

Diabeteszorg in het primair- en voortgezet onderwijs

Wettelijk kader en aansprakelijkheid

Van : Lisan Homan en Petra klein Gunnewiek
Datum : 4 May 2018
Betreft : Advies diabeteszorg in het primair- en voortgezet onderwijs

Inleiding

Steeds vaker worden scholen en docenten, of ander onderwijspersoneel, verzocht om ‘zorg handelingen’ te verrichten bij leerlingen. Dat kan gaan om het verstrekken van paracetamol bij hoofdpijn of het toedienen van medicatie, maar ook bijvoorbeeld om het toedienen van insuline of het meten van glucose bij leerlingen met diabetes. Stichting Zorgeloos met Diabetes naar School (hierna: de Stichting) merkt dat scholen en het onderwijspersoneel vaak huiverig zijn om deze zorg te verlenen, omdat er veel onduidelijkheid bestaat over de juridische mogelijkheden en risico’s. Welke handelingen mag het onderwijspersoneel verrichten, wie is aansprakelijk als er iets misgaat en wordt eventuele schade gedekt door de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering van de school of de particuliere aansprakelijkheidsverzekering van de handelende persoon?

Via Pro Bono Connect, een bemiddelaar tussen maatschappelijke organisaties die juridische hulp nodig hebben en advocatenkantoren die gratis juridisch advies willen verlenen, is de Stichting in contact gekomen met Van Benthem & Keulen advocaten en notariaat. De sectie Aansprakelijkheid en Verzekering en de sectie Gezondheidsrecht hebben veel kennis op het gebied van medische aansprakelijkheid en zijn om die reden gevraagd te adviseren aan de Stichting. In dit advies zal eerst ingegaan worden op het wettelijk kader dat geldt voor het verrichten van ‘zorghandelingen’ op het gebied van diabeteszorg. In kaart gebracht zal worden wat de mogelijkheden en de risico’s zijn voor scholen en het onderwijspersoneel wanneer zij leerlingen met diabetes helpen bij onder meer het toedienen van insuline of het meten van (bloed)glucose. Daarna zal in worden gegaan op de aansprakelijkheid van scholen en het onderwijspersoneel. Onder welke omstandigheden is de school respectievelijk de handelende persoon, bijvoorbeeld een docent of een conciërge, aansprakelijk en is het mogelijk om afspraken te maken over de aansprakelijkheid? Tot slot zal nog kort worden stilgestaan bij de mogelijkheden op het gebied van verzekeringen en waar scholen op dienen te letten bij het afsluiten van de verzekering.

Voor de volledigheid zij opgemerkt dat waar in dit advies wordt gesproken over docenten daarmee ook ander onderwijspersoneel wordt bedoeld.

1. Wettelijk kader medische handelingen

Van belang is dat voor het toepasselijke wettelijke kader onderscheid gemaakt dient te worden al naar gelang de handeling. Er zijn verschillende handelingen die het kind of een begeleider (ouder of docent) vrijwel dagelijks moeten verrichten. Te onderscheiden zijn: het toedienen van insuline middels een injectie, het toedienen van insuline door middel van een insulinepomp, het meten van glucose middels een vingerprik of het aflezen van een sensor, en in geval van een hypo, het geven van glucose of suiker in andere vorm.

1.1 Injecties

Het geven van injecties, zoals het spuiten van insuline met een insulinepen, is een voorbehouden handeling in de zin van artikel 36 Wet BIG. Dit betekent dat het verrichten van deze handeling in beginsel is voorbehouden aan artsen, tandartsen en verloskundigen voor zover het wordt gerekend tot hun gebied van deskundigheid. In de praktijk is het niet altijd mogelijk dat dergelijke handelingen door de arts, tandarts of verloskundige worden verricht. Op grond van artikel 35 en 38 Wet BIG is daarom de mogelijkheid gecreëerd om de bevoegdheid tot het verrichten van een voorbehouden handeling te delegeren.

Artikel 35 Wet BIG bepaalt dat het verboden is om *buiten noodzaak beroepsmatig* een dergelijke handeling te verrichten, tenzij dat geschiedt in opdracht van een bevoegde, de gedelegeerde daartoe bekwaam is en de gedelegeerde handelt conform de instructies van de bevoegde. Deze criteria worden ook wel de acceptatiecriteria genoemd.

Het verbod geldt niet voor noodsituaties, waarin acute hulp noodzakelijk is terwijl deze hulp niet door of in opdracht van een zelfstandig bevoegde kan worden geboden. Onder omstandigheden kan het niet-handelen wanneer iemand in (levens)gevaar verkeert overigens zelfs strafbaar zijn of leiden tot aansprakelijkheid van de niet-handelende partij.

Ook geldt het verbod niet wanneer er niet-beroepsmatig wordt gehandeld. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een diabeet zichzelf injecteert of wanneer de ouders dit doen. Wanneer er niet beroepsmatig wordt gehandeld, gelden de aanvullende eisen die in de Wet BIG worden gesteld aan het in opdracht verrichten van voorbehouden handelingen niet.

Wat zijn nu precies die aanvullende eisen die de Wet BIG stelt aan het in opdracht uitvoeren van een voorbehouden handeling? Allereerst de opdracht zelf. De wet vereist niet dat deze schriftelijk wordt gegeven, maar gelet op de dossiervoering is het aan te bevelen een en ander wel schriftelijk vast te leggen om discussie over (de omvang van) de opdracht achteraf te voorkomen. De opdracht kan bestaan uit een afzonderlijke opdracht of een meer algemene instructie. De uitvoerder dient er voor zorg te dragen dat is voldaan aan de zojuist genoemde acceptatiecriteria, maar ook op de zelfstandig bevoegde rust een verplichting; hij draagt de zorg dat is voldaan aan de zogenoemde delegatiecriteria. Hij mag slechts een opdracht verstrekken indien hij redelijkerwijs mag aannemen dat degene aan wie de opdracht wordt gegeven beschikt over de vereiste bekwaamheid. De bekwaamheid van de uitvoerder zal kunnen blijken uit het hebben gevolgd van een gerichte scholing en uit verkregen praktijkervaring.¹ In de praktijk wordt binnen zorginstellingen vaak gewerkt met bekwaamheidsverklaringen. Deze geven aan tot het verrichten van welke voorbehouden handelingen bijvoorbeeld een verpleegkundige in staat is. Op deze

1 Tweede Kamer, 1985-86, 19 522, nr. p. 44.

wijze wordt voorkomen dat een zelfstandig bevoegde arts zich op de hoogte zou moeten stellen van de bekwaamheid van diverse verpleegkundigen.

Voorts dient de opdrachtgever, indien redelijkerwijs nodig is, aanwijzingen te geven over de te verrichten handeling en, eveneens indien redelijkerwijs nodig, toezicht en de mogelijkheid van tussenkomst voldoende te verzekeren. Indien toezicht redelijkerwijs noodzakelijk is, dient dit gehouden te worden door de persoon die de opdracht heeft verstrekt. De mogelijkheid van tussenkomst is voldoende verzekerd door tussenkomst van de opdrachtgever ofwel een andere zelfstandig bevoegd persoon. Of het noodzakelijk is een of meer van deze drie varianten van supervisie toe te passen, hangt af van de aard van de situatie.² Van belang zijn dan onder meer de complexiteit van de handelingen of de situatie en de kans op complicaties en/of bijwerkingen. Het is dus niet zo dat de fysieke aanwezigheid van de opdrachtgever altijd is vereist. Een voorbeeld van een heldere uiteenzetting van deze vereisten in de praktijk is te vinden in een richtlijn van de Artsenfederatie KNMG. Daarin is beschreven dat toezicht en tussenkomst flexibele voorwaarden zijn, zoals blijkt uit het gebruik van de woorden 'redelijkerwijs noodzakelijk' en 'voldoende verzekerd'. Overwogen wordt dat in het ene geval telefonische bereikbaarheid reeds voldoende zal zijn, terwijl in het andere geval de arts in de buurt van de patiënt zal moeten blijven om toezicht en tussenkomst voldoende verzekerd te laten zijn.³

Betekenis van beroepsmatig handelen

Het is dus de vraag of het injecteren van insuline door een docent, of door iemand anders van het onderwijspersoneel, bij een leerling met diabetes onder het verbod valt en dat er een opdracht van een zelfstandig bevoegde nodig is voordat de docent de insuline kan toedienen. Het antwoord hangt af van een tweede te stellen vraag namelijk of de docent 'beroepsmatig' handelt. Hoe moet 'beroepsmatig' in de zin van de Wet BIG worden geïnterpreteerd? Moet het gaan om het uitoefenen van een 'medisch beroep' of gaat het om de omstandigheden waaronder de handeling wordt uitgevoerd en kan dit geschieden in de uitoefening van ieder willekeurig beroep? Daarvoor dient gekeken te worden naar de tekst van de wet en de wetsgeschiedenis.

