

echtscheiding te worden ingediend. De vordering wordt per datum van de indiening van het verzoek opeisbaar (art. 3:313 BW).

Is er wel een verjaringstermijn overeengekomen, dan kan men hier – in beginsel – tijdens het huwelijk geen beroep op doen. Dit kan anders zijn indien men notaris is. De verjaringstermijn wordt in andere gevallen verlengd tot drie jaar na de ontbinding van het huwelijk (art. 1:141 lid 6 BW).

Het onvoldoende maken van onderscheid tussen het vorderen van verdeling en het vorderen van verrekening kan een echtgenoot dan ook duur komen te staan. De vrouw kan in dit geval nog slechts de verdeling van het boerenbedrijf vorderen. Zij is immers onverdeeld mede-eigenaar van de activa en passiva. Mocht zij nog enig bedrag van de man te vorderen hebben op basis van de huwelijkse voorwaarden, dan vist zij achter het net.

K.A. Boshouwers
Hanssen Spronk Familierecht

157
Gerechtshof Amsterdam 11 juli 2017, nr. 200.216.218/01 ECLI:NL:GHAMS:2017:2668 (mr. De Bie, mr. Jonkers, mr. Louwinger-Rijk) Noot L. van Straten
Medische behandeling 12-jarige. Wilsbekwaamheid. Wens minderjarige. Belangenafweging. Recht op zelfbeschikking. Goed hulpverlenerschap.
Minderjarige jongen heeft zeldzame hersentumor. Vader wil dat hij chemokuur ondergaat, om overlevingskansen te vergroten. Kan een 12-jarige in staat worden geacht zelf te beslissen over het wel of niet ondergaan van een chemokuur?
Is de weigering van de gecertificeerde instelling om de kinderrechtter te verzoeken om vervangende toestemming tot medische behandeling, onrechtmatig jegens vader?
[BW art. 1:265h lid 2, 6:162, 7:450 lid 2, 7:453]

1102

Hoe sterk is de stem van een minderjarige? In een gerechtelijke procedure bij het vaststellen van een zorg- en contactregeling, worden kinderen van 12 jaar en ouder gevraagd hun mening mondeling of schriftelijk kenbaar te maken aan de kinderrechtter. De stem van het kind wordt meegenomen bij het nemen van een beslissing, maar is niet doorslaggevend. Kan de stem van het kind wel doorslaggevend zijn, als het gaat om leven en dood? Kan het kind de gevolgen van deze keuze overzien?

[appellant],
wonend te [woonplaats], gemeente [gemeente],
appellant,
advocaat: mr. P. Rijsburger te Leeuwarden,
tegen
Stichting Jeugd- & Gezinsbeschermers,
gevestigd te Alkmaar,
geïntimeerde,
advocaat: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam.

Hof:**1 Het geding in hoger beroep**

1.1. Partijen worden hierna de vader en JGB genoemd.

1.2. De vader is bij dagvaarding van 22 mei 2017 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de voorzieningenrechtter in de rechtbank Noord-Holland (locatie Alkmaar) van 12 mei 2017, in kort geding gewezen tussen de vader als eiser en JGB als gedaagde.

De appeldagvaarding bevat de grieven, alsmede een wijziging van eis en is voorzien van producties.

1.3. JGB heeft een memorie van antwoord ingediend, met producties.

1.4. Partijen hebben de zaak ter zitting (met gesloten deuren) van 20 juni 2017 doen bepleiten, de vader door zijn advocaat en JGB door mr. S. Polak, senior juridisch adviseur, daartoe gemachtigd door het bestuur van JGB. Voorts was namens JGB ter zitting aanwezig mevrouw [X] (hierna: de gezinsvoogd). JGB had van tevoren nog een productie in het geding gebracht. Ter zitting was met toestemming van het hof eveneens aanwezig [Y] (hierna: de moeder).

1.5. Voorafgaand aan het pleidooi heeft de voorzitter, in het bijzijn van de griffier, gesproken met de minderjarige [minderjarige] (hierna: [minderjarige]). Van de inhoud van dat gesprek is ter zitting zakelijk verslag gedaan. JGB en de vader hebben daarop kunnen reageren.

1.6. Ten slotte is arrest gevraagd.

2 Feiten

2.1. De voorzieningenrechtter heeft in het vonnis onder 2.1. tot en met 2.11. de feiten opgesomd die hij bij de beoordeling van de zaak tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die volgen uit niet weersproken stellingen van partijen dan wel de niet (voldoende) bestreden inhoud van producties waarnaar zij ter staving van hun stellingen verwijzen, komen de feiten neer op het volgende.

2.2. De vader en de moeder hebben een affectieve relatie gehad. Uit deze relatie zijn drie kinderen geboren, onder wie [minderjarige] op [geboortedatum]. De relatie is in 2006 geëindigd. De vader en de moeder hebben gezamenlijk het ouderlijk gezag over [minderjarige]. [minderjarige] woont bij de moeder.

2.3. Bij [minderjarige] is in november 2016 een hersentumor (medulloblastoom NAO) geconstateerd. [minderjarige] is kort daarna geopereerd, waarbij de tumor is verwijderd. Er waren op dat moment geen bekende uitzaaiingen. Overeenkomstig het geldende behandelprotocol heeft de behandelend kinderoncolog, dr. A.Y.N. Schouten-van Meeteren (hierna: dr. Schouten), geadviseerd om aansluitend aan de operatie te starten met een bestralingsbehandeling gedurende zes weken, waarna in aanvulling op de bestraling een chemokuur gedurende vier à vijf weken zou moeten worden gegeven, welke chemokuur mogelijk gedurende een jaar zou moeten worden herhaald.

