedrag schade bij de patiënt veroorzaakte (vereist is dus ook een causale relatie).⁶³ Ter beantwoording van de vraag of de arts of het ziekenhuis verwijtbaar onjuist heeft gehandeld, wordt (zoals gebruikelijk in het civiele aansprakelijkheidsrecht) gezien hoe een redelijk persoon – de maatman – in dezelfde situatie zou hebben gehandeld.⁶⁴ Handelde de arts of het ziekenhuis niet op de wijze waarop een redelijk hulpverlener dat zou doen, dan vertoont de arts of het ziekenhuis verwijtbaar onjuist gedrag – anders gezegd: de arts of het ziekenhuis heeft een 'fout' gemaakt – en ontstaat voor de patiënt in beginsel het recht op vergoeding van schade. Voor de arts of het ziekenhuis ontstaat de plicht om de patiënt in diens oude toestand te brengen of om de schade te compenseren, indien herstel niet mogelijk is.⁶⁵

Enige nuancering is op zijn plaats; een bepaalde mate van verwijtbaarheid is niet altijd een noodzakelijke voorwaarde voor afwenteling van schade. Aansprakelijkheid kan ook aan de orde zijn wanneer een persoon ingevolge de wet aansprakelijk is voor een gebeurtenis louter door het hebben van een bepaalde hoedanigheid. Zo kan de arts of het ziekenhuis als bezitter van een roerende zaak of opstal kwalitatief aansprakelijk zijn.

4.3 Verwijtbaar onjuist gedrag: een tekortkoming

Tussen de arts en de patiënt of het ziekenhuis en de patiënt ontstaat op het moment dat de patiënt zich met een hulpvraag tot de arts of het ziekenhuis wendt, doorgaans een contractuele relatie, te weten een geneeskundige behandelingsovereenkomst als bedoeld in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW. Deze overeenkomst brengt (wederzijdse) verplichtingen met zich. Verwijtbaar onjuist gedrag – de 'fout' – (leidend tot een schadevergoedingsplicht) zal dan ook doorgaans zijn gelegen in een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting.⁶⁶ In artikel 6:74, eerste lid, BW is daartoe het volgende bepaald: "Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend."

Een tekortkoming in de nakoming van een verplichting kan zowel bestaan uit het geheel of gedeeltelijk uitblijven van nakoming, als uit niet-tijdige of niet-behoorlijke nakoming. Niet-behoorlijke nakoming omvat, naast de mogelijkheid dat de prestatie zelf niet aan de verbintenis beantwoordt, ook de mogelijkheid dat de prestatie, of daarmee samenhangende gedraging, schade toebrengt aan de schuldeiser.⁶⁷

⁶² Het verwijtbare onjuiste gedrag als grond om schade op een ander af te wentelen, is een door het recht erkende grond: artikelen 6:74 BW en 6:162 BW. Zie uitvoeriger over de gronden ter afwenteling van schade E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel (Monografieën BW A15), Deventer: Kluwer 2008, p. 5-7 en T. Hartlief, Iedere draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamentele van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 26-27.

⁶³ Uit artikel 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden volgt dat ziekenhuizen een effectief juridisch systeem moeten hebben om de oorzaak van de dood van een patiënt vast te stellen, evenals de aansprakelijkheid van het ziekenhuis daarvoor, zie bijvoorbeeld EHRM 26 oktober 1999, zaaknr. 37900/97 (Erikson/Italië) en ECieRM 22 mei 1995, zaaknr. 20948/92 (İşiltan/Turkije).

⁶⁴ Zie ook (algemeen) T.F.E. Tjong Tjin Tai, Zorgplichten en zorgethiek (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007. Zie voorts P.J. Kreijger, 'Bestaat de redelijk handelende en bekwame maatman', *BW-krant Jaarboek* 2008, nr. 24, p. 189-205.

⁶⁵ T. Hartlief, 'Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht', *WPNR* 2004/6564, p. 111; R.W.M. Giard, Aansprakelijkheid van artsen (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 28 en E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel (Monografieën BW A15), Deventer: Kluwer 2008, p. 9-11.

⁶⁶ Zie uitvoeriger R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade, Den Haag Boom Juridische uitgevers, tweede druk, 2017, hoofdstuk 4.

⁶⁷ Parl. Gesch. Boek 6, p. 264-266. Zie voorts Asser/Sieburgh 6-I 2016/317.

Of de arts of het ziekenhuis is tekortgeschoten in de nakoming van een verplichting, wordt bepaald aan de hand van de inhoud van zijn verplichting(en). Die inhoud wordt enerzijds vormgegeven door de overeenkomst zelf: wat zijn arts, ziekenhuis en patiënt overeengekomen? Anderzijds wordt de inhoud bepaald door (nationale en Europese) wetgeving, de gewoonte en/of de eisen van redelijkheid en billijkheid.⁶⁸ Wat de geneeskundige behandelingsovereenkomst betreft, is de wettelijke verankering van de verplichtingen van de arts en het ziekenhuis in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW van doorslaggevend belang.⁶⁹ Eén van de verplichtingen betreft de zorgplicht van de arts en het ziekenhuis; artikel 7:453 BW bepaalt dat de arts of het ziekenhuis bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en dat hij daarbij dient te handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor artsen geldende professionele standaard, waaronder de kwaliteitsstandaard, bedoeld in artikel 1, onderdeel z, van de Zorgverzekeringswet.⁷⁰ Dit 'goed hulpverlenerschap' geeft de maatman (de redelijke hulpverlener) weer en is daarmee de meest belangrijke norm voor het bepalen van de aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis.

De tekortkoming moet, wil zij tot een schadevergoedingsplicht leiden, toerekenbaar zijn en veronderstelt daarmee schuld van de zijde van de arts/het ziekenhuis of toerekening om een andere reden, zo volgt uit artikel 6:74 in samenhang gelezen met artikel 6:75 BW. Te denken valt aan toerekening van een tekortkoming wegens onervarenheid of ziekte van de arts (toerekening krachtens verkeersopvattingen), maar ook aan toerekening van een tekortkoming door andermans fout (bijvoorbeeld die van een arts-assistent), of door het gebruik van een ongeschikte medische zaak (bijvoorbeeld het geneesmiddel dat ernstige en ongewenste bijwerkingen heeft of het bloedproduct dat bedorven blijkt te zijn). Toerekening van een tekortkoming door andermans fout of door het gebruik van een ongeschikte medische zaak volgt uit de wet, artikel 6:76 BW en artikel 6:77 BW.

Wil de patiënt aanspraak maken op een vergoeding uit hoofde van een tekortkoming (hij beroept zich op een rechtsgevolg), dan zal de patiënt de arts of het ziekenhuis (schriftelijk) aansprakelijk moeten stellen. Uit deze aansprakelijkstelling moet volgen dat de patiënt meent dat de arts of het ziekenhuis is tekortgeschoten en waarom. Bij betwisting door de arts of het ziekenhuis zal de patiënt de tekortkoming vervolgens moeten bewijzen. Dit volgt uit de hoofdregel van artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv): "De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit."

⁶⁸ Artikel 6:248, eerste lid, BW.

⁶⁹ Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW wordt ook wel geduid als de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO). Van een afzonderlijke 'wet' is evenwel geen sprake; hij is vervat in het BW, zie *Stb.* 1994, 838. Zie voor (mijns inziens terecht) kritiek op het gebruik van de term WGBO ook T. Hartlief, *De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 70.

⁷⁰ Het laatste deel van de zin ('waaronder (...) Zorgverzekeringswet' was aanvankelijk anders geformuleerd: 'waaronder de overeenkomstig artikel 66b van de Zorgverzekeringswet in het openbaar register opgenomen voor hem geldende professionele standaard', zie Kamerstukken 33243 en Wet van 11 december 2013 tot wijziging van de Wet cliëntenrechten zorg en andere wetten in verband met de taken en bevoegdheden op het gebied van de kwaliteit van de zorg, *Stb.* 2013, 578. Artikel 66b van de Zorgverzekeringswet verwees en verwijst nog steeds naar het openbaar register dat bijgehouden wordt door Zorginstituut Nederland (ZiN) dat bij diezelfde Wet van 11 december 2013 in het leven is geroepen. Bij Wet van 18 mei 2016 tot wijziging van wetten teneinde misslagen en omissies in wetten op het terrein van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport te herstellen, de broninhouding van eigen bijdragen voor beschermd wonen te kunnen voortzetten en het College bouw zorginstellingen op te heffen (Verzamelwet VWS 2016), *Stb.* 2016, 206, werd het laatste deel van de zin vervangen door haar huidige tekst. Zie ook J. Legemaate, 'De Wkkgz over kwaliteit van zorg', *TvGR* 2016, nr. 2, p. 53-61, die opmerkt dat het formeel gezien om een overbodige bepaling gaat. Voorts zij opgemerkt dat artikel 7:453 BW momenteel aan een wetswijziging onderhevig is, zie Kamerstukken II 2018/19, 35124, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van Wet), welke wijziging verband houdt met een wijziging van de Wkkgz en de wens om onderdelen van de professionele standaard en kwaliteitsstandaarden op financiële consequenties te kunnen toetsen.

Bovendien moet de patiënt ingevolge diezelfde hoofdregel van artikel 150 Rv stellen en, bij betwisting door de arts of het ziekenhuis, bewijzen dat de tekortkoming in causaal verband staat met de schade die hij lijdt. Dit betreft een *condicio sine qua non*-verband.

De hulpverlener moet op zijn beurt stellen en, bij betwisting, bewijzen dat zich een rechtvaardigings- of uitzonderingsgrond voordoet, hetgeen de hulpverlener van zijn schadevergoedingsplicht bevrijdt (bevrijdend verweer). In de 'gewone' praktijk komen dergelijke verweren, behoudens een 'eigen schuld'-verweer of 'noodsituatie'-verweer niet vaak voor.

Staat (eenmaal) vast dat het handelen van de arts of het ziekenhuis een tekortkoming oplevert, dat er schade is en dat er causaal verband bestaat met de tekortkoming, dan zal de arts of het ziekenhuis de schade die de patiënt door zijn tekortkoming lijdt in beginsel moeten vergoeden op basis van en met inachtneming van de wettelijke bepalingen van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. Diezelfde afdeling kent ook mogelijkheden voor vergoeding van kosten die derden ten behoeve van de patiënt hebben gemaakt en een vergoeding van door naasten en nabestaanden geleden schade. Indien de arts of het ziekenhuis aantoont dat de tekortkoming niet aan zijn schuld is te wijten en hem ook niet om een andere reden kan worden toegerekend (de bewijslast rust op de arts of het ziekenhuis), dan ontkomt hij aan aansprakelijkheid en een schadevergoedingsplicht.

4.4 Verwijtbaar onjuist gedrag: een onrechtmatige daad

In de meeste 'klassieke' gevallen van geneeskundige behandeling beheerst een contract de relatie tussen de arts of het ziekenhuis en de patiënt.⁷¹ Uitzonderingssituaties zijn met name onvrijwillige geneeskundige behandelingen, omdat in die situaties het bestaan van een overeenkomst niet aannemelijk is.

Een (relevant) voorbeeld is de gedwongen geneeskundige behandeling ingevolge de Penitentiaire beginselenwet van een gedetineerde ter afwending van gevaar voor de gezondheid of veiligheid van de gedetineerde of van anderen.⁷² Een (relevant) voorbeeld is uiteraard ook de *verplichte zorg aan een patiënt ingevolge de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen en straks, de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg, voor zover geen sprake is van een vrijwillige opname*.

In die gevallen kan verwijtbaar onjuist gedrag niet zijn gelegen in een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting. Dat neemt niet weg dat de arts of het ziekenhuis ten opzichte van een niet contractueel betrokken patiënt van de maatman afwijkend gedrag kan vertonen. Het verwijtbare onjuiste gedrag – de 'fout' – (leidend tot een schadevergoedingsplicht) wordt dan gekwalificeerd als een onrechtmatige daad.⁷³ In artikel 6:162, eerste lid, BW is daartoe het volgende bepaald: "Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden."

In artikel 6:162, tweede lid, BW is uitgelegd wat een onrechtmatige daad is: "Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond."

⁷¹ Zie ook R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, tweede druk, 2017, hoofdstuk 3 en R.P. Wijne, De geneeskundige behandelingsovereenkomst (Monografieën BW B87), Deventer: Wolters Kluwer, 2017.

⁷² Ingevolge artikel 32, eerste lid, van de Penitentiaire beginselenwet. Zie voor andere voorbeelden Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 46-47 (MvT).

⁷³ Zie ook R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, tweede druk, 2017, hoofdstuk 4.

Het onrechtmatige gedrag van de arts of het ziekenhuis zal doorgaans zijn gelegen in de strijdigheid van het gedrag met een wettelijke plicht – hierbij kan worden gedacht aan het handelen in strijd met plichten uit hoofde van gezondheidsrechtelijke wetten – of in de strijdigheid ervan met een (ongeschreven) zorgvuldigheidsnorm. De zorgvuldigheidsnorm die de arts of het ziekenhuis in acht moet nemen, wordt inhoudelijk door de invulling van ‘het goed hulpverlenerschap’ bepaald, waarmee aldus dezelfde maatstaf wordt aangelegd als in de contractuele relatie.

Inbreuken op een recht komen in ‘gewone’ zaken soms ook voor; als voorbeeld wordt genoemd de *wrongful* life kwestie baby Kelly. De Hoge Raad oordeelde dat inbreuk was gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van zowel moeder als vader omdat naar hun - achteraf ernstig gehandicapt - kind geen prenataal onderzoek was gedaan en de ouders niet in de gelegenheid waren gesteld de zwangerschap af te breken.

Dat doorgaans dezelfde norm is vereist en dat doorgaans dezelfde norm wordt geschonden leidt ertoe dat in die gevallen waarin een contract de relatie beheerst – en verwijtbaar onjuist gedrag dus gelegen kan zijn in een tekortkoming – een tekortkoming veelal ook gekwalificeerd kan worden als een onrechtmatige daad. De grondslagen voor verhaal van schade lopen dan samen. Dit betekent echter niet dat beide grondslagen onder elke omstandigheid voor verhaal van schade kunnen worden ingeroepen; ingevolge de heersende jurisprudentie is uitgangspunt dat wanneer een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit een overeenkomst grondslag is, niet ook de onrechtmatige daad als grondslag kan worden ingeroepen, *tenzij de gedraging onafhankelijk van de verplichting uit overeenkomst een onrechtmatige daad oplevert* en dus onverschillig de schending van de contractuele verplichting een inbreuk maakt op een recht, of een schending oplevert van een algemene rechtsplicht of zorgvuldigheidsnorm.⁷⁴ Het komt daarbij aan, zo besliste de Hoge Raad, op de strekking van de norm in verband met de aard van de verweten gedraging.⁷⁵ Als voorbeeld van een geval waarin een gedraging van de arts naast een tekortkoming tevens een onrechtmatige daad oplevert, kan worden gedacht aan seksueel misbruik of mishandeling van een patiënt.⁷⁶

Naast de aanwezigheid van onrechtmatig gedrag is het voor het ontstaan van een recht op schadevergoeding noodzakelijk dat de onrechtmatige daad aan de arts kan worden toegerekend, wat evenzeer volgt uit artikel 6:162, eerste lid, BW. Voorts is ingevolge artikel 6:163 BW een voorwaarde dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de patiënt of de direct betrokkene die heeft geleden.

Toerekening is volgens artikel 6:162, derde lid, BW aan de orde, indien de daad te wijten is aan de (objectief bepaalde⁷⁷) schuld van de arts: de arts had, gelet op de voor hem kenbare en vermijdbare gevolgen van zijn gedrag voor de belangen van de patiënt, anders behoren te handelen. Toerekenbaarheid is evenzeer aan de orde, indien de schade te wijten is aan een oorzaak die krachtens de wet (de omstandigheid dat een als ‘een doen’ te beschouwen gedraging van de arts verricht is onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, is geen beletsel haar als een onrechtmatige daad toe te rekenen, aldus artikel 6:165 BW⁷⁸) of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de arts komt (onervarenheid van de arts bijvoorbeeld komt voor diens eigen risico).

⁷⁴ HR 9 december 1955, *NJ* 1956, 157; HR 6 april 1990, *NJ* 1991, 689, met nt. C.J.H. Brunner; HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290, met nt. C.J.H. Brunner; HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 235, met nt. P.A. Stein; HR 21 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2582; HR 2 maart 2007, *JBPr* 2007, 46, met nt. H.W. Wiersma en Gerechtshof 's-Gravenhage 11 juli 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY8855. Zie voorts I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 15.

⁷⁵ HR 3 december 1999, *NJ* 2000, 235, met nt. P.A. Stein.

⁷⁶ Zie voor een voorbeeld Gerechtshof Amsterdam 2 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4200.

⁷⁷ HR 30 september 1994, *NJ* 1996, 196, met nt. C.J.H. Brunner en HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289, met nt. M.R. Mok. Zie ook E.F.D. Engelhard en G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor schade: contractueel en buitencontractueel* (Monografieën BW A15), Deventer: Kluwer 2008, p. 555-559.

⁷⁸ Zie voor (ruime) uitleg HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:147 en de conclusie van A-G Wuisman 20 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2042.

Wil de patiënt aanspraak maken op een vergoeding uit hoofde van een onrechtmatige daad, dan zal de patiënt de arts of het ziekenhuis aansprakelijk moeten stellen. Net als bij de contractuele grondslag dient de patiënt ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv het onjuiste gedrag en het *condicio sine qua non*-verband met de schade te stellen en, bij betwisting, te bewijzen. De hulpverlener moet op zijn beurt stellen en, bij betwisting, bewijzen dat zich een rechtvaardigings- of uitzonderingsgrond voordoet, hetgeen de hulpverlener van zijn schadevergoedingsplicht bevrijdt (bevrijdend verweer). In de praktijk komen dergelijke verweren, behoudens een 'eigen schuld'-verweer of een 'noodsituatie'-verweer niet vaak voor, zoals ik eerder opmerkte.

Anders dan bij de contractuele grondslag is het tevens aan de patiënt om de toerekenbaarheid van de daad aan de arts of het ziekenhuis en de beschermingsreikwijdte van de geschonden norm aan te tonen. De wettelijke regels inzake schadevergoeding – Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW – zijn daarentegen dezelfde. Het onderscheid tussen de grondslag van het contract en die van de wet dient dan ook niet te worden 'overschat'. Het verschil tussen de contractuele grondslag en de buitencontractuele grondslagen wordt vooral duidelijk in die gevallen waarin de arts of het ziekenhuis kwalitatief aansprakelijk is voor personen of zaken, zie hierna.

4.5 *(Mede-)aansprakelijkheid vanwege een bepaalde hoedanigheid*

Andere buitencontractuele grondslagen die een recht geven op schadevergoeding – naast de onrechtmatige daad – betreffen de kwalitatieve aansprakelijkheden, neergelegd in de artikelen 6:170 BW, 6:171 BW, 6:173 BW, 6:174 BW en 6:175 BW. De kwalitatieve aansprakelijkheden vormen een grondslag voor afwenteling van schade van de patiënt, wanneer iemand anders een fout heeft gemaakt of zich een schadeveroorzakende gebeurtenis heeft voorgedaan en de arts of ziekenhuis een bepaalde hoedanigheid heeft, bijvoorbeeld die van opdrachtgever of die van bezitter of bedrijfsmatig gebruiker van de schadeveroorzakende roerende zaak, opstal of gevaarlijke stof. De grondslagen van de kwalitatieve aansprakelijkheid spelen in de verhouding tussen de patiënt en de arts of het ziekenhuis een rol wanneer een contractuele rechtsverhouding tussen de arts of het ziekenhuis en de patiënt ontbreekt. Zij spelen echter ook een rol wanneer er wel een contractuele relatie bestaat: het is mogelijk dat een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting door de arts of het ziekenhuis tevens een kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis oplevert. Het onvoldoende onderhouden van een medische hulpzaak bijvoorbeeld kan betekenen dat de arts aansprakelijk is wegens een tekortkoming en dat hij als bezitter van de zaak 'kwalitatief' aansprakelijk is wanneer de gebrekkigheid van de zaak, veroorzaakt door het slechte onderhoud, een bijzonder gevaar voor de patiënt met zich brengt. Een dergelijke samenloop zal er niet zonder meer toe leiden dat de patiënt geen beroep kan doen op een kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis; een contractuele relatie zet deze aansprakelijkheid niet snel opzij.⁷⁹

Wil de patiënt zijn recht op schadevergoeding op een kwalitatieve aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis baseren, dan dient de patiënt te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de arts of het ziekenhuis de hoedanigheid van opdrachtgever of bezitter heeft, dat een (onder)geschikte een fout heeft gemaakt respectievelijk zich een schadeveroorzakende gebeurtenis heeft voorgedaan en dat de fout of de gebeurtenis in *condicio sine qua non*-verband staat met de schade. Staat de aansprakelijkheid vast, dan treedt de verplichting in om de patiënt te compenseren op basis van en met inachtneming van de wettelijke bepalingen van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW.

⁷⁹ Zie in een niet-medische zaak HR 27 april 2001, NJ 2002, 54, met nt. C.J.H. Brunner. Zie voor een voorbeeld uit de lagere rechtspraak Rechtbank 's-Gravenhage 23 juli 2013, JA 2013, 149, met nt. R.P. Wijne (beoordeling op grond van artikel 6:171 BW).

Een wat vreemde figuur die in dit verband voorts niet onbesproken mag blijven is de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis, geregeld in artikel 7:462 BW. De centrale aansprakelijkheid is een vorm van mede-aansprakelijkheid van het ziekenhuis dat geen partij is bij de behandelingsovereenkomst; in die gevallen sloot de patiënt alleen een overeenkomst met de als zelfstandig ondernemer werkende arts. De mede-aansprakelijkheid ontstaat wanneer de zelfstandig arts tekortschiet in één van de op hem rustende verplichtingen én de (ter discussie gestelde) geneeskundige behandeling plaatsvond binnen de muren van het ziekenhuis. De grond om schade op het ziekenhuis af te wentelen in zijn hoedanigheid van centraal adres is dus niet gelegen in een eigen tekortkoming van het ziekenhuis in de nakoming van een contractuele verplichting van het ziekenhuis. Evenmin is de onrechtmatige daad grondslag.

Wil de patiënt zijn recht op schadevergoeding op de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis baseren, dan dient de patiënt eerst te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de in het ziekenhuis werkzame zelfstandig arts toerekenbaar tekort is geschoten en dat die tekortkoming in een *condicio sine qua non*-verband staat met de schade. Staat dit vast, dan treedt de verplichting in om de patiënt te compenseren op basis van en met inachtneming van de wettelijke bepalingen van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW.

4.6 Nadere analyse van 'het goed hulpverlenerschap'

4.6.1 De redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener

Het civiele aansprakelijkheidsrecht kent, voor zover binnen het bestek van dit onderzoek relevant, de tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting als grondslag voor een recht op schadevergoeding (artikel 6:74 BW). Deze grondslag veronderstelt de aanwezigheid van een overeenkomst tussen de hulpverlener en de patiënt, welke overeenkomst doorgaans een behandelingsovereenkomst zal zijn. Eén van de verplichtingen van de hulpverlener uit hoofde van de behandelingsovereenkomst betreft de plicht zich bij zijn werkzaamheden te gedragen als een 'goed hulpverlener', neergelegd in artikel 7:453 BW. Het artikel behelst een zorgvuldigheidsnorm die de maatstaf van 'juist' gedrag weergeeft. Neemt de hulpverlener deze zorgvuldigheidsnorm niet in acht, dan schiet hij tekort en is hij verplicht tot vergoeding van de daardoor geleden schade, tenzij de tekortkoming de hulpverlener niet kan worden toegerekend.

Het civiele aansprakelijkheidsrecht kent als grondslag voorts de onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Voor schadevergoeding is onrechtmatig handelen vereist en dat de daad de dader kan worden toegerekend. Om de onrechtmatigheid van het gedrag van de hulpverlener te beoordelen, wordt zijn gedrag getoetst aan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm om zich als goed hulpverlener te gedragen; het betreft dus dezelfde zorgvuldigheidsnorm als die binnen een behandelingsovereenkomst geldt.

Het belang van de zorgvuldigheidsnorm gedrag te vertonen dat gekwalificeerd kan worden als het gedrag van een goed hulpverlener voor beide grondslagen en daarmee het recht op een schadevergoeding vergt een nadere bespreking; wat houdt die norm in?

Reeds opgemerkt werd dat het 'goed hulpverlenerschap' de maatman weergeeft. De maatman staat doorgaans voor de wijze waarop een redelijk persoon moet handelen. Dat is voor een hulpverlener niet anders. 'Het in acht nemen van de zorg van een goed hulpverlener' betekent dan ook het in acht nemen van de zorg die een *redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in dezelfde omstandigheden*

zou hebben betracht.⁸⁰ Het betreft een objectief criterium; een hulpverlener werkzaam in een academisch ziekenhuis wordt niet anders beoordeeld dan de hulpverlener werkzaam in een perifeer ziekenhuis,⁸¹ en er wordt geabstraheerd van ervaring, karakter en leeftijd van de hulpverlener.⁸²

Reeds in 1990 bepaalde de Hoge Raad dat de maatman van de redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot bepalend is voor de beoordeling van het handelen van een hulpverlener in het licht van een gestelde tekortkoming.⁸³

Het woord *redelijk* impliceert dat de hulpverlener in kwestie niet aan de hoogste normen hoeft te voldoen, maar dat hem een goed gemiddelde als spiegel mag worden voorgehouden.⁸⁴ Een goed gemiddelde impliceert niet dat van een hulpverlener niet wordt verlangd nieuwe ontwikkelingen te volgen en in de praktijk toe te passen, zij het dat niet zonder meer de meest recente literatuur moet worden gevolgd: deze dient eerst eenstemmig in haar opvattingen te zijn.⁸⁵

Onder *vakgenoot* wordt verstaan de hulpverlener die hetzelfde specialisme uitoefent als de hulpverlener wiens handelen ter discussie staat. Een huisarts hoeft bijvoorbeeld niet over de specifieke kennis en kunde van een oncoloog te beschikken. Wel zal de hulpverlener die gespecialiseerd is in een vakgebied en die zich gedraagt als medisch specialist op een ander vakgebied moeten worden beoordeeld naar het specialisme dat hij uitdraagt.⁸⁶

De term *dezelfde omstandigheden* verwijst naar omgevingsfactoren. De omgevingsfactoren zijn van invloed op de eisen die aan het handelen van de hulpverlener gesteld mogen worden. Een specialist in een ziekenhuis bijvoorbeeld beschikt over andere middelen dan een hulpverlener die acuut moet handelen in een noodsituatie op straat: aan laatstgenoemde hulpverlener worden minder verstrekende eisen gesteld.⁸⁷

4.6.2 Invulling van het goed hulpverlenerschap: de professionele standaard, de kwaliteitsstandaarden en wet- en regelgeving

Met de enkele constatering dat een goed hulpverlener als een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in vergelijkbare omstandigheden moet handelen, is de uitleg niet compleet. De norm houdt tevens in dat de hulpverlener bij zijn werkzaamheden moet handelen *in overeenstemming met de verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de voor hem geldende professionele standaard*.

⁸⁰ Zie voor een enigszins andere definitie H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 70.

⁸¹ HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 (Speeckaert/Gradener), rov. 3.7.

⁸² Zie voor een voorbeeld waarbij werd geabstraheerd van de ervaring van een arts-assistent Rechtbank 's-Gravenhage 13 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL0676. Zie voorts Rechtbank Maastricht 19 juni 1997, *TvGR* 2000, 59 (getoetst aan het criterium van de *niet zeer ervaren, doch wel redelijk bekwaam en redelijk handelend* orthopeed komt de rechtbank tot de slotsom...). Zie tevens P.J. Kreijger, 'Bestaat de redelijk handelende en bekwame maatman', *BW-krant Jaarboek* 2008, nr. 24, p. 189-205.

⁸³ HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 (Speeckaert/Gradener), rov. 3.7. Zie eerder 'de zorgvuldigheid van een doorsnee-medicus': Gerechtshof 's-Hertogenbosch 13 november 1928, *NJ* 1928, 1564, 'de zorgvuldigheid van een goed medicus': Rechtbank Roermond 23 april 1970, *NJ* 1970, 378 en 'de zorgvuldigheid van een normaal bekwaam arts': Rechtbank Amsterdam 8 april 1981, *TvGR* 1983, 18.

⁸⁴ Zie ook de mening van H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel II, Houten/Diegem: Bohn Stafleu 1996, p. 41 en C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 913. Zie voorts H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 70. Zie voor een voorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 juli 2010, *JA* 2010, 131, met nt. J. Simons en L&S 2010, 130, met nt. R.W.M. Giard.

⁸⁵ I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 36. Zie voor bijscholing en het bijhouden van literatuur ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 70.

⁸⁶ H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 70.

⁸⁷ Zie B. Sluyters, *Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland*, Deventer: Kluwer 1974, p. 38; H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 70 en M.C. Ploem, 'Is er een dokter in de zaal?', *NJB* afl. 26/2007, p. 1605-1609.

Een eerste vraag die deze toevoeging oproept, is of er iets anders mee wordt bedoeld dan met de norm 'goed hulpverlener'. Veeleer lijkt zij er een nadere invulling van: de hulpverlener handelt als een goed hulpverlener als deze (ten minste) handelt conform de professionele standaard.⁸⁸ Het is de professionele standaard waaraan het handelen van de hulpverlener in kwestie wordt getoetst, zoals niet alleen de wetgever destijds aangaf,⁸⁹ maar ook blijkt uit de rechtspraak.⁹⁰ Een tweede vraag is wat (precies) bedoeld wordt met het begrip 'professionele standaard'. Doorgaans wordt bedoeld op het geheel van regels en normen zoals die blijken uit de opleidingseisen voor medici, de inzichten en ervaring uit de geneeskundige praktijk, wetenschappelijke literatuur en protocollen en gedragsregels waaraan de hulpverlener is gebonden (ook wel medisch-professionele standaard).⁹¹ Het is de medische beroepsgroep die van oudsher (al dan niet in reactie op de publieke (gezondheidsrechtelijke) regelgeving) door middel van zelfregulering in belangrijke mate de professionele standaard bepaalt.⁹² Een voorbeeld van zelfregulering betreft de gedragsregels en de beroepscode opgesteld door de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG).⁹³ Een ander voorbeeld van zelfregulering betreft de door de medische beroepsgroepen opgestelde richtlijnen of standaarden, waarin zij medische handelingen of instructies hebben beschreven.⁹⁴ Uit richtlijnen en standaarden vloeien lokale protocollen, flowcharts en checklists voort om het voor de praktijk werkbaar te maken. Met protocollering wordt een eenvormige aanpak van een bepaald medisch probleem nagestreefd.⁹⁵ Hebben de richtlijnen en standaarden een bepaalde mate van actualiteit, kenbaarheid, dwingendheid, zijn zij maatschappelijk gefundeerd en opgesteld door een gezaghebbende instantie,⁹⁶ dan zullen zij doorgaans door de rechter worden gebruikt om vast te stellen wat in de desbetreffende beroepsgroep als goed gebruik wordt gezien.⁹⁷

Terzijde wordt opgemerkt dat het feit dat een richtlijn of protocol onderdeel invulling geeft aan de norm te handelen als goed hulpverlener, niet betekent dat de hulpverlener te allen tijde de richtlijn of het protocol moet volgen en dat hij in die gevallen nimmer tekortschiet. Hoewel de hulpverlener in beginsel alleen van de richtlijn of het protocol mag afwijken indien dit in het belang van een goede patiëntenzorg is en hij enig afwijken moet kunnen beargumenteren, blijft de norm waaraan de hulpverlener zich moet houden de zorg die een redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener behoort te betrachten. Vereist de norm een afwijken van de richtlijn of het protocol, dan is dat geboden. De omstandigheden van het geval zijn doorslaggevend voor het oordeel van de rechter of de hulpverlener in kwestie had mogen of had moeten afwijken.⁹⁸

⁸⁸ Zie in gelijke zin Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/407.

⁸⁹ Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 33 (MvT).

⁹⁰ HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649, met nt. F.C.B. van Wijmen en J.B.M. Vranken (Protocol-I); HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377, met nt. F.C.B. van Wijmen en H.J. Snijders (Protocol-II); HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken en HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest), rov. 3.3.

⁹¹ H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 63 en 106.

⁹² H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 46-47; 65 en 100.

⁹³ Zie voor gedragsregels ook de International Code of Medical Ethics van de World Medical Association, de vereniging van artsenorganisaties, zie <www.wma.net>.

⁹⁴ Zie over richtlijnen en protocollen ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 71-74 evenals R.P. Wijne en J.P. van der Sluijs, 'Richtlijnen als medische en juridische leidraad', *TLP* 2016, nr. 3, p. 15-20; H.D.C. Roscam Abbing, 'Richtlijnen voor medisch handelen in gezondheidsrechtelijk perspectief', *NTvG* 1998;142:2480-4 en F.C.B. van Wijmen, *Richtlijnen voor verantwoorde zorg*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2000.

⁹⁵ R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 154 en A.C. Hendriks, 'Medische aansprakelijkheid bij (niet) naleven kwaliteitsnormen', *Elsa Leiden Magazine* 06/3, p. 24-29.

⁹⁶ R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, 157 en 158. Zie voor een voorbeeld van een protocol dat niet aan de eisen voldeed RTG 's-Gravenhage 9 november 2010, ECLI:NL:TGZRSGR:2010:YG0650 en ECLI:NL:TGZRSGR:2010:YG0651. Zie voor een voorbeeld waarin het ter discussie werd gesteld Rechtbank Utrecht 3 november 1994, *TvGR* 1995, 39.

⁹⁷ Zie RTG Zwolle 24 februari 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:46 voor een uitspraak waarin het tuchtcollege oordeelde dat de protocollen onder de maat waren en dus niet gevolgd konden worden.

⁹⁸ Zie de Protocol-arresten I en II, HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649, met nt. F.C.B. van Wijmen en J.B.M. Vranken (Protocol-I); HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377, met nt. F.C.B. van Wijmen en H.J. Snijders (Protocol-II). Zie tevens H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 72. Zie voor een voorbeeld ook Rechtbank Den Haag 24 oktober 2018, *GZR* 2018-0477, met nt. A.J. Van (afwijken Richtlijn Stuitligging moet worden beargumenteerd).

De norm houdt voorts in dat de hulpverlener bij zijn werkzaamheden moet handelen *in overeenstemming met de kwaliteitsstandaarden als bedoeld in artikel 1, onderdeel z, van de Zorgverzekeringswet (Zvw)*. Wat voor de professionele standaard geldt, geldt ook voor de kwaliteitsstandaard: zij betreft een nadere invulling van de norm te handelen als goed hulpverlener. Een kwaliteitsstandaard is ingevolge artikel 1, onderdeel z, Zvw een richtlijn, module, norm, zorgstandaard dan wel organisatiebeschrijving die 1° betrekking heeft op het gehele zorgproces of een deel van een zorgproces, 2° vastlegt wat noodzakelijk is om vanuit het perspectief van de cliënt goede zorg te verlenen en 3° overeenkomstig artikel 66b Zvw in een openbaar register is opgenomen.

Een standaard is dus pas een kwaliteitsstandaard als zij een proces van goede zorg beschrijft en daarmee bijdraagt aan de kwaliteit van zorg. Wat een kwaliteitsstandaard bovendien een onderscheidend karakter geeft, is dat dergelijke standaarden opgesteld worden door drie partijen gezamenlijk: een cliëntenorganisatie, een organisatie van zorgaanbieders of zorgverleners en een organisatie van zorgverzekeraars of uitvoerders van de Wet langdurige zorg dan wel de Adviescommissie Kwaliteit, en dat de standaard op voordracht van deze organisaties of de Adviescommissie Kwaliteit moet zijn opgenomen in het door het in 2013 opgerichte Zorginstituut Nederland bij te houden openbaar register.⁹⁹

De norm te handelen als goed hulpverlener wordt ook ingevuld door wet- en regelgeving. Daarbij moet ten eerste worden gedacht aan regelgeving ten aanzien van de rechten van de patiënt.¹⁰⁰ De rechten van de patiënt zijn neergelegd in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW, maar bijvoorbeeld ook in verdragen die mensenrechten tot onderwerp hebben. Hoewel 'mensenrechten' algemeen zijn, kunnen zij een bijzondere en concrete betekenis hebben voor het goed hulpverlenerschap. Mensenrechten zijn onder meer neergelegd in het Europees Verdrag voor de rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM)¹⁰¹ en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (Handvest EU).¹⁰² Van belang zijn bijvoorbeeld artikel 3 EVRM en artikel 4 Handvest EU (niemand mag worden onderworpen aan onmenselijke of vernederende behandelingen), artikel 3 Handvest EU (het recht op vrije en geïnformeerde toestemming) en artikel 8 EVRM en artikel 7 Handvest EU (recht op respect voor het privé-, familie- en gezinsleven). Schending van artikel 3 EVRM is bijvoorbeeld aan de orde indien de patiënt wordt blootgesteld aan een geneeskundige behandeling die als vernederend kan worden bestempeld,¹⁰³ of indien de patiënt zorg wordt onthouden.¹⁰⁴ Schending van artikel 8 EVRM is bijvoorbeeld aan de orde als het recht op abortus op zodanige wijze aan banden is gelegd dat van een recht op een privéleven niet meer kan worden gesproken.

⁹⁹ Wet van 11 december 2013 tot wijziging van de Wet cliëntenrechten zorg en andere wetten in verband met de taken en bevoegdheden op het gebied van de kwaliteit van de zorg, *Stb.* 2013, 578. Het register bestaat sinds 1 januari 2014. Zie voorts <www.zorginstituutnederland.nl>.

¹⁰⁰ H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 63-64. Zie ook reeds Th.M.G. van Berkestijn, R.M.S. Doppegieter, W.R. Kastelein en J. Legemaate, *Arts en aansprakelijkheid*, Utrecht: Uitgeverij Bunge 1993, p. 24-33.

¹⁰¹ Zie uitvoeriger voor de betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht A.C. Hendriks, 'De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht', *Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 15-87 en A.C. Hendriks e.a., *Bestuursrechtelijk gezondheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, tweede druk, 2015, p. 3-4.

¹⁰² Zie over mensenrechten in het kader van het gezondheidsrecht H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 37-41 en A.C. Hendriks e.a., *Bestuursrechtelijk gezondheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer, tweede druk, 2015, p. 3-9.

¹⁰³ EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen) en EHRM 30 oktober 2012, zaaknr. 57375/08 (P&S/Polen).

¹⁰⁴ EHRM 27 juli 2010, zaaknr. 15952/09 (Rokosz/Polen) en EHRM 16 februari 2010, zaaknr. 7078/02 (VD/Roemenië).

Rechten van de patiënt zijn ook neergelegd in Richtlijn 2011/24/EU betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg.¹⁰⁵

Relevante andere regelgeving die inhoud geeft aan de norm te handelen als goed hulpverlener betreft de publiekrechtelijke regelgeving op het terrein van de gezondheidszorg.¹⁰⁶ Relevant zijn tevens de Europese richtlijnen die op verschillende medische terreinen zijn ontwikkeld. Ook het Wetboek van Strafrecht is een relevante wetgevingsbron die de norm invult.¹⁰⁷

Hoewel geen wetgeving wordt verder gewezen op de Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA).¹⁰⁸ De GOMA is tot stand gekomen op initiatief van De Letselschade Raad en is voornamelijk bedoeld om het schadeafwikkelingstraject na een incident soepeler te laten verlopen.¹⁰⁹ Daarnaast bevat de GOMA negen aanbevelingen voor de hulpverlener, waaronder het goed bijhouden van een dossier, het geven van openheid over incidenten, het toegeven van fouten, het behulpzaam zijn bij het vergaren van bewijsmateriaal en het informeren van de patiënt over diens rechten. In zoverre kan ook de GOMA invulling geven aan de norm te handelen als goed hulpverlener.¹¹⁰

Veel van de hiervoor genoemde richtlijnen, protocollen, gedragsregels en wetgevingsbronnen vinden hun uitwerking in uitspraken van rechters over wat onder 'juist medisch handelen' moet worden verstaan: zij interpreteren de bronnen en bepalen de norm. Zo wordt bijvoorbeeld de uitwerking van de norm 'verantwoorde zorg' van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) handen en voeten gegeven door de tuchtrechter, bepaalt de strafrechter of de hulpverlener in kwestie aan een straf kan ontkomen door een beroep te doen op het gebruik binnen zijn medische beroepsgroep,¹¹¹ en bepaalt de civiele rechter of de hulpverlener, ondanks diens handelen conform het gebruik binnen de medische beroepsgroep of een kwaliteitsstandaard, is tekortgeschoten.¹¹² Goed hulpverlenerschap wordt aldus begrensd door het oordeel van de rechter aan wie het handelen van de hulpverlener wordt voorgelegd.¹¹³ Dit betekent dat de norm te handelen als goed hulpverlener in eerste en laatste instantie wordt bepaald door de rechter.

¹⁰⁵ Brussel 2 juli 2008 COM (2008) 414 definitief, 2008/0142 (COD), 'Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg'. Zie voor de tekst *PbEU* L88/45 van 4 april 2011. Zie over de invloed van Richtlijn 2011/24/EU nader W. Sauter, 'Patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg', *NtEr* 2009, nr. 1, p. 1-7; A.P. van der Mei, 'De nieuwe Richtlijn betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende zorg', *NJB* 2011/2049; S.A. de Vries, 'De Europese patiëntenrichtlijn: van privileges naar rechten voor alle patiënten in Europa?', *NtEr* 2011, nr. 7, p. 215-224; H. Nys, 'De rechten van de europatiënt, de individuele rechten van de patiënt in Richtlijn 2011/24/EU', *AA* 60 (2011) 7/8, p. 558-564 en J.W. van de Gronden en J.J.M. Sluijs, 'De betekenis van het EG-Verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt', in: *Gezondheidszorg en Europees Recht*, Preadvies 2009, p. 127 e.v.

¹⁰⁶ H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 62-65.

¹⁰⁷ Wet van 3 maart 1881, *Stb.* 1881, 6.

¹⁰⁸ De Letselschade Raad, *Gedragscode Openheid Medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid*, Den Haag maart 2012. In 2016 is er een addendum tot stand gekomen, behorende bij aanbeveling 18.

¹⁰⁹ De Letselschade Raad is in 2008 ontstaan vanuit het Nationaal Platform Personenbeschade. Zij beoogt de harmonie en duidelijkheid in de afhandeling van letselschadezaken (waaronder kwesties van medische aansprakelijkheid) te vergroten. Op 1 januari 2017 fuseerde De Letselschade Raad met de Stichting Keurmerk Letselschade.

¹¹⁰ Op initiatief van De Letselschade Raad wordt er gewerkt aan een nieuwe versie van de GOMA. Doel is onder meer het completeren van de huidige GOMA met een Medische Paragraaf. Zie voor het belang van de GOMA voor de invulling van de zorgplicht van de hulpverlener ook CTG 8 maart 2018, *ECLI:NL:TGZCTG:2018:67*. Zie voorts B.S. Laarman e.a., *Ervaringen met de GOMA – Ervaringen met deel A van de Gedragscode Openheid na medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid – Welke vragen spelen bij de implementatie van een open beleid in ziekenhuizen?*, Utrecht: NIVEL 2018.

¹¹¹ Zie met name de jurisprudentie van de Hoge Raad in het kader van medisch-ethische kwesties, zoals euthanasie, hulp bij zelfdoding of hulp bij abortus provocatus zonder medische indicatie: HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106, met nt. Th.W. van Veen; HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, met nt. G.E. Mulder; HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656, met nt. T.M. Schalken; HR 5 december 1995, *NJ* 1996, 322, met nt. A.C. 't Hart en HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken.

¹¹² Zie in die zin ook A.C. Hendriks, 'Medische aansprakelijkheid bij (niet) naleven kwaliteitsnormen', *Elsa Leiden Magazine* 06/3, p. 24-29. Zie voorts J. Legemaate in zijn bijdrage aan het Jaarverslag van de Tuchtcolleges voor de Gezondheidszorg 2011, p. 13-15.

¹¹³ Zie ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 62-78. Zie tevens de noot van J. Simons onder Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 juli 2010 in *JA* 2010, 131.

4.6.3 Stelplicht- en bewijslastverdeling schending goed hulpverlenerschap

Het formele bewijsrecht is geregeld in Boek 1, titel 2, afdeling 9, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), artikelen 149 tot en met 207 Rv. De hoofdregel van de bewijslastverdeling staat in artikel 150 Rv: “De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.”

Ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv rust (dus) op de *patiënt* de last te stellen dat de arts of het ziekenhuis is tekortgeschoten of onrechtmatig heeft gehandeld.¹¹⁴ De patiënt beroept zich immers op het rechtsgevolg ‘schadevergoeding’ van de door hem gestelde tekortkoming, waarvoor hij de feiten,¹¹⁵ en omstandigheden heeft aan te dragen.¹¹⁶ Hij dient zijn stelling dus te motiveren.¹¹⁷ Meent de hulpverlener dat hij niet is tekortgeschoten, dan dient hij de stelling(en) van de patiënt gemotiveerd te betwisten.¹¹⁸

Zie ook artikel 149, eerste lid, Rv: “Tenzij uit de wet anders voortvloeit, mag de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze afdeling zijn komen vast te staan. Feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.”

Daarbij wordt opgemerkt dat op de hulpverlener een ‘*verzwaarde*’ motiveringsplicht rust, wat inhoudt dat hij te minste het medisch dossier (voor zover nodig) moet overleggen en nadere informatie moet verschaffen, mocht iets niet duidelijk zijn.¹¹⁹ Het gaat erom de patiënt de benodigde handvatten te geven om het bewijs van zijn stellingen te kunnen leveren. De verzwaarde motiveringsplicht sluit aan bij de bedoeling van onder meer de artikelen 21, 22 en 843a Rv.

Betwist de hulpverlener de stelling van de patiënt niet, dan zal de rechter uitgaan van de tekortkoming van de hulpverlener en de vordering van de patiënt toewijzen, tenzij de vordering de rechter ongegrond of onrechtmatig voorkomt (en mits aan de overige vereisten is voldaan, zoals een *condicio sine qua non-verband*).¹²⁰ Meent de arts of het ziekenhuis dat zijn handelen (ondanks dat het onjuist was) gerechtvaardigd was of dat zich een uitzonderingsgrond op het nakomen van de verplichting voordeed, dan dient de *hulpverlener* ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv de feiten en omstandigheden daarvoor aan te dragen. Hij beroept zich in dat geval immers op een rechtsgevolg dat hij verbindt aan door hem gestelde feiten (ja, maar-verweer).¹²¹ Voorbeelden zijn een beroep op de aanwezigheid van een noodsituatie waardoor de hulpverlener zonder toestemming mocht ingrijpen en een beroep op een conflict van plichten waardoor de hulpverlener zijn beroepsgeheim mocht doorbreken.

¹¹⁴ Artikel 150 Rv is zo geredigeerd dat eruit volgt dat eerst voldoende moet worden gesteld, voordat aan bewijzen kan worden toegekomen. Zie in het algemeen over artikel 150 Rv Asser Procesrecht/Asser 3 2017/287-288. Zie voor een voorbeeld van een afwijzing zonder bewijslevering wegens onvoldoende stellen: Rechtbank Arnhem 14 december 2011, JA 2012, 55, rov. 4.8.

¹¹⁵ ‘Feiten’ betreffen rechtsfeiten, een feit waaraan een rechtsgevolg wordt verbonden. Zie nader over het begrip ‘feit’ Asser Procesrecht/Asser 3 2017/30. Feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels hoeven niet te worden bewezen, aldus artikel 149, tweede lid, Rv. Zie uitvoeriger I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij 2001, p. 28 e.v. Zie ook W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling, Deventer: Kluwer 2004, p. 36-37.

¹¹⁶ Vaste jurisprudentie sinds HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman). Zie ook HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn); HR 7 september 2001, NJ 2001, 615; HR 20 april 2007, VR 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenauer en HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335.

¹¹⁷ Zie in algemene zin over de gemotiveerde stelling Asser Procesrecht/Asser 3 2017/288 en Asser/Procesrecht/Van Schaik 2 2016/9.

¹¹⁸ Zie in algemene zin over de gemotiveerde betwisting Asser Procesrecht/Asser 3 2017/288 en Asser/Procesrecht/Van Schaik 2 2016/9.

¹¹⁹ HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman). Zie in algemene zin over de verzwaarde motiveringsplicht Asser Procesrecht/Asser 3 2017/306-309.

¹²⁰ In geval van verstek artikel 139 Rv.

¹²¹ Zie nader in algemene zin over het onderscheid tussen een betwisting en een op zichzelf staand verweer (in welk geval op de verweerder de bewijslast rust) Asser Procesrecht/Asser 3 2017/57; 288 en 289.

Ik merk terzijde op én benadruk dat inbreuken op een recht als zodanig (als onderdeel van onrechtmatige handelen) in kwesties al deze nauwelijks voorkomen en in die zin een bevrijdend verweer in de trant van 'ik mocht je opnemen zonder toestemming want daar was een wettelijke grondslag voor' ook niet of nauwelijks wordt aangevoerd. Veeleer gaat het ook in geval van een onrechtmatige daad om de schending van de zorgvuldigheidsnorm te handelen als goed hulpverlener en daarmee is het de plicht van de patiënt om een schending van die zorgvuldigheidsnorm te stellen en is het de plicht van de zorgaanbieder om de gestelde schending van de zorgvuldigheidsnorm te betwisten.

Te bewijzen feiten die door de patiënt niet worden bewezen, komen niet vast te staan. Het gevolg is dat de op die feiten gebaseerde stelling – de hulpverlener heeft onzorgvuldig gehandeld – niet opgaat.¹²² Dit zal in beginsel leiden tot een afwijzing van de vordering van de patiënt.¹²³ Evenzo wordt de stelling van de hulpverlener gepasseerd, indien hij geen bewijs levert van het door hem gestelde en door de patiënt betwiste bestaan van een rechtvaardigings- of uitzonderingsgrond. Het hebben van de bewijslast impliceert dus een *bewijsrisico*.¹²⁴ Een andere verdeling van bewijslast (en dus een andere verdeling van het bewijsrisico), bijvoorbeeld om redenen van redelijkheid en billijkheid, vindt alleen bij uitzondering plaats.¹²⁵ De patiënt zal dan ook in veel gevallen proberen bewijs te leveren met behulp van medisch deskundigen. Dit brengt echter kosten met zich en vergt tijd.

Volledigheidshalve wordt benadrukt dat er wat de bewijslastverdeling van de *toerekening* betreft een verschil is tussen de grondslag van de tekortkoming en die van de onrechtmatige daad. Komt de tekortkoming vast te staan, dan leidt dit in beginsel tot een toewijzing van de vordering van de patiënt tot vergoeding van zijn schade (mits ook is voldaan aan het *condicio sine qua non*-verband). Desalniettemin wordt de hulpverlener ingevolge artikel 6:74 BW van zijn schadevergoedingsplicht bevrijd wanneer de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Op de hulpverlener rusten de stelplicht en bewijslast van de afwezigheid van een toerekeningsgrond; het is een bevrijdend verweer. Anders dan bij de tekortkoming is het ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv eveneens aan de patiënt om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de onrechtmatige daad aan de arts kan worden toegerekend.¹²⁶ Het vereiste van toerekening neergelegd in artikel 6:162, eerste lid, BW maakt (immers) deel uit van de te stellen feiten en omstandigheden die nodig zijn voor een recht op schadevergoeding.

Ik merk terzijde op dat de formele bewijsregels ingevolge artikel 284 Rv ook gelden in een verzoekprocedure, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet. Zoals nog zal blijken (zie onder 5), betekent dit dat Boek 1, titel 2, afdeling 9, Rv in beginsel ook van toepassing is op de verzoekprocedures (in rechte dus) ter verkrijging van een schadevergoeding vervat in de Wet op de bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz). Omdat de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz) de Wet Bopz per 1 januari 2020 vervangt en de klachtenprocedure van de Wvggz, inclusief het beroep bij de rechter, in grote lijnen de procedure van de Wet Bopz voortzet, zullen de hiervoor bedoelde regels van het bewijsrecht op gelijke wijze van toepassing zijn op de verzoekprocedures die ten overstaan van de rechter onder het regime van de Wvggz zullen worden gevoerd. Dit volgt overigens tevens uit de Wvggz zelf.¹²⁷

¹²² Zie voor voorbeelden Rechtbank Noord-Nederland 23 januari 2013, JA 2013, 46; Gerechtshof Amsterdam 12 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ6703; Rechtbank Amsterdam 29 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:358; Rechtbank Oost-Brabant 19 februari 2015, GZR 2015-0086; Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1071 en Rechtbank Midden-Nederland 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4172.

¹²³ De rechter zal niet snel een mogelijkheid tot reparatie geven. Zie nader over de sancties bij het niet voldoen aan het leveren van bewijs Asser Procesrecht/Asser 3 2017/84-85.

¹²⁴ Zie I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001; W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 53 en Asser Procesrecht/Asser 3 2017/84; 270-272.

¹²⁵ De hoofdregel is uitgangspunt zo volgt uit HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman); HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn); HR 7 september 2001, NJ 2001, 615; HR 20 april 2007, VR 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenauer en HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335. Zie in algemene zin over het afwijken van de hoofdregel Asser Procesrecht/Asser 3 2017/290-292.

¹²⁶ Zie voor de stelplicht bij onrechtmatige daad ook C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 167.

¹²⁷ Zie artikel 6:1, tiende lid, Wvggz. Zie voorts kritisch W.J.A.M. Dijkers, 'De Wetgever als verwarde man; suggesties voor het Wvggz-procesrecht', *Trema* 2018/08.

4.7 Nadere analyse van het causaal verband

4.7.1 Vestiging en omvang

In het civiele aansprakelijkheidsrecht valt het juridisch causaal verband volgens de heersende leer uiteen in het *condicio sine qua non*-verband enerzijds en de mate waarin de schade aan de schadeveroorzaker kan worden toegerekend anderzijds, hetgeen is verwoord in (onder meer) artikel 6:74 BW en artikel 6:162 BW, respectievelijk artikel 6:98 BW.¹²⁸ Het *condicio sine qua non*-verband is het primaire vereiste.¹²⁹ De toerekening volgt daarna en bepaalt de omvang van de te vergoeden schade.

4.7.2 *Condicio sine qua non*-verband als minimumvereiste

Zowel artikel 6:74 BW als artikel 6:162 BW stelt als voorwaarde voor een recht op schadevergoeding het bestaan van causaal verband tussen het normschendend gedrag van een ander en de schade. Wil de patiënt zijn schade verhalen op de arts of het ziekenhuis dan moet dus worden aangetoond dat de schade van de patiënt is veroorzaakt door de toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad van de arts of het ziekenhuis. Wil de patiënt zijn schade op de arts of het ziekenhuis verhalen, omdat de hulpverlener aansprakelijk is vanwege zijn hoedanigheid als werkgever of bezitter van een ondeugdelijke zaak of gevaarlijke stof, dan is evenzeer vereist dat de schade in causaal verband staat met een fout van de (niet)ondergeschikte, met de (inwendige) gebrekkigheid van de zaak of met de gevaarlijke eigenschappen van de stof, zo volgt uit de artikelen 6:170 BW, 6:171 BW, 6:173 BW, 6:174 BW en 6:175 BW.

De in de wettelijke bepalingen vereiste oorzakelijke verbanden worden vastgesteld met behulp van de 'condicio sine qua non-test'.¹³⁰ Om vast te stellen of schade het gevolg is van de normschending door de hulpverlener, wordt het (feitelijk) onjuist handelen van de hulpverlener weggedacht (zorgvuldig handelen ervoor in de plaats gesteld) en wordt de vraag gesteld of de schade (ook) zonder die normschending zou zijn ingetreden.¹³¹ Luidt het antwoord nee, dan bestaat er een *condicio sine qua non*-verband en heeft de patiënt in beginsel recht op vergoeding van zijn schade. Luidt het antwoord ja, dan is er geen *condicio sine qua non*-verband en kan de patiënt zich tegenover de hulpverlener niet op een recht op schadevergoeding beroepen.¹³² Er bestaat immers geen goede grond om een ander aansprakelijk te houden voor schade van de patiënt die die ander niet heeft veroorzaakt.¹³³ Het 'condicio sine qua non-verband' geeft dan ook de minime eis aan voor het recht op schadevergoeding.¹³⁴

¹²⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/50; C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 2 (Monografieën BW B35), Deventer: Kluwer 2017, nr. 18 en D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 5-9. De leer van de *causa proxima*, noch die van de adequate veroorzaking worden onder het huidige recht als leidend gezien. Zie voor deze leren Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/54-56.

¹²⁹ C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 2 (Monografieën BW B35), Deventer: Kluwer 2017, nr. 18; D.S. Rambocus, *Medisch-Juridische causaliteit* (diss. Utrecht), Utrecht 1999, p. 5-9 en C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012, nr. 5 p. 182-193.

¹³⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/50 en C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 2 (Monografieën BW B35), Deventer: Kluwer 2017, nr. 18.

¹³¹ De normschending is de grondslag en dus het uitgangspunt bij het vaststellen van het *condicio sine qua non*-verband met de schade van de patiënt, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 340.

¹³² Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/50.

¹³³ C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 2 (Monografieën BW B35), Deventer: Kluwer 2017, nr. 17 en C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

¹³⁴ Zie met betrekking tot het minimumvereiste Parl. Gesch. Boek 6, p. 340 en 343, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/50 en voorts Boonekamp, *GS Schadevergoeding* (online), aant. 1.2.2 en 2.2.1 bij art. 98 BW.

Voor het aannemen van een *condicio sine qua non*-verband is echter niet vereist dat er absolute zekerheid bestaat over het antwoord op de vraag of de normschending door de hulpverlener oorzaak is geweest voor de schade van de patiënt. Een redelijke mate van waarschijnlijkheid is voldoende.¹³⁵

4.7.3 *Condicio sine qua non*-verband en eigen schuld van de patiënt

Ingevolge artikel 6:101, eerste lid, BW wordt – in het geval de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend – de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde (patiënt) en de vergoedingsplichtige (hulpverlener) te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.

De hoofdregel verwoordt daarmee het gedachtegoed dat eenieder, en dus ook de patiënt, in beginsel zijn eigen schade draagt.¹³⁶ Toepassing van de hoofdregel van artikel 6:101, eerste lid, BW vereist een juridisch causaal verband tussen de schade en een aan de hulpverlener (krachtens schuld, verkeersopvattingen of wet) toe te rekenen normschending alsook een juridisch causaal verband tussen de schade en een aan de patiënt toe te rekenen omstandigheid.¹³⁷ Toegerekend worden gedragingen waaraan de patiënt (eigen) schuld heeft.¹³⁸ (Eigen) schuld aan de zijde van de patiënt impliceert dat de patiënt – naar de objectieve maatstaven van de redelijk bekwame en redelijk handelende patiënt – anders had kunnen en moeten handelen.¹³⁹ Heeft de patiënt de hulpverlener niet geïnformeerd of geen medewerking verleend aan de behandeling, dan zal de patiënt dus mogelijk eigen schuld kunnen worden tegengeworpen (dit is een bevrijdend verweer). Hetzelfde geldt wanneer de patiënt geen maatregelen treft die in redelijkheid van hem mogen worden gevergd om zijn schade die het gevolg is van de normschending door de hulpverlener, te beperken.¹⁴⁰ Kan de patiënt daarentegen geen verwijt worden gemaakt van zijn handelen, dan slaagt een beroep van de hulpverlener op eigen schuld van de patiënt niet en blijft de vergoedingsplicht van de hulpverlener geheel in stand.¹⁴¹

¹³⁵ Zie (onder meer) HR 21 juni 1974, *NJ* 1974, 453, met nt. G.J. Scholten; HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 en HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 398. Zie voor literatuur A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 247 en 433; C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW B35), Deventer: Kluwer 2017, nr. 20; R.L.M.M. Tan, 'Over het mogelijke en het waarschijnlijke, salomonsoordelen in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2008, nr. 1, p. 23-27; A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177 en C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

¹³⁶ Zie T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade: enige opmerkingen over de fundamentele van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

¹³⁷ Parl. Gesch. Boek 6, p. 351 (het 'vereiste' verband). Zie in algemene zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/108 en A.L.M. Keirse en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013, p. 35 en 69.

¹³⁸ Zie in algemene zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/107-109. Zie over het begrip 'schuld' ook A.J.O. van Wassenae van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 21 en A.L.M. Keirse en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013, p. 8-11 (als evenbeeld van de aansprakelijkheid) 29-32 en 36.

¹³⁹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 350-351. Zie voorts (in algemene zin) Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II 2017/107. Zie voor voorbeelden van eigen schuld A.J.O. van Wassenae van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, paragraaf 5. Zie voorts A.L.M. Keirse en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2013, p. 39.

¹⁴⁰ Het niet nemen van schadebeperkende maatregelen is alleen dan aan de patiënt toe te rekenen, indien op grond van de omstandigheden van het geval moet worden geoordeeld dat het nemen van zodanige maatregelen in *redelijkheid* van hem kon worden gevergd. Factoren die een rol spelen bij het bepalen van de grens van de op de patiënt rustende schadebeperkingsplicht zijn de persoon van de dader, de aard van diens activiteiten en de grondslag van diens aansprakelijkheid, zie HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 567, met nt. W.C.L. van der Grinten; HR 29 mei 1998, *NJ* 1998, 641 en Gerechtshof Leeuwarden 9 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF0772. Deze 'schadebeperkingsplicht' is overigens geen afdwingbare rechtsplicht. Het is een eigen keuze die, al naar gelang de omstandigheden, voor rekening van de patiënt komt, zie A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 72. Zie over schadebeperking in algemene zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/125 e.v.

¹⁴¹ Het ligt op de weg van de hulpverlener om aan te tonen dat de patiënt niet aan zijn schadebeperkingsplicht heeft voldaan en dat dit van invloed is geweest op de omvang van de schade, zie bijvoorbeeld HR 12 april 1985, *NJ* 1986, 809, met nt. C.J.H. Brunner en HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 333.

De afwezigheid van schuld bij de patiënt betekent niet dat artikel 6:101, eerste lid, BW toepassing mist. Het artikel spreekt immers van een vermindering van de schadevergoedingsplicht wegens een omstandigheid die de benadeelde wordt *toegerekend*.¹⁴² Zo sluit een geestelijke beperking van de patiënt of een leeftijd van dertien jaar of jonger niet uit dat de schadeveroorzakende gedraging de patiënt wordt toegerekend.¹⁴³ De hoofdregel van artikel 6:101, eerste lid, BW houdt bovendien in dat de patiënt zijn schade evenmin volledig vergoed krijgt, indien de schade in causaal verband staat met 'iets' of 'iemand' waarvoor de patiënt kwalitatief aansprakelijk is of wanneer de schade anderszins voor rekening van de patiënt behoort te blijven.¹⁴⁴

Toepassing van de hoofdregel van artikel 6:101, eerste lid, BW brengt met zich dat de vergoedingsplicht van de aansprakelijke hulpverlener wordt verminderd, door de schade over de patiënt en de hulpverlener te verdelen *in evenredigheid* met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade heeft bijgedragen. Indien de hoegrootheid van de verschillende aandelen niet kan worden vastgesteld, wordt aangenomen dat elke oorzaak voor een gelijk deel heeft bijgedragen en ieder de helft van de schade draagt.¹⁴⁵ Een afwijking van de hoofdregel is echter mogelijk, indien de *billijkheid* dit, wegens de uiteenlopende ernst van de (aan beide zijden) gemaakte fouten,¹⁴⁶ of andere omstandigheden van het geval, eist, aldus het slot van artikel 6:101, eerste lid, BW. Overige omstandigheden die een rol spelen zijn bijvoorbeeld de aard van de schade, het al dan niet verzekerd zijn van een partij,¹⁴⁷ en de aard van de overeenkomst.¹⁴⁸ Naast de ernst van de fout van de hulpverlener kunnen de aanwezigheid van gezondheidsschade, de omstandigheid dat er een overeenkomst is die op de gezondheid van de patiënt ziet en de omstandigheid dat de hulpverlener is verzekerd tegen het risico van schade er bijvoorbeeld toe leiden dat een andere verdeling tot stand komt of dat de gehele vergoedingsplicht van de hulpverlener in stand blijft.¹⁴⁹ Ook de jeugdige leeftijd van de patiënt of diens wilsonbekwaamheid kan een reden zijn om de billijkheidscorrectie in het voordeel van de patiënt toe te passen.

¹⁴² Niet te verwarren met de toerekening als bedoeld in artikel 6:98 BW. Zie over de (mogelijke) verwarring tussen de begrippen Boonekamp, GS Schadevergoeding (online), aant. 1.5 bij art. 101 BW. Zie over toerekening in algemene zin HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 54 en voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/114-116 en 119; A.J.O. van Wassenae van Catwijk en R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, paragraaf 7; A.L.M. Keirse, Schadebeperkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 85-97 en A.L.M. Keirse en R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 2013, p. 8 (schema) en 35.

¹⁴³ Zie voor ontoerekeningsvatbaarheid en toerekening in algemene zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/117; A.J.O. van Wassenae van Catwijk en R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, paragraaf 9 en A.L.M. Keirse en R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 2013, paragraaf 13. Zie voor toerekening van gedrag aan een minderjarige van veertien jaar en jonger Parl. Gesch. Boek 6, p. 352. Ten overvloede: *aansprakelijkheid* van een kind jonger dan veertien jaar is wel uitgesloten, zie artikel 6:164 BW.

¹⁴⁴ Dit betreft de zogeheten '*reflexwerking*', zie bijvoorbeeld HR 6 februari 1987, *NJ* 1988, 57 en HR 4 mei 2001, *NJ* 2002, 214 (verkeer) en Rechtbank Arnhem 1 mei 1987, *NJ* 1989, 195 (dieren). Zie in algemene zin Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/115-116; A.J.O. van Wassenae van Catwijk en R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 3 en A.L.M. Keirse en R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 2013, p. 8 en 81-86.

¹⁴⁵ HR 9 december 2009, *JA* 2010, 80.

¹⁴⁶ Hieronder wordt mede begrepen de mate van verwijtbaarheid, zie HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400 en HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 402, met nt. J. Hijma en HR 4 mei 2001, *NJ* 2001, 214, met nt. C.J.H. Brunner. Zie voor een (niet-medisch) voorbeeld HR 5 oktober 2001, *NJ* 2001, 632. Zie voor zo een geringe schuld dat zij als factor werd verwaarloosd HR 16 maart 1973, *NJ* 1973, 407; HR 27 juni 1975, *NJ* 1976, 81 en HR 9 juni 1978, *NJ* 1978, 583.

¹⁴⁷ Zie bijvoorbeeld HR 4 mei 2001, *NJ* 2001, 214, met nt. C.J.H. Brunner en uit de lagere rechtspraak Gerechtshof Arnhem 7 juni 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AT7054 en Rechtbank Groningen 5 september 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BB3122. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/121-122. De verzekeraarbaarheid op zich is niet doorslaggevend, zie HR 21 september 2007, *NJ* 2008, 241, met nt. J.B.M. Vranken.

¹⁴⁸ Parl. Gesch. Boek 6, p. 352. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/123.

¹⁴⁹ Hoewel de ook wel gebruikte term 'billijkheidscorrectie' doet denken aan een marginaal correctief, is dat niet het geval, zie HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400 en HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 402, met nt. J. Hijma. Toepassing van de billijkheidscorrectie moet de rechter motiveren (wat is causaal en wat is billijk) en kan in cassatie worden getoetst, zie HR 13 januari 2006, *NJ* 2006, 59 en HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473. Welke causaliteitsverdeling de rechter heeft toegepast in het geval de billijkheidscorrectie ertoe leidt dat de schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke partij geheel in stand blijft, hoeft echter niet te worden gemotiveerd, zie HR 3 juni 2005, *NJ* 2005, 286.

4.7.4 Stelplicht- en bewijslastverdeling *condicio sine qua non*-verband

Conform de hoofdregel van artikel 150 Rv moet de *patiënt* stellen dat de schade zonder de normschending door de hulpverlener niet was ingetreden.¹⁵⁰ De patiënt beroept zich immers op het rechtsgevolg 'schadevergoeding' van de door hem gestelde normschending, waarvoor hij de feiten¹⁵¹ en omstandigheden heeft aan te dragen. Hij dient zijn stelling dan ook te motiveren.¹⁵²

De *hulpverlener* dient de stellingen van de patiënt gemotiveerd te betwisten, wil hij van een schadevergoedingsplicht worden bevrijd.¹⁵³ Daarbij wordt opnieuw opgemerkt dat op de hulpverlener een verzwaarde motiveringsplicht rust en dat hij ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt, de patiënt voldoende feitelijke gegevens moet verschaffen.¹⁵⁴ Wordt de stelling van de patiënt niet betwist, dan zal de rechter uitgaan van de stellingen van de patiënt en diens vordering toewijzen, tenzij deze hem ongegrond of onrechtmatig voorkomt.¹⁵⁵ Het is eveneens aan de hulpverlener om eigen schuld van de patiënt te stellen of een ander bevrijdend verweer aan te voeren en, bij betwisting, te bewijzen.¹⁵⁶

Als beide partijen voldoende onderbouwd hun standpunt naar voren hebben gebracht, maar het *condicio sine qua non*-verband nog niet vaststaat, dan zal de rechter ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv van de patiënt verlangen dat hij het bewijs levert van zijn stelling dat de schade zonder de normschending niet was ingetreden.¹⁵⁷ Bewijslevering vergt doorgaans tijd en brengt kosten met zich in verband met het inschakelen van medisch deskundigen.

De hulpverlener op zijn beurt zal het bewijs moeten leveren van de eigen schuld van de patiënt, maar ook van de andere verweren, die als bevrijdend verweer moeten worden aangemerkt.

Te bewijzen feiten die door de patiënt niet worden bewezen, komen in het geding niet vast te staan. Het gevolg is dat de op die feiten gebaseerde stelling – de schade zou niet zijn ingetreden zonder normschending, zonder gebrek in het gebrek – die aan de vordering van de patiënt ten grondslag ligt, niet opgaat. Afwezigheid van een *condicio sine qua non*-verband tussen het gedrag of de gebeurtenis

¹⁵⁰ HR 20 april 2007, *VR* 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenae; HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335; HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644 (foetale nood) en HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest). Zie in het algemeen over artikel 150 Rv Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/287-288 en Asser/*Procesrecht/Van Schaik* 2 2016/9. Zie voorts uitvoerig R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, tweede druk, 2017, hoofdstuk 4.

¹⁵¹ 'Feiten' betreffen rechtsfeiten, een feit waaraan een rechtsgevolg wordt verbonden. Zie nader over het begrip 'feit' Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/30. Feiten van algemene bekendheid en algemene ervaringsregels hoeven niet te worden bewezen, aldus artikel 149, tweede lid, Rv. Zie uitvoeriger I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 28 e.v. en W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 36-37.

¹⁵² Zie in algemene zin over de gemotiveerde stelling Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/288.

¹⁵³ Zie in algemene zin over de gemotiveerde betwisting Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/288. Zie voor een voorbeeld van onvoldoende betwisting door de arts wegens uitblijven betaling voorschot deskundige Rechtbank Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2387 en Rechtbank Rotterdam 19 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4452 (zaak Haagse borstchirurg, zie ook Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2397 en Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2365, voor het hoger beroep Gerechtshof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2503 alsmede Gerechtshof Den Haag 7 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:431, voor de strafzaak Rechtbank Den Haag 30 oktober 2014, GZR 2014-0428, met nt. R.P. Wijne en Gerechtshof Den Haag 30 november 2017, GZR 2017-0428, met nt. A.M. van der Wal en J.F. Wasser en voor de tuchtprocedure RTG 's-Gravenhage 11 mei 2010, ECLI:NL:TGZRSGR:2010:YG0286 en CTG 23 juni 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1358).

¹⁵⁴ HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500, met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman). Zie in algemene zin over de verzwaarde motiveringsplicht Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/306-309.

¹⁵⁵ In geval van verstek artikel 139 Rv.

¹⁵⁶ Zie onder meer HR 11 juni 2010, *NJ* 2010, 333. Zie nader in algemene zin over het onderscheid tussen een betwisting en een op zichzelf staand verweer (in welk geval op de verweerder de bewijslast rust) Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/57 en 289.

¹⁵⁷ HR 20 april 2007, *VR* 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenae; HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335; HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644 (foetale nood), en HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest).

en de schade van de patiënt leidt tot een afwijzing van de vordering tot schadevergoeding.¹⁵⁸ Het hebben van de bewijslast impliceert dus een bewijsrisico.¹⁵⁹ Een afwijking van de hoofdregel van bewijslastverdeling wordt niet snel aangenomen, maar wel kunnen de (wel) vaststaande feiten en omstandigheden met zich brengen dat van het vermoeden van het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade van de patiënt wordt uitgegaan.¹⁶⁰

In het verlengde daarvan wordt een opmerking gewijd aan het bewijsrechtelijke handvat dat in de praktijk door het leven gaat als de 'omkeringsregel' hoewel nadrukkelijk géén verlegging van de bewijslast plaatsvindt. De omkeringsregel strekt ertoe in bepaalde gevallen een uitzondering te maken op de hoofdregel van artikel 150 Rv in die voege dat het bestaan van een *condicio sine qua non*-verband tussen een onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen (bewijsvermoeden), tenzij degene die wordt aangesproken bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs aannemelijk maken voldoende is en een specifiek bewijsaanbod niet nodig is¹⁶¹ – dat de bedoelde schade ook zonder die onrechtmatige gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.¹⁶²

De omkeringsregel is geconstrueerd op basis van de ervaringsregel dat bepaalde normschendingen doorgaans tot letsel of het overlijden van een persoon leiden.¹⁶³ Voor toepassing van deze regel is vereist dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting, aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.¹⁶⁴

Voor zover van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade kan worden gesproken, is de omkeringsregel ook van toepassing in medische zaken.¹⁶⁵ De rechtspraak leert dat de patiënt er daarom goed aan doet de norm waarvan hij meent dat deze geschonden is, zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven en erop te wijzen dat de norm ertoe strekt bescherming te bieden tegen de schade die zich bij de patiënt heeft

¹⁵⁸ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Leeuwarden 22 februari 2006, ECLI:NL:GHEE:2006:AV2474; Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, JA 2006, 44, met nt. M. Zaadhof; Rechtbank Dordrecht 23 april 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BD0513; Rechtbank 's-Gravenhage 6 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK0176; Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, JA 2011, 4, met nt. L.C. Dufour; Rechtbank Arnhem 17 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO4628; Gerechtshof Arnhem 13 november 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BZ1776 en Rechtbank Rotterdam 10 februari 2016, GZR 2016-0079. Zie nader over de sancties bij het niet voldoen aan het leveren van bewijs Asser Procesrecht/Asser 3 2017/84-85.

¹⁵⁹ Zie I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001; W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 53 en Asser Procesrecht/Asser 3 2017/84; 270-272.

¹⁶⁰ Zie in algemene zin over het afwijken van de hoofdregel Asser Procesrecht/Asser 3 2017/290-292.

¹⁶¹ HR 9 januari 1999, NJ 1999, 413; HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest) en HR 9 juli 2004, NJ 2005, 78 (foetale nood). Zie uitvoeriger over het tegenbewijs Asser Procesrecht/ Asser 3 2013/266.

¹⁶² Voor de eerste keer met zoveel woorden geformuleerd in HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524. Daarna HR 29 november 2002, NJ 2004, 304, met nt. W.D.H. Asser; HR 29 november 2002, NJ 2004, 305, met nt. W.D.H. Asser, HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest); HR 9 april 2004, NJ 2004, 308; HR 8 april 2005, NJ 2005, 284; HR 19 december 2008, NJ 2009, 28 en HR 23 november 2012, JA 2013, 3, met nt. J.P.M. Simons.

¹⁶³ HR 14 oktober 2005, NJ 2005, 539.

¹⁶⁴ Voor de eerste keer met zoveel woorden geformuleerd in HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524. Daarna (onder meer) HR 29 november 2002, NJ 2004, 304, met nt. W.D.H. Asser; HR 29 november 2002, NJ 2004, 305, met nt. W.D.H. Asser; HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest); HR 9 april 2004, NJ 2004, 308, HR 8 april 2005, NJ 2005, 284; HR 19 december 2008, NJ 2009, 28 en HR 23 november 2012, JA 2013, 3, met nt. J.P.M. Simons.

¹⁶⁵ HR 9 januari 1999, NJ 1999, 413; HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest); HR 9 juli 2004, NJ 2005, 78 (foetale nood); HR 7 december 2007, NJ 2007, 644; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, L&S 2009, 112, met nt. A.J. Van en Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4768, rov. 9 en 10. Zie op dit punt ook I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van de Lorely. Over de opkomst en ondergang (?) van de "omkeringsregel"', in: T. Hartlief & S.D. Lindenberg (red.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 81.

verwezenlijkt.¹⁶⁶ Een voorbeeld van een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade is een gedragsregel die (ter invulling van de norm) in een protocol is vastgelegd en tot doel heeft bekende schade te voorkomen.¹⁶⁷ Tevens kan uit de feiten en omstandigheden van het individuele geval een norm strekkende tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade worden afgeleid.

Tot slot wordt opgemerkt dat in situaties van causaliteitsonzekerheid ook wel wordt 'gewerkt' met de leer van de proportionele aansprakelijkheid en de leer van het verlies van een kans.¹⁶⁸ Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid benadert de causaliteit via de weg van de *veroorzakingswaarschijnlijkheid*.¹⁶⁹ Deze proportionele benadering bij onzekerheid over de normschending als oorzaak van de schade vindt volgens de Hoge Raad haar grondslag in de gedachte die achter artikel 6:99 BW in combinatie met artikel 6:101 BW, respectievelijk alternatieve causaliteit en eigen schuld, schuilgaat;¹⁷⁰ de aansprakelijke dader dient alleen datgene te vergoeden wat in evenredigheid staat met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt.¹⁷¹ De benadering van de verloren kans is verwant aan de hiervoor beschreven proportionele benadering, doch is daarvan tevens te onderscheiden.¹⁷² Deze benadering vindt plaats vanuit het schadebegrip. Uitgangspunt is de normale wijze waarop het *condicio sine qua non*-verband wordt vastgesteld: er wordt een vergelijking gemaakt tussen de schade in de situatie met normschending en *de schade die zou zijn ontstaan* in de hypothetische situatie zonder normschending.¹⁷³ Wat de feitelijke situatie betreft, gaat het om de vaststelling van hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen. Wat de hypothetische situatie betreft, gaat het om de vaststelling van wat feitelijk zou zijn gebeurd zonder de normschending en een juiste behandeling zou zijn toegepast.¹⁷⁴ De benadering van de verloren kans is in feite dus niets anders dan een toepassing van de *condicio sine qua non*-test, met als bijzonderheid dat de schade wordt uitgedrukt in termen van kansen, meestal de kans op het voorkómen van (verdere) gezondheidsschade.¹⁷⁵

¹⁶⁶ Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin de norm onvoldoende specifiek werd geoordeeld Gerechtshof Leeuwarden 22 februari 2006, ECLI:NL:GHLLE:2006:AV2474, gesanctioneerd door HR op 7 december 2007, *NJ* 2007, 644. Zie voorts Gerechtshof Arnhem 15 maart 2011, *JA* 2011, 81; Gerechtshof 's-Gravenhage 18 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC1132; Gerechtshof Leeuwarden 17 april 2012, *JA* 2012, 144, met nt. P.J. Klein Gunnewiek; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1265; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3887; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, *GZR* 2015-0127 met vervolg Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1741 en Rechtbank Oost-Brabant 6 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5487.

¹⁶⁷ Voorbeeld genoemd in HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307, met nt. W.H.D. Asser (Seresta-arrest). Zie de voorbeelden zelf in HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649, met nt. J.B.M. Vranken (Protocol-I) en HR 1 april 2005, *TvGR* 2005, 19 (Protocol-II).

¹⁶⁸ Zie daarover uitvoerig R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, tweede druk, 2017, hoofdstuk 6, par. 6.3.5.

¹⁶⁹ Zie in het bijzonder over proportionele aansprakelijkheid A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997. Zie ook C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW B35), Deventer: Kluwer 2017, nr. 58-64.

¹⁷⁰ HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en HR 14 december 2012, *NJ* 2013, 236, met nt. S.D. Lindenbergh, rov. 4.3. Zie uitvoeriger A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 447. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II 2017/81-81d.

¹⁷¹ HR 14 december 2012, *NJ* 2013, 236, met nt. S.D. Lindenbergh.

¹⁷² Zie voor kritiek op het onderscheidend karakter C.H. van Dijk en A.J. Akkermans bij HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41. Van Dijk en Akkermans spreken van twee kanten van dezelfde medaille. Zie in dit verband ook C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14; A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013, nr. 5, p. 185-195 en C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013, nr. 3, p. 61-84. Zie juist instemmend T.F.E. Tjong, Tjin Tai, 'Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid', *NJB* afl. 31/2016, p. 2239-2244.

¹⁷³ Zie (niet-medische zaken) HR 17 september 2010, *RvdW* 2010, 1058 en HR 11 december 2009, *NJ* 2010, 3.

¹⁷⁴ HR 23 december 2016, *GZR* 2017-0001, met nt. R.P. Wijne (Baby Esther). Zie voor het arrest van het Gerechtshof Den Haag op 21 april 2015, *GZR* 2015-0196. Zie voor een bespreking van het arrest ook A.N.L. de Hoogh, 'Kansschade: wat zou er zijn gebeurd als de arts...?', *PIV-Bulletin* februari 2017, p. 10-12, de annotatie van M.J.J. de Ridder *TvGR* 2017, nr. 3, p. 241-247, de annotatie van S.D. Lindenbergh *NJ* 2017, 133 en de annotatie van H.P. Verdam, *TVP* 2017, nr. 2, p. 46-50.

¹⁷⁵ Zie voor een beschrijving van de leer A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, hoofdstuk 3 en p. 431 e.v. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II 2017/80-80b; A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177 en C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

De patiënt hoeft bij toepassing van de benadering van de verloren kans niet langer te bewijzen dat de normschending door de hulpverlener de vaststaande en rechtstreekse oorzaak is van de schade van de patiënt. Hij hoeft 'slechts' aan te tonen dat die normschending hem een kans op genezing of op het voorkomen van letsel of overlijden (een kans op 'winnen', een kans op 'succes') heeft ontnomen.¹⁷⁶ De essentie van de benadering is dat een dergelijke kans een in geld uit te drukken waarde vertegenwoordigt: het verlies van de kans vormt vermogensschade en die moet worden vergoed.¹⁷⁷

4.7.5 Redelijke toerekening

Met het *condicio sine qua non*-verband worden logisch irrelevante omstandigheden en verbanden die natuurwetenschappelijk gezien niet gelegd kunnen worden, als oorzaak uitgesloten. Het tweede aspect van de juridische causaliteit betreft de toerekening naar redelijkheid.¹⁷⁸ In artikel 6:98 BW is bepaald dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt de schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.¹⁷⁹ Artikel 6:98 BW kan een beperkende werking hebben in die zin dat er wel een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de normschending en de schade, maar de schade desalniettemin niet voor vergoeding in aanmerking komt, omdat de voor toerekening vereiste redelijkheid ontbreekt.¹⁸⁰ Bij het antwoord op de vraag of een bepaalde schade in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust dat zij aan de dader als gevolg daarvan kan worden toegerekend, spelen meerdere (objectieve) factoren een rol.¹⁸¹ Artikel 6:98 BW zelf spreekt over de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade,¹⁸² doch laat ruimte voor de invloed van andere factoren. In de toelichting op het wetsartikel werd destijds de voorzienbaarheid of waarschijnlijkheid van de schade genoemd, welk criterium is terug te zien in de jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁸³ In de literatuur en jurisprudentie wordt voorts de mate van schuld genoemd.¹⁸⁴ Centraal staat dus of het *doel* en de *strekking* van de geschonden norm toerekening van de geleden schade rechtvaardigt. Dit is terug te zien in de jurisprudentie van de Hoge Raad, waaruit blijkt dat in geval van schending van een verkeers- en veiligheidsnorm plaats is voor een ruime toerekening van de schade door letsel en/of

¹⁷⁶ HR 21 december 2012, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans en *NJ* 2013, 237, met nt. S.D. Lindenberg (niet-medisch). Zie ook A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25. Zie voorts R.L.M. Cox, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies – Tussen dogmatiek en praktijk', *NTBR* 2016/40, afl. 9.

¹⁷⁷ A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg) Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 107. Zie ook A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25.

¹⁷⁸ Vaste jurisprudentie Hoge Raad sinds 1970: HR 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251, met nt. G.J. Scholten; HR 21 maart 1975, 372, met nt. G.J. Scholten; HR 19 december 1975, *NJ* 1976, 280, met nt. G.J. Scholten en HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 84, met nt. G.J. Scholten, zulks in navolging van H.K. Köster, *Causaliteit en voorzienbaarheid: de betekenis van de begrippen causaliteit en voorzienbaarheid voor de omvang van de buitencontractuele schadevergoeding* (oratie Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963 en A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965. Zie hierover ook J. van Schellen, *Juridische causaliteit. Een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1972; A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 16-20 en Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II 2017/50.

¹⁷⁹ De term redelijkheid komt hierin met opzet niet voor, zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 345.

¹⁸⁰ HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 24 en HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 751.

¹⁸¹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 344. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II 2017/63-67 en C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW B35), Deventer: Kluwer 2017, nr. 33. Zie voorts HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214.

¹⁸² Zie ook in de jurisprudentie HR 2 november 1990, *NJ* 1991, 24 en HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 751.

¹⁸³ Parl. Gesch. Boek 6, p. 345. Zie voor voorbeelden uit de jurisprudentie HR 25 april 2008, *NJ* 2008, 262; HR 25 maart 2011, *NJ* 2011, 139; HR 29 april 2011, *NJ* 2011, 191 en HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214. Zie voor een uitvoerig bespreking van de arresten uit 2011 en het voorzienbaarheids criterium R. Rijnhout, 'Kroniek AV&S Schadevergoedingsrecht', *AV&S* 2012, nr. 4, p. 132-145. Zie tevens C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW B35), Deventer: Kluwer 2017, nr. 34-35.

