

Rep. Nr. 03/14

*

NB-016-11

*

Tegensprekelijke
eindbeslissing van 20
januari 2014

*

VAN RECHTSWEGE
UITVOERBAAR BIJ
VOORRAAD
NIETTEGENSTAANDE
BEROEP

KAMER VAN EERSTE AANLEG die kennis neemt van de zaken die in het Nederlands moeten worden behandeld, ingesteld bij de Dienst voor geneeskundige evaluatie en controle van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering, bij artikel 144, § 2 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994.

BESLISSING

Inzake : RIZIV – DIENST VOOR GENEESKUNDIGE EVALUATIE EN CONTROLE, openbare instelling van sociale zekerheid, met zetel te 1150 Brussel, Tervurenlaan 211

Eiser, voor wie zijn verschenen, dr. D..., geneesheer-inspecteur, en de heer E..., attaché, ambtenaren bij eiser.

Tegen: 1. Dr. A..., geneesheer, wonende te XXXX,

2. BVBA B..., KBO-nr. XXXX, met zetel te XXXX

Verweerders, die worden bijgestaan en vertegenwoordigd door mr. C..., advocaat, met kantoor te XXXX.

*
* *

Op de openbare terechtzitting van 18 november 2013 heeft geen enkele partij de toepassing gevraagd van artikel 18, § 2, tweede lid, van het Koninklijk besluit van 9 mei 2008 tot bepaling van de werkingsregels en het Procedurereglement van de Kamers van eerste aanleg en van de Kamers van beroep bij de Dienst voor geneeskundige evaluatie en controle van het RIZIV;

1. RETROACTEN

Gelet op de gedingstukken, in het bijzonder:

- het dossier van eiser ;

- gelet op het syntheseverslag, ter kennis gegeven met een brief van 18.10.2011;
- gelet op het verweerschrift van verweerders van 10.11.2011;
- gezien het Comité op 30.03.2012 de opdracht heeft gegeven aan de Leidend ambtenaar het voorliggende dossier, overeenkomstig artikel 146bis, §1, 10^{de} lid, 3^o van de ZIV-wet, aanhangig te maken bij de Kamer van Eerste aanleg;
- gelet op het verzoekschrift tot aanhangig making dd. 08.05.2012;
- gelet op de verklaring van verschijning dd. 20.05.2012;
- gelet op de besluiten voor verweerders dd. 24.07.2012;
- gelet op de besluiten voor eiser dd. 22.10.2012;
- gelet op de besluiten voor verweerders dd. 24.10.2012;
- gelet op het bijkomend stuk voor eiser dd. 21.11.2012;
- gelet op het verzoekschrift tot bepaling van bijkomende conclusietermijnen van verweerders dd. 21.11.2012;
- gelet op de brief van de Kamer van eerste aanleg dd. 04.12.2012;
- gelet op de besluiten voor verweerders dd. 18.02.2013;
- gelet op de besluiten voor eiser dd. 26.04.2013;
- gelet op de besluiten voor verweerders dd. 28.05.2013;
- gelet de oproepingsbrieven van 4.11.2013.

Gehoord op de openbare terechtzitting van 18 november 2013:

- de heer E... in de uiteenzetting van het juridische luik en de besluiten namens eiser;
- dokter D... in de uiteenzetting van het medisch-technische luik van de middelen en besluiten van eiser
- meester C... in de uiteenzetting van de middelen en de besluiten namens verweerders.
- dokter A... in zijn toelichting.

De debatten worden gesloten, de zaak in beraad genomen en voor uitspraak gesteld op 16 december 2013, eerste nuttige zitting van de Kamer van eerste aanleg, datum waarop de uitspraak verdaagd

werd naar de zitting van 20 januari 2014.

*
* *

2. VOORWERP VAN HET GESCHIL

Tenlastelegging

Dr. A... wordt ten laste gelegd in de periode van 01/07/2008 tot 30/09/2009 de volgende inbreuk te hebben begaan op de reglementering van de Ziekte- en Invaliditeitsverzekering : *Het aanrekenen aan de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen van overbodige of onnodig dure verstrekkingen uit Art. 2 van de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen. Dit vormt een inbreuk op Art 73 §1 en Art 73 bis 4° van de gecoördineerde wet van 14-07-1994 en wijzigingen.*

De reglementaire basis : artikelen 73, § 1 en 73bis, 4° van Wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994.

Bij twee verzekerden werden in de periode van 01/07/2008 tot 30/09/2009 361 verstrekkingen ten onrechte aangerekend voor een bedrag van € 9.733,52.

3 . STANDPUNT VAN DE PARTIJEN

3.1. Standpunt van verweerders (kort samengevat)

3.1.1. Verweerders vragen dat de Kamer zou oordelen :

In hoofdorde : de vordering van eiser ongegrond te verklaren;

In ondergeschikte orde en voor zover de vordering van eiser tot terugbetaling gegrond zou worden verklaard, verweerders geen administratieve geldboete op te leggen;

In meest ondergeschikte orde en voor zover de vordering van eiser tot terugbetaling en de vordering tot betaling van een administratieve geldboete gegrond zou worden verklaard, overeenkomstig de toepassing van de bepalingen van het Sociaal Strafwetboek hetzij een strafrechtelijke geldboete van € 50 tot € 500, hetzij een administratieve geldboete van €25 tot €250 op te leggen

en deze geldboete met uitstel op te leggen;

3.1.2. Meer in het bijzonder argumenteren verweerders:

3.1.2.1. Natuurlijke- of rechtspersoon:

Inzake de terugvordering van de beweerdelijk onterecht aangerekende prestaties is er overeenkomstig art 164 lid 2 ZIV-wet een hoofdelijke aansprakelijkheid tussen de zorgverlener en de rechtspersoon.

