



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Een billijke schadevergoeding als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg: volledig en deels forfaitair

Wijne, R.P.

Published in:
Tijdschrift voor Gezondheidsrecht

DOI:
[10.5553/TvGR/016508742019043006002](https://doi.org/10.5553/TvGR/016508742019043006002)

[Link to publication](#)

Creative Commons License (see <https://creativecommons.org/use-remix/cc-licenses>):
Other

Citation for published version (APA):
Wijne, R. P. (2019). Een billijke schadevergoeding als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg: volledig en deels forfaitair. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 43(6), 433-449. <https://doi.org/10.5553/TvGR/016508742019043006002>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<http://dare.uva.nl>)

ARTIKELEN

Een billijke schadevergoeding als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg: volledig en deels forfaitair*

Mr. dr. R.P. Wijne**

1. Inleiding

Het is velen inmiddels bekend: na een langdurig wetgevingsproces,¹ treedt op 1 januari 2020 de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz) in werking.² Met deze wet komt de Wet bijzondere opnemings in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) te vervallen.³

Kenmerkend voor de Wvggz is de grondnorm dat verplichte zorg slechts aan de orde is bij een causaal verband tussen een psychische stoornis en een aanzienlijk risico op ernstig nadeel voor de betrokkene zelf of een ander. Kenmerkend is ook dat bij elke toepassing van verplichte zorg moet worden bezien of de betrokkene in kwestie wilsonbekwaam of wilsbekwaam is. In het laatste geval namelijk is – afgezien van het gevaar voor derden – het honoreren van het verzet alleen dan niet aan de orde als er een acuut levensgevaar voor de patiënt dreigt. Kenmerkend tot slot zijn de eisen van proportionaliteit, subsidiariteit, doelmatigheid en veiligheid die bij elke interventie op grond van de Wvggz in acht moeten

* De auteur dankt prof. mr. S.D. Lindenbergh, mr. dr. W.J.A.M. Dijkers, mr. drs. T.P. Widdershoven en prof. mr. J. Legemaate voor hun commentaar op een conceptversie van dit artikel.

** Rolinka Wijne is docent Gezondheidsrecht en onderzoeker aan de Universiteit van Amsterdam. Daarnaast bekleedt zij enkele andere functies op het terrein van het gezondheidsrecht.

1 Zie voor de geschiedenis onder meer M.C. Ploem en J.K.M. Gevers, 'Wetgeving in de psychiatrie, psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg', *TvGR* 2015, nr. 4, p. 203-211.

2 Wet van 24 januari 2018, houdende regels voor het kunnen verlenen van verplichte zorg aan een persoon met een psychische stoornis, *Stb.* 2018, 37. Zie voor een aantal van de vele publicaties over de wet T.P. Widdershoven, 'De Wet verplichte ggz: over oud en nieuw bij dwangpsychiatrie', *TvGR* 2019, nr. 5; W.J.A.M. Dijkers, 'Wie hoort de Wvggz-burgemeester', *NJB* 2019/768; R.P. de Roode, 'Nieuwe dwangwetten in de zorg: is ambulante dwang wel haalbaar?', *TvGR* 2019, nr. 1; W.J.A.M. Dijkers, 'Een witte jas onder de toga', *NJB* 2018/1139; C. Reijntjes-Wendenburg, 'Verslaving: van Bopz naar Vggz', *AA* 2018, nr. 5; S. Steen en B. Frederiks, 'Gedwongen zorg in de Wet Zorg en Dwang en de Wet verplichte ggz', *NJB* 2018/1700; W.J.A.M. Dijkers, 'De geboorte van de Wvggz: een schouwspel in vele bedrijven', *TvGR* 2017, nr. 1; V.E.T. Dörenberg, 'Justitie (te?) prominent aanwezig in verplichte geestelijke gezondheidszorg', *NJB* 2017/2089; 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; T.P. Widdershoven en V.E.T. Dörenberg, 'Nieuwe tussenstand Wet verplicht ggz: voortgang, twijfels en zorgen', *TvGR* 2014, nr. 2 en V.E.T. Dörenberg, 'Het Wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg', *TvGR* 2011, nr. 4.

3 Wet van 29 oktober 1992, tot vervanging van de Wet van 27 april 1884, *Stb.* 96, tot regeling van het Staats-toezicht op krankzinnigen, *Stb.* 1992, 669. 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 en W.J.A.M. Dijkers, 'Een witte jas onder de toga', *NJB* 2018/1139.

Mr. dr. R.P. Wijne

worden genomen. In alle stadia en bij iedere beslissing op grond van de Wvggz is ‘nee, tenzij’ het uitgangspunt (ultimum-remediumcriterium).⁴

De reden voor de terughoudende inzet van verplichte zorg ligt in het feit dat verplichte zorg inbreuk maakt op het zelfbeschikkingsrecht van de mens. Verplichte zorg is alleen gerechtvaardigd als daarvoor een gegronde en dringende reden is en aan alle mogelijke zorgvuldigheidseisen is voldaan.⁵ Hierbij past een klachtenprocedure die op een laagdrempelige en snelle manier voorziet in een behandeling van klachten gemoeid met een inbreuk of mogelijke schending van het zelfbeschikkingsrecht die de met verplichte zorg geconfronteerde psychiatrische patiënt kan ondervinden.⁶ De Wvggz voorziet daarin. De in hoofdstuk 10 geregelde klachtenprocedure verschilt niet veel van die van de Wet Bopz (art. 41, 41a en 41b Wet Bopz). Zo voorziet de Wvggz net als de Wet Bopz in de mogelijkheid om als patiënt bij een klachtencommissie een klacht in te dienen over de uitvoering van verplichte zorg (dwang) en over de vraag of de patiënt in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake van zorg. Voorts voorziet de Wvggz net als de Wet Bopz in de mogelijkheid van een beroep bij de rechter, welke rechter de initiële beslissing waarover werd geklaagd opnieuw dient te beoordelen. Er zijn echter ook verschillen. Zo’n verschil is bijvoorbeeld dat de patiënt onder de Wvggz over meer aspecten kan klagen dan onder de Wet Bopz het geval is. Genoemd wordt de mogelijkheid om te klagen over huisregels en informatieplichten. Een verschil is ook dat de klachtencommissies niet langer verbonden zijn aan de instellingen, maar daarvan onafhankelijk hun taak moeten gaan vervullen. Een verschil is voorts dat het beroep bij de rechter niet langer 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. Opvallend is vooral de ten opzichte van de Wet Bopz nieuwe mogelijkheid om bij de klachtencommissie een verzoek tot schadevergoeding in te dienen. Deze vergoeding komt, zo zij wordt gehonoreerd, ten laste van de zorgaanbieder. In het oog springt dat de klachtencommissie zelfs ambtshalve een schadevergoeding ten laste van de zorgaanbieder kan toekennen. Bedoelde schadevergoeding behoort naar billijkheid te worden vastgesteld.