2.4. [minderjarige] en zijn moeder konden zich aanvankelijk niet verenigen met dit vervolgtraject en weigerden toestemming voor de bestralingen en chemokuren. De raad voor de kinderbescherming (hierna: de raad) heeft daarop een voorlopige ondertoezichtstelling alsmede een spoedmachtiging tot uithuisplaatsing verzocht, teneinde het mogelijk te maken het geadviseerde behandeltraject tijdig te starten.

2.5. Op verzoek van de raad is een onderzoek naar de wilsbekwaamheid van [minderjarige] gedaan. Dit onderzoek is verricht door dr. I. Hein, kinder- en jeugdpsychiater bij Centrum voor Trauma en Gezin de Bascule te Amsterdam (hierna: dr.

Hein). Het onderzoek heeft geresulteerd in een rapport van 19 december 2016, waarin de conclusie is dat [minderjarige] op dat moment wilsonbekwaam werd geacht ten aanzien van de beslissing aangaande het verdere behandeltraject.

2.6. Bij beschikking van de kinderrechter in de rechtbank Noord-Holland, locatie Alkmaar, (hierna: de kinderrechter) van 19 december 2016 is de moeder gedeeltelijk in de uitoefening van haar gezag over [minderjarige] geschorst en wel ten aanzien van de medische behandeling, is [minderjarige] voorlopig onder toezicht gesteld tot 19 maart 2016 en is een machtiging tot zijn uithuisplaatsing bij de vader verleend voor de duur van vier weken.

2.7. Bij beschikking van de kinderrechter van 29 december 2016 is [minderjarige] onder toezicht gesteld van JGB voor een termijn van twaalf maanden tot 29 december 2017. Daarbij is overwogen dat gebleken is dat [minderjarige] inmiddels openstaat voor de behandeling in het reguliere medische circuit, dat de moeder heeft aangegeven in te zien dat het in het belang van [minderjarige] is om het reguliere behandeltraject voort te zetten en dat zij zich hiervoor zal inzetten en [minderjarige] hierin zal steunen.

2.8. Bij beschikking van de kinderrechter van 30 december 2016 is het verzoek tot uithuisplaatsing van [minderjarige], voor zover het de periode vanaf 16 januari 2017 betreft, afgewezen en is bepaald dat de gedeeltelijke schorsing in het gezag van de moeder, te weten ten aanzien van de medische behandeling van [minderjarige], in tijd wordt beperkt en zal eindigen op 16 januari 2017.

2.9. [minderjarige] heeft vervolgens de bestralingbehandeling van zes weken ondergaan. Op 24 februari 2017 heeft [minderjarige] bij de gezinsvoogd aangegeven te willen stoppen met de behandeling en geen verdere chemotherapie te willen. Ook heeft hij dr. Schouten hiervan op de hoogte gebracht. Daarnaast heeft hij de kinderrechter een brief geschreven inzake zijn wens tot het staken van de behandeling.

2.10. Met betrekking tot de wens van [minderjarige] om geen verdere (chemo)behandeling te ondergaan, heeft dr. Schouten een nieuw onderzoek naar zijn wilsbekwaamheid nodig geacht. Aan dr. E. Verbist, kinder- en jeugdpsychiater verbonden aan het Centrum voor Kinder- en Jeugdpsychiatrie Triversum, is een psychiatrisch consult ten behoeve van beoordeling wilsbekwaamheid verzocht.

2.11. Bij brief van 27 maart 2017 heeft dr. Verbist aan dr. Schouten het volgende geschreven:

“(…)

Beschrijvende diagnose/conclusie:

(…) [minderjarige] kan heel goed uitleggen wat zijn ziekte en behandeling betekenen en geeft er blijk van hier goed over te hebben nagedacht. Hij ziet enorm op tegen de bijwerkingen van de chemotherapie en realiseert zich goed dat dit een achteruitgang van kwaliteit van leven kan betekenen in het komend jaar. Hij is vooral bang voor achteruitgang van visus en/of gehoor, misselijkheid, hormoonbehandeling en aantasting van zijn immuunsysteem.

De stemming is verdrietig, maar hij maakt geen depressieve indruk. Hij heeft een heel sterke wil om te leven, maar kan ook nadenken over de dood. Is enorm opgelucht als hij te horen krijgt dat hij wilsbekwaam wordt geacht.

Angst is gerelateerd aan de behandelingen, daarnaast geen andere angsten.

Hij ervaart voldoende steun en begrip vanuit ouders (met name moeder), familie en vriendenkring. Ervaart ook steun vanuit zijn geloof.

Concluderend is [minderjarige] een jongen, die 100% wilsbekwaam wordt bevonden.

(…)”

2.12. Dr. Schouten heeft [minderjarige] vervolgens wilsbekwaam geacht ten aanzien van zijn wens geen verdere chemokuren te ondergaan en heeft besloten [minderjarige] wens te respecteren door de behandeling met chemokuren te staken.

2.13. De vader heeft de gezinsvoogd van JGB per e-mail van 27 maart 2017 verzocht een verzoek tot vervangende toestemming medische behandeling op grond van artikel 1:265h lid 2 BW in te dienen. De gezinsvoogd heeft dit bij e-mail van gelijke datum geweigerd.

3 Het geschil in hoger beroep

3.1. In eerste aanleg heeft de vader gevorderd te bepalen dat JGB ten onrechte geen procedure voor vervangende toestemming medische behandeling van [minderjarige] aanhangig heeft gemaakt en dat daarom het in deze te wijzen vonnis voor een dergelijk verzoek in de plaats wordt gesteld en aan JGB vervangende toestemming wordt verleend om [minderjarige] de voor hem noodzakelijke behandeling te doen laten ondergaan. De voorzieningenrechter heeft de vordering afgewezen en de vader in de kosten veroordeeld.