Maar zo deze bepaling wordt uitgelegd dat er geen toepassing kan worden gemaakt van art 61 W. Venn. Is er schending van de art. 10 en 11 Grondwet. Verwijzend naar art 5 SW zien verweerders dus niet goed in waarom er lastens 2^{de} verweerder geen geldboete wordt gevorderd.

3.1.2.2. Gebrekkige bewijsvoering:

Eiser moet het bewijs leveren van hetgeen hij aanvoert.

Mogelijk kwam de vraagstelling van de inspecteurs onduidelijk over bij de ondervraagde (bejaarde) patiënten.

De verklaring van de patiënt heeft dan een zeer geringe bewijswaarde.

3.1.2.3. de (beweerde) overconsumptie:

Verwijzend naar art 73 § 2 en 4 ZIV-wet menen verweerders dat eiser zich enkel steunde op afwijkend schrijfgedrag; aldus is niet voldaan aan de voorwaarde om te toetsen aan indicatoren of een vergelijkende studie uit te voeren of een omstandig en technisch onderzoek. Er was evenmin toetsing aan het gedrag van de normaal zorgvuldige arts.

Eiser baseerde zich enkel op de verklaringen van de verzekerden en van twee pijnspecialisten die geen kennis hadden van de concrete elementen van het dossier.

Verweerder behandelde patiënte F... terecht (intraveneus) met TERADYL. Dank zij dit middel ging patiënte er aanzienlijk op vooruit. Thuisverpleging was geen optie wegens te duur. Bovendien laat de patiënte geen inspuitingen door verpleegkundigen toe. Een pijnkliniek was evenmin een optie want dit was te duur en patiënte wilde dit niet. De huisbezoeken (3x/week) aan patiënt G... waren wel degelijk gerechtvaardigd gelet op de specifieke omstandigheden.

3.1.2.4. Therapeutische vrijheid versus schuldig verzuim:

Verweerder beroept zich, verwijzend naar de art 10 en 11 van het KB nr 78, op de therapeutische vrijheid en stelt dat het weigeren in te gaan op een zorgvraag van een patiënt ernstige gevolgen kan hebben (bvb. strafbaarheid ingevolge art 422 bis SW).

3.1.2.5. Schending van het motiveringsbeginsel:

Er werd ten onrechte geen rekening gehouden met het verweerschrift van verweerdens.

3.1.2.6.

De administratieve rechtscolleges zijn niet onafhankelijk en/of onpartijdig. De Kamer van eerste aanleg is opgericht in de schoot van het RIZIV, zijnde een belanghebbende partij. Het RIZIV speelt tezelfdertijd rechter en vervolgende partij, wat niet kan.

3.1.2.6. Ondergeschikt: de administratieve geldboete:

Verweerder was te goeder trouw.

Hoogstens kan trouwens slechts de (mildere) geldboete van het SSWB worden opgelegd (art 2 SW).

3.2. Standpunt van eiser (kort samengevat):

3.2.1. Eiser vraagt dat de Kamer voor recht zou zeggen dat de vastgestelde feiten een inbreuk zijn op de reglementering.

Dr. A... te veroordelen tot terugbetaling van de ten onrechte aangerekende verstrekkingen ten belope van € 9.733,52. De B.V.B.A. B... overeenkomstig artikel 2, n) en 164, tweede lid van de gecoördineerde ZIV-wet, mede hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de terugbetaling van dit bedrag.

Dr. A... eveneens een administratieve geldboete van 100% van het bedrag van de terugvordering op te leggen.

3.2.2. Meer in het bijzonder argumenteert eiser (in antwoord op de argumenten van verweerdens):

3.2.2.1. Hoofdelijkheid:

Eerste verweerder wordt als "zorgverlener" beschouwd in de zin van art 2, n van de gecoördineerde wet, ook als hij optreedt als zaakvoerder van tweede verweerder. De hoofdelijkheid vloeit voort uit

art 164 lid 2 van de gecoördineerde wet.

3.2.2.2. Bewijsvoering:

Het onderzoek gebeurde correct. De verzekerden werden op de juiste manier ondervraagd. Verder zijn er ook de visu-vaststellingen van de inspecteurs.

3.2.2.3. Therapeutische vrijheid:

Die is niet absoluut en kan met name niet verantwoorden dat onnodig dure onderzoeken en behandelingen zouden worden aangerekend aan het RIZIV.

3.2.2.4. Motivering (als beginsel van behoorlijk bestuur):

De DGEC treedt terzake niet op als bestuur maar als procespartij. Het is trouwens niet de Leidend ambtenaar die een beslissing heeft genomen.

Noch de synthesenota noch het verzoekschrift zijn aanvechtbare bestuurshandelingen.

3.2.2.5. Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de Kamer van eerste aanleg:

Eiser verwijst dienaangaande naar de rechtspraak van de Raad van State en van het Grondwettelijk Hof die de administratieve rechtscolleges bij de Dienst beschouwt als rechtscolleges in de zin van art 161 Grondwet.

De Kamer van eerste aanleg is trouwens niet opgericht "in de schoot" van het RIZIV, maar is "ingesteld bij" de DGEC om logistieke redenen. De leden van de Kamer van eerste aanleg zijn totaal onafhankelijk van de partijen en zetelen in persoonlijk naam.

3.2.2.6. Ten gronde:

Verweerder bezocht patiënt F... enkel in de week en niet tijdens de weekends. Enkel dan kreeg patiënte intraveneuze injecties. De dienst dermatologie was initiatiefnemer van het opstarten van transdermale pijnpleisters. Verweerder zette dit initiatief niet verder: de pleisterbehandeling werd stopgezet eens patiënte thuiskwam.

