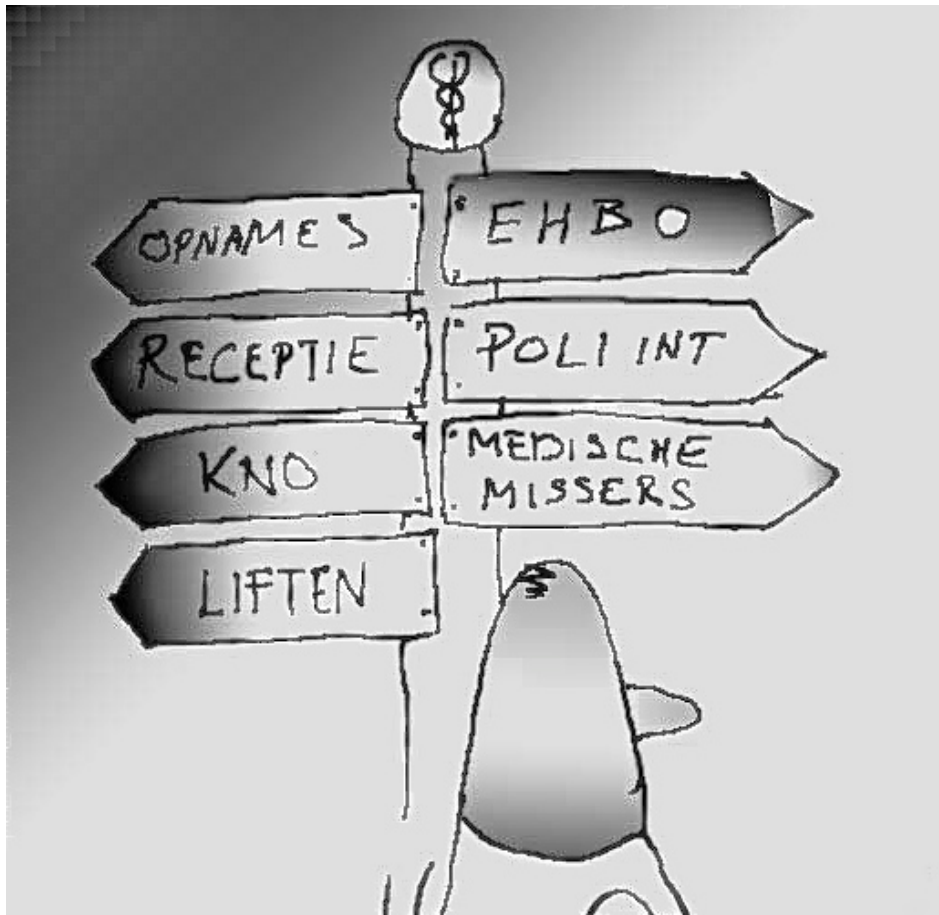


# Het ziekenhuis: een strafrechtelijk te vervolgen rechtspersoon

-Het is tijd en noodzaak dat het ziekenhuis als rechtspersoon alerter strafrechtelijk vervolgd wordt-



Masterscriptie Straf- en strafprocesrecht (Universiteit Leiden)

Naam: L.E. Felderhof (s1196715)

Scriptiebegeleidster: mw. mr. dr. F.P. Ölcer

Aantal woorden: 16.133 woorden

*'Corporations have neither bodies to be punished, nor souls to be condemned;  
they therefore do as they like.'*

- Edward Thurlow (1844)

# Inhoudsopgave

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| Voorwoord .....             | p. 5 |
| Lijst met afkortingen ..... | p. 6 |
| Inleiding .....             | p. 7 |

## **Hoofdstuk 1: Het juridisch kader - De strafrechtelijke vervolging van het ziekenhuis in theorie**

|  |       |
|--|-------|
| 1.1: Inleiding .....   | p. 12 |
| 1.2: Artikel 51 Sr .....   | p. 13 |
| 1.2.1: De strafbaarstelling van rechtspersonen .....                                 | p. 13 |
| 1.2.2: De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon ....               | p. 14 |
| 1.2.3: Opzet of culpa (schuld) van de rechtspersoon .....                            | p. 16 |
| 1.2.4: De verbreding van de institutionele aansprakelijkheid (Mevis) .               | p. 17 |
| 1.3: Het ziekenhuis als rechtspersoon .....  | p. 18 |
| 1.3.1: Een privaat- dan wel een publiekrechtelijk rechtspersoon .....                | p. 18 |
| 1.3.2: De strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke<br>rechtspersonen ..... | p. 19 |
| 1.4: Conclusie en afsluitende opmerkingen .....                                      | p. 20 |

## **Hoofdstuk 2: De feitelijke situatie - De strafrechtelijke vervolging van het ziekenhuis in de praktijk**

|   |       |
|---|-------|
| 2.1: Inleiding .....  | p. 22 |
| 2.2: Het vervolgingsbeleid van het OM in medische strafzaken .....                              | p. 23 |
| 2.2.1: Medische strafzaken en de strafrechtelijke aansprakelijkheid<br>van het ziekenhuis ..... | p. 23 |
| 2.2.2: Het OM houdt zich te afzijdig (Hubben) .....   | p. 24 |
| 2.2.3: De oprichting van het Expertisecentrum Medische Zaken .....                              | p. 25 |
| 2.3: Drie mogelijke redenen voor een afzijdig vervolgingsbeleid .....                           | p. 26 |
| 2.3.1: Weinig vervolgingen van commune delicten ex artikel 51 Sr ...                            | p. 26 |
| 2.3.2: Hoe dient de zorgvuldigheidsnorm van het ziekenhuis<br>ingevuld te worden? .....         | p. 28 |
| 2.3.3: Belemmeringen in het strafrechtelijk (voor)onderzoek<br>(Van Eykelen) .....              | p. 30 |
| 2.4: Conclusie en afsluitende opmerkingen .....   | p. 31 |

### **Hoofdstuk 3: De toekomst? - Het ziekenhuis dient alerter strafrechtelijk vervolgd te worden**

|      |   |       |
|------|---|-------|
| 3.1: | Inleiding .....   | p. 33 |
| 3.2: | Argumenten voor een afzijdig strafrechtelijk vervolgingsbeleid .....  | p. 34 |
|      | 3.2.1: Zorgverlening is risicovol en mensenwerk .....   | p. 34 |
|      | 3.2.2: Een calamiteit dient intern opgepakt en aangepakt te worden<br>(Blondeau) .....                                | p. 35 |
| 3.3: | Argumenten voor een alerter strafrechtelijk vervolgingsbeleid .....   | p. 36 |
|      | 3.3.1: De procedurele plicht ex artikel 2 EVRM .....  | p. 36 |
|      | 3.3.2: De eindverantwoordelijkheid van artsen is niet langer<br>bevredigend .....                                     | p. 37 |
|      | 3.3.3: De gereguleerde marktwerking in de zorg .....  | p. 38 |
|      | 3.3.4: Normhandhaving en normbevestiging .....  | p. 39 |
| 3.4: | Conclusie en afsluitende opmerkingen .....  | p. 41 |
|      | Eindconclusie .....   | p. 42 |
|      | Nawoord: Een alternatief voorstel- de introductie van risico-aansprakelijkheid<br>voor ziekenhuizen (Schalken)? ..... | p. 45 |
|      | Literatuurlijst .....   | p. 48 |
|      | Bijlage I: De artikelen 51, 307 en 309 Sr .....   | p. 56 |
|      | Bijlage II: De initiële interviewvragen .....   | p. 57 |

## Voorwoord

Met deze scriptie wil ik een beeld schetsen van de complexe materie en de problematiek ten aanzien van de strafrechtelijke vervolging van 'het ziekenhuis' in Nederland. Getracht is zo compleet mogelijk te zijn, echter over dit onderwerp is over de gehele linie weinig geschreven en de bronnen die ik heb kunnen achterhalen, waren veelal niet van recente datum. Daarnaast wanneer ik één vraag wilde beantwoorden, kwamen er niet zelden drie vragen voor terug. Het antwoord dat gevonden werd op de oorspronkelijke vraag, diende ik vaak uit voetnoten te halen of (analoog) te interpreteren dan wel tussen de regels door te lezen. Met mijn scriptie wil ik dan ook het belang aantonen dit onderwerp nader te beschouwen en te onderzoeken. Mijn doel is het geven van een aanzet tot een discussie omtrent het scriptieonderwerp en de onderliggende vraagstukken, niet het geven van een 'kant-en-klaar' antwoord hierop.

De voornaamste reden waarom het Openbaar Ministerie (OM) in het verleden de vingers niet leek te willen branden aan het medisch strafrecht, lijkt te zijn gelegen in de complexiteit van en de tijd en de moeite die dient te worden gestoken in een medische strafzaak (zeker in vergelijking met andere strafzaken). Het is voor een officier van justitie niet alleen lastig om de juiste expertise op te bouwen, maar ook om deze op peil te houden. Naast kennis van het strafrecht dient een officier tevens thuis te zijn in de vaak als 'gesloten' gekarakteriseerde medische wereld en het gecompliceerde en veranderlijke gezondheidsrecht. Tijdens het schrijven van mijn scriptie heb ik in levenden lijve ondervonden hoe bijzonder lastig de materie is. Toch hoop ik, komende uit een 'medisch gezin', een brug te kunnen slaan tussen beide disciplines.

Met de Ramgoelam zaak (zie voor details: Inleiding, p. 7) ben ik in aanraking gekomen tijdens een studentstage. Deze zaak heeft voor mij de aanleiding gevormd dit scriptieonderwerp te kiezen. Vertrouwelijke informatie omtrent deze zaak heb ik (en dit wil ik expliciet benadrukken) niet gebruikt of verwerkt in deze scriptie. De zaak is mij bijgebleven omdat ik het opmerkelijk vond -nog altijd, ondanks de verscheidene verklaringen die hiervoor in deze scriptie gegeven zullen worden- dat tot op heden slechts éénmaal een ziekenhuis veroordeeld is en dat het Westfriesgasthuis in de Ramgoelam zaak bijvoorbeeld niet vervolgd is. De uiteindelijke aspiratie van mijn scriptie is dan ook aan te tonen dat het tijd en noodzaak is dat het ziekenhuis als rechtspersoon alerter strafrechtelijk vervolgd wordt.

Ik wil de geïnterviewden prof. mr. T.M. Schalken, mr. M.J.C.E. Blondeau en mr. M. van Eykelen, evenals mijn scriptiebegeleidster mr. dr. F.P. Ölcer en mijn ouders, bedanken voor hun bijdrage aan de totstandkoming van deze scriptie en het delen van hun visie.

## Lijst met afkortingen

|                               |   |
|-------------------------------|---|
| * Aanwijzing (medische zaken) | Aanwijzing feitenonderzoek/<br>strafrechtelijk onderzoek en vervolging<br>in medische zaken |
| * BW                          | Burgerlijk Wetboek  |
| * EHRM                        | Europees Hof voor de Rechten van de<br>Mens   |
| * EMZ                         | Expertisecentrum Medische Zaken   |
| * Erasmus MC                  | Erasmus Medisch Centrum   |
| * EVRM                        | Europees Verdrag voor de Rechten van<br>de Mens   |
| * Gw                          | Grondwet  |
| * IGZ                         | Inspectie voor de Gezondheidszorg   |
| * KWZ                         | Kwaliteitswet Zorginstellingen  |
| * LUMC                        | Leids Universitair Medisch Centrum  |
| * OM                          | Openbaar Ministerie   |
| * Sr                          | Wetboek van Strafrecht  |
| * Sv                          | Wetboek van Strafvordering  |
| * VIM                         | Veilig Incident Melden  |
| * WED                         | Wet op de economische delicten  |
| * WFG                         | Westfriesgasthuis   |

## Inleiding

# Westfriesgasthuis

home patiënten bezoekers specialismen



## Nieuwsarchief 2012

- Alvast kerst in Westfriesgasthuis
- Nieuwe bestuursvoorzitter
- Westfriesgasthuis
- Landelijke donorweek in het Westfriesgasthuis

U bent hier: Nieuws > Nieuwsarchief 2012 > Geen vervolging Westfriesgasthuis

## Geen vervolging Westfriesgasthuis

Het Openbaar Ministerie heeft het strafrechtelijk vooronderzoek in de zaak Ramgoelam afgerond. Deze zaak was aangespannen door de familie en de Inspectie voor de Gezondheidszorg in verband met het tragisch overlijden van hun baby in mei 2009. Besloten is dat het Westfriesgasthuis en de voormalig verloskundige niet worden vervolgd. Wel wordt vervolging ingesteld tegen de destijds betrokken gynaecoloog. **Beide hulpverleners werken niet meer in ons ziekenhuis.** De zaak dient voor de rechtbank Alkmaar in september 2012.

Bron: site Westfriesgasthuis, 23 juni 2012

Op 5 mei 2009 is een gynaecoloog, werkzaam in het Westfriesgasthuis (WFG) te Hoorn, belast met de bevalling van mevrouw Ramgoelam-Soekhoe en haar ongeboren dochter. Het wordt een dramatische bevalling waarbij de baby een ernstige hersenbeschadiging oploopt, waaraan zij twee dagen later overlijdt. De gynaecoloog wordt verweten dat hij aanmerkelijk nalatig gehandeld heeft rondom de door hem begeleide bevalling van de hoogrisico patiënte. De moeder heeft deze status vanwege een eerdere spoedkeizersnede. De dokter is als medisch eindverantwoordelijke ten aanzien van het kind strafrechtelijk vervolgd voor het delict dood door schuld in de uitoefening van zijn beroep -artikel 307 jo. 309 van het Wetboek van Strafrecht (Sr)- en door rechtbank Alkmaar hier ook voor veroordeeld op 24 september 2012.<sup>1 2</sup>

De rechtbank is tot het oordeel gekomen dat het aan de gynaecoloog te wijten is dat de baby overleden is, omdat hij onder andere te star vastgehouden heeft aan zijn eigen behandelbeleid (ook bij gewijzigde informatie), onvoldoende gecommuniceerd heeft met zowel de patiënte en haar man, als met de verloskundige en het verplegend personeel, en thuis genoeg genomen heeft met de verre van actuele stand van zaken. Tezamen heeft deze keten van omstandigheden ertoe geleid dat de keizersnede te laat uitgevoerd is met een fataal gevolg, zo stellen drie hoogleraren gynaecologie en obstetrie (getuige-deskundigen) vast, die in kritische zin rapporteren over het beroepsmatig handelen van de gynaecoloog.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Rb. Alkmaar 24 september 2012, L/JN BX8124 m.nt. Schalken (Ramgoelam), overweging ten aanzien van het bewijs en strafoplegging.

<sup>2</sup> De rechtbank heeft de gynaecoloog veroordeeld met betrekking tot feit 1 -dood door schuld ten aanzien van de baby (artikel 307 jo. 309 Sr) en het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel ten aanzien van de moeder (artikel 308 jo. 309 Sr) in de uitoefening van zijn beroep- tot een gevangenisstraf voor de duur van een maand. Ook wordt de arts ontzet van zijn recht tot het uitoefenen van het beroep van gynaecoloog voor de duur van een jaar. Beide sancties worden voorwaardelijk opgelegd. Verder dient de arts een geldbedrag van 1000 euro ten gunste van de stichting 'Make a Memory' te storten. Ibid, strafoplegging en beslissing.

<sup>3</sup> Ibid, overweging ten aanzien van het bewijs en strafoplegging.

De ziekenhuisomgeving is in strafrechtelijk opzicht bijzonder. Het opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel en het uitvoeren van risicovolle operaties vormt het dagelijkse werk van medisch specialisten en personeel. Deze handelingen worden echter rechtmatig geacht, indien en voor zover deze geschieden op verzoek en met toestemming van de patiënt, die zich hieraan onderwerpt ten behoeve van het bevorderen van zijn gezondheid.<sup>4 5</sup> Het strafrechtelijk vervolgen van een dokter is niet alleen ingrijpend voor de specialist zelf -die naar 'eer en geweten' handelt-, maar leidt vaak tevens tot veel onrust binnen de betreffende beroepsgroep.<sup>6</sup> Wanneer een medisch specialist voor de strafrechter gedagvaard wordt, houdt dat dan ook een buitengewoon ernstig strafrechtelijk verwijt aan de zijde van het OM in, dat zich juist binnen het medisch strafrecht kenmerkt door een terughoudende opstelling.<sup>7 8</sup>

Het overlijden van de baby in de zojuist aangehaalde Ramgoelam zaak, had voorkomen kunnen en moeten worden. Bij een dergelijk medisch falen -ook wel een 'medische fout' of een 'medische misser' genoemd- bestaan er vier verschillende juridische procedures ter correctie van of ter compensatie van het tekortschieten: een civiele, een administratieve, een tucht- en/of een strafprocedure.<sup>9 10</sup> Een tuchtprocedure, te onderscheiden van een strafprocedure, ziet met name toe op de kwaliteit van het medisch handelen en het aanzien van de medische beroepsgroep: de zogenoemde 'handhaving van de binnennorm.' Het strafrecht overstijgt dit sectorale belang en richt zich op het maatschappelijk belang: de zogenoemde 'handhaving van de buitennorm.'<sup>11</sup> Deze scriptie beperkt zich enkel tot de strafprocedure, aangezien het tuchtrecht niet van toepassing is op rechtspersonen (i.e. ziekenhuizen).<sup>12</sup>

De gynaecoloog was de betreffende dag de dienstdoende arts en als zodanig eindverantwoordelijk voor de medische behandeling. In geval een medisch specialist in een zorgomgeving -zoals een ziekenhuis- werkt, kan de vraag rijzen of 'de schuld' bij de individuele zorgverlener ligt dan wel of zijn handelen (ook) beïnvloed wordt door zijn werkomgeving, voor de inrichting waarvan het ziekenhuis verantwoordelijk is.<sup>13</sup> Het ziekenhuis (het WFG) is in de Ramgoelam zaak niet vervolgd (zie: 'internetknipsel'). De vraag kan gesteld worden of dat terecht is: immers het ziekenhuis dient volgens de Kwaliteitswet Zorginstellingen garant te staan dat er geen ernstige problemen ontstaan, waardoor er geen 'verantwoorde zorg' geboden kan worden. Gebeurt dat toch, dan moet ook het ziekenhuis als rechtspersoon vervolgd (kunnen)

---

<sup>4</sup> Hubben 1990, p. 6.

<sup>5</sup> Het is evident dat een medisch specialist die binnen de regels blijft van hetgeen 'artsenkundig verantwoord' is en bijvoorbeeld de professionele standaard van artikel 7:453 van het Burgerlijk Wetboek ('goed hulpverlenerschap') in acht neemt, ter zake niet gestraft behoort te worden. Hoewel dit als vanzelfsprekend aangenomen wordt, bestaat er tot op heden nog onduidelijkheid omtrent de vraag naar de grondslag voor deze straffeloosheid. Mevis 2007, p. 139. Mevis 2011 (a), p. 549.

<sup>6</sup> CTG 27 november 2012, *LJN* YG1155 m.nt. Hubben (Ramgoelam), noot Hubben.

<sup>7</sup> Rb. Alkmaar 24 september 2012, *LJN* BX8124 m.nt. Schalken (Ramgoelam), noot Schalken.

<sup>8</sup> Terughoudendheid past (tevens) bij het karakter van het strafrecht als 'ultimum remedium' in de catalogus van mogelijkheden tot rechtshandhaving. Legemaate 2011, p. 2.

<sup>9</sup> Hubben 1990, p. 5. Rb. Alkmaar 24 september 2012, *LJN* BX8124 m.nt. Schalken (Ramgoelam), noot Schalken.

<sup>10</sup> In de Ramgoelam zaak stond de nalatigheid van de gynaecoloog centraal zowel in het kader van een tucht- als een strafprocedure. In de tuchtzaak is wegens 'onprofessioneel handelen' (artikel 47 lid 1 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg) de maatregel berisping opgelegd. Rb. Alkmaar 24 september 2012, *LJN* BX8124 m.nt. Schalken (Ramgoelam), noot Schalken. CTG 27 november 2012, *LJN* YG1155 m.nt. Hubben (Ramgoelam), strafbeslissing.

<sup>11</sup> Buijse 2006, p. 5. Hubben 2007, p. 11. Mevis 2007, p. 143. Kalkman-Bogerd 2013 (b), ontstaansgeschiedenis. Rb. Alkmaar 24 september 2012, *LJN* BX8124 m.nt. Schalken (Ramgoelam), noot Schalken.

<sup>12</sup> De tuchtrechter richt zich op het handelen dan wel het nalaten van individuele beroepsbeoefenaren in strijd met de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg. Het is niet mogelijk een klacht tegen een rechtspersoon (i.e. een ziekenhuis) in te stellen. Kalkman-Bogerd 2013 (a), reikwijdte discussie en de nieuwe koers van CTG.

<sup>13</sup> Hubben 1990, p. 5. Mevis 2007, p. 146 en 148. Druijst 2009, p. 141. Legemaate 2011, p. 3.



worden.<sup>14</sup> Als een van de hoofdoorzaken voor de noodlottige bevalling wordt bijvoorbeeld de communicatie tussen de gynaecoloog en de verloskundige genoemd.<sup>15</sup>

Het eindrapport van de commissie Visser -de onderzoekscommissie die de omstandigheden rond het overlijden van de dochter van de heer en mevrouw Ramgoelam onderzocht heeft- stelt dat, nadat de verloskundige haar twijfels geuit had met betrekking tot het ingezette beleid van de gynaecoloog, de arts tegen haar zei (ten overstaan van een verpleegkundige en een co-assistent) dat 'als je er zo over denkt, je moet afvragen of je wel voor deze categorie patiënten kan zorgen.' Door dergelijke uitspraken van de arts stokte de communicatie en werd overleg met gynaecoloog over de patiënte belemmerd, aldus de verloskundige.<sup>16</sup> Tussen de dokter en de verloskundige bestonden al langer communicatieproblemen en ook andere verloskundigen hadden volgens het rapport moeite met de denigrerende vorm van communicatie met de betreffende medisch specialist.<sup>17</sup>

De commissie meldt in het rapport: "Verstoorde verhoudingen kunnen niet getolereerd worden; [...] Drempelvrij [...] overleg is noodzakelijk."<sup>18</sup> Dit was echter wel het geval en heeft ertoe geleid dat de verloskundige de dokter te laat waarschuwde. Volgens de commissie Visser diende "gelet op de CTG afwijkingen sec [...], de gynaecoloog uiterlijk 19.30 uur naar het ziekenhuis [...] te komen."<sup>19</sup> De verloskundige heeft de gynaecoloog pas om 20.10 uur gebeld toen hij -zoals afgesproken- niet zelf om 20.00 uur weer contact opgenomen had.<sup>20</sup> Desalniettemin is alleen de arts vervolgd en niet ook het ziekenhuis, terwijl de aanvaarde 'verstoorde verhouding' tussen de dokter en de verloskundige vier van de zeven punten van de bewezenverklaring betreft ten aanzien van het feit en het ziekenhuis -i.e. niet de arts- hiervoor (eind)verantwoordelijk is.<sup>21</sup>

Hubben heeft de indruk dat het gemakkelijker is een 'lager' in de zorghiërarchie staande medewerker te vervolgen (zoals hier een dokter), dan om onderzoek te doen naar de aansprakelijkheid van de bestuurlijke context waarbinnen het medisch falen plaats heeft kunnen vinden. Het vervolgingsbeleid van het OM kenmerkt zich volgens hem, naast een 'willekeurig beleid' ten aanzien van de strafbaarstelling van artsen, door 'afzijdig beleid' met betrekking tot de vervolging van ziekenhuizen wegens het nalaten van het creëren van een verantwoorde zorgomgeving binnen de eigen organisatie.<sup>22</sup> Hoewel het tijt gekeerd lijkt te zijn met de komst van het Expertisecentrum Medische Zaken in 2001, is tot op heden nog altijd slechts éénmaal in 1987 een ziekenhuis veroordeeld voor het delict dood door schuld (artikel 307 Sr): rb. Leeuwarden 23 december 1987, *NJ* 1988, 981 (Stichting X, ziekenhuis).<sup>23</sup>

<sup>14</sup> Zie: Hoofdstuk 2: De feitelijke situatie- De strafrechtelijke vervolging van het ziekenhuis in de praktijk, p. 22.

<sup>15</sup> Alkmaar 24 september 2012, *LJN* BX8124 m.nt. Schalken (Ramgoelam), overweging ten aanzien van het bewijs en bewezenverklaring.

<sup>16</sup> Commissie Visser 2009, p. 5 en 7.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 12 en 13.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 7, 8 en 11.

<sup>21</sup> Druijst 2009, p. 13 en 141. Schalken 2013, p. 5-6. Alkmaar 24 september 2012, *LJN* BX8124 m.nt. Schalken (Ramgoelam), bewezenverklaring.

<sup>22</sup> Hubben 1990, p. 24. Hubben 2007, p. 4

<sup>23</sup> Zie: Hoofdstuk 2: De feitelijke situatie- De strafrechtelijke vervolging van het ziekenhuis in de praktijk, p. 22.

