

ARTIKEL

Het instellen van een medische tuchtprocedure: een ‘criminal charge’?

Mr. M.F. Mooibroek**

1. Inleiding

Sinds de inwerkingtreding van de Wet modernisering tuchtrecht¹ kan de medische tuchtrechter, wanneer hij een doorhaling van de inschrijving in het BIG-register oplegt, als extra maatregel beperkingen stellen aan het beroepsmatig handelen op het gebied van de individuele gezondheidszorg. Dat kan zelfs leiden tot een ‘absoluut’ beroepsverbod, waarbij de beklagde voor onbepaalde tijd, in welke hoedanigheid dan ook, niet meer in de individuele gezondheidszorg mag werken. Met een dergelijke uitkomst voor de beklagde op het spel, is het karakter van de medische tuchtprocedure fundamenteel gewijzigd. Dit roept de vraag op of sprake is van een ‘criminal charge’ zoals bedoeld in artikel 6 EVRM (Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens). Eerder is al uitgemaakt dat in een tuchtprocedure waarbij beroepsbeperkende maatregelen kunnen worden opgelegd ‘civil rights’ worden vastgesteld.

Hierna wordt ingegaan op de achtergronden van het geïntroduceerde tuchtrechtelijk beroepsverbod (par. 2). Vervolgens wordt de huidige lijn uit de Straatsburgse en nationale rechtspraak behandeld over de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op de (medische) tuchtprocedure (par. 3), waartegen de aard en zwaarte van het geïntroduceerde beroepsverbod wordt afgezet (par. 4). Ik besluit met het benoemen van enkele vérgaande consequenties van een kwalificatie van de medische tuchtprocedure als ‘criminal charge’ (par. 5).

2. Het tuchtrechtelijke ‘absolute’ beroepsverbod

Wanneer de medisch tuchtrechter een klacht gegrond verklaart, kan hij de beklagde een van de in artikel 48 Wet BIG genoemde maatregelen opleggen. Voordat de Wet modernisering tuchtrecht in werking was getreden, was doorhaling van de BIG-registratie van beklagde de uiterste maatregel die kon worden opgelegd. Die maatregel verhindert echter niet dat de betreffende beklagde toch in de gezondheidszorg kan doorwerken, buiten de hoedanigheid van het beroep waarvan zijn BIG-registratie is doorgehaald.

* Dit artikel heeft de peerreviewprocedure doorlopen. Ook dankt de auteur prof. mr. J.C.J. Dute voor zijn commentaar bij een eerdere versie van dit artikel.

** Maurice Mooibroek is advocaat bij KBS Advocaten te Utrecht en buitenpromovendus Radboud Universiteit Nijmegen.

1 Stb. 2018, 260.

Mr. M.F. Mooibroek

Om dit tegen te gaan ontwikkelde de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: de Minister) in 2012 het idee om aan een beklagde een *absoluut* verbod voor het verlenen van zorg te kunnen opleggen. De Minister sprak toen alleen nog van een ‘absoluut verbod op het verrichten van voorbehouden handelingen’, zodat een geschorste of doorgehaalde beroepsbeoefenaar voorbehouden handelingen ook niet meer in opdracht kon uitoefenen.²

In een daaropvolgende Kamerbrief van 22 januari 2013 bleek de Minister haar plannen te hebben uitgebouwd. Naar aanleiding van de kwestie van de voormalige neuroloog Jansen Steur overwoog de Minister te onderzoeken of er mogelijkheden waren om een verder strekkend absoluut beroepsverbod op te leggen:

‘inhoudende dat de betrokkene in het geheel niet meer in een één op één relatie mag optreden als zorgverlener (oftewel: geen enkel beroep in de individuele gezondheidszorg meer mag uitoefenen). Een dergelijke maatregel kan worden gebruikt om beroepsbeoefenaren als de heer Jansen Steur in het geheel niet meer in de zorg te laten werken.’³

Een dergelijk voornemen herhaalde de Minister in haar beleidsreactie op de tweede evaluatie van de Wet BIG. Toen bleek zij echter van plan de betreffende mogelijkheid *aan de tuchtrechter* toe te kennen, als aanvullend op mogelijkheden binnen het strafrecht.⁴ Volgens de Minister was de mogelijkheid van absoluut beroepsverbod voor de tuchtrechter bedoeld voor situaties waarbij sprake is van handelen of nalaten dat een beroepsbeoefenaar niet betaamt en waarbij een relatie gelegd kan worden met de beroepsuitoefening dan wel de beroepsnormen, zoals bij het plegen van zeden- en geweldsmisdrijven.⁵

De mogelijkheden binnen het strafrecht omvatten tot dan toe geen permanent, absoluut beroepsverbod. De strafrechter kon een persoon die handelingen had verricht op het gebied van individuele gezondheidszorg voor onbepaalde tijd van het recht tot het uitoefenen van het betrokken beroep ontzetten op grond van artikel 96 lid 3 Wet BIG. Daarbij gelden de beperkingen dat de betreffende persoon in de uitoefening van zijn beroep moest hebben gehandeld en alleen de uitoefening van *dat* beroep kon worden beperkt. Daarnaast kon de strafrechter een schuldige uit het recht ontzetten bepaalde beroepen (en dus ook beroepen in de individuele gezondheidszorg) uit te oefenen op grond van artikel 28 jo. 31 Sr (Wetboek van Strafrecht). Die ontzetting is echter tijdelijk van aard en slechts mogelijk in de bij de wet bepaalde gevallen.