Uit de wettekst zelf noch uit de toelichting(en) volgt echter wat met een schadevergoeding naar billijkheid wordt bedoeld.⁷ Welke schadeposten kunnen voor vergoeding in aanmerking komen? Evenmin volgt uit de wettekst of toelichting in welke mate de verzochte schade moet worden onderbouwd – zijn er bijvoorbeeld regels van bewijs(lastverdeling)? – en wat in dat verband billijk is.

Op deze twee vragen wordt in dit artikel ingegaan. Daartoe wordt aangevangen met een korte beschrijving van de met de Wvggz geïntroduceerde grondslag voor een schadever-

4 *Kamerstukken II 2009/10, 32399, 3, p. 1-3 (MvT)*. Zie voor de kenmerken op een rij ook W.J.A.M. Dijkers, ‘Een witte jas onder de toga’, *NJB* 2018/1139.

5 *Kamerstukken II 2009/10, 32399, 3, p. 3 (MvT)*.

6 Een niet gelegitimeerde inbreuk op een recht brengt een schending van dat recht met zich. Vergelijk art. 8 EVRM: Uit de tekst van art. 8 EVRM volgt een toetsingskader ter beoordeling van gegrondheid van een klacht op grond van art. 8 EVRM. Een inbreuk brengt nog geen schending met zich. Van een schending wordt gesproken als de inbreuk niet legitiem en/of niet noodzakelijk is.

7 Zie *Kamerstukken II 2009/10, 32399, 3 (MvT)* en *Kamerstukken II 2015/16, 32399, 25 (Tweede Nota van wijziging)*.

Een billijke schadevergoeding als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg: volledig en deels forfaitair

goeding (§ 2). Daarna wordt ingegaan op genoemde kernvragen en wordt een tweetal antwoorden geformuleerd (§ 3). Het artikel wordt afgesloten met een beschouwing (§ 4). Volledigheidshalve zij vermeld dat dit artikel is gebaseerd op een onderzoek dat ik in opdracht van de Stichting Patiëntenvertrouwenspersoon Geestelijke Gezondheidszorg heb uitgevoerd.⁸

2. De grondslag voor een schadevergoeding in de Wvggz

De klachtenprocedure van de Wvggz is geregeld in hoofdstuk 10, getiteld 'Klachtenprocedure en schadevergoeding'.⁹ 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.¹⁰

De klachtencommissie beslist op klachten als bedoeld in artikel 10:3 Wvggz. Een klacht kan worden ingediend door de patiënt zelf, een vertegenwoordiger of een nabestaande. De klacht moet gemotiveerd zijn en op schrift zijn gesteld. Uit artikel 10:3 Wvggz volgt voorts dat alleen kan worden geklaagd over de nakoming van een verplichting of over een beslissing aangaande – heel kort gezegd – de uitvoering van verplichte zorg.¹¹ In artikel 10:3 Wvggz wordt in dat verband gewezen op een groot aantal artikelen met diverse procedurele vereisten en zorgvuldigheidsnormen die bij de uitvoering van verplichte zorg in acht moeten worden genomen. Hoewel dit niet met zoveel woorden uit artikel 10:3 Wvggz blijkt, kan voorts worden geklaagd over het niet nakomen van de uitgangspunten van, criteria voor en doelen van verplichte zorg, de zogeheten materiële eisen (art. 2:1, 3:3 en 3:4 Wvggz). De procedurele vereisten, de zorgvuldigheidsnormen en de materiële eisen strekken ertoe de door een zorgmachtiging, crisismaatregel of wettelijke bepaling – denk aan de artikelen 7:3 en 8:11 jo. artikel 8:12 Wvggz – gelegitimeerde verplichte zorg zo zorgvuldig mogelijk te laten verlopen.

De mogelijkheid om bij de klachtencommissie om een schadevergoeding door de zorgaanbieder te verzoeken staat in artikel 10:11 lid 1 Wvggz. Dat verzoek kan worden gedaan bij hetzelfde verzoekschrift als bedoeld in artikel 10:3 Wvggz. De klachtencommissie kan ook ambtshalve tot schadevergoeding door de zorgaanbieder besluiten. Voordat de klachtencommissie beslist over het toekennen van een schadevergoeding, hoort de klachtencommissie de zorgaanbieder, aldus artikel 10:11 lid 3 Wvggz. In artikel 10:11 lid 4 Wvggz tot slot staat dat bedoelde schadevergoeding naar billijkheid wordt vastgesteld.

Voor zover dat niet reeds duidelijk was, zij benadrukt dat de Wvggz zelf de grondslag biedt voor een schadevergoeding en dat in de Wvggz ook is aangewezen op wie de plicht tot

8 Zie voor het onderzoeksrapport <www.pvp.nl>.

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

10 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.

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

Mr. dr. R.P. Wijne

betalen rust: op de zorgaanbieder.¹² Een en ander betekent dat een onrechtmatige daad als bedoeld in artikel 6:162 BW van de zorgaanbieder als zodanig niet als grondslag hoeft te worden gebruikt. Een vergelijking met (het recht omtrent) deze laatste grondslag kan niet-temin op zichzelf zinvol zijn bij het kwalificeren van de klachtengronden en de gevolgen daarvan in bewijsrechtelijke zin. Bij de vraag naar de onderbouwing van het verzoek om schadevergoeding wordt op dit aspect teruggekomen. Voorts is van belang dat het feit dat de Wvggz de grondslag biedt voor een schadevergoeding niet betekent dat het schadevergoedingsrecht dat als zodanig geregeld is in het Burgerlijk Wetboek van geen waarde is. Integendeel, en zie daar de brug met de volgende paragraaf waarin de beantwoording van de eerste kernvraag centraal staat.

