Universiteit Leiden
The Netherlands

Medisch beroepgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders

Sombroek-van Doorm, M.P.

Citation
Sombroek-van Doorm, M. P. (2019, February 19). *Medisch beroepgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders*. *Meijers-reeks*. Boom Juridisch. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/68879

Version:	Not Applicable (or Unknown)
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/68879

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/68879 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Doorm M.P. van
Title: Medisch beroepgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders
Issue Date: 2019-02-19

Medisch beroepsgeheim en de zorgplicht van de arts
bij kindermishandeling in de rechtsverhouding
tussen arts, kind en ouders

Medisch beroepsgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 19 februari 2019
klokke 16.15 uur

door

Mirjam Petra van Doorm

geboren te Zeven, Duitsland

in 1968

Promotoren:	prof. mr. A.G. Castermans prof. mr. C.J.J.M. Stolker
Promotiecommissie:	prof. mr. M.R. Bruning prof. mr. C.P.M. Cleiren prof. mr. W.L.J.M. Duijst (Maastricht University) prof. mr. A.C. Hendriks prof. dr. mr. M.C. de Vries (LUMC)

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2019 M.P. Sombroek-van Doorm | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6236-906-1
ISBN 978-94-6274-997-9 (e-book)
NUR 820

www.boomjuridisch.nl

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN XI

1 INLEIDING 1
1.1 Probleemstelling 1
1.1.1 De zorgplicht van de arts en doorbreking van het medisch beroepsgeheim 4
1.1.2 Onderzoeksvragen 7
1.2 Opzet en afbakening 7
1.3 Methode van onderzoek 10
1.4 Vocabulaire 11
1.5 Plan van behandeling 12

DEEL I – MEDISCH BEROEPSGEHEIM 15

2 RATIO VAN HET MEDISCH BEROEPSGEHEIM 17
2.1 Inleiding 17
2.2 Algemeen belang 19
2.2.1 Een abstracte notie? 21
2.3 Individueel belang 23
2.3.1 Een andere invulling? 26
2.4 Verhouding tussen algemeen en individueel belang 27
2.5 Conclusie 30

3 ZWIJGPLICHT 31
3.1 Inleiding 31
3.2 Wettelijke grondslagen 32
3.2.1 Art. 7:457 lid 1 BW 33
3.2.2 Art. 88 Wet Big 36
3.2.3 Art. 272 Sr 39
3.2.4 Art. 9 lid 1 AVG en art. 22 lid 1 UAVG 43
3.2.5 Tussenconclusie 48
3.3 Object van de zwijgplicht 48
3.3.1 Beroepsuitoefening als grens 49
3.3.1.1 Informatie via de patiënt 50
3.3.1.2 Informatie via een ander dan de patiënt 51

3.3.1.3 Informatie via onderzoek 53
3.3.1.4 Digitale informatie, WhatsApp en Facebook 54
3.3.1.5 Medisch dossier 55
3.3.2 Tussenconclusie 58
3.4 Subject van de zwijgplicht 59
3.4.1 Personen met een zelfstandige zwijgplicht 60
3.4.2 Personen met een afgeleide zwijgplicht 61
3.4.3 *Secret partagé* 63
3.4.4 Tussenconclusie 64
3.5 Zwijgplicht: jegens wie? 64
3.5.1 Rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen of vervanger 65
3.5.1.1 Rechtstreekse betrokkenheid 67
3.5.1.2 Omvang gegevensuitwisseling 68
3.5.1.3 Bezwaar 69
3.5.2 Collega-artsen 70
3.5.3 Wettelijke vertegenwoordigers 72
3.5.3.1 Wettelijke vertegenwoordiging en leeftijdsgrenzen 72
3.5.3.2 Wettelijke vertegenwoordiging en dilemma's 76
3.5.4 Naaste familieleden 82
3.5.5 Zwijgen na overlijden 83
3.5.6 Tussenconclusie 87
3.6 Zwijgplicht: plicht naast of plicht als onderdeel van de zorgplicht? 88
3.7 Conclusie 89

4 VERSCHONINGSRECHT 91
4.1 Inleiding 91
4.2 Wettelijke grondslagen (art. 165 lid 2 sub b Rv, art. 218 Sv, art. 68 lid 5 Wet Big) 93
4.3 Object van het verschoningsrecht 98
4.3.1 Verhouding met object van de zwijgplicht 101
4.4 Subject van het verschoningsrecht 102
4.4.1 Personen met een zelfstandig verschoningsrecht 103
4.4.1.1 Verhouding met zelfstandige zwijgplicht 105
4.4.2 Personen met een afgeleid verschoningsrecht 109
4.4.2.1 Verhouding met afgeleide zwijgplicht 112
4.4.3 Gedeeld verschoningsrecht 112
4.5 Verschoningsrecht na overlijden 113
4.6 Verschoningsrecht: een plicht? Naast of onderdeel van de zorgplicht? 114
4.7 Conclusie 116

5 UITZONDERINGEN OP HET MEDISCH BEROEPSGEHEIM 119
5.1 Inleiding 119
5.2 Toestemming 120
5.2.1 Toestemming van wie? 122
5.2.2 Vereisten aan toestemming 123

5.2.3 Soorten toestemming 124
5.2.4 Gevolgen van toestemming als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht 129
5.2.5 Tussenconclusie 131
5.3 Wettelijke meldplicht 132
5.3.1 Gevolgen van wettelijke meldplicht als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht 134
5.3.2 Tussenconclusie 135
5.4 Conflict van plichten 135
5.4.1 Cvp-toetsingskader 137
5.4.1.1 Alles in het werk stellen om toestemming te verkrijgen 137
5.4.1.2 Niet doorbreken levert ernstige schade op 138
5.4.1.3 De arts in gewetensnood 139
5.4.1.4 Geen andere weg 140
5.4.1.5 Voorkomen of beperken schade 140
5.4.1.6 Geheim zo min mogelijk schenden 141
5.4.2 Gevolgen van conflict van plichten als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht 141
5.4.3 Tussenconclusie 143
5.5 Zwaarwegend belang 145
5.5.1 Belang van nabestaanden bij erfenisgeschillen 146
5.5.2 Gezondheidsbelang 149
5.5.3 Belang te weten van wie men afstamt 150
5.5.4 Belang van de arts op eigen verdediging 151
5.5.5 Medische fout 152
5.5.6 Gevolgen van zwaarwegend belang als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht 154
5.5.7 Tussenconclusie 156
5.6 Zeer uitzonderlijke omstandigheden 157
5.6.1 Aard en zwaarte van delict 161
5.6.2 Aard, omvang en context van verlangde gegevens 161
5.6.3 Alternatieve manieren voor verkrijgen gegevens 163
5.6.4 Belang van desbetreffende gegevens 164
5.6.5 Aanvaarden van zeer uitzonderlijke omstandigheden 165
5.6.6 Gevolgen van zeer uitzonderlijke omstandigheden als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht 167
5.6.7 Tussenconclusie 169
5.7 Conclusie 170

DEEL II – MEDISCH BEROEPSGEHEIM EN DE ZORGPLICHT VAN DE ARTS BIJ KINDERMISHANDELING IN DE RECHTSVERHOUDING TUSSEN ARTS, KIND EN OUDERS 173

6 DE 'SCOPE' VAN HET WETTELIJKE BEGRIP KINDERMISHANDELING 175
6.1 Inleiding 175

6.2 Wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling (art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo) 179
6.3 'Minderjarige' 180
6.3.1 De definitie uit Boek 1 BW 180
6.3.2 Zijn ongeborenen 'minderjarigen'? 181
6.3.3 Het begrip 'minderjarige' in de Jw/Wmo en in de Wgbo 185
6.4 'Elke vorm van een bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard' 187
6.5 'Ouders of andere personen' en 'een relatie van afhankelijkheid of onvrijheid' 196
6.6 'Actief of passief opdringen' 198
6.7 '(Dreigende) ernstige schade in de vorm van fysiek of psychisch letsel' 200
6.8 Conclusie 202

7 WETTELIJK KADER DOORBREKING MEDISCH BEROEPSGEHEIM BIJ KINDERMISHANDELING IN DE RECHTSVERHOUDING TUSSEN ARTS, KIND EN OUDERS 207
7.1 Inleiding 207
7.2 Wettelijk kader voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim 207
7.2.1 Toestemming van betrokkenen (art. 7:457 lid 1 BW) of een vervangende omstandigheid (art. 7:457 lid 2 BW; art. 7:453 BW; art. 7:457 lid 3 BW en art. 7:465 lid 4 BW) 208
7.2.1.1 Rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen (art. 7:457 lid 2 BW) 209
7.2.1.2 Zorgplicht (art. 7:453 BW; art. 7:457 lid 3 BW; art. 7:465 lid 4 BW) 212
7.2.2 Wettelijke plicht tot informatieverstrekking (art. 7.3.11 lid 4 Jw) 214
7.2.3 Conflict van plichten 217
7.2.3.1 Informatieverstrekking aan Veilig Thuis (art. 5.2.6 Wmo) 217
7.2.3.2 Informatieverstrekking aan RvdK (art. 1:240 BW) 220
7.2.3.3 Informatieverstrekking aan jeugdbeschermer (art. 7.3.11 lid 4 Jw) 222
7.2.3.4 Informatieverstrekking aan andere professionals via Vir-melding (art. 7.1.4.1 Jw) 224
7.2.3.5 Informatieverstrekking op grond van de Wet verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling en Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling van 23 juni 2017 266
7.3 Conclusie 229

8 PROFESSIONEEL KADER DOORBREKING MEDISCH BEROEPSGEHEIM BIJ KINDERMISHANDELING IN DE RECHTSVERHOUDING TUSSEN ARTS, KIND EN OUDERS 231
8.1 Inleiding 231

8.2 KNMG-meldcode (2015): informatie-uitwisseling, conflict van plichten en de zorgplicht 235
8.3 Informatie-uitwisseling: een geneeskundige handeling? 241
8.4 Art. 4 stap 4 KNMG-meldcode (2015): zorgplicht als grondslag en toetsingsmaatstaven 243
8.5 Art. 4 stap 5b KNMG-meldcode (2015): zorgplicht als grondslag en toetsingsmaatstaven 250
8.6 KNMG-afwegingskader (2018): zorgplicht als grondslag en toetsingsmaatstaven 256
8.7 Doorbreking medisch beroepsgeheim anders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding: zorgplicht als grondslag en toetsingsmaatstaven 261
8.8 Conclusie 269

9 CONCRETE TOETSING VAN DOORBREKING MEDISCH BEROEPSGEHEIM BIJ KINDERMISHANDELING IN DE RECHTSVERHOUDING TUSSEN ARTS, KIND EN OUDERS 275
9.1 Inleiding 275
9.2 Analyse (tucht)rechtspraak bij doorbreking van het medisch beroepsgeheim door het zetten van stap 4 art. 4 KNMG-meldcode (2015): zorgplicht en toetsingsmaatstaven 277
9.3 Analyse (tucht)rechtspraak bij doorbreking van het medisch beroepsgeheim door het zetten van stap 5b uit art. 4 KNMG-meldcode (2015): zorgplicht en toetsingsmaatstaven 278
9.4 Tussenconclusie 289
9.5 Analyse van de (tucht)rechtspraak anders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging: toetsing aan conflict van plichten of toch zorgvuldigheidsnormen KNMG-meldcode (2015)? 290
9.6 De arts is bevraagd 291
9.7 De arts verstrekt uit eigen beweging gegevens anders dan aan Veilig Thuis 303
9.8 Tussenconclusie 308
9.9 Conclusie 309

10 CONCLUSIE 311
10.1 Onderzoeksvragen, bevindingen en antwoorden 311
10.2 De arts is bevraagd: voorstel voor een stappenplan 313
10.3 Zorgplicht, zwijgen en spreken: één toetsingskader 318

SUMMARY 323
LITERATUURLIJST 329
INTERNATIONALE WET- EN REGELGEVING 345
PARLEMENTAIRE STUKKEN 347
KAMERSTUKKEN 349
RECHTSPRAAK 351
CURRICULUM VITAE 361

Lijst van afkortingen

AA	*Ars Aequi*
A-G	Advocaat-Generaal
AMHK	Advies- en Meldpunt Huiselijk geweld en Kindermishandeling
AMK	Advies- en Meldpunt Kindermishandeling
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
Art.	Artikel
AVG	Algemene Verordening Gegevensbescherming
BW	Burgerlijk Wetboek
CBB	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
CBP	College Bescherming Persoonsgegevens
CMT (1)	Centraal Medisch Tuchtcollege
CMT (2)	College van Medisch Toezicht
Concl.	Conclusie
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CRC	Committee on the Rights of the Child
c.s.	cum suis
CTG	Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg
Cvp	Conflict van plichten
c.q.	casu quo
DD	*Delikt en Delinkwent*
diss.	dissertatie
e.a.	en andere(n)
EB	*EB, tijdschrift voor Scheidingsrecht*
ECLI	European Case Law Identifier
e.d.	en dergelijke
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EPD	Elektronisch patiëntendossier
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FJR	*Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*
FONA	Fouten, ongevallen, near-accidents
GC	General Comment
GGD	Gemeentelijke gezondheidsdienst
GGZ	Geestelijke gezondheidszorg
GHOR	Geneeskundige Hulpverleningsorganisatie in de Regio
GJ	*Gezondheidszorg Jurisprudentie*
GS	Groene Serie

Gw	Grondwet
GZR	Gezondheidsrecht
HIV	Humaan immunodeficiëntievirus
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
i.c.	in casu
IGZ	Inspectie voor de gezondheidszorg
i.o.v.	in opdracht van
IR	*Tijdschrift voor internetrecht*
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
JA	*Jurisprudentie Aansprakelijkheid*
JBP	*Jurisprudentie Bescherming Persoonsgegevens*
JIN	*Jurisprudentie in Nederland*
JOL	*Jurisprudentie Online*
JPF	*Jurisprudentie Personen- en Familierecht*
JPG	*Journaal Privacy Gezondheidszorg*
Jw	Jeugdwet
KAMG	Koepel Artsen Maatschappij en Gezondheid
KG	Kort Geding
KNMG	Koninklijke Nederlandsche Maatschappij ter bevordering der Geneeskunst
KNMG-meldcode	KNMG-meldcode kindermishandeling en huiselijk geweld
KNO-arts	Keel-, Neus- en Oorarts
LHV	Landelijke Huisartsen Vereniging
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
LS&R	Life Sciences & Recht
LUMC	Leids Universitair Medisch Centrum
MC	*Medisch Contact*
MDO	Multidisciplinair Overleg
MIP	Meldingscommissie Incidenten Patiëntenzorg
m.nt.	met noot
m.m.	mutatis mutandis
MvT	Memorie van Toelichting
MT	Medisch Tuchtcollege
NIP	Nederlands Instituut van Psychologen
NFI	Nederlands Forensisch Instituut
NJ	*Nederlandse Jurisprudentie*
NJCM-Bulletin	*Bulletin van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten*
NJB	*Nederlands Juristenblad*
NJF	*Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak*
NJFS	*Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak Strafzaken*
NJK	*Nederlandse Jurisprudentie Kort*
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NLR	Noyon/Langemeijer & Remmelink
NODO	Nader Onderzoek Doodsoorzaak
NODOK	Nader Onderzoek Doodsoorzaak van kinderen

NPM	Nationale Prevalentiestudie Mishandeling
nr.	nummer
NTvG	*Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
OM	Openbaar Ministerie
OTS	Ondertoezichtstelling
OvJ	Officier van Justitie
P&I	*Privacy & Informatie*
p.	pagina
par.	paragraaf
PbEG	*Publicatieblad Europese Gemeenschap*
PbEU	*Publicatieblad Europese Unie*
PFR	Personen- en Familierecht
Prg.	*Praktijkgids*
q.q.	qualitate qua
Rb.	Rechtbank
r.-c.	rechter-commissaris
Red.	Redactie
RES	Resolution
RMThemis	*Rechtsgeleerd Magazijn Themis*
r.o.	Rechtsoverweging
RSJ	Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming
RTG	Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg
Rv	Rechtsvordering
RvdK	Raad voor de Kinderbescherming
RvdW	*Rechtspraak van de Week*
RvS	Raad van State
RW	*Rechtskundig Weekblad*
SEH	Spoedeisende Hulp
SOA	Seksueel Overdraagbare Aandoening
Sr	(Wetboek van) Strafrecht
S&S	*Schip en Schade*
Stcrt.	*Staatscourant*
Stb.	*Staatsblad*
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
Sv	Strafvordering
TBS	Ter beschikking stelling
TBS&H	*Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving*
T&C	*Tekst & Commentaar*
TLP	*Tijdschrift Letselschade in Praktijk*
TvGR	*Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*
TvPr	*Tijdschrift voor Privaatrecht*
UAVG	Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming
UN	United Nations
UN Doc	United Nations Document
UU	Universiteit van Utrecht
UVRM	Universele Verklaring van de Rechten van de Mens

vgl.	vergelijk
V-N	*Vakstudie Nieuws*
VNG	Vereniging Nederlandse Gemeenten
Vir	Verwijsindex risicojongeren
VOTS	Voorlopige Ondertoezichtstelling
VR	Verkeersrecht
VS	Verenigde Staten
VSNU	Vereniging van Samenwerkende Universiteiten
VT	Veilig Thuis
VUmc	Vrije Universiteit medisch centrum
VVAK	Vereniging Vertrouwensartsen Kindermishandeling
VWS	Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
Wcz	Wet cliëntenrechten zorg
Wet Big	Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg
Wet BOPZ	Wet bijzondere opneming psychiatrische ziekenhuizen
Wet Suwi	Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen
Wet verplichte meldcode	Wet verplichte meldcode kindermishandeling en huiselijk geweld
Besluit verplichte meldcode	Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling
Wgbo	Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst
WHO	World Health Organization
WHW	Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek
Wjhv	Wet op de jeugdhulpverlening
Wjz	Wet op de Jeugdzorg
Wkkgz	Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg
Wlb	Wet op de lijkbezorging
Wbp	Wet bescherming publieke gezondheid
Wmk	Wet medische keuringen
Wmo	Wet maatschappelijke ondersteuning
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
Wpg	Wet publieke gezondheid
WPNR	*Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*
Wubhv	Wet uitbreiding bestuurlijke handhaving volksgezondheidswetgeving
WvSv	Wetboek van Strafvordering
ZPO	Zivilprozeßordnung

1 Inleiding

Het zwijgen mag een grote deugd zijn voor de wijze,
soms is het wijzer dat men spreekt.
Het kan even lichtzinnig zijn je mond te houden
als dat je 't zwijgen ongepast verbreekt.[1]

1.1 PROBLEEMSTELLING

Het beroepsgeheim van de arts beschermt twee wezenlijke belangen. Het ene betreft het algemeen belang van eenieder bij een vrije toegang tot de gezondheidszorg. Het andere betreft het individueel belang van de patiënt bij bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer en het daarin besloten persoonlijk geheim.[2] De gedachte achter geheimhouding door de arts is dat patiënten de meest intieme informatie aan hem durven toe te vertrouwen ómdat de arts daarover moet zwijgen. Ontbreekt vertrouwen in geheimhouding, dan bestaat het risico dat patiënten informatie achterhouden, de behandeling uitstellen of deze zelfs niet ondergaan.[3] Geheimhouding en goede zorgverlening staan dus niet los van elkaar.

Het medisch beroepsgeheim dat uit de zwijgplicht en het verschoningsrecht bestaat, staat in de sleutel van goede zorgverlening aan de patiënt en ligt daarom stevig verankerd in de wet.[4] Uiteraard ligt het medisch beroepsgeheim ook verankerd in tal van beroeps- en gedragsregels die de beroepsgroep zelf heeft opgesteld, en andere regels en normen die tot de professionele standaard kunnen worden gerekend. De behandelend arts is als 'goed hulpverlener' aan die professionele standaard gehouden (art. 7:453 BW). En ook in internationale zin geldt dat medische gegevens beschermd moeten worden vanwege de belangen die het beroepsgeheim dient. Het beschermen van medische gegevens is volgens het EHRM een kernverplichting van de Staat die doorwerkt in de horizontale relatie tussen arts en patiënt.[5]

---

1 Saadi 2005, p. 12.
2 Zie par. 2.2 en 2.3.
3 Shuman & Weiner, *North Carolina Law Review* 1982, p. 894-926; vgl. Michalowski, *European Journal of Health Law* 1998, p. 92 zoals aangehaald in Duijst 2007, p. 32-33.
4 Zie par. 3.2 (zwijgplicht) en par. 4.2 (verschoningsrecht).
5 Zie bijv. EHRM 25 februari 1997, Z. tegen Finland, *NJ* 1998, 516, m.nt. G. Knigge, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 720, par. 95-96, m.nt. A.C. Hendriks. Zie ook Leenen e.a. 2017, p. 53-54.

Juist in dit licht springen recente wettelijke en bestuurlijke maatregelen in het oog die in Nederland getroffen zijn op het gebied van de bestrijding van kindermishandeling. Die maatregelen zijn er immers op gericht het medisch beroepsgeheim eerder te doorbreken ondanks de belangen die het dient.[6] Het accent is daarbij verschoven van zwijgen naar spreken.[7]

Uiteraard hangt deze ontwikkeling samen met het feit dat informatie-uitwisseling cruciaal is gebleken bij de bestrijding van kindermishandeling.[8] En op de Nederlandse Staat rust nu eenmaal ook de internationale verplichting kinderen tegen kindermishandeling te beschermen. Het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind verplicht immers de Nederlandse Staat alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen te treffen om kinderen tegen kindermishandeling te beschermen (art. 19 IVRK).[9] Het gaat in Nederland naar schatting jaarlijks om 120.000 slachtoffers van kindermishandeling.[10] Die positieve verplichting die op de overheid rust, werkt door in de horizontale relatie tussen arts, kind en ouders. Artsen zijn bij uitstek in staat om kindermishandeling te signaleren en aan te pakken. Dat vinden niet alleen wetgever en regering, maar ook de eigen beroepsgroep, de KNMG.[11]

---

6 Wet van 14 maart 2013 (Wet verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb*. 2013, 142 en het daarbij behorende Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291. Zie voorts: *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017, p. 12-13, behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291; Besluit van 16 juli 2013 (Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2013, 324.

7 Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291 en het daarbij behorende A*fwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017 hebben reeds geleid tot een aanpassing van de KNMG-meldcode: zie par. 8.6.

8 Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291, p. 6; *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 26 (MvT). Zie voorts: Advies Sprokkereef 2016, p. 2-7.

9 Maatregelen die in dit kader worden getroffen moeten effectief zijn en de belangen van het kind vormen hierbij de eerste overweging (art. 19 IVRK juncto art. 3 IVRK).

10 *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 2 (MvT); Alink e.a. 2011, p. 13-14 en p. 57-59; zie over de prevalentiestudie van kindermishandeling: Prinsen, *NJB* 2017a, p. 1733-1740 en de repliek van Alink e.a., *NJB* 2017, p. 3079-3080 op het artikel van Prinsen. Prinsen vergelijkt de studie naar prevalentie van kindermishandeling in Nederland (NPM-studie) met de studie van Schouten naar screening van kindermishandeling op de SEH's en huisartsenposten. Schouten vindt een 'prevalentie' van 1662, de NPM van 119.000. Deze studies zijn evenwel onvergelijkbaar en zijn ook niet opgezet om vergeleken te kunnen worden. Schouten richt zich op een zeer specifieke populatie (kinderen die komen bij de SEH en huisartsenposten) terwijl de NPM veel breder is opgezet. Hierin worden immers ook de aantallen slachtoffers van kindermishandeling in beeld gebracht die (alleen) gezien worden door andere professionals. Bovendien is de studie van Schouten niet bedoeld om een antwoord te geven op de vraag hoe vaak kindermishandeling in Nederland voorkomt. Vgl. naschrift Prinsen, *NJB* 2017b, p. 3080.

11 *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 9 (MvT); KNMG-meldcode 2015, p. 11.

Daarmee blijft die ontwikkeling waarin het accent op spreken is komen te liggen niet zonder gevolgen voor het medisch beroepsgeheim. Uiteraard is het medisch beroepsgeheim niet een 'secret quand-même et toujours', zoals Brouardel bepleitte, ondanks de wezenlijke belangen die het medisch beroepsgeheim dient en de stevige verankering ervan in de wet.[12] Andere zwaarwegende individuele of maatschappelijke belangen kunnen immers aanleiding geven het medisch beroepsgeheim te doorbreken. En dat is kennelijk het geval als het gaat om de bestrijding van kindermishandeling.

Het medisch beroepsgeheim kent vijf uitzonderingen: (i) toestemming van de patiënt, (ii) wettelijke meldplicht, (iii) conflict van plichten, (iv) zwaarwegend belang en ten slotte (v) zeer uitzonderlijke omstandigheden.[13] Als informatie-uitwisseling bij het bestrijden van kindermishandeling zo cruciaal is, waarom geldt er dan geen wettelijke meldplicht bij kindermishandeling? Dat zou immers betekenen dat de arts het medisch beroepsgeheim moet doorbreken in geval van kindermishandeling. Over de keuze geen meldplicht in te voeren is de parlementaire geschiedenis duidelijk: daaraan kleven teveel nadelen.[14] Een wettelijke meldplicht gaat voorbij aan het zelfbeschikkingsrecht van kind en ouders; het sluit het maken van een eigen afweging door professionals uit; artsen blijken druk van zo'n wettelijke plicht te voelen en dat kan weer leiden tot teveel meldingen en vervolgens tot overbelasting van het systeem.

De keuze tégen een meldplicht laat in het midden hoe de getroffen maatregelen met het accent op spreken dan wél juridisch moeten worden beschouwd in het licht van de overige uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim. Afgezien van de situatie waarin de ouders van de minderjarige patiënt toestemming zouden geven voor informatie-uitwisseling in geval van kindermishandeling, is de voor de hand liggende legitimatie voor de arts om zijn zwijgplicht te doorbreken: het conflict van plichten. De uitzonderingen zwaarwegend belang en zeer uitzonderlijke omstandigheden komen immers *in rechte* aan de orde.[15]

De uitzondering conflict van plichten is evenwel gebaseerd op zwijgentenzij. Daarin schuilt een fundamenteel verschil met het uitgangspunt dat in de context van kindermishandeling geldt. Dat is immers: spreken-tenzij. Dit

12 Brouardel 1893, p. 42-63 zoals aangehaald in Hazewinkel-Suringa 1959, p. 3.

13 Van een doorbreking van het medisch beroepsgeheim is geen sprake in geval het gaat om het delen van het geheim met medebehandelaars, vervangers van de arts of met (de wettelijke vertegenwoordigers van de minderjarige) patiënt, omdat jegens hen de zwijgplicht niet geldt (zie par. 3.5).

14 *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 6-7 (MvT). Zie ook Raad van State, Advies W13.16.0446/III van 10 maart 2017 op het Ontwerpbesluit verplichte meldcode, *Stcrt*. 2017, 46221. De Raad benadrukt dat uit de wetsgeschiedenis van de Wet verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling blijkt dat bewust is afgezien van het introduceren van een meldplicht.

15 Zie voor een bespreking van zwaarwegend belang: par. 5.5 en van zeer uitzonderlijke omstandigheden: 5.6.

verschil in uitgangspunt doet de vraag rijzen hoe de keuze van wetgever en regering met het oog op de bestrijding van kindermishandeling juridisch vorm zou kunnen krijgen. Daarbij kan de nauwe samenhang tussen medisch beroepsgeheim en goede zorgverlening niet onbesproken blijven.

1.1.1 De zorgplicht van de arts en doorbreking van het medisch beroepsgeheim

Behalve aan geheimhouding is de arts ook gebonden aan – wat in algemene termen wordt genoemd – de zorgplicht.[16] In de kern ligt de zorgplicht besloten in de medische ethiek waarin beginselen gelden als respect voor autonomie, weldoen en niet-schaden.[17]

De zorgplicht is kortgezegd de plicht om goede zorg te verlenen. Wat vervolgens goede zorg is, is in algemene zin beschreven in art. 2 Wkkgz.[18] Daarin is bepaald dat de zorg van goede kwaliteit en goed niveau moet zijn. Dit houdt in dat de zorg veilig, doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht is en dat de zorgverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en daarbij in overeenstemming moet handelen met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard. Voor artsen is de algemeen geformuleerde zorgplicht in de sfeer van de medische behandeling neergelegd in art. 7:453 BW. Dat artikel luidt:

> 'De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professio-

16 HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4876, *NJB* 2013/736. Zie voor een bespreking van de zorgplicht in de context van de geneeskundige behandelingsovereenkomst: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/406/407/408. Zie voor een bespreking van zorgplichten in het recht: Tjong Tjin Tai, *AA* 2007. Auteur wijst erop dat de term zorgplicht regelmatig door de Hoge Raad, wetgever en in de literatuur wordt gebezigd en deze zich laat omschrijven als de plicht die gericht is op het handelen of nalaten ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon (Tjong Tjin Tai, *AA* 2007, p. 702). Vooral bij beroepen als die van arts houdt deze zorgplicht in dat soms tegen onverstandige wensen van de patiënt in moet worden gegaan. In het verleden was dit algemeen aanvaard, maar tegenwoordig is dit uit het oog verloren vanwege de dominantie van het beginsel 'eigen verantwoordelijkheid' dat zoveel inhoudt dat eenieder het beste voor zijn eigen belangen kan zorgen (Tjong Tjin Tai, *AA* 2007, p. 704). Zie voor een bespreking van de zorgplicht in de context van de geneeskundige behandelingsovereenkomst: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/406/407/408.

17 Beauchamp & Childress 2013.

18 *Stb*. 2014, 93 jo. *Stb*. 2016, 206.

nele standaard, waaronder de kwaliteitsstandaard, bedoeld in artikel 1, onderdeel z, van de Zorgverzekeringswet.'[19]

Wat zorgvuldig handelen is, is afhankelijk van de specifieke situatie waarin zorg wordt geleverd aan de patiënt, of zou moeten worden geleverd, en de regels en normen die in die bepaalde situatie van toepassing zijn. Dat bepaalt de professionele standaard.

De professionele standaard onderscheidt zich in een medisch-professionele standaard en overige aspecten.[20] De medisch-professionele standaard houdt in dat de arts handelt volgens inzichten van medische wetenschap en ervaring, de *best practices*. De overige aspecten zien bijvoorbeeld op het naleven van de rechten van de minderjarige patiënt en van zijn ouders (vgl. art. 2 lid 2 onder c Wkkgz). Zo'n standaard zou volgens de memorie van toelichting een adequate beschrijving moeten zijn van het specifieke zorgproces, waarbij de arts ook rekening dient te houden met standaarden die al ver in ontwikkeling zijn, of erkende *best practices* die nog niet in een professionele standaard zijn gestipuleerd.[21] Wat de zorgplicht precies inhoudt is dus *a priori* niet concreet te maken. Daarvoor moet men kijken naar de specifieke context.

In geval van kindermishandeling gelden naast de wettelijke en bestuurlijke maatregelen die gericht zijn op doorbreking van het medisch beroepsgeheim, ook de KNMG-meldcode (2015) en het KNMG-afwegingskader (2018). Professionele regels stipuleren in algemene zin minimumvereisten waaraan het handelen van de arts moet voldoen.[22] Het accent ligt in code en afwegingskader op spreken ten koste van geheimhouding. De arts die bijvoorbeeld geen toestemming heeft van de ouders om het medisch beroepsgeheim te doorbreken, zal op grond van de KNMG-meldcode (2015) en het afwegingskader (2018) zorgvuldig moeten overwegen of hij niet toch het medisch beroepsgeheim dient te doorbreken. Oftewel: goede zorgverlening betekent niet zonder meer dat de arts louter opdrachten van ouders uitvoert (vgl. art. 7:465 lid 4 BW).[23] Hij

19 *Stb.* 2016, 206. De woorden: 'waaronder de kwaliteitsstandaard, bedoeld in artikel 1, onderdeel z, van de Zorgverzekeringswet' zijn toegevoegd aan art. 7:453 BW. Het ziet op de definitie van kwaliteitsstandaard. Dat is een richtlijn, module, norm, zorgstandaard dan wel organisatiebeschrijving, die betrekking heeft op het gehele zorgproces of een deel van een zorgproces, vastlegt wat noodzakelijk is om vanuit het perspectief van de patiënt goede zorg te verlenen en overeenkomstig art. 66b van de Zorgverzekeringswet in een openbaar register is opgenomen.

20 Leenen e.a. 2017, p. 106.

21 *Kamerstukken II* 2011/12, 33243, nr. 3, p. 44.

22 Zie bijv. Rb. Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2543, r.o. 4.3, *GZR-Updates.nl* 2018/0186.

23 Zie Hendriks & Krijnen, *NJB* 2009/964, p. 1267 onder verwijzing naar Hof Amsterdam 9 april 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9170, *NJ* 2008/599 (m.nt. J. Legemaate). Auteurs wijzen erop dat een onwetende of dwalende (men leze: kwetsbare) zorgconsument/patiënt geen goede zorg mag worden onthouden. Dit kan inhouden dat de hulpverlener de wensen van een zorgconsument/patiënt voorbijgaat. Dit geldt ook voor wat betreft die van wettelijke

houdt daarbij immers altijd een eigen verantwoordelijkheid op basis van zijn professionele standaard. Deze kan impliceren dat hij van de wensen en verlangens van ouders en/of kind afwijkt, omdat hij anders zijn zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap niet kan nakomen (art. 7:453 BW). Die verantwoordelijkheid betekent ook dat hij de patiënt niet afhoudt van goede zorg. Daarop heeft de patiënt immers een op de geneeskundige behandeling gegronde aanspraak.

Niet alleen de behandelend arts behoudt een eigen verantwoordelijkheid die niet door kind en/of ouders terzijde kan worden geschoven. Die verantwoordelijkheid rust ook op de arts zonder de regeling ervan in de Wgbo, bijvoorbeeld vanuit de tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van de arts.[24]

De gebondenheid van de arts aan zijn zorgplicht is in het licht van bovenstaande een krachtig wapen voor de arts tegen wensen en verlangens van ouders van de minderjarige patiënt, of de patiënt zelf, die niet in overeenstemming zijn met de professionele standaard. In dit licht verbaast het niet dat de KNMG in de toelichting bij stap 4 uit art. 4 KNMG-meldcode (2015), die gericht is op het doorbreken van het medisch beroepsgeheim door met andere professionals te overleggen ter verificatie van een vermoeden van kindermishandeling, de *zorgplicht* van de arts als juridische basis daarvoor aanwijst. Wat wél verbaast is dat de KNMG ook 'conflict van plichten' als juridische basis noemt en sterker nog: als *primaire* grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.[25]

Dit is immers alleen al onduidelijk vanwege het gegeven dat een afweging in het kader van conflict van plichten uitgaat van zwijgen-tenzij, terwijl reeds sinds 2008 de KNMG-meldcodes als vertrekpunt hebben: spreken-tenzij. De KNMG zou conflict van plichten dus in het geheel niet moeten noemen als juridische basis voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim. Daarnaast rijst de vraag waarom de zorgplicht alleen als juridische basis expliciet wordt voorgesteld bij die éne stap 4 uit art. 4 KNMG-meldcode (2015), namelijk als de arts met een andere collega wenst te overleggen ter verificatie van een vermoeden van kindermishandeling. Waarom geldt de zorgplicht niet in algemene zin als alternatieve of wellicht zelfs voor de hand liggende juridische basis voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, of kan die mogelijkheid, ofschoon niet geëxpliciteerd, toch in de code worden gelezen? Reden genoeg om te onderzoeken hoe de verhouding tussen zorgplicht en (uitzonde-

vertegenwoordigers. Deze hebben dus geen absoluut recht op zelfbeschikking. Zie ook: HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4876, r.o. 2.3.9.

24 Zie bijv. CTG 19 augustus 2010, ECLI:NL:TGZCTG:2010:YG0528, r.o. 5. Zie voorts: Leenen e.a. 2017, p. 105-106.

25 KNMG-meldcode 2015, p. 46 waarin de KNMG ten aanzien van stap 4 uit art. 4 KNMG-meldcode (2015) opmerkt dat als 'de juridische basis hiervoor niet kan worden afgeleid uit het conflict van plichten zal deze moeten worden gevonden in de – op de specifieke context van kindermishandeling toegespitste – zorgplicht van de arts.'

ringen op het) medisch beroepsgeheim is in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders.

1.1.2 Onderzoeksvragen

In het licht van bovenstaande valt de probleemstelling van dit promotieonderzoek in twee vragen uiteen:

1. *Hoe kan de keuze van wetgever en regering met betrekking tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in de context van kindermishandeling juridisch worden ingebed?*
2. *Hoe verhouden in geval van kindermishandeling of vermoedens ervan het medisch beroepsgeheim en de zorgplicht van de arts zich tot elkaar in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders?*

In dit onderzoek beschrijf ik de belangrijkste normen die er gelden voor het medisch beroepsgeheim en voor het doorbreken ervan door de arts, waarbij de rol en betekenis van de zorgplicht van de arts wordt belicht. In het bijzonder richt het onderzoek zich op de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de zorgplicht in de context van kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders. Een en ander leidt – mede in het licht van het afwegingskader voortvloeiend uit het Besluit (2017) behorende bij de Wet verplicht meldcode – tot een voorstel voor een toetsingsmodel voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van (vermoedens van) kindermishandeling.

1.2 Opzet en afbakening

Dit proefschrift is een diptiek, bestaande uit een algemeen deel over het medisch beroepsgeheim inclusief zijn uitzonderingen met daarbij aandacht voor de zorgplicht die ex art. 7:453 BW op de arts rust, en een bijzonder deel dat zich toespitst op de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de zorgplicht bij kindermishandeling of vermoedens ervan in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders.

Begrip kindermishandeling

In dit onderzoek wordt uitgegaan van de omschrijving van kindermishandeling zoals gegeven in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo, die ziet op álle vormen van kindermishandeling. Hierin is kindermishandeling omschreven als: elke vorm van voor een minderjarige bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard, die de ouders of andere personen ten opzichte

van wie de minderjarige in een relatie van afhankelijkheid of van onvrijheid staat, actief of passief opdringen, waardoor ernstige schade wordt berokkend of dreigt te worden berokkend aan de minderjarige in de vorm van fysiek of psychisch letsel.

Reden voor het nemen van deze wettelijke omschrijving als uitgangspunt is dat deze als hoeksteen geldt van de door de wetgever en regering getroffen maatregelen ter bestrijding van kindermishandeling. Deze maatregelen werken door in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders, zoals blijkt uit de KNMG-meldcode (2015) waarin van dezelfde omschrijving van kindermishandeling wordt uitgegaan.[26] Voor de arts is dit (ruime) wettelijke begrip kindermishandeling dus het normatief-juridisch kader waarbinnen hij vrijheid én verantwoordelijkheid heeft om kinderen te beschermen tegen mishandeling. Dat begrip omvat zowel gedragingen van ouders die zonder twijfel tot ernstige schade hebben geleid bij het kind als gedragingen waarbij dat niet zonder meer evident is, bijvoorbeeld omdat de arts een vermoeden heeft van kindermishandeling of nog niet weet wat de ernst van de (psychische) schade is of in de toekomst zal zijn. Ook dat 'grijze gebied' waarin het dus niet zonder meer evident is dat van kindermishandeling sprake is, is voorwerp van onderzoek.[27] Uiteraard zal in dit onderzoek ook aandacht worden besteed aan het naar aanleiding van het Besluit verplichte meldcode van 23 juni 2017 in de KNMG-meldcode opgenomen afwegingskader dat de arts in staat moet stellen te beoordelen of sprake is van (een vermoeden van) dusdanig ernstig geweld of ernstige kindermishandeling dat een melding bij Veilig Thuis aangewezen is.[28]

Behandelend arts

Het onderzoek richt zich primair op de arts die een minderjarig kind behandelt van wie hij weet of vermoedt dat het slachtoffer is van kindermishandeling. Uiteraard is er in de praktijk een verschil in frequentie waarmee verschillende behandelend artsen hun minderjarige patiënt zien. Zo zal de huisarts of kinderarts een kind vaker zien dan een SEH-arts. Bij een eenmalig contact tussen arts en kind zal het niet altijd mogelijk zijn om alle stappen uit de KNMG-meldcode (2015) te zetten, vooral niet als het handelen een spoedeisend karakter heeft. Voor die artsen bepalen doorgaans protocollen dat het zetten van (vervolg)stappen in handen wordt gegeven van de huis- of kinderarts die vaker contact heeft met het kind. Waar in de bespreking van het geldend recht ten aanzien

26 Vgl. Baartman 2009. Auteur schetst de ontwikkeling van het begrip kindermishandeling en pleit voor een beperktere definitie: bedreiging van de veiligheid en het welzijn van een kind, door de eigen ouders. Zie hoofdstuk 6.

27 Zie voor een nadere toelichting van het 'grijze gebied': par. 6.3.1; par. 6.8.

28 Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291. Zie voorts: *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017, behorend bij Besluit van 23 juni 2017.

van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in de context kindermishandeling accenten in de te zetten stappen anders worden gelegd, doordat er sprake is van eenmalig contact, zal dit worden vermeld.

Behandelend artsen die in dienst zijn van een instelling kunnen ook te maken krijgen met de code van die instelling. Dit onderzoek behelst niet een vergelijking van alle codes die er gelden op instellingsniveau met de KNMG-meldcode, en ook niet van die instellingscodes onderling, maar is gericht op de juridische inbedding van de door wetgever en regering gemaakte keuze kindermishandeling te bestrijden ten koste van het medisch beroepsgeheim. Hierbij hebben de Wet verplichte meldcode en het daarbij behorende Besluit (2013) dat geïnspireerd is op de KNMG-meldcode (2012), en het daaruit voortvloeiende Basismodel waarin de minimale vereisten verwoord staan voor het handelen bij kindermishandeling, geleid tot een enkele aanpassing van de KNMG-meldcode (2015), zoals de opname van een 'kindcheck'. De arts die niet het kind maar de ouder onder behandeling heeft, of de ouder begeleidt, zoals de bedrijfsarts, en oudersignalen ontvangt (bijv. verslaving of psychiatrische problematiek), is verplicht een 'kindcheck' te doen. Deze 'kindcheck' is op grond van het Besluit (2013) aan de eerste stap van het stappenplan in de KNMG-meldcode toegevoegd en verplicht de behandelend arts na te gaan of de ouder belast is met de zorg voor minderjarige kinderen en of er een risico bestaat voor de veiligheid van die kinderen. Zo ja, dan moet hij de stappen uit de KNMG-meldcode volgen. Het is de professionele verantwoordelijkheid van álle artsen dat zij kinderen beschermen en kindermishandeling signaleren en melden, óók als het bedreigde kind niet hun patiënt is, aldus de KNMG.[29] Over de onderlinge verdeling van die verantwoordelijkheid gaat dit proefschrift niet.

Codes van instellingen zijn op dezelfde Wet verplichte meldcode en hetzelfde daarbij behorende Besluit gebaseerd, althans behoren dit te zijn. Zou dit immers niet het geval zijn dan valt er licht tussen de professionele standaard van de eigen beroepsgroep en de normen en codes van de instelling waar artsen werkzaam zijn. Eigen beroepscodes kunnen op sommige punten wel een aanscherping bevatten ten opzichte van het Basismodel of de KNMG-meldcode. Daarom zullen de toetsingsmaatstaven die in dit onderzoek worden gepresenteerd, moeten worden beschouwd als minimumvereisten voor het handelen van de arts bij kindermishandeling of vermoedens ervan.

Rechtsverhouding arts, kind en ouders

In dit onderzoek is in relatie tot de rechtsverhouding arts, kind en ouders uitgegaan van de civielrechtelijke Kribbebijter-doctrine, aangescherpt in het Baby Joost arrest, voor de positie van het kind als patiënt en zijn ouders als

29 KNMG-meldcode 2015, p. 15.

wettelijk vertegenwoordigers.[30] Uitgangspunt is dus dat ouders die met hun kind bij de arts komen en als wettelijke vertegenwoordigers van het kind een geneeskundige behandelingsovereenkomst sluiten, dit doen uit naam van de minderjarige, juist omdat diens minderjarigheid noopt dat zijn in geding zijnde belangen voor hem door een ander behartigd worden.

Kindermishandeling door ouders komt veel voor. Dit blijkt uit de studie van Alink c.s. naar de prevalentie van kindermishandeling in Nederland.[31] Het risico op kindermishandeling blijkt daarbij acht keer hoger bij laagopgeleide ouders. Werkeloosheid van ouders verhoogt het risico vijf keer, aldus Alink c.s.[32] Ouders oefenen, voor zover zij gezagdragend zijn, namens hun kind het recht op geheimhouding uit (art. 7:457 lid 3), ook als zij zelf hun kind mishandelen. Dit betekent dat de arts voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in beginsel hun toestemming (mede) nodig heeft (art. 7:457 lid 1 BW juncto artt. 7:450 lid 2 BW en 7:465 lid 1 BW). Uit het door mij verrichte jurisprudentieonderzoek blijkt dat geschillen in geval van kindermishandeling doorgaans ontstaan als toestemming van ouders voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim ontbreekt.[33] Dit zou de veronderstelling van onder meer Dute en Bruning kunnen ondersteunen, dat ouders niet snel bereid zijn toestemming te verlenen voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling.[34] Echter, dit blijft een veronderstelling. Het onderzoek was immers niet gericht op het verwerven van statistisch betrouwbare informatie. Hoe vaak ouders wél toestemming verlenen voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim blijft ongewis. Duidelijk is wel, dat als toestemming voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim ontbreekt, er voor de arts een juridisch dilemma ontstaat: wel of niet zwijgen? Vanwege de feitelijke rol van ouders, hun juridische bevoegdheden en het juridische dilemma dat zij voor de arts veroorzaken door het onthouden van toestemming, spitst het onderzoek zich toe op kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders.

1.3 Methode van onderzoek

De in dit proefschrift geformuleerde theorieën over (doorbreking van) het medisch beroepsgeheim en de zorgplicht bij kindermishandeling zijn gebaseerd op analyse en interpretatie van wettelijke en bestuurlijke maatregelen (Wet

30 HR 11 maart 1977, ECLI:NL:PHR:1977:AC1877, *NJ* 1977/521 m.nt. G.J. Scholten (Kribbebijter) en HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost). Zie ook: Voskamp 2015, p. 213-222.

31 Alink e.a. 2011, p. 13-14 en p. 57-59; zie voetnoot 10.

32 Alink e.a. 2011, p. 14.

33 Zie hoofdstuk 9.

34 Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 14; Bruning, *TvGR* 2013, p. 115-117 en p. 134; zie ook Ploem, *TvGR* 2008, p. 594.

verplichte meldcode, Besluiten 2013, 2017), professionele regelgeving (KNMG-meldcode 2015) en, van bovenal tuchtrechtelijke jurisprudentie over doorbreking van het medisch beroepsgeheim. Deze keuze voor bestudering van wetgeving, professionele regelgeving en jurisprudentie is bij onderzoek naar geldend recht onvermijdelijk. Uiteraard is ook de juridische doctrine ter zake bestudeerd.

Dit promotieonderzoek is dus van positiefrechtelijke aard. Sommigen plaatsen kanttekeningen daarbij, onder wie Vranken. Zij menen dat in juridisch onderzoek ook aandacht zou moeten worden besteed aan metajuridische inzichten.[35] Toegespitst op dit onderzoek kan hier gedacht worden aan inzichten vanuit de ethiek. Ethische principes zoals respect voor autonomie, weldoen en niet-schaden zijn voor een belangrijk deel in de maatregelen ter bestrijding van kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders geïncorporeerd.[36]

Zonder af te willen doen aan het belang van metajuridische inzichten heb ik niet gekozen voor de ethiek als een zelfstandig perspectief. Dat betekent uiteraard niet dat de ethiek in dit proefschrift ontbreekt; ze speelt een belangrijke rol in de behandeling van fundamentele rechten van de patiënt (in deel I) en van fundamentele plichten van de arts die voortvloeien uit – ook ethische – beginselen zoals het beschermingsbeginsel (vgl. goed hulpverlenerschap; art. 7:453 BW) en het zelfbeschikkingsrecht (vgl. toestemming voor doorbreking medisch beroepsgeheim; art. 7:457 lid 1 BW). Maar uiteindelijk richt dit onderzoek zich primair op de dogmatische duiding van het medisch beroepsgeheim en zijn relatie met de zorgplicht. Deze duiding is, als gezegd, vooral gestoeld op een kritische analyse van wet- en regelgeving, jurisprudentie van bovenal tuchtrechtelijke aard en de doctrine. Ook een eigen empirisch perspectief ontbreekt in dit proefschrift, maar vanzelfsprekend worden door het boek heen, nadrukkelijk de cijfermatige onderbouwingen van het bestrijden van kindermishandeling in het onderzoek betrokken.

1.4 VOCABULAIRE

Daar waar in dit proefschrift wordt gesproken van 'betrokkene(n)' wordt bedoeld ouders en/of kind.[37] Daar waar gesproken wordt van 'kindermishandeling' wordt hiermee bedoeld de evidente gevallen van kindermishandeling alsmede de minder evidente gevallen, ook wel het 'grijze gebied' genoemd, zoals een vermoeden van kindermishandeling.

---

35 Asser/Vranken 2014. Zie ook Van Boom, *TvPr.* 2013 die wijst op het belang van empirisch onderzoek.

36 Den Hartogh 2014, p. 77.

37 Zie voor de mate waarin gezagdragende ouders de rechten van hun minderjarige kind kunnen uitoefenen: par. 3.5.3.1 en voor daarmee gepaard gaande dilemma's: par. 3.5.3.2.

1.5 Plan van behandeling

In hoofdstuk 2 staat de ratio van het medisch beroepsgeheim centraal.

In hoofdstuk 3 gaat mijn aandacht uit naar de zwijgplicht en naar de verhouding van de zwijgplicht tot de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW).

In hoofdstuk 4 wordt de andere zijde van de medaille van het medisch beroepsgeheim belicht: het verschoningsrecht.

Hoofdstukken 3 en 4 geven een beschrijving van de wettelijke grondslagen van het medisch beroepsgeheim, de reikwijdte en inhoud. Zij beogen samen de contouren van het medisch beroepsgeheim te schetsen en antwoord te geven op de vraag hoe de zwijgplicht en het verschoningsrecht zich tot elkaar verhouden en tot de zorgplicht die op de arts rust.

In hoofdstuk 5 komen de uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim nader aan de orde. Mijn aandacht gaat daarbij ook uit naar de vraag of er verschil bestaat in de toepassing van de uitzonderingen op de zwijgplicht respectievelijk het verschoningsrecht. Daarnaast zal worden ingegaan op de zorgplicht en de verhouding tussen zorgplicht en medisch beroepsgeheim zodat hierop kan worden voortgebouwd in deel II.

Hoofdstuk 6 geeft een analyse van het begrip kindermishandeling, zoals dat is neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo, teneinde de 'scope' van het begrip te duiden. Deze omschrijving is, zoals reeds opgemerkt, hoeksteen van de getroffen maatregelen ter bestrijding van kindermishandeling en dus ook van die in het Besluit (2017) behorende bij de Wet verplichte meldcode (2013), op grond waarvan artsen moeten verduidelijken wanneer zich een meldingsplichtige situatie van kindermishandeling voordoet. Een kritische beschouwing van het begrip kindermishandeling en de hanteerbaarheid van dat begrip is daarom nodig. In de analyse worden waar functioneel, de strafbepalingen van mishandeling betrokken (artikelen 300-304 Sr). In de preventie en aanpak van kindermishandeling wordt immers ook gebruik gemaakt van strafrechtelijke normen. De uitwerking van het begrip mishandeling in de artikelen 300-304 Sr en de interpretatie ervan kunnen van toegevoegde waarde zijn voor de analyse van de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo.

Hoofdstuk 7 richt zich op het analyseren van de wettelijke en daarbij behorende bestuurlijke regelingen waarin de bevoegdheid c.q. de plicht is neergelegd voor de arts om het medisch beroepsgeheim te doorbreken in geval van kindermishandeling. Wat betekenen – in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders – deze regelingen voor het medisch beroepsgeheim, zijn uitzonderingen en de zorgplicht?

In hoofdstuk 8 wordt de professionele regelgeving geanalyseerd zoals deze is vervat in het onderdeel 'kindermishandeling' uit de KNMG-meldcode (2015). Onderzocht wordt of en, zo ja, waaruit blijkt dat het accent in de code is verschoven naar spreken-tenzij, en hoe de code zich verhoudt tot het conflict

van plichten als grondslag voor het doorbreken van de zwijgplicht en welke betekenis de zorgplicht toekomt. Uiteraard wordt vooruitgeblikt op de ontwikkelingen ten gevolge van het Besluit van 23 juni 2017 en het daarin geformuleerde afwegingskader. De bevindingen van hoofdstuk 8 worden ten slotte vergeleken met die van hoofdstuk 7.

In hoofdstuk 9 richt mijn onderzoek zich op de wijze waarop de rechter, met name de tuchtrechter, het medisch beroepsgeheim en de zorgplicht duidt bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders. Houdt de rechter vast aan de uitgangspunten van het medisch beroepsgeheim en de uitzonderingen die in het algemeen voor het doorbreken ervan gelden, of geven de uitspraken blijk van toenemende ruimte voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, en welke rol speelt de zorgplicht daarbij? Hiertoe zijn rechterlijke uitspraken onderzocht gedurende de periode vanaf 1 september 2008 tot de kopijdatum van dit proefschrift. De spanning met het stevig in de wet verankerde medisch beroepsgeheim is door het in de KNMG-meldcode geplaatste accent op 'spreken-tenzij' het grootst in deze periode. Incidenteel komen ook uitspraken aan de orde waarop een eerdere KNMG-meldcode (2002, 2004) van toepassing is, maar dat zal zijn omdat de desbetreffende uitspraak blijk geeft van het anticiperen op de accentverschuiving richting een 'spreken-tenzij'.

Dit hoofdstuk beoogt inzicht te geven in grondslag(en) en toetsingskader(s) die in geval van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders in de (tucht)rechtspraak worden gehanteerd, en in de verhouding tussen zorgplicht en medisch beroepsgeheim daarbij.

In hoofdstuk 10 concludeer ik over de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken en de mogelijke spanning daartussen. Een en ander leidt tot een voorstel voor een toetsingsmodel voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders.

DEEL I

Medisch beroepsgeheim

2 Ratio van het medisch beroepsgeheim

2.1 INLEIDING

De geschiedenis van het medisch beroepsgeheim voert terug tot de vierde eeuw voor Christus, de tijd van Hippocrates – de 'vader van de geneeskunde'. In die tijd kwam de befaamde eed van Hippocrates tot stand.[1] Deze eed normeert het handelen van artsen. Geheimhouding is een van deze normen.[2] Waaróver artsen in de Griekse oudheid precies moesten zwijgen, blijkt niet uit de eed; het zou heel wel kunnen – aangezien de Hippocratische sekte een wat esoterisch karakter kan worden toegeschreven – dat de geheimhouding vooral de geheimen van de geneeskunst betrof en niet zozeer, zoals tegenwoordig, de geheimen van de patiënt.[3]

Tegenwoordig geldt de eed met daarin de passage over geheimhouding niet langer als voorwaarde voor toelating tot het artsenberoep.[4] Met de Wet Big kwam er immers in 1997 een einde aan de wettelijke regeling waarin de eed, zij het in een samengevatte vorm, sinds 1878 was neergelegd (art. 21 WHW).[5] De parlementaire geschiedenis geeft weinig houvast voor wat betreft de precieze reden voor het afschaffen van de wettelijke regeling. Kennelijk was de algemene gedachte dat het niet langer nodig was de eed in de wet in te bedden. Deze bleek immers niet van grote juridische waarde vooral vanwege de te algemene formulering ervan.[6] Daarbij komt dat de opkomst van de patiëntenrechten sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw, heeft geresulteerd in de inbedding van die rechten in de wet, waaronder het recht op geheimhouding (art. 7:457 lid 1 BW). In de eed gold de patiënt niet zozeer als drager van rechten, maar als object van de professionele verplichtingen van de arts.[7] De verschillende plichten van de arts, die voortvloeien uit de eed, en daarmee corresponderende rechten van de patiënt zijn thans in diverse, afzonderlijke regelingen neergelegd. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat geheimhou-

1 Ten Have, Ter Meulen & Van Leeuwen 2009, p. 53; Legemaate 2004, p. 27.
2 Hazewinkel-Suringa 1959, p. 70.
3 Buijsen c.s. 2012, p. 23-26; Ten Have, Ter Meulen & Van Leeuwen 2009, p. 53; Houtzager 2004, p. 15-17.
4 VSNU & KNMG 2003, p. 25.
5 Leenen e.a. 2017, p. 455; Legemaate 2004, p. 23 en p. 28-29.
6 Legemaate 2004, p. 28-31.
7 Leenen e.a. 2017, p. 101-102.

ding een recht is van de patiënt en een plicht van de arts (art. 7:457 lid 1 BW en art. 88 Wet Big).