Toen tijdens een Kameroverleg werd afgevraagd of de voorgenomen verbreding van het beroepsverbod niet meer bij het strafrecht lag, antwoordde de Minister dat, nu het om ernstige situaties ging, gerechtvaardigd was dat *zowel de tuchtrechter als de strafrechter* de mogelijkheid tot opleggen van een absoluut beroepsverbod zou krijgen. Hiermee zei de Minister de eerder aangenomen motie Bruins Slot/Bouwmeester te volgen, die de regering opriep

2 Kamerstukken II 2011/12, 33000 XVI, nr. 168, p. 7.

3 Kamerstukken II 2012/13, 31016, nr. 37, p. 5.

4 Kamerstukken II 2014/15, 29282, nr. 211, p. 8, 26.

5 Kamerstukken II 2014/15, 29282, nr. 231, p. 56.

om de mogelijkheid van algeheel beroepsverbod voor de strafrechter te introduceren.⁶ Kritische Kamerleden vroegen zich ook af hoe een algeheel beroepsverbod paste in de Wet BIG, die immers alleen BIG-geregistreerde beroepen regelt, maar de Minister reageerde:

'Dat het bereik van de maatregel ruimer is dan de uitoefening van de beroepen die in de Wet BIG zijn geregeld is op zich geen argument dat deze maatregel niet binnen de Wet BIG kan worden geregeld. De strafbepalingen in de Wet BIG hebben ook een ruimer bereik dan de uitoefening van een BIG-beroep.'⁷

De mogelijkheid voor de tuchtrechter sloot volgens de Minister ook aan bij het doel van het tuchtrecht: de kwaliteit van de beroepsuitoefening en de daarmee samenhangende patiëntveiligheid te beschermen en het vertrouwen in de beroepsuitoefening te waarborgen.⁸ De Minister onderbouwde:

'Je kunt je dus voorstellen dat je ook in die context wilt dat de tuchtrechter die uitspraken juist wél kan doen. Het is niet zo dat de strafrechter dat dan niet meer doet; je geeft een extra mogelijkheid.'⁹

Zowel het tuchtrechtelijke als het strafrechtelijke beroepsverbod kregen vervolgens een plaats in het wetsvoorstel Modernisering tuchtrecht Wet BIG, dat op 13 december 2016 naar de Tweede Kamer werd gestuurd. In dit verband werd een nieuw tweede lid in artikel 48 Wet BIG gevoegd en een nieuw artikel 98a Wet BIG geïntroduceerd.¹⁰ Beide bepalingen hebben in ongewijzigde vorm het Staatsblad bereikt.¹¹

Volgens artikel 48 lid 2 Wet BIG kan een tuchtcollege bij doorhaling van de BIG-registratie de beroepsbeoefenaar, indien diens gedragingen een gevaar kunnen opleveren voor de veiligheid van personen, beperkingen opleggen met betrekking tot het beroepsmatig handelen op het gebied van de individuele gezondheidszorg. Artikel 98a Wet BIG stelt dat een persoon die werkzaam is in de individuele gezondheidszorg kan worden ontzet van het recht om een of meer beroepen in de individuele gezondheidszorg uit te oefenen, indien hij wordt veroordeeld voor een aantal nader omschreven strafbare feiten, zoals onder meer omschreven in artikel 96 Wet BIG.

In de memorie van toelichting stelt de wetgever dat beide beroepsverboden van elkaar verschillen. Ten eerste omdat doelstellingen van tuchtrecht en strafrecht anders zijn: bewaken en bevorderen van de kwaliteit van beroepsuitoefening en bescherming versus

6 *Kamerstukken II 2014/15*, 29282, nr. 78, item 22 en nr. 225.

7 *Kamerstukken II 2014/15*, 29282, nr. 231, p. 41-42.

8 *Kamerstukken II 2015/16*, 31016, nr. 90, p. 4, 27.

9 *Kamerstukken II 2015/16*, 31016, nr. 90, p. 27.

10 *Kamerstukken II 2016/17*, 34629, nr. 1-2. Overigens was eerder, middels de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (*Stb.* 2015, 407) uit art. 96 Wet BIG (waarnaar art. 98a Wet BIG verwijst) de restrictie verwijderd dat moest zijn gehandeld in de beroepsuitoefening, zodat het strafrechtelijk algeheel beroepsverbod ook voor privémisdragingen kon worden opgelegd.