Het vervolgingsbeleid van het OM ten aanzien van ziekenhuizen staat in deze scriptie centraal. De navolgende hoofdvraag wordt gesteld: *‘Waarom wordt de stap in de strafrechtelijke vervolging van de arts naar het ziekenhuis als rechtspersoon zelden of niet gemaakt bij medisch falen (i.e. dood door schuld, artikel 307 Sr), wanneer het ziekenhuis nalatig geweest is in het creëren van een verantwoorde zorgomgeving?’* Ingevolge artikel 51 Sr kan middels een juridische fictie een rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk gesteld worden. Onder bepaalde omstandigheden -zoals door de Hoge Raad uiteengezet in het Drijfmestarrest (HR 21 oktober 2006, NJ 2006, 328 m.nt. Mevis)- kan een gedraging van een natuurlijk persoon (zoals een arts) ‘redelijkerwijs toegerekend’ worden aan een rechtspersoon (i.e. het ziekenhuis). In dat geval wordt de rechtspersoon zelf geacht het strafbare feit begaan te hebben.<sup>24</sup>

Omwille van de complexiteit en de lengte van de scriptie zijn enkele beperkingen aangemeten. Deze scriptie limiteert zich tot het misdrijf ‘dood door schuld’ (artikel 307 Sr) dan wel ‘dood door schuld in de uitoefening van een beroep’ (artikel 307 jo. 309 Sr): zie bijlage I voor de inhoudelijke weergave van de artikelen (p. 56).<sup>25</sup> Daarnaast staat het ziekenhuis symbool voor alle zorginstellingen in de zin van de Wet toelating zorginstellingen. De uiteindelijke conclusies en aanbevelingen in deze scriptie gelden derhalve tevens voor deze instellingen. De zaken Stichting X, ziekenhuis en Zweedse band (rb. Rotterdam 12 december 2008, LJV BG6738, betreffende een verpleeghuis) zijn -zover bekend- de enige twee gevallen waarin de strafvervolging tegen een zorginstelling voor het delict dood door schuld (artikel 307 Sr), ook tot de veroordeling ervan geleid heeft.<sup>26</sup>

Ondanks dat het aantal veroordelingen niet het juiste en feitelijke beeld toont omtrent de (in)activiteit van het OM ten aanzien van ziekenhuizen, kan het wel als een indicatie beschouwd worden bij een gebrek aan informatie over het aantal strafrechtelijke (voor)onderzoeken of vervolgingen dat er in de praktijk plaatsvindt.<sup>27</sup> Dit als afzijdig te beschouwen vervolgingsbeleid staat haaks op de in rap tempo volgende ruchtbaarheid in de media van structurele misstanden in de gezondheidszorg. Naast de brand in operatiekamer 8 van het Twenteborg Ziekenhuis (zie voor details: Hoofdstuk 3, p. 33), zijn enkele andere recente incidenten:

- “In het Medisch Spectrum Twente in Enschede stelde een medicijnverslaafde neuroloog [Jansen Steur] jarenlang verkeerde diagnoses;
- Van hoge mortaliteitscijfers op de afdeling hartchirurgie was sprake in het UMC St. Radboud te Nijmegen;
- Riskante maagverkleiningen vonden plaats in het Scheper Ziekenhuis in Emmen;
- In het Maasstad Ziekenhuis te Rotterdam waarde te lang een Klebsiella bacterie rond;
- In IJsselmeerziekenhuizen (Lelystad en Emmeloord) vonden operaties plaats bij onzuivere lucht, waardoor er risico bestond op infecties;
- In het Diaconessenziekenhuis in Meppel was sprake van samenwerkings- en communicatieproblemen bij de afdelingen chirurgie en anesthesiologie;
- In het VU [m]edisch [c]entrum te Amsterdam [speelde] [...] een tijdje een diepgaand conflict tussen een aantal medisch specialisten, waardoor de veiligheid van patiënten in gevaar kwam.”<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Zie: Hoofdstuk 1: Het juridisch kader- De strafrechtelijke vervolging van het ziekenhuis in theorie, p. 12.

<sup>25</sup> In medische zaken is veelal geen opzet in het spel. Van Eykelen zegt hierover: “Bij medische fouten gaat het om mensen die zeer betrokken hun werk doen, maar bij de uitvoering is iets ernstig misgegaan.” Vandaar de keuze om binnen deze scriptie op de schuldvariant van de meest ernstige (i.e. fatale) medische fout te focussen: dood door schuld (artikel 307 Sr) dan wel dood door schuld in de uitoefening van een beroep (artikel 307 jo. 309 Sr). Melchior 2007, p. 35.

<sup>26</sup> In het Zweedse band arrest is een verpleeghuis veroordeeld voor het delict dood door schuld (artikel 307 Sr). Een 81-jarige man is op 15 juli 2005 naast zijn bed, hangend uit een zogenoemde ‘Zweedse band’, gevonden nadat deze band verkeerd aangelegd was. De zorginstelling heeft onder andere onvoldoende zorg gedragen dat het personeel voldoende geïnstrueerd was hoe de Zweedse band gebruikt moest worden, zo overweegt rechtbank Rotterdam in het arrest. Zie: Paragraaf 3.3.4: Normhandhaving en normbevestiging, p. 39.

<sup>27</sup> Ook het OM is helaas niet bekend met het aantal strafrechtelijke onderzoeken of vervolgingen dat in het verleden ten aanzien van ziekenhuizen plaatsgevonden heeft (email d.d. 3 juli 2013).

<sup>28</sup> Klaassen 2013, p. 1.

Hubben heeft in 1989 al zijn oratie, met de titel 'Het ziekenhuis als strafbare rechtspersoon', gehouden over de noodzaak van het OM zich 'alerter' op te stellen ten aanzien van het ziekenhuis en meent dat: "[...] [Deze problematiek] maatschappelijk alleen maar urgenter wordt."<sup>29</sup> <sup>30</sup> Desalniettemin is er, sinds zijn eerste verkenningen in 1989, weinig geschied in strafrechtelijk opzicht.<sup>31</sup>

De opbouw van de scriptie is als volgt. In hoofdstuk 1 staat het juridisch kader centraal en geconcludeerd wordt ten aanzien van de hoofdvraag dat '*de stap in theorie gemaakt kan worden.*' In hoofdstuk 2 wordt vervolgens het vervolgingsbeleid van het OM met betrekking tot ziekenhuizen belicht. Gesteld wordt dat '*de stap in de praktijk zelden of niet gemaakt wordt*' en drie mogelijke verklaringen hiervoor worden geëxpliceerd. In het laatste hoofdstuk wordt beargumenteerd waarom '*de stap gemaakt dient te worden*': er wordt -in lijn met Hubben-gepleit dat het ziekenhuis alerter strafrechtelijk vervolgd dient te worden. Hoewel enerzijds een actief vervolgingsbeleid niet op zijn plaats is binnen het medisch strafrecht, dient anderzijds wel strafrechtelijk gereageerd te worden door het OM bij medisch falen (i.e. artikel 307 Sr), wanneer een ziekenhuis als rechtspersoon nalatig geweest is in het creëren van een verantwoorde zorgomgeving. Zoals Hubben formuleert:

"Het strafrecht richt zich op de buitennorm waar het maatschappelijk belang zich bij handhaving het meest doet gevoelen. De reikwijdte van de buitennorm heeft niet veel piketpalen nodig. Een paar representatieve zaken met een sterke normatieve uitstraling zijn voor het trekken van een sluitende cirkel voldoende."<sup>32</sup>

Gezien de beperkte hoeveelheid aanwezige bronnen, is deze scriptie naast literatuuronderzoek gebaseerd op interviews met drie deskundigen op het gebied van medisch strafrecht (de initiële interviewvragen zijn opgenomen in bijlage II (p. 57)):

1. Mr. M.J.C.E. Blondeau, zij is als jurist gezondheidsrecht verbonden aan het Erasmus Medisch Centrum te Rotterdam (interview d.d. 2 mei 2013);
2. Mr. M. van Eykelen, zij is medisch officier van justitie en geeft leiding aan het Expertisecentrum Medische Zaken (interview d.d. 3 mei 2013);
3. Prof. mr. T.M. Schalken, hij is -onder andere- emeritus hoogleraar strafrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en annotator (interview d.d. 16 mei 2013).<sup>33</sup>

Naar hun visies met betrekking tot de problematiek en de wenselijkheid van het alerter strafrechtelijk vervolgen van het ziekenhuis als rechtspersoon, wordt veelvuldig verwezen. De zienswijze van Schalken wordt met name in het nawoord belicht. Hij draagt een (controversieel) voorstel aan dat gezien kan worden als 'een alternatieve oplossing' voor de verschillende kwesties opgeworpen en oplossingen aangedragen in deze scriptie: namelijk de introductie van risico-aansprakelijkheid voor ziekenhuizen.

---

<sup>29</sup> Hubben 2007, p. 9 en 10.

<sup>30</sup> Zie: Hoofdstuk 3: De toekomst? - Het ziekenhuis dient alerter strafrechtelijk vervolgd te worden, p. 33.

<sup>31</sup> Hubben 2007, p. 1.

<sup>32</sup> Ibid, p. 10 en 11.

<sup>33</sup> De interviews waren open van karakter en hebben mondeling plaatsgevonden. De in deze scriptie vermelde teksten van de geïnterviewden, zijn door hen geaccordeerd.

# Hoofdstuk 1: Het juridisch kader - De strafrechtelijke vervolging van het ziekenhuis in theorie

## 1.1: Inleiding

In 1987 is door rechtbank Leeuwarden -naast een anesthesist, ex artikel 307 jo. 309 Sr- een ziekenhuis veroordeeld voor het delict dood door schuld (artikel 307 Sr): rb. Leeuwarden 23 december 1987, *NJ* 1988, 981.<sup>34 35</sup> Deze strafrechtelijke veroordeling van een ziekenhuis als rechtspersoon voor verrichtingen in het kader van zorgverlening staat na 26 jaar nog op zichzelf.<sup>36</sup> De patiënt is destijds overleden nadat hij, toen hij weer bij bewustzijn gebracht diende te worden na een operatie, in plaats van het beoogde zuurstofgas een dodelijke hoeveelheid lachgas kreeg toegediend. Bij het onderzoek naar de toedracht van het incident, bleek dat kort van tevoren in het narcosekabinet twee gasinsteeknippels door de technische dienst van het ziekenhuis vervangen waren. Bij die vervanging is abusievelijk de lachgasinsteeknippel op de zuurstofinlaat van het kabinet gemonteerd en andersom.<sup>37</sup>

Het ziekenhuis -althans de stichting die als rechtspersoon het ziekenhuis beheerde- heeft volgens de rechtbank ernstig verwijtbaar gehandeld door onvoldoende vorm en inhoud te geven aan de organisatie en de werkwijze van de technische dienst.<sup>38</sup> De rechtbank overweegt:

“De rechtbank gaat er bij de beoordeling van de verwijtbaarheid vanuit dat de Stichting, ten deze vertegenwoordigd door haar bestuur, verantwoordelijk is voor het algemeen functioneren van het ziekenhuis, waaronder in het bijzonder ook valt te rekenen de zorg voor de kwaliteit en de betrouwbaarheid van de in het ziekenhuis gebruikte apparatuur, zoals deze verantwoordelijkheid ook al verwoord is in het Besluit erkenning ziekenhuizen.”<sup>39</sup>

Niet alleen ontbrak er een behoorlijk controlesysteem voor onderhoud en reparatie, maar ook betrof het het gebruik van een verouderd narcosekabinet dat reeds uit de administratie geboekt was en zonder (regulier) onderhoud in gebruik bleef. Het feit dat de onderhavige apparatuur zo lang in gebruik kon blijven, zonder dat dit op leidinggevend niveau bekend was, geeft volgens de rechtbank overduidelijk aan dat de leidinggevende functionarissen onvoldoende zicht hadden op de gang van zaken in het ziekenhuis.<sup>40</sup>

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of, gezien het afzijdige beleid van het OM, er een afdoende juridisch -i.e. wettelijk en/of jurisprudentieel- kader aanwezig is om het ziekenhuis als rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk te stellen. In paragraaf 1.2 wordt artikel 51 Sr en de invulling van dit artikel door de Hoge Raad middels het Drijfmestarrest geëxpliceerd. In paragraaf 1.3 wordt vervolgens de kwestie opgeworpen of een academisch ziekenhuis -dat een publiekrechtelijk rechtspersoon lijkt te zijn- strafrechtelijke immuniteit heeft en of dit mogelijkterwijs (deels) het afzijdige vervolgingsbeleid verklaren kan. Geconcludeerd wordt dat

<sup>34</sup> Rb. Leeuwarden 23 december 1987, *NJ* 1988, 981 (Stichting X, ziekenhuis), strafbeslissing. Rb. Leeuwarden 23 december 1987, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1988 (23) (Stichting X, anesthesist), strafbeslissing.

<sup>35</sup> De rechtbank heeft de arts veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf voor de duur van 6 maanden en het ziekenhuis tot een geldboete van 25.000 gulden. Ibid.

<sup>36</sup> Hubben 1990, p. 13.

<sup>37</sup> Ibid, p. 11.

<sup>38</sup> Rb. Leeuwarden 23 december 1987, *NJ* 1988, 981 (Stichting X, ziekenhuis), strafmotivering.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Hubben 1990, p. 12. Ibid.

hoewel de strafbaarstelling van de rechtspersoon inhoudelijk aan duidelijkheid te wensen overlaat, er een voldoende toereikend juridisch kader aanwezig is om het ziekenhuis als rechtspersoon strafrechtelijk te vervolgen en te veroordelen. Het Stichting X, ziekenhuis arrest bevestigt deze conclusie.

## 1.2: Artikel 51 Sr

### 1.2.1: De strafbaarstelling van rechtspersonen

De opstellers van het Wetboek van Strafrecht, die gehecht waren aan het fysieke handelingsbegrip ('de gewilde spierbeweging') en daarop de systematiek van het wetboek bouwden, hebben in 1881 niet in de mogelijkheid voorzien dat een rechtspersoon een strafbaar feit zou kunnen begaan: 'universitas delinquere non potest.'<sup>41</sup> Een rechtspersoon is immers een juridische constructie en kan enkel handelen middels de gratie van de vertegenwoordiging door een natuurlijk persoon.<sup>42 43</sup> Zoals de Memorie van Toelichting vermeldt:

"Een strafbaar feit kan alleen worden gepleegd door den natuurlijke persoon. De fictie der rechtspersoonlijkheid geldt niet op het gebied van het strafregt. Alzoo, waar de strafwet wordt overtreden door het besluit eener vereeniging (...) treft de strafbepaling slechts hen wier persoonlijke medewerking tot het besluit of de daaraan gegeven uitvoering bewijsbaar is."<sup>44</sup>

Traditionele bezwaren zijn dat fysiek daderschap, opzet en culpa (schuld) moeilijk bij een rechtspersoon aangenomen kunnen worden.<sup>45 46</sup>

Echter door de sociaal-economische ontwikkelingen -met name na de Tweede Wereldoorlog- en de maatschappelijke realiteit waarin rechtspersonen een steeds belangrijkere rol gingen vervullen, is de bepaling dat rechtspersonen strafbare feiten kunnen begaan in 1976 alsnog in het Wetboek van Strafrecht opgenomen.<sup>47 48</sup> De Memorie van Toelichting verwijst in dit kader tevens naar het met strafbare feiten verkregen financiële voordeel dat vaak bij rechtspersonen terechtkomt.<sup>49</sup> De wetgever heeft het wetsontwerp niet als een principiële vernieuwing gezien, maar als "de laatste stap op (de) weg die in Nederland reeds lang is begaan."<sup>50</sup> Zo is in 1950 al in het economisch strafrecht corporatieve strafrechtelijke aansprakelijkheid geïntroduceerd ex artikel 15 (oud) van de Wet op de economische delicten

<sup>41</sup> Gritter 2007, p. 33. Stolwijk 2009, p. 46. Sikkema 2010, p. 8. Arendse & Dolman 2013, 1a. strekking. Kesteloo 2013, p. 4. Mevis 2013, p. 894.

<sup>42</sup> Van Woensel 1993, p. 2. Stolwijk 2009, p. 46, 52 en 53. De Hullu 2012, p. 115 en 161. Mevis 2013, p. 894.

<sup>43</sup> Rechtspersoonlijkheid heeft als belangrijkste gevolg dat de rechtspersoon zelf drager van rechten en plichten kan zijn en in dit opzicht wordt de rechtspersoon met een natuurlijk persoon gelijkgesteld (artikel 2:5 van het Burgerlijk Wetboek). Kroeze, Timmerman & Wezeman 2007, p. 20.

<sup>44</sup> Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 9.

<sup>45</sup> Stolwijk 2009, p. 52. De Hullu 2012, p. 115. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 9.

<sup>46</sup> "Met het functionele daderschap en het objectiveren van opzet en schuld -om enkele relevante ontwikkelingen heel globaal aan te duiden- is er veel meer ruimte ontstaan om ook binnen de strafrechtelijke context aansprakelijkheid van organisaties te aanvaarden." Hubben 2012, p. 115.

<sup>47</sup> Stolwijk 2009, p. 53. De Hullu 2012, p. 113 en 163. Arendse & Dolman 2013, 1a. strekking. Mevis 2013, p. 895. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 9.

<sup>48</sup> "[...] [Normschendingen] zijn veelal niet langer het gevolg van zuiver individueel handelen of nalaten. Door de schaalvergroting van maatschappelijke activiteiten en de opkomst van 'complexe organisaties' hebben schadelijke gedragingen meer en meer een collectief karakter gekregen. Individuele strafbaarheid kan daardoor niet langer verzekeren dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid inderdaad wordt gelegd bij degenen die verantwoordelijk kunnen worden geacht voor de door de organisatie veroorzaakte normovertredingen. Dit terwijl de schade voor van de economie en milieu veel groter kan zijn als het gaat om handelen van organisaties, waarbij gedacht kan worden aan illegale steringen, giframpen en kernongevallen. Het gaat hierbij vaak om schade die niet valt toe te schrijven aan beslissingen genomen door aanwijsbare individuen." Sikkema 2010, p. 8 en 9.

<sup>49</sup> Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 15.

<sup>50</sup> Ibid, p. 8.

(WED). De wetgever heeft dan ook niet voorzien in een weldoordachte dogmatische onderbouwing: het uitpluizen van de materie is aan de rechtspraak overgelaten.<sup>51 52</sup>

Volgens De Hullu is “de Nederlandse regeling al met al vooral abstract, weinig uitgewerkt en niet specifiek op rechtspersonen toegesneden.”<sup>53 54</sup> Artikel 51 Sr laat veel vragen onbeantwoord, zoals: welke delicten kan een rechtspersoon plegen?; wanneer kan een gedraging beschouwd worden als een gedraging van een rechtspersoon (nu het zelf geen fysieke gedraging kan verrichten, maar wel een strafbaar feit kan begaan)?; wanneer is er sprake van opzet of schuld (culpa) van een rechtspersoon? In de komende paragrafen wordt zo duidelijk mogelijk antwoord gegeven op deze vragen.<sup>55</sup> Niet wordt ingegaan op de mogelijkheid die artikel 51 lid 2 onderdeel 2 Sr ook biedt: de strafrechtelijke vervolging van leidinggevers.<sup>56</sup>

### 1.2.2: De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon

De theoretische mogelijkheid van artikel 51 lid 1 Sr is niet door de wet tot bepaalde delicten beperkt noch zijn bepaalde delicten uitgesloten.<sup>57 58</sup> Niettemin zijn er delicten waarbij, gelet op de aard van de strafbaar gestelde gedraging, het ‘minder goed’ denkbaar is dat een rechtspersoon het betreffende feit zal begaan. Dit betreft vooral feiten waarbij het fysieke element in de gedraging op de voorgrond staat, zoals bij verkrachting (artikel 242 Sr). De rechtspersoon is minder goed als de geadresseerde van de norm aan te merken, echter uitgesloten lijkt het plegen van dergelijke feiten door een rechtspersoon niet.<sup>59</sup> De Memorie van Toelichting benoemt uitdrukkelijk dat een rechtspersoon voor het delict dood door schuld (artikel 307 Sr) vervolgd en veroordeeld kan worden. Het Stichting X, ziekenhuis arrest heeft dit uitgangspunt in de praktijk bevestigd.<sup>60</sup>

De rechtspersoon kan als dader van een strafbaar feit aangemerkt worden indien de desbetreffende gedraging ‘redelijkerwijs’ aan hem toegerekend kan worden: dit is de ‘grondslag’ voor het daderschap van de rechtspersoon. De wet bevat geen maatstaven voor de vaststelling hieromtrent; zoals vermeld, de wetgever liet het over aan de rechtspraak.<sup>61</sup> In navolging van eerdere arresten, heeft de Hoge Raad in het Drijfmestarrest (HR 21 oktober 2006, NJ 2006, 328

<sup>51</sup> Stolwijk 2009, p. 53. Sikkema 2010, p. 8. De Hullu 2012, p. 114, 116, 163 en 164. Arendse & Dolman 2013, 1a. strekking. Mevis 2013, p. 896. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 1.

<sup>52</sup> Zie ook: Paragraaf 2.3.1: Weinig vervolgingen van commune delicten ex artikel 51 Sr, p. 26.

<sup>53</sup> De Hullu 2012, p. 116.

<sup>54</sup> Van Strien waarschuwt ervoor een rechtspersoon als een optelsom van de betrokken natuurlijke personen te zien en meent: “Het geheel is iets meer -en ook iets anders- dan de som der delen.” Ibid, p. 114.

<sup>55</sup> Ibid.

<sup>56</sup> De strafrechtelijke aansprakelijkheid ex artikel 51 lid 2 onderdeel Sr komt pas in beeld wanneer een rechtspersoon een strafbaar feit begaan heeft. De Valk spreekt in dit verband van ‘secundaire aansprakelijkheid’ voor gedragingen die primair als die van de rechtspersoon aangemerkt kunnen worden. Sikkema 2010, p. 3.

Tot op heden is -zover bekend- geen bestuur van een ziekenhuis strafrechtelijk veroordeeld voor het delict dood door schuld (artikel 307 Sr). In de Aanwijzing medische zaken van het OM (zie: paragraaf 2.2.3, p. 26) wordt geen aandacht besteed aan de mogelijke strafrechtelijke aansprakelijkheid van het bestuur van een ziekenhuis. In het verlengde van het pleiten voor een alerter strafrechtelijk vervolgingsbeleid voor het ziekenhuis, kan afgevraagd worden of het OM zich niet ook alerter ten aanzien van het ziekenhuisbestuur dient op te stellen bij medisch falen. Deze vraag gaat (helaas) de reikwijdte en de lengte van de scriptie te buiten.

<sup>57</sup> Stolwijk 2009, p. 53. De Hullu 2012, p. 117 en 162. Arendse & Dolman 2013, 1d. begaan strafbaar feit en 6b. rechtspersoon als geadresseerde van de norm, Mevis 2013, p. 895.

<sup>58</sup> Nederland heeft geen bijzondere materieelrechtelijke bepalingen in dit kader, in tegenstelling tot bijvoorbeeld een land als Frankrijk waar via een enumeratiesysteem per geval aangegeven wordt wanneer bestraffing van een rechtspersoon mogelijk is. Roef & De Roos 1998, p. 50. De Hullu 2012, p. 114 en 266.

<sup>59</sup> Stolwijk 2009, p. 54. De Hullu 2012, p. 162 en 163. Arendse & Dolman 2013, 6b. rechtspersoon als geadresseerde van de norm, Mevis 2013, p. 895 en 896. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 14.

<sup>60</sup> Cleiren 2010, 1. algemeen. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 15

<sup>61</sup> Roef & De Roos 1998, p. 51. Stolwijk 2009, p. 51, 52 en 56. De Hullu 2012, p. 164. Arendse & Dolman 2013, 6c. toerekening van de gedraging aan de rechtspersoon. Mevis 2013, p. 896-898. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 8.

m.nt. Mevis) ten aanzien de invulling van de grondslag in overweging 3.4, het navolgende overwogen.<sup>62</sup>

“[...] [De vraag rijst] wanneer een (verboden) gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. Een algemene regel laat zich dus bezwaarlijk formuleren.

Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is nochtans of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Een dergelijke gedraging kan in beginsel worden toegerekend aan de rechtspersoon.

Van een gedraging in de sfeer van de rechtspersoon zal sprake kunnen zijn indien zich één of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die, hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking, hetzij uit andere hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon,
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon,
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf [het zogenoemde ‘baatcriterium’],
- de rechtspersoon vermocht er over beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard [de zogenoemde ‘IJzerdraadcriteria’]. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in de redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.”

Hoewel in het arrest ‘vrij vage, open termen’ gebruikt worden en het zeker niet alle vragen met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon opgelost heeft, geeft de uitspraak houvast door een (niet-limitatieve) opsomming van ruime maatstaven om -afhankelijk van de omstandigheden van het geval- een gedraging aan de rechtspersoon toe te kunnen rekenen.<sup>63 64</sup> De Hullu benadrukt dat de toerekening ook steeds ‘echt redelijk’ moet zijn.<sup>65 66</sup>

Volgens Hornman blijkt uit de sinds het Drijfmest arrest gepubliceerde rechtspraak dat de feitenrechter bij uitzondering slechts genoeg neemt met een criterium ter onderbouwing van de toerekening. De culpose delicten -zoals dood door schuld (artikel 307 Sr)- vallen in dat opzicht op, omdat juist daar nog wel eens volstaan wil worden met het niet betrachten van voldoende zorg ter voorkoming van de gedraging als enige grond van toerekening.<sup>67</sup> Ten tijde van de uitspraak van het arrest Stichting X, ziekenhuis waren nog (met name) deze IJzerdraadcriteria van doorslaggevende betekenis.<sup>68</sup> Ten aanzien van de toerekening van de gedraging aan het ziekenhuis -dat (middels de technische dienst) verantwoordelijk is voor de ziekenhuisapparatuur- is overwogen dat:

“[...] [Met] het gebrekkige programma van onderhoud en controle, en het in gebruik houden van verouderde apparatuur die reeds uit de administratie was geboekt, [...] [is] de kans [...] aanvaard dat met de narcoseapparatuur ongelukken konden gebeuren.”<sup>69</sup>

<sup>62</sup> Met eerdere arresten wordt onder andere bedoeld op het IJzerdraad arrest (HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 368 m.nt. Röling) en het Kabeljauwvang arrest (HR 1 juli 1981, *NJ* 1982, 80 m.nt. Van Veen).

<sup>63</sup> Stolwijk 2009, p. 56. De Hullu 2012, p. 168. Mevis 2013, p. 898.