In de Memorie van Toelichting (Tweede Kamer, 1985-1986, 19 522, nr. 3) bij de Wet BIG staat beschreven dat de toevoeging "beroepsmatig" noodzakelijk is geweest om te voorkomen dat incidentele hulpverlening binnen bijvoorbeeld gezinsverband en door de patiënt bij zichzelf, strikt genomen onder het verbod zou vallen. Voorts staat beschreven dat beroepsmatig handelen wordt gekenmerkt door het min of meer regelmatig verrichten van de handelingen, het zich naar buiten kenbaar maken als beroepsbeoefenaar en – in de regel – het bedingen en verkrijgen van een honorarium.

² Tweede Kamer 1987-1988, 19 522, nr. 8, p. 14.

³ KNMG, Richtlijnen voor de samenwerking tussen artsen, verpleegkundigen en Verzorgenden Individuele Gezondheidszorg (VIG), Voorbehouden handelingen in de praktijk, versie 3.0, p. 9.

In de Tekst & Commentaar (een bundel waarin de parlementaire geschiedenis wordt besproken) staat tot slot bij artikel 35 Wet BIG beschreven dat de opdracht tot het verrichten van voorbehouden handelingen kán worden verstrekt aan in de wet geregelde beroepen, maar noodzakelijk is dat niet. Het kan zelfs gaan om personen die geen beroep in de gezondheidszorg uitoefenen, “bijvoorbeeld een docent van een aan een kliniek verbonden school voor revaliderende kinderen.”

Ook in de Memorie van Toelichting is terug te vinden dat de uitvoering van voorbehouden handelingen niet alleen aan beoefenaren van de in de wet geregelde beroepen wordt opgedragen, maar dat in de praktijk ook personen die geen beroep op het terrein van de individuele gezondheidszorg uitoefenen, voorbehouden handelingen uitvoeren.

Op basis van het voorbeeld uit de Tekst & Commentaar zou geoordeeld kunnen worden dat beroepsmatig handelen niet is gelimiteerd tot het handelen van personen die een beroep in de individuele gezondheidszorg uitoefenen, en dat ook docenten beroepsmatig (kunnen) handelen. Er wordt immers een expliciet voorbeeld gegeven van een situatie waarin aan een docent de opdracht tot het verrichten van voorbehouden handelingen wordt gegeven. Het feit dat hem die opdracht wordt gegeven, betekent dat zijn handelen kennelijk als beroepsmatig wordt gezien. Anders was de opdracht immers niet nodig. Het voorbeeld lijkt echter afkomstig uit de koker van de commentatoren zelf en is als zodanig niet terug te vinden in de parlementaire geschiedenis.

Het voorbeeld lijkt echter wel overeen te komen met de overweging uit de Memorie van Toelichting dat in de praktijk ook personen die geen beroep op het terrein van de individuele gezondheidszorg uitoefenen, voorbehouden handelingen verrichten. Hier zou gelezen kunnen worden dat ook wanneer personen die geen beroep op het terrein van de individuele gezondheidszorg uitoefenen een dergelijke handeling verrichten, zij hiertoe een opdracht van een zelfstandig bevoegde nodig hebben. Hetgeen veronderstelt dat er sprake is van beroepsmatig handelen.

Deze opvatting past onzes inziens bij de ratio achter het systeem van de voorbehouden handelingen. Het idee is immers dat het handelingen betreft die onverantwoorde risico's voor de patiënten kunnen opleveren wanneer ze door daartoe niet deugdelijk gekwalificeerde personen worden verricht (Memorie van Toelichting, Kamerstukken II 1985/86, 19552, 3 p. 40). Tegen deze achtergrond, waarmee overduidelijk de bescherming van de patiënt wordt beoogd, lijkt het ons niet aannemelijk dat de wetgever voor ogen heeft gehad dat het begrip beroepsmatig te beperkt wordt opgevat.

Ook gelet op de invulling van de wetgever van het begrip 'privésituatie' lijkt een beperkte opvatting van het begrip 'beroepsmatig' niet in de rede te liggen. In de Memorie van Toelichting wordt als voorbeeld van een privésituatie immers het gezinsverband genoemd. De verhouding tussen een docent en een leerling ligt,

tegen die achtergrond, onzes inziens dichter bij een beroepsmatige verhouding dan bij een privésituatie.

Het is echter de vraag of uit het genoemde voorbeeld mag worden geconcludeerd dat *alle* docenten onder *alle* omstandigheden beroepsmatig handelen wanneer zij voorbehouden handelingen verrichten bij leerlingen. Het voorbeeld spreekt immers over een zeer specifieke situatie van een docent van een school voor revaliderende kinderen. Het zou dus ook genuanceerder gezien kunnen worden. Namelijk dat het feit dat iemand geen beroep in de gezondheidszorg uitoefent, er simpelweg niet aan in de weg staat dat de persoon in kwestie beroepsmatig handelt en dat er naar de specifieke omstandigheden gekeken moet worden om te bepalen of daadwerkelijk sprake is van het beroepsmatig verrichten van de handeling. Een docent verbonden aan een school voor revaliderende kinderen is niet zomaar een willekeurige docent, maar in feite een docent met zorgtaken die hij – gelet op de omgeving waarin hij werkzaam is – met enige regelmaat zal verrichten. Onder die omstandigheden handelt een docent kennelijk beroepsmatig. Deze opvatting lijkt beter aan te sluiten bij de daadwerkelijk tekst van de Memorie van Toelichting waarin niet veel meer lijkt te staan dan dat aan personen die geen beroep op het terrein van de individuele gezondheidszorg uitoefenen, de opdracht tot het verrichten van een voorbehouden handeling kan worden verstrekt.

Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet BIG

Op 13 december 2016 is een voorstel van wet ingediend tot wijziging van de Wet BIG. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel (Tweede Kamer, 2016-2017, 34 629, nr. 3) wordt het onderscheid tussen beroepsmatig en niet-beroepsmatig nader uitgewerkt. In aanvulling op de eerder genoemde criteria wordt nog een vierde criterium genoemd: de omstandigheid dat er een organisatorische relatie is tussen een zorgaanbieder of een andere professionele instantie en de uitvoerder van de voorbehouden handeling. Overwogen wordt dat het verbod op het verrichten van voorbehouden handelingen niet van toepassing is op zorgverlening in gezinsverband en andere mantelzorg. Mantelzorg is zorg die per definitie aanvullend is op de reguliere, professionele zorg en die niet-beroepsmatig wordt verricht. Expliciet wordt het voorbeeld genoemd van een gezinsgenoot die insuline spuit bij een diabetespatiënt. In de Memorie van Toelichting wordt voorts overwogen dat ook wanneer het verbod op het zelfstandig verrichten van voorbehouden handelingen niet van toepassing is er wel maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen in acht genomen moeten worden.

Hoewel het wetsvoorstel nog in behandeling bij de Tweede kamer en de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel derhalve strikt genomen (nog) geen geldend recht is, geeft de Memorie van Toelichting wel iets meer inzicht in de gedachte van de wetgever ten aanzien van het begrip 'beroepsmatig' handelen.

1.2 Overige handelingen

De overige handelingen, zoals het toedienen van insuline middels een insulinepomp en de controle middels een vingerprik, kwalificeren niet als voorbehouden handelingen in de zin van de Wet BIG waardoor de discussie omtrent het al dan niet beroepsmatig handelen voor die handelingen geen rol speelt. Hetgeen in de paragraaf 4 en verder over algemene zorgvuldigheidsnormen wordt besproken zal van overeenkomstige toepassing zijn op het verrichten van de overige handelingen.

Nadrukkelijk zij opgemerkt dat een vingerprik *geen* voorbehouden handeling is in de zin van de Wet BIG. In het Modelprotocol medische handelingen op scholen van de PO-Raad wordt de vingerprik een 'BIG-handeling' genoemd. Dit is derhalve niet correct. Gelet op het aanzien dat de PO-Raad geniet, menen wij dat het aanpassen van het protocol op dit punt de prioriteit dient te genieten. Ook het toedienen van insuline middels een insulinepomp is geen voorbehouden handeling in de zin van de Wet BIG.

Concluderend: Voor kinderen die een insulinepomp gebruiken speelt de discussie omtrent het al dan niet beroepsmatig handelen niet. Onderwijspersoneel mag dan zonder opdracht van een arts insuline toedienen en de glucose meten, omdat het geen voorbehouden handelingen in de zin van de Wet BIG betreffen. De algemene zorgvuldigheidsnormen, waar in paragraaf 4 over gesproken zal worden, zijn uiteraard wel van toepassing.