11 *Stb.* 2018, 260.

afschrikking en vergelding.¹² Ten tweede verschilt de kring van personen waaraan de beroepsverboden kunnen worden opgelegd: alleen aan BIG-geregistreerden versus aan eenieder die werkzaam is in de individuele gezondheidszorg.¹³

In effect op de justitiabele zijn een tuchtrechtelijk en een strafrechtelijk beroepsverbod in ieder geval hetzelfde. Veelzeggend is dat bij de totstandkoming van beide beroepsverboden strafrecht en tuchtrecht vaak met elkaar zijn vermengd. Dat blijkt niet alleen uit de citaten hiervoor, maar ook uit de memorie van toelichting. Daarin licht de wetgever toe in welke situaties een tuchtrechtelijk beroepsverbod in zicht komt:

'De situaties waarin de tuchtrechter een breed beroepsverbod kan opleggen zijn die waarin betrokkene een ernstig gevaar vormt voor patiënten in het algemeen, dan wel voor een categorie van patiënten, ongeacht het beroep in de individuele gezondheidszorg dat betrokkene zou uitoefenen. (...) Te denken valt aan een ernstig zedendelict, een ernstig geweldsdelict of een levensdelict begaan door betrokkene (...). Aangesloten kan worden bij de delicten in genoemde drie categorieën waarbij de strafrechter ingevolge het Wetboek van Strafrecht bevoegd is om de straf van ontzetting van het recht het beroep uit te oefenen kan opleggen. Het tuchtcollege kan zich bij haar oordeelsvorming of het opleggen van een (breed) tuchtrechtelijk beroepsverbod noodzakelijk is zo nodig laten adviseren door deskundigen. In gevallen waar bijvoorbeeld de kennis en expertise van een gedragsdeskundige onontbeerlijk is om te beoordelen of een tuchtrechtelijk beroepsverbod moet worden opgelegd, ligt een dergelijk advies voor de hand.'¹⁴

Het tuchtrechtelijke beroepsverbod kan volgens de letterlijke bewoordingen van artikel 48 Wet BIG, anders dan het strafrechtelijke beroepsverbod, worden opgelegd bij 'gevaar voor de veiligheid van personen'. Maar de vraag is welke waarde daaraan moet worden toegekend, wanneer de wetgever ook benadrukt dat daarbij te denken valt aan delicten, waarbij aangesloten kan worden bij de delicten uit het Wetboek van Strafrecht. Daarmee lijkt de wetgever de inzet van het tuchtrechtelijke absolute beroepsverbod dus niet (enkel) aan overschrijden van de tuchtrechtelijke norm c.q. professionele regels te koppelen, maar expliciet (ook) aan generale preventie en strafrechtelijke gedragingen. De mogelijkheid zich daarbij te laten adviseren door (gedrags)deskundigen heeft de wetgever ook genoemd voor de strafrechter bij het strafrechtelijke beroepsverbod.¹⁵

De introductie van het tuchtrechtelijke beroepsverbod is in de literatuur kritisch onthaald. Op die manier 'treedt het tuchtrecht buiten zijn oevers' en wordt een mogelijkheid geïntroduceerd die in het strafrecht thuishoort, aldus Buijsen.¹⁶ Hendriks meent dat hiermee, samen met andere ontwikkelingen, sprake is van een afglijden van tuchtrecht naar een

12 *Kamerstukken II* 2016/17, 34629, nr. 3, p. 5 (MvT).

13 *Kamerstukken II* 2016/17, 34629, nr. 3, p. 25 (MvT).

14 *Kamerstukken II* 2016/17, 34629, nr. 3, p. 14-15 (MvT).

15 *Kamerstukken II* 2016/17, 34629, nr. 3, p. 25 (MvT).

16 M. Buijsen, 'Beroepsverbod hoort niet in tuchtrecht', *Medisch Contact* 26 maart 2015, p. 606-607.

soort strafrecht light.¹⁷ De vergelijking met het strafrecht komt in het bijzonder naar voren in de volgende paragrafen.

3. Enkele algemene uitgangspunten tuchtvervolging en 'criminal charge'

Vanuit Europeesrechtelijk perspectief kan de vraag worden gesteld of een persoon die met een tuchtklacht wordt geconfronteerd wordt blootgesteld aan een 'criminal charge', zoals bedoeld in artikel 6 EVRM.¹⁸

Uit artikel 6 EVRM vloeien enkele fundamentele procesrechtelijke eisen voort. Het artikel maakt een onderscheid tussen procedures waarbij sprake is van een 'determination of civil rights and obligations' enerzijds en procedures die zich laten kwalificeren als een 'criminal charge' anderzijds. Voor beide typen procedures geldt de bescherming uit het eerste lid – berechting binnen een redelijke termijn, openbaarheid van rechtspraak, toegang tot de rechter, onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter en een eerlijk proces. Voor een 'criminal charge' geldt daarnaast nog de bescherming uit het tweede en derde lid – de onschuldpresumptie en enkele specifieke verdedigingsrechten. De notie 'criminal charge' komt ook terug in artikel 7 EVRM ('geen straf zonder wet') en artikel 4 van het (overigens door Nederland niet geratificeerde) Zevende Protocol bij het EVRM.