Er was geen medische noodzaak om patiënt G... 3x/week te bezoeken: 1x/week of per 14 dagen was voldoende. Eventuele mantelzorg kon gebeuren door thuisverpleging of familiehulp. Ingaan op "eisen" van patiënten is onaanvaardbaar. Minder dure

middelen (perorale anti-pijn medicatie) waren voldoende. Twee pijnspecialisten verklaren dat TARADYL parenteraal toedienen geen eerstelijnsbehandeling is en zelfs als nutteloos kan worden bestempeld.

3.2.2.7. De administratieve geldboete:

Ter zitting gaat eiser akkoord om slechts de administratieve geldboete voorzien in het SSWB toe te passen (als mildere wet).

4. BEOORDELING

4.1. DE ADMINISTRATIEVE RECHTSCOLLEGES:

4.1.1. Enkel zij zijn bevoegd:

De wet is zeer duidelijk. De geschillenregeling tussen zorgverleners en de DGEC wordt geregeld in de artikelen 142 e.v. ZIV-wet. Verder kan dienaangaande verwezen worden naar: arrest nr. 133/2001 van 30 oktober 2001 van het Arbitragehof en meer bepaald naar de overwegingen B.6.3 tot en met B.6.4. van dit arrest, welke luiden als volgt:

"... B.6.3. Het onderwerp van de in het geding zijnde geschillen betreft derhalve de beoordeling van de naleving door de zorgverlener van zijn verplichtingen in zoverre hij meewerkt aan een openbare dienst. Wanneer de commissie van beroep daarover uitspraak doet, treedt zij op in uitoefening van een functie die in een dergelijke verhouding staat tot de prerogatieven van het openbaar gezag van de Staat, dat zij zich buiten de werkingssfeer bevindt van de gedingen van burgerlijke aard in de zin van artikel 144 van de Grondwet. Daaruit volgt dat een betwisting omtrent het verbod tot tegemoetkoming in de kosten van geneeskundige verstrekkingen, een betwisting omtrent een politiek recht is.

De wetgever vermocht dan ook, met toepassing van de mogelijkheid die artikel 145 van de Grondwet hem biedt, het contentieus betreffende een dergelijk politiek recht toe te vertrouwen aan een **administratief rechtscollege dat ter zake over een volle rechtsmacht beschikt en dat is opgericht met toepassing van artikel 146 van de Grondwet.**

B.6.4. Gelet op artikel 145 van de Grondwet, kan het feit dat het kennisnemen van gedingen met betrekking tot politieke rechten wordt toevertrouwd aan een administratief rechtscollege, veeleer dan dat contentieux over te laten aan een rechtscollege van de rechterlijke orde, geen schending uitmaken van het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie....".

4.1.2. De beweerde schending van het recht op een onpartijdige en onpartijdige rechterlijke instantie:

Het recht op een eerlijk proces en het recht op een onpartijdige rechter gelden als algemene rechtsbeginselen ten aanzien van elke jurisdictionele beslissing, zodat niet moet worden ingegaan op de vraag of in deze zaak artikel 6 van het E.V.R.M. al dan niet toepasselijk is (cfr. Rvst nr. 163.774 van 19 oktober 2006 (zaak A. 89.575/VII-20.507).

Deze rechten impliceren dat de Kamer van eerste aanleg en de Kamer van beroep als rechterlijke instanties onafhankelijk zijn van de partijen betrokken in de zaak.

Dit is ter zake ook het geval ingevolge de toepassing van volgende wettelijke bepalingen en uitgangspunten.

De Kamer van eerste aanleg is samengesteld uit:

- een door de Koning benoemde stemgerechtigde voorzitter, rechter in functie of emeritus, plaatsvervangend of toegevoegd, bij de rechtbank van eerste aanleg of arbeidsrechtbank, of magistraat van het openbaar ministerie bij deze gerechten, als werkend lid;
- twee stemgerechtigde leden, artsen, benoemd door de Koning uit de kandidaten door de verzekeringsinstellingen voordragen op dubbele lijsten, als werkende leden; De leden van de Kamer die afgevaardigd zijn door deze verzekeringsinstellingen zetelen niet namens die instellingen maar wel in persoonlijke naam (omwille van hun expertise). Zij zijn nooit betrokken geweest bij welk danige handeling, onthouding of beslissing in dit dossier en stellen zich neutraal en onpartijdig op.

- twee stemgerechtigde leden benoemd door de Koning uit de kandidaten die op dubbele lijsten worden voorgedragen door de groepen representatieve organisaties/verenigingen van zorgverleners/verzorgingsinstellingen bedoeld in artikel 140, § 1, eerste lid, 3°, 5° tot 21° van de Z.I.V.-wet 1994 als werkende leden. Deze leden hebben slechts zitting voor de zaken welke de groep die hen heeft voorgedragen rechtstreeks aanbelangen (art. 145, § 1 Z.I.V.-Wet 1994).

De Kamer van beroep is samengesteld uit:

- een door de Koning benoemde voorzitter, raadsheer in functie of emeritus, plaatsvervangend of toegevoegd, bij het hof van beroep of arbeidshof, of magistraat van het openbaar ministerie bij deze hoven, als werkend lid;

- twee leden, artsen, met raadgevende stem, benoemd door de Koning uit de kandidaten door de verzekeringsinstellingen voordragen op dubbele lijsten, als werkende leden;

- twee leden, met raadgevende stem, benoemd door de Koning uit de kandidaten die op dubbele lijsten worden voorgedragen door de groepen representatieve organisaties/verenigingen van zorgverleners/verzorgingsinstellingen bedoeld in artikel 140, § 1, eerste lid, 3°, 5° tot 21° van de Z.I.V.-wet 1994 als werkende leden.