3. Twee kernvragen en een antwoord

3.1. Wat is een schadevergoeding naar billijkheid?

Ter beantwoording van de vraag wat een schadevergoeding naar billijkheid is, wordt vooropgesteld dat schadevergoeding doorgaans bedoeld is als middel tot herstel; het idee is dat de benadeelde door een financiële compensatie zo veel als mogelijk wordt geplaatst in de positie waarin hij zou hebben verkeerd indien de ander – ‘de aansprakelijke’ – zijn rechtsplichten zou zijn nagekomen.¹³ Hierbij past een volledige vergoeding het best, hetgeen dan ook uitgangspunt is van Boek 6 titel 1 afdeling 10 BW, het deel van het Burgerlijk Wetboek dat het schadevergoedingsrecht regelt.¹⁴ 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.¹⁵

Een en ander betekent dat Boek 6 titel 1 afdeling 10 BW in beginsel ook van toepassing kan worden geacht op schadevergoedingen die hun grondslag vinden in de Wvggz. Het feit dat de Wvggz een bestuursrechtelijke context kent – met overigens de bevoegdheid van de civiele rechter –,¹⁶ staat daaraan niet in de weg. Ook onder de Wet Bopz werden verzoeken om schadevergoeding overeenkomstig het Burgerlijk Wetboek beoordeeld en niet is gebleken dat de wetgever met de Wvggz een andere weg heeft willen inslaan. Sterker nog, aan een belangrijke partij in deze, GGZ Nederland, heeft de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport de toepasselijkheid van ‘het aansprakelijkheidsrecht’ bevestigd.¹⁷ Overigens wordt ook in andere delen van het recht een relatie met het civiele recht gelegd op het moment dat het op een schadevergoeding aankomt. Een voorbeeld betreft de schadevergoedingsmogelijkheid als bedoeld in de Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg (Wkkgz); geschilleninstanties passen het civiele recht toe. Voorts wordt gewezen op het

12 Lindenbergh, *GS Schadevergoeding*, afd. 10 Boek 6 BW, aant. 3.1.

13 Lindenbergh, *GS Schadevergoeding*, afd. 10 Boek 6 BW, aant. 1.4.4 Zie over de beginselen van het schadevergoedingsrecht Lindenbergh, *GS Schadevergoeding*, afd. 10 Boek 6 BW, aant. 1.5.

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

15 Zie uitvoerig Lindenbergh, *GS Schadevergoeding*, afd. 10 Boek 6 BW, aant. 2.1 en 2.2.

16 Zie voor een kritisch artikel over dit aspect W.J.A.M. Dijkers, ‘De wetgever als verwarde man; suggesties voor het Wvggz-procesrecht’, *Trema* 2018/08.

17 Zie hiervoor de toelichting op het model Klachtenregeling Wvggz van GGZ Nederland van 1 augustus 2019.

Een billijke schadevergoeding als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg: volledig en deels forfaitair

wetsvoorstel betreffende het nieuwe Boek 6 van het Wetboek van Strafvordering.¹⁸ In dit wetboek is een titel 6.1 aan schadevergoeding gewijd, waarin is bepaald dat schadevergoeding zal plaatsvinden aan de hand van Boek 6 titel 1 afdeling 10 BW in geval van zowel rechtmatig als onrechtmatig strafvorderlijk optreden.

Wordt daarbij in aanmerking genomen de wens van de wetgever om de psychiatrische patiënt volledig (financieel) herstel te bieden indien de zorgaanbieder zijn rechtsplichten ter zake van de uitvoering van verplichte zorg niet is nagekomen – welke wens 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 – dan 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 artikel 6:95 BW’. Wat de vergoeding van ander nadeel betreft, zij volledigheidshalve opgemerkt 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. De wens van de wetgever om een volledige vergoeding te bieden is daarvoor een argument, 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 lijkt dan ook niet logisch en niet juist een vergoeding van ander nadeel uit te zonderen. Daar komt bij dat onder de Wet Bopz een vergoeding van ander nadeel evenmin is uitgesloten en dat, zoals reeds opgemerkt, uit niets blijkt dat de wetgever met de Wvggz met de bestaande praktijk heeft willen breken. Wel lijkt (mede met het oog op de bestaande praktijk) een verbijzondering op dit punt aangewezen, waarop ik hierna terug kom.

Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst, aldus artikel 6:96 lid 1 BW. Vermogensschade kan het gevolg zijn van lichamelijk letsel, evenals van – naar objectieve maatstaven vastgesteld – geestelijk letsel. Vermogensschade kan ook het gevolg zijn van een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht.

De vergoeding van ander nadeel is nader geregeld in artikel 6:106 BW. Artikel 6:106 BW bepaalt – voor zover in deze context van belang – dat voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat de benadeelde recht heeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding, indien (b) de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen,¹⁹ in zijn eer of goede naam is geschaad,²⁰ of op andere wijze in zijn persoon is aangetast.²¹ 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

18 Kamerstukken 29279.

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

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

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

Mr. dr. R.P. Wijne

handhaven.²² Lichamelijk letsel als bedoeld in artikel 6:106 aanhef en onder b BW is in de civiele praktijk de belangrijkste oorzaak voor een vordering tot vergoeding van ander nadeel. Lichamelijk letsel wordt traditioneel onderscheiden van geestelijk letsel.²³ 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.²⁴ Daarvoor is wel vereist dat – kort gezegd – naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel is of had kunnen zijn vastgesteld.²⁵ Min of meer psychisch onbehagen is voor een vergoeding onvoldoende.²⁶

Daarnaast kunnen de aard en de ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor de benadeelde meebrengen dat van de in artikel 6:106 aanhef en onder b BW bedoelde aantasting in de persoon op andere wijze sprake is.²⁷ De Hoge Raad bevestigde in maart van dit jaar nog dat degene die zich hierop beroept de aantasting in zijn persoon in beginsel met concrete gegevens moet onderbouwen. In een voorkomend geval kunnen de aard en de ernst van de normschending niettemin 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, aldus de Hoge Raad voorts.²⁸ De Hoge Raad bevestigde bovendien dat van een aantasting 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.²⁹ Er moeten dus – zo lees ik het arrest – ten minste nadelige gevolgen zijn. In juli van dit jaar verduidelijkte de Hoge Raad inderdaad dat de vraag naar het bestaan van een ‘aantasting in zijn persoon op andere wijze’ wordt beantwoord aan de