<sup>64</sup> Er kunnen twee vormen van ‘toerekening’ onderscheiden worden, die respectievelijk zien op het toerekenen van een gedraging van een natuurlijk persoon aan de rechtspersoon (de klassieke benadering: ‘afgeleid ouderschap’) en het aanmerken van een gedraging als een eigen gedraging van de rechtspersoon zelf (‘direct ouderschap’). Beide vormen van toerekening hoeven echter niet als tegenpolen tegenover elkaar te staan: het oordeel of een rechtspersoon een strafbaar feit begaan heeft, kan zelfs een gemengd karakter dragen en aspecten van beide vormen van toerekening omvatten. Sikkema 2010, p. 10-12, 22 en 23. De Hullu 2012, p. 166. Zie ook: Paragraaf 1.2.4: De verbreding van de institutionele aansprakelijkheid, p. 17.

<sup>65</sup> De Hullu 2012, p. 169.

<sup>66</sup> Het gaat hier niet om het vaststellen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder meer. De Hullu waarschuwt “om vooral ook de redelijkheid van de toerekening voldoende aandacht te geven.” Ibid.

<sup>67</sup> Hornman 2010, p. 9. Sikkema 2010, p. 17.

<sup>68</sup> Hubben 1990, p. 15. Stolwijk 2009, p. 51 en 55. Arendse & Dolman 2013, 6e. IJzerdraadcriteria. Kesteloo 2013, p. 12.

<sup>69</sup> Rb. Leeuwarden 23 december 1987, *NJ* 1988, 981 (Stichting X, ziekenhuis), strafmotivering.

Daarmee werd voldaan aan de IJzerdraadcriteria en de uitspraak vormt thans 'het bewijs' dat de dood van de patiënt redelijkerwijs aan een ziekenhuis als rechtspersoon toegerekend kan worden.

### 1.2.3: Opzet of schuld (culpa) van de rechtspersoon

Los of een gedraging redelijkerwijs toegerekend kan worden aan een rechtspersoon, staat (ingevolge overweging 3.5 van het Drijfmasterrest) de beoordeling van de aanwezigheid van bestanddelen opzet of schuld (culpa) indien het een misdrijf betreft. Hoewel het schuldbeginself -'geen straf zonder schuld'- op de rechtspersoon van toepassing is, schuilt er een probleem in het feit dat de rechtspersoon geen duidelijk lokaliseerbare 'psyche' heeft.<sup>70</sup> Van Strien zegt hierover:

"Schuld hoeft niet per definitie te worden gezien als geestesgesteldheid. In de kern houdt het begrip 'schuld' immers in dat er een mogelijkheid is tot anders handelen en dat redelijkerwijs kan worden verlangd dat een bepaald gedragsalternatief wordt benut."<sup>71</sup>

Net als bij de toerekening van de gedraging aan de rechtspersoon geldt, dat er meerdere invalshoeken -verschillende mogelijke constructies- bestaan voor de redelijke toerekening van opzet of schuld (culpa) aan de rechtspersoon. Welke constructie gekozen wordt, hangt af van de omstandigheden van het geval.<sup>72</sup>

Door de wetgever is in 1976 in de eerste plaats gedacht aan het toerekenen van de subjectieve bestanddelen van een of meer natuurlijke personen aan een rechtspersoon. Of het bij een natuurlijk persoon aanwezige opzet of schuld (culpa) toegerekend kan worden aan de corporatie waar hij in dienst is, zal mede afhangen van de interne organisatie, en de taak en de verantwoordelijkheid die aan de natuurlijk persoon toegedeeld is.<sup>73 74</sup> Daarnaast kan ook het perspectief van de rechtspersoon op de voorgrond geplaatst worden.<sup>75 76</sup> Opzet of schuld (culpa) kan dan bijvoorbeeld afgeleid worden uit de bedrijfspolitiek, bepaalde besluitvorming binnen de rechtspersoon of feitelijk door de rechtspersoon bevorderd handelen. Culpose delicten waarin schending van bepaalde zorgplichten vooropstaat -zoals het delict dood door schuld (artikel 307 Sr)- lenen zich goed voor een benadering vanuit de rechtspersoon.<sup>77</sup>

In het arrest Stichting X, ziekenhuis is schuld (culpa) bewezen doordat de zorginhoudelijke en de procedure-inhoudelijke normen geschonden werden: de fatale fout was -mede- te (ver)wijten aan het slechte onderhoud van en het toezicht op de technische dienst van het ziekenhuis.<sup>78</sup> Er kan dus een sterk verband bestaan tussen de toerekening van de gedraging (zie: vorige paragraaf) en schuld (culpa). Wanneer de toerekening van de gedraging gebaseerd is op aanknopingspunten als de IJzerdraadcriteria, dan zit er in die vaststelling al

<sup>70</sup> Hubben 1990, p. 14. Stolwijk 2009, p. 46. De Hullu 2012, p. 266-267. Arendse & Dolman 2013, f. opzet/ schuld. Mevis 2013, p. 896.

<sup>71</sup> Sikkema 2010, p. 4.

<sup>72</sup> Hubben 1990, p. 14. De Hullu 2012, p. 268. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 8.

<sup>73</sup> Hubben 1990, p. 14. De Hullu 2012, p. 267. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 19.

<sup>74</sup> Voor de toerekening van opzet of schuld (culpa) aan de rechtspersoon, is niet van beslissende betekenis of de arts in loondienst of als toegelaten specialist in het ziekenhuis werkzaam is. Hubben 1990, p. 15.

<sup>75</sup> De Hullu 2012, p. 268. Arendse & Dolman 2013, f. opzet/ schuld. Memorie van Antwoord 1975/1976, p. 19.

<sup>76</sup> Opzet en schuld (culpa) kunnen ook gecombineerd vanuit meerdere invalshoeken bewezen worden. Topping spreekt in dit verband van 'bijeengeharkte, gefragmenteerde opzet of schuld (culpa)'. Het gaat erom of het totaal aan opzet of schuld (culpa) voldoende is voor het toerekenen van opzet of schuld (culpa) aan de rechtspersoon. Topping 1984, p. 99 en 100. Hubben 1990, p. 14. De Hullu 2012, p. 269 en 270.

<sup>77</sup> De Hullu 2012, p. 269. Arendse & Dolman 2013, f. opzet/ schuld.

<sup>78</sup> Hubben 1990, p. 29. Stolwijk 2009, p. 57. De Hullu 2012, p. 269. Rb. Leeuwarden 23 december 1987, NJ 1988, 981 (Stichting X, ziekenhuis), strafmotivering.



belangrijke subjectieve elementen verborgen. Met name 'aanvaarding' is het sleutelbegrip en de toerekening van de gedraging loopt dan als het ware geruisloos over in de vaststelling van schuld (culpa).<sup>79</sup> Dat een rechtspersoon geen psyche vergelijkbaar met een natuurlijk persoon heeft, lijkt -zo laat Stichting X, ziekenhuis arrest zien- derhalve geen issue op te leveren met betrekking tot het redelijkerwijs toerekenen van culpa (schuld) aan een rechtspersoon (i.e. het ziekenhuis).

#### 1.2.4: De verbreding van de institutionele aansprakelijkheid (Mevis)

Mevis attendeert in zijn preadvies 'Gezondheidsrecht en strafrecht: ontwikkelingen in een niet altijd even gemakkelijke relatie' erop dat het (medisch) strafrecht 'oprukt', wegens een veranderde opvatting over de taak, de reikwijdte en de inhoud van het strafrecht in zijn algemeenheid.<sup>80</sup> Hij wijst in dit kader naar "de alom onderkende versterkte instrumentaliteit van strafbaarheid."<sup>81</sup> De overheid grijpt steeds makkelijker naar strafbaarstelling als instrument om veiligheid te garanderen en risico's tegen te gaan. De burger lijkt dit -volgens Mevis- ook steeds meer te verwachten. Hij meent:

"Als er gevolgen van risicovol gedrag intreden [...], klinkt de vraag (om niet te zeggen: de roep) naar strafrechtelijke aansprakelijkheid steeds gemakkelijker en nadrukkelijker."<sup>82</sup>

Dat betekent dat in voorkomende gevallen eerder strafrechtelijk vervolgd dient te worden en ook vervolgd zal worden, aldus Mevis.<sup>83</sup>

Deze ontwikkeling heeft een verschuiving ten aanzien van de grondslag van de aansprakelijkheid meegebracht: van het traditionele daderschap ter zake van een strafbaar gestelde lichamelijke gedraging, naar een moderne aansprakelijkheid voor het intreden van een gevolg.<sup>84 85</sup> Startend vanuit een rechtsinbreuk, wordt de inzet van het strafrecht steeds meer bepaald wegens de gevoelde ongewenstheid van het resultaat waartegen opgetreden moet worden (bijvoorbeeld de dood van een patiënt).<sup>86</sup> Het resultaat wordt toegedicht aan degene die, om enige reden, voor dat resultaat -het meest- verantwoordelijk gehouden wordt en die daarmee strafrechtelijk aansprakelijk is. Dat leidt in voorkomende gevallen tot meer discussie over de vraag wie aansprakelijk is: de arts en/of het ziekenhuis?<sup>87</sup>

Hoewel deze -kritisch te bekijken- ontwikkeling pleit voor een alerter strafrechtelijk vervolgingsbeleid van het ziekenhuis (zie: Hoofdstuk 3, p. 33), is in kader van dit hoofdstuk van belang dat met het Drijfmestarrest de institutionele aansprakelijkheid verbreed is:<sup>88</sup>

"Van belang is de constatering dat de beslissing [i.e. het Drijfmestarrest] bijdraagt aan een verruimde discussie wie in een concrete strafzaak nu precies de strafrechtelijk aansprakelijk te stellen persoon is."<sup>89</sup>

<sup>79</sup> Hornman 2010, p. 9. De Hullu 2012, p. 270.

<sup>80</sup> Mevis 2007, p. 126 en 169.

<sup>81</sup> Mevis 2007, p. 169.

<sup>82</sup> Ibid, p. 126.

<sup>83</sup> Ibid, p. 133 en 134.

<sup>84</sup> Hubben 2007, p. 1. Ibid, p. 128.

<sup>85</sup> In toenemende mate treden daarom naast de aloude lichamelijke gedraging, ook de grondslagen op als 'onvoldoende toezicht gehouden hebbende' of 'een strafbaar feit niet voorkomen in een situatie waarin daartoe wel de mogelijkheid bestond.' Mevis 2007, p. 129 en 132.

<sup>86</sup> Ibid, p. 128.

<sup>87</sup> Ibid, p. 128, 129, 131 en 132.

<sup>88</sup> Mevis maakt de kritische kanttekening dat -denkend vanuit het resultaat- de optie dat niemand voor een bepaalde rechtsgoedinbreuk strafrechtelijk aansprakelijk is, niet uit het vizier moet verdwijnen. Ibid, p. 131.

<sup>89</sup> Ibid, p. 148.

Middels het arrest kan niet alleen op grond van eigen ouderschap (conform de IJzerdraadcriteria) het nalaten van het creëren van een verantwoorde zorgomgeving tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van het ziekenhuis leiden, maar kan thans ook de fout van een individuele arts aan het ziekenhuis toegerekend worden op basis van de 'overige omstandigheden' (zie: rechtsoverweging 3.4).<sup>90 91</sup> Het ziekenhuis kan derhalve tegenwoordig gemakkelijker object worden van rechtshandhaving in plaats van dan wel naast de arts.<sup>92 93</sup> Het afzijdige vervolgingsbeleid van het OM lijkt daarmee haaks te staan op de juist verruimde mogelijkheden het ziekenhuis als rechtspersoon strafrechtelijk te vervolgen.

### 1.3: Het ziekenhuis als rechtspersoon

#### 1.3.1: Een privaat- dan wel een publiekrechtelijk rechtspersoon

De wetgever heeft in artikel 51 Sr geen definitie van het begrip rechtspersoon gegeven. Volgens De Hullu ligt het in de rede om -en is het tevens bedoeld- aansluiting te zoeken bij het civiele recht dat een onderverdeling kent in kerkgenootschappen, publiek- en privaatrechtelijke rechtspersonen (artikel 2:1-2:3 van het Burgerlijk Wetboek (BW)).<sup>94</sup> Het derde lid van artikel 51 Sr geeft zelfs een aanvulling op de civielrechtelijke regeling door uit te gaan van een ruimer begrip.<sup>95</sup> Het ziekenhuis lijkt -relevante literatuur ontbreekt op dit punt- gekarakteriseerd te kunnen worden als een niet-ideaaltypische organisatie: het 'perifeer' en het 'academisch' ziekenhuis kan respectievelijk als een privaatrechtelijk (artikel 2:3 BW) en een publiekrechtelijk rechtspersoon (artikel 2:1 BW) geclassificeerd worden.

Akveld stelt met betrekking tot artikel 17 van de Wet afbreking zwangerschap, welk artikel ziet op de strafbaarstelling van een ziekenhuis in strijd met deze wet en dat in samenhang gelezen dient te worden met artikel 51 Sr, dat een ziekenhuis een rechtspersoon is waarvan de werkzaamheden in beginsel niet gericht zijn op het maken van winst. Hieruit zou volgen dat een perifeer ziekenhuis een stichtingsvorm (artikel 2:285 BW) dan wel een verenigingsvorm (artikel 2:26 BW) kent.<sup>96</sup> Dat er steeds meer uitzonderingen komen op deze 'stelling' van Akveld bewijst bijvoorbeeld het Slotervaartziekenhuis, dat in 2008 als eerste ziekenhuis een besloten vennootschap is geworden.<sup>97 98</sup> Desalniettemin, lijken perifere ziekenhuizen gecategoriseerd te kunnen worden als privaatrechtelijke rechtspersonen met een publieke taak.

Conform artikel 1.8 lid 2 jo. 1.13 lid 2 van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, welke leden verwijzen voor een opsomming van ziekenhuizen met

---

<sup>90</sup> Ibid, p. 147 en 148.

<sup>91</sup> In het Zweedse band arrest, waarin een verpleeghuis veroordeeld wordt voor het delict dood door schuld, stelt de rechtbank ouderschap vast op grond van de 'overige omstandigheden' met de volgende overweging: "De rechtbank stelt op basis van het dossier en het verhandelde ter zitting vast, dat de betrokken verplegende en verzorgende werkzaam waren voor de Stichting en dat hun werkzaamheden, in casu het in bed fixeren van een patiënt met behulp van een Zweedse band, pasten binnen de normale bedrijfsuitvoering van de Stichting en daaraan een bijdrage leverden, dienstig waren. [...] Het aanleggen van de Zweedse band gebeurde met het oog op het voorkomen van verwondingsgevaar bij de heer [het slachtoffer]. Het voorkomen van letsel bij patiënten behoort tot de opdracht van de verpleeginstelling in het kader van de zorgverlening." Rb. Rotterdam 12 december 2008, *LJN* BG6738, ouderschap. Zie ook: Paragraaf 3.3.4: Normhandhaving en normbevestiging, p. 39.

<sup>92</sup> Ibid, p. 149.

<sup>93</sup> Aansprakelijkheid kan ook ontstaan als er in een keten van hulpverlening fouten gemaakt zijn die op zichzelf genomen te licht zijn voor een individueel strafrechtelijk verwijt, terwijl in de cumulatie van omstandigheden bij het ziekenhuis als instelling wel sprake van strafrechtelijke schuld kan zijn. Ook dit past volgens Mevis bij de ontwikkeling naar een versterkte aansprakelijkheidstelling in ons strafrecht. Mevis 2007, p. 148-150.

<sup>94</sup> De Hullu 2012, p. 117.

<sup>95</sup> Stolwijk 2009, p. 53. De Hullu 2012, p. 117. Arendse & Dolman 2013, 1b. begrip 'rechtspersoon' (lid 3), Mevis 2013, p. 894.

<sup>96</sup> Akveld 2008, p. 24.

<sup>97</sup> Slotervaartziekenhuis 2013, privaat ziekenhuis.

<sup>98</sup> Zie ook: Paragraaf 3.3.3: De gereuleerde marktwerking in de zorg, p. 38.

rechtspersoonlijkheid naar onderdeel j van de bijlage van de wet, kan een academisch ziekenhuis gekenmerkt worden als een publiekrechtelijk rechtspersoon bij of krachtens de wet (artikel 2:1 lid 2 BW).<sup>99</sup> Het is een rechtspersoon sui generis.<sup>100</sup> Publiekrechtelijke rechtspersonen hebben onder bepaalde omstandigheden 'strafrechtelijke immuniteit' (zie: volgende paragraaf). Schalken bespreekt in zijn noot bij EHRM 12 januari 2012, nrs. 36146/05 en 42418/05 m.nt. Schalken (Gorovenko & Bugara tegen Oekraïne) de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de politie als een publiekrechtelijk rechtspersoon sui generis en stelt vast dat er een wankele 'dogmatische basis' voor vervolgbaarheid bestaat. Hij merkt op:

"Het is niet onbegrijpelijk dat het OM in het nieuwe politiebestedel [...] er weinig voor voelt om de politie voor structureel wanbeleid [...] strafrechtelijk ter verantwoording te roepen, terwijl het niet eens zeker is dat het OM die bevoegdheid toekomt."<sup>101</sup>

Ten aanzien van academische ziekenhuizen kan hetzelfde afgevraagd worden: vormt het feit dat zij publiekrechtelijke rechtspersonen zijn -en dus mogelijk strafrechtelijke immuniteit hebben- een vervolgingsbeletsel voor het OM? Kan dit wellicht deels het afzijdige vervolgingsbeleid verklaren (immers niet betreft perifere ziekenhuizen)?

### 1.3.2: De strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen

In 1976 heeft de strafrechtelijke immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen bij de introductie van artikel 51 Sr enige aandacht van de wetgever gekregen. Ook hier, net als bij de invoering van het artikel zelf, zijn echter nadere keuzes van de weerbarstige materie aan de rechtspraak overgelaten.<sup>102</sup> De Memorie van Toelichting geeft wel een kader voor de rechtspraak aan: geen algemene uitsluiting van vervolging of strafbaarheid, maar een beoordeling van geval tot geval waarbij vooral de context van de gedraging van belang geacht wordt. Het volgende wordt hierover vermeld:

"De meest voor de hand liggende differentiatie is dan wel die waarbij onderscheid wordt gemaakt al naar gelang het strafbare feit is te plaatsen in het verband van de algemene of specifieke bestuurstaak waarmee het publiekrechtelijk lichaam is belast dan wel is gepleegd binnen het kader van een ondernemingsactiviteit die ook door particulieren wordt of kan worden verricht."<sup>103</sup>

In het laatste geval zou strafrechtelijke vervolging, gelet op het gelijkheidsbeginsel, wel mogelijk moeten zijn.<sup>104</sup> In de jurisprudentie is vooral de positie van lagere publiekrechtelijke rechtspersonen aan de orde geweest, welke -zo bleek- slechts beperkte immuniteit genieten.<sup>105 106</sup>

Voor strafrechtelijke immuniteit is allereerst vereist dat een publiekrechtelijk rechtspersoon een 'openbaar lichaam' is in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet (Gw).<sup>107</sup> De wet geeft echter geen uitputtende opsomming van deze lichamen en ook is niet duidelijk

<sup>99</sup> Zij verlenen volgens artikel 1.4 lid 1 van diezelfde wet niet alleen patiëntenzorg, maar staan ook mede ter dienste van het wetenschappelijk geneeskundig onderwijs en onderzoek aan de openbare universiteiten waaraan zij verbonden zijn.

<sup>100</sup> Maeijer 1997, p. 181. Schlössels & Stroink 2010, p. 49.

<sup>101</sup> EHRM 12 januari 2012, nrs. 36146/05 en 42418/05, NJ 2012, 315 m.nt. Schalken (Gorovenko & Bugara tegen Oekraïne), noot Schalken.

<sup>102</sup> De Hullu 2012, p. 120 en 121. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 20-21.

<sup>103</sup> Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 21.

<sup>104</sup> "In het eerste geval, dus wanneer het publiekrechtelijk lichaam als bestuurder heeft gehandeld, zal de verantwoording behoren te geschieden aan de instellingen en organen die daartoe in het staats- en administratieve recht in het bijzonder voor zijn aangewezen." *ibid.*

<sup>105</sup> Mevis 2007, p. 895. De Hullu 2012, p. 121. Arendse & Dolman 2013, 2e. Publiekrechtelijke rechtspersonen.

<sup>106</sup> Het Vliegbasis Volkel arrest (HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598 m.nt. Corstens) maakt duidelijk dat voor de Nederlandse Staat andere overwegingen gelden dan ten aanzien van lagere overheden: de Staat der Nederlanden geniet absolute strafrechtelijke immuniteit.

<sup>107</sup> Stolwijk 2009, p. 61.

wanneer sprake is van een openbaar lichaam ex artikel 134 Gw.<sup>108</sup> <sup>109</sup> Daarnaast moest conform het Pikmeer I arrest (HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 513 m.nt. De Jonge & Knigge), om vervolging uit te sluiten, de ten laste gelegde gedraging begaan zijn in de uitvoering van een -bij de wet opgedragen- bestuurstaak.<sup>110</sup> De Hoge Raad heeft in het Pikmeer II arrest (HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 m.nt. De Hullu) het taakcriterium van decentrale overheden beperkt tot slechts die zeldzame gedragingen die:

“[...] naar haar aard en gelet op het wettelijke systeem rechtens niet anders dan door betrokken bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan dat openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen.”<sup>111</sup>

Tot op heden is slechts eenmaal een ziekenhuis, zijnde een stichting (i.e. een perifeer ziekenhuis), strafrechtelijk veroordeeld voor verrichtingen in het kader van zorgverlening: Stichting X, ziekenhuis. Geen uitsluitel kan dus gegeven worden of een academisch ziekenhuis strafrechtelijke immuniteit heeft en derhalve niet vervolgbaar is. Toch lijkt dit niet waarschijnlijk, gezien dat ziekenhuizen op gelijke voet zorg verlenen en dus ook gelijk vervolgbaar dienen te zijn.<sup>112</sup> Bovendien is op 11 juni 2013 het wetsvoorstel 30 538, getiteld ‘Opheffing strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers’, aangenomen in de Tweede Kamer. Het wetsvoorstel strekt ertoe rechtspersonen -met uitzondering van de Staat- op gelijke voet vervolgbaar te stellen.<sup>113</sup> Al met al lijkt het OM academische ziekenhuizen strafrechtelijk te mogen vervolgen en deze conclusie verklaart daarmee niet (deels) het afzijdige vervolgingsbeleid van het OM ten aanzien van ziekenhuizen.

#### 1.4: Conclusie en afsluitende opmerkingen

In dit hoofdstuk is de vraag gesteld of er een afdoende juridisch -wettelijk en/of jurisprudentieel- kader aanwezig is om het ziekenhuis als rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk te stellen. Conform artikel 51 Sr kan sinds 1976 een strafbaar feit niet alleen door een natuurlijk persoon worden begaan, maar ook door een rechtspersoon (i.e. ziekenhuis). Een rechtspersoon kan als dader van een strafbaar feit aangemerkt worden, indien de desbetreffende gedraging (zoals dood door schuld, artikel 307 Sr) redelijkerwijs aan hem toegerekend kan worden. De wet bevat geen maatstaven voor de vaststelling hieromtrent. De wetgever heeft destijds niet voorzien in een weldoordachte dogmatische onderbouwing en artikel 51 Sr laat dan ook meer vragen open dan het beantwoordt. Het uitpluizen van de complexe materie is aan de rechter overgelaten en de Hoge Raad heeft met het Drijfmestarrest

<sup>108</sup> Visser 2001, p. 231. Brants & De Lange 1996, p. 27.

<sup>109</sup> Het is onduidelijk waarom de Hoge Raad gekozen heeft voor het criterium openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet voor niet vervolgbaarheid. De literatuur is verdeeld wanneer sprake is van een openbaar lichaam: de wetgever lijkt bij het toekennen van de eigenschap van openbaar lichaam enigszins willekeurig -althans niet systematisch- te werk zijn gegaan. Brants & De Lange 1996, p. 3. Schlössels & Stroink 2010 p. 45. Sikkema 2010, p. 231.

<sup>110</sup> Visser 2001, p. 231. Mevis 2007, p. 895. Stolwijk 2009, p. 61-62. Corstens 2011, p. 188. De Hullu 2012, p. 121. Arendse & Dolman 2013, 2e. Publiekrechtelijke rechtspersonen.

<sup>111</sup> HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 m.nt. De Hullu (Pikmeer II), 5.7.

<sup>112</sup> De Memorie van Toelichting merkt hierover op: “Wanneer de publiekrechtelijke rechtspersoon als ondernemer heeft gehandeld bestaat er geen voldoende grond haar anders te bejegenen dan privaatrechtelijke rechtspersonen die dezelfde of vergelijkbare ondernemingsactiviteiten verrichten. Ook voor privaatrechtelijke rechtspersonen zal kunnen gelden dat zij (mede) het algemeen belang dienen. Daarmee zijn zij echter nog niet gevrijwaard van een strafrechtelijke vervolging [...], voor door de overheid gedreven ondernemingen en bedrijven zal in beginsel hetzelfde moeten gelden.” Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 21.

<sup>113</sup> De Hullu 2012, p. 124 en 125. Arendse & Dolman 2013, 2e. Publiekrechtelijke rechtspersonen. Bijzonder strafrecht 2013, alinea 1. Kesteloo 2013, p. 23. Mevis 2013, p. 895. Memorie van Toelichting 2007/ 2008, 5.1. opheffen immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen.

hieraan invulling gegeven. Door het gebruik van vrij vage, open termen en een tamelijk complexe opsomming van diverse criteria, heeft het arrest zeker niet alle vragen opgelost met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon: nadere uitweiding hieromtrent door de Hoge Raad is dus gewenst en nodig.