3.2. In hoger beroep concludeert de vader, na wijziging van eis, dat het hof, naar het hof begrijpt met vernietiging van het bestreden vonnis:

I. JGB ter terechtzitting in deze procedure zal bevelen om mondeling ter zitting, dan wel uiterlijk om 12.00 uur van de dag na die van de mondelinge behandeling in de onderhavige procedure, aan het gerechtshof een verzoek te doen tot verkrijging van vervangende toestemming voor de noodzakelijke medische behandeling, een en ander op grond van artikel 1:265h lid 2 BW, alsmede JGB te veroordelen tot betaling van een dwangsom van € 25.000,= per dag dat zij niet voldoet aan dit bevel; en

II. na ontvangst van het verzoek van geïntimeerde bedoeld als hiervoor onder I, vervangende toestemming aan JGB zal verlenen voor de noodzakelijke medische behandeling, dan wel op voorhand die vervangende medische toestemming zal verlenen; en

III. JGB zal veroordelen tot directe medewerking aan de medische behandeling en/of de vervangende toestemming daartoe, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 25.000,= voor iedere dag na de uitspraak dat zij daaraan geen uitvoering geeft en/of niet haar medewerking daaraan verleent;

IV. indien en voor zover nodig, voor het geval de toestemming van de moeder nodig is maar zij geen toestemming voor de medisch noodzakelijke behandeling wenst te verlenen, eveneens aan de vader (ex artikel 1:253a BW) en JGB vervangende toestemming zal verlenen voor een noodzakelijke medische behandeling;

V. dan wel, subsidiair, JGB op zal dragen binnen zeven dagen na dit arrest een nieuw wilsbekwaamheidsonderzoek bij [minderjarige] uit te laten voeren, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5000,= per dag of deel van een dag dat aan dit bevel niet binnen de aangegeven termijn gehoor zal worden gegeven;

VI. dan wel een beslissing zal nemen die het hof in goede justitie vermeent te behoren; alles met veroordeling van JGB in de kosten van beide instanties.

3.3. JGB heeft geconcludeerd, naar het hof begrijpt, tot niet-ontvankelijkverklaring van de vader in zijn vorderingen, dan wel die vorderingen ongegrond te verklaren, met bekrachtiging van het bestreden vonnis.

4 Beoordeling

4.1. Het oordeel van de voorzieningenrechter komt er – kort gezegd – op neer dat er, gelet op de hiervoor onder 2.11 weergege-

ven brief van dr. Verbist, geen reden is om aan te nemen dat [minderjarige] niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake van de behandeling met chemokuren. Met de eerste van zijn twee grieven keert de vader zich tegen dit oordeel. Zijn tweede grief is gericht tegen de door de voorzieningenrechter uitgesproken kostenveroordeling.

4.2. JGB heeft allereerst aangevoerd dat de vader niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard, omdat hij niet JGB, maar de behandelend arts had moeten dagvaarden, nu deze heeft besloten [minderjarige] niet verder te behandelen. Dit verweer faalt. Dat de vader (ook) de arts in rechte had kunnen of moeten betrekken, brengt niet mee dat hij niet-ontvankelijk is in een vordering tegen JGB.

4.3. Het hof heeft op het pleidooi aan de orde gesteld dat de moeder in deze procedure geen partij is en of dat gevolgen zou moeten hebben voor het gevorderde onder II. en IV., nu deze vorderingen in wezen zien op verzoeken waarbij, indien gedaan in een bodemprocedure, de moeder als belanghebbende zou moeten worden aangemerkt. De advocaat van vader heeft daarop verklaard dat het vader bovenal erom te doen is dat in de huidige situatie geen verdere tijd verloren zal gaan voordat met de verdere behandeling van [minderjarige] kan worden gestart.

Wat daarvan zij, nu de moeder geen partij is in deze procedure, is het hof van oordeel dat de vorderingen onder II. en IV. niet voor toewijzing in aanmerking kunnen komen. Dat JGB een schriftelijke verklaring van de moeder in het geding heeft gebracht en dat de moeder ter zitting aanwezig is geweest, maakt dat niet anders.

4.4. De overige vorderingen van de vader komen er in de kern op neer dat JGB wordt bevolen een verzoek tot vervangende toestemming als bedoeld in artikel 1:265h lid 2 BW in te dienen, dan wel een nieuw onderzoek te doen instellen naar [minderjarige] wilsbekwaamheid. Bij pleidooi in hoger beroep heeft de advocaat van de vader desgevraagd verduidelijkt dat de grondslag van deze vorderingen is gelegen in een onrechtmatige daad van JGB jegens de vader, hierin bestaand dat JGB ten onrechte weigert een verzoek tot vervangende toestemming voor een verdere medische behandeling van [minderjarige] bij de kinderrechtster in te dienen dan wel ten onrechte [minderjarige] wilsbekwaamheid niet opnieuw laat onderzoeken.

Met betrekking tot deze vorderingen heeft JGB zowel in eerste aanleg als in hoger beroep het verweer gevoerd dat zij zich heeft geconformeerd aan de weigering van dr. Schouten om [minderjarige] verder te behandelen omdat dr. Schouten hem, in navolging van dr. Verbist, wilsbekwaam acht, en dat, zo begrijpt het hof, JGB onder de gegeven omstandigheden dat ook mocht doen. Het hof ziet aanleiding allereerst dit verweer te bespreken.