De Hoge Raad had overigens al in 1913, in het zogeheten Liefdehuis-arrest, bepaald dat het medisch beroepsgeheim voortvloeit uit de 'eigenaardige eischen van het medisch beroep' en dus niet uit de eed.[8] In dit arrest ging het om de beoordeling van het beroep van de arts op zijn verschoningsrecht. De arts, werkzaam in de zorginstelling, het Liefdehuis geheten, werd verdacht van het hebben verricht van een abortus provocatus. Het OM startte een strafrechtelijk onderzoek. De arts beriep zich op zijn verschoningsrecht. De Hoge Raad honoreerde het beroep op het verschoningsrecht met de overweging dat een ieder zich zonder vrees voor openbaarheid van zijn gegevens tot een arts moet kunnen wenden.[9] Hieruit valt af te leiden dat het medisch beroepsgeheim al geruime tijd een algemeen belang dient: een ieder moet zich tot de arts kunnen wenden zonder vrees dat vertrouwelijke informatie wordt prijs gegeven aan een ander.

Het beschermen van dit algemeen belang van (onder meer) het medisch beroepsgeheim is terug te vinden in art. 272 lid 1 Sr waarin het schenden van het beroepsgeheim strafrechtelijk is gesanctioneerd.[10] Uit de toelichting op art. 272 Sr blijkt immers het belang dat bepaalde beroepen, waaronder dat van arts, niet op de juiste wijze kunnen worden uitgeoefend zonder openhartige inlichtingen van de hulpbehoevenden.[11] De arts heeft – soms zeer intieme – informatie nodig om goede zorg te kunnen verlenen aan de patiënt. De patiënt moet erop kunnen vertrouwen dat de arts daarover zwijgt. Anders bestaat immers het risico dat patiënten niet de hulp van de arts dúrven in te roepen. Goede zorgverlening aan de patiënt scharniert dus om vertrouwen van de patiënt in geheimhouding.

Behalve het algemeen belang, dient het medisch beroepsgeheim sinds de opkomst en wettelijke waardering van de individuele rechten van de patiënt in het bijzonder en dat van vrijheidsrechten, zoals het recht op privacy in het algemeen, ook een individueel belang: de bescherming van de privacy van de patiënt.[12] Uit de parlementaire geschiedenis over het medisch beroepsgeheim blijkt immers dat het medisch beroepsgeheim informatie die tot de privacy-sfeer van de patiënt hoort, beoogt te beschermen.[13] Het medisch beroepsgeheim is dus een recht van de patiënt (art. 7:457 lid 1 BW) en niet, zoals wel eens gedacht wordt, een recht van de arts.

---

8 HR 21 april 1913, *NJ* 1913, p. 958-961 (Liefdehuis-arrest). Zie voor een uitvoerige beschrijving van het arrest: Engberts, *TvGR* 2013, p. 723-724. Auteur benadrukt dat 'eigenaardig' dient te worden gelezen als 'de eigen aard betreffend'.

9 HR 21 april 1913, *NJ* 1913, p. 960 (Liefdehuis-arrest).

10 Zie par. 3.2.3.

11 *Kamerstukken II* 1952/53, 3030, nr. 3; Hazewinkel-Suringa 1959, p. 9; Smidt 1891 (deel II), p. 425.

12 Zie bijv. Leenen e.a. 2017, p. 150; Kahn 2001, p. 212. Zie par. 2.3.

13 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 14 en p. 38-40.

Beide belangen, algemeen en individueel, spelen in de afweging van het medisch beroepsgeheim tegen ándere zwaarwegende maatschappelijke belangen een belangrijke rol, zoals uit hoofdstuk 5 zal blijken. De Hoge Raad wijst in zijn afweging van het medisch beroepsgeheim tegen andere maatschappelijke belangen nadrukkelijk op de beide belangen die het medisch beroepsgeheim dient.[14]

In de volgende paragrafen gaat mijn aandacht uit naar beide belangen die het medisch beroepsgeheim dient: het algemeen belang (par. 2.2) en het individueel belang (par. 2.3). Vervolgens staat de vraag centraal hoe deze belangen zich onderling verhouden (par. 2.4) en wat deze betekenen voor het medisch beroepsgeheim (par. 2.5).

2.2 Algemeen belang

Het medisch beroepsgeheim dient in de eerste plaats het algemeen belang dat een ieder vrije toegang heeft tot de gezondheidszorg. Uit de wetsgeschiedenis van het medisch beroepsgeheim blijkt dat dit betekent dat iedereen zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot de arts moet kunnen wenden.[15] Dit is geheel in lijn met wat de Hoge Raad reeds in 1913 in het hierboven genoemde Liefdehuis-arrest overwoog:

> '(…) een ieder, die zich of een der zijnen onder behandeling stelt van een geneesheer, [moet] er op [kunnen] rekenen, dat hetgeen deze bij die behandeling door mededeelingen van den zieke zelf of te zijnen behoeve gedaan of door eigen onderzoek omtrent zijn patiënt te weten komt – al hetwelk geacht moet worden den geneesheer als zoodanig te zijn toevertrouwd – geheim blijve, vermits alleen bij voldoening aan dien eisch kan worden voorkomen, dat de zieken zelve of zij, die geroepen zijn voor hen te zorgen, uit vrees voor zijn openbaarheid zich laten weerhouden geneeskundige hulp in te roepen en dus slechts dàn het doel van het aan geneeskundigen toekomend verschooningsrecht kan worden bereikt.'[16]

Uit dit citaat valt af te leiden dat het doel van geheimhouding is dat de patiënt erop vertrouwt dat informatie veilig kan worden gedeeld met de arts. Het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim is er dus op gericht de drempel tot de gezondheidszorg voor de (toekomstige) patiënt zo laag mogelijk te houden. In het verlengde daarvan dient, zoals Buijsen c.s. terecht stellen,

---

14 Zie bijv. HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, r.o. 5.6, *NJ* 2008, 407, m.nt. J. Legemaate.

15 Bijlage 1, p. 2 bij *Kamerstukken II* 2015/16, 34300-XVI, nr. 161; *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-XVI, nr. 129, p. 1, p. 7 en p. 10; *Kamerstukken II* 2011/12, 33000-XVI, nr. 170, p. 2.

16 HR 21 april 1913, *NJ* 1913, p. 960. Zie voor een uitvoerige beschrijving van het Liefdehuis-arrest: Engberts, *TvGR* 2013, p. 727-728.

geheimhouding ook de kwaliteit van gezondheidszorg.[17] De arts dient immers goed te zijn geïnformeerd teneinde goede zorg aan de patiënt te kunnen verlenen. Daarvoor is het vertrouwen van de patiënt dat hij vrijuit kan spreken onontbeerlijk.

Voorts valt uit het geciteerde af te leiden dat de Hoge Raad de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt als de grondslag van geheimhouding ziet. Geheimhouding berust in dit licht niet op de professionele verplichting van de arts, maar veeleer op de aard van de relatie tussen arts en patiënt. Dit is een vertrouwensrelatie. Daarmee is ook het deels bovenindividuele aspect van het medisch beroepsgeheim gegeven. Arts en patiënt kunnen immers op grond van art. 7:468 BW niet overeenkomen dat in hun relatie het medisch beroepsgeheim geen rol zal spelen, omdat het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim zich hiertegen verzet.[18]

Het belang van een vertrouwelijke omgang met informatie voor een goede uitoefening van het beroep speelt niet alleen in een medische context. Ook voor andere beroepen geldt dat geheimhouding nodig is voor goede hulp- en zorgverlening en dat schending van die geheimhouding strafrechtelijk is gesanctioneerd. Steun hiervoor is niet alleen te vinden in de parlementaire geschiedenis van art. 272 Sr, waaruit blijkt dat dit artikel zich niet alleen richt tot artsen.[19] Ook in de literatuur wordt hierop gewezen. Zo wijst Hazewinkel op het bekende viertal tot wie art. 272 Sr zich onder meer richt. Behalve de arts zijn dit: de advocaat, notaris en de geestelijke.[20] Kenmerkend voor deze vier vertrouwensberoepen is dat de daarmee gepaard gaande zwijgplicht is versterkt met het verschoningsrecht: het recht om zich te verschonen – af te zien – van een getuigenverklaring voor zover dit een schending zou betekenen van de zwijgplicht.[21] Het belang van geheimhouding voor de toegankelijkheid tot de hulpverlening en, in het verlengde daarvan, voor een goede uitoefening van deze beroepen, wordt als een dermate reëel en zwaarwegend belang beschouwd dat daarvoor zelfs het belang van de waarheidsvinding moet wijken, aldus ook onder meer Bannier en Legemaate.[22] Toch klinken in het juridisch discours ook een aantal kritische geluiden door met betrekking tot de hantering van dit algemeen belang in de belangenafweging, die ik hieronder zal bespreken.

---

17 Buijsen c.s. 2012, p. 14.

18 Dit geldt in een curatieve setting, in de sociale geneeskunde kan dat anders liggen. Zie Defloor, *RW* 2011, p. 859-860.

19 *Kamerstukken II* 1952/53, 3030, nr. 3; zie ook Smidt 1891 (deel II), p. 425.

20 Hazewinkel-Suringa 1959, p. 9. Zie bijv. ook Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 39; Legemaate, *NJB* 2009, p. 2620; Bannier e.a. 2008, p. 7.

21 In het strafrecht strekt het verschoningsrecht zich ook uit tot het OM en de politie. Zie Buijsen c.s. 2012, p. 33.

22 Bannier e.a. 2008, p. 7; Legemaate, *NJB* 2009, p. 2622; zie ook Sanders & Hupkes, *NJB* 2014, p. 447; HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4284, r.o. 2.6-2.7, *NJ* 2014/92 m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

2.2.1 Een abstracte notie?

In het onderzoek naar de plaats en betekenis van het medisch beroepsgeheim merken Buijsen c.s. op dat het algemeen belang, hoe zwaarwegend en reëel ook, juridisch moeilijk hanteerbaar is.[23] In dezelfde lijn plaatst Bleichrodt in zijn conclusie voorafgaand aan het Apothekersarrest (2008), waarin de apotheker fraude in de vorm van valsheid in geschrifte werd verweten, vraagtekens bij het gemak waarmee een beroep wordt gedaan op het algemeen belang. Volgens hem ontbreekt immers empirisch bewijs dat de vrije toegang tot de gezondheidszorg door geheimhouding wordt gediend.[24] Bleichrodt haalt de Duitse situatie aan waarin de arts die verdacht wordt van het hebben begaan van een misdrijf, zich niet op geheimhouding kan beroepen.[25] De kans dat een patiënt een dergelijke arts treft, acht Bleichrodt klein en hij stelt zich de vraag of patiënten zich in het licht van die kleine kans ervan zouden laten weerhouden hulp in te roepen. Echter, Duijst wijst in haar dissertatie op het internationale onderzoek naar de rol van geheimhouding, dat is verricht onder patiënten van psychotherapeuten in de VS.[26] Hieruit is gebleken dat patiënten informatie achterhouden of zelfs een behandeling niet ondergaan als zij er niet op kunnen vertrouwen dat de psychotherapeut het medisch beroepsgeheim in acht neemt. Ofschoon dit onderzoek zich niet uitstrekt tot geheimhouding van de arts, verduidelijkt het wel dat vertrouwen in geheimhouding een grote rol speelt bij het al dan niet inroepen van (tijdige) hulp.

Legemaate stelt in zijn noot onder het Apothekersarrest dat het meer voor de hand ligt dat patiënten zich de vraag zullen stellen of 'de hulpverlening' als zodanig kan worden vertrouwd en wijst erop dat empirisch bewijs hiervoor niet eenvoudig te verkrijgen is.[27] Hij meent evenwel dat het ontbreken van empirisch bewijs niet betekent dat relativering van het algemeen belang zonder gevaren is.[28] Feitelijke ontwikkelingen, rechterlijke uitspraken en wettelijke bepalingen kunnen het vertrouwen van burgers ondergraven vooral wanneer het gaat om burgers in lastige en kwetsbare omstandigheden, aldus Legemaate.[29] Gebrek aan vertrouwen in geheimhouding hangt nauw samen met

23 Buijsen c.s. 2012, p. 25.

24 A-G F.W. Bleichrodt, conclusie voor HR 27 mei 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BC1370, r.o. 3.28, *NJ* 2008/407; zie ook Bruning, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1133. Bruning stelt dat indien toestemming is gegeven voor inzage in het medisch dossier door het OM, het algemeen belang niet te snel mag leiden tot honorering van het verschoningsrecht.

25 A-G F.W. Bleichrodt, conclusie voor HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:PHR:2008:BC1370, onder 3.28, *NJ* 2008/407.

26 Duijst 2007, p. 32-33.

27 J. Legemaate, annotatie bij HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, r.o. 3.28, *NJ* 2008/407. Zie ook Bruning, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1133.

28 Legemaate, *NJB* 2009, p. 2620.

29 J. Legemaate, annotatie bij HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, *NJ* 2008/407; zie ook Duijst 2007, p. 32-33; Van Veen 2004, p. 27; Hazewinkel-Suringa 1959, p. 26.

het risico van mijden van zorg door burgers, zo benadrukt ook de Britse onderzoekster Jackson:

> 'If patients being treated for drug addiction, mental illness or HIV infection, for example, believed that their medical notes might be seen by future employers, there would be a powerful disincentive to seek medical care and advice.'[30]

Dit citaat steunt de gedachte dat – hoe abstract de notie 'algemeen belang' ook is – (toekomstige) patiënten moeten kunnen vertrouwen op geheimhouding. Anders bestaat het risico dat zij zorg mijden. Met Legemaate ben ik het eens dat dit niet betekent dat het algemeen belang een onaantastbare status zou moeten toekomen, maar wel dat – in het licht van het belang van vertrouwen van (toekomstige) patiënten – voor relativering ervan, moet kunnen worden aangetoond dat het om een ander, zwaarwegender belang gaat dan geheimhouding, dat als zodanig in de samenleving breed is aanvaard.[31]

Van Veen zoekt naar de norm achter het algemeen belang. Hij meent – evenals Bleichrodt – dat het argument dat men zich zonder beroepsgeheim niet meer tot de gezondheidszorg zou durven wenden, een aanname is waarvoor empirisch bewijs ontbreekt.[32] Volgens Van Veen is de toegankelijkheid van de zorg op zichzelf niet een norm, maar zou het 'veel juister' zijn om de norm van het algemeen belang in termen van het huidige rechtendiscours te formuleren als 'het gelijke recht op gezondheidszorg' beschermd door het beroepsgeheim.[33] Hierbij gaat het volgens hem om een individueel recht op gelijke toegang tot de gezondheidszorg van de patiënt zelf en van ánderen.

Ik zie weinig in deze nieuwe invulling, omdat zijn pleidooi voor het gelijke recht op gezondheidszorg weliswaar iets kan zeggen over gelijkheid, maar weinig over de inhoud ervan. Met de referentie aan gelijkheid wordt immers inhoudelijk niets bereikt. Geheimhouding is de norm die naar mijn mening in sommige gevallen bij uitstek een algemeen belang dient, zoals wanneer het gaat om zwijgen na overlijden van de patiënt (zie hierna onder 4.5).[34] De arts kan zijn beroep en de daarmee gepaard gaande maatschappelijke functie op het terrein van de individuele gezondheidszorg alleen uitvoeren als de samenleving in hem en zijn zwijgen vertrouwen heeft. Daarmee is het, ook al is het een wat abstracte notie, een belangrijk gewicht in de weegschaal, waarin ook andere maatschappelijke en individuele belangen worden meegewogen.

---

30 Jackson 2006, p. 315; zie ook Jones, *Journal of Medical Ethics* 2003, p. 348 en p. 350.

31 Legemaate, *NJB* 2009, p. 2620.

32 Van Veen 2004, p. 27-28.

33 Van Veen 2004, p. 28; zie ook Buijsen c.s. 2012, p. 29. Auteurs wijzen erop dat het recht op gezondheidszorg als sociaal grondrecht niet of nauwelijks justitiabel is.

34 Zie bijv. Rb. 's-Hertogenbosch 26 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN3026, r.o. 16, *GJ* 2010/130.

2.3 INDIVIDUEEL BELANG

Het 'individueel belang' van het medisch beroepsgeheim wordt in het alledaagse taalgebruik bij debatten en discussies zonder veel terughoudendheid vereenzelvigd met de term 'privacy' of met het 'recht op privacy', alsmede in de literatuur over het medisch beroepsgeheim.[35] Dát, terwijl het begrip 'privacy' bekend staat als een veelomvattend, facetrijk begrip.[36] Volgens juristen en ethici is het zelfs een 'complex' en 'vaag' begrip. Er bestaan controverses over de betekenis en de zin van het privacy begrip en het lijkt te worden getypeerd door een zoektocht naar conceptuele eenheid.[37]

Het recht op privacy is voor het eerst omschreven in het baanbrekende artikel van Warren en Brandeis (1890) als het 'recht om met rust gelaten te worden'.[38] Sindsdien is er veel over het begrip geschreven. In de Nederlandse literatuur wordt door sommigen één ruime betekenis aan privacy gegeven, zoals door A.J. Nieuwenhuis, die privacy omschrijft als de mogelijkheid om het eigen leven vorm te geven.[39] Anderen geven invulling aan deze ruime betekenis door verschillende facetten van het begrip privacy te belichten. Zo omvat volgens Buruma het recht op privacy niet alleen het recht op een autonoom bestaan (waaronder het recht op lichamelijke integriteit) maar ook een vrijheid van handelen (zelfbeschikkingsrecht), en omvat het tevens het recht op ontplooiing en ontwikkeling en het recht op informationele privacy dat ziet op het op een vertrouwelijke wijze omgaan met persoonsgegevens.[40] J.H. Nieuwenhuis noemt het beschermen van het recht op zelfbeschikking zelfs de 'core business' van het recht op privacy.[41]

Het recht op privacy is een klassiek grondrecht dat is terug te vinden in talrijke nationale en internationale regelingen, zoals in art. 12 van de UVRM, in art. 8 EVRM en in art. 17 IVBPR. Het is sinds 1983 in onze Grondwet vastgelegd, in artikel 10. De facetrijkheid van het begrip privacy is terug te vinden in de artt. 11 t/m 13 Gw. Het betreft hier verbijzonderende aspecten van het recht op privacy: onaantastbaarheid van het lichaam (art. 11 Gw), huisrecht (art. 12 Gw) en lichamelijke integriteit (art. 13 Gw).

Art. 10 Gw bepaalt dat behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen een ieder recht heeft op eerbiediging van zijn persoonlijke levens-

35 Leenen e.a. 2017, p. 167-177; Buijsen c.s. 2012, p. 25-26; Overkleeft-Verburg 2000, p. 166-169; Lutke Schipholt, *MC* 2005, p. 1462.
36 Ziegler 2007, p. 1-10; Koops & Vedder 2001, p. 11.
37 Koops & Vedder 2001, p. 11.
38 Warren & Brandeis, *Harvard Law Review* 1890, p. 193 ('To be let alone').
39 Nieuwenhuis 2001, p. 19.
40 Buruma, *DD* 2004, p. 667-668; zie ook Duijst 2007, p. 28 en Blok 2002, p. 43-71.
41 Nieuwenhuis 2007, p. 15-20.

sfeer.[42] Dit algemeen geformuleerde grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer was een gevolg van de toenemende betekenis van dit vrijheidsrecht in de jaren zestig van de vorige eeuw. Deze ontwikkeling hing samen met onder meer de snelle groei en mogelijkheden van geautomatiseerde gegevensverwerking in de samenleving. In dit licht is het opnemen van een algemeen recht op privacy in de Grondwet als een logische reactie van de overheid te beschouwen.

In deze paragraaf staat niet de zoektocht naar conceptuele eenheid van het begrip privacy centraal, maar de relatie tussen het recht op privacy en het medisch beroepsgeheim. Deze scharniert in de sfeer van de medische behandeling in de kern om de bescherming van persoonsgegevens die tot de private sfeer van de patiënt behoren. Persoonsgegevens omvatten alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon.[43] Medische gegevens vormen een bijzondere categorie van persoonsgegevens. De Hoge Raad bepaalde reeds in 2009 dat identiteitsgegevens van personen die zich voor enige vorm van medische hulp of informatie bij een arts of ziekenhuis hebben gemeld, indirect informatie over de gezondheid van die personen behelzen en daarom gegevens betreffende de gezondheid zijn.[44] Medische gegevens zijn dus niet alleen gegevens die direct informatie over de gezondheid bevatten, maar ook indirect. Persoonsgegevens – medisch en niet medisch – maken, geheel in lijn met de rechtspraak van het EHRM, deel uit van het recht op privacy:

> 'The protection of personal data, in particular medical data, is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life as guaranteed by Article 8 of the Convention.'[45]

42 Het verschil in terminologie (privacy, persoonlijke levenssfeer en soms privé leven) heeft geen gevolgen voor de beschermingsomvang omdat aan deze begrippen een min of meer overeenkomstige betekenis is toegekend. Zie voor een beschrijving van de privacy-elementen: Overkleeft-Verburg 2000, p. 155 en p. 160.

43 Ingevolge art. 4 AVG wordt als identificeerbaar beschouwd een natuurlijke persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd met name aan de hand van een identificator zoals een naam, een identificatienummer, loactiegegevens, een online identificator of van een of meer elementen die kenmerkend zijn voor de fysieke, fysiologische, genetische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit van die natuurlijke persoon. Zie par. 3.2.4.

44 HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9218, r.o. 2.4.4, *NJ* 2009/325 m.nt. P.A.M. Mevis.

45 EHRM 25 februari 1997, ECLI:NL:XX:1997:AD4448, par. 95, *NJ* 1999/516 m.nt. G. Knigge, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 712, m.nt. A.C. Hendriks (Z. tegen Finland); zie ook: EHRM 4 december 2008, ECLI:NL:XX:2008:BH1813, nr. 30562/04 (Marper en S tegen Verenigd Koninkrijk).

Om van het recht op privacy te genieten is het medisch beroepsgeheim, volgens het Hof, van grote waarde.[46] Het biedt immers een waarborg voor een juiste omgang met persoonsgegevens. Het omgekeerde geldt ook: het recht op privacy is voor het medisch beroepsgeheim van grote waarde. Het recht op privacy ziet in de kern immers op de bescherming van het recht van iedere burger op persoonlijke vrijheid en het recht op autonomie, zowel in de verticale relatie tussen overheid en burger als in de horizontale relatie tussen burgers onderling, zoals tussen arts en patiënt.[47]

In de verticale verhouding dient de overheid zich te onthouden van inbreuken op de privacy van haar burgers, aldus Leenen.[48] Zij dient tevens voorwaarden te scheppen voor het verwezenlijken van het recht op privacy door bijvoorbeeld wetgeving. Voorbeelden hiervan zijn de regelingen ter zake van geheimhouding (art. 88 Wet Big en art. 7:457 lid 1 BW) en van verwerking van persoonsgegevens (zoals thans neergelegd in de UAVG en AVG).[49]

Behalve in de verticale verhouding werkt het recht op privacy ook door in de horizontale relatie tussen arts en patiënt. De arts dient de privacy van zijn patiënt te respecteren door het medisch beroepsgeheim niet te doorbreken, tenzij hij toestemming van betrokkene(n) heeft voor het verstrekken of verwerken van gegevens (art. 7:457 lid 1 BW). Het geven van toestemming door betrokkene(n) is een uiting van het recht op zelfbeschikking, van het recht op autonomie, dat een van de vele facetten belicht van het begrip privacy. Overkleeft-Verburg signaleert dat in die horizontale verhouding de belangenafweging bij privacyaantasting steeds meer in de sleutel van de grondrechtelijk gegarandeerde en horizontaal doorwerkende privacybescherming is komen te staan.[50] Dit beeld blijkt ook uit de EHRM-jurisprudentie. De daar ontwikkelde toetsingscriteria voor de beoordeling van een inbreuk op het recht op privacy – noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit – lopen als een rode draad door de Nederlandse jurisprudentie ter zake van het zonder toestemming doorbreken van het medisch beroepsgeheim.[51] De arts moet zich in beginsel onthouden van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, tenzij hiervoor toestemming door de patiënt is gegeven waarmee hij uiting geeft aan zijn recht op zelfbeschikking dat immers in de woorden van Nieuwenhuis de 'core business' is van het recht op privacy.[52] Het doorbreken van het me-

46 Zie ook EHRM 23 februari 2016, *LJN* 40378/06, EHRC 2016/102 m.nt. A.C. Hendriks (YY. tegen Rusland) en EHRM 17 juli 2008, ECLI:NL:XX:2008:BF0246, par. 35, EHRC 2008/114 (I. tegen Finland). Hierin bepaalde het Hof dat de in een medisch dossier bewaarde gegevens de kern raken van artikel 8 EVRM; zie ook Hendriks 2009, p. 72.

47 Verhey 1992, p. 207.

48 Leenen e.a. 2017, p. 55-62.

49 De Wbp is sinds 25 mei 2018 komen te vervallen. Zie par. 3.2.4 voor een bespreking van het verbod op verwerking van persoonsgegevens in de UAVG en AVG.

50 Overkleeft-Verburg 2000, p. 157; zie ook Verhey 1992, p. 294.

51 Overkleeft-Verburg 2000, p. 157; zie ook Verhey 1992, p. 306-311.

52 Nieuwenhuis 2007, p. 15-20.

disch beroepsgeheim, zoals bijvoorbeeld bij vermoedens van kindermishandeling, is dus bovenal iets dat in die horizontale relatie tussen arts en patiënt speelt.

2.3.1 Een andere invulling?

Ofschoon de overheersende gedachte in de literatuur over het medisch beroepsgeheim is dat het individueel belang van het medisch beroepsgeheim gelegen is in het recht van de patiënt op privacy, denkt een enkeling hier anders over.[53] Volgens Buijsen c.s. is het individueel belang van het medisch beroepsgeheim, evenals het algemeen belang, gelegen in de onbelemmerde toegang tot gezondheidszorg en dus niet in de bescherming van het recht op privacy.[54] Met het respecteren van het medisch beroepsgeheim is, aldus Buijsen c.s., altijd de privacy van een patiënt geëerbiedigd. Doorbreking van het medisch beroepsgeheim levert dan ook per definitie een inmenging op waartegen de patiënt kan optreden met een beroep op bepalingen waarin het grondrecht op privacy is neergelegd, zoals art. 10 Gw, art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR. Juist die bepalingen, aldus Buijsen c.s., leren weinig over de precieze betekenis van het medisch beroepsgeheim. Het individueel belang dat het medisch beroepsgeheim dient, is daarom volgens Buijsen c.s. niet gelegen in de bescherming van het recht op privacy, maar in de onbelemmerde toegang tot de gezondheidszorg.

Anders dan Buijsen c.s. meen ik dat het respecteren van het medisch beroepsgeheim niet altijd hoeft te betekenen dat de privacy van de patiënt wordt geëerbiedigd. Niet alleen kan met geheimhouding ook de privacy van een *ander* dan de patiënt worden geëerbiedigd (zie slotzin van art. 7:457 lid 1 BW), maar bovendien kan de privacy van de patiënt ook worden geëerbiedigd als het medisch beroepsgeheim *niet* wordt gerespecteerd, hoe paradoxaal dit wellicht ook moge klinken. Dit is, zoals hiervoor is besproken, het geval als de patiënt de arts toestemming geeft voor het doorbreken ervan. Dit laatste betekent dus niet – in de woorden van Buijsen – dat er sprake is 'van inmenging waartegen de patiënt kan optreden'. De patiënt wenst de doorbreking immers zelf en oefent het zelfbeschikkingsrecht uit dat – zoals hiervoor bleek – deel uitmaakt van zijn recht op privacy. Terzijde zij hier opgemerkt dat van een vergelijkbare situatie sprake is als patiënten zelf via sociale media allerlei (gezondheids)gegevens uitwisselen.

De verhouding tussen het recht op privacy en het medisch beroepsgeheim kenmerkt zich met andere woorden niet alleen door het respecteren van geheimhouding, maar ook door het feit dat de patiënt over het doorbreken

53 Zie voor de overheersende gedachte bijv. Leenen e.a. 2017, p. 150 en Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 39.

54 Buijsen c.s. 2012, p. 33.

ervan kan beschikken. Het individueel belang ziet dus op een vertrouwelijke omgang met persoonlijke gegevens van de patiënt waarvan gezondheidsgegevens deel uitmaken. Deze vertrouwelijke omgang omvat dus niet alleen het recht op geheimhouding, maar ook het recht toestemming te geven voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Het komt mij voor dat het individueel belang dat het medisch beroepsgeheim dient, niet is gelegen in de bescherming van de vrije toegang tot de zorg, zoals Buijsen c.s. voorstaan, maar in wat kan worden geduid als het recht van de patiënt op informationele privacy in de zin van een vertrouwelijke omgang met zijn gegevens.

2.4 Verhouding tussen algemeen en individueel belang

Uit bovenstaande valt af te leiden dat het medisch beroepsgeheim twee rationes heeft. Deze hebben elk een eigen, zelfstandige betekenis. De tweeledigheid van de ratio van het medisch beroepsgeheim roept de vraag op hoe beide belangen zich onderling tot elkaar verhouden. Geldt bijvoorbeeld dat het algemeen belang kan vereisen dat de arts zwijgt, terwijl het individueel belang vraagt om het doorbreken ervan? En zo ja, welk belang prevaleert? Is door de mogelijke botsing van de intrinsieke rationes het medisch beroepsgeheim kwetsbaar?

Uit de rechtspraak over het medisch beroepsgeheim blijkt dat de twee belangen die het medisch beroepsgeheim dient doorgaans niet parallel lopen. Dat verbaast ook niet omdat beide belangen alleen parallel lopen in geval de arts zwijgt en de betrokkenen geen toestemming verlenen voor het verstrekken van informatie, dus ook wíllen dat de arts zwijgt. Beide belangen van het medisch beroepsgeheim lopenen eveneens parallel indien de arts spreekt en de betrokkene(n) hiervoor ook toestemming hebben gegeven. In dergelijke gevallen zal het vanzelfsprekend niet snel tot een juridisch geschil komen.

Anders is dit in de situatie waarin de arts zonder toestemming van betrokkenen spreekt of waarin de arts ondanks toestemming van betrokkene(n) blijft zwijgen. In die situaties is sprake van spanning tussen het algemeen en individueel belang van het medisch beroepsgeheim, zoals blijkt in het LUMC-arrest uit 2006. De gezagdragende ouders gaven de artsen van het LUMC toestemming videotapes ter beschikking te stellen aan het OM, maar de artsen beriepen zich, ondanks die gegeven toestemming, op het verschoningsrecht.[55] In deze zaak werd de moeder verdacht van het ombrengen van haar 10 maanden oude baby en in het strafrechtelijk onderzoek dat volgde na de dood van het kind, wenste het OM de tapes die in het kader van het onderzoek naar en de medische behandeling van het kind waren gemaakt. Hierop stonden medische gegevens

55 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, r.o. 2.6.1, *NJ* 2008/630 m.nt. J. Legemaate.

die deel uitmaakten van de persoonlijke levenssfeer van het kind en de ouders.[56] De Hoge Raad overwoog dat het verschoningsrecht zijn grondslag vindt in het algemeen belang dat men zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het aan hem toevertrouwde tot hem als vertrouwenspersoon kan wenden en de gegeven toestemming van de ouders heft het verschoningsrecht niet op, aldus de Hoge Raad.[57] De gegeven toestemming voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim als uiting van het recht op zelfbeschikking/privacy 'won' het niet van het algemeen belang dat het medisch beroepsgeheim dient.

Tot een diametraal andere uitkomst kwam het in de zaak tegen het Erasmus MC.[58] De zaak was als volgt. De arts had een pacemaker bij zijn patiënt ingebracht. Zij overleed kort na de operatie onder verdachte omstandigheden. De echtgenoot eiste inzage in het medisch dossier. De arts beriep zich op zijn verschoningsrecht. De toestemming werd daarvoor verondersteld te zijn gegeven door de inmiddels overleden patiënt (zie voor een nadere bespreking van dit arrest: par. 5.6). De Hoge Raad kende groot gewicht toe aan de veronderstelde toestemming van de (inmiddels overleden) patiënt en overwoog dat het algemeen belang dat patiënten zich vrijelijk tot een arts kunnen wenden zich niet verzet tegen onthulling van de desbetreffende gegevens. Het beroep van de arts op het verschoningsrecht werd i.c. – in tegenstelling dus tot het LUMC-arrest – niet gehonoreerd.[59]

Duijst benadrukt dat het algemeen belang doorgaans het meeste gewicht toekomt als beide belangen botsen, omdat het vertrouwen in de medisch hulpverlener die een vrije toegang tot de zorg garandeert, ingebakken is in onze cultuur.[60] Steun voor haar opvatting geeft het LUMC-arrest en is ook te vinden in bijvoorbeeld het arrest dat de Hoge Raad heeft gewezen in de zaak Savanna. Savanna was op een gewelddadige manier om het leven gekomen. Haar directe dood werd veroorzaakt doordat de moeder een prop in haar mond had geduwd, maar hieraan gingen jarenlange mishandelingen

56 HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.6.1, *NJ* 2009/263 m.nt. J. Legemaate. In de Savanna-zaak kwam dit aspect eveneens aan de orde; zie ook HR 9 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2386, *NJ* 2006/622 m.nt. J. de Boer; zie voor kritiek op deze uitspraak: Bruning, *NJCM-Bulletin* 2006.

57 HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.6.3, *NJ* 2009/263 m.nt. J. Legemaate. In de Savanna-zaak kwam dit aspect eveneens aan de orde; zie ook HR 9 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2386, *NJ* 2006/622 m.nt. J. de Boer; zie voor kritiek op deze uitspraak: Bruning, *NJCM-Bulletin* 2006.

58 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, r.o. 3.4, *NJ* 2008/630 m.nt. J. Legemaate.

59 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, r.o. 3.4, *NJ* 2008/630 m.nt. J. Legemaate. Zie bijv. ook: Rb. Overijssel 7 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3393, r.o. 5, *JBP* 2016/75. Zie ook: J. Legemaate annotatie bij HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, r.o. 1, *NJ* 2008/407. Legemaate wijst erop dat in geval van een ernstige medische fout het individueel belang aan een beroep op het verschoningsrecht (dat gebaseerd is op het algemeen belang) in de weg staat.

60 Duijst 2007, p. 33-34.

vooraf. Het OM eiste inzage in het medisch dossier om te achterhalen hoe vaak de gezinsvoogdes contact had gehad met de betrokken artsen. Moeder gaf hiervoor toestemming, maar de artsen weigerden de verstrekking van het medisch dossier met een beroep op het verschoningsrecht. De rechtbank verwierp het beroep op het verschoningsrecht. De Hoge Raad oordeelde dat de beslissing van de rechtbank niet goed was gemotiveerd en verwees de zaak naar het Hof. In deze procedure werd overeenstemming tussen partijen gevonden welke delen wel en welke niet ter beschikking aan het OM zouden worden gesteld. Bruning keert zich in haar noot onder dit arrest tegen de bescherming van het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim, terwijl toestemming is gegeven voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim:

> 'Aangezien de moeder van Savanna toestemming heeft gegeven tot inzage in het dossier van het consultatiebureau en Savanna is overleden, hoeft hun recht op privacy in dit opzicht niet te worden beschermd. Ondanks al deze individuele belangen die voortvloeien uit universele mensenrechten, lijkt het algemeen belang van toegankelijkheid tot de zorg, die wordt gewaarborgd met het verschoningsrecht van de beroepsbeoefenaar, in de uitspraak van de Hoge Raad te prevaleren; dit is wat mij betreft onbevredigend.'[61]

Ik ben het niet met Bruning eens dat het recht op privacy niet hoeft te worden beschermd als er toestemming is gegeven, omdat het geven van toestemming immers kan worden gezien als een uitingsvorm van het recht op privacy. Het recht op privacy wordt dus juist gerespecteerd door het uitoefenen van het zelfbeschikkingsrecht van – in dit geval – de moeder. Dit laat evenwel Bruning's meer algemene punt onverlet waarom niet méér gewicht zou moeten toekomen aan gegeven toestemming voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim c.q. verschoningsrecht in zaken waarin de veiligheid van het kind in geding is. Volgens haar leidt het toekennen van groot gewicht aan het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim tot een te restrictieve toepassing van het medisch beroepsgeheim.[62] In par. 5.6 zal blijken dat het algemeen belang weliswaar een grote rol van betekenis speelt ten faveure van geheimhouding, maar zeker niet doorslaggevend is.

Alles bijeengenomen kan uit de hierboven genoemde voorbeelden worden geconcludeerd dat er spanning kan bestaan tussen beide belangen die het medisch beroepsgeheim dient, althans voor zover in het individuele belang van de patiënt ook het belang van het uitoefenen van het recht op zelfbeschikking wordt gelezen als onderdeel van het recht op privacy. De afweging tussen beide botsende belangen is casuïstisch van aard: de uitkomsten van het LUMC-arrest en het Savanna-arrest verschillen immers van die van het Erasmus MC-arrest. Van een voorrangspositie van een van beide belangen kan dus in

61 Bruning, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1128-1129, onder 1 (zaak Savanna).
62 Bruning, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1128-1129, onder 1 (zaak Savanna). Zie par. 4.2.

algemene zin niet worden gesproken. Ook is niet gebleken dat de intrinsieke botsing van beide belangen zonder meer betekent dat het medisch beroepsgeheim kwetsbaar is; in het voorbeeld van het LUMC-arrest bleef het medisch beroepsgeheim/verschoningsrecht immers overeind.

2.5 CONCLUSIE

Uit dit hoofdstuk blijkt dat het medisch beroepsgeheim twee van elkaar te onderscheiden belangen dient, die elk een eigen, zelfstandige betekenis hebben. Het algemeen belang van een vrije toegang tot de gezondheidszorg en het individueel belang van de bescherming van de privacy van de patiënt in de zin van het recht van de patiënt op een vertrouwelijke omgang met zijn persoonsgegevens. De vereenzelviging van het individueel belang van het medisch beroepsgeheim met een vertrouwelijke omgang met de persoonsgegevens van de patiënt, betekent dat het individueel belang niet alleen gediend wordt door het zwijgen van de arts (art 88 Wet Big en art. 7:457 lid 1 BW), maar ook door het doorbreken van dat zwijgen op basis van toestemming van de patiënt. De patiënt maakt dan immers gebruik van zijn recht op zelfbeschikking dat deel uitmaakt van het recht op privacy. Het vertrouwen van de patiënt in geheimhouding wordt immers niet geschonden als de arts op grond van de toestemming van de patiënt het medisch beroepsgeheim doorbreekt.

Deze betekenis verschilt fundamenteel van die van het algemeen belang dat ziet op een vrije toegang tot de zorg. Door in het individuele belang ook te lezen dat de patiënt over zijn informatie mag en kan beschikken, kunnen beide rationes van het medisch beroepsgeheim in botsing komen. Niet is gebleken dat een van beide belangen die het medisch beroepsgeheim dient per definitie zwaarder weegt. Noch dat de intrinsieke botsing van belangen betekent dat het medisch beroepsgeheim daardoor kwetsbaarder wordt. Uit de jurisprudentie blijkt immers dat 'slechts' op grond van een van beide belangen geheimhouding kan prevaleren boven andere, zwaarwegende maatschappelijke of individuele belangen. In hoeverre de wijze waarop de belangen – onderling en ten opzichte van ándere maatschappelijke belangen – moeten worden afgewogen voor de burger/patiënt duidelijk is, zal moeten blijken in hoofdstuk 5 waarin de doorbreking van het medisch beroepsgeheim centraal staat.

3 Zwijgplicht

3.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk richt zich op de zwijgplicht van de behandelend arts, de ene zijde van het medisch beroepsgeheim. De andere zijde, het verschoningsrecht, komt aan de orde in hoofdstuk 4. Waar nodig, zal aandacht zijn voor de relatie tussen zwijgplicht en zorgplicht. De zorgplicht wordt in algemene zin beschouwd als een plicht tot het verlenen van goede zorg. Een van de kenmerken van goede zorg is ingevolge art. 2 Wkkgz dat deze patiëntgericht is. Die patiëntgerichtheid kan bijvoorbeeld blijken uit het feit dat de arts de rechten van de patiënt, waaronder het recht op geheimhouding respecteert. Geldt het omgekeerde ook? Kan er sprake zijn van goede zorgverlening als de arts het recht van de patiënt op geheimhouding doorbreekt?

De zwijgplicht is in diverse wetten geregeld en heeft civiel-, bestuurs-, tucht- en strafrechtelijke grondslagen. Art. 7:457 lid 1 BW voorziet in een civielrechtelijke regeling van de zwijgplicht in de sfeer van de medische behandeling.[1] Volgens deze regeling heeft de patiënt een burgerlijk recht op geheimhouding jegens de arts. Art. 88 Wet Big voorziet in een bestuursrechtelijke regeling van de zwijgplicht. Schending van de zwijgplicht is ook onderworpen aan tuchtrechtspraak; zie art. 47 Wet Big. Voorts is in art. 272 Sr het schenden van de zwijgplicht strafrechtelijk gesanctioneerd. Bovendien zijn er nog andere publiekrechtelijke regels die als grondslag voor geheimhouding kunnen worden beschouwd, waaronder art. 9 lid 1 AVG en art. 22 lid 1 UAVG die een verbod inhouden tot (geautomatiseerde) verwerking van algemene resp. bijzondere persoonsgegevens die de gezondheid betreffen.[2]

---

1 'Medisch' en 'geneeskundig' zijn in dit proefschrift te beschouwen als synoniemen. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/387. Auteur wijst er op dat 'medisch' in het spraakgebruik gangbaarder is.

2 De Uitvoeringswet geeft nadere regels op nationaal niveau ter uitvoering van de Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016. Die Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: *AVG)* is op 25 mei 2018 in werking getreden en vervangt de Europese privacyrichtlijn. De AVG heeft i.t.t de richtlijn rechtstreekse werking. De bepalingen van de AVG terzake van de beginselen voor de verwerking van persoonsgegevens, de rechtsgrondslagen voor verwerking en verdere verwerking, en de verwerking van medische persoonsgegevens zullen in de plaats treden van de Wbp en rechtstreeks gelden. Zie Hendriks, *NJB* 2017, p. 1070.

Daarnaast is de zwijgplicht neergelegd in zelfregulering van de beroepsgroep van artsen. Dit geldt zowel voor de algemene gedragsregels als de meer specifieke gedragsregels, zoals de *KNMG-meldcode kindermishandeling en huiselijk geweld* (2015).[3] De professionele bepalingen ter zake van de zwijgplicht lopen weliswaar in de pas met de wettelijke bepalingen, maar zij blijken de wettelijke regelingen vooral in en aan te vullen daar waar het gaat om het doorbreken van de zwijgplicht. Daarom zal de KNMG-meldcode (2015), die ziet op het doorbreken van de zwijgplicht van de arts in geval van kindermishandeling, in het tweede deel van dit proefschrift nader aan de orde komen. Hierbij is de vraag hoe die in- en aanvullingen moeten worden beschouwd in het licht van goede zorgverlening aan de patiënt (cf. art. 2 Wkkgz).

In dit hoofdstuk staan allereerst de wettelijke regelingen van de zwijgplicht centraal en gezien de verschillende herkomst van deze regelingen is er alle aanleiding om de norm van geheimhouding nader in kaart te brengen. Par. 3.2 schetst het wettelijk kader van deze regelingen. Vervolgens gaat mijn aandacht in het licht van de wettelijke regelingen van het medisch beroepsgeheim uit naar de inhoud ervan (par. 3.3), naar wie zich hierop kan c.q. moet beroepen (par. 3.4), tegenover wie de zwijgplicht geldt en of deze na het overlijden van de patiënt dient te worden gerespecteerd (par. 3.5). Over het doorbreken van de zwijgplicht op grond van één van de vijf uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim gaat dit hoofdstuk niet; daarover gaat hoofdstuk 5. Wel gaat mijn aandacht uit naar de betekenis van de zorgplicht bij het relativeren van de zwijgplicht van de behandelend arts. Hierover gaat par. 3.6. Ten slotte zal ik uit het besprokene enkele conclusies trekken over de inhoud en reikwijdte van de zwijgplicht en over de al dan niet zelfstandige positie van deze plicht in de sfeer van de medische behandeling in verhouding tot de zorgplicht (par. 3.7).

3.2 WETTELIJKE GRONDSLAGEN

De wettelijke grondslagen voor het medisch beroepsgeheim zijn te vinden in art. 7:457 lid 1 BW (par. 3.2.1), art. 88 Wet Big (par. 3.2.2), art. 272 Sr (par. 3.2.3). Ten slotte gaat par. 3.2.4 in op art. 9 lid 1 AVG en art. 22 lid 1 UAVG, die als grondslag voor geheimhouding kunnen worden beschouwd omdat zij het verbod inhouden tot (geautomatiseerde) verwerking van bijzondere persoonsgegevens. Hieruit blijkt dat het belang van zwijgen zich ook doet gelden in onze digitale wereld.

3 Zie voor de regeling van de zwijgplicht in algemene gedragsregels bijv. KNMG-gedragsregels 2013 (art. II.7 en II.15) en de KNMG-richtlijn 2018, p. 127-128. Zie voor de regeling van de zwijgplicht in een specifieke context bijv. KNMG-meldcode 2015 (context van kindermishandeling). Deze KNMG-meldcode (2015) wordt besproken in hoofdstuk 8.

3.2.1 Art. 7:457 lid 1 BW

Het burgerlijk recht van de patiënt op geheimhouding is neergelegd in afdeling 5, Titel 7 Boek 7 BW: de zogeheten Wgbo. Deze wet ziet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst als bijzondere overeenkomst van opdracht.[4] De Wgbo regelt de bijzondere overeenkomst tussen de patiënt en de behandelaar, waaronder een behandelend arts. In de Wgbo zijn verplichtingen voor de hulpverlener opgenomen en fundamentele rechten van de patiënt.

De bepalingen ter zake van de geneeskundige behandelingsovereenkomst zijn van dwingend recht. Op grond van art. 7:468 BW mag hiervan immers niet ten nadele van de patiënt worden afgeweken. Snijders spreekt hier treffend van 'eenzijdig dwingend recht'.[5] De bepaling van art. 7:468 BW laat immers onverlet dat er wel ten voordele van de patiënt mag worden afgeweken.

De geneeskundige behandelingsovereenkomst is in art. 7:446 lid 1 BW als volgt omschreven:

> 'De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling (…) is de overeenkomst waarbij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, de hulpverlener, zich in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf tegenover een ander, de opdrachtgever, verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst rechtstreeks betrekking hebbende op de persoon van de opdrachtgever of van een bepaalde derde (…).'[6]

Onder handelingen op het gebied van de geneeskunst wordt ingevolge lid 2 verstaan:

> 'a. alle verrichtingen – het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen – rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende hem van een ziekte te genezen, hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden of zijn gezondheidstoestand te boordelen dan wel deze verloskundige bijstand te verlenen.

---

4 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 1-4 (MvT); Rang 1973, p. 17-22. In Duitsland, Engeland en Frankrijk wordt de behandelingsovereenkomst meestal beschouwd als een opdracht, maar zonder dat er een bijzondere regeling voor geldt. Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/383. Sinds april 2016 is een Wetsvoorstel tot wijziging van de Wgbo in voorbereiding. Het doel van het Wetsvoorstel is de patiëntenzorg te verbeteren door de rechtspositie van de patiënt te versterken en verduidelijken. Zie voor een overzicht van de belangrijkste wijzigingen de informatie over het Wetsvoorstel wijziging WGBO, 2016/17, op https://www.internetconsultatie.nl/concept_wijziging_wgbo/details (laatst geraadpleegd 29 januari 2018) en Van Lopik & Pans, *TLP* 2016, p. 32.

5 Snijders 1999, p. 162. Auteur onderscheidt naar gelang een bepaling ter bescherming van de belangen van een der betrokkenen dwingend is of van alle betrokkenen.

6 De wet trad in werking op 1 april 1995, *Stb.* 1994, 838.

> b. andere dan de onder a bedoelde handelingen, rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon, die worden verricht door een arts of tandarts in die hoedanigheid.'[7]

Art. 7:466 lid 1 BW richt zich (onder meer) tot de behandelend arts voor zover deze handelingen op het gebied van de geneeskunst verricht (art. 7:446 lid 2 BW).

De civielrechtelijke regeling van de zwijgplicht is neergelegd in art. 7:457 lid 1 BW.[8] Deze bepaling luidt:

> 'Onverminderd het in artikel 448 lid 3, tweede volzin, bepaalde draagt de hulpverlener zorg, dat aan anderen dan de patiënt geen inlichtingen over de patiënt dan wel inzage in of afschrift van de bescheiden, bedoeld in artikel 454, worden verstrekt dan met toestemming van de patiënt. Indien verstrekking plaatsvindt, geschiedt deze slechts voor zover daardoor de persoonlijke levenssfeer van een ander niet wordt geschaad. De verstrekking kan geschieden zonder inachtneming van de beperkingen, bedoeld in de voorgaande volzinnen, indien het bij of krachtens de wet bepaalde daartoe verplicht.'[9]

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:457 lid 1 BW blijkt dat de rationale van deze bepaling is dat de patiënt een zelfstandig recht heeft op vertrouwelijke omgang met zijn gegevens en dat de patiënt over zijn gegevens moet kunnen beschikken door middel van het geven van toestemming voor het verstrekken ervan aan een ander.[10]

Toestemming van patiënt – of waar nodig van de ouders van de minderjarige patiënt[11] – is dus een wettelijke uitzondering op de zwijgplicht van de arts. Die uitzondering sluit aan bij de kern van de Wgbo: het versterken van het recht op zelfbeschikking van de patiënt.[12] De vraag welke haken en ogen er kunnen kleven aan het geven van toestemming en de vraag of toestemming

---

7 *Stb*. 1994, 838.

8 In het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Jeugdwet en enkele andere wetten ter verbetering van patiëntgerichte zorg en het opnemen van een wettelijke regeling voor het inzagerecht in het medisch dossier van een overleden patiënt wordt voorgesteld art. 7:457 als volgt te wijzigen: '1. In het eerste lid wordt de zinsnede "bescheiden, bedoeld in artikel 454," vervangen door "gegevens uit het dossier" en wordt na de zinsnede "dan met toestemming van de patiënt" ingevoegd: , dan wel bij leven gegeven schriftelijk of elektronisch vastgelegde toestemming van de overleden patiënt.' Zie Wetsvoorstel wijziging WGBO, 2016/17, op https://www.internetconsultatie.nl/concept_wijziging_wgbo/details (laatst geraadpleegd 29 januari 2018).

9 *Stb*. 1994, 838.

10 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 14 en p. 38-40 (MvT).

11 Zie par. 3.5.3.

12 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 12 (MvT); *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 1, p. 5-6 en p. 14-17. Zie voor de voorgestelde wetswijziging m.b.t. het inzagerecht voor nabestaanden in het medisch dossier van de patiënt en de daarvoor benodigde schriftelijke of digitale toestemming van de patiënt: *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 8, p. 10 en p. 26.

niet zonder meer betekent dat het medisch beroepsgeheim móet worden doorbroken, komen aan de orde in par. 5.2.

De andere mogelijkheid tot doorbreking van de zwijgplicht staat vermeld in de slotzin van art. 7:457 lid 1 BW. Daarin is nadrukkelijk de wettelijke plicht tot gegevensverstrekking benoemd, omdat deze immers op zijn beurt een uitzondering vormt op het toestemmingsvereiste. Indien een wettelijke meldplicht geldt, is immers de toestemming van betrokkenen voor gegevensverstrekking niet vereist. Een voorbeeld van een dergelijke plicht tot verstrekken van inlichtingen geeft art. 7:448 lid 3 BW. Dit artikel bepaalt (onder meer) dat de arts die de patiënt inlichtingen onthoudt omdat dit ernstig nadeel voor de patiënt zou opleveren, die inlichtingen aan een ander dan de patiënt dient te verstrekken; dus zonder daarvoor toestemming van de patiënt te hebben.

Onder 'anderen' in de zin van art. 7:457 lid 1 BW zijn op grond van art. 7:457 lid 2 en lid 3 niet begrepen de medebehandelaars en evenmin de wettelijke vertegenwoordigers van de minderjarige patiënt. Jegens hen geldt de zwijgplicht immers niet. Een bespreking van deze categorie personen en de dilemma's die in het licht van geheimhouding kunnen ontstaan volgt onder 3.5.1 en 3.5.3. In par. 7.2.1.1 komt specifiek de positie van de vertrouwensarts aan de orde en de vraag in hoeverre hij tot de kring van rechtstreeks betrokkenen zou kunnen worden gerekend.

Hoe moet de zwijgplicht van de arts ex art. 7:457 lid 1 BW in het licht van art. 7:446 lid 2 BW worden beschouwd? Is er sprake van een verrichting die rechtstreeks betrekking heeft op een persoon en ertoe strekt hem te genezen, voor het ontstaan van een ziekte te behoeden of zijn gezondheidstoestand te beoordelen? Het zwijgen van de arts is op het eerste gezicht een wat passieve gedraging. Toch heeft, zo blijkt immers uit art. 7:457 lid 1 BW, zwijgen ook een actieve component: de arts dient er immers voor zorg te dragen dat, met het oog op de bescherming van de privacy van de patiënt, aan een ander geen inlichtingen worden verstrekt dan met toestemming van de patiënt.[13] Het uitgangspunt van de zwijgplicht ex art. 7:457 lid 1 BW is dus 'zwijgen-tenzij'. Zowel het zwijgen als het doorbreken van het zwijgen op grond van toestemming van de patiënt, heeft rechtstreeks betrekking op de patiënt in de zin van art. 7:446 lid 2 BW, omdat het erop gericht is diens privacy te beschermen en ertoe strekt de patiënt op basis van de verkregen informatie van en over hem, van een ziekte te genezen, voor het ontstaan van een ziekte te behoeden of zijn gezondheidstoestand te beoordelen, zoals bedoeld in art. 7:446 lid 2 BW onder a. Zwijgen kan dus in het licht van bovenstaande worden beschouwd als een geneeskundige handeling in de zin van de Wgbo. Schendt de arts zijn zwijgplicht, dan kan hij hierop civielrechtelijk worden aangesproken (art. 6:75 BW of art. 6:162 BW).[14]

---

13 Vgl. art. 6:162 lid 2 BW waarin het begaan van een onrechtmatige daad eveneens wordt omschreven als een handelen, een doen, of nalaten.

14 Zie Stolker 1994, p. 43.

3.2.2 Art. 88 Wet Big

Het medisch beroepsgeheim en de daaruit voortvloeiende zwijgplicht heeft, behalve een civielrechtelijke grondslag, ook een publiekrechtelijke grondslag in art. 88 Wet Big.

De Wet Big richt zich op het bevorderen en bewaken van de kwaliteit van de beroepsuitoefening op het gebied van de individuele gezondheidszorg teneinde de patiënt te beschermen tegen ondeskundig en onzorgvuldig handelen.[15] De Wet Big kent geen verbod voor het uitoefenen van een geneeskundig beroep door ánderen dan regulier opgeleide en goed gekwalificeerde zorgverleners.[16] Echter, ter bewaking van de nodige kwaliteit voorziet de Wet Big in een regeling van aan geregistreerde beroepsbeoefenaren voorbehouden geneeskundige handelingen (art. 36 Wet Big) en in een stelsel van titelbescherming (art. 3 Wet Big).[17] Dit moet verduidelijken welke personen als beroepsbeoefenaren de handelingen als bedoeld in art. 36 Wet Big mogen verrichten. Van belang hierbij is de deskundigheidseis, die inhoudt dat de beroepsbeoefenaren niet buiten het terrein van hun eigen deskundigheid mogen treden, dus ook als een arts gevraagd wordt te adviseren of als deskundige op te treden (art. 19 Wet Big).[18]

De zwijgplicht is in art. 88 Wet Big neergelegd. Dit artikel luidt als volgt:

> 'Een ieder is verplicht geheimhouding in acht te nemen ten opzichte van al datgene wat hem bij het uitoefenen van zijn beroep op het gebied van de individuele gezondheidszorg als geheim is toevertrouwd, of wat daarbij als geheim te zijner kennis is gekomen of wat daarbij te zijner kennis is gekomen en waarvan hij het vertrouwelijke karakter moest begrijpen.'[19]

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 88 Wet Big blijkt dat de rationale van dit artikel is dat zwijgen een kwaliteitsaspect is van de zorgverlening op het gebied van de individuele gezondheidszorg.[20] De garantie van geheimhouding is voor de patiënt immers een belangrijke voorwaarde om vrijuit te

---

15 *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 3, p. 2-3 (MvT). Zie voor een overzicht van de totstandkoming van de Wet Big: Van der Mijn 1989 zoals aangehaald in Sijmons & Hubben, *TvGR* 2014, p. 264-265.

16 *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 3, p. 2 (MvT). Anders was dit in de voorloper van de Wet Big, de Wet uitoefening geneeskunst, waarin een dergelijk verbod wel gold.