- 22 Parl. Gesch. Boek 6, p. 377; S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 5-62; S.D. Lindenberg, *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 m.nt. J.B.M. Vranken (Coma-arrest) wat de genoegdoeningsfunctie betreft.
- 23 Al kunnen uiteraard beide vormen van letsel bij één persoon voorkomen, zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 30 november 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AU7283.
- 24 Zie nader S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 138-150 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. 89.
- 25 HR 9 mei 2003, NJ 2005, 168 m.nt. W.D.H. Asser; HR 19 december 2003, NJ 2004, 348; HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019, 162 m.nt. S.D. Lindenberg en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278.
- 26 HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 m.nt. C.J.H. Brunner en HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 m.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. 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. 89-90.
- 27 Parl. Gesch. Boek 6, p. 379 en p. 380. Zie voorts HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519; HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 m.nt. J.B.M. Vranken; HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. J.B.M. Vranken en HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019, 162 m.nt. S.D. Lindenberg.
- 28 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019, 162 m.nt. S.D. Lindenberg, r.o. 4.2.1. Zie bijvoorbeeld HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 m.nt. J.B.M. Vranken en HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 m.nt. J.B.M. Vranken.
- 29 HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, NJ 2019, 162 m.nt. S.D. Lindenberg, r.o. 4.2.2.

Een billijke schadevergoeding als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg: volledig en deels forfaitair

hand van de aard en ernst van de aansprakelijkheid vestigende gebeurtenis én van de aard en ernst van de gevolgen van die gebeurtenis voor de benadeelde.³⁰

Dit laatste roept de vraag op wat dit betekent voor personen geconfronteerd met verplichte zorg op wiens zelfbeschikkingsrecht – een fundamenteel persoonlijkheidsrecht – 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. De meeste klachten en verzoeken om schadevergoeding zullen verband houden met ander nadeel dat zou zijn geleden door een ongerechtvaardigde inbreuk op (schending van) het zelfbeschikkingsrecht of procedureel verzuim, soms ernstig van aard, vaak niet. Soms zijn er ernstige nadelige gevolgen, maar soms ook niet. Het recht op een vergoeding van ander nadeel kan om die reden worden bediscussieerd. Discussie over een veel voorkomende schadepost past echter niet in mijn gedachte over wat onder een schadevergoeding *naar billijkheid* valt.

Het lijkt daarom passend dat de reikwijdte van artikel 6:106 BW (in enige mate) wordt losgelaten en dat bij de invulling van het begrip ‘aantasting in de persoon’ ruimte wordt gegeven aan de context van de Wvggz. Die invulling houdt in dat naast een vergoeding van ander nadeel wegens lichamelijk letsel, geestelijk letsel, het schaden van de eer of goede naam of een ernstige schending van een persoonlijkheidsrecht met relevante nadelige gevolgen, ook een vergoeding passend is voor door een procedureel verzuim geleden ander nadeel gelegen 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. Deze verbijzondering past bij het doel en de uitgangspunten van de Wvggz én vindt haar nadere onderbouwing in de Bopz-jurisprudentie en daarop gebaseerde praktijk. De Hoge Raad overwoog immers al in 1996 dat de Bopz-rechter niet gebonden is aan de grenzen van artikel 6:106 BW als het gaat om de toekenning van een vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade.³¹ Deze ruimte vloeit voort uit de strekking van de schadevergoedingsmogelijkheden van artikel 28 en artikel 35 Wet Bopz, waarmee mede beoogd is te voldoen aan artikel 5 lid 5 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 de beslissing tot gedwongen opname, waardoor in die periode spanningen en frustraties zijn ontstaan. De Hoge Raad heeft deze opvatting 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 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.³²

30 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.13.3.

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

32 HR 10 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:926, NJ 2015, 345 m.nt. J. Legemaate, *JVggz* 2015/18 m.nt. W.J.A.M. Dijkers.

Mr. dr. R.P. Wijne

In het kader van de argumentatie voor de voorgestane afwijking van artikel 6:106 BW in Wvggz-kwesties verdient nog wel opmerking dat de weg van artikel 41b Wet Bopz *niet* in het leven is geroepen om te voldoen aan artikel 5 lid 5 EVRM, terwijl tegelijkertijd de door de Hoge Raad voorziene ruime vergoedingsmogelijkheid van ander nadeel daarmee te maken heeft. Juist de weg van artikel 41b Wet Bopz vertoont de meeste gelijkenis met de klachtenprocedure van artikel 10:3 t/m 10:11 Wvggz (het onderdeel van het beroep bij de rechter), terwijl de schadevergoedingsmogelijkheden van artikel 28 en 35 Wet Bopz straks apart zullen worden geregeld in artikel 10:12 Wvggz. Nog steeds blijft echter overeind dat een discussie over de ernst van een schending van het zelfbeschikkingsrecht niet zonder meer te verenigen is met een laagdrempelige klachtenprocedure voor patiënten met een psychisch probleem op wiens zelfbeschikkingsrecht steeds inbreuk zal worden gemaakt en die meer dan eens in onzekerheid zullen verkeren over hun rechtspositie omdat zij niet zijn geïnformeerd of omdat een ander procedureel voorschrift niet is nageleefd, hoe zonder opzet ook. Een argument is tevens dat ook uit de onder artikel 41b Wet Bopz gewezen rechtspraak (zelfs van de Hoge Raad, zij het met terug verwijzing³³) moet worden opgemaakt dat een periode van onzekerheid over de rechtspositie met de daaruit voortvloeiende spanningen en frustraties reden kan zijn voor een schadevergoeding, wat op zichzelf ook niet verwonderlijk is. De gang is immers bedoeld voor gevallen dat anderszins bij psychiatrische dwangtoepassing rechten zijn geschonden. Voorts is redengevend dat onder de Wvggz beide compensatiemogelijkheden blijven bestaan (art. 10:11 en 10:12 Wvggz) en dat de rechtszekerheid gebaat lijkt met het hanteren van gelijke vormen van of uitgangspunten voor een schadevergoeding naar billijkheid. Daar komt tot slot bij dat artikel 5 EVRM voor het klachtrecht onder de Wet Bopz weliswaar zijdelings relevant was, maar voor het klachtrecht onder de Wvggz meer rechtstreeks belang kan hebben: een feitelijke beslissing tot vrijheidsbeneming (door opneming in een accommodatie of een eventuele insluiting elders) is onder de Wvggz klachtwaardig. Overigens zij benadrukt dat onder de Wvggz niet steeds sprake zal zijn van een opname of vrijheidsbeneming anderszins; verplichte zorg omvat meer. Dit laatste wordt door mij, gezien de andere argumenten vóór een vergoeding van bijzonder ander nadeel, echter niet als belemmering voor zo'n verbijzondering gezien.