Toch biedt de uitspraak wel houvast door een (niet-limitatieve) opsomming van ruime maatstaven om de gedraging aan de rechtspersoon toe te rekenen afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Met betrekking tot het ziekenhuis betekent dit, dat strafrechtelijke aansprakelijkheid kan volgen op grond van eigen ouderschap conform de IJzerdraadcriteria (wegens het nalaten van het creëren van een verantwoorde zorgomgeving) en door toerekening van een fout van een individuele arts op basis van de 'overige omstandigheden'. Traditionele bezwaren als het vaststellen van fysiek ouderschap en culpa (schuld) bij de rechtspersoon lijken geen problemen op te leveren, zoals het Stichting X, ziekenhuis arrest laat zien. Tevens is het niet waarschijnlijk dat academische ziekenhuizen -die gekarakteriseerd lijken te kunnen worden als publiekrechtelijke rechtspersonen- strafrechtelijke immuniteit hebben, gezien zij op gelijke voet zorg verlenen als perifere/ privaatrechtelijke ziekenhuizen.

Kortom, hoewel de strafbaarstelling van de rechtspersoon -conform artikel 51 Sr, de invulling middels het Drijfmestarrest en het ziekenhuis als ondernemingsvorm- inhoudelijk dus aan duidelijkheid te wensen overlaat, kan een rechtspersoon in theorie strafrechtelijk aansprakelijk gesteld worden. Dat dit mogelijk is liet het arrest Stichting X, ziekenhuis al in 1987 zien. De Hoge Raad heeft met het Drijfmestarrest zelfs uitbreiding gegeven aan de institutionele aansprakelijkheid ten opzichte van eerdere rechtspraak: het ziekenhuis kan thans gemakkelijk(er) object worden van rechtshandhaving in plaats van dan wel naast de arts. Het juridisch kader lijkt dan ook voldoende toereikend om een ziekenhuis als rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk te kunnen stellen en zal niet 'de reden' vormen dat ziekenhuizen zelden of niet vervolgd worden in de praktijk. Dit afzijdige vervolgingsbeleid en drie (praktische) redenen, die mogelijkwijs de afzijdige houding van het OM -wel- kunnen verklaren, worden belicht in het volgende hoofdstuk.

## Hoofdstuk 2: De feitelijke situatie - De strafrechtelijke vervolging van het ziekenhuis in de praktijk

### 2.1: Inleiding

Een driejarig leukemiepatiëntje overlijdt op 31 januari 2000 na toediening van een injectie van het geneesmiddel 'vincristine.' De dodelijke spuit is door een reeks van fouten op de operatiekamer van het Leids Universitair Medisch Centrum (LUMC) terechtgekomen. Een arts-assistent niet in opleiding wordt vervolgd voor het delict dood door schuld (artikel 307 jo. 309 Sr). Hij is als dienstdoende arts op de dag van de toediening van de dodelijke injectie in de operatiekamer eindverantwoordelijk voor de medische behandeling van het patiëntje.<sup>114</sup> De arts wordt vrijgesproken: rb. 's-Gravenhage, 19 december 2002, *LJN AF2320* (LUMC). Het nalaten van de vereiste eindcontrole(s) op alle door hem toe te dienen medicatie in de operatiekamer, leveren -door de 'belabberde' werkomstandigheden- niet de vereiste aanmerkelijke schuld op.<sup>115</sup> De rechtbank overweegt daartoe:

"[...] [De verdachte] was destijds als arts-assistent niet in opleiding pas drie weken werkzaam op de afdeling kinderoncologie, hij moest op dat moment werken onder bijzonder grote werk- en tijdsdruk en in een onaangename sfeer op de operatiekamer, hij was ter zake van deze specifieke ingreep nog onervaren en niet of nauwelijks, laat staan eenduidig geïnstrueerd door de verantwoordelijke specialisten -voor zover aanwezig-, en hij was ondanks eerdere incidenten bij gebreke van een duidelijk protocol ook niet of onvoldoende duidelijk gewaarschuwd voor het specifieke gevaar van een spuit intraveneuze vincristine in de operatiekamer gegeven de in dit opzicht volstrekt onverantwoordelijke werkwijze binnen het ziekenhuis."<sup>116</sup>

"Dat de leidinggevendenden van het ziekenhuis in januari 2000 al bij hun overige bezigheden kennelijk uit het oog zijn verloren dat de patiëntenzorg voorop hoort te staan, kan de verdachte niet worden verweten."<sup>117</sup>

Het aan de arts te maken schuldverwijt valt volgens de rechtbank in het niet bij de 'verontrustende keten van onachtzaamheden en ernstige nalatigheden aan de zijde van de ziekenhuisorganisatie.'<sup>118</sup> Volgens Mevis vraagt de rechtbank zich "nog net niet af waarom de arts wel en het ziekenhuis niet wordt vervolgd."<sup>119</sup> Want hoewel de arts uit het LUMC vrij uitging, omdat er zoveel mis was met de organisatie, zag het OM geen aanleiding om het ziekenhuis te vervolgen. "Wie naar een dergelijk incident onderzoek doet, komt al gauw tot de conclusie dat het meestal niet om een incident gaat," zo stelt Hubben.<sup>120</sup> Bij Hubben bestaat de indruk dat het gemakkelijker is een arts te vervolgen, dan om onderzoek te doen naar de aansprakelijkheid van de bestuurlijke context waarbinnen het medisch falen plaats heeft kunnen vinden.<sup>121</sup>

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal hoe het vervolgingsbeleid van het OM ten aanzien van ziekenhuizen in de praktijk getypeerd kan worden. In paragraaf 2.2 wordt eerst een medische strafzaak gedefinieerd en uitgelegd onder welke omstandigheden een ziekenhuis strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kan worden. Ook wordt het vervolgingsbeleid voor en na de

<sup>114</sup> Rb. 's-Gravenhage 19 december 2002, *LJN AF2320* (LUMC), strafmotivering.

<sup>115</sup> *Ibid.*, vrijspraak.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> *Ibid.*, strafmotivering.

<sup>118</sup> Hubben 2007, p. 4 en 5. Rb. 's-Gravenhage 19 december 2002, *LJN AF2320* (LUMC), vrijspraak.

<sup>119</sup> Hubben 2007, p. 4 en 5. Mevis 2007, p. 147.

<sup>120</sup> Hubben 2007, p. 3.

<sup>121</sup> Hubben 2007, p. 4. Mevis 2007, p. 147 en 148.

komst van het Expertisecentrum Medische Zaken belicht. Zoals in het vorige hoofdstuk duidelijk geworden is, is voor een afzijdig beleid van het OM als het om ziekenhuizen gaat in theorie weinig reden (meer). Toch wordt geconcludeerd dat dit wel de feitelijke situatie is: ziekenhuizen worden in de praktijk zelden of niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld. In paragraaf 2.3 worden drie mogelijke redenen hiervoor gegeven. Benadrukt dient te worden dat deze opgave van redenen de visie van de auteur reflecteert (literatuur ontbreekt hieromtrent) en nader onderzoek is dan ook vereist.

## **2.2: Het vervolgingsbeleid van het OM in medische strafzaken**

### *2.2.1: Medische strafzaken en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van het ziekenhuis*

Volgens de 'Aanwijzing feitenonderzoek/ strafrechtelijk onderzoek en vervolging in medische zaken' (Aanwijzing (medische zaken)) is een 'medische (straf)zaak':

"[...] [Een] zaak waarin het medisch handelen of nalaten van een persoon [natuurlijk persoon of rechtspersoon] die werkzaam is in de (geestelijke) gezondheidszorg of de alternatieve gezondheidssector, een redelijk vermoeden oplevert van schuld aan enig strafbaar feit zoals bedoeld in artikel 27 Sr [bijvoorbeeld artikel 307 (jo. 309) Sr]."<sup>122 123</sup>

Voor de vervulling van de delictsomschrijving van artikel 307 (jo. 309) Sr dienen aan drie cumulatieve voorwaarden voldaan te zijn. Ten eerste, er dient een bepaalde zorgvuldigheidsnorm overtreden te zijn.<sup>124</sup> Ten tweede, er dient causaal verband te bestaan tussen het schenden van die norm en de dood van de patiënt volgens 'de leer van de redelijke toerekening.. Een probleem hierbij vormt dat bewezen moet worden dat bij correct handelen de dood niet ingetreden zou zijn. Tenslotte, de dader is schuldig in de strafrechtelijke betekenis van het woord.<sup>125</sup>

Het OM zal alleen strafrechtelijk vervolgen indien alle bestanddelen van een strafbaar feit bewijsbaar zijn en als de vervolging opportuun is conform artikel 167 lid 2 van het Wetboek van Strafvordering (Sv).<sup>126</sup> Volgens het Expertisecentrum Medische Zaken zijn er in totaal 122 overlijdens in 2012 gemeld waarbij sprake was van een 'niet-natuurlijke dood' met een causaal verband met de medische behandeling.<sup>127</sup> Volgens het Expertisecentrum staan in 2013 daarvan in ieder geval twee zaken op zitting.<sup>128</sup> In geval een arts in een zorgomgeving -zoals een ziekenhuis- werkt, kan de vraag rijzen of de schuld bij de individuele arts ligt dan wel of zijn handelen (ook) beïnvloed wordt door zijn werkomgeving, voor de inrichting waarvan het ziekenhuis verantwoordelijk is. De omstandigheden waaronder de medische fout gemaakt is, zijn factoren die van belang zijn bij de afweging of en zo ja, wie er vervolgd moet worden.<sup>129</sup>

Legemaate maakt uit de zaken hof Arnhem 21 september 2009, *LJN* BN7748 en rb. Zutphen 10 oktober 2008 *LJN* BF7537 op dat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van

<sup>122</sup> Aanwijzing medische zaken 2010, definitie medische zaak.

<sup>123</sup> De verdachte moet gehandeld hebben in context van de normale beroepsuitoefening of de taakopvatting: zeden- of vermogensdelicten vallen er daardoor buiten. Nalaten houdt in dat de verdachte -gelet op zijn deskundigheid- redelijkerwijs had dienen te handelen. Mevis 2011(b), p. 104. Ibid.

<sup>124</sup> Zie: Paragraaf 2.3.2: Hoe dient de zorgvuldigheidsnorm van het ziekenhuis ingevuld te worden?, p. 28.

<sup>125</sup> Smeehuijzen 2000, p. 131. Leenen, Dute & Kastelein 2008, p. 396. Cleiren 2013, causaal verband/ tijdsverloop. Aanwijzing medische zaken 2010, strafrechtelijke vervolging, bewijs en opportuniteit.

<sup>126</sup> Drujst 2009, p. 143. Aanwijzing medische zaken 2010, strafrechtelijke vervolging, bewijs en opportuniteit.

<sup>127</sup> "Een niet-natuurlijke dood is elk overlijden dat (mede) het gevolg is van uitwendig geweld, ook wanneer dit niet door menselijk toedoen is veroorzaakt, alsmede een overlijden waarbij sprake is van opzet of schuld." Trentelman 2008, p. 10.

<sup>128</sup> Openbaar Ministerie 2013, p. 16.

<sup>129</sup> Hubben 1990, p. 5. Mevis 2007, p. 146 en 148. Drujst 2009, p. 141. Legemaate 2011, p. 3.

individuele personen mede bepaald wordt door de mate waarin de organisatie waarin zij werken, de voorwaarden voor een goede taakvervulling gecreëerd heeft.<sup>130</sup> <sup>131</sup> Zo overweegt het hof in het eerste arrest:

“Naar het oordeel van het hof wordt de door verdachte gemaakte fout in belangrijke mate mede in de hand gewerkt door de organisatorische omgeving waarin hij zijn werkzaamheden moest verrichten [...] [Het] gaat [...] in die omstandigheden te ver om verdachte de door hem gemaakte fout in strafrechtelijke zin aan te rekenen als grof of aanmerkelijk onachtzaam of nalatig.”<sup>132</sup>

De ‘constatering’ van Legemaate lijkt in het LUMC arrest bevestigd te worden.<sup>133</sup> Het ziekenhuis komt met name in beeld indien een beleid gevoerd wordt waardoor risico’s ontstaan in termen van welbewust of passief aanvaarden.<sup>134</sup> Schalken merkt in dit kader hierover op:

“[...] [Heeft] het ziekenhuis verwijtbaar, welbewust of onzorgvuldig, een situatie laten ontstaan waardoor een verhoogd risico ontstond op calamiteiten, bijvoorbeeld door dokters bij binnenkomst slecht te screenen of het personeel slecht op te leiden dan wel geen instructies te geven of in strijd met dwingende signalen geen of onvoldoende maatregelen te nemen om het ontstaan van een medisch risico te voorkomen of de kans op een calamiteit te verminderen[?]”<sup>135</sup> <sup>136</sup>

Het nalaten van het creëren van een verantwoorde zorgomgeving waardoor een patiënt overlijdt, kan dus onder omstandigheden strafrechtelijke repercussies hebben voor het ziekenhuis en juist de arts vrijpleiten.<sup>137</sup> Toch wordt het ziekenhuis ondanks de mogelijkheden hiertoe, in de praktijk zelden of niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld.

### 2.2.2: *Het OM houdt zich te afzijdig (Hubben)*

Hubben respondeert in zijn referaat ‘Naar een alerter strafrecht in de gezondheidszorg’ op het preadvies van Mevis.<sup>138</sup> Op de stelling van Mevis dat het (medisch) strafrecht oprukt, reageert Hubben als volgt:

“Is hij van mening dat het strafrecht thans reeds aan het ‘oprukken’ is of dat het strafrecht dat in de toekomst veel meer zou moeten doen? Of bedoelt hij te zeggen dat op grond van, verruimde strafrechtelijke aansprakelijkheidsstelling de verwachting kan worden gerechtvaardigd dat het OM gemakkelijker tot vervolging zal overgaan of dient over te gaan? [...]”

Want de huidige werkelijkheid laat toch moeilijk de conclusie toe dat het OM op medisch terrein sturing aan de rechtshandhaving geeft. Dat is nu juist het probleem. Waar is het OM?”<sup>139</sup>

Volgens hem is het beleid van het OM in medische strafzaken niet anders dan als (veel) te ‘afzijdig’ te typeren en waar het OM wel tot ‘een beslissing’ komt, kenmerkt dit beleid zich door ‘willekeur’.<sup>140</sup> Hij heeft deze conclusie al in zijn oratie in 1989 getrokken en trekt dezelfde slotsom weer in zijn referaat in 2007.<sup>141</sup>

Hubben is van mening dat ten aanzien van zorgverleners (zoals artsen) het vervolgingsbeleid door een grote mate van inconsistentie gekarakteriseerd wordt.<sup>142</sup> Officieren van justitie nemen in de praktijk sterk uiteenlopende beslissingen in min of meer

<sup>130</sup> Legemaate 2011, p. 3.

<sup>131</sup> De zaken hof Arnhem 21 september 2009, L/JN BN7748 en rb. Zutphen 10 oktober 2008 L/JN BF7537 betreffen respectievelijk een helikopterongeluk tijdens Landmachtdagen en een fatale boottocht georganiseerd voor medewerkers van het Kruitvat.

<sup>132</sup> Hof Arnhem 21 september 2009, L/JN BN7748, vrijspraak.

<sup>133</sup> Legemaate verklaart dat “[...] [de zaak laat] zien dat verantwoordelijkheid die ogenschijnlijk bij het individu ligt, toch als verantwoordelijkheid van de instelling moet worden gezien.” Legemaate 2011, p. 3.

<sup>134</sup> Schalken 2013, p. 5.

<sup>135</sup> Ibid, p. 6.

<sup>136</sup> Andere omstandigheden die bijvoorbeeld van belang kunnen zijn: de wijze waarop supervisie geregeld is, de mogelijkheid van overleg met en de reactie van de leidinggevende(n) tijdens dat overleg (dat dit een fataal gevolg kan hebben, laat de Ramgoelam zaak zien), de werkdruk en of er voldoende personeel aanwezig is. Drujst 2009, p. 141.

<sup>137</sup> Schalken 2013, p. 6.

<sup>138</sup> Zie: Paragraaf 1.2.4: De verbreding van de institutionele aansprakelijkheid (Mevis), p. 17.

<sup>139</sup> Hubben 2007, p. 2.

<sup>140</sup> Hubben 1990, p. 24. Ibid. Legemaate 2011, p. 2.

<sup>141</sup> Hubben 1990, p. 24. Hubben 2007, p. 4

<sup>142</sup> Hubben 2007, p. 4. Legemaate 2011, p. 2.



overeenkomstige gevallen.<sup>143</sup> Niet alleen zouden officieren empathie met het medische beroep hebben, maar dit zou ook geschieden door een gebrek aan medische deskundigheid. Dit leidt soms tot een te zwaar aangezette reactie van een officier jegens een dokter, echter in de meeste gevallen tot een ongewenste terughoudendheid ('koudwatervrees').<sup>144</sup> Hubben wijst in dit verband op de zaken Millecam en Vencken:

"De starheid waarmee het OM het sepot in de zaak Millecam is blijven verdedigen [ondanks de zeer ernstige laakbaarheid in de zaak], is van dezelfde orde als de starheid waarmee het OM in 2004 wel een vervolging instelde in de zaak tegen de arts Peter Vencken, die een stervende en stikkende patiënt naast morfine tevens dormicum toediende, waarna kort daarop de dood intrad, een handelswijze die later door de straf- als de tuchtrechter niet als strafbaar c.q. onzorgvuldig werd aangemerkt en die we tegenwoordig onder palliatieve sedatie zouden rangschikken."<sup>145 146</sup>

Daarnaast is volgens Hubben het OM afzijdig -Legemaate noemt het zelfs 'onwillig'- in het vervolgen van ziekenhuizen in gevallen waarin de organisatorische defecten (i.e. grove en structurele gebreken in het creëren van een verantwoorde zorgomgeving binnen de eigen organisatie) geleid hebben tot strafbare feiten.<sup>147</sup> Zoals reeds vermeld is, is slechts eenmaal een ziekenhuis strafrechtelijk veroordeeld voor het delict dood door schuld (artikel 307 Sr): Stichting X, ziekenhuis.<sup>148</sup> Hubben heeft de indruk dat het gemakkelijker is een laag in de zorghiërarchie staande medewerker te vervolgen (zoals een medisch specialist), dan om onderzoek te doen naar de aansprakelijkheid van de bestuurlijke context waarbinnen het medisch falen plaats heeft kunnen vinden.<sup>149</sup> De LUMC zaak, maar ook de Ramgoelam zaak, lijkt deze indruk van Hubben te bevestigen: immers in beide zaken is de arts vervolgd en het ziekenhuis niet.<sup>150</sup>

### 2.2.3: De oprichting van het Expertisecentrum Medische Zaken

Gezien het geringe aantal medische zaken in verhouding tot andere strafzaken (verkeer, jeugdcriminaliteit, fraude, etc.) is het voor het OM lastig om de juiste expertise op te bouwen en op peil te houden. De bewerkelijkheid van de zaak staat veelal in schril contrast met de vaak symbolische straf die opgelegd wordt. Dit argument is evenwel aan de zijde van het OM gebruikt om het strafrecht slechts in bijzondere gevallen van stal te halen.<sup>151</sup> Hubben vraagt zich (retorisch) af of dat de juiste attitude is van een staatsorgaan dat met de rechtshandhaving belast is.<sup>152</sup> Ook kan volgens hem betwist worden of een dergelijke instelling past bij het officiële slachtoffervriendelijke beleid van het OM: namelijk de in afhankelijke positie verkerende patiënt die zelf, via een artikel 12 Sv-procedure, het strafrecht in beweging dient te brengen.<sup>153 154</sup>

<sup>143</sup> Smeehuijzen 2000, p. 139. Hubben 2007, p. 3.

<sup>144</sup> Hubben 2007, p. 3. Melchior 2007, p. 34.

<sup>145</sup> Hubben 2007, p. 3.

<sup>146</sup> Ernstige laakbaarheid in de zaak Millecam in de zin van ongeschikte behandelmethoden, uiterst deficiënte dossiervorming en geknoei met haar patiëntenkaart. In de zaak is uiteindelijk de strafvervolgving ingesteld, nadat het gerechtshof Amsterdam dit (ingevolge een artikel 12 Sv-procedure) bevolen had. Hubben 2007, p. 3. Hubben 2008, p. 1229. Hubben 2011, p. 115.

<sup>147</sup> Hubben 2007, p. 4. Legemaate 2011, p. 2.

<sup>148</sup> Zie: Hoofdstuk 1: Het juridisch kader- De strafrechtelijke vervolging van het ziekenhuis in theorie, p. 12.

<sup>149</sup> Hubben 2007, p. 4. Mevis 2007, p. 147 en 148.

<sup>150</sup> Zie: Inleiding, p. 7.

<sup>151</sup> Hubben 2007, p. 10. Melchior 2007, p. 35.

<sup>152</sup> Hubben 1990, p. 7 en 10.

<sup>153</sup> Hubben 2007, p. 7.

<sup>154</sup> Het aantal artikel 12 Sv-procedures in medische strafzaken is toegenomen in de afgelopen jaren. In ogenschouw dient genomen te worden dat naast een als inactief te bestempelen vervolgingsbeleid van het OM, deze stijging ook kan komen door het feit dat slachtoffers en nabestaanden in toenemende mate een strafrechtelijke vervolging lijken te zien als een mogelijkheid om persoonlijke genoegdoening te krijgen. Mevis 2007, p. 126. Drujst 2009, p. 141. Mevis 2011 (a), p. 555.

Van Eykelen, van het Expertisecentrum Medische Zaken (EMZ), geeft toe dat de kritiek terecht is voor hoe medische strafzaken in het verleden 'eraan toegingen':

"Medische zaken zijn ingewikkeld en soms weet een officier niet wat hij er mee aan moet. Als het bureau dan vol ligt met andere dingen, krijgt de zaak prioriteit nummer twaalf. Dat hebben wij [het EMZ] onderkend [...]"<sup>155</sup>

In 2001 is het Expertisecentrum opgericht, dat inhoudelijk en coördinerend werk verricht, nadat gebleken was dat medische strafzaken veelal moeizaam verliepen en er bij het OM behoefte bestond aan het vergroten van specialistische kennis op dit gebied.<sup>156</sup> Voor de oprichting van het EMZ hing het van de zaak af bij welke officier een zaak terecht kwam, de officier ging er naar 'eer en geweten' mee aan de slag. Nu dient (sinds 1 januari 2007) in beginsel elke medische strafzaak bij het Expertisecentrum gemeld te worden -de zogenoemde 'tegenspraakregel'- en hoeft niet meer telkens het wiel uitgevonden te worden.<sup>157</sup> Van Eykelen zegt hierover:

"[...] [Wij] spannen [...] ons in om het OM steeds beter en effectiever te laten worden in de afhandeling van medische strafzaken. Om het kennisniveau van medische én 'gewone' officieren over de zogenoemde medische zaken kwalitatief te verhogen en de aanpak steeds constanter te maken. Het is nog niet optimaal, maar het gaat steeds beter."<sup>158</sup>

Dat het EMZ een positieve (i.e. alerte) invloed heeft op het vervolgingsbeleid in medische strafzaken, beamen ook de andere twee geïnterviewden. Een willekeurig beleid ten aanzien van de vervolging van artsen lijkt -steeds meer- tot het verleden te behoren. Tevens is er thans om een consistent beleid te bereiken, de 'Aanwijzing medische zaken' (2010) door het College van procureurs-generaal opgesteld.<sup>159</sup> Een 'gemiste kans' is het echter volgens Legemaate dat in deze Aanwijzing de strafrechtelijke aansprakelijkheid van zorginstellingen vrijwel geheel buiten beschouwing blijft, in tegenstelling tot die van individuele beroepsbeoefenaren.<sup>160</sup> De Aanwijzing wekt dan ook niet de indruk dat er een verandering plaatsgevonden heeft in de afzijdige houding van het OM ten aanzien van de strafrechtelijke vervolging van ziekenhuizen.<sup>161</sup>

## **2.3: Drie mogelijke redenen voor een afzijdig vervolgingsbeleid**

### *2.3.1: Weinig vervolgingen van commune delicten ex artikel 51 Sr*

Met de invoering van artikel 51 Sr in 1976 kan gezegd worden dat in de loop van de tijd de strafrechtelijke aansprakelijkstelling van rechtspersonen 'gewoon' geworden is. Dat wil zeggen ten aanzien van economische, fiscale en milieudelicten.<sup>162</sup> Kesteloo merkt op:

"[...] [Daderschap] en aansprakelijkheid van rechtspersonen bij klassieke commune delicten uit het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht [getiteld: 'misdrijven'] lijken toch minder snel voor de hand te liggen."<sup>163</sup>

Op de site [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) zijn slechts achttien gepubliceerde strafzaken -inclusief het Zweedse band arrest (p. 39)- te vinden ten aanzien van het delict dood door schuld

<sup>155</sup> Melchior 2007, p. 35.

<sup>156</sup> Hubben 2007, p. 7. Druijst 2008, p. 138. Aanwijzing 2010, verantwoordelijkheden OM.

<sup>157</sup> Hubben 2007, p. 1 en 7. Melchior 2007, p. 35. Van Eykelen 2010, p. 169. Mevis 2011 (b), p. 104. Maassen 2012, p. 348. Aanwijzing 2010, tegenspraak.

<sup>158</sup> Trentelman 2008, p. 8.

<sup>159</sup> Ibid.

<sup>160</sup> Legemaate 2011, p. 3.

<sup>161</sup> Hubben 2011, p. 116.

<sup>162</sup> De Hullu 2012, p. 114. Kesteloo 2013, p. 2.

<sup>163</sup> Kesteloo 2013, p. 2.