17 Geregistreerde beroepsbeoefenaren zijn ingevolge art. 3 Wet Big: artsen, tandartsen, apothekers, gezondheidspsychologen, psychotherapeuten, fysiotherapeuten, verloskundigen en verpleegkundigen.

18 *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 20, p. 24.

19 *Stb*. 1993, 655. De Wet Big is vanaf 1995 gefaseerd in werking getreden (*Stb.* 1995, 559 en *Stb*. 1995, 339 en *Stb.* 1995, 369). Op 1 december 1997 is de wet nagenoeg geheel in werking getreden (*Stb.* 1997, 553 en *Stb.* 1997, 575).

20 *Kamerstukken II* 2000/01, 27669, nr. 3, p. 1-2 (MvT); *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 3, p. 3 en p. 145-146 (MvT).

kunnen spreken met de arts. De arts heeft op zijn beurt deze informatie nodig om kwalitatief goede zorg te kunnen verlenen. Het accent ligt op de informatie die hem bij het uitoefenen van zijn beroep is toevertrouwd. Wat onder het uitoefenen van het beroep wordt verstaan komt aan de orde in de volgende paragraaf.

Het verschil met art. 7:457 lid 1 BW is dat art. 88 Wet Big geen enkele melding maakt van een uitzondering op de zwijgplicht. Dit verschil laat zich verklaren door de verschillende rationes van de regelingen: art. 7:457 lid 1 BW staat bovenal in het licht van de zelfbeschikking van de patiënt, vandaar dat het toestemmingsvereiste in die regeling een belangrijke plek inneemt. Anders is dit in art. 88 Wet Big dat immers in het licht staat van de kwaliteit van de zorgverlening en de plichten die in dat kader aan de zorgverlener worden gesteld. In de Wet Big ligt het accent dus niet zozeer op de met die plichten corresponderende rechten van de patiënt, zoals wél in de Wgbo. Ofschoon het niet vermelden van uitzonderingen op de zwijgplicht in art. 88 Wet Big bij artsen tot de onjuiste conclusie zou kunnen leiden dat de geheimhoudingsplicht op grond van de Wet Big absolute gelding heeft, blijkt uit art. 7:457 lid 1 BW dat de zwijgplicht geen absolute notie is, evenals uit de rechtspraak over art. 88 Wet Big.[21]

Art. 88 Wet Big vangt aan met de vermelding dat een 'ieder' verplicht is tot zwijgen, die een beroep op het gebied van de individuele gezondheidszorg uitoefent. Oftewel: een ieder, die handelingen verricht op het gebied van de individuele gezondheidszorg, is gebonden aan de zwijgplicht ex art. 88 Wet Big. De Wet Big maakt een driedeling ten aanzien van de beroepsbeoefenaren namelijk (i) de beroepsbeoefenaren die in het Big-register zijn ingeschreven (art. 3 Wet Big), (ii) zij die aan bij Amvb vastgestelde opleidingseisen voldoen en gerechtigd zijn de daarbij aangewezen opleidingstitel te voeren (art. 34 Wet Big). Zij zijn niet in het Big-register opgenomen. Tenslotte vallen (iii) beroepsbeoefenaren die handelingen verrichten op het gebied van de individuele gezondheidszorg zónder in het Big-register te zijn geregistreerd en zónder gerechtigd te zijn een opleidingstitel te voeren, onder de reikwijdte van de Wet Big.[22] Registratie in het Big-register (art. 3 Wet Big) is in ieder geval geen voorwaarde voor geheimhouding ex art. 88 Wet Big, omdat immers álle

21 Zie bijv. RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.1; CTG 13 februari 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:56, r.o. 4.4; CTG 10 mei 2005, *Stcrt.* 2005, 107, r.o. 3.4; RTG Amsterdam 15 maart 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:25, r.o. 5.5, *GJ* 2016/89; Hof 's-Hertogenbosch 24 november 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK4557, r.o. 3.5.2.

22 *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 3, p. 85 (MvT). Opgemerkt zij hier dat op grond van art. 36a Wet Big – bij wijze van experiment – het mogelijk is om bepaalde categorieën beroepsbeoefenaren voor een bepaalde periode zelfstandig bevoegd te verklaren tot het verrichten van bepaalde voorbehouden handelingen en het recht toe te kennen een beroepstitel te voeren. Gedurende dit experiment wordt bekeken of er aanleiding is betreffende categorieën van beroepsbeoefenaren in de toekomst in het Big-register op te nemen. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34629, nr. 3, p. 2-4; *Kamerstukken II* 2016/17, 34630, nrs. 1-3.

beroepsbeoefenaren die handelingen verrichten op het gebied van de individuele gezondheidszorg onder de reikwijdte van dit artikel vallen, ongeacht hun categorisering. Het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg is dat wel. Art. 1 lid 1 Wet Big bepaalt ter zake het volgende:

> 'In deze wet en de daarop berustende bepalingen worden onder handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg naast de in het tweede lid omschreven [geneeskundige] handelingen verstaan alle verrichtingen – het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen -, rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende diens gezondheid te bevorderen of te bewaken.'[23]

Het toepassingsgebied van de Wet Big is dus ruimer dan dat van de Wgbo, dat zich immers beperkt tot het verrichten van 'geneeskundige handelingen'.[24] Dit houdt bijvoorbeeld in dat degene die een sportmassage verricht zonder dat dit op grond van een door een arts afgegeven voorschrift wordt uitgevoerd, wel gebonden is aan de zwijgplicht ex art. 88 Wet Big, maar niet aan de zwijgplicht ex art. 7:457 lid 1 BW. Er is in die situatie immers geen sprake van het verrichten van een geneeskundige handeling zoals bedoeld in art. 7:446 lid 2 BW.

Hoe moet de zwijgplicht in het licht van de Wet Big worden beschouwd? Uit art. 88 Wet Big en art. 1 lid 1 Wet Big valt af te leiden dat zwijgen een handeling is op het gebied van de individuele gezondheidszorg voor zover dat handelen rechtstreeks betrekking heeft op de persoon en ertoe strekt diens gezondheid te bevorderen of te bewaken.[25] Volgens de memorie van toelichting op de Wet Big is rechtstreeks contact niet nodig, maar individuele gerichtheid wel.[26] Hiervan was bijvoorbeeld geen sprake in een zaak die diende voor het CTG, waarin een geneeskundig adviseur voorheen werkzaam als

---

23 *Stb.* 1993, 655; *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 1 en 2, p. 2; *Kamerstukken II* 2016/17, 34629, nr. 3 terzake van Wetsvoorstel (13-12-2016) tot wijziging van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg in verband met de verbeteringen die worden doorgevoerd in het tuchtrecht alsmede verbeteringen ten aanzien van het functioneren van de wet. Zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 29282, nr. 182.

24 *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 1 en 2; *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 8-9 (MvT). Zie *Tweede evaluatie Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 29282, nr. 182, p. 130; zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 34629, nr. 3, p. 7 en p. 14 (MvT).

25 De Hoge Raad beperkte in het Vertrouwensarrest de reikwijdte van art. 88 Wet Big tot het uitoefenen van een beroep op het gebied van de individuele gezondheidszorg als bedoeld in art. 1 lid 1 Wet Big, met als gevolg dat een groot deel van handelingen van (vertrouwens)artsen buiten de individuele gezondheidszorg dus ook buiten de reikwijdte van art. 88 Wet Big vallen: HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, r.o. 3.3.3, *NJ* 2001/42. Zie voor de bespreking van dit arrest: par. 4.4.1.1.

26 *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 3, p. 11 en p. 85. Het handelen van keurings- en verzekeringsartsen valt ook onder art. 1 Wet Big. Zie Buijsen c.s. 2012, p. 36.

chirurg, antwoord had gegeven op de vraag of een andere arts kon worden verweten dat bij verwijdering van een kleine tumor brandwonden waren ontstaan.[27] Het geven van de gevraagde informatie had geen betrekking op de patiënt zoals bedoeld in de Wet Big, aldus het CTG. Van een zwijgplicht ex art. 88 Wet Big is i.c. dus geen sprake en evenmin ex art. 7:457 lid 1 BW vanwege het ontbreken van een behandelingsovereenkomst tussen geneeskundig adviseur en patiënt.

Niet iedere beroepsbeoefenaar die onder de reikwijdte van art. 88 Wet Big valt, is ook onderworpen aan het tuchtrecht.[28] Ofschoon een 'ieder' die handelingen verricht op het gebied van de individuele gezondheidszorg, gebonden is aan de zwijgplicht ex art. 88 Wet Big, zijn alleen de beroepsbeoefenaren die in een register staan ingeschreven (art. 3 Wet Big) op grond van art. 47 Wet Big onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen en nalaten in strijd met de zorg die hij in die hoedanigheid behoort te betrachten ten opzichte van (onder meer) de patiënt (art. 47 onder a, 1e Wet Big).[29] Dus niet iedereen die op grond van art. 88 Wet Big verplicht is tot zwijgen, kan op een eventuele schending van die plicht tuchtrechtelijk worden aangesproken. Voor de behandelend arts geldt dit wel. Hij is immers een geregistreerde beroepsbeoefenaar ingevolge art. 3 Wet Big. Indien hij zijn zwijgplicht schendt, schiet hij ten principale tekort in de zorgvuldigheid ten opzichte van de patiënt en schendt hij de in art. 47 Wet Big neergelegde tuchtnorm. De arts die zijn zwijgplicht schendt, kan hierop niet alleen civielrechtelijk, zoals reeds gesteld in par. 3.2.1, maar dus ook tuchtrechtelijk worden aangesproken op grond van art. 47 Wet Big.[30]

3.2.3 Art. 272 Sr

Art. 272 Sr stelt het opzettelijk schenden van het beroepsgeheim strafbaar. Het eerste lid van dit artikel luidt:

> 'Hij die enig geheim waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.'[31]

27 CTG 11 mei 2006, *TvGR* 2006/28, r.o. 4.4.

28 Zie voor voorstel tot verbetering tuchtrecht en functioneren Wet Big: *Kamerstukken II* 2016/17, 34629, nrs. 1-3.

29 *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 3, p. 70 en p. 114-115; zie ook *Kamerstukken II* 2016/17, 34629, nr. 3, p. 38-39. Zie voor de tuchtrechtelijke maatregelen: art. 48 Wet Big.

30 *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 3, p. 69; zie ook Stolker 1994, p. 43.

31 Art. 272 Sr lid 1 zoals gewijzigd bij Wet van 30 juni 1967, *Stb.* 1967, 377.

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 272 Sr blijkt dat de ratio van art. 272 Sr is dat geheimhouding van groot maatschappelijk belang is voor de goede uitoefening van bepaalde beroepen.[32] Het opzettelijk schenden is, aldus de toelichting, een inbreuk op de openbare orde en daarom is de regeling van de zwijgplicht expliciet in het Wetboek van Strafrecht opgenomen.[33]

Met betrekking tot het vereiste van 'opzet' van de normschending blijkt uit de parlementaire geschiedenis van art. 272 Sr dat vereist is, dat de arts zich bewust is van zijn zwijgplicht en vervolgens door zijn gedraging bewust het risico aanvaardt dat de informatie bekend raakt. Voorwaardelijk opzet is voldoende voor bewezenverklaring.[34] De erkenning van voorwaardelijk opzet als variant van het opzetbegrip is sinds het Cicero-arrest vaste rechtspraak en deze erkenning heeft de grens tussen opzet en schuld doen verschuiven.[35] Gevallen van ernstige achteloosheid, die immers vòòr de erkenning van voorwaardelijk opzet alleen op grond van een strafbepaling tegen culpoze schending vervolgd konden worden, worden sinds het Cicero-arrest onder het begrip 'opzettelijk schenden' gebracht. Daarom is, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, in art. 272 Sr culpoze schending van het beroepsgeheim in art. 272 Sr niet (ook) strafbaar gesteld.[36]

Art. 272 Sr is niet alleen gericht op de arts. Ook voor andere vertrouwensberoepen geldt immers dat deskundige hulp onmisbaar is voor een goed functioneren van de samenleving. Art. 272 Sr ziet wellicht niet eens zozeer op het schenden van het beroepsgeheim, maar veeleer op het schenden van het noodzakelijk vertrouwen dat hulpzoekenden in geheimhouding mogen stellen.[37] In dit verband zij ook gewezen op de oude Medische Tuchtwet waarin de schending van het geheim als een handeling werd beschouwd, die het vertrouwen in de stand der geneeskundigen ondermijnt.[38]

Uit de memorie van toelichting op art. 272 Sr blijkt dat telkens *de facto* de rechter moet beslissen in hoeverre enig ambt of beroep tot geheimhouding

32 *Kamerstukken I* 1967, verslag Buitengewone Zitting, p. 216-217; *Kamerstukken II* 1952/53, 3030, nr. 3, p. 1-5 (MvT); Smidt 1891 (deel II; parlementaire geschiedenis van art. 272 Sr), p. 425.

33 *Kamerstukken I* 1967, verslag Buitengewone Zitting, p. 216-217; *Kamerstukken II* 1952/53, 3030, nr. 3, p. 1-5; Smidt 1891 (deel II), p. 425 parlementaire geschiedenis van art. 272 Sr.

34 *Kamerstukken II* 1952/53, 3030, nr. 3, p. 1-5 (MvT); Wijshoff-Vogelzang 1985, p. 68.

35 HR 9 november 1954, *NJ* 1955/55 (Cicero arrest); zie voorts HR 26 juni 1962, *NJ* 1963/10; HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, r.o. 5.3, *NJ* 1997/199. Zie voor de erkenning van voorwaardelijk opzet: *Kamerstukken I* 1967, verslag Buitengewone Zitting, p. 217 en Conclusie Silvis onder HR 1 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU3447, r.o. 15, *NJ* 2012/366.

36 *Kamerstukken II* 1952/53, 3030, nr. 3, p. 1-5 (MvT); *Kamerstukken I* 1967, verslag Buitengewone Zitting, p. 216-217.

37 In dezelfde lijn Hazewinkel-Suringa 1959, p. 8.

38 Medische Tuchtwet, *Stb*. 1928, 222. Zie voor al dan niet ondermijning van het vertrouwen in de stand der geneeskundigen bijv. HR 13 december 1974, ECLI:NL:PHR:AB4706, *NJ* 1975/186 m.nt. van Veen.

verplicht.[39] Bekende vertrouwensberoepen buiten de gezondheidszorg zijn die van advocaat, notaris en pastoor of dominee.[40] Hierbij speelt de maatschappelijke noodzaak tot het verzekeren van vertrouwen in geheimhouding een belangrijke rol of zoals Hazewinkel dit fraai verwoordt:

> 'Het is het ambt of beroep zelf, dat het niet zonder vertrouwen stellen kan, zal het aan zijn sociale doeleinden beantwoorden, maar dat dan ook van zijn kant dit vertrouwen niet beschamen mag.'[41]

In het licht van bovenstaande kan worden vastgesteld dat geheimhouding in de strafrechtelijke context dus het algemeen belang waarborgt van een vrije toegang tot de zorg. De (toekomstige) patiënt kan en moet er op vertrouwen dat de arts zwijgt. Dit vertrouwen is een condicio sine qua non voor goede zorgverlening en (mede) daarom moet de arts zwijgen.

Klachtdelict

Het tweede lid van art. 272 Sr bepaalt dat het schenden van het medisch beroepsgeheim slechts tot een strafrechtelijke veroordeling kan leiden, indien de patiënt een klacht indient over het handelen van de arts.[42] Het gaat hier dus om een klachtdelict. Pas daarna kan het OM tot vervolging overgaan en doorslaggevend voor vervolging zal zijn in hoeverre er sprake is van opzet of het opzettelijk aanvaarden van het risico dat het geheim wordt geschonden.[43]

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 272 Sr blijkt dat het aan de patiënt is gelaten om al dan niet een klacht in te dienen, omdat het immers om gegevens gaat, die deel uitmaken van het recht op privacy, waarover de patiënt zelf moet kunnen beschikken.[44] Bovendien brengt een strafrechtelijke vervolging wegens schending van art. 272 Sr altijd het risico mee dat het geheim opnieuw of zelfs verder wordt geopenbaard.[45] Verburg benadrukt terecht dat in de figuur van klachtdelict het respect voor privacy besloten ligt.[46]

---

39 Smidt 1891 (deel II), p. 425 parlementaire geschiedenis van art. 272 Sr. Voorbeelden waarin de rechter oordeelde over de toepasselijkheid van art. 272 Sr: HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, r.o. 3.2, *NJ* 2010/471 m.nt. C.J.M. Klaassen (ambtsgeheim/mediator); HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2855, r.o. 3.5, *NJ* 2005/354 (ambtsgeheim/wethouder).

40 Bannier e.a. 2008, p. 7; Legemaate, *NJB* 2009, p. 2626; Sanders & Hupkes, *NJB* 2014, p. 446-447.

41 Hazewinkel-Suringa 1959, p. 10.

42 Smidt 1891 (deel II), p. 424-426, parlementaire geschiedenis van art. 272 Sr (MvT); Legemaate, *NJB* 2009, p. 2624; D.H. de Jong annotatie bij HR 8 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4131, r.o. 3.4–3.6, *NJ* 2004/365 (Zenuwarts).

43 Wijshoff-Vogelzang 1985, p. 68.

44 Legemaate, *NJB* 2009, p. 2624; Kastelein 2004, p. 175; Verburg 1985, p. 14.

45 Kastelein 2004, p. 175.

46 Verburg 1985, p. 14.

Het tweede lid van art. 272 Sr weerspiegelt dus het individuele belang van geheimhouding (recht op privacy), terwijl het eerste lid vooral ziet op het algemeen belang: door het opzettelijk schenden van de zwijgplicht strafbaar te stellen wordt immers de vrije toegang tot de zorg gewaarborgd.[47]

Rol van artikel 272 Sr in gezondheidsrechtelijke jurisprudentie

Uit de door mij onderzochte jurisprudentie blijkt dat een strafrechtelijke vervolging van de arts wegens het schenden van de zwijgplicht in de praktijk een zeldzaamheid is. Tot een veroordeling komt het zelden, de enkele gepubliceerde uitspraak met een veroordeling betreft die in de zaak van de zenuwarts.[48] De zenuwarts in deze zaak had stelselmatig en ongevraagd informatie over zijn patiënt verstrekt ter verdediging van zijn belangen, nadat zijn patiënt bij diverse instanties een klacht over het handelen van de arts had ingediend.[49] De arts zond vervolgens aan tal van personen en instanties brieven met daarin informatie over de patiënt. De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat het belang zichzelf te verdedigen een reden kan zijn voor het relativeren van het medisch beroepsgeheim. Echter, zowel (i) de mate waarin de arts informatie had verstrekt (stelselmatig en aan diverse personen en instanties) als (ii) de aard van de informatie die hij had verstrekt (ook informatie die niet relevant noch noodzakelijk was voor zijn verdediging) leidde tot een strafrechtelijke veroordeling.[50]

De bescheiden rol die art. 272 Sr speelt in de gezondheidsrechtelijke jurisprudentie, hangt volgens Kastelein samen met het risico op verdere openbaring van het geheim dat de patiënt loopt in een strafrechtelijke procedure. De strafzaak vergt onderzoek en is immers openbaar.[51] Om te voorkomen dat het geheim in een strafzaak verder wordt geopenbaard, is in de literatuur voorgesteld om aan art. 272 Sr toe te voegen dat een eventuele strafzaak met gesloten deuren dient plaats te vinden.[52] Dit lijkt een overbodig voorstel omdat ons rechtssysteem deze mogelijkheid al kent.[53] Op basis van art. 4

47 Zie voor de rol van het strafrecht bij zorgverlening: Mevis, *TvGR* 2015, p. 40-54.

48 HR 8 april 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF4131, *NJ* 2004/365 (Zenuwarts). Een andere zaak waarin een ziekenhuis door het OM werd vervolgd, was de VUmc zaak uit 2012. Van de patiënten waren op de SEH tv-opnames gemaakt. De privacy van patiënten op de SEH van het VUmc was hierdoor geschonden. De zaak werd geschikt. Het VUmc moest 30.000 euro betalen. Het OM meende dat het VUmc zich schuldig had gemaakt aan opzettelijke schending van het medisch beroepsgeheim en legde het ziekenhuis daarom een hogere boete op dan de televisieproducent die ook was aangeklaagd. Deze betaalde 20.000 euro.

49 HR 8 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4131, r.o. 3.6, *NJ* 2004/365 m.nt. D.H. de Jong (Zenuwarts).

50 Hof Arnhem 3 december 2003, zaaknummer 21/002022-03 (herziening van een in kracht van gewijsde gegaan arrest HR 20 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH0249, *RvdW* 2009/230).

51 Kastelein 2004, p. 151.

52 Wijshoff-Vogelzang 1985, p. 68.

53 Zie voor de zon- en schaduwzijden van de openbaarheid van het proces: Enschedé 2005, p. 72-73; Rb. Amsterdam 29 april 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD0880, *NJF* 2008/248.

lid 2 RO en art. 269 lid 1 Sv kan de rechter immers besluiten vanwege gewichtige redenen de zaak achter gesloten deuren te behandelen. Denkbaar is dat een verdere openbaring van intieme gegevens een gewichtige reden is, zoals reeds het geval is voor gegevens van zedenkwetsende aard. Een wetswijziging van art. 272 Sr ligt niet voor de hand. Wel is er sprake van een indicatie voor de praktijk en meer dan dat, als het voeren van de strafzaak met gesloten deuren verplicht zou zijn. Met Kastelein ben ik het dus eens dat de patiënt het risico loopt op verdere openbaring van zijn geheim.

Het komt mij voor dat een ander argument voor de bescheiden rol die art. 272 Sr in de gezondheidsrechtelijke jurisprudentie speelt, is gelegen in het opportuniteitsbeginsel en de overbelasting bij het OM, waardoor het ongewis is of de ingediende klacht over schending van het medisch beroepsgeheim daadwerkelijk tot vervolging van de arts leidt, laat staan tot een veroordeling. Het bewandelen van wegen via de civiele rechtspraak (par. 3.2.1) of via de tuchtrechtspraak (par. 3.2.2) ligt meer voor de hand, nog afgezien van het feit dat het optreden van de strafrechter soms wordt ervaren als een nodeloos zware en door het rechtsbewustzijn niet geëiste maatregel.

3.2.4 Art. 9 lid 1 AVG en art. 22 lid 1 UAVG

De Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) vervangt sinds 25 mei 2018 de Wbp en heeft rechtstreekse werking.[54] De Uitvoeringswet AVG (UAVG) bevat nationale regels ter uitvoering van de AVG en geldt sinds 25 mei 2018.[55] Daarin geldt een verwerkingsverbod voor persoonsgegevens zoals ook gold onder de Wbp (art. 22 lid 1 UAVG).

Persoonsgegevens zijn gegevens betreffende een geïdentificeerde persoon of identificeerbare persoon (art. 4 AVG). Eronder vallen standaardgegevens zoals naam of leeftijd. Aangezien persoonsgegevens steeds vaker digitaal worden opgeslagen, vallen in voorkomende gevallen ook gegevens die gekoppeld zijn aan bijvoorbeeld IP-adressen of MAC-adressen onder het begrip persoonsgegevens.[56] Daarnaast zijn er bijzondere persoonsgegevens of bijzondere categorieën van persoonsgegevens (art. 9. lid 1 AVG en art. 1 UAVG). Dit zijn onder meer gegevens die de gezondheid van een persoon betreffen (art. 9

54 Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), *PbEU* 4 mei 2016, L 119.

55 Wet van 16 mei 2018, houdende regels ter uitvoering van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (Uitvoeringswet algemene verordening gegevensbescherming, *Stb.* 2018, 144.

56 Zie bijv. art. 4 en gronden 26-29 en 38 AVG.

lid 1 AVG en art. 1 UAVG). Gegevens van overleden personen vallen niet onder de definitie van persoonsgegevens als bedoeld in de AVG. De AVG is daarom niet van toepassing op deze gegevens.[57]

Gegevens over de gezondheid behelzen niet alleen gegevens over medisch onderzoek of medische behandeling. Het is ruimer.[58] Het begrip omvat alle gegevens over de geestelijke en lichamelijke gezondheid van een persoon. De Hoge Raad benadrukt dat deze gegevens tot de persoonlijke levenssfeer van de patiënt behoren.[59] Ook informatie zoals een nummer of symbool dat herleidbaar is tot de gezondheid van een natuurlijk persoon valt onder het begrip bijzondere persoonsgegevens.[60]

De AVG en UAVG regelen hoe zorgaanbieders, waaronder de arts, persoonsgegevens al dan niet mogen verwerken. Hierbij gaat het om zowel geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens, als niet geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of bestemd zijn daarin te worden opgenomen (art. 9 lid 1 AVG en art. 22 lid 1 UAVG). Onder verwerking wordt ingevolge art. 4 AVG verstaan:

> 'een bewerking of een geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens of een geheel van persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd via geautomatiseerde procedés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op andere wijze ter beschikking stellen, aligneren of combineren, afschermen, wissen of vernietigen van gegevens.'[61]

Kern van de zaak voor de arts is dat op grond van de AVG en UAVG verwerking van persoonsgegevens achterwege dient te blijven voor zover uit ambt, beroep of wettelijk voorschrift geheimhouding is geboden (art. 9 lid 1 AVG en art. 22 lid 1 UAVG). Deze bepalingen laten er geen onduidelijkheid over bestaan dat (onder meer) het medisch beroepsgeheim zoals neergelegd in art. 7:457 BW, art. 88 Wet Big en art. 272 Sr niet terzijde kan worden geschoven.[62] Zij verbieden de verwerking van bijzondere persoonsgegevens, waaronder medische gegevens:

---

57 Zie voor zwijgen na overlijden: par. 3.5.5. Zie voorts *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 17 (MvT).

58 Zoals ook gold onder de Wbp: *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 101-102 (MvT); zie ook *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 54 (MvT).

59 HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9218, r.o. 2.4.4, *NJ* 2009/325 m.nt. P.A.M. Mevis; zie ook *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 54 (MvT).

60 *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 80, p. 145 en p.155 (MvT); HvJ EU 19 oktober 2016, ECLI:EU:C:2016:779, C-582/14, m.nt. Y. van den Winkel, *IR* 2016, p. 208-211; Zwenne, *P&I* 2015; zie ook Overweging 35 Verordening (EU) 2016/679.

61 Art. 4 onder 2 AVG, Verordening (EU) 2016/679.

62 Deze verbodsbepaling laat bijv. het recht van de patiënt op vernietiging (art. 7: 455 BW) of inzage (art. 7:456 BW) onverlet.

> 'Overeenkomstig artikel 9, eerste lid, van de verordening zijn verwerking van persoonsgegevens waaruit ras of etnische afkomst, politieke opvattingen, religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen, of het lidmaatschap van een vakbond blijken, en verwerking van genetische gegevens, biometrische gegevens met het oog op de unieke identificatie van een persoon, of gegevens over gezondheid, of gegevens met betrekking tot iemands seksueel gedrag of seksuele gerichtheid verboden.'[63]

Uiteraard gaat het hier niet om een absoluut verbod. Uitdrukkelijke toestemming van de patiënt legitimeert immers voor de arts het verwerken van persoonsgegevens (art. 9 lid 2 onder a AVG en art. 22 lid 2 onder a UAVG). Op grond van art. 5 lid 1 UAVG geldt een leeftijdsgrens van 16 jaar voor de verwerking van persoonsgegevens van kinderen op basis van toestemming. Dit is in lijn met de leeftijdsgrens die in de Wgbo wordt gehanteerd.[64]

Voorts gelden voor sommige gevallen wettelijke voorschriften op grond waarvan de arts informatie dient te verstrekken, zoals aan een zorgverzekeraar teneinde de rekening van de behandeling van de patiënt te kunnen afhandelen.[65] Ook is het verwerken van (bijzondere) persoonsgegevens bijvoorbeeld toegestaan indien dit voor een goede behandeling of verzorging van de patiënt nodig is of indien dit voor het beheer van een instelling of beroepspraktijk nodig is (art. 30 lid 3 onder a UAVG). De arts mag dus wel gegevens verwerken, maar daarvoor gelden nadere voorwaarden. Zo zal er altijd een grondslag nodig zijn voor die verwerking (art. 6 lid 3 AVG) en dient de gegevensverwerking rechtmatig, behoorlijk en transparant te zijn (art. 5 lid 1 onder a AVG), doel gebonden en niet disproportioneel (art. 5 lid 1 onder b en c AVG). Ook gelden er beveiligingsvereisten voor het (geautomatiseerd) verwerken van gegevens. Op grond van de AVG moeten er immers passende en organisatorische maatregelen worden getroffen om bijvoorbeeld datalekken te voorkomen (art. 5 onder f AVG, art. 24 AVG en art. 32 AVG). Voor de inrichting van een elektronisch patiëntdossier betekent dit bijvoorbeeld dat geheimhouding van persoonsgegevens moet worden gewaarborgd. Dit kan bijvoorbeeld via een persoonsnummer, biometrische identificatie zoals een irisscan of het toepassen van encryptie.[66] In de praktijk wordt regelmatig door patiënten geklaagd over het onveilig, want niet versleuteld, versturen van medische informatie per mail, vooral vanuit GGZ-instellingen, zelfs als de patiënt per mail om informatie heeft

63 Art. 22 lid 1 UAVG.

64 Vgl. art. 8 lid 1 AVG waarin de mogelijkheid wordt geboden de leeftijdsgrens te verlagen naar 13 jaar voor toestemming voor verwerking. Zie voor leeftijdsgrenzen in de Wgbo: par. 3.5.3.1.

65 Zie bijv. ministeriële regelingen op grond van de Zorgverzekeringswet, de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten en de Wet marktordening gezondheidszorg, waaruit volgt dat niet meer informatie mag worden verstrekt dan voor de financiële afhandeling nodig is.

66 Duijst 2007, p. 51. Zie voorts: https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/artseninfolijn/praktijkdilemmas-1/praktijkdilemma/uitwisseling-medische-gegevens-per-e-mail.htm (laatst geraadpleegd op 29 januari 2018); KNMG-richtlijn 2007, p. 17.

gevraagd.[67] Jegens de patiënt bestaat weliswaar geen geheimhoudingsplicht (art. 7:457 lid 1 BW), maar zoals in hoofdstuk 2 betoogd, ziet het individuele belang van de patiënt op geheimhouding bovenal op een vertrouwelijke (men leze: zorgvuldige, verantwoorde) omgang met diens medische gegevens. Zo kan de arts in geval van het beantwoorden van een e-mail via de reply-mogelijkheid niet met zekerheid vaststellen of anderen toegang hebben tot de e-mail van de patiënt en, indien anderen zich toch die toegang verschaffen, impliceert dat een ongeoorloofde doorbreking van het medisch beroepsgeheim, aldus – terecht – de KNMG.[68] Vandaar ook dat de KNMG adviseert gegevens altijd versleuteld te verzenden.

De arts dient de patiënt te informeren over de (automatische) verwerking van diens gegevens. Uit de jurisprudentie blijkt dat de arts met de patiënt moet overleggen welke delen van het medisch dossier worden verwerkt.[69] Met deze informatieplicht is het toestemmingsvereiste voor gegevensverwerking uiteraard nauw verbonden. Het informeren van de patiënt is immers gericht op het verkrijgen van toestemming voor het (geautomatiseerd) verwerken van persoonsgegevens. De AVG bepaalt dat toestemming dient te worden gegeven in de vorm van een duidelijke actieve handeling, bijvoorbeeld een schriftelijke verklaring, ook met elektronische middelen, of een mondelinge verklaring, waaruit blijkt dat de betrokkene vrijelijk, specifiek, geïnformeerd en ondubbelzinnig met de verwerking van zijn persoonsgegevens akkoord gaat. De toestemming beperkt zich tot verwerkingsactiviteiten die hetzelfde doel of dezelfde doeleinden dienen. Indien de verwerking meerdere doeleinden heeft, moet betrokkene toestemming voor elk daarvan verstrekken.[70]

Het lijdt geen twijfel dat op het snijvlak van privacy en zorg de patiënt steeds meer bevoegdheden krijgt om te bepalen wat er met zijn gegevens gebeurt.[71] Daarvan is ook sprake in de Wet cliëntenrechten bij elektronische gegevensverwerking. Daarin is immers bepaald dat de patiënt 'gespecificeerde toestemming' dient te geven voor de uitwisseling van diens gegevens tussen zorgaanbieders onderling. Dit houdt in dat de patiënt specifiek moet aangeven welke gegevens wel of niet door welke (categorieën van) zorgverleners mogen worden ingezien (art. 15a lid 2 Wet cliëntenrechten bij elektronische gegevensverwerking).[72] Sommige 'derden' zijn van toegang tot elektronische systemen

67 Zie bijv. RTG Amsterdam 26 september 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:108, *LS&R* 1503.

68 Zie KNMG-website: https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/artseninfolijn/praktijkdilemmas-1/praktijkdilemma/uitwisseling-medische-gegevens-per-e-mail.htm (laatst geraadpleegd 29 januari 2018). Vgl. RTG Amsterdam 26 september 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:108, r.o. 5.6, *LS&R* 1503.

69 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 23 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3097.

70 Zie grond 32 AVG; Verordening (EU) 2016/679.

71 Zie bijv. Wet cliëntenrechten bij elektronische verwerking van gegevens (art. 15) en actualisatie van de KNMG-gedragscode 2016 (art. 4).

72 *Stb.* 2016, 373; *Kamerstukken II* 2012/13, 33509, nr. 3, p. 20; Zie ook art. 7 Verordening (EU) 2016/679; par. 5.2.

uitgesloten, zoals zorgverzekeraars (art. 15f Wet cliëntenrechten bij elektronische gegevensverwerking).[73] Dergelijke maatregelen zijn zonder meer het gevolg van een toenemende automatisering in de samenleving en de risico's die dit meebrengt voor de privacy van betrokkenen. In de zorg zijn digitale dossiers en het elektronisch uitwisselen van gegevens niet meer weg te denken. Patiënten hebben recht op inzage (art. 7:456 BW) en vernietiging van hun gegevens (art. 7:455 BW), maar dus ook steeds meer recht op het bepalen wie welke informatie te zien krijgt.

Digitalisering zet het medisch beroepsgeheim onder druk doordat het risico op onbevoegde of oneigenlijke toegang tot vertrouwelijke gegevens toeneemt. Zo had een secretaresse werkzaam bij een GGZ-instelling het patiëntendossier van een familielid geraadpleegd. Zij wilde nagaan of deze onder behandeling was. De rechtbank oordeelde dat de instelling de secretaresse terecht op staande voet had ontslagen.[74]

Duijst benadrukte een decennium geleden nog dat de toegankelijkheid van de zorg het leidend motief zou moeten zijn bij het nadenken over het medisch beroepsgeheim in het licht van de toenemende automatisering.[75] Zij zal in het licht van haar onderzoek vooral het verschoningsrecht in het vizier hebben gehad. Wat betreft de zwijgplicht geldt dat de privacy van de patiënt heden ten dage het leidend motief is bij het nadenken over een eventuele doorbreking. De regie van de patiënt over de omgang met diens gegevens neemt immers toe. Deze toename kan de arts voor lastige dilemma's plaatsen, zoals wanneer ouders die hun kind vertegenwoordigen aangeven dat zij niet willen dat een vermoeden van kindermishandeling ter kennis komt van een andere zorgverlener of althans daarvoor toestemming onthouden of verzoeken deze gegevens uit het medisch dossier te verwijderen. De KNMG benadrukt dat de arts als goed hulpverlener (art. 7:453 BW) in het belang van kind kan besluiten – ook zonder toestemming hiervoor van betrokkenen te hebben – gegevens over kindermishandeling toch aan andere zorgverleners te verstrekken en níet te vernietigen. Het goed hulpverlenerschap ex art. 7:453 BW kan eveneens als juridische basis worden aangewezen om ouders geheel geen inzage in of afschrift te geven van het medisch dossier van hun kind (art. 7:465 lid 4 BW, art. 7:457 lid 3 BW).[76] Goed hulpverlenerschap van de arts en regie van de patiënt of diens wettelijke vertegenwoordigers werken in de sfeer van de geneeskundige behandeling als communicerende vaten, oftewel zij staan nauw met elkaar in verbinding in elk dilemma dat ontstaat in het licht van de omgang met vertrouwelijke gegevens. De vraag hoe de arts met het medisch beroepsgeheim en de (geautomatiseerde) verwerking van persoonsgegevens moet omgaan, dient in de sleutel te worden geplaatst van hetgeen van hem

73 Art. 15f Wet cliëntenrechten bij elektronische verwerking van gegevens, *Stb.* 2016, 373.
74 Rb. 's-Gravenhage 2 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN6221, *TvGR* 2010/27.
75 Duijst 2007, p. 32-34.
76 KNMG-richtlijn 2018, p. 73.

als goed hulpverlener wordt verwacht (vgl. art. 7:453 BW).[77] De AVG en UAVG geven daaraan onder meer invulling, en duidelijk is dat de arts aan diverse voorwaarden dient te voldoen alvorens persoonsgegevens te kunnen verwerken. Deze voorwaarden zijn zorgvuldigheidsvereisten voor het verwerken van persoonsgegevens. Schendt de arts de zorgvuldigheidseisen die aan een vertrouwelijke omgang met de zwijgplicht worden gesteld, dan kan dit voor hem civiel (art. 6: 74 BW en art. 6:162 BW), tucht- (art. 47 Wet Big) en/of strafrechtelijke (art. 272 Sr) gevolgen hebben.

3.2.5 Tussenconclusie

De zwijgplicht vormt een civielrechtelijke verplichting van de arts jegens de patiënt en tegelijkertijd een kwestie van algemeen belang, die niet voor niets in de Wet Big is neergelegd en uitgangspunt is in de AVG alsmede de UAVG en strafrechtelijk en tuchtrechtelijk wordt gesanctioneerd. Daarnaast is er nog de zelfregulering, maar die laat zich binnen de grenzen van de wettelijke regels situeren.

In het licht van bovenstaande is het zonder meer van belang om na te gaan wat de inhoud en reikwijdte (object resp. subject) van de zwijgplicht is. Bij het in beeld brengen daarvan in de volgende paragrafen zullen, voor zover aan de orde, discongruenties tussen de toepasselijke regels worden betrokken en zal getracht worden deze te evalueren. Niet alle regelingen zien immers specifiek op artsen, laat staan behandelend artsen en het is bovendien de vraag of het voor de hantering van het medisch beroepsgeheim uitmaakt of wordt opgetreden als behandelaar met 'overeenkomst' (Wgbo) of bij 'uitoefening van beroep' (Wet Big).

3.3 Object van de zwijgplicht

In deze paragraaf staat de vraag centraal welke informatie onder de zwijgplicht valt in het licht van de in par. 3.2 besproken wettelijke grondslagen van de zwijgplicht van de behandelend arts. Voor artsen en hun patiënten is het immers van belang te weten waarover de arts geacht wordt te zwijgen vanwege niet alleen de straf-, civiel- en tuchtrechtelijke gevolgen van het schenden van de zwijgplicht, maar ook vanwege een eventueel beroep op het verschoningsrecht dat voortvloeit uit de zwijgplicht. Zie voor een bespreking van het verschoningsrecht: hoofdstuk 4.

77 Zie voor een bespreking van de zorgplicht: par. 1.1.1 en par. 3.6.

3.3.1 Beroepsuitoefening als grens

De verschillende wettelijke regelingen laten zich in algemene termen uit over het object van geheimhouding. In de sfeer van de medische behandeling zijn vanzelfsprekend de meer specifieke bepalingen van art. 7:457 lid 1 BW en art. 88 Wet Big van belang.[78] Deze richten zich immers specifiek tot de behandelend arts.

In art. 7:457 lid 1 BW wordt gesproken van 'inlichtingen over de patiënt'. De parlementaire geschiedenis van de Wgbo geeft weinig duidelijkheid over wat precies onder 'inlichtingen' moet worden verstaan.[79] Daarnaast worden in art. 7:457 lid 1 BW 'bescheiden' genoemd, zoals bedoeld in art. 7:454 BW.[80] Het betreft hier een verwijzing naar het medisch dossier dat de arts verplicht is in te richten (art. 7:454 BW) en waarvan de inhoud dus geheim is.

Art. 88 Wet Big omschrijft het geheim als 'al datgene wat hem (men leze: een ieder die een beroep uitoefent op het gebied van de individuele gezondheidszorg) bij het uitoefenen van zijn beroep op het gebied van de individuele gezondheidszorg als geheim is toevertrouwd, of wat daarbij als geheim te zijner kennis is gekomen of wat daarbij te zijner kennis is gekomen en waarvan hij het vertrouwelijke karakter moest begrijpen.' Art. 88 Wet Big omschrijft het geheim weliswaar in minder algemene termen dan art. 7:457 lid 1 BW, dat immers spreekt van 'inlichtingen over de patiënt', maar laat ook ruimte voor interpretatie. Buijsen c.s wijzen er terecht op dat uit art. 88 Wet Big – in tegenstelling tot art. 7:457 lid 1 BW – wel een verplichting voor de arts volgt na te gaan of de gegevens waarover hij beschikt geheim zijn.[81] Kennelijk is het aan de arts gelaten te bepalen welke informatie precies onder zijn beroepsgeheim valt.

In de artikelen die zich niet specifiek tot de arts richten, maar waaruit wel een juridische basis tot zwijgen kan worden afgeleid, wordt het object van de zwijgplicht als volgt omschreven. Volgens art. 272 Sr valt onder het geheim 'datgene waarvan de beroepsbeoefenaar weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij het moet bewaren'. De parlementaire geschiedenis van art. 272 Sr biedt weinig aanknopingspunten wat precies onder de zwijgplicht valt. Remmelink benadrukt dat het moet gaan om gegevens die bestemd zijn om niet bekend

78 Zie Buijsen c.s. 2012, p. 70; *Tweede evaluatie Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 29282, nr. 182, p. 250.

79 Zie over de onzekerheid over de breedte van het begrip 'inlichtingen': Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 2000, 121, p. 19-20.

80 Voorgesteld wordt in art. 7:457 lid 1 BW de verwijzing naar art. 7:454 BW te vervangen door de woorden: 'gegevens uit het dossier'. Zie voor de wijziging van art. 7:457 lid 1 BW op https://www.internetconsultatie.nl/concept_wijziging_wgbo/details (laatst geraadpleegd 29 januari 2018) en Van Lopik & Pans, *TLP* 2016, p. 35.

81 Buijsen c.s. 2012, p. 37.

te worden, maar ook dit laat ruimte voor interpretatie.[82] Uit de strafrechtelijke rechtspraak blijkt dat de aard, omvang en context van de informatie een rol van betekenis spelen bij het bepalen of gegevens onder de zwijgplicht vallen.[83]

In de UAVG gaat het om de geheimhoudingsplicht 'uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift' (art. 30 lid 4 UAVG). Wat precies geheim is, wordt hier niet verder omschreven.

Deze verschillen in omschrijving van het object van de zwijgplicht laten op het eerste gezicht ruimte voor uiteenlopende interpretaties en onduidelijkheid. Niettemin valt er eenzelfde begrenzing te ontdekken van datgene wat onder de zwijgplicht valt. Uit de parlementaire geschiedenis van de desbetreffende artikelen dan wel de redactie van het artikel zelf, wordt duidelijk dat alle informatie die de arts in het kader van zijn beroepsuitoefening heeft verkregen, onder zijn zwijgplicht valt. De relatie met de beroepsuitoefening wordt immers nadrukkelijk genoemd in art. 88 Wet Big en art 272 Sr. De UAVG refereert in art. 30 lid 4 aan geheimhoudingsplicht die de arts 'uit hoofde van zijn beroep' heeft. De vraag rijst wat hier precies mee wordt bedoeld. Valt informatie die de arts buiten werktijd verkrijgt al dan niet onder de beschrijving 'bij het uitoefenen van zijn beroep' zoals vermeld in art. 88 Wet Big? Valt informatie over de patiënt die de arts van een ander dan de patiënt verkrijgt onder zijn zwijgplicht? Uit de memorie van toelichting op de Wgbo blijkt weliswaar dat gegevens die in de relatie tussen de patiënt en de hulpverlener bekend zijn geworden bij uitstek een vertrouwelijk karakter hebben, maar niet of dit ook daarbuiten geldt of als een ander de arts van informatie voorziet.[84] Wat betekent dit in de praktijk en wat betekent het voor het medisch beroepsgeheim indien de arts niet via de patiënt maar via een andere weg kennis neemt van informatie over de patiënt of diens gezin? Hieronder volgt een overzicht via welke kanalen de arts informatie kan krijgen en welke informatie vervolgens al dan niet onder de zwijgplicht van de arts valt.

3.3.1.1 Informatie via de patiënt

In de meeste gevallen verkrijgt de arts informatie van de patiënt. Het maakt niet uit of de toevertrouwde informatie in schriftelijke dan wel mondelinge vorm of in gebarentaal wordt geuit.[85] Alle toevertrouwde informatie van de patiënt valt onder het beroepsgeheim van de arts.[86] Dit kan medische informatie betreffen of andere informatie zoals financiële problemen of informatie over

82 Remmelink/Machielse, in: *NLR*, art. 273 Sr, aant. 5 (online, laatst bijgewerkt op 1 juni 2010).

83 HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 2.2, *NJ* 2012/537; HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, r.o. 4.3.3, *NJ* 2011/416; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.6.4, *NJ* 2009/263; HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, r.o. 3.4, *NJ* 2008/630; HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, r.o. 5.6, *NJ* 2008/407, m.nt. J. Legemaate.

84 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 14.

85 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 14; Leenen e.a. 2017, p. 153-154.

86 Leenen e.a. 2017, p. 153-154; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 37.

het gezin of familie. Al vertelt een patiënt aan zijn arts dat hij een strafblad heeft, de arts heeft hierover te zwijgen. Ook gegevens als naam, adres of woonplaats vallen onder de geheimhouding, omdat uit dergelijke gegevens indirect informatie is af te leiden over de gezondheid van de patiënt.[87] Alle tot de patiënt herleidbare gegevens vallen onder het medisch beroepsgeheim. Indien bijvoorbeeld identiteitsgegevens niet onder het beroepsgeheim zouden vallen, kan een patiënt immers besluiten af te zien van het inroepen van medische hulp. Hierbij valt te denken aan een patiënt die illegaal in Nederland verblijft.[88]

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het bij het bepalen of iets onder het beroepsgeheim valt, gaat om de vraag of de patiënt de arts q.q. iets toevertrouwt, dus in diens hoedanigheid van arts, de plek doet er niet toe en evenmin de vorm.[89] Als de arts bijvoorbeeld in een boekwinkel wordt aangesproken door een patiënt over diens gezondheidsklachten, dan geldt dat de informatie is verkregen in het kader van de beroepsuitoefening van arts. Daarom valt deze dus onder zijn zwijgplicht en dat de informatie niet onder werktijd is gegeven, doet dus niet ter zake.

3.3.1.2 Informatie via een ander dan de patiënt

Ook informatie over de patiënt, die een ander dan de patiënt aan de arts q.q. toevertrouwt, valt onder het beroepsgeheim.[90] Indien de dochter van een patiënt de arts informeert over psychische problemen bij haar vader, dan heeft de arts over de informatie die hem q.q. is toevertrouwd te zwijgen. Hetzelfde geldt als een familielid de arts informeert over mogelijk misbruik van de minderjarige patiënt door een ander familielid.[91] Het lijdt geen twijfel dat dergelijke informatie onder de geheimhoudingsplicht valt, maar minder duidelijk is jegens wie de geheimhoudingsplicht vervolgens geldt. Moet de arts de patiënt over de door een ander verstrekte informatie informeren en moet de arts de van een ander verkregen informatie ook opnemen in het medisch dossier dat de patiënt vervolgens weer kan inzien (art. 7:454 BW)? Hierbij speelt, zoals bleek in par. 3.2.1, uiteraard het bepaalde in art. 7:457

87 HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9218, r.o. 3, *NJ* 2009/325; Rb. Zutphen 20 november 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB8606, r.o. 6, *GJ* 2008/19.

88 Voorbeeld ontleend aan Duijst 2007, p. 37. Zie ook Bakker, *TvGR* 2004, p. 445-450.

89 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, r.o. 3.3.2, *NJ* 2001/42; HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, r.o. 3.4, *NJ* 1986/173 (concl. A-G Biegman-Hartogh onder 13); zie ook Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 40; Leenen e.a. 2017, p. 153.

90 HR 21 april 1913, *NJ* 1913, p. 958 (Liefdehuis-arrest); Leenen e.a. 2017, p. 153; Duijst 2007, p. 38.

91 CTG 7 april 2009, *MC* 2009, p. 1292, *Stcrt*. 2009, 89; CTG 29 juli 2008, *TvGR* 2008/50, p. 635; zie ook Dute, *European Journal of Health Law* 2009, p. 119.

lid 1 BW een rol, namelijk dat de arts geen informatie (uit het dossier) mag verstrekken indien dit de persoonlijke levenssfeer van een ander schaadt.[92]

De arts neemt informatie op in het medisch dossier indien dit noodzakelijk is voor een goede zorgverlening aan de patiënt (art. 7:454 BW) ongeacht van wie de informatie afkomstig is. Wel dient de arts, zo blijkt uit de (tucht)rechtspraak, zorgvuldig in het medisch dossier aan te geven van wie de informatie afkomstig is.[93] De informatie in het dossier mag de patiënt inzien (art. 7:456 BW).[94] Dit geldt in beginsel ook voor de gezagdragende ouders die hun kind jonger dan twaalf jaar vertegenwoordigen.[95] Echter, het recht op inzage is niet onbeperkt. Zo mag de arts geen inzage in of afschrift van (een deel van) het medisch dossier geven als daardoor de persoonlijke levenssfeer van de ander wordt geschaad (art. 7:457 lid 1 BW).[96] Het is een vorm van evenwichtskunst: de arts moet een afweging maken tussen enerzijds het belang van privacybescherming van de informant en anderzijds het belang van de patiënt op inzage in zijn medisch dossier. Het verbaast niet dat de KNMG benadrukt dat de arts niet alleen de informant dient te wijzen op het risico dat verstrekte informatie bekend kan worden gemaakt aan patiënt, maar ook dat de arts bij voorkeur geen informatie zonder medeweten van de patiënt opneemt in het medisch dossier.[97] Dit voorkomt immers dilemma's.

Soms neemt de arts toevallig kennis van informatie zoals wanneer hij tijdens een huisbezoek een gesprek tussen gezinsleden opvangt.[98] Bepalend is dat de arts in hoedanigheid van arts – dus q.q. – in het huis aanwezig is. De ter kennis gekomen – soms niet medische – informatie valt onder de zwijgplicht van de arts.[99] De arts die in een beroepsmatige relatie staat of heeft gestaan tot de persoon over wie hij informatie van een derde ontvangt, zwijgt over die verkregen informatie maar dus niet jegens de patiënt.[100] Als de arts bij de bakker wordt aangesproken door de echtgenoot van een patiënt over de gezondheid van die patiënt, dan valt de verkregen informatie dus onder het medisch beroepsgeheim. Hij verkrijgt die informatie, ook al is hij op dat moment niet aan het werk, in zijn hoedanigheid als arts.[101]

92 Hendriks, *NJB* 2017, p. 1080. Hendriks wijst erop dat onduidelijk is wat precies wordt verstaan onder 'schaden van de persoonlijke levenssfeer van een ander'.
93 CTG 7 april 2009, *MC* 2009, p. 1291, *Stcrt.* 2009, 89.
94 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 14 en p. 38-40 (MvT). Zie in gelijke zin: *Kamerstukken II* 2012/13, 33509, nr. 3, p. 20 (MvT).
95 Zie voor conflicten tussen ouders (en kind) m.b.t. inzagerecht: par. 3.5.3; KNMG-richtlijn 2018, p. 132-133; Hendriks, *NJB* 2017, p. 1080.
96 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 22 en p. 37-38.
97 KNMG-richtlijn 2018, p. 120.
98 HR 23 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0052, r.o. 2.43, *NJ* 1991/761; *Kamerstukken II* 1992/93, 21561, nr. 15, p. 32.
99 Buijsen c.s. 2012, p. 38.
100 Leenen e.a. 2017, p. 151.
101 Zie bijv. Rb. Assen 29 september 1963, *NJ* 1964/75.

Ook correspondentie die de arts over of ten behoeve van de patiënt van andere hulpverleners ontvangt en de bevindingen of advies van deskundigen vallen onder de zwijgplicht.[102]

Alle toevertrouwde informatie over de patiënt die de arts q.q. van een ander dan de patiënt verneemt en alle informatie, die de arts zelf verneemt omtrent zijn patiënt met wie hij dus in een beroepsmatige relatie staat, valt onder de zwijgplicht van de arts. Sterker nog: zelfs als de arts niet de behandelend arts is en kennis krijgt van informatie over een patiënt (niet zijn patiënt), dus zonder dat er sprake is van een geneeskundige behandelingsovereenkomst, kan op de arts een geheimhoudingsplicht rusten. Zo oordeelde het RTG Amsterdam in een zaak waarin een Nederlandse neurochirurg – die informatie over Prins Friso na zijn skiongeluk had verkregen van een Oostenrijkse arts en hierover vervolgens zonder toestemming van betrokkenen en zonder dat hiertoe een noodzaak bestond in de media uitspraken deed – dat het tot de kerntaken van een Big-geregistreerde hulpverlener hoort om te zwijgen over privacygevoelige gegevens van een patiënt.[103] De neurochirurg werd berispt. Op deze zaak wordt in par. 3.5.2 nader ingegaan.

3.3.1.3 Informatie via onderzoek

De ontwikkelingen in de medische wetenschap staan niet stil. Steeds vaker vergaart de arts kennis over zijn patiënt door onderzoek van de patiënt waarbij allerhande hulpmiddelen worden ingezet. Zo worden op röntgenfoto's, scans, video's patiëntengegevens vastgelegd of worden gegevens uit afgenomen bloed verzameld. Vanzelfsprekend rijst de vraag of deze gegevens al dan niet onder het medisch beroepsgeheim vallen.[104] Criterium is dat alle kennis die de arts vergaart op basis van onderzoek van de patiënt bijvoorbeeld door middel van waarneming, lichamelijk onderzoek, laboratoriumonderzoek of beeldvormend onderzoek (zoals foto's, video's en scans) en de beschrijvingen daarvan onder het beroepsgeheim valt voor zover deze althans tot de patiënt herleidbaar zijn.[105] Dit betekent dat de arts bijvoorbeeld geen foto's met een aandoening ter consultatie aan collega-artsen mag sturen zonder toestemming daarvoor te hebben van betrokkenen indien deze herleidbaar is tot een identificeerbare patiënt. Het anonimiseren van een foto biedt overigens volgens de KNMG voor dit soort situaties geen oplossing, omdat via de met de foto gepaard gaande metadata vaak toch het IP-adres van bijvoorbeeld de computers van het zieken-

102 Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 37; Duijst 2007, p. 39.
103 RTG Amsterdam 18 juni 2013, ECLI:NL:TGZRAMS:2013:YG3015, r.o. 5.11, *GJ* 2013/121.
104 Leenen e.a. 2017, p. 153.
105 HR 14 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9943, r.o. 5.3 , *NJ* 2013/561 (opnames van een speltherapie); HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.2 en 2.3, *NJ* 2009/263; Rb. Utrecht 30 september 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BG1561, *NJ* 2009/11 (foto's op camera en computer); Rb. Zwolle 12 april 1998, ECLI:NL:RBZWO:1998:AB8976, *NJ* 1999/610 (videoband bij verdenking Münchhausen by proxy). Zie Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 40.

huis en de patiënt is te achterhalen. Met het achterhalen van het IP-adres wordt bekend op welk tijdstip en welke locatie de foto is gemaakt en dit leidt vervolgens tot identificatie van de patiënt.[106]

In geval de arts twijfelt of informatie via onderzoek al dan niet onder de zwijgplicht valt, benadrukt Duijst dat de omvang van het medisch beroepsgeheim moet worden vastgesteld aan de hand van het effect dat het vrijgeven van bepaalde informatie heeft op de toegankelijkheid van de zorg.[107] Het komt mij voor dat daaraan dient te worden toegevoegd dat de omvang van het medisch beroepsgeheim ook en vooral dient te worden vastgesteld aan de hand van het effect dat het vrijgeven van bepaalde informatie heeft op het individuele belang van de patiënt zelf. Ook dit is immers, zo bleek uit hoofdstuk 2 en par. 3.2.4, een leidend motief bij het denken over de bescherming van (medische) persoonsgegevens.