Met deze conclusie wordt nog de vraag opgeworpen wat te doen met substantieel ander nadeel gelegen in de onzorgvuldige uitvoering van verplichte zorg, maar welk nadeel (mogelijk) nog niet 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. Bij rechtsinbreuken door schendingen van de essentiële voorwaarden voor de uitvoering van verplichte zorg bijvoorbeeld kan een onterechte toepassing van verplichte zorg of een te zware vorm van verplichte zorg (waaronder feitelijke dwangtoepassingen en inperkingen van vrijheidsrechten) het gevolg zijn (met alle negatieve gevoelens van dien), maar kan het onduidelijk zijn of zonder meer gezegd kan worden dat de schending zo ernstig is of de gevolgen zo nadelig dat artikel 6:106 aanhef en onder b BW van toepassing is. Toch ligt het ook in die gevallen voor de hand dat daarvoor een schadevergoeding wordt toegekend;

33 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:690. Zie ook HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2370, NJ 2017, 224 m.nt. J. Legemaate en HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5924, NJ 2010, 1 m.nt. J. Legemaate. Zie voorts voor een ander voorbeeld met terugverwijzing voor een schadevergoeding HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5992.

Een billijke schadevergoeding als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg: volledig en deels forfaitair

omvat een schadevergoeding naar billijkheid 'het mindere', dan geldt dat ook voor 'het meerdere', zo lijkt de logica te veronderstellen.

3.2. Wat behelst de onderbouwing van een verzoek om schadevergoeding naar billijkheid?

Ter beantwoording van de tweede vraag wordt vooropgesteld dat in 'gewone' civiele zaken waarin in verband met onjuist medisch handelen een schadevergoeding wordt gevorderd, het formele en materiële bewijsrecht vervat in Boek 1 titel 2 afdeling 9 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) (art. 149 t/m 207 Rv) respectievelijk artikel 6:74 BW van toepassing is. Dit betekent dat ingevolge artikel 150 Rv op de patiënt de last rust om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de zorgaanbieder onzorgvuldig heeft gehandeld; hij beroept zich op het rechtsgevolg schadevergoeding. Het is daarom ook aan de patiënt om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat er een causaal verband is tussen het onzorgvuldig handelen en de gestelde schade. Het is tot slot aan de patiënt om de omvang van de schade te stellen en, bij betwisting, te bewijzen.³⁴ Dat is niet zelden lastig; zowel het aantonen van een normschending als het aantonen van een causaal 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.³⁵ 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. Doorgaans echter moet de patiënt gebruik maken van bewijsmiddelen zoals een deskundigenrapport. Dit gaat gepaard met hoge kosten en kost veel tijd en energie.

Bij verplicht aan zorg onderworpen psychiatrische patiënten is de bewijspositie in een civiele vorderingsprocedure met het doel van een schadevergoeding in beginsel niet anders, zij het dat bij gebreke van een geneeskundige behandelingsovereenkomst de grondslag wordt gevormd door de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Gesteld dat de klachtgronden van artikel 10:3 Wvvgg in de vorm van een onrechtmatige daad aan de rechter zouden worden gepresenteerd, dan zou de patiënt dus moeten stellen en, bij betwisting, moeten bewijzen dat het niet naleven van de procedurele vereisten en zorgvuldigheidsnormen die bij de uitvoering van verplichte zorg in acht moeten worden genomen onrechtmatig is, omdat gehandeld is in strijd met een wettelijke plicht of zorgvuldigheidsnorm. Voorts zou een causaal verband en schade moeten worden gesteld en, bij betwisting, moeten worden bewezen.

Een processueel voordeel voor de patiënt kan nog zijn gelegen in het feit dat in een aantal situaties kan worden betoogd dat de verweten norm schendende gedraging primair een rechtsinbreuk oplevert,³⁶ waarmee – opnieuw in termen van onrechtmatigheid – wordt bedoeld dat de inbreuk op de lichamelijke integriteit van de patiënt op zichzelf als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd (behoudens een rechtvaardigingsgrond). Zo'n rechtsin-

34 Zie R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom juridisch 2017, hoofdstukken 4, 6 en 7.

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

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

Mr. dr. R.P. Wijne

breuk kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als er feitelijk verplichte zorg werd toegepast die langer duurde dan de grondslag (crisismaatregel, machtiging tot voortzetting, zorgmachtiging of wet (art. 7:3 en 8:11 jo. art. 8:12 Wvvggz)) toeliet, als er feitelijk verplichte zorg werd toegepast die geen noodzaak kende (art. 7:3 Wvvggz) of verplichte zorg werd toegepast die niet genoemd is in de crisismaatregel, de voortzetting daarvan of de zorgmachtiging (art. 8:7 Wvvggz). Een rechtsinbreuk kan tevens aan de orde zijn als niet is voldaan aan de materiële eisen als bedoeld in artikel 2:1, 3:3 en 3:4 Wvvggz, voor zover zij rechtstreeks de rechtvaardiging van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht treffen en het ultimium-remedium-criterium. Hoewel ook in die gevallen de patiënt zich ter onderbouwing moet baseren op de wettelijke normen en een causaal verband en schade moet stellen en, bij betwisting, moet bewijzen, is het aan de zorgaanbieder om zich te zijner verweer te beroepen op een rechtvaardigingsgrond: 'de inbreuk was gerechtvaardigd, omdat ...'. Dit is een bevrijdend verweer ter zake waarvan de bewijslast op de zorgaanbieder rust. Maar ook dan zal de psychiatrische patiënt er een behoorlijke kluif aan kunnen hebben om zijn gelijk te halen. Ook deze patiënt zal bij bewijsproblemen zijn aangewezen op deskundigenberichten met alle kosten en tijdsinvestering van dien.