1.3 Conclusie

Concluderend geven de Memorie van Toelichting en de Tekst & Commentaar bij de Wet BIG geen eenduidig antwoord, maar er worden wel enige handvaten geboden. De kern van de vraag of beroepsmatig wordt gehandeld, lijkt te zijn of de daadwerkelijke verlening van de zorg beroepsmatig geschiedt. Het beroep van de persoon die handeling verricht is daartoe niet beslissend. Het enkele feit dat de handeling wordt verricht door een docent op een (basis)school, betekent dus niet per definitie dat *niet* beroepsmatig wordt gehandeld. Er zal naar de overige omstandigheden gekeken dienen te worden of er sprake is van beroepsmatig handelen. Van belang zijn: of de werkzaamheden met enige regelmaat geschieden; hoe de betrokkene zich presenteert; of hij een honorarium ontvangt voor het verrichten van de werkzaamheden; of er een organisatorische relatie is tussen een zorgaanbieder of andere professionele instantie en de uitvoerder van de voorbehouden handeling, en of er voor de werkzaamheden direct of indirect kosten in rekening worden gebracht. Hoe deze omstandigheden gewogen dienen te worden is onduidelijk. Het lijkt echter denkbaar dat er situaties zijn waarin een docent beroepsmatig handelt in de zin van artikel 35 Wet BIG. In dat geval staat het de docent niet vrij om voorbehouden handelingen te verrichten maar dat daarvoor de opdracht van een zelfstandig bevoegd persoon nodig is.

Wat betekent dit nu concreet voor de situatie dat een docent insuline injecteert bij een leerling? Een docent die dagelijks onder schooltijd één of wellicht zelfs meerdere leerlingen van de school insuline injecteert handelt onzes inziens, strikt juridisch

bezien, al snel beroepsmatig. Ten eerste is dan immers sprake van een zekere regelmaat en ten tweede typeert de verhouding docent – leerling zich eerder als een zakelijke relatie dan dat deze relatie vergelijkbaar is met relatie tussen gezinsleden. Voorts is er sprake van een organisatorische relatie tussen de docent en een professionele instantie, zijnde de school. Nu het beroep of functie van de hulpverlener als zodanig geen rol lijkt spelen bij de beoordeling van de beroepsmatigheid, behoeft de ‘professionele instantie’ onzes inziens dan ook geen zorg verlenende instantie te zijn. Tot slot is het denkbaar dat scholen één of twee docenten of andere personen binnen de school (gymleraar, conciërge, BHV’er) aanwijzen als ‘expert’ en deze personen bij verschillende kinderen insuline toedienen. Naar buiten toe, bijvoorbeeld richting de ouders, worden deze personen dan gepresenteerd als ‘deskundig’ op het gebied van diabetes. Ook dat is een van de omstandigheden waaruit ‘beroepsmatig handelen’ kan worden afgeleid.

Dat gezegd hebbende, menen wij dat de situatie waarin een docent of een andere persoon binnen de school insuline injecteert bij een leerling en de vraag of een dergelijk persoon beroepsmatig handelt zich op een grensgebied bevindt. Zoals uit bovenstaande beschrijving van de wet en de wetsgeschiedenis blijkt, is het antwoord namelijk niet eenduidig en is er ruimte voor discussie. De grens tussen handelen in gezinsverband en beroepsmatig handelen is in dit geval niet zo evident. De ‘Factsheet diabeteszorg in het primair onderwijs’ (hierna: de Factsheet) lijkt te zijn opgesteld om de onduidelijkheid over het al dan niet beroepsmatig handelen van docenten of andere personen binnen de school weg te nemen en om mogelijkheden te creëren voor scholen en docenten. In de volgende paragraaf zal de Factsheet worden besproken en voorzien van commentaar.

2. De Factsheet (en de juridische waarde daarvan)

Naar aanleiding van diverse Kamervragen en moties⁴ in het kader van Passend Onderwijs is door het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport de Factsheet opgesteld voor ouders en onderwijspersoneel waarin het juridische kader en de praktische mogelijkheden voor de zorg voor diabeteskinderen uiteen worden gezet.

2.1 Inhoud Factsheet

Wat betreft het verrichten van voorbehouden handelingen wordt in de Factsheet onderscheid gemaakt tussen onderwijspersoneel dat in opdracht van een zelfstandig bevoegde insuline kan toedienen en onderwijspersoneel dat niet-beroepsmatig insuline toe kan dienen.

Beroepsmatig handelen

⁴ Tweede Kamer 2013-2014, 31 497, nr. 128 (motie van de leden Siderius en Ypma); Tweede Kamer 2013-2014, 31 497, nr. 133 (motie van het lid Van Meenen) en Tweede Kamer 2014-2015, 2015Z04569, nr. 2159, Aangangsel van de Handelingen (antwoord op vragen van het lid Siderius over passend onderwijs voor leerlingen met diabetes).

Bij beroepsmatig handelend onderwijspersoneel dient blijkens de Factsheet te worden gedacht aan verpleegkundigen of EHBO'ers in dienst van de school. Het handelen van deze personen valt binnen de reikwijdte van artikel 35 Wet BIG en er dient derhalve aan de in de wet gestelde voorwaarden te worden voldaan. Deze voorwaarden worden in de Factsheet nader besproken. Zo wordt beschreven dat opdrachtgever de uitvoerder aanwijzingen/instructies geeft en dat hij ervoor zorgt dat toezicht en tussenkomst mogelijk zijn. Opvallend genoeg zou dit volgens de Factsheet inhouden dat de opdrachtgever fysiek in de nabijheid van de uitvoerder moet zijn op het moment dat de voorbehouden handeling wordt uitgevoerd.

De nuance die de Wet BIG bij de vereisten plaatst, namelijk dat toezicht en de mogelijkheid van tussenkomst slechts voldoende verzekerd behoeft te zijn indien dat *redelijkerwijs noodzakelijk* is, is vervallen in de Factsheet. Mogelijk wordt gemeend dat in deze specifieke situatie alle drie de varianten van supervisie redelijkerwijs noodzakelijk zijn. In de praktijk is dat uiteraard ondoenlijk. Zoals in de Factsheet ook al wordt opgemerkt is er op scholen immers meestal geen zelfstandig bevoegde in de buurt.

Blijkens de eerder genoemde Memorie van Toelichting bij de Wet BIG is het geven van injecties opgenomen in de lijst met voorbehouden handelingen in verband met de grote risico's die kunnen ontstaan bij het niet goed onderscheiden van intraveneus, intramusculair en subcutaan injecteren.⁵

Van belang is om te realiseren dat het injecteren van insuline veelal met een insulinepen zal plaatsvinden. Over het algemeen betreft dit een subcutane injectie, dat wil zeggen een injectie in het onderhuidse vetweefsel. Op de insulinepen wordt een – eenmalig te gebruiken – naald bevestigd, waarna de insuline kan worden toegediend. De naalden zijn in verschillende lengten beschikbaar. Bij het verstrekken van de insuline en de naalden wordt al per individueel geval beoordeeld met welke lengte het onderhuidse vetweefsel het best wordt bereikt. Het risico op abusievelijk intramusculair of intraveneus wordt daarmee al enigszins ondervangen.

Gelet op de geringe complexiteit van de handeling en de eveneens geringe kans op (ernstige) complicaties en/of bijwerkingen, menen wij dat het zou volstaan wanneer een zelfstandig bevoegde telefonisch bereikbaar is voor de (goed geïnstrueerde) docent. De fysieke aanwezigheid van een zelfstandig bevoegde is – gelet op de bovengenoemde omstandigheden – immers niet redelijkerwijs noodzakelijk.

De wijze waarop de wettelijke vereisten bij het in opdracht uitvoeren van een voorbehouden handeling in de Factsheet worden geïnterpreteerd, maakt het feitelijk onterecht onmogelijk om gebruik te maken van deze constructie, waardoor scholen in de praktijk aangewezen zijn op een andere constructie: die van de niet-beroepsmatig handelende docent. Uitgaande van bovenstaande omstandigheden achten wij de fysieke aanwezigheid van een zelfstandig bevoegde niet redelijkerwijs

5 Tweede Kamer 1985-1986, 19 522, nr. 3, p. 49.

noodzakelijk. Wanneer de telefonische bereikbaarheid van de opdrachtgever voldoende gewaarborgd is, menen wij dat – anders dan thans wordt gesteld in de Factsheet – de constructie van een beroepsmatig handelende docent of ander lid van het onderwijspersoneel vaker, althans flexibeler, ingezet zou kunnen worden.

Niet-beroepsmatig handelen

De groep docenten die niet-beroepsmatig handelen, wordt niet nader gespecificeerd in de Factsheet. De Factsheet vermeldt enkel: *“Onderwijspersoneel mag insuline toedienen bij kinderen in schooltijd indien het niet-beroepsmatig handelt (...). Het onderwijspersoneel handelt dan niet in de hoedanigheid van onderwijspersoneel, maar in de hoedanigheid van privé-persoon.”*

In feite bepaalt de Factsheet op dit punt dan ook niet veel meer dan al blijkt uit het wettelijk kader: Inderdaad, wanneer er beroepsmatig wordt gehandeld, dient er een opdracht van een zelfstandig bevoegde aan het handelen ten grondslag te liggen en wanneer niet-beroepsmatig wordt gehandeld, is dit niet nodig. In de Factsheet worden vervolgens de omstandigheden uiteengezet onder welke het onderwijspersoneel niet-beroepsmatig handelt. Te weten: wanneer het de insuline vrijwillig en onbetaald toedient op verzoek van de ouders. Van belang daarbij is dat de ouders afspraken maken met het onderwijspersoneel en dat de school zich hier niet in mengt. Wel is volgens de Factsheet toestemming, althans geen bezwaar, nodig van het bevoegde gezag van de school.