(artikel 307 Sr) begaan door rechtspersonen over de periode 2000 tot 2013. Ondanks het ontbreken van een referentiekader, lijkt deze 'waarneming' de conclusie van Kesteloo te bevestigen. Wellicht kan het verschil in vervolging, tussen functionele delicten enerzijds en commune delicten anderzijds, gevonden worden in de dogmatische onderbouwing van artikel 51 Sr; of beter gezegd: het gebrek eraan.<sup>164</sup>

Met de invoering van artikel 15 WED (oud) is in 1951 de aansprakelijkheidstelling van de rechtspersoon geïntroduceerd.<sup>165 166</sup> Een van de belangrijkste redenen om de strafbaarheid van rechtspersonen te aanvaarden was destijds de behoefte om de rechtspersoon zelf met sancties te treffen, zeker als zij het (financiële) voordeel van het strafbare feit opstreken.<sup>167</sup> Omdat ook buiten het economische leven het aantal rechtspersonen sterk groeide, is artikel 51 Sr in het Wetboek van Strafrecht opgenomen teneinde toepassing van het gehele strafrecht op rechtspersonen mogelijk te maken.<sup>168</sup> Artikel 51 Sr, gebaseerd op artikel 15 lid 1 WED (oud), werd vooral gezien als een praktische regeling.<sup>169</sup> Zoals De Hullu expliciteert:

"De mogelijkheid van aansprakelijkheidstelling van de rechtspersoon is sluipenderwijs het Nederlandse strafrecht binnengekomen, van bijzondere naar steeds algemenere regelingen. De wetgever heeft zich nooit fundamenteel en diepgaand over het onderwerp gebogen. Elke nieuwe stap werd als het ware gemotiveerd door op de vorige stap te wijzen en daarbij op te merken dat er in de praktijk geen problemen waren gerezen. En dat bestendigde het vertrouwen om de weerbarstige materie aan de rechtspraak over te laten."<sup>170</sup>

De toenmalige minister van Justitie Van Agt vond het niet vereist om aan de strafbaarstelling van de rechtspersoon een diepgravende rechtstheoretische beschouwing te wijden.<sup>171</sup>

Aan het verschil tussen het economisch en het commune strafrecht is door de wetgever dan ook weinig aandacht besteed. Toringa zegt hierover:<sup>172</sup>

"Plaatsing van de ongelimiteerde strafbaarheid van de rechtspersoon in het commune strafrecht roept de vraag op, of de regeling wel te verenigen is met de doeleinden en optimale functievervulling van het commune strafrecht. Deze vragen zijn gesteld noch beantwoord bij de behandeling van het wetsontwerp."<sup>173</sup>

Mulder en Fokkens spreken, anders dan de Memorie van Toelichting, niet van een 'logische stap' maar van een 'ingrijpende wijziging'. Zij zijn van mening dat het niet enkel het veralgemeniseren is van een constructie welke tal van bijzondere wetten al kenden.<sup>174</sup> Het economisch strafrecht divergeert namelijk in bepaalde aspecten wezenlijk van het commune strafrecht:

"Het kenmerkende van het strafrecht uit die bijzondere [economische] wetten is gelegen in het doel van de strafbaarstelling. Het is ordeningsrecht, 'waarbij het doel van de strafbepaling is de juiste nakoming van bepaalde maatschappelijke functies te verzekeren'. Het doel van de strafbaarstelling en ook de strafoplegging is hier eigenlijk gedragsbeïnvloeding in de zin van besluitbeïnvloeding. [...]"

<sup>164</sup> Zie: Paragraaf 1.2.1: De strafbaarstelling van rechtspersonen, p. 13.

<sup>165</sup> De Hullu 2012, p. 116. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 7.

<sup>166</sup> De 'fictie der rechtspersoonlijkheid' gold niet in het algemene strafrecht van 1881 (wel in het fiscale strafrecht). Toch had de wetgever destijds wel al oog voor delicten die in een specifieke corporatieve sfeer gepleegd werden. In de bijzondere wetten waarin het daderschap van de rechtspersoon erkend werd, waren de strafbepalingen zodanig weergegeven dat de leidinggevendenden (bestuurders, commissarissen en andere natuurlijke personen) van de rechtspersoon op het gepleegde strafbare feit aangesproken konden worden. Dit geschiedde in 1965 ook ten aanzien van het algemene strafrecht conform artikel 50a Sr (oud). Gritter 2007, p. 36. De Hullu 2012, p. 116. Kesteloo 2013, p. 4 en 5. Memorie van Toelichting 1976/1976, p. 9.

<sup>167</sup> Sikkema 2010, p. 26. Kesteloo 2013, p. 6. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 15.

<sup>168</sup> De Hullu 2012, p. 115. Arendse & Dolman 2013, 1a. strekking.

<sup>169</sup> Gritter 2007, p. 36. Arendse & Dolman 2013, 1a. strekking. Kesteloo 2013, p. 6. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 7.

<sup>170</sup> De Hullu 2012, p. 116.

<sup>171</sup> Ibid. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 8.

<sup>172</sup> Toringa 1984, p. 66. Arendse & Dolman 2013, 1a. strekking. Kesteloo 2013, p. 13 en 14.

<sup>173</sup> Toringa 1984, p. 59.

<sup>174</sup> Ibid, p. 64.

[Andere] in de straf veelal aanwezig componenten, zoals vergelding en conflictoplossing, [spelen] veel minder een rol in dit strafrecht. De straf heeft hier dan ook veel minder dan in het commune strafrecht het karakter van een op gevoelige wijze verantwoordelijk stellen voor begaan onrecht. [...]

Bovendien kent het orderingsstrafrecht [...] veel vagere normen en voorschriften en zijn er ruimere opsporingsbevoegdheden, 'kortom het rechtskarakter van het strafrecht komt er minder in tot uitdrukking, dan in het commune strafrecht.' [...]

[Tenslotte] gaat het in het orderingsrecht meestal om overtredingen, waarbij opzet een minder voorname rol speelt.<sup>175</sup>

Het afzijdige vervolgingsbeleid ten aanzien van het ziekenhuis als rechtspersoon kan dan ook wellicht liggen aan het divergente karakter van het commune ten opzichte van het functionele strafrecht en het feit dat het (hedendaags nog) minder passend en/of gebruikelijk is een rechtspersoon -zeker in vergelijking met een natuurlijk persoon- voor een delict als dood door schuld (artikel 307 Sr) te vervolgen, wegens de zojuist genoemde redenen en zonder dogmatische beschouwingen van de wetgever. Toch lijkt deze kwestie van steeds minder wezenlijk belang, nu met de introductie van de gereguleerde marktwerking in de gezondheidszorg het verlenen van zorg tevens een prominente economische doelstelling kent (zie: paragraaf 3.3.3, p. 38).<sup>176</sup>

### 2.3.2: Hoe dient de zorgvuldigheidnorm van het ziekenhuis ingevuld te worden?

Voor een strafrechtelijke vervolging en veroordeling op basis van artikel 307 jo. 309 Sr wordt bewijs vereist dat een medisch beroepsbeoefenaar niet de voorzichtigheid betracht heeft die hij in acht behoorde te nemen en dat hij onder omstandigheden anders heeft kunnen en moeten handelen.<sup>177</sup> Het gedrag van die zorgverlener wordt gespiegeld aan 'een redelijk bekwaam beroepsgenoot.'<sup>178 179</sup> De Aanwijzing medische zaken meldt hieromtrent:

"Gelet op zijn functie heeft iedere zorgverlener een bijzondere zorgplicht die ingevuld moet worden door de stand van de wetenschap ten tijde van het desbetreffende handelen met in achtneming van hetgeen toen in zijn beroepsgroep als professionele norm gold."<sup>180</sup>

De rechter zal de norm met inachtneming van de concrete omstandigheden van het geval -en mede geadviseerd door het oordeel van getuige-deskundigen werkzaam en/of deskundig op het betreffende werkgebied- moeten definiëren.<sup>181 182</sup> Een (enkele) handeling in strijd met een procedurevoorschrift leidt niet direct tot schending van de norm.<sup>183</sup> Uit de jurisprudentie valt op te maken dat de beroepsbeoefenaar aanmerkelijk onvoorzichtig, onachtzaam of nalatig gehandeld dient te hebben.<sup>184</sup>

<sup>175</sup> Ibid, p. 64.

<sup>176</sup> Schalken 2013, p. 3 en 5.

<sup>177</sup> Aanwijzing medische zaken 2010, schuld.

<sup>178</sup> Leenen, Dute & Kastelein 2008, p. 396 en 397. Ibid.

<sup>179</sup> "Een geneesheer kan niet wegens culposen doodslag [dood door schuld] worden vervolgd, op grond dat wellicht de uitmuntendste medicus, eene beroemde specialiteit, den patiënt in het leven zou hebben gehouden, maar alleen dan wanneer hij niet onderzocht, niet wist of niet deed datgene wat goede medici in 't algemeen onderzoeken, weten, doen. Dezelfde onnadenkendheid, onkunde, onvoorzichtigheid die voor den niet-medicus nog slechts culpa levis zou zijn, kan voor den medicus culpa lata wezen. Maar culpa lata is steeds en voor allen noodig." Smeehuijzen 2000, p. 131.

<sup>180</sup> Aanwijzing medische zaken 2010, schuld.

<sup>181</sup> Smeehuijzen 2000, p. 131. Leenen, Dute & Kastelein 2008, p. 396 en 397.

<sup>182</sup> De zorgvuldigheidnorm is niet in de wet geformuleerd. Wel bepaalt artikel 7:453 BW dat: "De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard."

<sup>183</sup> Behandelingsprotocollen zijn van belang voor de beslissing of het handelen in overeenstemming is met de eisen die aan de hulpverlener gesteld kunnen worden. In behandelprotocollen wordt het medisch beleid ten aanzien van een bepaald ziektebeeld vastgelegd. Afwijken van deze protocollen is mogelijk, mits gemotiveerd. Wijkt de hulpverlener zonder reden af van een protocol en leidt dit tot schade bij de patiënt, dan kan dit een strafrechtelijk verwijt opleveren. Druijst 2009, p. 141 en 149.

<sup>184</sup> Mevis 2007, p. 134, 135 en 139. Leenen, Dute & Kastelein 2008, p. 390. Trentelman 2008, p. 11. Aanwijzing medische zaken 2010, schuld.

Het ziekenhuis is op grond van de Kwaliteitswet zorginstellingen (KWZ) verantwoordelijk voor de kwaliteit van de zorg en de voorwaarden voor het medisch handelen. Het verlenen van 'verantwoorde zorg' is de kerntaak van een zorginstelling.<sup>185</sup> De KWZ bepaalt onder andere het volgende:

"De zorgaanbieder moet verantwoorde zorg aanbieden (artikel 2 KWZ). De natuurlijke persoon of de rechtspersoon die zorg aanbiedt, de zorgaanbieder (artikel 1 sub c KWZ) moet de zorg materieel en het personeel zodanig organiseren dat verantwoorde zorg wordt gerealiseerd (artikel 3 KWZ). De zorgaanbieder moet zorgen voor systematische bewaking, beheersing en verbetering van de kwaliteit van zorg (artikel 4 KWZ) en de zorgaanbieder moet calamiteiten melden (artikel 4a KWZ)."<sup>186 187</sup>

Wat verantwoorde zorg in concreto inhoudt, moet voor een belangrijk deel blijken uit de normen die in de sfeer van zelfregulering (richtlijnen, protocollen, standaarden, gedragscodes, etc.) tot stand komen.<sup>188</sup> Er valt in dit kader een strafrechtelijke gesanctioneerde zorgplicht van het ziekenhuis te verdedigen.<sup>189</sup> De vraag is echter hoe een dergelijke plicht ingevuld dient te worden. In hof Leeuwarden 22 november 2012, GJ 2013/28, 10/0445 komt het hof tot het oordeel dat het ziekenhuis niet de zorgplicht geschonden heeft.<sup>190</sup> Het hof overweegt daartoe:

"Het hof stelt vast dat het medisch dossier eigendom is van het ziekenhuis en dat het ziekenhuis slechts een faciliterende functie heeft. Dat betekent dat het ziekenhuis verantwoordelijk is voor het beheer en de archivering van het medisch dossier en de logistieke zaken rond dat dossier. Het ziekenhuis heeft echter geen zeggenschap over- en zelfs geen inzage in- de in het dossier opgenomen gegevens en de wijze waarop die gegevens worden gerubriceerd, geselecteerd en geregistreerd. Alleen de artsen zijn verantwoordelijk voor de inhoud van het dossier en de wijze waarop gegevens in het dossier zijn vermeld."<sup>191</sup>

Het ziekenhuis treft volgens het hof geen strafrechtelijk verwijt. Echter in de noot merkt Schalken op dat deze motivering 'kort door de bocht' is en stelt:

"Natuurlijk heeft het bestuur van een ziekenhuis geen concrete zeggenschap over de dossiervorming in elk afzonderlijk geval, maar de vraag is wel of die dossiervorming plaatsvindt overeenkomstig daarvoor geldende interne afspraken en of de afspraken daarover voldoen aan algemene daarvoor geldende kwaliteitseisen. Me dunkt dat het hof daarnaar in deze zaak onderzoek had kunnen doen, te meer daar het zelf vaststelt dat 'de inzichtelijkheid, leesbaarheid en controleerbaarheid van het dossier ernstig te wensen overlaat'."<sup>192</sup>

Hoe derhalve de zorgvuldigheidnorm van het ziekenhuis ingevuld dient te worden en met name tot hoe ver de verantwoordelijkheid van het ziekenhuis reikt (en waarop dat gebaseerd wordt), is -nog- niet helder: Schalken pleit in casu voor een verdergaande zorgplicht dan het hof. Deze onduidelijkheid kan een vervolgingsbeletsel voor het OM vormen, immers betwistbaar is wanneer een ziekenhuis verwijtbaar gehandeld heeft en dus vervolgd dient te worden. Hubben meent dat een "[...] dergelijke gesanctioneerde zorgplicht geen wetswijziging [vereist], maar ook via jurisprudentiële ontwikkeling van het schuldbegrip tot stand kan komen."<sup>193</sup> Zo kan uit de zaken Stichting X, ziekenhuis en Zweedse band (zie p. 39) respectievelijk afgeleid worden dat een instelling zorg dient te dragen voor de kwaliteit en de betrouwbaarheid van de

<sup>185</sup> Hubben 1990, p. 26. Simons & Gevers 2007, p. 1616. Druijst 2009, p. 13. Klaassen 2013, p. 59.

<sup>186</sup> Druijst 2009, p. 13.

<sup>187</sup> De verplichtingen die uit deze wet voortvloeien, richten zich tot de Raad van Bestuur van een rechtspersoon (i.e. het ziekenhuisbestuur). Klaassen 2013, p. 59.

<sup>188</sup> Hubben 1990, p. 26. Simons & Gevers 2007, p. 1616. Druijst 2009, p. 13. Klaassen 2013, p. 59.

<sup>189</sup> Hubben 1990, p. 26. Leene, Dute & Kastelein 2008, p. 40 en 42.

<sup>190</sup> De zaak betreft een artikel 12 Sv-procedure in kader van het delict dood door schuld (artikel 307 Sr). De patiënte is overleden op 12 oktober 2009 -kort voor een eenvoudige ingreep- op grond van een hartstilstand, vermoedelijk als gevolg van een door het narcosemiddel Mivacron veroorzaakte allergische reactie. Als de anesthesist het medisch dossier ingezien had, had hij geconstateerd dat er vanaf 2001 driemaal in een operatieverslag melding gemaakt was van een mogelijke Mivacron-allergie. Het ziekenhuis valt, zo meent de klager, een verwijt te maken ter zake van de gebrekkigheid van de dossiervorming. Hof Leeuwarden 22 november 2012, GJ 2013/ 28, 10/0445, beoordeling.

<sup>191</sup> Ibid.

<sup>192</sup> Ibid, noot Schalken.

<sup>193</sup> Hubben 1990, p. 26.

gebruikte apparatuur, en dat er protocollen voorhanden zijn waar het personeel conform naar handelen kan. Is dit niet het geval, dan kan de instelling een strafrechtelijk verwijt gemaakt worden.<sup>194 195</sup>

### 2.3.3: Belemmeringen in het strafrechtelijk (voor)onderzoek (Van Eykelen)

Van Eykelen vraagt zich af, tijdens het interview met haar, hoe Hubben de praktische uitvoering van een alerter vervolgingsbeleid ziet. Het OM is bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten bijvoorbeeld afhankelijk van een aangifte van de patiënt of diens naaste(n) en/of een melding van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ).<sup>196</sup> Bovendien is een complicerende factor bij de vervolging van ziekenhuizen dat er in Nederland slechts een beperkt aantal deskundigen zijn, die kunnen rapporteren over organisatie- en veiligheidsaspecten binnen een zorginstelling die (mogelijk) te kwalificeren zijn als een strafrechtelijk verwijt dat de instelling gemaakt kan worden. Van Eykelen verklaart:

“Een deskundige dient onafhankelijk te zijn: hij mag geen binding hebben met het ziekenhuis en/of de patiënt, zich niet in de media hebben uitgelaten over dan wel bekend zijn geworden met de zaak en bereid zijn het OM ten dienste te zijn. Het is veelal een onmogelijke opgave om een dergelijke deskundige te vinden.”

Daarnaast gelden er vanwege het medisch beroepsgeheim extra waarborgen voor het in beslag nemen en vorderen van medische dossiers en kan het OM niet altijd gebruik maken van zijn bevoegdheid om patiëntendossiers in te zien. Zo mag een bevel niet gericht worden aan een verdachte arts en/of verdacht ziekenhuis.<sup>197</sup>

Toch geeft Van Eykelen ook aan dat het OM in het verleden in sommige gevallen te zeer vasthield aan de vorderingsmogelijkheden en niet in samenspraak met de betreffende zorginstelling zocht naar minder ingrijpende alternatieven om aan de benodigde informatie te komen. Een voorbeeld daarvan is de LUMC zaak en dit zou de vervolgingsbeslissing van het OM ter zake verklaren. Ook kan (ten gunstigste) met betrekking de opsporingsmogelijkheden van het OM opgemerkt worden dat de ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ die aanvaard zijn als rechtvaardiging voor een situatie waarin de waarheidsvinding prevaleert boven het belang van de medische geheimhouding, in de rechtspraak geleidelijk en steeds vaker ruimer uitgelegd worden. Bijvoorbeeld indien een arts of instelling zelf verdacht wordt van een zeer ernstig strafbaar feit: zoals het delict dood door schuld (artikel 307 (jo. 309) Sr).<sup>198 199</sup>

<sup>194</sup> Druijst 2009, p. 141.

<sup>195</sup> In het Zweedse band arrest overweegt de rechtbank met betrekking tot de zorgplicht van het ziekenhuis het volgende: “[...] De stichting [draagt] een voortdurende verantwoordelijkheid [...] voor de zorg en de veiligheid van haar patiënten [...]. In het kader van haar continue verantwoordelijkheid om de voorwaarden te scheppen voor een goede zorgverlening en het waarborgen van een juiste toepassing van middelen en maatregelen, zijn de condities waarbinnen het overlijden van de heer [het slachtoffer] zich in 2005 heeft kunnen voordoen, de Stichting te verwijten. Niet kan worden gezegd dat de Stichting zich in dit kader de inspanningen heeft getroost die van haar konden worden verwacht. De rechtbank heeft geconstateerd dat het betrokken personeel van de Stichting onvoldoende instructie heeft genoten, met betrekking waaronder de Zweedse band mocht worden gebruikt en de wijze van toepassing van de Zweedse band. Ook was onvoldoende gewaarborgd dat de betrokken medewerkers op de hoogte waren van en handelen conform de in het formulier Middelen en Maatregelen opgenomen afspraken. Deze tekortkomingen zijn aan te merken als een aanmerkelijke verwaarlozing van de in deze door de Stichting te betrachten zorgvuldigheid.” Rb. Rotterdam 12 december 2009, L/JN BG6738 (Zweedse band), schuld. Zie ook: Paragraaf 3.3.4: Normhandhaving en normbevestiging, p. 39.

<sup>196</sup> De Inspectie voor de Gezondheidszorg heeft twee kerntaken: onderzoek doen naar de staat van de volksgezondheid en toezicht houden op de naleving van de wetgeving op het gebied van gezondheidszorg. Het functioneren van de zorginstellingen staat onder toezicht van de Inspectie (artikel 7 KWZ). Druijst 2009, p. 12 en 13. Hubben 2011, p. 111.

<sup>197</sup> Een vordering tot het verstrekken van gegevens mag niet worden gericht tot de verdachte (conform de artikelen 105 jo 96a lid 2 Sv en artikel 126 nd/nf lid 2 Sv): de arts en/of het ziekenhuis. Complex wordt het echter als het ziekenhuis verdachte is, gezien dat het ook consequenties heeft voor hetgeen er aan verklaringen van (bijvoorbeeld) medewerkers van het ziekenhuis vergaard kan worden. Zij hebben immers een van het ziekenhuis als verdachte afgeleid zwijgrecht. Mevis 2007, p. 151, 152 en 163. Mevis 2011 (a), p. 107.

<sup>198</sup> Hubben 2011, p. 112. Mevis 2011 (b), p. 554 en 555. Schalken 2012, p. 19 en 20. Hendriks 2013 (a), p. 1020. HR 21 oktober 2008, NJ 2008, 630 (Erasmus MC).

De belemmeringen in het strafrechtelijk (voor)onderzoek -met name door de afhankelijkheid van andere actoren- zijn hinderlijk en dit kan de afzijdige houding van het OM ten aanzien van de strafrechtelijke vervolging van ziekenhuizen mogelijkwijs verklaren. De zojuist genoemde 'obstakels' lijken echter niet juridisch en praktisch onoverkomelijk: zij zijn 'reparabel.' Naast het zoeken van (alternatieve) vorderingsmogelijkheden, kunnen er bijvoorbeeld deskundigen worden bijgeschoold dan wel opgeleid worden, die in staat zijn te onderzoeken of een ziekenhuis een strafrechtelijk verwijt te maken valt. I.e. een alerter vervolgingsbeleid ten aanzien van ziekenhuizen is mogelijk, te meer dat deze belemmeringen ook op overeenkomstige wijze gelden voor individuele zorgverleners en zij wel vervolgd worden.

#### **2.4: Conclusie en afsluitende opmerkingen**

In dit hoofdstuk is de vraag gesteld hoe het vervolgingsbeleid van het OM ten aanzien van ziekenhuizen in de praktijk getypeerd kan worden. Dit beleid kan als afzijdig bestempeld worden: ziekenhuizen worden in de praktijk zelden of niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld, ondanks de (theoretische) mogelijkheden hiertoe. Geconcludeerd lijkt te kunnen worden dat het gemakkelijker is een arts te vervolgen, dan om onderzoek te doen naar de aansprakelijkheid van de bestuurlijke context waarbinnen het medisch falen plaats heeft kunnen vinden. Deze constatering wordt bevestigd in de LUMC zaak. De arts-assistent uit het LUMC wordt vervolgd voor het delict dood door schuld (artikel 307 jo. 309 Sr), echter het aan hem te maken schuldverwijt valt in het niet bij het verwijt dat het ziekenhuis te maken valt en hij wordt vrijgesproken. Het ziekenhuis wordt opmerkelijk genoeg niet vervolgd.

De oprichting van het EMZ in 2001 lijkt geen verandering teweeg hebben gebracht in de afzijdige houding van het OM ten aanzien van de strafrechtelijke vervolging van ziekenhuizen. Het Expertisecentrum heeft ten doel onder andere het vergroten van medische kennis en dit lijkt zijn vruchten af te werpen met betrekking tot het vervolgingsbeleid van artsen: dit beleid lijkt steeds alerter te worden. Een reden waarom thans nog steeds sprake is van een afzijdig vervolgingsbeleid met betrekking tot ziekenhuizen, kan zijn dat niet duidelijk is hoe de zorgvuldigheidsnorm ingevuld dient te worden. Of wegens de vele belemmeringen die het OM in het strafrechtelijk (voor)onderzoek ondervindt. Maar ook worden weinig rechtspersonen in het algemeen ex artikel 51 Sr vervolgd voor commune delicten zoals dood door schuld (artikel 307 Sr).

Spijtig is het dan ook dat de Aanwijzing medische zaken niet uitweidt wanneer een ziekenhuis strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kan worden en hoe dit dient te geschieden. Een

---

<sup>199</sup> Het belang van de opsporing (waarheidsvinding) weegt niet automatisch op tegen het belang van medische geheimhouding. Het met het medisch verschoningsrecht gemoede belang bestaat erin dat een ieder zich vrijelijk tot een arts moet kunnen wenden zonder vrees van openbaring van het aan hem toevertrouwde. Dit algemene maatschappelijke belang vindt zijn grondslag in een vrije toegang tot de gezondheidszorg en niet in het individuele belang van een patiënt (de bescherming van de privacy). De Hoge Raad heeft dit herhaaldelijk uitgemaakt, zo ook in het Erasmus Medisch Centrum (Erasmus MC) arrest. Dit impliceert dat, wil er van een in de rechtspraak aanvaarde uitzondering op dit uitgangspunt sprake zijn, een ander zwaarwegend algemeen belang aanwezig moet zijn dat in staat geacht wordt om het geheimhoudingsbelang opzij te zetten. De particuliere toestemming van een individuele patiënt bezit die potentie op strafrechtelijk niveau in beginsel niet. Dit kan wel het publieke belang zijn dat er zorgvuldig, volledig en onafhankelijk onderzoek gedaan wordt bij ernstig ondeskundig en verwijtbaar medisch handelen. Patiënten dienen erop te kunnen vertrouwen dat de waarheid boven tafel komt. In die afweging tussen beide algemene belangen vormt de individuele toestemming van de betrokken patiënt of diens nabestaande(n) weliswaar een factor in de afweging van belangen, maar is niet per se doorslaggevend. Mevis 2011 (b), p. 554 en 555. Schalken 2012, p. 19 en 20.

aanvulling op de Aanwijzing door het College van procureurs-generaal is in dit kader gewenst en vereist. De drie mogelijke redenen gegeven in paragraaf 2.3 voor een afzijdig vervolgingsbeleid van het OM lijken niet juridisch en praktisch onoverkomelijk, en een alerter strafrechtelijk vervolgingsbeleid is dan ook mogelijk. Want hoewel een actief vervolgingsbeleid niet op zijn plaats lijkt binnen het medisch strafrecht, dient wel gereageerd te worden door het OM bij medisch falen (i.e. artikel 307 Sr) wanneer een ziekenhuis als rechtspersoon nalatig geweest is in het creëren van een verantwoorde zorgomgeving. De wenselijkheid van het alerter strafrechtelijk vervolgen van het ziekenhuis, staat in het volgende hoofdstuk centraal.