Deze leden hebben slechts zitting voor de zaken welke de groep die hen heeft voorgedragen rechtstreeks aanbelangen (art. 145, § 1 Z.I.V.-Wet 1994).

Het geheel van de voormelde bepalingen en uitgangspunten in zake de benoeming, de samenstelling en het mandaat van de leden van de Kamer van eerste aanleg en van de Kamer van beroep staat garant voor de onafhankelijkheid van de beide Kamers ten aanzien van de partijen in deze zaak, en het RIZIV of haar Dienst voor geneeskundige evaluatie en controle in het bijzonder.

De elementen die verweerders aanvoeren, ondergraven de voormelde rechten en waarborgen niet.

Dit geldt vooreerst voor de stelling dat de Kamer van eerste aanleg en de Kamer van beroep zouden zijn opgericht "in de schoot van het RIZIV". Dergelijke stelling strookt niet met de tekst van artikel 144, § 1 van de Z.I.V.-Wet 1994 waarin enkel is vermeld dat deze kamers worden ingesteld "bij" de Dienst voor geneeskundige evaluatie en

controle. De bedoelde Kamers maken bijgevolg geen deel uit van deze Dienst. Dat de terugbetaling die door hen kan worden opgelegd, ten goede komt aan het RIZIV, is evenmin een reden om deze Kamers met het RIZIV te vereenzelvigen. Een en ander gaat trouwens voorbij aan de (hoger omschreven) wijze waarop de Kamers zijn samengesteld en worden benoemd.

Ten onrechte willen verweerders het voorstellen alsof het RIZIV in deze zaak tegelijk rechter en vervolgende/belanghebbende partij zou zijn. Noch de Kamer van eerste aanleg, noch de Kamer van beroep kunnen als een orgaan van het RIZIV worden beschouwd. Het betreffen administratieve rechtscolleges in de zin van artikel 161 van de Grondwet (cfr. artikel 144, § 1 Z.I.V.-Wet 1994), benoemd door de Koning en onafhankelijk van het RIZIV of haar diensten samengesteld voor een duur van minstens vier jaar.

De enkele omstandigheid dat de Kamer van eerste aanleg en de Kamer van beroep zoals bij wet bepaald zetelen in de lokalen van het RIZIV (art. 145, § 3 Z.I.V.-Wet 1994) biedt binnen deze context evenmin een reden tot twijfel betreffende de onafhankelijkheid van deze rechtscolleges (cfr. RvSt 29 juni 2004, nr. 133.338, www.raadvst-consetat.be). Het RIZIV heeft niet zozeer het recht dan wel de plicht om te zorgen voor de accommodatie en lokalen (griffie, zittingszaal ...) die het materieel mogelijk maken dat recht kan worden gesproken. Men ziet niet goed in hoe dit de onpartijdigheid van een rechtscollege in het gedrang zou kunnen brengen.

4.2. de terugvordering (overconsumptie):

4.2.1. bewijslast:

Of de tenlasteleggingen straf- dan wel een burgerlijke (of gemengde) sanctie beogen speelt geen grote rol: de DGEC draagt de bewijslast en in geval van twijfel wordt de vordering afgewezen (in strafzaken op grond van hetgeen in het Latijnse adagium wordt verwoord: "in dubio pro reo" of, vrij vertaald: twijfel komt de beklaagde ten goede; in burgerlijke zaken: art 1315 Bwb en art 870 Ger.w.: zie dienaangaande: N. Verheyden-jeanmart, *le droit de la preuve*, p. 43, nr 69: " ... l'incertitude subsistant à la suite de la production d'une preuve, d'où qu'elle vienne, doit nécessairement être retenue au détriment de celui qui avait la charge de la preuve et sur lequel pèse le risque du défaut de preuve. ... », vrije vert. : blijft er onzekerheid bij de bewijsslevering, waar die ook vandaan komt, dan zal die weerhouden worden in het nadeel van degene die de bewijslast draagt vermits het bewijsrisico bij die ligt.").

4.2.2. de therapeutische vrijheid:

Zo de diagnostische vrijheid door sommigen als redelijk absoluut wordt ingeschat, is de therapeutische vrijheid redelijk beperkt, met name door wettelijke beperkingen (art 73 §1 alinea 2 ZIV-wet: budgetcriterium) en door reglementair- tuchtrechtelijke grenzen (bijvoorbeeld art 11 lid 2 KB nr 78), zodat de therapeutische vrijheid niet als een vrijgeleide mag worden ingeroepen om ongestoord om het even wat te doen op kosten van de patiënt en/of de rekening door te schuiven naar de gemeenschap. Volgens vaste rechtspraak, o.m. van het Hof van Cassatie kan bij misbruik van de therapeutische vrijheid, desgewenst los van mekaar, zowel administratiefrechtelijk als tuchtrechtelijk worden opgetreden (Cass., 9.10.1967, Pas. 1968.i.177; Cass. 9.5.1986, J.T. 1986, 710; Cass. 13.11.1986, R.W. 1986-87, 2022; Cass., 20.12.2001, raadpleegbaar op www.juridat.be).

Trouwens, zelfs al zou de therapeutische vrijheid onbeperkt zijn --- quod certe non --- dan nog staat deze los van de terugbetaling van de veroorzaakte onkosten door de ziekteverzekering (zie bvb. Rvs, 26.04.1974, rolnr 75/316). Het getuigt verder van totaal oncollegiaal bedrag de beschikbare ZIV-gelden (voor de beroepscategorie waartoe men behoort, en die niet onbeperkt zijn) eenzijdig naar zich toe te trekken onder het mom van de "therapeutische vrijheid". Als alle artsen (en andere zorgverleners) die "vrijheid" zouden invoeren en nemen, zou trouwens het hele sociale zekerheidsstelsel op de helling komen te staan.