Inmiddels is vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) dat tuchtrechtelijke procedures zich, normaal gesproken, niet laten kwalificeren als een 'criminal charge'. Wel onderkent het EHRM dat in een tuchtrechtelijke procedure, waarbij een beroepsbeperkende maatregel opgelegd kan worden, 'civil rights' worden vastgesteld.¹⁹ Het gaat hierbij om verschillende beroepscategorieën, onder meer advocaten, ambtenaren, artsen, curatoren, rechters en notarissen. Slechts in specifieke gevallen geldt een uitzondering en kan een tuchtvervolging wel als 'criminal charge' hebben te gelden, bijvoorbeeld als sprake is van vrijheidsberoving.²⁰

Voor wat betreft het Nederlandse medische tuchtrecht volgt het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg al jaren dezelfde lijn, namelijk dat bij een medische tuchtvervolging geen sprake is van een 'criminal charge'.²¹

De basis voor zijn rechtsregels legde het EHRM in het arrest *Engel e.a./Nederland* uit 1976.²² Het EHRM bepaalde, kort gezegd, dat de enkele kwalificatie van een vergrijp als 'tucht-

17 A.C. Hendriks, 'Tuchtrecht – meer tucht dan recht', *TvGR* 2015 (39) 5, p. 322-330.

18 Zie over deze problematiek ook W.R. Kastelein, 'Artikel 6', in: J.K.M. Gevers (red.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994, p. 75-103.

19 EHRC 28 juni 1978, no. 6232/73, NJ 1980, 54 (*König/Duitsland*) en EHRC 10 februari 1983, no. 7299/75, 7496/76, NJ 1987, 315 (*Albert & Le Compte/België*).

20 EHRM 5 maart 2020, no. 69291/12 (*Peleki/Griekenland*), § 35-36, zie specifiek ten aanzien van artsen EHRM 11 april 2019, no. 32216/15 (*Bonnemaison/Frankrijk*), § 29 en EHRM 13 oktober 2020, no. 59389/16 en 59392/16 (*Faller & Steinmetz/Frankrijk*), *GJ* 2020/150, m.nt. prof. mr. A.C. Hendriks, § 41.

21 CTG 19 juni 2007, nr. 2006/137, *Stat.* 2007, 127, p. 17, r.o. 4.4; CTG 11 december 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:387, r.o. 4.5; CTG 21 november 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:319, r.o. 4.5; CTG 11 oktober 2018, ECLI:NL:TGZ:CTG:2018:274, r.o. 4.6.

22 EHRM 8 juni 1976, no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, NJ 1978, 223 (*Engel e.a./Nederland*).

rechtelijk' niet doorslaggevend is voor de vraag of sprake is van een 'criminal charge'. Was dat immers wel zo, dan zou het voor Verdragsluitende Staten mogelijk zijn om naar eigen goeddunken een delict als tuchtrechtelijk in plaats van strafrechtelijk te kwalificeren, om zo strafrechtelijke waarborgen te omzeilen. De vraag of een tuchtrechtelijke vervolging geldt als 'criminal charge' dient te worden onderzocht aan de hand van drie factoren:

- i hoe het delict waarvan beklagde beschuldigd werd zich onder nationaal recht kwalificeert,
- ii wat de aard van het delict is en
- iii wat de zwaarte van de geriskeerde sanctie is. Later voegde het EHRM eraan toe dat ook de aard van de geriskeerde sanctie diende te worden meegewogen.²³

De eerste factor is volgens het EHRM slechts van formele en relatieve waarde, niet meer dan een 'startpunt'. De andere twee factoren zijn van groter belang.²⁴ Deze laatste twee factoren zijn alternatief en niet noodzakelijkerwijs cumulatief van aard. Van 'criminal charge' kan dus sprake zijn wanneer de aard van het delict vanuit het oogpunt van het EVRM als 'criminal' moet worden beschouwd, of wanneer het delict de persoon blootstelt aan een sanctie die door de aard en de zwaarte ervan tot de 'criminele' sfeer behoort.²⁵ Het EHRM sluit een cumulatieve aanpak echter niet uit, wanneer een afzonderlijke analyse van elke factor het niet mogelijk maakt om tot een duidelijke conclusie te komen over de kwalificatie als een 'criminal charge'.²⁶

Hoe het EHRM de factoren in het algemeen toepast bij tuchtrechtelijke procedures komt hierna – beknopt – aan de orde.

Kwalificatie onder nationaal recht

Bij de factor hoe het delict onder nationaal recht wordt gekwalificeerd, gaat het om de vraag of de bepalingen die het betrokken delict definiëren, volgens het rechtsstelsel van de Verdragsstaat, tot het strafrecht, het tuchtrecht of beide tegelijk behoren. Als het nationale recht een delict als strafrechtelijk kwalificeert (doorgaans: onderdeel vormt van een strafwet), dan is dit doorgaans beslissend voor de notie 'criminal charge'. Is daarvan geen sprake, maar is het delict bijvoorbeeld opgenomen in andersoortige wetgeving (zoals de Wet BIG), dan zal het EHRM aan de hand van de andere factoren onderzoeken wat de realiteit van de gevolgte procedure is achter de nationale kwalificatie.²⁷

De aard van het delict

Het EHRM beschouwt een delict doorgaans als 'tuchtrechtelijk' van aard, als het slechts is voorgeschieden voor de leden van een beroepsgroep met een speciale status (en niet voor

23 EHRM 28 juni 1984, no. 7819/77, 7878/77 (*Campbell & Fell/Verenigd Koninkrijk*) § 72.

24 EHRM 8 juni 1976, no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, NJ 1978, 223 (*Engel e.a./Nederland*), § 82.