3.3.1.4 Digitale informatie, WhatsApp en Facebook

Digitale informatie-uitwisseling via e-mail, WhatsApp, alsmede het gebruik van camerafunctie en opslag van patiëntengegevens op de mobiele telefoon is steeds meer gemeengoed in de wijze van communiceren tussen artsen onderling.[108] Het biedt immers artsen die bijvoorbeeld in teamverband werken de mogelijkheid om op efficiënte, snelle wijze video's, afbeeldingen en andere informatie over de patiënt naar elkaar te versturen voor bijvoorbeeld consultatie. De gegevens vallen, voor zover deze herleidbaar zijn tot een bepaalde persoon (art. 4 AVG), onder de werking van het medisch beroepsgeheim (art. 7:457 lid 1 BW en art. 88 Wet Big) en de verwerking ervan is verboden op grond van art. 9 lid 1 AVG en art. 22 lid 1 UAVG.[109] Dit geldt ook voor het plaatsen van een bericht op Facebook. Het RTG Eindhoven legde een verpleegkundige een waarschuwing op omdat hij het medisch beroepsgeheim had geschonden door het plaatsen van een bericht over een patiënt op Facebook.[110] Het RTG benadrukte in zijn uitspraak dat hieraan niet afdeed dat de patiënt zelf over zijn behandeling al had bericht op Facebook.[111] De verpleegkundige had immers op grond van het indertijd geldende art. 16 Wbp

106 KNMG-richtlijn 2018, p. 26.

107 Duijst 2007, p. 72.

108 Hendriks, *NTvG* 2016, 160:B1348; Croonen, *MC* 2015, p. 2380; Wiggelinkhuizen e.a., *MC* 2015, p. 2311. Advies t.b.v diagnoses wordt door één op de drie artsen ingewonnen via WhatsApp. 33 % verstuurt foto's via de WhatsApp. Ruim 90 % van de artsen gebruikt wel eens zijn smartphone tijdens het werk.

109 Dit is niet alleen te herleiden uit de in de vorige paragraaf besproken artikelen over geheimhouding, maar ook uit de KNMG-richtlijn 2018, p. 24-26 en de KNMG-handreiking 2011, p. 4.

110 RTG Eindhoven 2 december 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:101, r.o. 5, *GZR-Updates.nl* 2014/0495.

111 RTG Eindhoven 2 december 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:101, r.o. 5, *GZR-Updates.nl* 2014/0495.

juncto art. 23 lid 1 onder a Wbp, de ondubbelzinnige toestemming van de patiënt moeten hebben voor het plaatsen van een bericht dat informatie bevatte over de behandeling van de patiënt.[112] Bovendien geldt bij het gebruik van sociale media dat degene die het bericht plaatst, de arts of de verpleegkundige, op grond van art. 5 AVG ook de veiligheid en daarmee de vertrouwelijkheid van de geplaatste gegevens moet kunnen garanderen. Deze algemeen geformuleerde zorgplicht ex art. 5 AVG verzet zich tegen plaatsing op of verspreiding van berichten via sociale media. De arts kan immers zo'n garantie niet geven; hij is geen systeembeheerder.[113] Daarom wordt in de KNMG-handreiking *Artsen en Social Media* benadrukt dat de arts terughoudend moet omgaan met het gebruik van sociale media en tot de persoon herleidbare gegevens.[114] Ook moet de arts bijvoorbeeld mails met informatie over de patiënt versleuteld versturen.[115]

In de Britse literatuur is beargumenteerd dat indien de patiënt zelf medische informatie publiekelijk bekend maakt, bijvoorbeeld in een nationaal dagblad, de vertrouwelijke aard van die informatie teloorgaat:

> 'Confidentiality can be lost if the information becomes public. If, therefore, a patient has revealed her or his medical condition to the press, there can be no complaint if the doctor subsequently reveals that same information.'[116]

Het teloorgaan van de vertrouwelijkheid van de informatie betekent evenwel nog niet dat de Britse arts over de behandeling van de 'medical condition' mag spreken of over iets wat daaraan gerelateerd is. Hiertoe zal, zo blijkt uit de Britse jurisprudentie, een noodzaak moeten bestaan en uitgangspunt zal zijn dat de patiënt voor de bekendmaking van gegevens zijn toestemming verleent.[117] Dit zou hier te lande niet anders zijn (art. 7:457 lid 1 BW).

3.3.1.5 Medisch dossier

Alle informatie, die tot het (digitale) medisch dossier behoort, valt onder de zwijgplicht van de arts. Art. 7:457 lid 1 BW bepaalt immers dat geen inlichtingen over de patiënt dan wel inzage in of afschrift van de bescheiden, bedoeld in art. 7:454 BW aan een ander mogen worden verstrekt dan met toestemming

112 Zie par. 5.2.3.
113 Van Uden 2015, p. 128. Auteur benadrukt dat organisatorische en technische maatregelen dienen te worden getroffen die een passend beveiligingsniveau garanderen.
114 KNMG-handreiking 2011, p. 16, p. 24 en p. 28-29.
115 Zie: https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/artseninfolijn/praktijkdilemmas-1/praktijkdilemma/uitwisseling-medische-gegevens-per-e-mail.htm (laatst geraadpleegd 29 januari 2018); KNMG-richtlijn 2007, p. 17.
116 Herring 2006, p. 160.
117 House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 6 mei 2004, Campbell v. MGN Limited [2004], UKHL 22; House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 2 mei 2007, Douglas v. Hello! Limited [2007], UKHL 21; zoals aangehaald in Herring 2006, p. 160.

van de patiënt.[118] Steeds vaker worden persoonsgegevens opgeslagen in digitale medische dossiers, doorgaans Elektronische Patiënten Dossiers (EPD's) genoemd.[119] Uit par. 3.2.4 bleek dat de arts de beveiliging van het EPD moet waarborgen door de noodzakelijke technische en organisatorische maatregelen te nemen (art. 5 AVG). Dit veronderstelt bijvoorbeeld dat de computer en het communicatieprogramma die voor de gegevensopslag worden gebruikt voldoende zijn beveiligd.[120]

Op de arts rust op grond van art. 7:454 BW de plicht om een medisch dossier in te richten met betrekking tot de behandeling van de patiënt. Dit artikel luidt:

> 'De hulpverlener richt een dossier in met betrekking tot de behandeling van de patiënt. Hij houdt in het dossier aantekening van de gegevens omtrent de gezondheid van de patiënt en de te diens aanziens uitgevoerde verrichtingen en neemt andere stukken, bevattende zodanige gegevens, een en ander voor zover dit voor een goede hulpverlening noodzakelijk is.'[121]

Uit de parlementaire geschiedenis van de Wgbo blijkt dat het medisch dossier erop gericht is de continuïteit en kwaliteit te waarborgen van de zorgverlening aan de patiënt.[122] Uit art. 7:454 BW valt af te leiden dat de arts niet álle informatie, die hem bekend is geworden, hoeft te vermelden in het medisch dossier. De plicht beperkt zich immers tot het opnemen van informatie die noodzakelijk is voor een goede zorgverlening aan de patiënt. Die keuze maakt de arts zelf en het komt mij voor dat de wettelijke grondslag voor die keuze is te vinden in art. 7:453 BW: de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap. Als goed hulpverlener houdt de arts het medisch dossier zorgvuldig bij zodat hij de continuïteit en kwaliteit van de zorgverlening aan de patiënt waarborgt.

Uit de rechtspraak volgt dat beeldvormend materiaal zoals scans, foto's en video-opnames, tot het medisch dossier behoren voor zover zij althans zijn gemaakt in het kader van onderzoek naar en de medische behandeling van de patiënt.[123] Video-opnames die bijvoorbeeld in het ziekenhuis zijn gemaakt

---

118 In het Wetsvoorstel wijziging Wgbo wordt voorgesteld art. 7:457 lid 1 BW aan te passen. Zie voor deze wijziging: https://www.internetconsultatie.nl/concept_wijziging_wgbo/details (laatst geraadpleegd 29 januari 2018) en Van Lopik & Pans, *TLP* 2016, p. 35.

119 *Kamerstukken II* 2015/16, 33509K; zie ook art. 1 lid 1 Wkkgz waarin 'dossier' is omschreven als al hetgeen de zorgaanbieder schriftelijk of elektronisch aan gegevens over de patiënt heeft vastgelegd.

120 KNMG-richtlijn 2018, p. 25.

121 *Stb.* 1994, 838.

122 *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 126. Zie voor een uitgebreide omschrijving van wat in het medisch dossier wordt opgenomen: Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 34-35.

123 HR 14 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9943, r.o. 5.3, *NJ* 2013/561 (opnames van een speltherapie); HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.2 en 2.3, *NJ* 2009/263; Rb. Utrecht 30 september 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BG1561, *NJ* 2009/11 (foto's op camera en compu-

om te onderzoeken of de moeder van een opgenomen patiënt lijdt aan het syndroom van Münchhausen by proxy, maken dus deel uit van het medisch dossier.[124]

Geen deel van het medisch dossier zijn de werkaantekeningen van de arts. Dit zijn persoonlijke aantekeningen die niet bedoeld zijn voor andere ogen dan die van de arts. De KNMG noemt als voorbeeld geheugensteuntjes bij de voorlopige gedachtevorming.[125] Ook correspondentie ter zake van gerechtelijke of klachtprocedures blijft daarbuiten.[126] Dit geldt ook voor meldingen die de arts doet aan commissies als de FONA of MIP.[127] Gegevens ter zake van de financiële administratie rond een patiënt maken evenmin deel uit van het medisch dossier. Dergelijke gegevens zijn immers niet noodzakelijk voor de behandeling, maar zij vallen wel onder de zwijgplicht van de arts.[128] Het komt mij aldus voor dat het medisch dossier een deelverzameling is van het medisch beroepsgeheim. Het omvat immers niet alles waarover de arts geacht wordt te zwijgen, maar alleen dat wat noodzakelijk is voor de goede zorgverlening aan de patiënt. Stel dat de patiënt de arts toevertrouwt dat hij een strafblad heeft. Afhankelijk van het antwoord op de vraag in hoeverre deze informatie nodig is voor de behandeling van de patiënt, vermeldt de arts het al dan niet in het dossier, maar erover zwijgen moet de arts in ieder geval, althans voor zover de arts q.q. die informatie heeft vernomen.

Informatie uit het (elektronisch) medisch dossier blijkt in toenemende mate interessant voor tal van personen of instanties, zoals voor het OM, zorgverzekeraars, IGZ en NZa in het kader van toezicht en handhaving, of voor nabestaanden die inzage wensen in het medisch dossier van de overledenen of voor de arts zelf als hij in een juridische procedure verwikkeld is. Telkens dringt zich hier de vraag op naar de grenzen van het medisch beroepsgeheim. Onbetwist is dat gegevens uit het medisch dossier onder het medisch beroepsgeheim vallen, maar ook dat het medisch beroepsgeheim niet absoluut is. In welke gevallen het medisch beroepsgeheim moet wijken voor andere individuele of maatschappelijke belangen en waar het dus zijn grenzen vindt, komt aan

---

ter); Rb. Zwolle 12 april 1998, *NJ* 1999/610 (videoband bij verdenking Münchhausen by proxy). Zie Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 40.

124 Rb. Zwolle 12 april 1998, ECLI:NL:RBZWO:1998:AB8976, *NJ* 1999/610.

125 Zie: https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/artseninfolijn/praktijkdilemmas-1/praktijkdilemma/heeft-een-patient-recht-op-een-kopie-van-zijn-medisch-dossier.htm (laatst geraadpleegd 29 januari 2018).

126 KNMG-richtlijn 2018, p. 110; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 35; Hof Leeuwarden 9 december 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG6616, *NJ* 2009/199.

127 Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 35; ZonMw 2006, p. 42; Hof Leeuwarden 9 december 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG6616, *NJ* 2009/199.

128 KNMG-richtlijn 2018, p. 110.

de orde in hoofdstuk 5 dat over het doorbreken van het medisch beroepsgeheim gaat.

3.3.2 Tussenconclusie

De in par. 3.2 besproken wettelijke regelingen van de zwijgplicht laten zich op verschillende wijzen uit over het object van de zwijgplicht. Dit laat zich verklaren door de verschillende rationes en achtergronden van de wetten. Ondanks de redactionele verschillen blijken de regelingen voor wat betreft het object van de zwijgplicht van de behandelend arts eenzelfde grens te hanteren: alle informatie die de arts q.q. over een patiënt verkrijgt, valt onder zijn zwijgplicht. Het maakt hierbij niet uit of deze informatie is verkregen van de patiënt zelf, via een ander dan de patiënt, toevallig of niet toevallig, mondeling of schriftelijk, via onderzoek, foto's, scans, video's, op digitale wijze of via de WhatsApp of Facebook, maar wel q.q. Ook is uit de tuchtrechtjurisprudentie gebleken dat zelfs als de relatie tussen arts en patiënt ontbreekt, het toch tot de kerntaken van een Big-geregistreerde hulpverlener hoort dat hij zwijgt over medische informatie van een patiënt.

Voor zover de verkregen informatie noodzakelijk is voor de goede zorgverlening aan de patiënt, behoort deze tot het medisch dossier (art. 7:454 BW). Betoogd is dat het medisch dossier een deelverzameling vormt van het medisch beroepsgeheim. Daarom valt ook alle informatie in het dossier onder de zwijgplicht van de arts. Betoogd is voorts, dat het inrichten van het medisch dossier een professioneel-inhoudelijke plicht is die niet los kan worden gezien van goede zorgverlening aan de patiënt. De zorgplicht van de arts voortvloeiende uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW) geldt als juridische basis voor hetgeen in het medisch dossier wordt opgenomen (art. 7:454 BW) én voor de omgang daarmee (bijv. art. 7:457 lid 3 BW, art. 7:465 lid 4 BW en art. 7:455 BW).

Het bepalen of en zo ja, welke gegevens vertrouwelijk zijn, blijkt niet de grootste uitdaging voor de arts. Die grens wordt immers ruim getrokken. Mocht de arts toch twijfelen of gegevens onder zijn zwijgplicht vallen, helpen de waarden die het medisch beroepsgeheim dient de arts naar het vinden van een oplossing, waarbij onder invloed van de verdergaande automatisering in de zorg de privacybescherming van de patiënt steeds verder aan belang toeneemt. Een grotere uitdaging voor de arts lijkt te liggen in het vinden van het antwoord op de vraag waar het medisch beroepsgeheim zijn grenzen vindt. Steeds meer partijen blijken immers interesse te hebben in gegevens die onder de zwijgplicht van de arts vallen. Over de vraag hoe daarmee om te gaan, gaat hoofdstuk 5.

3.4 SUBJECT VAN DE ZWIJGPLICHT

Uit de beschrijving in par. 3.2 is gebleken dat de regelingen over de zwijgplicht, verschillende normadressaten hebben. Art. 7:457 lid 1 BW heeft de medisch hulpverlener in het vizier, terwijl art. 88 Wet Big zich bijvoorbeeld ook richt op de paramedische beroepen voor zover althans de beroepsbeoefenaar handelingen verricht op het gebied van de individuele gezondheidszorg. De strafrechtelijke bepaling van art. 272 Sr heeft het oog op diverse beroepsbeoefenaren wier deskundige hulp onmisbaar is voor een goed functioneren van de samenleving. Art. 30 lid 4 UAVG verwijzen naar degenen, die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift aan geheimhouding zijn gebonden. Dit kan een scala aan personen zijn. Ondanks het verschil in reikwijdte, richten alle regelingen zich (mede) tot de behandelend arts en diens zwijgplicht.

Van de respectieve regelingen ter zake van de zwijgplicht van de arts, blijkt art. 7:457 lid 1 BW verreweg het meest relevant voor de behandelend arts, omdat doorgaans immers sprake is van een geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen arts en patiënt waarbinnen geheimhouding geldt.[129] Zelfs indien een geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen arts en patiënt zou ontbreken – bijvoorbeeld omdat het om de behandeling van een bewusteloze patiënt gaat die dus niet heeft kunnen instemmen met de behandelingsovereenkomst (7:448 BW juncto 450 BW) – is art. 7:457 lid 1 BW toch via de schakelbepaling van art. 7:464 BW van toepassing, voor zover althans de aard van de rechtsbetrekking zich hier niet tegen verzet.

Indien er geen sprake is van een geneeskundige behandelingsovereenkomst en art. 7:457 lid 1 BW niet van toepassing is, treedt art. 88 Wet Big op zijn beurt naar voren. Ook op dit artikel kan de arts een zelfstandig beroep doen, mits hij handelingen verricht op het gebied van de individuele gezondheidszorg. Niet iedere arts verricht zonder meer handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg, zoals is gebleken uit het Vertrouwensartsarrest waarin de Hoge Raad bepaalde dat de vertrouwensarts i.c. geen zelfstandig beroep op het medisch beroepsgeheim toekwam.[130] Ofschoon dit arrest uitgebreid aan de orde zal komen onder 4.4.1.1, zij hier opgemerkt dat de Hoge Raad overwoog dat de vertrouwensarts i.c. geen zwijgplicht toekwam op grond van art. 88 Wet Big, omdat er geen sprake was van een rechtstreekse relatie tussen vertrouwensarts en de niet professionele melders. Het ging in deze zaak om een vertrouwensarts werkzaam bij Bureau Vertrouwensartsen (voorloper van het AMK) die zich op het verschoningsrecht beriep ten aanzien van twee niet professionele melders. Naar aanleiding van de melding wilden de desbetreffende kinderen – die bestreden dat zij waren mishandeld – van de vertrouwensarts weten welke informatie was ontvangen van de niet professionele

129 Buijsen c.s. 2012, p. 70; *Tweede evaluatie Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 29282, nr. 182, p. 250.

130 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001, 42.

melders en wat daarmee gedaan was. Volgens de Hoge Raad was het ontbreken van een rechtstreekse relatie tussen vertrouwensarts en niet professionele melders doorslaggevend voor het niet bestaan van een zelfstandig medisch beroepsgeheim op grond van art. 88 Wet Big. Juist die relatie is kenmerkend voor beroepen op het gebied van de individuele gezondheidszorg, aldus de Hoge Raad.[131] Met Duijst ben ik het eens dat na een melding het niet gaat om de rechtstreekse relatie met de melder, maar vanzelfsprekend om de relatie tussen vertrouwensarts en de persoon *over wie* een melding is gedaan.[132]

Art. 7:457 lid 1 BW zou i.c. ook geen basis hebben kunnen bieden voor het bestaan van een zelfstandige zwijgplicht van de vertrouwensarts, omdat er geen sprake was van een geneeskundige behandelingsovereenkomst. Niet alleen was er geen opdracht voor behandeling in de zin van art. 7:446 lid 1 BW, maar bovendien verzet ook de schakelbepaling (art. 7:464 BW) zich tegen toepassing van (art. 7:457 BW van) de Wgbo omdat, zoals De Jong terecht stelt, de vertrouwensarts immers iets met de ontvangen informatie moet doen en deze in ieder geval niet geheim houden.[133] Oftewel: de aard van de rechtsbetrekking verzet zich tegen toepassing van de Wgbo (art. 7:464 BW).

Dit arrest illustreert dat het bestaan van een zelfstandige zwijgplicht een condicio sine qua non is voor het bestaan van een verschoningsrecht. De Nederlandse rechtsleer maakt onderscheid tussen personen met een zelfstandige zwijgplicht en personen die een hiervan afgeleide geheimhoudingsplicht hebben.[134] Het criterium voor het verschil tussen de ene of andere variant van de zwijgplicht ligt in de aard van het beroep, aldus onder meer Leenen c.s.[135] De aard van het beroep brengt immers mee of betrokkene al dan niet een door de wet of rechtspraak erkend medisch beroepsgeheim heeft en in het verlengde daarvan een verschoningsrecht.

3.4.1 Personen met een zelfstandige zwijgplicht

De behandelend arts komt een zelfstandige zwijgplicht toe. De aard van zijn beroep brengt immers mee dat hij zich op de specifieke regelingen van art. 7:457 lid 1 BW en/of art. 88 Wet Big kan beroepen. In de sfeer van de medische behandeling kunnen ook andere (para)medische hulpverleners dan de behandelend arts, een beroep doen op een zelfstandige zwijgplicht.[136] Voorbeelden

131 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, r.o. 3.3.3, *NJ* 2001, 42.
132 Duijst 2007, p. 58.
133 De Jong 2004, p. 86. Zie ook: Pollmann, *TvGR* 2004, p. 523-525. Anders zou dit kunnen zijn als ouders toestemming zouden geven voor het contact opnemen met de vertrouwensarts, maar hiervan was i.c geen sprake. Zie voor het handelen van de vertrouwensarts: par. 7.2.1.1.
134 Leenen e.a. 2017, p. 152-153; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 39-40.
135 Leenen e.a. 2017, p. 153; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 39-40.
136 Leenen e.a. 2017, p. 151-153.

hiervan zijn de apotheker, tandarts of verloskundige, de physician assistant en de verpleegkundig specialist.[137] Bedrijfsartsen, keuringsartsen en verzekeringsartsen die in beginsel geen behandelingsovereenkomst in de zin van de Wgbo sluiten (art. 7:446 lid 4 BW) moeten zich beroepen op art. 88 Wet Big. Buijsen c.s. wijzen er evenwel op dat op het handelen van de bedrijfsartsen, keuringsartsen of verzekeringsartsen art. 7:457 BW van toepassing is, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daar niet tegen verzet en hierop geen wettelijke uitzonderingen gelden (art. 7:464 BW).[138]

3.4.2 Personen met een afgeleide zwijgplicht

Artsen werken doorgaans niet alleen. Zij worden bij hun werkzaamheden ondersteund door tal van medewerkers, zoals collega's, assistenten in opleiding, medische studenten, verpleegkundigen en biochemici, fysici, of paramedische beroepsbeoefenaren, maar ook door personen die in ondersteunende diensten werken zoals de secretaresse, de portier of de telefoniste.[139] Ook zij krijgen kennis van gegevens over de patiënt. Voor zover zij zich niet op een zelfstandige zwijgplicht kunnen beroepen, hebben zij een van de arts afgeleide zwijgplicht.[140] Zo bepaalt art. 25 lid 3 Wkkgz dat als de IGZ bij het onderzoeken van bijvoorbeeld een melding van een medische fout een van de arts afgeleide zwijgplicht heeft. Over de gegevens ter zake waarvan de betrokken zorgverlener uit hoofde van zijn beroep tot geheimhouding verplicht is, dient de IGZ te zwijgen jegens anderen. De constructie van de afgeleide zwijgplicht leidt ertoe – en daar wijst Duijst terecht op – dat de zwijgplicht zich uitstrekt tot álle medewerkers in de gezondheidszorg, dus niet alleen tot diegenen die op grond van art. 7:457 BW of art. 88 Wet Big gebonden zijn aan de zwijgplicht.[141] Als er niet al een zelfstandige zwijgplicht bestaat, bestaat er immers een van de arts afgeleide zwijgplicht voor personen die kennis krijgen van gegevens over de patiënt.

In het gezondheidsrechtelijk discours wordt door sommigen betwijfeld of het afgeleide beroepsgeheim nodig is om geheimhouding te garanderen

137 Zie bijv. Rb. Amsterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7955, *JA* 2016/3; Rb. Noord-Holland 21 januari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:203, *JIN* 2015/121. Zie voor een verder overzicht van de jurisprudentie: Gevers, *TvGR* 2013, p. 745-747; Buijsen c.s. 2012, p. 35; Leenen e.a. 2017, p. 153.

138 Zie Buijsen c.s. 2012, p. 35. Art. 74 Wet juncto art. 73 lid 2 Suwi bepaalt bijvoorbeeld wanneer en onder welke voorwaarden gegevens mogen worden uitgewisseld met werkgevers en verzekeraars.

139 Zie bijv. Rb. Middelburg 23 juni 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK8470 (afgeleide zwijgplicht secretaresse); Leenen e.a. 2017, p. 153.

140 Zie bijv. *Kamerstukken I* 2009/10, 31122, J, p. 6; *Kamerstukken II* 2006/07, 31122, nr. 3, p. 8-9.

141 Duijst 2007, p. 34.

van ook de ondersteunende medewerkers van de arts zoals de secretaresse.[142] Zo schrijft De Jong dat op grond van de indertijd Wbp iedereen – dus ook de secretaresse van de arts – die gezondheidsgegevens verwerkt een zelfstandige geheimhoudingsplicht heeft en dat het begrip 'gezondheidsgegevens' zeer ruim moet worden opgevat.[143] Volgens De Jong kan daarom van de constructie van de afgeleide geheimhoudingsplicht worden afgezien.

Ik zie weinig in een afstand doen van de constructie van het afgeleide beroepsgeheim, om de volgende redenen. De constructie van de afgeleide geheimhoudingsplicht voorkomt in de eerste plaats dat geheimhouding van de arts illusoir wordt. Indien bijvoorbeeld de assistent in opleiding de partner van de HIV-besmette patiënt wel zou informeren, terwijl de arts hierover nadrukkelijk door de patiënt is verzocht te zwijgen, dan begrijpt een ieder dat geheimhouding van de huisarts illusoir is.[144] De KNMG wijst er terecht op dat artsen hun ondersteunend personeel dienen te wijzen op het afgeleid beroepsgeheim en toe te zien op het respecteren ervan.[145] Dit is immers in het belang van de patiënt.

Voorts maakt de constructie van de afgeleide zwijgplicht duidelijk dat de zwijgplicht van de afgeleide zwijgplichtige niet geldt jegens de zelfstandig zwijgplichtige. Sterker nog: assistenten hebben de plicht om de arts zorgvuldig te informeren, zo volgt uit een uitspraak van het CTG, waarin een assistente de arts niet op de hoogte had gesteld van het telefonisch contact met een moeder over haar ernstig zieke kind. De moeder had zich vervolgens tot andere huisartsen gewend. Het kind kwam te overlijden. Het CTG waarschuwde de arts vanwege een gebrekkige praktijkorganisatie waardoor hij geen verantwoorde zorg had geleverd.[146]

Ten slotte is het onderscheid tussen zelfstandige en afgeleide zwijgplichtige relevant in het licht van een eventueel beroep op het verschoningsrecht. De zelfstandig zwijgplichtige, oftewel: de behandelend arts, dient zich als principaal te stellen zodat degene die hem ondersteunt hem kan volgen in zijn besluit al dan niet te zwijgen in rechte.[147] Ingewikkelder is de situatie waarin de patiënt een afschrift van zijn medisch dossier heeft gevraagd en dit vervolgens in een strafrechtelijk onderzoek aan het OM wil verstrekken.[148] De vraag

142 *Tweede evaluatie Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 29282, nr. 182, p. 249-250; Van Veen 2004, p. 33-34.

143 De Jong 2004, p. 82.

144 Enige gelijkenis met de in het civiele recht bekende 'blokkade van de paardensprong' doet zich hier voor (art. 6:257 BW).

145 KNMG-Gedragsregels 2013 (artikel II.15).

146 CTG 4 maart 2008, *TvGR* 2008/31, p. 379.

147 Leenen e.a. 2017, p. 153; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 39-40.

148 Dit is een onderwerp dat momenteel in het kader van de modernisering van het bewijsrecht speelt: zie *Advies expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, nr. 384.

rijst hoe het recht op zelfbeschikking van de patiënt zich verhoudt tot het verschoningsrecht van de arts. Hierop wordt in par. 4.2. teruggekomen.

3.4.3 *Secret partagé*

Artsen werken, zoals we zagen, al lang niet meer geïsoleerd; zo zijn er teams, maatschappen, praktijken en ziekenhuizen waarbinnen zij opereren. Het beroepsgeheim dat zij geacht worden te bewaren, is in een dynamiek terechtgekomen, waarin informatie ook en vooral met collega-artsen moet worden gedeeld teneinde de patiënt van goede medische zorg te kunnen voorzien.[149]

Op grond van art. 7:457 lid 2 BW mag de arts zijn zelfstandige zwijgplicht doorbreken voor zover het geheim wordt gedeeld met rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen (zie voor een nadere bespreking van dit artikel: par. 3.5.1). Uit de parlementaire geschiedenis van art. 7:457 lid 2 BW blijkt dat het delen van informatie de zorgverlening aan de patiënt beoogt te dienen.[150] De arts kan dus ook in het licht van de uitvoering van de behandelingsovereenkomst informatie delen met collega-vakgenoten met inbegrip van de vervanger van de arts (art. 7:457 lid 2 BW).[151] In sommige gevallen moet hij dit zelfs, zoals wanneer hij de patiënt gegevens beoogt te onthouden in geval van de therapeutische exceptie (art. 7:448 lid 3 BW). Daarvoor is immers overleg met een collega-vakgenoot vereist (art. 7:448 lid 3 BW).

De toevertrouwde informatie waarover de collega vakgenoten moeten zwijgen, wordt fraai aangeduid met de uit het Franse gezondheidsrecht afkomstige term *secret partagé*.[152] Het verschil tussen personen die een *secret partagé* hebben en zij die een afgeleid geheim hebben, is erin gelegen dat de gedeelde geheimhouders een zelfstandige zwijgplicht hebben.

De collega-vakgenoten delen voor zover zij rechtstreeks betrokken zijn bij de behandeling in het beroepsgeheim, maar niet onbeperkt: zo hoeft een chirurg die een gebroken voet opereert, geen toegang tot gegevens over bijvoorbeeld een psychiatrische behandeling.[153] Het geheim mag slechts gedeeld worden voor zover dit noodzakelijk is voor de hulpverlening aan de patiënt.

De vraag rijst – mede in het licht van het verschoningsrecht – of en zo ja wie van de collega-vakgenoten zich als principaal stelt. Het is immers vanuit het perspectief van de patiënt onwenselijk wanneer de ene arts zich bijvoorbeeld beroept op zijn verschoningsrecht, terwijl zijn collega-arts dit doorbreekt.

---

149 Leenen e.a. 2017, p. 152; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 40.

150 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 10, p. 19 en p. 39.

151 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 10, p. 19 en p. 39.

152 Décret n° 2016-994 van 20 juli 2016. Onder invloed van toenemende samenwerking in de zorg en het Franse EPD (Dossier Médical Partagé) is het *secret partagé* als uitzondering op het beroepsgeheim van de individuele arts geformuleerd.

153 Dit is een bekend voorbeeld uit de literatuur. Zie bijv. Leenen e.a. 2017, p. 152; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 40.

Steun voor deze gedachte geeft de KNMG *Handreiking Verantwoordelijkheidsverdeling bij samenwerking in de zorg*. Hieruit volgt immers dat indien meerdere artsen bij de behandeling van een patiënt betrokken zijn, er afspraken dienen te worden gemaakt om ervoor te zorgen dat de patiënt (onder meer) zijn recht op geheimhouding kan uitoefenen.[154]

3.4.4 Tussenconclusie

De diverse regelingen die onder 3.2 zijn besproken, bepalen wie als subject van de zwijgplicht geldt. Hiertussen bestaan verschillen die kunnen worden verklaard door de verschillende rationes en achtergronden van de desbetreffende wetten. Voor de behandelend arts geldt dat hij in beginsel normadressaat van alle regelingen is. Dit betekent dat hij zich zelfstandig op deze regelingen kan beroepen. Derhalve komt hem een zelfstandige zwijgplicht toe. Dit is relevant, niet alleen omdat – zoals in het volgende hoofdstuk zal blijken – uit de zelfstandige zwijgplicht het verschoningsrecht voortvloeit, maar ook omdat uit de zelfstandige zwijgplicht een afgeleide zwijgplicht voortvloeit voor degenen die de behandelend arts ondersteunen. Deze personen kunnen zich dus niet zelfstandig op een van de bepalingen beroepen, terwijl zij wel kennis krijgen van gegevens over de patiënt. Behalve de constructie van het afgeleide geheim, is er ook de constructie van het gedeelde geheim tussen collega-artsen, die rechtstreeks bij de behandeling zijn betrokken (art. 7:457 lid 2). Beide constructies zijn nodig, omdat de zwijgplicht in een dynamiek terecht is gekomen met maatschappen, teams en praktijken, waardoor ook andere personen dan de behandelend arts kennis krijgen van tal van gegevens over de patiënt. Door middel van beide constructies spreidt de zwijgplicht van de behandelend arts zich dus als een olievlek uit over zijn professionele entourage. Alleen zo kunnen de vertrouwelijkheid van gegevens en het recht van de patiënt op privacy van zijn gegevens in de gezondheidszorg worden gerespecteerd. Zowel in geval van een afgeleid als gedeeld geheim, is de uitdaging dat voor een ieder duidelijk is wie primair als zelfstandig zwijgplichtige geldt om te voorkomen dat het medisch beroepsgeheim illusoir wordt en de patiënt zijn recht op geheimhouding niet zou kunnen uitoefenen.

3.5 ZWIJGPLICHT: JEGENS WIE?

De behandelend arts zwijgt *erga omnes*, behalve uiteraard jegens de patiënt. Dit volgt uit art. 7:457 lid 1 BW, waarin immers is bepaald dat de arts zorgdraagt dat aan *anderen* dan de patiënt geen inlichtingen over de patiënt, dan

154 KNMG-handreiking 2010, p. 13.

wel inzage in of afschrift van de bescheiden, zoals bedoeld in art. 7:454 BW, worden verstrekt dan met toestemming van de patiënt. Het uitgangspunt dat de arts jegens de patiënt geheimhouding bewaart, wordt in de Wgbo verlaten in twee gevallen. Indien het verstrekken van informatie aan de patiënt kennelijk ernstig nadeel voor hem zou opleveren, dan zwijgt de arts (art. 7:448 lid 3 BW) of indien de patiënt zelf aangeeft geen informatie te willen ontvangen (art. 7:449 BW). Beide uitzonderingen kunnen in de sleutel worden geplaatst van goede zorgverlening aan de patiënt die de arts als goed hulpverlener geacht wordt aan de patiënt te verstrekken (art. 7:453 BW).

Hiervoor is reeds gezegd dat van alle regelingen waarin de zwijgplicht is neergelegd, art. 7:457 BW de belangrijkste regeling is voor de behandelend arts vanwege het gegeven dat doorgaans sprake is van een geneeskundige behandelingsovereenkomst in de zin van art. 7:446 lid 1 BW tussen arts en patiënt en de Wgbo dus van toepassing is.[155] Art. 7:457 BW bepaalt in de leden 2 en 3 wie er niet als 'anderen' worden beschouwd en jegens wie de zwijgplicht dus niet geldt. Dit betreft de rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen (lid 2) en de wettelijke vertegenwoordigers van de patiënt (lid 3). De volgende paragrafen gaan nader op deze twee categorieën van personen in.

3.5.1 Rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen of vervanger

Aangezien rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen met inbegrip van de vervanger van de arts op grond van art. 7:457 lid 2 BW niet worden beschouwd als 'anderen', behoeft de arts dus geen expliciete toestemming van de patiënt en/of van wettelijke vertegenwoordigers als het om een minderjarige patiënt gaat voor het uitwisselen van gegevens met die categorie personen.[156] De rationale van art. 7:457 lid 2 BW is dat de toestemming van de patiënt voor gegevensuitwisseling in die situatie mag worden verondersteld omdat met die gegevensverstrekking wordt beoogd goede en adequate zorg te bieden, aldus de toelichting.[157] De patiënt heeft een individueel belang bij het verstrekken van inlichtingen aan de persoon die rechtstreeks bij zijn behandeling betrokken is, met inbegrip van de vervanger van de arts. Het benadrukken van het feit dat toestemming van de patiënt voor gegevensverstrekking mag worden verondersteld, lijkt erop te duiden dat het hier om een doorbreking van het medisch beroepsgeheim gaat. De rechtvaardiging van die doorbreking is immers de veronderstelde toestemming van de patiënt. Echter, gesteld zou ook kunnen worden dat het hier níet om een doorbreking van het medisch

155 Buijsen c.s. 2012, p. 70; *Tweede evaluatie Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg*, p. 250, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 29282, nr. 182.

156 Zie voor een bevestiging van het gegeven dat de arts jegens zijn vervanger informatie mag geven: CTG 10 november 2009, *TvGR* 2010/11, p. 157.

157 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 39; Zie ook: Leenen e.a. 2017, p. 152-153.

beroepsgeheim gaat. De rechtstreeks betrokkenen met inbegrip van de arts worden immers niet beschouwd als 'anderen' jegens wie het beroepsgeheim wordt doorbroken. De zwijgplicht geldt simpelweg niet jegens deze categorie personen en wordt in die zin dus ook niet doorbroken, tenminste indien de arts de regels in acht neemt die er gelden voor gegevensverstrekking aan rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen met inbegrip van de vervanger.[158]

Art. 7:457 lid 2 BW beperkt zich namelijk niet alleen tot het bepalen dat de zwijgplicht niet geldt jegens de rechtstreeks betrokkenen met inbegrip van de arts, maar het bepaalt ook dat de verstrekking van informatie niet verder mag gaan dan noodzakelijk is voor de door hen te verrichten werkzaamheden. Het artikel bevat dus een tweeledig criterium: (i) het moet gaan om rechtstreeks betrokkenen met inbegrip van de arts en om (ii) het verstrekken van noodzakelijke informatie in het licht van de te verrichten werkzaamheden. Het gaat hierbij om het verstrekken van tot de patiënt herleidbare gegevens en deze worden steeds vaker elektronisch verstrekt. Van 'verstrekken' van gegevens zoals bedoeld in art. 7:457 lid 2 BW is sprake indien het initiatief tot het verstrekken van gegevens over de patiënt wordt genomen door de arts – het zogeheten push-verkeer via bijvoorbeeld Edifactberichten, e-mail en gebruik van WhatsApp.[159] Rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen hebben niet een algemeen inzagerecht, omdat immers alleen informatie mag worden verstrekt die noodzakelijk is voor het functioneren van de rechtstreeks bij de behandeling betrokkene(n).[160] Voor het elektronisch verstrekken van informatie geldt bovendien op grond van de Wet cliëntenrechten bij elektronische gegevensverwerking dat de patiënt moet hebben aangegeven dat hij akkoord is met de elektronische uitwisseling van gegevens van voor de behandeling relevante informatie met personen die direct bij de behandeling betrokken zijn.[161] Hieruit blijkt een toenemende regie van de patiënt over welke hulpverlener welke informatie al dan niet mag ontvangen.

Het raadpleegbaar maken van informatie voor toekomstige situaties waarin andere (toekomstige) behandelaars met de patiënt de gegevens kunnen inzien, valt uitdrukkelijk niet onder 'verstrekken' in de zin van art. 7:457 lid 1 BW voor zover de arts die gegevens beschikbaar heeft gesteld zonder daarvoor nog een handeling te moeten doen, aldus de toelichting.[162] Dit zogeheten pull-verkeer valt niet de reikwijdte van art. 7:457 lid 2 BW.

158 Dit geldt m.m. voor de wettelijke vertegenwoordigers van de patiënt die op grond van art. 7:457 lid 3 BW ook niet als 'anderen' worden beschouwd.

159 *Kamerstukken II* 2013/14, 33509, nr. 32, p. 3; KNMG-gedragscode 2016, p. 5. Dit wordt het pushverkeer genoemd (de arts stelt informatie beschikbaar) i.t.t. het pull verkeer waarin het accent ligt op inzage van gegevens door andere zorgaanbieders zonder dat voor die inzage de arts nog een handeling hoeft te doen.

160 Anders is dit voor de vervanger van de arts: zie par. 3.5.1.2.

161 *Stb.* 2016, 373. Zie ook: Hendriks, *NJB* 2017, p. 1080.

162 *Kamerstukken II* 2013/14, 33509, nr. 32, p. 3; KNMG-gedragscode 2016, p. 5.

Hieronder wordt ingegaan op de vraag waar de kring van rechtstreeks betrokkenen zijn begrenzing kent (par. 3.5.1.1) en wat de omvang van gegevensuitwisseling is in het licht van art. 7:457 lid 2 BW (par. 3.5.1.2).

3.5.1.1 Rechtstreekse betrokkenheid

Uit de memorie van toelichting op de Wgbo volgt dat bij rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen gedacht kan worden aan personen die de arts bij zijn werkzaamheden assisteren, zoals dokters- of tandartsassistenten.[163] Ook de collega-vakgenoot die met het oog op de behandeling van de patiënt door de arts wordt geraadpleegd, geldt als rechtstreeks bij de behandeling betrokkene in de zin van art. 7:457 lid 2 BW.[164] De KNMG noemt voorts verpleegkundigen, diëtisten, fysiotherapeuten, de patholoog-anatoom die op verzoek van de behandelend arts weefsel van een patiënt beoordeelt en artsen die gezamenlijk in een gezondheidscentrum werken.[165] Het gaat in het algemeen om personen die als 'functionele eenheid', als team, op gelijkgerichte wijze, betrokken zijn bij het doel waarvoor de gegevens worden verstrekt.[166] Zo wordt de collega arts aan wie in een teamoverleg wordt gevraagd mee te denken over de behandeling, beschouwd als rechtstreeks betrokkene.[167] De kring van rechtstreeks betrokkenen beperkt zich niet uitsluitend tot personen die handelingen verrichten op het gebied van de geneeskunst, maar kan zich ook uitstrekken tot aanpalende, zoals begeleidende, activiteiten (art. 7:446 BW).

Voor het bepalen van de kring van rechtstreeks betrokkenen is een aantal cumulatieve toe te passen criteria ontwikkeld: (i) of het binnen de beroepsgroep gebruikelijk is een andere hulpverlener te betrekken, (ii) of het kenbaar is voor de patiënt dat zijn gegevens worden gedeeld en (iii) of er privacybeschermende maatregelen zijn genomen.[168] Ploem stelt terecht dat indien aan de hiervoor genoemde criteria is voldaan, het niet relevant is of bij inschakeling van een andere hulpverlener er al dan niet een nieuwe behandelingsovereenkomst ontstaat.[169] Voor iedere medische behandeling, bijvoorbeeld na doorverwijzing, ontstaat er immers een nieuwe, specifieke overeenkomst naast de algemene overeenkomst op basis van inschrijving bij de arts. De rechtstreekse betrokkenheid van personen bij de uitvoering van de behandeling is niet op

163 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 39.
164 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 39.
165 KNMG-gedragscode 2016, p. 19. KNMG-richtlijn 2018, p. 22.
166 Zie bijv. KNMG-gedragscode 2016, p. 19; KNMG-richtlijn 2018, p. 22; bevestigd in: CTG 11 december 2008, *TvGR* 2009/16, p. 321; Leenen e.a. 2017, p. 152-153; Witmer & De Roode 2004, p. 18-21.
167 Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33509, nr. 32, p. 3.
168 *Medicatiebewaking door centrale patiëntenregistratie* (Registratiekamer 1998), p. 3, waarin de Registratiekamer (voorloper CBP) deze criteria benoemt. Vervolgens aangehaald in Ploem, *TvGR* 2015, p. 303-304; Van Veen 2004, p. 43.
169 Ploem, *TvGR* 2015, p. 303-304.

voorhand vast te stellen en wordt niet bepaald door de aard van de overeenkomst, maar door bovengenoemde criteria.[170] Telkens zal in een concreet geval moeten worden bepaald op basis van voornoemde criteria of er sprake is van rechtstreekse betrokkenheid bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst, waarbij het niet ondenkbaar is dat dit lastiger zal zijn in de steeds complexer wordende zorgverleningspraktijk. Bij twijfel of er in een concreet geval sprake is van rechtstreekse betrokkenheid bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst, ligt het vragen van toestemming voor gegevensuitwisseling voor de hand.

3.5.1.2 Omvang gegevensuitwisseling

Rechtstreeks betrokkenen mogen slechts informatie uitwisselen voor zover dit met het oog op de behandeling of begeleiding van de patiënt noodzakelijk is. De parlementaire geschiedenis van art. 7:457 lid 2 BW biedt weinig duidelijkheid over wat als noodzakelijk heeft te gelden. Volgens de KNMG hangt dat wat als noodzakelijke informatie heeft te gelden af van de taak die de rechtstreeks betrokkene uitoefent.[171] Een bekend voorbeeld uit de literatuur is de chirurg die een blindedarmoperatie uitvoert en voor wie het niet nodig is om ook toegang te hebben tot gegevens over het psychiatrisch verleden van een patiënt. De psychiater in dit voorbeeld heeft dus ook geen algemeen inzagerecht in de (digitale) gegevens van de patiënt. Hiertoe hebben zij slechts toegang voor zover het gaat om raadpleging van noodzakelijke gegevens in het licht van de behandeling.

Anders is dit voor de vervanger van de huisarts. De vervanger heeft toegang tot het (gehele) medisch dossier van patiënten die hij tijdens zijn waarneming ziet, tenzij de patiënt hiertegen bezwaar maakt (zie hierna).[172] De dienstdoende artsen in een huisartsenpost worden als vervanger van de behandelend arts beschouwd. De KNMG wijst erop dat zij het medisch dossier van de patiënt mogen inzien.[173] Ook kan de arts zijn vervanger van specifieke informatie voorzien over een patiënt zonder diens toestemming om de vervanger bijvoorbeeld voor te bereiden op een zorgvraag. De informatie die de arts in dit kader verstrekt, maakt deel uit van het medisch dossier dat de patiënt vervolgens kan inzien (art. 7:456 BW). Het omgekeerde geldt ook: de vervanger mag weliswaar zonder expliciete toestemming van de patiënt op grond van art. 7:457 lid 2 BW de eigen arts van de patiënt informeren over de behandeling. Deze informatie wordt eveneens in het medisch dossier opgenomen voor zover dit noodzakelijk is voor de behandeling van de patiënt en ook dit kan de

170 KNMG-gedragscode 2016, p. 19-20, waarin een overzicht is gegeven van veel voorkomende (lastige) situaties.
171 KNMG-gedragscode 2016, p. 19.
172 KNMG-richtlijn 2018, p. 22.
173 KNMG-richtlijn 2018, p. 22.

patiënt inzien (art. 7:456 BW). Mocht de patiënt de vervanger verzoeken géén informatie te verstrekken aan de eigen arts, dan kan de vervanger op grond van goed hulpverlenerschap (art. 7:457 lid 2 BW juncto art. 7:453 BW) een dergelijk verzoek inwilligen.[174]

De arts die gegevens verstrekt aan rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen met inbegrip van de vervanger van de arts, bepaalt niet alleen welke gegevens daartoe noodzakelijk zijn, maar is ook verplicht de relevante en noodzakelijke gegevens op eigen initiatief te verstrekken.[175] Zo dient de specialist de huisarts van de patiënt regelmatig (schriftelijk) op de hoogte te houden van de stand van zaken met betrekking tot de behandeling.[176] Aan het verzoek tot informatie van de rechtstreeks bij de behandeling betrokken hulpverlener, dient de bevraagde arts gehoor te geven met inachtneming van de begrenzing van hetgeen noodzakelijk is voor de behandeling van de patiënt.[177] De eigen verantwoordelijkheid van de arts ten aanzien van gegevensverstrekking aan rechtstreeks betrokkenen met inbegrip van de vervanger van de arts vloeit voort uit de vereisten van goed hulpverlenerschap.[178] Uit de tuchtrechtelijke jurisprudentie blijkt dat het weliswaar aan de arts is te bepalen welke gegevens relevant zijn om in het licht van de uit te voeren werkzaamheden uit te wisselen en dat het aan de arts is deze vervolgens ook te verstrekken, maar dat extra alertheid is geboden indien het om zeer privacygevoelige gegevens gaat, zoals gegevens over seksuele geaardheid, mishandeling of een incest-verleden.[179] Uiteraard dient de arts alert te zijn bij het verstrekken van dergelijke gegevens, maar het komt mij voor dat bovenal de *noodzaak tot verstrekking* bepalend is voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in het licht van goede zorgverlening aan de patiënt. Het is dus niet zo dat ómdat gegevens zeer privacygevoelig zijn de arts nalaat deze te verstrekken terwijl daartoe wel een noodzaak bestaat.

3.5.1.3 Bezwaar

De patiënt, of de vertegenwoordigers van de patiënt, kunnen bezwaar maken tegen het verstrekken van inlichtingen aan personen die rechtstreeks bij de

174 KNMG-richtlijn 2018, p. 22-23.
175 Zie bijv. CTG 19 juni 2007, *GJ* 2007/136, m.nt. F.C.B. van Wijmen; RTG Eindhoven 28 augustus 2003, *Stcrt*. nr. 220, p. 18; Van Veen 2004, p. 47; Ploem, *TvGR* 2010, p. 271.
176 Zie bijv. CTG 11 december 2008, *TvGR* 2009/16, p. 321; RTG Eindhoven 28 augustus 2003, *Stcrt*. nr. 220, p. 18.
177 Zie bijv. CTG 19 juni 2007, *GJ* 2007/136, m.nt. F.C.B. van Wijmen. Zie Ploem, *TvGR* 2010, p. 271.
178 KNMG-richtlijn 2018, p. 23, p. 71, p. 73.
179 KNMG-richtlijn 2018, p. 22; zie bijv. CTG 4 september 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:322, r.o. 2.5.

behandeling zijn betrokken.[180] Al eerder kwam aan de orde dat de Wet elektronische gegevensuitwisseling het mogelijk maakt dat de patiënt kenbaar maakt dat hij niet wenst dat aan bepaalde personen informatie wordt verstrekt. De arts diens zo'n bezwaar in beginsel te respecteren omdat dit immers betekent dat toestemming van de patiënt voor gegevensverstrekking niet kan worden verondersteld. Voor het maken van bezwaar is vanzelfsprekend vereist dat de patiënt op de hoogte is welke gegevens zouden (kunnen) worden verstrekt en aan wie. Het CTG oordeelde in 2007 reeds dat op de arts de plicht rust de patiënt te informeren, zelfs indien de gegevensuitwisseling gebruikelijk is.[181] Dit kan door vermelding in een patiëntenfolder van de gang van zaken bij door- en terugverwijzing.[182] Het is nog maar de vraag of in het licht van de steeds complexer wordende zorgverleningspraktijk een dergelijke globale informatievoorziening nog wel volstaat. De ontwikkeling waarbij de patiënt steeds meer regie krijgt over zijn gegevens lijkt onomkeerbaar en regie voeren betekent ook (aanvullende) informatieverstrekking aan de patiënt.

3.5.2 Collega-artsen

Voor zover het niet om rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen gaat, zwijgt de arts jegens collega's. Zij gelden immers als 'anderen' jegens wie de arts dient te zwijgen. Dit betekent dat hij geen informatie mag verstrekken die herleidbaar is tot de patiënt.[183] In sommige gevallen leidt deze regel uitzondering, zoals wanneer de arts is aangeklaagd. Hij kan zonder daarvoor toestemming te hebben van de patiënt gegevens verstrekken aan een collega-arts om een oordeel over zijn handelen te krijgen, zij het dat dit laatste bij voorkeur op basis van niet tot de patiënt herleidbare gegevens geschiedt.[184] In alle andere gevallen dan hiervoor genoemd, zwijgt de arts jegens zijn collega's over informatie over de patiënt. Intercollegiale loslippigheid kan immers leiden tot een strafrechtelijke vervolging ex art. 272 Sr of een civielrechtelijke actie wegens onrechtmatige daad, indien schade is geleden (art. 6:74 BW en 6:162 BW), of een tuchtrechtelijke procedure wegens onzorgvuldig handelen door een geheim te delen met een 'ander' dan de patiënt (art. 47 Wet Big).[185] An-

180 *Handelingen II* 1993/94, 52, p. 4004; Dute, *NJB* 1994, p. 196; Ploem, *TvGR* 2015, p 304. Auteur benadrukt dat Dute indertijd terecht constateerde dat het toenmalige art. 1653 BW de hulpverlener formeel een eigen juridische bevoegdheid gaf om gegevens in te zien, los van de patiënt.

181 CTG 19 april 2007, *GJ* 2007/136, m.nt. F.C.B. van Wijmen.

182 Zie bijv. CTG 4 september 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:322, r.o. 2.5.

183 Zie bijv. KNMG-richtlijn 2018, p. 98.

184 Zie bijv. KNMG-richtlijn 2018, p. 52. De arts kan gegevens aan zijn raadsman verstrekken indien hij in een gerechtelijke of klachtprocedure verzeild is geraakt, althans voor zover die gegevens relevant zijn voor zijn verweer.

185 Leenen e.a. 2017, p. 150 en p. 154-155.

ders is dit uiteraard als de arts bijvoorbeeld bij het vragen van een advies de gegevens anonimiseert, zodat deze niet tot de persoon van de patiënt herleidbaar zijn. Van gegevensuitwisseling in de zin van art. 7:457 lid 1 BW is dan immers geen sprake.[186]

De gedachte dat de arts zonder meer met een collega-arts informatie over de patiënt mag delen, omdat die collega-arts ook een zwijgplicht heeft, is dus in algemene zin onjuist. Zo informeerde de Oostenrijkse neurochirurg die prins Friso behandelde na zijn skiongeluk de Nederlandse neurochirurg Tulleken die toevallig in het Oostenrijkse ziekenhuis aanwezig was. Naar Nederlandse maatstaven, maar ook Oostenrijkse,[187] schond de Oostenrijkse chirurg zijn geheimhoudingsplicht. Daar bleef het evenwel niet bij. De vrouw van de Nederlandse neurochirurg, journaliste, was bij het gesprek aanwezig. De verkregen informatie werd gepubliceerd in het *NRC Handelsblad*. De Nederlandse neurochirurg werd in de krant geciteerd. De vraag rees of de Nederlandse neurochirurg het medisch beroepsgeheim had geschonden door informatie uit dat gesprek met de Oostenrijkse collega-arts te openbaren. Het RTG overwoog ter zake het volgende:

> 'Het College acht het standpunt van de IGZ dat de voor artsen geldende geheimhoudingsverplichting zich ook uitstrekt over de gegevens die een arts in zijn hoedanigheid van arts ter ore komen zonder dat er sprake is van een arts-patiënt relatie, onjuist. De verplichting tot geheimhouding geldt tegenover en is afgeleid van de persoon, over wie en over wiens gezondheidstoestand aan de arts in het kader van de behandelrelatie iets vertrouwelijks bekend is geworden.'[188]

Uit deze overweging van het RTG Amsterdam blijkt dat de Nederlandse neurochirurg geen zelfstandig medisch beroepsgeheim toekwam. Hiervoor ontbrak immers de vereiste arts-patiënt relatie. De neurochirurg behandelde prins Friso immers niet. Daarom kon er i.c. ook geen sprake zijn van schending van het medisch beroepsgeheim ex art. 7:457 lid 1 BW en/of art. 88 Wet Big. Het RTG Amsterdam onderzocht vervolgens of de Nederlandse neurochirurg niet toch had moeten zwijgen. Het RTG Amsterdam overwoog dienaangaande het volgende:

> 'dat het tot de kerntaken van een BIG-geregistreerde hulpverlener behoort, en aldus een serieus te nemen plicht is, om over privacygevoelige gegevens van een patiënt te zwijgen.'[189]

---

186 Zie bijv. KNMG-meldcode 2015, p. 27-28. Zie ook par. 7.2.1.1.

187 Zie Ärztegesetz 1998 §54: Der Arzt und seine Hilfspersonen sind zur Verschwiegenheit über alle ihnen in Ausübung ihres Berufes anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse verpflichtet.

188 RTG Amsterdam 18 juni 2013, ECLI:NL:TGZRAMS:2013:YG3015, r.o. 5.3, *GJ* 2013/121.

189 RTG Amsterdam 18 juni 2013, ECLI:NL:TGZRAMS:2013:YG3015, r.o. 5.11, *GJ* 2013/121.

Hieruit valt af te leiden dat i.c. op de arts óók een zwijgplicht rust als er geen sprake is van een arts-patiënt relatie. De basis van de zwijgplicht is i.c. dus niet gelegen in art. 7:457 lid 1 BW of art. 88 Wet Big, maar in de zorgvuldigheidsplicht van de arts. Dute benadrukt dat er weinig verschil lijkt te bestaan tussen deze zorgvuldigheidsplicht en de zwijgplicht. Dit geldt zowel voor wat betreft inhoud (de arts mag hem ter kennis gebrachte vertrouwelijke gegevens over een patiënt niet aan derden verstrekken) alsmede voor wat betreft de rechtsgrond, aldus Dute.[190] De zorgvuldigheidplicht vindt zijn rechtsgrond dus in het algemeen belang van de toegankelijkheid van de zorg en het individuele belang van de privacybescherming. De neurochirurg had hoe dan ook moeten zwijgen evenals de Oostenrijkse arts met wiens loslippigheid het begon.

3.5.3 Wettelijke vertegenwoordigers

Als 'anderen' zoals bedoeld in art. 7:457 lid 1 BW worden niet beschouwd zij, wier toestemming is vereist ter zake van de uitvoering van de behandelingsovereenkomst op grond van de artikelen 7:450 lid 2 BW en artikel 7:465 lid 1 BW. Het betreft hier de gezagdragende ouders, curator of voogd.[191] In het kader van dit proefschrift richt mijn aandacht zich vooral op de gezagdragende ouders van de minderjarige patiënt (zie par. 1.2).

Uit de parlementaire geschiedenis van de Wgbo blijkt dat de rationale van art. 7:457 lid 3 BW is dat als de patiënt niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen, deze wordt vertegenwoordigd.[192] De arts komt op grond van art. 7:465 BW de verplichtingen die voortvloeien uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst na jegens de wettelijk vertegenwoordigers. In het licht van het medisch beroepsgeheim en eventuele doorbreking ervan spelen de leeftijdsgrenzen die in de Wgbo gelden een belangrijke rol.