¹⁸⁴ Jurisprudentie: HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168, met nt. W.D.H. Asser. Literatuur: C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW B35), Deventer: Kluwer 2017, nr. 42.2 en C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

overlijden aan de overtreder, omdat een dergelijke norm letsel of overlijden beoogt te voorkomen.¹⁸⁵ Zo zullen de gevolgen van een door de persoonlijke predispositie van het slachtoffer bepaalde reactie in het algemeen als een gevolg van de schending van de verkeers- of veiligheidsnorm aan de overtreder van de norm moeten worden toegerekend.¹⁸⁶ Toerekening is alleen dan niet aan de orde, indien het slachtoffer zou hebben nagelaten van zijn kant alles in het werk te stellen wat redelijkerwijs – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur – van hem kan worden verlangd om tot het herstelproces bij te dragen.¹⁸⁷

4.8 Nadere analyse van de omvang van de te verhalen schade

4.8.1 Uitgangspunten Boek 6, titel 1, afdeling 10, van het Burgerlijk Wetboek

De patiënt kan zijn vordering ‘te gelde maken’ volgens de wettelijke bepalingen van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW is geschreven voor wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding en bevat regels aangaande verbintenissen tot schadevergoeding die elders in het Burgerlijk Wetboek of daarbuiten hun grondslag hebben. Het vergoedingssysteem van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW heeft tot doel de patiënt *volledig herstel* (in financiële zin) te bieden.¹⁸⁸ Hij dient – zo veel mogelijk – te worden gebracht in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd, indien de tekortkoming of onrechtmatige daad van de hulpverlener niet zou hebben plaatsgevonden.¹⁸⁹

Het uitgangspunt van volledig herstel werd door de Hoge Raad in een zaak betreffende een onterechte verwijdering van de lymfeklieren van de patiënt als volgt benadrukt: ‘Bij de beoordeling (...) wordt het volgende voorop gesteld. Als uitgangspunt voor de berekening van de omvang van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding dient dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Hieruit volgt dat zijn schade in beginsel moet worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval. Dit geldt ook wanneer sprake is van letselschade.’¹⁹⁰

Een onvolledige vergoeding kan zelfs leiden tot schending van artikel 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). Dit volgt uit de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EHRM) in een kwestie waarin een baby als gevolg van een bloedtransfusie met HIV-besmet bloed schade leed. Er was niet voldoende betaald om de medische kosten te voldoen.¹⁹¹

¹⁸⁵ Zie bijvoorbeeld HR 9 juni 1972, *NJ* 1972, 360, met nt. G.J. Scholten; HR 21 maart 1975, *NJ* 1975, 372, met nt. G.J. Scholten (Coronaire trombose); HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 136, met nt. C.J.H. Brunner; HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 751, met nt. C.J.H. Brunner; HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 667, met nt. P.A. Stein; HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137, met nt. C.J.H. Brunner; HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547, met nt. C.J.H. Brunner; HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175, met nt. C.J.H. Brunner (De Heel/Korver), HR 30 september 2003, *NJ* 2005, 69, met nt. G. Knigge en HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141, met nt. C.J.H. Brunner.

¹⁸⁶ HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137, met nt. C.J.H. Brunner. Zie over predispositie ook HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397.

¹⁸⁷ HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 136, met nt. C.J.H. Brunner en HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137, met nt. C.J.H. Brunner. Zie voorts HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 751, met nt. C.J.H. Brunner.

¹⁸⁸ Zie onder meer T. Hartlief, ‘Prognoses in het Personenschaderecht’, *AV&S* 2005, nr. 5, p.159-168.

¹⁸⁹ Dat de gevolgen behoren te worden goedge maakt, is een elementaire eis van onze rechtsorde, zie S.D. Lindenbergh, ‘Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal’ in: *Schade: vergoeden of beperken*, Lelystad; Koninklijke Vermande 2004, p. 2, met verwijzing naar A.R. Bloembergen in: *Schadevergoeding een eeuw later*, Deventer: Kluwer 2002. Zie voor de grens ter zake van volledige vergoeding en de keuzes die daarbij (moeten) worden gemaakt ook S.D. Lindenbergh, ‘Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal’ in: *Schade: vergoeden of beperken*, Lelystad; Koninklijke Vermande 2004, p. 1-20 en T. Hartlief, ‘Keuzevrijheid in het personenschaderecht’, *NJB* afl. 35/2004, p. 1832-1839.

¹⁹⁰ HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387, met nt. J.B.M. Vranken (Rijnstate/R.). Zie echter ook (niet-medisch) HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830: betrokkene hoeft niet in oude toestand te worden hersteld als hij daarbij geen rechten te respecteren belang heeft (nieuwe toestand had geen achteruitgang met zich gebracht).

¹⁹¹ EHRM 23 maart 2010, zaaknr. 4864/05 (Oyal/Turkije). Zie ook EHRM 17 maart 2016, zaaknr. 23796/10 (Vasileva/Bulgarije) in het kader van artikel 8 EVRM.

(Volledig) herstel geschiedt door vergoeding van vermogensschade en ander nadeel, hetgeen dan ook uitgangspunt is in het vergoedingssysteem van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW;¹⁹² artikel 6:95, eerste lid, BW bepaalt dat de schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.¹⁹³ Artikel 6:96 BW bepaalt vervolgens welke vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt, terwijl artikel 6:106 BW bepaalt onder welke omstandigheden een recht op vergoeding van ander nadeel bestaat.

Met de wijziging van het BW teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken is 'nieuw' artikel 6:95, tweede lid, BW.¹⁹⁴ Hierin is bepaald dat het recht op een vergoeding van ander nadeel niet vatbaar is voor overgang en beslag. Voor overgang onder algemene titel is voldoende dat de patiënt aan de hulpverlener heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken, zo kan worden opgemaakt uit de tweede zin van dat lid. Voor inwerkingtreding op 1 januari 2019 van deze wetswijziging bestond artikel 6:106 BW uit twee leden en stond deze regel in artikel 6:106, tweede lid, BW. Het doel van het tweede lid moet worden gezocht in het bijzondere – persoonlijke – karakter van een vergoeding van ander nadeel.¹⁹⁵ Voor overgang onder algemene titel (op erfgenamen van de patiënt bijvoorbeeld) van de vergoeding is daarentegen voldoende dat de patiënt aan de hulpverlener heeft meegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken.¹⁹⁶ Het persoonlijke karakter van een vergoeding voor ander nadeel brengt voorts met zich dat een vergoeding als verknocht moet worden aangemerkt, welke verknochtheid zich ertegen verzet dat de vergoeding in de gemeenschap valt, aldus artikel 1:94, derde lid, BW.¹⁹⁷ Wel is het mogelijk dat de vergoeding in de faillissementsboedel van de patiënt valt.¹⁹⁸

Ingevolge artikel 6:103 BW wordt schadevergoeding voldaan in geld ook al kan de rechter op vordering van de patiënt schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen. Wordt de schadevergoeding te laat betaald, dan heeft de patiënt ingevolge artikel 6:119, eerste lid, BW recht op vergoeding van de wettelijke rente over de tijd dat de hulpverlener met de voldoening van de schadevergoeding in verzuim is geweest.

Terzijde zij benadrukt dat schadevergoeding alleen niet altijd kan zorgen voor volledig herstel. Een patiënt kan 'emotionele' behoeften hebben die, wanneer zij on vervuld blijven, aan lichamelijk herstel in de weg kunnen staan. Naast schadevergoeding is het dus belangrijk oog te hebben voor deze behoeften en voor het vervullen van deze behoeften door middel van bijvoorbeeld excuses, erkenning en informatie.¹⁹⁹ Bovendien kan het belangrijk zijn te werken aan herstel door herstelgerichte dienstverlening.²⁰⁰

¹⁹² Vergoeding in geld staat dus voorop en niet het herstel als zodanig. Redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW) kunnen echter met zich brengen dat herstel als zodanig moet worden bewerkstelligd: HR 24 februari 2012, *NJ* 2012, 143. Zie daarover S.D. Lindenbergh, 'Over herstel, geld, redelijkheid en billijkheid', *AV&S* 2013/4. In bijvoorbeeld Duitsland staat herstel voorop. Zie over schadevergoeding en tijdsverloop M.R. Hebly en S.D. Lindenbergh, 'Schadebegroting en tijdsverloop', *Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Bestudering van het Recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 301-361.

¹⁹³ Zie voor een bespreking van de achtergrond van artikel 6:95 BW S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 63-93.

¹⁹⁴ Wet van 11 april 2018 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen, *Stb.* 2018, 132.

¹⁹⁵ Parl. Gesch. Boek 6 p. 379, 381-383. Zie uitvoeriger over artikel 6:106, tweede lid, BW: S.D. Lindenbergh, 'De vermogensrechtelijke lotgevallen van het recht op smartengeld', *TVP* 2003, nr. 1, p. 1-6.

¹⁹⁶ Dit kan een probleem zijn, wanneer de patiënt in coma verkeerd, HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112, met nt. J.B.M. Vranken (Coma-arrest). Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin de erfgenamen een bedrag ontvingen Rechtbank Rotterdam 21 maart 2017, *GZR* 2017-0130.

¹⁹⁷ HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 693, met nt. W.M. Kleijn; HR 3 november 2006, *NJ* 2008, 257; HR 3 november 2006, *NJ* 2008, 258, met nt. L.C.A. Verstappen; Gerechtshof 's-Gravenhage 11 juni 2008, *ECLI:NL:GHSGR:2008:BD6054*; Gerechtshof 's-Gravenhage 28 januari 2009, *ECLI:NL:GHSGR:2009:BH4337*. Zie anders Gerechtshof 's-Gravenhage 26 oktober 2011, *ECLI:NL:GHSGR:2011:BV7598*.

¹⁹⁸ HR 22 november 2002, *NJ* 2003, 32, met nt. P. van Schilfgaarde.

¹⁹⁹ Zie G. van Dijck, 'Emotionele belangen en het aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2015/1787.

²⁰⁰ Zie A.J. Akkermans, 'Think Rehab! Over de prioriteit van herstel, herstelgerichte dienstverlening, de knikkers en het spel' in: (Je) geld of je leven (terug). Vergoeding in natura. Voordrachten gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2015, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 11-36 en T. Hartlief, 'Waar ligt de toekomst van het personenschaderecht?', *NJB* 2015/2003. Zie ook de 2015 Rehabilitation Code (artikel 2.1), te downloaden via <<http://www.iaa.co.uk>>.

De patiënt dient te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat hij schade heeft geleden en wat de omvang van die schade is, zo volgt wederom uit de hoofdregel van artikel 150 Rv. De patiënt wordt wat het bewijs van de omvang van de schade betreft tegemoet gekomen als het gaat om het bewijs van onzekere toekomstschade: de hulpverlener heeft de patiënt immers de mogelijkheid ontnomen om zekerheid te verschaffen over wat er in de hypothetische situatie zou zijn gebeurd.²⁰¹

De rechter begroot vervolgens de omvang van de schade en wel op zodanige wijze dat dit het meest in overeenstemming is met de aard van de schade (concreet of abstract²⁰²).

Bij de begroting van *vermogensschade* is een nauwkeurige begroting uitgangspunt. Kan de schade echter niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij door de rechter geschat, hetgeen is bepaald in artikel 6:97 BW.²⁰³ De regel beoogt de rechter zo veel mogelijk vrijheid te bieden bij de begroting van de schade, bij de keuze op welke wijze de begroting moet plaatsvinden, bij de beantwoording van de vraag of de schade nauwkeurig kan worden vastgesteld en bij de schatting, indien de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.²⁰⁴ De rechter mag zelfstandig te werk gaan en is vrij om feitelijke gegevens aan zijn beslissing ten grondslag te leggen. De rechter mag zich eveneens laten leiden door zijn eigen kennis van het dagelijks leven.²⁰⁵

Bij de begroting van *ander nadeel* staat een nauwkeurige begroting ook voorop, maar moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden.²⁰⁶ Factoren die bij de begroting van belang zijn betreffen de aard van de aansprakelijkheid,²⁰⁷ de aard van het letsel,²⁰⁸ de duur en de intensiteit van het geleden verdriet en de gederfde levensvreugde,²⁰⁹ maar bijvoorbeeld ook de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de patiënt.²¹⁰ Bij de weging van deze factoren zullen de persoonlijke omstandigheden van de patiënt een rol spelen, doch de rechter zal de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn, het gemis aan levensvreugde en het geschokte rechtsgevoel met name moeten afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de patiënt.²¹¹ Een andere factor van belang betreft de bedragen die door Nederlandse rechters in

²⁰¹ HR 13 december 2002, *NJ* 2003, 212 (B./Olifiers). Zie ook HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624 en HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437, met nt. C.J.H. Brunner. Zie voor een ander voorbeeld Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4977 en het vervolg Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223. Zie eveneens Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6616. Zie tot slot voor een overzicht van arresten ten aanzien van het verlies van verdienvermogen HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273 (Molenaarszoon) en de annotatie bij het arrest van J.S. Overes in *TVP* 2017, nr. 4, p. 129-134.

²⁰² Zie voor de vraag of hiermee nog recht wordt gedaan aan het slachtoffer T. Hartlief, 'Recht doen met abstracte schadebegroting', *NJB* 2012/2463. Zie voorts M.R. Hebly en S.D. Lindenberg, 'Schadebegroting en tijdsverloop', Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Bestudering van het Recht van België en Nederland, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 301-361.

²⁰³ Zie (niet-medisch) HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2930, waarin door de Hoge Raad is bepaald dat artikel 612 Rv met zich brengt dat de rechter in beginsel de schade in zijn vonnis begroot voor zover dit mogelijk is, ook als slechts schadevergoeding op te maken bij staat is gevorderd, maar voldoende is gesteld en is komen vast te staan om een veroordeling uit te spreken. Schade bij wege van schatting mag worden begroot als de schattingen hun grondslag vinden in concrete gegevens ontleend aan de stukken van het geding. Zie voor een overzicht ook C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW B35), Deventer: Kluwer 2017, nr. 5-9.

²⁰⁴ Parl. Gesch. Boek 6, p. 339.

²⁰⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 339. Zie ook HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 196, met nt. A.R. Bloembergen.

²⁰⁶ Zie nader S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 221-274 en C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2* (Monografieën BW B35), Deventer: Kluwer 2017, nr. 3.

²⁰⁷ HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714 (HIV-besmetting door besmette spuit) en HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61, met nt. M.H. Wissink (Wrongful Birth II).

²⁰⁸ HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 215, met nt. A.R. Bloembergen. Zie voor voorbeelden HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714; Rechtbank Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45; Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, *L&S* 2010, 77 en Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2365 (zaak Haagse borstchirurg, zie voor hoger beroep Gerechtshof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2503, voor de strafzaak Rechtbank Den Haag 30 oktober 2014, *GZR* 2014-0428, met nt. R.P. Wijne en Gerechtshof Den Haag 30 november 2017, *GZR* 2017-0428, met nt. A.M. van der Wal en J.F. Wasser en voor de tuchtprocedure RTG 's-Gravenhage 11 mei 2010, ECLI:NL:TGZRSGR:2010:YG0286 en CTG 23 juni 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1358).

²⁰⁹ S.D. Lindenberg, *Smartengeld* 10 jaar later, Deventer: Kluwer 2008, p. 70. Zie voor voorbeelden Rechtbank Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, *JA* 2013, 126, met nt. S. Colsen.

²¹⁰ HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112, met nt. J.B.M. Vranken (Coma-arrest). Zie ook C.J.J.M. Stolker en F.H. Poletiek, 'Smartengeld – wat zijn we eigenlijk aan het doen? Naar een juridische en psychologische evaluatie', in: *Bewijs en letselschade, Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten* 1998, Lelystad 1998, p. 71-86.

²¹¹ HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112, met nt. J.B.M. Vranken (Coma-arrest).

vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen. Hoewel zij niet beslissend kunnen zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen, kan tevens rekening worden gehouden met ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot de toegekende bedragen.²¹²

In de kwestie bijvoorbeeld waarin door een fout van de huisarts een patiënt onvruchtbaar en blijvend impotent was geworden, overwoog het hof als volgt: 'Voorop staat dat bij de begroting van de immateriële schade in gevallen als het onderhavige, rekening dient te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, terwijl tevens acht moet worden geslagen op eerdere rechterlijke uitspraken in vergelijkbare gevallen. Daarbij kan de rechter tevens rekening houden met ontwikkelingen in andere landen met een rechtsstelsel dat verwant is aan het Nederlandse.' De patiënt had gewezen op Duitse en Engelse jurisprudentie.²¹³

Een ander voorbeeld betreft een beschikking in deelgeschil van de Rechtbank Rotterdam. De rechtbank overwoog als volgt: 'Het gaat in deze procedure ten eerste om de begroting van de naar billijkheid vast te stellen vergoeding voor het niet in vermogensschade bestaande nadeel dat is geleden door een persoon die als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, lichamelijk letsel heeft opgelopen (artikel 6:106 Burgerlijk Wetboek). Bij deze begroting dient de rechter rekening te houden met alle omstandigheden, waaronder enerzijds de aard van de aansprakelijkheid en anderzijds de aard van het letsel, de pijn, de duur en de intensiteit van het verdriet en de gederfde levensvreugde die voor de benadeelde het gevolg is van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. De rechter zal bij deze begroting ook rekening moeten houden met de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde. Tevens dient de rechter te letten op de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen, een en ander met in aanmerkingneming van de sedert de betreffende uitspraken opgetreden geldontwaarding en de (gewijzigde) maatschappelijke opvattingen over de compensatie van leed. Daarbij belet geen rechtsregel de rechter mede acht te slaan op de ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot de toegekende bedragen, zij het dat deze ontwikkelingen niet beslissend kunnen zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen.'²¹⁴

Begroting van nog niet ingetreden schade kan ingevolge artikel 6:105 BW door de rechter worden uitgesteld of na afweging van alle goede en kwade kansen bij voorbaat geschieden, zoals gebeurt bij de begroting van het toekomstig verlies van arbeidsvermogen.²¹⁵ Ook bij de invulling van de toekomstige schade speelt de vrijheid van de rechter ingevolge artikel 6:97 BW een rol en mag de rechter bepalen hoe hij die schade vaststelt.²¹⁶ De wijze van begroting van de schade is sterk met de feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op juistheid worden getoetst.²¹⁷

4.8.2 Vermogensschade

Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst, aldus artikel 6:96, eerste lid, BW. Vermogensschade kan het gevolg zijn van lichamelijk letsel van de patiënt, evenals van – naar objectieve maatstaven vastgesteld – geestelijk letsel. Vermogensschade door lichamelijk of geestelijk letsel kan zich op verschillende manieren aandienen. Voorbeelden van vermogensschade zijn extra kosten van herstel- en/of controlebehandeling door de huisarts, gespecialiseerde artsen en paramedici, kosten van psychotherapie en de kosten van verblijf in een zorginstelling of revalidatie-instelling. Doorgaans zijn deze kosten concreet te bepalen; een nauwkeurige begroting staat dan ook voorop.

²¹² HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714. Zie ook Gerechtshof Leeuwarden 1 juli 1998, *VR* 1999, 51; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:181* (eindarrest Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, *ECLI:NL:GHARL:2015:3369*) en Rechtbank Rotterdam 21 maart 2017, *GZR* 2017-0130.

²¹³ Gerechtshof Leeuwarden 1 juli 1998, *VR* 1999, 51.

²¹⁴ Rechtbank Rotterdam 21 maart 2017, *GZR* 2017-0130.

²¹⁵ Zie in dat verband uitvoerig A-G Hartlief 25 november 2016, *ECLI:NL:PHR:2016:1197* en A-G Drijber 12 januari 2018, *ECLI:NL:PHR:2018:44*.

²¹⁶ Zie op dit punt ook M.R. Hebly en S.D. Lindenbergh, 'Schadebegroting en tijdsverloop', *Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Bestudering van het Recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 301-361.

²¹⁷ HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437, met nt. C.J.H. Brunner. Zie echter wel HR 27 november 2015, *ECLI:NL:HR:2015:3397* (in cassatie werd getoetst of het hof op juiste wijze een hevige psychische reactie op gering letsel had meegewogen bij de begroting van de arbeidsvermogensschade).

Naarmate de lichamelijke of geestelijke gezondheidstoestand van de patiënt slechter is of wordt, zal de vermogensschade in omvang toenemen. De patiënt kan bijvoorbeeld langdurig afwezig zijn van het werk door diens lichamelijke of geestelijke problemen en arbeidsvermogensschade lijden. Het kan tevens noodzakelijk zijn om de woning van de patiënt aan te passen (bijvoorbeeld het verwijderen van drempels of het aanbrengen van een traplift). Leidt de gezondheidstoestand tot een niet meer te repareren uitval van het menselijk lichaam of het geestelijk welzijn, dan kan het onmogelijk zijn een arbeidzaam leven op te pakken, een bedrijf te voeren, huishoudelijke taken uit te voeren en/of gebruikelijke klusactiviteiten te ontplooien.²¹⁸ In het bijzonder deze laatstgenoemde schadeposten kunnen zich uitstrekken tot de verre toekomst en zijn om die reden niet bij voorbaat te bepalen. Desalniettemin zal de rechter de schade kunnen vaststellen met behulp van de feitelijke gegevens die over de patiënt, zijn werk, zijn bedrijf, enzovoort bekend zijn.

Vermogensschade kan ook het gevolg zijn van een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, bijvoorbeeld wanneer door het door de hulpverlener niet onderkennen van een mislukte sterilisatie of abortus of het achterwege laten van prenatale diagnostiek om afwijkingen van de foetus op te sporen, de patiënte het recht is ontnomen om een beslissing te nemen over niet uitbreiding van haar gezin of afbreking van de zwangerschap. Als gevolg daarvan is het gezin uitgebreid met een kind dat niet gepland was. Belangrijke schadeposten zien dan ook op de kosten van verzorging en opvoeding van het kind en het derven van inkomsten in verband met de zorg voor het kind.²¹⁹

Een andere belangrijke schadepost betreft de kosten van de patiënt voor juridische bijstand, medisch advies en het bericht van een deskundige. Doorgaans is het geschil voor de patiënt te complex en is hij te emotioneel betrokken om zijn schade zonder bijstand te verhalen. Gezien de medische aspecten is voorts het advies van een medisch adviseur nodig of het bericht van een medisch deskundige. Dergelijke 'buitengerechtelijke' kosten maken deel uit van de schade en komen als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking, zo volgt uit artikel 6:96, tweede lid, BW.²²⁰ Hierbij past echter een kanttekening. Ingevolge artikel 6:96, tweede lid, onder b en c, BW komen alleen de *redelijke* kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en alleen de *redelijke* kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte voor vergoeding in aanmerking. De redelijkheidstoets ziet zowel op het maken van de kosten als op de omvang van de kosten. De beoordeling van hetgeen redelijk is, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval,²²¹ en in de civiele praktijk voer voor discussie.

²¹⁸ Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 18 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6419 (schade van een patiënt met een eigen bedrijf).

²¹⁹ HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I). Zie ook HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly, Wrongful Life).

²²⁰ Zie daarvoor reeds HR 3 april 1987, *NJ* 1988, 275, met nt. C.J.H. Brunner. Zie ook HR 26 september 2014, *NJ* 2015, 84, met nt. S.D. Lindenbergh. Zie tevens S.D. Lindenbergh, 'Buitengerechtelijke kosten; grondslag en betekenis daarvan', in: Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars, Buitengerechtelijke kosten, vijf visies op de redelijkheid, Deventer: Kluwer 2000, p. 11-13..

²²¹ HR 26 september 2014, *NJ* 2015, 84, met nt. S.D. Lindenbergh.

Artikel 6:106 BW bepaalt dat voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat (ook immateriële schade genoemd), de benadeelde recht heeft op een *naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding*, indien (a) de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen,²²² (b) de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen,²²³ in zijn eer of goede naam is geschaad,²²⁴ of op andere wijze in zijn persoon is aangetast,²²⁵ of (c) het nadeel gelegen is in de aantasting van de nagedachtenis van een overledene en toegebracht is aan de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot, de geregistreerde partner of een bloedverwant tot in de tweede graad van de overledene, mits de aantasting plaatsvond op een wijze die de overledene, ware hij nog in leven geweest, recht zou hebben gegeven op schadevergoeding wegens het schaden van zijn eer of goede naam.²²⁶ Vergoeding van ander nadeel heeft meerdere functies; zij beoogt letsel dat niet kan worden hersteld, te compenseren, een geschokt rechtsgevoel te verzachten en (fundamentele) rechten te handhaven.²²⁷

Voor de duidelijkheid wordt opgemerkt dat artikel 6:106 BW tot de inwerkingtreding op 1 januari 2019 van de wijziging van het BW in verband met de mogelijkheid van vergoeding van affectieschade, uit twee leden bestond.²²⁸ Het eerste lid bevatte hetgeen thans de inhoud van artikel 6:106 BW is. In artikel 6:106, tweede lid, BW was bepaald dat het recht op een vergoeding van ander nadeel niet vatbaar is voor overgang en beslag. Voor overgang onder algemene titel (op erfgenamen van de patiënt bijvoorbeeld) van de vergoeding was voldoende dat voor het overlijden was meegedeeld dat op de vergoeding aanspraak werd gemaakt. Met genoemde wijziging is het tweede lid verplaatst naar artikel 6:95 BW en aldaar als tweede lid opgenomen. In de wat oudere (ook in dit boek opgenomen) literatuur en jurisprudentie wordt om deze reden verwezen naar artikel 6:106, eerste lid, BW als bedoeld wordt op een vergoeding voor ander nadeel in verband met de thans in artikel 6:106 BW genoemde gronden.

Lichamelijk letsel als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW is in de praktijk de belangrijkste oorzaak voor een vordering tot vergoeding van ander nadeel. Wat lichamelijk letsel is, roept weinig discussie op. Niet alleen wordt daaronder verstaan verwonding, beschadiging en/of ontsiering van lichaamsweefsel,²²⁹ maar ook lichamelijke achteruitgang als gevolg van niet tijdig of onjuist medisch handelen,²³⁰ en ongewenste zwangerschap.²³¹ De beschadiging of dood van de ongeboren vrucht wordt eveneens aangemerkt als lichamelijk letsel van de moeder.²³² Toch kan in een enkel geval worden getwijfeld of sprake is van lichamelijk letsel, zoals in die gevallen waarin het beschadigde lichaamsweefsel van het lichaam was afgescheiden op het moment van beschadiging. Gedacht kan worden aan vernietiging van buiten het lichaam bewaarde eicellen of zaadcellen.²³³

²²² Zie voor de achtergrond S.D. Lindenbergh, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 96-101. Zie ook C.J.J.M. Stolker en F.H. Poletiek, 'Smartengeld – wat zijn we eigenlijk aan het doen? Naar een juridische en psychologische evaluatie', in: Bewijs en letsel schade, Inleidingen, gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1998, Lelystad 1998, p. 71-86.

²²³ Zie voor de achtergrond S.D. Lindenbergh, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 101-103.

²²⁴ Zie voor de achtergrond S.D. Lindenbergh, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 103-107.

²²⁵ Zie voor de achtergrond S.D. Lindenbergh, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 107-112 en p. 130-171.

²²⁶ Zie voor de achtergrond S.D. Lindenbergh, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 112-115.

²²⁷ Parl. Gesch. Boek 6, p. 377; S.D. Lindenbergh, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 5-62; S.D. Lindenbergh, Smartengeld tien jaar later, Deventer: Kluwer 2008, p. 4-16 en T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?', Smartengeldgids 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11. Zie ook HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112, met nt. J.B.M. Vranken (Coma-arrest) wat de genoegdoeningsfunctie betreft.

²²⁸ Zie Wet van 11 april 2018 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen, *Stb.* 2018, 132.

²²⁹ Zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 januari 1963, Smartengeldgids 1964, p. 153 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 september 1963, Smartengeldgids 1964, p. 152 voor twee voorbeelden van ontsiering van het gelaat door een medische fout (overdosering röntgen).

²³⁰ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 9 juli 1997, rolnr. H 95.0601 (niet gepubliceerd) en Rechtbank Rotterdam 21 maart 2017, *GZR* 2017-0130.

²³¹ Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, *ECLI:NL:GHSHE:2007:BB2385*.

²³² Zie ook Lindenbergh, *GS Schadevergoeding* (online) aant. 2.8.13.2 bij art. 106 BW.

²³³ Lindenbergh, *GS Schadevergoeding* (online) aant. 2.8.13.2 bij art. 106 BW.

Lichamelijk letsel wordt traditioneel onderscheiden van *geestelijk* letsel.²³⁴ Het toebrengen van geestelijk letsel kan, ook zonder dat tevens sprake is van lichamelijk letsel, *zelfstandig* worden aangemerkt als een persoonsaantasting in de zin van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW, hetgeen recht geeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding.²³⁵ Persoonsaantasting door geestelijk letsel kan zich in zeer uiteenlopende gevallen voordoen.²³⁶ Min of meer psychisch onbehagen is echter onvoldoende.²³⁷ De Hoge Raad heeft bepaald dat degene die zich (voor een recht op schadevergoeding) op aantasting van de persoon wegens geestelijk letsel beroept, voldoende concrete gegevens dient aan te voeren, waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan, waartoe nodig is dat naar *objectieve maatstaven* het bestaan van geestelijk letsel is of had kunnen zijn vastgesteld.²³⁸ De patiënt zal dit bijvoorbeeld kunnen aantonen met medische bescheiden waaruit de psychische beschadiging blijkt of met een oordeel van een deskundige.²³⁹

Een voorbeeld van aantasting in de persoon wegens geestelijk letsel dat recht gaf op een schadevergoeding betreft een zaak waarin een patiënte in verband met de bevalling van haar kind ten onrechte niet als risicopatiënt werd aangemerkt, waardoor er te laat werd ingegrepen toen de placenta los liet en de foetus als gevolg daarvan kwam te overlijden. De patiënte maakte een zeer zware bevalling door, waardoor zij psychische klachten ontwikkelde. De deskundige diagnosticeerde de klachten als een posttraumatische stressstoornis. Een en ander was voor de rechtbank aanleiding om de patiënte een bedrag van f 30.000,- toe te kennen.²⁴⁰

Een ander voorbeeld betreft een patiënte wier psychiater jarenlang een intense vriendschappelijke relatie met haar had onderhouden. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden achtte het, gelet op de psychiatrische expertise, voldoende aannemelijk dat de patiënte daardoor geestelijk letsel had bekomen. Het hof kende de patiënte een bedrag van € 10.000,- toe.²⁴¹

Ook in die gevallen waarin de patiënt geestelijk letsel oploopt, omdat hij niet of onjuist is geïnformeerd, heeft de patiënt recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding.

²³⁴ Al kunnen uiteraard beide vormen van letsel bij één persoon voorkomen, zie bijvoorbeeld Rechtbank Zutphen 30 november 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AU7283.

²³⁵ Zie nader S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 138-150 en S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten' in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 89.

²³⁶ Zie voor voorbeelden van uiteenlopende aard: HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366, met nt. C.J.H. Brunner; HR 1 november 1996, *NJ* 1997, 134; HR 2 mei 1997, *NJ* 1997, 662, met nt. J.M.M. Maeijer; HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 778 en HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168, met nt. W.D.H. Asser. Zie ook S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld: ontwikkeling en stilstand', *Smartengeldgids* 2006, Den Haag: ANWB, 2006 en G.J.M. Verburg, *Vaststelling van smartengeld*, Deventer: Kluwer 2009, p. 102-106.

²³⁷ HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 366, met nt. C.J.H. Brunner en HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (*Wrongful Birth I*). Zie voor een bespreking van het *Wrongful Birth I*-arrest op dit punt ook A.J. Verheij, 'Wrongful Birth', *VR* 1998, 12. Zie ook S.D. Lindenbergh, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten' in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 89-90.

²³⁸ HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168, met nt. W.D.H. Asser en HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 348.

²³⁹ De deskundige dient zijn oordeel te objectiveren over het geestelijk letsel en niet louter af te gaan op de subjectieve klachten van de patiënt, zo volgt bijvoorbeeld uit het tussenarrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW8927. Zie voor een ander voorbeeld (geestelijk letsel volgt uit medische bescheiden) Rechtbank Noord-Holland 22 januari 2015, *GZR* 2015-0069.

²⁴⁰ Rechtbank Arnhem 30 januari 1997, *NJkort* 1997, 20. Zie ook vastgestelde posttraumatische stressstoornis Rechtbank Arnhem 15 maart 2001, *VR* 2002, 140 en Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AV7273 (maar voor een hernieuwde discussie daaromtrent het hoger beroep Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW8927 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, *GZR* 2014-0369, met nt. R.P. Wijne).

²⁴¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:897.

Zo leidde bijvoorbeeld het te stellig meedelen dat verdere behandeling geen zin had en dat de patiënt nog maar zes weken tot drie maanden te leven had, terwijl dit achteraf een onjuiste mededeling bleek te zijn, tot toekenning van een bedrag van € 12.000,-. De patiënt in kwestie had na de achteraf onjuist gebleken mededeling aantoonbaar te kampen gehad met verwerkingsproblemen en had zich onder behandeling van een psycholoog gesteld.²⁴²

Ook de patiënt die het ziekenhuis bezocht in verband met een mamma-afwijking en die onverwacht werd geconfronteerd met haar medisch dossier waarin de uitslag 'HIV-positief' was vermeld, kreeg een schadevergoeding. Bij de patiënt werd geestelijk letsel vastgesteld.²⁴³

Naast de hiervoor besproken gevallen bestaat voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat ook recht op schadevergoeding wegens een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW *zonder dat geestelijk letsel is vereist*, indien door de tekortkoming of onrechtmatige daad (in al haar vormen) een (ernstige) schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht heeft plaatsgevonden.²⁴⁴ Persoonlijkheidsrechten zijn subjectieve rechten. Naar hun inhoud zijn zij vergelijkbaar met grondrechten, met dien verstande dat de persoonlijkheidsrechten zonder meer gelden in de horizontale verhouding tussen burgers onderling.²⁴⁵ Een dergelijk persoonlijkheidsrecht is het *zelfbeschikkingsrecht* van de patiënt.²⁴⁶ Ook het EHRM onderkent het bestaan van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt;²⁴⁷ wordt het zelfbeschikkingsrecht niet gerespecteerd – ook al is dat maar in beperkte mate²⁴⁸ – dan kan dit een schending van artikel 8 EVRM betekenen,²⁴⁹ en onder omstandigheden ook een schending van artikel 3 EVRM.²⁵⁰ De bescherming van het zelfbeschikkingsrecht is tevens verankerd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (Gw) en de artikelen 3, tweede lid, en 7 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest EU). Onderdeel van het zelfbeschikkingsrecht is het geïnformeerd toestemming (kunnen) verlenen voor een bepaalde geneeskundige behandeling. Dit betekent dat door een schending van de informatieplicht door de hulpverlener de patiënt aangetast wordt in zijn zelfbeschikkingsrecht. Een 'specialis' van een schending van het zelfbeschikkingsrecht betreft de vrouwelijke patiënt die, bijvoorbeeld door het

²⁴² Rechtbank Amsterdam 25 augustus 2004, rolnr. H 02.1250 (niet gepubliceerd).

²⁴³ Rechtbank Rotterdam 14 september 2000, rolnr. 99-1298 (niet gepubliceerd). Zie ook Rechtbank Utrecht 9 december 1998, ECLI:NL:RBUTR:1998:ZL0694.

²⁴⁴ HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391, met nt. J.B.M. Vranken en HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie nader S.D. Lindenberg, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 150-170 en S.D. Lindenberg, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten' in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenberg, EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?, Preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 90.

²⁴⁵ S.D. Lindenberg, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', TvPr 1999, nr. 4, p. 1668-1669. Zie hierover ook S.D. Lindenberg, 'Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten' in: G.E. van Maanen en S.D. Lindenberg, EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?, Preadviezen 2011 Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2011, p. 74, 89-100.

²⁴⁶ Het zelfbeschikkingsrecht wordt gezien als één van de belangrijkste en meest besproken beginselen in het gezondheidsrecht, zie H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, Handboek Gezondheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, p. 55-58 en 81-82. J.F. Rang sprak in zijn oratie in 1973 ook al over patiëntenrechten als persoonlijkheidsrecht, zie J.F. Rang, Patiëntenrecht (oratie Leiden), Leiden: Bohn Stafleu van Loghum 1973, tevens opgenomen in oratiebundel Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012. Zie evenzeer over het zelfbeschikkingsrecht als fundamenteel recht W.B. van der Mijn, Wie stelt de dokter de wet? (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1983, tevens opgenomen in de oratiebundel Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 78; B. Sluijters, Geknipt verband (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1985, tevens opgenomen in de oratiebundel Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 145; H.D.C. Roscam Abbing, Beslissen door de patiënt (oratie Utrecht), 1994, opgenomen in de oratiebundel Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 199; A.C. Hendriks, In beginsel (oratie Leiden), 2005, opgenomen in de oratiebundel Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 372; A.C. Hendriks e.a., Thematische Wetsevaluatie zelfbeschikking in de zorg, Den Haag: ZonMw 2013 en J. Legemaate, 'Het zelfbeschikkingsrecht: oud debat nieuw licht', TvGR 2004, 1, p. 18-20. Zie voorts HR 23 november 2001, NJ 2002, 386; HR 23 november 2001, NJ 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken; HR 9 augustus 2002, NJ 2010, 61, met nt. M.H. Wissink en HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie ook annotatie H. van Ommen bij HR 23 april 2010, L&S 2010, 183.

²⁴⁷ EHRM 29 april 2002, European Journal of Health Law 2002, p. 263-279 (Pretty/Verenigd Koninkrijk); EHRM 20 maart 2007, NJCM-Bulletin 2007, p. 497, met nt. A.C. Hendriks en EHRC 2007, 70, met nt. H.L. Janssen (Tysiąc/Polen); EHRM 15 januari 2009, NJ 2009, 524, met nt. E.J. Dommering (Reklos/Griekenland); EHRM 20 januari 2011, EHRC 2011, 53, met nt. G. den Hartogh (Haas/Zwitserland) en EHRM 26 mei 2011, EHRC 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen).

²⁴⁸ Een minor interference is voldoende om een schending van artikel 8 EVRM aan te nemen, zie EHRM 16 juni 2005, EHRC 2005, 82, met nt. J. van der Velde (Storck/Duitsland).

²⁴⁹ EHRM 16 juni 2005, EHRC 2005, 82, met nt. J. van der Velde (Storck/Duitsland), rov. 143.

²⁵⁰ EHRM 8 november 2011, EHRC 2012, 18, met nt. A.C. Hendriks.

uitblijven van prenatale diagnostiek (en waardoor geen informatie over de toestand van de foetus beschikbaar is), in haar recht wordt gefrustreerd om te kiezen voor een afbreking van de zwangerschap.²⁵¹ Een dergelijke schending wordt zo ingrijpend geacht dat zij zonder meer wordt aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW en recht geeft op schadevergoeding, zonder dat geestelijk letsel vereist is.²⁵²

De overwegingen van de Hoge Raad in het 'Wrongful life'-arrest (Baby Kelly) op dit punt waren de volgende: 'In onze rechtsorde is het recht van de moeder tot afbreking van haar zwangerschap immers binnen zekere grenzen erkend, welke grenzen in het onderhavige geval niet zouden zijn overschreden. Die erkenning berust op het fundamentele recht van de moeder tot zelfbeschikking. Wanneer aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden door een fout van een verloskundige en zij daarmee, zoals in de onderhavige zaak, niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen, wordt een ernstige inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht (...). Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.'²⁵³

Een voorbeeld van vergelijkbare aard betreft een zaak waarin een vrouw ten onrechte werd gesteriliseerd na de geboorte van haar kind. Het Gerechtshof 's-Gravenhage oordeelde dat zowel de vrouw als haar echtgenoot in de persoon was aangetast in de zin van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW. De ten onrechte uitgevoerde sterilisatie betekende een ernstige schending van het fundamentele recht tot zelfbeschikking van beide echtgenoten.²⁵⁴

Een voorbeeld is ook het oordeel van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in een geboorteschade kwestie. Het hof nam aan dat als de patiënte was geïnformeerd over de twijfelachtige veiligheid van het gebruik van de middelen Anafranil en Rivotril gedurende de zwangerschap, zij als redelijk handelend patiënte had afgezien van deze medicatie. Het hof oordeelde echter ook dat de patiënte niet was geslaagd in het leveren van het bewijs van een *condicio sine qua non*-verband tussen het gebruik van de medicatie en de afwijkingen van haar kind. Wel kreeg zowel de patiënte als haar echtgenoot een vergoeding voor geleden integriteitsschade. Het hof overwoog daartoe als volgt: '(...) ziet het hof aanleiding om te oordelen dat met de schending van de informatieverplichting (...) over de mogelijke nadelige gevolgen van het gebruik van Anafranil en Rivotril voor het ongeboren kind, hen de reële kans is ontnomen om hierover (...) een weloverwogen beslissing te nemen. Door deze ernstige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van zowel de moeder (...) als de vader (...) is een fundamenteel recht zo ingrijpend aangetast dat dit moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon van beide ouders (...) in de zin van artikel 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW (...). Hiervoor is een immateriële schadevergoeding ex artikel 6:106 lid 1, aanhef en sub b BW (ook wel integriteitsschade genoemd) op haar plaats (vgl. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, Baby Kelly).'²⁵⁵ Het hof achtte voor zowel moeder als vader een bedrag van € 2.268,- billijk.

De rechtspraak roept vragen op dit punt op. Laat elke schending van het zelfbeschikkingsrecht door gebleken afwezigheid van geïnformeerde toestemming de conclusie toe dat de patiënt in zijn persoon is aangetast in de zin van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW, of mag alleen een *ernstige* schending tot een schadevergoeding leiden? Dit laatste lijkt namelijk uit de jurisprudentie van de Hoge Raad te kunnen worden opgemaakt (zie ook onder 7).²⁵⁶ Uit diezelfde jurisprudentie volgt dat van een aantasting

²⁵¹ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie bijvoorbeeld ook EHRM 20 maart 2007, *EHRC* 2007, 70, met nt. H.L. Janssen (Tysiąc/ Polen), EHRM 16 december 2010, *NJ* 2011, 216, met nt. E.A. Alkema (A, B en C/Ierland) en EHRM 26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen).

²⁵² HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly). Zie ook T. Hartlief e.a., Medische aansprakelijkheid, Den Haag: Sdu 2009, p. 30; L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans, 'Causaliteitsonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van *Chester v. Afshar*', *TvGR* 2007, nr. 7, p. 498-515 en W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* afl. 16/2007, p. 982-991.

²⁵³ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly), rov. 4.8.

²⁵⁴ Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, *L&S* 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman.

²⁵⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695.

²⁵⁶ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, *NJ* 2005, 391, met nt. van J.B.M. Vranken (Oudejaarsrellen), HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly); HR 15 maart 2019, *NJ* 2012, 162, met nt. S.D. Lindenbergh en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278.

in de persoon op andere wijze als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW niet reeds sprake is bij de enkele schending van een fundamenteel recht.²⁵⁷

In juli van dit jaar verduidelijkte de Hoge Raad in een prejudiciële beslissing dat de vraag naar het bestaan van een 'aantasting in zijn persoon op andere wijze' wordt beantwoord aan de hand van de aard en ernst van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis en van de aard en ernst van de gevolgen van die gebeurtenis voor de benadeelde.²⁵⁸ Er moeten dus – zo lees ik de uitspraken – ten minste nadelige gevolgen zijn.

Niettemin bestaat er rechtspraak die wijst op de mogelijkheid van een vergoeding van integriteitsschade zonder meer.²⁵⁹

De rechtspraak die in de richting wijst van een schadevergoeding voor aantasting van het zelfbeschikkingsrecht zonder meer, betreft ten eerste het Gerechtshof Amsterdam. Het hof oordeelde reeds in 1998 dat door het achterhouden van informatie de patiënt in zijn zelfbeschikkingsrecht en daardoor in zijn persoon was aangetast. Aan de patiënt kwam f 10.000,- ter zake van vergoeding van ander nadeel toe.²⁶⁰

Een ander voorbeeld betreft een arrest van het Gerechtshof Arnhem. De patiënt was niet geïnformeerd over het risico op een beenlengteverschil bij een operatie. Het hof oordeelde dat toekenning van een vergoeding wegens een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht passend was nu de patiënt niet in de gelegenheid was gesteld geïnformeerd een keuze te maken voor de medische ingreep.²⁶¹ De Hoge Raad heeft in dezelfde zaak arrest gewezen, doch heeft zich niet uitgelaten over het oordeel van het hof op dit punt, nu het in cassatie geen geschil was.²⁶² De concluderend procureur-generaal was overigens net als het hof van mening dat het enkele schenden van de informatieplicht een zodanige schending van het zelfbeschikkingsrecht oplevert dat dit een schadevergoeding rechtvaardigt en geestelijk letsel daarvoor niet nodig is.

Terzijde zij opgemerkt dat het EHRM in zijn uitspraken betreffende (schending van) het met artikel 8 EVRM gewaarborgde zelfbeschikkingsrecht zonder meer aansprakelijkheid voor de (ernstige) gevolgen aanneemt als blijkt dat de patiënt niet goed is geïnformeerd over een voorzienbaar risico en dat risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt.²⁶³ Deze rechtspraak gaat dus verder door de stap van het causaal verband over te slaan.²⁶⁴

²⁵⁷ HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, *NJ* 2019, 162, met nt. S.D. Lindenberg, rov. 4.2.2 en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, rov. 2.13.2.

²⁵⁸ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, rov. 2.13.3.

²⁵⁹ Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGR* 1998, 48; Gerechtshof Arnhem 25 april 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:BM5194; Gerechtshof Arnhem 4 december 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BM5197 en Rechtbank Utrecht 15 juni 2011, *TvGR* 2011, 31.

²⁶⁰ Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGR* 1998, 48. Zie in vergelijkbare zin Rechtbank Utrecht 15 juni 2011, *TvGR* 2011, 31, waarin de rechtbank de zaak verwees naar de schadestaat voor het begroten van integriteitsschade wegens onvoldoende informatie.

²⁶¹ Gerechtshof Arnhem 25 april 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:BM5194 en Gerechtshof Arnhem 4 december 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BM5197.

²⁶² HR 23 april 2010, *JA* 2010, 97, met nt. L.G.J. Hendrix. Zie ook noot H. van Ommen in *L&S* 2010, 184, bij HR 23 april 2010, *L&S* 2010, 183.

²⁶³ EHRM 5 oktober 2006, *EHRC* 2007, 23, met nt. A.C. Hendriks (Trocenier/Frankrijk); EHRM 2 juni 2009, *EHRC* 2009, 96, met nt. E.H. Hulst (Codarcea/Roemenië); EHRM 18 december 2012, *EHRC* 2013, 78, met nt. J.M. Emaus (G.B. en R.B./Moldavië) en EHRM 15 januari 2013, *EHRC* 2013, 81, met nt. A.C. Hendriks (Csoma/Roemenië). Zie voor een uiteenzetting ook A.M. Overheul, 'Vergoeding van integriteitsschade mede gezien vanuit een mensenrechtelijk perspectief', *TVP* 2016, nr. 1, p. 1-9.

²⁶⁴ Zie ook A.C. Hendriks, 'Europeesrechtelijke ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid', Jaarrede Vereniging voor Gezondheidsrecht 2013, *TvGR* 2013, nr. 6, p. 528-535, waarin hij opmerkt dat het EHRM de laatste jaren de koers vaart onmiddellijk aansprakelijkheid aan te nemen indien sprake is van schadelijke gevolgen van een behandeling waarmee de patiënt niet heeft ingestemd. Zie ook A.M. Overheul, 'Vergoeding van integriteitsschade mede gezien vanuit een mensenrechtelijk perspectief', *TVP* 2016, nr. 1, p. 1-9.

Tot slot wordt opgemerkt dat de hoogte van de vergoeding van ander nadeel als ('alarterend') laag wordt beschouwd.²⁶⁵ Dit geldt voor het civiele aansprakelijkheidsrecht in het algemeen en dus ook voor de aansprakelijkheid in medische zaken. De hoogte van de vergoeding evenals de vaststelling van het bedrag zijn reden geweest voor initiatieven in het veld.²⁶⁶ Voorts wordt in de literatuur gepleit voor een meer sturend optreden van de Hoge Raad door bijvoorbeeld aan te geven dat de feitenrechter zich rekenschap dient te geven van maatschappelijke ontwikkelingen en door toe te zien op de motivering van de feitenrechter.²⁶⁷

Een voorbeeld van een kwestie waarin de rechter rekening hield met de maatschappelijke ontwikkelingen betreffende de hoogte van de vergoeding van ander nadeel, betreft een zaak waarin een 79-jarige vrouw van de trap viel. De rechter overwoog als volgt: 'Het hof stelt voorop dat de hoogte van immateriële schadevergoeding of smartengeld (ex artikel 6:106 lid 1 BW) naar billijkheid moet worden vastgesteld, waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval, in het bijzonder de aard en de ernst van het letsel en de gevolgen daarvan voor de benadeelde. Bij de beoordeling van de hoogte van dit bedrag neemt het hof mede in aanmerking de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend – daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen – alsmede de sinds de betreffende uitspraken opgetreden geldontwaarding (vgl. HR 17 november 2000, LJN AA8358). Het hof is overigens ambtshalve bekend met de in de literatuur gevoerde discussie over de hoogte van het smartengeld, dat door velen als star en laag ervaren wordt. (...) Omdat het hof ook rekening wil houden met de in de literatuur gevoerde discussie over de hoogte van het smartengeld, zal het hof het voornoemde bedrag met 10% verhogen, zodat het toe te wijzen smartengeld als billijke vergoeding neerkomt op een bedrag van € 67.155,-.'²⁶⁸

Een ander voorbeeld betreft een beschikking van de Rechtbank Rotterdam in een zaak betreffende een gemist carcinoom in de nier. Er was een delay van vijf jaar ontstaan. De rechtbank overwoog als volgt: 'Niet in geschil is dat in andere landen in vergelijkbare gevallen door de rechter hogere bedragen worden toegekend dan in Nederland. Deze omstandigheid is echter van beperkt gewicht, omdat in de rechtstelsels van andere landen niet steeds hetzelfde onderscheid tussen vermogensschade en smartengeld wordt gemaakt als in Nederland, sommige landen (zoals de VS) een systeem kennen waarin het smartengeld een punitief element (*punitive damages*) omvat en de relevante details van de daar voorliggende zaken in het algemeen (en ook nu) onvoldoende bekend zijn, zodat de vergelijking met de hoogte van smartengeld in vergelijkbare gevallen in andere landen moeilijk is. De ontwikkeling van de maatschappelijke opvattingen over de hoogte van smartengeld in Nederland weegt zwaarder. Die maatschappelijke opvattingen zijn in de loop van de jaren gewijzigd. Onder meer uit de parlementaire geschiedenis van de huidige wettelijke regeling van het recht op smartengeld blijkt dat destijds de wens tot terughoudende opstelling ten aanzien van de vergoeding van immateriële schade bestond en dat vooral de vraag leefde of het mogelijk is om leed met geld goed te maken en of vergoedingen op ruimere schaal niet zouden ontaarden in een ongewenst te achten privaatrechtelijke straf, dan wel een evenzeer ongewenst te achten aansporing om te gaan procederen. Voortschrijdend inzicht heeft er echter toe geleid dat de maatschappij tegenwoordig niet meer zo afwijzend staat tegenover het in geld vertalen van leed en dat over het aspect van genoegdoening anders wordt gedacht. Hoewel het aanmoedigen van juridische procedures nog steeds ongewenst wordt geacht kan aan dat element in dit zeer uitzonderlijke en schrijnende geval weinig betekenis gehecht worden.'²⁶⁹

De rechtbank kende de patiënte een bedrag van € 200.000,- toe.

²⁶⁵ S.D. Lindenbergh, Smartengeld tien jaar later, Deventer: Kluwer 2008, p. 75-78; L.T. Visscher, 'De omvang van het smartengeld vanuit rechts- en gezondheidseconomisch perspectief', AV&S 2008, nr. 5, p. 247-254; T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?' Smartengeldgids 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11 en L.T. Visscher, 'Qaly-tijd in de vaststelling van smartengeld bij letsel?', TVP 2013, nr. 4, p. 93-101. Visscher pleit in dit artikel voor een ander systeem, gebaseerd op 'QALY's'. Een QALY drukt de waarde van één jaar leven in een bepaalde gezondheidstoestand uit en geeft uitdrukking aan het effect van die gezondheidstoestand op de levenskwaliteit van de betrokkene.

²⁶⁶ Initiatief van het Personenschade Instituut van verzekeraars (PIV) en de beroepsvereniging van personenschadeadvocaten (ASP), zie T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?' Smartengeldgids 2012, Den Haag: ANWB 2012, p. 6-11 en PIV-Jaarverslag 2011, Den Haag 2012, hoofdstuk 2.

²⁶⁷ N. Frenk en C. van Dam, 'Stagnerende smartengeldbedragen', NJB 2012/2299.

²⁶⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:181 (eindarrest Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3369). Zie voor een vergelijkbare uitspraak Rechtbank Oost-Brabant 14 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4093 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223.

²⁶⁹ Rechtbank Rotterdam 21 maart 2017, GZR 2017-0130.

Een derde voorbeeld betreft een beschikking van de Rechtbank Midden-Nederland, waar het ander nadeel als gevolg van een mislukte besnijdenis centraal stond. De rechtbank begrootte de omvang van dat nadeel naar de maatstaven van nu in plaats naar die van 2001, het jaar waarin de besnijdenis had plaatsgevonden. De rechtbank overwoog ook uitvoerig welke factoren zij meewoog in de begroting van het ander nadeel. Voorts overwoog de rechtbank als volgt: '[verzoeker] heeft verder uitgebreid onderbouwd dat er al ruim tien jaar volgens hem terechte kritiek wordt geleverd op de stagnering (en zelfs achteruitgang) van in Nederland toegewezen smartengeldbedragen. Volgens hem is het noodzakelijk dat er daadwerkelijk werk wordt gemaakt van het fundamenteel ophogen van het smartengeldniveau. De rechtbank is met deze discussie in de literatuur bekend. De rechtbank zal bij de begroting van dit bedrag in aanmerking nemen dat het smartengeldniveau in Nederland de afgelopen decennia (ook ten opzichte van de ons omringende landen) is gestagneerd. De rechtbank deelt de algemene opinie – zoals die ook in de literatuur veelvuldig naar voren komt – dat een verhoging van het smartengeldniveau in Nederland wenselijk is.' De rechtbank kende een bedrag van € 110.000,- toe.²⁷⁰

4.8.4 Standaardisering van schadevergoedingen

De patiënt kan zijn vordering 'te gelde maken' volgens de wettelijke bepalingen van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. Het vergoedingssysteem van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW heeft tot doel de patiënt *volledig herstel* te bieden.²⁷¹ Hij dient – zo veel mogelijk – te worden gebracht in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd, indien de tekortkoming of onrechtmatige daad van de hulpverlener niet zou hebben plaatsgevonden.²⁷² (Volledig) herstel geschiedt door vergoeding van vermogensschade en ander nadeel, hetgeen dan ook uitgangspunt is in het vergoedingssysteem van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW;²⁷³ artikel 6:95, eerste lid, BW bepaalt dat de schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.²⁷⁴ Artikel 6:96 BW bepaalt vervolgens welke vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt, terwijl artikel 6:106 BW bepaalt onder welke omstandigheden een recht op vergoeding naar billijkheid van ander nadeel bestaat.

Een en ander neemt niet weg dat onder omstandigheden gekozen wordt of is voor (een bepaalde mate van) standaardisering van te vergoeden bedragen. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij gebeurtenissen waarbij vele slachtoffers zijn gevallen. Standaardisering kan dan behulpzaam zijn om de snelheid van afwikkeling te bevorderen en de gelijkheid tussen de rechtzoekenden te bevorderen. Voorbeelden betreffen de 'Legionella-kwesties' (slachtoffers van het inademen van legionella tijdens de West-Friese Flora en nabij Post CS Amsterdam) en de 'DES-zaken'. Een voorbeeld is ook de financiële compensatieregeling voor de slachtoffers van seksueel misbruik binnen de Rooms-Katholieke kerk. De compensatieregeling werd opgesteld door de Commissie Lindenbergh. Een ander voorbeeld betreft de Regeling van de Staatssecretaris van Defensie tot een uitkering in verband met blootstelling aan chroom-6.²⁷⁵ Genoemd wordt ook de mogelijkheid van een standaard uitkering aan slachtoffers van een geweldsmisdrijf. Daders van dergelijke misdrijven zijn meer dan eens onvindbaar of bieden geen verhaal. Het Schadefonds Geweldsmisdrijven geeft om die reden een eenmalige uitkering aan

²⁷⁰ Rechtbank Midden-Nederland 7 november 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5461.

²⁷¹ Zie onder meer T. Hartlief, 'Prognoses in het Personenschaderecht', AV&S 2005, nr. 5, p.159-168.

²⁷² Dat de gevolgen behoren te worden goedge maakt, is een elementaire eis van onze rechtsorde, zie S.D. Lindenbergh, 'Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal' in: Schade: vergoeden of beperken, Lelystad; Koninklijke Vermande 2004, p. 2, met verwijzing naar A.R. Bloembergen in: Schadevergoeding een eeuw later, Deventer: Kluwer 2002. Zie voor de grens ter zake van volledige vergoeding en de keuzes die daarbij (moeten) worden gemaakt ook S.D. Lindenbergh, 'Schadevergoeding, een kwestie van techniek en moraal' in: Schade: vergoeden of beperken, Lelystad; Koninklijke Vermande 2004, p. 1-20 en T. Hartlief, 'Keuzevrijheid in het personenschaderecht', NJB afl. 35/2004, p. 1832-1839.

²⁷³ Vergoeding in geld staat dus voorop en niet het herstel als zodanig. Redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 BW) kunnen echter met zich brengen dat herstel als zodanig moet worden bewerkstelligd: HR 24 februari 2012, NJ 2012, 143. Zie daarover S.D. Lindenbergh, 'Over herstel, geld, redelijkheid en billijkheid', AV&S 2013/4. In bijvoorbeeld Duitsland staat herstel voorop. Zie over schadevergoeding en tijdsverloop M.R. Hebly en S.D. Lindenbergh, 'Schadebegroting en tijdsverloop', Preadvies Vereniging voor de Vergelijkende Bestudering van het Recht van België en Nederland, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 301-361.

²⁷⁴ Zie voor een bespreking van de achtergrond van artikel 6:95 BW S.D. Lindenbergh, Smartengeld (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 63-93.

²⁷⁵ Regeling van de Staatssecretaris van Defensie tot een uitkering in verband met blootstelling aan chroom-6, Stcrt. 2018, nr. 31510.

slachtoffers van geweldsmisdrijven die hierdoor ernstige lichamelijke en/of psychische problemen (letsel) hebben of hebben gehad, nabestaanden van slachtoffers van een geweldsmisdrijf of dood door schuld delict, naasten van slachtoffers die door een geweldsmisdrijf ernstige en blijvende lichamelijke en/of psychische problemen (letsel) hebben.

Op een meer algemener niveau zijn eveneens standaarden te vinden. Een voorbeeld daarvan betreft de richtlijnen van Stichting De Letselschade Raad, een netwerkorganisatie. De Letselschade Richtlijnen voorzien in een standaard manier om schadeposten vast te stellen met het doel onnodige discussie te voorkomen en de schaderegeling te versoepelen. Gelijkebelevordering wordt ook als doel genoemd. De volgende richtlijnen (met concrete bedragen) zijn beschikbaar: Richtlijn Ziekenhuis- en revalidatiedaggeldvergoeding, Richtlijn Licht Letsel inclusief Smartengeld, Richtlijn Studievertraging, Richtlijn Zelfwerkzaamheid, Richtlijn Huishoudelijke Hulp en Richtlijn Kilometervergoeding.

Een ander – wettelijk – voorbeeld ziet op de vergoeding van ander nadeel aan direct betrokkenen en nabestaanden van slachtoffers, een mogelijkheid die het Nederlandse recht sinds 1 januari 2019 kent,²⁷⁶ met dien verstande dat het recht beperkt is. Zo wordt alleen aan naasten van een gekwetste patiënt met *ernstig en blijvend letsel* of een overleden patiënt een vergoeding toegekend. Ook de kring van naasten is beperkt, al gaat het wel om een ruime kring en is er ruimte voor de redelijkheid en billijkheid in dat verband. De in artikel 6:107, tweede lid, BW en artikel 6:108, vierde lid, BW genoemde naasten zijn: a) de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgeno(o)t(e) of geregistreerde partner, b) de levensgezel met wie duurzaam een gemeenschappelijke huishouding wordt gevoerd, c) de ouder, d) het kind, e) degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste heeft, f) degene voor wie de gekwetste ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband zorg heeft, en g) een ander persoon die in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot de gekwetste staat dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij als naaste wordt aangemerkt.

Ook de omvang van de vergoeding is begrensd. Uit het Besluit vergoeding affectieschade volgt dat bij ernstig en blijvend letsel aan echtgenoten en geregistreerde partners, levensgezellen, minderjarige kinderen en ouders, meerderjarige thuiswonende kinderen en ouders, pleegkinderen en ouders, aan degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste heeft en aan degene voor wie de gekwetste ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband zorg heeft, een bedrag van € 15.000,- kan worden toegekend. Een bedrag van € 12.500,- komt toe aan meerderjarige niet-thuiswonende kinderen en ouders en aan andere personen met een nauwe persoonlijke relatie. In geval van overlijden van de patiënt komt aan echtgenoten en geregistreerde partners, levensgezellen, minderjarige kinderen en ouders, meerderjarige thuiswonende kinderen en ouders, pleegkinderen en ouders, aan degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste heeft en aan degene voor wie de gekwetste ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband zorg heeft, een bedrag toe van € 17.500,-. Aan meerderjarige niet-thuiswonende kinderen en ouders en aan andere personen met een nauwe persoonlijke relatie komt een bedrag toe van € 15.000,-.²⁷⁷

In de toelichting op het Besluit affectieschade is benadrukt dat de vergoeding een symbolisch karakter heeft. De vergoeding leidt hoofdzakelijk tot erkenning van het ondervonden leed en verschaft naasten een zekere genoegdoening.²⁷⁸ Er zijn vaste bedragen gehanteerd om te voorkomen dat de vaststelling van de vergoeding leidt tot langdurige en pijnlijke discussies over de omvang van het leed.

²⁷⁶ Wet van 11 april 2018 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht teneinde de vergoeding van affectieschade mogelijk te maken en het verhaal daarvan alsmede het verhaal van verplaatste schade door derden in het strafproces te bevorderen, *Stb.* 2018, 132.

²⁷⁷ Besluit van 20 april 2018 tot vaststelling van bedragen voor nadeel van naasten dat niet in vermogensschade bestaat, *Stb.* 2018, 133.

²⁷⁸ Zie eerder ook Kamerstukken II 2014/2015, 34257, nr. 3, p. 3 (MvT), waarnaar in de toelichting wordt verwezen.

Hoewel standaardisering dus vrij vaak voorkomt en passend kan worden geacht in een aantal situaties, wordt volledigheidshalve gewezen op de (eerder genoemde) in juli 2019 uitgesproken prejudiciële beslissing van de Hoge Raad. Deze beslissing had betrekking op de schade die is ontstaan als gevolg van de aardbevingen in Groningen. De Hoge Raad overwoog dat de omvang van een verplichting tot vergoeding van schade die bestaat in een aantasting in de persoon op andere wijze, zich niet 'min of meer forfaitair' laat vaststellen nu dat niet verenigbaar is met het hoogst persoonlijke karakter van de vordering tot vergoeding van deze schade. De Hoge Raad overwoog echter ook dat het initiatief kan worden genomen om met betrokken partijen (waaronder belangenorganisaties die benadeelden vertegenwoordigen) een regeling overeen te komen die voorziet in een forfaitaire vergoeding.²⁷⁹

4.9 *Beschouwing*

De weg die is onderzocht is die van het civiele aansprakelijkheidsrecht; dit recht heeft bij uitstek het doel een slachtoffer, en dus ook een patiënt, te compenseren voor geleden schade. Vereist is wel – ingevolge de hoofdregel van het formele bewijsrecht vervat in Boek 1, titel 2, afdeling 9, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in combinatie gezien met het materiële bewijsrecht vervat in het Burgerlijk Wetboek (artikel 150 Rv in combinatie gelezen met de artikelen 6:74 BW en 6:162 BW) – dat het slachtoffer stelt en, bij betwisting, bewijst dat zijn schade veroorzaakt is door een normschending die kan worden gekwalificeerd als een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis of een onrechtmatige daad. In meer concrete zin moet worden gesteld en, bij betwisting, worden bewezen dat de hulpverlener in kwestie niet heeft gehandeld als een 'goed hulpverlener' (deze norm wordt ingevuld door de professionele standaard, kwaliteitsstandaarden en wet- en regelgeving) en dat zonder die normschending de schade van de patiënt niet was ingetreden. Dat is niet zelden lastig; zowel het aantonen van een normschending in de zin van het niet in acht nemen van de zorgvuldigheid als het aantonen van een *condicio sine qua non*-verband met de gestelde schade kan met (grote) bewijsproblemen gepaard gaan. Wel wordt de patiënt enigszins geholpen doordat op de hulpverlener een verzwaarde motiveringsplicht rust; hij moet de patiënt handvatten geven in de vorm van het medisch dossier en/of een toelichting om het bewijs (tegen hem) te leveren. Bij causaliteitsproblemen kan de patiënt voorts gebruik maken van een handvat als de omkeringsregel, de leer van de proportionele aansprakelijkheid of de leer van de verloren kans.

Voor het onderhavige onderzoek is van belang te benadrukken dat de rechtspositie van een psychiatrische – zo hij in een civiele procedure een schadevergoeding zou vorderen in verband met onzorgvuldig medisch handelen – niet anders is. Ook de aan verplichte zorg onderworpen psychiatrische patiënt die in een civiele procedure om een schadevergoeding zou vragen, moet stellen dat de zorgaanbieder in strijd heeft gehandeld met een wettelijke plicht of zorgvuldigheidsnorm en dit, bij (verzwaard gemotiveerde) betwisting door de zorgaanbieder, bewijzen. Hetzelfde geldt voor het causaal verband met de gestelde schade en de omvang van de schade. Wat wel anders is, is dat bij gebreke van een geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen de aan verplichte zorg onderworpen psychiatrische patiënt en de zorgaanbieder alleen de onrechtmatige daad als grondslag zou kunnen inroepen, terwijl in 'gewone' civiele zaken doorgaans de tekortkoming grondslag voor een schadevergoeding is. Dit is in zoverre relevant dat – zo de klachtgronden zouden worden weergegeven in termen van onrechtmatigheid – in een aantal gevallen betoogd kan worden dat zich een rechtsinbreuk voordoet, de inbreuk op de lichamelijke integriteit, die zelfstandig reden is om van een onrechtmatigheid te mogen spreken, wat een rechtspositioneel voordeel kan opleveren. Bij een rechtsinbreuk zijn de door het geschonden recht beschermde belangen in beginsel boven afweging verheven en kan de patiënt ter onderbouwing van zijn beroep op onrechtmatigheid overeenkomstig de hoofdregel van artikel 150

²⁷⁹ HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, rov. 2.13.6.

Rv volstaan met het stellen en, bij betwisting, bewijzen van zijn subjectieve recht en de inbreuk daarop.²⁸⁰ Staat een inbreuk vast, dan is het vervolgens aan de zorgaanbieder om met een beroep op een rechtvaardigingsgrond in de zin van artikel 6:162, tweede lid, BW, te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat zijn gedraging geoorloofd was.²⁸¹ Het bewijsrisico ligt in dat verband dus bij de zorgaanbieder. Het voordeel moet overigens niet worden overschat; in situaties van verplichte zorg zal de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht nog steeds moeten worden vastgesteld aan de hand van de wettelijke normen. Het is voorts ook aan de psychiatrische patiënt om te stellen en, bij betwisting te bewijzen, dat er een causaal verband is met de door hem gestelde schade en wat de omvang van die schade is.

De formele bewijsregels gelden ingevolge artikel 284 Rv ook in een verzoekprocedure, tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet. Zoals nog zal blijken (zie onder 5), betekent dit dat het bewijsrecht van Boek 1, titel 2, afdeling 9, Rv in beginsel ook van toepassing is op de verzoekprocedures (in rechte dus) ter verkrijging van een schadevergoeding vervat in de Wet op de bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz). Omdat de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz) de Wet Bopz per 1 januari 2020 vervangt en de klachtenprocedure van de Wvggz, inclusief het beroep bij de rechter, in grote lijnen de procedure van de Wet Bopz voortzet, zullen de hiervoor bedoelde regels van het bewijsrecht op gelijke wijze van toepassing zijn op de verzoekprocedures die ten overstaan van de rechter onder het regime van de Wvggz zullen worden gevoerd. Dit volgt overigens tevens uit de Wvggz zelf.²⁸²

Slaagt de patiënt in het leveren van het bewijs van zowel de normschending als het causaal verband dan wordt hij beloond: in dat geval heeft de patiënt recht op een schadevergoeding overeenkomstig de regels van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. Uitgangspunt is een volledige vergoeding, hetgeen in overeenstemming is met de bepalingen van het EVRM; een onvolledige vergoeding kan leiden tot schending van artikel 2 EVRM.

De patiënt heeft recht op een vergoeding van vermogensschade (artikel 6:96 BW) en op een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade (artikel 6:106 BW). Vermogensschade kan het gevolg zijn van lichamelijk letsel van de patiënt, evenals van – naar objectieve maatstaven vastgesteld – geestelijk letsel. Vermogensschade kan ook het gevolg zijn van een schending van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Bij de begroting van *vermogensschade* is een nauwkeurige begroting uitgangspunt, omdat deze schade doorgaans concreet te bepalen is. Een goed voorbeeld zijn gemaakte kosten. Kan de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij door de rechter geschat, hetgeen is bepaald in artikel 6:97 BW.

Bij de begroting van *ander nadeel* dan vermogensschade staat een nauwkeurige begroting ook voorop, maar moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden. Regel is dat ‘voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, de benadeelde recht heeft op *een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding*.’ Factoren die van belang zijn betreffen de aard van de aansprakelijkheid, de aard van het letsel, de duur en de intensiteit van het geleden verdriet en de gederfde levensvreugde, maar bijvoorbeeld ook de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de patiënt. Vergoeding van ander nadeel heeft meerdere functies; zij beoogt letsel dat niet kan worden hersteld, te compenseren, een geschokt rechtsgevoel te verzachten en (fundamentele) rechten te handhaven.

Vergoeding van ander nadeel kan plaatsvinden als de patiënt lichamelijk letsel heeft, in zijn eer of goede naam is aangetast, of anderszins in zijn persoon is aangetast. Geestelijk letsel valt, mits geobjectiveerd, onder die laatste categorie.

²⁸⁰ Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/54 en Jansen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 4.1.4.

²⁸¹ Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/54 en Jansen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 4.1.4.

²⁸² Zie artikel 6:1, tiende lid, Wvggz. Zie voorts kritisch W.J.A.M. Dijkers, ‘De Wetgever als verwarde man; suggesties voor het Wvggz-procesrecht’, *Trema* 2018/08.

Het meest voor discussie vatbaar is een vergoeding van ander nadeel wanneer die vergoeding bedoeld is voor een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW *zonder dat van geestelijk letsel sprake is*. Enerzijds is duidelijk dat een recht op schadevergoeding bestaat wegens een aantasting in de persoon indien een ernstige schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht heeft plaatsgevonden en de patiënt relevante nadelige gevolgen daarvan heeft ondervonden. Persoonlijkheidsrechten zijn subjectieve rechten. Naar hun inhoud zijn zij vergelijkbaar met grondrechten, met dien verstande dat de persoonlijkheidsrechten zonder meer gelden in de horizontale verhouding tussen burgers onderling. In dit verband wordt opgemerkt dat het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt in elk geval een belangrijk fundamenteel persoonlijkheidsrecht is. Ook het EHRM onderkent het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt; wordt het zelfbeschikkingsrecht niet gerespecteerd ook al is dat maar in beperkte mate, dan kan dit een schending van artikel 8 EVRM betekenen en soms zelfs een schending van artikel 3 EVRM. De bescherming van het zelfbeschikkingsrecht is tevens verankerd in de artikelen 10 en 11 Gw en de artikelen 3, tweede lid, en 7 Handvest EU. Onderdeel van het zelfbeschikkingsrecht is het geïnformeerd toestemming kunnen verlenen voor een geneeskundige behandeling.

Anderzijds is het (steeds) de vraag of de schending ernstig genoeg is en/of de gevolgen relevant en nadelig genoeg om voor een schadevergoeding in aanmerking te komen. Ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad is voor een schadevergoeding immers vereist dat sprake is van een *ernstige* schending met een bepaalde mate van relevante nadelige gevolgen wil van een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW kunnen worden gesproken. Zeker is dat bij de schending van het zelfbeschikkingsrecht van de zwangere vrouw om te kunnen kiezen voor een afbreking van de zwangerschap bij ernstige afwijkingen van de foetus, maar er zijn ook gevallen bekend waarin door de rechter werd geoordeeld dat de schending van het zelfbeschikkingsrecht (door een niet nakomen van de informatieplicht) niet ernstig genoeg was om tot een schadevergoeding te leiden.

Het systeem van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW staat er niet aan in de weg dat onder omstandigheden gekozen wordt voor (een bepaalde mate van) standaardisering van de toe te kennen bedragen. Standaardisering kan behulpzaam zijn teneinde de snelheid van afwikkeling te bevorderen en (bij een groot hoeveelheid slachtoffers) de gelijkheid te bevorderen. In dat verband is van belang te benadrukken dat een gemiddelde 'gewone' civiele procedure (buiten en/of in rechte) behoorlijk lang kan duren, doorgaans gepaard gaat met hoge kosten en veelal als erg belastend wordt ervaren. De praktijk kan dus zeer gebaat zijn met een 'standaard' oplossing. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt overigens wel dat de omvang van een verplichting tot vergoeding van schade die bestaat in een aantasting in de persoon op andere wijze, zich niet 'min of meer forfaitair' laat vaststellen, omdat dat niet verenigbaar zou zijn met het hoogst persoonlijke karakter van de vordering tot vergoeding van deze schade. De Hoge Raad overwoog echter ook dat het initiatief kan worden genomen om met betrokken partijen (waaronder belangenorganisaties die benadeelden vertegenwoordigen) een regeling overeen te komen die in een forfaitaire vergoeding voorziet.

Dit deel van het onderzoek had het doel te bezien of andere wegen met een compensatiefunctie of compensatiemogelijkheid, nadere of nieuwe handvatten kunnen geven bij het beantwoorden van de vraag en of de uitgangspunten van deze wegen leidend zouden kunnen of moeten zijn bij het formuleren van een 'billijke' schadevergoeding.

Het civiele aansprakelijkheidsrecht beschouwd, meen ik dat dit recht zonder meer een goede basis vormt voor een billijke schadevergoeding, omdat dit recht bij uitstek een compensatiefunctie heeft en het daartoe behorende schadevergoedingsrecht het doel heeft een gelaedeerde een volledige – en daarmee billijke – vergoeding te bieden, hetgeen mijns inziens ook de veronderstelde wens is als het gaat om compensatie van een psychiatrische patiënt die ten onrechte of op procedureel onzorgvuldige

wijze aan verplichte zorg onderworpen is (geweest). Sterker nog, het schadevergoedingsrecht als bedoeld in Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW is geschreven voor wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding en bevat regels aangaande verbintenissen tot schadevergoeding die elders in het Burgerlijk Wetboek of daarbuiten hun grondslag hebben, wat mijns inziens betekent dat deze afdeling van toepassing is op een schadevergoeding die haar grondslag vindt in de Wvvgz (hoewel deze wet een bestuursrechtelijke context kent, zij het met de bevoegdheid van de civiele rechter). In het bijzonder gaat het dan wat de schade van de patiënt betreft om de artikelen 6:95 BW, 6:96 BW en 6:106 BW. Voor vertegenwoordigers en nabestaanden bestaat een recht op schadevergoeding overeenkomstig de artikelen 6:107 BW en 6:108 BW.

Wat de vergoeding van ander nadeel betreft, merk ik volledigheidshalve op dat in artikel 6:95 BW staat dat een vergoeding daarvan alleen mogelijk is 'voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft'. De Wvvgz spreekt echter niet met zoveel woorden van een recht op een schadevergoeding 'tevens omvattende een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade'. Toch meen ik dat met de keuze voor een vergoeding naar billijkheid ook bedoeld is een wettelijke grondslag te creëren voor een vergoeding van ander nadeel. Ik wijs in dat verband op de wens van de wetgever om een volledige vergoeding te bieden – welke wens ik destilleer uit de keuze voor een schadevergoeding (in plaats van een tegemoetkoming), het doel en de uitgangspunten van de Wvvgz (vergaande bescherming van de patiënt) kan worden opgemaakt –, maar relevant is tevens de omstandigheid dat de psychiatrische patiënt als bedoeld in de Wvvgz doorgaans juist en vooral schade lijdt die de vorm heeft van ander nadeel dan vermogensschade. Het komt mij dan ook niet logisch en niet juist voor een vergoeding van ander nadeel uit te zonderen.

Een vraag die ik mezelf bij deze stand van het onderzoek echter indachtig voormelde en snel getrokken conclusie stel, is of de normschendingen en de rechtsinbreuken en de daaruit voortvloeiende gevolgen die ter beoordeling voorgelegd kunnen gaan worden aan een klachtencommissie als bedoeld in de Wvvgz, eenmaal vaststaand een 'aantasting in de persoon' als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW kunnen inhouden en recht geven op een schadevergoeding als van lichamelijk of geestelijk letsel geen sprake is.

In beginsel pleit voor een 'ja' de omstandigheid dat de Wvvgz uitgaat van de bescherming van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, een fundamenteel persoonlijkheidsrecht dat ook onder het EVRM bescherming geniet en dat een inbreuk – in welke vorm dan ook – moet worden vermeden. Een niet gelegitimeerde inbreuk ervan betekent een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht. Niettemin is van belang te beoordelen of de schending gekwalificeerd kan worden als een voldoende ernstige om tot een schadevergoeding als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW te leiden en is ook relevant wat de relevante nadelige gevolgen zijn. Een discussie over een aspect dat een zeer belangrijk onderdeel zal uitmaken van de beoordeling door de klachtencommissie – in veel gevallen zal ander nadeel in de zin van een aantasting in de persoon de enige schadepost zijn – strookt echter niet met de laagdrempelige procedure die de klachtenprocedure van de Wvvgz beoogt te zijn. Zuivere toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht lijkt op dit punt niet zonder meer passend en een afwijking of verbijzondering lijkt geboden.

Een (veelgehoord) bezwaar is voorts dat het civiele aansprakelijkheidsrecht gepaard gaat met veel tijd en hoge kosten. Dat heeft te maken met, is het gevolg van, het formele en materiële bewijsrecht (artikel 150 Rv in combinatie gelezen met de artikelen 6:74 BW en 6:162 BW) dat van toepassing is; 'er moet door de gelaedeerde bewijs worden geleverd', wil een normschending en een *condicio sine qua non*-verband worden aangenomen, zijnde de voorwaarden voor een schadevergoeding. Veelal gebeurt dat met behulp van adviezen van medisch adviseurs en rapporten van medisch deskundigen en dit zijn tijdrovende en kostbare aangelegenheden. Omdat de klachtenprocedure als bedoeld in de Wvvgz bedoeld als een toegankelijke voorziening die juist zo min mogelijk drempels voor de patiënt beoogt op

te werpen om zijn klachten door een onafhankelijke klachtencommissie te laten beoordelen, is het – indachtig de eis van de motivering van de klacht en de eerder opgeworpen vraag wat die motivering betekent in relatie tot een billijke schadevergoeding – dan ook de vraag of met ‘motivering’ bedoeld is het formele bewijsrecht onverkort van toepassing te laten zijn. De laagdrempeligheid lijkt het tegendeel te impliceren, hoewel het resultaat in burgerrechtelijke zin voldoende geborgd moet zijn, de rechtszekerheid en *fairness* gediend moeten worden. De gerechtelijke regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zullen daarom ten minste de basis vormen.

Ik acht het niettemin gezien de aard van de materie (dwangpsychiatrie) wenselijk, zo niet noodzakelijk dat de klachtencommissies een lichte toets aan zullen leggen waar het gaat om de beoordeling van de normschending, causaal verband en de omvang van de schade. Met ‘lichte toets’ wordt bedoeld dat door de inrichting van het proces en een actieve (niet lijdelijke) houding van de klachtencommissies in grote mate rekening wordt gehouden met de (beperkingen van de) aan verplichte zorg onderworpen psychiatrische patiënt zonder het belang van de zorgaanbieder wiens professionele handelen ter discussie staat uit het oog te verliezen. ‘Licht’ uit zich in mijn visie hierin dat ten behoeve van het vlotte en laagdrempelige proces een aantal formaliteiten wordt losgelaten waarbij wordt gedacht aan het zoveel mogelijk achterwege laten van getuigenverhoren, deskundigenberichten en ‘extra’ rondes om causale verbanden en schadestaten te onderzoeken, aldus in afwijking van hetgeen een klassieke civiele schadevergoedingsprocedure kenmerkt. Een andere bewijslastverdeling maakt hiervan geen deel uit. Wel zal die lichte toets, die mede een onderzoekende rol van de oordelende instantie veronderstelt, de scherpe kanten van de bewijslastverdeling kunnen verzachten.

In het kader van een laagdrempelige procedure ligt mijns inziens voorts een bepaalde mate van standaardisering van de te vergoeden schade voor de hand. Standaardisering is immers een instrument als het gaat om de wens een op eenvoudige wijze vast te stellen schadevergoeding toe te kennen van een billijk te achten omvang. Wel lijkt het indachtig de prejudiciële beslissing van de Hoge Raad raadzaam dat de Stichting Patiëntenvertrouwenspersonen op enig moment overleg pleegt met de beroepsorganisatie die de belangen van de zorgaanbieders behartigt (GGZ Nederland).

5. Analyse reeds bestaande handvatten voor schadevergoeding; schadevergoeding in het kader van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen

5.1 Inleidende opmerkingen

Dit deel van het onderzoek behelst een analyse van een andere reeds bestaande weg die een patiënt beoogt te compenseren voor in verband met de zorgverlening geleden schade; de mogelijkheid van schadevergoeding ingevolge de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz). Het doel van deze analyse is te bezien of de Wet Bopz nadere of nieuwe handvatten kan geven bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag en of de uitgangspunten van deze wet leidend zouden kunnen of moeten zijn bij het formuleren van een billijke schadevergoeding.

De Wet Bopz kent een aantal regelingen die op een schadevergoeding zien; de regeling in artikel 28 Wet Bopz, de regeling in artikel 35 Wet Bopz en de regeling in artikel 41b Wet Bopz. Het betreft schadevergoedingen in verband met onrechtmatigheden ter gelegenheid van de inbewaringstelling door de burgemeester, onzorgvuldig handelen van de rechter of officier van justitie bij het verlenen van een van de machtigingen als bedoeld in hoofdstuk II Wet Bopz of het geven van een beslissing inzake ontslag als bedoeld in artikel 49 Wet Bopz, respectievelijk onzorgvuldig handelen van het bestuur van het psychiatrisch ziekenhuis bij dwangbehandeling en vrijheidsbeperkingen.

Aangevangen wordt dan ook met een analyse van artikel 28 Wet Bopz (5.2), gevolgd door een analyse van artikel 35 Wet Bopz (5.3) en van artikel 41b Wet Bopz (5.4). Dit deel van het onderzoek wordt afgesloten met een beschouwing; een conclusie wordt nog niet getrokken (5.5).

5.2 Niet in acht nemen van de wet omtrent de last tot inbewaringstelling

In artikel 28, eerste lid, Wet Bopz is bepaald dat degene ten aanzien van wie een last tot inbewaringstelling is gegeven, de rechter kan verzoeken hem een schadevergoeding toe te kennen op de grond dat 'de door de burgemeester gegeven last onrechtmatig was'.

De voorziening van artikel 28 Wet Bopz is getroffen om te voldoen aan artikel 5, vijfde lid, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), dat een aanspraak op schadeloosstelling toekent aan een slachtoffer van een onrechtmatige vrijheidsbeneming ('een ieder die het slachtoffer is geweest van een arrestatie of een detentie in strijd met de bepalingen van dit artikel, heeft recht op schadeloosstelling').²⁸³

Het verzoek kan worden ingediend als *zelfstandig verzoek* bij een verweerschrift als bedoeld in artikel 282, vierde lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, of bij een desbetreffend verzoekschrift ter gelegenheid van het verhoor van de betrokkene, dan wel, indien de officier van justitie geen verzoek als bedoeld in artikel 27, eerste lid, doet, binnen zes weken nadat de last is gegeven, bij een afzonderlijk verzoekschrift. Indien het verzoek wordt ingediend bij verzoekschrift ter gelegenheid van het verhoor van de betrokkene is artikel 282, vierde lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing. Een en ander volgt uit artikel 28, tweede en derde lid, Wet Bopz.

De grondslag voor de schadevergoeding is, zoals de wettekst aangeeft, gelegen in de *onrechtmatigheid van de last* tot inbewaringstelling (zie voor een nuancering hierna en zie voor de definitie van onrechtmatige daad artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek). Indien bijvoorbeeld de geneeskundige verklaring ter zake van het gevaar en ter zake van de alternatieven voor een inbewaringstelling onjuistheden bevat en bij een juiste verklaring de burgemeester in redelijkheid niet tot zijn oordeel (dat er sprake was van een gevaar in de zin van de Wet Bopz) had kunnen komen, is sprake van een *onrechtmatige vrijheidsbeneming* in verband waarmee de patiënt recht heeft op een schadeloosstelling.

²⁸³ Zie ook Dijkers, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 28, SDU (online), C.1.1 en C.2.1.

Een voorbeeld hiervan betreft een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.²⁸⁴ De rechtbank begrootte de schade op f 1.000,- (€ 450,-), daarbij in aanmerking nemende dat betrokkene vijf dagen opgenomen was geweest én dwangmedicatie toegediend had gekregen.