Herman NYS schreef hierover:

"... Maar de wetgever kan wel het maken van keuzes in de zorg bevorderen of bemoeilijken. De wet op de rechten van de patiënt erkent het recht van de patiënt op kwaliteitsvolle dienstverlening die overeenstemt met haar of zijn 'behoefte'. **Dus niet: haar of zijn verlangens, grillen, wensen - laat staan, eisen.** Die bepaling lost uiteraard niet alle problemen op, zeker in een zorgstelsel dat het shoppen van zorgconsumenten niet echt ontraadt. Maar deskundige en verantwoordelijke zorgverleners kunnen er zich wel op beroepen tegenover al te 'grote-mondige' consumenten..." (De huisarts, 8 april 2010).

4.2.3. beoordeling in concreto: de patiënten F... – G...

4.2.3.1. algemeen:

Verweerder rekent normaliter bij alle patiënten remgeld aan, behalve bij het koppel G... – F... (verklaring van verweerder d.d. 9.6.2010).

Geconfronteerd met de opmerking dat er abnormaal veel huisbezoeken zijn aan dit koppel, antwoordt verweerder o.m. "... **deze mensen eisen dit van mij**, dat ik drie maal per week de bloeddruk neem sedert zijn syncope een 5 tal jaar geleden ..." (ibidem).

Persoonlijke patiëntendossiers (van vermeld koppel) ontbreken.

4.2.3.2. Patiënte F...:

Verweerder geeft deze patiënte elke weekdag een intraveneuze inspuiting TARADYL omwille van chronische pijnklachten. In het weekend zou patiënte zich dan wel kunnen behelpen met DAFALGAN (verklaring patiënte d.d. 25.3.2010)

De dienst Dermatologie van het XXXX zou pijnbehandeling met pleisters (TRANSTEC) zijn opgestart (ontslagbrief van 23.10.2006), maar deze behandeling werd bij de thuiskomst van de patiënte stopgezet.

In zijn brief van 4.9.2010 stelt verweerder dat patiënten F... en G... maximaal met mantelzorg moeten omringd worden: hiermee bedoelt hij blijkbaar enkel zichzelf.

Wat het voorschrijfgedrag van TARADYL (2008 + 2009) betreft, is er een zeer afwijkend profiel in vergelijking met zijn collega-huisartsen (8^{ste} plaats), en dan nog voornamelijk omdat verweerder voor één enkele patiënte 72 voorschriften voorschreef (beide jaren; vgl. gemiddelde: 70 patiënten/arts en 1 voorschrift/verzekerde).

Dit afwijkend profiel is een aanwijzing die verweerder noopt tot een zekere verantwoording van zijn "afwijkend" handelen in het kader van zijn medewerkingsplicht en de procesloyauteit die ook op hem rust met het oog op de waarheidsvinding (de zogenaamde "partijwerkzaamheid": zie B. ALLEMEERSCH, Taakverdeling in het burgerlijk proces, p. 355 en N. VERHEYDEN-JEANMART, Le droit de la preuve, nr 66: een absoluut bewijs wordt nooit vereist.

Bewijzen is aantonen van een waarschijnlijkheid die volstaat om een rechter te overtuigen en, in voorkomend geval, zal de rechter de andere partij uitnodigen om op zijn beurt te proberen een tegengestelde waarschijnlijkheid aan te tonen).

Ten overvloede en terecht verwijst eisende partij naar:

1. de meningen van 2 pijnspecialisten (Dr P. H... en Dr I...) die het intraveneus toedienen van TARADYL zonder interdisciplinair overleg onverantwoord vinden en zelfs zinloos, vermits er voldoende alternatieven zijn per os.
2. de bijsluiter van TARADYL (stuk 3 van het dossier van verweerders): hierin staat onder meer vermeld dat dit product niet langer dan 2 dagen mag worden toegediend (" **De maximale behandelingsduur bedraagt 2 dagen**"; verder wordt ook vermeld: " Taradyl is aan(ge)wezen voor **kortstondige behandeling** van matige tot hevige **acute pijn na een chirurgische ingreep.**"); verweerder haalt aan en geeft toe dat er door het zeer langdurige gebruik ondertussen een verslavingsproblematiek was ontstaan... . Er wordt hier niet verder onderzocht of en in welke mate verweerder schuld heeft aan die ontstane problematiek.
3. de specialistische verslagen waarin nergens sprake is van TARADYL (wel van bijvoorbeeld het al hoger aangehaalde TRANSTEC).

4.2.3.3. Patiënt G...:

Ook hier zijn de vele bezoeken niet in verhouding met de pathologie. Gesteld dat de patiënt in 2005 zou zijn ten val gekomen door een te hoge bloeddruk --- wat alsnog nergens is bewezen --- dan nog kan dit geen 3 huisbezoeken per week verantwoorden, temeer vermits er zelfs geen onderhoudsbehandeling is tegen hoge bloeddruk.

Dat de patiënt deze bezoeken zou "eisen" is totaal irrelevant: een zorgverlener moet niet ingaan op elke wil en gril van de patiënt (zie supra).

Besluit: de DGEC levert het bewijs van de inbreuken in overeenstemming met de wettelijke regels, onder meer de bepalingen van art 73 §4 en 139, 2°, a) en c) ZIV-wet-1994.

4.2.3.4. Cijfermatig:

De redenering van de DGEC is voldoende onderbouwd en kan

worden gevolgd.