3.5.3.1 Wettelijke vertegenwoordiging en leeftijdsgrenzen

Het medisch beroepsgeheim zoals neergelegd in art. 7:457 lid 1 BW is het recht van de patiënt. De leeftijdsgrenzen in de Wgbo bepalen in hoeverre de minderjarige al dan niet het recht op geheimhouding zelfstandig kan uitoefenen evenals andere rechten die voortvloeien uit de behandelingsovereenkomst. Daarom is van belang op die leeftijdsgrenzen nader in te gaan.

---

190 J.C.J. Dute, annotatie bij RTG Amsterdam 18 juni 2013, ECLI:NL:TGZRAMS:2013:YG3015, *TvGR* 2013/35.

191 Art. 7:457 lid 3 BW, *Stb.* 1994, 845; Zie voor de wettelijke vertegenwoordiging van (meerderjarige) wilsonbekwame patiënten: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/409; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 50-51; zie voorts: *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 47-48 (MvT).

192 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 47-48 (MvT).

Reden voor de wetgever om leeftijdsgrenzen in de Wgbo op te nemen is dat minderjarigen op steeds jongere leeftijd zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnemen en ook zelfstandig een beroep op artsen doen.[193] Daarbij komt dat het ouderlijk gezag bij het ouder worden van het kind terugtreedt in de mate waarin de persoonlijkheid van het kind en het vermogen zelf beslissingen te nemen zich ontwikkelen.[194] De keuze voor leeftijdsgrenzen is kortom ingegeven vanuit de gedachte dat minderjarigen patiëntenrechten gedeeltelijk of zelfs zelfstandig kunnen uitoefenen naarmate zij ouder worden. Dit geldt eens temeer nu in de sfeer van de medische behandeling het recht op geestelijke en lichamelijke integriteit in geding is en het zelf kunnen nemen van beslissingen dienaangaande van belang is. Dat geldt dus ook voor beslissingen ten aanzien van verstrekking van gegevens die tot de persoonlijke levenssfeer van de patiënt behoren.

In de Wgbo gelden de volgende leeftijdscategorieën: (i) de jongste categorie patiënten is jonger dan 12 jaar, (ii) de oudste categorie patiënten is 16 of 17 jaar en (iii) de tussencategorie patiënten is tussen 12 en 16 jaar. Wat betreft het medisch beroepsgeheim hebben deze leeftijdsgrenzen het volgende gevolg.

Patiënten jonger dan 12 jaar

Indien de patiënt jonger is dan 12 jaar, geldt dat gezagdragende ouders het recht op geheimhouding namens het kind uitoefenen.[195] Uiteraard geldt dit evenzeer voor de uitoefening van andere rechten die uit de behandelingsovereenkomst voortvloeien, zoals het recht hebben op vernietiging (art. 7:455 BW) of inzage in het medisch dossier (art. 7:456 BW en art. 7:457 lid 3 BW).[196] De Wgbo gaat hierbij uit van *beide* gezagdragende ouders die de patiëntenrechten namens hun kind uitoefenen.[197] Zij dienen dus *gezamenlijk* toestemming te geven voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.[198] Jegens hen geldt het geheim niet (art. 7:457 lid 3 BW). Sterker nog: de arts moet hen actief informeren over de uitvoering van de behandelingsovereenkomst (art. 7:450 lid 2 BW), en overigens ook waar mogelijk het kind. Uit art. 7:448 BW volgt immers dat de arts het kind dat de leeftijd van 12 jaar nog niet heeft bereikt moet inlichten over het voorgenomen onderzoek en de behandeling op zodanige wijze als past bij zijn bevattingsvermogen.[199] De arts moet zich bij het geven van inlichtingen aan de patiënt zoveel mogelijk bedienen van voor deze

193 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 19.
194 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 19. Zie voor de Richtlijnen: Werkgroep rechtspositie minderjarigen in de gezondheidszorg, *MC* 1976, p. 47-51.
195 Zie par. 3.5.3.
196 KNMG-richtlijn 2018, p. 132.
197 Dit geldt in een tweeoudergezin. Bij een gezin met meer ouders adviseert de Staatscommissie een maximum van vier gezagdragende ouders (Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 430).
198 Zie voor de situatie waarin ouders het onderling oneens zijn: par. 3.5.3.
199 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 5 (MvT).

minderjarige begrijpelijke bewoordingen.[200] Echter, het recht op informatie van de minderjarige impliceert geenszins dat de minderjarige het recht op toestemming toekomt voor het voorgenomen onderzoek of behandeling noch voor gegevensverstrekking aan een ander. Beneden de leeftijd van 12 jaar zal een redelijke waardering van de eigen belangen ter zake van medische verrichtingen als regel niet kunnen worden aangenomen, aldus de toelichting.[201] Dat is het gevolg van de keuze voor leeftijdsgrenzen.[202]

Het valt op dat de wetgever nadrukkelijk een uitzondering maakt op de informatieplicht jegens de gezagdragende ouders in art. 7:457 lid 3 BW. Daarin is immers bepaald dat hij geen informatie verstrekt aan de gezagdragende ouders als dit in strijd is met zijn goed hulpverlenerschap. Wanneer is hiervan sprake? Dat blijkt niet duidelijk uit art. 7:457 BW. Uit de memorie van toelichting op de Wgbo volgt dat als een goede zorgverlening aan het kind in de weg staat aan het informeren van de gezagdragende ouders, de arts aan het verstrekken van informatie aan de ouders voorbij mag gaan.[203] Dat is ook logisch omdat de Wgbo voorziet in de rechten van de *patiënt*. De ouders van de minderjarige patiënt zijn in hun hoedanigheid van vertegenwoordigers immers zelf geen patiënt; zij oefenen de patiëntenrechten van hun kind hooguit uit.

Goede zorgverlening aan de patiënt is de kern van de Wgbo, ongeacht of de patiënt zelf de patiëntenrechten uitoefent of dat hij wordt vertegenwoordigd. Oftewel: de plicht van de arts goede zorg te verlenen aan de patiënt en die voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW) voorkomt dat de minderjarige patiënt mogelijkerwijs nadeel ondervindt van het feit dat hij in rechte wordt vertegenwoordigd en die vertegenwoordiger beslissingen neemt die niet in zijn belang zijn (zie ook art. 7:465 lid 4 BW).

Patiënten van 16 of 17 jaar

De patiënt van 16 of 17 jaar beschikt zelf over uitwisseling van zijn gegevens: diens toestemming is nodig voor het doorbreken van de zwijgplicht en niet ook die van de gezagdragende ouders. Hij gaat immers zelfstandig de geneeskundige behandelingsovereenkomst aan (art. 7:447 BW). In de praktijk wordt de minderjarige regelmatig begeleid door ouder(s). Voor het verstrekken van informatie aan hen wordt de toestemming van de patiënt die begeleid wordt, verondersteld.[204]

200 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 11.
201 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 20.
202 Vgl. het Britse Gillick-criterium: House of Lords, 20 december 1986 (Gillick v West Norfolk and Wisbech AHA). Zie ook: Griffith, *Human Vaccines & Immunotherapeutics* 2016, p. 245-246. Zie voorts: De Kievit, *FJR* 2018/16, p. 66-67.
203 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 40.
204 KNMG-richtlijn 2018, p. 134-135.

Patiënten tussen 12 en 16 jaar

De tussencategorie (12-16 jaar) kenmerkt zich door het gegeven dat de gezagdragende ouders weliswaar de geneeskundige behandelingsovereenkomst aangaan, maar de minderjarige het recht op geheimhouding zelfstandig uitoefent althans voor zover hij in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen.[205] Anders wordt hij immers alsnog ten volle vertegenwoordigd door zijn ouders.[206] De zelfstandige uitoefening van het recht op geheimhouding ex art. 7:457 lid 1 BW betekent dat de arts *sensu stricto* een geheimhoudingsplicht heeft jegens de gezagdragende ouders met uitzondering van de informatieplicht van de arts aan de ouders in het kader van de medische behandeling (art. 7:450 lid 2 BW juncto art. 7:457 lid 3 BW).[207] Indien ouders het medisch dossier wensen in te zien, maar het kind heeft kenbaar gemaakt dat het niet wil dat zijn ouders dit inzien, dan zal de arts de wens van het kind dienen te respecteren, tenzij de informatie nodig is om toestemming voor de medische behandeling van de ouders te verkrijgen (art. 7:448 juncto 450 BW). Ook hier geldt dat de Wgbo uitgaat van toestemming van *beide* gezagdragende ouders.[208] De medische behandeling raakt immers het grondrecht op bescherming van de geestelijke en lichamelijke integriteit en hiervoor heeft de wetgever getracht voor wat betreft de uitoefening daarvan een evenwichtige afweging te bewerkstelligen tussen enerzijds de rechtspositie van het kind en anderzijds de bevoegdheden en verantwoordelijkheden die ouders aan hun juridisch gezag over het kind kunnen ontlenen.[209]

Indien het kind geen bezwaar heeft tegen informatieverstrekking over de medische behandeling aan zijn ouders, dan informeert de arts de ouders, maar ook hier geldt: tenzij het goed hulpverlenerschap zich hiertegen verzet (art. 7:457 lid 3 BW).[210] In geval het kind wordt vertegenwoordigd, behoudt de arts als goed hulpverlener (art. 7:453 BW) dus een eigen bevoegdheid ter zake van het hanteren van het medisch beroepsgeheim (zie ook art. 7:465 lid 4 BW).

Gezagdragende ouders of het kind tussen de 12 en 16 jaar kunnen de arts altijd verzoeken om gegevens uit het dossier te vernietigen (art. 7:455 BW). Dit betekent evenwel niet dat de arts altijd een dergelijk verzoek dient in te willigen.[211] Zo kunnen gegevens over de financiële administratie niet vernietigd worden vanwege de plicht van de arts een dergelijke administratie bij

---

205 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 20; KNMG-richtlijn 2018, p. 73 en p. 133-134. Ouders zullen ook de kosten van de medische behandeling van hun kind dienen te betalen.

206 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 20-21.

207 KNMG-richtlijn 2018, p. 133-134.

208 Zie voor nuancering in de tuchtrechtspraak van dit uitgangspunt: CTG 24 mei 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1298, r.o 4.9, *GJ* 2011/110; Zie ook: CTG 24 mei 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1293, r.o. 4.3; RTG Amsterdam 13 maart 2012, ECLI:NL:TGZRAMS:2012:YG1842, r.o. 5.1 en 5.2 (verweerder heeft de neusamandelen laten verwijderen van het kind zonder toestemming van vader). Zie ook par. 3.5.3.2.

209 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 21.

210 KNMG-richtlijn 2018, p. 48.

211 KNMG-richtlijn 2018, p. 132-134.

te houden. Ook een verzoek tot vernietiging van gegevens met betrekking tot een vermoeden van kindermishandeling kan niet zonder meer worden ingewilligd.[212] Dat kan slechts op verzoek van het kind dat de leeftijd van 16 jaar heeft bereikt en in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake.[213]

3.5.3.2 Wettelijke vertegenwoordiging en dilemma's

In dit onderzoek is als uitgangspunt genomen dat de ouders als wettelijke vertegenwoordigers van de minderjarige een overeenkomst sluiten en dit doen uit naam van de minderjarige, juist omdat diens minderjarigheid ertoe noopt dat zijn in het geding zijnde belangen voor hem door een ander behartigd worden. Over de wijze van behartiging van die belangen bestaan evenwel in de praktijk soms verschillen van inzicht tussen betrokkenen en dat leidt tot dilemma's voor de behandelend arts. Dergelijke verschillen van inzicht kunnen ontstaan tussen gezagdragende ouders onderling die het minderjarige kind vertegenwoordigen, of tussen (een van de) gezagdragende ouders en kind tussen de 12 en 16 jaar oud dat mag meebeslissen, of tussen betrokkene(n) en arts over de uitvoering van de behandelingsovereenkomst en/of over de daarmee samenhangende informatieverstrekking aan anderen. Daar komt bij dat het uitgangspunt in de Wgbo is dat de arts verplichtingen die voortvloeien uit de behandelingsovereenkomst jegens *beide* gezagdragende ouders als wettelijke vertegenwoordigers van de minderjarige patiënt dient na te komen en niet slechts jegens één van hen. Gezagdragende ouders oefenen immers gezamenlijk de patiëntenrechten van het kind jonger dan 12 jaar uit en als het kind tussen de 12 en 16 jaar is, beslissen zij samen met hun kind over de medische behandeling (art. 7:448 en art. 7:450 BW), tenzij de verrichting kennelijk nodig is om ernstig nadeel voor de minderjarige af te wenden of de minderjarige de behandeling weloverwogen blijft wensen (art. 7:450 lid 2 BW).

Welk houvast biedt de Wgbo de arts in situaties waarin betrokkene(n) een verschil van inzicht hebben over het al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim in het kader van de zorgverlening aan een kind? De Wgbo

212 Dit geldt overigens ook indien een ouder, bijv. een moeder die lijdt aan Münchhausen by proxy, de arts zou verzoeken gegevens die betrekking hebben op (een vermoeden van) kindermishandeling uit haar eigen dossier te vernietigen, dan is het aan de arts als goed hulpverlener af te wegen of hierdoor het gerechtvaardigd belang van het kind bij bewaring van die gegevens niet wordt geschaad (zie KNMG-richtlijn 2018, p. 73). Ook in geval het om een situatie gaat die geen betrekking heeft op kindermishandeling en vertegenwoordiging, behoudt de arts een eigen bevoegdheid terzake van vernietigingsverzoeken: zie bijv. CTG 5 oktober 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:267, r.o. 5.3 (belangen van anderen verzetten zich tegen vernietiging gegevens omtrent diagnose).

213 Ook in geval het om een situatie gaat die geen betrekking heeft op kindermishandeling en vertegenwoordiging, behoudt de arts een eigen bevoegdheid terzake van zorgvuldige dossiervorming: zie bijv. CTG 5 oktober 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:267, r.o. 5.3 (belangen van anderen verzetten zich tegen vernietiging gegevens omtrent diagnose).

bepaalt dat daar waar ouders de rechten van een patiënt jonger dan 12 jaar uitoefenen, hij de verplichtingen uit de Wgbo jegens hen nakomt, tenzij die nakoming niet verenigbaar is met de zorg van een goed hulpverlener (art. 7:465 lid 4 BW). Een vergelijkbare nuancering op grond van de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het 'goed hulpverlenerschap' is voorzien in art. 7:457 lid 3 BW, althans voor wat betreft de informatieplicht richting ouders. Dat artikel bepaalt immers dat als de arts door inlichtingen over de patiënt dan wel inzage in of afschrift van de bescheiden te verstrekken niet geacht kan worden de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen (art. 7:453 BW), hij zulks achterwege laat. Deze bepaling beperkt zich – in tegenstelling tot art. 7:465 lid 4 BW – níet tot gezagdragende ouders van een kind tot 12 jaar. Art. 7:457 lid 3 BW ziet immers ook op gezagdragende ouders van patiënten tussen de 12 en 16 jaar. Zij hebben immers recht op informatie over de medische behandeling van hun kind in verband met het geven van toestemming voor die behandeling (art. 7:448 en art. 7:450 BW).

Het uitgangspunt in de Wgbo is dus dat de arts de verplichtingen die voortvloeien uit de behandelingsovereenkomst jegens gezagdragende ouders en/of kind nakomt, *mits* dit verenigbaar is met de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het goed hulpverlenerschap ex art. 7:453 BW.

Vanuit het perspectief van rechtsbescherming is het van belang te kunnen duiden wat de zorgplicht van de arts in die specifieke situatie vereist. Het biedt artsen immers een krachtig instrument om verplichtingen níet na te komen die voortvloeien uit de behandelingsovereenkomst. En dan is uiteraard wel vereist dat is gestipuleerd wanneer en hoe hij dat instrument mag benutten.

Wat in een specifieke situatie goede zorgverlening is, hangt af van wat de professionele standaard van de arts vraagt. Het is in algemene zin niet goed mogelijk goede zorg anders te duiden dan in algemene bewoordingen die in art. 2 Wkkgz zijn gehanteerd. Het gegeven dat goede zorg patiëntgericht is, dus gericht op de behoefte en belangen van de patiënt betekent immers niet meer dan dat de arts in een bepaalde situatie die zorg moet betrachten die een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht.[214] Het hangt dus van de situatie af wat concreet als goede zorg heeft te gelden. Daarvoor zal voor iedere afzonderlijke situatie aansluiting moeten worden gezocht bij de in die context geldende regels en normen voor het handelen van de arts. De professionele standaard zorgt voor een adequate beschrijving van wat als zorgvuldig en adequaat handelen in die specifieke situatie geldt, en daaraan is de arts gehouden. Wat schrijft die standaard voor als ouders van mening verschillen over het verstrekken van gegevens aan een ander in de sfeer van de medische behandeling van hun

214 Zie bijv. HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, *NJ* 1991/26; HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4876, r.o. 2.3.9.

kind? In de praktijk blijken vooral in situaties waarin ouders gescheiden zijn, de meningen hierover nogal eens uiteen te lopen.

Beide ouders?
Het uitgangspunt dat de arts toestemming van *beide* gezagdragende ouders nodig heeft om te kunnen behandelen en eventueel het medisch beroepsgeheim te doorbreken, wordt gerelativeerd op grond van het goed hulpverlenerschap ex art. 7:453 BW. Onduidelijk is evenwel of die zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW) ook zo ruim kan worden geïnterpreteerd dat de arts verplichtingen die voortvloeien uit de behandelingsovereenkomst niet nakomt jegens *één van beide* gezagdragende ouders, bijvoorbeeld omdat zij onderling van mening verschillen over de behandeling van hun kind en/of de daarmee gepaard gaande doorbreking van het medisch beroepsgeheim. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn na een scheiding.

Bruning ziet niets in wat zij noemt 'een ruime interpretatie van goed hulpverlenerschap' teneinde uit het dilemma te geraken over de behandeling van het kind veroorzaakt door ouderlijke twisten.[215] Daarvoor kan immers, aldus Bruning, een oplossing worden gevonden in het familierecht en wel in de geschillenregeling omtrent uitoefening van het ouderlijk gezag ex art. 1:253a BW. Ouders dienen ingevolge dat artikel in eerste instantie onderlinge verschillen zélf op te lossen.[216] Hierin lees ik dat dit ook geldt voor wat betreft een geschil over het al dan niet verstrekken van gegevens aan een ander.

Het onderling oplossen van meningsverschillen door ouders sluit aan bij het uitgangspunt van boek 1 BW dat kinderen na scheiding van hun ouders recht houden op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders (art. 1:247 lid 4 BW), aldus Bruning.[217] Na scheiding loopt immers in beginsel het gezag door (vgl. art. 1:252 BW). Sterker nog: artsen mogen er zelfs van uitgaan dat na echtscheiding een tweede ouder belast is met ouderlijk gezag en dat, als slechts één van beide ouders op het spreekuur verschijnt, deze mede namens de andere ouder met gezag spreekt. Art. 1:253i BW bepaalt immers dat gezagdragende ouders het kind gezamenlijk vertegenwoordigen in burgerlijke handelingen, met dien verstande dat een ouder alleen, mits niet van bezwaren van de andere ouder is gebleken, hiertoe ook bevoegd is. Niettemin benadrukt de KNMG dat de arts bij aanvang van de behandelingsovereenkomst informeert naar de gezagsverhoudingen om misverstanden te

215 Bruning, *TvGR* 2013, p. 126.
216 Bruning, *TvGR* 2013, p. 126.
217 Bruning, *TvGR* 2013, p. 126. Desnoods raadpleegt de arts het Centraal Gezagsregister waarin wordt bijgehouden wie het ouderlijk gezag heeft over minderjarigen. Een verzoek hiertoe kan bij de rechtbank worden gedaan. Zie ook KNMG-richtlijn 2018, p. 71. Bruning wijst er op dat indien door de rechter een kinderbeschermende maatregel is uitgesproken, de arts te maken heeft met een gezinsvoogd (die pas na rechterlijke beslissing toestemming kan geven voor medische behandeling) of een voogd in dienst van een gecertificeerde instelling die beslissingsbevoegd is.

voorkomen. Uit de tuchtrechtspraak blijkt zelfs dat de arts actief dient te informeren naar de gezagsverhoudingen.[218] De arts heeft dus wel degelijk een onderzoeksplicht dienaangaande. Het is dus niet alleen raadzaam, zoals Bruning stelt, dat de arts op een spreekuur waar slechts één ouder verschijnt, kort informeert of de andere ouder op de hoogte is van dit bezoek en hier geen bezwaar tegen heeft, maar zelfs een vereiste voor zorgvuldig handelen. Temeer nu voor een eventuele doorbreking van het medisch beroepsgeheim van *beide* gezagdragende ouders de toestemming is vereist, althans als het gezagdragende ouders betreft van een patiënt jonger dan 12 jaar.

Terug naar het dilemma: de ouders verschillen onderling van mening over de behandeling en/of verstrekken van gegevens aan een ander. Als ouders via de geschillenregeling ex art. 1:253a BW hun onderlinge geschil niet oplossen, dan biedt een spoedmaatregel van kinderbescherming de arts uitkomst (art. 1:264 BW), aldus Bruning.[219] Leenen c.s. stellen op hun beurt dat het realiseren van zo'n maatregel tijd kost, die er in een acute situatie doorgaans niet is, waardoor de arts een beroep zal doen op het 'goed hulpverlenerschap'.[220] Kennelijk is men het er in de literatuur niet over eens wat adequate zorgverlening door de arts is (art. 2 Wkkgz): ouders vragen hun onderlinge verschillen zelf op te lossen of op grond van het goed hulpverlenerschap de beslissing over al dan niet behandelen en/of gegevensverstrekking aan zich te trekken.

In de jurisprudentie is over het verschil van inzicht tussen gezagdragende ouders in de sfeer van de medische behandeling het volgende overwogen. Het CTG overwoog in een zaak waarin ouders het niet eens konden worden over de keuze van de huisarts voor hun kind, dat het weliswaar in eerste aanleg de verplichting van de beide gezagdragende ouders is om tezamen te komen tot de keuze van een huisarts voor het kind in wie beiden vertrouwen hebben en dat zij, indien dit niet lukt, zich met betrekking tot hun conflict moeten wenden tot de (kinder)rechter, maar dat een dergelijk conflict nooit tot gevolg mag hebben dat een kind op enigerlei wijze belemmerd wordt in het krijgen van de noodzakelijke medische hulp.[221] Het CTG sauveerde daarom het handelen van de arts die het kind had behandeld zonder daarvoor toestemming te hebben van *beide* gezagdragende ouders, en wees daarvoor het goed hulpverlenerschap aan als juridische basis. Op grond daarvan oordeelde het CTG dat toestemming van één van beide ouders voldoende is voor zover het althans gaat om het uitvoeren van *niet-ingrijpende, noodzakelijke of gebruikelij-*

218 CTG 19 april 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1064, r.o. 5.1, *GJ* 2011/74 en CTG 4 april 2013, ECLI:NL:TGZCTG:2013:YG2803, r.o. 5.1, *GJ* 2013/60.

219 Bruning, *TvGR* 2013, p. 126.

220 Leenen e.a. 2017, p. 131.

221 CTG 24 mei 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1298, r.o. 4.9, *GJ* 2011/110; Zie ook: CTG 24 mei 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1293, r.o. 4.3; RTG Amsterdam 13 maart 2012, ECLI:NL:TGZRAMS:2012:YG1842, r.o. 5.1 en 5.2 (verweerder heeft de neusamandelen laten verwijderen van het kind zonder toestemming van vader).

ke behandelingen.[222] Hier creëert het CTG dus ruimte voor de arts om voorbij te gaan aan de weigering van toestemming van één van de gezagdragende ouders voor een medische behandeling (art. 7:450 BW) op grond van de zorgplicht ex art. 7:453 BW.

Ofschoon de uitspraak niet ging over het verstrekken van gegevens aan een ander en een eventueel meningsverschil daarover, biedt deze aanknopingspunten voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, als één van de ouders zich daartegen verzet. Waarom zou de arts, als één ouder zich verzet tegen informatieverstrekking, informatie níet aan een derde verstrekken als dat wél in het gezondheidsbelang van het kind is? De wet staat dit toch ook toe als *beide* ouders zich hiertegen verzetten (art. 7:465 lid 4 BW)? Is de essentie van de zorgplicht niet goede zorg aan het kind te verlenen, waarbij patiëntgerichtheid de kern is van goede zorgverlening (cf. art. 2 Wkkgz)? Dit houdt toch ook in dat als informatieverstrekking in het gezondheidsbelang is van het kind, de arts die informatie ook moet kunnen verstrekken? In sommige situaties moet nu eenmaal tegenwicht worden geboden aan opdrachten van gezagdragende ouders die níet in het gezondheidsbelang van het kind zijn. De parlementaire geschiedenis geeft weliswaar weinig houvast ten aanzien van de precieze reikwijdte van art. 7:453 BW, maar zoveel lijkt duidelijk dat een beroep op goed hulpverlenerschap niet beperkt is tot (acute) noodsituaties, maar dat zij *contra legem* vanzelfsprekend bedoeld is voor uitzonderingssituaties.[223] Van zo'n uitzonderingsituatie is mijns inziens sprake als gegevensverstrekking in het gezondheidsbelang van het kind is en ouders over die gegevensverstrekking niet hun onderlinge verschillen in inzicht kunnen oplossen. Van belang is wel dat de beroepsgroep voor die uitzonderingssituaties de zorgplicht nader inkleurt door heldere zorgvuldigheidsvereisten en toetsingsmaatstaven te bepalen.[224] Anders blijft immers onduidelijk welke balans precies wordt gehanteerd tussen zelfbeschikking van de ouder(s) versus bescherming van het kind. Temeer omdat – voor zover het gaat om het doorbreken van de zwijgplicht – gegevensverstrekking aan een derde ingrijpende (rechtspositionele) gevolgen kán hebben voor betrokkene(n).[225] Het kind kan immers naar aanleiding van een door de arts gedane melding onder toezicht worden gesteld (art. 1:255 BW) of uit huis worden geplaatst (art. 1:265a BW e.v.). Daarom kan toestemming van de andere ouder voor gegevensverstrekking ook niet worden verondersteld. Bovendien is bij dergelijke meldingen doorgaans niet alleen de persoonlijke levenssfeer van het kind in geding, maar ook die van de ouder(s). Te denken valt aan de situatie waarin het vermoeden is gerezen

222 Hendriks, *NJB* 2011/1396. Auteur meent dat het bezwaarlijk is dat de (tucht)rechter gedwongen wordt om uitzonderingen te creëren die op gespannen voet staan met de wet.

223 *Kamerstukken II* 1991/92, 21561, p. 48 (MvT); *Kamerstukken II* 1991/92, 21561, nr. 11, p. 36. Zie ook: De Roode, *TvGR* 2013, p. 105. Vgl. Bruning, *TvGR* 2013, p. 126.

224 Zie hoofdstuk 8.

225 Dörenberg, *FJR* 2013, p. 142.

dat de moeder lijdt aan Münchhausen by proxy.[226] In een dergelijk geval zou het verstrekken van de desbetreffende informatie aan Veilig Thuis zonder toestemming van de moeder de persoonlijke levenssfeer van de moeder schenden, iets wat ingevolge art. 7:457 lid 1 BW niet is toegestaan. Hendriks wijst erop dat onduidelijk is wat precies wordt verstaan onder 'schade van de persoonlijke levenssfeer van een ander'.[227] Zoveel lijkt duidelijk dat voor het verstrekken van de desbetreffende informatie in het hierboven gegeven voorbeeld de toestemming van de moeder is vereist.[228] Indien de moeder ook nog eens patiënt is bij dezelfde arts die de melding doet, dan schaadt dit de vertrouwensrelatie met die ouder als toestemming voor dergelijke gegevensuitwisseling ontbreekt. Dörenberg benadrukt dan ook terecht dat de arts dus niet alleen een verantwoordelijkheid heeft jegens ouders als wettelijke vertegenwoordigers van het kind, maar ook jegens hen als ouders.[229] Daarom is het van belang dat de zorgplicht nader is uitgewerkt in beroepsregels waarbij met dergelijke aspecten rekening kan worden gehouden in de zin dat duidelijk wordt wat de arts wél en niet moet doen en wanneer het schaden van de persoonlijke levenssfeer van de betrokken derde een overwegend karakter heeft en wanneer niet.[230]

Door bij dilemma's terug te vallen op de zorgplicht ex art. 7:453 BW als grondslag voor het handelen van de arts en de in dat kader te nemen beslissingen, wordt een brug geslagen tussen wettelijke normen en de praktijk. Daar waar de wet de arts verplicht te zwijgen en dit zwijgen slechts met toestemming van *beide* ouders te doorbreken als de patiënt jonger is dan 12 jaar, kan in uitzonderingssituaties de zorgplicht ex art. 7:453 BW een juridische basis vormen voor het relativeren van die zwijgplicht en het daarbij behorende toestemmingsvereiste (art. 7:457 lid 1 juncto art. 7:457 lid 3 BW). Dit impliceert dan ook dat die zwijgplicht moet worden beschouwd in het licht van de zorgplicht. En dus niet als een geïsoleerde op zichzelf staande plicht.

Bevoogdend?

Men kan zich afvragen of in een tijd waarin het 'samen beslissen' voorop staat en de arts niet langer als dominante partij wordt gezien, het niet bevoogdend is dat de arts in sommige situaties voorbij gaat aan wensen van ouders.[231] Reden is dat in conflictueuze situaties het er niet om gaat wíe beslist, maar

226 Zie bijv. RTG Amsterdam 26 september 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:108; RTG Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:71.

227 Hendriks, *NJB* 2017, p. 1080. Auteur wijst er voorts op dat wel duidelijk is dat een niet gezagdragende ouder wel recht heeft op informatie over zijn kind, maar geen inzagerecht toekomt. Zie hierover par. 3.5.3.

228 Asser/Tjong Tjin Tai 7–IV 2018/434; Markenstein 2006, p. 51. Zie voor de evt. vernietiging van gegevens: par. 3.5.3.

229 Dörenberg, *FJR* 2013, p. 142.

230 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 27 (MvT).

231 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 3-4 (MvT).

dát er beslist wordt *in het gezondheidsbelang van de patiënt/het kind en op grond van de behoefte van de patiënt/het kind* (cf. art. 2 Wkkgz).

In een conflictueuze situatie tussen ouder en kind, zo zeg ik Duijst na, zou immers de mening van het kind tussen de twaalf en zestien jaar moeten kunnen prevaleren boven die van de ouder(s), tenzij er redenen zijn om anders te oordelen. Het volgen van die wens van het kind is niet zozeer bevoogdend richting ouders, maar ingegeven door het belang en de behoefte van het kind.

Een reden om geen gehoor aan de wensen van het kind te geven, ligt niet zozeer in de leeftijd van het kind, aldus terecht Duijst, maar in de mogelijkheden van het kind om een belangenafweging te maken.[232] Het komt mij voor dat de arts daarbij altijd meeweegt en dit ook moet kunnen, of en, zo ja, in hoeverre het kind in staat is de gevolgen van bijvoorbeeld het al dan niet verstrekken van informatie te overzien. Dat is hij vanuit zijn plicht tot goede zorgverlening verplicht. Stel dat het kind wordt misbruikt door de vader en de moeder de arts toestemming geeft voor het doen van een melding aan Veilig Thuis, maar het kind uit loyaliteit naar de vader dit niet wenst. In een dergelijk geval dient de arts als goed hulpverlener, vanuit het belang het kind tegen verder misbruik te beschermen, voorbij te gaan aan de wens van de minderjarige patiënt geen informatie te verstrekken. Zou de arts niet in het gezondheidsbelang van het kind, en dus níet patiëntgericht handelen, dan handelt hij in strijd met de plicht tot goede zorgverlening (cf. art. 2 Wkkgz en art. 7:453 BW).

3.5.4 Naaste familieleden

De zwijgplicht van de arts geldt jegens familieleden – niet zijnde de wettelijke vertegenwoordigers van de patiënt – zoals de echtgenoot of partner van de patiënt behoudens in geval van de therapeutische exceptie waarin de arts om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen hem niet inlicht maar wel bijvoorbeeld familieleden (art. 7:448 lid 3 BW). In de toelichting op art. 7:448 lid 3 BW wordt het voorbeeld genoemd dat het voor de genezing van de patiënt noodzakelijk is dat de echtgenoot of de kinderen van de patiënt die hem verzorgen of opvangen bepaalde gedragsregels in acht nemen.[233] Wat betekent dit in de praktijk als een patiënt vergezeld van zijn echtgenoot op het spreekuur van de arts verschijnt? De arts heeft in beginsel voor het doen van mededelingen aan de vergezellende echtgenoot de toestemming nodig van de patiënt (art. 7:457 lid 1 BW). Waarom het vragen van toestemming van belang is, illustreert Leenen met het sprekende voorbeeld van de arts die een diagnose

232 Duijst 2007, p. 44.
233 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 31.

vroege spontane abortus geeft, terwijl de echtgenoten al geruime tijd geen seksueel contact met elkaar hebben gehad.[234]

Het is geen geheim dat het in de praktijk van de gezondheidszorg regelmatig voorkomt dat naasten van de patiënt, vooral als zij de patiënt vergezellen, geïnformeerd worden zonder dat de patiënt hiervoor zijn uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven. Ofschoon dit vanuit een wettelijk oogpunt gezien als een 'faux pas' van de arts kan worden beschouwd – hij dient nu eenmaal ingevolge art. 7:457 lid 1 BW voor informatieverstrekking de toestemming van de patiënt te bemachtigen – zou dit een wel erg academische benadering zijn.[235] Het komt mij voor dat de patiënt die zich laat vergezellen door een ander, stilzwijgend toestemming geeft aan de arts voor het verstrekken van inlichtingen aan die ander. Vanzelfsprekend dient de arts zich bewust te zijn dat voor het verstrekken van bepaalde (men leze: zeer privacygevoelige, medische) gegevens hij niet kan volstaan met de stilzwijgende toestemming van de patiënt. Voor het verstrekken van die gegevens is immers uitdrukkelijke toestemming van de patiënt vereist (art. 9 lid 2 AVG en art. 22 lid 2 onder a UAVG).[236]

3.5.5 Zwijgen na overlijden

Indien de patiënt overlijdt, eindigt de behandelingsovereenkomst, maar daarmee niet de zwijgplicht, zo volgt uit de memorie van toelichting op de Wgbo.[237]

Het uitgangspunt is dus dat de arts jegens anderen blijft zwijgen na het overlijden van de patiënt.[238] Dit uitgangspunt kan tot vreemde situaties leiden. Zo noemt Duijst het voorbeeld dat nabestaanden – die immers mogen beslissen over orgaandonatie van de overledene, terbeschikkingstelling aan

234 Leenen e.a. 2017, p. 155.

235 Leenen e.a. 2017, p. 154-155.

236 Zie bijv. RTG Amsterdam 12 september 2007, nr. 07/268; Leenen e.a. 2017, p. 154-155. Zie par. 5.2.3.

237 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 17; zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/434 en 447; Leenen e.a. 2017, p. 155; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 45-46. Zie https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/dossiers/medisch-dossier-overledene-beroepsgeheim.htm (laatst geraadpleegd 29 januari 2018).
Bevestiging gelding medisch beroepsgeheim na overlijden in de rechtspraak: zie bijv. HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, *NJ* 2001/600; HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *NJ* 2008/630; Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901, *TvGR* 2016/66 & *TvGR* 2016/159, m.nt. M.C. Ploem & J.C.J. Dute; Mewa, *VR* 2009, p. 208-209; Rb. Noord-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:265, *TvGR* 2016/159, m.nt. M.C. Ploem & J.C.J. Dute.

238 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 8 (MvT). Zie voorts Duijst & Thoonen, *AA* 2018, p. 777-778. Gegevens van overleden personen vallen niet onder de definitie van persoonsgegevens als bedoeld in de AVG. De AVG is daarom niet van toepassing op deze gegevens. Zie ook par. 3.2.4.

de wetenschap, of een sectie kunnen verzoeken – in de situatie terecht kunnen komen dat zij sectie hebben verzocht maar de uitslag daarvan vervolgens niet mogen vernemen.[239] De zwijgplicht staat hieraan immers in de weg (art. 7:457 lid 1 BW). De KNMG benadrukt terecht dat er geen wettelijke bepaling is die het informeren van de nabestaanden mogelijk maakt, maar adviseert de arts om nabestaanden op hoofdlijnen over de uitkomsten van het rapport te informeren omdat hij immers ook rekening moet houden met de belangen van nabestaanden (art. 47 lid 1a onder 3e Wet Big).[240] Ingewikkelder is het als nabestaanden een kopie wensen van het sectierapport omdat doorgaans een belang van nabestaanden ontbreekt bij het vernemen van alle details. Zij zijn veelal geïnteresseerd in de doodsoorzaak en of er sprake is van bijvoorbeeld een erfelijke ziekte. Duijst stelt terecht dat het overlijden van de patiënt als het ware een rookgordijn optrekt waarachter informatie verborgen blijft.[241] De arts dient immers de informatie na de dood nog wel vijftien jaar te bewaren (art. 7:455 BW), maar deze prijsgeven aan een ander is vooralsnog niet toegestaan. Inmiddels ligt er een voorstel om een regeling in de Wgbo op te nemen ter zake van het inzagerecht van nabestaanden in het dossier van overledenen. Indien de patiënt bij leven geen schriftelijke of elektronische toestemming heeft gegeven voor het vrijgeven van informatie aan nabestaanden, kan de arts alsnog informatie verstrekken als nabestaanden een zwaarwegend belang hierbij hebben.[242]

Tot op heden kan de arts slechts via de weg van de veronderstelde toestemming van de patiënt gegevens aan bijvoorbeeld nabestaanden verstrekken. Anders dient hij te zwijgen.[243] Dat geldt overigens ook in situaties waarin anderen dan de nabestaanden, zoals het OM, een medisch dossier willen inzien. Indien de arts besluit geen inzage in het medisch dossier of afschrift hiervan te geven, omdat de toestemming volgens hem niet verondersteld kan worden, kunnen vervolgens de nabestaanden of het OM een vordering bij de rechter indienen tot inzage in het medisch dossier. De uitkomst hiervan staat uiteraard niet op voorhand vast.[244] De rechter bepaalt of de arts op grond van een zwaarwegend belang van de nabestaanden alsnog gegevens dient te verstrek-

239 Duijst & Morsink, *TBS&H* 2017, p. 90.

240 Zie voor advies KNMG: https://www.knmg.nl/advies-richtlijnen/artseninfolijn/praktijk dilemmas-1/praktijkdilemma/mogen-nabestaanden-het-obductieverslag-inzien.htm (laatst geraadpleegd 29 januari 2018).

241 Duijst & Morsink, *TBS&H* 2017, p. 90.

242 Art. 457 lid 1 en art. 458a Concept Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst, https://www.internetconsultatie.nl/concept_wijziging_wgbo/details (laatst geraadpleegd 29 januari 2018). Zie voor zwaarwegend belang: par. 5.5.

243 Zie bijv. CTG 25 juli 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:221; zie ook: Hendriks, *NJB* 2017, p. 1071. Zie voor de mogelijkheden van de rechter terzake van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim: par. 5.5 (zwaarwegend belang) en par. 5.6 (zeer uitzonderlijke omstandigheden).

244 Zie bijv. Rb. Limburg 19 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6887; de rechtbank oordeelde dat de toestemming i.c. niet kon worden verondersteld.

ken of aan het OM op grond van zeer uitzonderlijke omstandigheden.[245] De arts bepaalt dit dus (vooralsnog) niet zelf. Dit zal voor wat betreft het verstrekken van gegevens aan nabestaanden veranderen als het voornoemde wetsvoorstel de eindstreep haalt. Dan wordt immers het zwaarwegend belang van nabestaanden toegevoegd aan art. 7:457 lid 1 BW.[246] Met Hendriks ben ik het eens dat in het conceptvoorstel tot wijziging van de Wgbo weliswaar de nadruk ligt op het verder versterken van de rechten van de patiënt maar dat dit lastig valt te rijmen met het voorstel om nabestaanden inzage te geven in het medisch dossier van de overledene.[247]

Leenen, Ploem, Gevers, Kastelein en Engberts zijn van mening dat de patiënt het geheim meeneemt in zijn graf.[248] Ook uit de rechtspraak blijkt dat het medisch beroepsgeheim blijft gelden na het overlijden van de patiënt.[249] Toch kunnen nabestaanden of instanties zoals het OM in het kader van de waarheidsvinding belang hebben bij inzage in het medisch dossier van de overledene. De vraag rijst waarom de arts na het overlijden van zijn patiënt dient te blijven zwijgen, want welk individueel belang bij zwijgen heeft de persoon die niet meer leeft? Zo houdt het recht op zelfbeschikking dat onderdeel uitmaakt van het recht op privacy bij overlijden van betrokkene op te bestaan.[250] De patiënt is immers niet meer in staat om de arts toestemming voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim te geven; de arts kan deze slechts veronderstellen.

In de literatuur is voorgesteld om de zeggenschap van de patiënt over zijn (medische) gegevens over te laten gaan op de nabestaanden die erfgenaam zijn.[251] Dit zou inhouden dat zij de arts van zijn zwijgplicht kunnen ontslaan op grond van het toestemmingsrecht dat zij van de overledene hebben geërfd. Echter, deze suggestie krijgt verder, terecht, weinig steun in de literatuur en evenmin in de rechtspraak, omdat het recht op geheim immers moet worden beschouwd als een hoogst persoonlijk recht dat men niet kan vererven.[252]

---

245 Zie par. 5.5.1.

246 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 8-16 (MvT).

247 Hendriks, *NJB* 2017, p. 1071.

248 Gevers 1990, p. 171; Ploem, *TvGR* 1999, p. 489-499; Ploem, *NTvG* 1999, p. 1826-1829; Kastelein, *NTvG* 2008, p. 478-481; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 45-46; Leenen e.a. 2017, p. 155-156; Mewa, *VR* 2009, p. 208-209.

249 Zie voor een overzicht van die rechtspraak hoofdstuk 5.

250 Vgl. EHRM 15 mei 2006, De erven van Kresten Filtenborg Mortensen tegen Denemarken, (appl. no.1338/03), *RvdW* 2006, 843. Zie ook Bruning, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1128-1138.

251 Sluijters 1989, p. 74; Sluijters & Biesaart 1995, p. 103.

252 Leenen e.a. 2017, p. 155; anders Rb. Leeuwarden 12 juni 1997, *NJ* 1997/247; Hof Amsterdam 11 juli 1996, *TvGR* 1997/13; zie ook *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 17; *Kamerstukken II* 1998/99, 25892, nr. 6, p. 27-28 waarin de regering bij de behandeling van de Wbp duidelijk maakt dat de subjectieve rechten van een betrokkene op grond van het privacyrecht niet als een vermogensbestanddeel worden gezien dat deel zou kunnen uitmaken van een nagelaten boedel. In het concept van het Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst wordt een wettelijke verankering voorgesteld van het recht op inzage voor nabestaanden in het medisch dossier van een overleden patiënt. Zie art.

Duijst stelt voor ter zake van omgang met het medisch beroepsgeheim na de dood van de patiënt de vertegenwoordiging van de patiënt door personen die de patiënt bij leven vertegenwoordigden (gezagdragende ouders) of zouden vertegenwoordigen, door te laten lopen na de dood van de patiënt. De wil van de patiënt wordt hiermee wellicht niet exact gevolgd, maar wel grotendeels, is de gedachte van Duijst. Het komt mij voor dat het betrekken van vertegenwoordigers of van personen die de patiënt bij leven zouden kunnen vertegenwoordigen een sympathieke gedachte is, temeer omdat de arts rekening dient te houden met hun belangen (art. 47 lid1a onder 3e Wet Big) en zij betrokken worden bij het reconstrueren van de toestemming van de overleden patiënt, maar merkwaardig blijft het in juridische zin om van vertegenwoordiging van de patiënt te spreken als deze is overleden. In de voorgestelde wijziging van art. 7:457 BW wordt voor gezagdragende ouders van een kind dat op het moment van overlijden nog geen zestien jaar oud was, een ruimer inzagerecht voorgesteld dan voor andere nabestaanden en voormalig vertegenwoordigers.[253] Die ruimere inzagebevoegdheid ligt in de rede, aldus de toelichting, gelet op de verantwoordelijkheid bij leven voor het kind van de ouders.[254] Gezagdragende ouders hebben daarom recht op inzage in het medisch dossier, tenzij dit in strijd is met goed hulpverlenerschap. Als bijvoorbeeld verstrekking bij leven achterwege zou zijn gebleven, dan zou dit ook na overlijden het geval moeten zijn. Te denken valt aan de situatie dat de ouders niet op de hoogte zijn van een behandeling. Of in geval de arts twijfelt of de zorg van een goed vertegenwoordiger wordt nagekomen – te denken valt aan financiële belangen in erfenisgeschillen. Ook dan behoudt de arts naar mijn mening de mogelijkheid géén inzage in het medisch dossier te geven. Het goed hulpverlenerschap loopt dus – ook al is de patiënt overleden – in die zin door.[255]

Het is zonder meer van belang dat de arts als goed hulpverlener (art. 7:453 BW), waar mogelijk, met patiënten bij leven bespreekt of gegevens na overlijden al dan niet aan nabestaanden mogen worden verstrekt. Dit kan juridische problemen na overlijden van de patiënt voorkomen.[256] Het Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst stuurt aan op een dergelijke bespreking door te bepalen dat schriftelijke of elektronisch toestemming bij leven van de patiënt is vereist voor het mogelijkerwijs doorbreken van het medisch beroepsgeheim na de dood.[257]

458a Concept wijziging WGBO wetsvoorstel (https://www.internetconsultatie.nl/concept_wijziging_wgbo/details (laatst geraadpleegd 29 januari 2018)).

253 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 14 (MvT).

254 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 14.

255 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/447. Auteur wijst erop dat bepaalde verplichtingen na overlijden van de patiënt kunnen blijven bestaan.

256 Dute & Ploem, *TvGR* 2013, p. 736. Auteurs wijzen erop dat toestemming voor gegevensverstrekking in de praktijk doorgaans niet gegeven wordt.

257 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 26 (MvT).

3.5.6 Tussenconclusie

Op het uitgangspunt dat de zwijgplicht geldt *erga omnes* blijken uitzonderingen te bestaan. Uiteraard geldt de zwijgplicht niet jegens de patiënt, maar gebleken is dat deze evenmin geldt jegens rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen met inbegrip van de vervanger van de arts (art. 7:457 lid 2 BW) en de wettelijke vertegenwoordigers van de patiënt (art. 7:457 lid 3 BW). Beide bepalingen dienen in de sleutel van goede zorgverlening aan de patiënt te worden geplaatst. Reden waarom rechtstreeks betrokkenen met inbegrip van de arts de nodige gegevens mogen ontvangen, is immers gelegen in een goede en adequate zorgverlening aan de patiënt (art. 2 Wkkgz). Dit geldt ook voor wat betreft gegevensverstrekking aan de vertegenwoordigers van de minderjarige patiënt. Van vertegenwoordiging is slechts sprake in situaties waarin de patiënt zelf niet in staat is gebruik te maken van zijn rechten in de gezondheidszorg. Voor het bepalen in hoeverre minderjarige patiënten al dan niet gebruik kunnen maken van hun patiëntenrechten, hanteert de Wgbo leeftijdsgrenzen: minderjarige patiënten jonger dan 12 worden door hun gezagdragende ouders vertegenwoordigd. Minderjarige patiënten ouder dan 16 jaar worden niet vertegenwoordigd voor zover zij in staat zijn tot een redelijke waardering van hun belangen. Zij oefenen hun patiënten rechten zelfstandig uit. De tussencategorie (12-16 jaar) is een bijzondere omdat de minderjarige patiënt het recht op geheimhouding zelfstandig uitoefent met uitzondering van de informatieplicht van de arts aan de ouders in het kader van de medische behandeling (art. 7:450 lid 2 BW juncto art. 7:457 lid 3 BW). Vertegenwoordiging beoogt adequate zorg aan het kind te garanderen. Daarom worden gezagdragende ouders niet beschouwd als 'anderen' en geldt de zwijgplicht niet jegens hen. De leden 2 en 3 van art. 7:457 BW dienen bovenal in het licht van goede zorgverlening aan de patiënt te worden gelezen. De zwijgplicht of althans de omgang ermee dient dan ook in de sleutel van goede zorgverlening te worden geplaatst, zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW). Dit betekent dat de arts dilemma's ter zake van de vraag welke informatie al dan niet aan rechtstreeks betrokkenen of gezagdragende ouders moet worden verstrekt of terzake van de uitoefening van inzage- en vernietigingsrechten vanuit zijn zorgplicht oplost, zoals deze voortvloeit uit het goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW). Met 'zorg' worden de verplichtingen bedoeld ten aanzien van het handelen van de arts in de sfeer van de medische behandeling. De zorg kan nopen tot afwijking van de patiëntenrechten of de rechten van de vertegenwoordigers van de patiënt. Het verlenen van goede zorg kan ook betrekking hebben op nabestaanden van de patiënt (art. 47 lid 1a onder 3e Wet Big). Dit betekent dat de arts rekening moet houden met belangen van nabestaanden. In dit opzicht loopt het goed hulpverlenerschap ex art. 7:453 BW nog door ondanks dat de patiënt overleden is. De zorgplicht die voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW) is dus van essentiële waarde gebleken voor een zorgvuldige omgang met het medisch beroeps-

geheim en dus ook voor het bepalen waar het zijn grenzen vindt. De vraag rijst wat de precieze verhouding is tussen deze zorgplicht en de zwijgplicht. Daarover gaat de volgende paragraaf.

3.6 Zwijgplicht: plicht naast of plicht als onderdeel van de zorgplicht?

Denken over het medisch beroepsgeheim is denken over dilemma's. Daar waar het dilemma gaat over de vraag hoe de arts in de rechtsverhouding met kind en ouders wel of niet zijn zwijgplicht hanteert en jegens wie, biedt de zorgplicht ex art. 7:453 BW uitkomst. De zorgplicht biedt de arts houvast voor zijn handelen in tegenstelling tot de zwijgplicht als zelfstandige plicht zoals neergelegd in art. 7:457 BW. Sterker nog: de zorgplicht geeft in dergelijke conflictueuze situaties reliëf aan de zwijgplicht en de nakoming daarvan. Of de zwijgplicht al dan niet moet worden nagekomen, en jegens wie, hangt immers af van wat in een bepaalde situatie als goede zorgverlening wordt beschouwd.

In algemene zin wordt onder goede zorg verstaan de zorg die in ieder geval veilig, doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht is, tijdig wordt verleend, en is afgestemd op de reële behoefte van de patiënt, waarbij de arts handelt in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de professionele standaard en waarbij de rechten van de patiënt zorgvuldig in acht worden genomen en de patiënt ook overigens met respect wordt behandeld (art. 2 Wkkgz). In het licht van deze omschrijving van wat onder goede zorgverlening wordt verstaan, valt het volgende op ten aanzien van de verhouding tussen zwijgplicht en zorgplicht.

In de eerste plaats kan ingevolge art. 2 Wkkgz het respecteren van het recht op geheimhouding van de patiënt in beginsel als onderdeel worden beschouwd van wat onder goede zorgverlening wordt verstaan. Als zwijgen immers in het belang van de patiënt is, dan vormt dat zwijgen ook een onderdeel van goede zorgverlening. De zwijgplicht is in dit licht in de zorgplicht geïntegreerd.

In de tweede plaats zou het doorbreken van de zwijgplicht ook kunnen worden beschouwd als onderdeel van goede zorgverlening. Voor zover immers een doorbreking in het gezondheidsbelang is van de patiënt, is deze eveneens patiëntgericht en behoort die doorbreking tot datgene wat onder goede zorgverlening wordt verstaan. Daarbij geldt uiteraard dat de arts de zwijgplicht doorbreekt voor zover een redelijk en bekwaam vakgenoot onder dezelfde omstandigheden dit ook zou doen. Dat is immers de maatstaf waaraan het handelen van de arts wordt getoetst.[258] Van groot belang hiervoor zijn zonder meer de regels van de beroepsgroep. Die geven immers concrete invulling aan de wijze waarop de arts in een specifieke situatie goede zorg kan verlenen aan de patiënt door het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Zij bieden

258 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 14 (MvT).

houvast voor de arts in concrete conflictueuze situaties.[259] Zij bieden de nodige rechtsbescherming aan niet alleen de arts maar ook aan de patiënt, omdat daarin immers verduidelijkt wordt waaruit goede zorgverlening bestaat waarop de patiënt aanspraak kan maken.

Het integreren van de zwijgplicht en het doorbreken van de zwijgplicht in de zorgplicht geeft de arts de bevoegdheid het gezondheidsbelang van het kind te laten prevaleren daar waar de wettelijk vertegenwoordiger dat duidelijk niet doet. Het beschermen van het belang van privacy van de patiënt is immers alleen maar nastrevenswaardig als dit niet ten koste gaat van goede zorgverlening aan die patiënt, maar op zijn minst hand in hand gaat.

De bevoegdheid die de arts heeft in het belang van het kind voorbij te gaan aan wensen van bijvoorbeeld de ouders, zou als bevoogdend of paternalistisch kunnen worden opgevat. Vooral in een tijd waarin het 'samen beslissen' voorop staat.[260] Toch is er van bevoogding of paternalisme mijns inziens geen sprake. De vertegenwoordigingsconstructie is op zich immers al bedoeld om de arts niet alleen te laten beslissen. Het gaat erom dat het gezondheidsbelang van de patiënt/het kind wordt beschermd ook en misschien wel juist als het wordt vertegenwoordigd. In de beslissing die genomen wordt over het kind, vormt het belang van het kind de eerste overweging.[261] Dat geldt niet alleen voor de arts die een beslissing moet nemen, maar zeker ook voor de gezagdragende ouder(s).

3.7 Conclusie

In dit hoofdstuk stond de vraag centraal naar de wettelijke regelingen, de inhoud en reikwijdte van de zwijgplicht.

De zwijgplicht van de arts is in diverse regelingen in tot op zekere hoogte verschillende varianten neergelegd: art. 7:457 lid 1 BW, art. 88 Wet Big, art. 272 Sr, art. 9 lid 1 AVG en art. 22 lid 1 UAVG. Maar liefst vier bloedgroepen van het recht komen hier samen: civielrecht, strafrecht, publiekrecht en tuchtrecht. De zwijgplicht vormt een civielrechtelijke verplichting van de arts jegens de patiënt en tegelijkertijd een kwestie van algemeen belang, die niet voor niets in de Wet Big is neergelegd en uitgangspunt is in de AVG en de UAVG en strafrechtelijk alsmede tuchtrechtelijk wordt gesanctioneerd. Het verbaast niet dat de inhoud en de reikwijdte van de respectieve regelingen niet dezelfde zijn. Dit laat zich verklaren door verschillende rationes en achtergronden van de desbetreffende wetten. Toch leidt dit vanuit het perspectief van de behande-

259 Zie bijv. Rb. Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2543, r.o. 4.3; Rb. Zeeland-West Brabant 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1940, r.o. 2:23; CTG 15 december 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1658, r.o. 4.5. Zie ook par. 5.4.3.

260 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 14 (MvT).

261 Zie ook art. 3 IVRK dat doorwerkt in de horizontale relatie tussen arts, kind en ouders.

lend arts niet tot problemen in termen van begrenzing van object en subject van de zwijgplicht. De behandelend arts kan zich zelfstandig beroepen op elk van de regelingen en datgene waarover hij geacht wordt te zwijgen is begrensd door de uitoefening van zijn beroep als arts. Alle informatie die de arts q.q. verkrijgt, valt onder zijn zwijgplicht.

Denken over het medisch beroepsgeheim is denken over dilemma's. Voor álle dilemma's – voortvloeiend uit bijvoorbeeld vertegenwoordigingskwesties (inzage- en vernietigingsrecht, recht op informatie), onenigheid tussen ouders (toestemmingsvereiste), verdergaande digitalisering – geldt dat de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap ex art. 7:453 BW de juridische basis is voor de wijze waarop de arts met het medisch beroepsgeheim dient om te gaan.

De zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het goed hulpverlenerschap ex art. 7:453 BW bepaalt waar de grenzen van de zwijgplicht van de arts lopen voor wat betreft de vraag jegens wie de arts al dan niet moet zwijgen en in welke situatie. De zwijgplicht kan evenals de doorbreking ervan beschouwd worden als onderdeel van die zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap. De zwijgplicht krijgt immers betekenis in het licht van de zorgplicht en niet andersom. Dit is niet anders in de situatie waarin de patiënt is overleden. De zwijgplicht blijft immers na overlijden van de patiënt onverkort gelden en vanuit de professionele standaard die er voor het handelen van de arts geldt (vgl. art. 7:453 BW) zal de arts ook rekening moeten houden met belangen van nabestaanden (art. 47 lid 1a onder 3e Wet Big). Daar doet niet aan af dat de geneeskundige behandelingsovereenkomst met de dood van de patiënt eindigt (art. 7:410 BW). Steun voor deze gedachte geeft Tjong Tjin Tai, die immers benadrukt dat bepaalde verplichtingen, die eerder voortvloeiden uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst, na het overlijden van de patiënt zullen resteren.[262]

Hoe deze zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap zich precies verhoudt tot de uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim en in hoeverre deze zorgplicht óók kan worden beschouwd als een zelfstandige uitzonderingsgrond op het medisch beroepsgeheim, komt aan de orde in hoofdstuk 5. Eerst gaat mijn aandacht uit naar de andere zijde van het medisch beroepsgeheim: het verschoningsrecht.