## Hoofdstuk 3: De toekomst? - Het ziekenhuis dient alerter strafrechtelijk vervolgd te worden

### 3.1: Inleiding

Op 28 september 2006 breekt tijdens een operatie een korte, maar hevige brand uit op operatiekamer 8 van het Twenteborg Ziekenhuis te Almelo. De patiënte, vastgebonden aan de operatietafel, verbrandt levend.<sup>200 201</sup> De brand is ontstaan door een zuurstoflek in een anesthesiezuil. Uit het onderzoeksrapport van de commissie Sanders -de commissie die onderzoek gedaan heeft naar de (bestuurlijke) achtergronden van de brand- komen niet geringe bestuurlijke fouten aan het licht. Zo voldeed de zuil niet aan de normen anno 2006, en hebben overwegingen van brand- en patiëntveiligheid geen rol gespeeld bij de beslissing om de vervanging uit te stellen en genoeg te nemen met een meer dan 20 jaar oude infrastructuur.<sup>202</sup> Door de slechte technische staat was de kans op een zuurstofbrand onverantwoord groot.<sup>203</sup> De conclusie van de IGZ, die ook naar de brand onderzoek gedaan heeft, luidt:

“[...] [De] brand en het overlijden van de patiënte in de operatiekamer waren [...] [met zorgvuldig beheer] te voorkomen geweest. [...] Bij de hier gebleken lacunes in het beheer van de medische apparatuur en de onvoldoende voorbereiding op calamiteiten is geen sprake van voldoende voorwaarden voor ‘verantwoorde zorg’.”<sup>204 205</sup>

Het Twenteborg Ziekenhuis is niet vervolgd door het OM, evenals -soms na een strafrechtelijk (voor)onderzoek- andere ziekenhuizen waar recentelijk misstanden (zie: Inleiding, p. 10) aan het licht kwamen. Volgens Schalken valt het op dat: “in alle onderzoeksrapporten die over deze calamiteiten zijn uitgebracht, ook steeds ‘de omgeving’ wordt genoemd waarbinnen het incident heeft kunnen plaatsvinden.”<sup>206</sup> Het nalaten van de strafvervolging van een ziekenhuis als rechtspersoon na een dergelijk incident, is veelal niet met het rechtsgevoel in overeenstemming te brengen.<sup>207</sup> De zaken Stichting X, ziekenhuis en Zweedse band zijn -zover bekend- de enige twee gevallen waarin een strafvervolging tegen een zorginstelling ten aanzien van het delict dood door schuld (artikel 307 Sr), ook tot de veroordeling ervan geleid heeft.

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal of het wenselijk is een ziekenhuis als rechtspersoon alerter strafrechtelijk te vervolgen. Want hoewel de problematiek ten aanzien van de vervolging van ziekenhuizen -zoals belicht in het vorige hoofdstuk- ondervangen kan worden (immers ‘waar een wil is, is een weg’), is van uiterst belang af te vragen of dit ook aangewezen is. De meningen van de deskundigen op het gebied van medisch strafrecht betreffende de

<sup>200</sup> Commissie Sanders 2007, p. 6.

<sup>201</sup> Ernstige roetvorming en de hoge temperatuur heeft het aanwezige personeel nadrukkelijk parten gespeeld bij pogingen om de patiënt te beschermen. Een samenhangende actie om de patiënt in veiligheid te brengen is daarom uitgebleven. De individuele medewerkers en artsen treft dan ook geen blaam. Uit het rapport van de IGZ blijkt zelfs dat er mogelijk een groot aantal slachtoffers te betreuren geweest was, als twee personeelsleden niet naar eigen inzicht snel en effectief ingegrepen hadden. Commissie Sanders 2007, p. 1. Inspectie voor de Gezondheidszorg 2008, alinea 4.

<sup>202</sup> Commissie Sanders 2007, p. 2.

<sup>203</sup> Inspectie voor de Gezondheidszorg 2008, alinea 3.

<sup>204</sup> Ibid, alinea 4.

<sup>205</sup> Daarnaast was de betrokken medische en paramedische staf niet voorbereid op de mogelijkheid van een brand in de operatiekamer en zij hadden geen instructie ontvangen over -laat staan geïmproviseerd- met het bedrijfsnoodplan. Commissie Sanders 2007, p. 1. Ibid, alinea 6.

<sup>206</sup> Schalken 2013, p. 5

<sup>207</sup> Hubben 1990, p. 23.

wenselijkheid van een alerter strafrechtelijk vervolgingsbeleid ten aanzien van ziekenhuizen, zijn verdeeld. In dit hoofdstuk passeren de argumenten ‘voor en tegen’ de revue (in omgekeerde volgorde weliswaar: respectievelijk in paragraaf 3.2 en paragraaf 3.3). Geconcludeerd wordt dat het noodzaak en tijd is dat het OM het ziekenhuis als rechtspersoon alerter strafrechtelijk vervolgen gaat.

### **3.2: Argumenten voor een afzijdig strafrechtelijk vervolgingsbeleid**

#### *3.2.1: Zorgverlening is risicovol en mensenwerk*

De toenemende rol van het strafrecht wordt in de gezondheidszorg met vrees gadeslagen.<sup>208</sup> Blondeau geeft in het interview aan dat het OM zich (uiterst) terughoudend dient op te stellen in medische strafzaken. Uitgangspunt is immers dat -dokters en ziekenhuizen patiënten willen ‘be-handelen’ en genezen, zij hebben niet de intentie om hen te ‘mis-handelen’.<sup>209</sup> Elke dag worden risicovolle handelingen verricht in het belang van de patiënt. Zorgverlening is mensenwerk en dan kan het voorkomen dat er sprake is van een medische fout. Slechts zelden kan van opzet of schuld (culpa) worden gesproken, eerder van de ‘wet van Murphy’ (i.e. een opeenvolging van fouten). Blondeau acht het dan ook niet wenselijk dat het OM ziekenhuizen alerter strafrechtelijk vervolgen gaat.

Smeehuijzen deelt de mening van Blondeau. Hij stelt dat waar de gemiddelde andere beroepsbeoefenaar per dag vrijwel nooit in een situatie verkeert waarbij hij door schuld andermans dood veroorzaken kan, is dat gevaar bij de medisch beroepsbeoefenaar vrijwel steeds aanwezig.<sup>210</sup> Hij merkt op:

“Naar de aard van het vak verrichten medisch beroepsbeoefenaren bij voortduring handelingen bij patiënten die een belangrijk risico in zich dragen, maar die in het belang van de patiënt wel moeten geschieden. [...] De grove fout van bijvoorbeeld, de officier van justitie, heeft tot gevolg dat de dagvaarding nietig wordt verklaard; de grove fout van de medisch beroepsbeoefenaar heeft gevolg dat de patiënt overlijdt. Die omstandigheid noopt tot terughoudende toepassing van het strafrecht.”<sup>211</sup>

Hoewel Smeehuijzen enkel spreekt over de individuele beroepsbeoefenaar, kan ten aanzien van het ziekenhuis overeenkomstig geredeneerd worden. Niet alleen kunnen fouten van individuele specialisten aan het ziekenhuis toegerekend worden, maar ook is er sprake van een instelling dat handelt met de beste intenties voor de patiënt en dat veel meer risico loopt door een organisatiefout de dood van een persoon (i.e. een patiënt) te veroorzaken dan een ‘gemiddelde rechtspersoon’.<sup>212</sup>

Van Eykelen verklaart in het interview dat het OM dan ook niet naar een actief vervolgingsbeleid streeft in medische zaken, maar dat het slechts fungeert en opereert om de ‘rotte appels’ uit de mand te halen. Het strafrecht dient als uiterste middel beschouwd te worden. Er is in elk ziekenhuis wel ‘iets’ mis, het OM zal slechts in die zaken tot vervolging overgaan waarin er sprake is van een ernstig strafrechtelijk verwijt. Vanwege de bijzondere medische omgeving wordt in deze scriptie derhalve voor een alert en niet een actief

---

<sup>208</sup> Mevis 2007, p. 169.

<sup>209</sup> In het verleden zou volgens Hubben het afzijdige vervolgingsbeleid in medische strafzaken deels verklaard kunnen worden doordat officieren empathie met het medische beroep zouden hebben. Hubben 2007, p. 3. Melchior 2007, p. 34.

<sup>210</sup> Smeehuijzen 2000, p. 137.

<sup>211</sup> Ibid, p. 137.

<sup>212</sup> Zie: Paragraaf 1.2.4: De verbreding van de institutionele aansprakelijkheid (Mevis), p. 17.

vervolgingsbeleid gepleit. Het OM dient zich prudent op te stellen, maar in geval van aanmerkelijke verwijtbaarheid dient het strafrechtelijk apparaat -wel klaar te staan om- te reageren (zoals thans bij artsen). Hoewel Van Eykelen dit standpunt lijkt te beamen, is het contradictoer met het huidige strafrechtelijke vervolgingsbeleid in de praktijk.

### 3.2.2: Een calamiteit dient intern opgepakt en aangepakt te worden (Blondeau)

Blondeau vertelt in het interview met haar dat een calamiteit aan de IGZ gemeld dient te worden, waarna intern een feitelijk onderzoek plaats vindt naar de oorzaak. Een 'calamiteit' is conform artikel 4a lid 2 KWZ:

"Een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van de zorg en die tot de dood van of een ernstig schadelijk gevolg voor de patiënt of cliënt van de instelling heeft geleid."

Op grond van de resultaten van dergelijk onderzoek kan beoordeeld worden of er sprake is van een medische fout en of het ziekenhuis een verwijt gemaakt kan worden. Tegelijkertijd kan via grondige analyses (zoals de 'Tripod incidentanalyse') de achterliggende oorzaken, die tot de fout hebben geleid, achterhaald worden. Naar aanleiding van een dergelijk onderzoek kunnen verbeterpunten en aanbevelingen geformuleerd worden om herhaling te voorkomen. Deze verbeterpunten en bevindingen worden gerapporteerd aan de Inspectie en die beoordeelt vervolgens of de genomen maatregelen adequaat zijn.

Blondeau is van mening dat medische fouten dan wel misstanden -of in haar woorden: calamiteiten- in de zorg niet (primair) via het strafrecht benaderd dienen te worden, maar 'intern' binnen de zorginstelling opgepakt en aangepakt moeten worden. Zij is van mening dat eerst de zожuist geschetste stappen ondernomen moeten worden om de kwaliteit van de zorg weer op peil te brengen. Daarvoor dient het bestuur van een ziekenhuis te beschikken over veiligheidsmanagement-systemen, bijvoorbeeld het 'Veilig Incident Melden-systeem' (VIM-systeem).<sup>213</sup> Op deze wijze kan de -kwaliteit van de- zorg verbeterd en geoptimaliseerd worden. De zorg dient niet gecriminaliseerd te worden: het strafrecht is 'ultimum remedium.'

Hoewel interne instanties en procedures van groot belang (kunnen) zijn, is het de vraag of de IGZ en/of een VIM-systeem in normrealisatie kan voorzien. Kan het de cultuur in de organisatie dusdanig veranderen dat er (voor)tijdig ingegrepen wordt?<sup>214</sup> "Laakbaar handelen komt voort uit een klimaat waarin laakbaar handelen niet of onvoldoende aan correcties onderhevig is," aldus Hubben.<sup>215</sup> Dat het strafrecht een bijzondere -normbevestigende en normhandhavende- bijdrage kan leveren (daar waar het de Inspectie niet lukte) aan de verwezenlijking van een verantwoorde zorgomgeving, laat de Zweedse band zaak zien (p. 39). Toch is het idealiter niet 'of-of', maar 'en-en.'<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> Het is van cruciaal belang dat hulpverleners in de gezondheidszorg bereid zijn incidenten te melden. Hulpverleners kunnen allerlei redenen hebben om incidenten niet te melden, bijvoorbeeld omdat zij vrezen dat de gemelde informatie gebruikt kan worden in een procedure tegen hen zelf. De term 'veilig' wijst erop dat de melder niet bevreesd hoeft te zijn voor arbeidsrechtelijke represailles als gevolg van het melden. Hulpverleners worden als zodanig niet belemmerd om de toedracht van een incident volledig te melden uit angst voor represailles en de kwaliteit van de zorg wordt daarmee bevorderd. Hoewel een melding via het VIM-systeem geen garantie van strafrechtelijke immuniteit inhoudt, heeft het OM wel middels de Aanwijzing medische zaken aangekondigd dat zij (zeer) terughoudend gebruik zal maken van het opvragen van informatie. Mevis 2007, p. 160 en 161. Drujst 2009, p. 138. Legemaate 2010, p. 3. Hubben 2011, p. 116. Mevis 2011 (b), p. 107. Aanwijzing medische zaken 2010, achtergrond en Veilig Incident Melden Systeem.

<sup>214</sup> Hubben 1990, p. 34.

<sup>215</sup> Ibid, p. 33.

<sup>216</sup> Legemaate 2010, p. 163.

### 3.3: Argumenten voor een alerter strafrechtelijk vervolgingsbeleid

#### 3.3.1: De procedurele plicht ex artikel 2 EVRM

Artikel 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) omvat een tweedelige (positieve) verplichting voor de Nederlandse overheid. Ten eerste, de materiële plicht om zich naar vermogen in te spannen om te voorkomen dat mensen vroegtijdig komen te overlijden. Ten tweede, de procedurele plicht om overlijdensgevallen zorgvuldig te onderzoeken en zo nodig nadere -al dan niet strafrechtelijke- maatregelen te nemen jegens de voor het overlijden verantwoordelijken.<sup>217</sup> In *Šilih tegen Slovenië* (EHRM 9 april 2009, nr. 71463/01) overweegt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) omtrent 'het eerste aspect' van de procedurele plicht:

"[...] [The] procedural obligation of Article 2 requires the States to set up an effective independent judicial system so that the cause of death of patients in the care of the medical profession, whether in public or the private sector, can be determined and those responsible made accountable. [...] The State's obligation under Article 2 of the Convention will not be satisfied if the protection afforded by domestic law exists only in theory; above all, it must also operate effectively in practice and that requires a prompt examination of the case without unnecessary delays."<sup>218</sup>

I.e. een onafhankelijk en effectief (strafrechtelijk) onderzoek dient plaats te vinden naar de doodoorzaak van de patiënt en de omstandigheden waaronder het overlijden binnen het ziekenhuis heeft kunnen geschieden.<sup>219</sup>

Indien er voor het overlijden van de patiënt een of meer verantwoordelijke(n) is/ zijn aan te wijzen, hoeft een strafrechtelijke vervolging niet noodzakelijkerwijs te volgen op een dergelijk onderzoek: zeker niet als er geen opzet in het geding is. In *Vo tegen Frankrijk* (EHRM 8 juli 2004, nr. 53924/00) wil mevrouw Vo een arts strafrechtelijk laten vervolgen voor onvrijwillige zwangerschapsafbreking.<sup>220 221</sup> Wegens de juridische status van de ongebornen vrucht, is dit volgens het Franse recht niet mogelijk. Het EHRM acht de afwezigheid van de mogelijkheid tot instelling van een strafrechtelijke vervolging niet in strijd met de procedurele plicht zoals besloten in artikel 2 EVRM, gelet op de rechtsmogelijkheden die het Franse recht wel biedt (het treffen van bestuursrechtelijke maatregelen en het daarmee vorderen van een schadevergoeding).<sup>222 223</sup> Het Hof wijst naar de uitspraak *Calvelli & Ciglio tegen Italië* (EHRM 17 januari 2002, nr. 32967/96):

"If the infringement of the right to life or physical integrity is not caused intentionally, the positive obligation imposed by Article 2 to set up an effective judicial system does not necessarily require the provision of a criminal-law remedy in every case. In the specific sphere of medical negligence, the obligation may for instance also be satisfied if the legal system affords victims a remedy in the civil courts, either alone or in conjunction with a remedy in the criminal courts, enabling any liability of the doctors concerned to be established and any appropriate civil redress, such as an order for damages and for the publication of the decision, to be obtained. Disciplinary measures may also be envisaged."<sup>224</sup>

Toch lijkt in de zeer recente uitspraak *Şentürk & Şentürk tegen Turkije* (EHRM 9 april 2013, nr. 13423/09) het EHRM een andere weg ingeslagen te zijn dan de vaste

<sup>217</sup> Hubben 2011, p. 116. Hendriks 2013 (b), p. 652.

<sup>218</sup> EHRM 9 april 2009, nr. 71463/01, *EHRC* 2010/41 m.nt. Van Der Velde (*Šilih tegen Slovenië*), para 192 en 195.

<sup>219</sup> Hendriks 2011, p. 581. Hendriks 2013 (b), p. 653.

<sup>220</sup> EHRM 8 juli 2004, nr. 53924/00, *EHRC* 2004/86 m.nt. Hendriks & Bomhoff, *GJ* 2004/52 m.nt. Alkema, *AB* 2005, 10 m.nt. Beers (*Vo tegen Frankrijk*), para. 9-13.

<sup>221</sup> In *Vo tegen Frankrijk* staat de persoonsverwisseling van twee patiënten centraal op 27 november 1991 in een ziekenhuis te Lyon. De zes maanden zwangere vrouw Vo ondergaat een verkeerde (namelijk een voor mevrouw Van Vo bestemde) ingreep en dit leidt tot een onvrijwillige abortus. *Ibid*

<sup>222</sup> *Ibid*, para. 85, 89 en 90.

<sup>223</sup> Dat het bestuursrechtelijk rechtsmiddel door het verstrijken van de verjaringstermijn van vier jaar niet meer openstond, doet daaraan niet af. De termijn was volgens het Hof ruim genoeg. *Ibid*, para. 91-93.

<sup>224</sup> EHRM 17 januari 2002, nr. 32967/96, *EHRC* 2002/22 m.nt. Van Der Velde (*Calvelli & Ciglio tegen Italië*), para. 90.

jurisprudentie van het Hof tot nu toe. Mevrouw Şentürk is overleden nadat zij de noodzakelijke zorg onthouden is.<sup>225 226</sup> Het EHRM komt tot een procedurele schending van artikel 2 EVRM: de procedures tegen het ziekenhuis en de verantwoordelijke zorgverleners hebben niet alleen erg lang geduurd (meer dan negen jaar), maar hebben ook ten onrechte -ondanks civielrechtelijke/tuchtrechtelijke mogelijkheden- niet geresulteerd in een effectieve strafvervolging.<sup>227</sup> Het Hof verwijst in dit verband naar Öneriyıldız tegen Turkije (EHRM 30 november 2004, 48939/99):

“Where it is established that the negligence attributable to State officials or bodies on that account goes beyond an error of judgment or carelessness, in that the authorities in question, fully realizing the likely consequences and disregarding the powers vested in them, failed to take measures that were necessary and sufficient to avert the risks inherent in a dangerous activity [...], the fact that those responsible for endangering life have not been charged with a criminal offence or prosecuted may amount to a violation of Article 2, irrespective of any other types of remedy which individuals may exercise on their own initiative.”<sup>228 229</sup>

Relevant voor Nederland is dat de uitspraak van april dit jaar er op lijkt te wijzen dat onder bepaalde omstandigheden -afhankelijk van de mate van schuld (culpa)- het nalaten van het creëren van een verantwoorde zorgomgeving (zoals in het Twenteborg Ziekenhuis?), kan leiden tot een schending van artikel 2 EVRM indien ziekenhuizen niet (alert) strafrechtelijk vervolgd worden.

### 3.3.2: De eindverantwoordelijkheid van artsen is niet langer bevredigend

Een medisch specialist wordt veelal strafrechtelijk aansprakelijk gesteld op grond van zijn eindverantwoordelijkheid voor het medisch beleid.<sup>230 231</sup> Het kan volgens Hubben echter bij de moderne geneeskunde, waar de arts handelt in samenwerking met een groeiend aantal zorgverleners -waardoor steeds vaker niet vastgesteld kan worden door wie of door welke (samenloop van) omstandigheden de fout ontstond- en met gebruik van gecompliceerde apparatuur, onbevredigend zijn dat (alleen) een dokter als fysiek dader vervolgd wordt.<sup>232 233</sup> Omgekeerd is in het verleden (bijvoorbeeld in de LUMC zaak) afgezien van een strafrechtelijke vervolging van een individuele beroepsbeoefenaar wegens ernstige organisatorische tekortkomingen, omdat een arts anders daardoor onevenredig zwaar getroffen zou worden.<sup>234</sup>

Het (alerter) strafrechtelijk vervolgen van het ziekenhuis als rechtspersoon -naast of in plaats van de medisch specialist- is volgens Hubben in dergelijke situaties een meer evenwichtige benadering. Het zal tevens leiden tot een verduidelijking van de taken en de

<sup>225</sup> EHRM 9 april 2013, nr. 13423/09, *EHRC* 2013/142 m.nt. Toebes (Şentürk & Şentürk tegen Turkije), para. 6-10.

<sup>226</sup> Mevrouw Şentürk is acht maanden zwanger als zij hevige pijnen krijgt. Zij gaat verschillende ziekenhuizen af voor medische hulp en komt uiteindelijk tijdens het transport van het vierde naar het vijfde ziekenhuis te overlijden op 11 maart 2000, nadat de foetus al reeds gestorven is. Een belangrijk punt vormt het feit dat mevrouw Şentürk de medische zorg geweigerd is in het Academisch Ziekenhuis van Ege (het vierde ziekenhuis) wegens het niet kunnen voldoen van een aanbetaling, terwijl er destijds geen twijfel was over de ernst van haar medische conditie. *Ibid.*

<sup>227</sup> *Ibid.*, para. 98-106.

<sup>228</sup> EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, *NJ* 2005, 210 m.nt. Alkema, *AB* 2004, 43 m.nt. Woltjer (Öneriyıldız tegen Turkije), para. 93.

<sup>229</sup> De overweging geldt mutatis mutandis wanneer een patiënt geconfronteerd wordt met een gebrek in de zorgverlening in het ziekenhuis, omdat het leidt tot een gevaar voor het leven van die patiënt. EHRM 9 april 2013, nr. 13423/09, *EHRC* 2013/142 m.nt. Toebes (Şentürk & Şentürk tegen Turkije), para. 105.

<sup>230</sup> Buijse 2006, p. 4. Mevis 2007, p. 132.

<sup>231</sup> Wat onder 'verantwoorde zorg' verstaan moet worden, is in eerste instantie aan de beroepsbeoefenaars om te bepalen. "De leden van de medische professie zijn namelijk het best in staat te beoordelen hoe een patiënt moet worden behandeld en van welke prognostische, diagnostische en therapeutische (hulp)middelen en apparatuur daarbij gebruik moet worden gemaakt." Deze vrijheid of eigen verantwoordelijkheid wordt aangeduid met de term 'medisch-professionele autonomie.' Hendriks 2006, p. 24. Leenen, Dute & Kastelein 2008, p. 15-17 en 37-41.

<sup>232</sup> Hubben 1990, p. 16 en 17.

<sup>233</sup> "De door artsen gepercipieerde 'eindverantwoordelijkheid' voor wat andere hulpverleners in de gezondheidszorg doen is historisch te verklaren, maar feitelijk niet waar te maken en juridisch niet juist." Buijse 2006, p. 4.

<sup>234</sup> Hubben 1990, p. 16.

bevoegdheden conform de KWZ, en ertoe bijdragen dat de eindverantwoordelijkheid voor het creëren van een verantwoorde zorgomgeving door het ziekenhuis(bestuur) sterker geprofileerd wordt.<sup>235</sup> <sup>236</sup> “Of de behandeling plaatsvindt binnen de begrenzing van de professionele standaard, is een vraag die ook de [...] [ziekenhuisleiding] regardeert,” aldus Hubben.<sup>237</sup> Wanneer er een misstand voordoet, blijkt uit onderzoek vaak dat er al verbodes waren. Voorkomen dient te worden dat een misstand een lange tijd voort blijft duren alvorens afdoende maatregelen genomen worden.<sup>238</sup>

Bovendien wordt volgens Hubben “mede door de budgettaire politiek ten aanzien van de gezondheidszorg [...] de verantwoordelijkheid binnen zorginstellingen geïnstitutionaliseerd.”<sup>239</sup> De kwaliteit van de individuele zorg wordt steeds sterker door het algemene beleid van het bestuur en het management beïnvloed. Helaas ontbreekt bij de dagelijkse leiding van het ziekenhuis vaak affiniteit met en ervaring in het primaire proces.<sup>240</sup>

“Hoewel ze [i.e. bestuurders] soms al jaren in het ziekenhuis werken, kennen ze alleen de bestuurskamer. Op plaatsen waar het echte ziekenhuisleven afspeelt, komen ze veelal niet.”<sup>241</sup>

Het lijkt erop dat het ziekenhuis(bestuur) zich nog niet voldoende rekenschap gegeven heeft van de implicaties van de KWZ. De focus is meer gericht op de financiën en de strategie van de instelling dan op de kwaliteit van de zorg (zie: volgende paragraaf).<sup>242</sup> Het alerter strafrechtelijk aansprakelijk stellen van het ziekenhuis, kan tot gevolg hebben dat het ziekenhuis(bestuur) zich meer bezig gaat houden met de vraag of er verantwoorde zorg geleverd wordt.<sup>243</sup>

### 3.3.3: De gereguleerde marktwerking in de zorg

Met het intreden van de ‘gereguleerde marktwerking’ in de gezondheidszorg in het afgelopen decennium, is het verlenen van zorg een ‘economische activiteit’ geworden.<sup>244</sup> <sup>245</sup> Het gaat daarbij om marktwerking binnen door de overheid gestelde kaders.<sup>246</sup> <sup>247</sup> De centrale aanbodsturing is vervangen door een systeem waarin partijen de ruimte geboden wordt voor eigen initiatief en verantwoordelijkheid.<sup>248</sup> Canoy beschrijft de ‘zorgmarkt’ als volgt:

“Er zijn vragers - de patiënten. Er zijn verschillende aanbieders- de zorgverleners. Er worden producten en diensten geleverd met een bepaalde kwaliteit en een (indirecte) prijs. Als de kwaliteit niet goed is, kunnen geïnformeerde klanten overstappen op andere dienstverleners.”<sup>249</sup>

Het doel is om een kwalitatief goede, bereikbare en betaalbare gezondheidszorg te realiseren.<sup>250</sup> Echter zoals Schalken kritisch opmerkt: “In een gouvernementele afweging weegt

<sup>235</sup> Ibid. Klaassen 2013, p. 62.