4.3. de administratieve geldboete:

4.3.1. algemeen:

., Goede trouw speelt geen rol bij de strafbaarheid van de overtredingen van de nomenclatuur (wél bij de straftoemeting).

Hoewel een louter "materieel" misdrijf niet bestaat, is niet noodzakelijk kwade trouw of een ander bijzonder opzet vereist als constitutief bestanddeel van de strafbare inbreuk. Elke inbreuk onderstelt wel altijd een moreel element. Bij gebrek aan nadere precisering of expliciet intentioneel strafbaarheidsvereiste volstaat het bewijs dat de dader de inbreuk uit onachtzaamheid (volgens een fout- of nalatigheidscriterium vergelijkbaar met de foutvereiste van art 1382 of 1383 BW: toetsing aan de houding van een "goede huisvader" in dezelfde omstandigheden, waarbij met "goede huisvader" hier dus eigenlijk de "goede huisarts" als paradigma wordt genomen) of wetens en willens, dit wil zeggen vrijwillig en zonder enige dwang, heeft gepleegd. De dader gaat dan pas vrijuit als overmacht, onoverwinnelijke dwaling of een andere schulditsluitingsgrond is aangetoond, minstens geloofwaardig is (Cass. 27.9.2005, P.05.0371.N/1) en elke fout of nalatigheid in hoofde van betrokkene uitgesloten is (AH Brussel, 5 januari 2010, J.T.T. 2010, 366; J.-F. GOFFIN, Responsabilités des dirigeants de sociétés, Larcier, 2004, p. 371).

Een administratieve geldboete kan worden opgelegd in geval van een louter administratieve vergissing, onachtzaamheid, slordigheid of onwetendheid. Onwetendheid zou wel kunnen ingeroepen worden, maar enkel als deze te wijten is aan een onoverkomelijke gebeurtenis waar men geen vat op heeft (AH Antw., 8.4.2008, onuitgegeven, AR 2010623, inzake van: PONJAERT t. RIZIV).

4.3.2. aangaande de rechtspersoon (2^{de} verweerder):

De redenering van verweerdere is moeilijk te volgen.

Men ziet niet goed in welke fout de rechtspersoon zou hebben begaan. De administratieve geldboete heeft een strafkarakter. Eén van de kenmerken van strafrechtelijke straffen is dat ze persoonlijk en individueel zijn (vgl. art 39 SW; A.P., M.P. en T.P. v. Zwitserland, E.H.R.M. 29 augustus 1997 en E.L. en J.O._L v. Zwitserland, E.H.R.M., 29 augustus 1997, raadpl. <http://www.echr.coe.int>).

Aansprakelijkheid voor andermans daad, zoals in het burgerlijk recht, bestaat niet in het strafrecht. Wel zijn alle wegens eenzelfde misdrijf veroordeelde personen (dus de deelnemers) hoofdelijk gehouden tot (burgerlijke) teruggave en schadevergoeding (art. 50 SW).

Zo geïnterpreteerd dat 2^{de} verweerder ook voor zichzelf een straf wenst te worden opgelegd (als een soort zelfkastijding?) zou de vordering overigens onontvankelijk zijn bij gebrek aan belang.

4.3.3. de mildste wet?

Vooreerst moet worden opgemerkt dat de administratieve geldboete gevorderd door de DGEC (art 142 §1, 1° en 2° gecoörd. ZIV-wet) geen straf is in de zin van art 2 lid 2 Strafwetboek (vgl. Cass. 14.3.2005, Soc. Kron. 2005, 520 of J.T.T. 2005, 225). Deze bepaling, alsook de artikelen 7.1 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en 15.1 van het Internationaal Verdrag betreffende de Burgerlijke en Politieke Rechten, huldigen evenwel ook het algemeen rechtsbeginsel, geldend binnen de verdragsstaten, dat de nieuwe, mildere wet moet worden toegepast.

Er kan logischerwijze evenwel pas sprake zijn van een "mildere wet" wanneer:

- tussen (het begin van) de incriminatieperiode van de inbreuken en de uitspraak er 2 sancties waren, meer bepaald een zwaardere en een mildere.
- bovendien: de rechtsprekende instantie bevoegd was/is, binnen het eigen sanctiesysteem, (theoretisch) elk van beide sancties uit te spreken.

de verschillende sanctiesystemen:

Wanneer echter verschillende sanctiesystemen (andere wetgeving, andere rechtsprekende instantie, andere procedureregels ...) naast elkaar staan, stelt zich niet het probleem van de mildere wet, maar wel van het (eveneens in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens voorziene) "non bis in idem"- principe.

Aldus werd in een recente wet in fiscale zaken (wet van 20.9.2012, B.S. 22.10.2012) de "una via" beoogt, voornamelijk door invoering van het subsidiariteitsbeginsel (voorrang van de fiscus op het gerechtelijke apparaat). Ook in het sociaal strafwetboek blijven strafsancities en administratieve sancties mogelijk en ook hier geldt het subsidiariteitsbeginsel: voor zover de arbeidsauditeur niet vervolgt,

kan de Directeur van de dienst Studiën van de FOD WASO een administratieve geldboete opleggen:

Er kan dus cumul zijn van 1. administratieve sancties met strafsancties en van 2. administratieve sancties met andere administratieve sancties (zie Jean-Pierre DIEPENDAELE, Eenmaal? Andermaal? Cumul van administratieve sancties in de werkloosheid met strafsancties (of met administratieve sancties): de opflakking van een oud zeer, R.W. 2012-2013, 882).