Opvallend is echter de overweging in de Factsheet dat het onderwijspersoneel onder de genoemde omstandigheden niet in de hoedanigheid van onderwijspersoneel handelt, maar in de hoedanigheid van privépersoon. Hiermee lijkt te worden gesuggereerd dat onderwijspersoneel dat wel in die hoedanigheid handelt, als zodanig beroepsmatig handelt, maar dat zij onder bepaalde omstandigheden afstand kunnen doen van die beroepsmatigheid en als privépersoon kunnen handelen.

In dat kader is interessant dat er in juni 2015 een eerste versie van de Factsheet is gepubliceerd, die op dit punt afwijkt van de Factsheet van december 2015. In de Factsheet juni 2015 staat het volgende geschreven: *“Als onderwijspersoneel een persoonlijke band met een leerling heeft, ziet de Inspectie van de Gezondheidszorg (IGZ) dit ook als een privésituatie. Daarom mag onderwijspersoneel soms ook zonder opdracht diabeteszorg in onderwijstijd (op school) uitvoeren. De IGZ beschouwt medicatie en insuline verstrekken aan leerlingen met diabetes door onderwijspersoneel onder de Wet BIG namelijk als niet-beroepsmatig handelen (...).”*⁶

De toezegging dat de IGZ (nu: IGJ) het handelen van het onderwijspersoneel – onder bepaalde omstandigheden – als niet-beroepsmatig handelen ziet, is uit de

⁶ De Factsheet juni 2015 is nog beschikbaar via: <http://www.onderwijsjeugd.nl/wp-content/uploads/2015/09/6.-Factsheet-diabeteszorg-in-het-primair-onderwijs.pdf>

Factsheet van december 2015 volledig verdwenen. Ook de vereiste persoonlijke band met de leerling wordt in de Factsheet van december 2015 niet meer genoemd. Onduidelijk is of de IGJ verzocht de overweging weg te halen en of de persoonlijke band niet langer een vereiste is, of dat het een zuiver tekstuele kwestie is geweest.

De Factsheet van december 2015 maakt duidelijk dat beide ministeries menen dat het mogelijk is dat onderwijspersoneel in hoedanigheid van privépersoon handelt en derhalve niet onder het verbod van artikel 35 Wet BIG valt. Gelet op de tekst van de Factsheet lijkt ervan uit te worden gegaan dat iemand handelend in de functie van onderwijspersoneel als zodanig beroepsmatig handelt, maar dat zij onder bepaalde voorwaarden als privé persoon kunnen handelen, waardoor sprake is van niet-beroepsmatig handelen. Uitgaande van die opvatting, lijken de Ministeries ervan uit te gaan dat onderwijspersoneel, wiens handelen in beginsel dus als beroepsmatig wordt gezien, zich – door aan de voorwaarden te voldoen – kan onttrekken aan die beroepsmatigheid. Er wordt op deze manier in feite een (soort kunstmatig) onderscheid gemaakt tussen de docent die als privé persoon (en derhalve niet-beroepsmatig) handelt en de docent die wel als docent, en dus beroepsmatig handelt. Er rijst dan de vraag, of het mogelijk is om je, wanneer de verhouding en de handeling in beginsel als beroepsmatig gedefinieerd kunnen worden, te onttrekken aan de beroepsmatigheid, door overeen te komen dat je niet in functie maar als privépersoon handelt?

Wij menen dat dat strikt genomen niet mogelijk is. Dat zou namelijk betekenen dat bijvoorbeeld een verpleegkundige die in het ziekenhuis en onder werktijd een bepaalde voorbehouden handeling wil verrichten, met de patiënt overeen zou kunnen komen dat hij dit als privépersoon doet, waardoor er geen opdracht van een zelfstandig bevoegde arts benodigd is. Dat kan niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest. Opgemerkt zij dat het voorbeeld van een verpleegkundige die een geneeskundige beroep uitoefent en zich wil onttrekken aan het stelsel van de voorbehouden handelingen niet helemaal te vergelijken is met de situatie waarin een docent een deel van de zorg op verzoek van de ouders van een kind op zich wil nemen. Bovendien bevindt de situatie zich, zoals eerder overwogen, op een grensvlak. Deze conclusie betekent overigens niet dat onderwijspersoneel geen insuline kan of mag toedienen middels het gebruik van een insulinepen. Zij dienen zich dan echter bewust te zijn van de eerder besproken vereisten die gelden voor het beroepsmatig uitvoeren van de voorbehouden handeling.

Toegevoegd dient nog te worden dat als de Factsheet omgezet zou worden in een harde (juridisch 'afdwingbare') toezegging dat het handelen van de docent of ander lid van het onderwijspersoneel simpelweg gelijk gesteld dient te worden met het handelen in gezinsverband, dan zou de onduidelijkheid zijn weggenomen en kan het onderwijspersoneel zonder opdracht van een zelfstandig bevoegde insuline middels een insulinepen toedienen. De wijze waarop de Factsheet thans is opgesteld, is echter, zoals bovenstaand besproken, niet eenduidig.

Voor de volledigheid wensen wij te benadrukken dat bovenstaande overwegingen en conclusies enkel gelden voor het toedienen van insuline middels een injectie, een insulinepen. Het toedienen van insuline middels een insuline pomp is, zoals reeds eerder beschreven, immers geen voorbehouden handeling.

2.2 Conclusie

Hoewel de Factsheet bedoeld is om duidelijkheid te scheppen, is het daar onzes inziens op dit moment niet (volledig) in geslaagd. Immers, in feite bepaalt de Factsheet niet meer dan wat al kan worden afgeleid uit de wet en de wetsgeschiedenis en blijft er discussie mogelijk. Impliciet lijkt in de Factsheet zelfs iets te staan dat lastig te begrijpen is: is het mogelijk om je te onttrekken aan de beroepsmatigheid? Wij menen dat dit niet mogelijk is. Bovendien geeft de Factsheet ook geen duidelijkheid over de grensgevallen. Er wordt onderscheid gemaakt tussen een docent die tevens EHBO'er is en een 'gewone' docent. Onder welke categorie valt de docent die een korte training of cursus heeft gevolgd over diabetes bij kinderen en op school de aangewezen docent is om diabeteszorg te verlenen aan de leerlingen? Wordt hij gelijkgeschaard met een EHBO'er of met een 'gewone' docent die niet-beroepsmatig kan handelen?

Dat brengt ons bij de volgende vraag: wat is de waarde van de Factsheet? Stel een docent spreekt af dat hij als privépersoon insuline zal toedienen bij een leerling en er gaat iets mis. De docent wordt aansprakelijk gesteld door de ouders van de leerling omdat hij zonder opdracht van een zelfstandig bevoegde heeft gehandeld. De docent verwijst naar de Factsheet waar in staat dat hij een dergelijke opdracht ook niet hoeft te hebben, omdat hij als privépersoon handelde. Wat zal een rechter dan doen? Blindelings de Factsheet volgen of onderzoeken in hoeverre in dat specifieke geval sprake is van beroepsmatig handelen en onderzoeken of het mogelijk is je te onttrekken aan de beroepsmatigheid?

De Factsheet heeft als zodanig geen juridische status, het is althans geen wet of behoort niet tot de wetgeschiedenis, maar het is wel een officieel document, afkomstig van maar liefst twee ministeries. Als burger wordt men geacht te wet te kennen, maar daar staat tegenover dat je als burger moet kunnen vertrouwen op officiële mededelingen vanuit 'de overheid', zeker wanneer de wet onvoldoende duidelijkheid biedt. Wij menen dan ook dat het een rechter vrijstaat om de Factsheet buiten beschouwing te laten bij de beoordeling van het juridisch kader, maar dat hij deze uiteindelijk wel degelijk mee zal wegen bij de beoordeling van bijvoorbeeld de verwijtbaarheid.

Gelet op de onduidelijkheid die thans door de Factsheet wordt gecreëerd, zouden de ministeries er goed aan doen om meer duidelijkheid te verschaffen.

3. Aansprakelijkheid scholen en het onderwijspersoneel

In deze paragraaf zullen wij het wettelijk kader uiteenzetten waarbinnen de civielrechtelijke aansprakelijkheid van het onderwijspersoneel en scholen beoordeeld dient te worden beoordeeld.⁷ We zullen daarbij wijzen op de meest in het oog springende risico's en waar mogelijk adviseren om deze risico's zo veel mogelijk te beperken.

3.1 Wettelijk kader

Net als een ieder die aan het maatschappelijk verkeer deelneemt kan een school of een docent aansprakelijk worden gehouden wanneer zijn of haar handelen schade toebrengt aan anderen. Een school en een docent kunnen op verschillende wettelijke gronden aansprakelijk zijn indien een leerling letsel of andere schade oploopt. In zijn algemeenheid geldt dat een school aansprakelijk kan zijn voor het eigen onzorgvuldig handelen of nalaten, maar ook voor het handelen van een ondergeschikte (zoals een docent) kan een school aansprakelijk worden gehouden. Veelal wordt daarbij een beroep gedaan op artikel 6:162 BW en artikel 6:170 BW: aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad en aansprakelijkheid voor ondergeschikten.