<sup>236</sup> Denkbaar is volgens Mevis dat een arts, die meent dat niet hij maar het ziekenhuis de meest gereede aansprakelijke is en/of zijn aansprakelijkheid wegvult tegen die van het ziekenhuis, als rechtstreeks belanghebbende beklag doet tegen de beslissing om het ziekenhuis niet te vervolgen. Volgens Mevis had de arts in het LUMC arrest “via [een artikel 12-Sv procedure] [...] de martelgang van het terechtstaan kunnen worden bespaard.” Mevis 2007, p. 150 en 151.

<sup>237</sup> Hubben 1990, p. 25.

<sup>238</sup> Ibid, p. 5 en 24.

<sup>239</sup> Hubben 2007, p. 9.

<sup>240</sup> Hubben 1990, p. 9 en 31. Leenen, Dute & Kastelein 2008, p. 41.

<sup>241</sup> Steenhorst 2013, p. 5.

<sup>242</sup> Klaassen 2013, p. 62.

<sup>243</sup> Hubben 1990, p. 26.

<sup>244</sup> Leenen, Dute & Kastelein 2008, p. 41. Canoy 2009, p. 164. Memorie van Toelichting 2004/ 2005, p. 2-7.

<sup>245</sup> Het huidige zorgstelsel dat sinds 1 januari 2006 geldt, bestaat uit de invoering van de Zorgverzekeringswet, de Wet toelating zorginstellingen en de Wet marktordening gezondheidszorg. Memorie van Toelichting 2004/ 2005, p. 2.

<sup>246</sup> Leenen, Dute & Kastelein 2008, p. 19.

<sup>247</sup> Het woord ‘gereguleerd’ betekent dat de overheid de publieke belangen van toegankelijkheid, veiligheid, kwaliteit en betaalbaarheid van de zorg blijft bewaken. Memorie van Toelichting 2004/ 2005, p. 2.

<sup>248</sup> Memorie van Toelichting 2004/ 2005, p. 2.

<sup>249</sup> Canoy 2009, p. 164.

<sup>250</sup> Leenen, Dute & Kastelein 2008, p. 19.

het algemeen belang zwaar. In een marktgerichte afweging ligt het accent op de efficiency van de organisatie ten einde zoveel mogelijk rendement te behalen.<sup>251</sup>

Met de gereguleerde marktwerking zijn dan ook bepaalde mechanismen in werking getreden waardoor de kwaliteit van de zorg onder druk is komen te staan, zoals de drang meer winst te maken en de kosten te drukken.<sup>252</sup> De eisen die aan een efficiënte bedrijfsvoering en de beperkingen die in het budget gesteld worden, lijken om voorrang te strijden in relatie tot de eisen die bij een verantwoorde zorg (de primaire taak) in acht genomen dienen te worden.<sup>253</sup> Daardoor kunnen onnodige risico's voor patiëntveiligheid ontstaan, zoals in het Twenteborg ziekenhuis.<sup>254 255</sup> Ook komen de niet direct zichtbaar resultaat opleverende zorgintensieve taken, bij vermindering van financiële middelen, makkelijker in de verdrukking.<sup>256</sup>

Schalken stelt in het kader van de introductie van de gereguleerde marktwerking in de gezondheidszorg:

“Nu het verlenen van zorg tevens een prominent economische doelstelling kent [...], is het niet zo vreemd dat ook de strafrechtelijke aansprakelijkheid van het ziekenhuis als rechtspersoon in beeld komt.”<sup>257</sup>

Een reden is temeer dat in de naoorlogse discussie over de invoering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, deze met name gevoerd is in verband met de economische activiteiten van bedrijven en instellingen.<sup>258 259</sup> De incidenten die de laatste tijd aan het licht gekomen zijn (zie: Inleiding, p. 10), zijn veelal structureel van aard. Een alerter strafrechtelijk vervolgingsbeleid van het ziekenhuis als rechtspersoon lijkt derhalve steeds urgenter te worden. Het is daarbij niet redelijk een structurele misstand (enkel) aan een arts toe te schrijven.<sup>260</sup> Verder kan een dergelijk vervolgingsbeleid een extra motivatie voor het ziekenhuis(bestuur) zijn, zich meer bezig te houden met de vraag of het systeem van kwaliteitsbewaking en -bevordering binnen de instelling wel voldoende functioneert.<sup>261 262</sup>

### 3.3.4: Normhandhaving en normbevestiging

Van de bestraffing van rechtspersonen kan een preventief effect verwacht worden.<sup>263</sup> Artikel 15 WED (oud), de voorloper van artikel 51 Sr, is destijds -onder andere- geïntroduceerd omdat de sancties die wel tegen een bestuurder als natuurlijk persoon genomen konden worden, niet altijd even effectief waren om een rechtspersoon tot een ander beleid te brengen.<sup>264</sup> Indien een rechtspersoon veroordeeld wordt, treft het 'oneervolle' van de straf ook de rechtspersoon zelf, zij hebben immers net als een natuurlijk persoon een reputatie te

---

<sup>251</sup> Schalken 2013, p. 6 en 7.

<sup>252</sup> Ibid, p. 7.

<sup>253</sup> Hubben 1990, p. 31. Druijst 2009, p. 153. Schalken 2013, p. 6.

<sup>254</sup> Hubben 2007, p. 9.

<sup>255</sup> Opgemerkt dient te worden dat het incident in het Twenteborg Ziekenhuis plaatsvond, toen de marktwerking in de zorg (pas) net officieel haar intrede gedaan had.

<sup>256</sup> Hubben 1990, p. 25.

<sup>257</sup> Schalken 2013, p. 3 en 5.

<sup>258</sup> Sikkema 2010, p. 26. Kesteloo 2013, p. 6. Ibid, p. 3. Memorie van Toelichting 1975/1976, p. 15.

<sup>259</sup> Zie ook: Paragraaf 1.2.1: De strafbaarstelling van rechtspersonen, p. 13; en: Paragraaf 2.3.1: Weinig vervolgingen van commune delicten ex artikel 51 Sr, p. 26.

<sup>260</sup> Hubben 2007, p. 9. Schalken 2013, p. 5.

<sup>261</sup> Hubben 1990, p. 26.

<sup>262</sup> Zoals Conoy beschrijft: “Hoewel ondernemerschap de potentie heeft de prijs-kwaliteit verhouding van de zorg te verbeteren, is een ‘goed presterend ziekenhuis’ niet een die lagere prijzen vraagt aan zijn patiënten.” Conoy 2009, p. 166.

<sup>263</sup> Stolwijk 2009, p. 53. Sikkema 2010, p. 26.

<sup>264</sup> Stolwijk 2009, p. 53.

verliezen.<sup>265</sup> Dit geldt ook voor het ziekenhuis: “Het ziekenhuis wil niet door de strafrechter veroordeeld worden en daarmee te boek staan als onzorgvuldig en nalatig in de zorgverlening,” aldus Blondeau.

Van Eykelen beaamt, tijdens het interview, dat een strafrechtelijke vervolging dan wel veroordeling de aanleiding kan vormen de zorg in een instelling daadwerkelijk te verbeteren. Zij wijst naar het Zweedse band arrest (rb. Rotterdam 12 december 2009, *LJN* BG6738), waarin een zorginstelling veroordeeld is voor dood door schuld (artikel 307 Sr).<sup>266</sup> Het verpleeghuis heeft onvoldoende zorg gedragen dat het personeel voldoende geïnstrueerd was hoe een zogenoemde ‘Zweedse band’ gebruikt diende te worden, waardoor een 81-jarige man overleed op 15 juli 2005 na de verkeerde aanlegging ervan. Hij werd naast zijn bed hangend uit de fixeerband gevonden.<sup>267 268</sup> Er bestond ten tijde van het incident al een kritisch IGZ rapport ten aanzien van dezelfde banden -volgens Van Eykelen waren dit ‘museumstukken’-, echter dit rapport heeft destijds helaas geen verandering teweeggebracht. Het OM schreef, ten tijde van de vervolgingsbeslissing, op de site van het OM het volgende hieromtrent:

”Het [OM] hoopt oprecht dat de behandeling van deze strafzaak zorginstellingen er bewuster van maakt welke verantwoordelijkheden zij dragen. [...] Het is erg wrang om te zien dat na het overlijden van de 81-jarige man er wel allerlei verbetermaatregelen konden worden genomen, terwijl een eerder bezoek van de [IGZ] wel tot een plan van aanpak leidde, maar de verdere invulling achterwege bleef.”<sup>269</sup>

Het strafrecht kan derhalve juist van belang zijn in medische strafzaken vanwege de publiekrechtelijke (zichtbare) normhandhaving en (demonstratieve) normbevestiging dat het rechtsgebied kenmerkt.<sup>270</sup> Rechtbank Rotterdam heeft in het Zweedse band arrest het volgende overwogen met betrekking tot de motivering van de straf:

“Met het opleggen van [...] [de] straf beoogt de rechtbank de Stichting te doordringen van de voortdurende verantwoordelijkheid die zij draagt om haar organisatie zo in te richten dat een dergelijke voor alle betrokkenen tragische gebeurtenis zich niet meer zal kunnen herhalen.”<sup>271</sup>

Volgens Van Eykelen is na de veroordeling het verpleeghuis afgestapt van het gebruik van deze Zweedse banden.<sup>272</sup> Hoewel het strafrecht als ‘ultimum remedium’ te gelden heeft, is het tevens een door het recht genormeerd instrument om bepaalde maatschappelijke gedragingen te toetsen en daarmee te beïnvloeden -zoals in de Zweedse band zaak-, wanneer andere handhavinginstrumenten onvoldoende effect hebben.<sup>273</sup>

<sup>265</sup> Sikkema 2010, p. 26.

<sup>266</sup> Zie: noot 91 en noot 105 voor de overwegingen van rechtbank Rotterdam ten aanzien van respectievelijk het daderschap en de schuld (culpa) van het verpleeghuis. De stichting is veroordeeld tot een geldboete van 10.000 euro. Rb. Rotterdam 12 december 2009, *LJN* BG6738 (Zweedse band), beslissing.

<sup>267</sup> Rb. Rotterdam 12 december 2009, *LJN* BG6738 (Zweedse band), bewijsoverwegingen.

<sup>268</sup> “Het OM heeft besloten tot vervolging van de stichting, en niet de twee verzorgers, omdat de stichting verantwoordelijk was en is voor de kwaliteit van de voorzieningen en de controle daarop. Er bleek geen helder protocol voor het gebruik van de band, er was niet goed duidelijk wie verantwoordelijk was voor het aanbrengen en de verslaglegging ervan. Bovendien was onvoldoende gedaan aan opleiding en het op peil houden van deskundigheid van het personeel.” Openbaar Ministerie 2008, alinea 3.

<sup>269</sup> *Ibid*, alinea 4.

<sup>270</sup> Mevis 2007, p. 142-143 en 159.

<sup>271</sup> Rb. Leeuwarden 23 december 1987, *NJ* 1988, 981 (Stichting X, ziekenhuis), strafmotivering.

<sup>272</sup> Ook uit de zaken Stichting X, ziekenhuis en LUMC blijkt dat de strafrechtelijke vervolgingen veranderingen teweeggebracht hebben in de zorginstellingen. Rechtbank Leeuwarden (23 december 1987, *NJ* 1988, 981) overweegt in de strafmotivering: “Straf dient in deze zaak tot uitdrukking te brengen, dat door de Stichting een ernstige fout is gemaakt, waaruit zij lering voor de toekomst dient te trekken, hetgeen, zoals ter zitting reeds is gebleken, ook al is gebeurd.” In het LUMC arrest (rb ‘s-Gravenhage 19 december 2002, *LJN* AF2320) wordt de vrijspraak ten aanzien van de arts-assistent bevestigd “door de omstandigheid dat de ziekenhuisorganisatie na de dood van [slachtoffer] kennelijk wel direct in staat is geweest om de ten processe bedoelde, voor de handliggende maatregelen te treffen om dit soort dodelijke injecties door onervaren artsen op de afdeling kinderoncologie zoveel mogelijk te voorkomen.” Zie ook: Paragraaf 1.1: Inleiding, p. 12; en: Paragraaf 2.2: Inleiding, p. 22.

<sup>273</sup> Hubben 1990, p. 22.



### **3.4: Conclusie en afsluitende opmerkingen**

In dit hoofdstuk is de vraag gesteld of het wenselijk is dat het OM het ziekenhuis als rechtspersoon alerter strafrechtelijk vervolgen gaat. De zaken Stichting X, ziekenhuis en Zweedse band zijn -zover bekend- de enige twee gevallen waarin een strafvervolging tegen een zorginstelling ten aanzien van het delict dood door schuld (artikel 307 Sr), ook tot de veroordeling ervan geleid heeft. Blondeau en Smeehuijzen zijn van mening dat het OM zich (zeer) terughoudend dient op te stellen. Zorgverlening is risicovol en mensenwerk, het kan dan voorkomen dat er sprake is van een medische fout. Blondeau meent dat een calamiteit niet primair via het strafrecht benaderd dient te worden, maar intern aangepakt en opgelost moet worden. In de optiek van de auteur dient het OM eveneens prudent op te treden in medische strafzaken: vandaar dat in deze scriptie gepleit wordt voor een alert en niet een actief strafrechtelijk vervolgingsbeleid ten aanzien van ziekenhuizen.

Toch dient in geval van duidelijke verwijtbaarheid het strafrechtelijk apparaat wel klaar te staan om te reageren. Het nalaten van de strafrechtelijke vervolging van ziekenhuizen ten aanzien de (structurele) misstanden die zich de laatste tijd hebben voorgedaan, is veelal niet met het rechtsgevoel in overeenstemming te brengen. Niet redelijk is een structurele misstand (enkel) aan een individuele zorgverlener toe te schrijven. Ook is de eindverantwoordelijkheid van hen met betrekking tot het medisch beleid, niet langer bevredigend. Het ziekenhuis als rechtspersoon dient alerter strafrechtelijk vervolgd te worden naast of in plaats van de medisch specialist. Het zal leiden tot een verduidelijking van de taken en de bevoegdheden conform de KWZ, en ertoe bijdragen dat de eindverantwoordelijkheid voor het creëren van een verantwoorde zorgomgeving door het ziekenhuis(bestuur) sterker geprofileerd wordt.

Met de introductie van de gereguleerde marktwerking in de gezondheidszorg, is de kwaliteit van de zorg onder druk komen te staan. Het verlenen van zorg is een economische activiteit geworden. Dat het prevaleren van economische belangen boven de patiëntveiligheid een fataal gevolg kan hebben voor de patiënt, laat het incident in het Twenteborg Ziekenhuis zien. Juist het strafrecht, zoals de Zweedse band zaak illustreert, kan van belang zijn in medische strafzaken vanwege de publiekrechtelijke normhandhaving en normbevestiging. Tevens lijkt de recente EHRM uitspraak Şentürk & Şentürk tegen Turkije er op te wijzen dat onder bepaalde omstandigheden -afhankelijk van de mate van schuld (culpa)- een ziekenhuis (alert) strafrechtelijk vervolgd dient te worden. Het is dus tijd en noodzaak dat het OM ten aanzien van ziekenhuizen het vervolgingsbeleid gaat wijzigen.

## Eindconclusie

Indien een patiënt komt te overlijden na een medische misser, wordt thans veelal een arts -op grond van zijn eindverantwoordelijkheid voor het medisch beleid- strafrechtelijk aansprakelijk gesteld ingevolge artikel 307 jo. 309 Sr (dood door schuld in de uitoefening van zijn beroep). In geval een medisch specialist in een zorgomgeving -zoals een ziekenhuis- werkt, kan de vraag rijzen of 'de schuld' bij de individuele zorgverlener ligt dan wel of zijn handelen (ook) beïnvloed wordt door zijn werkomgeving. Indien het laatste het geval is, moet tevens het ziekenhuis vervolgd (kunnen) worden. Het ziekenhuis dient namelijk volgens de KWZ een verantwoorde zorgomgeving te bieden. Het WFG is in de Ramgoelam zaak niet vervolgd; afgevraagd kan worden of dat terecht is. Het niet vervolgen van een ziekenhuis door het OM, lijkt echter niet een uitzondering te vormen.

Tot op heden is slechts eenmaal een ziekenhuis als rechtspersoon veroordeeld voor het delict dood door schuld (artikel 307 Sr): Stichting X, ziekenhuis. De navolgende hoofdvraag is derhalve gesteld in deze scriptie: 'Waarom wordt de stap in de strafrechtelijke vervolging van de arts naar het ziekenhuis als rechtspersoon zelden of niet gemaakt bij medisch falen (i.e. dood door schuld, artikel 307 Sr), wanneer het ziekenhuis nalatig geweest is in het creëren van een verantwoorde zorgomgeving?' Ondanks dat het aantal veroordelingen niet het juiste en feitelijke beeld toont omtrent de (in)activiteit van het OM ten aanzien van ziekenhuizen, kan het wel als een indicatie beschouwd worden bij een gebrek aan informatie over het aantal strafrechtelijke (voor)onderzoeken of vervolgingen dat er in de praktijk plaatsvindt.

In het eerste hoofdstuk is de vraag is gesteld of, gezien het als afzijdig te beschouwen vervolgingsbeleid van het OM, er een afdoende juridisch (i.e. wettelijk en/of jurisprudentieel) kader aanwezig is om het ziekenhuis als rechtspersoon te vervolgen. Conform artikel 51 Sr kan sinds 1976, middels een juridische fictie, een rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk gesteld worden. Onder bepaalde omstandigheden, zoals door de Hoge Raad uiteengezet in het Drijfmestarrest, kan een gedraging van een natuurlijk persoon (zoals een arts) redelijkerwijs toegerekend worden aan een rechtspersoon (i.e. een ziekenhuis). In dat geval wordt de rechtspersoon zelf geacht het strafbare feit begaan te hebben. Indien het strafbare feit een misdrijf als dood door schuld (artikel 307 Sr) betreft, staat los daarvan nog de beoordeling van de aanwezigheid van het bestanddeel schuld (culpa) bij de rechtspersoon.

Hoewel enerzijds de strafbaarstelling van de rechtspersoon (ex artikel 51 Sr en het Drijfmestarrest) inhoudelijk aan duidelijkheid te wensen overlaat en nadere uitleg door de Hoge Raad gewenst is, is er anderzijds een voldoende toereikend juridisch kader aanwezig om het ziekenhuis als rechtspersoon strafrechtelijk te vervolgen en te veroordelen. Traditionele bezwaren dat fysiek daderschap en culpa (schuld) moeilijk bij een rechtspersoon aangenomen kunnen worden, lijkt het Stichting X, ziekenhuis arrest te ontkrachten. Tevens is het niet waarschijnlijk dat academische ziekenhuizen (i.e. publiekrechtelijke rechtspersonen) strafrechtelijke immuniteit hebben en derhalve niet vervolgbaar zijn. Ten aanzien van de

hoofdvraag kan dan ook gesteld worden dat: 'de stap kan in theorie gemaakt worden.' Het Stichting X, ziekenhuis arrest bevestigt deze conclusie.

De Hoge Raad heeft met het Drijfmarrest zelfs de institutionele aansprakelijkheid ten opzichte van eerdere rechtspraak verbreed. Middels het arrest kan niet alleen op grond van eigen daderschap (conform de IJzerdraadcriteria) het nalaten van het creëren van een verantwoorde zorgomgeving tot strafrechtelijke aansprakelijkheid van het ziekenhuis leiden, maar kan thans ook de fout van een individuele arts aan het ziekenhuis toegerekend worden op basis van de 'overige omstandigheden.' Het afzijdige vervolgingsbeleid van het OM lijkt daarmee haaks te staan op de juist verruimde mogelijkheden het ziekenhuis als rechtspersoon strafrechtelijk te vervolgen. Ook de ontwikkeling naar een versterkte aansprakelijkheidstelling binnen ons strafrecht, zou in voorkomende gevallen tot meer discussie moeten leiden over de vraag wie aansprakelijk is: de arts en/of het ziekenhuis.

In hoofdstuk twee is dit afzijdige vervolgingsbeleid van het OM ten aanzien van ziekenhuizen onder de loep genomen. Het ziekenhuis als rechtspersoon wordt ondanks de (theoretische) mogelijkheden hiertoe, in de praktijk zelden of niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld. Dit in tegenstelling tot artsen, terwijl juist de eindverantwoordelijkheid van hen met betrekking tot het medisch beleid niet langer als bevredigend beschouwd kan worden. Geconcludeerd lijkt te kunnen worden dat het derhalve gemakkelijker is een arts te vervolgen, dan om onderzoek te doen naar de aansprakelijkheid van de bestuurlijke context waarbinnen het medisch falen plaats heeft kunnen vinden. Deze constatering lijkt de LUMC zaak te bevestigen: de arts is vervolgd, maar gaat vrijuit omdat er zoveel mis is met de ziekenhuisorganisatie. Het ziekenhuis wordt echter niet vervolgd. Met betrekking tot de hoofdvraag kan dus geconcludeerd worden dat: 'de stap zelden of niet gemaakt wordt.'

Waar vroeger een afzijdig vervolgingsbeleid vooral is verklaard door te wijzen naar het gebrek aan medische deskundigheid bij het OM (naast empathie met het medisch beroep), kan dit met de oprichting van het EMZ niet meer gezegd worden. Het Expertisecentrum heeft dan ook een positieve ontwikkeling ten aanzien van het vervolgingsbeleid van artsen teweeggebracht: het beleid lijkt steeds alerter te worden. Tevens is er om een consistent beleid te bereiken, de Aanwijzing medische zaken door het College van procureurs-generaal opgesteld. Spijtig is het echter dat de Aanwijzing niet uitweidt wanneer een ziekenhuis als rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kan worden en hoe dit dient te geschieden. Een aanvulling van de Aanwijzing hieromtrent is gewenst en nodig.

Drie redenen die mogelijk het afzijdige vervolgingsbeleid van het OM ten aanzien van ziekenhuizen kunnen verklaren (literatuur ontbreekt hieromtrent), zijn: er worden weinig rechtspersonen in het algemeen ex artikel 51 Sr vervolgd voor commune delicten (i.e. dood door schuld, artikel 307 Sr), niet duidelijk is hoe de zorgvuldigheidsnorm van het ziekenhuis ingevuld dient te worden en het OM ondervindt belemmeringen in het strafrechtelijk (voor)onderzoek. Deze redenen zijn echter alle drie niet juridisch en praktisch onoverkomelijk. Een alerter strafrechtelijk vervolgingsbeleid is mogelijk. Hoewel de problematiek ten aanzien

van de strafrechtelijke vervolging van ziekenhuizen ondervangen kan worden (immers 'waar een wil is, is een weg'), is van uiterst belang ook af te vragen of dit wel aangewezen is.

In het laatste hoofdstuk is derhalve de vraag gesteld of het wenselijk is dat het OM het ziekenhuis als rechtspersoon alerter strafrechtelijk vervolgen gaat. Zorgverlening is risicovol en mensenwerk, het kan dan voorkomen dat er sprake is van een medische fout. Hoewel een actief vervolgingsbeleid vanwege deze reden niet op zijn plaats lijkt binnen het medisch strafrecht -vandaar een pleidooi voor een alerter en niet een actief strafrechtelijk vervolgingsbeleid in deze scriptie-, dient wel gereageerd te worden door het OM bij medisch falen (i.e. artikel 307 Sr), wanneer een ziekenhuis nalatig geweest is in het creëren van een verantwoorde zorgomgeving. Ten aanzien van de hoofdvraag dient dan ook te worden benadrukt dat 'de stap gemaakt dient te worden.'

Het strafrechtelijk aansprakelijk stellen van het ziekenhuis zal leiden tot een verduidelijking van de taken en de bevoegdheden conform de KWZ en ertoe bijdragen dat de eindverantwoordelijkheid voor het creëren van een verantwoorde zorgomgeving door het ziekenhuis(bestuur) sterker geprofileerd wordt. Met de invoering van de gereguleerde marktwerking in de zorg, is het verlenen van zorg een economische activiteit geworden en is de kwaliteit van de zorg onder druk komen te staan. Dat het prevaleren van economische belangen boven de patiëntveiligheid een fataal gevolg kan hebben voor de patiënt, laat het incident in het Twenteborg Ziekenhuis zien. Nu het verlenen van zorg een prominente economische doelstelling kent, is het niet vreemd -gelet op de ontstaansgeschiedenis van artikel 51 Sr- dat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van het ziekenhuis daarmee (nadrukkelijker) in beeld gekomen is.

Hubben heeft in 1989 al zijn oratie gehouden over de noodzaak van het OM zich alerter op te stellen ten aanzien van het ziekenhuis. De maatschappelijke problematiek lijkt alleen maar urgenter te worden. Het nalaten van de strafrechtelijke vervolging van ziekenhuizen waar zich onlangs (structurele) misstanden hebben voorgedaan, is veelal niet met het rechtsgevoel in overeenstemming te brengen en niet redelijk is het om in dergelijke situaties een incident (enkel) aan de arts toe te schrijven. Dat juist het strafrecht van belang kan zijn in medische strafzaken vanwege de publiekrechtelijke normhandhaving en normbevestiging, illustreert het Zweedse band arrest. Daarnaast lijkt tevens de recente EHRM uitspraak *Şentürk & Şentürk* tegen Turkije er op te wijzen dat onder bepaalde omstandigheden -afhankelijk van de mate van schuld (culpa)- een ziekenhuis (alert) strafrechtelijk vervolgd dient te worden. Kortom, het is tijd en noodzaak dat het ziekenhuis als rechtspersoon alerter strafrechtelijk vervolgd wordt.