262 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/447.

4 Verschoningsrecht

4.1 INLEIDING

Het verschoningsrecht van de arts is neergelegd in art. 165 lid 2 sub b Rv, art. 218 Sv en art. 68 lid 5 Wet Big. In de literatuur wordt het verschoningsrecht omschreven als het recht om zich ten overstaan van de rechter te verschonen van het afleggen van een getuigenverklaring, voor zover het afleggen van die verklaring een schending van het beroepsgeheim en de daaruit voorvloeiende zwijgplicht veroorzaakt.[1]

In het strafrecht strekt het verschoningsrecht zich ook uit tot het OM en de politie.[2] Verschoningsrecht en zwijgplicht zijn dus niet geheel elkaars spiegelbeeld want het verschoningsrecht komt immers alleen aan de orde bij de rechter – of zoals het zo mooi heet *in foro* –, OM en politie, terwijl de zwijgplicht geldt *erga omnes*.[3]

Het verschoningsrecht geeft artsen de bevoegdheid om te (blijven) zwijgen waar anderen moeten spreken.[4] Daarmee is het dus een uitzonderingsrecht op de plicht om in rechte te getuigen (art. 91 Sr). Het is evenwel geen uitzonderingsrecht op het – eenmaal als getuige opgeroepen – in rechte te verschijnen (art. 213 Sv).[5] Engberts wijst er terecht op dat de arts eerst naar het gerechtsgebouw dient te gaan om zich daar op zijn verschoningsrecht te beroepen.[6]

Het verschoningsrecht – en met name de begrenzing ervan – van (onder meer) de arts staat volop in de belangstelling. Zowel vanwege de toenemende *zeer uitzonderlijke omstandigheden* die een uitzondering op het verschoningsrecht van de arts rechtvaardigen (zie onder 5.6),[7] als ook in het kader van wet-

---

1 Leenen e.a. 2017, p. 151-152; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 39; Duijst 2009, p. 115; Fernhout 2004, p. 65-67.

2 Buijsen c.s. 2012, p. 33; Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 1 (MvT), p. 129. Mevis wijst erop dat het strafrecht steeds verder oprukt in medische zaken, Mevis, *TvGR* 2015, p. 40.

3 Zie par. 3.5.

4 Leenen e.a. 2017, p. 152.

5 Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 1 (MvT), p. 134; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 40; Duijst 2009, p. 115.

6 Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 40.

7 Zie voor een uitgebreide bespreking hiervan: par. 5.6. In de literatuur wordt benadrukt dat de uitzondering van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' zich als een olievlek heeft vermenigvuldigd. Zie bijv. Kastelein, *TvGR* 2013, p. 772. Zie voor aanvaarding van de zeer

gevingsoperaties betreffende de modernisering van het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.[8] Steeds vaker kijken anderen over de schouder van de arts mee terzake van zijn beslissing zich te verschonen. Zo krijgt de rechter – niet zijnde de rechter in de hoofdzaak – volgens het advies van de expertgroep o.l.v. Hammerstein in het kader van de modernisering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de bevoegdheid tot kennisname van vermoedelijk vertrouwelijke stukken in de preprocessuele fase teneinde te beoordelen of er gewichtige redenen zijn om inzage in deze stukken te weigeren.[9] Dit voorstel is ingegeven door (onder meer) de behoefte aan een efficiëntere waarheidsvinding.[10] Terzake van het beroep van de arts op het verschoningsrecht in strafzaken valt op dat de r.-c. in geval van inbeslagneming een toetsende rol terzake toebedeeld krijgt. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat dit vooral is ingegeven door de lange tijd die nodig is teneinde een definitief antwoord te krijgen op de vraag óf het gedane beroep van de arts op zijn verschoningsrecht gerechtvaardigd is of niet.[11]

De ontwikkeling waarin anderen over de schouders van de arts meekijken terzake van diens hantering van het verschoningsrecht roept uiteraard vragen op. Wat betekent de kennisname van vertrouwelijke gegevens voor het tot nog toe in literatuur en rechtspraak geldende uitgangspunt dat het standpunt van de arts terzake van de hantering van zijn verschoningsrecht in beginsel dient te worden gerespecteerd?[12] Kan nog worden gesproken van een *marginale toetsing* van het ingenomen standpunt van de arts terzake van de hantering van het verschoningsrecht?[13] Hiernaar en naar de uitzonderingsgrond 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' gaat mijn aandacht uit in par. 5.6.

---

uitzonderlijke omstandigheden in de wet: art. 2.7.6.2.2.2 Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 2.

8 Zie bijv. Advies expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, nr. 384, p. 79 en p. 82. Hierin wordt tevens het voorstel gedaan dat eventueel ook een deskundige die door de rechter is benoemd en aan wie de plicht tot geheimhouding is opgelegd, kennis kan nemen van de vertrouwelijke bescheiden. Zie ook: Nan, *NJB* 2017, p. 2545-2546. Zie voor de insnoering van het strafrechtelijk verschoningsrecht: Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 2 (MvT), p. 54-56 waarin de procedure van beslag en doorzoeking bij de verschoningsgerechtigde nader en meer uitgebreid wordt geregeld. Zie ook: Vellinga-Schootstra, *RMThemis* 2017, p. 96-115.

9 Zie Advies expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, nr. 384, p. 79 en p. 82.

10 *Kamerstukken II* 2011/12, 33079, nr. 3, p. 1.

11 *Kamerstukken II* 2013/14, 33685, nr. 6. Zie ook *Kamerstukken II* 2012/13, 33685, nr. 3 waarin dienaangaande termijnen voor de beklagprocedure worden voorgesteld (vgl. art. 552a Sv en art. 552d Sv).

12 Zie bijv. HR 12 februari 2002, *NJ* 2002/439 en 440.

13 Zie voor bevestiging marginale toetsing in rechtspraak bijv. HR 12 februari 2002, *NJ* 2002/439 en 440; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263, r.o. 2.3; HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, *NJ* 2005/273, r.o. 5.9. Zie voor bevestiging marginale toetsing in literatuur bijv. Kastelein, *TvGR* 2013, p. 765; Bannier, *NJB* 2007, p. 1160.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. In par. 4.2 staan de wettelijke grondslagen van het verschoningsrecht centraal en de ratio ervan. Dient het verschoningsrecht – dat immers een uitzonderingsrecht is op de getuigplicht – uitsluitend een algemeen belang, en als dat zo is wat betekent dat voor de zeggenschap van de patiënt terzake van de vertrouwelijke omgang met zijn gegevens en het geven van toestemming voor eventuele verstrekking daarvan? Hoe verhoudt het verschoningsrecht van de arts zich tot gegevens die de patiënt onder zich heeft? Kan de patiënt deze bijvoorbeeld aan het OM verstrekken waardoor het verschoningsrecht van de arts worden omzeild? Deze vragen worden behandeld in par. 4.2 om vervolgens in par. 4.3 de vraag te beantwoorden wat het object van het verschoningsrecht is en of, en zo ja, in hoeverre dit object verschilt van dat van de zwijgplicht. Daarna komt het subject van het verschoningsrecht aan de orde en hoe de verhouding is tussen principaal verschoningsgerechtigde (par. 4.4.1) en afgeleid verschoningsgerechtigde (par. 4.4.2). Oftewel: het gaat hier niet alleen over de vraag wie het verschoningsrecht toekomt, maar ook over de vraag wie er over het verschoningsrecht beslist. In par. 4.4.1.1 wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het subject van het verschoningsrecht verschilt van dat van de zwijgplicht. Par. 4.5 zoomt in op de vraag in hoeverre het verschoningsrecht ook geldt na het overlijden van de patiënt. Voorts bevat par. 4.5 een beschouwing van de waardering van het verschoningsrecht: betreft het een bevoegdheid of een plicht van de arts (par. 4.5)? En ten slotte: hoe verhoudt het verschoningsrecht zich tot de zorgplicht van de arts? Maakt het evenals de zwijgplicht daarvan deel uit? In de conclusie worden de bevindingen van dit hoofdstuk vergeleken met die van hoofdstuk 3 (zwijgplicht) en eventuele gevolgen van die bevindingen voor het medisch beroepsgeheim geduid (par. 4.7).

4.2 WETTELIJKE GRONDSLAGEN (ART. 165 LID 2 SUB B RV, ART. 218 SV, ART. 68 LID 5 WET BIG)

Het verschoningsrecht is in diverse wetten verankerd. Voor het verschoningsrecht in civiele procedures bepaalt art. 165 lid 2 sub b Rv dat van de plicht om te getuigen zich kunnen verschonen:

> 'zij die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd.'[14]

Voor strafrechtelijke procedures geeft artikel 218 Sv de grondslag voor het verschoningsrecht van de arts. Dit artikel luidt:

14 Art. 165 lid 2 sub b Rv, *Stb*. 1988, 8.

> 'Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschoonen zij die uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen alszoodanig is toevertrouwd.'[15]

Ten slotte verklaart artikel 68 lid 5 Wet Big (onder meer) het hierboven geciteerde artikel 218 Sv van toepassing. Wat precies met onder 'toevertrouwde informatie' wordt verstaan, komt aan de orde in par. 4.3. Eerst gaat mijn aandacht uit naar de ratio van het verschoningsrecht.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat de ratio van het verschoningsrecht is gebaseerd op het in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden.[16] De wettelijke verankering van het verschoningsrecht berust dus op het respect voor het algemeen belang van geheimhouding.[17] Verburg wijst er terecht op dat het in belangrijke mate gaat om het aanwijsbaar belang van de maatschappij of gemeenschap zelf dat wordt bepaald door het gegeven dat de diensten die artsen verlenen een exclusief karakter hebben, terwijl aspecten van het menselijk bestaan (medische bijstand) zeer hoog worden geschat.[18]

Geheimhouding van de arts prevaleert aldus boven waarheidsvinding, zij het dat het verschoningsrecht evenals de zwijgplicht niet absoluut is. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt immers dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen, die het doorbreken van het verschoningsrecht rechtvaardigen.[19] Wat onder zeer uitzonderlijke omstandigheden wordt verstaan, wordt zoals reeds vermeld, besproken in par. 5.6 alwaar het doorbreken van het verschoningsrecht centraal staat.

Betekent het gegeven dat het verschoningsrecht gebaseerd is op een algemeen geldend rechtsbeginsel, dat de ratio uitsluitend gelegen is in het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim en niet, zoals de zwijgplicht, ook in het individueel belang van de patiënt? In een zaak waarin de wettelijke

---

15 Art. 218 Sv, *Stb.* 1925, 465. Zie Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 1 (MvT) terzake van aanpassing art. 218 Sv.

16 Zie bijv. HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ* 1986/173, r.o. 3.1; HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, r.o. 2.5.2, *NJB* 2017/1527; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263, r.o. 2.6.3 en HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9162, *NJ* 2002/439, r.o. 3.3.

17 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/68; Fernhout 2004, p. 175; Verburg 1985, p. 26.

18 Verburg 1985, p. 26-27.

19 Zie bijv. HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, r.o. 2.5.5, *NJB* 2017/1527; HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, *NJ* 2011/416; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263; HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *NJ* 2008/630, m.nt. J. Legemaate; HR 2 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB8107, *NJ* 1991/124; HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ* 1986/173.

vertegenwoordigers van de patiënt de arts toestemming hadden gegeven om gegevens te verstrekken aan het OM, overwoog de Hoge Raad het volgende:[20]

> '(…) het belang van het verschoningsrecht [is] gelegen in het algemene maatschappelijke belang dat men zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het aan hem toevertrouwde tot hem als vertrouwenspersoon kan wenden en niet in het individuele belang van degenen die van zijn hulp gebruik maken.'[21]

Uit de slotzin van het hierboven geciteerde zou kunnen worden afgeleid dat het individueel belang van de patiënt, oftewel: het recht op privacy waarvan het zelfbeschikkingsrecht deel uitmaakt, geen enkele rol van betekenis speelt bij de afweging van de arts zich al dan niet te verschonen. Echter, in andere uitspraken overweegt de Hoge Raad dat gegeven toestemming van de patiënt dat een belangrijke uitingsvorm is van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt wel degelijk van betekenis kan zijn in het licht van een eventuele doorbreking van het verschoningsrecht. De Hoge Raad overwoog als volgt in een zaak waarin de patiënt was overleden, terwijl hij in een verpleeghuis naast zijn bed hing in een zogeheten Zweedse fixeer- of onrustband:

> 'Bij de beantwoording van de vraag of (…) de gevraagde gegevens aan de justitiële autoriteiten moeten worden afgegeven, kan van betekenis zijn of de direct betrokkene in verstrekking daarvan heeft toegestemd, nu daarmee ook het belang van diens persoonlijke levenssfeer is gemoeid.'[22]

De lijn dat het individueel belang van geheimhouding van betekenis is in geval van het al dan niet respecteren van het verschoningsrecht, is ook te herkennen in de lagere rechtspraak. In een zaak waarin de vader werd verdacht van het hebben veroorzaakt van ernstig fataal hoofdletsel bij zijn jonge kind, betrok de Rechtbank Overijssel de gegeven toestemming van de ouders, dus ook van de verdachte vader en oordeelde dat het verschoningsrecht moest wijken voor de waarheidsvinding.[23]

In het licht van bovenstaande dient naar mijn mening het woordje 'niet' uit de slotzin van het eerste citaat ('en *niet* in het individuele belang van degenen die van zijn hulp gebruik maken') veeleer gelezen te worden als 'niet in de eerste plaats'. Achter het verschoningsrecht van de arts, ofschoon primair gebaseerd op het algemeen belang dat het medisch beroepsgeheim dient, gaat

---

20 HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, *NJ* 2005/273. Een vergelijkbare casus, waarin ouders eveneens toestemming hadden gegeven gegevens te verstrekken aan het OM, geeft bijv. Rb. Overijssel 7 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3393, *JBP* 2016/75.

21 HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, *NJ* 2005/273, r.o. 5.3.

22 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, *NJ* 2011/416, r.o. 4.3.3.

23 Rb. Overijssel 7 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3393, *JBP* 2016/75, r.o. 5.

dus ook het individueel belang van de patiënt schuil.[24] Privacyaspecten spelen kortom een rol bij de hantering van het verschoningsrecht, maar in hoeverre?

Tjong Tjin Tai merkt op dat uit de geheimhoudingsplicht volgt dat de patiënt kan afdwingen dat de arts gebruik maakt van het verschoningsrecht.[25] Met auteur ben ik het niet eens dat de patiënt de arts kan *dwingen* zich te verschonen. Het is immers de arts die uiteindelijk de afweging maakt tussen het al dan niet inroepen van zijn verschoningsrecht.[26] De arts kan er ondanks toestemming van betrokkenen voor doorbreking ervan, nog steeds voor kiezen zich te verschonen.[27] Anders zou de individuele patiënt kunnen beschikken over het maatschappelijk belang van een ieder op een vrije toegang tot de zorg.[28] Het komt mij voor dat daarom ook het toestemmingsvereiste ontbreekt in de wettelijke regelingen van het verschoningsrecht in tegenstelling tot art. 7:457 lid 1 BW, waarin het toestemmingsvereiste voor het doorbreken van de zwijgplicht immers wel is opgenomen. Art. 7:457 lid 1 BW staat, in tegenstelling tot de bepalingen die het verschoningsrecht van de arts regelen, immers in het licht van het recht op zelfbeschikking van de patiënt.[29] De zwijgplicht ex art. 7:457 lid 1 BW correspondeert met het recht van de *patiënt* op geheimhouding en daarmee samenhangend het recht van de patiënt om over zijn gegevens te beschikken, terwijl het verschoningsrecht toekomt aan de verschoningsgerechtigde oftewel: de *arts*.[30] Toestemming van de patiënt voor het doorbreken van het verschoningsrecht speelt dus een andere, men leze: minder prominente rol dan in geval van doorbreking van de zwijgplicht. Aldus beschouwd dient de zwijgplicht bovenal het individuele belang van de patiënt,

24 Zie ook Mevis, *TvGR* 2015, p. 51-52. Kastelein, *TvGR* 2013, p. 764-773. Zie voorts: Modernisering strafvordering 'Discussiestuk professioneel verschoningsrecht ex art. 218 Sv' waaruit blijkt dat het Ministerie van V&J niet zonder meer van een door de patiënt afdwingbare doorbreking van het verschoningsrecht uitgaat; https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2014/06/06/discussiestukken-1e-congres-modernisering-wetboek-van-strafvordering (laatst geraadpleegd 26 oktober 2018). Zie HR 14 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9943, *NJ* 2013/561, r.o. 10; J. Legemaate, annotatie bij HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, *NJ* 2011/416 (onder 5); J. Legemaate, annotatie bij HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1370; *NJ* 2008/407 (onder 2). Annotator wijst erop geen reden te zien het individueel belang van de patiënt geheel bij het verschoningsrecht buiten beschouwing te laten.

25 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/435; vgl. HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4529, *NJ* 2006/78; HR 22 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1810, *NJ* 1996/55.

26 Duijst & Schalken, *TvGR* 2005, p. 126; Kastelein, *TvGR* 2013, p. 765; Vranken 1986, p. 100: auteur wijst op de spanning met de toegenomen mondigheid van de patiënt.

27 HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263.

28 Zie ook J. Legemaate, annotatie bij HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, *NJ* 2011/416; J. Legemaate, annotatie bij HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263.

29 Zie par. 3.2.1.

30 De patiënt kan een klaagschrift indienen tot teruggave van ingevolge art. 98 lid 5 Sv in beslag genomen stukken. Het oordeel terzake volgt evenwel dat van de beklagprocedure van de verschoningsgerechtigde: zie HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, r.o. 2.6, *NJB* 2017/1527 en Nan, *NJB* 2017, p. 2545-2546.

terwijl het verschoningsrecht bovenal het algemeen belang dient van een vrije toegang tot de zorg.

De vraag rijst of de patiënt door bijvoorbeeld een afschrift te vragen van zijn medisch dossier teneinde dit aan het OM te verstrekken het verschoningsrecht van de arts niet kan omzeilen.

De patiënt heeft recht op een afschrift van het dossier op grond van art. 7:456 BW. Deze regeling is vanzelfsprekend niet bedoeld om een kopie van het dossier aan het OM te verstrekken.[31] Het is bedoeld om de patiënt zélf inzage te geven. De arts zal doorgaans ook niet een afschrift van het héle dossier aan de patiënt verstrekken. Hij dient immers niet meer informatie te verstrekken dan nodig is en bovendien dient hij rekening te houden met de persoonlijke levenssfeer van een ander. Deze mag hij door inzage te geven immers niet schaden (art. 7:457 lid 1 BW juncto art. 7:456 BW).[32] In de parlementaire geschiedenis van art. 7:456 BW is het risico benadrukt dat het medisch beroepsgeheim van de arts wordt omzeild als patiënten zich door instanties onder druk gezet voelen om een kopie van hun dossier aan hun arts te vragen om dit vervolgens aan die instantie af te geven.[33] Het komt mij voor dat – teneinde het voornoemde risico zo klein mogelijk te houden – arts en patiënt eventuele gevolgen bespreken van verstrekking van (een deel van) het medisch dossier aan bijvoorbeeld het OM, alsmede het standpunt van de arts terzake van de hantering van zijn verschoningsrecht. In geval een patiënt zich onder druk gezet voelt, zal zijn toestemming voor doorbreking van het verschoningsrecht zeker geen rol van betekenis mogen spelen: deze is immers niet uit vrije wil gegeven.[34] In lijn met wat onder 3.3.1.5 is betoogd, geldt dat de arts op grond van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW) van verstrekking van het afschrift van het medisch dossier kan afzien als hij meent dat de patiënt de gevolgen van verstrekking niet overziet. Indien de arts wél aan het verzoek tot afschrift van het medisch dossier van de patiënt tegemoetkomt, zal hij zich moeten beperken tot die informatie die nodig is voor het doel van de gegevensverstrekking aan het OM. Indien de patiënt gegevens aan het OM verstrekt, dan rijst de vraag of het OM hier zonder meer kennis van mag nemen of dat toch eerst de arts in de gelegenheid dient te worden gesteld zich uit te laten over het verschoningsrecht met betrekking tot die stukken, zoals in geval van inbeslagneming (art. 98 Sv). Daarover zou – geheel in lijn met art. 98 Sv dat gaat over inbeslagname bij (bijv) de patiënt – de r.-c. kunnen beslissen (zie nader onder 4.4.1).

---

31 KNMG-richtlijn 2018, p. 19.

32 KNMG-richtlijn 2018, p. 31.

33 *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 178. Hierin wordt beschreven dat dit een niet eenvoudig op te lossen probleem is.

34 Zie voor de vraag of het niet enigszins bevoogdend is dat de arts uiteindelijk over gegeven toestemming beslist: par. 5.2.4.

In het licht van bovenstaande kan worden geconcludeerd dat individueel belang en algemeen belang van het medisch beroepsgeheim niet parallel lopen als de patiënt toestemming geeft het zwijgen te doorbreken of zelf gegevens aan bijvoorbeeld het OM verstrekt terwijl de arts zich beroept of zich wenst te beroepen op het verschoningsrecht of andersom, dan komt het individueel belang – in de zin van recht op privacy en meer in het bijzonder op zelfbeschikking van de patiënt – in botsing met het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim. Beide belangen lopen wél parallel indien de arts van zijn recht zich te verschonen gebruik maakt en de patiënt dit ook wenst. Beide belangen van het medisch beroepsgeheim kunnen dus parallel lopen, maar hoeven dit niet, zoals reeds gesteld in par. 2.4.

Terug naar de wettelijke regelingen van het verschoningsrecht (art. 165 lid 2 sub b Rv, art. 218 Sv en art. 68 lid 5 Wet Big). Het valt op dat de wettelijke regelingen van het verschoningsrecht summiere regelingen zijn. Zij geven aanleiding tot interpretatievragen.

4.3 OBJECT VAN HET VERSCHONINGSRECHT[35]

De wettelijke regelingen geven niet precies aan waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt. Zij beperken zich immers tot 'hetgeen waarvan de wetenschap als zodanig is toevertrouwd'.[36] Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat enkel de informatie die de patiënt aan de arts verstrekt onder het verschoningsrecht van de arts valt en dus niet de informatie die de arts geeft of op andere wijze vergaart via bijvoorbeeld onderzoek. Deze opvatting is evenwel onjuist. Vandaar ook dat in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering art. 218 Sv op dit punt wordt gewijzigd: 'toevertrouwde informatie' wordt vervangen door 'de wetenschap over hetgeen rechtstreeks verband houdt met deze specifieke taakuitoefening [van arts]'.[37]

Deze aanpassing is in lijn met de literatuur over de omvang van het verschoningsrecht. Fernhout omschrijft de wetenschap die aan de arts is toevertrouwd als meer omvattend dan dat wat de patiënt de arts is toevertrouwd. Alles wat de arts weet door (al dan niet rechtstreekse) waarneming of ondervinding waarbij ieder zintuig een rol kan spelen, valt onder het verschoningsrecht, aldus Fernhout.[38] Vranken omschrijft het object van het verschoningsrecht als alle vertrouwelijke gegevens, over en weer tussen cliënt

35 Verburg sprak in zijn dissertatie (1975) over object van het verschoningsrecht. Anders: Fernhout 2004, p. 197. Auteur wijst erop dat het object van het verschoningsrecht op zijn best de vraag is die wordt gesteld, niet de inhoud van het potentiële antwoord.

36 Rb. Maastricht 22 september 1926, *NJ* 1927/318. De rechtbank Maastricht oordeelde op heldere wijze dat de wet het verschoningsrecht onbeperkt toekent aan artsen ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap aan hen als zodanig is toevertrouwd.

37 Zie art. 1.6.2.2.2 Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 1, p. 26.

38 Fernhout 2004, p. 207-217.

en beroepsbeoefenaar (en soms met derden) uitgewisseld, hetzij mondeling, hetzij schriftelijk, mits de beroepsbeoefenaar in zijn hoedanigheid is opgetreden en specifieke deskundigheid heeft aangewend ten behoeve van zijn cliënt.[39] Mevis e.a. benadrukken dat geautomatiseerde werken of elektronische gegevensdragers eveneens onder het verschoningsrecht vallen.[40] Vanzelfsprekend geldt ook hier: voor zover de wetenschap hierover rechtstreeks verband houdt met de specifieke taakuitoefening van arts.[41]

In de rechtspraak blijkt eveneens dat het object van het verschoningsrecht zich niet beperkt tot hetgeen door de patiënt is toevertrouwd. De Hoge Raad trekt de grens van het verschoningsrecht immers ruim en benadrukt dat het verschoningsrecht zich niet alleen uitstrekt over informatie die de patiënt aan de arts toevertrouwt, maar ook over informatie die de arts binnen de vertrouwensrelatie aan de patiënt verstrekt en over eventuele waarnemingen die binnen de vertrouwensrelatie hebben plaatsgevonden.[42] Ook de zogenoemde 'neutrale gegevens' zoals identiteitsgegevens vallen in beginsel onder het verschoningsrecht.[43] Deze kunnen immers indirect informatie geven over de gezondheid van de desbetreffende patiënt. Zij zijn dus te beschouwen als gegevens betreffende de gezondheid en vallen deswege onder het verschoningsrecht.[44] Doorslaggevend voor het bepalen waar het object van het verschoningsrecht zijn grens vindt is de informatie die de arts in hoedanigheid van arts, dus in het kader van de medische zorgverlening aan de patiënt heeft verkregen; dit is geheel in lijn met het nieuwe art. 218 Sv. Het verschoningsrecht strekt zich dus niet uit tot bijvoorbeeld stukken waaruit kan worden afgeleid dat de arts in de privésfeer fraude heeft gepleegd.[45]

In het strafrecht geldt dat bepaalde opsporingsbevoegdheden niet jegens verschoningsgerechtigden gelden.[46] Zo mogen op grond van art. 98 Sv bij

---

39 Vranken 1986, p. 87.

40 Mevis, Verbaan & Salverda 2016, p. 30. Zie ook: Kastelein, *TvGR* 2013, p. 766.

41 Vellinga-Schootstra, *RMThemis* 2017, p. 98.

42 Zie bijv. HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42, r.o. 3.3.2; HR 23 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0052, *NJ* 1991/761, r.o. 2.10; HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ* 1986/173, r.o. 3.4.

43 Zie bijv. HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *TvGR* 2009/27, r.o. 2.6.1, m.nt. S.F. Tiems; HR 3 maart 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BG9218, *NJ* 2009/325, r.o. 2.4.4; HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *NJ* 2008/630, r.o. 3.2, m.nt. J. Legemaate; HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, *NJ* 2005/273, r.o. 5.3; CBP 9 mei 2006, z2005-1372, in: Van Dijk e.a. 2009, p. 368-369.

44 Deze opvatting is geheel in lijn met de rechtspraak van het EHRM: zie bijv. EHRM 23 februari 2016, *LJN* 40378/06, EHRC 2016/102 m.nt. A.C. Hendriks (YY. tegen Rusland) en EHRM 17 juli 2008, ECLI:NL:XX:2008:BF0246, par. 35, EHRC 2008/114 (I. tegen Finland). Hierin bepaalde het Hof dat de in een medisch dossier bewaarde gegevens de kern raken van artikel 8 EVRM; zie ook Hendriks 2009, p. 72.

45 Voorbeeld ontleend aan Vellinga-Schootstra, *RMThemis* 2017, p. 104.

46 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, nr. 278, p. 46 waarin is bevestigd dat het verschoningsrecht doorwerkt bij de uitoefening van bevoegdheden tot doorzoeking, inbeslagneming, vastlegging van gegevens en van bijzondere opsporingsbevoegdheden.

een verschoningsgerechtigde geen 'brieven of andere geschriften' in beslag worden genomen waarop het beroepsgeheim rust.[47] Het verbod op inbeslagneming beperkt zich volgens de letter van de wet tot 'brieven en andere geschriften' (art. 98 Sv). Dat zou kunnen betekenen dat andere fysieke, patiëntgebonden gegevensdragers, zoals röntgenfoto's, scans, video-opnames wel in beslag kunnen worden genomen. Hierover ontstaat met enige regelmaat een juridische strijd tussen artsen en het OM. In de rechtspraak tekent zich met betrekking tot hetgeen onder de reikwijdte van art. 98 Sv valt, een duidelijke lijn af.[48] Alle soorten gegevensdragers, door Vellinga-Schootstra fraai aangeduid met 'papieren equivalenten', zoals scans, magneetbanden, (röntgen-) foto's, USB-sticks worden met brieven of geschriften gelijkgesteld.[49]

Voor zover dergelijke gegevensdragers noodzakelijk zijn voor de goede zorgverlening aan de patiënt, maken zij deel uit van het medisch dossier (art. 7: 454 BW).[50] Het dossier omvat dus gegevens die de arts in het kader van de medische zorgverlening aan de patiënt heeft verkregen en valt in het licht van bovenstaande dus onder het verschoningsrecht van de arts. In par. 3.3.1.5 is betoogd dat het medisch dossier een deelverzameling is van de geheimhoudingsplicht van de arts. Deze plicht omvat immers meer. De vraag hoe het verschoningsrecht zich tot de zwijgplicht verhoudt komt aan de orde in de volgende paragraaf. Het medisch dossier is zonder meer te beschouwen als een 'geschrift' in de zin van art. 98 Sv, waardoor het zich niet leent voor inbeslagneming door politie, OM of r.-c. en het valt zonder meer onder het object van het verschoningsrecht omdat het immers gegevens omvat die in het kader van de medische zorgverlening aan de patiënt noodzakelijk zijn.[51]

In de literatuur is de vraag gerezen in hoeverre de aanspraak op, of de inhoud van, het verschoningsrecht mede wordt bepaald door het rechtsgebied waarop het wordt ingeroepen. Verburg merkt terecht op dat de wetgever niet te onderscheiden maatstaven in de verschillende wettelijke regelingen heeft willen neerleggen.[52] Het gaat in alle regelingen immers om de bescherming

47 *Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 108-109 (MvT); zie ook Kastelein, *TvGR* 2013, p. 765; Kastelein 2004, p. 169-174. In het conceptvoorstel tot wijziging van (onder meer) Boek 2 Wetboek van Strafvordering is de bescherming van voorwerpen geregeld: zie art. 2.7.6.2.2.1. Hierin geldt immers als uitgangspunt dat voorwerpen en gegevens waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt niet in beslag mogen worden genomen.

48 Zie bijv. HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, *NJB* 2017/1527; HR 14 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9943, *NJ* 2013/561; HR 25 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3280, *JOL* 2001/495; Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB0281; Rb. Amsterdam 9 augustus 1996, *TvGR* 1997, p. 46.

49 Vellinga-Schootstra, *RMThemis* 2017, p. 100. Zie voor de rechtspraak waarin wordt bepaald welke gegevensdragers onder het verschoningsrecht vallen bijv. HR 3 maart 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BG9218, *NJ* 2009/325; HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, *NJ* 2005/273.

50 Zie bijv. HR 14 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9943, *NJ* 2013/561; Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB0281.

51 Snijders, *WPNR* 2010a; Snijders, *WPNR* 2010b.

52 Verburg 1985, p. 27.

van een bijzondere vertrouwensrelatie die onmisbaar is voor het goed functioneren van onze samenleving.[53] In deze sleutel past dus niet dat het vertrouwen wel bescherming zou verdienen wanneer de strafrechter in geding is, maar weer niet als bijvoorbeeld de tuchtrechter in geding is. Een differentiatie naar rechtsgebied is niet opportuun. Dit zou betekenen dat er sprake is of kan zijn van een te onderscheiden vertrouwensbelang. Het komt mij voor dat een onderscheid naar rechtsgebied bovendien niet in de rede ligt, omdat het verschoningsrecht in alle regelingen immers is gebaseerd op een *algemeen* geldend rechtsbeginsel.

4.3.1 Verhouding met object van de zwijgplicht

De Hoge Raad overweegt in zijn uitspraak van 30 juni 2017 waarin het verschoningsrecht van de arts in geding was dat niet alle informatie ten aanzien waarvan een geheimhoudingsverplichting geldt, ook object is van het verschoningsrecht.[54] Hier valt voor zover het gaat om het medisch beroepsgeheim van de behandelend arts wel wat op af te dingen om de volgende reden. De maatstaf voor het bepalen van wat onder de zwijgplicht valt en wat onder het verschoningsrecht heeft immers een gelijke strekking. Het gaat om de wetenschap die de arts heeft verkregen bij de uitoefening van zijn beroep.[55] De Hoge Raad benadrukt dat het verschoningsrecht geldt voor de wetenschap die de arts heeft verworven in het kader van zijn medische dienstverlening aan de patiënt die als hulpzoekende zich tot hem heeft gewend vanwege zijn hoedanigheid van arts.[56] Zoals in hoofdstuk 3 aan de orde kwam, valt alle informatie van, over of ten behoeve van zijn patiënt die *de arts q.q. ter kennis is gekomen*, onder het medisch beroepsgeheim. Het object van de zwijgplicht van de behandelend arts vormt aldus de basis voor het object van diens verschoningsrecht. Voor zover artsen op grond van art. 7:457 lid 1 BW jegens een 'ander' zouden zwijgen, dienen zij immers ook *in foro* te zwijgen. Dat is de bedoeling van het verschoningsrecht. Het verschoningsrecht ligt dus in het verlengde van de zwijgplicht en niet andersom. Zou de arts immers alleen informatie over de patiënt verstrekken die in het voordeel van de patiënt is en voor het overige zwijgen, dan laadt hij de verdenking op zich dat iets achter wordt gehouden.[57] Er is dan sprake van het zogeheten 'silence significatif'.[58]

---

53 Verburg 1985, p. 27-28.

54 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205: r.o. 2.5.2, *NJB* 2017/1527.

55 Steun voor deze gedachte geeft: Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 1 (MvT), p. 131-132.

56 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205: r.o. 2.5.2, *NJB* 2017/1527.

57 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/435; Fernhout 2004, p. 192.

58 Van Veen 2004, p. 31. De Franse term 'silence significatif' is terug te vinden in de Franse literatuur waar dichters, zoals Mallarmé, witregels of een witte pagina tussen verzen lieten, die het bewuste zwijgen diende te visualiseren.

Zou de arts informatie over de patiënt verstrekken die in het nadeel van de patiënt is, dan schendt hij zijn zwijgplicht waaronder immers álle informatie valt die de arts q.q. heeft verkregen. De conclusie in het licht van bovenstaande kan niet anders luiden dan dat er geen verschil is tussen het object van het verschoningsrecht en dat van de zwijgplicht van de arts voor zover het de medische dienstverlening aan de patiënt betreft.

4.4 SUBJECT VAN HET VERSCHONINGSRECHT

Volgens de wettelijke regelingen kunnen zij zich verschonen die 'uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot geheimhouding verplicht zijn'.[59] De huidige regelingen geven dus geen opsomming van categorieën personen die een beroep kunnen doen op het verschoningsrecht. Ook is opengelaten in het kader van welke werkzaamheden zij zich op het verschoningsrecht kunnen beroepen. Anders is dit in Duitsland. Daar bepaalt de wet aan wie het verschoningsrecht toekomt.[60] In Nederland daarentegen wordt dus gewerkt met een open norm. De invulling van de open norm is aan de rechtspraak overgelaten. Uit de parlementaire geschiedenis van het verschoningsrecht blijkt dat de gehanteerde open norm de behoefte weerspiegelt van de praktijk en dat bovendien verandering van die open norm verschillende moeilijkheden in het leven kan roepen.[61] Een nadeel van een limitatieve opsomming is, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, dat maatschappelijke wijzigingen slechts moeizaam en na verloop van tijd te verwezenlijken zijn, omdat de wet immers steeds dient te worden aangepast.[62] Daar tegenover staat dat het op voorhand niet vaststaat aan wie het verschoningsrecht toekomt. Zo bleek in het vertrouwensarts-arrest dat het niet zonder meer een gegeven is dat de vertrouwensarts een verschoningsrecht toekomt, ook al is hij arts. Dit hangt samen met het gegeven dat hij naast hun verschoningsgerechtigde werkzaamheden, ook andere werkzaamheden uitvoert. De vertrouwensarts verricht zowel medische handelingen als dat hij hulpverlening aan bijvoorbeeld een mishandeld kind coördineert zónder verder medische handelingen te verrichten.[63] In de praktijk ontstaan hierdoor discussies en juridische proce-

59 Zie voor de interpretatie van deze zinsnede: Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 1 (MvT), p. 131.

60 § 53 StPo, (1) sub 3: 'Rechtsanwälte und sonstige Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, Ärzte, Zahnärzte, Psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Apotheker und Hebammen über das, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekannt geworden ist.'

61 *Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 109 (MvT). Zie: Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 1 (MvT), p. 130.

62 *Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 109 (MvT).

63 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 19 (MvT).

dures over de reikwijdte van het verschoningsrecht, zoals hieronder zal blijken.[64]

De Nederlandse rechtsleer maakt onderscheid tussen personen met een zelfstandig verschoningsrecht en personen met een afgeleid verschoningsrecht.[65] De volgende paragrafen gaan hier nader op in, waarbij ook de in de inleiding genoemde vragen aan de orde zullen komen: hoe is de verhouding tussen principaal verschoningsgerechtigde en afgeleid verschoningsgerechtigde? Hoe verhoudt het verschoningsrecht van de arts zich tot gegevens die de patiënt onder zich heeft; kan het OM deze in beslag nemen?

4.4.1 Personen met een zelfstandig verschoningsrecht

Reeds in 1913 bepaalde de Hoge Raad in het zogeheten Liefdehuis-arrest dat het verschoningsrecht van de arts voortvloeit uit de 'eigenaardige eischen van het beroep'.[66] In dit arrest ging het om de beoordeling van het beroep van een arts op zijn verschoningsrecht. De arts, werkzaam in de zorginstelling, het Liefdehuis geheten, werd verdacht van het hebben verricht van een abortus provocatus. Het OM startte een strafrechtelijk onderzoek. De arts beriep zich op zijn verschoningsrecht. De Hoge Raad honoreerde in dit arrest het beroep van de arts op het verschoningsrecht met de overweging dat een ieder zich zonder vrees voor openbaarheid van zijn gegevens tot een arts moet kunnen wenden en dat het verschoningsrecht voortvloeit uit de 'eigenaardige eischen' van het beroep.[67]

In de loop der tijd zijn deze 'eischen' nader ingekleurd door de jurisprudentie en samengevat in de rechtsliteratuur.[68] Deze luiden als volgt: (i) de beroepsbeoefenaar moet specifieke kennis hebben; (ii) er moet sprake zijn van toelatingseisen in de zin van een opleiding of ervaring. (iii) Het werk moet van belang zijn in de samenleving.[69] De (iv) desbetreffende beroepsbeoefenaar moet onderworpen zijn aan regels; hierbij kan het gaan om wettelijke regels (zoals gegevens ingevolge de Wet Big voor bepaalde vrije medische beroepen), maar ook om zelfregulering van de beroepsgroep.[70] De (v) uitoefening van

64 De Jong 2004, p. 84-88; Fernhout 2004, p. 204.

65 Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 40; Fernhout 2004, p. 185-190.

66 HR 21 april 1913, *NJ* 1913, 958. Zie voor een uitvoerige beschrijving van dit arrest: Engberts, *TvGR* 2013, p. 720-728. Engberts wijst erop dat het begrip 'eigenaardig' wordt gelezen als 'de eigen aard betreffende' (Engberts 2000, p. 99).

67 HR 21 april 1913, *NJ* 1913, p. 961.

68 Leenen e.a. 2017, p. 152; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/434; Bannier e.a. 2008, p. 11. Voorgesteld wordt om deze eisen te codificeren in wetboek van Strafvordering; zie Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 1 (MvT), p. 130-131.

69 Fernhout 2004, p. 190.

70 Zie bijv. HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, r.o. 2.5.2, *NJB* 2017/1527; Rb. 's-Gravenhage 30 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BP0708, *NJFS* 2011/50; Bannier e.a. 2008, p. 11.

het beroep wordt beschouwd als een algemeen belang van hogere orde en de beroepsbeoefenaar heeft een deskundigheid waarop de cliënt/patiënt is aangewezen.[71] (vi) Het beroep functioneert op basis van vertrouwelijke informatie; het onbelemmerd uitoefenen van het beroep is onlosmakelijk verbonden met de bescherming van het vertrouwen.[72] De behandelend arts voldoet aan al deze eisen. Andere voorbeelden van zelfstandig verschoningsgerechtigden in de medische context zijn: de apotheker,[73] de verloskundige, de verpleegkundige,[74] en de patiënten-vertrouwenspersoon.[75] Uit de hiervoor genoemde jurisprudentiële eisen voor toekenning van het verschoningsrecht valt dus af te leiden dat, ofschoon velen een beroep uitoefenen dat tot geheimhouding verplicht, een geringer aantal van hen het verschoningsrecht toekomt. Voorts valt op dat de kring van verschoningsgerechtigden niet alleen kleiner is dan die van zwijgplichtigen, maar ook dat het aan de rechter is te bepalen of de desbetreffende persoon die zich op het verschoningsrecht beroept ook daadwerkelijk een beroep op het verschoningsrecht toekomt.

Fernhout wijst erop dat in de toetsing of aan een beroepsbeoefenaar het verschoningsrecht toekomt een tegenstrijdigheid zit. De beroepsbeoefenaar die van oordeel is dat hij zich dient te verschonen, zal dit oordeel immers baseren op het feit dat hij van mening is dat iets geheim dient te blijven. Om te achterhalen of het oordeel juist is, zal het geheim moeten worden geopenbaard, aldus Fernhout.[76] In de literatuur is reeds enige tijd geleden voorgesteld om – naar Frans voorbeeld[77] – tussen verhorende rechter en verschoningsgerechtigde een toetsende instantie te schuiven die ook geheimhoudingsplichtig en verschoningsgerechtigd is en daarom kennis kan nemen van het geheim.[78] In het kader van de modernisering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering adviseert de expertgroep o.l.v. Hammerstein dat de wet dient te voorzien in de mogelijkheid van een beperkte kennisneming van gegevens

71 Bannier e.a 2008, p. 11; Duijst 2007, p. 33; Fernhout 2004, p. 230; Vranken 1986, p. 87; Verburg 1975, p. 87; zie ook Spronken 2001, p. 387.

72 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *TvGR* 2000/72, m.nt. J.C.J. Dute; HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ* 2010/471; zie ook Duijst 2007, p. 32-33.

73 HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, *NJ* 2008/407, m.nt. J. Legemaate.

74 HR 23 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0052, *NJ* 1991/761; Rb. 's-Gravenhage 19 november 1991, ECLI:NL:RBSGR:1991:AD1524, *NJ* 1993/252. In specifieke omstandigheden is aan twee maatschappelijk werkende van de RIAGG een verschoningsrecht toegekend, hoewel dit volgens de rechter-commissaris niet in het algemeen geldt. In appèl is dit laatste bevestigd; Rb. Haarlem 21 mei 1987, ECLI:NL:RBHAA:1987:AC9845, *NJ* 1988/624.

75 Rb. 's-Gravenhage 19 november 1991, ECLI:NL:RBSGR:1991:AD1524, *NJ* 1993/252.

76 Fernhout 2004, p. 179-180; zie ook Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 39-40.

77 Bedoeld wordt een parallel te trekken met de advocatuur: de Franse deken van de plaatselijke orde werd geïnformeerd en gaf ter zitting zijn mening over het beroep op het verschoningsrecht. Zie ook: Spronken & Fernhout, 'Bij een beroep op het professionele verschoningsrecht te hanteren maatstaf', art. 218 Sv aant. 12, in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 1 februari 2004).

78 Langemeijer 1975, p. 501; Langemeijer, *NJB* 1980, p. 516; Vranken 1986, p. 124-125 zoals aangehaald in Fernhout 2004, p. 195.

die onder het verschoningsrecht van de arts vallen door de rechter en eventueel door een deskundige die door de rechter is benoemd en aan wie de plicht tot geheimhouding is opgelegd.[79] Deze rechter – niet zijnde de rechter in de hoofdzaak – beoordeelt in de preprocessuele fase aan de hand van de als vertrouwelijk bestempelde bescheiden of er sprake is van gewichtige redenen om verstrekking van deze stukken of inzage daarin te weigeren. 'Gewichtig' betekent volgens de expertgroep dat het moet gaan om een zwaarwegend belang zoals privacy of veiligheid.[80] Dit betekent dat het beroep van de arts op zijn verschoningsrecht wordt getoetst en dat dus het vertrouwen in het oordeel van de arts niet langer een vanzelfsprekend gegeven is, zelfs niet in de preprocessuele fase.

In het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering valt op dat de r.-c. bij inbeslagneming van 'brieven en geschriften' een bepalende rol heeft (art. 98 lid 2 Sv).[81] Indien de arts namelijk bezwaar maakt tegen een dergelijke inbeslagneming op grond van zijn verschoningsrecht, dan bepaalt de r.-c. over de aannemelijkheid van het beroep van de arts op zijn verschoningsrecht. Met Vellinga-Schootstra ben ik het eens dat de r.-c. alvorens terzake te beslissen eerst de arts heeft gehoord en in geval van verschil van inzicht ook een vertegenwoordiger van de KNMG. Dit sluit aan bij de rechtspraak van het EHRM over doorzoeking bij verschoningsgerechtigden waarin immers veel gewicht wordt toegekend aan aanwezigheid van een waarnemer uit de beroepsgroep.[82]

In het licht van bovenstaande kan niet worden volgehouden dat het uitgangspunt geldt dat het standpunt van de arts terzake van wat er onder zijn verschoningsrecht valt zonder meer wordt gerespecteerd.

4.4.1.1 Verhouding met zelfstandige zwijgplicht

De vraag rijst wat de precieze verhouding is tussen de zelfstandige zwijgplicht en het verschoningsrecht. Kan van het zelfstandig verschoningsrecht alleen sprake zijn als er ook sprake is van het bestaan van een zelfstandige zwijgplicht? Het antwoord luidt bevestigend. De Hoge Raad overwoog in zijn arrest

79 Advies expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, nr. 384, p. 79.

80 Advies expertgroep modernisering burgerlijk bewijsrecht, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, nr. 384, p. 81.

81 Er is ruimte voor discussie waarover de r.-c. precies beslist. Zie hierover uitgebreid: Vellinga-Schootstra, *RMThemis* 2017, p. 111-113.

82 Zie bijv. EHRM 3 juli 2012, nr. 30457/06 (Robathin tegen Oostenrijk) en EHRM 20 oktober 2015, nr. 5201/11, EHRC 2016/53 (Sher e.a. tegen Verenigd Koninkrijk) ontleend aan Vellinga-Schootstra, *RMThemis* 2017, p. 105. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, nr. 2. Dit betreft het conceptvoorstel bronbescherming van journalisten in strafzaken waarin is voorgesteld een nieuw zesde lid aan art. 98 Sv toe te voegen dat bepaalt dat de r.-c. zich kan laten voorlichten door een vertegenwoordiger van de beroepsgroep waartoe verschoningsgerechtigde behoort.

in 1984 reeds dat het bestaan van een zelfstandige geheimhoudingsplicht immers een voorwaarde is voor het bestaan van het zelfstandig verschoningsrecht.[83] Hieruit valt af te leiden dat het hebben van een zwijgplicht weliswaar een vereiste is voor de toekenning van het verschoningsrecht, maar niet dat het per definitie moet gaan om een *wettelijke* zwijgplicht.[84] Deze gedachte wordt bevestigd in het zogeheten Vertrouwensarts-arrest.[85] Het ging in deze zaak om een vertrouwensarts werkzaam bij Bureau Vertrouwensartsen (de voorloper van het Advies- en Meldpunt Kindermishandeling) die zich op het verschoningsrecht beriep ten aanzien van twee kinderen over wie de vertrouwensarts een melding inzake kindermishandeling had gekregen van niet-professionele melders. De twee kinderen die stelden dat zij in het geheel geen slachtoffer waren van kindermishandeling wilden van de vertrouwensarts weten welke informatie was ontvangen en wat daarmee was gedaan.

De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat de vertrouwensarts niet gebonden is aan het medisch beroepsgeheim van art. 88 Wet Big en zich evenmin kan beroepen op het daarop te baseren verschoningsrecht.[86] Voorts overwoog de Hoge Raad dat het Hof terecht het uitgangspunt heeft genomen dat de vertrouwensarts slechts in zoverre een (niet wettelijke) geheimhoudingsplicht en een daarop te baseren verschoningsrecht kan worden toegekend als nodig is om de anonimiteit van niet-professionele melders te waarborgen. Oftewel: ook een niet wettelijk gefundeerde plicht tot geheimhouding kan volgens de Hoge Raad de basis vormen voor het bestaan van het verschoningsrecht. Analyse van dit arrest wijst uit dat er sprake is van een aantal stappen op grond waarvan tot toekenning van een (niet wettelijk) verschoningsrecht kan worden gekomen:

Vaststellen van mogelijke wettelijke basis van het verschoningsrecht
- De eisen die gelden voor het beroep van behandelend arts hebben tot gevolg dat (i) deze tot geheimhouding is verplicht en (ii) de wet daaraan het verschoningsrecht toekent.[87]
- De geheimhoudingplicht is geregeld in art. 88 Wet Big.[88]

Vaststellen of art. 88 Wet Big van toepassing is
- In het verlengde van deze wettelijke zwijgplicht (art. 88 Wet Big) ligt het verschoningsrecht.[89]

83 HR 13 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4795, *NJ* 1986/822, r.o. 3.5.
84 Brants e.a. 2006, p. 13.
85 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42.
86 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42, r.o. 3.3.2 en r.o. 3.4.
87 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42, r.o. 3.3.2.
88 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42, r.o. 3.3.2 en r.o. 3.4.
89 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42, r.o. 3.3.2.

- Beslissend is derhalve, volgens de Hoge Raad, of de vertrouwensarts een beroep uitoefent waarop art. 88 Wet Big van toepassing is.[90]
- Ingevolge art. 1 Wet Big is de rechtstreekse relatie kenmerkend voor beroepen op het gebied van de individuele gezondheidszorg tussen de beroepsbeoefenaar en een persoon, welke relatie ten doel moet hebben: zo al niet om deze persoon van een ziekte te genezen, hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden, zijn gezondheidstoestand te beoordelen dan wel verloskundige bijstand te verlenen, dan toch tenminste zijn gezondheid te bevorderen of te bewaken.[91]
- Van een dergelijke rechtstreekse relatie is evenwel geen sprake tussen vertrouwensarts en de niet professionele melder. Hierdoor kan dus aan art. 88 Wet Big geen verschoningsrecht worden ontleend.[92]

Vaststellen of er een andere basis is dan een wettelijke voor het toekennen van een zelfstandige zwijgplicht

- Bij stilzwijgen van de wet, dient te worden nagegaan of de arts niet toch op andere wijze een beroepsgeheim toekomt. Dit antwoord hangt af van de volgende criteria: (i) met het effectief kunnen uitoefenen van het desbetreffende beroep zijn zwaarwegende maatschappelijke belangen gemoeid; (ii) de gerede mogelijkheid bestaat dat zonder het aanvaarden van de desbetreffende geheimhoudingsplicht en het daarop gebaseerde verschoningsrecht deze laatste belangen aanmerkelijk zouden kunnen worden geschaad en (iii) voor wat dit laatste betreft moeten de belangen wijken die gemoeid zijn met de waarheidsvinding in rechte.[93]

Conclusie

- Toepassing van deze maatstaf leidt tot de conclusie dat de vertrouwensarts slechts in zoverre een geheimhoudingsplicht en een daarop te baseren verschoningsrecht kan worden toegekend als nodig is om de anonimiteit van niet-professionele melders te waarborgen.[94]

Juridisch Nederland en vertrouwensartsen reageerden op zijn zachtst gezegd ontstemd op deze uitspraak van de Hoge Raad.[95] Discussie ontstond over de juistheid van het onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen bepaalde categorieën artsen met betrekking tot de toepasselijkheid van het beroeps-

90 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42, r.o. 3.3.3.
91 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42, r.o. 3.3.3.
92 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42, r.o. 3.3.3. Hierbij laat de Hoge Raad in het midden of zulks in uitzonderlijke gevallen anders kan zijn.
93 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42, r.o. 3.4.
94 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42, r.o. 3.4.
95 De Jong 2004, p. 84-88; Pollmann, *TvGR* 2004, p. 523-525; J.C.J. Dute, annotatie bij HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *TvGR* 2000/72; F.C.B. van Wijnen, annotatie bij HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42.

geheim.[96] Leenen c.s. stellen dat omwille van de duidelijkheid voor patiënten van wie niet verwacht kan worden dat zij een onderscheid maken tussen categorieën artsen, een brede interpretatie van de reikwijdte van het beroepsgeheim aangewezen is.[97] Ook anderen, zoals Van Wijmen en Dute, zijn van mening dat de vertrouwensarts juist wél het verschoningsrecht toekomt omwille van het beschermen van het vertrouwen van de niet professionele melders in geheimhouding.[98] Doppegieter en De Kanter voegen hieraan toe dat het bekendmaken van de aard van de melding ook tot bekendmaking van de identiteit van de melder kan leiden.[99] Dat zou dus betekenen dat toekenning van het beperkt verschoningsrecht i.c. illusoir is.

Het komt mij voor dat het arrest stapsgewijs helder weergeeft wanneer de (vertrouwens)arts een beroep op een zelfstandig verschoningsrecht toekomt. De Hoge Raad houdt de vaste lijn in de jurisprudentie aan, door de aanwezigheid van een zelfstandige zwijgplicht als voorwaarde te stellen voor het bestaan van het verschoningsrecht. Daarbij verheldert de Hoge Raad nadrukkelijk welke drie aanvullende criteria er gelden als er geen sprake is van een wettelijke zwijgplicht (genoemd hierboven onder i, ii, iii). Hieruit valt in ieder geval af te leiden dat het bestaan van een zelfstandige zwijgplicht – wettelijk of niet – een condicio sine qua non is voor het bestaan van het verschoningsrecht.

Waar de kritiek in de kern om scharniert, is de vraag of de vertrouwensarts handelingen verricht op het gebied van de gezondheidszorg die rechtstreeks betrekking hebben op de patiënt. Ofschoon ik het met De Jong eens ben dat de vertrouwensarts geacht wordt iets met de gemelde informatie te doen, is dat niet bepalend voor het antwoord op de vraag of de arts handelingen verricht op het gebied van de individuele gezondheidszorg.[100] Daarvoor is immers, zo bleek in par. 3.2.2, rechtstreekse betrokkenheid nodig, terwijl rechtstreeks contact niet is vereist.[101]

Duijst benadrukt dat de stelling van de Hoge Raad onjuist is dat er voor toepassing van de Wet Big sprake moet zijn van een *rechtstreekse relatie* tussen de beroepsbeoefenaar en een persoon. Volgens haar wordt nergens in de Wet Big deze voorwaarde gesteld. Deze mening deel ik niet aangezien art. 1 Wet Big bepaalt dat handelingen op het gebied van de gezondheidszorg *rechtstreeks betrekking* moeten hebben op een persoon.[102] Er valt weinig licht tussen de

96 De Jong 2004, p. 84-88.
97 Leenen e.a. 2017, p. 151.
98 F.C.B. Van Wijmen, annotatie bij HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42; J.C.J. Dute, annotatie bij HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *TvGR* 2000/72; zie ook Duijst 2007, p. 58; Pollmann, *TvGR* 2004, p. 523-524; De Jong 2004, p. 86.
99 Doppegieter & de Kanter-Loven, *MC* 2000, p. 105.
100 De Jong 2004, p. 86; Anders Pollmann, *TvGR* 2004, p. 523-524.
101 *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 3, p. 85. Het handelen van keurings- en verzekeringsartsen artsen valt ook onder art. 1 Wet Big: *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 3, p. 145; zie ook Buijsen c.s. 2012, p. 36. Zie bijv. CTG 11 mei 2006, *TvGR* 2006/28, r.o. 4.4.
102 Duijst 2007, p. 55, en p. 58.

woorden uit art. 1 Wet Big ('rechtstreeks betrekking op een persoon') en de woorden van de Hoge Raad ('rechtstreekse relatie') aangezien de Hoge Raad deze woorden immers gebruikt in samenhang met de woorden dat het moet gaan om de persoon 'wiens gezondheid moet worden bevorderd of bewaakt', zoals bedoeld in art. 1 Wet Big. Wel ben ik het met Duijst eens dat de overweging van de Hoge Raad onjuist is dat er een rechtstreekse relatie in de zin van de Wet Big zou ontstaan tussen de niet professionele melder en de vertrouwensarts van het AMK. Zoals Duijst terecht opmerkt, geldt dat de melding aan de vertrouwensarts een aanleiding is voor het handelen van de vertrouwensarts, en dat dit handelen rechtstreeks betrekking heeft op het kind.[103] Het gaat dus niet om de rechtstreekse relatie tussen vertrouwensarts en melder, maar om die tussen vertrouwensarts en kind. In die relatie kan het zo zijn dat de arts handelingen verricht die ook door een andere medewerker van Veilig Thuis kunnen worden verricht. Dan is er geen sprake van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg. Anders is dit als hij een kind medisch onderzoekt of behandelt of medisch-diagnostische gegevens beoordeelt.[104] Hieruit valt af te leiden dat de vertrouwensarts dus wel degelijk medische handelingen kan verrichten die rechtstreeks betrekking hebben op de patiënt. Daarom is het goed verdedigbaar – en dat ben ik met (onder meer) Leenen c.s. eens – dat de vertrouwensarts een zelfstandige zwijgplicht kan worden toegekend, alsmede het verschoningsrecht dat immers daarop is gebaseerd. Het verdient aanbeveling in interne regelgeving van de beroepsgroep vertrouwensartsen duidelijk de grenzen van het verschoningsrecht te markeren zodat richting wordt gegeven bij de beantwoording van de vraag welke werkzaamheden onder het verschoningsrecht vallen en welke niet.