Artikel 6:162 BW bepaalt dat hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke aan hem kan worden toegerekend, verplicht is de schade die de ander als gevolg van dat handelen lijdt, te vergoeden. De wet onderscheidt drie handelingen die een onrechtmatige daad opleveren: een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd een wettelijke plicht en een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Deze laatste norm wordt ook wel de zorgvuldigheidsnorm genoemd en is in de civielrechtelijke aansprakelijkheidsrechtpraktijk de norm waar de 'zorgplicht' van scholen aan wordt opgehangen.

Er wordt wel gediscussieerd over de vraag of een kind of zijn ouders een onderwijsovereenkomst sluiten met de school. De vraag of daar al dan niet sprake van is, is van belang voor de grondslag die gekozen moet worden voor de aansprakelijkheid. Wanneer er een overeenkomst bestaat zal de aansprakelijkheid van de school gebaseerd dienen te worden op de 'contractuele tegenhangers' van de onrechtmatige daad en aansprakelijkheid voor ondergeschikten namelijk: artikel 6:74 BW, de toerekenbare tekortkoming, en artikel 6:76 BW aansprakelijkheid voor hulppersonen.

De wetgever, literatuur en jurisprudentie zijn verdeeld over dit onderwerp en de Hoge Raad heeft zich er nog niet over uitgesproken. In de praktijk blijkt de kwalificatie van de rechtsverhouding echter van ondergeschikt belang. Rechters overwegen stelselmatig dat het al dan niet aannemen van een onderwijsovereenkomst niet van invloed is op de reikwijdte van de zorgplicht die op scholen rust jegens haar

⁷ Eventuele strafrechtelijke vervolging valt niet onder ons expertisegebied en zal derhalve niet besproken worden.

leerlingen.⁸ Voor de aansprakelijkheid, op welke grondslag dan ook, zal dus beoordeeld dienen te worden of de school of de docent in strijd met de op hen rustende zorgplicht hebben gehandeld. In de volgende paragraaf zullen wij daarom eerst kort ingaan op de omvang van de zorgplicht en daarna zullen wij de vereisten voor een onrechtmatige daad bespreken, althans onderzoeken wanneer sprake is van een schending van de zorgplicht.

3.2 Algemene zorgplicht

Vooropgesteld dient te worden dat wanneer in dit advies wordt gesproken over de 'zorgplicht van scholen', daarmee de algemene civielrechtelijke zorgplicht in het kader van artikel 6:162 BW wordt bedoeld en niet de zorgplicht waar in het kader van passend onderwijs over wordt gesproken.⁹ Waar de 'zorgplicht' van scholen precies op is gebaseerd is onduidelijk, maar het bestaan wordt wel aangenomen. Arresten van de Hoge Raad bevestigen het bestaan ervan en bevestigen eveneens dat schending van de zorgplicht kan leiden tot aansprakelijkheid. Al sinds enkele jaren wordt in de lagere jurisprudentie met enige regelmaat expliciet een zorgplicht van een school jegens haar leerlingen aangenomen. Zo wordt veelal overwogen dat op een docent of school een zorgplicht rust ten aanzien van de gezondheid en de veiligheid van scholieren die aan hun zorg zijn toevertrouwd en die onder hun toezicht staan. Toegevoegd wordt nog wel eens dat docenten of scholen daarbij dienen te handelen als een redelijk bekwaam en redelijk handelend docent respectievelijk onderwijsinstituut. De school dient daarbij alle inspanningen te verrichten die *redelijkerwijs* van haar kunnen worden gevergd om een veilig schoolklimaat te bieden.¹⁰ Aangenomen wordt wel dat dit geen absolute waarborg is, maar een inspanningsverplichting.¹¹

3.4 Aansprakelijkheid onderwijspersoneel

De voornaamste grondslag voor aansprakelijkheid van het onderwijspersoneel zal veelal artikel 6:162 BW zijn: de onrechtmatige daad. Dit artikel bepaalt dat hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, verplicht is de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden. De wet maakt onderscheid tussen drie gedragingen die een onrechtmatige daad kunnen opleveren: een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een

⁸ Handboek Personenschade, 2085-16.

⁹ Het kan uiteraard wel voorkomen dat de zorgplicht in het kader van passend onderwijs wordt meegewogen bij de inkleuring van 'hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt' of maakt dat sprake is van handelen in strijd met de wet. Een voorbeeld is de situatie waarin ouders een school aansprakelijk zouden stellen wanneer een leerling van een school wordt verwijderd, terwijl er nog geen andere school is gevonden.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Gelderland 17 mei 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:3687; Rechtbank Den Haag 14 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW6816; Rechtbank Rotterdam 13 mei 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ2084; Rechtbank Den Bosch 14 februari 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA1541

¹¹ Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Utrecht 25 juni 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD5252 en de eerder genoemde Rechtbank Den Bosch 14 februari 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA1541.

wettelijke plicht en een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

In de situatie waarin een leerling schade lijdt door het handelen van een docent bij het foutief verrichten van een 'zorghandeling' zal op één van die laatste twee gedragingen mogelijk een beroep kunnen worden gedaan: een gedraging in strijd met de wet of een gedraging in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Zo is het beroepsmatig verrichten van een voorbehouden handeling door een docent, zonder expliciete opdracht van een zelfstandig bevoegde, in strijd met een wettelijke plicht, te weten artikel 35 Wet BIG. Deze situatie kan uiteraard gemakkelijk ondervangen worden door er zorg voor te dragen dat er wel een expliciete, bij voorkeur schriftelijke, opdracht van een zelfstandig bevoegde is.

Ook wanneer aan de wettelijke eisen is voldaan, is het mogelijk dat er onrechtmatig gehandeld wordt. Te denken valt aan een situatie waarin een niet-beroepsmatig handelende docent onvoldoende kennis, vaardigheden of middelen heeft om veilig insuline bij een leerling toe te dienen, maar dit toch doet. Zoals in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet BIG al werd beschreven, dient er, ook wanneer er niet beroepsmatig wordt gehandeld, te zijn voldaan aan de maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen. Op welke van de twee gronden een beroep wordt gedaan, hangt uiteraard af van de omstandigheden van het geval en wat en precies is voorgevallen.

Beide risico's kunnen door het onderwijspersoneel (of door de school) gemakkelijk worden afgewend of althans grotendeels worden ondervangen door zorg te dragen voor een opdracht en zorg te dragen voor voldoende kennis en vaardigheden bij de uitvoerende docent. Dit is in de praktijk gemakkelijk realiseerbaar door training van de diabetesverpleegkundige of arts. Als aan de voorwaarden voor het veilig toedienen van insuline is voldaan zal een beroep op 6:162 BW niet snel slagen, tenzij uiteraard sprake is van een grove verwijtbare fout of opzet.

In strijd met de Wet BIG

Zoals al uitgebreid is besproken stelt de Wet BIG diverse eisen aan het in opdracht uitvoeren van een voorbehouden handeling. Zo dient er een opdracht van een zelfstandig bevoegde te zijn, dient de uitvoerder bekwaam te zijn en dient er conform de instructies van de zelfstandig bevoegde te worden gehandeld. Wanneer een docent niet aan deze vereisten voldoet, handelt hij mogelijk in strijd met de wet en is de onrechtmatigheid van de gedraging gegeven. Te denken valt aan de situatie waarin een beroepsmatig handelende docent – deze discussie is onder paragraaf 2 en 3 uitvoerig aan bod gekomen – zonder opdracht van een zelfstandig bevoegde handelt; de situatie waarin een niet-bekwame docent toch een opdracht aanneemt of de situatie waarin een docent niet conform de gegeven instructies handelt. Het lijkt voor de hand te liggen, maar het is de verantwoordelijkheid van de docent ervoor te zorgen dat is voldaan aan alle vereisten.