## Nawoord: Een alternatief voorstel- de introductie van risico-aansprakelijkheid voor ziekenhuizen (Schalken)?

Tijdens het interview en in een nog niet gepubliceerd artikel pleit Schalken -vanuit de optiek van de patiënt- voor een alternatieve grondslag van het huidige strafrechtelijke vervolgingsbeleid op grond van schuldaansprakelijkheid.<sup>274</sup> Hij is een voorstander van de introductie van risico-aansprakelijkheid voor ziekenhuizen in medische strafzaken waarin de schuld niet duidelijk ligt. Schalken is van mening, dat vragen als wie is aansprakelijk en waarop is die aansprakelijkheid gebaseerd, vanwege de medische context extra complex zijn (nog meer dan in andere aansprakelijkheidszaken).<sup>275</sup> Hij is van mening dat: "Het systeem [...] een stuk eenvoudiger [zou] worden als de vraag naar aansprakelijkheid (de schuldvraag) zou kunnen worden overgeslagen."<sup>276</sup>

Daarnaast is met de introductie van de geregleerde marktwerking, het verlenen van zorg een economische activiteit geworden.<sup>277</sup> De zorgaanbieders (specialisten, maatschappen en ziekenhuizen) zijn thans bezig met het versterken van hun positie door fusies en andere vormen van samenwerking tegen de toegenomen macht van de zorgverzekeraars. Helaas heeft dit het beantwoorden van de schuldvraag er nog minder eenvoudig opgemaakt. Schalken vraagt zich in dit kader af:

"Wie is binnen deze conglomeraten van zorgverleners nog verantwoordelijk voor wat en welke andere belangen dan de zorg gaan bij de zorgverlening nog meer een rol spelen? [...] De zorg als cascade van verdampende verantwoordelijkheden?"<sup>278</sup>

Niet alleen is de schuldvraag veelal moeilijk te beantwoorden, maar ook is in de meeste situaties sprake van plots optredende en niet voorzienbare risico's, waarbij niemand blaam treft. Hij noemt als voorbeeld een patiënt die ernstig beschadigd uit de narcose komt, omdat hij een allergie bezat en de wetenschap hieromtrent niet van tevoren bekend had kunnen zijn. Is het dan redelijk dat de gevolgen van een dergelijk incident geheel ten laste komen van de patiënt? Nee, vindt Schalken.

Het doorschuiven van de strafrechtelijke aansprakelijkheid naar het ziekenhuis als rechtspersoon, hoewel de schuld ontbreekt, is niet per se onmogelijk in ons schuldstrafrecht, zo stelt hij. Hij noemt als een reeds bestaand voorbeeld:

"[...] [Bepaalde] door het gevolg gekwalificeerde delicten, waarin schuld en gevolg van elkaar zijn losgekoppeld, waardoor het gevolg, hoewel de schuld ontbreekt, toch aan de pleger van het delict wordt toegerekend. Vanwege een risico-opstapje ontstaat de aansprakelijkheid enkel doordat het gevolg intreedt."<sup>279</sup>

Tevens wijst hij erop met het toerekenen van schuld aan de rechtspersoon in de literatuur, thans al gesproken wordt van een (gevoelsmatige) ontwikkeling van het strafrecht in de richting

<sup>274</sup> Zie: Paragraaf 1.2.3: Opzet of culpa (schuld) van de rechtspersoon, p. 16.

<sup>275</sup> Zie: Paragraaf 2.2.1: Medische strafzaken en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van het ziekenhuis, p. 23; en: Paragraaf 2.3.2: Hoe dient de zorgvuldighedsnorm van het ziekenhuis ingevuld te worden?, p. 28.

<sup>276</sup> Schalken 2013, p. 3.

<sup>277</sup> Zie: Paragraaf 3.3.3: De geregleerde marktwerking in de zorg, p. 38.

<sup>278</sup> Schalken 2013, p. 3.

<sup>279</sup> Ibid, p. 9.

van risico-aansprakelijkheid.<sup>280 281</sup> Een dergelijke fictieve risico-toerekening past minder goed bij natuurlijke personen, terwijl het bij rechtspersonen vrij neutraal plaats kan vinden: het zal minder een punitatief, maar meer een declaratoir karakter dragen. In die risico-toerekening en aansprakelijkheid ligt vooral een verwijzing opgesloten naar een redelijke verdeling van het risico.

Schalken maakt een vergelijking met de nadeelcompensatie uit het bestuursrecht.<sup>282</sup> Op basis van het 'solidariteitsbeginsel' pleit hij dat niet alle schade gedragen hoeft te worden van hetgeen ook de ander had kunnen overkomen. Hij verklaart hieromtrent:

"We leven weliswaar in een 'risicosamenleving' -in die zin dat we risico's zoveel mogelijk willen uitsluiten zodat we ons tegen alles en nog wat verzekeren-, maar er zijn situaties waarin we het risico nooit kunnen vermijden, terwijl we er wel op mogen vertrouwen dat het risico geen werkelijkheid zal worden. [...] Wie een ziekenhuis binnentreedt, loopt een zeker risico."<sup>283</sup>

Als de gevolgen bij de verwezenlijking daarvan ernstig zijn en de verwijtbaarheid gering of nihil, is het in dat geval niet redelijk dat alle (financiële) consequenties voor rekening van de patiënt komen. Volgens Schalken maakt de publieke context van de gezondheidszorg spreiding van het risico verdedigbaar. Echter bovenal kunnen ziekenhuizen zich verzekeren tegen deze risico's en hij merkt in dit verband op: "Het afsluiten van een risico-verzekering hoort toch ook bij een economische activiteit?"<sup>284</sup>

Het pleidooi van Schalken voor risico-aansprakelijkheid ten aanzien van ziekenhuizen is interessant. Concreet betekent het voorstel in het kader van deze scriptie dat de schuldvraag niet beantwoord hoeft te worden en ook dat de problemen met betrekking tot de vervolging van ziekenhuizen geëxpliceerd -en de oplossingen hiervoor aangedragen- 'eenvoudig' ondervangen worden. Elke medische verbintenis wordt een resultaatverbintenis: de 'enkele mislukking' van een behandeling maakt het ziekenhuis simpelweg aansprakelijk voor de daaruit ontstane schade.<sup>285</sup> Daarbij komt dat de procedure niet gericht zal zijn op het vaststellen van de schuld en wie eventueel strafrechtelijk aansprakelijk is, maar enkel focust op het opsporen van de oorzaak en het optimaliseren van de zorg.<sup>286</sup>

Desalniettemin kan afgevraagd worden of het redelijk is een ziekenhuis niet alleen aansprakelijk te stellen voor de dood van een patiënt, wanneer het ziekenhuis nagelaten heeft een verantwoorde zorgomgeving te creëren (via het schuldstrafrecht en zoals betoogd in deze scriptie), maar ook indien het ziekenhuis wel verantwoorde zorgomgeving gecreëerd heeft. Gaat het niet bij medisch handelen om het ziekenhuis die niet een gevaar in het leven roept, maar die juist een gevaar wil bestrijden (i.e. de patiënt beter maken)? Het is de patiënt zelf die zich aan een medische behandeling onderwerpt ten behoeve van zijn gezondheid met alle risico's van dien en tegen welke risico's hij zich ook verzekeren kan.<sup>287</sup> Kortom: het voorstel

<sup>280</sup> Sikkema 2010, p. 4 en 5.

<sup>281</sup> In het toerekenen van de gedraging en schuld (culpa) aan het ziekenhuis ex artikel 51 Sr ligt een fictie besloten: de rechtspersoon wordt als abstractie geacht zelf het strafbare feit gepleegd te hebben. Schalken noemt het ziekenhuis als strafbare dader de eerste fictie en risico-aansprakelijkheid is volgens hem de tweede fictie.

<sup>282</sup> De overheid kent compensatie toe aan een individuele burger, omdat het disproportioneel zou zijn om alle schade in het nadeel van een individu te brengen als gevolg van een rechtmatig genomen besluit dat in het algemeen belang getroffen wordt. Met een beroep op gelijkheid (egalité) onder burgers -zij die van de publieke voorziening profijt te trekken en zij die dat niet doet- wordt nadeelcompensatie verdedigd. Schlössels & Stroink 2010, p. 136.

<sup>283</sup> Schalken 2013, p. 8-9.

<sup>284</sup> Ibid, p. 12.

<sup>285</sup> Stolker 1988, p. 33.

<sup>286</sup> Schalken 2013, p. 9.

<sup>287</sup> Stolker 1988, p. 35.

heeft 'voor en tegens.' Ik ben benieuwd hoe in de literatuur op het (controversiële) artikel van Schalken ten aanzien van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van ziekenhuizen gereageerd gaat worden: wordt vervolgd.

# Literatuurlijst

## (Bijdragen in) boeken

### **Akveld 2008**

J.E.M. Akveld, 'Commentaar artikel 17 Wet afbreking zwangerschap', in: B. Sluijters e.a., *Tekst & Commentaar Gezondheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 24.

### **Brants & De Lange 1996**

C.H. Brants & R. de Lange, *Strafvervolgning van overheden*, Deventer: Gouda Quint B.V. 1996.

### **Druijst 2009**

W.L.J.M. Druijst, *Gezondheidsstrafrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

### **Van Eykelen 2010**

M. van Eykelen, 'We komen niet direct met zwaailichten om mensen in de boeien te slaan', in: H. Jansen & M. Knapen, *Over de grenzen van het medisch beroepsgeheim: dilemma's rond privacy en vertrouwen in de zorg*, Eindhoven: Pepijn Uitgeverij 2010, p. 169-188.

### **Gritter 2007**

E. Gritter, 'De strafbaarheid van de rechtspersoon', in: J.B.J. van der Leij (red.), *Plegen en Deelnemen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 32-81.

### **De Hullu 2012**

J. de Hullu, *Materieel strafrecht: Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012.

### **Kesteloo 2013**

A.N. Kesteloo, *De rechtspersoon in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

### **Kroeze, Timmerman & Wezeman 2007**

M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

### **Leenen, Dute & Kastelein 2008**

H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute & W.R. Kastelein, *Handboek Gezondheidsrecht. Deel II: Gezondheidszorg en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2008.



**Legemaate 2010**

J. Legemaate, 'Meer bescherming door veilig melden?', in: A.C. Hendriks e.a., *Grondrechten in de Gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2010, p. 155-164.

**Maeijer 1997**

M.M. Maeijer, *Asser 2-II: Vertegenwoordiging en rechtspersoon: De rechtspersoon*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

**Mevis 2013**

P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht: een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

**Roef & De Roos 1998**

D. Roef & T. de Roos, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon in Nederland: rechtstheoretische beschouwingen bij enkele praktische knelpunten', in: M. Faure & K. Schwarz, *De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Groningen: Intersentia 1998, p. 49-121.

**Schalken 2013**

T.M. Schalken, [nog niet gepubliceerd], p.1-12.

**Schlössels & Stroink 2010**

R.J.N. Schlössels & F.A.M. Stroink, *Kern van het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

**Stolker 1988**

C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts: in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer: Kluwer 1988.

**Stolwijk 2009**

S.A.M. Stolwijk, *Een inleiding in het strafrecht in 13 hoofdstukken*, Deventer: Kluwer 2009.

**Artikelen in tijdschriften en andere media****Buijse 2006**

R. Buijse, 'Eindverantwoordelijkheid: een lastig begrip?', *Tijdschrift LVW* december 2006, p. 4-7.

**Canoy 2009**

M. Canoy, 'Marktwerking in de zorg: ondernemende zorg of zorgende ondernemers', *TPE* 2009 (3), p. 163-178.

**Hendriks 2006**

A.C. Hendriks, 'Medische aansprakelijkheid bij (niet) naleven kwaliteitsnormen', *Elsa Leiden Magazine* 2006 (3), p. 24-29.

**Hendriks 2011**

A.C. Hendriks, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2011 (37), p. 579-593.

**Hendriks 2013 (a)**

A.C. Hendriks, 'Kroniek van het gezondheidsrecht', *Nederlands Juristenblad* 2013 (15), p. 1019-1025.

**Hendriks 2013 (b)**

A.C. Hendriks, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013 (37), p. 652-670.

**Hornman 2010**

M.J. Hornman, 'Concretisering van redelijke toerekening; invulling van de Drijfmeestcriteria in de feitenrechtspraak', *Delikt en Delinquent* 2010 (23), p. 370-401.

**Hubben 2008**

J.H. Hubben, 'De zaak Millecam en de afzijdigheid van het OM', *Nederlands Juristenblad* 2008 (20), p. 1229.

**Hubben 2011**

J.H. Hubben, 'Profilering bij meer sanctiebevoegdheden in medische zaken vraagt om betere samenwerking', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2011 (35), p. 110-118.

**Klaassen 2013**

A.G.H. Klaassen, 'Tekortschietend intern toezicht en de kwaliteit van zorg', *Tijdschrift voor Toezicht*, 2013 (4), p. 57-68.

**Legemaate 2011**

J. Legemaate, 'De strafrechtelijke vervolging van medische zaken', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2011 (155), p. 1-4.

**Maassen 2012**

H. Maassen, 'Angst voor het OM is onterecht', *Medisch Contact* 2012 (6), p. 348-350.

**Melchior 2007**

M. Melchior, 'Lastige zaken, lage prioriteit', *Medisch Contact* 2007 (1), p. 31-35.

**Mevis 2011 (a)**

P.A.M. Mevis, 'Verdient het beroepsrecht van de arts codificatie als strafuitsluitingsgrond in het Wetboek van Strafrecht?', *Ars Aequi* juli/ augustus 2011, p. 549-557.

**Mevis 2011 (b)**

P.A.M. Mevis, 'De 'Aanwijzing medische zaken' van het OM', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2011 (35), p. 103-109.

**Schalken 2012**

T.M. Schalken, 'Staat het medisch beroepsgeheim rechtshandhaving in de relatie tussen IGZ en OM in de weg?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2012 (36), p. 17-23.

**Simons & Gevers 2007**

J. Simons & J.K.M. Gevers, 'Overheidstoezicht op de kwaliteit van de gezondheidszorg', *Nederlands Juristenblad* 2007 (26), p. 1616-1620.

**Smeehuijzen 2000**

J.L. Smeehuijzen, 'Strafrechtelijke vervolging van medisch beroepsbeoefenaren wegens dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld: uiterste terughoudendheid gepast', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2000 (24), p. 131-139.

**Steenhorst 2013**

R. Steenhorst, 'Chaos in ziekenhuizen', *Telegraaf* 30 maart 2013, p. 5.

**Trentelman 2008**

G. Trentelman, 'Expertisecentrum Medische Zaken pioniersfase ontgroeid', *Opportuun* 2008 (10), p. 8-12.

**Oraties, preadviezen, proefschriften en referaten****Hubben 1990**

J.H. Hubben, *Het ziekenhuis als strafbare rechtspersoon* (oratie), Deventer: Uitgeversmaatschappij De Tijdstroom Lochem 1990.

**Hubben 2007**

J.H. Hubben, *Naar een alerter strafrecht in de gezondheidszorg* (referaat), 2007, <http://www.vereniginggezondheidsrecht.nl/376/images/Vergaderingen/20070420%20jubileum%20vergadering/coreferaat%20preadvies%203%20-%20tekst.pdf>

**Mevis 2007**

P.A.M. Mevis, 'Gezondheidsrecht en strafrecht: Ontwikkelingen in een niet altijd even gemakkelijke relatie', in: J. Legemaate, *Gezondheidsrecht: betekenis en positie* (preadvies), Den Haag: SDU Uitgevers 2007, p. 123-177.

**Sikkema 2010**

E. Sikkema, 'De strafrechtelijke aansprakelijkheid van leidinggevend in Nederland', in: E. Sikkema & P. Waeterninckx, *De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van leidinggevend in de economische context* (preadvies), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 3-107.

**Torringa 1984**

R.A. Torringa, *Strafbaarheid van rechtspersonen* (proefschrift), Arnhem: Gouda Quint B.V. 1984.

**Visser 2001**

M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht* (proefschrift), Deventer: Gouda Quint B.V. 2001.

**Van Woensel 1993**

A.M. van Woensel, *In de daderstand verheven: Beschouwingen over functioneel daderschap in het Nederlandse strafrecht* (proefschrift), Arnhem: Gouda Quint B.V. 1993.

**(Onderzoeks)rapportages****Commissie Sanders 2007**

F.B.M. Sanders e.a., *Verslag onderzoekscommissie brand OK Twenteborg Ziekenhuis*, februari 2007.

**Commissie Visser 2009**

G.H.A. Visser e.a., *Eindrapportage commissie Visser* (ingesteld naar aanleiding van het overlijden van Biendiya Ramgoelam), juli 2009.

**Openbaar Ministerie 2013**

Openbaar Ministerie, *Terugblik 2012 & vooruitblik 2013* (uitgevoerd door arrondissementsparket Rotterdam), januari 2013.

**Internetbronnen****Arendse & Dolman 2013**

S.S. Arendse & M.M. Dolman, 'Commentaar artikel 51 Sr', in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, [geraadpleegd op 22 augustus 2013 via [www.legalintelligence.nl](http://www.legalintelligence.nl)]

### **Bijzonder Strafrecht 2013**

'Aangenomen: Wetsvoorstel Opheffing strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers', *Bijzonder Strafrecht*, 12 juni 2013, <http://www.bijzonderstrafrecht.nl/2013/aangenomen-wetsvoorstel-opheffing-strafrechtelijke-immuniteiten-van-publiekrechtelijke-rechtspersonen-en-hun-leidinggevers/#sthash.DkzzgVz7.dpbs>

### **Cleiren 2013**

C.P.M. Cleiren, 'Commentaar artikel 307 Sr', in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, [geraadpleegd op 22 augustus 2013 via [www.legalintelligence.nl](http://www.legalintelligence.nl)]

### **Inspectie voor de Gezondheidszorg 2008**

'Rapport Almelo: IGZ heeft zorgen om veiligheid medische apparatuur Nederlandse ziekenhuizen', *Inspectie voor de Gezondheidszorg*, 20 mei 2008, <http://www.igz.nl/actueel/nieuws/rapportalmeloigzheeftzorgenomveiligheidmedischeapparatuurnederlandseziekenhuizen.aspx>

### **Kalkman-Bogerd 2013 (a)**

L.E. Kalkman-Bogerd, 'Commentaar artikel 47 Wet BIG', in: *Tekst & Commentaar Gezondheidsrecht*, [geraadpleegd op 22 augustus 2013 via [www.legalintelligence.nl](http://www.legalintelligence.nl)]

### **Kalkman-Bogerd 2013 (b)**

L.E. Kalkman-Bogerd, 'Commentaar hoofdstuk VII Wet BIG', in: *Tekst & Commentaar Gezondheidsrecht*, [geraadpleegd op 22 augustus 2013 via [www.legalintelligence.nl](http://www.legalintelligence.nl)]

### **Openbaar Ministerie 2008**

'Boete geëist tegen verpleeghuis', *Openbaar Ministerie*, 28 november 2008, [http://www.om.nl/onderwerpen/medische\\_zaken/@149230/boete\\_geeist\\_tegen/](http://www.om.nl/onderwerpen/medische_zaken/@149230/boete_geeist_tegen/)

### **Slotervaartziekenhuis 2013**

'Historie', *Slotervaartziekenhuis*, 2013, <http://www.slotervaartziekenhuis.nl/Onsziekenhuis/Meeroverhetziekenhuis/Historie.aspx>

### **Westfriesgasthuis 2012**

'Geen vervolging Westfriesgasthuis', *Westfriesgasthuis* 23 juni 2012, <http://www.westfriesgasthuis.nl/nl-nl/nieuws/Nieuwsarchief%202012/Geen%20vervolging%20Westfriesgasthuis.aspx>

## **Parlementaire stukken en andere handelingen**

### **Aanwijzing medische zaken 2010**

*Aanwijzing feitenonderzoek/ strafrechtelijk onderzoek en vervolging in medische zaken*, 12 september 2010, nr. 2010A022, gepubliceerd in Staatscourant 2010, 15 449, in werking per 1 november 2010.

### **Memorie van Antwoord 1975/1976**

*Kamerstukken II 1975/1976*, 13 655, nr. 2 (Memorie van Antwoord).

### **Memorie van Toelichting 1975/1976**

*Kamerstukken II 1975/1976*, 13 655, nr. 3 (Memorie van Toelichting).

### **Memorie van Toelichting 1993/1994**

*Kamerstukken II 1993/1994*, 23 633, nr. 3 (Memorie van Toelichting).

### **Memorie van Toelichting 2007/2008**

*Kamerstukken II 2007/2008*, 30 538, nr. 7 (Memorie van Toelichting).

## **Jurisprudentie**

EHRM 17 januari 2002, nr. 32967/96, *EHRC* 2002/22 m.nt. Van Der Velde (Calvelli & Ciglio tegen Italië)

EHRM 8 juli 2004, nr. 53924/00, *EHRC* 2004/86 m.nt. Hendriks & Bomhoff, *GJ* 2004/52 m.nt. Alkema, *AB* 2005, 10 m.nt. Beers (Vo tegen Frankrijk)

EHRM 30 november 2004, nr. 48939/99, *NJ* 2005, 210 m.nt. Alkema, *AB* 2004, 43 m.nt. Woltjer (Öneryıldız tegen Turkije)

EHRM 9 april 2009, nr. 71463/01, *EHRC* 2010/41 m.nt. Van Der Velde (Šilih tegen Slovenië)

EHRM 12 januari 2012, nrs. 36146/05 en 42418/05, *NJ* 2012, 315 m.nt. Schalken (Gorovenko & Bugara tegen Oekraïne)

EHRM 9 april 2013, nr. 13423/09, *EHRC* 2013/142 m.nt. Toebeş (Şentürk & Şentürk tegen Turkije)

HR 23 februari 1954, *NJ* 1954, 368 m.nt. Röling (IJzerdraad)

HR 1 juli 1981, *NJ* 1982, 80 m.nt. Van Veen (Kabeljauw)

HR 25 januari 1994, *NJ* 1994, 598 m.nt. Corstens (Vliegbasis Volkel)

HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 513 m.nt. De Jonge & Knigge (Pikmeer I)

HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 m.nt. De Hullu (Pikmeer II)

HR 21 oktober 2006, *NJ* 2006, 328 m.nt. Mevis (Drijfmest)

HR 21 oktober 2008, *NJ* 2008, 630 m.nt. Legemaate (Erasmus MC)

Hof Arnhem 21 september 2009, *LJN* BN7748

Hof Leeuwarden 22 november 2012, *GJ* 2013/28, 10/0455

Rb. Leeuwarden 23 december 1987, *NJ* 1988, 981 (Stichting X, ziekenhuis)

Rb. Leeuwarden 23 december 1987, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1988 (23) (Stichting X, anesthesist)

Rb. 's-Gravenhage 19 december 2002, *LJN* AF2320 (LUMC)

Rb. Zutphen 10 oktober 2008, *LJN* BF7537

Rb. Rotterdam 12 december 2009, *LJN* BG6738 (Zweedse band)

Rb. Alkmaar 24 september 2012, *LJN* BX8124 m.nt. Schalken (Ramgoelam)

CTG 27 november 2012, *LJN* YG1155 m.nt. Hubben (Ramgoelam)

## **Bijlage I: De artikelen 51, 307 en 309 Sr**

### **Artikel 51 Sr**

1. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.
2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:
  - 1°. tegen die rechtspersoon, dan wel;
  - 2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel;
  - 3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.
3. Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.

### **Artikel 307 Sr**

1. Hij aan wiens schuld de dood van een ander te wijten is, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.
2. Indien de schuld bestaat in roekeloosheid, wordt hij gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vierde categorie.

### **Artikel 309 Sr**

Indien de in deze titel omschreven misdrijven worden gepleegd in de uitoefening van enig ambt of beroep, kan de gevangenisstraf met een derde worden verhoogd, kan ontzetting worden uitgesproken van de uitoefening van het beroep waarin het misdrijf is gepleegd, en kan de rechter de openbaarmaking van zijn uitspraak gelasten.



## Bijlage II: De initiële interviewvragen

De onderstaande vragen hebben de basis gevormd voor de drie interviews. Op grond van het antwoord is de geïnterviewde wisselend verder doorggevraagd.

1. Vindt u dat een ziekenhuis strafrechtelijk vervolgd dient te worden bij medisch falen? Zo ja, in welke gevallen?
2. Bent u van mening dat er een adequaat wettelijk en/of jurisprudentieel kader aanwezig is om het ziekenhuis als rechtspersoon te vervolgen?
3. Dient in uw optiek het ziekenhuis alerter strafrechtelijk vervolgd te worden?
4. Hubben heeft de indruk dat het gemakkelijker is een 'lager' in de zorg staande medewerker te vervolgen (zoals een arts), dan om onderzoek te doen naar de bestuurlijke context waarin het medisch falen heeft kunnen plaatsvinden. Deelt u deze visie?
5. Beschikt het OM over voldoende tijd, expertise en mankracht om ziekenhuizen alerter te gaan vervolgen?
6. Medische strafzaken staan continu in het nieuws. Heeft u de impressie dat de media de gezondheidszorg onnodig aan het betichten is of onjuiste beelden schept over het beleid van het OM?
7. Een ziekenhuis kan niet via het tuchtrecht vervolgd worden. Vindt u dat daar verandering in dient te komen?
8. Gaat het vervolgingsbeleid van het OM ten aanzien van ziekenhuizen in de toekomst (op korte of lange termijn) wijzigen?