4.4.2 Personen met een afgeleid verschoningsrecht

Zoals in par. 3.4.2 aan de orde kwam, worden artsen bij de uitoefening van hun beroep ondersteund door diverse personen. Het verschoningsrecht zou zijn maatschappelijke functie niet kunnen vervullen indien deze personen die immers kennis krijgen van zaken die de behandelend arts geheim dient te houden (art. 88 Wet Big, art. 7:457 lid 1 BW) verplicht zouden kunnen worden in rechte te getuigen.

De Hoge Raad heeft zich voor het eerst uitgesproken over het bestaan van het van de arts afgeleide verschoningsrecht in 1927. In deze zaak had de behandelend arts informatie moeten verstrekken aan de geneesheer-directeur

103 Duijst 2007, p. 58; Duijst, *FJR* 2005, p. 274.

104 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 19 (MvT). Zie par. 7.2.1. Brief: Coebergh & Koning, *Reactie VVAK en KAMG op het Uitvoeringsbesluit Jeugdwet en de Nota van Toelichting*, 16 december 2013; zie ook VVAK-dossier: 'Beroepsprofiel', *VVAK*, https://www.vertrouwensartsen.nl/beroepsprofiel (laatst geraadpleegd 29 januari 2018).

van een ziekenhuis om de patiënt aldaar te kunnen laten opnemen. Toen vervolgens de geneesheer-directeur in een strafrechtelijk onderzoek informatie werd gevraagd, overwoog de Hoge Raad dat hij zich op een van de arts afgeleid verschoningsrecht kon beroepen:

> 'daar immers anders het den behandelenden geneesheer toekomende verschooningsrecht volkomen illusoir zou kunnen worden gemaakt.'[105]

Uit de rechtspraak over het afgeleide verschoningsrecht blijkt dat de afgeleid verschoningsgerechtigde de informatie direct of indirect van de arts q.q. moet zijn verkregen.[106] Niet vereist voor het bestaan van een afgeleid verschoningsrecht is dat er sprake is van een dienstverband of iets dat daarmee gelijk moet worden gesteld.[107] Ook zij die toevallig iets opvangen, zoals de portier of schoonmaakster, hebben een van de arts afgeleid verschoningsrecht. Afgeleid verschoningsgerechtigd is bijvoorbeeld ook de IGZ. Voldoende voor het toekennen van het afgeleide verschoningsrecht is dat de betrokken informatie onder het verschoningsrecht van de arts valt.[108]

Het is in de praktijk gebruikelijk dat de verschoningsgerechtigde door degene met een afgeleid verschoningsrecht wordt gevolgd in zijn beslissing over het gebruik maken van het verschoningsrecht.[109] Degene die informatie onder zich heeft, is niet zelf verschoningsgerechtigd anders zou er immers sprake zijn van een *gedeeld* verschoningsrecht (zie onder 4.2.2). De afgeleid verschoningsgerechtigde hoeft dus zelf geen zwijgplicht te hebben.[110]

Volgens vaste rechtspraak is de afgeleid verschoningsgerechtigde niet verplicht als hij bezwaar maakt tegen inbeslagneming (art. 552a Sv) om éérst de principaal verschoningsgerechtigde te raadplegen over het bevel tot uitlevering. Daaraan moet hij immers voldoen.[111] Echter, over de hantering van het verschoningsrecht beslist in beginsel de zelfstandig verschoningsgerechtig-

105 HR 30 november 1927, *NJ* 1928/265.

106 Zie bijv. HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263; HR 3 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9218, *NJ* 2009/325; Rb. Middelburg 23 juni 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK8470.

107 Zie in gelijke zin: Modernisering strafvordering 'Discussiestuk professioneel verschoningsrecht ex art. 218 Sv', p.17; https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2014/06/06/discussiestukken-1e-congres-modernisering-wetboek-van-strafvordering (laatst geraadpleegd 26 oktober 2018).

108 Zie bijv. HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4402, *NJ* 2002/440; HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9693, *NJ* 1994/552.

109 Zie bijv. HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9693, *NJ* 1994/552, r.o. 4.7; herhaald in HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9162, *NJ* 2002/439.

110 Zie bijv. HR 6 december 1955, *NJ* 1956/52.

111 Al dan niet in gesloten enveloppe, ook wel kluisprocedure genoemd. Zie: Vellinga-Schootstra, *RMThemis* 2017, p. 111.

de.[112] Dit blijkt eens te meer uit art. 98 lid 1 Sv. Daarin is bepaald dat in geval van een inbeslagneming bij een afgeleid verschoningsgerechtigde de r.-c. de arts als zelfstandig, principaal verschoningsgerechtigde in staat dient te stellen zich over zijn verschoningsrecht terzake uit te laten.[113] De afgeleid verschoningsgerechtigde beslist dus niet over het verschoningsrecht.

Dit is niet anders wanneer er sprake is van inbeslagneming bij de patiënt. Indien daarbij stukken worden aangetroffen die vermoedelijk onder het verschoningsrecht van de arts vallen, dient de r.-c. de arts in staat te stellen zich hierover uit te laten.[114] De patiënt dient de stukken weliswaar af te staan, maar deze inzien mag het OM (nog) niet. Indien de r.-c. van mening is dat er sprake is van gegevens die onder het verschoningsrecht van de arts vallen, maar dat er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden, dan informeert de r.-c. de arts, zodat deze zich ex. art. 552a Sv kan beklagen (art. 98 lid 3 Sv).

In geval de arts zich beklaagt over inbeslagname van bijvoorbeeld het medisch dossier van de patiënt, beslist de rechter vervolgens of er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die een doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigen.

Opgemerkt zij hier dat het uiteraard mogelijk is dat bij beslag onder de afgeleid verschoningsgerechtigde of de patiënt, zij in een klaagschriftprocedure ex art. 552a Sv kunnen aanvoeren dat de arts zich terzake op zijn verschoningsrecht kan beroepen.[115]

In dit licht is voorgesteld om niet langer van een afgeleid verschoningsrecht te spreken maar van een 'voortdurend' verschoningsrecht: het verschoningsrecht blijft rusten op de geheimhoudersinformatie, ongeacht waar deze zich bevindt.[116] Dit zou betekenen dat de afgeleid verschoningsgerechtigden altijd moeten zwijgen ook als de zelfstandig verschoningsgerechtigde het verschoningsrecht aanwendt vanuit verkeerde motieven of – zoals Spronken benadrukt – indien de arts een deel of geheel van zijn werkzaamheden aan een

112 Zie bijv. HR 12 februari 2002, *NJ* 2002/440, m.nt. Y. Buruma, r.o. 3.4. 'In beginsel' wordt in de rechtspraak niet nader uitgewerkt. Gedacht kan worden aan de situatie waarin de arts een deel van zijn werkzaamheden aan een ander overlaat. Spronken (Melai, art. 218 Sv, aant. 14) wijst erop dat de verhouding in rechte slechts relevant is indien blijkt dat de geheimhouder zelf vindt dat van het verschoningsrecht moet worden afgezien. Ontleend aan Modernisering strafvordering 'Discussiestuk professioneel verschoningsrecht ex art. 218 Sv', p. 17; https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2014/06/06/discussiestukken-1e-congres-modernisering-wetboek-van-strafvordering (laatst geraadpleegd 26 oktober 2018).

113 HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, r.o. 2.6, *NJB* 2017/1527.

114 Vellinga-Schootstra, *RMThemis* 2017, p. 111.

115 Vellinga-Schootstra, *RMThemis* 2017, p. 112; de r.-c. stelt vervolgens de arts in staat zich uit te laten over zijn verschoningsrecht en moet het klaagschrift van beslagenen gegrond worden verklaard.

116 Modernisering strafvordering 'Discussiestuk professioneel verschoningsrecht ex art. 218 Sv', p. 17; https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2014/06/06/discussiestukken-1e-congres-modernisering-wetboek-van-strafvordering (laatst geraadpleegd 26 oktober 2018).

ander overlaat en dus onvoldoende informatie heeft om over het verschoningsrecht te kunnen beschikken. De duiding van 'voortdurend verschoningsrecht' heeft in dit licht niet zonder meer toegevoegde waarde. Het komt mij voor dat voor de hantering van het verschoningsrecht het vooral gaat om interne verhoudingen tussen principaal verschoningsgerechtigde en afgeleid verschoningsgerechtigde en afspraken over de hantering ervan. Duijst benadrukt dat het wenselijk is om voor secretaresses of assistenten van de arts afspraken te maken in een arbeidsovereenkomst over de wijze waarop met het afgeleid verschoningsrecht moet worden omgegaan.[117] Het komt mij voor dat de werkgever wel voor de duidelijkheid kan vastleggen dat er een geheimhoudingsverplichting geldt, maar niet met het doel anders geen afgeleid verschoningsrecht te hebben. Daar gaat de werkgever immers niet over, maar de rechter.[118]

4.4.2.1 Verhouding met afgeleide zwijgplicht

Het bestaan van een afgeleide zwijgplicht is geen vereiste voor het bestaan van een afgeleid verschoningsrecht. Hiervoor is immers het verschoningsrecht van degene die zich als principaal stelt, bepalend.[119]

4.4.3 Gedeeld verschoningsrecht

Er is sprake van een gedeeld verschoningsrecht indien de desbetreffende verschoningsgerechtigden zelfstandig kunnen beslissen over de hantering van het verschoningsrecht. Dit is anders in geval er sprake is van een afgeleid verschoningsrecht. In dat geval beslist immers niet de afgeleid verschoningsgerechtigde maar de zelfstandig verschoningsgerechtigde, zoals besproken onder 4.4.1.[120] Uit de *KNMG Handreiking Verantwoordelijkheidsverdeling bij samenwerking in de zorg* volgt dat, indien meerdere artsen bij de behandeling van een patiënt betrokken zijn, er afspraken dienen te worden gemaakt om ervoor te zorgen dat de patiënt (onder meer) zijn recht op geheimhouding kan uitoefenen.[121] Het komt mij voor dat de patiënt zijn recht op geheimhouding effectief kan uitoefenen indien alle artsen zich als principaal stellen. Zij hebben immers allen een zelfstandig verschoningsrecht.

---

117 Duijst 2007, p. 60; zie ook: Bannier e.a. 2008, p. 7.
118 Zie bijv. Hof Amsterdam 25 november 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AN9012, *V-N* 2004/2.4.
119 HR 30 november 1927, *NJ* 1928/265.
120 Modernisering strafvordering 'Discussiestuk professioneel verschoningsrecht ex art. 218 Sv', p. 17; https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2014/06/06/discussiestukken-1e-congres-modernisering-wetboek-van-strafvordering (laatst geraadpleegd 26 oktober 2018).
121 KNMG-handreiking 2010, p. 13.

4.5 VERSCHONINGSRECHT NA OVERLIJDEN

Het verschoningsrecht blijft bestaan na overlijden van de patiënt.[122] Sommigen betwijfelen of het algemeen belang van het verschoningsrecht zwaarder dient te wegen als de patiënt is overleden dan het belang van de waarheidsvinding. Dit geldt volgens hen eens te meer als het gaat om schrijnende zaken zoals kindermishandeling met fatale afloop of seksueel misbruik van een minderjarige patiënt in een psychiatrische instelling door mede-patiënten.[123] Een dergelijk beroep heeft immers tot gevolg dat gegevens, die mogelijk kunnen leiden tot waarheidsvinding níet worden geopenbaard. Indien het ook nog eens om de meer neutrale gegevens gaat zoals persoonsgegevens, adresgegevens en financiële gegevens, is dat volgens sommigen een extra argument om een beroep op het verschoningsrecht niet te honoreren. Zo schrijft Tiems in haar noot onder een arrest van de Hoge Raad:

> 'de vraag kan worden gesteld hoe erg het is dat politie en justitie die NAW gegevens krijgen. Ze vragen immers niet om labuitslagen. Namen en adressen zijn toch geen medische gegevens? ' (…).'Hoe erg is het nou om namen en adressen aan politie en justitie te verstrekken als daarmee een moord kan worden opgelost?'[124]

In bovenstaand citaat liggen twee vragen besloten. Enerzijds de vraag waarom het verschoningsrecht na overlijden van de patiënt nog zou moeten gelden en anderzijds als het verschoningsrecht na overlijden zou gelden, strekt het zich dan noodzakelijkerwijs uit tot álle gegevens? Ten aanzien van de laatste vraag is uit de rechtspraak van de Hoge Raad af te leiden dat indien eenmaal vaststaat dat gegevens onder het medisch beroepsgeheim vallen, de arts het recht heeft om zich op het verschoningsrecht te beroepen.[125] Dit is een geruststellende gedachte. De arts behoeft bij zijn afweging immers geen onderscheid te maken naar het soort gegevens. Alle gegevens met betrekking tot de behandeling en verzorging en alle andere gegevens met een vertrouwelijk karakter – neutraal of niet – vallen onder het verschoningsrecht van de arts.[126] De arts heeft immers tot taak het vertrouwen van alle patiënten te beschermen dat zij in geheimhouding van de arts mogen stellen. Hij heeft immers niet tot taak bijvoorbeeld een moord te helpen oplossen. De arts is geen opsporingsambtenaar. Uit par. 5.6 zal blijken dat de aard van de gegevens, maar ook

---

122 Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 45; Leenen e.a. 2017, p. 155-156. Het verschoningsrecht blijft ook gelden als bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst eindigt.

123 Zie bijv. M.R. Bruning, annotatie bij HR 9 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2386, *NJCM-Bulletin* 2006; J. Legemaate, annotatie bij HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *NJ* 2008/630.

124 S.F. Tiems, annotatie bij HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *TvGR* 2009/27.

125 Zie bijv. HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263, r.o. 2.6.3; HR 23 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0052, *NJ* 1991/761, r.o 3.3.

126 HR 23 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0052, *NJ* 1991/761.

de ernst van het delict waarom het gaat, wel degelijk een rol kunnen spelen in de beoordeling van de rechter van het beroep van de arts op het verschoningsrecht. Of bij een dergelijke rechterlijke toetsing eveneens kan worden gesteld dat – zoals bleek in de preprocessuele fase (zie par 4.4.) – het uitgangspunt is verlaten dat het standpunt van de arts dient te worden gerespecteerd en sterker nog: dat de rechter niet langer *marginaal* het standpunt van de arts toetst, komt aan de orde in par. 5.6. Hier wordt volstaan met de conclusie dat voor de arts geldt dat als hij in geval zijn patiënt is overleden op grond van zijn zwijgplicht jegens een 'ander' zou zwijgen, hij zich ook dient te verschonen. Indien de arts zich niet op zijn verschoningsrecht beroept, maar dit wel kan, dan schendt hij immers zijn geheimhoudingsplicht en is hij dus strafbaar als aan de voorwaarden van artikel 272 Sr is voldaan.[127]

Wat betreft de vraag waarom het verschoningsrecht zou moeten blijven gelden na overlijden van de patiënt, komt het mij voor dat er geen reden is om hiermee anders om te gaan dan in de situatie waarin de patiënt nog in leven is.[128] De maatschappelijke functie van het vertrouwensberoep van arts houdt immers niet op bij het overlijden van de patiënt.

4.6 Verschoningsrecht: een plicht? Naast of onderdeel van de zorgplicht?

Is de arts verplicht zich op het verschoningsrecht te beroepen of is hij hiertoe bevoegd? Volgens de letter van de wet gaat het om een bevoegdheid: 'van het geven van een getuigenis of beantwoorden van bepaalde vragen, *kunnen* zich verschonen.'[129] Ook het begrip 'verschonings*recht*' zou de indruk kunnen wekken dat de arts de vrije keuze heeft om zich al dan niet op het verschoningsrecht te beroepen. Uit vooral de tuchtrechtspraak valt af te leiden dat het veeleer om een verplichting van de arts gaat en niet zozeer om een bevoegdheid.[130] Zo oordeelde het Medisch Tuchtcollege Groningen in 1956 reeds dat de arts die een patiënt in behandeling heeft genomen, verplicht is tot volkomen geheimhouding ten aanzien van feiten die hem in zijn hoedanigheid als behandelend arts bekend waren geworden. Deze geheimhoudingsplicht kan worden doorbroken bij zeer dringende redenen, aldus het college, zoals ernstig gevaar voor de gezondheid of het leven van de patiënt en van

127 Zie ook Fernhout 2004, p. 172.

128 Zie bijv. HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *NJ* 2008/630, m.nt. J. Legemaate. Zie ook par. 5. 6.

129 Art. 218 Sv; art. 165 lid 2 Sv: 'Van deze verplichting kunnen zich verschonen (…).'

130 Zie bijv. MT Groningen 28 november 1956, *NJ* 1957/366; CMT 28 september 1972, *NJ* 1973/270; CTG 30 augustus 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2310, *GJ* 2013/3; CTG 16 november 2000, *MC* 2001, p. 429-430; RTG 's-Gravenhage 14 november 2006, *MC* 2007, p. 160-162; zie ook Leenen e.a. 2017, p. 157; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 40.

anderen. Hiervan was evenwel geen sprake, zodat de aangeklaagde arts zich had moeten verschonen. De arts kreeg een waarschuwing.

Steun voor de gedachte dat het in beginsel om een plicht gaat zich te verschonen en niet om een recht is te vinden in de rechtsliteratuur. Bannier benadrukt terecht dat, gezien het feit dat het om een algemeen rechtsbeginsel gaat waarop het verschoningsrecht is gebaseerd, het verschoningsrecht dus niet een privilege is van de arts, maar een voorwaarde voor het goed kunnen functioneren van de rechtsstaat.[131] Voor zover artsen jegens een 'ander' zouden zwijgen, dienen zij immers ook voor de rechter te zwijgen. Dat is de bedoeling van het verschoningsrecht. De arts heeft het verschoningsrecht immers ter handhaving van zijn plicht om het geheim van de patiënt te beschermen. Het verschoningsrecht is in dit licht dus als een plicht te beschouwen.

Het is verdedigbaar dat het verschoningsrecht van de behandelend arts, evenals zijn zwijgplicht, is te beschouwen als onderdeel van de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW). Verschoningsrecht en zwijgplicht zijn immers onlosmakelijk met elkaar verbonden; zij liggen in elkaars verlengde. Op grond van art. 7:453 BW dient de arts bij de nakoming van alle verplichtingen, die voortvloeien uit de Wgbo, de 'zorg van een goed hulpverlener' te betrachten. Dus ook als het gaat om de plicht ervoor zorg te dragen dat aan anderen dan de patiënt geen inlichtingen over de patiënt worden verstrekt die de arts in relatie met de patiënt heeft verkregen (art. 7:457 lid 1 BW), zelfs als de patiënt is overleden. Uit par. 3.5.5 is gebleken dat de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het goed hulpverlenerschap ook een verantwoordelijkheid inhoudt jegens de nabestaanden van de patiënt. De werking van de zwijgplicht van de arts wordt wettelijk verlengd of althans bekrachtigd, als het gaat om zwijgen tegenover rechter, OM en politie. De arts behoudt dus bij de omgang met zijn verschoningsrecht op grond van art. 7:453 BW een eigen verantwoordelijkheid. Deze vloeit voort uit de zorgplicht die op hem rust. De verantwoordelijkheid om in rechte te blijven zwijgen is onlosmakelijk verbonden met zijn zwijgplicht ex art. 7:457 lid 1 BW en de omgang daarmee, ook jegens nabestaanden. In het licht van de zorgplicht zoals hiervoor geduid, zal de arts bijvoorbeeld ook de eventueel gegeven toestemming van de patiënt op grond van art. 7:457 lid 1 BW moeten meewegen, zonder dat deze toestemming voor het doorbreken van het verschoningsrecht, zoals hiervoor betoogd, doorslaggevend is. De arts kan er immers altijd voor kiezen zich te verschonen op grond van het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim. Sterker nog: in geval het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim dit vereist, móet hij zich verschonen. Het rekening houden met het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim maakt immers ook deel uit van de professionele standaard.

131 Bannier e.a. 2008, p. 7; zie ook Legemaate, *NJB* 2009, p. 2625.

4.7 CONCLUSIE

Het verschoningsrecht van de behandelend arts en zijn zwijgplicht vormen samen het medisch beroepsgeheim. Zij komen op bepaalde punten overeen, maar er zijn ook verschillen.

Zwijgplicht en verschoningsrecht komen overeen wat betreft de inbedding in diverse wetten zonder dat de respectieve rechtsgebieden waarin de regelingen zijn neergelegd onderscheidende maatstaven aanbrengen ten aanzien van de begrenzing van de inhoud van het verschoningsrecht of de zwijgplicht. De inhoudelijke grens van zowel het verschoningsrecht als de zwijgplicht verschilt niet. Deze wordt immers bepaald door dat wat de arts tijdens zijn beroepsuitoefening in de relatie met zijn patiënt heeft vernomen.

Ook al wordt gesproken van het recht zich te verschonen, in dit hoofdstuk is betoogd dat het gaat om een plicht. De bevoegdheid van de arts op grond van art. 165 lid 2 sub b Rv, art. 218 Sv en art. 68 lid 5 Wet Big ziet op de afweging van de arts terzake van het al dan niet gebruik maken van het verschoningsrecht. Deze bevoegdheid is dus in de kern niet een andere dan de bevoegdheid die de arts toekomt ter zake van het doorbreken van zijn zwijgplicht (art. 7:457 lid 1 BW). In dit licht zou ook kunnen worden gesproken van een verschoningsplicht resp. een zwijgrecht. Noch het verschoningsrecht, noch de zwijgplicht is absoluut.

Zwijgplicht en verschoningsrecht gelden onverkort na overlijden van de patiënt. Daarin verschillen beide zijden van het medisch beroepsgeheim niet.

Het verschoningsrecht van de behandelend arts ligt in het verlengde van zijn zwijgplicht en kan daarom – in het licht van de bevindingen van par. 3.6 – worden beschouwd als deel uitmakend van de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW).

Behalve bovengenoemde overeenkomsten, zijn de volgende verschillen komen bovendrijven tussen het verschoningsrecht van de behandelend arts en zijn zwijgplicht.

Het verschoningsrecht garandeert geheimhouding nadrukkelijk jegens rechter, OM en politie. Reden voor het expliciteren dat de zwijgplicht ook jegens hen geldt, is uiteraard gelegen in het feit dat het hier een uitzondering betreft op de getuigplicht die voor een ieder geldt. De groep personen jegens wie de arts zich verschoont, is dus beperkter dan die jegens wie de arts moet zwijgen op grond van zijn zwijgplicht. Deze geldt immers *erga omnes.* De groep jegens wie de arts zich verschoont kan als een deelverzameling worden beschouwd van de grotere groep 'anderen' jegens wie de arts ex art. 7:457 lid 1 BW dient te zwijgen.

Een ander verschil tussen verschoningsrecht en zwijgplicht betreft de reikwijdte van het subject. Voor het bepalen wie een zelfstandig verschoningsrecht toekomt, is de zelfstandige, wettelijke of professionele zwijgplicht vereist. Gesteld is dat ter versterking van het recht van de patiënt op geheimhouding

van diens gegevens alle zelfstandig verschoningsgerechtigden die in een geheim delen zich als principaal moeten stellen.

De kring van degenen met een zwijgplicht is in algemene zin groter dan van degenen die een verschoningsrecht toekomt. Dit hangt samen met de jurisprudentiële eisen, die aan de toekenning van het verschoningsrecht worden gesteld. Voor het bestaan van een van de arts afgeleid verschoningsrecht is het bestaan van een afgeleide zwijgplicht niet vereist. Wel moet er sprake zijn van een zelfstandig verschoningsrecht van een ander, waarvan het kan worden afgeleid. De groep personen met een afgeleide zwijgplicht kan dus groter zijn dan de groep personen die een zelfstandig verschoningsrecht toekomt.

Een laatste verschil tussen verschoningsrecht en zwijgplicht betreft de weerspiegeling van de belangen van het medisch beroepsgeheim in het verschoningsrecht resp. de zwijgplicht. Het verschoningsrecht van de arts is gebaseerd op het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim en niet in de eerste plaats op het individueel belang. Dat is de zwijgplicht wél. Dit heeft tot gevolg dat indien de arts zich wenst te verschonen en de patiënt toestemming heeft gegeven het medisch beroepsgeheim te doorbreken of andersom, kan worden betwijfeld of het verschoningsrecht het medisch beroepsgeheim als recht van de patiënt wel versterkt. Op deze gedachte kom ik terug in par. 5.6.

In dit hoofdstuk is gebleken dat het standpunt van de arts terzake van de hantering van zijn verschoningsrecht niet langer vanzelfsprekend is, althans voor zover het gaat om de *preprocessuele fase*. De wetgevingsoperaties met betrekking tot de modernisering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Wetboek van Strafvordering tonen aan dat de ogen van de rechter (niet zijnde de rechter in de hoofdzaak) en die van de r.-c. meekijken over de schouder van de verschoningsgerechtigde arts. Vertrouwen op eer en geweten van de arts terzake van zijn beslissing zich al dan niet te verschonen, is kennelijk niet langer gerechtvaardigd, zoals ook in par. 5.6 zal blijken.[132] De beoordeling of iets onder zijn verschoningsrecht valt is niet langer uitsluitend aan de arts om te bepalen en in die zin kan van een insnoering van zijn verschoningsrecht worden gesproken. Of de grenzen van het verschoningsrecht verder worden verlegd in de *processuele fase* zal moeten blijken in par. 5.6 dat ingaat op de uitzondering van de (toenemende) 'zeer uitzonderlijke omstandigheden'. Een toename van uitzonderingen op het verschoningsrecht doet wel de vraag rijzen wat de (toegevoegde) waarde van het verschoningsrecht nog is. Op deze vraag kom ik, zoals gezegd, eveneens terug in par. 5.6.

132 Vellinga-Schootstra, *RMThemis* 2017, p. 115.

5 Uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim

5.1 INLEIDING

Het medisch beroepsgeheim is niet absoluut. Het is geen 'secret quand-même et toujours', zoals Brouardel bepleitte.[1] Zwaarwegende individuele of maatschappelijke belangen kunnen prevaleren boven geheimhouding.

Uit de wetgeving en jurisprudentie over het medisch beroepsgeheim zijn vijf uitzonderingen af te leiden op het medisch beroepsgeheim. Deze komen in dit hoofdstuk achtereenvolgens aan de orde: (i) toestemming van de patiënt (par. 5.2), (ii) wettelijke meldplicht (par. 5.3), (iii) conflict van plichten (par. 5.4), (iv) zwaarwegend belang (par. 5.5) en (v) zeer uitzonderlijke omstandigheden (par. 5.6).

Bij de bespreking van deze uitzonderingen zal aandacht zijn voor de vraag hoe die uitzonderingen zich tot de zorgplicht van de arts verhouden. Het gaat hier om een plicht tot het verlenen van goede zorg. Goede zorg is ingevolge art. 2 Wkkgz zorg die veilig, doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht is. De behandelend arts neemt bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard (vgl. art. 7:453 BW). Maatstaf voor het handelen van de arts is dat hij de zorg moet betrachten die een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht.[2]

Reden om de verhouding tussen de zorgplicht en de bestaande uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim te onderzoeken is dat de zorgplicht in dit onderzoek eveneens een juridische basis is gebleken om de zwijgplicht zoals deze voortvloeit uit de behandelingsovereenkomst níet na te komen (art. 7:465 lid 4 BW). Buiten de arts-patiëntrelatie kan er eveneens sprake zijn van een meer algemene zorgplicht, zoals deze besloten ligt in de medische ethiek. Beginselen zoals autonomie, weldoen en niet schaden, maar ook rechtvaardigheid, kleuren de zorgplicht in en strijden in specifieke situaties soms om voorrang. Moet de arts bijvoorbeeld gegevens altijd verstrekken als de patiënt daarvoor zijn toestemming heeft gegeven? En als dat niet zo zou zijn, moet

1 Brouardel 1893, p. 42-63 zoals aangehaald in Hazewinkel-Suringa 1959, p. 3.
2 Zie bijv. HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, *NJ* 1991/26; HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4876, r.o. 2.3.9.

toestemming dan niet anders worden geconcipieerd dan als een zelfstandige uitzonderingsgrond voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim?

Het onderzoek naar de verhouding tussen bestaande uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim en de zorgplicht is mede relevant met het oog op deel II. Daarin komt de situatie aan de orde waarin wetgever en regering maatregelen hebben getroffen die blijk geven van een eerder doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Het accent ligt op spreken, maar sluit dit ook aan op de bestaande uitzonderingen?

5.2 TOESTEMMING

Het toestemmingsvereiste voor gegevensverstrekking is wettelijk verankerd in art. 7:457 lid 1 BW. Daarin is het volgende bepaald:

> 'Onverminderd het in artikel 448 lid 3, tweede volzin, bepaalde draagt de hulpverlener zorg, dat aan anderen dan de patiënt geen inlichtingen over de patiënt dan wel inzage in of afschrift van de bescheiden, bedoeld in artikel 454, worden verstrekt dan met toestemming van de patiënt. (…).'[3]

Het beginsel van autonomie klinkt in deze bepaling door en hiermee is art. 7:457 lid 1 geheel in lijn met de jurisprudentie.[4] De patiënt beschikt immers over zijn gegevens door middel van het al dan niet geven van toestemming voor gegevensverstrekking aan een ander.[5] De patiënt houdt regie over wat er met zijn gegevens gebeurt en in par. 3.2.4 is gebleken dat deze regie ten gevolge van de verdergaande digitalisering in de zorg meer toeneemt. Zo is in de Wet cliëntenrechten bij elektronische gegevensverwerking bepaald dat de patiënt 'gespecificeerde toestemming' dient te geven voor de uitwisseling van diens gegevens tussen zorgaanbieders onderling. Dit houdt in dat de patiënt specifiek moet aangeven welke gegevens wel of niet door welke (categorieën van) zorgverleners mogen worden ingezien (art. 15a lid 2 Wet cliënten-

3 *Stb*. 1994, 838. Het is de bedoeling om in de Wgbo in te voegen dat na overlijden van de patiënt gegevens aan nabestaanden kunnen worden verstrekt, indien de arts hiervoor schriftelijk of elektronisch vastgelegde toestemming van de patiënt bij leven heeft verkregen. Het vereiste van schriftelijk of elektronisch vastgelegde toestemming verzet zich er overigens niet tegen dat in een uitzonderlijke situatie waarin de patiënt fysiek niet in staat is schriftelijk of elektronisch toestemming te geven, hij aan de arts kan aangeven aan wie welke gegevens uit zijn medisch dossier na zijn overlijden verstrekt mogen worden. Zie: Wetsvoorstel wijziging WGBO, 2016/17, art. 7:457 lid 1 BW en par. 5.5. *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 26 (MvT).

4 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 27 december 1945, *NJ* 1946/429; CMT 19 april 1956, *NJ* 1957/24; Rb. Assen 12 oktober 1954, *NJ* 1955/207; Hof Amsterdam 21 december 1989, ECLI:NL:GHAMS:1989:AD0986, *NJ* 1990/805; HR 2 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB8107, *NJ* 1991/124.

5 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 14; *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 52.

rechten bij elektronische gegevensverwerking).[6] Uiteraard gaat het hierbij om tot de patiënt herleidbare gegevens. De patiënt geeft immers toestemming tot verstrekking van gegevens die tot zijn persoonlijke levenssfeer behoren en het geven van toestemming legitimeert een inbreuk daarop. Van gegevensverstrekking in de zin van art. 7:457 lid 1 BW – en dus van een doorbreking van de zwijgplicht – is dus geen sprake indien het niet tot de patiënt herleidbare gegevens of geanonimiseerde gegevens betreft.[7]

Toestemming van de patiënt in de zin van art. 7:457 lid 1 BW is een grondslag voor het *doorbreken* van de zwijgplicht van de arts jegens een ander. Van een doorbreking van de zwijgplicht jegens een ánder is geen sprake in geval van art. 7:457 lid 2 en lid 3.[8] Rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen met inbegrip van de vervanger van de arts (lid 2) en wettelijke vertegenwoordigers van de patiënt (lid 3) gelden immers niet als 'anderen', zoals bedoeld in lid 1.[9] Het medisch beroepsgeheim strekt zich niet uit tot deze situaties en van een *doorbreking* van de zwijgplicht kan dus niet worden gesproken; hooguit van een relativering ervan.

Wat betreft het doorbreken van het *verschoningsrecht* is toestemming van de patiënt evenwel geen zelfstandige grondslag, zoals bleek in par. 4.2. Het verschoningsrecht is immers gebaseerd op het algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden. Het individuele recht van de patiënt op zelfbeschikking ziet niet in de eerste plaats op dat maatschappelijk belang dat het verschoningsrecht dient en speelt daarom een andere, minder doorslaggevende rol dan in geval van doorbreking van de zwijgplicht van de arts.[10] Deze is immers in de context van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt gepositioneerd (art. 7:457 lid 1 BW).[11]

Engberts benadrukt dat aan 'toestemming' als uitzondering op de zwijgplicht twee aspecten kleven.[12] Het eerste aspect ziet op het soort toestemming. Deze kan immers al dan niet expliciet worden gegeven. Naar de verschillende soorten toestemming gaat mijn aandacht uit in par. 5.2.3. Het tweede aspect betreft de professionele standaard waaraan de arts gebonden is (art. 7:453 BW).

---

6 *Stb.* 2016, 373; *Kamerstukken II* 2012/13, 33509, nr. 3, p. 20; Zie ook art. 7 Verordening (EU) 2016/679; par. 5.2.

7 Zie bijv. KNMG-meldcode 2015, p. 28.

8 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 39.

9 Over de vraag of iemand rechtstreeks betrokkene is bij de uitvoering van de behandeling bestaat regelmatig verschil van mening: zie bijv. RTG Zwolle 17 juli 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:131, r.o. 5.4. Zie par. 3.5.1.

10 Wel is in het licht van doorbreking van het verschoningsrecht gegeven toestemming van de patiënt voor gegevensverstrekking aan OM *een* factor in de beoordeling in rechte: zie hierna par. 5.6.

11 Zie par. 4.1 en 5.6.

12 Engberts 1997, p. 3.

Hiermee wordt bedoeld, aldus Engberts, dat de arts te allen tijde verplicht is te beoordelen of gegevensverstrekking aan een ander in de rede ligt.[13] Dit aspect ziet dus op de wijze waarop de arts omgaat met de toestemming van de patiënt in het licht van zijn zwijgplicht. Op dit aspect kom ik terug in par. 5.2.4.

Tussen het recht op zelfbeschikking van de patiënt en de zwijgplicht van de arts kan spanning ontstaan, bijvoorbeeld als de arts ondanks toestemming van de patiënt besluit gegevens niet te verstrekken of omdat hij weet dat de patiënt onder druk toestemming heeft gegeven. Hier is de professionele standaard van belang, zoals zal blijken in par. 5.2.4. In de praktijk komt het voor dat de patiënt dossiergegevens zelf aan een ander wenst te verstrekken – bijvoorbeeld aan een instantie bij wie de patiënt een aanvraag voor een voorziening heeft ingediend – en daarvoor een afschrift van het medisch dossier vraagt aan de arts. De vraag rijst of de arts het verstrekken van gegevens door de patiënt kan/mag/moet beletten op grond van zijn zwijgplicht. In par. 5.2.4 wordt hierop een antwoord gegeven.

Hieronder komt eerst de vraag aan de orde wie er precies toestemming voor gegevensverstrekking kunnen geven.

5.2.1 Toestemming van wie?

Art. 7:457 lid 1 BW is op het eerste gezicht helder: de toestemming voor het doorbreken van de zwijgplicht dient uiteraard te worden gegeven door de patiënt. Hierop bestaat een uitzondering, zoals bleek in par. 3.5.3. In geval de patiënt wordt vertegenwoordigd, geldt op grond van art. 7:457 lid 3 BW juncto art. 7:450 lid 2 BW en art. 7:465 lid 1 BW dat toestemming van de wettelijke vertegenwoordigers is vereist voor doorbreking van de zwijgplicht als de patiënt jonger is dan twaalf jaar. In geval de patiënt tussen de twaalf en zestien jaar is, oefent hij zelf zijn patiëntenrechten uit.[14] Dat geldt ook voor het recht op geheimhouding. De arts heeft dus een beroepsgeheim jegens de ouders, echter met uitzondering van de informatieplicht in het kader van de medische beslissing (art. 7:448 BW juncto art. 7:450 BW). Daarvoor geldt immers dat zij ook hun toestemming moeten geven en daarom dienen zij geïnformeerd te worden over de behandeling. Voor zover het gaat om het *doorbreken* van het medisch beroepsgeheim jegens een ander, is op grond van art. 7:457 lid 1 BW de toestemming vereist van de patiënt tussen de twaalf en zestien jaar. Van een doorbreking is geen sprake als het gaat om informatieverstrekking aan de ouders over de medische behandeling. Zij worden immers in die context niet beschouwd als 'anderen' (art. 7:457 lid 3 BW).

13 Engberts 1997, p. 4.
14 Zie par. 3.5.3 en 3.2.1.

In geval de patiënt zestien of zeventien jaar is oefent de patiënt alle patiëntenrechten zelf uit. Diens toestemming is vereist voor gegevensverstrekking aan een ander (art. 7:447 BW juncto art. 7:457 lid 1 BW).[15] Hieronder wordt steeds gesproken van toestemming van de patiënt waar ook bedoeld wordt die van wettelijke vertegenwoordigers in geval de patiënt juridisch niet in staat is deze zelf te geven.

5.2.2 Vereisten aan toestemming

Uit de parlementaire geschiedenis terzake van het toestemmingsvereiste voor gegevensverstrekking blijkt dat toestemming voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim ondubbelzinnig dient te zijn.[16] Dit betekent dat er geen enkele twijfel mag bestaan over de vraag óf de patiënt zijn toestemming heeft gegeven en waarvoor.[17] Voor de toestemming van de patiënt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim geldt dat deze uit vrije wil moet zijn gegeven en dat de patiënt de draagwijdte ervan moet kunnen overzien.[18] Daartoe is dus ook vereist dat de arts de patiënt goed informeert over reden, gevolgen en inhoud van de te verstrekken informatie. Zo kan de patiënt gericht aangeven welke gegevens wel of niet door welke (categorieën van) zorgverleners mogen worden ingezien en dus al dan niet mogen worden verstrekt. Uit de tuchtrechtspraak volgt dat het de taak is van de arts om zich ervan te vergewissen of zijn patiënt beseft wat aldus ter kennis van een derde zou komen.[19]

Deze vereisten worden aan toestemming gesteld vanwege de bescherming van de persoonlijke en lichamelijke integriteit (art. 10 en 11 Gw) van de patiënt en diens privacy. Door het geven van toestemming oefent de patiënt zijn recht op zelfbeschikking uit (vgl. de wilsvertrouwensleer: art. 3:33 BW en art. 3:35 BW).[20] Het geven van toestemming voor gegevensverstrekking dient aldus de belangen van de patiënt: zijn gezondheidsbelang en zijn belang zelf te kunnen beschikken over zijn privacy en de inbreuk daarop door eventuele gegevensverstrekking.

---

15 *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 100; KNMG-richtlijn 2018, p. 134-135.
16 *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 50.
17 *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 50.
18 Leenen e.a. 2017, p. 158; *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 126; Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 12.
19 Zie bijv. CTG 17 september 1992, *TvGR* 1993/8.
20 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 4. Zie voor de verwerking van gegevens ook: *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 126.

5.2.3 Soorten toestemming

Toestemming kan op verschillende wijzen worden gegeven. Engberts wijst er reeds op dat toestemming al dan niet expliciet kan worden gegeven voor gegevensverstrekking. Impliciete en expliciete toestemming wegen in beginsel even zwaar. De expliciete toestemming wordt in het civiele recht uitdrukkelijke toestemming genoemd. De impliciete toestemming bestaat uit de (i) stilzwijgende toestemming en (ii) de veronderstelde toestemming.

1. Uitdrukkelijke toestemming

Uitdrukkelijke toestemming is een mondelinge, schriftelijke of elektronische expliciete toestemming van de patiënt. Soms is deze nadrukkelijk vereist zoals voor het verwerken van bijzondere persoonsgegevens waaronder medische gegevens (zie art. 9 lid 2 AVG en art. 22 lid 2 onder a UAVG).

'Uitdrukkelijk' wil niet zeggen dat er geen onduidelijkheid over gegeven toestemming kan ontstaan. Mondelinge toestemming blijkt bijvoorbeeld in bewijsrechtelijke sfeer tot problemen te leiden. Vandaar ook dat voor inzage in het medisch dossier na overlijden is voorgesteld om de toestemming van de patiënt bij leven te bespreken en schriftelijk of elektronisch te laten geven.[21]

In de praktijk blijkt dat niet altijd duidelijk is voor artsen of uitdrukkelijke toestemming is vereist. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij klachten en juridische procedures. Mag in dergelijke procedures gebruik worden gemaakt van gegevens uit het dossier? Uit de wet wordt dit niet duidelijk. Uit de tuchtrechtelijke jurisprudentie blijkt dat een arts, ook zonder verkregen toestemming van de klagende patiënt, de voor het verweer relevante medische gegevens mag gebruiken. Het CTG bevestigde dit in een zaak waarin een huisarts werd aangeklaagd door een patiënte die de praktijk van de huisarts inmiddels verlaten had. In de voorbereiding op het verweer heeft de huisarts, met toestemming van patiënte, een kopie van het dossier ontvangen van de opvolgend huisarts. De huisarts heeft deze kopie bij het verweerschrift gevoegd. Vervolgens klaagde de patiënt over het doorbreken van het medisch beroepsgeheim door zonder toestemming het patiëntendossier in te brengen in de procedure.[22] Uiteraard dient de arts zich te beperken tot het gebruik van gegevens die voor zijn verweer nodig zijn.

De tuchtrechter blijkt hier een genuanceerder standpunt in te nemen dan het geval is in andere juridische procedures. In civiele zaken, klachtzaken waarbij de klacht aan een klachtencommissie is voorgelegd, of in een juridisch geschil tussen artsen onderling waarin de behandelend arts gegevens uit het dossier nodig heeft voor zijn verweer, stipuleert de KNMG dat de arts hiervoor

21 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 26 (MvT); Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 12.

22 CTG 12 augustus 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:302.

expliciete toestemming van de patiënt nodig heeft.[23] Indien de patiënt de toestemming voor dat gebruik weigert, kan de arts in bewijsnood geraken (zie art. 6 EVRM). Dit kan leiden tot niet-ontvankelijkheid van de klacht en de patiënt krijgt de gevolgen van het beroep tegengeworpen.[24] *De facto* komt het erop neer dat de arts zich moet kunnen verdedigen tegen klachten en de patiënt hieraan moet kunnen meewerken door toestemming te geven.

Andere voorbeelden van situaties waarin expliciete toestemming van de patiënt is vereist, zijn die waarin er filmopnames worden gemaakt waarin patiënten in beeld worden gebracht of een patiënt wordt gebruikt als onderwijscasus of de situatie waarin tot de patiënt herleidbare gegevens worden gebruikt voor kwaliteitsdoeleinden of wetenschappelijke, statische doeleinden. Indien het hierbij gaat om het verstrekken van tot de patiënt herleidbare gegevens, is steeds expliciete toestemming van de patiënt voor die verstrekking vereist.[25]

Artsen zullen hoe dan ook zich rekenschap moeten geven van de voor hen geldende professionele standaard ten aanzien van toestemming en het soort toestemming dat nodig is voor gegevensverstrekking of gebruik van gegevens in specifieke situaties. Dit impliceert dat 'toestemming' als uitzondering op het medisch beroepsgeheim niet alleszeggend is. De professionele standaard kleurt immers in welke soort toestemming is vereist. Toestemming moet dus worden geconcipieerd in relatie tot die professionele standaard waaraan iedere arts is gebonden, in de zin dat hij daar rekening mee moet houden.

2. *Stilzwijgende toestemming*

Van stilzwijgende toestemming is onder meer sprake indien de arts met de patiënt heeft besproken dat hij voornemens is inlichtingen in het belang van de patiënt aan een ander te verstrekken en hij uit het gedrag van de patiënt kan afleiden dat deze met het verstrekken daarvan instemt.[26]

Kenmerkend voor stilzwijgende toestemming is dat de patiënt tegen een dergelijke verstrekking geen bezwaar heeft gemaakt, noch daarmee uitdrukkelijk heeft ingestemd.[27] Het verschil met de hierna te bespreken veronderstelde toestemming is erin gelegen dat de arts duidelijk kenbaar maakt dat hij voornemens is informatie te verstrekken en de patiënt noch uitdrukkelijk instemt, noch bezwaar maakt tegen gegevensverstrekking aan een ander.[28] Zo besprak de arts met de gezagdragende ouders van zijn minderjarige patiënt, dat hij een melding van kindermishandeling aan het toenmalig AMK zou gaan doen.[29] De ouders gaven hiervoor geen toestemming, maar maakten ook geen bezwaar.

---

23 KNMG-richtlijn 2018, p. 53.
24 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 1 juli 1992, ECLI:NL:RBSGR:1992:AB7705, *NJ* 1992/253.
25 KNMG-richtlijn 2018, p. 93- 94.
26 Van Veen 2004, p. 43.
27 Zie bijv. CTG 11 december 2008, *TvGR* 2009/16; CTG 27 november 2007, *GJ* 2008/5.
28 Kastelein & Meulemans, *TvGR* 2007, p. 442-443.
29 RTG Zwolle 13 oktober 2005, *GJ* 2006/6.

De arts ging over tot het doen van een melding aan het AMK. De ouders dienden vervolgens een klacht in tegen de arts bij de tuchtrechter. De arts werd verweten dat hij het medisch beroepsgeheim had geschonden. Het RTG Zwolle overwoog dat nu de ouders geen bezwaar tegen de melding hadden gemaakt, de toestemming geacht kon worden stilzwijgend te zijn gegeven.[30] Kennelijk vond het RTG Zwolle, gegeven het feit dat stilzwijgende toestemming voldoende was voor het doen van een melding aan het AMK, dat deze ook ondubbelzinnig was gegeven.

De vraag rijst of stilzwijgende toestemming nog wel bestaansrecht heeft in een tijd waarin de patiënt meer en meer regie krijgt toebedeeld over de verstrekking van zijn persoonsgegevens. Stilzwijgende toestemming zal in de praktijk zonder meer een werkbaar instrument zijn voor de arts, maar in juridische zin is stilzwijgende toestemming een kwetsbare basis voor de arts om het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Stilzwijgend is hoe dan ook een antoniem van uitdrukkelijk. Achteraf kan er immers altijd discussie ontstaan of toestemming daadwerkelijk is gegeven en de stap naar een klacht over het schenden van het beroepsgeheim is dan rap gezet. Hetzelfde geldt ook voor de hieronder te bespreken veronderstelde toestemming.

3. Veronderstelde toestemming

De veronderstelde toestemming houdt in dat de behandelend arts mag aannemen dat de patiënt met het verstrekken van informatie aan een ander instemt of zou hebben ingestemd.[31] Hiervan kan sprake zijn in geval de patiënt nog in leven is, maar ook als de patiënt inmiddels is overleden.

Indien de patiënt nog in leven is, kan toestemming worden verondersteld als de beoogde gegevensverstrekking in het gezondheidsbelang is van de patiënt. Toestemming kan worden verondersteld, zoals hiervoor besproken, als er sprake is van gegevensuitwisseling in de zin van art. 7:457 lid 2 BW (rechtstreeks betrokkenen met inbegrip van de arts) en art. 7:457 lid 3 BW (wettelijke vertegenwoordigers van de patiënt).

In geval de patiënt naar een collega-arts wordt verwezen en de patiënt hiermee instemt, kan worden verondersteld dat de patiënt meteen ook instemt met de daarvoor noodzakelijke gegevensuitwisseling.[32]

Indien de patiënt is overleden en hij dus niet op de hoogte kan zijn van de beoogde gegevensuitwisseling, kan er niettemin aanleiding zijn toestemming van de patiënt te veronderstellen voor gegevensverstrekking.[33]

30 Zie ook CTG 11 december 2008, *TvGR* 2009/16, r.o. 4.4.

31 Zie bijv. CTG 11 december 2008, *TvGR* 2009/16.

32 Zie bijv. RTG Zwolle 17 juli 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:131, r.o. 5.2.3; RTG Zwolle 21 oktober 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:108, r.o. 5.2; CTG 11 december 2008, *TvGR* 2009/16; CTG 27 november 2007, *GJ* 2008/5.

33 KNMG-richtlijn 2018, p. 76.

Over de vraag in hoeverre veronderstelde toestemming een zelfstandige grondslag is voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, wordt in de jurisprudentie verschillend gedacht. Uit sommige uitspraken blijkt dat het een zelfstandige grondslag kan zijn in situaties zoals wanneer nabestaanden een rechtmatig belang hebben bij inzage in de gegevens van de overleden patiënt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een nabestaande – zoals de echtgenoot – nauw betrokken is geweest bij de medische behandeling van de overleden patiënt.[34] Indien nabestaanden bijvoorbeeld van de arts willen weten waaraan hun naaste is gestorven, dan kan de arts de toestemming van de inmiddels overleden patiënt veronderstellen voor zover hij concrete aanwijzingen heeft, waaruit toestemming kan worden afgeleid of op grond van gedragingen van de patiënt uit het verleden. Van een rechtmatig belang van nabestaande is bijvoorbeeld ook sprake als wordt vermoed dat de arts een medische fout heeft gemaakt, waardoor de nabestaande schade leidt door bijvoorbeeld het wegvallen van inkomen.[35] Het ligt op de weg van de nabestaande om de veronderstelde toestemming met concrete aanwijzingen aannemelijk te maken.[36] Uit andere uitspraken blijkt evenwel dat veronderstelde toestemming geen zelfstandige grondslag is voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim. Daaruit blijkt immers dat de nabestaande een zwaarwegend belang moet hebben bij inzage in het medisch dossier.[37] Teneinde aan die onduidelijkheid een einde te maken, is in de wijziging van de Wgbo voorgesteld dat nabestaanden inzage hebben in het medisch dossier als de overleden patiënt bij leven toestemming daarvoor heeft gegeven en deze toestemming schriftelijk of elektronisch is vastgelegd.[38] Als die toestemming ontbreekt, geldt dat de nabestaanden een zwaarwegend belang moeten hebben bij inzage. Zij moeten dan ook aannemelijk maken dat dit belang wordt geschaad. Daarnaast moet inzage noodzakelijk zijn voor de behartiging van dit belang. Hieruit maak ik op dat van de veronderstelde toestemming afscheid is genomen en mijns inziens past dat ook beter in een tijd waarin de patiënt meer en meer regie krijgt over zijn gegevens.[39]

---

34 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1674, *NJ* 2003/379; Rb. Noord-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:265, *GJ* 2016/44; Rb. Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6239, *GJ* 2014/146; Rb. Arnhem 15 augustus 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4760, *Prg.* 2005/195; KNMG-richtlijn 2018, p. 76.

35 Zie bijv. Hof Amsterdam 28 november 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG0075, KG 2003/9.

36 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AB1126, r.o. 4.7, KG 0000345/Br; Hof Amsterdam 28 november 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG0075, r.o. 4.4, KG 2003/9.

37 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, *NJ* 2001/600; zie ook Duijst 2007, p. 49. Zie voorts: *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 10 (MvT).

38 Zie par. 5.5. Zie voorts: *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 9-15 (MvT).

39 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 10 (MvT) waarin wordt benadrukt dat nabestaanden ook geen inzage krijgen als er sprake is van een melding van een incident of een zwaarwegend belang, als de patiënt bij leven heeft vastgesteld dit niet te willen. Vereist is dat

Indien de patiënt bij leven bezwaar heeft gemaakt tegen gegevensverstrekking aan nabestaanden, kan toestemming vanzelfsprekend niet worden verondersteld.[40]

Ook in de strafrechtelijke jurisprudentie valt op dat veronderstelde toestemming geen zelfstandige uitzondering is op het medisch beroepsgeheim. De veronderstelde toestemming wordt immers gekoppeld aan zeer uitzonderlijke omstandigheden op grond waarvan het medisch beroepsgeheim gerechtvaardigd kon worden doorbroken.[41] Een illustratief voorbeeld is de zaak tegen het Erasmus MC.[42] Na het plaatsen van een pacemaker overleed de patiënt. Het OM onderzocht of er sprake was van dood door schuld en nam dossiers van het ziekenhuis in beslag. Daartegen verzette het Erasmus MC zich. Het ziekenhuis beriep zich op zijn verschoningsrecht. De Hoge Raad stelde het ziekenhuis in het ongelijk door te oordelen dat medische dossiers van patiënten voor justitieel onderzoek beschikbaar moeten zijn bij ernstig vermoeden van verwijtbaar ondeskundig handelen van een arts. Langs de weg van de 'veronderstelde toestemming' gekoppeld aan zeer uitzonderlijke omstandigheden kreeg de echtgenoot inzage in het medisch dossier van zijn overleden vrouw. Het beroep van het ziekenhuis op het verschoningsrecht slaagde dus niet. Op deze zaak en de zeer uitzonderlijke omstandigheden wordt in par. 5.6 teruggekomen.

De Hoge Raad neemt (impliciet) afstand van de veronderstelde toestemming als zelfstandige rechtsgrond voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.[43] Onder meer Schalken betreurt dit, omdat volgens hem de andere uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim, zoals conflict van plichten, pas aan de orde zouden moeten komen, nadat is bezien of toestemming van de overleden patiënt al dan niet kan worden verondersteld.[44] Vaak zal blijken dat toestemming kan worden gereconstrueerd, want, aldus Schalken, wie wil er nu, dood of levend, geen objectief onderzoek als hij als patiënt slachtoffer is geworden van ernstig verwijtbare medische fouten?[45] Legemaate benadrukt evenwel dat het gevolg van deze benadering is dat in álle toekomstige gevallen waarin de patiënt is overleden ten gevolge van een vermoedelijke medische fout, de toestemming van de patiënt voor inzage in het dossier

---

de patiënt wilsbekwaam was en de leeftijd van twaalf jaar had bereikt op het moment dat hij toestemming voor gegevensverstrekking onthield.

40 Zie ook Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 11-12.

41 Zie bijv. HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, *NJ* 2012/537; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263; HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *GJ* 2009/10, m.nt. T.M. Schalken, onder punt 2.

42 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *NJ* 2008/630.

43 Zie Hendriks, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 535.

44 T.M. Schalken, annotatie bij Rb. Rotterdam 13 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ8514, *GJ* 2007/41; zie ook Legemaate, *NJB* 2009, p. 2625; De Jong 2004, p. 106-107.

45 T.M. Schalken, annotatie bij HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *GJ* 2009/10, onder 2.

mag worden verondersteld.[46] De Hoge Raad lijkt te willen benadrukken dat het schenden van vertrouwen van zowel de individuele patiënt als toekomstige patiënten, ook na overlijden van de patiënt, slechts bij hoge uitzonderingen dient plaats te vinden. Vandaar ook dat de Hoge Raad in de belangenafweging andere wegingsfactoren betrekt dan de veronderstelde toestemming alleen, zoals de zwaarwegendheid van een ander belang of de zeer uitzonderlijke omstandigheden van het geval (zie hierna onder 5.5 en 5.6). Het komt mij voor dat terughoudend moet worden omgegaan met het reconstrueren van toestemming van de patiënt. Medische dossiers bevatten hoogst persoonlijke informatie en voor het vrijgeven ervan geldt daarom als uitgangspunt dat uitdrukkelijke toestemming van betrokkene moet zijn gegeven.[47] Het risico bestaat immers dat anders het vertrouwen in geheimhouding en daarmee in het verlenen van goede zorg wordt ondermijnd.