Bij cumul van deze sancties (met strafkarakter) is er geen sprake van toepassing van de mildere wet, maar wel van in acht name van het non bis in idem-principe (voor toepassingen inzake cumul van administratieve sancties, zie bijvoorbeeld: Brussel, 3 april 2008, FJF 2009, 361: samenloop van een douaneboete met een BTW-boete en de bespreking ervan door A. DE NAUW, Cumulatie van straffen en administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter na de arresten ZOLOTOUKHIN en RUOTSALAINEN, in: F. DERUYCK (ed.), Strafrecht meer ... dan ooit, p. 6 en 7).

Met de invoering van het sociaal strafwetboek is er opnieuw cumul van administratieve sancties met strafsancties en met andere administratieve sancties, op benaerstiging van: ofwel het Openbaar Ministerie, ofwel de Directeur van de FOD WASO ofwel bijvoorbeeld de Gewestelijke Directeur van de RVA (zie Jean-Pierre DIEPENDAELE, o.c., p. 885). Het gaat dan telkens om sancties van uiteenlopende aard waarbij de zogenaamd "mildere wet" niet de minste rol speelt: elk rechtsprekend orgaan kan slechts sanctioneren binnen zijn eigen sanctiesysteem (zo niet zou men trouwens een amalgaam verkrijgen van: samenstelling rechtsprekend orgaan, vervolgende overheid, procedure, beroepsmogelijkheid, verjaring, mogelijkheid tot verzachtende omstandigheden, bijzondere herhaling ...)(zie bijvoorbeeld wat het SSWB betreft: K. SALOMEZ, Sociaal strafrecht, p. 66 en 67).

Bij het parallel bestaan van diverse sanctiesystemen (soms dus drie naast mekaar) stellen zich heel wat interferentie- en coördinatieproblemen: de oplossing ervan kan liggen in het behoud van slechts één vorm van sancties of in het coördineren van de sancties (bijvoorbeeld via het subsidiariteitsprincipe).

Het SSWB:

Bij de invoering van het sociaal strafwetboek was de wetgever er zich blijkbaar niet van bewust dat art 225.3° SSWB een bestraffing voorzag voor inbreuken waarvoor ook al een geschillenregeling bestond die

ingevoerd werd door de zogenaamde gezondheidswetten 2006 en 2008. Beide sanctiesystemen overlap(p)(t)ten elkaar. Nergens blijkt dat het SSWB de bestaande administratieve geschillenregeling zou hebben opgeheven (zoals ten onrechte door sommigen wordt voorgehouden in de parlementaire voorbereiding tot wijziging of "reparatie" van het Sociaal Strafwetboek, in het bijzonder tot opheffing van artikel 225.3° SSWB; de hoofdindieners van het wetsvoorstel heeft het terecht over een "gedeeltelijke overlapping").

Aangezien de wet de enige mogelijke bron van strafbaarstellingen en van straffen is (legaliteitsbeginsel) blijven alle sanctiesystemen voortbestaan zolang ze niet bij wet worden opgeheven. De strafwet kan dus principieel niet in onbruik geraken: ze kan enkel opgeheven worden door de wetgever zelf, hetzij uitdrukkelijk, hetzij stilzwijgend. In principe moet de opheffing uitdrukkelijk worden verricht. Uitzonderlijk is echter ook impliciete opheffing mogelijk, namelijk wanneer de nieuwe wet onverenigbaar is met de oude wet. Dit geldt echter slechts op voorwaarde dat deze onverenigbaarheid vanzelfsprekend is, m.a.w. wanneer de toepassing van de oude wet door de nieuwe onmogelijk wordt gemaakt (lex posterior derogat priori)(Chris VAN DEN WYNGAERT, Strafrecht en strafprocesrecht, p. 98).

Het SSWB is echter nooit onverenigbaar gebleken met de vooraf bestaande administratieve geschillenregeling voorzien in de zogenoemde gezondheidswetten (die trouwens fundamenteel verschilt als men de inbreukomschrijvingen vergelijkt).

Partijen verwezen mondeling naar rechtspraak van een andere Kamer van eerste aanleg en van een Kamer van beroep die de sanctie van art 225.3° SSWB zouden hebben toegepast als "mildere wet" (er was sprake van 250€ x 6 opdecimenen). Deze rechtspraak kan echter niet worden gevolgd, al was het maar omdat de administratieve rechtscolleges opgericht binnen het RIZIV niet eens bevoegd zijn om sancties voorzien in het SSWB uit te spreken (net zomin als omgekeerd een Correctionele rechtbank of de Directeur van de FOD WASO de sancties zouden kunnen uitspreken die voorzien zijn in de Gezondheidswetten, het weze dan bij hypothese dat het zou gaan om de "mildere sancties").

De DGEC is zelfs niet bevoegd om straffen uit het SSWB te vorderen. Als ze die toch zou vorderen, moet haar vordering dienaangaande onontvankelijk worden verklaard. In een conclusie voor het Hof van Cassatie heeft eerste advocaat-generaal Krings aangaande een gelijkaardig probleem het volgende gesteld:

“... Die regel volgt uit de omstandigheid dat de vordering, voor zover ze zou zijn ingesteld op grond van een andere wetsbepaling dan waarvoor de vervolgende partij bevoegd is, niet ontvankelijk zou zijn, en dat de rechter geen uitspraak mag doen over een vordering die niet ontvankelijk is.

Wanneer de procureur des Konings een vordering instelt die enkel tot de bevoegdheid van het Bestuur der douanen en accijnzen behoort, dan moet de vordering niet ontvankelijk worden verklaard. Maar datzelfde Bestuur is evenmin bevoegd om vervolgingen in te stellen op grond van bepalingen van het Gemeenrecht.