Dit doet de vraag rijzen of de formele bewijsregels en de daarbij behorende formele inrichting van de gerechtelijke procedure ook onverkort van toepassing zijn op de klachtenprocedure bij de klachtencommissie, een niet-gerechtelijke instantie. De klachtenprocedure is immers bedoeld als een toegankelijke voorziening die zo min mogelijk drempels voor de patiënt beoogt op te werpen om zijn klachten door een onafhankelijke klachtencommissie te laten beoordelen.³⁷ Hieruit kan dus worden afgeleid dat het juist niet de bedoeling zal zijn dat het formele bewijsrecht in al zijn facetten toepassing vindt. Wel zal het resultaat in burgerrechtelijke zin voldoende geborgd moeten zijn, zullen de rechtszekerheid en *fairness* gediend moeten worden en zullen de gerechtelijke regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering daarom ten minste de basis vormen. Daarbij zij benadrukt dat ook de rechters in een eventueel beroep als bedoeld in artikel 10:7 Wvvggz het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zullen toepassen.³⁸

Dat betekent dat het ingevolge de hoofdregel van bewijslastverdeling (art. 150 Rv) in beginsel ook in de klachtenprocedure van de Wvvggz aan de psychiatrische patiënt is om bij een verzoek tot schadevergoeding de daarvoor relevante feiten en omstandigheden te stellen en, bij betwisting, te bewijzen. Wat de procedurele aspecten betreft, zal hoor en wederhoor plaatsvinden, zullen stukken kunnen worden gewisseld en zal in beginsel de mogelijkheid bestaan om getuigen en deskundigen te horen. Een en ander zal naar verwachting ook in die zin uit de reglementen van de klachtencommissies volgen.³⁹

Het lijkt niettemin gezien de aard van de materie (verplichte zorg) en diezelfde rechtsbescherming, rechtszekerheid en *fairness* wenselijk, zo niet noodzakelijk, dat de klachtencommissies een lichte toets aanleggen 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 klachtencommissie

37 *Kamerstukken II 2009/10, 32399, 3, p. 28 (MvT).*

38 Dit volgt uit art. 284 Rv en art. 6:1 lid 10 Wvvggz. Zie voorts kritisch W.J.A.M. Dijkers, 'De Wetgever als verwarde man; suggesties voor het Wvvggz-procesrecht', *Trema* 2018/08.

39 Zie in bevestigende zin art. 10 lid 5 van het model Klachtenregeling Wvvggz van GGZ Nederland 1 augustus 2019.

Een billijke schadevergoeding als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg: volledig en deels forfaitair

sies 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 zo veel 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 de lichte toets, die mede een onderzoekende rol van de oordelende instantie veronderstelt, de scherpe kanten van de bewijslastverdeling kunnen verzachten.

Een voorbeeld van een dergelijke 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 procedure 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; de huidige Bopz-klachtencommissies toetsen immers 'licht' en meten zich een actieve houding aan bij het beoordelen van de klachten. Het geldt evenzeer voor de Bopz-rechters die een verzoek om schadevergoeding beoordelen. Uit een analyse van de Bopz-jurisprudentie van de afgelopen jaren blijkt dat zij soepel omgaan met de eis van bewijs van causaal verband en schade.⁴⁰ Het gaat dan in het bijzonder om procedurele verzuimen waarbij voor eenieder 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 zullen 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.⁴¹ Standaardisering is dus een instrument als het gaat om de wens een op eenvoudige wijze vast te stellen vergoeding toe te kennen van een billijk te achten omvang en dus ook passend voor een schadevergoeding naar billijkheid in het kader van de Wvggz, waarmee ik terugkom op de inhoud en omvang van een billijke schadevergoeding.

3.3. Billijkheid bij vergoeding van ander nadeel en de optie van een forfaitaire vergoeding

Een aspect dat bij de verbijzondering van een vergoeding van ander nadeel past en, zoals hiervoor ter afsluiting werd betoogd, evenzeer passend kan zijn voor een laagdrempelige klachtenprocedure, is enige mate van standaardisering van de vergoeding van dat bijzondere ander nadeel. Daar doet niet aan af dat de Hoge Raad in zijn prejudiciële beslissing van juli van dit jaar overwoog dat de omvang van een verplichting tot vergoeding van

40 Zie voor die analyse hoofdstuk 5 van het onderzoeksrapport. Zie in dat verband in het bijzonder ook HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3539, NJ 2007, 378 m.nt. J. Legemaate en HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI5924, NJ 2010, 1 m.nt. J. Legemaate. Zie tevens de annotatie van S.P.K. Welie bij Rb. Limburg 2 mei 2014, JVggz 2014/27.

41 Zie voor meerdere voorbeelden daaromtrent hoofdstuk 4 van het onderzoeksrapport.

Mr. dr. R.P. Wijne

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.⁴² De Hoge Raad overwoog immers ook dat dit uitgangspunt er niet aan de weg staat dat betrokken partijen (waaronder belangenorganisaties die benadeelden vertegenwoordigen) een regeling overeenkomen die voorziet in een forfaitaire vergoeding⁴³ en overigens is niet zonder meer gezegd dat de Hoge Raad ook het oog had op vergoedingen van aantastingen in de persoon die niet onder artikel 6:106 BW vallen.

De vraag is vervolgens welke vorm van standaardisering passend is. Ter beantwoording van die vraag is relevant dat Bopz-rechters vaak een dagvergoeding toekennen voor de door de psychiatrische patiënt geleden schade.⁴⁴ Het gaat daarbij niet alleen om schadevergoedingen in het kader van artikel 28 en 35 Wet Bopz, maar ook om schadevergoedingen in het kader van artikel 41b Wet Bopz.⁴⁵ Dagvergoedingen worden eveneens gehanteerd door de strafrechter (raadkamer) waar het gaat om compensatie van personen die ten onrechte in voorlopige hechtenis hebben gezeten, ten onrechte in verzekering zijn gesteld of een klinische observatie hebben ondergaan (art. 89 Sv).⁴⁶ Ter motivering van de door hen gekozen dagvergoeding willen Bopz-rechters ook nog wel eens op die ‘strafrechtelijke’ dagvergoedingen wijzen.

Dagvergoedingen, en zeker die normaal in reactie op een onterechte voorlopige hechtenis, in verzekeringstelling of klinische observatie worden gehanteerd, zijn op het eerste gezicht echter wat opmerkelijk, omdat de Hoge Raad al 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 een vrijheidsbeneming 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.⁴⁷

Ook los daarvan lijken dagvergoedingen niet zonder meer passend omdat een dagvergoeding louter iets zegt over de duur van de schending, terwijl ook waarde mag worden gehecht aan de aard en ernst van het verzuim. Ik stel daarom een vorm van standaardisering voor – een forfaitair stelsel – voor de bijzondere vormen van ander nadeel waarbij de vergoeding vooral berust op de schending van de norm en waarbij in enige mate van het feitelijke nadeel wordt geabstraheerd.