4.5. Het hof stelt voorop dat een gecertificeerde instelling in de zin van artikel 1.1. van de Jeugdwet (hierna: GI), zoals JGB, de wettelijke taak heeft ondertoezichtstellingen uit te voeren. Bij de uitvoering van deze taak en het gebruik van de daarbij behorende bevoegdheden, zoals de bevoegdheid neergelegd in artikel 1:265h BW, dient, zoals JGB terecht aanvoert, het belang van het kind leidend te zijn. Evenwel komt de GI daarbij, gelet op de aard van haar taak en bevoegdheden, in beginsel een grote mate van beleids- en beoordelingsvrijheid toe.

4.6. Artikel 1:265h lid 1 BW geeft de GI de bevoegdheid om, indien een medische behandeling van een minderjarige jonger dan twaalf jaar noodzakelijk is om ernstig gevaar voor diens gezondheid af te wenden en de ouder die het gezag uitoefent zijn toestemming daarvoor weigert, de kinderrechtster te verzoeken vervangende toestemming te verlenen. Volgens lid 2 van die bepaling is dit alles eveneens van toepassing ingeval van een min-

derjarige van twaalf jaar of ouder die niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake, met andere woorden, die ter zake van de beslissing over zijn medisch behandeling niet wilsbekwaam is. Uit dit alles volgt dat, indien een minderjarige van twaalf jaar of ouder wilsbekwaam is ter zake van zijn medische behandeling en zijn toestemming daarvoor weigert, de GI geen wettelijke bevoegdheid heeft vervangende toestemming te verzoeken.

4.7. Denkbaar is dat onder omstandigheden de weigering om een verzoek tot vervangende toestemming ex artikel 1:265h lid 1 of lid 2 BW in te dienen onrechtmatig is jegens de minderjarige of jegens de ouder die het gezag over hem uitoefent. Bij de beoordeling daarvan moet echter rekening worden gehouden met de hiervoor vermelde beoordelingsvrijheid. Dit brengt een terughoudende toetsing door de rechter mee. In dit geval, waarin JGB weigert een verzoek tot vervangende toestemming te doen, staat daarom slechts ter beoordeling of JGB in redelijkheid tot deze beslissing heeft kunnen komen, gegeven de haar bekende omstandigheden.

De stelplicht van het tegendeel rust op de vader, nu hij zich beroept op onrechtmatig handelen van JGB. Hij dient in dit kort geding dus feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig aannemelijk te maken waaruit volgt dat het handelen van JGB deze toets niet kan doorstaan.

4.8. Naar JGB heeft toegelicht, en door de vader onvoldoende is betwist, is dr. Schouten bij haar beoordeling van [minderjarige] wilsbekwaamheid niet over één nacht ijs gegaan. In de maanden na de operatie in november 2016 zijn er verscheidene contacten geweest tussen dr. Schouten en [minderjarige]. Gedurende die periode heeft dr. Schouten in toenemende mate de indruk gekregen dat [minderjarige] in zijn wensen ten aanzien van zijn behandeling inmiddels wilsbekwaam was, in weerwil van de bevindingen van kinderpsychiater dr. Hein in haar rapport van 19 december 2016. Tegen deze achtergrond heeft dr. Schouten, nadat [minderjarige] op 24 februari 2017 aan de gezinsvoogd had aangegeven geen verdere chemotherapie te willen, [minderjarige] verwezen naar dr. Verbist voor een nieuw onderzoek naar zijn wilsbekwaamheid. Nadat dr. Verbist, blijkens haar brief van 27 maart 2017, tot de conclusie was gekomen dat [minderjarige] op dat moment wilsbekwaam was ter zake van zijn wens de behandeling met chemokuren te staken, heeft dr. Schouten deze wens van [minderjarige] gerespecteerd.

4.9. De vader betwist de validiteit van het onderzoek en de conclusie van dr. Verbist. Hij wijst erop dat het schrijven van dr. Verbist, in tegenstelling tot dat van dr. Hein, summier van inhoud is en meent dat die summier inhoud niet de conclusie kan dragen dat [minderjarige] wilsbekwaam is. Volgens de vader is het onderzoek van dr. Verbist onzorgvuldig geweest. JGB had zich dan ook niet bij de beslissing van dr. Schouten mogen neerleggen, maar had op zijn minst nader onderzoek moeten gelasten.

De brief van dr. Verbist voldoet volgens hem niet aan de eisen die het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) in zijn rechtspraak aan medische adviezen stelt. De vader heeft verwezen naar de criteria die het CTG heeft ontwikkeld in zijn uitspraak van 30 januari 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:17. Het hof volgt hem niet in dit betoog. Anders dan de vader kennelijk meent, heeft deze uitspraak van het CTG niet betrekking op medische adviezen in het algemeen, maar op rapporten van medisch deskundigen. In tegenstelling tot het – op verzoek van de raad tot stand gekomen – rapport van dr. Hein, betreft de brief van dr. Verbist geen deskundigenrapport, maar een brief van de ene arts aan de andere naar aanleiding van een door die laatste aangevraagd intercollegiaal consult. Een dergelijke brief heeft niet het karakter van een rapport als bedoeld in genoemde

jurisprudentie en hoeft qua inhoud dan ook niet aan de daarin genoemde criteria te voldoen. Dat de brief summier van inhoud is kan dus op zichzelf niet tot de conclusie voeren dat het onderzoek van dr. Verbist niet heeft voldaan aan hetgeen ter zake van een redelijk handelend en redelijk bekwaam kinderpsychiater mag worden verwacht.