Ook wordt gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Assen.²⁸⁵ In deze kwestie was – hoewel de rechtbank ten aanzien van de inbewaringstelling een machtiging tot voortzetting had gegeven – door een misverstand een nieuwe inbewaringstelling verzocht en gelast. De rechtbank oordeelde dat geen relevant novum aanwezig was en merkte de tweede last aan als onrechtmatig. De rechtbank overwoog dat wegens het op een ongeldige titel gedwongen opgenomen zijn een vergoeding toe van € 45,- per dag moest worden toegekend over de periode van 5 tot 11 januari 2007. [onderstreping RW]

De bewijslast ter zake van de onrechtmatigheid van de last en de daardoor geleden schade rust ingevolge artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op de patiënt; het bewijsrecht van de vorderingsprocedure (Boek 1, titel 2, afdeling 9, Rv, zie ook uitvoerig onder 4) is ingevolge artikel 284 Rv van overeenkomstige toepassing op verzoekprocedures tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet. Dit laatste is niet in algemene zin het geval te achten in schadevergoedingsprocedures als bedoeld in de Wet Bopz.²⁸⁶ Voordat aan bewijzen wordt toegekomen dient de patiënt als verzoekende partij voldoende te stellen; onvoldoende stellen van feiten die de grondslag van het verzoek tot schadevergoeding vormen, kan leiden tot een afwijzing van het verzoek tot schadevergoeding. Dat gevolg wordt ook verbonden aan het in onvoldoende mate leveren van bewijs. Wel wordt de patiënt tegemoet gekomen door de eis dat de aangesproken partij (de burgemeester, de gemeente) verplicht is om ter onderbouwing van diens betwisting van de stellingen van de patiënt voldoende feitelijke gegevens te overleggen, teneinde hem aanknopingspunten te bieden voor eventuele bewijslevering (verzwaarde motiveringsplicht).²⁸⁷ De verzwaarde motiveringsplicht sluit aan bij de bedoeling van onder meer de artikelen 21, 22 en 843a Rv.

Het is ook aan de aangesproken partij om, zo dit zich voordoet, een bevrijdend verweer (ja, maar-verweer) aan te voeren en dat, bij betwisting, te bewijzen (het bestaan van een rechtvaardigingsgrond bijvoorbeeld).²⁸⁸

In de praktijk leidt het hebben van de bewijslast niet tot problemen. Ter illustratie dient het volgende voorbeeld. De rechter die moet oordelen over een verzoek tot voortzetting van de inbewaringstelling, beoordeelt 'ex nunc' of aan de voorwaarden voor een inbewaringstelling is voldaan. Daarbij zal ook getoetst worden of de geneeskundige verklaring aan de wettelijke en de in de jurisprudentie ontwikkelde voorwaarden voldoet. Is dat niet het geval, dan zal de rechter de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaren in zijn verzoek. Daarmee staat dan meteen ook de onrechtmatigheid van de last tot inbewaringstelling – gebaseerd op de geneeskundige verklaring – vast. Wordt echter de machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling door de rechtbank verleend, dan staat daarmee vast dat de last tot inbewaringstelling van de burgemeester rechtmatig was. Verleent de rechtbank de machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling – na een beoordeling 'ex nunc' –, dan kan het (meestal alleen theoretisch) nog zo zijn dat bij een toetsing 'ex tunc' geoordeeld zou kunnen worden dat de burgemeester de last tot inbewaringstelling ten onrechte heeft gegeven, omdat materieel geen sprake was van een ernstig vermoeden van een geestesstoornis en/of een onmiddellijk dreigend gevaar. In dat geval (alleen) zal de patiënt de bewijslast dragen van de onrechtmatigheid. Dit komt echter niet of nauwelijks voor.

²⁸⁴ Rechtbank Amsterdam 30 september 1994, ECLI:NL:RBAMS:1994:AD2168, NJ 1995, 106.

²⁸⁵ Rechtbank Assen 11 januari 2007, BJ 2007/20.

²⁸⁶ Zie ook Dijkers, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 35, SDU (online), C.3.14. Zie voorts Asser Procesrecht/Asser 3 2017/25.

²⁸⁷ Zie onder meer HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058, NJ 1988, 500, met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman).

²⁸⁸ Zie nader Asser Procesrecht/Asser 3 2017/57; 288 en 289.

Met nadruk wordt opgemerkt dat een schadevergoeding op de voet van artikel 28 Wet Bopz – waarbij het dus gaat om een (in beginsel onterechte) vrijheidsontneming van de patiënt – door de rechter *naar billijkheid* moet worden vastgesteld én dat hieronder ook wordt begrepen schade die mogelijk niet op grond van artikel 6:106 van het Burgerlijk Wetboek (BW) voor vergoeding in aanmerking komt; de rechter is in zaken als deze niet gebonden aan de grenzen van dat artikel en kan bijvoorbeeld een vergoeding toekennen ter zake van ander nadeel dat verband houdt met het in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van de gedwongen opname, aldus de Hoge Raad in een inzake artikel 35 Wet Bopz gewezen beschikking.²⁸⁹ Dat vloeit voort uit de strekking van artikel 28 Wet Bopz, waarmee, zoals reeds werd geschreven, mede beoogd is te voldoen aan artikel 5, vijfde lid, EVRM. Ook is van belang dat ten aanzien van schade in de zin van ander nadeel bestaande uit onzekerheid over de rechtmatigheid van de gedwongen opname de gewone regels van stelplicht en bewijslast niet gelden. De relevante overwegingen van de Hoge Raad worden bij de bespreking van artikel 35 Wet Bopz – zie de volgende paragraaf – uiteengezet.

Voor een voorbeeld wordt gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Limburg.²⁹⁰ In de kwestie die voorlag was de inbewaringstelling gelast op basis van een geneeskundige verklaring die was opgemaakt door een psychiater die kort tevoren nog behandelaar van betrokkene was. Aldus was sprake van zes dagen onrechtmatige vrijheidsberoving. Over de schadevergoeding overwoog de rechtbank het volgende:

“Verzoeker stelt dat hij immateriële schade heeft geleden, omdat hij door de onrechtmatige last gedurende zes dagen van zijn vrijheid is beroofd. Dit is door verweerder niet betwist. Nu de door de burgemeester afgegeven last onrechtmatig is, komt de door verzoeker ten gevolge hiervan geleden schade, waarvoor verweerder als publiekrechtelijk rechtspersoon aansprakelijk is, op de voet van artikel 28 van de Wet Bopz voor vergoeding in aanmerking.

Hierbij dient in aanmerking te worden genomen dat bij de toekenning naar billijkheid van een schadevergoeding op de voet van artikel 28 van de Wet Bopz de rechter niet gebonden is aan de grenzen van de toekenning van vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade vervat in artikel 6:106 van het BW. Dat vloeit voort uit de strekking van artikel 28, waarmee mede beoogd is te voldoen aan artikel 5, vijfde lid EVRM dat bepaalt dat een ieder die slachtoffer is geweest van een detentie in strijd met de bepalingen van artikel 5, leden een tot en met vier, van het EVRM recht heeft op schadeloosstelling en waarvan moet worden aangenomen dat het ten minste recht geeft op een billijke genoegdoening als bedoeld in artikel 50 van het EVRM.

(...) Verzoeker heeft de door hem geleden schade begroot op een bedrag van € 900,00 ofwel € 150,00 voor elke dag dat hij onrechtmatig van zijn vrijheid beroofd is geweest, hetgeen de rechtbank redelijk en billijk voorkomt. Verweerder heeft overigens ook geen verweer gevoerd tegen de hoogte van de verzochte schadevergoeding. Gelet daarop zal het inleidend verzoek worden toegewezen, zodat verweerder aan verzoeker een bedrag van € 900,00 dient te voldoen ter vergoeding van de door hem ten gevolge van de onrechtmatige vrijheidsbeneming geleden schade.”

[onderstreping RW]

Gewezen wordt ook op een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam.²⁹¹ In dit geval had de locoburgemeester op de geneeskundige verklaring alleen ‘voor akkoord’ geschreven; er was verder geen bewijsstuk van de last tot inbewaringstelling. De rechtbank achtte de gevolgde vrijheidsbeneming onrechtmatig. De rechtbank kende een vergoeding toe van € 75,- per dag. Schade in de vorm van een gemiste reis naar Spanje en het afknippen van kunstnagels achtte de rechtbank niet toewijsbaar wegens gebrek aan bewijs respectievelijk het feit dat de patiënt de nagels zelf had afgeknipt.

[onderstreping RW]

Een voorbeeld betreft ook een uitspraak van de Rechtbank Groningen.²⁹² Omdat geen elektronisch systeem beschikbaar was, had de burgemeester op basis van een mondeling overgebracht geneeskundig oordeel een mondelinge last tot inbewaringstelling afgegeven; pas bijna een dag later was een (tweede) inbewaringstelling gelast. De rechtbank oordeelde de last onrechtmatig en achtte een causaal verband met de schade aanwezig zodat een schadevergoeding moest worden toegekend. Met betrekking tot de gestelde schade verhogende omstandigheid dat betrokken een gedeelte van de 22,5 uren in een separeerruimte had moeten verblijven overwoog de rechtbank enerzijds dat dit gegeven slechts

²⁸⁹ HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997, 682, met nt. J. de Boer.

²⁹⁰ Rechtbank Limburg 6 september 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:5479.

²⁹¹ Rechtbank Rotterdam 12 januari 2010, BJ 2010/32, met nt. W. Dijkers.

²⁹² Rechtbank Groningen 27 maart 2008, BJ 2008/36.

een indirect gevolg was geweest van de (onrechtmatige) gedwongen opname; hieraan lag namelijk in de eerste plaats ten grondslag dat betrokkene zonder overleg de kliniek had verlaten. Anderzijds kon aangenomen worden dat het onrechtmatige gedwongen verblijf door deze omstandigheid voor de patiënt een beduidend grotere belasting had betekend. Eén en ander was voor de rechtbank aanleiding om naar billijkheid een vergoeding van immateriële schade toe te kennen van € 150,-.

Ook is schadevergoeding mogelijk als het noodzakelijke onderzoek van de patiënt door de psychiater niet binnen zes uur na afgifte van de last tot inbewaringstelling door de burgemeester (naar de maatstaven van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens: niet '*immediately after the arrest*'²⁹³) heeft plaatsgevonden. Een voorbeeld kan worden ontleend aan Rechtbank Midden-Nederland.²⁹⁴ De rechtbank veroordeelde de gemeente om € 95,- te betalen als een vergoeding voor de gedurende een dag geleden immateriële schade wegens een onrechtmatige vrijheidsbeneming. De vrijheidsbeneming van de betrokkene werd onrechtmatig geacht, omdat het noodzakelijke onderzoek van de patiënt door de psychiater niet binnen zes uur na afgifte van de last tot inbewaringstelling door de burgemeester (niet '*immediately after the arrest*') had plaatsgevonden.²⁹⁵

Voor dezelfde problematiek wordt gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Maastricht.²⁹⁶ In deze zaak werd de last tot inbewaringstelling verleend op basis van een verklaring van een arts die geen psychiater was. Van een burgemeester, die verantwoordelijk is voor de tenuitvoerlegging van zijn eigen last, wordt verwacht dat hij alsnog een psychiatrisch onderzoek doet plaatsvinden. Schiet een burgemeester hierin te kort, dan heeft dat tot gevolg dat de vrijheidsontneming van betrokkene gedurende de tijd die is verstreken tussen het moment dat het psychiatrisch onderzoek eigenlijk had moeten zijn uitgevoerd, – '*immediately after the arrest*' – en het ten langen leste plaatsvinden daarvan geacht moet worden onrechtmatig te zijn geweest. Over de schadevergoeding overwoog de rechtbank het volgende:

"Voorop moet worden gesteld dat bij de toekenning naar billijkheid van een schadevergoeding op de voet van artikel 28 van de Wet Bopz de rechter niet gebonden is aan de grenzen van de toekenning van vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade vervat in artikel 6:106 van het BW. Dat vloeit voort uit de strekking van artikel 28, waarmee mede beoogd is te voldoen aan artikel 5, vijfde lid EVRM dat bepaalt dat een ieder die slachtoffer is geweest van een detentie in strijd met de bepalingen van artikel 5, leden een tot en met vier, van het EVRM recht heeft op schadeloosstelling en waarvan moet worden aangenomen dat het ten minste recht geeft op een billijke genoegdoening als bedoeld in artikel 50 van het EVRM.

Uit hetgeen betrokkene heeft doen aanvoeren komt niet naar voren dat betrokkene onder de onrechtmatige vrijheidsontneming zodanig heeft geleden dat een immateriële schadevergoeding van € 1.050,- daarvoor niet op zijn plaats zou zijn. De gemeente heeft op dat punt overigens ook onvoldoende gesteld om het bedrag van de verzochte vergoeding op de voet van artikel 6:109 BW te matigen. Gelet daarop is de rechtbank van oordeel dat het door betrokkene verzochte bedrag ten laste van de gemeente Maastricht toewijsbaar is."

[onderstreping RW]

Ook de Hoge Raad deed over eenzelfde soort kwestie uitspraak na prejudiciële vragen van het hof.²⁹⁷ Omdat specialistisch onderzoek niet '*immediately after the arrest*'²⁹⁸ had plaatsgevonden, kon de patiënt jegens de gemeente aanspraak maken op schadevergoeding. Daaraan doet niet af dat noch de burgemeester noch de gemeente de (wettelijke) middelen ten dienste staan om na het geven van de last tot inbewaringstelling een onderzoek door een psychiater af te dwingen of de aangevangen inbewaringstelling te (doen) beëindigen. Het is immers de burgemeester die met het geven van de last de verantwoordelijkheid neemt voor een vrijheidsontneming die in overeenstemming moet zijn met de eisen van artikel 5 EVRM. Het is gerechtvaardigd om, voor de toepassing van artikel 28, eerste lid, Wet Bopz, de gevolgen van het optreden van de burgemeester jegens de patiënt toe te rekenen aan de gemeente, aldus de Hoge Raad.

²⁹³ Zie voor dit criterium EHRM 5 oktober 2000, BJ 2001/36, met nt. W. Dijkers (Varbanov/Bulgarije).

²⁹⁴ Rechtbank Midden-Nederland 29 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:6026, Jvggz 2014/8, met nt. W. Dijkers.

²⁹⁵ Zie ook Rechtbank Gelderland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1542, Jvggz 2014/14, met nt. W. Dijkers (geen vergoeding in geld, volgens de rechtbank kon als genoegdoening worden volstaan met de constatering dat de eerste inbewaringstelling onrechtmatig was) en Rechtbank Rotterdam 8 mei 2013, Jvggz 2013/55, met nt. W. Dijkers (afwijzing verzoek tot toekenning van schadevergoeding).

²⁹⁶ Rechtbank Maastricht 15 oktober 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BK0564.

²⁹⁷ HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2747, Jvggz 2015/38, met nt. W. Dijkers en NJ 2015, 440, met nt. J. Legemaate.

²⁹⁸ Zie voor dit criterium EHRM 5 oktober 2000, BJ 2001/36, met nt. W. Dijkers (Varbanov/Bulgarije).

Vergoedingen ter zake van geleden ander nadeel buiten het bestek van artikel 6:106 BW houden voorts vooral verband met schendingen van procedurevoorschriften of zorgvuldigheideisen bij een op zichzelf *rechtmatige* gedwongen opname.

In aansluiting hierop behoeft opmerking dat de grondslag in artikel 28 Wet Bopz enige nuancering behoeft. Uit de wetsgeschiedenis kan namelijk worden afgeleid dat de mogelijkheid om op grond van artikel 28 Wet Bopz en artikel 35 Wet Bopz een schadevergoeding te verkrijgen niet principieel van karakter verschillen. Uit artikel 35 Wet Bopz – zie de volgende paragraaf – volgt dat een schadevergoeding kan worden toegekend bij *het niet in acht nemen van een wettelijke bepaling* door de rechter of officier van justitie in het kader van een machtiging als bedoeld in de Wet Bopz. Aangenomen wordt daarom dat dit ook kan in het kader van de inbewaringstelling, hetgeen bevestigd wordt door de jurisprudentie.

Zie hieromtrent (eerst ook) de volgende passage uit de Nadere Memorie van Antwoord: “De leden van de CDA-fractie vroegen naar het verschil in de schadevergoedingsbepalingen neergelegd in artikel 28 onderscheidenlijk artikel 35 van de novelle. De strekking van artikel 28 is geweest voor de betrokkene een simpele weg tot het snel verkrijgen van «een schadevergoeding» te openen. Deze strekking brengt mee dat de desbetreffende rechtsgang, evenmin als die tot het verkrijgen van een «billijke schadevergoeding» als bedoeld in artikel 35, niet bedoelt uit te sluiten dat de betrokkene de weg van een vordering uit artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek bewandelt ten einde zijn zaak op een grondiger wijze door de gewone rechter te laten beoordelen, eventueel in combinatie met een vordering ter zake van schadeposten die niet of niet zonder meer onder de artikelen 28 en 35 zijn te brengen (HR 7 april 1989 NJ 1989, 532 en HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 793). De leden van deze fractie gaan er naar onze mening terecht van uit dat de in artikel 28 bedoelde schadevergoeding ten laste van de gemeente zal komen. In het voorgaande ligt tevens besloten dat de artikelen 28 en 35 niet principieel van karakter verschillen, zij dat het in het tweede geval om een aansprakelijkheid voor fouten door de rechter gaat, een figuur die in de rechtspraak van de gewone rechter wel binnen bepaalde grenzen is aanvaard (HR 8 mei 1987, NJ 1988, 1016), maar tot nu toe in de praktijk niet tot enige toewijzing heeft geleid. Het is derhalve niet aannemelijk dat een procedure voor de gewone rechter een effectief middel is om in de artikel 35 bedoelde gevallen schadevergoeding te krijgen. In zoverre kan deze laatste bepaling als een aanvulling op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad op dit terrein gaan fungeren, waarmee tevens is gewaarborgd dat ook op dit terrein is voldaan aan artikel 5, vijfde lid, van het EVRM.”²⁹⁹

[onderstreping RW]

Zo is schadevergoeding ingevolge artikel 28 Wet Bopz onder andere mogelijk bij wettelijke termijnoverschrijdingen en het verzuim zorg te dragen voor rechtsbijstand bij een last tot inbewaringstelling.

Voor een voorbeeld wordt gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Den Haag.³⁰⁰ De rechtbank overwoog van oordeel te zijn dat de bijzondere schadevergoedingsregeling, in artikel 28 Wet Bopz gegeven voor het geval van een ‘onrechtmatige last’, tevens beoogt de betrokkene een snelle en eenvoudige procedure tot het verkrijgen van schadevergoeding te geven wanneer bij het geven van een overigens naar de maatstaven van de wet rechtmatige last, verzuimen worden gepleegd die de betrokkene nadeel berokkenen, zoals het verzuim om terstond zorg te dragen voor rechtsbijstand. De betrokkene kreeg een bedrag van f 100,- (€ 45,-) per dag dat hij zonder rechtsbijstand had verkeerd, toegewezen.

[onderstreping RW]

Voorts wordt gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Dordrecht.³⁰¹ De rechtbank wees op de parlementaire geschiedenis en overwoog dat de wetgever met artikel 28 Wet Bopz de betrokkene een snelle en simpele weg voor het verkrijgen van een schadevergoeding heeft willen geven en dat de artikelen 28 en 35 Bopz niet principieel van karakter verschillen. Onderscheid tussen vóór en na een beslissing of vordering in acht te nemen bepalingen is daarbij niet aan de orde. Het moet er voor gehouden worden dat de wetgever niet bedoeld kan hebben de ‘niet onbelangrijke’ ná de beschikking door de burgemeester na te leven bepalingen van de Wet Bopz uit te sluiten van de procedure van artikel

²⁹⁹ Kamerstukken I 1992/93, 21239, nr. 4a, p. 3 (Nadere MvA).

³⁰⁰ Rechtbank ‘s-Gravenhage 21 maart 1994, ECLI:NL:RBSGR:1994:AD2064, NJ 1995, 218.

³⁰¹ Rechtbank Dordrecht 22 juni 1994, ECLI:NL:RBDOR:1994:AD2124, NJ 1994, 663.

28 Bopz. Daarom moet artikel 28 Wet Bopz ruim worden uitgelegd, aldus de rechtbank; zonder bijstand verkeren kan een grond voor schadevergoeding zijn. De betrokkene kreeg een bedrag van f 250,- (€ 114,-) voor ruim een dag zonder bijstand.

Vergelijkbaar is een uitspraak van de Rechtbank Dordrecht van latere datum.³⁰² Na de last tot inbewaringstelling was de raadsman te laat toegevoegd; pas drie dagen na de last was daarvan mededeling gedaan aan de advocaten piketcentrale. Doordat de betrokkene verstoken bleef van rechtshulp c.q. van contact met een raadsman was hij in zijn persoon aangetast, zoals bedoeld in artikel 6:106 BW, aldus de rechtbank. De schade werd, mede gelet op de omstandigheid dat de gemeente de gestelde schadeomvang niet had bestreden, op de voet van artikel 6:97 BW begroot op € 90,- voor elke dag dat verzoeker verstoken bleef van rechtshulp c.q. van contact met een raadsman, derhalve in totaal op € 270,-.

[onderstreping RW]

De weg van artikel 28 Wet Bopz laat de mogelijkheid van een onrechtmatige daadsactie op grond van artikel 6:162 BW onverlet.³⁰³ De weg van de Wet Bopz zal echter sneller en minder kostbaar zijn en het ligt dus voor de hand dat meestentijds voor de route van de Wet Bopz wordt gekozen.³⁰⁴ Wordt een schadevergoedingsactie toch gebaseerd op artikel 6:162 BW, dan gelden de regels zoals onder 4 beschreven.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat de tekortkoming in de nakoming geen grondslag zal vormen, zulks wegens de afwezigheid van een geneeskundige behandelingsovereenkomst. Daarvoor is aanbod en aanvaarding vereist alsmede wilsovereenstemming, hetgeen in het kader van dwangbehandeling zal ontbreken. De patiënt moet zich dus beroepen op een onrechtmatige daad. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Bij een gestelde inbreuk op een recht kan de patiënt profiteren van het feit dat het dan aan de aangesproken partij is om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat er een rechtvaardiging bestond voor de rechtsinbreuk.

Tot slot wordt nog gewezen op het feit dat de Wvvgz een met artikel 28 Wet Bopz vergelijkbare regeling kent: artikel 10:12 Wvvgz. Indien *de wet niet in acht is genomen* bij het nemen van een crisismaatregel (zie artikel 7:1 Wvvgz), of bij de toepassing van artikel 7:3 (tijdelijk verplichte zorg voorafgaand aan een crisismaatregel), dan kan de patiënt of de vertegenwoordiger door middel van een schriftelijk en gemotiveerd verzoekschrift bij de rechter verzoeken om een schadevergoeding door respectievelijk de gemeente of de organisaties onder wiens verantwoordelijkheid de personen, bedoeld in artikel 7:3, vierde lid, hebben gehandeld. De rechter kan een *naar billijkheid* vast te stellen schadevergoeding toekennen.

5.3 *Niet in acht nemen van de wet bij het verlenen van een van de machtigingen, dan wel tot het geven van een beslissing inzake ontslag*

Hiervoor werd beschreven dat de Wet Bopz een snelle en eenvoudige procedure biedt om aan een patiënt schadevergoeding toe te kennen voor nadeel dat geleden is door verzuimen van bij gedwongen opnemingen betrokken functionarissen.

Artikel 28 Wet Bopz, hiervoor besproken, betreft onrechtmatigheden ter gelegenheid van de *inbewaringstelling* door de *burgemeester*. Artikel 35 Wet Bopz betreft het niet in acht nemen van de wettelijke bepalingen door de *rechter en de officier van justitie* in het kader van, kort gezegd, de rechterlijke machtigingen. Daartoe is in artikel 35, eerste lid, Wet Bopz bepaald dat indien degene ten aanzien van wie door de officier van justitie een verzoek is gedaan tot het verlenen van een der machtigingen als bedoeld in dit hoofdstuk [RW: hoofdstuk II Wet Bopz], dan wel tot het geven van een

³⁰² Rechtbank Dordrecht 31 oktober 2003, ECLI:NL:RBDOR:2003:AS7711, BJ 2003/55.

³⁰³ Kamerstukken I 1992/93, 21239, nr. 4a, p. 3 (Nadere MvA).

³⁰⁴ Zie ook Dijkers, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 28, SDU (online), C.1.2 en C.2.1.

beslissing inzake ontslag als bedoeld in artikel 49, derde of tiende lid, nadeel heeft geleden doordat de rechter of de officier van justitie een der bepalingen, vervat in dit hoofdstuk [RW: hoofdstuk II Wet Bopz] of in artikel 49, niet in acht heeft genomen, de rechter de patiënt op diens verzoek een *naar billijkheid* vast te stellen schadevergoeding ten laste van de Staat kan toekennen. De grondslag voor de schadevergoeding is dus gelegen in het *niet in acht nemen van wettelijke bepalingen* aangaande het verlenen van een van de machtigingen, dan wel tot het geven van een beslissing inzake ontslag (opnemings- en ontslagprocedures als bedoeld in hoofdstuk II).

Zie in de toelichting daaromtrent het volgende: “Gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad kan in een dergelijk geval schadevergoeding uit onrechtmatige daad worden verkregen (zie laatstelijk HR 8 mei 1987, NJ 1988, 1016, m.nt. M. Scheltema, waarbij HR 15 april 1988 NJ 1988, 752). In de jurisprudentie is echter nog geen geval bekend waarin schadevergoeding terzake van een zodanig nadeel werd toegekend. Het is derhalve niet aannemelijk dat de procedure op grond van artikel 1401 van het Burgerlijk Wetboek [thans artikel 6:162 BW] een effectief middel is om nadeel dat is geleden ten gevolge van een ernstig rechterlijk verzuim te compenseren. Gezien de ingrijpende aard van de hier aan de orde zijnde rechterlijke beslissingen inzake vrijheidsontneming is dit een onbevredigende situatie. In artikel 35 van het wetsvoorstel is derhalve een bepaling opgenomen die voorziet in de mogelijkheid van een eenvoudige procedure ter verkrijging van schadevergoeding van de Staat in de gevallen dat een tot de rechter of de officier van justitie gericht voorschrift dat betrekking heeft op de procedure inzake het verlenen van een der machtigingen als bedoeld in de Wet BOPZ, dan wel op de procedure inzake het geven van een beslissing betreffende ontslag als bedoeld in artikel 48 van die wet, niet in acht is genomen en deze niet-in-achtneming nadeel voor de betrokkene tot gevolg heeft gehad.

Deze vordering tot schadevergoeding heeft niet tot inzet een volledige herbeoordeling van de beslissing inzake het verlenen van de machtiging of het bevel tot ontslag uit de inrichting. De vrijheidsontneming als zodanig is gerechtvaardigd indien blijkt van een stoornis van de geestvermogens die betrokkene gevaar doet veroorzaken. Het zal naar wij verwachten slechts zelden voorkomen dat bij de voorbereiding van de hier aan de orde zijnde rechterlijke beslissing een zodanig verzuim is gepleegd dat naar het oordeel van de rechter die het verzoek om schadevergoeding behandelt, een beoordelingsfout daarvan het gevolg is geweest, zodat de vrijheidsontneming onrechtmatig was. Mogelijk is echter dat immateriële schade is geleden door het procedureel verzuim. De schade kan bij voorbeeld daarin bestaan dat tengevolge van het niet-horen door de rechter de betrokkene de indruk heeft kunnen krijgen dat aan zijn zienswijze niet de nodige aandacht is besteed. Ook termijnoverschrijding door de officier van justitie kan onder bepaalde omstandigheden aanleiding geven tot het toekennen van schadevergoeding. Het nadeel kan bestaan in een onredelijk lange termijn van onzekerheid voor de betrokken patiënt. Uiteraard zal niet elke onregelmatigheid in de procedure nadeel toebrengen aan de betrokkene. Dit staat van geval tot geval ter beoordeling van de rechter.”³⁰⁵

De voorziening van artikel 35 Wet Bopz is (net als die van artikel 28 Wet Bopz) getroffen om te voldoen aan artikel 5, vijfde lid, EVRM, dat een aanspraak op schadeloosstelling toekent aan een slachtoffer van een onrechtmatige vrijheidsbeneming (een ieder die het slachtoffer is geweest van een arrestatie of een detentie in strijd met de bepalingen van dit artikel, heeft recht op schadeloosstelling).³⁰⁶

Het verzoek tot schadevergoeding kan worden gedaan bij een *zelfstandig verzoek* bij een verweerschrift als bedoeld in artikel 282, vierde lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, of bij een desbetreffend verzoekschrift ter gelegenheid van het verhoor van de betrokkene dan wel bij een afzonderlijk verzoekschrift, binnen drie maanden te rekenen vanaf de dag waarop de betrokkene redelijkerwijs bekend kon zijn met de schending van het voorschrift waarop zijn verzoek betrekking heeft, of, indien in beroep in cassatie over die schending is geklaagd, binnen zes weken na de dagtekening van de beschikking van de Hoge Raad. Indien het verzoek tot schadevergoeding wordt ingediend bij verzoekschrift ter gelegenheid van het verhoor van de betrokkene is artikel 282, vierde lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing. Een en ander volgt uit artikel 35, tweede en derde lid, Wet Bopz.

³⁰⁵ Kamerstukken II 1988/89, 21239, nr. 3, p. 9 (MvT).

³⁰⁶ Zie ook Dijkers, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 35, SDU (online), C.2, C.2.1 en C.2.2.

De bewijslast ter zake van het niet in acht nemen van wettelijke bepalingen en de daardoor geleden schade rust ingevolge artikel 150 Rv op de patiënt; het bewijsrecht van de vorderingsprocedure (Boek 1, titel 2, afdeling 9, Rv, zie nader onder 4) is ingevolge artikel 284 Rv van overeenkomstige toepassing op verzoeksprocedures tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet. Dit laatste is niet in algemene zin het geval te achten in schadevergoedingsprocedures als bedoeld in de Wet Bopz.³⁰⁷ Voordat aan bewijzen wordt toegekomen, dient de patiënt als verzoekende partij voldoende te stellen; onvoldoende stellen van feiten die de grondslag van het verzoek tot schadevergoeding vormen, kan leiden tot een afwijzing van het verzoek tot schadevergoeding. Dat gevolg wordt ook verbonden aan het in onvoldoende mate leveren van bewijs. Anders gezegd, in een op artikel 35 Wet Bopz gebaseerd schadevergoedingsverzoek moet de patiënt stellen dat de rechter (of de officier) de wet niet in acht heeft genomen, waardoor hij bepaalde, nader omschreven, op geld waardeerbare schade heeft geleden. Wel wordt de patiënt tegemoet gekomen door de eis dat de aangesproken partij (de Staat) verplicht is om ter onderbouwing van diens betwisting van de stellingen van de patiënt voldoende feitelijke gegevens te overleggen, teneinde hem aanknopingspunten te bieden voor eventuele bewijslevering (verzwaarde motiveringsplicht).³⁰⁸ Het is ook aan de aangesproken partij om, zo dit zich voordoet, een bevrijdend verweer (ja, maar-verweer) aan te voeren en dat, bij betwisting, te bewijzen (het bestaan van een rechtvaardigingsgrond bijvoorbeeld).³⁰⁹

In de praktijk leidt het hebben van de bewijslast niet tot problemen. Ter verduidelijking wordt daartoe opgemerkt dat in het algemeen alleen door de Hoge Raad in een cassatieprocedure kan worden vastgesteld dat de rechtbank een van de bepalingen uit het hoofdstuk over machtigingen of over ontslag niet in acht heeft genomen. Wanneer de Hoge Raad de beslissing, waarbij de machtiging is verleend, vernietigt, staat de onrechtmatigheid van die machtiging vast. Indien de officier van justitie deze bepalingen uit de Wet Bopz niet in acht heeft genomen (denk aan termijnoverschrijding als gevolg van nalaten door de officier van justitie), dan zal de advocaat van de patiënt dit in de machtigingsprocedure naar voren moeten brengen en zal de rechtbank daarop moeten beslissen (variërend van niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie in zijn verzoek tot 'korting' op de looptijd van de machtiging).

Met nadruk wordt ook hier opgemerkt dat een schadevergoeding op de voet van artikel 35 Wet Bopz – waarbij het dus gaat om een vrijheidsontneming van de patiënt – door de rechter *naar billijkheid* moet worden vastgesteld én dat hieronder ook wordt begrepen schade die mogelijk niet op grond van artikel 6:106 BW voor vergoeding in aanmerking komt; de rechter is in zaken als deze niet gebonden aan de grenzen van dat artikel. Dat vloeit voort uit de strekking van artikel 35 Wet Bopz, waarmee – het zij herhaald – mede beoogd is te voldoen aan artikel 5, vijfde lid, EVRM. Daarnaast is van belang dat de gewone regels van stelplicht en bewijslast op dit punt niet gelden. De Hoge Raad oordeelde reeds in 1996 dat vergoeding van eenmaal *aannemelijk* geworden schade door onzekerheid omtrent de rechtmatigheid van het gedwongen verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis zich slechts intuïtief laat schatten.³¹⁰

Ik merk geheel terzijde op dat dit oordeel overigens ook in het licht van civiele aansprakelijkheidsrecht logisch is; ander nadeel laat zich in zijn algemeenheid niet bewijzen, reden waarom ook in artikel 6:106 BW is opgenomen dat de waardering naar billijkheid geschiedt.

³⁰⁷ Zie ook Dijkers, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 35, SDU (online), C.3.14. Zie voorts Asser Procesrecht/Asser 3 2017/25.

³⁰⁸ Zie onder meer HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058, NJ 1988, 500, met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman).

³⁰⁹ Zie nader Asser Procesrecht/Asser 3 2017/57; 288 en 289.

³¹⁰ HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997, 682, met nt. J. de Boer.

De relevante overwegingen van de Hoge Raad zijn de volgende:

“v. In de onderhavige zaak heeft de betrokkene op de voet van art. 35 Bopz verzocht hem een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding ten laste van de Staat toe te kennen, zulks op de grond dat hij door de (...) schending van art. 8 lid 1 in verbinding met art. 17 lid 1 Bopz nadeel heeft geleden.

vi. Voor zover thans nog van belang, heeft de betrokkene met betrekking tot dit nadeel aangevoerd:

a. dat hij immateriële schade heeft geleden doordat hij in de periode van 26 juli 1994 tot 23 november 1994 in het onzekere heeft verkeerd omtrent de rechtmatigheid van zijn gedwongen verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis, waardoor bij hem toen spanningen en frustraties zijn ontstaan, en dat deze schade op f 100 per dag moet worden gesteld, nu hier aansluiting moet worden gezocht bij art. 89 Sv. en dit bedrag bij de toepassing van dat artikel gebruikelijk is;

b. dat hij recht heeft op vergoeding van de volledige kosten van zijn advocaat ter zake van diens werkzaamheden voor de procedure ter verkrijging van schadevergoeding op grond van art. 35 Bopz. (...)

De eerste twee onderdelen van het middel richten zich tegen 's Hofs oordeel ter zake van de immateriële schade.

Voorop moet worden gesteld dat bij de toekenning 'naar billijkheid' van schadevergoeding op de voet van art. 35 Bopz de rechter niet gebonden is aan de grenzen voor de toekenning van vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade, vervat in art. 6:106 BW. Zulks vloeit voort uit de strekking van art. 35, waarmee mede beoogd is te voldoen aan art. 5 lid 5 EVRM, dat bepaalt dat een ieder die het slachtoffer is geweest van een detentie in strijd met de bepalingen van art. 5 leden 1-4 EVRM recht heeft op schadeloosstelling, en waarvan moet worden aangenomen dat het tenminste recht geeft op een billijke genoegdoening als bedoeld in art. 50 EVRM.

Dit brengt mee dat, daargelaten of art. 6:106 BW dit zou toelaten, in elk geval op de voet van art. 35 Bopz een vergoeding kan worden toegekend ter zake van het nadeel, bestaande in het gedurende een bepaalde periode in onzekerheid verkeren als in het verzoek van de betrokkene bedoeld, waardoor in die periode spanningen en frustraties zijn ontstaan. De vaststelling van het bedrag van een dergelijke vergoeding dient te geschieden met inachtneming van de algemene regels betreffende de begroting van schade. Deze begroting dient, in de bewoordingen van art. 6:97 BW, plaats te vinden op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. Daarbij is van belang dat het hier gaat om een genoegdoening ter zake van het in de hiervoor bedoelde periode in onzekerheid verkeren en de daaruit voortvloeiende spanningen en frustraties. Een hierop gerichte vergoeding laat zich slechts intuïtief schatten en een dergelijke schatting behoeft in beginsel geen nadere motivering. Ook gelden hier niet de gewone regels van stelplicht en bewijslast.

Vergelijking met wat gebruikelijk is bij de toepassing van art. 89 Sv., kan daarbij niet als richtlijn dienen. Deze bepaling richt zich immers, voor zover hier van belang, op vergoeding van de schade die het gevolg is van een achteraf onjuist gebleken toepassing van voorlopige hechtenis. In een geval als het onderhavige gaat het echter niet om een vrijheidsbeneming die achteraf bezien niet had behoren plaats te vinden of die langer heeft geduurd dan zonder schending van de betrokken voorschriften zou zijn geschied, maar om de door de betrokkene aan zijn verzoek ten grondslag gelegde stelling dat hij gedurende een bepaalde periode in onzekerheid heeft verkeerd over wat in het verzoek is aangeduid als 'de rechtmatigheid' van zijn vrijheidsbeneming, waarmee kennelijk is bedoeld de onzekerheid omtrent de vraag of de rechter de gevorderde machtiging tot voortgezet verblijf uiteindelijk al of niet zou verlenen, welke verlening uiteindelijk wél heeft plaatsgevonden.”

[onderstreping RW]

Voorts is in dit verband interessant de in 2015 door de Hoge Raad gewezen beschikking over gevallen van *termijnoverschrijding* door de rechter bij het verlenen van een machtiging, waarin geoordeeld werd dat als in verband met een op zichzelf vaststaande termijnoverschrijding een verzoek tot schadevergoeding wordt gedaan, het dan *aannemelijk is dat de patiënt door die overschrijding nadeel* (dat op geld behoort te worden gewaardeerd) *heeft geleden in de vorm van spanning of frustratie*. Er wordt dus door de enkele normschending en de aard van die normschending uitgegaan van een causaal verband en op geld waardeerbare schade. De patiënt hoeft dat niet alsnog te bewijzen.

De Hoge Raad overwoog: "Wanneer een dergelijk verzoek tot schadevergoeding wordt gedaan en vaststaat dat de termijn is overschreden voor het nemen van een rechterlijke beslissing tot het verlenen van een machtiging in de zin van hoofdstuk II van de Wet Bopz die strekt tot gedwongen verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis, is aannemelijk dat de betrokkene door die overschrijding nadeel, dat op geld behoort te worden gewaardeerd, heeft geleden in de vorm van spanning of frustratie door het uitblijven van een tijdige rechterlijke beslissing over zijn vrijheidsbeneming of de voortzetting daarvan, en onzekerheid over zijn situatie".³¹¹
[onderstreping RW]

Ik wijs ter verduidelijking ook op de annotatie van Dijkers bij deze beschikking. Hij schrijft het volgende:

"De woorden 'stelplicht' en 'bewijslast' (die zijn terug te voeren op art. 149 en 150 Rv) vallen meestal in de context van een civiele dagvaardingsprocedure, bijvoorbeeld als het gaat om een vordering strekkende tot verkrijging van een schadevergoeding wegens onrechtmatige daad. Het bewijsrecht zoals dat is geregeld voor de vorderingsprocedure (art. 149 tot en met 207 Rv) is volgens art. 284 Rv echter van overeenkomstige toepassing in de verzoekprocedure, "tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet". Dit laatste is niet in algemene zin het geval te achten in Bopz-schadevergoedingsprocedures.

Aan de bewijslast gaat de stelplicht vooraf: de optie om bepaalde feiten te moeten (mogen) bewijzen staat doorgaans alleen open voor de partij die zich op het bestaan van deze feiten heeft beroepen ter onderbouwing van de vordering/het verzoek; onvoldoende stellen van feiten die de grondslag van de claim vormen, kan leiden tot afwijzing van de vordering/het verzoek. Met andere woorden, degene die wat wil, kan niet volstaan met kwalificerende stellingen, hij dient concrete feiten en omstandigheden te stellen die het beroep op het rechtsgevolg (hier: aanspraak op schadevergoeding) kunnen schragen; bij gebreke daarvan laat de rechter hem niet toe tot bewijslevering en wijst hij het verzoek meteen af. In een op art. 35 Wet Bopz gebaseerd schadevergoedingsverzoek moet betrokkene dus allereerst stellen dat de rechter (of de officier) de wet niet in acht heeft genomen, waardoor hij bepaalde, nader omschreven, op geld waardeerbare schade heeft geleden. De Hoge Raad citeert het arrest van het gerechtshof, waaruit blijkt dat betrokkene in casu aan zijn stelplicht heeft voldaan: "Betrokkene heeft aangevoerd dat hij in onzekerheid heeft verkeerd, heeft geleden onder alle (verlengings)procedures, het niet eens is met de machtiging voortgezet verblijf en graag wat geld zou hebben voor als hij niet meer in de instelling hoeft te blijven."

Daarmee verlegt de aandacht zich naar de bewijslast, in rekestprocedures doorgaans vertaald in de 'aannemelijkheid' van het te bewijzen item. Het gerechtshof had in dit geval het door betrokkene aangevoerde te licht bevonden voor het kunnen aannemen van schade omdat (1) het maar om zeventien dagen termijnoverschrijding ging terwijl (2) vrijheidsbeneming sowieso onvermijdelijk was. En op dit punt grijpt de Hoge Raad in: als in verband met vaststaande termijnoverschrijding een verzoek tot schadevergoeding wordt gedaan, is reeds aannemelijk dat de betrokkene door die overschrijding nadeel (dat op geld behoort te worden gewaardeerd) heeft geleden in de vorm van spanning of frustratie; het hof heeft dus ten onrechte geoordeeld dat niet aannemelijk is dat betrokkene nadeel heeft geleden dat aanspraak geeft op toekenning van schadevergoeding.

Ergo: het enkele feit dat rechterlijk tekortschieten wordt aangevoerd als oorzaak van spanning of frustratie, maakt 'aannemelijk' dat nadeel (schade) is geleden, aldus de Hoge Raad in 2015. En hierin schuilt een verschil met de Hoge Raad in 1996.

In zijn uitspraak van 13 december 1996 ging het over een maandenlange periode van onzekerheid omtrent de al-dan-niet rechtmatigheid van de gedwongen opname, waarvoor de rechter (eerst de rechtbank, later het gerechtshof) een fractie van het verzochte bedrag had toegekend. De Hoge Raad overwoog: "De vaststelling van het bedrag van een dergelijke vergoeding dient te geschieden met inachtneming van de algemene regels betreffende de begroting van schade. Deze begroting dient, in de bewoordingen van art. 6:97 BW, plaats te vinden op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. Daarbij is van belang dat het hier gaat om een genoegdoening ter zake van het in de hiervoor bedoelde periode in onzekerheid verkeren en de daaruit voortvloeiende spanningen en frustraties. Een hierop gerichte vergoeding laat zich slechts intuïtief schatten en een dergelijke schatting behoeft in beginsel geen nadere motivering. Ook gelden hier niet de gewone regels van stelplicht en bewijslast. (...) Voorts dient er rekening mee te worden gehouden dat in het enkele feit dat de rechter vaststelt dat inderdaad van een schending van de betrokken voorschriften sprake is geweest, reeds een zekere genoegdoening is gelegen. (...) Uit het voorgaande vloeit voort dat het in de onderdelen bestreden oordeel van het Hof geen blijf geeft van een onjuiste rechtsopvatting en dat dit oordeel in het licht van hetgeen door de betrokkene was aangevoerd, geen nadere motivering behoefde. Voor zover de onderdelen aanvoeren dat het Hof heeft miskend dat de betrokkene onweersproken heeft gesteld dat bij hem in de voormelde periode van onzekerheid spanningen en frustraties zijn ontstaan, mist het feitelijke grondslag; het Hof heeft integendeel geoordeeld dat de gestelde spanningen en frustraties geen hogere vergoeding rechtvaardigen dan door de Rechtbank was toegekend."

³¹¹ HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:926, NJ 2015, 345, met nt. J. Legemaate, Jvggz 2015/18, met nt. W.J.A.M. Dijkers.

In 1996 was er in geval van spanning en frustratie (door rechterlijk tekortschieten) nog geen vooropzetting van (aannemelijkheid van) nadeel (dat op geld behoort te worden gewaardeerd), nee, zelfs was het goed mogelijk dat in de enkele vaststelling van een verzuim al genoegdoening was gelegen. In 2015 wordt bij spanning en frustratie (door rechterlijk tekortschieten) verondersteld dat er nadeel is dat op geld moet worden gewaardeerd. In 2015 blijft alleen over de vraag welk bedrag passend is.

Bij bewijs hoort (de mogelijkheid van) tegenbewijs. In theorie zou de wederpartij in dit soort zaken (dat is in geval van een art. 35-procedure de Staat) tegenbewijs (moeten) kunnen leveren tegen het 'aannemelijk' geachte nadeel. Het moge duidelijk zijn dat in de gemiddelde zaak dit puur theorie blijft; de rechter zal er (behoudens in geval van een expliciet en gemotiveerd aanbod van de wederpartij) niet aan beginnen daar ruimte voor te bieden."

Overigens wordt vastgesteld dat in zaken als deze sowieso doorgaans weinig tot geen aandacht wordt besteed aan het bewijs van de causaliteit; vaak wordt bij een eenmaal vastgestelde onrechtmatigheid een 'dagtarief' toegekend, omdat een causaal verband aannemelijk is.³¹² In dat verband is van belang dat de dwangopneming als zodanig in veel gevallen geen gevolg is van de onrechtmatigheid. Wel kan worden gezegd dat als er geen onrechtmatig verzuim zou zijn geweest, er ook geen onzekerheid, frustratie of iets van dien aard zou zijn geweest, althans dat dat zeer aannemelijk is. In zoverre is er dus wel een *condicio sine qua non*-verband tussen de vormfout, procedurele fout, en *díe* schade.³¹³ Alleen als er door het onrechtmatige verzuim ook een *beoordelingsfout* is gemaakt, kan een causaal verband aanwezig worden geacht tussen de onrechtmatigheid en de vrijheidsbeneming zelf.

Ook de wetgever heeft in zijn toelichting op de schadevergoedingsbepalingen van de artikelen 28 en 35 Wet Bopz naar voren gebracht dat de dwangopneming als zodanig veelal geen gevolg is van de onrechtmatigheid, omdat – hoezeer ook een procedureel verzuim is begaan – ook bij inachtneming van de regels dwangopneming niet achterwege zou zijn gebleven. Los daarvan kan niettemin schade van immateriële aard ontstaan door een procedureel verzuim. Zie de memorie van toelichting bij artikel 35: "Deze vordering tot schadevergoeding heeft niet tot inzet een volledige herbeoordeling van de beslissing inzake het verlenen van de machtiging of het bevel tot ontslag uit de inrichting. *De vrijheidsontneming als zodanig is gerechtvaardigd* indien blijkt van een stoornis van de geestvermogens die betrokkene gevaar doet veroorzaken. Het zal naar wij verwachten slechts zelden voorkomen dat bij de voorbereiding van de hier aan de orde zijnde rechterlijke beslissing een zodanig verzuim is gepleegd dat naar oordeel van de rechter die het verzoek om schadevergoeding behandelt, een beoordelingsfout daarvan het gevolg is geweest, zodat de vrijheidsontneming onrechtmatig was. *Mogelijk is echter dat immateriële schade is geleden door het procedureel verzuim*. De schade kan bijvoorbeeld daarin bestaan dat tengevolge van het niet horen door de rechter de betrokkene de indruk heeft kunnen krijgen dat aan zijn zienswijze niet de nodige aandacht is besteed. Ook termijnoverschrijding door de OvJ kan onder bepaalde omstandigheden aanleiding geven tot het toekennen van schadevergoeding. Het nadeel kan bestaan in een onredelijk lange termijn van onzekerheid voor de betrokken patiënt. Uiteraard zal niet elke onregelmatigheid in de procedure nadeel toebrengen aan de betrokkene. Dit staat van geval tot geval ter beoordeling van de rechter."³¹⁴

[onderstreping RW]

Zie ook de eerder aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad uit 1996.³¹⁵ De Hoge Raad overwoog:

"In een geval als het onderhavige gaat het echter niet om een vrijheidsbeneming die achteraf gezien niet had behoren plaats te vinden of die langer heeft geduurd dan zonder schending van de betrokken voorschriften zou zijn geschied, maar om de door de betrokkene aan zijn verzoek ten grondslag gelegde stelling dat hij gedurende een bepaalde periode in onzekerheid heeft verkeerd over wat in het verzoek is aangeduid als 'de rechtmatigheid' van zijn vrijheidsbeneming, waarmee kennelijk is bedoeld de onzekerheid omtrent de vraag of de rechter de gevorderde machtiging tot voortgezet verblijf uiteindelijk al of niet zou verlenen, welke verlening uiteindelijk wél heeft plaatsgevonden."

[onderstreping RW]

³¹² Zie ook Dijkers, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 35, SDU (online), C.5.2 en Vlaardingerbroek, Tekst en Commentaar bij artikel 35 Wet Bopz, Kluwer (online).

³¹³ Zie ook Dijkers, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 35, SDU (online), C.5.5 en C.5.6. De leer Demogue en Besier (vrijheidsbeneming zou hoe dan ook plaatsvinden en dus geen recht op schadevergoeding) wordt dus niet toegepast, zie ook Dijkers, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 35, SDU (online), C.5.9.

³¹⁴ Kamerstukken II 1988/89, 21239, nr. 3, p. 9 (MvT).

³¹⁵ HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997, 682, met nt. J. de Boer.

Zie voorts een uitspraak van de Rechtbank Utrecht in geval van een schadevergoedingsverzoek na vernietiging door de Hoge Raad.³¹⁶ De rechtbank overwoog als volgt:

“Op grond van deze beschikking van de Hoge Raad staat derhalve vast dat betrokkene van 1 mei 2006 tot 6 december 2006 (inbewaringstelling door de burgemeester) zonder geldige titel voor gedwongen verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis heeft verbleven. Dit is betrokkene – en tevens de behandelaars – eerst gebleken nadat de beschikking van de Hoge Raad door de raadvrouw van betrokkene op 9 november 2006 aan betrokkene kenbaar is gemaakt.

3.4 Met betrekking tot de door betrokkene gestelde nadelen, (...), wordt het volgende overwogen.

(...) Op grond van voornoemde gegevens kan met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid worden aangenomen dat indien betrokkene van plan zou zijn geweest het psychiatrisch ziekenhuis te verlaten, dit met een inbewaringstelling voorkomen zou zijn, zodat hij feitelijk, evenals thans, van zijn vrijheid beroofd zou zijn gebleven. Ook uit het arrest van de Hoge Raad is niet af te leiden dat het gedwongen verblijf van betrokkene anders dan op grond van schending van genoemde formaliteiten onrechtmatig was.

3.5 De mate waarin betrokkene nadeel heeft geleden moet worden vastgesteld door de subjectieve wijze waarop betrokkene het nadeel heeft ervaren.

Betrokkene heeft ter zitting zelf verklaard dat het nadeel voor hem pas is ontstaan op 19 november 2006, omdat hij op die datum van zijn raadvrouw de inhoud van de beschikking van de Hoge Raad van 17 november 2006 heeft vernomen. Vanaf het moment van deze mededeling door zijn raadvrouw is betrokkene in onzekerheid komen te verkeren over de aard van zijn verblijf in het psychiatrisch ziekenhuis.

Indien evenwel het subsidiaire verzoek door de officier van justitie tijdig zou zijn ingediend en de geneeskundige verklaring wel door de geneesheer-directeur zou zijn ondertekend, was betrokkene – gelet op het voorgaande – in dezelfde periode met inachtneming van deze feiten en omstandigheden, gedwongen opgenomen gebleven. Gelet op deze feiten en omstandigheden komt de rechtbank tot het oordeel dat het nadeel voor betrokkene beperkt is gebleven tot de periode dat hij ook daadwerkelijk in onzekerheid heeft verkeerd, te weten van 19 november 2006 tot 6 december 2006. In die periode zijn bij betrokkene spanningen en frustraties ontstaan, die mede zijn veroorzaakt door extra behandelingen ter zitting door de rechtbank en ondergane medische onderzoeken.

(...)

De rechtbank acht, gelet op het vorenstaande en alle omstandigheden in aanmerking nemend, het billijk dat ter zake hiervan een schadevergoeding voor immateriële schade aan betrokkene wordt toegekend van € 350,-.”

[onderstreping RW]

Zoals gezegd, beperken veel uitspraken die betrekking hebben op artikel 35 Wet Bopz zich tot de vaststelling dat gedurende een bepaald aantal dagen jegens betrokkene de wet in enigerlei opzicht niet in acht is genomen, waarna vervolgens een dagvergoeding (gefixeerd bedrag per verblijfsdag) wordt toegekend voor de periode dat de betrokkene spanningen en frustratie heeft ervaren door de onzekerheid waarin hij verkeerde, of bij gebreke van tegenspraak het verzochte bedrag eenvoudigweg wordt toegewezen. Dagvergoedingen zijn veelal gelegen tussen € 50,- en € 100,- per dag.³¹⁷ Bij de bepaling van de hoogte van een (verzochte) dagvergoeding wordt meer dan eens gekeken naar de vergoedingen die in strafzaken op de voet van artikel 89 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) plegen te worden toegekend wegens ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis, waarop hierna onder 7 wordt ingegaan. De Hoge Raad heeft echter in zijn inmiddels meerdere keren aangehaalde uitspraak uit 1996 in een geval dat de vrijheidsbeneming niet onrechtmatig was, maar de patiënt wel langdurig in onzekerheid had verkeerd over de rechtmatigheid van zijn gedwongen verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis overwogen dat een hierop gerichte vergoeding zich slechts intuïtief laat schatten. *Vergelijking met wat gebruikelijk is bij de toepassing van artikel 89 Sv, kan daarbij niet als richtlijn dienen. Deze bepaling richt zich immers, voor zover hier van belang, op vergoeding van de schade die het gevolg is van een achteraf onjuist gebleken toepassing van voorlopige hechtenis.*³¹⁸

³¹⁶ Rechtbank Utrecht 25 april 2007, BJ 2007/38, met nt. W. Dijkers.

³¹⁷ Zie ook Dijkers, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 35, SDU (online), C.6.10.

³¹⁸ HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997, 682, met nt. J. de Boer.

Zie voor een voorbeeld van een toekenning van een schadevergoeding op grond van artikel 35 Wet Bopz een beschikking van de Rechtbank Oost-Brabant.³¹⁹ In dit geval was vanuit het ziekenhuis tijdig een vervolgmaatregel aangekaart, maar het Openbaar Ministerie rekestreerde pas na expiratie; betrokkene werd gedurende 20 dagen zonder titel in het ziekenhuis vastgehouden. De rechtbank achtte het billijk om aan betrokkene over de eerste tien dagen een vergoeding toe te kennen van € 80,- per dag en voor de resterende periode van elf dagen een vergoeding toe te kennen van € 40,- per dag.

Een ander voorbeeld betreft een beschikking van de Rechtbank Gelderland.³²⁰ Anders dan aan de instelling was bericht, had de officier van justitie niet tijdig een voorlopige machtiging verzocht in aansluiting op de machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling; met ingang van de einddatum van de machtiging tot voortzetting tot een later moment dat betrokkene vrijwillig koos voor verder verblijf was er sprake van gedwongen verblijf zonder rechtsgeldige titel. De rechtbank achtte het aannemelijk dat betrokkene door de onrechtmatige vrijheidsbeneming immateriële schade in de vorm van boosheid, frustratie en spanning had geleden. De rechtbank achtte het billijk om voor de hoogte van de schadevergoeding aan te sluiten bij de normbedragen die sinds september 2009 in strafzaken worden gehanteerd in geval van ten onrechte in een huis van bewaring doorgebrachte tijd. De door de officier te vergoeden schade stelde de rechtbank daarom vast op 18 dagen maal € 80,- is € 1440,-.

[onderstreping RW]

Ook wordt gewezen op een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam.³²¹ Pas na afloop van de geldigheidsduur van de machtiging (strafrechtelijke plaatsing ex artikel 37 van het Wetboek van Strafrecht) verzocht de officier een vervolgmachtiging; de detentie werd voortgezet in afwachting van een opvolgende maatregel. Het hof overwoog dat sprake was van een termijnoverschrijding, hoewel geen sprake was geweest van een onjuist gebleken vrijheidsberoving. Ook separatie was terecht geweest. Dat nam volgens het hof niet weg dat de betrokkene zich – met reden – gedurende dertien dagen gefrustreerd, gespannen en boos had gevoeld. Door de te late indiening van het verzoek door de officier van justitie, die het hof bij gebrek aan informatie wijt aan onzorgvuldigheid, had betrokkene in onzekerheid verkeerd of zijn machtiging tot voortgezet verblijf zou worden verlengd en per wanneer de mogelijkheid van overplaatsing zich zou voordoen. Voor dit geleden nadeel kende het hof naar billijkheid een schadevergoeding toe van € 25,- per dag, ofwel € 325,- in totaal.

Een voorbeeld van toekenning van een vergoeding voor ook andere posten kan worden ontleend aan een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland.³²² De rechtbank oordeelde dat als vaststaand kon worden aangenomen dat de patiënte ten onrechte opgenomen was geweest; er was geen stoornis in de zin van de Wet Bopz aanwezig (geweest). De rechtbank ging vervolgens vrij uitvoerig in op de verschillende schadeposten:

“De immateriële schade

De rechtbank acht het aannemelijk dat verzoekster immateriële schade heeft geleden door de onrechtmatige vrijheidsbeneming. De rechtbank acht het billijk in het onderhavige geval voor de hoogte van de schadevergoeding aan te sluiten bij de normbedragen die sinds mei 2014 in strafzaken worden gehanteerd in geval van ten onrechte in een huis van bewaring doorgebrachte tijd. De door De Staat te vergoeden schade stelt de rechtbank daarom vast op 143 dagen x € 80,-, derhalve in totaal € 11.440,00.

(...)

Onderbrengen van de kat en het dierenartsbezoek

Vanwege de gedwongen opname van verzoekster heeft zij haar kat elders moeten onderbrengen. De kosten hiervoor bedragen € 400,00 en zijn onderbouwd in productie 6 en 8 bij het verzoek. Om de kat te kunnen opvangen heeft onderzoek en behandeling bij de dierenarts moeten plaatsvinden om uit te kunnen sluiten dat de kat van verzoekster andere katten op het opvangadres zou kunnen besmetten met eventuele ziektes. De kosten hiervoor bedragen € 117,00 en zijn onderbouwd in productie 7 bij het verzoek. De rechtbank is van oordeel dat voldoende causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige vrijheidsbeneming van verzoekster en de verzochte vergoeding van de opvang- en dierenartskosten van haar kat. De rechtbank zal dit verzoek dan ook toewijzen.

Schoonmaak van de woning van verzoekster

Voorafgaand aan de opname had verzoekster hulp vanuit de thuiszorg. Deze hulp is per 22 augustus 2016 (datum beschikking van deze rechtbank) opgezegd door de hulpverlening. Gedurende de opname van verzoekster is haar woning niet schoongemaakt. Na de opname heeft verzoekster haar woning moeten laten schoonmaken. De kosten

³¹⁹ Rechtbank Oost-Brabant 3 februari 2014, *JVggz* 2014/17, met nt. W. Dijkers.

³²⁰ Rechtbank Gelderland 15 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3058, *JVggz* 2013/51, met nt. W. Dijkers.

³²¹ Gerechtshof Amsterdam 24 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX0872.

³²² Rechtbank Midden-Nederland 27 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4286.

hiervoor bedragen € 67,95 en zijn onderbouwd in productie 7 bij het verzoek. De rechtbank is ook hier van oordeel dat voldoende causaal verband bestaat tussen de onrechtmatige vrijheidsbeneming van verzoekster en de verzochte vergoeding. Immers, als verzoekster niet was opgenomen was de hulp van de thuiszorg niet stop gezet en was haar woning tussentijds schoongemaakt.

Benzinekosten van het bezoek van mantelzorgers/vrijwilligers

Verzoekster is gedurende de opname enkele malen per week bezocht door mantelzorgers/vrijwilligers. Zij hebben haar voorzien van kleding, boodschappen en mentale steun. De hiermee gemoeide benzinekosten zijn voor rekening van verzoekster. Noch uit de overgelegde stukken noch uit hetgeen ter zitting naar voren is gebracht is vast komen te staan of en in hoeverre verzoekster ook in de thuissituatie de benzinekosten voor de mantelzorgers/vrijwilligers op zich neemt. De advocaat van verzoekster heeft te weinig gesteld over de normale situatie waarin verzoekster op haar thuisadres verblijft en niet duidelijk is in welke frequentie de mantelzorgers/vrijwilligers verzoekster in een normale situatie bezoeken. Niet duidelijk is dan ook welke hogere kosten verzoekster heeft moeten maken ten opzichte van de normale situatie thuis. De rechtbank zal dit verzoek dan ook afwijzen.

Totaal

De totale schadevergoeding bedraagt daarmee € 11.440,00 + € 400,00 + € 117,00 + € 67,95 = € 12.024,95.”

[onderstreping RW]

Een laatste voorbeeld betreft een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch, waarbij ook de eigen schuld van de patiënt een rol speelde.³²³ Pas dagen na expiratie van de machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling verzocht de officier van justitie een voorlopige machtiging op basis van een gebrekkige geneeskundige verklaring, in verband waarmee de rechtbank de officier niet-ontvankelijk verklaarde. De patiënt verzocht schadevergoeding wegens onrechtmatige opname. De rechtbank wees als verantwoordelijk in feitelijke zin de geneeskundige die de verklaring had afgegeven, aan. Maar, zo overwoog de rechtbank vervolgens, het is de officier die rekestreert en het is dus ook de verantwoordelijkheid van de officier dat bij dat verzoek een geneeskundige verklaring wordt overgelegd die voldoet aan de wettelijke eisen. De conclusie van de rechtbank was dat de officier de desbetreffende wettelijke bepaling – verwijtbaar – niet had nageleefd en dat de betrokkene derhalve in beginsel aanspraak had op vergoeding van het door hem daardoor geleden nadeel.

Wat de schadevergoeding betreft overwoog de rechtbank als volgt:

“De tweede vraag, waar de rechtbank zich thans voor gesteld ziet, is dan ook of er, als gevolg van dit niet naleven van wettelijke bepalingen door de Officier van Justitie, nadeel is geleden door verzoeker.

Naar het oordeel van de rechtbank is er geen reden om het begrip “nadeel” anders te benaderen dan het civielrechtelijke begrip “schade”, als omschreven in de artikelen 6:95 en volgende van het Burgerlijk Wetboek.

Dat het door verzoeker geleden nadeel zou bestaan uit vermogensschade, als bedoeld in art. 6:96 B.W., is gesteld noch gebleken, zodat verzoeker daarop geen aanspraak kan doen gelden.

Komt de rechtbank toe aan de vraag of er dan aan de zijde van verzoeker sprake is van “ander nadeel”, als bedoeld in art. 6:95 B.W.

Naar het oordeel van de rechtbank dient in een geval als het onderhavige onder dat begrip “ander nadeel” tevens te worden verstaan de (psychische) schade, die verzoeker heeft geleden doordat hij gedurende een bepaalde periode in onzekerheid heeft verkeerd omtrent de vraag of de rechter de verzochte voorlopige machtiging uiteindelijk al of niet zou verlenen. De rechtbank verwijst hiervoor naar de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 13 december 1996 (NJ 1997, 682).

Gelet op de (afwijzende) houding van verzoeker ten aanzien van de verzochte machtiging, zoals die uit de stukken, ten grondslag liggende aan het verzoek tot het verlenen van een Voorlopige Machtiging, blijkt, is in voldoende aannemelijk geworden dat verzoeker van 1 juli (de datum waarop de geldigheid van de beschikking tot voortzetting van de inbewaringstelling expireerde) tot 26 juli 2010 (de datum waarop deze rechtbank de Officier van Justitie niet-ontvankelijk verklaarde in zijn verzoek tot het verlenen van een Voorlopige Machtiging) in voornoemde onzekerheid verkeerde en derhalve op enigerlei wijze (psychisch) nadeel heeft geleden.

In beginsel heeft verzoeker dan ook recht op – zoals art. 35 Wet BOPZ bepaalt – een ‘schadevergoeding naar billijkheid’. Bij het bepalen van de hoogte van deze ‘schadevergoeding naar billijkheid’ dient echter nog rekening te worden gehouden met te navolgende twee aspecten.

³²³ Rechtbank 's-Hertogenbosch 3 november 2010, *JVggz* 2011/10, met nt. W. Dijkers. Een laatste voorbeeld maar zie daarnaast nog Rechtbank Amsterdam, 12 mei 2015, *ECLI:NL:RBAMS:2015:670* € 50,- per dag); Rechtbank Den Haag 22 september 2014, *JVggz* 2015/4 (€ 80,- per dag); Rechtbank Amsterdam 25 maart 2010, *BJ* 2010/52, met nt. W. Dijkers (€ 70,- per dag). Zie voorts voor een overzicht Dijkers, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 35, SDU (online), C.7.3 en C.8.3.

Verzoeker vraagt om een vergoeding van € 70,= per dag (zulks gedurende 26 dagen), waarbij hij in het verzoekschrift opmerkt: “Bij de toe te wijzen schadevergoeding dient aansluiting te worden gezocht bij schadevergoedingen die worden toegekend voor het ten onrechte verblijven in voorlopige hechtenis, te weten € 70,= per dag.”

De rechtbank onderschrijft dit, door verzoeker gehanteerde, uitgangspunt niet. Zij vindt daarvoor steun in de hierboven reeds genoemde uitspraak van de Hoge Raad van 13 december 1996 (NJ 1997, 682), waarin de Hoge Raad onder meer overwoog dat vergelijking van de BOPZ-schadevergoedingsprocedure met wat gebruikelijk is bij toepassing van art. 89 Sv, niet als uitgangspunt kan dienen. (...)

Bij het bepalen van de verzochte ‘vergoeding naar billijkheid’ zal de rechtbank er rekening mee houden dat verzoeker, (...), ook ná die datum zijn verblijf in het ziekenhuis heeft voortgezet en wel (...) tot (...) 2010. (...) Tevens zal de rechtbank er rekening mee houden dat verzoekers gedrag (...) er geen blijk van heeft gegeven dat verzoeker de hiervoor omschreven ‘onzekerheid over de vraag of de rechter de verzochte voorlopige machtiging uiteindelijk wel of niet zal geven’ daadwerkelijk zelf heeft ervaren als écht nadeel, waardoor hij psychisch leed heeft ondergaan.

Daarnaast dient bij de vaststelling van de geleden schade rekening te worden gehouden met het bepaalde in art. 6:101 B.W. Beoordeeld moet derhalve worden of de door verzoeker geleden schade mede een gevolg is van een omstandigheid, die aan verzoeker – als benadeelde – kan worden toegerekend.

In dit kader is relevant het bepaalde in art. 48 lid 1 sub b Wet BOPZ. (...) In dit geval expireerde de geldigheidsduur van de machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling op 1 juli 2010, terwijl het verzoek tot het verlenen van een Voorlopige Machtiging eerst bij de rechtbank is binnengekomen op 6 juli 2010. Aldus verbleef verzoeker (...) 5 dagen ten onrechte en zonder enige rechtsgeldige titel in het ziekenhuis. Ook in de periode van 6 tot en met 26 juli 2010 (...) verbleef verzoeker zonder rechtsgeldige titel in het ziekenhuis. Echter, van 2 tot en met 26 juli 2010 heeft verzoeker voldoende tijd gehad om (...) een verzoek in te dienen bij de geneesheer-directeur tot ontslag (met een beroep op art. 48 lid 1 sub b Wet BOPZ). Gesteld noch gebleken is dat verzoeker van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt. Door dit nalaten dient de door verzoeker (...) geleden schade tenminste voor een deel aan hem zelf te worden toegerekend en dient derhalve toepassing te worden gegeven aan het bepaalde in art. 6:101 B.W. Redelijkerwijs mag er van worden uitgegaan dat, gerekend vanaf 2 juli 2010, het voor verzoeker mogelijk zou moeten zijn geweest om binnen 7 dagen zowel een ontslagverzoek te doen bij de geneesheer-directeur als van deze een (toewijzende) beslissing daarop te verkrijgen. Om al deze redenen is de rechtbank van oordeel dat het billijk is om aan verzoeker over de eerste zeven dagen een vergoeding toe te kennen van (ongekort) € 50,= per dag, derhalve € 350,=.

Voor de resterende periode van 9 tot en met 26 juli 2010, ofwel 18 dagen, acht de rechtbank het billijk om, met toepassing van art. 6:101 B.W., een korting toe te passen.

Hoewel een korting van 50% voor de hand zou kunnen liggen, zal de rechtbank in dit geval een korting toepassen van slechts 25% om daarmee tot uitdrukking te brengen dat voor de rechtbank de tekortkoming van de Officier van Justitie (als professionele partij) zwaarder weegt dan de tekortkoming van verzoeker, die immers voor de bepaling van zijn rechtspositie met name afhankelijk was van de inschakeling van zijn raadsman/-vrouw. Aldus zal de rechtbank over 10 dagen een vergoeding toekennen van $18 \times € 37,50$ ofwel € 675,=.

In totaal komt derhalve naar het oordeel van de rechtbank aan verzoeker ten laste van de Staat der Nederlanden een vergoeding toe van € 1025,=.

[onderstreping RW]

De weg van artikel 35 Wet Bopz laat de mogelijkheid van een onrechtmatige daadsactie op grond van artikel 6:162 BW onverlet.³²⁴ De weg van de Wet Bopz zal echter sneller en minder kostbaar zijn en het ligt dus voor de hand dat meestentijds voor de route van de Wet Bopz wordt gekozen.³²⁵ Wordt een schadevergoedingsactie gebaseerd op artikel 6:162 BW, dan gelden de regels zoals onder 4 besproken.

Volledigheidshalve wordt opnieuw opgemerkt dat de tekortkoming in de nakoming geen grondslag zal vormen, zulks wegens de afwezigheid van een geneeskundige behandelingsovereenkomst. Daarvoor is aanbod en aanvaarding vereist alsmede wilsovereenstemming, hetgeen in het kader van dwangbehandeling zal ontbreken. De patiënt moet zich dus beroepen op een onrechtmatige daad. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Bij een gestelde inbreuk op een recht kan de patiënt profiteren van het feit dat het dan aan de aangesproken partij is om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat er een rechtvaardiging bestond voor de rechtsinbreuk.

³²⁴ Kamerstukken I 1992/93, 21239, nr. 4a, p. 3 (Nadere MvA).

³²⁵ Zie ook Dijkers, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 35, SDU (online), C.1.

Tot slot wordt nog gewezen op het feit dat de Wvggz een met artikel 35 Wet Bopz vergelijkbare regeling kent: artikel 10:12 Wvggz. In artikel 10, derde lid, Wvggz is bepaald dat indien de wet niet in acht is genomen door de officier van justitie of de rechter, de betrokkene of de vertegenwoordiger een schadevergoeding ten laste van de Staat kan verzoeken. De rechter kent een *naar billijkheid vast te stellen* schadevergoeding toe.

5.4 Onzorgvuldig handelen van het bestuur van het psychiatrisch ziekenhuis bij dwangbehandeling en vrijheidsbeperkingen

De patiënt, elke andere in het ziekenhuis verblijvende patiënt en ieder der in artikel 4, eerste lid, bedoelde personen, kan *tegen een beslissing* als bedoeld in artikel 38, tweede lid, tweede volzin, en vijfde lid, derde volzin, artikel 38a, vierde lid, artikel 38c, tweede en derde lid en de artikelen 39 en 40, alsmede tegen een beslissing over niet-toepassing van het overeengekomen behandelingsplan een schriftelijke klacht indienen bij het psychiatrisch ziekenhuis. Met andere woorden: een (gedwongen) opgenomen patiënt kan klagen over een verklaring van wilsonbekwaamheid, over het toepassen van een dwangbehandeling ter afwending van gevaar, het toepassen van middelen of maatregelen ter overbrugging van een tijdelijke noodsituatie, het niet uitvoeren van het behandelplan en/of vrijheidsbeperkingen. Voor klachten over bijvoorbeeld bejegening, algemene huisregels (bijvoorbeeld over computergebruik, roken, eten, slaap- en wektijden) of organisatorische kwesties zijn deze 'Bopz-patiënten' aangewezen op de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (voor 1 januari 2017 op de Wet klachtrecht cliënten zorgsector, zie ook onder 6). Als de patiënt dat zelf niet kan, dan kan een naaste, de wettelijk vertegenwoordiger, of een medebewoner klagen.

De klacht moet ingevolge artikel, 41, eerste lid, Wet Bopz worden ingediend bij het bestuur van het psychiatrisch ziekenhuis (artikel 41, eerste lid, Wet Bopz). Het bestuur belast op zijn beurt een klachtencommissie met de behandeling van en de beslissing op klachten.

Deze klachtencommissie is dus niet geheel onafhankelijk van de instelling en is niet regionaal gevestigd, zoals de Wvggz-klachtencommissie dat zal zijn.

In het Besluit klachtenbehandeling Bopz zijn nadere aan de klachtprocedure te stellen eisen verwoord.³²⁶ Ingevolge artikel 2, eerste lid, van dat besluit dient een klacht zodanig te worden behandeld dat een zorgvuldige beslissing op de klacht is gewaarborgd. Ingevolge artikel 2, tweede lid, van het besluit dient behandeling van de klacht te geschieden overeenkomstig een door het bestuur van het psychiatrisch ziekenhuis te treffen regeling, die in ieder geval waarborgt dat:

1. aan de behandeling van een klacht niet wordt deelgenomen door een persoon tegen wiens beslissing of besluit de klacht is gericht;
2. de klager en de persoon tegen wiens beslissing of besluit de klacht is gericht in staat worden gesteld te worden gehoord;
3. de klager en de persoon tegen wiens beslissing of besluit de klacht is gericht, zich kunnen doen bijstaan door door hen aan te wijzen personen;
4. de persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen zoveel mogelijk wordt beschermd.

Ingevolge artikel 3 van het besluit wordt een klachtencommissie zodanig samengesteld, dat een deskundige en zorgvuldige beslissing op de klacht te allen tijde is gewaarborgd. Uit artikel 4 van het

³²⁶ Besluit van 3 november 1993, houdende regels omtrent de samenstelling van commissies als bedoeld in artikel 41, tweede lid, van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen en de wijze waarop klachten door besturen en commissies worden behandeld.

besluit tot slot volgt dat een klacht wordt behandeld door ten minste drie leden van de klachtencommissie, waaronder een voorzitter die niet werkzaam is bij of voor het psychiatrisch ziekenhuis. Bij de behandeling van een klacht is in ieder geval een jurist betrokken, alsmede een orthopedagoog, als het een persoon betreft die is opgenomen in een zwakzinnigeninrichting, een verpleeghuisarts, als het een persoon betreft die is opgenomen in een verpleeginrichting en een psychiater als het een persoon betreft die is opgenomen in een ander psychiatrisch ziekenhuis dan hiervoor genoemd.

Uit de bestudeerde reglementen volgt dat de klachtencommissie in het kader van een zorgvuldige behandeling getuigen en deskundigen kan horen en relevante stukken kan inzien.³²⁷ Nadere regels over bewijs en bewijslastverdeling (zoals vervat in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) zijn niet opgenomen, hetgeen op zichzelf strookt met de aard van een klachtenprocedure.

Uit navraag bij de voorzitter van de klachtencommissie GGZ Oost-Brabant volgt inderdaad dat de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wel de basis vormen, maar niet strikt gehanteerd worden en dat de klachtencommissie zichzelf een actieve houding aanmeet waar het gaat om de vaststelling van de feitelijke gang van zaken met het doel de kwetsbare patiënt (enigszins) te helpen en om een oordeel te kunnen geven dat aansluit bij de werkelijkheid, zoals ook rechters dat plachten te doen.³²⁸

De klachtencommissie geeft binnen twee weken na ontvangst van de klacht of, indien het een klacht tegen een beslissing betreft die ten tijde van de indiening geen gevolg meer heeft of waaraan in de tijd dat de klacht bij de commissie aanhangig is het gevolg is komen te vervallen, binnen vier weken na ontvangst van de klacht, van zijn met redenen omklede beslissing op de klacht of van het niet in behandeling nemen daarvan kennis aan de klager, de betrokken patiënt, de behandelende persoon, de geneesheer-directeur, het bestuur en de inspecteur (artikel 41, zesde lid, Wet Bopz). De beslissing van de commissie strekt tot

- a. onbevoegdverklaring van de commissie;
- b. niet-ontvankelijkverklaring van de klacht;
- c. ongegrondverklaring van de klacht, of
- d. gegrondverklaring van de klacht (artikel 41, zevende lid, Wet Bopz).

Na de beslissing van de klachtencommissie is er ingevolge artikel 41a, eerste lid en vijfde lid, Wet Bopz de mogelijkheid om – al dan niet via een inspecteur van de Inspectie voor de Gezondheidszorg – de klacht (zijnde de oorspronkelijke klacht gericht tegen de beslissing van het ziekenhuis) *bij verzoekschrift aan de rechter voor te leggen*. Deze mogelijkheid staat (echter) alleen open voor de patiënt en slechts als de klachtencommissie *niet tijdig* heeft beslist of de klacht door de klachtencommissie *ongegrond* is verklaard. Dit volgt uit artikel 41a, eerste lid, Wet Bopz. Ik merk volledigheidshalve op dat dit anders is onder de Wvvgz.

Een klacht mag worden voorgezet door een vertegenwoordiger als de patiënt in de loop van de procedure overlijdt of anderszins niet langer in staat wordt geacht, aldus de Rechtbank Zutphen.³²⁹ De rechtbank overwoog: “De rechtbank is van oordeel dat ondanks het overlijden van betrokkene, er een belang blijft bestaan voor de beoordeling van het verzoek, nu dat verzoek een klacht betreft gericht tegen de in het verleden toegepaste dwangbehandeling bij verzoekster en zij terzake schadevergoeding heeft gevraagd.”

³²⁷ Zie bijvoorbeeld het Reglement Klachtencommissie patiënten Parnassia Groep, Reglement Klachtenbehandeling cliënten GGZ Oost Brabant, Reglement Reinier van Arkel, Klachtenregeling Cliënten GGZ Westelijk Noord-Brabant, Klachtenreglement patiënten/cliënten ggz centraal, Klachtenregeling GGZ Friesland.

³²⁸ Interview mr. C.W. Verberne 11 juni 2019.

³²⁹ Rechtbank Zutphen 5 april 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BA6675, BJ 2007/30.

De bewijslast ter zake van de feiten en omstandigheden die tot een gegrondheid van de klacht zouden moeten leiden rust ingevolge artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op de patiënt; het bewijsrecht van de vorderingsprocedure is ingevolge artikel 284 Rv van overeenkomstige toepassing op verzoekprocedures tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet. Dit laatste is niet in algemene zin het geval te achten in schadevergoedingsprocedures als bedoeld in de Wet Bopz.³³⁰ Voordat aan bewijzen wordt toegekomen, dient de patiënt als verzoekende partij voldoende te stellen; onvoldoende stellen van feiten die de grondslag van het verzoek tot schadevergoeding vormen, kan leiden tot een afwijzing van het verzoek tot schadevergoeding. Dat gevolg wordt ook verbonden aan het in onvoldoende mate leveren van bewijs. Opnieuw zal de patiënt enige tegemoetkoming moet kunnen ondervinden van de verzwaarde motiveringsplicht van de aangesproken partij, in dit geval het psychiatrisch ziekenhuis, de zorgaanbieder. Het is ook aan de aangesproken partij om, zo dit zich voordoet, een bevrijdend verweer (ja, maar-verweer) aan te voeren en dat, bij betwisting, te bewijzen (het bestaan van een rechtvaardigingsgrond).³³¹ Dit laatste kan zich bijvoorbeeld voordoen als de patiënt heeft gesteld dat de onrechtmatigheid gelegen is in een zelfstandige inbreuk op zijn lichamelijke integriteit, omdat er geen grond was voor een dwangbehandeling of de toepassing van middelen en maatregelen. Dan zal de psychiatrische instelling immers als bevrijdend verweer aanvoeren dat er wel degelijk een grondslag was voor de inbreuk en daarvan de bewijslast dragen.

Wat de beoordeling van in het bijzonder de rechtmatigheid van een beslissing tot toepassing van dwangbehandeling betreft, zij in dit verband voorts opgemerkt dat de rechter de rechtmatigheid van die beslissing 'ex tunc' moet beoordelen; het gaat om de initiële beslissing en de toen geldende omstandigheden. De rechter zal echter ook 'ex nunc' de *voortzetting* van de dwangbehandeling moeten toetsen – en in volle omvang – als de patiënt te kennen geeft in elk geval bezwaar te hebben tegen de voortzetting.

Relevante overwegingen van de Hoge Raad in dat verband zijn de volgende:

“5.2 Dwangbehandeling mag, zoals geregeld is in de derde volzin van lid 5 van art. 38 Wet Bopz, slechts worden toegepast voorzover dit volstrekt noodzakelijk is om gevaar voor de patiënt of anderen, voortvloeiende uit de stoornis van de geestvermogens, af te wenden. Dit brengt mee dat slechts tot toepassing daarvan mag worden besloten wanneer zich feiten en omstandigheden voordoen waaruit het hiervoor bedoelde gevaar moet worden afgeleid. Wanneer een patiënt op de voet van art. 41a Wet Bopz een verzoekschrift bij de rechter indient ter verkrijging van een beslissing over zijn klacht tegen een beslissing tot dwangbehandeling, gaat het om de in volle omvang te onderzoeken vraag of, beoordeeld naar de ten tijde van de beslissing tot dwangbehandeling geldende omstandigheden, die behandeling volstrekt noodzakelijk was.

5.3 Indien de patiënt in zijn verzoekschrift of ter zitting aan de rechter te kennen geeft in ieder geval bezwaar te hebben tegen de voortzetting van de dwangbehandeling, dient de rechter, als hij tot het oordeel komt dat terecht tot dwangbehandeling is beslist, tevens nog in volle omvang te onderzoeken in hoeverre de voortzetting van de dwangbehandeling in het licht van de ten tijde van zijn beslissing geldende omstandigheden nog noodzakelijk is als hiervoor bedoeld. Indien hij daarbij tot het oordeel komt dat de dwangbehandeling inmiddels niet meer volstrekt noodzakelijk is, behoort hij de beslissing waartegen geklaagd is in zoverre te vernietigen dat die voor de toekomst niet meer geldt.

5.4 De rechtbank is ervan uitgegaan dat de rechter die moet oordelen over een klacht tegen een beslissing tot dwangbehandeling, de vraag dient te beantwoorden of, beoordeeld naar de omstandigheden ten tijde van de beslissing van de rechter, voldaan is aan de in de wet vastgelegde voorwaarden voor dwangbehandeling. Dat uitgangspunt is, gezien het voorgaande, onjuist, en de klacht van onderdeel 1 is dus gegrond. Onderdeel 2 behoeft geen behandeling.”³³² [onderstreping RW]

³³⁰ Zie ook Dijkers, Commentaar op Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen art. 35, SDU (online), C.3.14. Zie voorts Asser Procesrecht/Asser 3 2017/25.

³³¹ Zie nader Asser Procesrecht/Asser 3 2017/57; 288 en 289.

³³² HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3539, NJ 2007, 378, met nt. J. Legemaate. Zie ook HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5924, NJ 2010, 1, met nt. J. Legemaate, BJ 2009/35, met nt. T.P. Widdershoven.

In zijn uitspraak van 2009 herhaalde de Hoge Raad deze maatstaf voor de toen nieuwe en aangepaste regeling betreffende dwangbehandeling (naast intern gevaarscriterium ook extern gevaarscriterium). In die casus was naast de materiële toets van de noodzaak van de dwangbehandeling ook de meer formele toets van de voorafgaande schriftelijke mededeling aan de betrokkene aan de orde.³³³ Uit de uitspraak kan worden afgeleid dat ook de formele randvoorwaarden in volle omvang moeten worden getoetst.³³⁴

Een en ander impliceert overigens dat van de Bopz-rechter een actieve houding wordt verlangd, hetgeen ook overigens voortvloeit uit de taak van de rechter om recht te spreken naar aanleiding van de door partijen en hun advocaten aangedragen feiten en bewijsstukken, en over de belangen van beide partijen te waken door zoveel als mogelijk een oordeel te geven dat aansluit bij de werkelijkheid. Een en ander volgt uit artikel 112 van de Grondwet, artikel 13 van de Wet algemene bepalingen en de artikelen 23-26 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.³³⁵

Volgens enkele auteurs op dit gebied betekent een en ander (zelfs) dat de klagende patiënt kan volstaan met de stelling dat de desbetreffende interventie onrechtmatig was en dat de patiënt daarbij in het midden kan laten waaruit die onrechtmatigheid precies zou moeten blijken. Vervolgens is het aan de rechtbank om in een volle toetsing te oordelen of er al dan niet rechtmatig is gehandeld.