42 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.13.6 met verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 378, 381 en 383.

43 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, r.o. 2.13.6.

44 Zie voor meerdere voorbeelden hoofdstuk 5 van het onderzoeksrapport.

45 Zie bijvoorbeeld onder meer Rb. Dordrecht 31 oktober 2003, ECLI:NL:RBDOR:2003:AS7711, *BJ* 2003/55; Rb. Assen 11 januari 2007, *BJ* 2007/20; Rb. Limburg 6 september 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:5479; Rb. Oost-Brabant 3 februari 2014, *JVggz* 2014/17 m.nt. W. Dijkers; Rb. Gelderland 15 mei 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3058, *JVggz* 2013/51 m.nt. W. Dijkers en Rb. Limburg 8 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:8975.

46 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 18 december 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:11295, Rb. Amsterdam 3 november 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9253 en Rb. Den Haag 17 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:11559. Deze vergoedingen zijn gebaseerd op afspraken van het Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht.

47 HR 13 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2229, *NJ* 1997, 682 m.nt. J. de Boer.

Een billijke schadevergoeding als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg: volledig en deels forfaitair

Indachtig (a) de aard van het verzuim, (b) de verzuimen waarover bij de klachtencommissie kan worden geklaagd en (c) de veronderstelde gevolgen van het verzuim, kunnen aldus voor de opzet van de basis van het forfaitaire stelsel de volgende categorieën 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;
- 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).

Onder de *eerste* categorie worden schendingen die de grondslag van verplichte zorg raken gevat, alsmede schendingen van de materiële eisen als bedoeld in artikel 2:1, 3:3 en 3:4 Wvzggz, voor zover zij rechtstreeks de rechtvaardiging van de inbreuk op het zelfbeschikingsrecht treffen en het ultimatum-remediumcriterium. Onder de *tweede* categorie worden schendingen van alle andere in de wet omschreven verplichtingen gevat, zoals het informeren van de patiënt over de diverse beslissingen, motiveren van beslissingen, dossierplichten enzovoort. Een nadere onderverdeling naar de aard van de procedurevoorschriften, informatieverplichtingen en andere zorgvuldigheidseisen is op zichzelf mogelijk, doch in verband met de wens om een eenvoudig stelsel op te stellen is daarvoor niet gekozen. De categorie 1-schendingen zijn als rood aangemerkt en de categorie 2-schendingen als oranje.

Het forfaitaire stelsel kan worden gepreciseerd door de vorm van verplichte zorg erbij te betrekken. Hiermee kan een differentiatie naar ernst worden bewerkstelligd. Als paars zijn aangemerkt die vormen van verplichte zorg die zeer ingrijpend zijn en als blauw die vormen van verplichte zorg die (verhoudingsgewijs) weinig ingrijpend zijn. In figuur 1 is de verdeling in zijn totaliteit weergegeven.

Aanvullend (en weer met het doel te differentiëren naar ernst) is gekeken naar de duur van de schending van de wettelijke plicht, zorgvuldigheidseis 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? Een duur van minder dan een week is als groen aangemerkt, een duur van een tot twee weken is als oranje aangemerkt en een duur van twee weken tot maximaal vier weken is als rood aangemerkt.

Wat de toe te voegen hoogte van de vergoedingen van het bijzonder ander nadeel betreft, is zo veel mogelijk rekening gehouden met hetgeen uit de rechtspraak bekend is over de hoogte van onder de Wet Bopz toegekende schadevergoedingen.⁴⁸ Omdat het gaat om ander nadeel dat onder 'gewone' civielrechtelijke omstandigheden niet voor vergoeding in aanmerking zou komen, is het voorts billijk dat de forfaitaire vergoeding niet al te hoog

48 Zie de analyse van de jurisprudentie in hoofdstuk 5 van het onderzoeksrapport.

Figuur 1

- 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 van 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;
- 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).

wordt gewaardeerd. Een andere reden voor een niet al te hoge vergoeding is dat in het enkele feit dat wordt vastgesteld dat een voorschrift is geschonden reeds een zekere genoegdoening kan zijn gelegen.⁴⁹ Een en ander leidt tot bedragen variërend van € 100 tot en met € 1.000. Als voorbeeld wordt in figuur 2 het voorgestane forfaitaire stelsel ter vergoeding van bijzonder ander nadeel aan de hand van artikel 8:9 Wvggz weergegeven.

Het stelsel staat er niet aan in de weg dat de omstandigheden van het geval met zich kunnen brengen dat een hogere vergoeding van ander nadeel billijk is. Is als gevolg van een onzorgvuldige uitvoering van of ongegronde verplichte zorg in een individueel geval sprake van lichamelijk letsel, objectiveerbaar geestelijk letsel of is zonder twijfel sprake van een ernstige schending van een fundamenteel recht met relevante nadelige gevolgen zoals een langdurige rechtsinbreuk (langer dan vier weken), disproportioneel gebruik van geweld bij de uitvoering van dwang of aanranding van de patiënt daarbij, dan lijkt een andere of hogere vergoeding dan de forfaitaire passender. Factoren die bij de begroting van 'gewoon' ander nadeel van belang zijn betreffen de aard van de aansprakelijkheid, de aard

⁴⁹ Zie voor de argumentatie uitvoerig hoofdstuk 7 van het onderzoeksrapport en conclusie A-G Hartlief 26 oktober 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1295 bij HR 15 maart 2019, NJ 2019, 162 m.nt. S.D. Lindenbergh.