De vader voert voorts aan dat bij de beoordeling van wilsbekwaamheid de methode “MacCAT-T” behoort te worden toegepast, zoals dr. Hein in haar onderzoek heeft gedaan, en dat niet blijkt dat dr. Verbist die methode heeft gehanteerd. Zoals het hof reeds bij het pleidooi aan de vader heeft voorgehouden, blijkt echter uit het rapport van dr. Hein dat deze methode niet gevalideerd is voor kinderen en jongeren. In dit licht bezien heeft de vader onvoldoende onderbouwd dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam kinderpsychiater bij een onderzoek naar de wilsbekwaamheid van een minderjarige die methode behoort te gebruiken, nog daargelaten de vraag of dr. Verbist die methode daadwerkelijk niet heeft gehanteerd.

De vader heeft er voorts nog op gewezen dat het onderzoek van dr. Verbist niet voldoet aan de criteria uit de “KNMG-richtlijn inschatting wilsbekwaamheid”, onder meer omdat dr. Verbist emotionele en relationele aspecten van [minderjarige] vermogen om te beslissen niet in haar onderzoek zou hebben meegenomen, terwijl volgens de vader die richtlijn dat voorschrijft. De vader heeft echter verzuimd die richtlijn in het geding te brengen, waardoor JGB niet in staat is geweest behoorlijk daarop te reageren. Reeds hierom passeert het hof deze stelling. Daarbij komt dat dr. Verbist in haar brief van 27 maart 2017, ter toelichting op haar conclusie dat [minderjarige] wilsbekwaam wordt bevonden, vermeldt dat [minderjarige] heel goed kan uitleggen wat zijn ziekte en behandeling voor hem betekenen en dat hij er blijk van geeft hier goed over te hebben nagedacht, wat dr. Verbist uitwerkt met voorbeelden. Zij heeft de stemming van [minderjarige] omschreven en beschrijft zijn angsten. Volgens haar ervaart [minderjarige] voldoende steun en begrip vanuit zijn ouders (met name de moeder), familie en vriendenkring. Dit vormt een aanwijzing dat dr. Verbist genoemde emotionele en relationele aspecten in haar onderzoek heeft meegenomen. Anders dan de vader meent, valt uit de inhoud van de brief van dr. Verbist dus niet af te leiden dat zij niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam kinderpsychiater mag worden verwacht.

De conclusie is dat de vader onvoldoende naar voren heeft gebracht om het oordeel van dr. Verbist dat [minderjarige] wilsbekwaam is in twijfel te trekken. Dat oordeel is, gezien de inhoud van de brief van dr. Verbist, niet onbegrijpelijk. Hetgeen de vader voorts nog heeft aangevoerd over beïnvloeding door de moeder van de wilsvorming van [minderjarige], stuit daarop af. 4.10. Al met al is het hof van oordeel dat de vader geen feiten of omstandigheden aannemelijk heeft gemaakt waaruit zou volgen dat JGB zich in redelijkheid niet mag conformeren aan het oordeel van dr. Schouten en dr. Verbist om [minderjarige] wilsbekwaam te achten ter zake van de behandeling met chemokuren. Uitgaande van [minderjarige] wilsbekwaamheid heeft JGB geen wettelijke bevoegdheid tot het verzoeken van vervangende toestemming. Het achterwege laten van dat verzoek is dus niet onrechtmatig. Het verweer van JGB slaagt. Hierop stuiten de vorderingen onder I. en III. af.

Bij deze stand van zaken behoefde JGB bovendien geen nader onderzoek naar [minderjarige] wilsbekwaamheid te laten verrichten en is er dus ook geen aanleiding JGB te bevelen dat alsnog te doen. Ook het onder V. gevorderde zal dus worden afgevoerd.

Uit dit alles vloeit voort dat de eerste grief, dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat er geen reden is

om aan te nemen dat [minderjarige] niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake, geen doel kan treffen.

4.11. Grief II ziet op de veroordeling in de proceskosten van JGB. De vader meent dat de voorzieningenrechter de proceskosten had moeten compenseren, nu het hier een aangelegenheid met betrekking tot het personen- en familierecht betreft en er dus geen goede gronden zijn voor een proceskostenveroordeling.

Het hof overweegt als volgt. Uit het voorgaande volgt dat de voorzieningenrechter de vorderingen van de vader in eerste aanleg terecht heeft afgewezen. Daarbij komt dat het hof, ook na vragen ter zitting hierover aan de advocaat van de vader, niet inziet waarom de vader, wiens doel is dat [minderjarige] zo snel mogelijk weer zal worden behandeld met chemokuren, ervoor heeft gekozen JGB aan te spreken. Hij zou dit resultaat eveneens hebben kunnen nastreven door bijvoorbeeld bij de kinderrechtter een spoedverzoek op grond van artikel 1:253a lid 1 BW in te dienen, desnoods vergezeld van een verzoek om een provisionele voorziening op grond van artikel 223 Rv. Desgevraagd heeft de advocaat van de vader verklaard dat volgens haar een dergelijk verzoek gedurende een ondertoezichtstelling niet mogelijk is. Die opvatting vindt in zijn algemeenheid geen steun in het recht. Het hof is dan ook van oordeel dat de vader JGB node-loos in rechte heeft betrokken. Daarom vindt ook het hof een proceskostenveroordeling op zijn plaats.

De grief slaagt niettemin gedeeltelijk. In het bestreden vonnis is de vader onder meer veroordeeld tot het voldoen van advocaatkosten ter grootte van € 816,-. JGB heeft zich echter in eerste aanleg niet van een advocaat bediend. De proceskostenveroordeling kan dan ook in zoverre niet in stand blijven.