Zie de annotatie van Widdershoven bij een uitspraak van de Rechtbank Utrecht uit 2000. De rechtbank overwoog dat de patiënt in kwestie 'geen feiten en omstandigheden had gesteld waaruit een ander oordeel moest worden afgeleid'. Widdershoven meende echter dat dit een te ver gaande eis is: "De rechtbank (...) overweegt nog slechts dat door klaagster geen feiten en omstandigheden naar voren zijn gebracht die tot een ander oordeel zouden dienen te leiden. De beschikking doet daarmee twifelen of hier wel een juiste "rolverdeling" is aangehouden. Het is immers primair aan de behandelaar om aannemelijk te maken dat er voldoende grond was voor dwangtoepassing; de patiënt/klager kan wat dat betreft volstaan met de stellingname dat de interventie onrechtmatig was. In de klachtenprocedure dient de behandelaar zich te verantwoorden door tekst en uitleg te geven van de redenen die aan de gewraakte beslissing(en) ten grondslag lagen, waarbij met name van belang is dat inzichtelijk wordt gemaakt hoe gevaarsinschattingen werden gemaakt en op grond van welke concrete feiten. En dat alles dient controleerbaar te zijn op basis van indertijd gepleegde verslaglegging."³³⁶

Zie voorts de annotatie van Welie bij een uitspraak van de Rechtbank Limburg uit 2014, waarin hij betoogt dat de Wet Bopz een hybride figuur is en niet zonder meer tot het civiel recht kan worden gerekend. De Wet Bopz deelt karakteristieken met het strafrecht en is zelfs meer een bestuursrechtelijke regeling, aldus Welie (met verwijzing naar Dijkers. Hij betoogt dan ook het volgende: "Wat mag in dezen van patiënt/klager/verzoeker worden verwacht? In een annotatie waarin hij betwijfelt of de rechter een juiste rolverdeling heeft aangehouden, stelt Widdershoven dat "de patiënt/klager kan [...] volstaan met de stellingname dat de interventie onrechtmatig was". Volgens hem is het primair aan de behandelaar om aannemelijk te maken dat er voldoende grond was voor dwangtoepassing. Daar kan wellicht aan worden toegevoegd dat patiënt/klager zo nodig wel aannemelijk moet kunnen maken dat de dwanginterventie waarover hij klaagt, überhaupt heeft plaatsgevonden, al was het maar om het voor de rechter mogelijk te maken dit nader te onderzoeken. Samenvattend, men kan in Bopz-(klacht)zaken spreken van een rechterlijke onderzoeksplicht. Die onderzoeksplicht bestaat onafhankelijk van de opstelling van klager/verzoeker, met dien verstande dat de klacht het kader geeft waarbinnen het rechterlijk onderzoek zich afspeelt. Klager/verzoeker is niet verplicht zijn klacht uitvoerig toe te lichten of te onderbouwen. Als hij zich beperkt tot een beknopte formulering daarvan, mag dit niet leiden tot een ongegrondverklaring. Ten overvloede, in deze annotatie is buiten beschouwing gebleven de eventuele onderzoeksplicht van de klachtencommissie volgens het Wkcz-klachtrecht."³³⁷

Deze aanname lijkt mij in juridisch-technische zin echter niet juist, omdat de vraag naar een volle of marginale toetsing niet zozeer iets zegt over de bewijslastverdeling als wel over de toetsingsmaatstaf die de rechter dient aan te leggen als hij over een zaak oordeelt. Wel juist lijkt mij dat gezien de aard van de zaken en gezien de kwetsbaarheid van de klagende patiënt niet al te veel van die patiënt kan en mag worden verlangd als het gaat om de onderbouwing van diens stellingen, zeker niet als een rechtsinbreuk wordt gesteld en de instelling met een bevrijdend verweer zal moeten komen (en dienovereenkomstige bewijslast).

³³³ HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5924, NJ 2010, 1, met nt. J. Legemaate.

³³⁴ Zie ook de annotatie van T.P. Widdershoven bij deze beschikking in BJ 2009/35.

³³⁵ Zie ook de annotatie van S.P.K. Welie bij Rechtbank Limburg 2 mei 2014, Jvggz 2014/27.

³³⁶ Rechtbank Utrecht 18 september 2000, BJ 2001/32, met nt. T.P. Widdershoven.

³³⁷ Rechtbank Limburg 2 mei 2014, Jvggz 2014/27, met nt. S.P.K. Welie.

De rechter beslist binnen vier weken na indiening van het verzoekschrift, aldus artikel 41a, negende lid, Wet Bopz. De beslissing van de rechter strekt ingevolge artikel 41a, tiende lid, Wet Bopz tot:

- a. onbevoegdverklaring van de rechtbank;
- b. niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek of de klacht (dus bijvoorbeeld als een verzoek ingediend wordt terwijl de klachtencommissie de klacht van de patiënt *gegrond* achtte);
- c. ongegrondverklaring van de klacht, of
- d. gegrondverklaring van de klacht.

Indien de rechtbank de klacht gegrond verklaart, dan vernietigt zij de bestreden beslissing geheel of gedeeltelijk. Gehele of gedeeltelijke vernietiging van de beslissing brengt vernietiging van de rechtsgevolgen van de beslissing of het vernietigde gedeelte van de beslissing mee. De rechtbank kan vervolgens de voor de behandeling verantwoordelijke persoon opdragen een nieuwe beslissing te nemen of een andere handeling te verrichten met inachtneming van haar uitspraak (artikel 41a, elfde en twaalfde lid, Wet Bopz).

Tegen de beslissing van de rechter staat geen hoger beroep open. Wel is cassatie bij de Hoge Raad mogelijk en dat geldt ook voor bijvoorbeeld de behandelaar. Hierop zijn de gewone bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing (artikel 462 Rv e.v.).

Indien de klager de patiënt is, dan kan de inspecteur of de klager bij hetzelfde verzoekschrift (artikel 41a, eerste lid, onderscheidenlijk vijfde lid, Wet Bopz) de rechtbank tevens verzoeken de klager een *schadevergoeding* toe te kennen ten laste van de rechtspersoon die het betrokken psychiatrisch ziekenhuis in stand houdt, op de grond dat de initiële beslissing waartegen de klacht is gericht, *onrechtmatig* is.

Ik merk terzijde op dat met de gegrondverklaring van de klacht en de gehele of gedeeltelijke vernietiging van de beslissing van de zorgaanbieder (psychiatrische instelling) door de rechter al snel de onrechtmatigheid van de beslissing zal worden aangenomen en dat de patiënt in die zin geen hinder ondervindt van de omstandigheid dat op hem de bewijslast ter zake rust.

De rechtbank kan op dit verzoek tot schadevergoeding afzonderlijk beslissen, zo volgt uit artikel 41b, eerste lid, Wet Bopz. Op dit verzoek is het verbod van hoger beroep niet van toepassing (zie artikel 41b, tweede lid, Wet Bopz in samenhang gelezen met artikel 41a, negende lid, Wet Bopz). Er kan dus zowel hoger beroep als cassatie worden ingesteld.

Artikel 41b Wet Bopz beoogt een *eenvoudige procesgang* te zijn *in aanvulling* op de gangen betreffende onrechtmatige vrijheidsbenemingen, zie de vorige twee paragrafen. De onderhavige gang is bedoeld voor gevallen dat *ook anderszins* bij psychiatrische dwangtoepassing *rechten zijn geschonden*.

Zie voor een voorbeeld een uitspraak van de Hoge Raad uit 2017.³³⁸ De klacht van klagster werd door de Hoge Raad gegrond verklaard, omdat in de kennisgeving tot dwangbehandeling een einddatum van de behandeling moet zijn opgenomen. De omstandigheid dat de wet bepaalt dat de behandeling niet langer dan drie maanden kan duren, neemt de onzekerheid die ontstaat door het ontbreken van de einddatum niet weg. De zaak werd voor een beoordeling van een verzoek tot schadevergoeding naar de Rechtbank Limburg verwezen.

[onderstreping RW]

³³⁸ HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:690. Zie ook HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2370, NJ 2017, 224, met nt. J. Legemaate en HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5924, NJ 2010, 1, met nt. J. Legemaate. Zie voorts voor een ander voorbeeld met terug verwijzing voor een schadevergoeding HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5992.

Wat de hoogte van de schadevergoedingen toegekend op basis van artikel 41b Wet Bopz betreft, blijkt uit jurisprudentie dat vaak een dagvergoeding wordt toegekend, maar niet altijd.³³⁹ De rechter gaat soepel om met de eisen van een causaal verband en een onderbouwing van de gestelde schade, die voornamelijk immaterieel van aard is. De rechter beoordeelt 'actief' en betreft alle omstandigheden van het geval, naast de stellingen en de mate van betwisting van die stellingen.

Voor een voorbeeld van een toekenning door de rechtbank van een schadevergoeding – geen dagvergoeding – wordt gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.³⁴⁰ De rechtbank kwam tot het oordeel dat niet was voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van de bevoegdheid ex artikel 38c Wet Bopz. De klacht van de patiënt tegen het besluit van het ziekenhuis werd alsnog gegrond geacht. De rechtbank kende de patiënt een schadevergoeding toe van € 100,-, zijnde het bedrag dat de patiënt ook had gevraagd.

Een voorbeeld van een schadevergoeding – geen dagvergoeding – betreft ook een uitspraak van de Rechtbank Maastricht.³⁴¹ Met betrekking tot de in dit geval toegepaste separatie stelde de rechtbank vast dat verzuimd was het behandelingsplan in het geding te brengen. Bovendien ontbrak een beslissing van de behandelaar. Ten aanzien van de toediening van dwangmedicatie die volgens het ziekenhuis was gebaseerd op artikel 39 Wet Bopz, constateerde de rechtbank dat ook een schriftelijke beslissing van de behandelaar ontbrak. Voorts was weliswaar een 'meldingsformulier toepassing dwangbehandeling en middelen en maatregelen' in het geding gebracht, maar was onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het formulier zag op de dwangmedicatie en separatie waartegen de klacht was gericht. Dit bracht volgens de rechtbank mee dat niet, althans onvoldoende, kon worden beoordeeld of en in hoeverre het verstrekken van dwangmedicatie en de daaropvolgende separatie in overeenstemming waren met de artikelen 38c en 39 Wet Bopz en de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid. Daar kwam bij dat het ziekenhuis ter zitting had erkend dat was nagelaten de patiënt schriftelijk te informeren over de in artikel 40a Wet Bopz genoemde onderwerpen. De rechtbank was daarom van oordeel dat het ziekenhuis niet alleen zeer onzorgvuldig had gehandeld jegens de patiënt, maar ook onrechtmatig. De rechtbank achtte een bedrag van € 200,- redelijk als vergoeding voor de geleden schade.

Een volgend voorbeeld is afkomstig van de Rechtbank Rotterdam.³⁴² De rechtbank stelde vast dat het behandelteam in kwestie geen termijn in acht had genomen tussen de aanzegging tot dwangbehandeling en de start van de dwangbehandeling. Daarmee was niet voldaan aan de norm dat aan dwangbehandeling een zorgvuldige voorbereiding vooraf moet gaan, inclusief de mogelijkheid van de patiënt verzet te organiseren en zich te laten bijstaan. Voor dreigende noodsituaties kan worden teruggevallen op middelen en maatregelen, inclusief kortwerkende depotmedicatie, op basis van artikel 39 Wet Bopz. In casu was dat pas gebeurd nadat de patiënt dwangmedicatie had gekregen. De klacht van de patiënt dat bij de beslissing tot dwangbehandeling wettelijke zorgvuldigheidsvereisten waren geschonden, werd dan ook gegrond geacht. De rechtbank zag in een en ander aanleiding de patiënt een schadevergoeding toe te kennen van € 500,- ten laste van de instelling.

Een meer recent voorbeeld kan worden ontleend aan een uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland.³⁴³ De rechtbank achtte de klachten tegen de beslissing tot insluiten in de eigen verblijfsruimte gegrond en kende de patiënt daarvoor een bedrag van € 100,- toe.

³³⁹ Zie voor voorbeelden naast de beschreven voorbeelden Rechtbank Maastricht 15 juli 2011, *JVggz* 2011/36 (€ 50,- per dag van onrechtmatige separatie); Rechtbank 's-Hertogenbosch 7 april 2011, *JVggz* 2011/24, met nt. T.P. Widdershoven (€ 1000,-); Rechtbank Rotterdam 2 juli 2009, *BJ* 2009/52 (€ 250,-); Rechtbank Breda 31 augustus 2009, *BJ* 2009/48 (€ 500,-); Rechtbank 's-Hertogenbosch 3 juni 2011, *JVggz* 2011/34, met nt. T.P. Widdershoven (€ 250,-); Rechtbank Zutphen 24 december 2009, *BJ* 2010/23 (€ 50,-); Rechtbank Amsterdam 3 december 2007, *BJ* 2008/28, met nt. T.P. Widdershoven (€ 50,- per gegronde klacht met betrekking tot de ten onrechte toegepaste separatie, in totaal € 250,-); Rechtbank Leeuwarden 7 maart 2007, *BJ* 2007/51 (€ 250,-); Rechtbank 's-Hertogenbosch 4 maart 2011, *JVggz* 2011/23, met nt. T.P. Widdershoven (€ 100,- voor noodmedicatie en € 15,- per dag dat betrokkene zonder raadvrouw zat); Rechtbank Arnhem 11 maart 2009, *BJ* 2009/27, met nt. T.P. Widdershoven (€ 200,- voor vier dagen beperking in bewegingsvrijheid); Rechtbank Haarlem 22 april 2011, *JVggz* 2011/21, met nt. T.P. Widdershoven (€ 500,- voor beperking vrij telefoon- en internetverkeer) en Rechtbank 's-Gravenhage 6 oktober 2010, *JVggz* 2011/13, met nt. W. Dijkers (€ 80,- per dag, vermeerderd met € 25,- per dag separatie en € 50,- wegens dwangmedicatie).

³⁴⁰ Rechtbank Zeeland-West-Brabant 18 november 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:7339.

³⁴¹ Rechtbank Maastricht 11 juli 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX2205.

³⁴² Rechtbank Rotterdam 2 juli 2012, *JVggz* 2012/34, met nt. T.P. Widdershoven.

³⁴³ Rechtbank Noord-Nederland 13 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:5189.

Voor een voorbeeld van een dagvergoeding wordt gewezen op een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage.³⁴⁴ De rechtbank oordeelde dat de patiënt in kwestie opgenomen was op een gesloten afdeling terwijl daarvoor geen wettelijke grondslag was. Datzelfde gold voor de toegepaste middelen en maatregelen. De rechtbank kende aan de patiënt een schadevergoeding toe van € 80,- per dag dat hij in het ziekenhuis was verbleven, totaal € 1.520,-.

Een ander voorbeeld van een dagvergoeding kan worden ontleend aan een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant.³⁴⁵ Het ging in dit geval om een onrechtmatige uitvoering van een onderdeel van de separatie (artikel 39 Wet Bopz). De patiënt had vier dagen in de separeer-ruimte verbleven, zonder dat gedurende die dagen ieder uur tenminste vijf minuten fysiek contact was tussen betrokkene en de verpleegkundigen en/of behandelaars. Aangaande de verzochte schadevergoeding oordeelde de rechtbank als volgt:

“Door het feit dat betrokkene gedurende langere tijd (soms enkele uren) verstoken is gebleven van enig contact met anderen (...) heeft betrokkene – naar redelijkerwijs mag worden aangenomen – diezelfde tijd in onzekerheid verkeerend over zijn positie en zijn de spanningen bij hem zeker opgelopen. Aldus acht de rechtbank het aannemelijk dat er aan de zijde van betrokkene sprake is van immateriële schade. Namens betrokkene is gevraagd om een schadevergoeding van € 70,= voor iedere dag dat de onrechtmatige toestand heeft voortgeduurd. Nu door het ziekenhuis de hoogte van de gevraagde schadevergoeding niet is betwist en het verzochte bedrag de rechtbank niet onredelijk of bovenmatig voorkomt, (...), wijst de rechtbank een bedrag toe van € 280,=.”

[onderstreping RW]

Een voorbeeld van een dagvergoeding voor dwangmedicatie is eveneens gelegen in een uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant.³⁴⁶ Geoordeeld werd dat de grondslag voor dwangmedicatie ontbrak en daarmee onrechtmatig was. De rechtbank overwoog ten aanzien van de schadevergoeding als volgt:

“Nu de klacht ten aanzien van de dwangmedicatie gegrond is verklaard staat daarmee vast dat voor de dwangmedicatie de grondslag ontbrak en dat daarmee de daadwerkelijk toegepaste dwangmedicatie – als in strijd met de wet – onrechtmatig was. Op grond van art. 41b lid 1 Wet Bopz heeft betrokkene dan ook recht op schadevergoeding. Verzocht is om een bedrag van € 100,= per dag dat ten onrechte dwangbehandeling is toegepast. De dwangmedicatie heeft 65 dagen geduurd, zodat concreet wordt verzocht om een schadevergoeding van € 6500,=. Aantasting van de lichamelijke integriteit levert naar het oordeel van de rechtbank zonder meer immateriële schade op. Deze moet – zo bepaalt art. 6:106 lid 1 BW – naar billijkheid worden vastgesteld. Gelet op ernst van de tekortkoming van de zijde van de instelling bepaalt de rechtbank de schadevergoeding naar billijkheid op een bedrag van € 4875,=, neerkomende op € 75,= per dag.”

Van meer recente datum is een uitspraak van de Rechtbank Limburg.³⁴⁷ De patiënt in kwestie kreeg een schadevergoeding in verband met onregelmatigheden rondom de dwangmedicatie en motiveerde dat uitvoerig:

“Voor de gevoelens van onzekerheid die verzoekster heeft ervaren in de periode voordat de dwangmedicatie is toegediend, de periode van 25 augustus 2017 tot 3 oktober 2017, acht de rechtbank een vergoeding van € 80,- per dag redelijk en billijk. Het vermelden van de juiste duur van de dwangbehandeling in de beslissingen tot dwangbehandeling dient ertoe dat de beslissingen tot toepassing van dwangbehandeling op zorgvuldige wijze worden genomen, en strekt mede tot bescherming van de patiënt tegen ongerechtvaardigde inbreuk op zijn lichamelijke integriteit. Gelet op de essentiële waarborgen die verbonden zijn aan het vermelden van de juiste duur van de dwangbehandeling in de beslissingen tot dwangbehandeling, acht de rechtbank voor de periode van 25 augustus 2017 tot en met 2 oktober 2017 (in totaal 39 dagen) een bedrag van € 3.120,- passend. Daarbij betreft de rechtbank tevens dat toediening van de dwangmedicatie is opgeschort tot de uitspraak van de klachtencommissie, zodat verzoekster kon weten dat in deze periode geen medicatie zou worden toegepast.

Wegens het vervolgens na de uitspraak van de klachtencommissie tot tweemaal toedienen van dwangmedicatie acht de rechtbank voor de periode vanaf 3 oktober 2017, de datum waarop voor het eerst dwangmedicatie is toegediend, tot en met 27 oktober 2017, de datum waarop de beslissingen tot dwangbehandeling uiteindelijk door de rechtbank zijn vernietigd, een vergoeding van € 150,- per dag redelijk en billijk. Daarbij heeft de rechtbank meegewogen dat toediening van dwangmedicatie een ingrijpende dwangbehandeling is en dat, zeker nu gebleken is dat verzoekster zich bij het toedienen van de dwangmedicatie daartegen heeft verzet, dit voor haar een traumatische gebeurtenis moet zijn geweest. Daarbij gold voor de tweede dwangmedicatie ook nog dat, gelet op de aangifte die verzoekster de dag ervoor bij de politie had gedaan, overduidelijk was dat zij bijzonder opzag tegen het andermaal toedienen van de dwangmedicatie,

³⁴⁴ Rechtbank 's-Gravenhage 21 december 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BL1547.

³⁴⁵ Rechtbank Oost-Brabant 4 november 2013, *JVggz* 2014/16.

³⁴⁶ Rechtbank Oost-Brabant 8 mei 2013, *JVggz* 2013/43, met nt. T.P. Widdershoven.

³⁴⁷ Rechtbank Limburg 8 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8975.

waardoor de impact van het toedienen daarvan voor haar des te groter zal zijn geweest. Omdat depotmedicatie een langere werking heeft, acht de rechtbank niet uitgesloten dat verzoekster gedurende langere tijd negatieve bijwerkingen van de medicatie heeft ervaren, maar dat die bijwerkingen zo drastisch en ingrijpend zijn geweest, zoals zij heeft gesteld, is tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan door verweerster, niet althans onvoldoende aannemelijk geworden. Gezien het vorenstaande zal voor de periode van 3 oktober 2017 tot en met 27 oktober 2017 (in totaal 25 dagen) een schadevergoeding van in totaal € 3.750,-- aan verzoekster worden toegekend. In voormeld bedrag is tevens begrepen de vergoeding voor de gevoelens van onzekerheid die verzoekster in die periode heeft ervaren over de juiste duur van de dwangbehandeling.”

Buiten dit (beperkte) bestek van artikel 41b Wet Bopz kan, indien door een onrechtmatige daad van een behandelaar of geneesheer-directeur schade is geleden, (slechts) een actie uit artikel 6:162 BW tot vergoeding van geleden schade leiden, met alle onder 4 besproken regels van dien.³⁴⁸ Dat geldt ook voor de strikte toepassing van artikel 6:106 BW.

Een voorbeeld daarvan betreft een zaak van een man die sinds 1988 bij diverse instanties bekend wegens verslaving aan harddrugs en mogelijke psychiatrische problemen. Voor behandeling daarvan werd hij verwezen naar Bouman GGZ (opgevolgd door Antes Zorg BV). De man werd met een inbewaringstelling opgenomen bij Bouman GGZ. Later werd nog een inbewaringstelling gelast en daarna een voorlopige machtiging voor de duur van zes maanden. De man werd tijdens zijn opname overgeplaatst van de kliniek van Bouman GGZ naar een dependance van de TBS-kliniek van FPC Veldzicht, te weten ‘Grittenveld’. De reden was gelegen in de ernstige mate van zijn gedragsstoornis. De locatie Grittenveld is echter geen ziekenhuis als bedoeld in de Wet Bopz. De man heeft vervolgens op 13 januari 2012 de stichting Bouman GGZ en de Staat der Nederlanden in rechte betrokken en een schadevergoeding gevorderd van € 34.350,- (150 dagen à € 100,- voor de periode waarin de man verbleef in ‘Grittenveld’ (26 juli 2007 t/m 20 december 2007); 385 dagen à € 50,- voor de periode waarin de man verbleef in de kliniek te ‘Balkbrug’), te vermeerderen met wettelijke rente. Hij stelde dat de stichting en de Staat onrechtmatig jegens hem hadden gehandeld door hem gedwongen te laten verblijven in een gesloten inrichting die niet daartoe was aangewezen en die ook niet geschikt was, zowel vanuit zijn interne rechtspositie als vanuit behandelperspectief gezien. Volgens de man had hij hierdoor immateriële schade (ander nadeel) geleden.

Bij tussenvonnis van 17 april 2013 gelastte de Rechtbank Rotterdam een comparitie van partijen.³⁴⁹ De rechtbank onderscheidde in de stellingen van eiser vier afzonderlijke verwijten:

- a. Bouman GGZ heeft onrechtmatig jegens eiser gehandeld door hem over te plaatsen naar FPC Veldzicht/Grittenveld: er was geen sprake van een uitzonderlijk gevaar dat daartoe aanleiding gaf.
- b. De plaatsing in ‘Grittenveld’ was bovendien onrechtmatig omdat ‘Grittenveld’ niet was aangemerkt als ‘psychiatrisch ziekenhuis’ voor de Wet Bopz.
- c. De plaatsing van eiser in ‘Grittenveld’ en in de TBS-kliniek te Balkbrug op basis van de hiervoor onder (vii) genoemde overeenkomst was in strijd met de wet, omdat deze (blijkens het overeengekomen Protocol) ertoe leidde dat aan eiser de interne rechtspositie werd onthouden die hem ingevolge de Wet Bopz toekomt.
- d. Zowel in ‘Grittenveld’ als in de TBS-kliniek te Balkbrug is geen adequate behandeling gerealiseerd, waardoor het gedwongen verblijf van eiser te lang heeft geduurd. Volgens eiser hebben Bouman GGZ en FPC Veldzicht (waarvoor de Staat verantwoordelijk is) als gevolg van een onderling competentieconflict zich onvoldoende ingespannen om hem een passende behandeling te geven en daarbij beoordelingsfouten gemaakt.

Bij eindvonnis van 30 april 2014 wees de rechtbank de vordering tot schadevergoeding af.³⁵⁰ Volgens de rechtbank was er geen sprake van onrechtmatig handelen en zowel, dan had de man daarvan geen nadeel ondervonden, aldus de rechtbank. Er zou geen noemenswaardig verschil in rechtspositie zijn geweest.

De man stelde hoger beroep in bij het Gerechtshof Den Haag. Het hof oordeelde op 30 januari 2018 dat het in beginsel onrechtmatig is, om een gedwongen opname op grond van de Wet Bopz elders dan in een voor de Wet Bopz als zodanig aangemerkt psychiatrisch ziekenhuis ten uitvoer te leggen. Het hof oordeelde echter ook dat een ‘crisisplaatsing’ in dit geval te rechtvaardigen was, gezien de onhoudbare situatie die in de kliniek van Bouman GGZ was ontstaan en tot de overplaatsing aanleiding had gegeven. Bovendien was eind juli 2007 niet onmiddellijk een geschikte plaats beschikbaar en was geen andere instelling bereid om eiser op te nemen. Het hof vroeg zich wel af of deze ‘crisisplaatsing’ te lang had voortgeduurd, maar kwam aan een beantwoording van die vraag niet toe omdat de man onvoldoende had onderbouwd dat hij als gevolg daarvan schade had geleden.³⁵¹ De situatie zou namelijk niet zoveel anders zijn geweest

³⁴⁸ Kamerstukken II 2002/03, 2899 nr. 3, p. 11 (MvT).

³⁴⁹ Rechtbank Rotterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5849.

³⁵⁰ Rechtbank Rotterdam 30 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:3464, *Jvggz* 2014/47, met nt. P.A.M. Mevis en M.J.F. van der Wolf.

³⁵¹ Gerechtshof Den Haag

als hij wel in een Bopz-instelling was geplaatst. Ook bleek volgens het hof niet dat de man nadeel had ondervonden van het feit dat FPC Veldzicht uitging van toepasselijkheid van de rechtspositie die ingevolge de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden geldt in plaats van die ingevolge de Wet Bopz. Het hof bekrachtigde vervolgens het vonnis van de rechtbank waarna de man in cassatie ging. De man betoogde opnieuw recht te hebben op een vergoeding van ander nadeel omdat hij ten minste nadeel had geleden door onzekerheid, spanningen en frustraties; deze immateriële schade had het hof kunnen vaststellen door zelf de schade op de voet van artikel 6:97 BW te begroten, op een wijze die het meest in overeenstemming is met de aard van de schade.

Het cassatiearrest is afgedaan op artikel 81 RO,³⁵² maar de conclusie van advocaat-generaal Langemeijer is lezenswaardig.³⁵³ De advocaat-generaal wijst op het feit dat voor een schadevergoeding van ander nadeel plaats is als sprake is van een aantasting in de persoon, artikel 6:106, onder b, BW. Hieronder valt geestelijk letsel of de schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht. De advocaat-generaal wees in dat verband op het arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2019 (nog te bespreken onder 7)³⁵⁴ waarin geoordeeld werd over een vordering tot schadevergoeding van een man die in een te zwaar detentieregime had gezeten. De Hoge Raad oordeelde in dat arrest dat degene die zich op een aantasting in de persoon beroept de aantasting met concrete gegevens moet onderbouwen. In voorkomend geval kunnen de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. De Hoge Raad voegde hieraan toe dat van een ‘aantasting in de persoon op andere wijze’ als bedoeld in artikel 6:106, onder b, BW, niet reeds sprake is bij de enkele schending van een fundamenteel recht. De gedetineerde kreeg geen schadevergoeding. Concluderend was advocaat-generaal Langemeijer van mening dat ook de man in het onderhavige geval geen recht heeft op een vergoeding van ander nadeel als bedoeld in artikel 6:106 BW.

Volledigheidshalve wordt andermaal opgemerkt dat de tekortkoming in de nakoming geen grondslag zal vormen, zulks wegens de afwezigheid van een geneeskundige behandelingsovereenkomst. Daarvoor is aanbod en aanvaarding vereist alsmede wilsovereenstemming, hetgeen in het kader van dwangbehandeling zal ontbreken. Grondslag is wel de onrechtmatige daad, te weten de inbreuk op een recht, een strijd met een wettelijke plicht of de strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. Bij een gestelde inbreuk op een recht kan de patiënt profiteren van het feit dat het dan aan de aangesproken partij is om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat er een rechtvaardiging bestond voor de rechtsinbreuk.

5.5 Beschouwing

De onderzochte weg ziet op de compensatiemogelijkheden ingevolge artikel 28, artikel 35 en artikel 41b Wet Bopz.

Hoewel de tekst van artikel 28 Wet Bopz iets anders doet vermoeden, gaat het bij zowel artikel 28 Wet Bopz als artikel 35 Wet Bopz om de – snelle en laagdrempelige – mogelijkheid van een schadevergoeding indien de autoriteiten (burgemeester respectievelijk officier van justitie en/of rechter) *verzuimd hebben een wettelijke bepaling in acht te nemen* bij de inbewaringstelling respectievelijk het verlenen van een van de machtigingen of het geven van een beslissing inzake ontslag.

Is zo een verzuim – onrechtmatigheid – aan de orde, dan komt de patiënt een schadevergoeding toe. In dat verband is van belang dat op de patiënt de stelplicht en bewijslast rust ter zake van het verzuim en de omstandigheid dat hij daardoor bepaalde, op geld waardeerbare, schade heeft geleden. Wel rust op de aangesproken partij (gemeente of Staat) een verzwaarde motiveringsplicht en aldus de plicht om de patiënt aanknopingspunten te geven voor het leveren van het benodigde bewijs. Bovendien blijkt de patiënt in de praktijk geen hinder te ondervinden van deze bewijslast. Met een niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie door de rechter – bijvoorbeeld in verband met het schenden van een wettelijke eis – is de onrechtmatigheid van de last tot inbewaringstelling gegeven. ‘Onrechtmatig’ is ook de conclusie als de Hoge Raad vaststelt dat de rechtbank inzake de rechterlijke machtiging een van de bepalingen van de Wet Bopz niet in acht heeft genomen en de Hoge Raad de uitspraak van de rechter vernietigt.

³⁵² HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1260.

³⁵³ Conclusie A-G Langemeijer 17 mei 2019, ECLI:NL:PHR:2019:625.

³⁵⁴ HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019,162, met nt. S.D. Lindenbergh.

Wat de *omvang* van de schade betreft en de *soort* schade die onder deze regelingen voor vergoeding in aanmerking komt, wordt de patiënt ook geholpen. Schade op de voet van artikel 28 Wet Bopz en artikel 35 Wet Bopz moet naar billijkheid worden vastgesteld. De Hoge Raad overwoog tegen die achtergrond in 1996 dat de Bopz-rechter niet gebonden is aan de grenzen voor de toekenning van een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade, zoals vervat in artikel 6:106 BW. Dat vloeit voort uit de strekking van artikel 28 en artikel 35, waarmee mede beoogd is te voldoen aan artikel 5, vijfde lid. EVRM. Dit brengt volgens de Hoge Raad mee dat, daargelaten of artikel 6:106 BW dit zou toelaten, in elk geval een vergoeding kan worden toegekend ter zake van *nadeel, bestaande in het gedurende een bepaalde periode in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van het gedwongen verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis, waardoor in die periode spanningen en frustraties zijn ontstaan*. De vaststelling van het bedrag van een dergelijke vergoeding dient te geschieden met inachtneming van de algemene regels betreffende de begroting van schade. Deze begroting dient, in de bewoordingen van artikel 6:97 BW, plaats te vinden op de wijze die het meest met de aard van de schade in overeenstemming is. Daarbij is volgens de Hoge Raad van belang dat een vergoeding gericht op de compensatie van ander nadeel dat samenhangt met het in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van het gedwongen verblijf zich slechts intuïtief laat schatten en dat een dergelijke schatting in beginsel *geen nadere motivering* behoeft. Ook gelden hier *niet de gewone regels van stelplicht en bewijslast*, zo oordeelde de Hoge Raad tot slot.

Deze opvatting is nog niet verlaten; in 2015 oordeelde de Hoge Raad dat als in verband met een op zichzelf vaststaande termijnoverschrijding door de rechter bij het verlenen van een machtiging, een verzoek tot schadevergoeding wordt gedaan, het dan zelfs aannemelijk is dat de patiënt door die overschrijding nadeel dat op geld behoort te worden gewaardeerd heeft geleden in de vorm van spanning of frustratie door het uitblijven van een tijdige rechterlijke beslissing over zijn vrijheidsbeneming of de voortzetting daarvan en onzekerheid over zijn situatie. De Hoge Raad ging dus reeds door de enkele normschending en *de aard van die normschending* uit van op geld waardeerbare schade alsook van een causaal verband met de normschending en kwam de patiënt daarmee tegemoet in zijn last dit te bewijzen.

In de praktijk wordt ter compensatie van dit (soort) ander nadeel veelal een dagvergoeding toegekend gerelateerd aan het aantal dagen waarin door het verzuim sprake was van een onrechtmatige situatie of gerelateerd aan het aantal dagen waarin door het verzuim de onzekerheid (en de daaraan te relateren spanningen en frustraties) een feit was. Dagvergoedingen zijn veelal gelegen tussen € 50,- en € 100,- per dag. Bij de bepaling van de hoogte van een (verzochte) dagvergoeding wordt meer dan eens gekeken naar de vergoedingen die in strafzaken op de voet van artikel 89 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) plegen te worden toegekend wegens een ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis. Indien een patiënt een hogere of andere vergoeding wil, dan lijkt de patiënt zijn schadeposten met (meer) bewijs te moeten staven, zo lees ik de uitspraken van rechters op dit terrein. Dagvergoedingen, en zeker die van artikel 89 Sv, zijn op het eerste gezicht wel wat opmerkelijk, omdat de Hoge Raad in 1996 oordeelde dat de gebruikelijke vergoedingen voor een onterechte voorlopige hechtenis niet als richtlijn kunnen dienen voor de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding in Bopz-kwesties. Het gaat immers (doorgaans) niet om vrijheidsbenemingen die achteraf bezien niet had behoren plaats te vinden, maar om de omstandigheid dat een patiënt gedurende een bepaalde periode in onzekerheid heeft verkeerd over wat in het verzoek is aangeduid als 'de rechtmatigheid' van zijn vrijheidsbeneming.

Wordt een schadevergoedingsactie gebaseerd op artikel 6:162 BW, dan gelden de regels van het civiele aansprakelijkheidsrecht onverkort, maar heeft de patiënt recht op een volledige vergoeding met inachtneming van het schadevergoedingsrecht van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. Deze weg zal overigens niet snel worden gekozen, nu de weg van de Wet Bopz sneller en minder kostbaar is en de Bopz-patiënt juist behoefte heeft (of zou hebben) aan een eenvoudige procedure voor het verkrijgen van een vergoeding dat in voldoende mate zijn nadeel compenseert. In dat verband wordt nogmaals benadrukt dat de schade doorgaans is gelegen in enig ander nadeel dat verband houdt met het vormverzuim – frustratie en onzekerheid. De vrijheidsbeneming als zodanig is meestal gerechtvaardigd en was dus ook zonder vormfout niet uitgebleven. Alleen in het geval er door het verzuim ook een beoordelingsfout is gemaakt, kan een causaal verband aanwezig worden geacht tussen de onrechtmatigheid en de vrijheidsbeneming als zodanig en lijkt er plaats te zijn voor een meer omvangrijke schadevergoeding.

Bij de regeling van artikel 41b Wet Bopz gaat het om een eenvoudige procesgang in aanvulling op onrechtmatige vrijheidsbenemingen. De gang is bedoeld voor gevallen dat anderszins bij psychiatrische dwangtoepassing rechten zijn geschonden. De procesgang bestaat uit een klachtenprocedure en een verzoekprocedure ten overstaan van een rechter. Alleen aan de rechter kan de patiënt verzoeken hem een schadevergoeding toe te kennen ten laste van de rechtspersoon die het betrokken psychiatrisch ziekenhuis in stand houdt, op de grond dat de beslissing waartegen de klacht is gericht, *onrechtmatig* is. Die onrechtmatigheid zal al gauw aan de orde zijn als de rechter oordeelt dat de klacht van de patiënt gegrond is en de beslissing van de zorgaanbieder geheel of gedeeltelijk vernietigt. Wel rust op de patiënt de stelplicht en bewijslast ter zake van de feiten en omstandigheden die tot de gegrondheid van de klacht moeten leiden, zij het geholpen door het feit dat de zorgaanbieder (rechtspersoon die het betrokken psychiatrisch ziekenhuis in stand houdt) de patiënt de handvatten moet geven voor het leveren van het bewijs; op de zorgaanbieder rust een verzwaarde motiveringsplicht.

Is – in termen van onrechtmatigheid – de onrechtmatigheid te kwalificeren als een inbreuk op een recht dan profiteert de patiënt van het feit dat het dan voldoende is om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat sprake is van zijn subjectieve recht en de inbreuk daarop. Het is vervolgens aan de aangesproken partij om, met een beroep op een rechtvaardigingsgrond in de zin van artikel 6:162, tweede lid, BW, om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat zijn gedraging geoorloofd was.

De patiënt moet voorts stellen en, bij betwisting, bewijzen dat hij door de onrechtmatigheid schade heeft geleden, al kan uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt dat *aannemelijkheid* daartoe voldoende is. In een aantal gevallen wordt het causaal verband gezien de aard van de normschending en de aard van de schade vermoed aanwezig te zijn.

Daarenboven lijkt de rechter de patiënt aardig tegemoet te komen door zijn actieve houding en het in zijn oordeel betrekken van alle omstandigheden van het geval, zulks bovenop hetgeen is gesteld en de mate waarin de stellingen zijn betwist, hetgeen op zichzelf past bij de taak van de rechter een oordeel te geven dat aansluit bij de werkelijkheid.

Wat de hoogte van de schadevergoedingen toegekend op basis van artikel 41b Wet Bopz betreft, blijkt uit de jurisprudentie dat ook in deze gevallen vaak een dagvergoeding wordt toegekend, maar dat dit geen regel lijkt. Als er een dagvergoeding wordt toegekend, dan gaat het om bedragen van € 70,- tot € 150,- per dag. Wordt er geen dagvergoeding toegekend, dan wordt doorgaans een bedrag van (enkele) honderd(en) euro's toegekend. Vergoedingen worden toegekend voor het gedurende een bepaalde periode in onzekerheid verkeren over de 'rechtspositie' of de grond voor medicatie gepaard gaand met spanningen, het schenden van zorgvuldigheidseisen bij beslissingen tot dwang, maar ook voor onterechte dwangopnames en onterechte toediening van dwangmedicatie (zonder grondslag). In het geval van een langdurige toediening van dwangmedicatie (vijfenzestig dagen) waarbij de grondslag

ontbrak werd expliciet gewezen op artikel 6:106 BW; de rechter oordeelde dat sprake was van een aantasting in de persoon als in dat artikel bedoeld.

Buiten het bestek van artikel 41b Wet Bopz kan, indien door een onrechtmatige daad van een behandelaar of geneesheer-directeur schade is geleden, een actie uit artikel 6:162 BW tot vergoeding van geleden schade leiden, met alle toepasselijke regels van dien.

Dit deel van het onderzoek had het doel te bezien of andere wegen met een compensatiefunctie- of -mogelijkheid, nadere of nieuwe handvatten kunnen geven bij het beantwoorden van de vraag en of de uitgangspunten van de weg wegen leidend zouden kunnen of moeten zijn bij het formuleren van een billijke schadevergoeding.

De compensatiewegen van de Wet Bopz beschouwd, meen ik dat voor de formulering van een billijke vergoeding belangrijke waarde mag worden gehecht aan de uitgangspunten die onder de Wet Bopz worden gehanteerd of zijn geformuleerd waar het gaat om schadevergoedingen; de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz) zal immers de Wet Bopz per 1 januari 2020 vervangen, terwijl tegelijkertijd uit de wetsgeschiedenis volgt dat het klachtenrecht niet veel zal veranderen.

Zo een te volgen uitgangspunt is naar mijn mening de heersende opvatting dat een vergoeding van ander nadeel mogelijk is, *waarbij dat nadeel gelegen is in het gedurende een bepaalde periode in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van de beslissing tot gedwongen opname en de daaruit voortvloeiende spanningen en frustraties*, ook al was de vrijheidsbeneming op zichzelf rechtmatig. Deze opvatting volgt uit de uitspraak van de Hoge Raad uit 1996, maar ook uit zijn uitspraak uit 2015 waarin geoordeeld werd dat als in verband met een op zichzelf vaststaande termijnoverschrijding door de rechter bij het verlenen van een machtiging, een verzoek tot schadevergoeding wordt gedaan, het dan *aannemelijk is dat de patiënt door die overschrijding nadeel* dat op geld behoort te worden gewaardeerd *heeft geleden in de vorm van spanning of frustratie* door het uitblijven van een tijdige rechterlijke beslissing over zijn vrijheidsbeneming of de voortzetting daarvan en onzekerheid over zijn situatie.

Het is op zichzelf wel een opmerkelijk uitgangspunt, omdat een vergoeding van dergelijk ander nadeel niet (zonder meer) op grond van het civiele aansprakelijkheidsrecht, artikel 6:106 BW, kan worden toegekend; zoals de Hoge Raad in 1996 ook reeds in zijn uitspraak verduidelijkte, gaat het om een afwijking daarvan. Er is immers geen sprake van lichamelijk of geestelijk letsel en de aantasting in de persoon anderszins is discutabel; de schending is mogelijk niet ernstig genoeg en dat geldt ook voor de gevolgen. Om die reden gaf ik onder 4 aan dat zuivere toepassing van artikel 6:106 BW wel eens niet verenigbaar zou kunnen zijn met een schadevergoeding naar billijkheid binnen de klachtenprocedure van de Wvggz die eenvoudig en zonder drempels beoogt te zijn en bedoeld is voor kwetsbare psychiatrische patiënten die vaak als enige schade 'ander nadeel' hebben en mogelijk ook vaak van 'het minder ernstige soort'. Het volgen van het uitgangspunt van de Wet Bopz (in aanvulling op de uitgangspunten van het schadevergoedingsrecht van Boek 6, titel 1, afdeling 10, van het Burgerlijk Wetboek) zou dit probleem oplossen, met dien verstande dat de omschrijving van het gevolg 'in onzekerheid verkeren' mogelijk niet goed de lading dekt van hetgeen de patiënt heeft ervaren. Een betere omschrijving lijkt bijvoorbeeld dat 'de patiënt zich (erg veel) zorgen heeft gemaakt', 'niet heeft geweten waar hij aan toe was' of iets van dien aard.

Wel verdient opmerking dat, anders dan bij de regelingen van artikel 28 en 35 Wet Bopz, de weg van artikel 41b Wet Bopz *niet* in het leven is geroepen om te voldoen aan artikel 5, vijfde lid, EVRM, terwijl tegelijkertijd de door de Hoge Raad voorziene ruime vergoedingsmogelijkheid van ander nadeel daar mee te maken heeft. Juist de weg van artikel 41b Wet Bopz vertoont de meeste gelijkenis met de

klachtenprocedure van de artikelen 10:3 tot en met 10:11 Wvvggz (het onderdeel van het beroep bij de rechter), terwijl de artikelen 28 en 35 Wet Bopz straks apart zullen worden geregeld in artikel 10:12 Wvvggz. Daarmee blijft het de vraag of het 'loslaten van de invulling van artikel 6:106 BW' als uitgangspunt passend is voor een 'schadevergoeding naar billijkheid' in de Wvvggz-klachtenprocedure en of dit uitgangspunt dus als handvat mag gelden.

Op dit moment wil ik die vraag bevestigend beantwoorden. Nog steeds blijft overeind dat een discussie over de ernst van de schending van het zelfbeschikkingsrecht en de ernst van de relevante nadelige gevolgen niet zonder meer te verenigen is met een laagdrempelige procedure voor patiënten met een psychisch probleem op wiens zelfbeschikkingsrecht steeds inbreuk zal worden gemaakt, meestal gerechtvaardigd, maar soms niet. In de gerechtvaardigde gevallen kan de psychiatrische patiënt nadeel ervaren, omdat hij door het schenden van procedurele voorschriften of door het verzuim hem te informeren niet weet of hij terecht aan verplichte zorg wordt onderworpen en daarover gefrustreerd raakt, ook al blijkt die verplichte zorg achteraf rechtmatig. De meeste klachten en verzoeken om schadevergoeding zullen verband houden met in dat verband geleden ander nadeel.

Daar komt bij dat artikel 5 EVRM voor het klachtrecht onder de Wet Bopz weliswaar zijdelings relevant was, maar voor het klachtrecht onder de Wvvggz meer rechtstreeks belang kan hebben: een feitelijke beslissing tot vrijheidsbeneming (door opneming in een accommodatie of een eventuele insluiting elders) is onder de Wvvggz klachtwaardig. Een argument is tevens dat ook uit de onder artikel 41b Wet Bopz gewezen rechtspraak (zelfs van de Hoge Raad zij het met terugverwijzing) moet worden opgemaakt dat een periode van onzekerheid over de 'rechtspositie' met de daaruit voortvloeiende spanningen en frustraties als gevolg van de schending van een procedureel voorschrift reden kan zijn voor een vergoeding, wat op zichzelf ook niet verwonderlijk is, zo meen ik. De gang is bedoeld voor gevallen dat anderszins bij psychiatrische dwangtoepassing rechten zijn geschonden. Tot slot acht ik redengevend dat onder de Wvvggz beide compensatiemogelijkheden blijven bestaan (artikelen 10:11 en 10:12 Wvvggz) en dat de rechtszekerheid gebaat lijkt met het hanteren van gelijke vormen van of uitgangspunten voor een schadevergoeding naar billijkheid.

Een ander uitgangspunt van de compensatieregelingen van de Wet Bopz betreffen de dagvergoedingen. Hoewel ik voorop stelde dat belangrijke waarde mag worden gehecht aan de uitgangspunten van de Wet Bopz, is het mijns inziens de vraag of de *dagvergoedingen* zoals die op dit moment in het Bopz-kader worden toegekend daadwerkelijk passend zijn om invulling te geven aan de begroting van de schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvvggz. Gelet op de beschikking uit 1996 van de Hoge Raad is dat in elk geval niet zo als met zoveel woorden en/of daden de richtlijnen worden gehanteerd die in het kader van artikel 89 Sv zijn ontwikkeld; compensatie onder dat recht heeft immers een ander soort nadeel op het oog. Dagvergoedingen lijken ook weinig ruimte te bieden voor differentiatie naar de aard van het verzuim. Daar komt bij dat in het kader van artikel 41b Wet Bopz niet steeds dagvergoedingen zijn gehanteerd en dit – ik herhaal het – juist de regeling is die het beste als voorbeeld kan dienen.

Een en ander betekent naar mijn mening niet dat enige mate van standaardisering niet passend is waar het gaat om de toekenning van een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade. Mijns inziens is het dat juist wel en kan standaardisering bij uitstek in een laagdrempelige en snelle procesgang worden ingebed. Standaardisering past evenzeer bij de mogelijkheid van een vergoeding van dat ander nadeel dat naar verwachting frequent aan de klachtencommissie ter beoordeling zal worden voorgelegd, maar welk nadeel 'onder normale (lees: civiele) omstandigheden' niet voor een vergoeding in aanmerking zou komen.

Bij een laagdrempelige en snelle procesgang met enige mate van standaardisering van schadevergoedingen past mijns inziens voorts een soepele omgang met het bewijs van het gestelde feit dat schade is geleden, de omvang van de schade en het causaal verband met het handelen van de zorgaanbieder, hetgeen ik wenselijk acht gezien de kwetsbaarheid van de psychiatrische patiënt die te maken zal krijgen met verplichte zorg. Ik pleitte daarom al voor een lichte toets (onder 4). In aanvulling daarop merk ik op dat het allerm minst is uitgesloten dat de klachtencommissies functionerend onder de Wvrgz als basis de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zullen hanteren, maar tegelijkertijd actief zullen zijn waar het gaat om de beoordeling van de gegrondheid van de klacht en een recht op schadevergoeding en dat de bewijsregels soepel worden gehanteerd, een en ander teneinde de kwetsbare patiënt tegemoet te komen. Ik wijs daartoe op de wijze waarop de Bopz-rechter invulling geeft aan de bewijslast van de patiënt en de soepelheid waarmee gezien de aard van de normschendingen een causaal verband en het bestaan van schade (onzekerheid met frustratie en spanningen) worden aangenomen én de aannemelijkheid dat de klachtencommissies het voorbeeld van de rechters volgen. Ook de huidige Bopz-klachtencommissies toetsen licht, met dien verstande dat zij op dit moment nog geen oordeel kunnen hebben over een verzoek tot schadevergoeding. Zekerheidshalve herhaal ik dat met 'soepel' niet wordt bedoeld dat de basis van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt verlaten. Wel wordt een vereenvoudiging of verlichting van het proces(recht) bedoeld waarbij in grote mate rekening wordt gehouden met de (beperkingen van de) psychiatrische patiënt zonder het belang van de zorgaanbieder wiens professionele handelen ter discussie staat uit het oog te verliezen.

6. Analyse reeds bestaande handvatten voor schadevergoeding; schadevergoeding ingevolge een klachten- en geschillenprocedure als bedoeld in de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg

6.1 Inleidende opmerkingen

Dit deel van het onderzoek behelst een analyse van een andere reeds bestaande weg die een patiënt beoogt te compenseren voor in verband met de zorgverlening geleden schade; de mogelijkheid van schadevergoeding ingevolge de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz). Het doel van deze analyse is te bezien of de mogelijkheid van de Wkkgz nadere of nieuwe handvatten kan geven bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag en of de uitgangspunten van deze weg leidend zouden kunnen of moeten zijn bij het formuleren van een billijke schadevergoeding.

De Wkkgz is tamelijk recent in werking getreden en bestaat uit (onder meer) een hoofdstuk met kwaliteitsbepalingen en een hoofdstuk waarin een klachten- en geschillenprocedure is geregeld.³⁵⁵ De klachten- en geschillenregeling beoogt een goed alternatief te zijn voor de gang naar de civiele rechter en is een reactie op de negatieve geluiden over die civiele gang die doorgaans lang duurt, veel energie vergt en kostbaar is. Zowel de klachtenprocedure als de geschillenprocedure wordt beschreven (6.3 respectievelijk 6.4), voorafgegaan door een klein stuk historie (6.2). Dit deel van het onderzoek wordt afgesloten met een beschouwing; een conclusie wordt nog niet getrokken (6.5).

6.2 Historie klachten- en geschillenregeling Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg

Voor inwerkingtreding van de Wkkgz was een klachtenregeling vervat in de Wet klachtrecht cliënten zorgsector. Naast deze klachtenprocedure bestond de mogelijkheid van geschilbeslechting door de Geschillencommissie Zorginstellingen onder toekenning van een vergoeding.³⁵⁶ De geschillencommissie oordeelde over de vordering naar redelijkheid en billijkheid binnen het kader van de door de patiënt geuite klacht(en). Dit konden ook klachten over de geestelijke gezondheidszorg zijn. De geschillencommissie legde bij die beoordeling een 'lichtere toets' aan dan de burgerlijke rechter als het ging om het onderbouwen van de feiten,³⁵⁷ het aantonen van een fout,³⁵⁸ en de omvang van de te vergoeden schade.³⁵⁹ Van de mogelijkheid om een deskundige in te schakelen werd weinig gebruik gemaakt, al bestond die mogelijkheid wel.³⁶⁰ Partijen konden ook zelf een deskundige meebrengen.³⁶¹ De procedure mondde uit in een schriftelijk bindend advies.³⁶² De geschillencommissie kon daarbij een, door het ziekenhuis te betalen, schadevergoeding vaststellen.³⁶³ Aan de vergoeding kleefde een beperking: zij kon maximaal € 5.000,- bedragen. Bovendien was een voorwaarde dat de patiënt eerder

³⁵⁵ Zie voor een relevante recente bron over de Wkkgz R. Bouwman e.a., Tweede monitor Wkkgz – Stand van zaken patiëntenperspectief en implementatie "Effectieve en laagdrempelige klachten- en geschillenbehandeling", Utrecht: NIVEL 2019.

³⁵⁶ Voorheen geschillencommissie Ziekenhuizen. Zie voor een uitvoerige analyse van de werkwijze van de Geschillencommissie Zorginstellingen tegen de achtergrond van uitspraken over de periode 1996-2013 L.H.M.J. van de Laar en J.C.J. Dute, 'De afhandeling van schadeclaims door de Geschillencommissie Zorginstellingen', *TvGR* 2014, nr. 6, p. 438-450.

³⁵⁷ Feiten werden reeds aangenomen als de Geschillencommissie Zorginstellingen ze 'voldoende aannemelijk' achtte. Zie voor een voorbeeld Geschillencommissie Zorginstellingen 20 april 2012, zaaknr. 62299.

³⁵⁸ Het moest 'voldoende aannemelijk' zijn dat de arts of het ziekenhuis was tekortgeschoten, zie Geschillencommissie Ziekenhuizen 2 maart 2005, zaaknr. ZIN04-0060.

³⁵⁹ De schade moest 'voldoende aannemelijk' zijn. Zie voor een voorbeeld Geschillencommissie Zorginstellingen 18 november 2011, zaaknr. 59455.

³⁶⁰ Zie artikel 15 van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013. Overigens gebeurde dit zelden, zie één uitspraak Geschillencommissie Ziekenhuizen 21 juni 2004, zaaknr. ZIN04-0007.

³⁶¹ Zie artikel 14, derde lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013.

³⁶² Zie de artikelen 3 en 17, eerste lid, en 18 van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013.

³⁶³ Zie artikel 17, tweede lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013.

een schriftelijke vordering had neergelegd bij de zorginstelling, doch over de vergoeding geen overeenstemming kon worden bereikt, zulks op straffe van niet-ontvankelijkheid.³⁶⁴

In verband met de wens om de positie van de patiënt te versterken, werd op 7 juni 2010 het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) bij de Tweede Kamer ingediend.³⁶⁵ Met het wetsvoorstel werd tevens beoogd een aantal knelpunten op te lossen.³⁶⁶ Een van die knelpunten betrof de mogelijkheid tot het indienen van klachten en het verhaal van schade. Met de Wcz werd daarom ook gestreefd naar een effectieve en laagdrempelige klachten- en geschillenprocedure.³⁶⁷

De opzet van de Wcz was prestigieus, maar bleef daardoor ook veel vragen en weerstand oproepen. Op 8 februari 2013 gaf de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport dan ook uiting aan haar besluit om het wetsvoorstel in zijn oorspronkelijke vorm niet te handhaven.³⁶⁸ Het wetsvoorstel zou in vier onderdelen worden gesplitst.³⁶⁹ Het oorspronkelijke wetsvoorstel werd beperkt tot een wetsvoorstel ter zake de behandeling van klachten en geschillen in de zorg, de 'Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg'.³⁷⁰ De Wkkgz werd op 6 oktober 2015 aangenomen,³⁷¹ en trad op 1 januari 2016 in werking.³⁷² Zorgaanbieders kregen een jaar de tijd om hun klachtenregeling in overeenstemming te brengen met de eisen van de Wkkgz en om zich aan te sluiten bij een erkende geschilleninstantie.

Terzijde zij opgemerkt dat de Wkkgz niet uitsluit dat naast of in vervolg op een klachtenprocedure in het kader van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz), een patiënt een geschilleninstantie benadert, bijvoorbeeld om een schadevergoeding te verkrijgen die de Bopz-rechter hem niet kan toekennen. De rechter gaat immers niet over klachten over bejegening, algemene huisregels (bijvoorbeeld over computergebruik, roken, eten, slaap- en wektijden) of organisatorische kwesties. Dit zal onder de Wvvgz niet anders zijn, al zal de Wvvgz-klachtencommissie over meer soorten klachten mogen oordelen, waardoor de route van de Wkkgz waarschijnlijk minder vaak bewandeld zal worden. Ik merk voorts nog op dat bij de behandeling van de Wvvgz is opgemerkt dat de mogelijkheid wordt opengelaten dat klachtencommissies met geschilleninstanties (zie hierna bij geschilprocedure) integreren.³⁷³

6.3 De klachtprocedure

De klachtprocedure van de Wkkgz is vervat in de artikelen 13 tot en met 17 Wkkgz. Wat een klacht is, is niet in de Wkkgz zelf geformuleerd. Wel volgt uit de wetsgeschiedenis dat daaronder een 'uiting van onvrede' wordt verstaan en dat een klacht vergezeld kan gaan van een verzoek om schadevergoeding. Het bedrag dat in het kader van een schadevergoeding kan worden gevraagd en toegewezen, is ongelimiteerd.³⁷⁴ De klacht moet bovendien betrekking hebben op 'een gedraging jegens een cliënt in het kader van de zorgverlening', zo volgt uit artikel 14, eerste lid, Wkkgz. Bij een gedraging moet worden

³⁶⁴ Zie artikel 5, eerste lid, van het Reglement Geschillencommissie Zorginstellingen april 2013. Zie ook Geschillencommissie Ziekenhuizen 8 juli 1997, zaaknr. ZIN97-0013 en ZIN97-0009.

³⁶⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van Wet).

³⁶⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 7-17 (MvT) en Kamerstukken II 2010/11, 32402, nr. 6, p. 4-6 (Nota naar aanleiding van het verslag).

³⁶⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 12, 52-57, 58-62, 63-66 en 67-68 (MvT).

³⁶⁸ Kamerstukken II 2012/13, 32620, nr. 78 (Brief van de Minister van VWS).

³⁶⁹ Kamerstukken II 2012/13, 32620, nr. 78, p. 8 (Brief van de Minister van VWS); Kamerstukken I 2012/13, 32402, A (Brief van de Minister van VWS) en Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 11 (Brief van de Minister van VWS). Zie ook (inclusief opinie) J. Legemaate, 'Goed nieuws voor de patiëntenrechten!', *NJB afl. 10/2013*, p. 1.

³⁷⁰ Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 12 (Derde Nota van wijziging).

³⁷¹ Zie stemming Handelingen I 2015/16, nr. 3, item 3.

³⁷² Zie voor een nulmeting van de wet B.S. Laarman e.a., *Nulmeting Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz)*, Utrecht: NIVEL 2016.

³⁷³ Kamerstukken II 2015/16, 32399, nr. 25, p. 195 (Tweede Nota van wijziging).

³⁷⁴ In tegenstelling tot het bedrag dat bij de geschilleninstanties kan worden verzocht, zie ook B.S. Laarman en A.J. Akkermans, 'De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz', *TVP 2017*, nr. 3, p. 57-79.

gedacht aan een handelen of nalaten, maar de klacht kan ook betrekking hebben op het gebruik van een medische hulpzaak of geneesmiddel of op een organisatorisch probleem dat invloed heeft (gehad) op de zorgverlening aan de patiënt; de Wkkgz sluit dit niet uit.

De Wkkgz hanteert als uitgangspunt dat de zorgaanbieder in eerste instantie zelf reageert op een klacht van een patiënt (in de Wkkgz 'cliënt' genoemd), een nabestaande van een overleden patiënt of een vertegenwoordiger van de patiënt. In dat verband is de zorgaanbieder verplicht een schriftelijke regeling te treffen voor een effectieve en laagdrempelige opvang en afhandeling van hem betreffende klachten, zo volgt uit artikel 13, eerste lid, Wkkgz.³⁷⁵ De regeling moet worden vastgesteld in overeenstemming met een representatief te achten organisatie van cliënten, aldus artikel 13, tweede lid, Wkkgz. De zorgaanbieder is voorts verplicht een persoon aan te wijzen die een klager op diens verzoek gratis van advies dient met betrekking tot de indiening van een klacht en bijstaat bij het formuleren van de klacht en het onderzoeken van de mogelijkheden om tot een oplossing voor de klacht te komen. De onafhankelijkheid van deze persoon, vaak een klachtenfunctionaris of patiëntenvertrouwenspersoon, moet zijn gewaarborgd.³⁷⁶ De klacht moet zorgvuldig worden onderzocht en van het beloop dient de patiënt, diens nabestaande of diens vertegenwoordiger, op de hoogte te worden gehouden, aldus artikel 16, eerste en derde lid, Wkkgz. Van een zorgvuldig proces maakt deel uit dat patiënt en zorgaanbieder de gelegenheid wordt geboden hun standpunt mondeling naar voren te brengen.³⁷⁷ Het doel van behandeling van de klacht is het bereiken van een voor de klager en de zorgaanbieder bevredigende oplossing, zo volgt uit artikel 16, tweede lid, Wkkgz.

Terzijde zij opgemerkt dat een procedure ten overstaan van een klachtencommissie geen verplicht onderdeel van de klachtprocedure van de Wkkgz is en geen minimumeis om te mogen spreken van een zorgvuldige behandeling, hoewel een aantal zorginstellingen over een klachtencommissie beschikt die bijvoorbeeld een adviserende rol spelen. Het bestaan van klachtencommissies kan historisch worden verklaard: de Wet klachtrecht cliënten zorgsector stelde immers de eis dat zorgaanbieders een klachtenregeling hadden die erin voorzag dat klachten werden behandeld door een klachtencommissie.³⁷⁸

Wat de geestelijke gezondheidszorg betreft, wordt het bestaan van een klachtencommissie verklaard vanuit de verplichting van de Wet Bopz om over een klachtencommissie te beschikken. Deze klachtencommissies achten zich gezien de bestudeerde reglementen (doorgaans) bevoegd te oordelen over zowel Wkkgz-klachten als Bopz-klachten.³⁷⁹ De Wkkgz-klachten zijn die van algemene aard en betreffen bijvoorbeeld de bejegening, huisregels of organisatorische kwesties. De Bopz-klachten betreffen die zoals bij wet voorzien: een (gedwongen) opgenomen patiënt kan klagen over een verklaring van wilsonbekwaamheid, over het toepassen van een dwangbehandeling ter afwending van gevaar, het toepassen van middelen of maatregelen ter overbrugging van een tijdelijke noodsituatie, het niet uitvoeren van het behandelplan en/of vrijheidsbeperkingen. Van belang in het kader van dit onderzoek is nog dat deze klachtencommissies *zich niet bevoegd achten om te oordelen over vorderingen tot schadevergoeding*.

De zorgaanbieder moet vervolgens ingevolge artikel 17, eerste lid, Wkkgz, uiterlijk binnen zes weken een schriftelijk en gemotiveerd 'oordeel' over de klacht – en dus ook over een vordering tot schadevergoeding – geven, aangeven welke beslissingen over en naar aanleiding van de klacht

³⁷⁵ Er zijn verschillende modelklachtenregelingen in omloop, zie bijvoorbeeld de Modelklachtenregeling ziekenhuizen 1 november 2016.

³⁷⁶ Zie ook W.R. Kastelein, 'De Wkkgz is er: een nieuwe klachten- en claimregeling in de zorg!', *TvGR* 2016, nr. 2, p. 62-71. Zie voorts E. Pans, 'De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechtters gevraagd', *TVP* 2016, nr. 3, p. 64-70 over 'superklachtenfunctionarissen'. Zie voor kritiek op de term 'klachtenfunctionaris' B.S. Laarman en A.J. Akkermans, 'De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz', *TVP* 2017, nr. 3, p. 57-79.

³⁷⁷ Zie ook Geschillencommissie Zorg Algemeen 22 september 2017, ref.nr. 111803.

³⁷⁸ Wet van 29 mei 1995, *Stb.* 1995, 308. Deze procedure zag niet op het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen.

³⁷⁹ H.E.G.M. Hermans en M.A.J.M. Buijsen, *Recht en gezondheidszorg*, Amsterdam: Elsevier, tweede geheel herziene druk, 2010, p. 615. Zie voor een jurisprudentieoverzicht WKZ E.M. Weening, 'Jurisprudentieoverzicht Wet klachtrecht cliënten zorgsector', *TvGR* 2000, nr. 7 p. 440 e.v.

³⁸⁰ Zie bijvoorbeeld het Reglement Klachtencommissie patiënten Parnassia Groep, Reglement Klachtenbehandeling cliënten GGZ Oost Brabant, Reglement Reinier van Arkel, Klachtenregeling Cliënten GGZ Westelijk Noord-Brabant, Klachtenreglement patiënten/cliënten ggz centraal, Klachtenregeling GGZ Friesland. Zie ook S.M. Steen, 'Samenloop tussen de Wkkgz en de Wet Bopz: een verbetering voor klachtenbehandeling?', *TvGR* 2016, nr. 7, p. 419-430.

genomen zijn en binnen welke termijn maatregelen gerealiseerd zullen zijn. Deze termijn kan worden verlengd met vier weken, aldus artikel 17, tweede lid, Wkkgz.³⁸⁰

De Wkkgz spreekt van een oordeel van de zorgaanbieder en niet van de zorgverlener. Een zorgaanbieder is een instelling dan wel een solistisch werkende zorgverlener. Een instelling is gedefinieerd als een rechtspersoon die bedrijfsmatig zorg verleent, een organisatorisch verband van natuurlijke personen die bedrijfsmatig zorg verlenen of doen verlenen, alsmede een natuurlijke persoon die bedrijfsmatig zorg doet verlenen. Een solistisch werkende zorgverlener is een zorgverlener die, anders dan in dienst of onmiddellijk of middellijk in opdracht van een instelling beroepsmatig zorg verleent. Met andere woorden, op een arts in loondienst rusten bovenomschreven verplichtingen niet. In geval van een ziekenhuis zal daarom in beginsel de raad van bestuur een oordeel formuleren, met dien verstande dat de raad van bestuur zich kan laten vertegenwoordigen door anderen.³⁸¹ In geval van een maatschap (een verband van natuurlijke personen) zullen alle maten moeten reageren op de klacht en een oordeel moeten formuleren. In geval van een solistisch werkende zorgverlener doet zich de bijzonderheid voor dat deze *persoonlijk* een oordeel moet geven over tegen hem gericht klachten. Dit wordt in de literatuur als een probleem omschreven.³⁸² De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport zag het echter niet als een probleem.³⁸³ Zij lichtte toe dat het juist de bedoeling is dat de zorgaanbieder in een goed gesprek met de cliënt in een vroeg stadium beziet of en hoe hij de klacht kan oplossen. Dat moet leiden tot een oordeel van de zorgaanbieder over de klacht. Als hij de laagdrempelige aanpak van klachten goed aanpakt, dan kan de zorgaanbieder het overgrote deel van de eventuele klachten afronden met het oordeel dat in een gesprek tussen de cliënt en zorgverlener een aantal te benoemen punten zijn besproken en dat daarmee naar tevredenheid van de cliënt en de zorgverlener de klacht is afgehandeld. Ook wanneer er een meningsverschil blijft bestaan hoeven zorgaanbieders niet te krampachtig te doen over het geven van een oordeel over een klacht, maar kunnen volstaan met de constatering van het meningsverschil, aldus de minister. Ik kan het met haar eens zijn, en meen dat ook bij een klacht tegen een zorginstelling bij voorkeur de zorgverlener zelf met de patiënt in gesprek gaat.

In de wettekst zelf is niet uitgewerkt wat onder 'oordeel' moet worden verstaan. Uit de wetsgeschiedenis volgt echter meer duidelijkheid. Naast een wat formeel klinkende 'gegrond' of 'ongeground' verklaring van de klacht behoort ook een vaststelling dat partijen eruit zijn gekomen of dat zij een volgende procedurele stap nemen tot de mogelijkheden.³⁸⁴ Bovendien is in de wetsgeschiedenis beschreven dat binnen genoemde termijn niet per definitie een 'eindoordeel' hoeft te zijn gegeven, maar dat in overleg met de patiënt ook kan worden volstaan met een 'voorlopig' oordeel (bijvoorbeeld de gezamenlijke conclusie dat er meer tijd nodig is).³⁸⁵

6.4 De geschilprocedure

6.4.1 Wettelijke uitgangspunten

De geschilprocedure is vervat in de artikelen 18 tot en met 22 Wkkgz. Deze procedure is bedoeld voor de situatie waarin zorgaanbieder en patiënt (danwel diens nabestaande of vertegenwoordiger) geen bevredigende oplossing hebben kunnen bereiken in de (hiervoor beschreven) klachtprocedure, zo volgt uit artikel 21, eerste lid, onder b, Wkkgz.

³⁸⁰ Zie voor kritiek op de termijnen J.C.J. Dute, 'De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg: voortgang en achteruitgang', *TvGR* 2016, nr. 2, p. 51-52; W.R. Kastelein, 'De Wkkgz is er: een nieuwe klachten- en claimregeling in de zorg!', *TvGR* 2016, nr. 2, p. 62-71 en E. Pans, 'De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechters gevraagd', *TVP* 2016, nr. 3, p. 64-70.

³⁸¹ Zie in die zin ook B.S. Laarman en A.J. Akkermans, 'De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz', *TVP* 2017, nr. 3, p. 57-79.

³⁸² W.R. Kastelein, 'De Wkkgz is er: een nieuwe klachten- en claimregeling in de zorg!', *TvGR* 2016, nr. 2, p. 62-71 en E.M. Deen, 'De klachten- en geschillenregeling van de Wkkgz', *TLP* 2016, nr. 3, p. 26-31.

³⁸³ Kamerstukken I 2014/15, 32402, M, p. 13-14 (Nadere Memorie van Antwoord).

³⁸⁴ Standpunt Ministerie van VWS expertmeeting 4 maart 2014. Zie in die zin ook Kamerstukken I 2013/14, 32402, I, p. 38 (Brief van de Minister van VWS) en Handelingen I, 2015/16, 32402, nr. 2, item 8 (Verslag vergadering 29 september 2015). Zie hierover ook A.C. Hendriks, H.C.B. van der Meer en D.Y.A. van Meersbergen, 'Nieuwe kwaliteits- en klachtenwet voor gezondheidszorg', *NJB* 2016/71.

³⁸⁵ Kamerstukken I 2014/15, 32402, O (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 8 en Handelingen I, 2015/16, 32402, nr. 2, item 8 (Verslag vergadering 29 september 2015).

Een geschil kan vergezeld gaan van een vordering tot schadevergoeding en dient te worden voorgelegd aan een daartoe ingerichte, en door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport erkende, geschilleninstantie. Voorts volgt uit artikel 19, tweede lid, Wkkgz dat de geschilleninstantie moet zijn ingesteld door een of meer representatief te achten cliëntenorganisaties en door een of meer representatief te achten organisaties van zorgaanbieders.³⁸⁶ De voorschriften en eisen voor erkenning zijn nader uitgewerkt in de Uitvoeringsregeling Wkkgz.³⁸⁷ Aansluiting van de zorgaanbieder bij een geschilleninstantie is verplicht, zo volgt uit artikel 18 Wkkgz. Wat de geestelijke gezondheidszorg betreft, is een erkenning verleend aan de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg. De Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg behandelt klachten van cliënten tegen GGZ-zorgaanbieders die zijn aangesloten bij de vereniging Geestelijke Gezondheidszorg Nederland (GGZ Nederland). Herhaald zij dat het gaat om klachten van algemene aard en dat het voorleggen van Bopz-klachten zullen leiden tot een niet-ontvankelijkheid van de cliënt.

De geschilleninstantie heeft tot taak het aan haar voorgelegde geschil te beslechten, aldus artikel 19, eerste lid, Wkkgz. Iets wat opmerkelijk is dat, anders dan in artikel 14, eerste lid, Wkkgz dat ziet op de klachtprocedure, in dat verband bepaald is dat een geschil betrekking moet hebben op een *gedraging van de zorgaanbieder*. Het is dus de zorgaanbieder (bijvoorbeeld het ziekenhuis, de zorginstelling, de maatschap bestaande uit de maten x, y z) wier naam op het formulier prijkt waarmee het geschil wordt ingediend en wier naam op het verweer(schrift) zal staan. Feitelijk zal echter ook in het geval de zorgaanbieder een instelling is, het geschil zien op een gedraging van de *zorgverlener* in dienst van of werkzaam voor de instelling. Bij voorkeur is het verweerschrift dan ook opgesteld in samenspraak met de desbetreffende zorgverlener teneinde de feitelijke gang van zaken te schetsen en duidelijkheid te verschaffen, zo meen ik. Voorts is het mijns inziens wenselijk dat de zorgverlener om diezelfde reden op de zitting verschijnt alsook om zijn betrokkenheid te tonen.³⁸⁸

De geschilleninstantie dient haar werkzaamheden uit te oefenen op basis van een schriftelijke regeling, die waarborgt dat wordt voldaan aan de eisen van de Wkkgz, zo volgt uit artikel 19, derde lid, Wkkgz, evenals aan de eisen van de Uitvoeringsregeling Wkkgz. In de praktijk heeft die regeling de vorm van een reglement en soms een huishoudelijk reglement.³⁸⁹

De eisen van de Uitvoeringsregeling Wkkgz zijn uitgewerkt in artikel 6 Uitvoeringsregeling Wkkgz. Zo is in artikel 6, eerste lid, Uitvoeringsregeling Wkkgz bepaald dat het reglement in ieder geval regels bevat over a. de wijze waarop een geschil aanhangig wordt gemaakt, de termijn waarbinnen dit kan plaatsvinden en het bedrag dat daarbij dient te worden voldaan; b. de wijze waarop de wederpartij op de hoogte wordt gesteld van het aanhangig maken van het geschil en van de behandeling daarvan; c. de mogelijkheid voor alle betrokken partijen op voet van gelijkheid hun standpunt mondeling, elektronisch of schriftelijk, desgewenst met bijstand van derden, kenbaar te maken en kennis te nemen van alle standpunten en alle feiten die door de andere partij naar voren zijn gebracht en eventueel van de verklaringen van getuigen en deskundigen; d. de mogelijkheid om een deskundige een advies te laten uitbrengen; e. de mogelijkheid om getuigen en deskundigen te horen; f. de wijze waarop de besluitvorming in de geschilleninstantie plaatsvindt; g. de mogelijkheid om partijen in de kosten van de behandeling van een geschil te veroordelen en vaststelling van een hierbij geldend maximumbedrag en h. de vorm, inhoud en bekendmaking van de uitspraak waarbinnen deze wordt gedaan. Artikel 6, tweede lid, Uitvoeringsregeling Wkkgz ziet op de motivering van de uitspraak en het openbaar maken

³⁸⁶ Zie voor een toelichting op 'de representatieve cliëntenorganisatie' Kamerstukken I 2013/14, 32402, I, p. 52 (Brief van de Minister van VWS).

³⁸⁷ Erkenning geschiedt ingevolge de Regeling van de Minister van VWS van 8 december 2015, houdende bepalingen ter uitvoering van artikel 18, derde lid, van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg en artikel 5.1, tweede lid, van het Uitvoeringsbesluit Wkkgz (Uitvoeringsregeling Wkkgz), *Stcrt.* 2015, nr. 45940.

³⁸⁸ Zie ook Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 juli 2017, ref.nr. 110597.

³⁸⁹ Zie bijvoorbeeld de Geschilleninstantie Verloskunde.

ervan. In artikel 6, derde lid, Uitvoeringsregeling Wkkgz is geregeld dat in het reglement kan worden bepaald dat de geschilleninstantie bevoegd is een geschil niet in behandeling te nemen indien degene die het geschil aanhangig heeft gemaakt geen redelijk belang heeft en ingevolge artikel 6, vierde lid, Uitvoeringsregeling Wkkgz kan het reglement voor te onderscheiden categorieën van geschillen verschillende regels bevatten. Een voorlopige uitspraak behoort ook tot de mogelijkheden, evenals het beproeven van een minnelijke regeling, zo volgt uit artikel 6, vijfde lid en zesde lid, Uitvoeringsregeling Wkkgz.³⁹⁰ Uit artikel 6, zevende lid, Uitvoeringsregeling Wkkgz volgt dat het reglement regels ter zake van wraking van de leden van de geschilleninstantie moet bevatten.

Een erkende geschilleninstantie bestaat uit één lid – een meester in de rechten – of een oneven aantal leden, in welk geval de voorzitter meester in de rechten dient te zijn. Geen der bij het geschil betrokken partijen mag bij de samenstelling van de geschilleninstantie een bevoorrechte positie innemen, zo volgt tot slot uit artikel 7 Uitvoeringsregeling Wkkgz.

In april 2016 is voorts door een groot aantal veldpartijen een ‘Programma van Eisen’ opgesteld, waarin een aantal minimumstandaarden voor de inrichting van en behandeling van geschillen door de geschilleninstantie is opgenomen.³⁹¹ Het Programma van Eisen heeft tot doel te bevorderen dat (i) geschillen door geschilleninstanties landelijk uniform worden behandeld; (ii) de kwaliteit van de afdoening wordt gewaarborgd en (iii) de kosten van de behandeling van geschillen door geschilleninstanties redelijkerwijs voorzienbaar en aanvaardbaar zijn.³⁹² Het Programma van Eisen bevat daarmee een invulling van de in de Wkkgz gestelde eisen.

Hoewel, zoals beschreven, uitgangspunt is dat een geschilleninstantie als een soort hoger beroep instantie functioneert en de cliënt zijn klacht op straffe van niet-ontvankelijkheid eerst met de zorgaanbieder moet bespreken, is het van belang te benadrukken dat er twee omstandigheden zijn waaronder rechtstreekse toegang tot de geschilleninstantie mogelijk is. Dit betreft de situatie waarin is gehandeld in strijd met §1 Wkkgz (bijvoorbeeld door geen klachtenregeling vast te stellen of door te laat op de klacht te reageren) en de situatie waarin van de patiënt in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij onder de gegeven omstandigheden zijn klacht over een hem betreffende gedraging van de zorgaanbieder in het kader van de zorgverlening bij de zorgaanbieder indient, aldus artikel 21, eerste lid, onder a respectievelijk c, Wkkgz. In dat verband zij opgemerkt dat uit de toelichting volgt dat een beroep op de ‘c-grond’ alleen is toegestaan in uitzonderlijke situaties. Deze zogenoemde ‘hardheidsclausule’ is opgenomen ten behoeve van patiënten die in een zeer afhankelijke situatie verkeren en die bang zijn dat het voorleggen van hun klacht aan de zorgaanbieder mogelijk vervelende repercussies zal hebben.³⁹³ Het is aan de geschilleninstantie zelf om te beoordelen of daarvan sprake is. Een voorbeeld is een situatie waarin sprake is geweest van seksuele intimidatie.³⁹⁴

De geschilleninstantie kan vervolgens binnen een termijn van uiterlijk zes maanden na het voorleggen van het geschil (of zoveel korter indien dat is aangewezen gelet op de aard van het geschil en de daarbij betrokken belangen) bij *bindend advies* elke redelijk en billijk te achten beslissing nemen ter beëindiging van het geschil, met dien verstande dat het wel moet gaan om ‘rechtsgevolgen die ter vrije beschikking van partijen staan’. Bindende adviezen worden wel onderscheiden in een *eigenlijk of zuiver bindend advies* houdende een oordeel waarmee een einde wordt gemaakt aan een onzekere situatie en een *oneigenlijk of onzuiver bindend advies* waarmee een of meer geschillen worden beslecht (vergelijkbaar

³⁹⁰ Wat een voorlopige uitspraak precies inhoudt, is niet verduidelijkt, zie ook E.M. Deen, ‘De klachten- en geschillenregeling van de Wkkgz’, *TLP* 2016, nr. 3, p. 26-31.

³⁹¹ Zie ook E. Pans, ‘De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechters gevraagd’, *TVP* 2016, nr. 3, p. 64-70 en G. de Groot, ‘Kaderstellend programma van eisen Wkkgz-geschilleninstanties’, *TVP* 2016, nr. 3, p. 53-63.

³⁹² Zie Programma van Eisen onder b.

³⁹³ Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 133 (MvT).

³⁹⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32402, nr. 3, p. 56 (MvT). Zie ook Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 12, p. 29 (Derde Nota van wijziging).

met een vonnis van een rechter). Dit laatste is het geval bij de geschilleninstantie van de Wkkgz. Een bindend advies geldt tussen partijen als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW. De geschilleninstantie kan bovendien een vergoeding toekennen tot in elk geval € 25.000,- (en partijen kunnen dus een hoger bedrag overeenkomen).³⁹⁵ Een en ander volgt uit de artikelen 20 en 22, eerste lid, Wkkgz.

In aanvulling daarop wordt opgemerkt dat met de aansluiting van de zorgaanbieder bij een erkende geschilleninstantie en met het voorleggen van een geschil aan de geschilleninstantie zowel de zorgaanbieder als de patiënt te kennen geeft te streven naar een finale beslechting van hun geschil. Die overeenstemming geldt tussen partijen als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW, zoals werd opgemerkt.

Veelal wordt een ge- of ongegrondverklaring van de klacht uitgesproken (en in die zin lijkt de term 'advies' niet passend). De geschilleninstantie kan ook tot een ander oordeel komen. Gedoeld wordt op de niet-ontvankelijkheid van de klager in diens klacht of de onbevoegdheid van de geschilleninstantie. Een niet-ontvankelijkheid volgt als de klacht niet ziet op de zorgverlening, de klacht ten onrechte niet eerst aan de zorgaanbieder is voorgelegd, het griffierecht niet is betaald, de klager geen redelijk belang heeft bij een bindend advies of de klacht louter ziet op de betaling van een factuur. Een niet-ontvankelijkheid volgt ook als een cliënt een Bopz-klacht indient bij de geschilleninstantie, omdat alleen de rechter bevoegd is daarover te oordelen. De geschilleninstantie moet een en ander ambtshalve beoordelen.

De geschilleninstantie moet mijns inziens ambtshalve haar onbevoegdheid aankondigen als er reeds over hetzelfde geschil een procedure bij de burgerlijk rechter aanhangig is, een andere instantie over hetzelfde geschil een bindend advies heeft gegeven of er sprake is van een te hoge vordering – dat wil zeggen hoger dan € 25.000,- terwijl er geen overeenkomst of mogelijkheid is om een geschil dat een hogere financiële waarde vertegenwoordigt te beslechten – en de klager zijn vordering niet wenst te beperken. Een en ander volgt niet uit de Wkkgz zelf, maar uit de reglementen van de geschilleninstanties, waar overigens de door mij zojuist aangeduide redenen voor onbevoegdheid van de geschilleninstantie onder de niet-ontvankelijkheid worden geschaard, dan wel wordt gesproken over 'het niet in behandeling nemen van het geschil'.³⁹⁶ Met dat laatste wordt wellicht de onbevoegdheid bedoeld.

Uit artikel 22, derde lid, Wkkgz volgt tot slot dat de uitspraak, het bindend advies, openbaar moet worden gemaakt.³⁹⁷ Anders dan een vonnis van een rechter levert een bindend advies geen executoriale titel op. Het niet nakomen van bindend advies is echter wel een tekortkoming (artikel 6:74 BW).

Twijfelt een van beide partijen of twijfelen ze beide aan de zorgvuldigheid of juistheid van het bindend advies, dan bestaat de mogelijkheid om het bindend advies door de rechter te laten vernietigen.³⁹⁸ Dit volgt uit artikel 7:904, eerste lid, BW, in welk artikel is bepaald dat indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou

³⁹⁵ Zie uitvoeriger E. Pans, 'De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechters gevraagd', TVP 2016, nr. 3, p. 64-70.

³⁹⁶ Zie bijvoorbeeld Reglement van de Geschillencommissie Ziekenhuizen, artikel 5 en 6, Reglement van de Geschillencommissie Zorg Algemeen, artikel 5 en 6, Reglement van de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg, artikel 5 en 6 en Reglement van de Geschillencommissie Huisartsen, artikel 7.

³⁹⁷ Maar niet tot de persoon herleidbaar, zie Kamerstukken I 2014/15, 32402, M, p. 17 en Kamerstukken I 2014/15, 32402, O, p. 8 (Nota naar aanleiding van het verslag). De zorgaanbieder mag echter wel met naam en toenaam worden genoemd, zolang hij geen solist is, zie Handelingen I 2015/16, nr. 2, item 8, p. 36 (Verslag van de vergadering van 29 september 2015).

³⁹⁸ Zie voor een voorbeeld Gerechtshof Den Haag 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2841 (hoger beroep verzoek tot vernietiging bindend advies Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg).

zijn, die beslissing vernietigbaar is. Indien de beslissing van een partij of een derde vernietigd wordt, nietig blijkt of niet binnen een aan die partij of derde daartoe te stellen redelijke termijn wordt verkregen, kan de rechter een beslissing geven, tenzij uit de overeenkomst of de aard van de beslissing voortvloeit dat zij op andere wijze moet worden vervangen, aldus artikel 7:904, tweede lid, BW. Een bindend advies is dus vernietigbaar indien gebondenheid daaraan, *in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan*, in de gegeven omstandigheden naar normen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het tweede lid regelt de gevolgen van het daardoor ontbreken van een (geldige) beslissing.³⁹⁹

De maatstaf 'onaanvaardbaar' betekent dat de rechter terughoudend moet zijn. Er is sprake van een marginale toetsing.⁴⁰⁰ De maatstaf 'onaanvaardbaar' betekent ook dat alleen ernstige gebreken in de beslissing tot vernietigbaarheid kunnen leiden. 'Ernstig gebrekkig' is bijvoorbeeld de beslissing die in strijd is met dwingend recht én met de goede zeden of de openbare orde.⁴⁰¹ Ook een schending van de fundamentele eisen van een goede en behoorlijke procesorde (zoals de beginselen van hoor en wederhoor,⁴⁰² motivering, en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een bindend adviseur⁴⁰³) leiden doorgaans tot vernietiging van het bindend advies. Dit betekent *onder meer* dat a. partijen in de gelegenheid moeten zijn gesteld hun standpunt kenbaar te maken; b. de gegevens waarop het advies berust ter kennis van partijen moeten zijn gebracht; c. de beslissing op deugdelijk onderzoek moet zijn gebaseerd; en d. de beslissing voldoende gemotiveerd moet zijn.⁴⁰⁴ Bij de beantwoording van de vraag of een partij haar wederpartij aan een bindend advies mag houden indien bij de totstandkoming daarvan procedurele fouten zijn gemaakt, is mede van belang of, en zo ja in welke mate, door het gebrek *nadeel* aan de wederpartij is toegebracht.⁴⁰⁵ Een gebrek in de procedure kan dus alleen tot vernietiging leiden indien de beslissing daardoor nadelig voor de belanghebbende is uitgevallen. Een motiveringsgebrek kan bijvoorbeeld nog worden gerepareerd indien alsnog voldoende inzicht wordt gegeven in de wijze waarop de bindend adviseurs tot hun bevindingen zijn gekomen of een toelichting geven.⁴⁰⁶ Ook de omstandigheid dat geen reële bezwaren tegen de beslissing zijn ingebracht, mag de rechter in zijn oordeel betrekken.⁴⁰⁷

6.4.2 Stelplicht- en bewijslast(verdeling) in de geschilprocedure?

De geschilleninstantie kan bij bindend advies elke redelijk en billijk te achten beslissing nemen ter beëindiging van het geschil. De geschilleninstantie kan bovendien een vergoeding toekennen tot in elk geval € 25.000,-.⁴⁰⁸ Een en ander impliceert de noodzaak van een onderzoek naar de normschending door de zorgaanbieder, het *condicio sine qua non*-verband en de omvang van de schade.⁴⁰⁹ Als in een zaak niet aanstonds vaststaat of de zorgaanbieder of de voor hem werkzame zorgverlener een norm heeft geschonden en zo ja, of er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de normschending en de schade van de patiënt en wat de omvang van de schade is, brengt dit de vraag met zich of een geschilleninstantie regels van bewijs(lastverdeling) moet hanteren en zo ja, welke regels.⁴¹⁰

³⁹⁹ Deze bepaling is ingevolge artikel 7:906 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing indien aan een der partijen bij een rechtsverhouding of aan een derde de bevoegdheid is gegeven de regeling van die rechtsverhouding aan te vullen of te wijzigen.