25 EHRM 25 augustus 1987, no. 9912/82, NJ 1988, 938 (*Lutz/Duitsland*), § 55.

26 EHRM 23 november 2006, no. 73053/01, AB 2007/51 (*Jussila/Finland*), § 30-31.

27 Council of Europe, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb)*, 2020, p. 9.

de algemene bevolking).²⁸ Tegelijkertijd maakt deze enkele omstandigheid een delict niet *prima facie* tuchtrechtelijk van aard.²⁹

Soms hecht het EHRM meer specifiek eraan dat de tuchtnorm in kwestie is opgesteld om ervoor te zorgen dat die leden zich houden aan de specifieke regels die gelden voor hun professionele gedrag, alsook erop is gericht om de eer en goede naam van het beroep te beschermen en het vertrouwen van het publiek in dat beroep in stand te houden.³⁰

Wanneer een gedraging, die kan leiden tot een tuchtrechtelijke sanctie, ook een strafrechtelijk delict vormt, is van een zuiver tuchtrechtelijke aangelegenheid geen sprake. De extreme zwaarte van het delict kan relevant zijn, maar het EHRM meent dat dit op zichzelf niet volstaat om een persoon die zich daarvoor tuchtrechtelijk moet verantwoorden te beschouwen als 'charged with a criminal offence'.³¹

De aard en zwaarte van de geriskeerde sanctie

Bij de derde factor gaat het om de aard en de zwaarte van de door de betrokkene *geriskeerde* sanctie. Het EHRM meent dat moet worden gekeken naar de maximumsanctie waarin de betreffende wet voorziet. De daadwerkelijk opgelegde sanctie is relevant, maar doet niet af aan wat aanvankelijk op het spel stond.³²

Deze factor blijkt vaak een hindernis om een tuchtrechtelijke procedure als 'criminal charge' te kwalificeren. Vooralsnog heeft het EHRM alleen militair- en gedetineerden-tuchtrechtelijke procedures, waarin vrijheidsstraffen konden worden opgelegd, gekwalificeerd als 'criminal charge'. En dan alleen als de geriskeerde vrijheidsstraffen in aard, duur of wijze van uitvoering aanmerkelijk nadelig waren.³³ Tegelijkertijd sluit de enkele omstandigheid dat een delict niet met een vrijheidsstraf wordt gesanctioneerd, een 'criminal charge' niet uit, aangezien het relatieve gebrek aan zwaarte van de betrokken sanctie een delict niet van zijn inherent strafrechtelijke karakter kan beroven.³⁴

Sancties als waarschuwing, berisping en tijdelijke schorsing van beroepsregistratie beschouwt het EHRM als typisch tuchtrechtelijk van aard. De geriskeerde maatregel van geldboete is volgens het EHRM op zichzelf niet genoeg om te spreken van een strafrechtelijke vervolging, ook al bereikt deze een zodanige hoogte dat zij op zichzelf als punitief kan worden gezien. Hetzelfde geldt voor de maatregel van schraping uit het beroepsregis-

28 EHRM 22 mei 1990, no. 11034/84, NJ 1992, 454 (*Weber/Zwitserland*), § 33.

29 EHRM 9 oktober 2003, no. 39665/98, 40086/98, EHRC 2003/90 (*Ezeh & Connors/Verenigd Koninkrijk*), § 103.

30 EHRM 19 februari 2013, no. 47195/06 (*Müller-Hartburg/Oostenrijk*), § 45 en EHRM 6 november 2018, no. 55391/13; 57728/13; 74041/13, NJB 2019/203 (*Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portugal*), § 126.

31 EHRM 28 juni 1984, no. 7819/77, 7878/77 (*Campbell & Fell/Verenigd Koninkrijk*), § 71 en EHRM 20 januari 2011, no. 19606/08, RvdW 2012/417 (*Payet/Frankrijk*), § 94 e.v.

32 EHRM 27 augustus 1991, no. 13057/87 (*Demicoli/Malta*), § 34; EHRM 9 oktober 2003, no. 39665/98, 40086/98 (*Ezeh & Connors/Verenigd Koninkrijk*), § 120; EHRM 11 juni 2009, no. 5242/04 (*Dubus S.A./Frankrijk*), § 37 en EHRM 19 februari 2013, no. 47195/06 (*Müller-Hartburg/Oostenrijk*), § 46.

33 In *Engel e.a./Nederland* achtte het EHRM een maximale duur van twee dagen 'strikt arrest' die dienstplichtig militair Engel riskeerde en feitelijk opgelegd kreeg niet aanmerkelijk nadelig.

34 EHRM 6 november 2018, no. 55391/13, 57728/13, 74041/13, NJB 2019/203 (*Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portugal*), § 122; EHRM 3 april 2012, no. 23470/05 (*Nicoleta Gheorghe/Roemenië*), § 26.