Met name de vraag of de docent voldoende bekwaam is, kan in de praktijk tot discussie leiden. Wanneer is een docent bekwaam te achten? Gelet op de beschermingsgedachte achter het wettelijke systeem van de voorbehouden handelingen, gaan wij ervan uit dat een rechter streng zal toetsen of een docent al dan niet bekwaam is. Zoals al eerder besproken blijkt uit de Memorie van Toelichting bij de Wet BIG dat de bekwaamheid van de uitvoerder zal kunnen blijken uit het hebben gevolgd van een gerichte scholing en uit verkregen praktijkervaring. Wij menen dan ook dat van een docent zonder enige (achtergrond) kennis van diabetes of van het plaatsen van injecties niet gezegd kan worden dat deze bekwaam is. Het is dan ook aan te bevelen dat de docent in kwestie zich laat informeren over diabetes bij kinderen en over de wijze van toedienen van insuline. Dit zou kunnen door het volgen van een (korte) cursus of lesdag, maar bijvoorbeeld ook in de vorm van een bijeenkomst met de behandelend arts van de leerling en een instructie van deze arts. Hoewel wij menen dat de feitelijke handeling van het toedienen van insuline met een insulinepen niet bijzonder complex is, kan de medische geschiedenis van een leerling en, meer specifiek, het verloop van de ziekte diabetes dat wel zijn. Wij menen daarom dat een docent zonder enige kennis van zaken of zonder kennis van de medische achtergrond van de leerling niet voldoende bekwaam is om insuline te injecteren. Opgemerkt zij dat het zowel de verantwoordelijkheid van de opdrachtgever als die van de uitvoerder is om de bekwaamheid te waarborgen. Wanneer een docent zich niet voldoende bekwaam acht, kan hij de opdracht niet aannemen. Als gezegd, gelet op de geringe complexiteit van het toedienen van insuline middels een insulinepen, achten wij een docent die een (korte) training van een diabetesverpleegkundige of kinderarts heeft gevolgd voldoende bekwaam.

Hoewel het geen wettelijk vereiste is, raden wij aan om het verzoek en de toestemming van de ouders om insuline toe te dienen schriftelijk vast te leggen. Datzelfde geldt voor eventuele instructies die door de ouders of de zelfstandig bevoegde worden gegeven.

Indien vast komt te staan dat in strijd met een wettelijke bepaling is gehandeld, dient vervolgens te worden onderzocht of sprake is van een causaal verband tussen dit handelen en de schade. Stel, een bekwame docent dient beroepsmatig – zonder de vereiste opdracht van een zelfstandig bevoegde – insuline toe bij een leerling maar er wordt abusievelijk een verkeerde hoeveelheid insuline toegediend, bijvoorbeeld doordat de bloedsuikerspiegel – niet verwijtbaar – verkeerd wordt weergegeven. Het enkele feit dat de docent niet in opdracht van een zelfstandig bevoegde handelende is weliswaar onrechtmatig, maar is niet de oorzaak van het ontstaan van de schade. De oorzaak van de schade is het niet-verwijtbaar verkeerd aflezen van de bloedsuikerspiegel. In dat geval kan de docent geen verwijt worden gemaakt van de onjuiste dosering.

Er dient in dergelijke gevallen wel rekening te worden gehouden met de in de jurisprudentie ontwikkelde omkeringsregel. De omkeringsregel bepaalt dat wanneer een specifieke norm, strekkende tot voorkoming van een specifiek gevaar, wordt

geschonden en dat gevaar zich verwezenlijkt, een causaal verband tussen die normschending en de schade wordt aangenomen. Het is vervolgens aan de aangesproken partij om dit vermoeden te ontkrachten. In het geschetste voorbeeld zou, naar wij menen met succes, gesteld kunnen worden dat het schenden van een vereiste uit de Wet BIG, het hebben van een opdracht van een zelfstandig bevoegde, een specifieke norm is die strekt tot voorkoming van fysiek letsel. Het is dan aan de docent om dit vermoeden te ontkrachten.

Opgemerkt zij, voor de goede orde, dat van handelen in strijd met de Wet BIG uiteraard alleen sprake kan zijn wanneer het handelen van de docent onder de reikwijdte van de Wet BIG valt, met andere woorden: wanneer er sprake is van een voorbehouden handeling en er beroepsmatig en buiten noodzaak wordt gehandeld. Het verrichten van een vingerprik of het toedienen van insuline middels een insulinepomp zijn geen voorbehouden handelingen in de zin van de Wet BIG. Van strijd met de beschreven regels omtrent voorbehouden handelingen uit de Wet BIG kan in dat geval geen sprake zijn.

Maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen, de zorgplicht

Of al dan niet in strijd met een wettelijke plicht is gehandeld, is veelal wel duidelijk. De norm van 'hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt' is echter (bewust) erg ruim opgezet. Wat is betamelijk is het maatschappelijk verkeer en wat zijn die maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen? Dit hangt af van een veelheid van factoren en de omstandigheden van het geval. Voor docent en scholen zal 'hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt' worden ingevuld en ingekleurd door de bijzondere verhouding tussen de docent en/of school en de leerling.

In de vorige paragraaf hebben wij in algemene bewoordingen uiteengezet wat de zorgplicht in het kader van artikel 6:162 BW van docenten en scholen inhoudt. De zorgplicht is een open norm en zal steeds per situatie moeten worden ingevuld. Daardoor is het niet mogelijk om een uitputtend kader te schetsen en zal de uiteindelijke beoordeling van de aansprakelijkheid veelal zeer casuïstisch zijn. Normaliter wenden wij ons voor de invulling van dergelijke open normen tot de jurisprudentie. Jurisprudentie over 'medisch handelen' of in elk geval toediening van insuline door een docent is echter niet voor handen, waardoor wij aangewezen zijn op een eigen invulling van de norm. Daarbij uiteraard aansluitende bij hetgeen bekend is in de literatuur of jurisprudentie over de algemene zorgplicht van scholen.

De jurisprudentie en de literatuur op het gebied van aansprakelijkheid voor scholen richt zich veelal op de zorgplicht van scholen bij (gym)ongevallen en bij pesten. Toch menen wij dat de literatuur en ook de jurisprudentie wel enige handvatten kunnen bieden. Zo worden in het proefschrift van Paijmans toetsingscriteria besproken op grond waarvan de zorgplicht van scholen bij ongevallen kan worden beoordeeld. Paijmans heeft voor deze criteria, begrijpelijkerwijs, aansluiting gezocht bij de zogenoemde 'kelderluik criteria'. Dit zijn de criteria aan de hand waarvan wordt

beoordeeld of iemand is blootgesteld aan een gevaar dat groter is dan redelijkerwijs verantwoord.

Pajmans beschrijft vier aspecten die van invloed zijn op de omvang van de zorgplicht:

- 1- Het gedrag van de persoon van de actor
 - a. De aard van de gedraging
 - b. Het belang dat met de gedraging wordt gediend
 - c. De kennis en kunde van de actor
- 2- Het risico
 - a. De aard van de schade
 - b. De hoegrootte van de kans op schade
 - c. De voorzienbaarheid van de schade
- 3- De afwendbaarheid van het risico
 - a. De gebruikelijkheid van voorzorgsmaatregelen
 - b. De moeite, kosten en bezwaren van voorzorgsmaatregelen
 - c. Het effect van voorzorgsmaatregelen
- 4- Het gedrag van de persoon van de benadeelde.
 - a. De verwachte (on)oplettendheid en (on)voorzichtigheid
 - b. Karakteristieken van de benadeelde.¹²

Hoewel deze criteria betrekking hebben op de zorgplicht van scholen en docenten bij ongevallen, menen wij dat (in ieder geval) de eerste drie punten een goed handvat bieden voor de invulling van de zorgplicht van scholen en docenten bij het verrichten van 'medische handelingen'.

Zo kan de aard van de gedraging van invloed zijn op de zwaarte van de zorgvuldigheidsnorm. Met name wanneer de gedraging gevaarzettend is, zal strenger getoetst worden aan de zorgvuldigheid. Daarnaast zal gelden dat hoe risicovoller de '(be)handeling' des te hogere eisen worden gesteld aan de veiligheid. Hoe groter het risico op letsel of andere schade en hoe ernstiger de aard van het letsel, des te strenger de eisen die gesteld zullen worden aan de docent.

Dit kader toepassend op 'medisch handelen' door een docent of ander onderwijspersoneel, zal dit betekenen dat bijvoorbeeld het verstrekken van paracetamol door een docent niet snel in strijd zijn met een maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm, zelfs niet wanneer hij geen specifieke kennis over het product heeft. Het verstrekken van paracetamol kan niet bestempeld worden als gevaarzettend of zeer risicovol. De kans op schade, zelfs bij verkeerd gebruik, is

¹² B.M. Pajmans, proefschrift 2013 'De zorgplicht van scholen. De grondslag en reikwijdte van de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van scholen jegens leerlingen'.

immers niet erg hoog. De standaardkennis van een docent over het gebruik van paracetamol of het lezen van de bijsluiter zal als voldoende kennis en kunde worden gezien. Een en ander ligt uiteraard anders bij geneesmiddelen die bij onjuist gebruik eenvoudig tot (ernstige) schade van de gezondheid van de leerling kunnen leiden.

Het (niet-beroepsmatig) plaatsen van injecties daarentegen zal meer kennis en vaardigheden van de docent eisen. Gelet op de beschermingsgedachte achter het wettelijk systeem van voorbehouden handelingen menen wij dat het maatschappelijk verkeer dan een hoge mate van zorgvuldigheid vereist. Het plaatsen van injecties is immers opgenomen in de lijst van voorbehouden handelingen en wordt derhalve gezien als een risicovolle handeling. Daar staat tegenover dat het doel dat ermee wordt nagestreefd volledig in het belang van de leerling ligt; namelijk het voorkomen van gezondheidsschade. Opnieuw speelt ook de bekwaamheid van de docent een grote rol. Gelet op aard van de handeling mag verwacht worden dat een docent over de juiste kennis en vaardigheden beschikt.