⁴⁰⁰ HR 18 juni 1993, NJ 1993, 615; HR 14 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ0513, NJ 2004, 138 en HR 12 september 1997, NJ 1998, 382.

⁴⁰¹ HR 12 september 1997, NJ 1998, 382.

⁴⁰² HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK3585. Zie ook HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5081 over het vereiste van hoor en wederhoor bij het inschakelen van een deskundige.

⁴⁰³ Zie voor een geval van niet-onpartijdigheid en niet-onafhankelijkheid van een bindend adviseur HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK1548.

⁴⁰⁴ Toelichting Meijers, p. 1147.

⁴⁰⁵ HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, met nt. H.J. Snijders en HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114.

⁴⁰⁶ HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, met nt. H.J. Snijders.

⁴⁰⁷ HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, met nt. H.J. Snijders.

⁴⁰⁸ Zie uitvoeriger E. Pans, 'De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechters gevraagd', TVP 2016, nr. 3, p. 64-70.

⁴⁰⁹ Zie over die drie aspecten R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, tweede druk, 2017, hoofdstukken 4, 6 en 7.

⁴¹⁰ Zie daarvoor ook A.J.J.G. Schijns en Chr.H. van Dijk, Bindt het bewijsrecht de bindend adviseur in verzekeringsrechtelijke geschillen?, Bundel Onderzoekscentrum Onderneming en Recht 2014, p. 251-283.

Ter beantwoording van die vraag wordt opnieuw vooropgesteld dat in het kader van een gerechtelijke procedure ten overstaan van de burgerlijke rechter het formele bewijsrecht geldt zoals vervat in Boek 1, titel 2, afdeling 9, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). In samenhang gelezen met het materiële (bewijs)recht komt het erop neer dat de patiënt – zoals reeds beschreven bij de analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht onder 4 – een tekortkoming van de zorgaanbieder moet stellen en, bij betwisting, moet bewijzen. Komen de tekortkoming en de toerekening ervan vast te staan, dan is het voorts aan de patiënt om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de tekortkoming en de schade en wat de omvang van de schade is. Is de grondslag de onrechtmatige daad, dan dient de patiënt zowel de onrechtmatigheid van het handelen als de toerekenbaarheid ervan te stellen en, bij betwisting, te bewijzen. Het is ook dan aan de patiënt om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de tekortkoming en de schade en wat de omvang van de schade is. Het is voorts steeds aan de zorgaanbieder om een bevrijdend verweer aan te voeren en dat, bij betwisting, te bewijzen (een rechtvaardigingsgrond bijvoorbeeld, maar dat komt in de meeste ‘gewone’ zaken niet voor).

Gezien het karakter van de bindend adviesprocedure die juist in het leven is geroepen om op een (meer) informele, laagdrempelige en efficiënte wijze een einde te maken aan een geschil én het ontbreken van een wettelijke regeling (anders dan die van de vaststellingsovereenkomst) te dien aanzien kan echter niet worden gezegd dat het formele bewijsrecht van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering onverkort van toepassing is.⁴¹¹ Dit geldt ook voor het materiële bewijsrecht zoals dat volgt uit artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:75 BW of artikel 6:162 BW. Het is daarmee enerzijds aan de geschilleninstanties zelf om te bepalen hoe de bewijslast wordt verdeeld en of en in welke mate aan partijen wordt toegestaan bewijs te leveren, waarbij de toepasselijke reglementen leidend zullen zijn. Anderzijds kan die vrijheid worden beperkt door de eis dat het resultaat in burgerrechtelijke zin voldoende moet zijn geborgd. In die zin lijkt aansluiting bij de gerechtelijke regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering voor de hand te liggen. Uit de bestudering van de reglementen van een aantal geschilleninstanties, waaronder die van de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg, volgt dat dat ook het geval is. Zo is bepaald dat het de patiënt en de zorgaanbieder is toegestaan getuigen of deskundigen mee te nemen en te doen horen, tenzij een goede procesorde zich daartegen verzet.⁴¹² Regels over de bewijslastverdeling zijn er niet, maar wel is bepaald dat beslist wordt ‘op grond van het Nederlands recht’,⁴¹³ ‘met inachtneming van de regels van het recht’,⁴¹⁴ of ‘op basis van de van toepassing zijnde Nederlandse wet- en regelgeving’, waaruit mijns inziens mag worden afgeleid dat de geschilleninstanties zich gebonden achten aan de gerechtelijke regels van bewijslastverdeling.⁴¹⁵ Die gebondenheid volgt ook uit bestudeerde uitspraken van geschilleninstanties; het is doorgaans aan de patiënt om aan te tonen dat er sprake is van een tekortkoming, een *condicio sine qua non*-verband en schade.

Voor een voorbeeld in het kader van de geestelijke gezondheidszorg wordt gewezen op een uitspraak van de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg inzake een verwijzing naar een andere locatie.⁴¹⁶ De zorginstelling had bij de verwijzing van klagster naar een andere locatie op de hoogte moeten zijn van de wachtlijst van die nieuwe locatie en had klagster daarover moeten informeren. Uiteindelijk heeft het na de verwijzing ruim vijf maanden geduurd

⁴¹¹ Zie voor die conclusie ook A.J.J.G. Schijns en Chr.H. van Dijk, Bindt het bewijsrecht de bindend adviseur in verzekeringsrechtelijke geschillen?, *Bundel Onderzoekscentrum Onderneming en Recht* 2014, p. 258.

⁴¹² Zie Reglement Geschillencommissie Ziekenhuizen, artikel 14, tweede lid, Reglement Geschillencommissie Zorg Algemeen, artikel 14, tweede lid, Reglement Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg, artikel 14, tweede lid, en Geschillencommissie Huisartsenzorg, artikel 9, vijfde lid.

⁴¹³ Zie Reglement Geschillencommissie Ziekenhuizen, artikel 17, eerste lid.

⁴¹⁴ Zie Reglement Geschillencommissie Zorg Algemeen, artikel 16, eerste lid en Reglement Geschillencommissie. Geestelijke Gezondheidszorg, artikel 16, eerste lid.

⁴¹⁵ Zie voor dezelfde conclusie A.J.J.G. Schijns en Chr.H. van Dijk, Bindt het bewijsrecht de bindend adviseur in verzekeringsrechtelijke geschillen?, *Bundel Onderzoekscentrum Onderneming en Recht* 2014, p. 264-265. De auteurs wijzen in dat verband op de kort geding procedure.

⁴¹⁶ Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 6 juni 2018, ref.nr. 115576, GZR 2018-0355.

voordat de intake op de nieuwe locatie heeft plaatsgevonden en ruim acht maanden voordat met de behandeling kon worden gestart. Hiermee werd de maximaal aanvaardbare wachttijd overschreden en de conclusie luidde dan ook dat de zorg die klagster nodig had niet tijdig is verleend. Het verzoek van klagster om schadevergoeding werd evenwel afgewezen, omdat klagster niet had aangetoond dat sprake was van een causaal verband tussen het niet tijdig verlenen van de zorg en het niet afronden van haar studie, dan wel het zich ziek melden op het werk.

Een ander voorbeeld ziet op een (mogelijk) onterecht ontslag uit de instelling voor geestelijke gezondheidszorg.⁴¹⁷ Klagster stelde dat zij ten onrechte na een week ontslagen was; de gestelde behandeldoelen waren nog niet behaald. De Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg oordeelde dat zij niet kon vaststellen of toetsing had plaatsgevonden en of deze zorgvuldig was geweest. Geoordeeld werd dat de zorginstelling niet aan haar zorgplicht had voldaan. De geschillencommissie verklaarde de klacht gegrond. De verlangde schadevergoeding werd echter afgewezen; het causaal verband tussen de schade en het handelen van de zorginstelling was door klagster in onvoldoende mate aangetoond.

Wat wel opvalt is het gebruik van de term 'aannemelijkheid' door een aantal geschilleninstanties in dat verband;⁴¹⁸ dit lijkt erop te duiden dat de geschilleninstanties een lichtere toets hanteren dan in een gerechtelijke procedure gebruikelijk is.⁴¹⁹ In een gerechtelijke procedure wordt een gestelde tekortkoming 'vastgesteld' of 'gezien het bewijs aangenomen' en is voor een *condicio sine qua non*-verband 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid' van dat verband vereist. De lichtere toets is een keuze die aanvaardbaar is of wordt geacht gezien de aard en het doel van de geschilprocedure. Overigens zij opgemerkt dat de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg de term aannemelijkheid soms wel, maar niet altijd gebruikt.⁴²⁰

Met het voorgaande is nog niet de vraag beantwoord of met 'op grond van het Nederlands recht', 'met inachtneming van de regels van het recht', en 'op basis van de van toepassing zijnde Nederlandse wet- en regelgeving' ook onverkort aan de (teneinde bewijsproblemen te 'tackelen') in de jurisprudentie ontwikkelde omkeringsregel, de leer van de proportionele aansprakelijkheid en die van het verlies van een kans toepassing moet worden gegeven.

Voor een 'ja' pleit dat de rechtspraak een kernbron van het recht is en dat genoemde regels veelvuldig worden toegepast door de Nederlandse civiele rechter, juist ook in kwesties waarin het handelen van

⁴¹⁷ Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 29 maart 2018, ref.nr. 112797, GZR 2018-0396.

⁴¹⁸ Zie bijvoorbeeld Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 juli 2017, ref.nr. 110597; Geschillencommissie Ziekenhuizen 13 november 2017, ref.nr. 109457; Geschillencommissie Ziekenhuizen 17 mei 2017, ref.nr. 109252; Geschillencommissie Ziekenhuizen 6 juli 2017, ref.nr. 109246; Geschillencommissie Zorg Algemeen 28 november 2017, ref.nr. 111246; Geschillencommissie Zorg Algemeen 22 september 2017, ref.nr. 111803; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 14 februari 2017, ref.nr. 104287; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 14 februari 2017, ref.nr. 106635; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg datum onbekend, ref.nr. 107818; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 5 april 2017, ref.nr. 108053; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 23 augustus 2017, ref.nr. 110970; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 20 oktober 2017, ref.nr. 112146; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 13 juni 2018, ref.nr. 115516; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 13 juli 2018, ref.nr. 116152; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 6 september 2018, ref.nr. 118258; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 25 oktober 2018, ref.nr. 118729; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 25 januari 2018, ref.nr. 113683; GZR 2018-0180, Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 29 maart 2018, ref.nr. 122094, GZR 2018-0313; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 12 juli 2018, ref.nr. 116899, GZR 2018-0484 en Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 4 oktober 2018, ref.nr. 117657, GZR 2019-0058.

⁴¹⁹ Vergelijk in die zin de voor inwerkingtreding van de Wkkgz bestaande Geschillencommissie Zorginstellingen. Zie voor een uitvoerige analyse van de werkwijze van de Geschillencommissie Zorginstellingen tegen de achtergrond van uitspraken over de periode 1996-2013 L.H.M.J. van de Laar en J.C.J. Dute, 'De afhandeling van schadeclaims door de Geschillencommissie Zorginstellingen', *TvGR* 2014, nr. 6, p. 438-450. De Geschillencommissie Zorginstellingen oordeelde over de vordering naar redelijkheid en billijkheid binnen het kader van de door de patiënt geuite klacht(en) en legde een 'lichtere' toets aan.

⁴²⁰ Niet: Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 12 september 2017, ref.nr. 107831, GZR 2018-0042; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 11 april 2017, ref.nr. 108517; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 6 juni 2017, ref.nr. 109114; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 19 juli 2017, ref.nr. 109754; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 11 augustus 2017, ref.nr. 111116; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 7 februari 2018, ref.nr. 111954; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 12 oktober 2017, ref.nr. 112338; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 29 maart 2018, ref.nr. 112797; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 6 juni 2018, ref.nr. 115576; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 5 december 2018, ref.nr. 119541; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 14 januari 2019, ref.nr. 120056; Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 7 februari 2018, ref.nr. 112830, GZR 2018-0158.

een zorgaanbieder centraal staat.⁴²¹ In de omstandigheid dat deze leerstukken voor enkele geschilleninstanties mogelijk (nog) onbekend zijn of als complex worden ervaren, zie ik geen belemmering. Willen geschilleninstanties zorgvuldig recht doen en een goed alternatief zijn voor een procedure ten overstaan van de civiele rechter – zoals ook overigens met de regeling van de Wkkgz is beoogd –, dan mag mijns inziens van ze worden verlangd dat een en ander tot hun kennis en capaciteiten behoort.

Voor een 'nee' pleit dat voor toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans doorgaans voorlichting door een deskundige vereist zal zijn over de onderliggende kansen. Het inschakelen van een deskundige brengt tijd en kosten met zich. Bovendien gaat reeds het inschakelen van een deskundige doorgaans gepaard met discussies over de persoon en de te stellen vragen en is het niet uitgesloten dat een deskundige geen uitspraak kan doen over mogelijke kansen. Een en ander staat op gespannen voet met de gedachte van de Wkkgz en de geschilprocedure: het moet efficiënt en laagdrempelig.

Gezien het ontbreken van een belangenbehartiger in de meeste zaken ligt het overigens niet voor de hand dat de leerstukken (veelvuldig) aan de orde zullen komen. In geen van de door mij bestudeerde uitspraken is van toepassing gebleken. Overigens is ook gebleken dat de afwezigheid van een causaal verband meer dan eens reden is om een verzoek tot schadevergoeding af te wijzen.

Voor een voorbeeld wordt gewezen op een bindend advies van de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg ter zake van een ontslag van een patiënte na een opname van een week.⁴²² De commissie oordeelde dat de zorginstelling niet had gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam hulpverlener verwacht mocht worden en dat sprake was van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de zorginstelling. Ten aanzien van de gewenste schadevergoeding overwoog de commissie het volgende: "De commissie is van oordeel dat het causaal verband tussen de door klaagster genoemde schade en het handelen van de zorgaanbieder onvoldoende is aangetoond. Zo dit verband al aanwezig kan worden geacht, dan geldt bovendien dat de gestelde (gevolg)schade op geen enkele wijze is onderbouwd. De verlangde schadevergoeding zal daarom worden afgewezen."

Voor een ander voorbeeld worden gewezen op een bindend advies van de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg waarin de commissie oordeelde dat de patiënte niet tijdig en juist was geïnformeerd over het niet kunnen hanteren van de maximaal aanvaardbare wachttermijnen.⁴²³ Over de schadevergoeding werd als volgt overwogen: "Ten slotte dient de commissie zich uit te spreken of de cliënt hierdoor schade heeft geleden. De commissie is van oordeel dat daarvan geen sprake is, nu geen causaal verband is aangetoond tussen de niet tijdige verlening van de zorg en het niet afronden van de studie dan wel het zich ziek melden op het werk door klaagster. Ook indien de zorg wel tijdig zou zijn verleend dan wil dit immers, zonder nadere onderbouwing – die ontbreekt – niet zeggen dat klaagster tijdig haar studie zou hebben afgerond of zich niet of in mindere mate zou hebben ziek gemeld op haar werk."

Een derde voorbeeld betreft een bindend advies van de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg inzake een wijziging van diagnose waarover de patiënt in kwestie onvoldoende was geïnformeerd.⁴²⁴ Over de schadevergoeding overwoog de commissie als volgt: "Hoewel de klacht van cliënt ten dele gegrond zal worden verklaard, ziet de commissie geen aanleiding om aan cliënt ten laste van de zorginstelling een vergoeding toe te kennen. Daartoe wordt overwogen dat niet is gebleken van enig causaal verband tussen de wijze waarop de behandeling heeft plaatsgevonden en de door cliënt gestelde inkomstenderving. De commissie betreft bij dit oordeel dat de zorginstelling ter zitting onweersproken heeft gesteld dat cliënt al sinds 1998 geen inkomen meer heeft gehad uit een (vaste) dienstbetrekking."

⁴²¹ Zie voor dezelfde conclusie A.J.J.G. Schijns en Chr.H. van Dijk, Bindt het bewijsrecht de bindend adviseur in verzekeringsrechtelijke geschillen?, *Bundel Onderzoekscentrum Onderneming en Recht* 2014, p. 266.

⁴²² Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 29 maart 2018, ref.nr. 112797.

⁴²³ Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 6 juni 2018, ref.nr. 115576.

⁴²⁴ Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 13 juli 2018, ref.nr. 116152. Zie voorts nog Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 7 februari 2018, ref.nr. 112830, GZR 2018-0158 en Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 29 maart 2018, ref.nr. 122094, GZR 2018-0313.

In een aantal gevallen is een schadevergoeding toegekend en wordt de schade 'naar redelijkheid en billijkheid' begroot en/of aan de hand van het schadevergoedingsrecht, artikel 6:95 BW e.v. Bij de beoordeling van een vergoeding van ander nadeel wordt enerzijds vastgehouden aan artikel 6:106, aanhef en onder b, van het Burgerlijk Wetboek (BW); voor een vergoeding ter zake van een aantasting in de persoon is slechts plaats als de schending ernstig is. Anderzijds blijkt een vergoeding ook mogelijk als *aannemelijk* is dat de patiënt *meer dan een gemiddeld persoon psychisch heeft geleden*, wat duidt op een ruime interpretatie van ander nadeel dat voor een vergoeding in aanmerking kan komen.

Zie in dat verband – zij het in de vorm van een afwijzing – een bindend advies inzake de schending van het beroepsgeheim, privacy van de patiënt.⁴²⁵ Over de schadevergoeding overwoog de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg als volgt: "Naar het oordeel van de commissie dient bij de beoordeling van een vordering tot vergoeding van immateriële schade aansluiting gezocht te worden bij de desbetreffende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (BW). Artikel 6:106 lid 1 sub b BW bepaalt dat immateriële schade onder meer voor vergoeding in aanmerking kan komen indien een benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. De commissie begrijpt dat de cliënt het oog heeft op de laatstgenoemde categorie: hij voelt zich in zijn persoon aangetast.

De commissie stelt voorop dat de wetgever de lat voor toekenning van immateriële schadevergoeding hoog heeft willen leggen. Uit de Parlementaire Geschiedenis met betrekking tot genoemd artikellid blijkt dat met de toekenning van immateriële schadevergoeding terughoudendheid moet worden betracht, zowel voor wat betreft de vraag of sprake is van een aantasting in de persoon als de omvang van het toe te wijzen bedrag. Bij aantasting in de persoon moet er sprake zijn van geestelijk letsel, waarmee wordt bedoeld een in de psychiatrie erkende ernstige ziekte, die objectief is of kan worden vastgesteld. Daarvoor is niet voldoende dat sprake is van meer of minder sterk psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen. Daarnaast is in de Nederlandse overheidsrechtspraak een aantal malen uitgemaakt dat een ernstige schending van fundamentele persoonlijkheidsrechten, zoals het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, gelet op de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen voor de benadeelde, een aantasting in de persoon op andere wijze kan opleveren, zonder dat de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Deze uitspraken liggen in de lijn met de eerder genoemde Parlementaire Geschiedenis, waarin als voorbeeld van een dergelijk fundamenteel recht, het recht op privacy is genoemd.

Het is de commissie niet gebleken dat de cliënt als gevolg van de door hem aan de zorgaanbieder verweten gedragingen een in de psychiatrie erkende ziekte heeft opgelopen, die objectief is of kan worden vastgesteld. Het had op de weg van de cliënt gelegen daartoe voldoende concrete gegevens aan te voeren en deze met een verklaring van een psychiater of psycholoog te onderbouwen. De cliënt heeft dat niet gedaan. Dat de receptioniste van de zorgaanbieder inzage heeft genomen in het patiëntendossier van de cliënt en daarmee een inbreuk heeft gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de cliënt, acht de commissie niet aannemelijk geworden. De cliënt heeft de betreffende klacht alleen onderbouwd met de stelling dat hij aan de blik van de receptioniste heeft gezien dat zij in zijn dossier heeft gekeken. De commissie acht het – objectief gezien – niet aannemelijk dat de gezichtsuitdrukking van de receptioniste zou kunnen verklaren dat zij het dossier van de cliënt heeft ingezien. Bovendien heeft de zorgaanbieder betwist dat de receptioniste het dossier van de cliënt heeft ingezien. Een en ander betekent dat de commissie geen grond ziet om aan de cliënt een immateriële schadevergoeding toe te kennen en daarom zal de desbetreffende vordering van de cliënt worden afgewezen."

Zie in dat verband voorts een bindend advies van de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg inzake gebrekkige communicatie jegens een patiënte.⁴²⁶ Over de gevorderde schadevergoeding werd als volgt overwogen: "Ten slotte dient de commissie zich uit te spreken of de cliënt hierdoor schade heeft geleden en of die schade voor vergoeding in aanmerking komt.

Het gevorderde bedrag aan materiële schade, € 341,60, acht de commissie niet voor toewijzing vatbaar, omdat de gevorderde kosten verband houden met de intakeprocedure en dergelijke kosten voor rekening komen van de cliënt.

Ten aanzien van de gevorderde immateriële schadevergoeding geldt het volgende. Het toekennen van een vergoeding is mogelijk indien er geestelijk letsel is dat kan worden aangemerkt als een aantasting van de persoon. De commissie acht voldoende aannemelijk dat de cliënt gezien zijn ziektebeeld méér dan een gemiddeld persoon psychisch heeft geleden onder de gebrekkige communicatie en de daaruit voortvloeiende onzekerheid omtrent zijn behandeling. Daarnaast heeft stress bij de cliënt tot meer pijnklachten geleid. Aldus ligt een vergoeding van immateriële schade in de rede. De commissie acht evenwel niet het gehele gevorderde bedrag van € 4.658,40 voor toewijzing vatbaar, maar zal naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid het bedrag vaststellen op € 500,-."

⁴²⁵ Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 11 augustus 2017, ref.nr. 111116.

⁴²⁶ Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 12 september 2017, ref.nr. 107831, GZR 2018-0042.

Een voorbeeld van een vergoeding van een concreet bedrag kan worden ontleend aan een bindend advies van de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg waarin een klacht over het handelen bij een crisissituatie gegrond werd geacht, omdat achteraf bezien van een crisissituatie geen sprake was.⁴²⁷ De cliënt kon volgens de commissie aanspraak maken op vergoeding van het onnodige consult ad € 671,16.

6.5 Beschouwing

In dit deel is de compensatiemogelijkheid van de Wkkgz onderzocht. De procedure die daarmee gemoeid is bestaat uit een klachtenprocedure en een procedure ten overstaan van een onafhankelijke geschilleninstantie. In beide procedures kan een vergoeding worden gevraagd met dien verstande dat geschilleninstanties zich slechts bevoegd achten te oordelen over een vordering tot maximaal een bedrag van € 25.000,- en afstand moet zijn gedaan van het meerdere.

Een procedure ten overstaan van een klachtencommissie is geen verplicht element al valt op dat juist in de geestelijke gezondheidszorg de klachtencommissies een functie hebben behouden; zij beoordelen de gegrondheid van de Wkkgz-klacht (bejegening, huisregels en organisatorische aangelegenheden). Een verklaring voor het bestaan van de klachtencommissies in juist deze categorie van zorg is mijns inziens gelegen in het feit dat het ook *klachtencommissies* zijn die onder de Wet Bopz een functie hebben, het beoordelen van klachten inzake – kort gezegd – dwangtoepassing door het psychiatrisch ziekenhuis. Deze thans nog ter plaatste van de zorgaanbieder functionerende klachtencommissies achten zich bevoegd te oordelen over zowel Bopz- als Wkkgz-klachten. Uit de reglementen blijkt echter dat deze klachtencommissies zich niet bevoegd achten een oordeel te geven over geleden schade.

In een procedure ten overstaan van de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg is voor een schadevergoeding van maximaal € 25.000,- vereist dat de patiënt aannemelijk maakt dat de hulpverlener een norm heeft geschonden én dat de schade van de patiënt daarvan het gevolg is. Hoewel het bewijsrecht van Boek 1, titel 2, afdeling 9, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet onverkort van toepassing is, wordt dus wel aanknopingspunt gezocht bij de uitgangspunten van het civiele bewijsrecht, maar legt de geschillencommissie een lichtere toets aan door de *aannemelijkheid* van een normschending, een causaal verband en schade voldoende te achten voor een toewijzing van een schadevergoeding. Leerstukken als de omkeringsregel, de proportionele aansprakelijkheid en de verloren kans worden niet toegepast. Het inschakelen van deskundigen en het horen van getuigen komt (zeer) zelden voor, al is het wel een reglementair vastgelegde mogelijkheid.

Wat de omvang van de te vergoeden schade betreft, wordt doorgaans het schadevergoedingsrecht van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW als uitgangspunt genomen, inclusief de heersende civiele jurisprudentie op dat terrein, al wordt ook daar in een enkel geval soepel mee omgegaan. Dat verbaast niet nu de gang naar de geschilleninstanties als een alternatief voor de burgerlijke rechter moet worden gezien en met het voorleggen van een geschil aan een geschilleninstantie door partijen gestreefd wordt naar een finale volledige schadevergoeding door middel van een bindend advies; voor een vergoeding is de weg naar de civiele rechter daarna onder normale omstandigheden geen optie meer. In het bijzonder wat de vergoeding van ander nadeel betreft, heeft dat tot gevolg dat (doorgaans) de eis wordt gesteld dat sprake is van lichamelijk letsel, geestelijk letsel of een ernstige schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht. In een enkel geval volgt een vergoeding voor ander nadeel van andere aard.

⁴²⁷ Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 6 juni 2017, ref.nr. 109114.

Dit deel van het onderzoek had het doel te bezien of andere wegen met een compensatiefunctie of -mogelijkheid nadere of nieuwe handvatten kunnen geven bij het beantwoorden van de vraag en of de uitgangspunten van deze wegen leidend zouden kunnen of moeten zijn bij het formuleren van een billijke schadevergoeding.

De klachten- en geschillenregeling van de Wkkgz beschouwd, acht ik het van belang andermaal te benadrukken dat de in de geestelijke gezondheidszorg bestaande klachtencommissies thans oordelen over zowel Bopz-kwesties als Wkkgz-kwesties. Waarschijnlijk zullen deze klachtencommissies vanaf 2020 ook gaan oordelen over zowel Wvggz-kwesties als Wkkgz-kwesties. Sterker nog, Wvggz-klachtencommissies mogen straks over meer soorten klachten oordelen en ook over klachten die nu nog onder de Wkkgz worden geschaard; als voorbeeld noem ik een klacht over de toepassing van huisregels. Dat maakt dat het Wkkgz-klachtrecht en de wijze waarop onder dat regime met vergoedingen wordt omgegaan, mijns inziens interessant is als het gaat om het formuleren van handvatten voor wat onder een billijke schadevergoeding zou moeten worden verstaan.

Wat echter aan een directe vergelijking in de weg staat is het feit dat de Wkkgz-klachtencommissies (voor zover die al bestaan buiten het kader van de geestelijke gezondheidszorg) geen schadevergoedingen toekennen. Een vergelijking kan dus alleen plaatsvinden met hetgeen de geschilleninstanties plachten te doen. Dat is toepassen van het civiele aansprakelijkheidsrecht, inclusief het bewijsrecht, hoewel de toepassing van het formele bewijsrecht van Boek 1, titel 2, afdeling 9, Rv en het materiële bewijsrecht niet een verplichting is die uit de Wkkgz of andere wet volgt. Het feit dat een geschilprocedure een alternatief beoogt te zijn voor de civiele rechter en dat een finale geschilbeslechting plaatsvindt door middel van een bindend advies, maakt dat logisch. Om tegemoet te komen aan de laagdrempeligheid en de wens tot een efficiënte manier van geschilbeslechting te komen, wordt doorgaans echter tegelijkertijd een lichte toets aangelegd als het gaat om de vaststelling van een normschending, het causaal verband en de omvang van de schade; aannemelijkheid op elk van genoemde onderdelen wordt veelal voldoende geacht. Leerstukken als de omkeringsregel, de proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans worden niet toegepast. Het inschakelen van deskundigen en het horen van getuigen komt (zeer) zelden voor.

Dit is een interessant gegeven, omdat hiermee kan worden gezegd dat als de klachtencommissies van de Wvggz besluiten om dichter naar de geschilleninstanties toe te kruipen of op termijn zelfs een integratie met de geschilleninstanties plaatsvindt, het ook dan te verwachten is dat de klachtencommissies een lichte toets om de normschending, het causaal verband en de omvang van de schade vast te stellen, zullen aanleggen.

Los daarvan is de klachten- en geschillenregeling een treffend voorbeeld van een procedure waarbij het formele procesrecht wordt gecombineerd met een vereenvoudigde wijze van vaststellen van een normschending, causaal verband en schade. Net als onder 5, merk ik op dat dit wenselijk zo niet noodzakelijk zou zijn, gezien de kwetsbaarheid van de psychiatrische patiënt die wordt geconfronteerd met verplichte zorg en de laagdrempeligheid die de klachtenprocedure beoogt te bieden.

7 Analyse reeds bestaande handvatten voor schadevergoeding; schadevergoeding ingevolge het Wetboek van Strafvordering en de Penitentiaire beginselenwet

7.1 Inleidende opmerkingen

Dit deel van het onderzoek behelst een analyse van de mogelijkheid van een vergoeding aan een persoon die in verband met een strafbaar feit ten onrechte van zijn vrijheid is beroofd of tijdens zijn detentie ten onrechte is benadeeld, onder meer door toepassing van een (te ingrijpende) dwangbehandeling. Het doel van deze analyse is te bezien of de mogelijkheden in de strafrechtelijke sfeer nadere of nieuwe handvatten kunnen geven bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag en of de uitgangspunten van deze weg leidend zouden kunnen of moeten zijn bij het formuleren van een billijke schadevergoeding.

De mogelijkheid van een schadevergoeding aan een persoon die ten onrechte van zijn vrijheid is beroofd is vervat in artikel 89 van het Wetboek van Strafvordering en artikel 90 van het Wetboek van Strafvordering. Deze optie wordt als eerste beschreven (7.2). De mogelijkheid van een tegemoetkoming in financiële zin aan een gedetineerde is in een aantal beginselenwetten vervat. Gekozen is voor een beschrijving van de tegemoetkoming van artikel 68, zevende lid, van de Penitentiaire beginselenwet, de meest gangbare situatie (7.3). De andere mogelijkheden worden niet besproken. Schadevergoeding na ten onrechte ondergane detentie in het kader van de Overleveringswet wordt in die wet geregeld. Ook dit onderwerp wordt buiten het onderzoek gelaten.

Dit deel van het onderzoek wordt afgesloten met een beschouwing; een conclusie wordt nog niet getrokken (7.4).

7.2 Schadevergoeding in verband met onterechte vrijheidsbeneming

Het Wetboek van Strafvordering (Sv) kent aan een gewezen verdachte een recht op schadevergoeding toe indien de zaak waarvoor de verdachte in voorlopige hechtenis heeft gezeten, eindigt zonder oplegging van straf of maatregel of, indien wel strafoplegging is gevolgd, deze strafoplegging betrekking heeft op een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten. Mogelijk is ook een toekenning van schadevergoeding voor door de gewezen verdachte ondergane in verzekeringstelling en klinische observatie. Daartoe is in artikel 89, eerste lid, Sv bepaald dat indien de zaak eindigt zonder oplegging van straf of maatregel of met zodanige oplegging, doch op grond van een feit waarvoor voorlopige hechtenis niet is toegelaten, de rechter, op verzoek, de gewezen verdachte een vergoeding ten laste van de Staat kan toekennen voor de schade welke hij ten gevolge van ondergane verzekering, klinische observatie of voorlopige hechtenis heeft geleden. Onder 'schade' is begrepen vermogensschade en nadeel dat niet in vermogensschade bestaat.⁴²⁸ Artikel 89, tweede lid, Sv voorziet voorts in vergoeding van schade ten gevolge van in het buitenland ondergane vrijheidsbeneming in verband met een verzoek om uitlevering door de Nederlandse autoriteiten.

Een verzoek op grond van artikel 89 Sv kan worden gecombineerd met een verzoek op grond van artikel 591a Sv (vergoeding reis- en verblijfskosten en kosten raadsman).

Bij wet van 26 juni 1975 is in artikel 89 Sv de term tegemoetkoming vervangen door schadevergoeding.⁴²⁹ De Memorie van Toelichting bij deze wet houdt over de voorgestelde aanpassing onder meer in: "De beoordeling van de vraag of er grond is voor een vergoeding vindt hier immers niet haar antwoord in de onrechtmatigheid van de overheidsmaatregel, maar in het billijkheidsoordeel, nl. de vraag of het redelijk is dat de nadelige gevolgen van de indertijd bestaande verdenking niet voor rekening van de gewezen verdachte worden gelaten, maar geheel of gedeeltelijk door de Staat

⁴²⁸ Zie voor de toelichting Kamerstukken II, 1913-1914, 286, nr. 3 (MvT) evenals Kamerstukken II, 1972, 12132, nr. 3 (MvT).

⁴²⁹ *Stb.* 1975, 341.

worden gedragen. De thans geldende regeling belet de rechter, door het gebruik van het woord “tegemoetkoming”, een volledige vergoeding van de geleden schade toe te kennen. Het ontwerp vervangt deze term door “schadevergoeding”, teneinde aan te geven dat, indien de rechter deze billijk acht, algehele vergoeding mogelijk is. Zo’n geval kan zich met name voordoen, indien op iemand door omstandigheden, buiten hem zelf gelegen, zonder dat hem enige schuld treft, de verdenking is gevallen. De voorgestelde regeling dwingt intussen de rechter niet, in alle gevallen waarin hij voor toekenning aanleiding ziet, de gehele schade voor vergoeding in aanmerking te laten komen.”⁴³⁰

[onderstreping RW]

Een verzoek om vergoeding van door de gewezen verdachte geleden schade kan ook door zijn erfgenamen worden gedaan en de vergoeding kan ook aan hen worden toegekend. Bij deze toekenning blijft een vergoeding van het door de gewezen verdachte geleden nadeel dat niet in vermogensschade bestaat achterwege. Indien de gewezen verdachte na het indienen van zijn verzoek of na instelling van hoger beroep is overleden, geschiedt de toekenning ten behoeve van zijn erfgenamen.

Een raadkamer beslist over het verzoek tot schadevergoeding, aldus artikel 89, derde lid, Sv. Daarom zijn op de procedure de artikelen 21 Sv e.v. van toepassing.

De raadkamer die op het schadevergoedingsverzoek beslist, is zoveel mogelijk samengesteld uit de leden die op de terechtzitting over de zaak hebben gezeten. Deze constructie zou kunnen botsen met het recht op een onpartijdige rechter, zoals omschreven in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) oordeelde echter dat artikel 6, eerste lid, EVRM op de schadevergoedingsprocedure niet van toepassing is.¹⁰ Van behandeling van het verzoekschrift in raadkamer kan worden afgezien als de rechtbank of het hof voornemens is het verzoekschrift volledig toe te wijzen en het Openbaar Ministerie zich daar niet tegen verzet.

Ingevolge artikel 90, eerste lid, Sv heeft de toekenning van een schadevergoeding steeds plaats indien en voor zover daartoe, naar het oordeel van de rechter, alle omstandigheden in aanmerking genomen, *gronden van billijkheid aanwezig* zijn. Oftewel, de rechter moet steeds alle omstandigheden van het geval in aanmerking nemen en per concreet geval bepalen of er *gronden van billijkheid aanwezig* zijn. Deze vrijheid van de rechter impliceert dat een stelplicht en bewijslast zoals bekend uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet aan de orde is. Dit is ook niet nodig; volgens de wetgever moet die beoordeling plaatsvinden naar objectieve, dat wil zeggen controleerbare en voor discussie vatbare, maatstaven. Een eerste maatstaf voor de beslissing zal zijn de vraag of de toepassing van de betrokken dwangmiddelen – bezien vanuit de feiten en omstandigheden op het ogenblik van toepassing – *onrechtmatig* is geweest. Is dit het geval, dan heeft de gewezen verdachte in beginsel recht op een volledige schadevergoeding.⁴³¹ Bij de bepaling van het bedrag wordt ook rekening gehouden met de levensomstandigheden van de gewezen verdachte, aldus artikel 90, tweede lid, Sv. Het is evenwel wel aan de gewezen verdachte om feiten en omstandigheden aan te voeren waaruit de leedtoevoeging bestaat en dat deze in zijn geval anders is dan gemiddeld, zie ook hierna.

Het eventueel uit te keren bedrag kan worden verrekend met geldboeten en andere aan de Staat verschuldigde geldsommen, tot betaling waarvan de verzoeker bij onherroepelijk vonnis in een strafzaak is veroordeeld of tot betaling waartoe de verzoeker op grond van een jegens hem uitgevaardigde, onherroepelijk geworden strafbeschikking verplicht is. Daarnaast kan de rechter, indien de gewezen verdachte in verzekering gesteld of voorlopig gehecht is geweest, deze dagen verrekenen met uit anderen hoofde opgelegde onherroepelijke vrijheidsstraffen.

Weigering van een vergoeding is op zichzelf niet in strijd met artikel 6 EVRM, omdat aan dat artikel geen recht op kostenvergoeding kan worden ontleend.⁴³² Die weigering is wel strijd met artikel 6 EVRM indien deze is gemotiveerd vanuit de schuld van de gewezen verdachte (‘voortdurende verdenking’), terwijl die schuld niet volgens de wet is

⁴³⁰ Kamerstukken II, 1972, 12 132, nr. 3, p. 3 (MvT).

⁴³¹ Verloop, Commentaar op Wetboek van Strafvordering art. 90, SDU (online), C.1.1.

⁴³² EHRM 28 september 1995, NJ 1995, 726.

vastgesteld.⁴³³ De rechter die over het verzoek oordeelt, mag bovendien niet een eigen onderzoek instellen naar de mogelijk nog bestaande verdenking; overwegingen van dien aard zullen moeten worden ontleend aan het gewijsde.⁴³⁴

Volgens de Hoge Raad verbiedt de onschuldpresumptie niet dat bij het billijkheidsoordeel gewicht toekomt aan de proceshouding van de verdachte,⁴³⁵ maar die stelt daaraan wel grenzen. De rechter dient niet louter te beoordelen, en daarop een weigering te baseren, of er destijds voldoende verdenking, ernstige bezwaren en gronden aanwezig waren; dan zou er nooit schadevergoeding wegens ondergaan voorarrest worden toegekend, terwijl de wetgever daartoe wel een regeling heeft opengesteld.⁴³⁶

Zowel vermogensschade als ander nadeel komt voor vergoeding in aanmerking.⁴³⁷ In dat verband wordt opgemerkt dat in de praktijk gewerkt wordt met standaarden gerelateerd aan het aantal dagen ten onrechte ondergane vrijheidsbeneming. In de regel kan een gewezen verdachte aanspraak maken op een vergoeding van € 80,- per dag. Als de detentie in een politiecel of in beperkingen is ondergaan, wordt in beginsel € 105,- per dag vergoed.⁴³⁸ Als de detentie bestaat uit verblijf in een huis van bewaring in beperkingen of in een extra beveiligde inrichting (EBI) geldt als tarief € 80,- per dag met een opslag van € 25,- per dag, zo volgt uit de LOVS-afspraken van de rechterlijke macht (zie hieronder in een afbeelding).⁴³⁹

Art. 89 Sv schadevergoeding bij vrijheidsbeneming	
<i>LOVS: 22-10-2002, 4-4-2008, 6-6-2008, 9-9-2009, 9-5-2014, 12-4-2019</i>	
Omschrijving	Schadevergoeding per dag
a. Verblijf in een politiecel	€ 105,--
b. Verblijf in een huis van bewaring	€ 80,--
c. Verblijf in een huis van bewaring in beperkingen of in een extra beveiligde inrichting (EBI)	€ 80,-- + € 25,--

Toelichting LOVS-afpraak art. 89 Sv schadevergoeding bij vrijheidsbeneming
In deze tabel worden de normbedragen weergegeven voor schadevergoeding wegens de in verzekering of voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd in een politiecel of huis van bewaring, indien een zaak is geëindigd zonder oplegging van een straf of een maatregel.
Voor elke dag die in beperkingen in een huis van bewaring of in een extra beveiligde inrichting (EBI) is doorgebracht, wordt boven de standaardvergoeding van € 80,--, een vergoeding toegekend van € 25,--.
Bij het bepalen van het aantal dagen dat de verzoeker in een politiecel of huis van bewaring heeft doorgebracht, wordt zowel de dag waarop de in verzekeringstelling is aangevangen als de dag van de invrijheidstelling naar de maatstaf van een volledige dag vergoed. Ook indien de in verzekeringstelling is aangevangen en geëindigd op één en dezelfde dag en beperkt is gebleven tot enkele uren wordt naar de maatstaf van een volledige dag vergoed.
Een dag die begint op basis van een vergoedingsmaatstaf van € 105,--, maar die overgaat in een dag met een vergoedingsmaatstaf van € 80,-- wordt aangemerkt als een dag tegen een vergoedingsmaatstaf van € 80,--.
Voor genoemde forfaitaire bedragen zijn van overeenkomstige toepassing op de procedure ex art. 14l Sr (schadevergoeding na voorlopige tenuitvoerlegging als bedoeld in art. 14fa Sr), 15k Sr (schadevergoeding na afwijzing vordering herroeping voorwaardelijke invrijheidstelling), 38lj Sr (schadevergoeding na voorlopige tenuitvoerlegging als bedoeld in art. 38x Sr) en 550 Sv (schadevergoeding na in verzekeringstelling als bedoeld in art. 540 e.v. Sv).

⁴³³ EHRM 25 augustus 1997, Series A 123-A.

⁴³⁴ EHRM 25 augustus 1993, NJ 1994, 1.

⁴³⁵ HR 19 februari 2013, NJ 2013, 402.

⁴³⁶ Zie het overzichtsarrest Hof Amsterdam 20 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:610.

⁴³⁷ Zie ook Verloop, Commentaar op Wetboek van Strafvordering art. 89, SDU (online), C.2.

⁴³⁸ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 18 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:11295, Rechtbank Amsterdam

3 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9253 en Rechtbank Den Haag 17 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:11559.

⁴³⁹ Oriëntatiepunten voor straffoetmeting en LOVS-afspraken, april 2019.

Een dag is een periode van 24 uur.⁴⁴⁰ De dag van invrijheidstelling komt niet voor vergoeding in aanmerking. De eerste dag van de in verzekeringstelling wordt als volledige dag gerekend.⁴⁴¹

Het LOVS (Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht, voorheen Landelijk overleg van voorzitters van de strafsectoren van de gerechtshoven en de rechtbanken) heeft in 1998 een eerste aanzet gegeven om te komen tot een consistent landelijk straftoematingsbeleid. Besloten is om in de loop van de tijd voor een aantal vaak voorkomende delicten een strafmaat (oriëntatiepunt) aan te geven waarop de rechter zich kan oriënteren bij de oplegging van de straf. Oriëntatiepunten geven de straf weer die rechters voor het modale feit (de meest voorkomende verschijningsvorm van het strafbare feit) plegen op te leggen. Zij komen tot stand na een inventarisatie van de praktijk van de straftoemeting en na consultatie van alle gerechten. De oriëntatiepunten worden op voorstel van de Commissie Rechtseenheid door het LOVS vastgesteld. In 2016 zijn aan de bestaande oriëntatiepunten voor straftoemeting nieuwe oriëntatiepunten voor berechting op grond van het jeugdstrafrecht toegevoegd. Deze oriëntatiepunten worden voorbereid door de Expertgroep jeugdrechters en vervolgens ook op voorstel van de Commissie Rechtseenheid door het LOVS vastgesteld. Na vaststelling worden zij gepubliceerd op de website www.rechtspraak.nl.

Bijzondere omstandigheden – *door de gewezen verdachte aannemelijk te maken*⁴⁴² – kunnen leiden tot een *hogere dagvergoeding* dan het standaardbedrag. Ook het feit dat de detentie *een grote impact* heeft gehad op de gewezen verdachte en/of dat het voor hem wegens de opgelegde beperkingen *onmogelijk was zijn werkzaamheden te continueren en hij daardoor zware psychische druk heeft ondervonden, mede gelet op zijn zorgen en angsten wat betreft de voortgang van het bedrijf*, kan reden zijn voor een hogere vaststelling van het forfaitaire bedrag.

Voor een voorbeeld wordt gewezen op een beschikking van de Rechtbank Haarlem.⁴⁴³ De rechtbank kende de persoon in kwestie tweemaal de standaardvergoeding toe, omdat verzoeker niet de gelegenheid werd geboden om direct zijn onschuld aan te tonen; de persoon had vanaf het moment van aanhouding gevraagd om – zo nodig op eigen kosten – een zogenoemde bodyscan te laten verrichten om direct zijn onschuld te kunnen aantonen. Aan dit verzoek was geen gehoor gegeven.

Voorts wordt gewezen op een uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam.⁴⁴⁴ Het hof overwoog: “Subsidiair is in raadkamer verzocht om in plaats van een forfaitaire vergoeding van € 105,00 per dag een schadevergoeding van € 157,50 per dag toe te kennen.

Op 4 oktober 2015 zijn naar aanleiding van het binnendringen door een grote groep personen van de kantine van sportpark “[naam 1]” aan de [adres 2] in totaal 126 personen op verdenking van lokaalvredebreuk aangehouden en overgebracht naar het politiebureau en aldaar opgehouden, waarna meerderen van hen, waaronder verzoeker - al dan niet op basis van een verdenking ter zake van openlijke geweldpleging - in verzekering zijn gesteld. Met verzoeker hebben vele anderen gevraagd om vergoeding van schade als gevolg van deze ondergane in verzekeringstelling. Gelet op het bijzondere karakter van deze kwestie, een gelijktijdige massa-aanhouding en ophouding van 126 personen, acht het hof het op basis van de inhoud van dit en soortgelijke verzoeken in onderlinge samenhang bezien aannemelijk - behoudens aanwijzingen voor het tegendeel - dat alle betrokken personen met vele anderen in één ruimte ingesloten zijn geweest, dat zij na de in verzekeringstelling geen advocaat hebben kunnen raadplegen en niet of ontoereikend hebben kunnen eten en drinken. Het hof merkt deze omstandigheden aan als bijzonder bezwarend.

Daarnaast overweegt het hof dat in meerdere strafzaken naar aanleiding van daartoe gevoerde verweren is vastgesteld dat er op grond van de feitelijke gang van zaken op het moment van in verzekeringstelling geen concrete verdenking van openlijke geweldpleging jegens de betreffende verdachte bestond, waardoor sprake is geweest van een onrechtmatige in verzekeringstelling. Vanwege de vrijspraak is er voor het hof in die strafzaken geen gelegenheid geweest enige compensatie te bieden voor de onrechtmatigheid van de in verzekeringstelling.

⁴⁴⁰ Zie ook Gerechtshof Den Haag 18 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5124.

⁴⁴¹ Zie voor voorbeelden Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5789; Gerechtshof Amsterdam 17 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:590, Gerechtshof Den Haag 18 december 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5124 en Rechtbank Rotterdam 25 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1293.

⁴⁴² Gerechtshof Amsterdam 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5499 en eerder Gerechtshof Amsterdam 13 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5044.

⁴⁴³ Rechtbank Haarlem 5 juni 2003, ECLI:NL:RBHAA:2003:AH9741.

⁴⁴⁴ Gerechtshof Amsterdam 6 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4371. Zie ook Gerechtshof Amsterdam 6 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4372; Gerechtshof Amsterdam 6 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4373 en Gerechtshof Amsterdam 6 november 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4374.

Gelet op het voorgaande acht het hof gronden van billijkheid aanwezig voor een verdubbeling van de te vergoeden schade als gevolg van de ondergane verzekeringstelling indien in de verzoekschriftprocedure een beroep wordt gedaan op de bijzondere bezwarende omstandigheden waaronder de verzekeringstelling is ondergaan en/of op de door het hof in de betreffende strafzaak vastgestelde onrechtmatigheid van de verzekeringstelling. Dat is alleen anders indien in de verzoekschriftprocedure aannemelijk wordt dat de verzoeker de verzekeringstelling niet onder de bedoelde omstandigheden heeft ondergaan en evenmin volgens het hof in de strafzaak onrechtmatig in verzekering is gesteld. Ten aanzien van verzoeker heeft de advocaat-generaal de bezwarende omstandigheden waaronder de verzekeringstelling is ondergaan ofwel de door het hof vastgestelde onrechtmatigheid van die verzekeringstelling niet weersproken. Het hof acht gronden van billijkheid aanwezig tot toekenning van een vergoeding ter zake van de door verzoeker ondergane verzekering tot een bedrag van € 420,00.”

Bijzondere omstandigheden kunnen ook leiden tot een *lagere* dagvergoeding. Zo zag het Gerechtshof Arnhem geen gronden van billijkheid voor enige vergoeding nu verdachte de verzekeringstelling door middel van huisarrest thuis had doorgebracht.⁴⁴⁵ Het overwoog aldus: “Het hof ziet aanleiding om voor de dag dat appellant gedurende zijn verzekeringstelling in het politiebureau heeft verbleven, de gebruikelijke forfaitaire vergoeding toe te kennen. Voor de twee daaropvolgende dagen van zijn verzekeringstelling ziet het hof geen gronden van billijkheid voor enige vergoeding nu hij die dagen door middel van huisarrest thuis heeft doorgebracht. Wat betreft het doorlopen ITEM-traject en de voltooide leerstraf is het hof van oordeel dat deze buiten het beslissingskader van art. 89 van het Wetboek van Strafvordering vallen nu er op die momenten geen sprake was van verzekering of voorlopige hechtenis. Het hof zal aan appellant een vergoeding toekennen van in totaal € 95.”

Naast de standaard dagvergoeding kan onder bijzondere omstandigheden ook een (extra of afwijkende) vergoeding worden toegekend bijvoorbeeld voor vervolgschade in de zin van gederfde inkomsten, omzetverlies, het verlies van functie of de onmogelijkheid het bedrijf te hervatten.⁴⁴⁶ Datzelfde geldt voor de schade die is geleden omdat uitkeringen in de sociale zekerheidssfeer in verband met de detentie zijn gestaakt (alleen voor zover niet alsnog nabetaling plaatsvindt). Daarnaast kan de schade bestaan uit door de gewezen verdachte gemaakte kosten die hij anders niet had gemaakt. In de jurisprudentie is geaccepteerd dat de door de gewezen verdachte tijdens diens detentie bespaarde kosten van levensonderhoud op de gevraagde schadevergoeding in mindering kunnen worden gebracht.⁴⁴⁷ De kosten van in opdracht van de gewezen verdachte verricht onderzoek en de kosten van rechtskundige bijstand tijdens de voorlopige hechtenis kunnen niet worden vergoed op grond van artikel 89 Sv. Voor die kosten bestaat de regeling vervat in de artikelen 591 Sv en 591a Sv. Een hogere vergoeding kan voorts gerechtvaardigd zijn als het ander nadeel groot wordt geacht, bijvoorbeeld door nadelige publiciteit.

Voor een voorbeeld in dat verband wordt gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Middelburg.⁴⁴⁸ De rechtbank overwoog als volgt: “Naar het oordeel van de Rechtbank zijn er, alle omstandigheden in aanmerking genomen, voldoende gronden van billijkheid aanwezig die aanleiding geven tot toekenning van een vergoeding aan verzoeker. De Rechtbank hanteert voor ten onrechte ondergane detentie een forfaitair bedrag van € 70 per dag, verhoogd met € 25 per dag dat de detentie in een cel op het politiebureau is doorgebracht. Het forfaitair bedrag van € 70 wordt voorts verhoogd met € 25 per dag, indien sprake is van beperkingen. Indien de beperkingen golden voor de tijd die verzoeker op het politiebureau heeft doorbracht, dan blijft het bedrag € 95 per dag. Overeenkomstig het bepaalde in art. 27 lid 2 Sr wordt de dag waarop de verzekering is geëindigd voor de berekening van de schadevergoeding buiten beschouwing gelaten. De periode van 12 maart 2006 tot en met 15 maart 2006 bestrijkt 3 dagen en 3 nachten. Op grond van de stukken van het strafdossier staat vast dat verzoeker 3 dagen in een politiecel in beperkingen à € 95 heeft doorgebracht, zodat verzoeker in beginsel aanmerking komt voor toekenning van een vergoeding van 3 maal € 95,00 = € 285 voor ten onrechte ondergane hechtenis. Verzoeker heeft echter verzocht om een extra vergoeding van € 1.250 wegens immateriële schade. De Rechtbank overweegt hieromtrent het volgende.

⁴⁴⁵ Gerechtshof Arnhem 23 september 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG6456, *NJFS* 2008, 230.

⁴⁴⁶ Wordt schade van het bedrijf geclaimd, dan dient die schade wel door de verdachte zelf te zijn geleden.

⁴⁴⁷ Zie Verloop, Commentaar op Wetboek van Strafvordering art. 89, SDU (online), C.2.

⁴⁴⁸ Rechtbank Middelburg 25 september 2007, *NbSr* 2007/471.

Voorop staat dat de forfaitaire vergoeding bij ten onrechte ondergane hechtenis ziet op materiële en immateriële schade. Voor toekenning van een hogere vergoeding is derhalve slechts onder bijzondere omstandigheden aanleiding. De raadsman en verzoeker hebben in het verzoekschrift en ter raadkamer voldoende van grondslag voorziene bijzondere omstandigheden geschetst, welke een hogere vergoeding rechtvaardigen.

Van doorslaggevend belang zijn daarbij de omstandigheden dat de detentie een grote impact heeft gehad op verzoeker en dat het voor verzoeker, wegens de hem opgelegde beperkingen, onmogelijk was zijn werkzaamheden te continueren en hij daardoor zware psychische druk heeft ondervonden, mede gelet op zijn zorgen en angsten wat betreft de voortgang van het bedrijf.

De Rechtbank acht het op grond hiervan redelijk en billijk, mede gelet op in vergelijkbare gevallen toegekende bedragen, een extra bedrag van € 1.000 per dag toe te kennen. Zij zal derhalve een bedrag toekennen van (3 maal € 1.000 =) € 3.000 wegens immateriële schade.

Met betrekking tot het verzoek tot vergoeding van de kosten van rechtsbijstand overweegt de Rechtbank het volgende. Uit het strafdossier van verzoeker blijkt dat er sprake was van een omvangrijke zaak, die specialistische kennis vereiste. De Rechtbank is van oordeel dat de in verband met de specialistische raadslieden houdende kosten en verschillende uurtarieven niet voor rekening van verzoeker dienen te komen. De Rechtbank is, op grond van de door de raadsman overgelegde specificatie, van oordeel dat de verzochte vergoeding niet onredelijk of onbillijk voorkomt. De Rechtbank zal derhalve een bedrag van € 10.080,79 toekennen.”

[onderstreping RW]

Een tweede voorbeeld betreft een uitspraak van de Rechtbank Zutphen.⁴⁴⁹ De rechtbank overwoog als volgt: “De rechtbank is van oordeel dat aanleiding bestaat verzoeker een bedrag toe te kennen voor de door hem geleden immateriële schade. Gebleken is dat verzoeker veel last heeft ondervonden van de bijzonder ernstige verdenking die op hem heeft gerust. Zo is de naam van verzoeker niet enkel in de plaatselijke maar ook in de landelijke pers in verband gebracht met het ongeval en is hij in de berichtgeving als (mogelijke) veroorzaker van het ongeval genoemd. Ook nadat verzoeker in vrijheid was gesteld, is deze verdenking in de berichtgeving blijven bestaan. De rechtbank acht aannemelijk dat deze verdenking minder zwaar in de berichtgeving zou zijn aangezet indien verzoeker niet in verzekering was gesteld. Een causaal verband tussen de inverzekeringstelling en de als gevolg daarvan ontstane berichtgeving en de daaruit voortvloeiende immateriële schade is derhalve aanwezig.

Verzoeker is voorts afkomstig uit een kleine gemeenschap, waarin verzoekers naam lange tijd geassocieerd is gebleven en nog steeds blijft met het ongeval. Dit volgt ook uit de door verzoeker overgelegde bedreigingen die via internet zijn ontvangen en de in artikelen en overigens in het openbaar geuite bedreigingen.

Alle omstandigheden in aanmerking nemend zijn gronden van billijkheid aanwezig voor het toekennen van een vergoeding ten bedrage van € 5.000,-.”

Voor een voorbeeld wordt ook gewezen op een beschikking van de Rechtbank Middelburg.⁴⁵⁰ De rechtbank overwoog als volgt: “De rechtbank stelt vast dat verzoeker en het OM het eens zijn over de verschuldigdheid en de hoogte van de vergoeding wegens detentie tot een bedrag van f 4350, zijnde een forfaitaire dagvergoeding van 3 x f 150 wegens detentie doorgebracht in een politiecel; 18 x f 200 wegens detentie in een huis van bewaring en 21 x f 50 wegens beperkingen. In aanmerking genomen dat er geen reden bestaat om aan te nemen dat verzoeker de vervolging aan zichzelf te wijten heeft gehad zijn er voldoende gronden van billijkheid aanwezig die aanleiding geven tot toekenning van die schadevergoeding aan verzoeker. Met betrekking tot de aangevoerde bijzondere omstandigheden overweegt de rechtbank als volgt:

Ad 1: Ten tijde van de aanhouding van verzoeker waren er op basis van CID informatie ten aanzien van verzoeker feiten en omstandigheden aanwezig, die - objectief bezien - voldoende aanleiding gaven voor een verdenking van betrokkenheid bij de schietpartij in Middelburg. Zowel door de rechter-commissaris als - later - ook de raadkamer van deze rechtbank zijn op basis van de stukken van het dossier, waaronder het strafblad van verzoeker, ernstige bezwaren aanwezig waren geoordeeld om achtereenvolgens een bevel tot bewaring en een bevel tot gevangenhouding tegen verzoeker te verlenen. Niet aannemelijk is geworden dat verzoeker door het OM slechts als verdachte in deze zaak is aangehouden als ‘bijvangst voor hoofdvangst’. Met name is niet aannemelijk geworden dat het OM willens en wetens tot aanhouding van verzoeker is overgegaan op grond van het enkele feit dat dusdoende verzoekers broer gemakkelijker als verdachte kon worden getraceerd. Voor dit element, dat verzoeker kennelijk in hoge mate frustreert en zijn verzoek om een hogere schadevergoeding in belangrijke mate beïnvloedt, zal de rechtbank geen extra vergoeding toekennen.

Ad 2: De rechtbank acht aannemelijk dat verzoeker tijdens diens vrijheidsbeneming extra heeft geleden onder de onmogelijkheid zijn vrouw te begeleiden in een kennelijk niet zonder complicaties verlopende zwangerschap. Voorts acht

⁴⁴⁹ Rechtbank Zutphen 13 juni 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BD3913.

⁴⁵⁰ Rechtbank Middelburg 20 november 2001, NJ 2002, 21.

zij aannemelijk dat verzoeker aan bijzondere psychische spanningen heeft blootgestaan door de gehandboeide aanwezigheid tijdens de bevalling. De rechtbank ziet in die omstandigheden aanleiding voor toekenning van een extra vergoeding die zij - ex aequo et bono - zal vaststellen op een bedrag van f 2500.”

[onderstreping RW]

Daarnaast wordt gewezen op een beschikking van de Rechtbank Utrecht.⁴⁵¹ De rechtbank overwoog als volgt: “Het verzoekschrift ex artikel 89 Sv strekt er toe dat de rechtbank een vergoeding toekent van € 15.000,-- voor de tijd door verzoeker in het kader van voormelde strafzaak in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht, alsook een vergoeding toekent van de kosten ten bedrage van € 597,19 van de consulten bij de traumatherapeut, de reiskosten voor het bezoek aan de traumatherapeut ten bedrage van € 112,50, het stomen van vier pantalons van verzoeker, zijnde een bedrag van € 27,60, alsmede toekent een bedrag van € 18,90 voor het zes weken geen gebruik kunnen maken van een inbeslaggenomen GSM.

(...)

Verzoeker kan aanspraak maken op een vergoeding van de schade die is geleden ten gevolge van ondergane verzekering en voorlopige hechtenis. Schadevergoeding wordt toegekend indien en voorzover daartoe, alle omstandigheden in aanmerking genomen, gronden van billijkheid aanwezig zijn.

De rechtbank ziet in deze bijzondere strafzaak aanleiding om een hogere dan de gebruikelijke vergoeding van 16 dagen à € 95,-- toe te kennen. De rechtbank komt tot een hogere vergoeding, nu verzoeker gedetineerd is geweest wegens verdenking van het gepleegd hebben van een zeer ernstig delict jegens een familielid en de rechtbank ervan uitgaat dat in het kader van het strafrechtelijk onderzoek verzoeker “stevig aan de tand is gevoeld”.

De rechtbank is van oordeel dat verzoeker alles in aanmerking genomen een vergoeding voor ondergane verzekering en voorlopige hechtenis toekomt van € 8.000,--.

De rechtbank acht in de onderhavige zaak aannemelijk dat de gemaakte kosten voor de consultering van de traumatherapeut een rechtstreeks verband houden met de ondergane vrijheidsbeneming. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de kosten van € 597,19 geheel voor toewijzing vatbaar zijn, alsook de reiskosten ten bedrage van € 112,50. De kosten van de stomerij, alsook de kosten met betrekking tot de GSM zijn naar het oordeel van de rechtbank geen kosten in de zin van artikel 8 Sv en derhalve zijn deze kosten niet voor toewijzing vatbaar.

In totaal is derhalve naar het oordeel van de rechtbank, alle omstandigheden in aanmerking nemend, een vergoeding toewijsbaar tot een bedrag van € 8.709,69.”

[onderstreping RW]

Een ander voorbeeld kan worden ontleend aan een beschikking van de Rechtbank Den Haag. De rechtbank overwoog: “*T.a.v. de verzochte hogere forfaitaire vergoeding*

(...) In de thans voorliggende zaak heeft verzoeker gesteld dat aan hem een hogere forfaitaire vergoeding dient te worden toegekend. Verzoeker heeft verzocht om een vergoeding van € 2.700,00 wegens ten onrechte ondergane hechtenis. Verzoeker is van mening dat, gelet op de feiten en omstandigheden in de onderhavige zaak en het leed dat verzoeker in verband met de onderhavige zaak in vergelijking met andere verdachten in andere zaken is aangedaan, hem een wezenlijke hogere vergoeding dan de standaardvergoeding dient te worden toegekend. Verzoeker heeft hieraan met name ten grondslag gelegd dat hij schade heeft geleden door de zeer grote mediabelangstelling.

De rechtbank overweegt ten aanzien van de dagvergoeding als volgt.

De rechtbank is van oordeel dat in casu termen aanwezig zijn om een hoger bedrag toe te wijzen dan het standaardbedrag, nu uit het verzoekschrift is gebleken dat de op verzoeker toegepaste dwangmiddelen voor hem ingrijpende gevolgen hebben gehad. Hierbij is van belang dat voor schadevergoeding ex artikel 89, eerste lid, Sv alleen in aanmerking komt de schade die direct verband houdt met de ten onrechte ondergane verzekering en voorlopige hechtenis. Het is aannemelijk dat het ondergaan van inverzekeringstelling en voorlopige hechtenis zwaarder dan gemiddeld weegt voor een verdachte die veel media-aandacht heeft gekregen, welke berichten vrij gemakkelijk tot deze verdachte te herleiden waren. Dat verzoeker hierdoor in bovengemiddelde mate immateriële schade heeft geleden ten gevolge van de ten onrechte ondergane hechtenis is derhalve aannemelijk.

De rechtbank ziet hierin reden om in dit geval in enige mate af te wijken van de forfaitaire vergoeding die doorgaans wordt gehanteerd, doch niet in de mate die verzoeker voorstaat. De raadsman van verzoeker heeft zich in raadkamer op het standpunt gesteld dat verzoeker de status van bekende Nederlander heeft en (...) gerefereerd aan de navolgende zaken (...): ECLI:NL:GHDHA:2014:4159; ECLI:NL:RBROT:2006:AZ4924 en ECLI:NL:RBLIM:2013:CA2793. De rechtbank volgt de raadsman niet in zijn betoog dat verzoeker als een bekende Nederlander kan worden beschouwd.

Alle omstandigheden in aanmerking genomen acht de rechtbank gronden van billijkheid aanwezig om aan verzoeker een vergoeding van € 157,50 per dag toe te kennen ter zake van de door hem geleden immateriële schade ten gevolge

⁴⁵¹ Rechtbank Utrecht 21 december 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AZ5018.

van de periode doorgebracht in verzekering en een vergoeding van € 120,00 per dag voor de periode doorgebracht in voorlopige hechtenis. Hieruit volgt dat aan verzoeker een bedrag van in totaal € 1.672,50 (3 x € 157,50 + 10 x € 120,00) wordt toegekend als vergoeding voor de tijd in verzekering en voorlopige hechtenis doorgebracht.

T.a.v. de geleden inkomstenderving

Wat betreft de door verzoeker gestelde inkomstenderving overweegt de rechtbank als volgt.

De door verzoeker geleden materiële schade bestaat, aldus verzoeker, uit het geleden inkomstenverlies als gevolg van het voorarrest. Blijkens de bij het verzoekschrift in afschrift overgelegde loonspecificaties van verzoeker was verzoeker ten tijde van zijn in verzekeringstelling in dienst bij Holland Casino Scheveningen. In raadkamer heeft hij aangegeven dat hij sindsdien geen loon meer heeft ontvangen, hetgeen niet door de officier van justitie is betwist en ook aannemelijk voorkomt. Nu het aannemelijk is dat het gederfde inkomen een direct gevolg is geweest van de in verzekeringstelling en voorlopige hechtenis, komt deze in de onderhavige procedure voor vergoeding in aanmerking, met dien verstande dat het netto-loon in plaats van het bruto-loon zal worden toegekend.

Blijkens de loonspecificaties van het jaar 2012 heeft verzoeker in dat jaar in totaal over de maanden januari, februari, maart en april aan netto-loon een bedrag van € 8.489,36 ontvangen, hetgeen per kalenderdag resulteert in een bedrag van € 70,16 + 8 % vakantiegeld = € 75,77. De maand mei is in deze berekening niet meegenomen, omdat in deze maand een veel hoger bedrag is uitgekeerd in verband met vakantiegeld.

Verzoeker is op 27 juni 2012 in verzekering gesteld en op 10 juli 2012 in vrijheid gesteld. De rechtbank acht gronden van billijkheid aanwezig om verzoeker een vergoeding toe te kennen voor de dagen welke verzoeker niet heeft kunnen werken als gevolg van de ondergane detentie. De rechtbank stelt de vergoeding vast op een (netto) bedrag van in totaal € 985,00 (€ 75,77 x 13). Hierop wordt in mindering gebracht een bedrag van in totaal € 130,00 ter zake van bespaarde kosten van levensonderhoud.

Gelet op het voorgaande zal een bedrag van € 2.527,50 worden toegewezen en zal het verzoek voor het overige worden afgewezen.”

[onderstreping RW]

Buiten de regeling van artikel 89 Sv zal een gewezen verdachte zijn vordering tot schadevergoeding moeten baseren op een onrechtmatige overheidsdaad. Het standaardarrest omtrent overheidsaansprakelijkheid jegens een gewezen verdachte is het *Begaclaim*-arrest.⁴⁵² Volgens dit arrest levert strafvorderlijk overheidsoptreden (al dan niet bestaand uit of beperkt tot voorarrest) in twee situaties een onrechtmatige overheidsdaad op jegens de gewezen verdachte: I. indien het strafvorderlijk optreden van het begin onrechtmatig was, bijvoorbeeld bij gebrek aan een redelijk vermoeden van schuld, en II. indien uit vonnis of dossier blijkt van de onschuld van de gewezen verdachte. Een vrijsprekend vonnis is daarvoor niet voldoende.⁴⁵³

In geval van een onrechtmatig voorarrest kan de verdachte kiezen of hij de daarmee samenhangende schade vordert op grondslag van artikel 89 Sv of op grond van een onrechtmatige overheidsdaad; de regeling van artikel 89 Sv ziet zowel op rechtmatige als op onrechtmatige voorlopige hechtenis.⁴⁵⁴

Tot slot en terzijde wordt vermeld dat in het wetsvoorstel betreffende het nieuwe Boek 6 van het Wetboek van Strafvordering (Kamerstukken 29279) een titel 6.1 gewijd is aan schadevergoeding. Schadevergoeding is mogelijk voor zowel rechtmatig als onrechtmatig strafvorderlijk optreden. Schadevergoeding zal plaatsvinden aan de hand van Boek 6, titel 1, afdeling 10, van het Burgerlijk Wetboek en de te betalen bedragen worden vervat in een forfaitair stelsel.⁴⁵⁵

⁴⁵² HR 13 oktober 2006, *NJ* 2007, 432.

⁴⁵³ HR 29 april 1994, *NJ* 1995, 727 en HR 23 december 1994, *NJ* 1995, 512. Zie voorts voor een inzichtelijke en kritische bespreking T. van Malssen, 'Tussen wal en schip – de rechtspositie van vrijgesproken verdachten in civiele schadevergoedingsprocedures', *NJB* 2014, p. 2018-2024.

⁴⁵⁴ HR 2 februari 1993, *NJ* 1993, 552.

⁴⁵⁵ Zie voor een analyse A.W. van Wijk, *Vergoeding van schade na strafvorderlijk optreden*, Weert: Celsus juridische uitgeverij, 2019.

7.3 Schadevergoeding bij gegronde klacht gedetineerde

Ingevolge artikel 68, eerste lid, van de Penitentiaire beginselenwet (Pbw) kan een gedetineerde bij een door de Commissie van Toezicht benoemde beklagcommissie beklag doen over een hem betreffende door of namens de directeur (dit is degene bij wie het beheer van een inrichting of afdeling berust) genomen beslissing.⁴⁵⁶ Met een beslissing als bedoeld in het eerste lid wordt gelijkgesteld een verzuim of weigering om te beslissen. Het nemen van een beslissing wordt geacht te zijn verzuimd of geweigerd, indien niet binnen de wettelijke of, bij het ontbreken daarvan, binnen een redelijke termijn een beslissing is genomen.

De gedetineerde doet beklag door de indiening van een klaagschrift bij de beklagcommissie van de inrichting waar de beslissing waarover hij klaagt is genomen. Een beklagcommissie bestaat uit drie leden, bijgestaan door een secretaris. De beklagcommissie stelt de klager en de directeur in de gelegenheid omtrent het klaagschrift mondeling opmerkingen te maken, tenzij zij het beklag aanstonds kennelijk niet-ontvankelijk, kennelijk ongegrond of kennelijk gegrond acht. De beklagcommissie doet zo spoedig mogelijk, doch in ieder geval binnen een termijn van vier weken te rekenen vanaf de datum waarop het klaagschrift is ontvangen, uitspraak.

Indien de beklagcommissie van oordeel is dat de beslissing waarover is geklaagd

a) in strijd is met een in de inrichting geldend wettelijk voorschrift of een ieder verbindende bepaling van een in Nederland geldend verdrag, dan wel

b) bij afweging van alle in aanmerking komende belangen, waaronder de veiligheid van de samenleving en de belangen van slachtoffers en nabestaanden, onredelijk of onbillijk moet worden geacht, verklaart zij het beklag gegrond en vernietigt zij de beslissing geheel of gedeeltelijk.

Dit volgt uit artikel 68, tweede lid, Pbw. De rechtsgevolgen van de vernietigde beslissing worden vervolgens, voor zover mogelijk, door de directeur ongedaan gemaakt, dan wel in overeenstemming gebracht met de uitspraak van de beklagcommissie, aldus artikel 68, zesde lid, Pbw.

Voor zover echter de in het zesde lid bedoelde *gevolgen niet meer ongedaan te maken zijn*, bepaalt de beklagcommissie dan wel de voorzitter, na de directeur te hebben gehoord, of enige *tegemoetkoming* aan de klager geboden is. De beklagcommissie stelt de tegemoetkoming, die geldelijk van aard kan zijn, vast. Dit volgt uit artikel 68, zevende lid, Pbw.

Het toekennen van een tegemoetkoming is een discretionaire bevoegdheid; de beklagcommissie bepaalt dus zelf of een tegemoetkoming aan de orde is.⁴⁵⁷ De toe te kennen tegemoetkoming kan geldelijk van aard zijn, maar ook andere manieren van compensatie zijn mogelijk. Zo kunnen bijvoorbeeld extra faciliteiten toegekend worden, zoals extra bezoek of luchten.⁴⁵⁸

De mogelijkheid tot het toekennen van tegemoetkoming is ook neergelegd in artikel 73, zevende lid, van de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen en artikel 66, zevende lid, van de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden. In dit onderzoek wordt op die artikelen niet afzonderlijk ingegaan; de uitgangspunten zijn hetzelfde.

Ingevolge artikel 69, eerste lid, Pbw kunnen de directeur en de gedetineerde tegen de uitspraak van de beklagcommissie beroep instellen door het indienen van een beroepschrift. Het beroepschrift wordt ingediend bij en behandeld door een door de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming (RSJ) benoemde beroepscommissie. Het indienen van een beroepschrift schorst de tenuitvoerlegging van de uitspraak van de beklagcommissie niet, behalve voor zover deze de toekenning van een tegemoetkoming als bedoeld in artikel 68, zevende lid, Pbw inhoudt.

⁴⁵⁶ Zie over de Commissie van Toezicht artikel 7 Pbw.

⁴⁵⁷ Zie <www.commissievantoezicht.nl>.

⁴⁵⁸ Kamerstukken II 1994-95, 24263, nr. 3, p. 79 (MvT).

Het met redenen omklede beroepschrift moet uiterlijk op de zevende dag na die van de ontvangst van het afschrift van de uitspraak onderscheidenlijk na die van de mondelinge mededeling van de uitspraak worden ingediend bij de beroepscommissie. De beroepscommissie bestaat uit drie leden of buitengewone leden, die wordt bijgestaan door een secretaris.

Ingevolge artikel 71, eerste lid, Pbw doet de beroepscommissie zo spoedig mogelijk uitspraak (de uitspraak is bindend).⁴⁵⁹ De uitspraak van de beroepscommissie strekt volgens artikel 71, tweede lid, Pbw tot gehele of gedeeltelijke:

- a. niet-ontvankelijkverklaring van het beroep;
- b. bevestiging van de uitspraak van de beklagcommissie, hetzij met overneming, hetzij met verbetering van de gronden;
- c. vernietiging van de uitspraak van de beklagcommissie.

Indien het tweede lid, onder c, toepassing vindt, dan doet de beroepscommissie hetgeen de beklagcommissie had behoren te doen, zo volgt uit artikel 71, derde lid, Pbw.

Ten aanzien van de uitspraak van de beroepscommissie zijn de artikelen 66 en 67, tweede lid, eerste en derde tot en met vijfde volzin, vierde en zevende lid, Pbw van overeenkomstige toepassing.

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat beroep ook mogelijk is tegen een beslissing in een bezwaarschriftprocedure of verzoekschriftprocedure als bedoeld in artikel 17 Pbw en artikel 18 Pbw (het betreft plaatsing, overplaatsing, deelname aan een penitentiair programma, verlof en strafonderbreking). De mogelijkheid van beroep volgt uit artikel 72 Pbw e.v. Uit artikel 73, vierde lid, Pbw volgt dat ook dan de gedetineerde een tegemoetkoming kan krijgen. Op die mogelijkheid wordt in de onderzoek niet afzonderlijk ingegaan; de uitgangspunten zijn hetzelfde.

Wat de tegemoetkoming die een beklagcommissie kan toekennen (en een beroepscommissie kan toekennen of beoordelen) betreft, zij opgemerkt dat deze (louter) bedoeld is *ter compensatie voor het geleden ongemak*. De financiële tegemoetkoming heeft aldus niet de aard van een (volledige) schadevergoeding.⁴⁶⁰ In de praktijk wordt gewerkt met standaardvergoedingen die opgesteld zijn door de RSJ (zie hieronder in een afbeelding).⁴⁶¹ Alleen wanneer de *schade eenvoudig is te begroten*, kunnen door de beklag- en beroepscommissie bij de bepaling van de hoogte van de tegemoetkoming schadevergoedingsaspecten worden meegenomen.⁴⁶²

⁴⁵⁹ Zie voor informatie ook <www.rsj.nl>.

⁴⁶⁰ Zie bijvoorbeeld RSJ 11 november 2016, zaaknr. 16/3076/GM.

⁴⁶¹ Zie <www.rsj.nl> voor de standaardbedragen.

⁴⁶² Zie bijvoorbeeld RSJ 2 april 2013, zaaknr. 13/0430/JA en RSJ 4 mei 2017, zaaknr. 16/4137/GA.

STANDAARDBEDRAGEN TEGEMOETKOMINGEN

Gevangeniswezen

GA (beroep tegen uitspraak beklagcommissie)

Algemeen minimum		totaal	€ 5,=
Materieel gegrond:	strafcel, afzonderingscel	per dag	€ 10,=
	eigen cel	per dag	€ 7,50
	openen geprivilegieerde post	per keer	€ 5,=
	niet mogen/kunnen bellen met advocaat	per keer	€ 10,=
	niet verstrekken van een maaltijd	per keer	€ 5,=
	ontbreken schaamschot		€ 10,=

Formeel gegrond:

1/3 van totale bedrag materiële gegrondverklaring, doch steeds minimaal in totaal € 5,=

Dagprogramma:

Als standaard zal gelden dat niet meer het basisuurloon als uitgangspunt wordt genomen, maar de tijdsperiode van de schending van het dagprogramma. De aanvang van de schending dient te worden gelegd op de datum van het beklag en het einde van de schending op het moment waarop de schending is opgeheven dan wel enige tijd (een week) na het verzenden van de uitspraak. De volgende bedragen gelden als richtlijnen:

schending van het wettelijk voorgeschreven minimum

tot 1 week	€ 5,=
tot 2 weken	€ 10,=
gedurende 2 weken – 1 maand	€ 20,=
langer dan 1 maand	€ 30,=
langer dan 2 maanden	€ 40,=
langer dan 3 maanden	€ 50,=
langer dan 4 maanden	€ 60,=
langer dan 5 maanden	€ 70,=

Overzichten van uitspraken zijn te vinden in de jurisprudentiebulletins van de RSJ. Ook is er een databank met uitspraken. Hierin staan ook uitspraken met betrekking tot gedetineerde die ten onrechte aan bepaalde dwangbehandeling werden onderworpen. Uit de afspraken kan worden afgeleid dat het aan de gedetineerde is om omstandigheden aan te voeren waaruit de aannemelijkheid van de onjuistheid van de beslissing blijkt. De penitentiare inrichting moet de stukken bewaren die nodig zijn voor een beoordeling, aldus vergelijkbaar met een verzwaarde motiveringsplicht.

Voor een voorbeeld wordt gewezen op een uitspraak van de beklagcommissie inzake een dwangbehandeling in detentie.⁴⁶³ De beklagcommissie stelde vast dat uit de bestreden beslissing tot toepassing van b-dwangbehandeling niet bleek welke vorm van gevaar zoals neergelegd in artikel 46a Pbw in het onderhavige geval door de directeur was aangenomen en aan zijn beslissing ten grondslag was gelegd. Ook nam de beklagcommissie in aanmerking dat uit het behandelplan noch uit de overige beschikbare stukken bleek waaruit het agressieve gedrag van de gedetineerde bestond. Het bestreden besluit was aldus onvoldoende gemotiveerd. Bovendien kon zo evenmin worden vastgesteld of wellicht het reeds ingezette, minder ingrijpende middel van afzondering in de afzonderingscel niet voldoende was om het gevaar voorlopig af te wenden en dat een beslissing over het al dan niet toepassen van a-dwangbehandeling in het onderhavige geval niet kon worden afgewacht. Nu de gevolgen van de bestreden beslissing niet meer ongedaan gemaakt konden worden, kwam aan de gedetineerde een tegemoetkoming toe ter hoogte van € 50,-.

⁴⁶³ Commissie van Toezicht 5 januari 2017, zaaknr. KC 2017/003. Het beroep van de directeur werd ongegrond verklaard, zie RSJ 24 april 2017, zaaknr. 16/4183/GA.

Over een dwangbehandeling gaat ook een andere uitspraak van de beklagcommissie.⁴⁶⁴ De beklagcommissie kwam tot het oordeel dat niet voldaan was aan het gevaarscriterium zoals omschreven in artikel 46a Pbw, nu onvoldoende aannemelijk was geworden dat het gevaar bestond dat de gedetineerde maatschappelijk te gronde zou gaan of dat het gevaar bestond dat de gedetineerde een ander van het leven zou beroven of hem ernstig lichamelijk letsel zou toebrengen. De directeur had daarom niet kunnen beslissen tot het toepassen van a-dwangbehandeling. De klacht werd gegrond verklaard waarbij aan de gedetineerde een tegemoetkoming toekwam van € 50,-.

Een ander voorbeeld is afkomstig van de beroepscommissie.⁴⁶⁵ De beroepscommissie overwoog als volgt: “Vanwege het ingrijpende karakter van de dwangbehandeling is in artikel 46e, tweede lid, van de Pbw bepaald dat de directeur, ten behoeve van zijn beslissing tot toepassing van dwangbehandeling, een verklaring van de behandelend psychiater dient over te leggen, evenals een verklaring van een psychiater die de gedetineerde met het oog daarop kort tevoren heeft onderzocht, maar niet bij diens behandeling betrokken is. Uit deze verklaringen dient te blijken dat de gedetineerde op wie de verklaring betrekking heeft, is gestoord in zijn geestvermogens en dat een geval als bedoeld in artikel 46d, onder a, van de Pbw, zich voordoet. In de door de directeur verstrekte inlichtingen, waaronder de schriftelijke mededeling van de beslissing a-dwangbehandeling, de verklaring van de behandelend psychiater tevens uittreksel van klagers behandelplan en de verklaring van tweede psychiater die klager met het oog daarop klager kort tevoren heeft onderzocht, maar niet bij de behandeling betrokken was, komt het navolgende – kort en zakelijk weergegeven – naar voren.

Er is zeer waarschijnlijk sprake van een gemengd beeld van psychotisch paranoïd beleven, met onderliggende persoonlijkheidspathologie cluster B. Klager maakt een vijandige en achterdochtige indruk als hij wordt gesproken. Hij praat luid, scheldt en stelt dat iedereen en leugenaar is. Er valt te zien dat klager op bed ligt en lijkt te oren in het Arabisch en maakt hierbij handgebaren. Daarnaast is het opvallend dat klager schokkende bewegingen maakt die niet ritmisch van aard zijn. Op 13 november 2018 was hij met behulp van het Interne Bijstandsteam (IBT) bij binnenkomst in de inrichting geplaatst. Klager werkte niet mee en bood forse weerstand en was geladen. Klager heeft op 19 november 2018 geprobeerd afdelingspersoneel fysiek aan te vallen en heeft met bloed gespuugd. Na het toedienen van een b-dwangbehandeling op 20 november 2018 was sprake van een verbetering van het toestandbeeld. Het acute gevaar is inmiddels afgewend door het ondergaan van een b-dwangbehandeling. Er hebben geen nieuwe incidenten plaatsgevonden. Verdere behandeling is evenwel noodzakelijk, omdat het gevaar met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal terugkeren. De a-dwangbehandeling is proportioneel omdat deze dient om gevaar, hetgeen voortkomt uit het paranoïd psychotisch beeld, af te wenden. Daarnaast zijn er geen alternatieven beschikbaar gelet op de aard van de aan het gevaar ten grondslag liggende stoornis.

De beroepscommissie overweegt, op grond van de zitting en hetgeen ter zitting naar voren is gebracht en overhandigt[d], als volgt.

Klager moest op 13 november 2018 met behulp van het IBT worden geplaatst in de inrichting en op 19 november 2018 heeft klager getracht verschillende personeelsleden fysiek aan te vallen. Om zijn aanval kracht bij te zetten heeft hij met bloed gespuugd. Toen is besloten – op 20 november 2018 – over te gaan tot een b-dwangbehandeling om het acute gevaar af te wenden. Uit de stukken blijkt genoegzaam dat met behulp van die b-dwangbehandeling, onder meer bestaande uit het toedienen van anti-psychotische medicatie, het gevaar is afgewend en er nadien geen incidenten meer hebben plaatsgevonden waarbij klager betrokken was. Niettemin is besloten een a-dwangbehandeling op te leggen, omdat – volgens de psychiaters – het gevaar met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal terugkeren.

De beroepscommissie is van oordeel dat de beslissing om alsnog te besluiten dat klager een a-dwangbehandeling moet ondergaan niet afdoende is gemotiveerd. Klager heeft ter zitting uitleg gegeven over de incidenten op een coherente en realistische wijze. Klager is agressief geworden omdat hij werd gedwongen zich in bijzijn van voor hem onbekende personen uit te kleden, iets dat hij op grond van zijn cultuur en godsdienst onbegrijpelijk, beledigend, onacceptabel en zeer frustrerend vond. Vanwege de taalbarrière heeft hij zich niet duidelijk kunnen maken. Dat hij medewerkers fysiek heeft geprobeerd aan te vallen is een zeer ernstige zaak, maar niet voldoende blijkt dat deze agressie voortvloeit uit een psychotische stoornis in plaats van een aan de situatie gebonden interactie. Toentertijd is besloten voor een b-dwangbehandeling om het acute gevaar af te wenden, sedertdien heeft zich geen incident meer voorgedaan. Uit de stukken is echter onvoldoende gebleken dat een a-dwangbehandeling nadien noodzakelijk is om inmiddels nieuw gevaar af te wenden en of de eerder vermelde agressie (die zich dus niet meer heeft voorgedaan) niet op een andere wijze kan worden behandeld dan met hoge doses anti-psychotische medicatie (subsidiariteitvereiste).

Voor de beroepscommissie is aldus onvoldoende aannemelijk geworden dat het destijds gebleken gevaar mogelijk veroorzaakt is door een psychische stoornis, en dat dit gevaar binnen redelijke termijn alleen weggenomen kan worden

⁴⁶⁴ Commissie van Toezicht 1 november 2016, zaaknr. KC 2017/004. Zie ook Commissie van Toezicht 6 oktober 2016, zaaknr. KC 2017/005.

⁴⁶⁵ RSJ 8 februari 2019, zaaknr. R-18/2328/GA.

door de dwangbehandeling. Daardoor is zij van mening dat de gekozen dwangbehandeling niet voldoet aan de eisen van subsidiariteit en doelmatigheid. De beslissing van de directeur bij klager een dwangbehandeling, als bedoeld in artikel 46d, aanhef en onder a, van de Pbw, toe te passen kan derhalve worden aangemerkt als onredelijk en onbillijk. Nu de beslissing niet voldoet aan de wettelijke vereisten, zal het beroep dan ook gegrond worden verklaard en de bestreden beslissing zal worden vernietigd.