Een billijke schadevergoeding als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg: volledig en deels forfaitair

Figuur 2

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	schending < 1 week	schending 1 week < 2 weken	schending 2 < 4 weken
	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	€ 400 / € 600	€ 600 / € 800	€ 800 / € 1.000
	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	€ 400 / € 600	€ 600 / € 800	€ 800 / € 1.000
	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	€ 100	€ 250	€ 400
	De beslissing van de zorgverantwoordelijke tot het verlenen van verplichte zorg is niet op schrift gesteld en/of niet schriftelijk gemotiveerd	€ 100	€ 250	€ 400
	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 familievertouwenspersoon	€ 100	€ 250	€ 400
	De zorgverantwoordelijke heeft in geval van verplichte zorg niet strekkende tot opname in een accommodatie 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 lichamenlijk 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)	€ 100	€ 250	€ 400
	De zorgverantwoordelijke heeft in geval van verplichte zorg niet strekkende tot opname in een accommodatie niet voldaan aan (een van) de in artikel 2.2 Besluit verplichte geestelijke gezondheidszorg opgenomen eisen	€ 100	€ 250	€ 400
	De patiënt is beperkt in zijn contact met de vertegenwoordiger, de inspectie of de justitiële autoriteiten	€ 100	€ 250	€ 400

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

Mr. dr. R.P. Wijne

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. Doorgaans wordt ter begroting gebruik gemaakt van de *Smartengeldgids*.⁵⁰ Het betekent wel dat een nadere onderbouwing door de patiënt vereist is. Zo zal bij lichamelijk en geestelijk letsel een onderbouwing met een medische verklaring (brief behandelaar) nodig zijn en zal bij een door de patiënt gestelde aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106 aanhef en onder b BW door hem concreet moet worden gemaakt om welke schending het gaat en om welke gevolgen, én dat de aard en ernst van de schending en de gevolgen zodanig zijn dat aan de voorwaarden van artikel 6:106 BW is voldaan. Let wel, een relatie met de klachtgronden van artikel 10:3 Wvvgz en/of de materiële eisen (art. 2:1, 3:3 en 3:4 Wvvgz) is (nog) steeds een vereiste.

Los van het stelsel staan ook de vergoedingen van vermogensschade. Bij de begroting van vermogensschade is een nauwkeurige begroting uitgangspunt. 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. Zo is bij verlies van zaken doorgaans de dagwaarde leidend. In de civiele (letselschade)praktijk zijn voorts richtlijnen opgesteld (gedoeld wordt op de richtlijnen van De Letselschade Raad) die een goed handvat kunnen bieden bij de begroting van de schade. 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 toekomstig verlies van arbeidsvermogen. In dit verband zij opgemerkt dat hoewel verlies van arbeidsvermogen als een 'moeilijke post' gezien wordt en getwijfeld kan worden aan de verenigbaarheid van het beoordelen daarvan 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.

4. Afrondende beschouwing

Ingevolge artikel 10:3 Wvvgz kan door de betrokkene, de vertegenwoordiger of een nabestaande bij een regionale, onafhankelijke klachtencommissie een schriftelijke en gemotiveerde klacht worden ingediend over de nakoming van een verplichting of een beslissing op grond van de aldaar genoemde artikelen. Bij het indienen van de klacht kan de betrokkene een verzoek om schadevergoeding indienen, zo volgt uit artikel 10:11 lid 1 Wvvgz. De klachtencommissie kan ook ambtshalve tot schadevergoeding door de zorgaanbieder besluiten. Deze schadevergoeding wordt naar billijkheid vastgesteld, aldus artikel 10:11 lid 4 Wvvgz.

50 ANWB *Smartengeldgids* 2019.

Een billijke schadevergoeding als bedoeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg: volledig en deels forfaitair

In dit artikel werd de vraag beantwoord wat onder een schadevergoeding naar billijkheid kan of – in mijn ogen – moet worden verstaan. Ook werd de vraag beantwoord hoe een verzoek tot schadevergoeding moet worden onderbouwd en wat in dat verband billijk is.

Wat de eerste vraag betreft, is geconcludeerd dat een schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvvgz een vergoeding behelst van zowel vermogensschade als ander nadeel dan vermogensschade. Ander nadeel kan bestaan uit lichamelijk letsel, geestelijk letsel, de aantasting van de eer of goede naam en de aantasting in de persoon anderszins (art. 6:106 aanhef en onder b BW). Ander nadeel kan echter mede omvatten nadeel door het in onzekerheid verkeren over de rechtmatigheid van de verplichte zorg en ander nadeel gelegen in meer substantiële nadelige gevolgen, maar nog niet zodanig ernstige dat zonder meer sprake is van aan aantasting als bedoeld in artikel 6:106 aanhef en onder b BW. Mijns inziens zou een schadevergoeding naar billijkheid als bedoeld in de Wvvgz ook een vergoeding van deze vormen van ander nadeel moeten behelzen. Hierin moet een verbijzondering ten opzichte van het civiele aansprakelijkheidsrecht worden gelezen; op grond van artikel 6:106 aanhef en onder b BW kan wat de aantasting in de persoon betreft alleen een vergoeding worden toegekend voor een (zeer) ernstige schending van een persoonlijkheidsrecht met (zeer) relevante nadelige gevolgen. Ik meen echter dat er genoeg argumenten zijn voor de rechtvaardiging van deze verbijzondering en dat een vergoeding naar billijkheid die ruimte biedt.

Wat de onderbouwing van de schadevergoeding betreft, is geconcludeerd dat de basis gelegen zal zijn in de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Tegelijkertijd is de wens, de noodzaak en de verwachting uitgesproken dat de klachtencommissies soepel zullen omgaan met die formele regels van bewijs en zich actief zullen opstellen als het gaat om het aan het licht brengen van de feiten en ‘de werkelijkheid’. Dit past bij het doel van de klachtenprocedure en de kwetsbaarheid van de patiënt geconfronteerd met verplichte zorg. Het past ook bij de wijze waarop op dit moment de klachtencommissies en de rechters onder de Wet Bopz acteren.

Ook standaardisering is een instrument als het gaat om de wens een eenvoudig vast te stellen vergoeding toe te kennen van een billijk te achten omvang. Dit zo zijnde, is mijns inziens een forfaitair stelsel passend voor die vormen van ander nadeel die frequent zullen voorkomen, maar die niet zonder meer onder artikel 6:106 aanhef en onder b BW kunnen worden geschaard. Het forfaitaire stelsel dat daarvoor passend kan worden geacht kent als basis de aard van de mogelijke verzuimen en is gepreciseerd aan de hand van de soort verplichte zorg en de duur van het verzuim, waarmee de ernst van het verzuim wordt geduïd. Inherent aan het stelsel is dat gevolgen kunnen worden verondersteld.

Persoonlijk ben ik benieuwd wat de komst van de Wvvgz gaat brengen en hoop ik handvatten te hebben kunnen geven voor een onderdeel van die Wvvgz, het onderdeel schadevergoeding. Ik meen dat met de door mij voorgestelde invulling gesproken kan worden van een eenvoudig vast te stellen vergoeding van een 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. Laat 2020 maar komen.