Mr. M.F. Mooibroek

ter, als dat niet noodzakelijkerwijs een permanent effect heeft (vanwege uitzonderlijke mogelijkheden tot herinschrijving).³⁵

4. Tuchtvervolging en ‘criminal charge’ bij tuchtrechtelijk ‘absoluut’ beroepsverbod

Hoe kunnen voornoemde factoren worden toegepast bij een medisch-tuchtrechtelijke procedure, waarbij een absoluut beroepsverbod zoals thans opgenomen in artikel 48 lid 2 Wet BIG opgelegd kan worden?

Kwalificatie onder nationaal recht

De kwalificatie van het delict naar nationaal recht is met de Wet modernisering tuchtrecht onveranderd gebleven. De positionering van de tuchtnormen en het tuchtprocesrecht, op grond waarvan tuchtvervolging plaatsvindt, is in de Wet BIG gebleven en niet overgeheveld naar een strafwet. Maar zoals hiervoor weergegeven, is dit enkele gegeven van betrekkelijk belang en zijn de andere twee factoren belangrijker.

Aard van het delict

De aard van het medisch-tuchtrechtelijke delict heeft thans meer strafrechtelijke connotaties dan voorheen. Hoewel de tuchtnormen nog steeds alleen zijn gericht op de leden van een beroepsgroep met een speciale status – BIG-geregistreeerden – lijkt hun doelstelling te zijn gewijzigd in (ook) ‘corrigeren’. Bij zwaardere maatregelen heeft correctie altijd wel meegespeeld, maar eerder als nevendoelelstelling. Nieuw is dat de wetgever correctie nu ook expliciet noemt als doelstelling van tuchtrecht.³⁶

Door de mogelijke maatregel van een absoluut beroepsverbod, zien de tuchtnormen niet enkel meer op het waarborgen van de kwaliteit van de uitoefening van en het behouden van het vertrouwen in het BIG-geregistreeerde beroep, maar ook op de hoedanigheid van de beklagde daarbuiten. Zoals in paragraaf 2 bleek, rechtvaardigde de Minister dat door te verwijzen naar de reikwijdte van strafbepalingen. Maar daarmee wordt gesuggereerd dat tuchtrecht algemene maatschappelijke belangen dient, die normaal gesproken door het strafrecht worden beschermd. Als tuchtrecht en strafrecht inderdaad los van elkaar staan (zoals ook in de memorie van toelichting wordt benadrukt), is het in ieder geval niet logisch de uitbreiding van de reikwijdte van tuchtrecht door een verwijzing naar strafrechtelijke bepalingen te onderbouwen. Het voorgaande is een indicatie voor een ‘criminal charge’.³⁷

Zo’n indicatie lijkt ook te volgen uit de eerder geciteerde toelichting van de wetgever dat aangesloten kan worden bij categorieën delicten uit het Wetboek van Strafrecht. Het opleggen van een beroepsverbod lijkt dan dus (mede) afhankelijk te zijn van een bevinding van strafrechtelijke schuld (zie ook hierna).³⁸

35 EHRM 19 februari 2013, no. 47195/06 (*Müller-Hartburg/Oostenrijk*).

36 *Kamerstukken II* 2016/17, 34629, nr. 3, p. 4 (MvT).

37 EHRM 23 oktober 2018, no. 47072/15 (*Produkcija plus Storitveno Podjetje D.O.O./Slovenië*), § 42; EHRM 27 september 2011, no. 43509/08, NJB 2011/2149 (*A. Menarini Diagnostics S.R.L./Italië*), § 40.

38 EHRM 10 juni 1996, no. 19380/92 (*Benham/Verenigd Koninkrijk*), § 56.

Overigens is zeer kwetsief of de tuchtrechter daadwerkelijk die aansluiting bij strafrechtelijke delicten kan zoeken. Taalgebruik in een overweging dat aansprakelijkheid voor een strafrechtelijk delict impliceert voor de in de tuchtprocedure ten laste gelegde feiten levert immers een probleem op met de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM.³⁹

De aard en zwaarte van de geriskeerde sanctie

Een maatregel van beroepsverbod raakt echter vooral de laatste *Engel*-factor. Er zijn duidelijke aanwijzingen dat zo'n maatregel als maximale potentiële sanctie op schending van tuchtnormen de medische tuchtvervolging verandert in een 'criminal charge'.