De beroepscommissie ziet aanleiding een tegemoetkoming toe te kennen van €[]50,=, nu klager tot op heden veel lichamelijke bijwerkingen heeft van de toegediende medicatie.”

Voor een voorbeeld inzake een dwangbehandeling wordt ook nog gewezen op een uitspraak van de beroepscommissie over dwangmedicatie.⁴⁶⁶ De klager in kwestie was voor de toediening van dwangmedicatie op basis van een ordemaatregel overgebracht naar een PPC en na twee dagen retour naar de EBI. Voor plaatsing in een PPC is een beslissing selectiefunctionaris nodig. De Beroepscommissie oordeelde dat vanwege het ingrijpend karakter van dwangmedicatie de toediening ervan met meerdere wettelijke waarborgen omgeven is. De beroepscommissie was van oordeel dat de handelwijze van de directeur op meerdere gronden in strijd was met de wet. De gedetineerde kreeg een vergoeding van € 50,-.

Voor een voorbeeld wordt voorts gewezen op een uitspraak van de beroepscommissie ten aanzien van een disciplinaire straf.⁴⁶⁷ De beroepscommissie overwoog als volgt: “Aan klager is een disciplinaire straf opgelegd van vijf dagen opsluiting in eigen cel of verblijfsruimte, alsmede een bezoektzegging voor de duur van drie maanden, omdat op camerabeelden zou zijn gezien dat klager tijdens het bezoek van zijn moeder contrabande in ontvangst nam. Klager ontkent stellig dat hij contrabande in ontvangst heeft genomen. De camerabeelden bevinden zich niet in het dossier. De secretaris van de beroepscommissie heeft voorafgaand aan de zitting de directeur verzocht de beelden toe te zenden, maar de directeur heeft aangegeven dat de beelden niet meer beschikbaar zijn. De beroepscommissie acht het van belang dat camerabeelden worden bewaard voor een lopende beklag- en beroepsprocedure, zeker als – zoals in onderhavige zaak – de gedetineerde stellig ontkent de hem verweten gedraging te hebben verricht, er geen contrabande is aangetroffen en het bekijken van de beelden door de directeur voorafging aan en medebepalend was voor de beslissing tot het opleggen van de disciplinaire straf. Door het niet kunnen bekijken/tonen van de camerabeelden, is klager in zijn mogelijkheid om zich tegen de beschuldiging te verdedigen geschaad. Hij is immers niet langer in staat om zijn (gestelde) onschuld aannemelijk te maken. Ook de beklag- en beroepscommissie moeten de mogelijkheid hebben op verzoek van de gedetineerde of uit eigen beweging de camerabeelden te bekijken, om zich een oordeel te kunnen vormen over de juistheid van de gronden waarop de directeur zijn beslissing heeft genomen. Gelet op het voorgaande kan de bestreden beslissing van de directeur, nu de grond waarop die beslissing is genomen onvoldoende aannemelijk is geworden, niet in stand blijven. De beroepscommissie zal het beroep daarom gegrond verklaren, de uitspraak van de beklagrechtster vernietigen en het beklag alsnog gegrond verklaren. Aan klager zal een tegemoetkoming worden toegekend van 5 maal € 7,50 is € 37,50.”

Een ander voorbeeld heeft betrekking op het ontbreken van een cel voor mindervaliden.⁴⁶⁸ De beroepscommissie overwoog als volgt: “De beroepscommissie onderkent dat de directeur door de niet-uitvoerbare beslissing van de selectiefunctionaris voor het blok is gezet. Aan de andere kant blijkt niet dat de directeur zich in de twee maanden volgend op de plaatsing heeft ingespannen een voor klager geschikte plek te vinden. Uit de door de directeur verstrekte inlichtingen volgt alleen dat de directeur voorafgaand aan de plaatsing op 30 augustus 2018 de selectiefunctionaris heeft gebeld. Het is niet gebleken dat de directeur zich nadien nog heeft ingespannen om alternatieven te onderzoeken. Hij heeft daarmee onvoldoende invulling gegeven aan de op hem rustende zorgplicht. Het beroep zal daarom gegrond worden verklaard. Wat het horloge betreft is het overigens onvoldoende aannemelijk geworden dat de beschadiging hiervan het gevolg is geweest van de plaatsing op een reguliere cel. Bij het bepalen van de tegemoetkoming, zal deze gestelde beschadiging niet worden meegewogen.

In het ten[]minste twee maanden durende ongemak voor klager, ziet de beroepscommissie aanleiding een tegemoetkoming van € 50,= toe te kennen.”

⁴⁶⁶ RSJ 4 november 2016, zaaknr. 16/2857/GA. Zie voor uitspraken over dwangbehandelingen voorts (onder meer) RSJ 31 oktober 2016, zaaknr. 16/2220/TA; RSJ 11 oktober 2016, zaaknr. 16/2458/GA; RSJ 23 september 2016, zaaknr. 16/1973/GA; RSJ 9 september 2016, zaaknr. 16/2298/GA; RSJ 9 september 2016, zaaknr. 16/2131/GA; RSJ 10 augustus 2016, zaaknr. 16/2179/GA; RSJ 20 juni 2016, zaaknr. 16/1331/GA; RSJ 18 april 2016, 15/4316/GA; RSJ 11 april 2016, 15/3833/GA; RSJ 25 februari 2016, 15/4143/GA; RSJ 25 februari 2016, 15/3782/GA; RSJ 5 februari 2016, zaaknr. 15/3735/GA; RSJ 15 januari 2016, zaaknr. 15/3370/GA; RSJ 18 december 2015, zaaknr. 15/1486/GA; RSJ 20 juli 2015, zaaknr. 15/1407/GA; RSJ 22 december 2014, zaaknr. 14/3461/GA; RSJ 22 december 2014, zaaknr. 14/3416/GA; RSJ 9 oktober 2014, zaaknr. 14/1982/GA; RSJ 6 augustus 2014, zaaknr. 14/1222/GA; RSJ 5 augustus 2014, zaaknr. 14/1383/GA; RSJ 11 februari 2014, zaaknr. 13/2783/GA en zaaknr. 13/3761/GA.

⁴⁶⁷ RSJ 26 april 2019, zaaknr. R-18/1788/GA.

⁴⁶⁸ RSJ 27 december 2018, zaaknr. R-18/1868/GA.

Een volgend voorbeeld is een uitspraak van de beroepscommissie naar aanleiding van diverse klachten van een gedetineerde.⁴⁶⁹ De beroepscommissie achtte een aantal beroepsgronden gegrond. Zij overwoog als volgt:

“(…) Voldoende is komen vast te staan dat klager (…) niet in de gelegenheid is gesteld telefonisch contact op te nemen met zijn advocaat. De directeur heeft dit overigens niet weersproken. Gelet op de gegeven omstandigheden, acht de beroepscommissie het begrijpelijk dat klager op die dagen contact op wenste te nemen met zijn advocaat. De directie heeft onvoldoende weersproken waarom hij hiertoe niet in de gelegenheid is gesteld. Het beroep zal dan ook gegrond worden verklaard en aan klager zal een tegemoetkoming worden toegekend van € 10,= (2 x € 5,=).

(…) De tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf of vrijheidsbenemende maatregel in een inrichting vindt plaats ex artikel 19, eerste lid, van de Pbw, in algehele dan wel beperkte gemeenschap, tenzij plaatsing in een individueel regime noodzakelijk is. Ingevolge artikel 11 van de Regeling selectie plaatsing en overplaatsing van gedetineerden kunnen in het individueel regime gedetineerden worden geplaatst die op grond van hun persoonlijkheid, gedrag of andere persoonlijke omstandigheden, de aard van het door hen gepleegde delict, of de aard van het delict van het plegen waarvan zij worden verdacht een ernstig beheersrisico vormen voor zichzelf of anderen en ten gevolge daarvan niet in staat dan wel ongeschikt zijn in een regime van algehele of beperkte gemeenschap te functioneren of te verblijven. Vaststaat dat de p.i. Ter Apel niet is aangewezen als een inrichting met een individueel regime, maar als inrichting met een beperkt gemeenschapsregime met een normaal beveiligingsniveau.

Vast is komen te staan dat klager gedurende enkele maanden is beperkt in zijn contact met medegedetineerden. De directeur heeft toegelicht waaruit het speciaal voor klager opgestelde basisprogramma bestond. De bedoelingen van dit aangepaste programma zijn begrijpelijk, gelet op de voorgeschiedenis van klager en de incidenten in de inrichting. De facto was echter sprake van een individueel programma. Dat door dit programma feitelijk gezien geen activiteiten zijn geschonden, is niet in geding. De deelname hieraan heeft echter niet plaatsgevonden in gemeenschap, maar individueel. De beslissing dient te worden aangemerkt als een plaatsing in een individueel regime, waar immers deelname aan alle activiteiten, zij het op individuele basis, is toegestaan. In de Memorie van Toelichting, Tweede Kamervergaderjaar 1994-1995, 24263, nr. 3 pagina 42, bij de Pbw, wordt uitdrukkelijk vermeld dat de bevoegdheid om te bepalen in welke inrichtingen een individueel regime zal gelden, aan de Minister is voorbehouden. De aanwijzing tot individueel regime wordt landelijk bepaald en de uitvoering door de directeur wordt toegesneden op de (on)mogelijkheden van de individuele gedetineerde. De beslissing tot plaatsing in een individueel regime is op grond van artikel 15, derde lid, van de Pbw voorbehouden aan de selectiefunctionaris. De beslissing van de directeur mist derhalve een wettelijke grondslag. Het beroep zal gegrond worden verklaard en aan klager zal een tegemoetkoming worden toegekend van € 75,= (drie maanden x € 25,=).”

Voor een volledige schadevergoeding is de klagende gedetineerde aangewezen op de grondslag van de onrechtmatige daad en de burgerlijke rechter en zijn op de schadevergoeding de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW) van toepassing.

In dat verband is een recente uitspraak van de Hoge Raad interessant én van belang.⁴⁷⁰ De uitspraak heeft betrekking op een schadevergoeding wegens een te zwaar detentieregime. De Staat had onrechtmatig gehandeld door de gedetineerde bijna een jaar lang in de extra beveiligde inrichting (EBI) geplaatst te houden in plaats van onder een regime waarin de beperkingen minder ingrijpend zijn. De beroepscommissie had de gedetineerde daarvoor een bedrag toegekend van € 1.375,-.

De gedetineerde stelde echter dat hij recht had op (een hoger bedrag ter zake van) vergoeding van ander nadeel. Zowel de Rechtbank Den Haag als het Gerechtshof Den Haag wees de vordering van de gedetineerde af. De relevante overwegingen van het hof houden, kort weergegeven, het volgende in:⁴⁷¹

“4. Ook in hoger beroep staat vast dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door [appellant] bijna een jaar langer in de EBI te laten verblijven dan was toegestaan. Op grond van art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW heeft [appellant] dan ook recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien hij ten gevolge van dat verblijf lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast.

5. Door de intrekking van de vordering ten aanzien van het oogletsel, behoeft de vraag of [appellant] tijdens zijn verblijf in de EBI oogletsel heeft opgelopen en/of dit verergerd is door dat verblijf geen beantwoording meer. Het hof gaat ervan

⁴⁶⁹ RSJ 1 augustus 2018, zaaknr. 17/4234/GA.

⁴⁷⁰ HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019, 162, met nt. S.D. Lindenbergh.

⁴⁷¹ Gerechtshof Den Haag 4 juli 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1512.

uit dat van lichamelijk letsel geen sprake is. Aantasting van eer of goede naam is niet gesteld en ook daarvan is geen sprake.

6. De vraag die vervolgens voorligt is, of [appellant] op andere wijze in zijn persoon is aangetast in de zin van art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW. Om van persoonsaantasting te kunnen spreken is niet voldoende dat sprake is geweest van meer of minder sterk psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen. Voor de toewijsbaarheid van een vordering ter zake van persoonsaantasting is uitgangspunt dat het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld (HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356). In elk geval dient de benadeelde voldoende concrete gegevens aan te voeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan, waartoe nodig is dat het bestaan van geestelijk letsel naar objectieve maatstaven is (of had kunnen worden) vastgesteld. (HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606). Op het uitgangspunt dat geestelijk letsel moet zijn aangetoond kan nog wel een uitzondering worden gemaakt in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor de benadeelde. (HR 29 juni 2012, NJ 2012/410, ECLI:NL:HR:2012:BW1519).

7. [appellant] heeft geen concrete gegevens aangevoerd waaruit het bestaan van enig geestelijk letsel als een in de psychiatrie erkend ziektebeeld naar objectieve maatstaven kan worden vastgesteld, althans waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan.

8. Resteert te onderzoeken of zich in dit geval een uitzondering voordoet op het uitgangspunt dat geestelijk letsel moet zijn aangetoond in verband met de bijzondere ernst van de normschending *en* de gevolgen daarvan voor [appellant] .

9. Het hof stelt voorop dat de vrijheidsbeneming van [appellant] een ernstige inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer is. Die inbreuk wordt echter gerechtvaardigd door de rechtmatige detentie van [appellant] en is daar inherent aan. Dat laatste neemt niet weg, dat de inbreuk op die persoonlijke levenssfeer niet groter mag zijn dan strikt noodzakelijk is.

10. De Staat erkent, dat het regime in de EBI strenger is dan in andere penitentiaire inrichtingen (PI's). Dat betekent dat in de EBI de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer ernstiger is dan in andere PI's. De Staat stelt weliswaar dat tegenover dat strengere regime in de EBI extra voorzieningen staan, zoals uitgebreide mogelijkheden voor "crea", meer sportfaciliteiten dan in de meeste andere PI's en ruimere kookmogelijkheden, maar die voorzieningen nemen de verregaande beperkingen van het recht van privacy en lichamelijke integriteit niet weg, zoals het feit dat men op elk moment aan kleding en lichaam kan worden onderzocht (zie huisregel 6.4 EBI op de niet weersproken lijst van de vergelijking van huisregels van EBI en andere PI's, productie 5 inleidende dagvaarding) en van de persoonlijke bewegingsvrijheid.

Door [appellant] ten onrechte bijna een jaar langer geplaatst te houden in dit strengste regime in plaats van in een regime waarin de verregaande beperkingen minder ingrijpend zijn, ook al is dat weinig, heeft de Staat zich schuldig gemaakt aan schending van de norm dat met de vrijheidsbeneming niet meer inbreuk op de persoonlijke levenssfeer mag worden gemaakt dan strikt noodzakelijk is.

11. Dit leidt echter nog niet tot de conclusie dat aan [appellant] een schadevergoeding als bedoeld in art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW toekomt. Omtrent de persoonlijke gevolgen voor [appellant] van voormelde normschending is niets komen vast te staan. Bij gelegenheid van pleidooi heeft [appellant] nog naar voren gebracht, dat hij het vonnis waarbij hem een levenslange gevangenisstraf werd opgelegd heeft moeten aanhoren zonder dat hij dit met zijn familie kon delen. De Staat betwist dit echter en brengt naar voren dat [appellant] er zelf voor heeft gekozen in de EBI zijn familie niet (meer) te ontvangen. Ook het bij pleidooi naar voren gebrachte feit dat [appellant] zijn strafzaak in de EBI niet goed heeft kunnen voorbereiden wordt door de Staat betwist, is niet te bewijzen aangeboden en dus niet komen vast te staan. Van de uitzonderingssituatie zoals omschreven in rechtsoverweging 8 kan, gelet op het voorgaande, niet worden uitgegaan.

12. [appellant] heeft ook nog betoogd dat de vergoeding die de RSJ hem heeft toegekend te laag is, gelet op de ernstige aantasting van zijn persoon en dat hem in deze procedure een hogere vergoeding moet worden toegekend.

13. Op grond van art. 68, zevende lid van de Penitentiaire Beginselenwet (Pbw) kan de RSJ een geldelijke tegemoetkoming vaststellen voor het geval een gedetineerde in een verkeerde instelling of onder een verkeerd regime wordt geplaatst. De RSJ, een onafhankelijk rechterlijk college dat bij uitstek de omstandigheden in de verschillende penitentiaire instellingen en regimes kent, kan beoordelen en waarderen, heeft op basis van die kennis voor de toepassing van art. 68, zevende lid Pbw een vergoedingenstelsel ontwikkeld met forfaitair vastgestelde vergoedingen als billijkheidsvergoeding voor geleden ongemak in een dergelijk geval.

Aan het hof komt geen oordeel toe over dit vergoedingenstelsel en de daaruit volgende tegemoetkoming die dit onafhankelijke rechtcollege heeft toegekend. Deze tegemoetkoming is ook uitdrukkelijk geen schadevergoeding, zoals de RSJ herhaaldelijk heeft overwogen, en dus niet de schadevergoeding als bedoeld in art. 6:106, eerste lid, aanhef en sub b BW.

Voor een hogere vergoeding dan de RSJ toekende, kan slechts plaats zijn in het geval de normschending dusdanige persoonlijke gevolgen voor [appellant] zou hebben gehad, dat de uitzonderingssituatie als bedoeld in rechtsoverweging 8 zich voordoet. Die uitzonderingssituatie doet zich, zoals hiervoor overwogen, niet voor.

Reeds daarom komt het hof aan een verhoging van dat bedrag niet toe.”

[onderstreping RW]

De verdachte ging vervolgens in cassatie. Zonder succes echter. De Hoge Raad overwoog als volgt:

“Uitgangspunten

4.2.1 Als de schade die het gevolg is van een onrechtmatige daad nadeel omvat dat niet in vermogensschade bestaat, heeft de benadeelde ingevolge art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien hij lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast.

Van de in art. 6:106 lid 1, onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze is in ieder geval sprake indien de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Degene die zich hierop beroept, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan, waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel kan worden vastgesteld (vgl. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2551, rov. 3.4).

Daarnaast kunnen de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde, meebrengen dat van de in art. 6:106 lid 1, onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 379 en p. 380). HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519 (Blauw oog) moet ook aldus worden verstaan.

In beginsel zal degene die zich hierop beroept de aantasting in zijn persoon met concrete gegevens moeten onderbouwen. In voorkomend geval kunnen de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. In HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721 (Oudejaarsrellen) was die aantasting gelegen in de gevoelens van angst, onveiligheid en onzekerheid met betrekking tot het lijf en goed van de benadeelden die een aantal uren in hun woning in een zeer bedreigende situatie verkeerden, terwijl een reactie op hun verzoek om hulp en bijstand van de politie uitbleef. En in HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213 (Wrongful life) bestond die aantasting in de ernstige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de moeder waardoor zij niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen.

4.2.2 Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106 lid 1, onder b, BW, is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.

4.2.3 Op grond van de Penitentiaire beginselenwet kan een gedetineerde opkomen tegen een hem betreffende beslissing. Indien de bestreden beslissing wordt vernietigd en de rechtsgevolgen van die beslissing niet meer ongedaan gemaakt kunnen worden, kan de RSJ de gedetineerde een tegemoetkoming toekennen (art. 68 lid 7 Pbw en art. 73 lid 4 Pbw). Deze tegemoetkoming kan bestaan in niet-geldelijke compensatie, bijvoorbeeld door klager alsnog de faciliteiten toe te kennen die hem ten onrechte zijn onthouden. Indien deze vorm van tegemoetkoming niet goed mogelijk is, kan de tegemoetkoming bestaan in een financiële compensatie (zie Kamerstukken II 1994/95, 24263, nr. 3, p. 79-80). Een financiële compensatie kan zien op gederfd loon en immateriële schade (vgl. Kamerstukken II 1995/96, 24263, nr. 6, p. 37). De RSJ hanteert bij het toekennen van een geldelijke tegemoetkoming gestandaardiseerde bedragen. Indien de klager daarnaast schade heeft geleden die eenvoudig is te begroten, kan de RSJ daarvoor een bijkomende vergoeding toekennen.

4.2.4 Indien de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven, kan naast de hiervoor in 4.2.3 bedoelde gestandaardiseerde tegemoetkoming vergoeding van immateriële schade op de voet van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW op haar plaats zijn. Daarvoor is vereist dat de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde, meebrengen dat sprake is van de in art. 6:106 lid 1, onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze (zie hiervoor in 4.2.1).

Beoordeling van de klachten

4.3.1 De onderdelen 1.3, 1.10 en 1.13-1.15 van het middel klagen dat het hof heeft miskend dat bij schending van de art. 3, 5 en 6 EVRM verondersteld moet worden dat nadeel is geleden, ook als geen sprake is van (feitelijk aangetoonde) immateriële schade als bedoeld in art. 6:106 lid 1 BW, en dat dit nadeel in een geval als het onderhavige voor vergoeding in aanmerking komt naast de tegemoetkoming die is toegekend door de beroepscommissie van de RSJ. Deze klacht stuit af op hetgeen hiervoor in 4.2.1, 4.2.2 en 4.2.4 is overwogen.

4.3.2 Onderdeel 1.12 klaagt dat onbegrijpelijk is dat het hof in dit geval niet heeft verondersteld dat de normschending door de Staat heeft geleid tot schade die is aan te merken als aantasting in de persoon van [eiser].

Het hof heeft terecht onderzocht of het EBI-regime voor [eiser] zwaarder is geweest dan het GVM-regime zou zijn geweest indien dat in de relevante periode op hem was toegepast. Partijen hebben daarover samengevat het volgende gesteld.

[eiser] heeft blijkens de dagvaarding in eerste aanleg en de memorie van grieven aanvankelijk alleen in algemene bewoordingen in beeld gebracht hoe ingrijpend het EBI-regime is en hoe het GVM-regime in een penitentiaire inrichting (hierna: PI) verschilt van het EBI-regime. De Staat heeft zich in feitelijke instanties op het standpunt gesteld dat [eiser] geen geestelijk letsel heeft geleden en dat hij niet concreet heeft gesteld welke immateriële schade uit zijn verblijf in de EBI is voortgevloeid. De Staat heeft tijdens de zitting bij de rechtbank betoogd dat zowel het EBI-regime als het GVM-regime in een PI ruimte biedt voor aanpassingen in individuele gevallen en dat beide regimes in het geval van [eiser] niet in die mate van elkaar verschiden dat sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze. Dit heeft [eiser] niet gemotiveerd weersproken. Hij heeft niet geconcretiseerd welk nadeel hij heeft geleden en niet uiteengezet wat in zijn geval gedurende de relevante periode het verschil in regime zou zijn geweest als niet het EBI-regime maar het GVM-regime zou zijn toegepast.

Het hof heeft geoordeeld dat omtrent de persoonlijke gevolgen voor [eiser] van de normschending niets is komen vast te staan. Gezien hetgeen hiervoor in 4.2.1 en 4.2.4 is overwogen en tegen de achtergrond van het zojuist weergegeven partijdebat is dat oordeel niet onbegrijpelijk. De daartegen gerichte motiveringsklacht faalt.”

[onderstreping RW]

De Hoge Raad bevestigde met het arrest aldus dat voor een vergoeding van ander nadeel als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW (geobjectiveerd) geestelijk letsel vereist is of een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht, waarvan de aard en de ernst van de schending en de relevante nadelige gevolgen ervan voor de benadeelde zodanig zijn dat van een aantasting in de persoon kan worden gesproken. In beginsel zal degene die zich op die grond beroept de aantasting in zijn persoon met concrete gegevens moeten onderbouwen (dit vereist dus een onderbouwing van de aard en de ernst van de normschending en van de relevante nadelige gevolgen). In een voorkomend geval kunnen de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband *relevante nadelige gevolgen* daarvan voor de benadeelde *zo voor de hand liggen*, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen.⁴⁷² De benadeelde zal moeten stellen dat dit in zijn situatie aan de orde is.

Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106, aanhef en onder b, BW, is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht, aldus de Hoge Raad. Ik lees hierin dat er mitsdien ten minste nadelige gevolgen moeten zijn.⁴⁷³

Ik wijs voor nadere gedachten over de toekenning van een vergoeding voor een persoonsaantasting als zodanig ook op de conclusie van advocaat-generaal Hartlief bij het arrest.⁴⁷⁴ De advocaat-generaal concludeerde als volgt:

“3.10 Met de erkenning in de uitspraken met betrekking tot *Groninger oudejaarsrellen* en *Wrongful life* van de mogelijkheid van smartengeld vanwege de schending van fundamentele rechten *als zodanig* (hierna randnummers 4.15 e.v.) heeft Uw Raad zelf voedsel gegeven aan de gedachte dat (...) de route van smartengeld wegens schending van een fundamenteel recht een zelfstandige is, die zich binnen de categorie van de aantasting in de persoon “op andere wijze” heeft ‘losgemaakt’ van de route van smartengeld wegens geestelijk letsel. In het latere *Blauw oog*-arrest, waarbij het hof in de onderhavige zaak nadrukkelijk aansluiting heeft gezocht, lijkt de ruimte voor deze route echter nogal beperkt en lijkt in ieder geval de route die langs geestelijk letsel voert voorop te staan.

3.11 Dat is om meerdere redenen ongelukkig. Zo kan schending van een fundamenteel recht weliswaar (ook) tot geestelijk letsel leiden, maar dat zal (gelukkig) in de regel niet het geval zijn. Het is dan enigszins merkwaardig om dan voor smartengeld wel dat vereiste (voorop) te stellen. Daar komt bij dat dat ook geen recht doet aan de zaak. Smartengeld wegens geestelijk letsel, mocht zich dat voordoen, is nu eenmaal geen smartengeld wegens inbreuk op het fundamentele recht *als zodanig*. Daar komt bij dat met de genoemde arresten *Groninger oudejaarsrellen* en *Wrongful life* ruimte is

⁴⁷² Zie bijvoorbeeld HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, NJ 2005, 391, met nt. J.B.M. Vranken (Groninger oudejaarsrellen) en HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly, Wrongful life).

⁴⁷³ Zie ook HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278.

⁴⁷⁴ Conclusie A-G Hartlief 26 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1295. Zie eerder over deze materie T. Hartlief, Handhaving met smartengeld, AV&S 2008, 34.

gegeven aan een ontwikkeling, denk bijvoorbeeld aan de erkenning van (het recht op vergoeding van) zogenoemde integriteitsschade in gevallen waarin een informatieverplichting van een arts is geschonden (hierna randnummer 4.23), die zeker nog niet is afgerond. Het strakker aanhalen van de teugels tijdens dat ontwikkelingsproces ligt niet voor de hand. Aanleiding daarvoor is er ook niet; het is zeker niet zo dat er een breed gedragen gevoel is dat het met het smartengeld buiten de sfeer van lichamelijk en geestelijk letsel de verkeerde kant opgaat of dat het op dat vlak zelfs uit de hand loopt, integendeel. Ten slotte verdient in dit verband vermelding dat ook een ontwikkeling als die met betrekking tot smartengeld wegens overschrijding van de redelijke termijn voor het nemen van een rechterlijke beslissing in de zin van art. 6 EVRM (hierna randnummer 4.24) moeilijk te verenigen valt met de terughoudende formulering uit het *Blauw oog*-arrest. Waar staan we anno 2018 dus met het (recht op) smartengeld?

(...)

Waar staan we anno 2018 met het (recht op) smartengeld?

(...)

Smartengeld en het systeem van de wet

4.13 Ingevolge art. 6:95 BW is voor smartengeld, (...), een nadere wettelijke grondslag vereist. Een aanspraak op vergoeding van immateriële schade bestaat alleen indien de wet daarin voorziet. Dat doet de wet op diverse plaatsen, onder meer in het BW (art. 6:106 en art. 7:510 bijvoorbeeld) maar een enkele keer ook buiten het BW, zoals bijvoorbeeld in art. 89 Wetboek van Strafvordering en in art. 106 Vreemdelingenwet. De belangrijkste bepaling, die bij gebreke van een (nog) specifieke(r) wetsartikel in de onderhavige zaak ook steeds in beeld komt, is art. 6:106 BW. In dit geval staat de categorie gevallen centraal die benoemd is in art. 6:106 lid 1 onder b BW. Daar is voorzien in een recht op schadevergoeding “indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast”. In het onderhavige geval staat niet ter discussie dat, voor zover een aanspraak op schadevergoeding bestaat, deze wordt gebaseerd op de derde ‘subcategorie’ die eigenlijk een *restcategorie* is: aantasting in de persoon “op andere wijze” (dan door lichamelijk letsel of aantasting in eer of goede naam).

4.14 In deze restcategorie valt in ieder geval geestelijk letsel en inmiddels ook de schending van fundamentele rechten. In de rechtspraak van Uw Raad is eerst aangenomen dat geestelijk letsel, dat anders dan lichamelijk letsel dus niet met zoveel woorden in art. 6:106 lid 1 onder b BW is genoemd, een aantasting in de persoon “op andere wijze” kan opleveren, zij het dat van geestelijk letsel niet zomaar sprake is. Te noemen vallen arresten als *Ontvanger/Bos* en *Wrongful birth I* waarin Uw Raad duidelijk heeft gemaakt dat meer nodig is dan gevoelens van meer of minder sterk psychisch onbehagen. Gevoelens van frustratie, teleurstelling, onzekerheid, angst of verdriet, ook al zijn zij sterk, zijn dus niet voldoende. In latere rechtspraak heeft Uw Raad dat uitgewerkt. In het *Taxibus*-arrest heeft Uw Raad aangegeven dat geestelijk letsel in beginsel pas kan worden aangenomen wanneer sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, althans is, zo overweegt Uw Raad in het arrest *Beliën/provincie Noord-Brabant*, daartoe vereist dat de benadeelde “voldoende concrete gegevens [aanvoert], waaruit kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel is of had kunnen zijn vastgesteld.”. De lat ligt daarmee dus tamelijk hoog.

4.15 Uit latere rechtspraak is gebleken dat ook schending van een fundamenteel recht *als zodanig* onder omstandigheden recht geeft op smartengeld. Daarvoor is dus niet (langer) vereist dat sprake is van geestelijk letsel. Het gaat (inmiddels) om een zelfstandige categorie van gevallen die zich als het ware van de gevallen van geestelijk letsel heeft losgemaakt. In het oog springende arresten in dit verband zijn die inzake *Groninger oudejaarsrellen* en *Wrongful life*.

4.16 In het tot het arrest inzake *Groninger oudejaarsrellen* aanleiding gevende geval hadden de eisers in een zeer bedreigende situatie lange tijd vergeefs moeten wachten op ingrijpen door de politie. Uw Raad liet (na sprongcassatie) het oordeel van de rechtbank in stand dat de aard en de ernst van deze nalatigheid dusdanig waren dat deze een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van de persoon en de veiligheid van de woning van eisers opleverden, en daarmee een aantasting in hun persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW. Daarvoor is dan niet nodig dat ook psychische schade (geestelijk letsel) is vastgesteld. Het tweede belangrijke arrest is dat inzake *Wrongful life*, waarin door een beroepsfout van een verloskundige niet aan het licht was gekomen dat een ongeborn kind aan een chromosomale afwijking leed, terwijl tevens vaststond dat de ouders er, als zij dat hadden geweten, voor hadden gekozen de zwangerschap te laten afbreken. Volgens Uw Raad leverde het feit dat hen die keuze was ontnomen een schending van een fundamenteel recht op:

“4.7 Het LUMC en de verloskundige hebben voorts aangevoerd dat de vordering van de ouders tot vergoeding van hun immateriële schade niet kan worden toegewezen, nu zij door de fout van de verloskundige niet in hun persoon zijn aangetast als bedoeld in art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW.

4.8 Dit verweer is terecht door het hof verworpen ten aanzien van de vordering van de moeder. In onze rechtsorde is het recht van de moeder tot afbreking van haar zwangerschap immers binnen zekere grenzen erkend, welke grenzen in het onderhavige geval niet zouden zijn overschreden. Die erkenning berust op het fundamentele recht van de moeder tot zelfbeschikking. Wanneer aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden door een fout van een verloskundige en zij daarmee, zoals in de onderhavige zaak, niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen, wordt een ernstige

inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrechten is dus niet sprake van affectieschade (kort gezegd: schade die men lijdt door verdriet om het leed of het overlijden van een naaste), waarover de Hoge Raad in zijn arrest van 22 januari 2002, nr. C00/227, NJ 2002, 240, heeft overwogen dat deze ingevolge het wettelijk stelsel geen recht geeft op vergoeding. Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld." (...)

4.17 Deze laatste ontwikkeling is verrassender dan die in het kader van het arrest inzake *Groninger oudejaarsrellen*. Dat ziet immers op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer 'in fysieke zin' en ligt in het verlengde van de rechtspraak van Uw Raad waarin al een recht op smartengeld was aangenomen in zaken waarin ook het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer aan de orde was maar de nadruk lag op *privacy*-aspecten. Opmerkelijker is de ontwikkeling in het *Wrongful life*-arrest dat ziet op het zelfbeschikkingsrecht, omdat daarin, overigens in lijn met eerdere literatuur, een andere koers is ingeslagen dan in twee eerdere *Wrongful birth*-zaken waarin Uw Raad nog had beslist dat schending van het zelfbeschikkingsrecht als zodanig geen recht gaf op smartengeld.

4.18 Wat daarvan zij, beide arresten geven uitdrukking aan een belangrijke ontwikkeling. Niet langer loopt de route naar vergoeding van immateriële schade via geestelijk letsel, maar is zij rechtstreeks. In geval van schending van het recht *als zodanig* kan smartengeld aangewezen zijn. In ieder geval heeft Uw Raad aanvaard dat:

- ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer kan worden gekwalificeerd als 'aantasting in de persoon' die een recht op smartengeld meebrengt en dat daarvoor het aanwezig zijn van geestelijk letsel geen vereiste vormt;
- dat een medische fout waardoor ouders de mogelijkheid is ontnomen om zelf geïnformeerd te beslissen over het al dan niet krijgen van een kind een aantasting vormt van hun zelfbeschikkingsrecht en op die grond een recht op smartengeld rechtvaardigt, opnieuw zonder dat sprake hoeft te zijn van geestelijk letsel.

4.19 De route via geestelijk letsel, die werd bewandeld omdat in ieder geval aanvankelijk de enkele inbreuk op een fundamenteel recht geen recht gaf op smartengeld, is in deze gevallen dus niet (langer) nodig. Dat is wat mij betreft een gelukkige ontwikkeling, omdat in wezen sprake was van een omweg die bovendien, vanwege de strenge eisen die Uw Raad stelt aan geestelijk letsel, tot gevolg had dat alleen degenen die slachtoffer werden van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld daadwerkelijk kans op vergoeding maakten (hiervoor randnummer 4.14).

4.20 Dat is dus niet langer het geval. Nu ook schending van fundamentele rechten als het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer of het recht op zelfbeschikking als zodanig een grondslag voor smartengeld kan opleveren, is niet langer nodig dat (tevens) geestelijk letsel wordt aangevoerd en vastgesteld. Op dit vlak is duidelijk sprake van een zekere *verzelfstandiging*.

4.21 Daarmee is in de rechtspraak van Uw Raad onmiskenbaar sprake van een ontwikkeling waarbij het voor het ontstaan van een recht op smartengeld niet langer noodzakelijk is dat de normschending tot (lichamelijk en/of) geestelijk letsel aanleiding heeft gegeven. Ook zonder dergelijke gevolgen kan een recht op smartengeld onder omstandigheden gebaseerd worden op een aantasting in de persoon (zij het op andere wijze dan door letsel (of schending van eer of goede naam)). Zo heeft ons recht een ontwikkeling doorgemaakt naar een status quo waarin (ook) 'schending schade is' en niet pas van schade kan worden gesproken wanneer schending (verdere) *gevolgen* heeft gehad.

Instrumentele inzet van (het recht op) smartengeld

4.22 Art. 6:106 BW geeft zo ruimte aan een *instrumentele inzet* van het recht op smartengeld: daar waar concrete (andere) schade ontbreekt en toch een zekere financiële druk op potentiële laedentes en/of een erkenning in financiële zin nodig is van hetgeen getroffen is overkomen, kunnen art. 6:106 BW en een in dat verband aangenomen recht op smartengeld soms uitkomst bieden.

4.23 Een bekend voorbeeld betreft de sanctionering van de schending van de verplichting van een arts om de patiënt te informeren over de risico's die zijn verbonden aan een voorgestelde of voorgenomen behandeling. Wanneer de behandeling inderdaad tot complicaties aanleiding heeft gegeven of uiteindelijk zelfs verkeerd is afgelopen, wordt achteraf niet alleen over onjuiste uitvoering van de behandeling maar vaak ook over schending van die informatieverplichting geklaagd. De redenering is dan dat de patiënt bij tijdige (juiste) informatie niet voor de behandeling had gekozen, waarmee de patiënt de latere complicaties (of het niet succesvol verlopen van de behandeling) zou hebben ontlopen. Aansprakelijkheid van de arts op deze grondslag vereist echter dat aannemelijk wordt gemaakt dat de behandeling bij (juiste) informatie niet zou zijn gekozen en dat blijkt in de regel moeilijk. Gevolg daarvan is dat in die gevallen op eventuele schending van de informatieverplichting, afgezien van een eventuele rechterlijke uitspraak waarin deze schending wordt geconstateerd (een verklaring voor recht), eigenlijk geen civielrechtelijke sanctie staat. Schending van deze fundamentele verplichting van de arts blijft dan 'onbestraft'. In dit verband is daarom wel bepleit dat aanspraak op smartengeld zou (moeten) bestaan nu de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht een aantasting in de persoon is die aanspraak geeft op smartengeld. In de feitenrechtspraak wordt een dergelijke aansprakelijkheid voor zogenoemde *integriteitsschade* inderdaad ook wel aangenomen. Geheel uitgekristalliseerd is deze ontwikkeling nog niet, maar interessant is zij zeker. Zij is immers een mooi voorbeeld van een geval waarin het aansprakelijkheidsrecht bij gebreke van (gevolg)schade eigenlijk 'tandeloos' is (hiervoor randnummer 4.9) en als het ware gered wordt door het

recht op smartengeld. Dat geeft alsnog daadwerkelijke inhoud of betekenis aan de verplichting van de arts tot en daarmee 'tanden' aan het recht van de patiënt op het verschaffen van informatie.

4.24 Een tweede ook niet onbelangrijk voorbeeld biedt de problematiek van de (schending van de) *redelijke termijn* voor het nemen van een rechterlijke beslissing. Hier heeft het EHRM de weg gewezen: staten zijn bij schending van het in art. 6 EVRM beschermde recht op een rechterlijke beslissing binnen een redelijke termijn verplicht hetzij te bewerkstelligen dat de procedure wordt versneld, hetzij compensatie toe te kennen. In dit verband biedt schending van het in art. 6 EVRM beschermde recht op een rechterlijke beslissing binnen een redelijke termijn als zodanig recht op vergoeding van immateriële schade. Daarbij worden spanning en frustratie verondersteld, zodat deze niet aannemelijk gemaakt of bewezen hoeven te worden. Bovendien is dit ook voldoende voor (een recht op) smartengeld. Het is dus niet nodig om geestelijk letsel aan te voeren; dat is in deze gevallen geen vereiste voor smartengeld. Spanning en frustratie worden, als gezegd, verondersteld en voor de duur van de overschrijding wordt vervolgens een forfaitaire vergoeding toegekend. Nadat verschillende bestuursrechters in het kielzog van het EHRM inderdaad aansprakelijkheid van de Staat wegens schending van de redelijke termijn hadden aangenomen en in dit verband smartengeld hadden toegekend, heeft Uw Raad zich in 2014 uitgesproken over het regime in civiele zaken waarin als bijzondere complicatie aan de orde is dat de overheid laat staan de Staat in de regel niet in de procedure betrokken is. In dit arrest wordt de lijn van de bestuursrechters gevolgd en is ook nog uitgewerkt hoe een op schending van de redelijke termijn gebaseerde claim tegen de Staat aan de orde kan worden gesteld, namelijk in een zelfstandige procedure tegen de Staat voor de kantonrechter. In het onderhavige kader is van belang dat Uw Raad zich wat betreft de omvang van de vergoeding van een eventueel smartengeld heeft aangesloten bij de diverse bestuursrechters, te weten € 500,- per zes maanden overschrijding, maar ook heeft beslist dat bij een geringe overschrijding het constateren van de overschrijding volstaat.

4.25 Het is vervolgens de vraag hoe een en ander zich verhoudt tot art. 6:106 BW. Naar het oordeel van Lindenbergh, en ik ben geneigd hem bij te vallen, valt dit regime in te passen in het systeem van art. 6:106 BW; aan te nemen valt immers dat sprake is van een aantasting in de persoon "op andere wijze" in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW. Het bijzondere van deze categorie is dan wel, en ook daarvoor laat art. 6:106 lid 1 onder b BW ruimte, dat frustratie, ergernis en dergelijke worden verondersteld, zodat degene die aanspraak maakt op vergoeding op dit punt geen stelplicht heeft. Tegelijkertijd, en dat is wat mij betreft geen toeval, is de omvang van de eventuele vergoeding beperkt: het gaat om betrekkelijk lage en bovendien forfaitaire bedragen. Dit gegeven is niet onbelangrijk: het ene fundamenteel recht is het andere niet en de ene schending is de andere weer niet. Dat dat consequenties heeft voor de omvang van een eventuele vergoeding of zelfs voor het recht op vergoeding als zodanig (bij een geringe overschrijding volstaat immers het constateren van de overschrijding) en (mede) daarom ook voor de stelplicht van degene die aanspraak maakt op smartengeld ligt voor de hand (hierna randnummer 4.54).

Schending van een fundamenteel recht: genoegdoening enkel door vergoeding?

4.26 Het is dus voor het verkrijgen van smartengeld niet langer noodzakelijk om het (buiten de gevallen van lichamelijk letsel en schending van eer of goede naam) steeds over de band van (geestelijk) letsel te spelen. Soms is enkele schending van het betrokken fundamentele recht ook voldoende voor smartengeld. Daarmee is echter nog niet gezegd dat elke schending van een fundamenteel recht dwingt tot het aannemen van een persoonsaantasting die daarmee leidt tot het ontstaan van een recht op smartengeld. Zowel bij het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als bij het zelfbeschikkingsrecht lijkt een (voldoende) ernstige inbreuk noodzakelijk, terwijl dat bij het recht op een rechterlijke beslissing binnen redelijke termijn juist niet vereist is.

4.27 Verdedigd wordt wel dat het antwoord op de vraag of schending van een fundamenteel recht aanleiding geeft tot een recht op smartengeld afhankelijk is van een nadere afweging aan de hand van factoren als de aard van het bij het in concreto geschonden recht betrokken belang (persoonlijke levenssfeer, bewegingsvrijheid, zelfbeschikking over voortplanting, gelijke behandeling, non-discriminatie), de wijze van schending, de ernst van de gevolgen en de vraag of niet reeds voldoende op andere wijze dan door smartengeld kan worden gereageerd op de normschending. Is, met andere woorden, zinvolle sanctionering ook op andere wijze mogelijk, bijvoorbeeld door een declaratoir of anderszins?

4.28 Daarbij komen diverse opties in beeld: zo is er de ruimte om in gevallen waarin er geen (andere) schade is toch smartengeld toe te kennen ex art. 6:106 BW wegens schending van een fundamenteel recht, maar kan er in andere gevallen juist reden zijn genoeg te nemen met een verklaring voor recht. De redenering zou in dat laatste geval zijn dat de genoegdoening die bestaat in het constateren van een schending volstaat.

4.29 Deze laatste benadering kennen we van 'Straatsburg' waar het EHRM op basis van art. 41 EVRM een 'billijke genoegdoening' aan de benadeelde kan toekennen indien in geval van schending van het EVRM het nationale recht van een verdragsluitende staat slechts gedeeltelijk rechtsherstel biedt. Bij toepassing van deze discretionaire bevoegdheid heeft het EHRM bij herhaling aangenomen dat vaststelling door het EHRM van een schending van een fundamenteel recht reeds op zichzelf genoegdoening ('satisfaction') voor de benadeelde kan meebrengen. De omvang van een eventuele vergoeding kan dan relatief bescheiden blijven en eventueel kan vergoeding zelfs achterwege blijven.

4.30 Dicht tegen deze benadering aan ligt de uitspraak waarin Uw Raad heeft geoordeeld dat er bij de bepaling van de schadevergoeding voor een psychiatrische patiënt ten aanzien van wie procedurevoorschriften waren geschonden rekening mee diende te worden gehouden dat in het enkele feit dat de rechter de schending van voorschriften vaststelt reeds een zekere genoegdoening is gelegen.⁴⁷⁵

4.31 Anders dan het EHRM bij art. 41 EVRM heeft de rechter naar Nederlands recht geen discretionaire bevoegdheid om al dan niet schadevergoeding toe te kennen. Het recht op schadevergoeding ontstaat op het moment dat aan door de wet gestelde vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, ongeacht of een rechter zich daaromtrent heeft uitgelaten. In de sfeer van het smartengeld is wel sprake van een zekere rechterlijke beleidsruimte, zij het dat ook in het kader van art. 6:106 BW niet het *bestaan* van het recht op vergoeding, maar slechts de vaststelling van de *omvang* ervan aan het billijkheidsoordeel van de rechter is overgelaten. Desondanks heeft Uw Raad in een geval van belediging geoordeeld dat de rechter bij de begroting van de immateriële schade een discretionaire bevoegdheid heeft, die niet alleen inhoudt dat hij met alle omstandigheden van het geval rekening moet houden maar ook de bevoegdheid insluit om, indien de rechter daartoe gronden aanwezig acht, geen schadevergoeding toe te kennen. In een dergelijk geval zou dan, hoewel eerst een persoonsaantasting is aangenomen, vervolgens toch geen schadevergoeding worden toegekend. Beter lijkt het in zo'n geval aan te nemen dat van een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW geen sprake is. Dat kan ook: juist bij persoonsaantastingen zoals schending van eer of goede naam en schending van (andere) fundamentele rechten ligt de nadruk op de *handeling* van de laedens en niet zozeer, zoals bij lichamelijk en geestelijk letsel het geval is, op de *gevolgen* voor de benadeelde. Bij het beoordelen van dat handelen als zodanig en daarmee bij de vraag of sprake is van een persoonsaantasting kan dan ook de wenselijkheid in de gegeven omstandigheden van het al dan niet toekennen van een vergoeding worden betrokken (hiervoor randnummer 4.27).

4.32 In dat verband rijst soms ook de vraag of een verklaring voor recht niet reeds genoegdoening biedt. Zeker wanneer schending heeft geleid tot vermogensschade, denk alleen al aan de kosten die zijn gemoeid met het beëindigen of wegnemen van de schending, of ander feitelijk nadeel zoals letsel, zal moeilijk kunnen worden aangenomen dat *dat* nadeel door een vaststelling van de schending in rechte wordt verminderd of weggenomen. En toch kan in andere gevallen een rechterlijke uitspraak wel degelijk iets goedmaken of rechtzetten. Lindenbergh heeft in dit verband gewezen op de immateriële schade die bestaat uit het 'geschokte rechtsgevoel', zoals bijvoorbeeld bij schending van bepaalde procedurele rechten aan de orde kan zijn. De route zou dan zijn dat de rechter in zijn oordeel tot uitdrukking brengt dat weliswaar sprake is van een schending, maar dat de schending en haar gevolgen onvoldoende ernstig zijn om te kunnen worden aangemerkt als een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW. Aldus kan de beslissing 'technisch' worden ingebed, maar de achterliggende reden is eigenlijk een andere, namelijk dat met zijn oordeel al voldoende goed is gemaakt. Dat werkt uiteraard niet indien van 'gevolgschade' sprake is, maar eventueel wel bij het ontbreken daarvan.

4.33 Een andere vraag is of smartengeld wegens schending van het fundamentele recht ook nodig is, wanneer er wel sprake is van relevante 'gevolgschade' en met de vergoeding daarvan dan dus al genoegdoening in het geding is. In die gevallen waarin is erkend dat schending van het betrokken fundamentele recht als zodanig aanspraak geeft op smartengeld, zouden we dat recht niet werkelijk serieus nemen wanneer die aanspraak alsnog zou worden ontzegd, omdat al sprake is van voor vergoeding in aanmerking komende 'gevolgschade'. Het meest zuiver is het dan naast de vergoeding van deze 'gevolgschade' ook nog een vergoeding ter zake van de schending van het recht als zodanig aan te nemen. Uiteindelijk zou een vergoeding dan een tweetal componenten kennen: schadevergoeding bestaande in het goed maken van de *gevolgen* die schending heeft gehad en schadevergoeding ter zake van de schending van het recht als zodanig.

4.34 Wanneer eenmaal de stap is gezet dat schending van het recht als zodanig recht geeft op smartengeld, is het immers gewrongen om in gevallen waarin schending ook tot andere gevolgen heeft geleid, die met vergoeding van vermogensschade te corrigeren zijn, de vergoeding daartoe te beperken en smartengeld af te wijzen. Dat zien we bijvoorbeeld ook in de *Wrongful birth*-zaken. Daar was al duidelijk dat in beginsel recht op vergoeding van opvoedkosten en inkomensschade bestaat. Sinds het *Wrongful life*-arrest weten we ook dat schending van het zelfbeschikkingsrecht als zodanig grond geeft voor smartengeld. Dat al sprake is van een substantiële vergoeding ter zake van opvoedkosten en inkomensschade staat aan smartengeld niet in de weg. Een ander oordeel zou ook moeilijk verteerbaar zijn.

⁴⁷⁵ HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, NJ 1997, 682 met nt. J. de Boer.

Welke omvang heeft dan de vergoeding?

(...)

Differentiatie lijkt niet alleen mogelijk, maar ook aangewezen. De door Uw Raad gekozen formulering in het *Wrongful life*-arrest laat ruimte voor de conclusie dat:

- sommige rechten fundamenteeler zijn dan andere, zodat in de laatste categorie wellicht toch enkel smartengeld aan de orde is wanneer tevens sprake is van geestelijk letsel;
- ook bij meer fundamentele rechten niet iedere inbreuk recht geeft op smartengeld, zodat ook dan eventueel alleen smartengeld aan de orde is wanneer tevens sprake is van geestelijk letsel;
- de omvang van de vergoeding afhankelijk is van de ernst van de inbreuk en de aard van het persoonlijkheidsrecht.

[onderstreping RW]

Interessant is mijns inziens in het kader van het onderhavige onderzoek ook nog de volgende opmerking van Lindenbergh in zijn annotatie bij het arrest:

“Dat brengt mij op een laatste punt: wat is de relevantie van het verschil in type persoonsaantasting voor de vaststelling van de omvang van het smartengeld? Die omvang moet worden vastgesteld ‘naar billijkheid’ (art. 6:106 BW), hetgeen alle ruimte biedt voor differentiatie. Het ligt in de rede om in de gevallen waarin de ernst van de gevolgen voor de gezondheid beslissend is voor het aannemen van een persoonsaantasting (lichamelijk letsel, geestelijk letsel), de omvang van de vergoeding te relateren aan de aard, de ernst en de duur van deze gevolgen (vgl. HR 17 november 2000, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen (*D./Bouw*)). Zo vormt in gevallen van letsel de aard en ernst van het letsel, en niet bijvoorbeeld de aard en ernst van de normschending, het primaire aanknopingspunt voor gevalsvergelijking. Bij – kort gezegd – schending van fundamentele rechten ligt het evenwel veel meer voor de hand om de omvang van de vergoeding te relateren aan de aard en ernst van de normschending. Daarbij gaat het immers veeleer om veronderstelde gevolgen. Dat laat, afhankelijk van het type geval, ook vrij goed tarifiering (categoriebedragen) van bedragen toe: bij massale inbreuk op de persoonlijke levenssfeer door een datalek van belangrijke privégegevens ligt het voor de hand om aan alle benadeelden eenzelfde bedrag toe te wijzen. Hybride gevallen zijn er natuurlijk ook: in gevallen van seksueel misbruik – ernstige rechtstreekse schending van een hoogwaardig persoonsbelang waarbij in de praktijk ernstige gevolgen vaak worden verondersteld – wordt de omvang van het smartengeld veelal vastgesteld aan de hand van de aard en ernst van het misbruik, maar kunnen de feitelijke gevolgen ervan (ernst van het eventueel aanwezige geestelijk letsel) in het concrete geval aanleiding geven voor differentiatie.”

[onderstreping RW]

7.4 Beschouwing

De laatste weg die is onderzocht, betreft de schadevergoedingsmogelijkheden in een strafrechtelijke context. Het gaat om de mogelijkheid van het toekennen van een schadevergoeding aan een gewezen verdachte die ten onrechte in verzekering is gesteld of in voorlopige hechtenis is genomen. Het gaat voorts om de mogelijkheid om aan een gedetineerde wiens rechten zijn geschonden een tegemoetkoming toe te kennen.

Wat opvalt is het gebruik van de term ‘schadevergoeding’ in artikel 89 Sv en 90 Sv enerzijds en de term ‘tegemoetkoming’ in artikel 68, zevende lid, Pbw anderzijds. Met artikel 89 Sv is bedoeld de rechter de mogelijkheid te bieden de gewezen verdachte een volledige schadevergoeding toe te kennen als de onrechtmatigheid van in verzekeringstelling of voorlopige hechtenis aangenomen kan worden (er dus een grond van billijkheid is). Een ‘tegemoetkoming’ heeft dat doel niet.

Wat de omvang van de toe te kennen schadevergoeding op grond van artikel 89 Sv in samenhang gelezen met artikel 90 Sv betreft, is (dan ook) uitgangspunt dat zowel vermogensschade als ander nadeel dan vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt. Zo beschouwd, lijkt het op het eerste gezicht wat opmerkelijk dat de rechter in de praktijk standaardbedragen, dagvergoedingen, toekent (de standaarden als bedoeld in de LOVS-afspraken). Dat komt neer op een bedrag van € 80,- tot € 105,- per 24 uur voor vermogensschade en ander nadeel. Toch past het bij het soort nadeel dat wordt geleden – ander nadeel door onterechte vrijheidsbeneming zonder geestelijk letsel – en de wijze van beoordeling; de rechter bepaalt of er gronden van billijkheid aanwezig zijn. Het formele bewijsrecht

van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt niet gehanteerd. Voorts volgt uit de jurisprudentie dat *bijzondere omstandigheden* – door de gewezen verdachte *aannemelijk te maken* – ook een hogere vergoeding met zich kunnen brengen. Een hogere vergoeding kan een verdubbeling van het standaardbedrag betekenen, maar ook een vergoeding ter zake van de *rechtstreekse* gevolgen van een voorlopige hechtenis. Daarbij kan worden gedacht aan concrete kosten, gederfde inkomsten, omzetverlies, maar ook verlies van functie of de onmogelijkheid het bedrijf te hervatten. Het bedrag ter vergoeding van ander nadeel kan hoger uitpakken door bijvoorbeeld nadelige publiciteit, bijzondere psychische spanningen of de mate waarin de gewezen verdachte aan de tand is gevoeld.

Wat de tegemoetkoming op grond van artikel 68, zevende lid, Pbw betreft, merk ik eerst op dat dit een discretionaire bevoegdheid is van de beklagcommissie; de beklagcommissie beslist dus zelf of een tegemoetkoming toepasselijk en van toepassing is. Voorts merk ik op dat de ‘tegemoetkoming’ (louter) bedoeld is ter compensatie voor het geleden ongemak, een vorm van ander nadeel; deze tegemoetkoming heeft niet de aard van een volledige schadevergoeding. Daarbij past dat de beklag- en beroepscommissie in de praktijk de standaardbedragen toekennen die zijn opgesteld door de RSJ. Alleen wanneer de schade *eenvoudig is te begroten*, kunnen de beklag- en beroepscommissie schadevergoedingsaspecten meenemen bij de bepaling van de hoogte van de tegemoetkoming. De gedetineerde moet daarvoor de feiten en omstandigheden aandragen.

Voor een volledige schadevergoeding is de gedetineerde aangewezen op de burgerlijke rechter en zijn de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van toepassing. Dat betekent dat de gedetineerde een onrechtmatige daad van de Staat der Nederlanden zal moeten stellen en, bij betwisting, zal moeten bewijzen evenals een *condicio sine qua non*-verband met de schade en ook zal moeten aantonen wat de omvang van de schade is. Wat ander nadeel in het bijzonder betreft, moet uit de (recente) jurisprudentie van de Hoge Raad worden opgemaakt dat voor een vergoeding ingevolge artikel 6:106 BW plaats is als sprake is van lichamelijk letsel, de gedetineerde in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. Onder die laatste categorie valt naar objectieve maatstaven vast te stellen geestelijk letsel (psychische schade), maar ook een andere aantasting in de persoon (ook zonder dat medisch objectiveerbare ernstige gevolgen zijn vastgesteld), waarbij gedacht moet worden aan een ernstige schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht met relevante nadelige gevolgen voor de persoon die het betreft. In beginsel zal degene die zich hierop beroept de aantasting in zijn persoon met concrete gegevens moeten onderbouwen. In voorkomend geval kunnen de *aard en de ernst van de normschending* meebrengen dat de *in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen*, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW, is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht. Een en ander beschreef ik ook bij de analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht onder 4.

Voor een gedetineerde betekent dit concreet dat een te zwaar detentieregime bijvoorbeeld niet zonder meer een vergoeding van ander nadeel rechtvaardigt (tenzij geestelijk letsel) en dat dit concrete gegevens over de nadelige gevolgen vereist, zo lees ik de Hoge Raad.

Dit deel van het onderzoek had het doel te bezien of andere wegen met een compensatiefunctie of -mogelijkheid nadere of nieuwe handvatten kunnen geven bij het beantwoorden van de vraag en of de uitgangspunten van deze wegen leidend zouden kunnen of moeten zijn bij het formuleren van een billijke schadevergoeding.

De compensatiewegen met een strafrechtelijke component beschouwd, meen ik dat zij een handvat kunnen bieden vanwege enkele situationele gelijkenissen en voer voor gedachten kunnen zijn over een schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg.

Dergelijk 'voer' is ten eerste gelegen in de mogelijkheid van een vergoeding van vermogensschade en ander nadeel aan gewezen verdachten. Daartoe is in artikel 89 Sv de term tegemoetkoming vervangen door de term schadevergoeding. Ik merk op dat ook in de Wvggz de term schadevergoeding wordt gebruikt, reden waarom ik betoogde dat de wetgever bedoeld heeft een vergoeding toe te kunnen van vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade. Ik acht met mij met de toelichting op artikel 89 Sv – voor zover nog nodig – aldus gesteund in die opvatting.

Dergelijk 'voer' is voorts gelegen in het gebruik van dagvergoedingen ter compensatie van beide schadeposten. De dagvergoedingen worden voor de meeste gevallen toereikend geacht, maar ik merkte bij de analyse van de compensatieregelingen die zijn opgenomen in de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen al op dat een dagvergoeding mijns inziens niet zonder meer passend is voor een schadevergoeding naar billijkheid onder de Wvggz, omdat een dagvergoeding weinig ruimte laat voor differentiatie naar de aard van het verzuim. Daar komt bij dat ook de Hoge Raad reeds oordeelde dat de vergoedingen als bedoeld in de LOVS-afspraken *niet* als richtlijn kunnen dienen. Wel een aardig handvat vind ik het enkele feit dat standaardisering gehanteerd wordt voor wat ik noemen 'de basisschade' en dat tegelijkertijd een hogere vergoeding mogelijk is als bijzondere omstandigheden dat rechtvaardigen. Daarbij worden de uitgangspunten van het civiele aansprakelijkheidsrecht gehanteerd. Voorts lijkt een lichte toets te worden aangelegd waar het gaat om het aantonen van de schade; bijzondere omstandigheden voor een hogere vergoeding dan de standaard moet de gewezen verdachte bijvoorbeeld *aannemelijk* maken, wat een lichtere toets impliceert dan het leveren van bewijs.

Wat de compensatieregeling van de Pbw betreft, stel ik vooraf opnieuw vast dat de Wvggz spreekt van een schadevergoeding naar billijkheid en niet van een 'tegemoetkoming'. Dat maakt de compensatieweg van de Penitentiaire beginselenwet die uitgaat van een tegemoetkoming mijns inziens in beginsel ongeschikt als handvat. Interessant is wel dat ook in detentie dwangbehandeling meer dan eens voorkomt en dat de in dat verband door de beklagcommissie en de beroepscommissie gewezen uitspraken handvatten kunnen bieden voor wat een billijke tegemoetkoming *ten minste* kan zijn (€ 50,-).

Belangrijk 'voer' is gelegen in oordeel van de Hoge Raad van dit jaar over hoe om te gaan met een vergoeding van ander nadeel als dat nadeel gelegen is in een aantasting in de persoon zonder dat sprake is van geestelijk letsel of een aantasting van eer en goede naam. De Hoge Raad – ik herhaal het volledigheidshalve – bevestigde dat voor een vergoeding ter zake van een persoonsaantasting als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW (geobjectiveerd) geestelijk letsel vereist is of een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht, *waarvan de aard en de ernst van de schending en de (relevante nadelige) gevolgen ervan voor de benadeelde zodanig zijn dat van een aantasting in de persoon kan worden gesproken*. In beginsel zal degene die zich op die laatste grond beroept de aantasting in zijn persoon met concrete gegevens moeten onderbouwen (dit vereist dus een onderbouwing van de aard en de ernst van de normschending en van de relevante nadelige gevolgen). In een voorkomend geval kunnen de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde *zo voor de hand liggen*, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen.

Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW, is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht, aldus de Hoge Raad. Er dienen dus – zo lees ik het arrest – nadelige gevolgen te zijn.

Wat dat betekent voor personen geconfronteerd met verplichte zorg, is opnieuw een vraag die opkomt, maar die wat mij betreft beantwoord is met de oordelen van de Hoge Raad (en lagere rechters) in kwesties betreffende de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz). De Hoge Raad overwoog immers dat de Bopz-rechter *niet gebonden is aan de grenzen voor de toekenning van een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade, zoals vervat in artikel 6:106 BW*. Dat vloeit voort uit de strekking van artikel 28 en artikel 35 Wet Bopz, waarmee mede beoogd is te voldoen aan artikel 5, vijfde lid, EVRM. Dit brengt volgens de Hoge Raad mee dat, daargelaten of artikel 6:106 BW dit zou toelaten, bij schending van wettelijk omschreven procedurele voorschriften in elk geval een vergoeding kan worden toegekend ter zake van *nadeel, bestaande in het gedurende een bepaalde periode in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van de beslissing tot gedwongen opname, waardoor in die periode spanningen en frustraties zijn ontstaan*. Bij een *termijnoverschrijding* wordt zelfs aannemelijk geacht dat de betrokkene door die overschrijding nadeel (dat op geld behoort te worden gewaardeerd) heeft geleden in de vorm van spanning of frustratie.

Bij dit punt wil ik aanvullend wijzen op de conclusie van de advocaat-generaal bij het arrest van de Hoge Raad dit jaar. De advocaat-generaal overwoog dat in het kader van *schendingen van de redelijke termijn* door rechters een vergoeding wordt toegekend en dat de basis lijkt te zijn gelegen in een aantasting in de persoon op andere wijze in de zin van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW. Het bijzondere van deze categorie is dan wel, en daarvoor laat volgens hem artikel 6:106, aanhef en onder b, BW ruimte, dat frustratie, ergernis en dergelijke worden verondersteld, zodat degene die aanspraak maakt op vergoeding op dit punt geen stelplicht heeft (dat laatste vind ik overigens wel ver gaan; ik zou eerder zeggen dat hij daarvan eenmaal gesteld geen bewijs hoeft te leveren). Tegelijkertijd, en dat is wat de advocaat-generaal betreft geen toeval, is de omvang van de eventuele vergoeding beperkt: *het gaat om betrekkelijk lage en bovendien forfaitaire bedragen*. Dit gegeven is niet onbelangrijk: het ene fundamentele recht is het andere niet en de ene schending is de andere weer niet, aldus de advocaat-generaal.

Dit komt mij juist voor en biedt mijns inziens ook een handvat voor standaardisering van de schadevergoeding naar billijkheid, ook of juist als artikel 6:106 BW wordt losgelaten. Daarbij wijs ik ook op een mijns inziens relevant stuk van Lindenbergh, dat evenzeer als handvat voor standaardisering kan worden gezien: bij – kort gezegd – schending van fundamentele rechten ligt het voor de hand om de omvang van de vergoeding te relateren aan de aard en ernst van de normschending, omdat gevolgen (min of meer) worden verondersteld. Dat laat, afhankelijk van het type geval, ook vrij goed tarifiering (categoriebedragen) van bedragen toe.

Ik wijs daarnaast op de opmerking van de advocaat-generaal dat *reeds het erkennen van de schending een bepaalde mate van genoegdoening behelst* en op zijn in dat verband aangehaalde oordeel van de Hoge Raad uit 1996 dat er bij de bepaling van de schadevergoeding voor een psychiatrische patiënt ten aanzien van wie procedurevoorschriften zijn geschonden rekening mee moet worden gehouden *dat in het enkele feit dat de rechter de schending van voorschriften vaststelt reeds een zekere genoegdoening is gelegen. Dit zou een lagere vergoeding in financiële zin rechtvaardigen*.

Een en ander kan als een handvat dienen bij het bepalen van de waarde van een schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvvgz.

Deel III



8. Een schadevergoeding naar billijkheid bij de klachtencommissie van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg; het kader

8.1 Inleidende opmerkingen

In dit derde deel van het onderzoek komen de bevindingen uit het onderzoek naar de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz) en de klachtenprocedure enerzijds en de bevindingen uit het onderzoek naar relevante andere reeds bestaande compensatiemogelijkheden anderzijds samen; ik geef mijn voorlopige visie op wat een billijke schadevergoeding zou kunnen of moeten zijn en hoe deze moet worden onderbouwd, de bevindingen in aanmerking genomen. Met deze visie in de hand, wordt vervolgens een voorlopig kader geschetst voor de wijze waarop zou moeten worden omgegaan met het bepalen van de schadecomponenten en de financiële waardering van de schade. Dit kader kan op zijn beurt de basis vormen voor een praktische handleiding, een checklist bij het eerste contact met de patiënt of cliënt, de opmaak van een schadestaat en de onderbouwing van de schade, een en ander met het doel de patiënt of cliënt te adviseren en te kunnen bijstaan in een klachtenprocedure.

Tegen deze achtergrond wordt aangevangen met een korte uiteenzetting van de rol van de patiëntenvertrouwenspersoon waar het gaat om de ondersteuning van de patiënt bij het in kaart brengen van de componenten waaruit de schade bestaat en het belang van kennis op dat punt (8.2). De uiteenzetting wordt gevolgd door een beschrijving van de bevindingen die de analyse van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg en de daarin opgenomen klachtenregeling met zich heeft gebracht (8.3). Aansluitend volgt een beschrijving van de bevindingen die volgen uit de analyse van de relevante andere reeds bestaande compensatieregelingen (8.4). De schets van het kader is onderwerp van de volgende paragraaf (8.5). Het slot van dit deel wordt gevormd door de benoeming van enkele vervolgacties (8.6).

8.2 De rol van de patiëntenvertrouwenspersoon en de relevantie van een kader

De huidige taak van de patiëntenvertrouwenspersoon vindt haar grondslag in artikel 59 van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) en het daarop gebaseerde Besluit patiëntenvertrouwenspersoon Bopz. Ingevolge artikel 2 van het Besluit patiëntenvertrouwenspersoon Bopz dient de patiëntenvertrouwenspersoon de in het psychiatrisch ziekenhuis opgenomen patiënten, patiënten met een voorwaardelijke machtiging, patiënten die een zelfbindingsverklaring opstellen en patiënten met een zelfbindingsmachtiging, op hun verzoek advies en bijstand te verlenen in aangelegenheden samenhangend met hun opneming en verblijf in het ziekenhuis, onderscheidenlijk samenhangend met de voorwaardelijke machtiging, de zelfbindingsverklaring of de zelfbindingsmachtiging. Hieruit kan worden afgeleid dat de patiëntenvertrouwenspersoon ook een taak heeft bij bijvoorbeeld het formuleren van een klacht over zijn opneming, hetgeen ook met zoveel woorden volgt uit artikel 40a Wet Bopz. Omdat bij de klachtencommissies als bedoeld in de Wet Bopz geen schadevergoeding kan worden gevraagd, zijn patiëntenvertrouwenspersonen uit dien hoofde nog niet eerder in aanraking gekomen met het formuleren van een schadevergoeding, dan wel het adviseren of ondersteunen van patiënten daaromtrent. De procedures waarin op grond van de Wet Bopz wel een schadevergoeding kan worden verzocht zijn gerechtelijke procedures. In deze procedures zijn advocaten leidend.

De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) heeft daarin geen verandering gebracht. De onder deze vlag opererende klachtencommissies – deze oordelen doorgaans ook over Bopz-klachten – achten zich niet bevoegd een schadevergoeding toe te kennen. Geschilleninstanties daarentegen hebben daartoe een wettelijke plicht als om een schadevergoeding wordt verzocht. Dat is niet anders bij de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg. Patiënten hoeven zich niet te laten bijstaan door een advocaat, dus op zichzelf zou de patiëntenvertrouwenspersoon hierin een taak kunnen hebben en mitsdien ook van doen kunnen hebben met het formuleren van schadevergoedingen. Toch is dat niet het geval. De Stichting Patiëntenvertrouwenspersonen is er tot dusver vanuit gegaan dat patiëntenvertrouwenspersonen de patiënt wijzen op de mogelijkheid van de gang naar de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg en de patiënt daartoe informatie verschaffen. De ondersteuning in het kader van een geschilprocedure is overeenkomstig de ondersteuning bij de klachtencommissies, met inbegrip van de ondersteuning bij het verwoorden en indienen van een geschil, ondersteuning door het opstellen van een schriftelijke toelichting op het geschil en verdere ondersteuning ter zitting. Bij een vordering tot schadevergoeding wordt als uitgangspunt gehanteerd dat de patiëntenvertrouwenspersoon terughoudend is in diens advisering en ondersteuning en dat in de regel geen specifieke bedragen worden genoemd. Wel een optie is te verwijzen naar de redelijkheid en billijkheid, eventueel resulterend in een verzoek om een ‘passende (financiële) genoegdoening’. Zo nodig volgt een doorverwijzing naar een advocaat.⁴⁷⁶

Het huidige beleid lijkt echter niet langer voldoende te zijn als de Wvvgz haar intrede doet. Uit artikel 11:1, eerste lid, onder f, Wvvgz volgt dat een patiëntenvertrouwenspersoon tot taak heeft advies en bijstand te verlenen aan een persoon voor wie een verzoek voor een zorgmachtiging of een crisismaatregel wordt voorbereid of voor wie een zorgmachtiging is afgegeven of crisismaatregel is genomen bij een klachtprocedure. Omdat de (regionale) klachtencommissies straks over een groot aantal klachtgronden kunnen gaan oordelen én een schadevergoeding naar billijkheid kunnen toekennen, is het mijns inziens noodzakelijk dat de patiëntenvertrouwenspersoon zich een mening kan vormen over wat een schadevergoeding naar billijkheid voor de individuele patiënt zou kunnen inhouden.

Dit is ook wat de Stichting Patiëntenvertrouwenspersonen wenst: het aan de patiënt/cliënt bieden van ondersteuning bij het in kaart brengen van de componenten waaruit de schade bestaat. Bij het formuleren van een bedrag wordt het (zeker in het beginstadium) wenselijk geacht daarin te worden geadviseerd door een extern deskundige.⁴⁷⁷

Om deze reden was onderwerp van dit onderzoek *wat een billijke schadevergoeding is of zou kunnen dan wel moeten zijn en hoe patiëntenvertrouwenspersonen tegen die achtergrond hun cliënt kunnen adviseren en bijstaan bij het formuleren en onderbouwen van een bij de klachtencommissie in te dienen verzoek tot schadevergoeding*. De vraag heeft betrekking op de schadecomponenten en de financiële waardering ervan. Het laatste deel van de vraag impliceerde een bijkomende vraag: *welke eisen mogen aan de motivering van een verzoek om schadevergoeding worden gesteld, wil dat succesvol zijn?*

⁴⁷⁶ Document Stichting PVP, Utrecht december 2016.

⁴⁷⁷ Advies projectgroep Klachtenprocedure Wvvgz, ‘Klagen en geld vragen’, versie 2.0, 25 maart 2019.

8.3 Bevindingen analyse Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg, waaronder de klachtenregeling

8.3.1 Bevindingen Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg

Het zelfbeschikkingsrecht van een ieder wordt als een belangrijk fundamenteel (persoonlijkheids)recht gezien dat ook door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens wordt onderkend. Wordt het zelfbeschikkingsrecht niet gerespecteerd – ook al is dat maar in beperkte mate –, dan kan dit een schending van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) betekenen en onder omstandigheden zelfs een schending van artikel 3 EVRM. De bescherming van het zelfbeschikkingsrecht is tevens verankerd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en de artikelen 3, tweede lid, en 7 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.

In beginsel past verplichte zorg daarbij niet, omdat het een inbreuk maakt op datzelfde zelfbeschikkingsrecht. Het is dan ook precies dát uitgangspunt waarop de Wvvggz is gestoeld; de Wvvggz is zo opgezet dat het respecteren van het zelfbeschikkingsrecht van de persoon met een psychische stoornis het uitgangspunt is. Alleen bij zeer dringende redenen en alleen op basis van een zorgvuldig voorbereide beslissing kan tot verplichte zorg worden besloten (*ultimum remedium beginsel*). Dat betekent ook dat alle alternatieven die op vrijwilligheid gebaseerd zijn volledig moeten worden benut voordat dwang kan worden overwogen en dat de dwang zo kort mogelijk moet zijn. Daarnaast is verplichte zorg niet alleen mogelijk binnen de muren van een instelling voor geestelijke gezondheidszorg; een ander uitgangspunt van de Wvvggz is dat een patiënt ook thuis verplichte zorg kan ontvangen, bijvoorbeeld in de vorm van medicatie.

Centraal staat dan ook de grondnorm dat verplichte zorg slechts aan de orde is als er een causaal verband is tussen een psychische stoornis en een aanzienlijk risico op ernstig nadeel voor de betrokkene zelf of een ander. Belangrijk is voorts dat per toepassing van verplichte zorg moet worden bezien of de patiënt in kwestie wilsonbekwaam is, dan wel wilsbekwaam in welk geval het honoreren van het verzet alleen dan niet aan de orde is als er een acuut levensgevaar voor de patiënt dreigt. Centraal staan ook de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit, doelmatigheid en veiligheid. In alle stadia en bij iedere beslissing op grond van deze wet zal ‘nee, tenzij’ het uitgangspunt moeten zijn.

Zijn verplichte zorg en opname onvermijdelijk, dan beoogt de Wvvggz vooral de balans te vinden tussen het fundamentele recht op lichamelijke integriteit van ieder individu en de plicht voor de overheid om burgers te beschermen en te voorzien van noodzakelijke medische zorg.

Voornoemde algemene uitgangspunten staan in hoofdstuk 2 Wvvggz. In aansluiting daarop worden in hoofdstuk 3 Wvvggz de criteria voor en doelen van verplichte zorg omschreven. Vermelding verdient dat onder verplichte zorg wordt verstaan ‘zorg die *ondanks verzet* van de patiënt kan worden verleend’ (artikel 3:1 Wvvggz). Vanwege de ingrijpendheid ervan voor de patiënt is voor verplichte zorg – heel kort gezegd – een zorgmachtiging (uitgewerkt in hoofdstuk 6 Wvvggz) of een crisismaatregel (uitgewerkt in hoofdstuk 7 Wvvggz) vereist, die met de nodige (procedurele) randvoorwaarden – rechten en plichten – gepaard gaan (grotendeels vervat in hoofdstuk 8 Wvvggz). Richtlijnen moeten invulling gaan geven aan de kwaliteit van de verplichte zorg.

Bij het respect voor het zelfbeschikkingsrecht, de bescherming van de lichamelijke integriteit, en de verplichte zorg als *ultimum remedium* past ook een klachtenprocedure die op een *laagdrempelige manier* voorziet in een behandeling van klachten met betrekking tot de uitvoering van verplichte zorg. Hierin is voorzien: de patiënt, de vertegenwoordiger of een nabestaande van de patiënt kan een

schriftelijke en gemotiveerde klacht indienen bij een klachtencommissie *over de nakoming van een verplichting* of een *beslissing* op grond van artikel:⁴⁷⁸

a. 1:5; b. 4:1, tweede lid; c. 7:3, met uitzondering van klachten betreffende de ambtenaar van politie; d. 8:4; e. 8:7; f. 8:9; g. 8:11; h. 8:12; i. 8:13; j. 8:14; k. 8:15; l. 8:16, eerste, tweede en derde lid; m. 8:17; n. 8:18, achtste en twaalfde lid; o. 8:20; p. 8:21; q. 8:34, met uitzondering van klachten betreffende de officier van justitie, de rechter, de psychiater, bedoeld in artikel 5:7, de burgemeester en het college van burgemeester en wethouders; r. 9:3; s. 9:4; t. 9:5; u. 9:6; v. 9:7; w. 9:8; x. 9:9 (artikel 10:3 Wvvgz).

De meeste van deze bepalingen zien op de uitvoering van verplichte zorg. Zij houden in dat de aldaar geformuleerde verplichtingen en zorgvuldigheidseisen bij de uitvoering in acht moeten worden genomen. Voorts zijn de uitgangspunten, criteria en doelen van hoofdstuk 2 respectievelijk hoofdstuk 3 Wvvgz van toepassing die veelal ook te kwalificeren zijn als plichten of zorgvuldigheidseisen die bij de uitvoering van verplichte zorg in acht moeten worden genomen. Steeds is het doel van zo een plicht of eis de (door een zorgmachtiging of crisismaatregel of wettelijke bepaling – denk aan de artikelen 7:3 en 8:11 jo artikel 8:12 Wvvgz – gelegitimeerde) verplichte zorg zo zorgvuldig en rechtvaardiging mogelijk te laten verlopen.

Nieuw ten opzichte van de Wet Bopz is de mogelijkheid om bij de klachtencommissie om een *schadevergoeding* door de *zorgaanbieder* te verzoeken. Dit kan bij hetzelfde verzoekschrift als waarmee de klacht bij de klachtencommissie wordt ingediend. De klachtencommissie kan ook ambtshalve tot schadevergoeding door de zorgaanbieder besluiten (artikel 10:11, eerste lid, Wvvgz). Voordat de klachtencommissie beslist over het toekennen van schadevergoeding, hoort de klachtencommissie de zorgaanbieder (artikel 10:11, derde lid, Wvvgz). Belangrijk is uiteraard de bepaling dat de bedoelde schadevergoeding *naar billijkheid* wordt vastgesteld (volgens het bepaalde in artikel 10:11, vierde lid, Wvvgz).

De Wvvgz zelf biedt aldus de grondslag voor een schadevergoeding en wijst ook aan op wie de plicht tot betalen rust: op de zorgaanbieder.

Zorgaanbieder is een rechtspersoon die bedrijfsmatig of beroepsmatig zorg als bedoeld in artikel 3:2 verleent, een organisatorisch verband van natuurlijke personen die bedrijfsmatig of beroepsmatig zorg als bedoeld in artikel 3:2 verlenen of doen verlenen, of een natuurlijk persoon die bedrijfsmatig zorg als bedoeld in artikel 3:2 doet verlenen (artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder w, Wvvgz).

Een en ander betekent dat een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek van de zorgaanbieder niet als grondslag hoeft te worden gebruikt. Ik merkte echter op dat een vergelijking met deze grondslag zinvol is bij het kwalificeren van de klachtgronden en de gevolgen daarvan in bewijsrechtelijke zin. Voorts merkte ik op dat het feit dat de Wvvgz de grondslag voor een schadevergoeding biedt niet met zich brengt dat het schadevergoedingsrecht vervat in het Burgerlijk Wetboek geen betekenis heeft.

8.3.2 Conclusie

Nieuw is de mogelijkheid om bij de klachtencommissie om een *schadevergoeding* door de zorgaanbieder te verzoeken. Dit kan bij hetzelfde verzoekschrift als waarmee de klacht bij de klachtencommissie wordt ingediend. De klachtencommissie kan ook ambtshalve tot schadevergoeding door de zorgaanbieder besluiten (artikel 10:11, eerste lid, Wvvgz). De Wvvgz zelf biedt aldus de grondslag voor een schadevergoeding.

⁴⁷⁸ Zie daarbij artikel 1:3, achtste lid, Wvvgz: De meerderjarige betrokkene die onder curatele is gesteld of ten behoeve van wie een mentorschap is ingesteld, alsmede de minderjarige betrokkene zijn bekwam om op grond van deze wet in rechte op te treden.

De reden voor een schadevergoeding komt voort uit een advies van de Raad voor de Rechtspraak daaromtrent. Uit de toelichting blijkt echter niet waarom is gekozen voor een schadevergoeding 'naar billijkheid' en wat daarmee *precies* wordt bedoeld. Dit blijkt ook niet uit de reactie van de Raad voor de Rechtspraak op de consultatieversie. Evenmin volgt uit de wettekst of toelichting in welke mate de verzochte schadevergoeding moet worden onderbouwd en wat in dat verband billijk is. Artikel 10:3 Wvggz spreekt alleen over een schriftelijke en gemotiveerde klacht en artikel 10:11, derde lid, Wvggz alleen over een verplichting tot het horen van de zorgaanbieder. Dit roept een vervolgvraag op: *aan welke regels van bewijslast(verdeling) moet zijn voldaan, wil met succes om een schadevergoeding worden verzocht?*

Indachtig het doel van de klachtenprocedure – laagdrempelige mogelijkheid om de klachten over verplichte zorg te beoordelen en daarmee een waarborg voor de handhaving van de fundamentele rechten van de patiënt – lijkt het echter voor de hand te liggen dat bedoeld is een eenvoudig vast te stellen vergoeding toe te kennen van een redelijk en billijk te achten omvang gezien (de aard van) het geschonden recht van de patiënt waarover wordt geklaagd en de ernst van die schending (waaronder de intensiteit en de duur van die schending). Voorts zal indachtig datzelfde doel met 'motivering' bedoeld zijn dat de aan verplichte zorg onderworpen patiënt zal moeten onderbouwen waarom hij meent recht te hebben op een vergoeding en ter zake waarvan.

Welke (nadere) handvatten in acht kunnen of moeten worden genomen en welke uitspraken kunnen worden gedaan over de schadevergoeding naar billijkheid en de mate van motivering wordt hierna gezien.

8.4 Bevindingen analyse relevante andere reeds bestaande compensatieregelingen

8.4.1 Opmerkingen vooraf

De relevante andere reeds bestaande compensatieregelingen zijn geanalyseerd met het doel te bezien of zij nadere of nieuwe handvatten kunnen geven voor of inzichten kunnen bieden bij het beantwoorden van de onderzoeksvraag en te bezien of de uitgangspunten van deze wegen leidend zouden kunnen of moeten zijn bij het formuleren van een billijke schadevergoeding.

Na het verrichten van deze analyse stel ik voorop dat naar mijn mening alle onderzochte regelingen duidelijke en navolgbare handvatten bieden voor de invulling van een vergoeding naar billijkheid. Dit betreft handvatten voor de schadecomponenten en de financiële waardering ervan alsook handvatten voor het aantonen van de voorwaarden waaronder een vergoeding kan worden verkregen (normschending en causaal verband) en waarmee – zo meen ik – daadwerkelijk een kader voor een schadevergoeding naar billijkheid kan worden geschetst. Hierna wordt op deze handvatten ingegaan.

8.4.2 Bevindingen civiele aansprakelijkheidsrecht

Het civiele aansprakelijkheidsrecht vervat in het Burgerlijk Wetboek (BW) om te beginnen, biedt een goede brede basis voor een billijke vergoeding; dit recht heeft een compensatiefunctie en beoogt een gelaedeerde een *volledige* – en daarmee billijke – vergoeding (in financiële zin) te bieden ten laste van degene die de schade heeft veroorzaakt. Hetgeen mijns inziens ook de veronderstelde wens is als het gaat om compensatie van een psychiatrische patiënt die ten onrechte of op procedureel onzorgvuldige wijze aan verplichte zorg onderworpen is (geweest). Sterker nog, het schadevergoedingsrecht als bedoeld in Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW is geschreven voor wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding en bevat regels aangaande verbintenissen tot schadevergoeding die elders in het

Burgerlijk Wetboek of daarbuiten hun grondslag hebben, wat mijns inziens betekent dat deze afdeling van toepassing is op een schadevergoeding die haar grondslag vindt in de Wvvgz (hoewel de Wvvgz een bestuursrechtelijke context kent, zij het met de bevoegdheid van de civiele rechter). In het bijzonder gaat het dan wat de schade van de patiënt betreft om de artikelen 6:95 BW, 6:96 BW en 6:106 BW. Voor vertegenwoordigers en nabestaanden bestaat een recht op schadevergoeding overeenkomstig de artikelen 6:107 BW en 6:108 BW.

Volledigheid acht ik voorts van belang, omdat een onvolledige vergoeding kan leiden tot schending van artikel 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). Een volledige vergoeding bestaat ingevolge Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW uit een vergoeding van vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade (artikel 6:95 BW, artikel 6:96 BW en artikel 6:106 BW).

Wat de vergoeding van ander nadeel betreft, merk ik zekerheidshalve op dat in artikel 6:95 BW staat dat een vergoeding daarvan alleen mogelijk is 'voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft'. De Wvvgz spreekt echter niet met zoveel woorden van een recht op een schadevergoeding 'tevens omvattende een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade'. Toch meen ik dat met de keuze voor een vergoeding naar billijkheid ook bedoeld is een wettelijke grondslag te creëren voor een vergoeding van ander nadeel. Ik wijs in dat verband op de wens van de wetgever om een volledige vergoeding te bieden – welke wens ik destilleer uit de keuze voor een schadevergoeding (in plaats van een tegemoetkoming), het doel en de uitgangspunten van de Wvvgz (vergaande bescherming van de patiënt) kan worden opgemaakt –, maar relevant is tevens de omstandigheid dat de psychiatrische patiënt als bedoeld in de Wvvgz doorgaans juist en vooral schade lijdt die de vorm heeft van ander nadeel dan vermogensschade. Het komt mij dan ook niet logisch en niet juist voor een vergoeding van ander nadeel uit te zonderen.

Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst. Voorbeelden van vermogensschade zijn extra kosten van herstel- en/of controlebehandeling door de huisarts, gespecialiseerde artsen en paramedici, kosten van psychotherapie en de kosten van verblijf in een zorginstelling of revalidatie-instelling. Doorgaans zijn deze kosten concreet te bepalen; een nauwkeurige begroting staat dan ook voorop. Kan de schade echter niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij door de rechter geschat (artikel 6:97 BW). Een voorbeeld betreft verlies van arbeidsvermogen.