4.12. Uit het voorgaande volgt dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen, behoudens de proceskostenveroordeling. De gewijzigde vorderingen van de vader in hoger beroep zullen worden afgewezen.

4.13. Het hof ziet, gelet op het hiervoor overwogene, aanleiding de vader tevens te veroordelen in de kosten van het geding in hoger beroep. Die kosten worden tot op heden begroot op € 716,- wegens griffierecht en € 894,- wegens salaris van de advocaat (tarief II, 1 punt).

5 Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep, doch uitsluitend wat betreft de daarin uitgesproken proceskostenveroordeling, en in zoverre opnieuw rechtdoende:

veroordeelt de vader in de kosten van het geding in eerste aanleg, tot op heden begroot op € 618,- aan verschotten; bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor het overige; wijst de vorderingen in hoger beroep af; veroordeelt de vader in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van JGB begroot op € 716,- aan verschotten en € 894,- aan salaris.

NOOT

Achtergrond

In november 2016 is er bij de 12-jarige David een hersentumor geconstateerd. David is kort daarna geopereerd, waarbij de tumor is verwijderd. De behandelend arts adviseert om aansluitend te starten met zes weken bestraling, waarna een chemokuur van vier à vijf weken gevolgd moet worden. Die chemokuur zou mogelijk gedurende een jaar moeten worden herhaald. Zonder vervolgbehandeling met chemo zouden Davids overlevingskansen vijftig procent zijn, mét behandeling 75 tot tachtig procent.

Op 5 december 2016 krijgt David hier voorlichting over en geeft aan dat hij dit niet wil. David ziet op tegen de bijwerkingen. Door de hersentumor is het gezichtsvermogen van David nog maar vijf procent. David is bang dat zijn gezichtsvermogen nog verder achteruitgaat. Daarnaast wil hij graag braille leren, maar is hij bang dat hij door de chemo straks geen gevoel meer in zijn vingers heeft. David en zijn moeder willen daarom in eerste instantie geen toestemming geven voor de bestralingen en chemokuren en vertrouwen op een natuurlijke behandeling met natriumbicarbonaat. Zijn vader vindt dat David als 12-jarige niet onafhankelijk kan oordelen en is bang dat David in een loyaliteitsconflict zit en onbewust beïnvloed wordt door zijn moeder, bij wie hij het hoofdverblijf heeft.

De jeugdpsychiater die David onderzoekt geeft op 19 december 2016 aan dat David te emotioneel is om zelf een keuze te maken over zijn behandeling. Op 20 december 2016 wordt de moeder van David gedeeltelijk geschorst in haar gezag (ten aanzien van de medische behandeling). David wordt met spoed uithuisgeplaatst en voor vier weken bij zijn vader geplaatst. De gedeeltelijke schorsing van het gezag van moeder wordt opgeheven als blijkt dat moeder het belang om het reguliere behandelingstraject voort te zetten inziet en bereid is David hierin te steunen. David zal alsnog de bestralingen ondergaan. Als de bestralingen achter de rug zijn, geeft David op 24 februari 2017 aan de behandelend arts aan dat hij geen chemokuur meer wil. De kinderarts laat dan opnieuw een psychologisch onderzoek uitvoeren. De jeugdpsychiater (een andere dan in december 2016) concludeert op 27 maart 2017 dat David volledig wilsbekwaam is. Deze conclusie wordt door de arts, de jeugdbeschermers en de kortgedingrechter gevolgd. Vader gaat in hoger beroep, maar ook het hof oordeelt dat David in staat moet worden geacht zelf zijn keuze te kunnen maken.

De stem van het kind

Hoe sterk is de stem van een minderjarige nu precies? Bij het vaststellen van een zorg- en contactregeling worden kinderen van 12 jaar of ouder gevraagd schriftelijk of mondeling aan de kinderrechtster hun mening te geven. De stem van het kind wordt meegenomen bij het nemen van een beslissing. De stem van het kind is echter niet doorslaggevend. Blijkbaar kan de stem van het kind wel doorslaggevend zijn, als het gaat om leven of dood. Dan dient wel vastgesteld te worden dat het kind wilsbekwaam is. Hoe komt een arts er nu achter of een 12-jarige de gevolgen van een dergelijke keuze kan overzien? De wijze waarop de arts zich een oordeel vormt over de wilsbekwaamheid, is gebaseerd op zijn eigen professionele verantwoordelijkheid. Hierbij speelt de eigen intuïtie van de arts ook een grote rol. De arts laat zich hierbij adviseren door een (kinder)psycholoog. Voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid is een richtlijn opgesteld 'KNMG Stappenplan bij beoordeling van wilsbekwaamheid'. In het geval van David valt het natuurlijk op dat twee verschillende jeugdpsychiaters in een tijdsbestek van drie maanden tot twee verschillende oordelen komen. De jeugdpsychiater die David in december 2016 onderzoekt, oordeelt dat David wilsbekwaam is. De jeugdpsychiater die David in maart 2017 onderzoekt, oordeelt dat David wilsbekwaam is. Wat is er in die drie maanden veranderd in het brein van David? Is er sprake van een andere afweging van belangen door de jeugdpsychiaters en is dat dan terecht? Vader probeert het advies van de tweede jeugdpsychiater onderuit te halen doordat dat advies niet aan bepaalde criteria zou voldoen, doch slaagt daarin niet.

Wettelijke regeling

In het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind

(IVRK) zijn de rechten van minderjarigen uitgewerkt.