Wij menen bovendien dat er voor de zorgplicht een parallel te trekken is met de vereisten die gelden voor het beroepsmatig handelen. In feite verschillen beide situaties niet veel van elkaar. Het is immer steeds een docent die de insuline toedient. Of dit al dan niet beroepsmatig geschiedt, maakt voor de feitelijke situatie niet uit. Gesteld kan juist worden dat het niet-beroepsmatig verrichten van een voorbehouden handeling met minder waarborgen is omgeven. Immers er is dan geen opdracht en geen specifieke instructie gegeven door een arts. Het is dan ook aan de docent om voldoende waarborgen in te bouwen.

De docent zal er zelf voor zorg moeten dragen dat hij over voldoende kennis en vaardigheden beschikt om de zorg voor een leerling met diabetes te kunnen geven. Wederom kan daarbij gedacht worden aan een korte cursus of lesdag over diabetes bij kinderen.

Opgemerkt zij dat wanneer aan alle wettelijke vereisten voor het beroepsmatig uitvoeren van een voorbehouden handeling is voldaan, het niet aannemelijk is dat geoordeeld zal worden dat alsnog in strijd met de meer algemene zorgvuldigheidsnorm is gehandeld, tenzij uiteraard sprake is van een grove fout of opzet.

Tot slot menen wij dat het onderwijspersoneel er verstandig aan doet om de toestemming en eventuele instructies van de ouders schriftelijk vast te leggen.

3.5 Aansprakelijkheid school

Aansprakelijkheid voor het eigen handelen

Het is uiteraard niet de school zelf die de 'zorg handeling' verricht, maar de zorgplicht strekt zich verder uit dan dat. Immers, scholen kunnen ook aansprakelijk zijn voor schade die scholieren hebben opgelopen doordat zij werden gepest. Het is niet de

school die pest, maar als de school onvoldoende maatregelen neemt en onvoldoende toezicht houdt, kan zij desalniettemin aansprakelijk zijn. Het is immers aan de scholen om een veilig onderwijsklimaat te garanderen.

Opnieuw kan aangesloten worden bij de door Paijmans geformuleerde criteria. In feite draait het bij de aansprakelijkheid van de school om de vraag of een leerling door de school is blootgesteld aan een situatie waarin het risico groter is geweest dan redelijkerwijs verantwoord was. Wanneer een school een dergelijke situatie creëert of in stand houdt, handelt zij mogelijk in strijd met haar zorgplicht. Te denken valt aan de situatie waarin een niet-bekwame docent de mogelijkheid en gelegenheid geboden krijgt om insuline toe te dienen bij een leerlingen, terwijl de school bekend is met het feit dat de docent in het geheel niet bekwaam is. Datzelfde geldt voor de situatie waarin een school willens en wetens een docent in strijd met de wet laat handelen, door zonder opdracht van een zelfstandig bevoegde, insuline toe te dienen. Het is dus niet alleen aan de docenten zelf, maar ook aan de scholen om de kennis en kunde, de bekwaamheid van de docenten te garanderen.

Het bovenstaande roept natuurlijk de vraag op: omvat de zorgplicht – in het kader van artikel 6:162 BW – dan ook een nóg actiever handelen van de school? Met andere woorden: kan het ook in strijd met de zorgplicht zijn wanneer niet alleen geen goede zorg wordt geboden, maar waarin geen enkele zorg wordt geboden of althans waarin de school niet voor een voldoende vangnet heeft gezorgd? Voor een dergelijke benadering kan aangesloten worden bij het leerstuk van aansprakelijkheid voor nalaten. Bij aansprakelijkheid voor (zuiver) nalaten gaat het om de vraag onder welke omstandigheden actief ingrijpen vereist is en nalaten onrechtmatig wordt. Aansprakelijkheid voor zuiver nalaten wordt niet snel aangenomen. In ieder geval is vereist dat de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, dat er dreiging van ernstig letsel is en dat er de mogelijkheid en noodzaak bestaan om in te grijpen. Voorts moet sprake zijn van een reële verhouding tussen moeite, eventuele kosten en het gevaar.

Het niet aanbieden van *dagelijkse* diabeteszorg voor scholieren achten wij geen zuiver nalaten in bovengenoemde zin. Wij menen althans dat op grond van het genoemde leerstuk geen algemene verplichting voor de school kan worden aangenomen om dagelijkse diabeteszorg aan te bieden.

Dat gezegd hebbende, achten wij het wel degelijk mogelijk dat scholen die bij incidenten niet (kunnen) ingrijpen, aansprakelijk zijn voor (zuiver) nalaten. Scholen dienen zich te realiseren dat alle kinderen met type 1 diabetes regelmatig hypo's krijgen. De school is er derhalve van op de hoogte dat dit ook onder schooltijd gaat gebeuren en moet in een dergelijk geval ook ingrijpen. Laten zij dat na, dan menen wij dat sprake kan zijn van verwijtbaar nalaten. De school zal derhalve zorg moeten dragen dat voor dergelijke (voorzienbare) situaties afdoende kennis van diabetes aanwezig is bij het onderwijspersoneel. Wij achter het niet bezwarend om die informatie te vergaren of te verstrekken aan enkele specifieke docenten. Van een

school mag verwacht worden dat zij maatregelen treft voor bepaalde, voorzienbare, noodsituaties.

Interessant is overigens nog de, niet in de wet noch in de jurisprudentie erkende, optiek van Paijmans. Zij meent dat de zorgplicht van een school is gebaseerd op het *in loco parentis* beginsel. De zorg voor een kind ligt in beginsel bij zijn ouders. De ouders delen deze verplichting tot zorg met de school wanneer zij hun (minderjarige) kind op een school inschrijven en de school deze inschrijving aanvaardt. Als een kind op school is, heeft de school een afgeleide verplichting tot zorg. De school dient het kind dan niet slechts te onderwijzen, maar neemt daarbij tevens de zorg op zich voor de gezondheid en de veiligheid van het kind. Gesteld zou kunnen worden dat daaronder niet alleen de algemene zorg valt, maar eveneens de specifieke zorg die kinderen met diabetes nodig hebben. Dit zou mogelijk een grondslag kunnen vormen voor het aannemen van een verplichting tot het verlenen van dagelijkse diabeteszorg. Zoals gezegd is echter noch in de wet, noch in de jurisprudentie aanvaard dat het *in loco parentis* beginsel de grondslag is van de zorgplicht van scholen.

Aansprakelijkheid voor het handelen van anderen

Naast de aansprakelijkheid van een school voor het eigen handelen, kan de school ook 'risicoaansprakelijk' zijn voor het handelen van een docent. Artikel 6:170 BW bepaalt: *“Voor schade, aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte, is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.”*

Het artikel stelt in feite drie vereisten aan de aansprakelijkheid: er dient sprake te zijn van een *fout* gemaakt door een *ondergeschikte* en er moet een *verband* bestaan tussen de fout en de opgedragen taak, ook wel een *functioneel verband* genoemd. Wanneer een docent in dienstbetrekking een onrechtmatige daad begaat, zijn de eerste twee vereisten gegeven. Het is echter de vraag of er sprake is van een functioneel verband tussen de fout en de opgedragen taak, deze beoordeling is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De taak moet de kans op de fout hebben vergroot en de werkgever moet zeggenschap hebben gehad over de gedraging van de werknemer. Het feit dat een fout is begaan onder werktijd, is veelal een aanwijzing dat er een functioneel verband bestaat, maar dat behoeft niet zo te zijn. In zijn algemeenheid kan nog worden opgemerkt dat wordt aanvaard dat artikel 6:170 BW een ruim toepassingsbereik heeft en dat het bestaan van een functioneel verband relatief snel moet worden aangenomen. Wij menen dan ook dat wanneer een docent, onder school- en werktijd, in het gebouw van de school een 'zorg handeling' verricht ten aanzien van een leerling, dit onder de reikwijdte van artikel 6:170 BW valt. Zelfs wanneer een docent overeen zou komen dat hij de handeling als privépersoon verricht, menen wij dat sprake is van een dergelijk verband. De

bescherming die uitgaat van artikel 6:170 BW is niet op kunstmatige wijze te omzeilen, wanneer de feitelijke situatie hetzelfde blijft.

Wanneer een docent een onrechtmatige daad begaat, door ofwel in strijd met zijn zorgplicht ofwel in strijd met de wet te handelen, zal de school daarvoor op grond van artikel 6:170 BW veelal aansprakelijk zijn.

3.6 Uitsluiten van aansprakelijkheid

Verzocht is om de waarde te beoordelen van een standaard verklaring die door de ouders ondertekend kan worden. In de verklaring is opgenomen dat de ouder de volledige verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid draagt voor het kind. Ook wanneer het schoolpersoneel in afwezigheid van de ouders insuline spuit of de insulinepomp bedient, blijft de ouder volledige verantwoordelijkheid houden. Opgemerkt zij ten eerste dat de vrijwaring ziet op de (eventuele) gezondheidsschade van het kind. De ouders zullen de verklaring dan ook namens het kind, in hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordiger, moeten ondertekenen.