Bij de begroting van *ander nadeel* staat een nauwkeurige begroting ook voorop, maar moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden. Regel is dat 'voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, de benadeelde recht heeft op *een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding*.'

Vergoeding van ander nadeel heeft meerdere functies; zij beoogt letsel dat niet kan worden hersteld, te compenseren, een geschokt rechtsgevoel te verzachten en (fundamentele) rechten te handhaven. Factoren die bij de begroting van belang zijn betreffen de aard van de aansprakelijkheid, de aard van het letsel, de duur en de intensiteit van het geleden verdriet en de gederfde levensvreugde, maar bijvoorbeeld ook de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de patiënt. Bij de weging van deze factoren zullen de persoonlijke omstandigheden van de patiënt een rol spelen, maar de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn, het gemis aan levensvreugde en het geschokte rechtsgevoel zullen met name moeten worden afgeleid uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de patiënt.

Wat de vergoeding van ander nadeel van vermogensschade als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW betreft, wordt benadrukt dat een vergoeding ingevolge het civiele aansprakelijkheidsrecht mogelijk is als sprake is van lichamelijk letsel, een aantasting in de eer of goede naam of een aantasting in de persoon op andere wijze.

Onder deze laatste categorie valt *geestelijk letsel* van de patiënt, met dien verstande dat dat geestelijk letsel naar objectieve maatstaven moet kunnen worden vastgesteld wil van een aantasting in de persoon kunnen worden gesproken. De patiënt zal dit bijvoorbeeld kunnen aantonen met medische bescheiden waaruit de psychische beschadiging blijkt of met een oordeel van een ter zake deskundige. Min of meer psychisch onbehagen is niet voldoende.

Onder deze laatste categorie valt tevens de *schending van een fundamenteel recht* van de patiënt (zie daarvoor ook de functie van vergoeding van ander nadeel), met dien verstande dat de aard en de ernst van de schending en de relevante nadelige gevolgen voor de patiënt zodanig moeten zijn dat daadwerkelijk van een aantasting in de persoon kan worden gesproken. Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW is dus niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.

Omdat bij patiënten met een psychisch probleem bij wie op onzorgvuldige wijze of soms zelfs zonder grond verplichte zorg wordt toegepast juist deze schadepost (ander nadeel in de vorm van een aantasting in de persoon dus) pregnant naar voren zal komen, is het van belang te kunnen bepalen in hoeverre de aard en de ernst van de normschending en de relevante nadelige gevolgen als een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW kunnen worden aangemerkt. Dát zal vaker wel dan niet problematisch zijn en past daarom niet zonder meer bij een laagdrempelige mogelijkheid voor een schadevergoeding aan kwetsbare psychiatrische patiënten. De klachtenregeling van de Wvvgz is immers bedoeld als een toegankelijke voorziening waarbij voor een patiënt met een psychisch probleem *zo min mogelijk drempels* worden opgeworpen om diens klachten over de toepassing van de verplichte zorg door een onafhankelijke klachtencommissie te laten beoordelen en waarbij aan die patiënt op een eenvoudige en snelle wijze een compensatie voor geleden schade kan worden geboden. Langdurige en/of uitvoerige discussies zijn mijns inziens ook niet nodig als zuivere toepassing van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW kan worden losgelaten. Hiervoor zijn – los van de uitgangspunten van de Wvvgz en uiteraard de ruimte die de billijkheid veronderstelt – argumenten aanwezig, die in de volgende paragrafen uiteengezet worden.

Een (veelgehoord) ander bezwaar van het civiele aansprakelijkheidsrecht is dat de afwikkeling van de schade gepaard gaat met veel tijd en hoge kosten. Dat is het gevolg van de toepassing van het formele en materiële bewijsrecht (Boek 1, titel 2, afdeling 9, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in combinatie gelezen met de artikelen 6:74 BW en 6:162 BW); ‘er moet door de gelaedeerde bewijs worden geleverd’ wil een normschending (dit is de schending van een zorgvuldigheidsnorm binnen de kaders van een geneeskundige behandelingsovereenkomst) en een *condicio sine qua non*-verband met de schade worden aangenomen, zijnde de voorwaarden voor een schadevergoeding. Veelal gebeurt dat met behulp van adviezen van medisch adviseurs en rapporten van medisch deskundigen. Een procedure kan daarom soms jaren duren en hoge kosten met zich brengen.

Hoewel de procedurele regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) de beste waarborgen bieden waar het gaat om rechtszekerheid en *fairness* en in de kern ook op een klachtenprocedure van toepassing zullen worden geacht, kan niet worden ontkend dat tijdsinvestering niet strookt met een klachtenprocedure ten behoeve van psychiatrische patiënten en dat geldt ook voor het maken van kosten. De klachtenprocedure van de Wvvgz nogmaals, is bedoeld als een toegankelijke voorziening waarbij zo min mogelijk drempels worden opgeworpen en waarbij aan de psychiatrische patiënt op een eenvoudige en snelle wijze een compensatie voor geleden schade kan worden geboden.

Meer voor de hand liggend is het om het procesrecht en de hoofdregel van bewijslastverdeling zoals die volgt uit artikel 150 Rv (de patiënt moet stellen en, bij betwisting, bewijzen dat er feiten en omstandigheden zijn die moeten leiden tot een schadevergoeding ten laste van de zorgaanbieder) te combineren met het stellen van minder hoge eisen aan het bewijs van een normschending, causaal verband en schade.

Ook lijkt een bepaalde mate van standaardisering van de vergoedingen ter zake van een frequent voorkomende schadepost – ander nadeel – een goede optie om het proces te vereenvoudigen en de gelijkheid tussen de rechtzoekenden te bevorderen. Een dergelijke vereenvoudiging, verlichting, van het proces(recht) in combinatie met een dergelijke standaardisering is mijns inziens ook wenselijk, zo niet noodzakelijk. Zij doet recht aan de aard van de procedure en houdt rekening met de positie van de psychiatrische patiënt maar zonder de positie van de zorgaanbieder te veronachtzamen. De rechtszekerheid blijft gediend.

8.4.3 Tussenconclusie analyse civiele aansprakelijkheidsrecht

Tussentijds kan worden geconcludeerd dat onder een schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvggz moet worden verstaan 'een volledige schadevergoeding van vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade' als bedoeld in Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW.

Vermogensschade kan bestaan uit geleden verlies en/of gederfde winst. Allerhande kosten kunnen hieronder worden geschaard, maar bijvoorbeeld ook verlies van arbeidsvermogen. Met name kosten kunnen concreet worden bepaald en worden aangetoond met facturen en 'bonnetjes' of op eenvoudige worden gewaardeerd, omdat duidelijk is wat de kosten in zijn algemeenheid inhouden. In de civiele praktijk zijn hiervoor richtlijnen opgesteld. Ik doel op de richtlijnen van De Letselschade Raad. De volgende richtlijnen (met concrete bedragen) zijn beschikbaar: Richtlijn Ziekenhuis- en revalidatiedaggeldvergoeding, Richtlijn Licht Letsel inclusief Smartengeld, Richtlijn Studievertraging, Richtlijn Zelfwerkzaamheid, Richtlijn Huishoudelijke Hulp en Richtlijn Kilometervergoeding.

Ander nadeel kan in dat verband gelegen zijn in lichamelijk letsel, een aantasting in de eer of goede naam of een aantasting in de persoon op andere wijze (waaronder geestelijk letsel en ernstige schending van fundamentele rechten), zo volgt uit artikel 6:106, aanhef en onder b, BW.

Mijn mening is echter dat bij de formulering van een billijke schadevergoeding als bedoeld in de Wvggz het uitgangspunt van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW moet worden losgelaten of dat bij de invulling van het begrip ander nadeel (meer in het bijzonder de 'aantasting in de persoon') ruimte moet worden gegeven aan de context van de Wvggz. Er zouden – zo is mijn conclusie – meer vormen van ander nadeel voor een vergoeding in aanmerking moeten komen. Hiervoor zijn met inachtneming van de ruimte die de billijkheid biedt, argumenten aanwezig die in de volgende paragrafen uiteengezet worden.

Daarnaast wil ik voorlopig concluderen dat onverkort vasthouden aan alle facetten van het formele en materiële bewijsrecht van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek (Boek 1, titel 2, afdeling 9, Rv in combinatie gelezen met de artikelen 6:74 BW en 6:162 BW) niet strookt met de laagdrempeligheid van de Wvggz-klachtenprocedure. Het ligt voor de hand te kiezen voor een meer vereenvoudigd proces binnen welk kader een lichte toets kan worden aangelegd waar het gaat om de beoordeling van de normschending, een condicio sine qua non-verband en de omvang van de schade; onderbouwing door de patiënt blijft vereist, maar het leveren van het onomstotelijk bewijs van deze aspecten door (uitvoerige getuigenverhoren en deskundigenberichten) met alle tijdsinvestering en kosten van dien, gaat te ver.

Ook standaardisering van vergoedingen van veel voorkomende schadeposten kan helpen bij het bevorderen van de snelheid van afwikkeling van schade en bij het creëren van gelijkheid tussen de rechtzoekenden. Het vergoedingssysteem van Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW staat er niet aan in de weg dat onder omstandigheden gekozen wordt of is voor (een bepaalde mate van) standaardisering van te vergoeden bedragen, met dien verstande dat betrokkenheid van belangenorganisaties wenselijk is.

8.4.4 Bevindingen compensatiemogelijkheden Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen

De Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) kent drie compensatiewegen: die van de artikelen 28, 35 en 41b Wet Bopz. De artikelen 28 en 35 Wet Bopz kennen de mogelijkheid van een door de rechter toe te kennen schadevergoeding naar billijkheid. Ook de weg van artikel 41b Wet Bopz betreft een compensatieregeling waarbij een schadevergoeding toegekend kan worden door de rechter. Zij wordt echter – anders dan die van de artikelen 28 en 35 Wet Bopz – voorafgegaan door een klachtenprocedure ten overstaan van een klachtencommissie. Het is die klachtenprocedure die in grote lijnen overeenkomt met de klachtenprocedure van de Wvvggz en die met de Wvvggz moet worden voortgezet, zij het met een aantal veranderingen die een verbetering beogen.

De bemoeienis van de rechter bij de toekenning van de schadevergoeding en het ontbreken van een schadevergoedingsmogelijkheid in de klachtenprocedure als bedoeld in de Wet Bopz neemt mijns inziens niet weg dat ter zake van de formulering van een billijke schadevergoeding belangrijke waarde mag worden gehecht aan de uitgangspunten die onder de Wet Bopz worden gehanteerd of zijn geformuleerd waar het gaat om schadevergoedingen; de Wvvggz zal immers de Wet Bopz per 1 januari 2020 vervangen, terwijl tegelijkertijd uit de wetsgeschiedenis volgt dat het klachtenrecht niet veel zal veranderen en de wetgever niet heeft doen blijken van de wens om met de bestaande praktijk te breken. Beide wetten regelen de rechtspositie van een patiënt met psychische problemen die zorg én bescherming behoeft.

Zo een te volgen uitgangspunt is naar mijn mening de heersende opvatting dat in afwijking van artikel 6:106 BW een vergoeding van ander nadeel mogelijk is, *welk nadeel gelegen is in het gedurende een bepaalde periode in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van de beslissing tot gedwongen opname en de daaruit voortvloeiende spanningen en frustraties*, ook al was de vrijheidsbeneming (gedwongen opname) op zichzelf rechtmatig. Anders gezegd, er is een vergoeding mogelijk van een mindere ernstige vorm van ander nadeel dat het gevolg is van een schending van een in de wet opgenomen procedureel voorschrift. Deze opvatting volgt uit een uitspraak van de Hoge Raad uit 1996. De Hoge Raad oordeelde dat bij de toekenning van een schadevergoeding naar billijkheid op de voet van artikel 35 Wet Bopz de rechter niet gebonden is aan de grenzen van artikel 6:106 BW voor de toekenning van vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade. Dit vloeit voort uit de strekking van artikel 35 Wet Bopz, waarmee mede beoogd is te voldoen aan artikel 5, vijfde lid, EVRM, dat bepaalt dat eenieder die het slachtoffer is geweest van een detentie in strijd met de bepalingen van artikel 5, eerste tot en met vierde lid, EVRM recht heeft op schadeloosstelling, en waarvan moet worden aangenomen dat het ten minste recht geeft op een billijke genoegdoening als bedoeld in artikel 50 EVRM. De opvatting volgt tevens uit de uitspraak van de Hoge Raad uit 2015 waarin geoordeeld werd als in verband met een op zichzelf vaststaande termijnoverschrijding een verzoek tot schadevergoeding wordt gedaan, het dan (zelfs) *aannemelijk is dat de patiënt door die overschrijding nadeel* dat op geld behoort te worden gewaardeerd *heeft geleden in de vorm van spanning of frustratie* door het uitblijven van een tijdige rechterlijke beslissing over zijn vrijheidsbeneming of de voortzetting daarvan en onzekerheid over zijn situatie.

Belangrijker is nog dat ook uit de onder artikel 41b Wet Bopz gewezen rechtspraak (zelfs van de Hoge Raad zij het met terugverwijzing) moet worden opgemaakt dat een periode van onzekerheid over 'de rechtspositie' met de daaruit voortvloeiende spanningen en frustraties veroorzaakt door een procedureel verzuim reden kan zijn voor een vergoeding. De weg van artikel 41b Wet Bopz is immers, net als die van artikel 10:3 Wvvggz tot en met artikel 10:11 Wvvggz, *niet* in het leven is geroepen om te voldoen aan artikel 5, vijfde lid, EVRM, terwijl tegelijkertijd de door de Hoge Raad voorzien ruime vergoedingsmogelijkheid van ander nadeel daar mee te maken heeft.

De opvatting past, zo meen ik, goed bij het doel en de algemene uitgangspunten van de Wvvggz waarbij ter bescherming van het fundamentele recht op zelfbeschikking toepassing van verplichte zorg als *ultimum remedium* centraal staat. Zij past ook goed bij de klachtenprocedure van de Wvvggz die eenvoudig en zonder drempels beoogt te zijn en een schadevergoeding beoogt toe te kennen van een redelijk en billijk te achten omvang gezien (de aard van) het geschonden recht van de patiënt waarover wordt geklaagd en de ernst van die schending (waaronder de intensiteit en de duur van die schending). Een (uitvoerige) discussie over de ernst van de schending van het zelfbeschikkingsrecht en de nadelige gevolgen is niet zonder meer te verenigen met een laagdrempelige procedure voor patiënten met een psychisch probleem op wiens zelfbeschikkingsrecht (lichamelijke integriteit) steeds inbreuk zal worden gemaakt, meestal gerechtvaardigd, maar soms niet. In de gerechtvaardigde gevallen kan de psychiatrische patiënt nadeel ervaren, omdat hij door het schenden van procedurele voorschriften of door het verzuim hem te informeren niet weet of hij terecht aan verplichte zorg is onderworpen. De meeste klachten en verzoeken om schadevergoeding zullen zien op in dat verband geleden ander nadeel. Ook acht ik van belang dat onder de Wvvggz beide compensatiemogelijkheden blijven bestaan (artikel 10:11 en artikel 10:12 Wvvggz) en dat de rechtszekerheid gebaat lijkt met het hanteren van gelijke vormen of uitgangspunten voor een schadevergoeding naar billijkheid.

Bovendien kan artikel 5 EVRM wel degelijk in een meer rechtstreekse zin van belang worden voor het klachtrecht van de Wvvggz; een feitelijke beslissing tot vrijheidsbeneming (door opneming in een accommodatie of een eventuele insluiting elders) is onder de Wvvggz klachtwaardig. Let wel, onder de Wvvggz zal niet steeds sprake zijn van een opname of vrijheidsbeneming anderszins; verplichte zorg omvat meer. Dit laatste wordt gezien de andere argumenten vóór een vergoeding van bijzonder ander nadeel echter niet als belemmering voor zo'n verbijzondering gezien.

Een opmerking past nog wel de omschrijving 'in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van'. Mogelijk dekt deze omschrijving niet de lading van het ander nadeel zoals de patiënt dat zal hebben ervaren. Een betere omschrijving lijkt bijvoorbeeld dat 'de patiënt zich (erg) veel zorgen heeft gemaakt', 'niet geweten heeft waar hij aan toe was' of iets van dien aard.

Een ander uitgangspunt van de compensatieregelingen betreffen de dagvergoedingen. Mijns inziens is het echter de vraag of de dagvergoedingen daadwerkelijk passend zijn om invulling te geven aan de schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvvggz. Dat is, gelet op de beschikking uit 1996 van de Hoge Raad, in elk geval niet zo, als met zoveel woorden en daden de richtlijnen worden gehanteerd die in het kader van artikel 89 van het Wetboek van Strafvordering zijn ontwikkeld. Compensatie onder dat deel van het Nederlandse recht heeft immers een ander type nadeel op het oog. Dagvergoedingen laten mijns inziens voorts weinig ruimte voor differentiatie naar de aard van het verzuim. Daar komt bij dat in het kader van artikel 41b Wet Bopz ook ander soort vergoedingen zijn toegekend dan een dagvergoeding. Een en ander betekent naar mijn mening echter niet dat enige mate van standaardisering niet passend kan zijn waar het gaat om de toekenning van een vergoeding van ander nadeel aan de kwetsbare psychiatrische patiënt die te maken zal krijgen met verplichte zorg. Standaardisering kan immers tegemoet komen aan de wens van een laagdrempelige en snelle procesgang en past bij een vergoeding van ander nadeel dat in zuivere civiele geschillen mogelijk niet voor een vergoeding in aanmerking zou komen, maar welk nadeel vaak zal moeten worden beoordeeld

in de klachtenprocedure van de Wvggz. Standaardisering past ook bij uitstek ook bij een keuze voor vergoedingen in gevallen waarin in een bepaalde mate van het feitelijk nadeel wordt geabstraheerd en een vergoeding vooral berust op de schending van een norm.

Bij een laagdrempelige en vereenvoudigd proces met enige mate van standaardisering van schadevergoedingen past ook een soepele omgang met het bewijs van de normschending, het causaal verband en de schade, hetgeen ik evenzeer wenselijk, zo niet noodzakelijk acht gezien de kwetsbaarheid van de psychiatrische patiënt die te maken zal krijgen met verplichte zorg. In aanvulling op hetgeen ik daarover opmerkte bij de conclusies naar aanleiding van de analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht, merk ik naar aanleiding van de bevindingen van de analyse van de Wet Bopz op dat zo een versoepeling en vereenvoudiging ook allerm minst is uitgesloten. Naast de beoogde vlotheid en laagdrempeligheid van de klachtenprocedure is hiervoor redengevend dat de huidige – onder de Wet Bopz – oordelende klachtencommissies ook licht toetsen en zich een actieve houding aanmeten. Het geldt evenzeer voor de rechter die in kwesties van dwangpsychiatrie in bepaalde mate soepel omgaat met de regels van bewijs; aannemelijkheid is op veel fronten al voldoende en meer dan eens wordt gezien de aard van de normschending uitgegaan van op geld waardeerbare schade en het bestaan van een causaal verband met de desbetreffende normschending. Het gaat dan in het bijzonder om procedurele verzuimen waarbij voor een ieder wel duidelijk is, het voorstelbaar is, dat de patiënt daardoor in onzekerheid komt te verkeren met alle spanningen en frustraties van dien. Het zijn ook deze verzuimen en dit soort schade die naar verwachting straks vaak ter beoordeling aan de Wvggz-klachtencommissies worden voorgelegd.

Het civiele aansprakelijkheidsrecht in al zijn facetten is nog steeds uitgangspunt voor een vergoeding die niet in een standaard kan worden verrat – denk aan niet gerechtvaardigde inbreuken die mede gezien de ernstige relevante gevolgen *wel* zodanig ernstig zijn dat zij zonder meer als een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW moeten worden gezien, lichamelijk letsel en geestelijk letsel – en dat geldt ook voor de vermogensschade, met dien verstande dat ook bij vermogensschade een beroep kan worden gedaan op algemeen geaccepteerde standaarden, zoals de richtlijnen van De Letselschade Raad.

8.4.5 Tussenconclusie analyse compensatiemogelijkheden Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen

Het civiele aansprakelijkheidsrecht biedt een goede basis voor de invulling van het begrip schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvggz. Onder schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvggz moet worden verstaan een ‘volledige schadevergoeding van vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade’ als bedoeld in Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW.

De Wet Bopz biedt op haar beurt een verbijzondering die past bij de bijzondere kwetsbare psychiatrische patiënt als bedoeld in de Wvggz. Die verbijzondering is gelegen in het loslaten van een zuivere toepassing van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW of, desgewenst, in het toepassen van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW met inachtneming van de context van de Wvggz. Dit betekent dat naast een vergoeding van ander nadeel wegens lichamelijk letsel, het schaden van de eer of goede naam of de aantasting in de persoon anderszins ten minste ook een vergoeding mogelijk zou moeten zijn van ander nadeel als gevolg van een procedureel verzuim bestaande in het gedurende *een bepaalde periode in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van de toegepaste verplichte zorg*, waardoor in die periode spanningen en frustraties zijn ontstaan (ook als de verplichte zorg achteraf rechtmatig blijkt te zijn geweest). De verbijzondering past bij het doel en de uitgangspunten van de

Wvvggz en vindt haar nadere onderbouwing in uitspraken van rechters, onder wie de Hoge Raad, zoals die zijn gewezen onder de Wet Bopz.

Met deze conclusie wordt volledigheidshalve de vraag opgeworpen wat te doen met substantieel ander nadeel dat het gevolg is van de onzorgvuldige toepassing van verplichte zorg door de schending van essentiële voorwaarden, maar welk nadeel nog niet zonder meer bestempeld kan worden als een aantasting in de persoon waarvoor ingevolge artikel 6:106, aanhef en onder b, BW een recht op een vergoeding bestaat. Ik denk dan bijvoorbeeld aan een schending van een essentiële voorwaarde die het ultimum remedium criterium treft. Mijns inziens dient ook daarvoor een vergoeding te worden toegekend, hetgeen niet anders is onder de Wet Bopz; omvat een vergoeding naar billijkheid 'het mindere', dan geldt dat ook voor 'het meerdere', zo komt mij logisch voor.

Een aspect dat bij deze verbijzondering past en mijns inziens evenzeer passend is voor een schadevergoeding naar billijkheid in het kader van een laagdrempelige klachtenprocedure, is enige mate van standaardisering van de vergoeding van dergelijk soort ander nadeel. Standaardisering past bij uitstek ook bij de keuze voor vergoedingen in gevallen waarin in een bepaalde mate van het feitelijk nadeel wordt geabstraheerd en een vergoeding vooral berust op de schending van een norm. Daar doet mijns inziens niet aan af dat de Hoge Raad in zijn beslissing van juli van dit jaar overwoog dat de omvang van een verplichting tot vergoeding van schade die bestaat in een aantasting in de persoon op andere wijze, zich niet 'min of meer forfaitair' laat vaststellen nu dat niet verenigbaar is met het hoogst persoonlijke karakter van de vordering tot vergoeding van deze schade. De Hoge Raad overwoog immers ook dat dit uitgangspunt er niet aan de weg staat dat betrokken partijen een regeling overeenkomen die voorziet in een forfaitaire vergoeding. Los daarvan zou nog de vraag kunnen worden gesteld of de Hoge Raad ook het oog heeft op vergoedingen van ander nadeel die zich niet onder artikel 6:106 BW laten scharen.

Bij een laagdrempelig en vereenvoudigd proces met standaardisering van schadevergoedingen past ook een soepele omgang met het bewijs van de normschending, het causaal verband en de schade, hetgeen ik evenzeer wenselijk, zo niet noodzakelijk acht gezien de kwetsbaarheid van de psychiatrische patiënt die te maken zal krijgen met verplichte zorg. In aanvulling op hetgeen ik daarover opmerkte bij de conclusies naar aanleiding van de analyse van het civiele aansprakelijkheidsrecht, merk ik op dat het allerm minst is uitgesloten – daadwerkelijk in de lijn der verwachtingen ligt – dat de klachtencommissies functionerend onder de Wvvggz als basis de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering gaan hanteren (inclusief de regels van bewijslastverdeling) maar tegelijkertijd actief zullen zijn waar het gaat om de beoordeling van een recht op schadevergoeding en dat de bewijsregels in belangrijke mate op soepele wijze zullen worden gehanteerd teneinde de psychiatrische patiënt tegemoet te komen. De voorgestane verlichte toets sluit aan bij de wijze waarop de Bopz-rechter omgaat met de stelplicht en bewijslast van de patiënt en de soepelheid waarmee deze rechters een causaal verband en het bestaan van schade aannemen; aannemelijkheid is op veel fronten al voldoende en meer dan eens wordt gezien de aard van de normschending uitgegaan van op geld waardeerbare schade en het bestaan van een causaal verband met de desbetreffende normschending. Het gaat dan in het bijzonder om procedurele verzuimen waarbij voor een ieder wel duidelijk is, het voorstelbaar is, dat de patiënt daardoor in onzekerheid komt te verkeren met alle spanningen en frustraties van dien. Het zijn ook deze verzuimen en dit soort schade die naar verwachting straks vaak ter beoordeling aan de Wvvggz- klachtencommissies worden voorgelegd.

Een belangrijke aanwijzing is voorts dat ook de Bopz-klachtencommissies ter beoordeling van de klacht een 'verlichte' beoordelingswijze aanhangen, met dien verstande dat zij thans alleen over een klacht kunnen oordelen.

De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) schetst in hoofdstuk 3 van die wet het kader van een klachten- en geschillenprocedure. Het doel van deze procedure is de patiënt met zorggerelateerde schade een laagdrempelige en efficiënte wijze van genoegdoening te bieden, waarmee een goed alternatief wordt geboden voor de gang naar de civiele rechter. In zowel de klachtenprocedure als de procedure ten overstaan van een geschilleninstantie kan een vergoeding worden gevraagd met dien verstande dat geschilleninstanties zich slechts bevoegd achten te oordelen over een vordering tot maximaal een bedrag van € 25.000,- en door de patiënt afstand moet zijn gedaan van het meerdere.

Een procedure ten overstaan van een klachtencommissie is geen verplicht onderdeel van de Wkkgz-procedure. Niettemin spelen de klachtencommissies juist bij de geestelijke gezondheidszorg wel degelijk een rol bij de beoordeling van de gegrondheid van een klacht. Dit wordt verklaard door de verplichting van de Wet Bopz om over een klachtencommissie te beschikken. Deze klachtencommissies achten zich (doorgaans) bevoegd om over zowel 'Wkkgz-klachten' als 'Bopz-klachten' te oordelen. De Wkkgz-klachten zijn die van algemene aard en betreffen bijvoorbeeld de bejegening, huisregels of organisatorische kwesties. De Bopz-klachten betreffen die zoals bij wet voorzien: een (gedwongen) opgenomen patiënt kan klagen over een verklaring van wilsonbekwaamheid, over het toepassen van een dwangbehandeling ter afwending van gevaar, het toepassen van middelen of maatregelen ter overbrugging van een tijdelijke noodsituatie, het niet uitvoeren van het behandelplan en/of vrijheidsbeperkingen. Het is te verwachten dat deze – let wel regionale – klachtencommissies straks ook gaan oordelen over zowel Wvggz-kwesties als Wkkgz-kwesties. Sterker nog, Wvggz-klachtencommissies mogen straks over meer soorten klachten oordelen en ook over klachten die nu nog onder de Wkkgz zouden worden geschaard; als voorbeeld noem ik een klacht over de wijze van toepassing van huisregels.

Dat maakt dat het Wkkgz-klachtrecht en de wijze waarop onder dat regime met vergoedingen wordt omgegaan, mijns inziens van waarde is als het gaat om wat onder een billijke schadevergoeding moet worden verstaan. Wat echter aan een directe vergelijking in de weg staat, is het feit dat de Wkkgz-klachtencommissies geen schadevergoedingen toekennen. Een vergelijking kan dus alleen plaatsvinden met hetgeen de geschilleninstanties plachten te doen. Dat is toepassen van het civiele aansprakelijkheidsrecht, inclusief het bewijsrecht, hoewel strikt genomen het formele bewijsrecht van Boek 1, titel 2, afdeling 9, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het materiële bewijsrecht van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing zijn. Het feit dat een geschilprocedure een alternatief beoogt te zijn voor de civiele rechter en dat een finale geschilbeslechting plaatsvindt door middel van een bindend advies, maakt dat logisch. Om tegemoet te komen aan de laagdrempeligheid en de wens tot een efficiënte manier van geschilbeslechting te komen wordt echter doorgaans tegelijkertijd een lichtere toets aangelegd als het gaat om de normschending, het causaal verband en de omvang van de schade; *aannemelijkheid* wordt veelal voldoende geacht. Leerstukken als de omkeringsregel, de proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans worden niet toegepast. Het inschakelen van deskundigen en het horen van getuigen komt (zeer) zelden voor, als is het wel een reglementair vastgelegde mogelijkheid.

De lichtere toets en het vereenvoudigd proces is een interessant gegeven omdat hiermee kan worden gezegd dat als de klachtencommissies van de Wvggz besluiten om dichter naar de geschilleninstanties toe te kruipen of op termijn zelfs een integratie met de geschilleninstanties plaatsvindt, het ook dán te verwachten is dat de klachtencommissies aan de hand van een meer vereenvoudigd proces(recht) de normschending, het causaal verband en de omvang van de schade zullen beoordelen.

Ook los daarvan is de klachten- en geschillenregeling een goed voorbeeld van een procedure waarbij het formele procesrecht wordt gecombineerd met een vereenvoudigde wijze van vaststellen van een normschending, causaal verband en schade.

Net als ik hiervoor deed bij de schets van de bevindingen van het civiele aansprakelijkheidsrecht en de Wet Bopz, merk ik op dat een vereenvoudigd proces en soepele omgang met de regels van bewijs mijns inziens ook wenselijk zou zijn gezien de kwetsbaarheid van de psychiatrische patiënt die wordt geconfronteerd met verplichte zorg en de laagdrempeligheid die de klachtenprocedure beoogt te bieden.

8.4.7 Tussenconclusie analyse klachten- en geschillenregeling Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg

Het civiele aansprakelijkheidsrecht biedt een goede basis voor de invulling van het begrip schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvvggz. Onder schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvvggz moet worden verstaan een 'volledige schadevergoeding van vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade' als bedoeld in Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. De Wet Bopz biedt een aanvullende bijzondere invulling van het begrip ander nadeel, passend bij het doel en de uitgangspunten van de Wvvggz en de bijzondere patiënt: in afwijking van de basis van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW is een vergoeding mogelijk van diverse soorten ander nadeel, ook als dat niet zonder meer onder een aantasting in de persoon kan worden geschaard als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW. Bij deze afwijking past een bepaalde mate van standaardisering van de vergoedingen ter zake, waarbij ik opmerk dat standaardisering bij uitstek past bij de keuze voor vergoedingen in gevallen waarin van het feitelijk nadeel in een bepaalde mate wordt geabstraheerd en een vergoeding vooral berust op de schending van een norm. Standaardisering past ook goed binnen een laagdrempelig en vereenvoudigd proces. Een ander aspect dat past binnen een vereenvoudigd proces is een soepele omgang met het bewijs van een normschending, een causaal verband en de omvang van de geleden schade.

Ook de analyse van de Wkkgz toont dat een lichte toets waar het gaat om het aantonen van de normschending, een *condicio sine qua non*-verband en de omvang van de schade, rechtvaardig wordt geacht om recht te doen aan laagdrempeligheid en efficiency, zonder dat de uitgangspunten en waarborgen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering worden verlaten. Onder de Wkkgz is de *aannemelijkheid* van de normschending, het *condicio sine qua non*-verband en de omvang van de schade voldoende om tot een toekenning van schadevergoeding te komen. De geschillenprocedure kenmerkt zich door een enkele schriftelijke ronde en een zitting, doorgaans zonder het horen van getuigen. Deskundigenbewijs komt zelden voor.

Mocht het komen tot een integratie van klachtencommissies en geschilleninstanties of zouden de klachtencommissies zich hoe dan ook meer gaan richten op de wijze van beoordelen van de geschilleninstanties, dan ligt opnieuw de conclusie voor dat een lichte toets zal worden toegepast en opnieuw stel ik vast dat dat wenselijk, zo niet noodzakelijk is gezien de aard van de procedure en de kwetsbare psychiatrische patiënt als rechtzoekende.

8.4.8 Bevindingen mogelijkheid van schadevergoeding ingevolge het Wetboek van Strafvordering en de Penitentiaire beginselenwet

In verband met de situationele gelijkenissen zijn ook de compensatiemogelijkheden van artikel 89 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) (in samenhang gelezen met artikel 90 Sv) en artikel 68, zevende lid, van de Penitentiaire beginselenwet (Pbw) geanalyseerd. Het is ook om die reden dat ik meen dat deze compensatieregelingen voer voor gedachten over een schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvvggz kunnen zijn.

Dergelijk 'voer' is ten eerste gelegen in het toekennen van een schadevergoeding aan gewezen verdachten, zulks op grond van artikel 89 Sv. Artikel 89 Sv heeft het doel een gewezen verdachte die ten onrechte in verzekering is gesteld of in voorlopige hechtenis is genomen, een volledige schadevergoeding te bieden en met dat doel is uitdrukkelijk ook voor de term schadevergoeding gekozen. Ik merk op dat ook de wetgever van de Wvvgz voor de term schadevergoeding heeft gekozen. Wat de omvang van de ingevolge artikel 89 Sv toe te kennen schadevergoeding betreft, is (dan ook) uitgangspunt dat zowel vermogensschade als ander nadeel voor vergoeding in aanmerking komt. In de praktijk worden in overeenstemming met daarover gemaakte afspraken, standaard dagvergoedingen toegekend die toereikend moeten zijn voor zowel de vermogensschade als het ander nadeel.

Ik merkte echter al bij de analyse van de compensatieregelingen van de Wet Bopz op dat een dagvergoeding – ook al beoogt deze voor de meeste gevallen toereikend te zijn – volgens mij niet passend is voor een schadevergoeding naar billijkheid onder de Wvvgz, omdat een dagvergoeding weinig ruimte laat voor differentiatie naar de aard van het verzuim. Daar komt bij dat de Hoge Raad reeds oordeelde dat de vergoedingen als bedoeld in de LOVS-afspraken (juist) *niet* als richtlijn kunnen dienen. Wel een aardig handvat vind ik dat standaardisering uitgangspunt is maar dat het tegelijkertijd mogelijk is een hogere vergoeding toe te kennen als bijzondere omstandigheden dat rechtvaardigen. Een hogere vergoeding kan een verdubbeling van het standaardbedrag met zich brengen. Het kan ook zijn dat een vergoeding plaatsvindt van de *rechtstreekse* gevolgen van een voorlopige hechtenis. Daarbij kan worden gedacht aan concrete kosten, gederfde inkomsten, omzetverlies, maar ook verlies van functie of de onmogelijkheid het bedrijf te hervatten. Een bedrag ter vergoeding van ander nadeel kan hoger uitpakken door bijvoorbeeld nadelige publiciteit, bijzondere psychische spanningen of de mate waarin de gewezen verdachte aan de tand is gevoeld.

De andere regeling is vervat in artikel 68, zevende lid, Pbw en geeft de beklagcommissie een discretionaire bevoegdheid om een gedetineerde een tegemoetkoming toe te kennen. Deze 'tegemoetkoming' is (louter) bedoeld ter compensatie voor het geleden ongemak. Opgemerkt werd reeds dat met opzet gekozen is voor een andere term dan schadevergoeding en dat deze 'tegemoetkoming' niet de aard heeft van een volledige schadevergoeding. De beklag- en beroepscommissie kennen in de praktijk standaardbedragen toe. Alleen wanneer de schade *eenvoudig is te begroten*, kunnen door de beklag- en beroepscommissie schadevergoedingsaspecten worden meegenomen bij de bepaling van de hoogte van de tegemoetkoming.

Dat maakt de compensatieweg van de Penitentiaire beginselenwet mijns inziens in beginsel ongeschikt als handvat; in de Wvvgz gaat het immers om een schadevergoeding. Interessant is wel dat ook in detentie dwangbehandeling meer dan eens voorkomt en dat de in dat verband door de beklagcommissie en de beroepscommissie gewezen uitspraken handvatten kunnen bieden voor wat een billijke tegemoetkoming *ten minste* kan zijn (€ 50,-).

Belangrijk 'voer' is voorts gelegen in het oordeel van de Hoge Raad van dit jaar over hoe om te gaan met een vergoeding van ander nadeel als dat nadeel gelegen is in een aantasting in de persoon. De Hoge Raad bevestigde dat voor een vergoeding ter zake van een persoonsaantasting als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW (geobjectiveerd) geestelijk letsel vereist is of een schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht, waarvan de aard en de ernst van de schending en de relevante nadelige gevolgen ervan voor de benadeelde zodanig zijn dat van een aantasting in de persoon kan worden gesproken. In beginsel zal degene die zich op die laatste grond beroept de aantasting in zijn persoon met concrete gegevens moeten onderbouwen (dit vereist dus een onderbouwing van de aard en de ernst van de normschending en van de relevante nadelige gevolgen). In een voorkomend geval kunnen de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde *zo voor de hand liggen*, dat een

aantasting in de persoon kan worden aangenomen. Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW, is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht, aldus de Hoge Raad.

Naar mijn mening betekent deze uitspraak echter niet dat voor de patiënt die op onzorgvuldige wijze verplichte zorg heeft moeten ondergaan, louter een vergoeding voor ander nadeel mogelijk is bij een ernstige schending van zijn zelfbeschikkingsrecht met bedoelde relevante nadelige gevolgen. Ik beargumenteerde eerder dat een verbijzondering op dit punt – een afwijking van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW – past bij het doel en de uitgangspunten van de Wvvgz en de ruimte die de billijkheid biedt. Nog steeds vind ik het passend en is het te beargumenteren dat onder een schadevergoeding naar billijkheid mede kan en zou moeten worden verstaan een vergoeding ter zake van nadeel, bestaande in het gedurende een bepaalde periode in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van toepassing van verplichte zorg, waardoor in die periode spanningen en frustraties zijn ontstaan (ook als de zorg achteraf rechtmatig blijkt te zijn), met dien verstande dat een gestandaardiseerde meer beperkte vergoeding in zo een geval op zijn plaats is. Dat geldt mijns inziens ook voor substantieel ander nadeel dat het gevolg is van de onzorgvuldige toepassing van verplichte zorg door de schending van essentiële voorwaarden.

Ik acht mij in deze mening gesteund door de conclusie van de advocaat-generaal bij het arrest van de Hoge Raad over de gedetineerde. De advocaat-generaal overwoog (onder meer) dat in het kader van schendingen van de redelijke termijn door rechters een vergoeding wordt toegekend en dat de basis lijkt te zijn gelegen in een aantasting in de persoon op andere wijze in de zin van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW. Het bijzondere van deze categorie is dan wel, en daarvoor laat artikel 6:106, aanhef en onder b, BW ruimte, dat frustratie, ergernis en dergelijke worden verondersteld. Tegelijkertijd, en dat is wat de advocaat-generaal betreft geen toeval, is de omvang van de eventuele vergoeding beperkt: het gaat om betrekkelijk lage en bovendien forfaitaire bedragen. Dit gegeven is niet onbelangrijk: het ene fundamenteel recht is het andere niet en de ene schending is de andere weer niet, aldus de advocaat-generaal. Daarbij wijs ik ook op een mijns inziens relevant stuk van Lindenbergh, dat evenzeer als handvat voor standaardisering kan worden gezien: bij – kort gezegd – schending van fundamentele rechten ligt het voor de hand om de omvang van de vergoeding te relateren aan de aard en ernst van de normschending. Dat laat, afhankelijk van het type geval, ook vrij goed tarifiering (categoriebedragen) van bedragen toe.

Oftewel, er kan een forfaitaire vergoeding worden toegekend voor andersoortig ander nadeel – en deze kan worden geschaard onder de aantasting in de persoon op andere wijze –, maar het is dan wel billijk om de vergoeding niet al te hoog te waarderen. Ik wijs daarnaast op de opmerking van de advocaat-generaal dat reeds het erkennen van de schending een bepaalde mate van genoegdoening behelst en op zijn in dat verband aangehaalde oordeel van de Hoge Raad dat er bij de bepaling van de schadevergoeding voor een psychiatrische patiënt ten aanzien van wie procedurevoorschriften zijn geschonden rekening mee moet worden gehouden *dat in het enkele feit dat de rechter de schending van voorschriften vaststelt reeds een zekere genoegdoening* is gelegen. Dit zou een lagere vergoeding in financiële zin rechtvaardigen.

8.4.9 Tussenconclusie analyse schadevergoeding ingevolge het Wetboek van Strafvordering en de Penitentiaire beginselenwet

Het civiele aansprakelijkheidsrecht biedt een goede basis voor de invulling van het begrip schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvvgz. Onder schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvvgz moet worden verstaan een 'volledige schadevergoeding van vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade' als bedoeld in Boek 6, titel 1, afdeling 10,

BW. De Wet Bopz biedt een aanvullende bijzondere invulling van het begrip ander nadeel, passend bij het doel en de uitgangspunten van de Wvvgz en de bijzondere patiënt: in afwijking van de basis van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW is een vergoeding mogelijk van diverse soorten ander nadeel, ook als dat niet zonder meer onder een aantasting in de persoon kan worden geschaard als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW. Bij deze afwijking past een bepaalde mate van standaardisering van de vergoedingen ter zake. Standaardisering past ook goed binnen een laagdrempelig en vereenvoudigd proces. In verband daarmee stel ik vast dat de (analyses van de) compensatieregelingen van de Wet Bopz en de Wkkgz laten zien dat de toepassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet hoeft te betekenen dat alle formele procedurele regels onverkort in acht moeten worden genomen teneinde de rechtszekerheid te dienen en het proces *fair* te laten verlopen. Ik verwacht dat de klachtencommissies evenzeer een lichte toets zullen hanteren, het proces eenvoudig zullen laten en zich actief zullen opstellen, ook als het aankomt op schadevergoeding. Dit komt mij wenselijk, zo niet noodzakelijk voor gezien de aard van de procedure, de aard van de schade die doorgaans zal zijn geleden en de bijzondere, kwetsbare, patiënt.

De laatste twee compensatieregelingen vormen een extra argument voor het feit dat een bepaalde mate van standaardisering billijk kan zijn in aanvulling op een concrete, geïndividualiseerde schadevergoeding gebaseerd op de uitgangspunten van het BW. Die standaardisering heeft betrekking op de vergoeding van ander nadeel dat zich het best laat kenmerken als een aantasting van de persoon van de patiënt, doch welk ander nadeel niet zonder meer kan worden gedefinieerd als een zodanig ernstige en met zodanig relevante nadelige gevolgen als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW (waarvoor individualisering met daaraan inherent hoge tot zeer hoge vergoedingen passend(er) moet worden geacht). Standaardisering kan het best plaatsvinden op basis van, gerelateerd aan, de aard en de ernst van het verzuim. Omdat het gaat om ander nadeel dat onder 'gewone' civielrechtelijke omstandigheden niet voor vergoeding in aanmerking zou komen, is het voorts billijk dat de vergoeding niet al te hoog wordt gewaardeerd. Een andere reden voor een niet al te hoge vergoeding is het feit dat in het enkele feit dat wordt vastgesteld dat een voorschrift is geschonden reeds een zekere genoegdoening kan zijn gelegen.

Er kan dus – zo is mijn conclusie – een forfaitaire vergoeding worden toegekend voor ander nadeel dat het gevolg is van een schending van een procedurele regel, informatieplicht of andere zorgvuldigheidseis en gelegen is in de daarbij veronderstelde onzekerheid over de rechtmatigheid van de verplichte zorg en de daaruit voortvloeiende frustratie en spanningen, maar die vergoeding is een beperkte. Een aantasting in de persoon die substantiëler is dan het in onzekerheid verkeren over de rechtspositie, en gelegen is in de daadwerkelijke onzorgvuldige toepassing van verplichte zorg door de schending van een essentiële voorwaarde met alle veronderstelde gevolgen van dien (maar mogelijk nog niet als een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW kan worden aangemerkt) dient mijns inziens ook voor vergoeding in aanmerking te komen. De vergoeding zal anders gewaardeerd moeten worden, maar evenzeer moeten passen in de voorgestane standaardisering.

Is er in een individueel geval een zodanig ernstige schending van het zelfbeschikkingsrecht aan de orde met zodanig relevante nadelige gevolgen dat een vergoeding ter zake niet meer onder de standaardvergoedingen kan worden begrepen, dan moet dat door de patiënt nader worden onderbouwd, tenzij de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde *zo voor de hand liggen*, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. In dat geval moet de patiënt overigens wel aanvoeren dat dat zo is.

Billijk houdt tevens in dat in een individueel geval aanvulling van het standaardbedrag ook mogelijk is bij andere, door de patiënt daartoe aannemelijk te maken, omstandigheden, een en ander conform het civiele aansprakelijkheidsrecht. Dit geldt dus zowel voor vermogensschade als voor ander nadeel. Lichamelijk letsel en geestelijk letsel zal bijvoorbeeld moeten worden aangetoond met medische stukken. Bij het verzoek om toekenning van een vergoeding van vermogensschade kan bijvoorbeeld gebruik worden gemaakt van algemeen geaccepteerde richtlijnen zoals die van De Letselschade Raad.

8.4.10 Conclusie

Centraal staat de vraag wat een billijke schadevergoeding is of zou kunnen dan wel moeten zijn en hoe patiëntenvertrouwenspersonen tegen die achtergrond hun cliënt kunnen adviseren en bijstaan bij het formuleren en onderbouwen van een bij de klachtencommissie in te dienen verzoek tot schadevergoeding.

Gezien de bevindingen van de analyse van de Wvvgz en de bevindingen van de analyse van de relevante andere wegen met een compensatiefunctie of -mogelijkheid, beantwoord ik de vraag als volgt.

Onder een schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvvgz moet worden verstaan een volledige vergoeding van vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade. Voor de uitgangspunten dient te worden gekeken naar het civiele aansprakelijkheidsrecht vervat in het Burgerlijk Wetboek (BW). Het onderdeel schadevergoeding is geregeld in Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. De wettelijke grondslag voor de schadevergoeding wordt gevormd door de Wvvgz zelf.

Wat de vergoeding van ander nadeel betreft, merk ik zekerheidshalve op dat in artikel 6:95 BW staat dat een vergoeding daarvan alleen mogelijk is 'voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft'. De Wvvgz spreekt echter niet met zoveel woorden van een recht op een schadevergoeding 'tevens omvattende een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade'. Toch meen ik dat met de keuze voor een vergoeding naar billijkheid ook bedoeld is een wettelijke grondslag te creëren voor een vergoeding van ander nadeel. Ik wijs in dat verband op de wens van de wetgever om een volledige vergoeding te bieden – welke wens ik destilleer uit de keuze voor een schadevergoeding (in plaats van een tegemoetkoming), het doel en de uitgangspunten van de Wvvgz (vergaande bescherming van de patiënt) kan worden opgemaakt –, maar relevant is tevens de omstandigheid dat de psychiatrische patiënt als bedoeld in de Wvvgz doorgaans juist en vooral schade lijdt die de vorm heeft van ander nadeel dan vermogensschade. Het komt mij dan ook niet logisch en niet juist voor een vergoeding van ander nadeel uit te zonderen.

Vermogensschade kan het gevolg zijn van lichamelijk letsel van de patiënt, evenals van – naar objectieve maatstaven vastgesteld – geestelijk letsel. Vermogensschade kan ook het gevolg zijn van een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Vermogensschade kan bestaan uit geleden verlies en/of gederfde winst, zo volgt uit artikel 6:96 BW. Onder dit schadecomponent kunnen allerhande kosten worden geschaard, maar bijvoorbeeld ook feitelijk verlies van arbeidsvermogen, waardoor inkomsten worden gemist of opdrachten gemoeid met het voeren van een onderneming. Vermogensschade kan concreet worden bepaald en worden aangetoond met facturen en 'bonnetjes' of op eenvoudige wijze worden bepaald, omdat duidelijk is wat de schade in zijn algemeenheid inhoudt. In de civiele (letselschade)praktijk zijn hiervoor richtlijnen opgesteld (ik doel op de richtlijnen van De Letselschade Raad).

Ander nadeel kan ingevolge artikel 6:106, aanhef en onder b, BW gelegen zijn in lichamelijk letsel, een aantasting in de eer of goede naam of een aantasting in de persoon op andere wijze. In afwijking van (de basis van) artikel 6:106, aanhef en onder b, BW kan onder een schadevergoeding naar billijkheid echter ook worden begrepen een vergoeding van ander nadeel dat niet zonder meer onder een van die categorieën kan worden geschaard. Een voorbeeld is een vergoeding van ander nadeel in verband met de onzekerheid over de rechtmatigheid van de verplichte zorg (hoewel deze achteraf rechtmatig blijkt te zijn). Dergelijk ander nadeel kan het gevolg zijn van een procedureel verzuim of de schending van een informatieplicht. Een ander voorbeeld is een aantasting in de persoon die substantiëler is dan het in onzekerheid verkeren over de rechtspositie, en gelegen is in de daadwerkelijke onzorgvuldige toepassing van verplichte zorg door de schending van een essentiële voorwaarde voor de uitvoering van verplichte zorg. Nadelige gevolgen worden verondersteld.

De basis voor deze conclusie ligt in de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) en de onder die wet tot stand gekomen jurisprudentie en praktijk en past binnen de ruimte die de billijkheid biedt. Naar mijn mening doet deze verbijzondering recht aan de context van de Wvvgz en aan de bijzondere positie van psychiatrische patiënten die verplichte zorg ontvangen, een en ander op gelijke wijze alsook onder de Wet Bopz werd geoordeeld. Het zal in veel kwesties waarover gegrond wordt geklaagd om schendingen van het zelfbeschikkingsrecht (lichamelijke integriteit) van de patiënt gaan, een fundamenteel persoonlijkheidsrecht. De schending zal evenwel niet steeds – naar objectieve maatstaven te bepalen – ernstig zijn en/of relevante nadelige gevolgen hebben.

Om voor een schadevergoeding in aanmerking te komen, zal de klachtencommissie tot het oordeel moeten kunnen komen dat de klacht van de patiënt gegrond is en dat het beklaagde gedrag tot de schade zoals die door de klagende patiënt is geformuleerd, heeft geleid. Anders gezegd, het moet – in juridische termen gegoten – duidelijk zijn dat er onzorgvuldig is gehandeld (in de vorm van strijd met een wettelijke plicht of een rechtsinbreuk) en dat dat handelen de gestelde schade heeft veroorzaakt. Gezien de mate van rechtsbescherming en *fairness* ligt het voor de hand dat in dat verband de regels van het formele en materiële bewijsrecht zoals vervat in Boek 1, titel 2, afdeling 9, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) (artikelen 149 tot en met 207 Rv) respectievelijk artikel 6:162 BW worden toegepast, inclusief de bewijslastverdeling zoals die uit de hoofdregel van artikel 150 Rv volgt. Gezien de beoogde laagdrempeligheid van de klachtenprocedure en de aard van de materie (dwangpsychiatrie) is het echter evenzo wenselijk, zo niet noodzakelijk dat de klachtencommissies een lichte toets aan zullen leggen waar het gaat om de vaststelling van de normschending, een *condicio sine qua non*-verband en de omvang van de schade. Met 'lichte toets' wordt bedoeld dat door de inrichting van het proces en een actieve (niet lijdelijke) houding van de klachtencommissies in grote mate rekening wordt gehouden met de (beperkingen van de) aan verplichte zorg onderworpen psychiatrische patiënt zonder het belang van de zorgaanbieder wiens professionele handelen ter discussie staat uit het oog te verliezen. 'Licht' uit zich hierin dat ten behoeve van het vlotte en laagdrempelige proces een aantal formaliteiten wordt losgelaten waarbij wordt gedacht aan het zoveel mogelijk achterwege laten van getuigenverhoren, deskundigenberichten en 'extra' rondes om causale verbanden en schadestaten te onderzoeken, aldus in afwijking van hetgeen een klassieke civiele schadevergoedingsprocedure kenmerkt. Een andere bewijslastverdeling maakt hiervan geen deel uit. Wel zal die toets, die mede een onderzoekende rol van de oordelende instantie veronderstelt, de scherpe kanten van de bewijslastverdeling kunnen verzachten. Aannemelijkheid van een normschending, een causaal verband en schade zal voldoende (moeten) zijn.

Een voorbeeld van een dergelijke meer vereenvoudigde wijze van beoordelen is de klachten- en geschillenprocedure van de Wkkgz; de procedure is laagdrempelig en efficiënt, maar mede omdat niet al te strikt wordt vastgehouden aan de regels van het bewijsrecht en aannemelijkheid van de normschending, het causaal verband en de omvang van de schade voldoende wordt geacht. De

geschillenprocedure kenmerkt zich door een enkele schriftelijke ronde en een zitting, doorgaans zonder het horen van getuigen. Deskundigenbewijs komt zelden voor.

Dat de klachtencommissies een lichte toets zullen hanteren ligt ook voor de hand. Naast de beoogde vlotheid en laagdrempeligheid van de klachtenprocedure is hiervoor redengevend dat de huidige – onder de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen – oordelende klachtencommissies ook licht toetsen en zich een actieve houding aanmeten bij het beoordelen van klachten. Het geldt evenzeer voor de rechter die in kwesties van dwangpsychiatrie in bepaalde mate soepel omgaat met de regels van bewijs; aannemelijkheid is op veel fronten al voldoende en meer dan eens wordt gezien de aard van de normschending uitgegaan van op geld waardeerbare schade en het bestaan van een causaal verband met de desbetreffende normschending. Het gaat dan in het bijzonder om procedurele verzuimen waarbij voor een ieder wel duidelijk is, het voorstelbaar is, dat de patiënt daardoor in onzekerheid komt te verkeren met alle spanningen en frustraties van dien. Het zijn ook deze verzuimen en dit soort schade die naar verwachting straks vaak ter beoordeling aan de Wvrgg-klachtencommissies worden voorgelegd.

Standaardisering van vergoedingen kan in zijn algemeenheid ook behulpzaam zijn om een proces te vereenvoudigen, de snelheid van afwikkeling van een verzoek om een schadevergoeding te bevorderen en de gelijkheid tussen rechtzoekenden te bevorderen. Standaardisering is dus een instrument als het gaat om de wens een op eenvoudige wijze vast te stellen vergoeding toe te kennen van een redelijk en billijk te achten omvang gezien (de aard van) het geschonden recht waarover wordt geklaagd en de ernst van die schending (waaronder de intensiteit en de duur van die schending). Met dit tot besluit kom ik terug bij de bijzondere vormen van ander nadeel die in mijn visie deel uitmaken van een schadevergoeding naar billijkheid. Het mijns inziens billijk om de vergoedingen te dier zake tot op zekere hoogte te standaardiseren en wel op basis van, gerelateerd aan, de aard en ernst van het verzuim. Standaardisering past bij uitstek bij deze keuze voor vergoedingen in gevallen waarin in een bepaalde mate van het feitelijk nadeel wordt geabstraheerd en een vergoeding vooral berust op de schending van een norm. Er kan dus – zo is mijn conclusie – een gestandaardiseerde (forfaitaire) vergoeding worden toegekend voor ander nadeel dat het gevolg is van een procedurefout, schending van een informatieplicht of een andere zorgvuldigheidseis. Het ander nadeel zal zijn gelegen in de onzekerheid over de rechtmatigheid van verplichte zorg en de daaruit voortvloeiende frustratie en spanningen. Die vergoeding zal, omdat het om een verbijzondering gaat, een niet al te hoge financiële waarde vertegenwoordigen. Een andere reden voor een niet al te hoge vergoeding is het feit dat in het enkele feit dat wordt vastgesteld dat een voorschrift is geschonden reeds een zekere genoegdoening kan zijn gelegen.

Een hogere forfaitaire vergoeding kan worden toegekend voor een ernstiger verzuim met substantiële gevolgen. Ik denk aan de daadwerkelijk onzorgvuldige toepassing van verplichte zorg door het niet (voldoende) in acht nemen van de essentiële materiële eisen voor het toepassen van verplichte zorg die rechtstreeks de rechtvaardigheid van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht treffen en het ultimum remedium criterium.

Aan mijn conclusie op dit punt doet mijns inziens niet aan af dat de Hoge Raad in zijn beslissing van juli van dit jaar overwoog dat de omvang van een verplichting tot vergoeding van schade die bestaat in een aantasting in de persoon op andere wijze, zich niet ‘min of meer forfaitair’ laat vaststellen nu dat niet verenigbaar is met het hoogst persoonlijke karakter van de vordering tot vergoeding van deze schade. De Hoge Raad overwoog immers ook dit uitgangspunt er niet aan de weg staat dat betrokken partijen een regeling overeen te komen die op dit punt voorziet in een forfaitaire vergoeding. Los daarvan zou nog de vraag kunnen worden gesteld of de Hoge Raad ook het oog heeft op vergoedingen van ander nadeel die zich niet onder artikel 6:106 BW laten scharen.

Standaardisering laat individualisering onverlet, zoals ook te zien is bij de toekenning van schadevergoeding onder het regime van de Wet Bopz, het Wetboek van Strafvordering en de Penitentiaire beginselenwet. Is in een individueel geval dus wel sprake van een zodanig ernstige schending van het zelfbeschikkingsrecht en wel sprake van zodanig relevante nadelige gevolgen dat zonder meer gesproken kan worden van een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW, dan moet aan de benadeelde een hoge(re) vergoeding worden toegekend dan waarin de standaard voorziet. Denk bijvoorbeeld aan het ongegrond gedwongen opnemen van een psychiatrische patiënt voor de duur van meer dan een maand, maar ook aan onterecht en/of disproportioneel fysiek geweld bij de uitvoering van dwang of aanranding van de patiënt daarbij. Dit moet wel door de patiënt worden onderbouwd, tenzij de *aard en de ernst van de normschending* meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde *zo voor de hand liggen*, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. Is er sprake van lichamelijk of (extra) geestelijk letsel als gevolg van het norm schendende gedrag of de rechtsinbreuk (denk bijvoorbeeld aan een posttraumatisch stresssyndroom), dan is dat evenzeer reden voor een hogere vergoeding, mits dat letsel naar objectieve maatstaven is komen vast te staan. Dat vereist bijvoorbeeld onderzoek door een medicus en een op schrift gesteld oordeel over dat letsel. Vermogensschade dient steeds per individueel geval te worden bepaald.

Het is aan de patiëntenvertrouwenspersoon om de patiënt/cliënt te ondersteunen bij het in kaart brengen van de schadecomponenten, hem te helpen bij het geven van de noodzakelijke onderbouwing en – uiteindelijk – bij de financiële waardering van de schade. Daaraan vooraf gaat de juridische herwaardering en herformulering van de klacht en een causaal verband, zoals hiervoor al even werd aangestipt. Het doel van dit onderzoek was dan ook te onderzoeken en aan te geven *hoe patiëntenvertrouwenspersonen – eenmaal wetende wat een billijke schadevergoeding behelst – hun cliënt kunnen adviseren en bijstaan bij het formuleren en onderbouwen van een bij de klachtencommissie in te dienen verzoek tot schadevergoeding*.

Hieronder volgt daarom een de schets van het kader dat met dat doel kan worden aangewend.

8.5 Het kader 'schadevergoeding in de praktijk'

8.5.1 Aannemelijk maken van onzorgvuldig gedrag ten aanzien van de nakoming van een verplichting of beslissing

De Wvvgz bepaalt dat de zorgaanbieder moet zijn aangesloten bij een door één of meer representatief te achten cliëntenorganisaties en één of meer representatief te achten organisaties van zorgaanbieders ingestelde *klachtencommissie*. De onafhankelijke, regionale, klachtencommissie beslist op klachten als bedoeld in artikel 10:3 Wvvgz.

Ingevolge artikel 10:3 Wvvggz kan *betrokkene, de vertegenwoordiger of een nabestaande van betrokkene* een schriftelijke en gemotiveerde klacht indienen bij de klachtencommissie over de *nakoming van een verplichting of een beslissing* op grond van artikel: ⁴⁷⁹

a. 1:5; b. 4:1, tweede lid; c. 7:3, met uitzondering van klachten betreffende de ambtenaar van politie; d. 8:4; e. 8:7; f. 8:9; g. 8:11; h. 8:12; i. 8:13; j. 8:14; k. 8:15; l. 8:16, eerste, tweede en derde lid; m. 8:17; n. 8:18, achtste en twaalfde lid; o. 8:20; p. 8:21; q. 8:34, met uitzondering van klachten betreffende de officier van justitie, de rechter, de psychiater, bedoeld in artikel 5:7, de burgemeester en het college van burgemeester en wethouders; r. 9:3; s. 9:4; t. 9:5; u. 9:6; v. 9:7; w. 9:8; x. 9:9.

De meeste van deze bepalingen betreffen de uitvoering van verplichte zorg, inhoudende dat de aldaar geformuleerde verplichtingen en zorgvuldigheidseisen daarbij in acht moeten worden genomen. Voorts zijn de uitgangspunten, criteria en doelen van hoofdstuk 2 respectievelijk hoofdstuk 3 Wvvggz van toepassing die veelal ook te kwalificeren zijn als plichten of zorgvuldigheidseisen die bij de uitvoering van verplichte zorg in acht moeten worden genomen. Steeds is het doel van zo een plicht of eis de (op zichzelf door een zorgmachtiging of crisismaatregel of wettelijke bepaling (denk aan artikel 7:3 en 8:11 jo 8:12 Wvvggz) gelegitimeerde) verplichte zorg zo zorgvuldig en rechtvaardiging mogelijk te laten verlopen. De klagende patiënt zal dus aannemelijk moeten maken dat *degene die* (jegens hem) de *verplichting* van de Wvvggz heeft geschonden of de gewraakte *beslissing* heeft genomen daarbij in strijd met de wet of een zorgvuldigheidsnorm heeft gehandeld. Volledigheidshalve merk ik op dat de patiënt en de patiëntenvertrouwenspersoon ook zullen moeten aangeven waarop de klacht zich richt: op de aanvang van de verplichte zorg, op de voortzetting daarvan, of wat dan ook de klacht is. Dit sluit aan bij het karakter van de klachtenregeling van de Wvvggz en bij de uiteenlopende (rechts)vragen die in dat kader kunnen rijzen. ⁴⁸⁰

Aldus is het – in juridische termen – aan de patiënt om te stellen dat de zorgaanbieder een wettelijke plicht heeft geschonden door bijvoorbeeld bij de uitvoering van de verplichte zorg onvoldoende rekening te houden met zijn wensen of omdat hij geen afschrift van de beslissing heeft ontvangen. Let wel, de psychiatrische patiënt zal doorgaans feitelijk andere woorden gebruiken, mede gezien zijn mogelijk te veronderstellen onvermogen zich te bedienen van heldere, laat staan juridische, taal. Feitelijk kan zijn klacht dus zijn dat ‘die man niet heeft gedaan wat hij zo graag wilde’ of dat ‘hij ook geen briefje heeft gezien’. De patiëntenvertrouwenspersoon kan op dit punt zijn meerwaarde laten gelden door een adequate herformulering of verduidelijking. Overigens zal tegelijkertijd mogen gelden dat de patiënt niet afhankelijk van de ondersteuning door een patiëntenvertrouwenspersoon moet zijn om van zijn klachtrecht gebruik te maken; ook dit pleit voor een actieve en onderzoekende rol voor de klachtencommissie.

Een en ander vereist ten eerste dat de patiëntenvertrouwenspersoon inzicht heeft, of krijgt, in het handelen zoals dat *had moeten plaatsvinden (stap 1)* en de daarvoor verantwoordelijke persoon. Er volgt aldus – in civielrechtelijke termen – een toets aan de maatman. Uit de wettekst volgt hoe een verplichting had moeten worden nagekomen en hoe een beslissing had moeten worden genomen en wiens verantwoordelijkheid de verplichting of beslissing is of zou moeten zijn. Voor zover de wettekst geen duidelijkheid biedt, kan een onderbouwing worden gehaald uit het Besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg, toepasselijke (nog te formuleren) richtlijnen, standaarden en protocollen.

⁴⁷⁹ Zie daarbij artikel 1:3, achtste lid, Wvvggz: De meerderjarige betrokkene die onder curatele is gesteld of ten behoeve van wie een mentorschap is ingesteld, alsmede de minderjarige betrokkene zijn bekwaam om op grond van deze wet in rechte op te treden.

⁴⁸⁰ Zie HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3539, NJ 2007, 378, met nt. J. Legemaate en HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5924, NJ 2010, 1, met nt. J. Legemaate.

Het aannemelijk maken dat *degene die de verplichting van de Wvggz heeft geschonden of de gewraakte beslissing heeft genomen*, daarbij in strijd met de wet of onzorgvuldig heeft gehandeld, vereist ten tweede dat de patiëntenvertrouwenspersoon inzicht heeft, of krijgt, in het handelen zoals dat *heeft plaatsgevonden (stap 2)*. Wat is er nu feitelijk gebeurd? Onderbouwing wordt geput uit het relaas van de patiënt (wat vertelt hij zelf), zijn medisch dossier, en – in een uitzonderlijk geval – een deskundigenbericht of getuigenverklaringen. Als de zorgaanbieder het met de klacht niet eens is, zal hij die moeten betwisten. Op de zorgaanbieder rust in dat verband een verzwaarde motiveringsplicht. Hij zal bijvoorbeeld een toelichting moeten geven voor zover de gang van zaken niet duidelijk is. Het zal vooral ook de zorgaanbieder zijn die (in het kader van zijn verzwaarde motiveringsplicht) uitleg zal moeten geven over de invulling en uitvoering van de verplichte zorg.

In een aantal situaties kan betoogd worden dat de verweten normovertredende gedraging primair een rechtsinbreuk oplevert, waarmee ik – in termen van ‘onrechtmatigheid’ gesproken – bedoel dat de inbreuk op de lichamelijke integriteit van de patiënt (het zelfbeschikkingsrecht) op zichzelf als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd (behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond).

Let wel, de onrechtmatige daad is zelf niet de grondslag maar ik gaf aan (zie par. 3.2) dat een vergelijking zinvol is bij de kwalificatie van het gedrag en de verdeling van de stelplicht en bewijslast.

Een rechtsinbreuk kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als er feitelijk verplichte zorg wordt toegepast die langer duurt dan de grondslag (crismaatregel, machtiging tot voortzetting, zorgmachtiging of wet (artikelen 7:3 Wvggz en 8:11 jo artikel 8:12 Wvggz) toeliet, als er feitelijk verplichte zorg wordt toegepast die geen noodzaak kent (artikel 7:3 Wvggz) of verplichte zorg werd toegepast die niet genoemd is in de crismaatregel, de voortzetting daarvan of de zorgmachtiging (artikel 8:7 Wvggz). Een rechtsinbreuk kan ook aan de orde zijn als niet is voldaan aan de materiële eisen als bedoeld in artikel 2:1, 3:3 en 3:4 Wvggz, voor zover zij rechtstreeks de rechtvaardiging van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht treffen en het ultimatum remedium criterium.

De patiënt kan (‘vertaald’ in juridische termen) volstaan met het stellen van zijn subjectieve recht en de inbreuk daarop. Hij moet aldus stellen dat inbreuk is gemaakt op zijn zelfbeschikkingsrecht, wat hij in gevallen als deze kan aantonen door op de wettelijke normen te wijzen en zijn eigen situatie te schetsen. Het is aan de zorgaanbieder om zich ter zake op een bevrijdend verweer te beroepen, inhoudende dat er wel degelijk een grond was voor de verplichte zorg. Op hem rust te dier zake de bewijslast.

Naar verwachting zal de klachtencommissie een actieve houding aannemen waar het gaat om de vaststelling van de feitelijke gang van zaken en de invulling en uitvoering van verplichte zorg, hetgeen mijns inziens ook daadwerkelijk van haar verlangd mag worden. Dit past bij de kwetsbare psychiatrische patiënten over wie zij een oordeel moeten geven en bij de wens een oordeel te geven dat aansluit bij de werkelijkheid waarbij ook de positie van de zorgaanbieder niet uit het oog mag worden verloren.

Ter verduidelijking volgt hieronder opnieuw de schematische weergave met daarin kort vermeld over welke verplichting of beslissing kan worden geklaagd en wie de verantwoordelijke is. In hetzelfde schema is voorts een aantal voorbeelden van *mogelijke (niet-limitatieve lijst) klachten* opgenomen. Dit overzicht kan worden *aangevuld*, mocht in de loop van de tijd van andere klachten blijken.

1:5	beslissing zorgverantwoordelijke dat betrokkene niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen en beslissing welke zaken dat betreft (wilsonbekwaamverklaring)
	- De beslissing van de zorgverantwoordelijke dat de patiënt niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen of een aantal aangewezen belangen is niet juist en/of onzorgvuldig tot stand gekomen - De beslissing van de zorgverantwoordelijke is door hem niet op schrift gesteld en/of de beslissing vermeldt niet op welke datum en welk tijdstip de beslissing is genomen en ter zake van welke beslissingen de patiënt niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen - Er is geen overleg geweest tussen de zorgverantwoordelijke en de vertegenwoordiger voorafgaand aan de beslissing - De zorgverantwoordelijke heeft de geneesheer-directeur niet op de hoogte gesteld van de beslissing en het overleg met de vertegenwoordiger of, bij afwezigheid van een vertegenwoordiger, de geneesheer-directeur en de officier van justitie niet op de hoogte gesteld
4:1, 2de lid	verplichting zorgverantwoordelijke tot het opstellen van een zelfbindingsverklaring en de inhoud ervan
	- Er is geen zelfbindingsverklaring opgesteld, hoewel daarvoor wel de mogelijkheid aanwezig was - De zelfbindingsverklaring vermeldt niet de in de Wvvgz opgesomde inhoudelijke aspecten (a. onder welke omstandigheden verplichte zorg aan betrokkene moet worden verleend om ernstig nadeel te voorkomen; b. de zorg en de verplichte zorg die onder die omstandigheden aan betrokkene kan worden verleend en de maximale duur van de verplichte zorg; c. de omstandigheden waaronder de verplichte zorg wordt beëindigd; d. de geldigheidsduur van de zelfbindingsverklaring; e. de voor de continuïteit van zorg relevante familie en naasten met wie contact moet worden opgenomen als de onder a bedoelde omstandigheden zich voordoen)
7:3*	beslissing (omschreven als bevoegdheid) ambulancedienst, zorgaanbieder, geneesheer-directeur en zorgverantwoordelijke tot tijdelijke verplichte zorg voorafgaand aan een crisismaatregel en vrijheidsbeneming en overbrengen naar geschikte locatie in dat verband
	- Het viel niet redelijkerwijs te veronderstellen dat een crisismaatregel zou worden genomen, zodat er geen grond was voor kortdurende verplichte zorg - De kortdurende verplichte zorg was niet noodzakelijk ter voorbereiding van de crisismaatregel (een en ander in het licht van de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1, 3:3 en 3:4) - De kortdurende verplichte zorg was te lang (mag uitsluitend gedurende de periode die nodig is om procedure crisismaatregel af te ronden of ten hoogste achttien uur, en niet meer dan twaalf uur te rekenen vanaf het moment dat betrokkene door een psychiater wordt onderzocht ten behoeve van de medische verklaring) - Het was onnodig de patiënt van zijn vrijheid te beroven en hem onverwijd over te brengen naar een tijdelijk verblijf - Een niet-bevoegde heeft besloten tot kortdurende verplichte zorg - Een niet-bevoegde heeft besloten tot de vrijheidsbeneming - Er was geen sprake van een strafbaar feit maar de patiënt is wel ondergebracht bij de politie of de Koninklijke marechaussee - De zorgaanbieder en/of de burgemeester zijn niet geïnformeerd over de beslissing tot kortdurende verplichte zorg

8:4	verplichting zorgverantwoordelijke tot aantekening in het dossier van met name genoemde onderwerpen en verstrekking aan derden en verplichting tot het bewaren van het dossier
	- De zorgverantwoordelijke heeft in het dossier geen aantekening gehouden van de in de wet vermelde elementen (a tot en met q) - De zorgverantwoordelijke heeft geen aantekening gemaakt van de zonder toestemming van de patiënt verstrekte gegevens - Het dossier is ten onrechte vernietigd; de zorgverantwoordelijke kon redelijkerwijs aannemen dat bewaring van aanmerkelijk belang was - Het dossier is, na een verzoek om vernietiging, ten onrechte bewaard; de zorgverantwoordelijke kon redelijkerwijs niet aannemen dat bewaring van aanmerkelijk belang was voor betrokkene
8:7	verplichting zorgaanbieder om de in de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging genoemde zorg te verlenen (lid 1) verplichting zorgaanbieder om in beginsel alleen de vormen van verplichte zorg te verlenen die zijn opgenomen in de zorgmachtiging of de crisismaatregel (lid 2 en 3)
	- De zorgaanbieder heeft niet de in de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging genoemde zorg verleend - De zorgaanbieder heeft een andere vorm van verplichte zorg verleend dan toegestaan - De zorgaanbieder beschikte niet over een afschrift van respectievelijk de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging, maar verleende wel verplichte zorg
8:9	verplichting zorgverantwoordelijke tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden bij de beslissing tot het verlenen van verplichte zorg ter uitvoering van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging
	- De zorgverantwoordelijke heeft ter uitvoering van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging een beslissing tot verplichte zorg genomen zonder zich op de hoogte te stellen van de actuele gezondheidssituatie van de patiënt, zonder met de patiënt overleg te hebben gevoerd en (als hij geen psychiater is) zonder overeenstemming te hebben bereikt met de geneesheer-directeur - De zorgverantwoordelijke heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De zorgverantwoordelijke heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld - De beslissing van de zorgverantwoordelijke tot het verlenen van verplichte zorg is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd - De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon - De zorgverantwoordelijke heeft <i>in geval van verplichte zorg niet strekkende tot opname in een accommodatie</i> niet voldaan aan de plicht om de in de wet vermelde aspecten in het dossier vast te leggen (dit betreft a. of betrokkene tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat is, en b. of er een acuut levensgevaar dreigt voor betrokkene dan wel er een aanzienlijk risico is voor een ander op levensgevaar, ernstig lichamelijk letsel, ernstige psychische, materiële, immateriële of financiële schade, ernstige verwaarlozing of maatschappelijke teloorgang, of om ernstig in zijn ontwikkeling te worden geschaad, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar is) - De zorgverantwoordelijke heeft <i>in geval van verplichte zorg niet strekkende tot opname in een accommodatie</i> niet voldaan aan (een van) de in artikel 2.2 Besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg opgenomen eisen - De patiënt is beperkt in zijn contact met de vertegenwoordiger, de inspectie of de justitiële autoriteiten

8:11	beslissing zorgverantwoordelijke tot tijdelijke verplichte zorg in noodsituaties ondanks verzet
	- De zorgverantwoordelijke heeft (ondanks het verzet van de patiënt) ten onrechte besloten tot tijdelijke verplichte zorg, omdat er geen noodsituatie was (er was geen ernstig nadeel te verwachten, de veiligheid was niet in gevaar, de rechten en vrijheden van anderen waren niet in gevaar en een strafbaar feit was niet te verwachten) - De zorgverantwoordelijke heeft (anderszins) bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De zorgverantwoordelijke heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld
8:12	duur tijdelijk verplichte zorg, maximaal drie dagen, tenzij verlengd en verplichting zorgverantwoordelijke tot mededeling aan de geneesheer-directeur
	- De duur van de tijdelijk verplichte zorg heeft een maximum van drie dagen overschreden - De beslissing tot tijdelijk verplichte zorg heeft de zorgverantwoordelijke niet onverwijld medegedeeld aan de geneesheer-directeur - De beëindiging van de tijdelijk verplichte zorg heeft de zorgverantwoordelijke niet onverwijld medegedeeld aan de geneesheer-directeur - De zorgverantwoordelijke heeft verzuimd aan de geneesheer-directeur mededeling te doen van de omstandigheid dat de tijdelijk verplichte zorg niet binnen twaalf uur kan worden beëindigd - De zorgverantwoordelijke heeft verzuimd om bij zijn beslissing tot voortzetting van de tijdelijk verplichte zorg een aanvraag met zijn advies bij de officier van justitie in te dienen - De duur van de voortzetting van de tijdelijk verplichte zorg is te lang geweest - De zorgverantwoordelijke heeft (anderszins) bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De zorgverantwoordelijke heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld
8:13	verplichting zorgverantwoordelijke tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden bij de beslissing tot (verlengde) tijdelijke verplichte zorg
	- De beslissing tot tijdelijk verplichte zorg is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd - De beslissing tot voortzetting van de tijdelijk verplichte zorg is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd - Genoemde beslissing(en) vermelden niet het moment waarop de geneesheer-directeur en de zorgverantwoordelijke, de proportionaliteit, de subsidiariteit, de effectiviteit en de veiligheid van de tijdelijk verplichte zorg beoordelen - De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon

8:14	beslissing zorgverantwoordelijke tot toepassing veiligheidsonderzoek en verplichtingen zorgverantwoordelijke en geneesheer-directeur in dat verband
	• Er was geen gegronde reden (geen vermoeden van bezit van een voorwerp dat de patiënt niet in zijn bezit mag hebben, geen ernstig risico) om de patiënt aan een veiligheidsonderzoek te onderwerpen • De poststukken van de patiënt zijn buiten zijn aanwezigheid onderzocht • De inbeslaggenomen voorwerpen zijn ten onrechte niet bewaard • De beslissing is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd en/of de geneesheer-directeur is van de beslissing niet op de hoogte gesteld • De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon
8:15	verplichting zorgaanbieder tot het opstellen van huisregels, terhandstelling en verplichting zorgverantwoordelijke tot mondelinge toelichting
	• De huisregels van de accommodatie bevatten andere regels dan toegestaan • De patiënt en de vertegenwoordiger hebben van de zorgaanbieder niet een schriftelijk overzicht van de huisregels ontvangen • De patiënt en de vertegenwoordiger hebben geen mondelinge toelichting op de huisregels gehad
8:16, 1ste, 2de en 3de lid	beslissing geneesheer-directeur overplaatsing betrokkene in het kader van verplichte zorg en verplichting tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden in dat verband
	• De geneesheer-directeur biedt de patiënt, de vertegenwoordiger of de zorgverantwoordelijke niet de mogelijkheid tot het bij hem indienen van een overplaatsingsverzoek • De geneesheer-directeur heeft ten onrechte positief of negatief beslist op de aanvraag tot overplaatsing van de patiënt • De geneesheer-directeur heeft ten onrechte niet of juist wel ambtshalve besloten tot overplaatsing van de patiënt • De geneesheer-directeur heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld • De geneesheer-directeur heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld • De beslissing is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd en/of de vertegenwoordiger en/of de officier van justitie hebben geen afschrift van de beslissing ontvangen • De geneesheer-directeur heeft een beslissing genomen zonder dat de beoogde zorgaanbieder, geneesheer-directeur of zorgverantwoordelijke zich bereid hebben verklaard tot het verlenen van zorg of verplichte zorg op grond van een crisismaatregel, machtiging tot voorzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging
8:17	beslissing geneesheer-directeur tijdelijke onderbreking verplichte zorg en verplichting tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden in dat verband
	• De geneesheer-directeur heeft ten onrechte negatief beslist op de aanvraag tot tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg • De geneesheer-directeur heeft ten onrechte niet ambtshalve besloten tot tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg • De geneesheer-directeur heeft verzuimd de minister van Veiligheid en Justitie om toestemming te vragen voor tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg (situatie Wet forensische zorg) en/of de tijdelijke onderbreking is verleend zonder toestemming van de minister • De gestelde voorwaarden of beperkingen voor tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg zijn niet passend (ondoelmatig, disproportioneel)

	- De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zijn niet of niet tijdig schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon - De geneesheer-directeur heeft ten onrechte besloten tot intrekking van de tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg - De geneesheer-directeur heeft de beslissing tot intrekking van de tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg niet schriftelijk gemotiveerd - De geneesheer-directeur heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De geneesheer-directeur heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld
8:18, 8ste en 12de lid	beslissing geneesheer-directeur om aan de beslissing tot beëindiging van de verplichte zorg voorwaarden of beperkingen te verbinden en beslissing geneesheer-directeur tot intrekking van de beslissing tot beëindiging bij niet naleven van de door de geneesheer-directeur of de rechter opgelegde voorwaarden
	- De gestelde voorwaarden of beperkingen voor beëindiging van de verplichte zorg zijn niet passend (ondoelmatig, disproportioneel) - De geneesheer-directeur heeft ten onrechte besloten tot intrekking van de beslissing tot beëindiging van de verplichte zorg - De geneesheer-directeur heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De geneesheer-directeur heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld
8:20	verplichting geneesheer-directeur tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden inzake opleggen voorwaarden en beperkingen bij tijdelijke onderbreking of beëindiging van de verplichte zorg
	- De gestelde voorwaarden of beperkingen hebben geen betrekking op de zorg aan en het gedrag van de patiënt en/of zijn niet gericht op het voorkomen van ernstig nadeel - De voorwaarden houden in dat de patiënt zich onder toezicht stelt van een zorgaanbieder of zorgverlener, maar deze zorgaanbieder of zorgverlener verleent de patiënt niet zijn steun - De geneesheer-directeur heeft ten onrechte verzuimd de zorgverantwoordelijke te raadplegen over de noodzakelijk geachte voorwaarden of beperkingen - De geneesheer-directeur heeft ten onrechte aangenomen dat de patiënt de voorwaarden niet zal naleven waardoor hij ten onrechte heeft beslist niet over te gaan tot beëindiging of tijdelijke onderbreking
8:21	verplichting zorgverantwoordelijke tot evaluatie uitvoering van de crisismaatregel of de zorgmachtiging, bij voornemen beëindiging verplichte zorg
	- De zorgverantwoordelijke heeft verzuimd de uitvoering van de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging te evalueren - De zorgverantwoordelijke heeft onrechte nagelaten op basis van de evaluatie met de patiënt een zelfbindingsverklaring op te stellen en/of de zorgkaart aan te passen - De zorgverantwoordelijke heeft verzuimd de patiënt te wijzen op de mogelijkheid om het zorgplan te evalueren en zo nodig aan te passen
8:34**	verplichting zorgaanbieder, de geneesheer-directeur, de zorgverantwoordelijke en hun medewerkers tot geheimhouding
	De zorgaanbieder en/of de geneesheer-directeur en/of de zorgverantwoordelijke en/of hun medewerkers hebben hun geheimhoudingsplicht ten onrechte geschonden

9:3	verplichting geneesheer-directeur bij personen met een strafrechtelijke titel tot aanwijzen zorgverantwoordelijke en informeren genoemde personen
	- De geneesheer-directeur heeft verzuimd een zorgverantwoordelijke aan te wijzen - De geneesheer-directeur heeft verzuimd de bij wet aangewezen personen daarover te informeren
9:4	verplichting zorgverantwoordelijke bij personen met een strafrechtelijke titel tot opstellen zorgplan
	De zorgverantwoordelijke heeft verzuimd zo spoedig mogelijk na opname van de patiënt, in overleg met de patiënt en anderen, een zorgplan op te stellen
9:5	verplichting tot in acht nemen aantal randvoorwaarden behandeling van personen met een strafrechtelijke titel
	Behandeling heeft plaatsgevonden terwijl deze niet was opgenomen in het zorgplan, er geen overeenstemming was en de patiënt of vertegenwoordiger zich verzette (en toepassing van artikel 9:6 niet aan de orde was)
9:6	beslissing zorgverantwoordelijke toepassen 'dwangbehandeling' bij personen met een strafrechtelijke titel, beslissing tot voorzetting geneesheer-directeur en verplichting tot in acht nemen aantal randvoorwaarden in dat verband
	- Behandeling heeft ondanks verzet ten onrechte plaatsgevonden omdat niet was voldaan aan de in de wet omschreven situaties (behandeling kan alleen plaats vinden a. voor zover aannemelijk is dat zonder die behandeling het ernstig nadeel dat de psychische stoornis van betrokkene doet veroorzaken niet binnen een redelijke termijn kan worden weggenomen, of b. voor zover dit volstrekt noodzakelijk is om het ernstig nadeel dat de psychische stoornis van betrokkene binnen een accommodatie doet veroorzaken, af te wenden) - De zorgverantwoordelijke heeft de beslissing genomen zonder zich op de hoogte te stellen van de actuele gezondheidssituatie van de patiënt, zonder met de patiënt overleg te hebben gevoerd en (als hij geen psychiater is) zonder overeenstemming te hebben bereikt met de geneesheer-directeur - De zorgverantwoordelijke heeft (anderszins) bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De zorgverantwoordelijke heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld - Behandeling heeft plaatsgevonden zonder een schriftelijke en gemotiveerde beslissing van de zorgverantwoordelijke - De (initiële) dwangbehandeling heeft te lang geduurd (langer dan nodig of in elk geval langer dan drie maanden) - Voortzetting of een nieuwe dwangbehandeling binnen zes maanden heeft plaatsgevonden zonder een schriftelijke beslissing van de geneesheer-directeur of de beslissing is ontoereikend gemotiveerd - De vertegenwoordiger en de advocaat zijn niet zo spoedig mogelijk schriftelijk van de behandeling of de voortzetting op de hoogte gesteld en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon
9:7	verplichting tot in acht nemen aantal randvoorwaarden omtrent zorg bij zelfbindingsverklaring bij personen met een strafrechtelijke titel
	- Ten onrechte is verzuimd om in het zorgplan de in de zelfbindingsverklaring voorziene behandeling voor de in de verklaring voorziene duur op te nemen - Ten onrechte is een behandeling toegepast die niet in de verklaring is voorzien (en toepassing van artikel 9:6 niet aan de orde was)

9:8	beslissing zorgverantwoordelijke toepassen middelen en maatregelen bij personen met een strafrechtelijke titel
	• De zorgverantwoordelijke heeft ten onrechte middelen en maatregelen waarin het zorgplan niet voorziet, toegepast (er was bijvoorbeeld geen noodsituatie in relatie tot een psychische stoornis, er was geen aanzienlijk risico op ernstig nadeel voor de patiënt of anderen, de veiligheid binnen de accommodatie was niet in gevaar, de rechten en vrijheden van andere waren niet in gevaar en er was geen of onvoldoende vrees voor een strafbaar feit) • De duur van de toepassing heeft een maximum van drie dagen overschreden • De beslissing tot de toepassing heeft de zorgverantwoordelijke niet onverwijld medegedeeld aan de geneesheer-directeur • De beëindiging van de toepassing heeft de zorgverantwoordelijke niet onverwijld medegedeeld aan de geneesheer-directeur • De zorgverantwoordelijke heeft verzuimd aan de geneesheer-directeur mededeling te doen van de omstandigheid dat de toepassing niet binnen twaalf uur kan worden beëindigd • De beslissing tot de toepassing is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd • De beslissing vermeldt niet het moment waarop de geneesheer-directeur en de zorgverantwoordelijke, de proportionaliteit, de subsidiariteit, de effectiviteit en de veiligheid beoordelen • De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon
9:9	beslissing zorgverantwoordelijke tot het opleggen van beperkingen aan personen met een strafrechtelijke titel
	• De zorgverantwoordelijke heeft de patiënt ten onrechte beperkingen opgelegd in het recht op het ontvangen van bezoek omdat niet is voldaan aan de wettelijke criteria daarvoor • De zorgverantwoordelijke heeft de patiënt ten onrechte beperkingen opgelegd in het recht op bewegingsvrijheid in en rond de accommodatie omdat niet is voldaan aan de wettelijke criteria daarvoor • De zorgverantwoordelijke heeft de patiënt ten onrechte beperkingen in het recht op vrij gebruik van communicatiemiddelen opgelegd omdat niet is voldaan aan de wettelijke criteria daarvoor • De zorgverantwoordelijke heeft de desbetreffende beslissing genomen zonder zich op de hoogte te stellen van de actuele gezondheidssituatie van de patiënt, zonder met de patiënt overleg te hebben gevoerd en (als hij geen psychiater is) zonder overeenstemming te hebben bereikt met de geneesheer-directeur • De desbetreffende beslissing is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd • De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon

* (m.u.v. het optreden van politie)

** (m.u.v. klachten betreffende de officier van justitie, de rechter, de psychiater, de burgemeester en het college van burgemeester en wethouders)

8.5.2 Aannemelijk maken van een condicio sine qua non-verband

Voorts (en vervolgens) dient de patiënt aannemelijk te maken dat er een condicio sine qua non-verband bestaat tussen het onzorgvuldig handelen en de gestelde schade. Dit verband wordt doorgaan vastgesteld met behulp van de condicio sine qua non-test: om vast te stellen of schade het gevolg is van de normschending door de zorgverantwoordelijke, zorgaanbieder geneesheer-directeur (enzovoort), wordt het (feitelijk) onjuist handelen weggedacht en zorgvuldig handelen ervoor in de plaats gesteld en wordt de vraag gesteld of de schade (ook) zonder die normschending zou zijn ingetreden. Luidt het antwoord nee, dan bestaat er een condicio sine qua non-verband en heeft de patiënt in

beginsel recht op vergoeding van zijn schade. Luidt het antwoord ja, dan is er geen *condicio sine qua non*-verband en kan de patiënt zich tegenover de zorgaanbieder niet op een recht op schadevergoeding beroepen.