Minderjarigen kunnen alleen rechtshandelingen verrichten met toestemming van hun wettelijk vertegenwoordiger(s): dit kunnen de ouders zijn en/of een jeugdbeschermers. Als het om rechtshandelingen gaat, waarvan in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is dat kinderen van die leeftijd deze zelfstandig verrichten, wordt toestemming verondersteld te zijn verleend. Voor medische behandelingen is dit uitgewerkt in de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO) en gelden de volgende regels (art. 7:450 BW):

– Bij minderjarigen tot 12 jaar is de toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger(s) vereist. Toestemming van het kind zelf is niet nodig, maar hij of zij heeft wel recht op informatie. Het kind moet door de arts op een bij zijn leeftijd passende wijze worden geïnformeerd. De arts dient hierbij aan te sluiten bij het bevattingvermogen van het kind.

– Bij minderjarigen tussen de 12 en 16 jaar is de toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger(s) én van de minderjarige zelf vereist. Op deze regel gelden twee uitzonderingen:

1. De eerste uitzondering geldt als het niet behandelen van de minderjarige voor hem of haar ernstig nadeel oplevert. De behandeling is nodig om "kennelijk ernstig nadeel" voor het kind te voorkomen.

2. De tweede uitzondering geldt wanneer de behandeling een weloverwogen wens is van de minderjarige.

Weigert het kind zelf (ook) toestemming voor behandeling, dan kan de behandeling niet worden toegepast. Ook in deze leeftijdscategorie dient de arts aan te sluiten bij het bevattingvermogen van het kind wat betreft informatie over de behandeling.

– Minderjarigen van 16 en 17 jaar mogen zelfstandig beslissen en hebben een zelfstandig recht op informatie. Het standpunt van de wettelijk vertegenwoordiger(s) doet niet ter zake. In alle leeftijdscategorieën geldt dat indien een minderjarige wilsbekwaam is, de wettelijke vertegenwoordigers beslissen: voor een niet-ingrijpende behandeling mag de toestemming worden verondersteld; in een acute situatie is toestemming niet vereist.

Dubbele toestemming gezaghebbende ouders?

Of een arts toestemming van *beide* gezaghebbende ouders moet hebben voordat de arts een minderjarige mag behandelen, is door de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) vastgelegd in de 'Wegwijzer dubbele toestemming minderjarige 2011'. Als beide ouders belast zijn met het ouderlijk gezag, zijn zij ook beiden beslissingsbevoegd en moeten zij in beginsel dus ook beiden toestemming geven voor een behandeling. Het belang van het kind is leidend. Indien één ouder geen toestemming geeft, of beide ouders niet, dan kan de kwestie worden voorgelegd aan de kinderrechtster.

Een arts hoeft overigens niet actief naar de gezagsverhoudingen te vragen en naar de mening van de afwezige ouder als het kind door een van beide ouders wordt begeleid. Dit is anders als er sprake is van een nieuwe behandelrelatie. In dat geval dient de arts te vragen naar de gezagsverhoudingen en bij twijfel het gezagsregister te raadplegen. Als de arts gedurende het behandeltraject het vermoeden heeft dat de niet aanwezige ouder een andere mening heeft dan de begeleidende ouder, dient hij de niet aanwezige ouder wel actief en expliciet om toestemming te vragen. In een acute situatie mag de minderjarige zonder toestemming van de niet aanwezige ouder worden behandeld. Onder omstandigheden mag een arts de weigering van een gezaghebbende ouder passeren op basis van goed hulpverlenerschap (art. 7: 465 lid 4 BW). Hierbij moet gedacht worden aan situaties waarin de gezaghebbende ouder duidelijk

niet het belang van het kind voor ogen heeft, ook als het een ingrijpende behandeling betreft. Bij twijfel is het raadzaam dat de arts van tevoren overleg voert met een andere arts. Het belang van het kind dient voorop te staan. De weigerende gezaghebbende ouder dient zo veel mogelijk vooraf over het voornemen tot behandeling te worden geïnformeerd. Goed hulpverlenerschap kan echter ook met zich meebrengen dat de arts de weigerende gezaghebbende ouder niet over de voorgenomen behandeling informeert, bijvoorbeeld als er vermoedens zijn van kindermishandeling en men bezig is met het onderzoek of als het kind behandeld moet worden wegens de gevolgen van kindermishandeling.

Onrechtmatige daad?

David is onder toezicht gesteld van een gecertificeerde instelling (GI). De vader van David heeft de GI gevraagd om een verzoek tot vervangende toestemming voor een medische behandeling in te dienen bij de rechtbank ex art. 1:265h BW. De GI heeft aan dat verzoek geen gehoor gegeven. Davids vader stelt dat er sprake is van een onrechtmatige daad.

Uit art. 1:265h BW volgt dat indien een wilsbekwame minderjarige van 12 jaar of ouder een medische behandeling moet ondergaan en zijn toestemming daarvoor weigert, de GI geen wettelijke bevoegdheid heeft vervangende toestemming te verzoeken. De GI kan dit alleen vragen als de minderjarige van 12 jaar of ouder wilsonbekwaam is. David is 12 jaar en volgens de kinderpsychiater wilsbekwaam, hetgeen maakt dat het standpunt van de GI juist is, dat de GI geen grond had om een verzoek tot vervangende toestemming in te dienen.