Als de rechter dus vaststelt dat het feit dat hem ter beoordeling is gegeven, gelijktijdig onder de twee wetsbepalingen valt, waarvan de toepassing tot de bevoegdheid van respectievelijk van de ene en van de andere vervolgende partij behoort, dan kan hij slechts met die wetsbepaling rekening houden die tot de bevoegdheid behoort van die vervolgende partij die het feit bij hem aanhangig heeft gemaakt. ...” (conclusie voor Cass. 28 september 1982, Arr. Cass. 1982, nr. 68).

Er van uitgaande dat de administratieve rechtscolleges wel hun eigen sanctiebevoegdheid behielden (--- zo niet konden/moesten de voormelde Kamer van eerste aanleg en/of van beroep trouwens niet getoetst hebben welke de zwaarste en welke de mildste sanctie was -- -) en vermits de DGEC niet bevoegd is om te vervolgen voor inbreuken op het SSWB en de rechtscolleges evenmin de sancties uit het SSWB kunnen opleggen, kan enkel gesanctioneerd worden binnen het eigen sanctiesysteem.

Volledigheidshalve kan opgemerkt worden dat nog steeds cumul van administratieve sancties mogelijk blijft na de opheffing van art 225.3° SSWB: in veel gevallen van niet-eerbiediging van de nomenclatuur is er bvb ook valsheid in geschrifte, nog steeds bestraft door Boek 2, hoofdstuk 10 SSWB (sanctie niveau 4). Ook de RVA-directeur behoudt zijn sanctiemogelijkheid (uitsluiting van het recht op werkloosheidsvergoedingen...), naast deze van de Directeur van de FOD WASO.

Bij interne samenloop van verschillende sanctiestelsels is er niet altijd een wettelijke (voorrangs-)regeling (voor een bespreking: E. DANCKAERT en J. PUT, Administratieve rechtshandhaving, in: G. VAN LIMBERGHEN (Ed.), Sociaal handhavingsrecht, p. 287; Brussel, 27.9.2001, R.W. 2001-2002, 954; AH. Antw. 17.9.2002, Soc. Kron. 2003, 386), maar zal wel altijd het “non bis in idem”-principe gelden (E. DANCKAERT en J. PUT, o.c., p. 288): die eerst komt eerst maalt (zie nog het recente arrest nr 181/2013 van het Grondwettelijk Hof van 19

december 2013 (rolnr. 5578).

4.3.4. begroting:

Hoewel de administratieve rechtscolleges niet gebonden zijn door de vordering van de DGEC en kunnen oordelen binnen de wettelijke sanctiemarges die zijn voorzien, kan rekening gehouden worden met de herleiding van de sanctie naar hetgeen de DGEC ter zitting vorderde, temeer daar andere Kamers van eerste aanleg en zelfs Kamers van beroep ook verwijzen naar het Sociaal strafwetboek als mildste wet.

De administratieve geldboete wordt dan ook beperkt tot 250€ (x 5,5 opdecimen), zijnde het bedrag dat de Directeur-generaal van de FOD WASO had kunnen opleggen mocht de Arbeidsauditeur, voor zover hij gevat zou zijn geweest, beslist hebben niet te vervolgen.

OM DIE REDENEN,

DE KAMER VAN EERSTE AANLEG die kennis neemt van de zaken die in het Nederlands moeten behandeld worden,

Gelet op de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, in het bijzonder op de artikelen 144 en 145.

Na beraadslaging in overeenstemming met het bepaalde in artikel 145 van de gecoördineerde wet, en artikel 19 van het Procedurereglement;

Recht doende op tegenspraak.

Verklaart de vorderingen ontvankelijk en deels gegrond;

Veroordeelt verweerders hoofdelijk tot terugbetaling aan het RIZIV van het bedrag van 9.733,52€;

Veroordeelt eerste verweerder bovendien tot betaling aan het RIZIV van een administratieve geldboete van 1.375€;

Aldus uitgesproken door de Voorzitter op de buitengewone openbare terechtzitting van 20 januari 2014 van de Kamer van eerste aanleg die kennis neemt van de zaken die in het Nederlands moeten behandeld worden, ingesteld bij de Dienst voor

geneeskundige evaluatie en controle van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsuitkering, opgericht bij artikel 144 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, en ondertekend door:

- Jan VERMEIR, magistraat, Voorzitter van de Kamer van eerste aanleg;

- Martin VOLCKE, griffier.

Volgen de handtekeningen:

De griffier,

De Voorzitter,

Martin VOLCKE

Jan VERMEIR

De Kamer van eerste aanleg die kennis neemt van de zaken die in het Nederlands behandeld moeten worden, die in die taal de zaak heeft gehoord en er in die taal over beraadslaagde, was samengesteld uit de heer Jan VERMEIR, magistraat-voorzitter, dokter Jacky DE PIERRE en dokter Viviane VAN ELSHOCHT, stemgerechtigde leden voorgedragen door de verzekeringsinstellingen, alsmede dokter Bart DEHAES en dokter Yves GRYSOLLE, stemgerechtigde leden voorgedragen door de representatieve organisaties van geneesherenkorps.

De Kamer van eerste aanleg werd bijgestaan door de heer Martin VOLCKE, griffier.

De beslissingen van de Kamer van eerste aanleg zijn van rechtswege uitvoerbaar bij voorraad niettegenstaande beroep (art. 156, § 1, eerste lid). De sommen brengen van rechtswege intresten op tegen de wettelijke rentevoet in sociale zaken zoals voorzien in artikel 2, §3 van de wet van 5 mei 1865 betreffende de lening tegen interest, vanaf de eerste werkdag dag die volgt op de kennisgeving van de beslissing, waarbij de postdatum bewijskracht heeft (art. 156, § 1, tweede lid). Het beroep bij de Kamer van beroep schort de uitvoering de beslissing niet op (art. 156, § 2, tweede lid ZIV-wet).