Hierbij past de opmerking dat de patiënt die geconfronteerd is met verplichte zorg, maar op onzorgvuldige wijze, doorgaans ook bij een zorgvuldige manier van handelen met die verplichte zorg zou zijn geconfronteerd. De verplichte zorg kan dus op zichzelf rechtmatig zijn, maar de uitvoering ervan niet. Dan is er niet zozeer een verband met (bijvoorbeeld) de opname in een accommodatie maar wel met een periode van onzekerheid met de nodige spanningen en frustraties. Dát verband met die schade wordt zelfs vermoed aanwezig te zijn en in die zin zal in die gevallen de aannemelijkheid van het bestaan van een causaal verband dus niet met problemen gepaard gaan.

Let wel, de psychiatrische patiënt zal zich doorgaans niet bekommeren over een juridisch causaal verband. De patiënt zal in zijn eigen woorden zeggen waar hij het niet mee eens is en zeggen dat hij een vergoeding wil. Het zal doorgaans voor een leek laat staan voor een psychiatrische patiënt niet duidelijk zijn hoe een juridisch causaal verband moet worden vastgesteld. De patiëntenvertrouwenspersoon kan ook op dit punt zijn meerwaarde laten gelden door een adequate herformulering of verduidelijking (waarbij overigens opnieuw geldt dat de patiënt voor het effectueren van zijn klachtrecht niet afhankelijk behoort te zijn van de ondersteuning door een patiëntenvertrouwenspersoon).

Een voorbeeld dient ter illustratie: Ingevolge artikel 8:11 Wvvgz kan de zorgverantwoordelijke, indien er sprake is van verzet, beslissen tot het verlenen van verplichte zorg waarin de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging van de desbetreffende patiënt niet in voorziet, voor zover dit tijdelijk noodzakelijk is ter afwending van een noodsituatie. De duur is beperkt tot drie dagen, zo volgt uit artikel 8:12, eerste lid, Wvvgz. Ingevolge artikel 8:12, tweede lid, Wvvgz moet de zorgverantwoordelijke van deze schriftelijke beslissing onverwijld mededeling doen aan de geneesheer-directeur, een procedurele plicht dus. De patiënt klaagt erover dat de geneesheer-directeur niet op de hoogte is gesteld. Hij zegt dat hij hierdoor schade heeft geleden 'omdat hij drie dagen ten onrechte vast heeft gezeten, van zijn vrijheid is beroofd'. Dat is volgens de patiënt een ernstige inbreuk op zijn zelfbeschikkingsrecht en hij heeft voor drie dagen zijn hond moeten laten opvangen door de burens die hiervoor kosten hebben gerekend van € 5,- per dag. Zijn burens hebben dit op een briefje geschreven.

Stel dat de procedurele fout komt vast te staan (het niet informeren van de geneesheer-directeur), dan wil dat nog niet zeggen dat aan de patiënt ten onrechte gedurende drie dagen verplichte zorg is verleend. Anders gezegd, ook bij zorgvuldig handelen was de patiënt drie dagen van zijn vrijheid beroofd geweest, zijnde onderdeel van de (in dit voorbeeld veronderstelde) rechtmatige verplichte zorg. Er is dus geen *condicio sine qua non*-verband met de schade (het van zijn vrijheid beroofd te zijn geweest met alle negatieve gevoelens van dien) zoals de patiënt stelt die te hebben geleden.

De vraag is dan of de procedurefout heeft geleid tot enig relevante andere schade die voor vergoeding in aanmerking zou kunnen komen. Dit kan zo zijn als door het *type vormverzuim* de patiënt in *onzekerheid* is komen te verkeren over de rechtmatigheid van zijn vrijheidsbeneming bijvoorbeeld, en hij daardoor spanningen en frustraties heeft ervaren en dat dát de schade is die de patiënt stelt te hebben geleden. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als de beslissing tot tijdelijk verplichte zorg niet op schrift is gesteld en/of niet schriftelijk is gemotiveerd of indien de patiënt geen afschrift heeft ontvangen en dus die drie dagen niet heeft geweten of de tijdelijke verplichte zorg wel terecht was en op juiste gronden genomen. Dan is onzekerheid (met de nodige frustraties en spanningen) aannemelijk en ligt een vergoeding van ander nadeel in de rede.

Wat de schendingen van de essentiële voorwaarden voor de uitvoering van verplichte zorg die te kwalificeren zijn als een rechtsinbreuk betreft, merk ik op dat het veronderstelde gevolg daarvan is dat verplichte zorg ten onrechte is toegepast of dat een te zware vorm van verplichte zorg is opgelegd. Ook dat zal voor een ieder voorstelbaar gepaard gaan met de nodige frustraties, maar ook met angsten en bijvoorbeeld gevoelens van onveiligheid. Het kan voorts voor de hand liggen dat er vermogensschade is, omdat de patiënt gedurende de tijd dat hij aan verplichte zorg was onderworpen andere verplichtingen had en het niet nakomen ervan met kosten gepaard kan gaan. Ook in die gevallen lijkt de aannemelijkheid van het bestaan van een causaal verband dus niet met problemen gepaard gaan.

8.5.3 Aannemelijk maken van de schade en de omvang ervan

8.5.3.1 Forfaitaire vergoeding en ruimte voor individualisering

Als aannemelijk is dat er onjuist is gehandeld (in brede zin) en dat de gestelde schade niet was ingetreden bij juist handelen, dan kan worden toegekomen aan de begroting van de schade.

Zowel *vermogensschade* als *ander nadeel* dan vermogensschade kan voor vergoeding in aanmerking komen. Het is aan de patiënt om aannemelijk te maken dat hij schade heeft geleden en in welke vorm. In juridische termen komt dat neer op het stellen en, bij betwisting, bewijzen van de aanwezigheid van vermogensschade en/of ander nadeel dan vermogensschade.

Feitelijk zal dat bijvoorbeeld neerkomen op de uiting dat de patiënt zegt dat hij een vergoeding wil voor het verdwijnen van 'iets', voor 'de pijn', voor het feit dat hij bang was, of 'omdat het toch duidelijk is dat dit niet kan'. Ook hier is dus een vertaalslag nodig. Wederom kan de patiëntenvertrouwenspersoon zijn meerwaarde laten gelden door een adequate herformulering of verduidelijking. In ingewikkelde kwesties zal mogelijk bovendien de hulp van een schade-expert of van een in schadevergoedingen gespecialiseerde advocaat nodig zijn.

- *Vermogensschade*

Vermogensschade kan het gevolg zijn van lichamelijk letsel van de patiënt, evenals van – naar objectieve maatstaven vastgesteld – geestelijk letsel. Vermogensschade kan ook het gevolg zijn van een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Vermogensschade kan bestaan uit geleden verlies en/of gederfde winst, zo volgt uit artikel 6:96 BW. Onder deze schadepost kunnen allerhande kosten worden geschaard, maar bijvoorbeeld ook verlies van arbeidsvermogen, waardoor inkomsten worden gemist of opdrachten gemoeid met het voeren van een onderneming. In beginsel geldt er geen beperking wat de te vorderen soorten posten betreft.

Bij de begroting van *vermogensschade* is een nauwkeurige begroting uitgangspunt. Zo kunnen kosten doorgaans concreet worden bepaald en worden aangetoond met 'bonnetjes' of op eenvoudige wijze worden bepaald, omdat duidelijk is wat de kosten in zijn algemeenheid inhouden. In de civiele (letselschade)praktijk zijn hiervoor richtlijnen opgesteld (ik doel op de richtlijnen van De Letselschade Raad).

Voor verlies van zaken is het uitgangspunt dat vergoeding plaatsvindt op basis van dagwaarde en niet op basis van nieuw- of aanschafwaarde. Bij beschadiging van zaken kunnen de herstelkosten vergoed. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor stomerijkosten. Als reparatie niet meer mogelijk is, wordt doorgaans de dagwaarde vergoed. Hierbij wordt niet alleen gekeken naar aanschafprijs en datum van aanschaf, maar

ook naar de te verwachten levensduur, een eventueel bestaande tweedehands markt voor dit artikel, of het feit dat nieuwere modellen meer mogelijkheden hebben.⁴⁸¹

Kan de (post) vermogensschade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan kan zij worden geschat, hetgeen is bepaald in artikel 6:97 BW. Begroting van nog niet ingetreden schade kan ingevolge artikel 6:105 BW worden uitgesteld of na afweging van alle goede en kwade kansen bij voorbaat geschieden, zoals gebeurt bij de begroting van het toekomstig verlies van arbeidsvermogen.

Ik merk in dit verband op dat hoewel verlies van arbeidsvermogen mogelijk lastig te bepalen is en getwijfeld kan worden aan de verenigbaarheid van het beoordelen van een dergelijke post met een eenvoudige procedure, ik een algemene uitzondering van deze schadepost niet passend acht. Indien het verlies lastig te bepalen is, kan zo nodig de hulp van een schade-expert of van een in de begroting van schade gespecialiseerde advocaat ingeroepen worden.

- *Ander nadeel; algemeen*

Ander nadeel kan ingevolge artikel 6:106, aanhef en onder b, BW gelegen zijn in lichamelijk letsel, een aantasting in de eer of goede naam of een aantasting in de persoon op andere wijze. Onder deze laatste categorie valt ook geestelijk letsel.

Bij de begroting van *ander nadeel* staat een nauwkeurige begroting ook voorop, maar mag rekening worden gehouden met alle omstandigheden. Regel is dat 'voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, de benadeelde recht heeft op een naar *billijkheid vast te stellen schadevergoeding*.' Factoren die bij de begroting van belang zijn betreffen de aard van de aansprakelijkheid, de aard van het letsel, de duur en de intensiteit van het geleden verdriet en de gederfde levensvreugde, maar bijvoorbeeld ook de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de patiënt. Bij de weging van deze factoren zullen de persoonlijke omstandigheden van de patiënt een rol spelen, maar de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn, het gemis aan levensvreugde en het geschokte rechtsgevoel zullen vooral moeten worden afgeleid uit min of meer *objectieve factoren en concrete aanwijzingen*, zoals de aard van het letsel en de gevolgen daarvan voor de patiënt. Een andere factor van belang betreft de bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen. Hoewel zij niet beslissend kunnen zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen, kan tevens rekening worden gehouden met ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot de toegekende bedragen.

Vaak wordt voor de begroting gebruik gemaakt van de zogeheten Smartengeldgids (ANWB).

- *Ander nadeel; bijzonder – forfaitair*

Ik heb voorts betoogd dat als bijzonderheid onder ander nadeel ook moet worden begrepen het door een procedure- of informatieverzuim gedurende een bepaalde periode in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van de verplichte zorg, waardoor in die periode spanningen en frustraties zijn ontstaan, evenals het door schendingen van de essentiële voorwaarden voor de uitvoering van verplichte zorg ten onrechte toepassen van verplichte zorg of het toepassen van een te zware vorm van verplichte zorg, welke schendingen mogelijk wel maar mogelijk ook niet als een ernstige schending kunnen worden aangemerkt of onvoldoende relevante nadelige gevolgen hebben gehad. Ik heb eveneens betoogd dat standaardisering passend is voor een laagdrempelige procedure en een instrument is als het gaat om de wens een op eenvoudige wijze vast te stellen vergoeding toe te kennen van een redelijk en billijk te achten omvang gezien (de aard van) het geschonden recht waarover wordt geklaagd en de ernst van die schending (waaronder de intensiteit en de duur van die schending). Standaardisering past

⁴⁸¹ Zie ook Lindenberg, GS Schadevergoeding, art. 6:96 BW, aant. 2.2.2 en aant. 2.2.3 (zaakverlies) en aant. 2.3 (zaakbeschadiging).

bij uitstek bij deze keuze voor vergoedingen in gevallen waarin in een bepaalde mate van het feitelijk nadeel wordt geabstraheerd en een vergoeding vooral berust op de schending van een norm. Aldus ligt mijns inziens een bepaalde mate van standaardisering in de zin van forfaitaire bedragen juist voor deze bijzondere vormen van ander nadeel voor de hand.

De met de diverse normschendingen gemoeide forfaitaire bedragen kunnen worden bepaald aan de hand van reeds gewezen uitspraken onder de Wet Bopz, waarbij in het achterhoofd moet worden gehouden dat al te hoge bedragen niet mogen worden verwacht. Het gaat immers om een verbijzondering ten opzichte van de algemene regel van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW, welke verbijzondering inhoudt dat een vergoeding wordt toegekend voor ander nadeel dat in zuivere civiele zaken niet voor vergoeding in aanmerking zou komen. Voorts ligt in het feit dat door de klachtencommissie kan worden vastgesteld dat van een schending van een voorschrift sprake is reeds een zekere genoegdoening.

Deze vorm van standaardisering laat individualisering van ander nadeel onverlet. Is er dus wel zonder twijfel sprake van een zodanig *ernstige* schending van een fundamenteel persoonlijkheidsrecht zoals het zelfbeschikkingsrecht (lichamelijke integriteit) met zodanig relevante nadelige gevolgen als door de Hoge Raad ter invulling van artikel 6:106, aanhef en onder b, BW bedoeld, dan moet daarvoor een hoge(re) vergoeding worden toegekend, *mits* door de patiënt nader onderbouwd. Dit laatste hoeft alleen niet als de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde *zo voor de hand liggen*, dat een aantasting in de persoon kan worden *aangenomen*. De patiënt hoeft dan alleen te stellen dat dat in zijn geval zo is.

Is er sprake van lichamelijk of (extra) geestelijk letsel als gevolg van de norm schendende handeling of de rechtsinbreuk, dan is dat evenzeer reden voor een hoge(re) vergoeding, mits dat letsel naar objectieve maatstaven is komen vast te staan. Dat vereist bijvoorbeeld onderzoek door een medicus en een op schrift gesteld oordeel over dat letsel.

8.5.3.2 Forfaitaire vergoeding voor bijzonder ander nadeel maar hoe?

Voor de begroting van de bijzondere vormen van ander nadeel acht ik, zoals reeds opgemerkt, een stelsel van forfaitaire vergoedingen passend. Dagvergoedingen acht ik niet passend, omdat dit louter wat zegt over de duur van de schending en ik ook rekening wil houden met de aard van het verzuim. De duur van de schending wordt niettemin gebruikt om de ernst te benadrukken en wil ik verdisconteren in de hoogte van de vergoedingen, zie hierna.

Met de aard van het verzuim als uitgangspunt en indachtig a) de verzuimen waarover bij de klachtencommissie kan worden geklaagd en b) de veronderstelde gevolgen van het verzuim, meen ik dat de volgende categorieën kunnen worden onderscheiden:

1. schendingen van de essentiële voorwaarden voor de uitvoering van verplichte zorg die te kwalificeren zijn als een rechtsinbreuk met als (verondersteld) gevolg voor de patiënt een onterechte toepassing van verplichte zorg of een te zware vorm van verplichte zorg waaronder feitelijke dwangtoepassingen en inperkingen van vrijheidsrechten,

Hieronder vat ik schendingen die de grondslag van verplichte zorg raken en schendingen van de materiële eisen als bedoeld in artikel 2:1, 3:3 en 3:4 Wvvgg, voor zover zij rechtstreeks de rechtvaardiging van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht treffen en het ultimum remedium criterium.

2. schendingen van procedurevoorschriften, informatieverplichtingen en andere zorgvuldigheidseisen in verband met verplichte zorg met als (verondersteld) gevolg voor de patiënt het in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van de beslissing tot of toepassing van verplichte zorg met de nodige frustraties en spanningen van dien of enige ander vergelijkbaar gevolg (bijvoorbeeld het niet serieus nemen van de patiënt waardoor frustraties en spanningen optreden).

Hieronder vat ik schendingen van alle andere in de wet omschreven verplichtingen, zoals het informeren van de patiënt over de diverse beslissingen, motiveren van beslissingen, dossierplichten, enzovoort.

Ik merk op dat een nadere onderverdeling naar de aard van de procedurevoorschriften, informatieverplichtingen en andere zorgvuldigheidseisen mogelijk is, maar dat daarvoor in verband met de wens om een eenvoudig stelsel op te stellen niet voor is gekozen.

Ik merk voorts op dat indien de rechtsinbreuk of normovertreding als bedoeld in 1 of 2 eenmaal vaststaat, schade verondersteld wordt aanwezig te zijn en daarmee ook een causaal verband tussen de schade en de normovertreding of rechtsinbreuk aannemelijk is.

Dit levert – schematisch weergegeven – het volgende overzicht op, waarbij ik categorie 1 rood markeer en categorie 2 oranje:

1:5	beslissing zorgverantwoordelijke dat betrokkene niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen en beslissing welke zaken dat betreft (wilsonbekwaamverklaring)
	• De beslissing van de zorgverantwoordelijke dat de patiënt niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen of een aantal aangewezen belangen is niet juist en/of onzorgvuldig tot stand gekomen • De beslissing van de zorgverantwoordelijke is door hem niet op schrift gesteld en/of de beslissing vermeldt niet op welke datum en welk tijdstip de beslissing is genomen en ter zake van welke beslissingen de patiënt niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen • Er is geen overleg geweest tussen de zorgverantwoordelijke en de vertegenwoordiger voorafgaand aan de beslissing • De zorgverantwoordelijke heeft de geneesheer-directeur niet op de hoogte gesteld van de beslissing en het overleg met de vertegenwoordiger of, bij afwezigheid van een vertegenwoordiger, de geneesheer-directeur en de officier van justitie niet op de hoogte gesteld
4:1, 2de lid	verplichting zorgverantwoordelijke tot het opstellen van een zelfbindingsverklaring en de inhoud ervan
	• Er is geen zelfbindingsverklaring opgesteld, hoewel daarvoor wel de mogelijkheid aanwezig was • De zelfbindingsverklaring vermeldt niet de in de Wvggz opgesomde inhoudelijke aspecten (a. onder welke omstandigheden verplichte zorg aan betrokkene moet worden verleend om ernstig nadeel te voorkomen; b. de zorg en de verplichte zorg die onder die omstandigheden aan betrokkene kan worden verleend en de maximale duur van de verplichte zorg; c. de omstandigheden waaronder de verplichte zorg wordt beëindigd; d. de geldigheidsduur van de zelfbindingsverklaring; e. de voor de continuïteit van zorg relevante familie en naasten met wie contact moet worden opgenomen als de onder a bedoelde omstandigheden zich voordoen)

7:3*	beslissing (omschreven als bevoegdheid) ambulancedienst, zorgaanbieder, geneesheer-directeur en zorgverantwoordelijke tot tijdelijke verplichte zorg voorafgaand aan een crisismaatregel en vrijheidsbeneming en overbrengen naar geschikte locatie in dat verband
	• Het viel niet redelijkerwijs te veronderstellen dat een crisismaatregel zou worden genomen, zodat er geen grond was voor kortdurende verplichte zorg • De kortdurende verplichte zorg was niet noodzakelijk ter voorbereiding van de crisismaatregel (een en ander in het licht van de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1, 3:3 en 3:4) • De kortdurende verplichte zorg was te lang (mag uitsluitend gedurende de periode die nodig is om procedure crisismaatregel af te ronden of ten hoogste achttien uur, en niet meer dan twaalf uur te rekenen vanaf het moment dat betrokkene door een psychiater wordt onderzocht ten behoeve van de medische verklaring) • Het was onnodig de patiënt van zijn vrijheid te beroven en hem onverwijld over te brengen naar een tijdelijk verblijf • Een niet-bevoegde heeft besloten tot kortdurende verplichte zorg • Een niet-bevoegde heeft besloten tot de vrijheidsbeneming • Er was geen sprake van een strafbaar feit maar de patiënt is wel ondergebracht bij de politie of de Koninklijke marechaussee • De zorgaanbieder en/of de burgemeester zijn niet geïnformeerd over de beslissing tot kortdurende verplichte zorg
8:4	verplichting zorgverantwoordelijke tot aantekening in het dossier van met name genoemde onderwerpen en verstrekking aan derden en verplichting tot het bewaren van het dossier
	• De zorgverantwoordelijke heeft in het dossier geen aantekening gehouden van de in de wet vermelde elementen (a tot en met q) • De zorgverantwoordelijke heeft geen aantekening gemaakt van de zonder toestemming van de patiënt verstrekte gegevens • Het dossier is ten onrechte vernietigd; de zorgverantwoordelijke kon redelijkerwijs aannemen dat bewaring van aanmerkelijk belang was • Het dossier is, na een verzoek om vernietiging, ten onrechte bewaard; de zorgverantwoordelijke kon redelijkerwijs niet aannemen dat bewaring van aanmerkelijk belang was
8:7	verplichting zorgaanbieder om de in de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging genoemde zorg te verlenen (lid 1) verplichting zorgaanbieder om in beginsel alleen de vormen van verplichte zorg te verlenen die zijn opgenomen in de zorgmachtiging of de crisismaatregel (lid 2 en 3)
	• De zorgaanbieder heeft niet de in de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging genoemde zorg verleend • De zorgaanbieder heeft een andere vorm van verplichte zorg verleend dan toegestaan • De zorgaanbieder beschikte niet over een afschrift van respectievelijk de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging, maar verleende wel verplichte zorg

8:9	verplichting zorgverantwoordelijke tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden bij de beslissing tot het verlenen van verplichte zorg ter uitvoering van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging
	- De zorgverantwoordelijke heeft ter uitvoering van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging een beslissing tot verplichte zorg genomen zonder zich op de hoogte te stellen van de actuele gezondheidssituatie van de patiënt, zonder met de patiënt overleg te hebben gevoerd en (als hij geen psychiater is) zonder overeenstemming te hebben bereikt met de geneesheer-directeur - De zorgverantwoordelijke heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De zorgverantwoordelijke heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld - De beslissing van de zorgverantwoordelijke tot het verlenen van verplichte zorg is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd - De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon - De zorgverantwoordelijke heeft <i>in geval van verplichte zorg niet strekkende tot opname in een accommodatie</i> niet voldaan aan de plicht om de in de wet vermelde aspecten in het dossier vast te leggen (dit betreft a. of betrokkene tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat is, en b. of er een acuut levensgevaar dreigt voor betrokkene dan wel er een aanzienlijk risico is voor een ander op levensgevaar, ernstig lichamelijk letsel, ernstige psychische, materiële, immateriële of financiële schade, ernstige verwaarlozing of maatschappelijke teloorgang, of om ernstig in zijn ontwikkeling te worden geschaad, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen in gevaar is) - De zorgverantwoordelijke heeft <i>in geval van verplichte zorg niet strekkende tot opname in een accommodatie</i> niet voldaan aan (een van) de in artikel 2.2 Besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg opgenomen eisen - De patiënt is beperkt in zijn contact met de vertegenwoordiger, de inspectie of de justitiële autoriteiten
8:11	beslissing zorgverantwoordelijke tot tijdelijke verplichte zorg in noodsituaties ondanks verzet
	- De zorgverantwoordelijke heeft (ondanks het verzet van de patiënt) ten onrechte besloten tot tijdelijke verplichte zorg, omdat er geen noodsituatie was (er was geen ernstig nadeel te verwachten, de veiligheid was niet in gevaar, de rechten en vrijheden van anderen waren niet in gevaar en een strafbaar feit was niet te verwachten) - De zorgverantwoordelijke heeft (anderszins) bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De zorgverantwoordelijke heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld
8:12	duur tijdelijk verplichte zorg, maximaal drie dagen, tenzij verlengd en verplichting zorgverantwoordelijke tot mededeling aan de geneesheer-directeur
	- De duur van de tijdelijk verplichte zorg heeft een maximum van drie dagen overschreden - De beslissing tot tijdelijk verplichte zorg heeft de zorgverantwoordelijke niet onverwijld medegedeeld aan de geneesheer-directeur - De beëindiging van de tijdelijk verplichte zorg heeft de zorgverantwoordelijke niet onverwijld medegedeeld aan de geneesheer-directeur - De zorgverantwoordelijke heeft verzuimd aan de geneesheer-directeur mededeling te doen van de omstandigheid dat de tijdelijk verplichte zorg niet binnen twaalf uur kan worden beëindigd - De zorgverantwoordelijke heeft verzuimd om bij zijn beslissing tot voortzetting van de tijdelijk verplichte zorg een aanvraag met zijn advies bij de officier van justitie in te dienen - De duur van de voortzetting van de tijdelijk verplichte zorg is te lang geweest

	- De zorgverantwoordelijke heeft (anderszins) bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De zorgverantwoordelijke heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld
8:13	verplichting zorgverantwoordelijke tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden bij de beslissing tot (verlengde) tijdelijke verplichte zorg
	- De beslissing tot tijdelijk verplichte zorg is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd - De beslissing tot voortzetting van de tijdelijk verplichte zorg is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd - Genoemde beslissing(en) vermelden niet het moment waarop de geneesheer-directeur en de zorgverantwoordelijke, de proportionaliteit, de subsidiariteit, de effectiviteit en de veiligheid van de tijdelijk verplichte zorg beoordelen - De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon
8:14	beslissing zorgverantwoordelijke tot toepassing veiligheidsonderzoek en verplichtingen zorgverantwoordelijke en geneesheer-directeur in dat verband
	- Er was geen gegronde reden (geen vermoeden van bezit van een voorwerp dat de patiënt niet in zijn bezit mag hebben, geen ernstig risico) om de patiënt aan een veiligheidsonderzoek te onderwerpen - De poststukken van de patiënt zijn buiten zijn aanwezigheid onderzocht - De inbeslaggenomen voorwerpen zijn ten onrechte niet bewaard - De beslissing is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd en/of de geneesheer-directeur is van de beslissing niet op de hoogte gesteld - De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon
8:15	verplichting zorgaanbieder tot het opstellen van huisregels, terhandstelling en verplichting zorgverantwoordelijke tot mondelinge toelichting
	- De huisregels van de accommodatie bevatten andere regels dan toegestaan - De patiënt en de vertegenwoordiger hebben van de zorgaanbieder niet een schriftelijk overzicht van de huisregels ontvangen - De patiënt en de vertegenwoordiger hebben geen mondelinge toelichting op de huisregels gehad
8:16, 1ste, 2de en 3de lid	beslissing geneesheer-directeur overplaatsing betrokkene in het kader van verplichte zorg en verplichting tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden in dat verband
	- De geneesheer-directeur biedt de patiënt, de vertegenwoordiger of de zorgverantwoordelijke niet de mogelijkheid tot het bij hem indienden van een overplaatsingsverzoek - De geneesheer-directeur heeft ten onrechte positief of negatief beslist op de aanvraag tot overplaatsing van de patiënt - De geneesheer-directeur heeft ten onrechte niet of juist wel ambtshalve besloten tot overplaatsing van de patiënt - De geneesheer-directeur heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De geneesheer-directeur heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld - De beslissing is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd en/of de vertegenwoordiger en/of de officier van justitie hebben geen afschrift van de beslissing ontvangen

	De geneesheer-directeur heeft een beslissing genomen zonder dat de beoogde zorgaanbieder, geneesheer-directeur of zorgverantwoordelijke zich bereid hebben verklaard tot het verlenen van zorg of verplichte zorg op grond van een crisismaatregel, machtiging tot voorzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging
8:17	beslissing geneesheer-directeur tijdelijke onderbreking verplichte zorg en verplichting tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden in dat verband
	- De geneesheer-directeur heeft ten onrechte negatief beslist op de aanvraag tot tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg - De geneesheer-directeur heeft ten onrechte niet ambtshalve besloten tot tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg - De geneesheer-directeur heeft verzuimd de minister van Veiligheid en Justitie om toestemming te vragen voor tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg (situatie Wet forensische zorg) en/of de tijdelijke onderbreking is verleend zonder toestemming van de minister - De gestelde voorwaarden of beperkingen voor tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg zijn niet passend (ondoelmatig, disproportioneel) - De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zijn niet of niet tijdig schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon - De geneesheer-directeur heeft ten onrechte besloten tot intrekking van de tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg - De geneesheer-directeur heeft de beslissing tot intrekking van de tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg niet schriftelijk gemotiveerd - De geneesheer-directeur heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De geneesheer-directeur heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld
8:18, 8ste en 12de lid	beslissing geneesheer-directeur om aan de beslissing tot beëindiging van de verplichte zorg voorwaarden of beperkingen te verbinden en beslissing geneesheer-directeur tot intrekking van de beslissing tot beëindiging bij niet naleven van de door de geneesheer-directeur of de rechter opgelegde voorwaarden
	- De gestelde voorwaarden of beperkingen voor beëindiging van de verplichte zorg zijn niet passend (ondoelmatig, disproportioneel) - De geneesheer-directeur heeft ten onrechte besloten tot intrekking van de beslissing tot beëindiging van de verplichte zorg - De geneesheer-directeur heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De geneesheer-directeur heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld
8:20	verplichting geneesheer-directeur tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden inzake opleggen voorwaarden en beperkingen bij tijdelijke onderbreking of beëindiging van de verplichte zorg
	- De gestelde voorwaarden of beperkingen hebben geen betrekking op de zorg en het gedrag van de patiënt en/of zijn niet gericht op het voorkomen van ernstig nadeel - De voorwaarden houden in dat de patiënt zich onder toezicht stelt van een zorgaanbieder of zorgverlener, maar deze zorgaanbieder of zorgverlener verleent de patiënt niet zijn steun - De geneesheer-directeur heeft ten onrechte verzuimd de zorgverantwoordelijke te raadplegen over de noodzakelijk geachte voorwaarden of beperkingen - De geneesheer-directeur heeft ten onrechte aangenomen dat de patiënt de voorwaarden niet zal naleven waardoor hij heeft beslist niet over te gaan tot beëindiging of tijdelijke onderbreking

8:21	verplichting zorgverantwoordelijke tot evaluatie uitvoering van de crisismaatregel of de zorgmachtiging, bij voornemen beëindiging verplichte zorg
	- De zorgverantwoordelijke heeft verzuimd de uitvoering van de crisismaatregel, de machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging te evalueren - De zorgverantwoordelijke heeft onrechte nagelaten op basis van de evaluatie met de patiënt een zelfbindingsverklaring op te stellen en/of de zorgkaart aan te passen - De zorgverantwoordelijke heeft verzuimd de patiënt te wijzen op de mogelijkheid om het zorgplan te evalueren en zo nodig aan te passen
8:34**	verplichting zorgaanbieder, de geneesheer-directeur, de zorgverantwoordelijke en hun medewerkers tot geheimhouding
	De zorgaanbieder en/of de geneesheer-directeur en/of de zorgverantwoordelijke en/of hun medewerkers hebben hun geheimhoudingsplicht ten onrechte geschonden
9:3	verplichting geneesheer-directeur bij personen met een strafrechtelijke titel tot aanwijzen zorgverantwoordelijke en informeren genoemde personen
	- De geneesheer-directeur heeft verzuimd een zorgverantwoordelijke aan te wijzen - De geneesheer-directeur heeft verzuimd de bij wet aangewezen personen daarover te informeren
9:4	verplichting zorgverantwoordelijke bij personen met een strafrechtelijke titel tot opstellen zorgplan
	De zorgverantwoordelijke heeft verzuimd zo spoedig mogelijk na opname van de patiënt, in overleg met de patiënt en anderen, een zorgplan op te stellen
9:5	verplichting tot in acht nemen aantal randvoorwaarden behandeling van personen met een strafrechtelijke titel
	Behandeling heeft plaatsgevonden terwijl deze niet was opgenomen in het zorgplan, er geen overeenstemming was en de patiënt of vertegenwoordiger zich verzette (en toepassing van artikel 9:6 niet aan de orde was)
9:6	beslissing zorgverantwoordelijke toepassen 'dwangbehandeling' bij personen met een strafrechtelijke titel, beslissing tot voorzetting geneesheer-directeur en verplichting tot in acht nemen aantal randvoorwaarden in dat verband
	- Behandeling heeft ondanks verzet ten onrechte plaatsgevonden omdat niet was voldaan aan de in de wet omschreven situaties (behandeling kan alleen plaats vinden a. voor zover aannemelijk is dat zonder die behandeling het ernstig nadeel dat de psychische stoornis van betrokkene doet veroorzaken niet binnen een redelijke termijn kan worden weggenomen, of b. voor zover dit volstrekt noodzakelijk is om het ernstig nadeel dat de psychische stoornis van betrokkene binnen een accommodatie doet veroorzaken, af te wenden) - De zorgverantwoordelijke heeft de beslissing genomen zonder zich op de hoogte te stellen van de actuele gezondheidssituatie van de patiënt, zonder met de patiënt overleg te hebben gevoerd en (als hij geen psychiater is) zonder overeenstemming te hebben bereikt met de geneesheer-directeur - De zorgverantwoordelijke heeft (anderszins) bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld - De zorgverantwoordelijke heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten als bedoeld in artikel 2:1 lid 4, lid 5 en lid 7 gehandeld - Behandeling heeft plaatsgevonden zonder een schriftelijke en gemotiveerde beslissing van de zorgverantwoordelijke - De (initiële) dwangbehandeling heeft te lang geduurd (langer dan nodig of in elk geval langer dan drie maanden) - Voortzetting of een nieuwe dwangbehandeling binnen zes maanden heeft plaatsgevonden zonder een schriftelijke beslissing van de geneesheer-directeur of de beslissing is ontoereikend gemotiveerd - De vertegenwoordiger en de advocaat zijn niet zo spoedig mogelijk schriftelijk van de behandeling of de voortzetting op de hoogte gesteld en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon

9:7	verplichting tot in acht nemen aantal randvoorwaarden omtrent zorg bij zelfbindingsverklaring bij personen met een strafrechtelijke titel
	- Ten onrechte is verzuimd om in het zorgplan de in de zelfbindingsverklaring voorziene behandeling voor de in de verklaring voorziene duur op te nemen - Ten onrechte is een behandeling toegepast die niet in de verklaring is voorzien (en toepassing van artikel 9:6 niet aan de orde was)
9:8	beslissing zorgverantwoordelijke toepassen middelen en maatregelen bij personen met een strafrechtelijke titel
	- De zorgverantwoordelijke heeft ten onrechte middelen en maatregelen waarin het zorgplan niet voorziet, toegepast (er was bijvoorbeeld geen noodsituatie in relatie tot een psychische stoornis, er was geen aanzienlijk risico op ernstig nadeel voor de patiënt of anderen, de veiligheid binnen de accommodatie was niet in gevaar, de rechten en vrijheden van andere waren niet in gevaar en er was geen of onvoldoende vrees voor een strafbaar feit) - De duur van de toepassing heeft een maximum van drie dagen overschreden - De beslissing tot de toepassing heeft de zorgverantwoordelijke niet onverwijld medegedeeld aan de geneesheer-directeur - De beëindiging van de toepassing heeft de zorgverantwoordelijke niet onverwijld medegedeeld aan de geneesheer-directeur - De zorgverantwoordelijke heeft verzuimd aan de geneesheer-directeur mededeling te doen van de omstandigheid dat de toepassing niet binnen twaalf uur kan worden beëindigd - De beslissing tot de toepassing is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd - De beslissing vermeldt niet het moment waarop de geneesheer-directeur en de zorgverantwoordelijke, de proportionaliteit, de subsidiariteit, de effectiviteit en de veiligheid beoordelen - De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon
9:9	beslissing zorgverantwoordelijke tot het opleggen van beperkingen aan personen met een strafrechtelijke titel
	- De zorgverantwoordelijke heeft de patiënt ten onrechte beperkingen opgelegd omdat niet is voldaan aan de wettelijke criteria daarvoor - De zorgverantwoordelijke heeft de patiënt ten onrechte beperkingen opgelegd in het recht op bewegingsvrijheid in en rond de accommodatie omdat niet is voldaan aan de wettelijke criteria daarvoor - De zorgverantwoordelijke heeft de patiënt ten onrechte beperkingen in het recht op vrij gebruik van communicatiemiddelen opgelegd omdat niet is voldaan aan de wettelijke criteria daarvoor - De zorgverantwoordelijke heeft de desbetreffende beslissing genomen zonder zich op de hoogte te stellen van de actuele gezondheidssituatie van de patiënt, zonder met de patiënt overleg te hebben gevoerd en (als hij geen psychiater is) zonder overeenstemming te hebben bereikt met de geneesheer-directeur - De desbetreffende beslissing is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd - De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon

* (m.u.v. het optreden van politie); ** (m.u.v. klachten betreffende de officier van justitie, de rechter, de psychiater, de burgemeester en het college van burgemeester en wethouders)

Dit schema kan worden gepreciseerd. Zo kan bij een aantal schendingen van de essentiële voorwaarden voor de uitvoering van verplichte zorg met als gevolg een onterechte toepassing van verplichte zorg of een te zware vorm van verplichte zorg nog worden gekeken naar de vorm van verplichte zorg. Hiermee kan een differentiatie naar ernst worden bewerkstelligd.

Verplichte zorg omvat ingevolge artikel 3:2 Wvvgz:

- a. toedienen van vocht, voeding en medicatie, alsmede het verrichten van medische controles of andere medische handelingen en therapeutische maatregelen, ter behandeling van een psychische stoornis, dan wel vanwege die stoornis, ter behandeling van een somatische aandoening;
- b. beperken van de bewegingsvrijheid⁴⁸²;
- c. insluiten⁴⁸³;
- d. uitoefenen van toezicht op betrokkene;
- e. onderzoeken aan kleding of lichaam⁴⁸⁴;
- f. onderzoek van de woon- of verblijfsruimte op gedrag beïnvloedende middelen en gevaarlijke voorwerpen;
- g. controleren op de aanwezigheid van gedrag beïnvloedende middelen;
- h. aanbrengen van beperkingen in de vrijheid het eigen leven in te richten, die tot gevolg hebben dat betrokkene iets moet doen of nalaten, waaronder begrepen het gebruik van communicatiemiddelen;
- i. beperken van het recht op het ontvangen van bezoek;
- j. opnemen in een accommodatie;
- k. ontnemen van de vrijheid van betrokkene door hem over te brengen naar een plaats die geschikt is voor tijdelijk verblijf (in afwachting van een beslissing over een crisismaatregel).

Ik merk op dat voor ambulante zorg alleen de opties a tot en met h gelden (artikel 2:4, eerste lid, Wvvgz en artikel 2.1 Besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg).

Dit kan het volgende onderscheid opleveren, waarbij ik als paars aanmerk die vormen van verplichte zorg die zeer ingrijpend zijn en als blauw die vormen van verplichte zorg die (verhoudingsgewijs) weinig ingrijpend zijn:

- a. 1. toedienen van vocht en voeding, ter behandeling van een psychische stoornis, dan wel vanwege die stoornis, ter behandeling van een somatische aandoening;
- a. 2. toedienen medicatie, ter behandeling van een psychische stoornis, dan wel vanwege die stoornis, ter behandeling van een somatische aandoening;
- a. 3. het verrichten van ingrijpende medische controles of andere medische handelingen en therapeutische maatregelen, ter behandeling van een psychische stoornis, dan wel vanwege die stoornis, ter behandeling van een somatische aandoening;
- a. 4. het verrichten van niet ingrijpende medische controles of andere medische handelingen en therapeutische maatregelen, ter behandeling van een psychische stoornis, dan wel vanwege die stoornis, ter behandeling van een somatische aandoening;
- b. 1. beperken van de bewegingsvrijheid in de zin van fixatie of een andere ingrijpende interventie;
- b. 2. beperken van de bewegingsvrijheid in de zin van een verbod zich op een bepaalde plaats te begeven of een andere relatief minder ingrijpende interventie;
- c. insluiten;
- d. uitoefenen van toezicht op betrokkene;
- e. 1. onderzoeken aan kleding
- e. 2. onderzoeken aan lichaam
- f. onderzoek van de woon- of verblijfsruimte op gedrag beïnvloedende middelen en gevaarlijke voorwerpen;
- g. controleren op de aanwezigheid van gedrag beïnvloedende middelen;
- h. aanbrengen van beperkingen in de vrijheid het eigen leven in te richten, die tot gevolg hebben dat betrokkene iets moet doen of nalaten, waaronder begrepen het gebruik van communicatiemiddelen;

⁴⁸² Hieronder valt ook fixatie.

⁴⁸³ Hieronder valt ook opsluiten in de eigen kamer.

⁴⁸⁴ Hieronder valt niet onderzoek in het lichaam.

- i. beperken van het recht op het ontvangen van bezoek;
- j. opnemen in een accommodatie;
- k. ontnemen van de vrijheid van betrokkene door hem over te brengen naar een plaats die geschikt is voor tijdelijk verblijf (in afwachting van een beslissing over een crisismaatregel).

In de loop van de tijd kunnen deze categorieën nader worden verfijnd, mocht blijken dat daaraan behoefte is.

Eenzelfde onderscheid kan worden gemaakt ten aanzien van de middelen en maatregelen als bedoeld in artikel 9:8, eerste lid, Wvvgz in samenhang gelezen met het Besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg.

Aanvullend (en weer met het doel te differentiëren naar ernst) kan worden gekeken naar de duur van de schending van de wettelijke plicht, zorgvuldigheidsdeis of rechtsinbreuk; hoe lang is de (bepaalde vorm van) verplichte zorg onterecht toegepast of gedurende welke periode is verzuimd de noodzakelijke vormvoorschriften in acht te nemen? Als groen zou ik willen aanmerken een duur van minder dan een week, als oranje een duur van 1 tot twee weken en als rood een duur van twee weken tot maximaal vier weken:

< 1 week

1 week < 2 weken

2 weken < 4 weken.

Daarboven is wat mij betreft een individuele benadering meer passend, zie hierna.

De forfaitaire bedragen zijn opgenomen in een op voormelde uitgangspunten gebaseerd schema, dat is bijgevoegd als **bijlage A**. Bij het bepalen van de hoogte de bedragen is rekening gehouden met hetgeen bekend is over de hoogte van onder de Wet Bopz toegekende schadevergoedingen. Ook is bij de hoogte van de vergoedingen rekening gehouden met het feit dat het vaststellen van dat er een vormverzuim heeft plaatsgevonden, reeds genoegdoening kan bieden. Het gaat steeds om een eenmalig bedrag (en dus niet om een vergoeding per dag of aantal dagen).

8.5.3.3 Individualisering maar hoe?

Het stelsel van forfaitaire bedragen als bedoeld in **bijlage A** ziet op de vergoeding van bijzonder ander nadeel. Hiervoor is gekozen omdat het gaat om nadeel dat in 'gewone' civiele zaken niet voor vergoeding in aanmerking zou komen en om recht te doen aan de laagdrempeligheid en eenvoud van de klachtenprocedure.

Een dergelijk stelsel staat er niet aan de in de weg dat de omstandigheden van het geval met zich kunnen brengen dat een hogere vergoeding van ander nadeel billijk is. Is er bijvoorbeeld sprake van objectiveerbaar lichamelijk of geestelijk letsel (psychische schade) als gevolg of is zonder twijfel sprake van een ernstige schending van een fundamenteel recht met relevante nadelige gevolgen als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW (denk aan bijvoorbeeld een langdurige rechtsinbreuk, disproportioneel gebruik van geweld bij de uitvoering van dwang of aanranding van de patiënt daarbij), dan kan dat worden aangevoerd. Het betekent wel dat dan een nadere onderbouwing door de patiënt vereist is.

Zo zal bij gesteld lichamelijk of geestelijk letsel door de patiënt een medisch advies moeten worden overgelegd of een oordeel van een medisch deskundige.

Bij een door de patiënt gestelde aantasting in de persoon zal concreet moet worden gemaakt om welke schending het gaat, en om welke gevolgen en dat de aard en ernst van de schending en de gevolgen daadwerkelijk een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW opleveren.

De geleden vermogensschade dient steeds per geval te worden gezien en te worden onderbouwd. Die onderbouwing kan geschieden met behulp van bonnen of facturen, maar ook met behulp van standaarden die gebaseerd zijn op algemeen geaccepteerde uitgangspunten ter zake van een vergoeding. Dit kunnen de richtlijnen van De Letselschade Raad zijn. Ik noem Richtlijn Ziekenhuis- en revalidatiedaggeldvergoeding, Richtlijn Licht Letsel inclusief Smartengeld, Richtlijn Studievertraging, Richtlijn Zelfwerkzaamheid, Richtlijn Huishoudelijke Hulp en Richtlijn Kilometervergoeding. Verlies van arbeidsvermogen zal een schadepost zijn die niet vaak zal voorkomen. Indien het verlies lastig te bepalen is, kan zo nodig de hulp van een schade-expert of van een in de begroting van schade gespecialiseerde advocaat ingeroepen worden.

8.5.3.4 Vijf voorbeeldcasus

Voor een nadere verduidelijking en concretisering van het forfaitair stelsel worden hieronder vijf voorbeeldcasus geanalyseerd. Het gaat hierbij voornamelijk om het aspect schadevergoeding en niet zozeer om de volledigheid van de analyse van de casus.

1. Casus wilsonbekwaamverklaring bij doodswens

Marie van Son verblijft krachtens een zorgmachtiging in een accommodatie (het psychiatrisch ziekenhuis). Al sinds haar tienerjaren decompenseert zij met enige regelmaat, hetgeen tientallen malen heeft geleid tot gedwongen opnames. Inmiddels is Marie 56 jaar. Tijdens een stabiele periode in haar leven is zij getrouwd en heeft zij twee kinderen gekregen, die inmiddels 28 en 26 jaar oud zijn. Beide keren leidde de bevalling tot een kraambedpsychose en uiteindelijk ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing van de kinderen. De kinderen zijn vervreemd geraakt van Marie en willen geen contact met haar, ondanks meerdere pogingen in de loop der jaren om weer omgang met hen te krijgen. Marie had één zus met wie zij nog wel contact had, maar zij is zes jaar geleden door een tragisch verkeersongeval om het leven gekomen. Verder heeft Marie geen familie meer, op een broer na die ze al lange tijd niet meer ziet, en ook alle vrienden van vroeger zijn in de loop der tijd afgehaakt.

Nu is Marie voor de zoveelste maal gedwongen opgenomen en zij wil zo niet meer verder leven. Zij heeft de zorgverantwoordelijke (de psychiater) om hulp bij zelfdoding verzocht bij de aanvang van de huidige opname. Deze heeft haar hierop wilsonbekwaam verklaard. Hij is van mening dat haar doodswens voortkomt uit haar psychose en dat er nog behandeling mogelijk is, onder andere met niet eerder gegeven medicatie. Marie wendt zich tot de klachtencommissie en deze verklaart haar klacht gegrond. Naar het oordeel van de klachtencommissie is er sprake van een reële doodswens en is er geen causaal verband tussen haar doodswens en de stoornis van de geestvermogens waaraan zij lijdt, hoewel deze natuurlijk wel debet is aan haar psychisch lijden.

Marie wil een schadevergoeding voor het toegevoegde leed, omdat de psychiater haar niet serieus heeft genomen en haar heeft belemmerd om eerder contact op te nemen met de Levenseindekliniek. Ook zit het haar dwars dat de psychiater contact met haar broer heeft opgenomen en hem heeft geïnformeerd over de wilsonbekwaamverklaring en haar doodswens.

- Beoordeling

Uit de *gegrondverklaring* van de klacht leid ik af dat Marie ten onrechte wilsonbekwaam is verklaard. Schematisch gaf ik een dergelijke situaties als volgt weer:

1:5	beslissing zorgverantwoordelijke dat betrokkene niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen en beslissing welke zaken dat betreft (wilsonbekwaamverklaring)
	• De beslissing van de zorgverantwoordelijke dat de patiënt niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen of een aantal aangewezen belangen is niet juist en/of onzorgvuldig tot stand gekomen

Daarnaast heeft de psychiater zijn geheimhoudingsplicht geschonden nu ik uit de casus niet afleid dat de broer als vertegenwoordiger mocht worden gezien en ook anderszins geen beroep is gedaan op de rechtvaardiging van de schending van het geheim (zoals toestemming of een conflict van plichten). Schematisch gaf ik een dergelijke situaties als volgt weer:

8:34	verplichting zorgaanbieder, de geneesheer-directeur, de zorgverantwoordelijke en hun medewerkers tot geheimhouding
	• De zorgaanbieder en/of de geneesheer-directeur en/of de zorgverantwoordelijke en/of hun medewerkers hebben hun geheimhoudingsplicht ten onrechte geschonden

Dit levert een recht op een vergoeding van ander nadeel op, mits Marie kan uitleggen dat haar door genoemde normschendingen leed is aangedaan. Overigens lijkt het leed door de onterechte wilsonbekwaamverklaring aannemelijk en dat geldt ook voor het bestaan van frustratie door de schending van het beroepsgeheim. De begroting van dat ander nadeel kan worden gebaseerd op de forfaitaire vergoedingen van ander nadeel. In dit geval komt dat neer op een vergoeding van € 400,- en € 100,- uitgaande van een verzuim dat korter dan een week heeft geduurd. Vermogensschade is er niet.

2. Casus tijdelijke verplichte zorg zonder titel

Theo De Haar heeft een psychiatrisch verleden, maar woont sinds enkele jaren zelfstandig in een zogenaamde container woning en wordt begeleid door het FACT team. De laatste tijd weigert hij om het FACT team binnen te laten en afspraken om zijn depotmedicatie te laten toedienen komt hij ook gebrekkig of zelfs helemaal niet na. Het FACT team krijgt meldingen van omwonenden dat Theo overlast bezorgt door 's nachts schreeuwend buiten te lopen, keiharde muziek te draaien en overdag voorbijgangers hinderlijk en oninvoerbaar te volgen. Ook is gezien dat hij middenin de nacht in de tuin een vuur brandde. Pogingen om met Theo in gesprek hierover te raken zijn mislukt. Toen de sociaal psychiatrisch verpleegkundige (SPV'er) probeerde om de woning van Theo binnen te gaan, werd hij erg agressief en dreigde hij te gaan slaan. In overleg met de psychiater wordt besloten om de procedure ter verkrijging van een crisismaatregel in gang te zetten. De voorbereidingen daarvoor zijn nog niet afgerond als er een melding binnenkomt dat Theo een willekeurige voorbijganger van zijn fiets heeft geprobeerd te trekken. De psychiater besluit om niet langer af te wachten en tijdelijke verplichte zorg te verlenen. Er wordt een ambulance naar het huis van Theo gestuurd en hij wordt overgebracht naar het psychiatrisch ziekenhuis. Bij aankomst wordt Theo onderzocht door de psychiater. Deze wordt direct daarna opgeroepen voor een ander spoedgeval en daarna is het de hoogste tijd voor hem om naar huis te gaan. De voorbereidingen voor de crisismaatregel blijven daardoor liggen tot de volgende ochtend 9.00 uur, als de psychiater weer op zijn werk verschijnt. Er zijn dan inmiddels 16 uren verstreken sinds de psychiater Theo heeft onderzocht.

Theo spreekt met de patiëntenvertrouwenspersoon en besloten wordt om een klacht in te dienen bij de klachtencommissie. Theo beroept zich op de maximale termijn van 12 uren tijdelijke verplichte zorg vanaf het onderzoek door de psychiater. Tevens stelt hij dat niet is voldaan aan de voorwaarde dat de verplichte tijdelijke zorg noodzakelijk was in verband met de voorbereiding van de crisismaatregel, nu de psychiater in de tussentijd gewoon naar huis is gegaan en de voorbereiding tot de volgende ochtend heeft laten liggen. Theo wenst een forse schadevergoeding.

- Beoordeling

Als ik het goed begrijp, is besloten tot het toepassen van tijdelijke verplichte zorg voorafgaand aan een crisismaatregel als bedoeld in artikel 7:3 Wvvgg. In dat verband kan een persoon zijn vrijheid worden ontnomen en kan hij worden overgebracht naar een accommodatie. De verplichte zorg kan echter alleen als uiterste middel worden verleend indien dit noodzakelijk is in verband met de voorbereiding van de crisismaatregel en uitsluitend gedurende de periode die nodig is om de procedure daarvoor af te ronden. Deze periode bedraagt ten hoogste achttien uur, en niet meer dan twaalf uur, te rekenen van het moment dat de betrokkenen door een psychiater wordt onderzocht ten behoeve van de medische verklaring.

De klacht dat er meer dan twaalf uur zijn verstreken na onderzoek van de psychiater lijkt mij gegrond. Ook kan Theo in beginsel worden gevolgd in zijn redenering dat de noodzakelijkheid ontbrak; waarom anders kon de psychiater rustig naar huis gaan? Een en ander lijkt mij te kunnen worden gekwalificeerd als een rechtsinbreuk. Het is daarmee aan de zorgaanbieder om in het kader van een bevrijdend verweer uitleg te geven over de rechtmatigheid van deze wijze van uitvoering van verplichte zorg. Gesteld dat beide klachten gegrond worden geacht (en het bevrijdend verweer niet slaagt), dan heeft Theo recht op een vergoeding van ander nadeel. Hoewel zijn niet nader onderbouwde wens om een 'forse' schadevergoeding wat karig overkomt, lijkt het wel aannemelijk dát hij schade heeft geleden en dat die schade verband houdt met de aard van de verzuimen, de rechtsinbreuken.

Schematisch gaf ik een dergelijke situaties als volgt weer:

7:3	beslissing (omschreven als bevoegdheid) ambulancedienst, zorgaanbieder, geneesheer-directeur en zorgverantwoordelijke tot tijdelijke verplichte zorg voorafgaand aan een crisismaatregel en vrijheidsbeneming en overbrengen naar geschikte locatie in dat verband
	- De kortdurende verplichte zorg was niet noodzakelijk ter voorbereiding van de crisismaatregel (een en ander in het licht van de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1, 3:3 en 3:4) - De kortdurende verplichte zorg was te lang (mag uitsluitend gedurende de periode die nodig is om procedure crisismaatregel af te ronden of ten hoogste achttien uur, en niet meer dan twaalf uur te rekenen vanaf het moment dat betrokkene door een psychiater wordt onderzocht ten behoeve van de medische verklaring)

De begroting van dat ander nadeel dient te worden gebaseerd op de forfaitaire vergoedingen van ander nadeel. In dit geval komt dat neer op een vergoeding van € 600,- en € 600,- gebaseerd op de opname in een accommodatie zonder grond gedurende een periode die nog geen week heeft geduurd. Vermogensschade is niet gesteld, maar zou een optie zijn. Deze schadepost verdient aandacht en zo er wel vermogensschade is, vereist dat een onderbouwing.

3. Casus onderzoek woonruimte

Piet Vlug verblijft gedwongen in een accommodatie (psychiatrisch ziekenhuis). Piet heeft een verleden van drugsmisbruik, maar zegt inmiddels al geruime tijd clean te zijn. Op basis van door medeciënten verspreide geruchten dat er bij Piet drugs te bestellen zouden zijn, besluit de zorgverantwoordelijke (de psychiater) de kamer van Piet in de accommodatie te laten doorzoeken. Hierbij wordt geen contrabande aangetroffen. Wel mist Piet na de doorzoeking zijn pas aangeschafte IPad. Piet stapt naar de klachtencommissie en eist een schadevergoeding ter zake van zijn geleden imagooverlies (hij is immers ten onrechte neergezet als een drugsdealer) en voor zijn verdwenen IPad, die volgens hem door de medewerkers die zijn kamer hebben doorzocht is gestolen.

Ook voert Piet aan dat de beslissing van de zorgverantwoordelijke om zijn kamer te laten doorzoeken sowieso onrechtmatig is genomen, omdat er helemaal geen sprake was van het voorkomen van een noodsituatie zoals bedoeld in artikel 8:14, eerste lid, Wvggz.

- Beoordeling

Ingevolge artikel 8:14 Wvggz kan de zorgverantwoordelijke bij het gegronde vermoeden van aanwezigheid binnen de accommodatie van voorwerpen die betrokkene niet in zijn bezit mag hebben of die een aanzienlijk risico op ernstige schade veroorzaken, ter voorkoming van een noodsituatie, een beslissing nemen tot onderzoek (b) van de woonruimte binnen de accommodatie van betrokkene.

Voor een schadevergoeding moet Piet aannemelijk maken dat de beslissing om onderzoek te doen op onzorgvuldige wijze is genomen, omdat er geen gegronde vermoeden was van aanwezigheid van verboden of mogelijk schadelijke voorwerpen. Zo kan Piet betogen dat niet nader onderzochte geruchten (bijvoorbeeld door nader horen van de gerucht verspreiders) niet voldoende zijn om over te gaan tot een onderzoek in de kamer. De zorgaanbieder zal op zijn beurt deze stelling moeten betwisten en in het kader van zijn verzwaarde motiveringsplicht uitleg moeten geven over het onderzoek. Lastig is wel dat het bezit en de handel in drugs al snel als ongewenst zal worden beschouwd en dat door het verstrekken en gebruiken van drugs al snel een noodsituatie kan ontstaan. Ik zou wel benieuwd zijn naar wat de zorgaanbieder hierover te zeggen heeft (verzwaarde motiveringsplicht).

Gesteld echter dat de klachten gegrond worden geacht, dan kan dat als volgt schematisch worden weergegeven:

8:14	beslissing zorgverantwoordelijke tot toepassing veiligheidsonderzoek en verplichtingen zorgverantwoordelijke en geneesheer-directeur in dat verband
	• Er was geen gegronde reden (geen vermoeden van bezit van een voorwerp dat de patiënt niet in zijn bezit mag hebben, geen ernstig risico) om de patiënt aan een veiligheidsonderzoek te onderwerpen

Piet heeft recht op een forfaitaire vergoeding van ander nadeel in de vorm van door het verzuim (verondersteld) imagooverlies (liever frustraties of angst van imagooverlies). Ook is er een inbreuk gemaakt op zijn privacy. Daarbij hoort een vergoeding van € 100,-, uitgaande van een verzuim dat korter dan een week heeft geduurd.

Zijn vermogensschade bestaat uit het verlies van de IPad, al zal Piet wel moeten stellen dat hij de IPad voor de doorzoeking nog had en daarna niet meer. Ik vraag me af of de klachtencommissie dat zonder meer aannemelijk zal achten. Mogelijk kan iemand daarover een verklaring afleggen. Als de klachtencommissie daarin meegaat dan zal de schade moeten worden begroot aan de hand van de dagwaarde van de IPad.

4. Casus (geen) uitvoering zorgmachtiging

Elise Den Dolder heeft een zorgmachtiging, op basis waarvan ambulant verplichte zorg wordt verleend. Deze bestaat uit een tweewekelijkse depotinjectie, waarvoor Elise naar de accommodatie (= het psychiatrisch ziekenhuis) moet komen. De SPV'er dient het depot dan toe en voert tevens een gesprek met Elise om te evalueren hoe het met haar gaat.

Als Elise op haar reguliere afspraak met de SPV'er verschijnt, meldt deze haar dat hij is gebeld door haar huisarts, omdat deze heeft geconstateerd dat haar bloeddruk veel te hoog is en dat hij het noodzakelijk vindt om haar daarvoor een bètablokker te geven. Elise heeft echter gezegd dat zij dat niet nodig vindt en wel ontspanningsoefeningen gaat doen om haar bloeddruk omlaag te krijgen. De SPV'er probeert Elise over te halen om de bètablokker toch te gaan slikken, maar zij volhardt in haar weigering. De SPV'er kondigt hierop aan dat de bètablokker dan maar in het kader van de zorgmachtiging moet worden toegediend, waarbij hij zich beroept op artikel 3:2, tweede lid, sub a, Wvggz. Overstuur door de dreiging, rent Elise het pand uit en gaat naar huis. De volgende ochtend staan er twee SPV'ers thuis voor haar deur. Voordat Elise kan protesteren, staan ze in haar keuken en wordt ze gedwongen om de bètablokker in te nemen. Terwijl de ene SPV'er haar in bedwang houdt, stopt de andere de pil achter in haar keel en dwingt haar te slikken door langs haar keel te strijken.

Volkomen ontsteld door deze invasieve ingreep belt Elise de patiëntenvertrouwenspersoon. Het blijkt dat de zorgmachtiging helemaal niet voorziet in somatische behandeling. Er wordt een klacht met schorsingsverzoek ingediend bij de klachtencommissie en Elise eist een schadevergoeding.

- Beoordeling

Er is sprake van het niet nakomen van de verplichting vervat in artikel 8:7, tweede lid, Wvggz, dat aangemerkt kan worden als een rechtsinbreuk; er is verplichte zorg verleend die niet is opgenomen in de zorgmachtiging. Het verzet lijkt me duidelijk. Ik ga ervan uit dat er geen rechtvaardiging bestond voor dit onzorgvuldig handelen. Mocht dat wel zo zijn dan zal de zorgaanbieder dat moeten stellen en, bij betwisting, moeten bewijzen, zulks in het kader van een opgeworpen bevrijdend verweer.

Schematisch kan dit als volgt worden weergegeven:

8:7	verplichting zorgaanbieder om in beginsel alleen de vormen van verplichte zorg te verlenen die zijn opgenomen in de zorgmachtiging of de crisismaatregel (lid 2 en 3)
	• De zorgaanbieder heeft een andere vorm van verplichte zorg verleend dan toegestaan

De onterechte handeling, mits dit komt vast te staan, geeft recht op een forfaitaire vergoeding van ander nadeel er door de aard van het verzuim van uitgaande dat Elise schade heeft geleden in de vorm van ander nadeel. Daarbij hoort een bedrag van € 600,-, uitgaande van een rechtsinbreuk die korter dan een week heeft geduurd.

Als de actie naar onnodig geweld neigt, kan mogelijk zelfs met succes worden betoogd dat door het verzuim sprake is van een ernstige schending van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt met relevante nadelige gevolgen waardoor sprake is van een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW dat recht geeft op een hogere vergoeding dan de forfaitaire. Het is dan wel nodig om nader te onderbouwen hoe hardhandig zij is aangepakt en wat de gevolgen voor Elise zijn geweest.

5. Casus dwangmedicatie en vrijheidsbeneming

Voor Nel Versteeg is recent een zorgmachtiging afgegeven. Nel is geen onbekende in de GGZ en in het verleden heeft zij meerdere malen een Bopz maatregel opgelegd gekregen. Haar behandelaar is blij met de zorgmachtiging, omdat deze ambulante verplichte zorg mogelijk maakt; zo kan deze keer hopelijk een gedwongen opname worden voorkomen. Maar het gaat niet goed met Nel: zij is in toenemende mate achterdochtig en meent dat de burens haar af luisteren. Omdat ze bang is om te worden vergiftigd, eet zij ook vrijwel niet en durft ze haar antipsychotische medicatie niet meer te nemen. De behandelaar komt langs om te praten en geeft aan dat zij zich op de polikliniek moet melden voor toediening van medicatie. Nel moet er niet aan denken om weer met dwangmedicatie te worden geconfronteerd en verschanst zich in haar woning. Met tumult en geweld wordt zij uiteindelijk met behulp van de politie overgebracht naar de kliniek en krijgt daar de medicatie toegediend.

Nel wil naar de klachtencommissie en daar een schadevergoeding eisen. Naar haar idee was dwangmedicatie sowieso niet nodig geweest. En er waren andere mogelijkheden om de problemen op te lossen en het toegepaste geweld was ook nog buitenproportioneel. Daarbij heeft ze nooit een gemotiveerde beslissing van de behandelaar gekregen en is haar niet verteld dat ze een beroep op de patiëntenvertrouwenspersoon kon doen.

- Beoordeling

Naar ik begrijp, meent Nel dat de verplichtingen van artikel 8:9 Wvvggz niet zijn nagekomen. Nel zal moeten stellen dat dwangmedicatie niet nodig was en dat het geweld buitenproportioneel was, omdat ze heus wel mee zou komen. Haar medisch dossier en het relaas van de behandelaar zijn hier van belang. De zorgaanbieder zal een en ander moeten betwisten en in het kader van een bevrijdend verweer uitleg moeten geven over de gang van zaken en waarom er op goede gronden gekozen is voor de dwangmedicatie én het geweld.

Schematisch kan de situatie als volgt worden weergegeven:

8:9	verplichting zorgverantwoordelijke tot in acht nemen van aantal randvoorwaarden bij de beslissing tot het verlenen van verplichte zorg ter uitvoering van de crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of de zorgmachtiging
	• De zorgverantwoordelijke heeft bij zijn beslissing niet naar de algemene uitgangspunten, criteria voor en doelen van het toepassen van verplichte zorg als bedoeld in artikel 2:1 lid 1, lid 2, lid 3, lid 6, lid 8 en lid 9, artikel 3:3 en artikel 3:4 gehandeld • De beslissing van de zorgverantwoordelijke tot het verlenen van verplichte zorg is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd • De patiënt, zijn vertegenwoordiger of zijn advocaat hebben van de geneesheer-directeur niet een afschrift van de beslissing gekregen en/of zij zijn niet schriftelijk in kennis gesteld van de klachtwaardigheid van de beslissing en de mogelijkheid van advies en bijstand door de patiëntenvertrouwenspersoon en de familievertrouwenspersoon

Nel heeft recht op een forfaitaire vergoeding van ander nadeel als haar klachten gegrond worden verklaard. Dat zij door de rechtsinbreuk en de procedurele verzuimen schade heeft geleden in de vorm van ander nadeel lijkt aannemelijk. In dit geval is dat € 600,-, € 100,- en € 100,- uitgaande van een inbreuk en verzuimen die korter dan een week hebben geduurd. Als er buitensporig veel geweld is gebruikt kan mogelijk zelfs met succes worden betoogd dat sprake is van een ernstige schending van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt met relevante nadelige gevolgen waardoor sprake is van een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW dat recht geeft op een hogere vergoeding dan de forfaitaire.

Heeft zij ook vermogensschade geleden? Dat lijkt hier niet zo te zijn.

8.6 *Het vervolg: de praktische uitwerking*

Om de conclusies uit het onderhavige onderzoek tot een werkbare praktijk te maken, is het nodig dat het kader wordt uitgewerkt in een praktische handleiding. Deze handleiding dient het hiervoor geschetste kader te bevatten evenals het stelsel van forfaitaire vergoedingen van ander nadeel.

Voorts kan bij deze handleiding als bijlage een intakeformulier worden opgenomen. Dit formulier dient als eerste hulpmiddel, checklist, bij het in kaart brengen van de schade. Het dient bij voorkeur te worden gebruikt bij het eerste contact met de patiënt over zijn klacht.

Een andere bijlage is een zogeheten 'schadestaat'. Dit is een formulier dat bij de klachtencommissie kan worden ingediend en waarop de schadeposten kunnen worden vermeld die naar de mening van de patiënt en de patiëntenvertrouwenspersoon voor vergoeding in aanmerking komen. Aan deze schadestaat kunnen tevens de relevante stukken worden gevoegd die ter onderbouwing van de aangevoerde schadeposten dienen.

Om de conclusies uit het onderhavige onderzoek tot een werkbare praktijk te maken, is het wenselijk dat patiëntenvertrouwenspersonen geschoold worden in de algemene principes van het schadevergoedingsrecht en de wijze waarop zij een patiënt kunnen ondersteunen bij diens verzoek om een schadevergoeding. Dat houdt tevens in dat patiëntenvertrouwenspersonen leren werken met het hiervoor bedoelde intakeformulier en leren hoe een eenvoudige schadestaat kan worden opgemaakt.

Om de conclusies uit het onderhavige onderzoek tot een werkbare praktijk te maken, is het voorts wenselijk de patiëntenvertrouwenspersonen op de werkvloer te ondersteunen in het analyseren van de eerste zaken die aan hen worden voorgelegd.

Om de conclusies uit het onderhavige onderzoek tot een werkbare praktijk te maken, is het mijns inziens tot slot raadzaam om GGZ Nederland te betrekken bij de plannen van de Stichting Patiëntenvertrouwenspersonen, teneinde draagvlak te creëren voor de wijze waarop met verzoeken tot schadevergoeding zal worden omgegaan.



9. Conclusie en opvolgende acties

9.1 Beantwoording van de onderzoeksvraag

Centraal stond de vraag wat een billijke schadevergoeding is of zou kunnen dan wel moeten zijn en hoe patiëntenvertrouwenspersonen tegen die achtergrond hun cliënt kunnen adviseren en bijstaan bij het formuleren en onderbouwen van een bij de klachtencommissie in te dienen verzoek tot schadevergoeding.

Gezien de bevindingen van de analyse van de Wvggz en de bevindingen van de analyse van de relevante andere wegen met een compensatiefunctie of -mogelijkheid, beantwoord ik de vraag als volgt.

Onder een schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvggz moet worden verstaan een volledige vergoeding van vermogensschade en ander nadeel dan vermogensschade. Voor de uitgangspunten dient te worden gekeken naar het civiele aansprakelijkheidsrecht vervat in het Burgerlijk Wetboek (BW). Het onderdeel schadevergoeding is geregeld in Boek 6, titel 1, afdeling 10, BW. De wettelijke grondslag voor de schadevergoeding wordt gevormd door de Wvggz zelf.

Wat de vergoeding van ander nadeel betreft, merk ik zekerheidshalve op dat in artikel 6:95 BW staat dat een vergoeding daarvan alleen mogelijk is 'voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft'. De Wvggz spreekt echter niet met zoveel woorden van een recht op een schadevergoeding 'tevens omvattende een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade'. Toch meen ik dat met de keuze voor een vergoeding naar billijkheid ook bedoeld is een wettelijke grondslag te creëren voor een vergoeding van ander nadeel. Ik wijs in dat verband op de wens van de wetgever om een volledige vergoeding te bieden – welke wens ik destilleer uit de keuze voor een schadevergoeding (in plaats van een tegemoetkoming), het doel en de uitgangspunten van de Wvggz (vergaande bescherming van de patiënt) kan worden opgemaakt –, maar relevant is tevens de omstandigheid dat de psychiatrische patiënt als bedoeld in de Wvggz doorgaans juist en vooral schade lijdt die de vorm heeft van ander nadeel dan vermogensschade. Het komt mij dan ook niet logisch en niet juist voor een vergoeding van ander nadeel uit te zonderen.

Vermogensschade kan het gevolg zijn van lichamelijk letsel van de patiënt, evenals van – naar objectieve maatstaven vastgesteld – geestelijk letsel. Vermogensschade kan ook het gevolg zijn van een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Vermogensschade kan bestaan uit geleden verlies en/of gederfde winst, zo volgt uit artikel 6:96 BW. Onder dit schadecomponent kunnen allerhande kosten worden geschaard, maar bijvoorbeeld ook feitelijk verlies van arbeidsvermogen, waardoor inkomsten worden gemist of opdrachten gemoeid met het voeren van een onderneming. Vermogensschade kan concreet worden bepaald en worden aangetoond met facturen en 'bonnetjes' of op eenvoudige wijze worden bepaald, omdat duidelijk is wat de schade in zijn algemeenheid inhoudt. In de civiele (letselschade)praktijk zijn hiervoor richtlijnen opgesteld (ik doel op de richtlijnen van De Letselschade Raad).

Ander nadeel kan ingevolge artikel 6:106, aanhef en onder b, BW gelegen zijn in lichamelijk letsel, een aantasting in de eer of goede naam of een aantasting in de persoon op andere wijze. In afwijking van (de basis van) artikel 6:106, aanhef en onder b, BW kan onder een schadevergoeding naar billijkheid echter ook worden begrepen een vergoeding van ander nadeel dat niet zonder meer onder een van die categorieën kan worden geschaard. Een voorbeeld is een vergoeding van ander nadeel in verband met de onzekerheid over de rechtmatigheid van de verplichte zorg (hoewel deze achteraf rechtmatig blijkt te zijn). Dergelijk ander nadeel kan het gevolg zijn van een procedureel verzuim of de schending van

een informatieplicht. Een ander voorbeeld is een aantasting in de persoon die substantiëler is dan het in onzekerheid verkeren over de rechtspositie, en gelegen is in de daadwerkelijke onzorgvuldige toepassing van verplichte zorg door de schending van een essentiële voorwaarde voor de uitvoering van verplichte zorg. Nadelige gevolgen worden verondersteld.

De basis voor deze conclusie ligt in de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) en de onder die wet tot stand gekomen jurisprudentie en praktijk en past binnen de ruimte die de billijkheid biedt. Naar mijn mening doet deze verbijzondering recht aan de context van de Wvggz en aan de bijzondere positie van psychiatrische patiënten die verplichte zorg ontvangen, een en ander op gelijke wijze alsook onder de Wet Bopz werd geoordeeld. Het zal in veel kwesties waarover gegrond wordt geklaagd om schendingen van het zelfbeschikkingsrecht (lichamelijke integriteit) van de patiënt gaan, een fundamenteel persoonlijkheidsrecht. De schending zal evenwel niet steeds – naar objectieve maatstaven te bepalen – ernstig zijn en/of relevante nadelige gevolgen hebben.

Om voor een schadevergoeding in aanmerking te komen, zal de klachtencommissie tot het oordeel moeten kunnen komen dat de klacht van de patiënt gegrond is en dat het beklaagde gedrag tot de schade zoals die door de klagende patiënt is geformuleerd, heeft geleid. Anders gezegd, het moet – in juridische termen gegoten – duidelijk zijn dat er onzorgvuldig is gehandeld (in de vorm van strijd met een wettelijke plicht of een rechtsinbreuk) en dat dat handelen de gestelde schade heeft veroorzaakt. Gezien de mate van rechtsbescherming en *fairness* ligt het voor de hand dat in dat verband de regels van het formele en materiële bewijsrecht zoals vervat in Boek 1, titel 2, afdeling 9, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) (artikelen 149 tot en met 207 Rv) respectievelijk artikel 6:162 BW worden toegepast, inclusief de bewijslastverdeling zoals die uit de hoofdregel van artikel 150 Rv volgt. Gezien de beoogde laagdrempeligheid van de klachtenprocedure en de aard van de materie (dwangpsychiatrie) is het echter evenzo wenselijk, zo niet noodzakelijk dat de klachtencommissies een lichte toets aan zullen leggen waar het gaat om de vaststelling van de normschending, een *condicio sine qua non*-verband en de omvang van de schade. Met 'lichte toets' wordt bedoeld dat door de inrichting van het proces en een actieve (niet lijdelijke) houding van de klachtencommissies in grote mate rekening wordt gehouden met de (beperkingen van de) aan verplichte zorg onderworpen psychiatrische patiënt zonder het belang van de zorgaanbieder wiens professionele handelen ter discussie staat uit het oog te verliezen. 'Licht' uit zich hierin dat ten behoeve van het vlotte en laagdrempelige proces een aantal formaliteiten wordt losgelaten waarbij wordt gedacht aan het zoveel mogelijk achterwege laten van getuigenverhoren, deskundigenberichten en 'extra' rondes om causale verbanden en schadestaten te onderzoeken, aldus in afwijking van hetgeen een klassieke civiele schadevergoedingsprocedure kenmerkt. Een andere bewijslastverdeling maakt hiervan geen deel uit. Wel zal die toets, die mede een onderzoekende rol van de oordelende instantie veronderstelt, de scherpe kanten van de bewijslastverdeling kunnen verzachten. Aannemelijkheid van een normschending, een causaal verband en schade zal voldoende (moeten) zijn.

Een voorbeeld van een dergelijke meer vereenvoudigde wijze van beoordelen is de klachten- en geschillenprocedure van de Wkkgz; de procedure is laagdrempelig en efficiënt, maar mede omdat niet al te strikt wordt vastgehouden aan de regels van het bewijsrecht en aannemelijkheid van de normschending, het causaal verband en de omvang van de schade voldoende wordt geacht. De geschillenprocedure kenmerkt zich door een enkele schriftelijke ronde en een zitting, doorgaans zonder het horen van getuigen. Deskundigenbewijs komt zelden voor.

Dat de klachtencommissies een lichte toets zullen hanteren ligt ook voor de hand. Naast de beoogde vlotheid en laagdrempeligheid van de klachtenprocedure is hiervoor redengevend dat de huidige – onder de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen – oordelende klachtencommissies ook licht toetsen en zich een actieve houding aanmeten bij het beoordelen van klachten. Het geldt evenzeer voor de rechter die in kwesties van dwangpsychiatrie in bepaalde mate soepel omgaat met de regels van bewijs; aannemelijkheid is op veel fronten al voldoende en meer dan

eens wordt gezien de aard van de normschending uitgegaan van op geld waardeerbare schade en het bestaan van een causaal verband met de desbetreffende normschending. Het gaat dan in het bijzonder om procedurele verzuimen waarbij voor een ieder wel duidelijk is, het voorstelbaar is, dat de patiënt daardoor in onzekerheid komt te verkeren met alle spanningen en frustraties van dien. Het zijn ook deze verzuimen en dit soort schade die naar verwachting straks vaak ter beoordeling aan de Wvrgg-klachtencommissies worden voorgelegd.

Standaardisering van vergoedingen kan in zijn algemeenheid ook behulpzaam zijn om een proces te vereenvoudigen, de snelheid van afwikkeling van een verzoek om een schadevergoeding te bevorderen en de gelijkheid tussen rechtzoekenden te bevorderen. Standaardisering is dus een instrument als het gaat om de wens een op eenvoudige wijze vast te stellen vergoeding toe te kennen van een redelijk en billijk te achten omvang gezien (de aard van) het geschonden recht waarover wordt geklaagd en de ernst van die schending (waaronder de intensiteit en de duur van die schending). Met dit tot besluit kom ik terug bij de bijzondere vormen van ander nadeel die in mijn visie deel uitmaken van een schadevergoeding naar billijkheid. Het mijns inziens billijk om de vergoedingen te dier zake tot op zekere hoogte te standaardiseren en wel op basis van, gerelateerd aan, de aard en ernst van het verzuim. Standaardisering past bij uitstek bij deze keuze voor vergoedingen in gevallen waarin in een bepaalde mate van het feitelijk nadeel wordt geabstraheerd en een vergoeding vooral berust op de schending van een norm. Er kan dus – zo is mijn conclusie – een gestandaardiseerde (forfaitaire) vergoeding worden toegekend voor ander nadeel dat het gevolg is van een procedurefout, schending van een informatieplicht of een andere zorgvuldigheidseis. Het ander nadeel zal zijn gelegen in de onzekerheid over de rechtmatigheid van verplichte zorg en de daaruit voortvloeiende frustratie en spanningen. Die vergoeding zal, omdat het om een verbijzondering gaat, een niet al te hoge financiële waarde vertegenwoordigen. Een andere reden voor een niet al te hoge vergoeding is het feit dat in het enkele feit dat wordt vastgesteld dat een voorschrift is geschonden reeds een zekere genoegdoening kan zijn gelegen.

Een hogere forfaitaire vergoeding kan worden toegekend voor een ernstiger verzuim met substantiële gevolgen. Ik denk aan de daadwerkelijk onzorgvuldige toepassing van verplichte zorg door het niet (voldoende) in acht nemen van de essentiële materiële eisen voor het toepassen van verplichte zorg die rechtstreeks de rechtvaardigheid van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht treffen en het ultimium remedium criterium.

Aan mijn conclusie op dit punt doet mijns inziens niet aan af dat de Hoge Raad in zijn beslissing van juli van dit jaar overwoog dat de omvang van een verplichting tot vergoeding van schade die bestaat in een aantasting in de persoon op andere wijze, zich niet 'min of meer forfaitair' laat vaststellen nu dat niet verenigbaar is met het hoogst persoonlijke karakter van de vordering tot vergoeding van deze schade. De Hoge Raad overwoog immers ook dit uitgangspunt er niet aan de weg staat dat betrokken partijen een regeling overeen te komen die op dit punt voorziet in een forfaitaire vergoeding. Los daarvan zou nog de vraag kunnen worden gesteld of de Hoge Raad ook het oog heeft op vergoedingen van ander nadeel die zich niet onder artikel 6:106 BW laten scharen.

Standaardisering laat individualisering onverlet, zoals ook te zien is bij de toekenning van schadevergoeding onder het regime van de Wet Bopz, het Wetboek van Strafvordering en de Penitentiaire beginselenwet. Is in een individueel geval dus wel sprake van een zodanig ernstige schending van het zelfbeschikkingsrecht en wel sprake van zodanig relevante nadelige gevolgen dat zonder meer gesproken kan worden van een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW, dan moet aan de benadeelde een hoge(re) vergoeding worden toegekend dan waarin de standaard voorziet. Denk bijvoorbeeld aan het ongegrond gedwongen opnemen van een psychiatrische patiënt voor de duur van meer dan een maand, maar ook aan onterecht en/of disproportioneel fysiek geweld bij de uitvoering van dwang of aanranding van de patiënt daarbij. Dit

moet wel door de patiënt worden onderbouwd, tenzij de *aard en de ernst van de normschending* meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde *zo voor de hand liggen*, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen. Is er sprake van lichamelijk of (extra) geestelijk letsel als gevolg van het norm schendende gedrag of de rechtsinbreuk (denk bijvoorbeeld aan een posttraumatisch stresssyndroom), dan is dat evenzeer reden voor een hogere vergoeding, mits dat letsel naar objectieve maatstaven is komen vast te staan. Dat vereist bijvoorbeeld onderzoek door een medicus en een op schrift gesteld oordeel over dat letsel. Vermogensschade dient steeds per individueel geval te worden bepaald.

Het is aan de patiëntenvertrouwenspersoon om de patiënt/cliënt te ondersteunen bij het in kaart brengen van de schadecomponenten, hem te helpen bij het geven van de noodzakelijke onderbouwing en – uiteindelijk – bij de financiële waardering van de schade. Daaraan vooraf gaat de juridische herwaardering en herformulering van de klacht en een causaal verband, zoals hiervoor al even werd aangestipt. Het doel van dit onderzoek was dan ook te onderzoeken en aan te geven *hoe patiëntenvertrouwenspersonen – eenmaal wetende wat een billijke schadevergoeding behelst – hun cliënt kunnen adviseren en bijstaan bij het formuleren en onderbouwen van een bij de klachtencommissie in te dienen verzoek tot schadevergoeding*.

9.2 Opvolgende acties

Om de conclusies uit het onderhavige onderzoek tot een werkbare praktijk te maken, is het nodig dat het kader wordt uitgewerkt in een praktische handleiding. Deze handleiding dient het geschetste kader te bevatten, evenals het stelsel van forfaitaire vergoedingen van ander nadeel. Voorts kan bij deze handleiding als bijlage een intakeformulier worden opgenomen. Dit formulier dient als eerste hulpmiddel, checklist, bij het in kaart brengen van de schade. Het dient bij voorkeur te worden gebruikt bij het eerste contact met de patiënt over zijn klacht. Een andere bijlage is een zogeheten ‘schadestaat’. Dit is een formulier dat bij de klachtencommissie kan worden ingediend en waarop de schadeposten kunnen worden vermeld die naar de mening van de patiënt en de patiëntenvertrouwenspersoon voor vergoeding in aanmerking komen. Aan deze schadestaat kunnen tevens de relevante stukken worden gevoegd die ter onderbouwing van de aangevoerde schadeposten dienen.

Om de conclusies uit het onderhavige onderzoek tot een werkbare praktijk te maken, is het wenselijk dat patiëntenvertrouwenspersonen geschoold worden in de algemene principes van het schadevergoedingsrecht en de wijze waarop zij een patiënt kunnen ondersteunen bij diens verzoek om een schadevergoeding. Dat houdt tevens in dat patiëntenvertrouwenspersoon leren werken met het hiervoor bedoelde intakeformulier en leren hoe een eenvoudige schadestaat kan worden opgemaakt.

Om de conclusies uit het onderhavige onderzoek tot een werkbare praktijk te maken, is het voorts wenselijk de patiëntenvertrouwenspersonen op de werkvloer te ondersteunen in het analyseren van de eerste zaken die aan hen worden voorgelegd.

Om de conclusies uit het onderhavige onderzoek tot een werkbare praktijk te maken, is het tot slot raadzaam om GGZ Nederland te betrekken bij de plannen van de Stichting Patiëntenvertrouwenspersonen, teneinde draagvlak te creëren voor de wijze waarop met verzoeken tot schadevergoeding gaat worden omgegaan.