Wij begrijpen dat de verklaring bedoeld is als vrijwaring van de school en het schoolpersoneel door de ouders voor gevallen waarin onverhoopt iets misgaat. De overeenkomst met de ouders betreft geen beding in de algemene voorwaarden, waardoor de regels over onredelijk bezwarende bedingen niet van toepassing zijn. Partijen zijn in beginsel dan ook vrij om een dergelijke vrijwaring overeen te komen. Mocht een school of iemand van het onderwijspersoneel aansprakelijk worden gesteld, dan kunnen zij een beroep doen op de vrijwaring. Artikel 6:248 lid 2 BW bepaalt echter dat een tussen partijen als gevolg van een overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onredelijk is. Onder omstandigheden is het dus mogelijk dat een beroep van de school of bijvoorbeeld een docent niet wordt toegelaten door de rechter. De rechter dient bij deze toetsing de nodige terughoudendheid te betrachten. Wanneer door de aansprakelijke partij veiligheidsregels zijn geschonden, of zodanig ernstige vorm van onachtzaam is betracht, zal een beroep op de vrijwaring mogelijk niet slagen. Ook het feit of de eventuele schade gedekt is door een verzekering wordt meegewogen.

3.7 Conclusie

Zowel voor de beoordeling of in strijd met de wet is gehandeld als wel voor de beoordeling of in strijd met de zorgplicht is gehandeld, speelt voornamelijk de bekwaamheid van de docent een grote rol. Het niet-bekwaam verrichten van een voorbehouden handeling is immers in strijd met de Wet BIG en eveneens in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Bij de beoordeling of in strijd met de zorgplicht is gehandeld spelen echter ook vele andere omstandigheden een rol. Zo zal onder meer gekeken moeten worden naar de aard van de gedraging, het risico, de ernst van eventueel letsel, de voorzienbaarheid daarvan. Bij risicovolle

handelingen zullen strengere eisen worden gesteld aan bijvoorbeeld de kennis en kunde van een docent, dan bij handelingen met een laag risico. De docent zal zijn eigen bekwaamheid moeten waarborgen door bijvoorbeeld een cursus te volgen over diabetes bij kinderen. Gelet op de ratio achter het systeem van voorbehouden handelingen, namelijk het beschermen van de patiënt tegen onzorgvuldig handelen en het voorkomen van letsel, vermoeden wij dat streng getoetst zal worden of is voldaan en de wet en of een docent al dan niet bekwaam is. Ook op de school rust een verplichting om zorg te dragen voor kundig personeel. Zij kan zowel voor haar eigen handelen als voor het onrechtmatig handelen van de docent aansprakelijk zijn.

4. Verzekeringen

Wij gaan ervan uit dat alle scholen een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering hebben afgesloten. Mochten er scholen zijn die dat niet hebben gedaan, dan raden wij aan om –met het onderstaande in het achterhoofd – alsnog een verzekering af te sluiten.

Een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering biedt, onder voorwaarden, dekking wanneer een bedrijf of een medewerker van dat bedrijf tijdens het werk schade veroorzaakt. Of het verrichten van medische handelingen door schoolpersoneel onder de dekking van een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering voor scholen valt, is veelal een punt van geschil. Het blijkt namelijk niet altijd duidelijk uit de polis. En wat als er niets is opgenomen in de polis, is het dan wel of niet gedekt? AON, een grote verzekeringsmakelaar, biedt speciale verzekeringen aan voor onderwijsinstellingen in het primair en voortgezet onderwijs. Wij hebben contact met hen opgenomen en gevraagd naar de voorwaarden van dekking. AON heeft er voor gekozen om een uitgebreide dekking te hanteren, zij het dat daar uiteraard wel bepaalde voorwaarden aan zijn gekoppeld. Zo moet de betreffende docent over een bekwaamheidsverklaring beschikken, dient er schriftelijke toestemming te zijn van de wettelijk(e) vertegenwoordigers van de desbetreffende leerling(e) voor het verrichten van de voorbehouden handeling(en) en de onderwijsinstelling beschikt over een behandelingsprotocol dat met instemming van het bestuur en het bevoegd gezag is ingevoerd

Bij het afsluiten van een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering doen scholen er verstandig aan om te informeren naar de omvang van de dekking en dit eventueel expliciet op het polis blad te laten noteren. Mocht er vanuit de Stichting behoefte bestaan aan contact met AON, dan faciliteren wij daarin graag.

Concluderend: het risico is dus eenvoudig te verzekeren. Het niet uitvoeren van de handelingen of het niet aanbieden van diabeteshulp enkel alleen vanwege de angst van aansprakelijkheid is onterecht nu dit onder de polis kan worden meeverzekerd.

5. Eindconclusie

Het wettelijk kader voor docenten ten aanzien van het verrichten van voorbehouden handelingen, meer specifiek het injecteren van insuline, is niet geheel duidelijk. De

wet en de wetsgeschiedenis geven geen antwoord op de vraag of een docent als zodanig beroepsmatig handelt. De Factsheet lijkt te zijn opgesteld om deze onduidelijkheid weg te nemen en mogelijkheden te creëren voor scholen en docenten, maar wij menen dat de Factsheet onvoldoende duidelijkheid biedt. De Factsheet bepaalt niet veel meer dan wat we al weten op grond van wet en de wetsgeschiedenis en laat enkele, zeer belangrijke vragen, onbeantwoord. Daarnaast roept de Factsheet zelfs meer vragen op, zoals de vraag of het mogelijk is voor een docent om als het ware te onttrekken aan het 'beroepsmatig handelen'. De Factsheet is geen geldend recht en een rechter kan bij de beoordeling van de aansprakelijkheid volledig buiten beschouwing laten. Wij menen echter dat, zeker zolang er onduidelijkheid blijft bestaan, een rechter de Factsheet en de inhoud daarvan wel mee zal wegen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid. Bijvoorbeeld bij de toerekenbaarheid van een onrechtmatige gedraging.

Wij menen dat het van groot belang is dat duidelijkheid komt over de vraag of en zo ja, onder welke specifieke omstandigheden, een docent beroepsmatig handelt. Nu de Factsheet meer vragen oproept dan dat deze beantwoordt, zouden wij aanraden om de Factsheet, althans de onderliggende vragen, opnieuw voor te leggen aan de (nieuwe) ministers.

Van belang is dat scholen zich realiseren dat de discussie omtrent het al dan niet beroepsmatig verrichten van voorbehouden handelingen enkel speelt voor het toedienen van insuline middels een insulinepen. Het toedienen van insuline middels een pomp en het meten van glucose zijn geen voorbehouden handelingen. Mits aan de algemene zorgvuldigheidsvereisten is voldaan, kan het onderwijspersoneel deze handelingen dus zonder al te groot risico verrichten. Bovendien bestaat er de mogelijkheid om aansprakelijkheid voor medische handelingen onder de dekking van de verzekering te brengen.

Wat betreft de aansprakelijkheid van scholen en docenten is met name de zorgplicht – in het kader van artikel 6:162 BW – van belang. Deze zorgplicht kent als zodanig geen wettelijke grondslag, maar in de jurisprudentie wordt het bestaan er van al sinds jaren aangenomen, en dat handelen in strijd met deze zorgplicht kan leiden tot aansprakelijkheid. Op een docent of school rust een zorgplicht ten aanzien van de gezondheid en de veiligheid van scholieren die aan hun zorg zijn toevertrouwd en die onder hun toezicht staan. De aard en de omvang van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval en de beoordeling is zeer casuïstisch van aard. Toch zijn er in zijn algemeenheid enkele factoren aan te wijzen die van invloed zijn op de vraag of de zorgplicht in geschonden. Zo zal onder meer gekeken moeten worden naar de aard van de gedraging, het risico, de ernst van eventueel letsel, de voorzienbaarheid daarvan. Bij risicovolle handelingen zullen strenge eisen worden gesteld aan bijvoorbeeld de kennis en kunde van een docent, dan bij handelingen met een laag risico. Hoewel de risico's die spelen bij het niet goed onderscheiden van intraveneus, intramusculair en subcutaan injecteren, in mindere mate een rol spelen bij het toedienen van insuline middels een insulinepen, blijft het een feit dat het injecteren (van insuline) een voorbehouden handeling is en als zodanig wordt

gezien als een risicovolle handeling. Wij menen dan ook dat er in dat geval strenge eisen zullen worden gesteld en dat een docent (en de school) ervoor moet zorgen dat er voldoende kennis en kunde aanwezig is, bijvoorbeeld door het volgen van een korte cursus over diabetes bij kinderen of een overleg met de behandelend arts.

Ten aanzien van de verzekering doen scholen er verstandig aan te informeren of medisch handelen onder de dekking van de verzekering valt. Veelal is dit namelijk niet eenduidig en het is de vraag of medisch handelen gezien kan worden als de bedrijfsuitvoering van een onderwijsinstituut.