Wat betreft de aard van de sanctie geldt allereerst dat het tuchtrechtelijke absolute beroepsverbod, anders dan de doorhaling van de BIG-registratie, geen typisch tuchtrechtelijke sanctie is voor het schenden van professionele regels. Het gaat niet om een sanctie waarmee de normen van het professionele handelen van de beroepsbeoefenaar worden aangescherpt en verduidelijkt. Het EHRM hecht hieraan.⁴⁰

Voorts valt vanuit wetstechnisch perspectief op dat het tuchtrechtelijk beroepsverbod nauwelijks contrast vertoont met zijn strafrechtelijke 'zuster'. Sterker, zoals hiervoor toegevoegd kunnen zowel de strafrechter als de tuchtrechter een beroepsverbod opleggen dat in effect op de justitiabele hetzelfde is. Er is op dit punt dus sprake van gelijkenschakeling van tuchtrechtelijke en strafrechtelijke sanctionering. Met het absolute beroepsverbod ontstaat een beletsel om in andere hoedanigheden binnen de gezondheidszorg werkzaam te zijn, hetgeen zelfs verder gaat dan de klassieke strafrechtelijke ('gewone') beroepsverbodsmogelijkheden uit artikel 96 Wet BIG en artikel 29 jo. 31 Sr (zie hiervoor). Voor het EHRM geldt dit ook als indicatie voor 'criminal charge'.⁴¹

Weliswaar is alleen bij het tuchtrechtelijk absoluut beroepsverbod bepaald dat dit kan worden opgelegd bij 'gevaar voor de veiligheid van personen'. Gelet hierop kan gesteld worden dat sprake is van een (preventieve) veiligheidsmaatregel, waarbij is beoogd (slechts) een specifieke groep mensen (patiënten) te beschermen. De vraag is of dat voldoende onderscheidend is ten opzichte van sancties van strafrechtelijke aard. Bij het strafrechtelijk beroepsverbod vindt de wetgever het preventieve en beschermende karakter namelijk minstens zo belangrijk als vergelding.⁴² Daarnaast beslaat het tuchtrechtelijke absolute beroepsverbod een in beginsel onbepaalde periode, hetgeen niet past bij de aard van een (preventieve) veiligheidsmaatregel, maar in tegendeel duidt op een strafrechtelijke aard van een sanctie. En volgens de wetgever moet bij het criterium van 'gevaar voor de veiligheid van personen' worden aangesloten bij strafrechtelijke delicten. Dat veronderstelt zoals eerder gesteld (mede) een onderzoek naar strafrechtelijke schuld van de beklaagde.

39 EHRM 13 september 2007, no. 27521/04, RvdW 2007, 1073 (*Moulet/Frankrijk*).

40 Zie voor het belang van het criterium 'typisch tuchtrechtelijke sanctie' o.a. EHRM 24 november 1998, no. 38644/97 (*Brown/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 9 januari 2013, no. 21722/11, RvdW 2013/1382 (*Oleksandr Volkov/Oekraïne*), § 93; EHRM 19 februari 2013, no. 47195/06 (*Müller-Hartburg/Oostenrijk*).

41 EHRM 9 januari 2013, no. 21722/11, RvdW 2013/1382 (*Oleksandr Volkov/Oekraïne*), § 93.

42 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 629, nr. 3, p. 25.

Wat betreft de zwaarte van de sanctie, is allereerst de eerdere constatering van belang dat artikel 48 lid 2 Wet BIG het mogelijk maakt om een beroepsbeoefenaar permanent uit te sluiten van *alle* beroepen waarin individuele gezondheidszorg wordt verleend. Hoewel daarmee geen sprake is van een gevangenisstraf of een geldboete, kan een dergelijk verbod wel een ernstige impact op iemand hebben. Immers wordt diegene de mogelijkheid ontnomen om het professionele leven te continueren in nagenoeg alle andere beroepen binnen hetzelfde expertiseveld.⁴³ Veel meer nog dan het geval is bij ‘enkele’ doorhaling van de BIG-registratie, kan dat treffend en terecht een ‘economisch doodvonnis’ genoemd worden. Zoals hiervoor opgemerkt, wordt de beklaagde immers ook geraakt buiten zijn hoedanigheid van lid van een beroepsgroep met een speciale status. Hij wordt geraakt in zijn hoedanigheid als lid van de maatschappij, in het recht om (al dan niet in opdracht van een zelfstandig bevoegde beroepsbeoefenaar) individuele gezondheidszorg te verlenen, welk recht een grote groep ongediplomeerde burgers in beginsel ook heeft.

De mogelijkheid tot herstel van rechten of herziening (art. 50 en 52 Wet BIG) maakt het voorgaande overigens niet anders. De aard en zwaarte van het geriskeerde absolute beroepsverbod wordt hier immers nauwelijks anders door: aan herstel van rechten worden strenge eisen gesteld en herziening is slechts mogelijk bij een hoogst uitzonderlijk ‘novum’.

Aandacht verdient ook de kwestie *Matyjek/Polen*, waarin het EHRM een lustratievervolgung kwalificeerde als ‘criminal charge’. Lustratie betekent ‘zuivering’, en heeft in deze context betrekking op mogelijke uitsluiting en diskwalificatie van een persoon voor bepaalde maatschappelijke posities omdat die werkte voor of collaborateerde met het repressieve apparaat van een voormalig totalitair regime. In Centraal- en Oost-Europese landen is na 1989 veelal lustratie toegepast als onderdeel van ‘decommunisatie’-beleid.