Overigens is het onder omstandigheden wel denkbaar dat de weigering van de GI om een verzoek tot vervangende toestemming in te dienen, onrechtmatig is jegens de minderjarige of jegens een ouder die het gezag uitoefent. Er geldt een ruime beoordelingsvrijheid. Dit brengt een terughoudende toetsing door de rechter met zich mee. In het geval van David staat slechts ter beoordeling of de GI onder de geldende omstandigheden in redelijkheid tot de beslissing heeft kunnen komen om geen verzoek tot vervangende toestemming in te dienen. De stelplicht van het tegendeel rust op de vader, aangezien hij zich beroept op onrechtmatig handelen van de GI. Vader dient feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig aannemelijk te maken, waaruit volgt dat het handelen van de GI deze toets niet kan doorstaan. Volgens het hof is vader daarin niet geslaagd.

Jurisprudentie

Tot slot wil ik stilstaan bij van belang zijnde jurisprudentie op dit onderwerp. Allereerst een uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 8 april 2008. In die zaak heeft de rechtbank de GI vervangende toestemming verleend voor de medische behandeling van een onder toezicht gestelde minderjarige. De moeder met eenhoofd gezag en de minderjarige (13 jaar) weigeren beiden toestemming te geven voor de operatieve verwijdering van een kwaadaardige tumor in de arm van de jongen. In het gesprek tussen de kinderpsycholoog en de minderjarige wordt duidelijk dat de jongen niet tegen de wil van de moeder in kan gaan en dat hij tegelijkertijd wel van zijn tumor verlost wil worden en dat hij niet dood wil. In deze situatie kan en mag niet van deze jongen worden verwacht dat hij een uitspraak doet over wel of geen behandeling en om die reden is het gesprek voortijdig gestopt. Aan het eind van het gesprek heeft de jongen nog aangegeven dat hij wil dat anderen voor hem die keus maken. Voorts is er een brief van de kinderarts, waaruit volgt dat de jongen zonder operatie geen reële kans op overleven heeft. De rechtbank oordeelt dat de minderjarige in de gegeven

omstandigheden, wat betreft de medische behandeling van het kwaadaardig gezwel in zijn rechterbovenarm, niet in staat is tot een weloverwogen waardering van zijn belangen en dat hij wilsonbekwaam is. De rechtbank oordeelt dat het op zeer korte termijn operatief verwijderen van het kwaadaardig gezwel noodzakelijk is om ernstig gevaar voor de gezondheid van de minderjarige te voorkomen (ECLI:NL:RBSGR:2008:BC9143). Op 19 augustus 2010 heeft de Rechtbank Utrecht het door de GI ingediende verzoek tot vervangende toestemming om een minderjarige jongen (11 jaar) een niertransplantatie te laten ondergaan, afgewezen. Opvallend in deze zaak is dat de kinderrechter de jongen wel heeft gehoord, ondanks het feit dat hij de 12-jarige leeftijd nog niet heeft bereikt. De kinderrechter heeft een afweging moeten maken van de te verwachten kans van slagen ten opzichte van de huidige fysieke gezondheid van de jongen. De deskundigen geven aan dat een succesvolle niertransplantatie tot een kwalitatief beter leven zal leiden en dat daarbij de kans op vroegtijdig overlijden wordt verminderd. Volgens de rechtbank is het echter onvoldoende duidelijk geworden hoe groot de kans in het algemeen is op een succesvolle niertransplantatie en hoe groot de kans in dit specifieke geval is. Aan een niertransplantatie zijn immers ook de nodige risico's verbonden, met name in het eerste half jaar na de operatie. Een nier kan door het lichaam worden afgestoten of niet blijken te functioneren. De moeder van de minderjarige heeft deze risico's zwaar mee laten wegen in haar afweging om niet tot een transplantatie over te gaan. De rechtbank is van oordeel dat moeder daarmee op dit moment niet in strijd handelt met de belangen van minderjarige. De conclusie is dan ook dat het verzoek van de GI moet worden afgewezen (ECLI:NL:RBUTR:2010:BN6672).

De Rechtbank Almelo heeft op 10 december 2010 wél vervangende toestemming verleend voor een medische behandeling van een minderjarige jongen van 12 jaar. De jongen heeft acute leukemie, maar wil zelf geen behandeling. Hij staat onder toezicht van de GI. De GI heeft de kinderrechter verzocht vervangende toestemming te verlenen voor de noodzakelijke medische behandeling van de jongen. De kinderoncoloog heeft verklaard dat het niet (op tijd) geven van chemotherapie bij deze ziekte levensbedreigend kan zijn. Het is daarnaast essentieel dat de therapie, die deel uitmaakt van de twee jaar durende behandeling, op vaste tijden wordt gegeven. Als de therapie wordt onderbroken, is de kans groot dat de jongen de ziekte terugkrijgt. Zijn kans op genezing zal dan dalen van ongeveer tachtig procent naar dertig procent. Tijdens het gesprek met de kinderrechter heeft de jongen aangegeven dat hij graag beter wil worden en dat hij weet dat hij daarvoor een zware behandeling nodig heeft. De jongen is al met die behandeling begonnen. Er is echter een praktisch probleem: hij is vaak erg misselijk en wil dan niet met de taxi naar het ziekenhuis in Amsterdam. Hij zou liever in een ziekenhuis in de buurt behandeld worden. De rechtbank oordeelt dat de minderjarige niet weloverwogen zijn toestemming voor de (verdere) behandeling weigert, maar ook niet in alle opzichten wil meewerken. Gezien zijn leeftijd en zijn wens tot genezing acht de rechtbank de minderjarige niet in staat tot een redelijke waardering van zijn belangen. De jongen realiseert zich niet welke negatieve gevolgen het voor zijn genezingskansen kan hebben als hij de kuren niet regelmatig en op de afgesproken tijdstippen krijgt. De vervangende toestemming wordt verleend (ECLI:NL:RBALM:2010:BO9506).

L. van Straten
Van Straten Familierecht