De reden voor de kwalificatie van ‘criminal charge’ in de *Matyjek*-kwestie was niet alleen dat de aard van de gedraging waarvoor de beklaagde zich in de lustratieprocedure moest verantwoorden (een onjuiste verklaring afleggen) vergelijkbaar was met een strafrechtelijk vergrijp (meineed), maar ook dat de beklaagde een verbod riskeerde om een – niet in de wet gedefinieerd – scala aan publieke functies te bekleden voor tien jaar.⁴⁴ Over deze potentiële sanctie overwoog het EHRM:

‘It is true that neither imprisonment nor a fine can be imposed on someone who has been found to have submitted a false declaration. Nevertheless, the Court notes that the prohibition on practising certain professions (political or legal) for a long period of time may have a very serious impact on a person, depriving him or her of the possibility of continuing professional life. This may be well deserved, having regard to the historical context in Poland, but it does not alter the assessment of the seriousness of the

43 Daargelaten een beroep in de zorg waarbij geen patiënten worden behandeld. Zie *Kamerstukken II 2016/17*, 34 629 nr. 3, p. 14 (MvT).

44 EHRM 30 mei 2006, no. 38184/03 (*Matyjek/Polen*) (ontvankelijkheidsbeslissing), § 52-58, herhaald in EHRM 17 juli 2007, no. 68761/01 (*Bobek/Polen*) en EHRM 14 juni 2011, no. 52443/07 (*Mościcki/Polen*). Zie ook EHRM 9 januari 2013, no. 21722/11, RvdW 2013/1382 (*Oleksandr Volkov/Oekraïne*) en EHRM 11 februari 2020, no. 526/18, NJB 2020/766 (*Platini/Zwitserland*) (niet-ontvankelijkheidsbeslissing).

imposed sanction. This sanction should thus be regarded as having at least partly punitive and deterrent character.⁴⁵

Hoewel een lustratieprocedure niet in alle opzichten te vergelijken is met een tuchtrechtelijke procedure, hebben beide procedures wel een 'zuivering' tot doel: wie is 'waardig' en wie niet, wie krijgt gelet daarop toegang tot het recht op een brede beroepsuitoefening en wie wordt daaruit ontzet. Het scala aan functies in de gezondheidszorg die door het tuchtrechtelijk absoluut beroepsverbod worden bestreken is bovendien ook niet nader in de Wet BIG gedefinieerd.

Relevant zijn ten slotte ook de kwesties waarin het EHRM de sanctie niet in de strafrechtelijke sfeer plaatste omdat de beklaagde, los van (tijdelijke) ontzetting van het recht het beroep uit te oefenen, niet werd gehinderd om overige professionele activiteiten binnen hetzelfde expertiseveld te ontplooien.⁴⁶ Zoals eerder toegelicht, is van een dergelijke hinder bij het geïntroduceerde absolute beroepsverbod tot op zeer grote hoogte echter wel sprake.

5. Besluit

Lijkt het er op grond van het voorgaande niet erg op dat met de mogelijkheid voor de tuchtrechter om een absoluut beroepsverbod op te leggen, het instellen van een tuchtprocedure zich laat kwalificeren als een 'criminal charge'? In ieder geval kan worden afgevraagd of de wetgever zich voldoende gerealiseerd heeft dat daarvan sprake kan zijn.

Dat betekent uiteraard niet dat een absoluut beroepsverbod in voorkomende gevallen niet zeer terecht zou kunnen zijn. Ook in dat geval verandert het echter niets aan de zwaarte ervan, en de daarmee samenhangende noodzaak voor procedurele waarborgen voor een eerlijk proces voor de beklaagde.

De notie van de medische tuchtvervolgning als een 'criminal charge' zou vérstrekkende en fundamentele gevolgen hebben voor het medisch-tuchtrechtelijke proces. Beklaagden hebben recht op een positie vergelijkbaar met die van een verdachte in het strafprocesrecht. De bescherming van artikel 6 lid 2 en 3 EVRM treedt in werking, met alle implicaties van dien, onder meer: de toepasselijkheid van strafrechtelijke bewijsregels, het afgeven van een cautie en het 'nemo tenetur'-beginsel (op basis waarvan de beklaagde niet kan worden verplicht om mee te werken aan het verkrijgen van bewijs dat tegen hem kan worden gebruikt). Ook zal het legaliteitsbeginsel toepassing vinden (art. 7 EVRM) en is het zeer de vraag of een beklaagde voor hetzelfde feitencomplex nog steeds zowel tucht- als strafrechtelijk kan worden vervolgd.

Uiteraard gaat dit alles zeer ver. Niet in lijn met de beschermingsgedachte van het eerlijk procesrecht van artikel 6 EVRM zou echter zijn dat de wetgever wordt beloofd voor het

45 EHRM 30 mei 2006, no. 38184/03 (*Matyjek/Polen*), § 55 (ontvankelijkheidsbeslissing).

46 EHRM 4 juni 2019, no. 12096/14 en 39335/16, (*Rola/Slovenië*), § 66 en EHRM 11 december 2007, no. 11187/05 (*Haarvig/Noorwegen*) (niet-ontvankelijkheidsbeslissing).

Mr. M.F. Mooibroek

tuchtrechtelijk regelen van een sanctie die eigenlijk in het strafrecht thuishoort, waarbij strafrechtelijke waarborgen voor de beklaagde worden omzeild.