5.2.4 Gevolgen van toestemming als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht

Het geven van toestemming is een uiting van de autonomie van de patiënt en het respecteren ervan wordt uiteraard beschouwd als onderdeel van goede zorgverlening (art. 2 Wkkgz). Echter, hiermee is niet gezegd dat het niet-respecteren van eenmaal gegeven toestemming voor gegevensverstrekking zonder meer in strijd is met goede zorgverlening.[48] Het kan immers zo zijn dat aan de vereisten die er gelden voor een rechtsgeldige toestemming niet is voldaan. Bijvoorbeeld als de toestemming niet in vrijheid is gegeven, of als de patiënt de gevolgen ervan niet overziet. De arts is als goed hulpverlener verplicht om de gegevens dan níet te verstrekken.[49] Hij zal opnieuw met de patiënt in gesprek moeten gaan.

Oftewel: autonomie van de patiënt en het geven van toestemming voor gegevensverstrekking vinden hun begrenzing in de professionele standaard. Toestemming als uitzondering op het medisch beroepsgeheim functioneert niet los van de plicht van de arts tot goede zorgverlening aan de patiënt. Zij zijn in die zin verbonden dat toestemming als uitzondering op het medisch beroepsgeheim betekenis krijgt in het licht van dat wat als goede zorgverlening

46 Legemaate, *NJB* 2009, p. 2625.

47 Het belang van uitdrukkelijke toestemming voor verstrekken van medische informatie uit het dossier is nog eens bevestigd in EHRM 23 februari 2016, *LJN* 40378/06 (Y.Y. tegen Rusland), m.nt. A.C. Hendriks.

48 Leenen e.a. 2017, p. 105-106; Legemaate, *TvGR* 2016, p. 54-55; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 18; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/407; Engberts 2005, p. 7-8; HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649 (Protocollenarrest); hierin overwoog de Hoge Raad dat van de arts in beginsel mag worden verwacht dat hij de op hem van toepassing zijnde protocollen naleeft.

49 Engberts 2005, p. 8-9; Engberts 1997, p. 59.

wordt beschouwd en niet andersom. De arts moet de toestemming vanuit de zorgplicht die op hem rust nader toetsen aan bijvoorbeeld de vraag of de toestemming in vrijheid is gegeven en of de patiënt hiervan de gevolgen overziet. Pas dan is er sprake van een rechtsgeldige toestemming voor gegevensverstrekking. Oftewel: de arts kan zelfs als toestemming is gegeven, alsnog in het gezondheidsbelang van de patiënt besluiten gegevens niet te verstrekken. En andersom geldt hetzelfde: als toestemming wordt onthouden door de patiënt of diens gezagdragende ouder(s), dan kan de arts alsnog besluiten deze gegevens wél te verstrekken, mits dit uiteraard in het gezondheidsbelang is van de patiënt. Bij het verlenen van goede zorg is immers het gezondheidsbelang van de patiënt een eerste overweging; het gaat om patiëntgerichte zorg (cf. art. 2 Wkkgz).

Duijst vraagt zich af waarom een geheim zou moeten worden bewaard als de patiënt het zelf wil prijsgeven?[50] Waarom stellen dat het geheim van de patiënt is, maar de verantwoordelijkheid voor het prijsgeven ervan bij de arts leggen?, aldus Duijst.

Het komt mij voor dat de professionele verantwoordelijkheid van de arts terzake van gegevensverstrekking niet zozeer bevoogdend of inconsequent is, maar conform datgene wat de patiënt van de zorgverlening van zijn arts mag verwachten. Steun voor deze gedachte is te vinden in de tuchtrechtelijke jurisprudentie. In ingewikkelde situaties waarin bijvoorbeeld door de patiënt een formulier voor de aanvraag van een verzekering is getekend waarop een algemene machtiging tot het verstrekken van inlichtingen door de arts aan de verzekeraar is opgenomen, is de tuchtrechter duidelijk: een dergelijke machtiging verplicht de arts niet tot het doorbreken van het beroepsgeheim.[51] Twijfelt hij of toestemming van de patiënt onder dwang of te lichtzinnig is gegeven, dan blijft zijn zwijgplicht gelden en gaat de arts hierover in gesprek met de patiënt.[52] De arts is op grond van zijn professionele verantwoordelijkheid er niet toe gehouden de autonomie van de patiënt te respecteren als dat strijdig is met de professionele standaard en daartoe behoort het beschermen van de patiënt tegen gegevensverstrekking ten gevolge van druk die wordt uitgeoefend op de patiënt tot vrijgave ervan of een te algemeen opgesteld toestemmingsformulier of het geven van een afschrift van het (hele) dossier. De zwijgplicht is, zoals in par. 3.6 betoogd, een in die zorgplicht geïntegreerde plicht waardoor uitgangspunten voor gegevensverstrekking doorwerken in de wijze waarop een goed hulpverlener geacht wordt te handelen. De arts beperkt de gegevensverstrekking uiteraard tot datgene wat in het licht van doelbinding noodzakelijk is.[53] Voorts is hij verplicht de persoonlijke levenssfeer van een ander niet te schaden door het verstrekken van gegevens (art.

50 Duijst 2007, p. 40-41.
51 Zie bijv. CMT 31 oktober 1940, *NJ* 1941/855.
52 Leenen e.a. 2017, p. 158.
53 Zie bijv. RTG Eindhoven 17 juni 2017, ECLI:NL:TGZREIN:2017:102, r.o. 5.1.

7:457 lid 1 BW).[54] Dat is logisch want voor het verstrekken van die informatie is immers de toestemming van die ander nodig.[55]

Ten slotte nog een afsluitende opmerking. In de praktijk komt het voor dat patiënten de arts vragen op grond van art. 7:456 BW een afschrift van het medisch dossier te verstrekken die de patiënt vervolgens wil overhandigen aan een instantie waaraan bijvoorbeeld een voorziening is gevraagd. De arts verstrekt die gegevens dus niet rechtstreeks mét toestemming aan een ander dan de patiënt, maar de patiënt fungeert als doorgeefluik van die gegevens aan een ander en van een doorbreking van het medisch beroepsgeheim door de arts is dan ook geen sprake.

De KNMG wijst er terecht op dat het recht van de patiënt op een afschrift van het dossier uiteraard niet bedoeld is voor het overhandigen aan een dergelijke instantie.[56] Daar komt bij dat de arts ook niet een afschrift van het héle dossier mag verstrekken. Dat zou immers in algemene zin niet aan het proportionaliteitsvereiste voldoen dat geldt voor verstrekking van gegevens. Slechts die gegevens die nodig zijn voor de vragende instantie kunnen verstrekt worden en niet álle.[57] De arts kan de patiënt na hierover met hem gesproken te hebben, ook weer niet beletten die gegevens te verstrekken aan die instantie. Hier wordt duidelijk dat er grenzen zitten aan de mogelijkheden van de arts terzake van de bescherming van gegevens van zijn patiënt.

5.2.5 Tussenconclusie

Toestemming van de patiënt is het uitgangspunt voor het doorbreken van de zwijgplicht van de arts (art. 7:457 lid 1 BW). Het geven van toestemming is een belangrijk instrument voor de patiënt om zijn zelfbeschikkingsrecht uit te oefenen. Toch functioneert het toestemmingsvereiste niet los van de zorgplicht die op de arts rust. Sterker nog: het toestemmingsvereiste krijgt betekenis door dit in de context van goede zorgverlening te plaatsen. Het recht laat zich immers niet funderen op één enkel beginsel zoals zelfbeschikking. Andere beginselen die weerspiegelen in de zorgplicht, zoals weldoen of niet schaden, strijden soms om voorrang. De arts hoeft gegevens niet te verstrekken als hij de patiënt hiermee zou schaden, bijvoorbeeld doordat de patiënt onder druk toestemming heeft gegeven. Betoogd is dat het voorbijgaan aan toestemming van de patiënt niet bevoogdend is, maar juist conform hetgeen de patiënt van

54 Hendriks, *NJB* 2017, p. 1080; Hendriks en overigens ook de KNMG benadrukken dat het niet zonder meer duidelijk is wat met 'schaden van de persoonlijke levenssfeer van een ander' wordt bedoeld; zie reactie KNMG op Wetsvoorstel wijziging WGBO, 2016/17, https://www.internetconsultatie.nl/concept_wijziging_wgbo/details (laatst geraadpleegd 29 januari 2018).

55 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/434; Markenstein 2006, p. 51.

56 KNMG-richtlijn 2018, p. 31.

57 KNMG-richtlijn 2018, p. 31.

zijn arts met het oog op goede zorgverlening mag verwachten. Het omgekeerde geldt ook. Het niet verstrekken van gegevens, dus het respecteren van de zwijgplicht getuigt immers voor zover dit in het gezondheidsbelang van de patiënt is, van een patiëntgerichte, adequate zorgverlening. Dat zwijgen maakt in dit licht dus ook deel uit van de zorgplicht.

Artsen dienen ook rekening te houden met algemene belangen zoals in geval van het verschoningsrecht. Het toestemmingsvereiste speelt een bescheiden rol bij het doorbreken van het verschoningsrecht, omdat het verschoningsrecht is gebaseerd op het algemeen belang dat een ieder zich zonder vrees tot de arts moet kunnen wenden. Daarover kan de patiënt niet beschikken. Oftewel: de betekenis van toestemming als uitzondering op het medisch beroepsgeheim hangt samen met datgene waartoe de arts als goed hulpverlener verplicht is. Deze plicht kan dus de arts-patiënt relatie overstijgen omdat de arts rekening heeft te houden met het dienen van een algemeen belang (vrije toegang tot de zorg) van álle patiënten.

5.3 Wettelijke meldplicht

Op grond van de slotzin in art. 7:457 lid 1 BW moet de arts inlichtingen over de patiënt verstrekken indien het bij of krachtens de wet bepaalde daartoe verplicht. Deze wettelijke voorschriften, die doorgaans worden aangeduid met de term wettelijke 'meldplichten', verplichten de arts dus tot het doorbreken van de zwijgplicht.[58] Daarmee vormen zij een uitzondering op het bepaalde in art. 7:457 lid 1 BW dat voor het verstrekken van gegevens over de patiënt aan een ander, toestemming van de patiënt is vereist. De wettelijke meldplicht begrenst dus het recht op zelfbeschikking van de patiënt.

De uitzonderingsgrond wettelijke meldplicht richt zich niet op het verschoningsrecht, maar op de zwijgplicht. Het verschoningsrecht is immers reeds een uitzonderingsrecht op de getuigplicht, waardoor het niet voor de hand ligt dat hierop een wettelijke uitzondering zou worden gemaakt. Het doorbreken van het verschoningsrecht zal dus op basis van een van de hierna te bespreken – niet-wettelijke – uitzonderingsgronden dienen te geschieden.

De ratio achter een wettelijke plicht tot doorbreking van het medisch beroepsgeheim is dat een ander maatschappelijk belang zwaarder weegt dan de zwijgplicht. De wetgever heeft in een dergelijk geval een andere algemeen belang afgewogen tegen het belang van het medisch beroepsgeheim en bepaalt dat het medisch beroepsgeheim moet wijken. Vanzelfsprekend gelden er passende waarborgen voor de verplichte doorbreking van het medisch beroepsgeheim (vgl. art. 8 EVRM). Behalve dat er een noodzaak moet zijn voor de

58 Buijsen c.s. 2012, p. 48-54; *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-XVI, nr. 129, p. 2; *Wettelijke doorbrekingsgronden medisch beroepsgeheim,* bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-XVI, nr. 129; Bannier e.a. 2008, p. 96.

invoering van zo'n meldplicht, met deze duidelijk en specifiek zijn.[59] De meldplicht moet bovendien gericht zijn op het beschermen van een zwaarwegend algemeen belang en er moeten in het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkene passende waarborgen gelden.[60] Het medisch beroepsgeheim dient niet meer te worden geschonden dan noodzakelijk en relevant is in het licht van het doel waarvoor de gegevens zijn verstrekt.[61]

Het aantal wettelijke meldplichten is in het afgelopen decennium fors toegenomen.[62] Dit illustreert de toenemende maatschappelijke druk het medisch beroepsgeheim eerder te doorbreken, terwijl er ook nadelen kleven aan zo'n meldplicht. Zo blijkt bijvoorbeeld uit de wetsgeschiedenis van de Wet verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling dat bewust is afgezien van het introduceren van een meldplicht ter bestrijding van kindermishandeling en huiselijk geweld, omdat niet alleen voorbij wordt gegaan aan de zelfbeschikking van de patiënt, maar ook omdat de arts dan zelf niet meer een eigen afweging kan maken of hij al dan niet de zwijgplicht zal doorbreken. De arts kan dan niet zelf zorgvuldig overwegen welke stappen nodig zijn in het belang en ter bescherming van de patiënt.[63] Niet voor niets bepleiten Buijsen, Legemaate en Leenen c.s. dan ook voor terughoudendheid van de wetgever bij het in de wet opnemen van uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim.[64] Het medisch beroepsgeheim dient immers belangrijke waarden die niet zonder meer door meldplichten terzijde moeten kunnen worden geschoven, terwijl dat volgens Legemaate vanuit een politieke of maatschappelijke roep met een kennelijk gemak toch gebeurt.[65] Een fraai voorbeeld hiervan is de wijziging van het oorspronkelijke recht op informatieverstrekking aan de jeugdbeschermer in een verplichting daar waar de arts in het kader van de uitvoering van een OTS wordt bevraagd. Hierop kom ik terug in par. 7.2.2.

59 Zie bijv. Rb. Rotterdam 29 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9944, *GJ* 2011/27.

60 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 71-72 en p. 245- 246 (MvT); *Kamerstukken II*, 1997/98, 25892, nr. 3, p. 22.

61 Zie par. 3.2.4.

62 Zie voor een overzicht van wettelijke meldplichten: Buijsen c.s. 2012, p. 48-54; *Wettelijke doorbrekingsgronden medisch beroepsgeheim*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-XVI, nr. 129.

63 *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 7-9

64 Buijsen c.s. 2012, Legemaate 2011, p. 7-10; Legemaate, *TvGR* 2013, p.101. Leenen e.a. 2017, p. 159.

65 Legemaate, *TvGR* 2013, p.101.

5.3.1 Gevolgen van wettelijke meldplicht als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht

Het gevolg van de wettelijke meldplicht is niet alleen dat het recht op informationele privacy van de patiënt of diens wettelijk vertegenwoordigers wordt begrensd, maar ook dat de arts wordt verplicht de in de wet neergelegde plicht tot informatieverstrekking na te komen, zonder een eigen afweging te maken terzake van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim en van de vraag jegens wie. Dit laatste is in de wettelijke regelingen bepaald. De arts die niet meldt waar dit bij wet wel verplicht is, zwijgt immers onrechtmatig (art. 6:162 BW).[66]

Kenmerkend voor een wettelijke meldplicht is dat die gegevensverstrekking een *algemeen* belang dient. In enkele gevallen valt dit samen met het individuele belang van de patiënt, zoals bijvoorbeeld bij het verstrekken van informatie aan de jeugdbeschermer in het belang van het onder toezicht geplaatste kind (art. 7.3.11 lid 4 Jw). Die informatieverstrekking is in het belang van het kind, omdat daarmee veiligheidsrisico's voor het kind in kaart kunnen worden gebracht en dat valt samen met een meer algemeen belang: het beschermen van kinderen tegen mogelijke kindermishandeling. In andere gevallen, zoals bij het melden van infectieziekten (art. 21 Wpg en art. 22 Wpg), gaat het om de bescherming van anderen dan de patiënt zelf. Zo'n meldplicht is eveneens gericht op het voorkomen van gezondheidsschade.

Wat betreft het bepalen welke gegevens verstrekt dienen te worden, geldt dat in sommige gevallen in de wet reeds is geëxpliciteerd welke gegevens noodzakelijk zijn, zoals in art. 24 Wpg. In andere gevallen geldt een meer open norm, zoals in art. 7.3.11 lid 4 Jw. De arts behoudt dan vanuit zijn plicht tot goede zorgverlening een eigen verantwoordelijkheid over de hoeveelheid te verstrekken informatie. Daaruit spreekt patiëntgerichtheid. Hij verstrekt dus zeker niet álle gegevens van en over de patiënt. Dat is hij als goed hulpverlener verplicht. Vanzelfsprekend geldt hierbij ook als uitgangspunt dat de arts betrokkene(n) over de verstrekking van gegevens informeert.[67] Ook dat getuigt van goede zorgverlening aan de patiënt.

Het beginsel van autonomie legt het in geval van een meldplicht onvermijdelijk af tegen beginselen als weldoen, niet schaden en rechtvaardigheid. De wetgever heeft die gewichtsverdeling bepaald, zij het dat die inbreuk op het medisch beroepsgeheim doorgaans wordt geconcipieerd vanuit een uitzondering op de zwijgplicht, terwijl het volgens mij gaat om de invloed en prevalentie van bepaalde beginselen vanuit de zorgplicht. Het doorbreken van het zwijgen ten behoeve van een ander algemeen belang dan het medisch beroepsgeheim dient, vloeit immers voort uit een algemene, maatschappelijke zorg-

66 Stolker 1994, p. 43.

67 KNMG-richtlijn 2018, p. 19. In de richtlijn is aangegeven in welke situatie welke gegevens noodzakelijk zijn te verstrekken.

plicht van de arts. Daar waar het algemeen belang dat met die doorbreking van het zwijgen wordt gediend, samenvalt met het individueel belang van de patiënt bij goede, patiëntgerichte zorgverlening, zoals in geval van de meldplicht richting jeugdbeschermer (art. 7.3.11 lid 4 Jw), is de plicht tot goede zorgverlening uiteraard te baseren op art. 7:453 BW.

5.3.2 Tussenconclusie

De wettelijke plicht tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim ziet op het doorbreken van de zwijgplicht en niet op dat van het verschoningsrecht. Op grond van een in de optiek van de wetgever zwaarder wegend maatschappelijk belang is de arts verplicht informatie te verstrekken. De bepaling op grond waarvan dit geschiedt dient voldoende duidelijk en specifiek te zijn. Dit laat onverlet dat de arts vanuit de zorgplicht die op hem ex art. 7:453 BW rust, een eigen verantwoordelijkheid behoudt ter zake van informatieverstrekking. In deze zorgplicht kan zelfs een argument worden gevonden voor het niet-naleven van de wettelijke verplichting tot het doorbreken van de zwijgplicht als deze onvoldoende duidelijk en specifiek is en niet leidt tot zorgvuldig handelen jegens de patiënt of diens naasten (art. 47 lid 1 Wet Big).

Volgens sommigen ligt de meerwaarde van een wettelijke meldplicht in de duidelijke normstelling: de arts móet gegevens verstrekken.[68] Maar het wegnemen van het maken van een eigen afweging bij de arts draagt het risico in zich dat de vertrouwensrelatie met de patiënt (of de ouders van de patiënt) dusdanig wordt geschaad dat deze wordt verbroken. Dat komt niet wenselijk voor. De wetgever zou in plaats van het instellen van wettelijke meldplichten meer aandacht kunnen hebben voor de betekenis van de zorgplicht als mogelijke overkoepelende grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Daarbij is het zelfs denkbaar dat accenten waar nodig in die zin anders worden gelegd dat de arts weliswaar in bepaalde situaties moet spreken, maar niet nadat hij een eigen afweging vanuit de zorgplicht heeft gemaakt. Op deze gedachte kom ik terug in par. 8.7 en 10.1.

5.4 Conflict van plichten

Indien er geen sprake is van (veronderstelde) toestemming van de patiënt of een wettelijke meldplicht, betekent dit niet dat de arts moet blijven zwijgen. Er kunnen zich immers situaties voordoen waarin door het handhaven van de zwijgplicht de arts in een noodtoestand komt in de zin van conflict van plichten.[69]

68 Zie bijv. Bruning 2006, p. 39.
69 Leenen e.a. 2017, p. 160.

In beroepscodes, handreikingen en richtlijnen wordt op diverse conflict van plichten-situaties gewezen. Zo benadrukt de *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* bijvoorbeeld dat de arts in een conflict van plichten-situatie (hierna: *cvp-situaties*) komt als de patiënt zorg gaat mijden omdat hij meent geen probleem te hebben of als een alleenstaande moeder met een psychische stoornis haar kinderen sterk verwaarloost of op een andere manier een gevaar vormt en elke hulp afwijst of als een psychiatrische patiënt een ernstig gevaar vormt voor zijn omgeving of zichzelf.[70]

Cvp-situaties kenmerken zich door het feit dat de arts twijfelt of hij moet blijven zwijgen en dat hij voor het doorbreken van dat zwijgen geen toestemming van betrokkene(n) heeft. Reden voor die twijfel is de bescherming van een ander concreet belang dat zwaarder weegt, omdat daarmee een ernstig nadeel voor de patiënt of een andere persoon kan worden voorkomen.[71]

Artsen zien zich regelmatig geplaatst voor het dilemma al dan niet het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Ofschoon conflict van plichten doorgaans wordt beschouwd als een (derde) grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, plaatst een enkeling hierbij een nuancerende kanttekening. Zo is De Jong van mening dat het beschouwen van conflict van plichten als een (derde) grondslag voor doorbreking van het geheim een te eenvoudige voorstelling van zaken is, omdat ook bij een conflict van plichten het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in beginsel níet is toegestaan.[72] In lijn hiermee stellen Bol en Dute dat het conflict van plichten-toetsingskader (hierna: *cvp-toetsingskader*) bestaat uit criteria die geformuleerd zijn vanuit het uitgangspunt: zwijgen-tenzij.[73] Uit de rechtspraak blijkt ook dat een cvp-situatie als zodanig geenszins impliceert dat het medisch beroepsgeheim *moet* worden doorbroken.[74] Vanzelfsprekend betekent het enkele feit dat de arts zich in een cvp-situatie bevindt nog niet dat het medisch beroepsgeheim moet wijken. Daartoe moet de arts immers sowieso een afweging maken (zie hierna onder 5.4.1). In lijn met De Jong, Bol en Dute kan weliswaar worden gesteld dat een cvp-situatie als zodanig niet een grondslag vormt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim maar het komt mij voor dat *de resultante van de afweging in het kader van het cvp* dit wel kan zijn. Om te voorkomen dat de arts die afweging onzorgvuldig maakt, is in literatuur en rechtspraak een cvp-toetsingskader ontwikkeld.

---

70 Zie bijv. *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* 2014, p. 2. Zie in de rechtspraak: CTG 20 december 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:37; RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52.

71 KNMG-richtlijn 2018, p. 130. In lijn met: RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.3; RTG Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:25, r.o. 5.2.

72 De Jong 2004, p. 125.

73 Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 13.

74 RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.5.

5.4.1 Cvp-toetsingskader

Het cvp-toetsingskader bestaat volgens het handboek van Leenen uit de volgende criteria:[75]

1. alles is in het werk gesteld om toestemming tot doorbreking van het geheim te krijgen;
2. het niet-doorbreken van het geheim levert voor een ander ernstige schade op;[76]
3. de zwijgplichtige verkeert in gewetensnood door het handhaven van de zwijgplicht;
4. er is geen andere weg dan doorbreking van het geheim om het probleem op te lossen;
5. het moet vrijwel zeker zijn dat door doorbreking van het geheim de schade aan de ander kan worden voorkomen of beperkt;[77]
6. het geheim wordt zo min mogelijk geschonden.[78]

Aan álle criteria dient te zijn voldaan om een beroep te kunnen doen op conflict van plichten.[79] Anders zwijgt de arts onverkort. Het moeten voldoen aan álle criteria bevestigt het uitgangspunt dat de arts *zwijgt-tenzij*.[80] Hieronder worden deze criteria nader uitgewerkt.

5.4.1.1 Alles in het werk stellen om toestemming te verkrijgen

In geval sprake is van een conflict van plichten en de arts overweegt het medisch beroepsgeheim te doorbreken, dient hij zich maximaal in te spannen toestemming van betrokkene(n) te verkrijgen. Hij dient hiertoe feiten en omstandigheden te stellen waaruit blijkt dat toestemming niet is verkregen of is geweigerd.[81] Niet voldoende is dat de arts ervan uitgaat dat de patiënt geen toestemming zal geven, zo bleek uit een uitspraak van het RTG Amsterdam in een zaak waarin een psychiater/arts het medisch beroepsgeheim doorbrak:

---

75 Leenen e.a. 2017, p. 160-161; Zie ook Buijsen c.s. 2012, p. 55; Kastelein 2004, p. 194; Duijst 2007, p. 64; De Jong 2004, p. 126 en de door hen behandelde rechtspraak.

76 Dit criterium heeft een bredere strekking gekregen: het kan ook gaan om het voorkomen van ernstige schade aan de patiënt. Zie par. 5.4.1.2.

77 Dit criterium heeft een bredere strekking gekregen: het kan ook gaan om het voorkomen of beperken van schade aan de patiënt. Zie par. 5.4.1.2.

78 Leenen e.a. 2017, p. 160-161; Buijsen c.s. 2012, p. 55.

79 Zie voor bevestiging in rechtspraak bijv. RTG Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:25, r.o. 5.1. De tuchtrechter spreekt van cumulatieve voorwaarden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Zie ook: KNMG-richtlijn 2018, p. 130-131.

80 Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 13.

81 CTG 2 september 2010, ECLI:NL:TGZCTG:2010:YG0565; RTG Zwolle 18 november 2010, ECLI:NL:TGZRZWO:2010:YG0660, *GJ* 2011/12.

> 'Daar komt bij dat ook als er sprake is van conflict van plichten en de [arts] overweegt het medisch beroepsgeheim te doorbreken, hij zich toch maximaal dient in te spannen om daarvoor toestemming van de patiënt te verkrijgen. Daarvan is hier geen sprake geweest. Naar verweerster ter zitting heeft verklaard heeft zij klager niet om toestemming verzocht omdat zij er op voorhand van uitging dat deze geen toestemming zou geven. Daarmee heeft verweerster een belangrijke norm genegeerd.'[82]

De psychiater/arts werd gewaarschuwd. Voorts blijkt dat de arts moet aantonen waarom hij eventueel geen toestemming heeft gevraagd, maar ook waarom hij de patiënt niet op zijn minst op de hoogte heeft gesteld van het voornemen het medisch beroepsgeheim te doorbreken.[83] Dit gaat uiteraard aan het vragen van toestemming vooraf.

De nadruk in de rechterlijke toetsing aan dit criterium ligt voor de hand omdat als er toestemming wordt gegeven, er immers ook geen sprake is van een cvp-situatie. De Hullu benadrukt dus terecht dat in dit eerste criterium de subsidiariteitseis verscholen ligt voor gegevensverstrekking.[84] De eis van subsidiariteit betekent immers dat er geen andere weg openstaat op grond waarvan het medisch beroepsgeheim kan worden doorbroken. De weg om met behulp van toestemming van betrokkenen (ex art. 7:457 lid 1 en lid 3 BW) het medisch beroepsgeheim te doorbreken, moet zijn afgesloten. Het dilemma terzake van het al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim ligt dan in alle scherpte op tafel.

5.4.1.2 Niet doorbreken levert ernstige schade op

Dit tweede criterium blijkt in de praktijk te restrictief. Een cvp-situatie beperkt zich immers niet tot het voorkomen van ernstige schade aan een *ander* dan de patiënt.[85] Het kan zoals blijkt uit de tuchtrechtspraak ook gaan om het voorkomen van ernstige schade aan de *patiënt* zelf.[86] Zo overwoog het RTG Amsterdam:

> 'Verweerder voert aan dat hij met zijn e-mail aan de officier van justitie wilde verzekeren dat klager (…) niet uit beeld zou raken en goede zorg zou krijgen en de maatschappij en collegae, in het bijzonder de naaste familie van klager die eerder door hem was bedreigd, beschermen.'[87]

---

82 RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.5.
83 Zie bijv. CTG 25 augustus 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:270, r.o. 4.4.
84 De Hullu 2000, p. 286-287; zie ook Buijsen c.s. 2012, p. 54-55.
85 RTG Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:25, r.o. 5.5; RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.3.
86 Dit doet zich doorgaans voor in geval van de bemoeizorg: zie *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* 2014, p. 19.
87 RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.4.

De Amsterdamse tuchtrechter overweegt dus dat het doorbreken van het medisch beroepsgeheim nodig kan zijn ten behoeve van het voorkomen van ernstige schade aan de patiënt zelf. Hier is sprake van een uitbreiding van het cvp-criterium uit het voornoemde cvp-toetsingskader van Leenen. I.c. werd niettemin een maatregel opgelegd, omdat er geen sprake was van een acute of gevaarlijke situatie (zie onder 5.4.1.5). Het bleek dus niet zozeer om de ernst van de schade te gaan maar om de vraag of de situatie acuut of gevaarlijk was. Dat deze vraag relevant is in het licht van het criterium, benadrukken ook Buijsen e.a. die immers stellen dat voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in het kader van conflict van plichten er sprake moet zijn van *direct gevaar* en dus niet zozeer van ernstige schade.[88] Uit de tuchtrechtspraak blijkt dat een 'gevreesde dreiging' of de 'reële kans op schade' reeds voldoende kan zijn voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.[89] De toepassing van het tweede criterium is dus niet eenduidig.[90]

5.4.1.3 De arts in gewetensnood

Het derde criterium betreft gewetensnood waarin de arts moet verkeren. De gewetensnood van de arts ontstaat doordat twee te beschermen belangen conflicteren. Het fundamenteel belang van het medisch beroepsgeheim enerzijds en een ander concreet zwaarwegend belang van een ander of de patiënt zelf anderzijds. Ofschoon het niet om een conflict van emoties gaat, is in de literatuur erop gewezen dat gewetensnood een wel erg subjectieve connotatie heeft. In de woorden van Kastelein: 'Waar de ene arts niet van kan slapen, ligt de andere nog geen seconde wakker'.[91]

Het verbaast in dit licht niet dat er een tendens is ontstaan om het handelen van de arts te objectiveren door bijvoorbeeld meldcodes in het leven te roepen waarin nog weinig ruimte wordt gelaten aan subjectief ervaren gewetensnood.[92] Uit de tuchtrechtspraak blijkt dat de arts zal moeten aantonen dat het om een objectief ervaren gewetensnood gaat en niet om persoonlijke emoties.[93] Sterker nog: stellen dat je géén gewetensnood hebt ervaren, helpt de arts niet in een procedure omdat er beroepsnormen gelden op basis waar-

88 Buijsen c.s. 2012, p. 55.

89 Zie bijv. CTG 27 mei 2008, *TvGR* 2008/48, p. 626; RTG 's-Gravenhage 17 augustus 2010, ECLI:NL:TGZRSGR:2010:YG0517, *GJ* 2010/120; RTG Amsterdam 22 juni 2010, zaak nr. 09/220.

90 Kastelein 2004, p. 194.

91 Kastelein 2004, p. 182; zie ook Buijsen c.s. 2012, p. 55.

92 Zie bijv. KNMG-meldcode 2015, waarin het handelen van de arts in art. 4 wordt geobjectiveerd.

93 Zie bijv. RTG Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:25, r.o. 5.5 waaruit blijkt dat betrokkene de afweging het medisch beroepsgeheim te doorbreken niet op basis van gevoelens maar feiten moet maken.

van je een 'niet pluis gevoel' moet krijgen en dient te handelen.[94] De vraag rijst wel waarom nog steeds naar dit criterium wordt verwezen, terwijl er toch enig ongemak blijkt te zijn met het begrip 'gewetensnood'.[95]

5.4.1.4 Geen andere weg

In het vierde criterium ligt, evenals in het tweede criterium, de eis van subsidiariteit besloten. Het criterium bepaalt immers dat er geen enkele andere mogelijkheid openstaat dan het doorbreken van de geheimhoudingsplicht om schade aan een ander te voorkomen of te beperken.[96] Het doorbreken van het medisch beroepsgeheim is dus in dit licht een noodzakelijk *ultimum remedium*.

5.4.1.5 Voorkomen of beperken schade

Volgens Kastelein is dit een onduidelijk criterium, omdat eenvoudigweg lang niet altijd vooraf te voorzien is of schade kan worden voorkomen of beperkt.[97] Ook De Jong meent dat het vijfde criterium een eigenschap bij artsen veronderstelt die zij niet hebben, namelijk de toekomst voorspellen.[98] Artsen kunnen lang niet altijd met zekerheid weten of er schade optreedt dan wel wat de ernst van die schade zal zijn, aldus De Jong. Dit is evenwel ook geen vereiste: voldoende is immers dat het voorkomen ervan 'vrijwel zeker' is. Het komt mij voor dat dit criterium aldus moet worden begrepen dat er sprake moet zijn van een situatie die dermate acuut en gevaarlijk is of kan zijn, dat het noodzakelijk is het medisch beroepsgeheim te doorbreken ter bescherming van een ander zwaarwegend belang. Steun voor deze gedachte geven diverse uitspraken. Een bekend voorbeeld is de zaak van de zogeheten balpenmoord. Een psychologe had aangifte gedaan bij de politie nadat haar patiënt had verklaard dat hij zijn moeder had vermoord door een pen met een kruisboog op haar af te schieten. Er was i.c. geen sprake meer van een acute of gevaarlijke situatie, omdat de moeder immers al was overleden. De psychologe kreeg een maatregel opgelegd.[99] Ook in een zaak die diende voor het RTG Amsterdam, overwoog de tuchtrechter dat i.c. er geen sprake was van een acute of gevaarlijke situatie die de arts noopte tot doorbreking van het medisch beroepsgeheim omdat de patiënt die een ander wat aan wilde doen reeds in verzekering was

94 Zie bijv. KNMG-meldcode 2015, waarin het handelen van de arts in art. 4 wordt geobjectiveerd.
95 Zie bijv. KNMG-richtlijn 2018, p. 131 waar nog gesproken wordt van gewetensnood.
96 Zie bijv. RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.5.
97 Kastelein 2004, p. 192.
98 De Jong 2004, p. 132.
99 College van Beroep NIP 20 juni 1997, *TvGR* 1999/43.

gesteld.[100] Oftewel: er moet sprake zijn van daadwerkelijk, actueel gevaar dat niet is 'weggenomen'.

5.4.1.6 Geheim zo min mogelijk schenden

Het zesde criterium – het geheim wordt zo min mogelijk geschonden – behelst de eis van proportionaliteit. De rechter toetst immers of de informatie die de arts naar aanleiding van zijn besluit om het beroepsgeheim te doorbreken aan een derde verstrekt, zich beperkt tot het relevante en noodzakelijke. Voorts mogen gegevens omtrent de patiënt niet worden verstrekt op een wijze die onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor ze zijn verkregen.[101] Dit criterium ziet niet zozeer op de vraag óf de zwijgplicht mag resp. moet worden doorbroken maar in welke mate deze dient te worden doorbroken.

5.4.2 Gevolgen van conflict van plichten als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht

Wat is het resultaat van het hanteren van het cvp-toetsingskader: mag of moet de arts het medisch beroepsgeheim doorbreken? Deze vraag is in de literatuur beantwoord vanuit de gedachte dat conflict van plichten een zelfstandige grondslag van het doorbreken van de zwijgplicht als een geïsoleerde, zelfstandige plicht. Zo benadrukt Gevers dat er een rechtsplicht kan bestaan tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim op grond van conflict van plichten.[102] De Jong is het hiermee eens en voegt toe dat er naar zijn idee sprake moet zijn van een concreet, reëel belang van een derde waarbij het spreken daadwerkelijk tot bescherming van dat belang kan leiden.[103] Stolker benadrukt terecht dat zwijgen in een cvp-situatie onrechtmatig kan zijn en tot schadevergoeding kan verplichten.[104] Castermans wijst erop dat niet alleen de moraal, maar ook het recht in welbepaalde gevallen zwijgen afkeurt en er niet alleen van een morele plicht maar ook een rechtsplicht sprake kan zijn.[105]

Uit de tuchtrechtspraak blijkt weliswaar dat een conflict van plichten geenszins impliceert dat het medisch beroepsgeheim doorbroken *moet* worden, maar de vraag rijst hier wel of de tuchtrechter niet bedoelt dat de afweging in het kader van conflict van plichten óók kan leiden tot het besluit te blijven zwijgen.[106] De situatie van conflict van plichten noopt de arts immers tot

100 RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.5.
101 Zie bijv. RTG Amsterdam 9 oktober 2007, zaak nr. 06/342, *GJ* 2008/47.
102 Gevers, *TvGR* 2003, p. 523.
103 De Jong 2004, p. 137.
104 Stolker 1994, p. 43.
105 Castermans 1992, p. 29.
106 Zie bijv. RTG Amsterdam 9 oktober 2007, zaak nr. 06/342, *GJ* 2008/47.

het maken van een afweging langs de lijnen van het daarvoor ontwikkelde toetsingskader met het doel op grond van die afweging te beslissen tussen zwijgen of spreken. Het cvp-toetsingskader stelt de arts dus in staat om van zijn bevoegdheid gebruik te maken te beslissen tussen zwijgen of spreken, maar als die beslissing de ene of de andere kant uitvalt, dan valt niet uit te sluiten dat de arts daaraan gevolg móet geven. Ook over het níet doorbreken van het medisch beroepsgeheim kan immers worden geklaagd.

Het komt mij voor dat als het cvp-toetsingskader leidt tot de slotsom dat de zwijgplicht moet wijken ter voorkoming van ernstige schade aan de patiënt of een ander, de arts daartoe vervolgens ook verplicht is. Waarom zou men anders een afweging op grond van dat toetsingskader maken? Een conflict van plichten-situatie kan dus wel degelijk inhouden dat de arts het zwijgen moet doorbreken, namelijk als de uitkomst van de toetsing daartoe noopt.

Het omgekeerde is wellicht nog vanzelfsprekender: als de afweging op grond van de cvp-criteria tot de slotsom leidt dat de arts moet blijven zwijgen, dan geldt uiteraard dat het van goede zorgverlening getuigt dat hij zwijgt. Die vanzelfsprekendheid vloeit uiteraard voort uit het feit dat er een wettelijke zwijgplicht geldt.

Voor het doorlopen van het cvp-toetsingskader is niet conflict van plichten de juridische basis. Dat is immers niet meer dan een situatie waarin de arts zich bevindt. De arts dient, omdat hij zich in een cvp-situatie bevindt, het cvp-toetsingskader te doorlopen ómdat hij in het belang van de patiënt of een ander mogelijkerwijs het medisch beroepsgeheim moet doorbreken om ernstige schade voor de patiënt of de ander te voorkomen. In de kern gaat het dus om het voorkomen van ernstige schade voor de patiënt of voor een ander. Dát is de legitimatie voor de eventuele doorbreking. Voor zover die doorbreking in het belang is van zijn eigen patiënt, bijvoorbeeld in geval van bemoeizorg of kindermishandeling, dan vloeit die wat genoemd kan worden de 'professionele plicht tot spreken' voort uit de zorgplicht ex art. 7:453 BW. Het getuigt immers van goede zorg om ernstige schade aan de patiënt te voorkomen. Want welk belang heeft bijvoorbeeld de patiënt erbij dat zijn gegevens tegen verstrekking worden beschermd als hij daardoor ernstige schade wordt berokkenend? Voor zover de arts het medisch beroepsgeheim doorbreekt in het belang van een ánder dan de patiënt, dan kan deze doorbreking niet beredeneerd worden vanuit de zorgplicht ex art. 7:453 BW, maar wel degelijk vanuit een meer overkoepelende zorgplicht zoals deze besloten ligt in de medische ethiek en daarbij behorende beginselen als weldoen en niet schaden.[107] Voorwaardelijk voor de doorbreking op grond van het cvp-toetsingskader is immers dat ernstige schade aan die ander wordt voorkomen. Deze algemeen geldende, overkoepelende zorgplicht overstijgt de arts-patiëntrelatie.

107 Beauchamp & Childress 2013.

5.4.3 Tussenconclusie

Vooraf zij opgemerkt dat onderhavige tussenconclusie – in tegenstelling tot de ander tussenconclusies in dit hoofdstuk – zich niet slechts zal beperken tot een samenvatting van het beschrevene, maar beoogt iets verder te reiken dan dat met het oog op het tweede deel van dit proefschrift. Daar wordt immers het cvp-toetsingskader nader geanalyseerd voor de situatie van kindermishandeling. Knellen bijvoorbeeld de cvp-criteria in die situatie en zo ja, wat betekent dat voor conflict van plichten en het daarbij behorende cvp-toetsingskader?

In deze paragraaf is gebleken dat conflict van plichten de benaming is voor de situatie waarin de arts ook zonder wettelijke verplichting of (veronderstelde) toestemming van betrokkene(n) overweegt het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Het daarvoor ontwikkelde cvp-toetsingskader is niet bedoeld om de arts veel ruimte te geven voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, maar om hem te dwingen een zorgvuldige afweging te maken waarbij het accent ligt op 'zwijgen-tenzij'.

Het cvp-toetsingskader zoals dat in het Handboek van Leenen e.a. (2017) is gepresenteerd (zie 5.4.1) vormt weliswaar de leidraad voor de afweging tot al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim, maar is aan kritiek onderhevig. Het blijkt soms te restrictief (zie onder 5.4.1.2), soms te subjectief (zie onder 5.4.1.3) en soms te onduidelijk (zie onder 5.4.1.4). De rechtspraak reageert hierop door criteria anders te duiden, zoals dat het ook kan gaan om het beschermen van de belangen van de patiënt en niet alleen van die van een ander. De praktijk reageert met beroepscodes en handreikingen waarin handzame stappenplannen worden beschreven die de arts uit een cvp-situatie moeten geleiden. Op deze wijze wordt bijvoorbeeld beoogd subjectief ervaren gewetensnood te objectiveren. Dit roept vanzelfsprekend de vraag op wat de toegevoegde waarde is van het cvp-toetsingskader. Dit geldt eens te meer voor situaties waarin het accent van zwijgen-tenzij verlegd is naar spreken-tenzij.

De KNMG spreekt in haar *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* van 'goed hulpverlenerschap' als een 'verbijzondering van conflict van plichten'.[108] Met 'verbijzondering' bedoelt de KNMG ongetwijfeld een *versoepeling* van conflict van plichten. De KNMG benadrukt immers dat het van 'goed hulpverlenerschap' kan getuigen dat de arts zich niet beroept op de zwijgplicht, maar toch actie onderneemt en spreekt. Bijvoorbeeld door over de patiënt en zijn situatie te overleggen met andere hulpverleners of relevante organisaties. Het belang van goede medische zorg kan volgens de KNMG prevaleren boven het belang van de zwijgplicht.[109]

Ook de centrale tuchtrechter wijst op de mogelijkheid dat de arts het medisch beroepsgeheim vanuit zijn goed hulpverlenerschap mag doorbreken.

---

108 *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* 2014, p. 19; KNMG-meldcode 2015, p. 46.
109 *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* 2014, p. 19.

Zo overwoog het CTG in een zaak waarin een huisarts zonder toestemming van betrokkene informatie had gedeeld met het voordeurteam GGZ dat de arts in deze situatie niet tuchtrechtelijk kon worden verweten dat zij – *uit hoofde van haar invulling van het goed hulpverlenerschap* – dit had gedaan.[110] Het CTG toetst aan de zorgvuldigheidsnormen uit de *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* zoals ook bleek in een uitspraak van het CTG waarin de arts eveneens in het kader van bemoeizorg gegevens had verstrekt. Het CTG overwoog dat het belang van een doeltreffende bemoeizorg bij het uitwisselen van persoonsgegevens de hulpverlener dwingt tot het maken van een afweging al dan niet het medisch beroepsgeheim te doorbreken.[111] Aan het cvp-toetsingskader werd niet getoetst, maar wel aan de in de *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* genoemde criteria (relevantie van de te verstrekken gegevens, belang van doeltreffende bemoeizorg bij uitwisseling van gegevens). Het spreekt voor zich dat het belang van doeltreffende bemoeizorg bij het uitwisselen van gegevens zich niet goed verhoudt tot het cvp-toetsingskader dat immers niet uitgaat van de gedachte spreken-tenzij. Kennelijk biedt het cvp-toetsingskader dus niet de gewenste ruimte voor gegevensuitwisseling in die situaties waarin daaraan wél behoefte is.

Door conflict van plichten als uitzondering op het medisch beroepsgeheim in samenhang te beschouwen met de zorgplicht zoals in de vorige paragraaf is betoogd, kan juridisch vorm worden gegeven aan het verleggen van het accent van zwijgen-tenzij naar spreken-tenzij. Niet conflict van plichten is de grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, maar de zorgplicht. Vanuit die plicht maakt de arts een afweging. Als het in een specifieke situatie niet wenselijk is dat het accent op zwijgen-tenzij ligt, dan moet het cvp-toetsingskader noodgedwongen worden losgelaten. Daarvoor in de plaats kan dan een ánder afwegingskader met toetsingsmaatstaven komen. Daarbij gaat het niet om een 'verbijzondering' van conflict van plichten, zoals de KNMG stelt. Maar sterker: het gaat in die specifieke situaties om een afscheid van conflict van plichten en het daarbij behorende toetsingskader vanwege het voor die situaties niet wenselijke uitgangspunt ervan: zwijgen-tenzij. Het loslaten van dat uitgangspunt betekent ook het loslaten van het cvp-toetsingskader. Als de beroepsgroep immers andere toetsingsmaatstaven in het leven roept bestaande uit stappen en zorgvuldigheidsnormen die uitgaan van spreken-tenzij, dan is het vanuit de gedachte van rechtszekerheid niet goed verdedigbaar dat een eventuele doorbreking van het medisch beroepsgeheim langs de lat van het restrictieve cvp-toetsingskader wordt gelegd. De arts komt dan immers klem te zitten tussen twee van oorsprong verschillende toetsingskaders voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim: stappenplan en cvp-toetsingskader.

110 CTG 15 december 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1658, r.o. 4.5. Zie onder par. 3.6.
111 CTG 6 maart 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:83, r.o. 4.6.

Door afscheid te nemen van conflict van plichten in de situaties waarin het accent op spreken ligt, en een duidelijk toetsingskader daarvoor in de plaats te stellen dat uiteraard geïnspireerd is op de uitgangspunten die er gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim (noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit), ontstaat duidelijkheid voor arts, maar ook voor betrokkene(n). Niet alleen omdat het uitgangspunt in zo'n toetsingskader moet zijn dat de arts met betrokkene(n) overlegt, maar ook omdat als de uitkomst van de gezette stappen is dat hij spreekt, de arts dan het medisch beroepsgeheim móet doorbreken, en andersom: als de uitkomst is dat er (nog) geen reden is om het zwijgen te doorbreken, dan zwijgt de arts onverkort. Dat biedt betrokkene(n) de nodige rechtszekerheid en rechtsbescherming. De grondslag voor die afweging en het gevolg geven aan het resultaat ervan, is de plicht tot goede zorgverlening die op de arts rust.

5.5 Zwaarwegend belang

Het medisch beroepsgeheim kan ook doorbroken worden op grond van een zwaarwegend belang.[112] Er is ruimte het medisch beroepsgeheim te doorbreken indien voldoende concrete aanwijzingen aanwezig zijn waaruit blijkt dat door het handhaven van het medisch beroepsgeheim een ander zwaarwegend belang zou kunnen worden geschaad.[113] De uitzonderingsgrond zwaarwegend belang is ontwikkeld in de civielrechtelijke jurisprudentie. Kennelijk is de uitkomst van een afweging op grond van conflict van plichten dat de arts zwijgt, toch in bepaalde gevallen onbevredigend. Vandaar ook dat bijvoorbeeld nabestaanden die inzage wensen in het medisch dossier waarop de arts negatief beslist, vervolgens een vordering indienen tot inzage in het medisch dossier. Of er in een concreet geval sprake is van een zwaarwegend belang hangt af van de omstandigheden van het geval.

Zwaarwegende belangen die in de rechtspraak zijn geaccepteerd en die hieronder worden besproken zijn: belangen van erfgenamen (par. 5.5.1),[114] gezondheidsbelangen (par. 5.5.2),[115] het belang te weten van wie men afstamt (par. 5.5.3),[116] het belang van de arts zich te verdedigen als hij in rechte wordt gedaagd, maar ook als hij in een klachtenprocedure verzeild raakt (par. 5.5.4).[117] Ten slotte wordt in het wetvoorstel tot wijziging van de Wgbo

112 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 10.

113 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, r.o. 11, *NJ* 2001/600; Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901, r.o. 6.7.

114 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, r.o. 11, *NJ* 2001/600.

115 HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, *NJ* 2004/117; Cassatie tegen beslissing van het Hof Amsterdam 18 april 2002, *TvGR* 2003/15, m.nt. A.M. Vermaas en J.C.J. Dute.

116 Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1991, ECLI:NL:GHSHE:1991:AD1486, *NJ* 1991/796; HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, *NJ* 1994/608.

117 HR 8 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4131, *NJ* 2004/365.

voorgesteld om het vermoeden van een medische fout waarover de arts geen openheid heeft gegeven aan te merken als zwaarwegend belang (par. 5.5.5).[118]

5.5.1 Belang van nabestaanden bij erfenisgeschillen

Nabestaanden die inzage eisen in het medisch dossier van een overleden familielid, kunnen hierbij een zwaarwegend belang hebben.[119] Dat belang bestaat uit het aanvechten van een rechtshandeling die is verricht door een inmiddels overleden patiënt. De eiser is van mening dat de patiënt ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling niet *compos mentis* was.[120] Hierbij gaat het om gevallen waarin bijvoorbeeld een testament is gewijzigd, waardoor een bepaalde erfgenaam minder erft dan eerder in het testament was geregeld.[121] Als er tijdens de wijziging van het testament mogelijk sprake was van wilsonbekwaamheid bij de erflater kan inzage in het medisch dossier daar mogelijk antwoord op geven.[122] Andere financiële belangen dan die gepaard gaan met het mislopen van een erfenis, gelden niet als zwaarwegende belangen voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, althans zo is mij niet gebleken uit de jurisprudentie. Sterker nog: in een enkele uitspraak wordt benadrukt dat andere financiële belangen geen zwaarwegend belang zijn die inzage in de gegevens van de overledene legitimeren.[123] Emotionele belangen,

118 Inzage in het dossier in geval van een vermoeden van een medische fout wordt niet vaak gegeven, zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 11 waarin als voorbeelden uit de jurisprudentie worden aangehaald: Rb. Leeuwarden 8 juni 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ7902; Rb. Noord-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:265; Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1674; Hof Den Bosch 7 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:942.

119 Zie Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 14. Een voormalig wettelijk vertegenwoordiger die geen nabestaande is, kan bij inzage in het dossier zo blijkt uit de jurisprudentie 'enig belang' hebben (geen zwaarwegend belang). Zie Hof Amsterdam 29 januari 1998, *NJK* 1998/17, r.o. 4.14 en 4.21. Zie voor inzagerecht ouders na overlijden: par. 3.5.5.

120 Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 13. Hierin wordt voorgesteld om ook wettelijk vertegenwoordigers en ouders en voogd van een kind tot zeventien jaar onder voorwaarden een inzagerecht te geven (Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 14-15.

121 In een enkel geval betreft het vlak voor overlijden aangaan van een huwelijk. Zie Rb. Breda 5 januari 2000, ECLI:NL:RBBRE:2000:AH8091, KG 2000/35.

122 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, *NJ* 2001/600; zie bijv. ook HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311, *NJ* 2015/359; Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901, r.o. 6.7, *TvGR* 2016/66 & *TvGR* 2016/159; Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3007, r.o. 3.8.3, *TvGR* 2014/46; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8078, r.o. 3.18, *TvGR* 2015/9; Hof Arnhem 10 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV0470, r.o. 4.4, *JPG* 2012/88.

123 Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AB1126, KG 0000345/Br; Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1674, *NJ* 2003/379.

hoe zwaarwegend vanuit menselijk perspectief, legitimeren inzage in het dossier door nabestaanden niet.[124]

Uit de onderzochte rechtspraak over het zwaarwegend belang als uitzondering op het medisch beroepsgeheim in erfkwesties blijkt het volgende. Er dienen (i) zwaarwegende, concrete aanwijzingen te zijn dat de overledene tijdens het verlijden van het testament niet *compos mentis* was en dus niet bekwaam was rechtshandelingen te verrichten.[125] Voorts (ii) moet aannemelijk zijn dat het medisch dossier daarover helderheid kan geven.[126] Ten slotte (iii) staat er niet een andere weg open om deze duidelijkheid te verkrijgen.[127]

Voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim worden in de rechtspraak twee gronden aangewezen: de veronderstelde toestemming en het zwaarwegend belang. Echter, deze worden door rechters niet altijd eenduidig toegepast. In sommige uitspraken beoordeelt de rechter immers of sprake is van veronderstelde toestemming van de patiënt en een rechtmatig belang bij de nabestaande.[128] In andere uitspraken is naast de veronderstelde toestemming van de patiënt vereist dat de nabestaande een zwaarwegend belang aantoont voor inzage in de gegevens in plaats van een rechtmatig belang.[129] De rechtspraktijk zou dus gebaat zijn met een richtinggevende uitspraak op het terrein van erfenisgeschillen.[130]

Wat betreft de relatie tussen veronderstelde toestemming van de overleden patiënt en zwaarwegend belang, merkt Hendriks terecht op dat, door te eisen dat er voldoende concrete aanwijzingen aanwezig zijn om aan te tonen dat door handhaving van het medisch beroepsgeheim een ander zwaarwegend belang geschaad zou kunnen worden, de Hoge Raad (impliciet) afstand doet

---

124 Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901, r.o. 6.9; Rb. Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6239, *GJ* 2014/146; Rb. Arnhem, 15 augustus 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4760, *Prg.* 2005/195; Hof Amsterdam 28 november 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG0075, KG 2003/9; Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1674, *NJ* 2003/379.

125 Zie bijv. HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, r.o. 4.4.3-4.4.4, *NJ* 2001/600; zie ook HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311, r.o. 3.3.2, *NJ* 2015/359; Rb. Noord-Nederland 27 september 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4099, r.o. 4.4-4.7, *LS&R* 1528.

126 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, *NJ* 2001/600; HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311, *NJ* 2015/359; Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901, r.o. 6.7 en 6.9, *TvGR* 2016/66 & *TvGR* 2016/159; Rb. Noord-Nederland 27 september 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4099, r.o. 4.4-4.7, *LS&R* 1528.

127 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, *NJ* 2001/600; HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311, *NJ* 2015/359; Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901, r.o. 6.7-6.9, *TvGR* 2016/66 & *TvGR* 2016/159; Rb. Noord-Nederland 27 september 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4099, r.o. 4.4-4.7, *GJ* 2017/60.

128 Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:942, r.o.3.5.2; Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AB1126, r.o. 4.7-4.11, KG 0000345/Br; Hof Arnhem 10 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV0470, r.o. 4.3-4.4, *JPG* 2012/88.

129 Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1674, r.o. 6, *NJ* 2003/379; Hof Amsterdam 28 november 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG0075, r.o. 4, KG 2003/9.

130 Reeds in 2009 wees Legemaate hierop: Legemaate, *NJB* 2009, p. 2623.

van de benadering van de veronderstelde toestemming als grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.[131] Volgens Bannier en Buijsen zou in de toetsing ook moeten meewegen dat het voldoende aannemelijk is dat de overledene, ware hij nog in leven geweest, toestemming voor inzage in het medisch dossier zou hebben gegeven.[132] Met Bannier en Buijsen ben ik het eens dat de veronderstelde toestemming een aanvullende wegingsfactor zou moeten zijn, maar niet de enige wegingsfactor gezien het feit dat de patiënt immers bij leven niet kenbaar heeft gemaakt dat hij daadwerkelijk wenst dat zijn nabestaanden inzage krijgen in zijn gegevens.[133]

In het licht van bovenstaande verbaast het niet dat is voorgesteld het inzagerecht wettelijk te regelen, zodat voor nabestaanden, maar ook voor artsen en de rechtspraktijk het eenvoudiger kenbaar is wanneer en onder welke voorwaarden inzage kan worden verkregen.[134] Deze voorwaarden zijn: (i) het belang van geheimhouding van informatie uit het medisch dossier moet worden gewogen tegen het zwaarwegende belang van de persoon die zich hierop beroept. Inzage wordt alleen gegeven wanneer aan de hand van voldoende concrete aanwijzingen wordt aangetoond dat het zwaarwegende belang geschaad zou kunnen worden; en (ii) inzage moet noodzakelijk zijn voor de behartiging van dit zwaarwegende belang. Gekozen wordt dus voor de zwaarwegendheid en niet de rechtmatigheid van het belang.[135] Dat is een eerste stap, maar wel een stap die de facto neerkomt op een bij wet neergelegde doorbreking van het medisch beroepsgeheim.[136] Met Hendriks ben ik het eens dat het voorstel om nabestaanden inzage te geven in het medisch dossier van de overledenen lastig valt te rijmen met de ratio van de Wgbo, namelijk het verder versterken van de rechten van de patiënt.[137] Temeer omdat het voorstel vooral is ingegeven om nabestaanden de mogelijkheid tot inzage te geven in het dossier van een familielid dat door zelfmoord om het leven is gekomen.[138]

131 Hendriks, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 535; zie ook par. 2.7.

132 Bannier e.a. 2008, p. 110; Buijsen c.s. 2012, p. 56.

133 Dit zal veranderen als het wetsvoorstel tot wijziging van de Wgbo de eindstreep haalt. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 12 (MvT), p. 9-15; Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 14.

134 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 9 (MvT); Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 10 e.v. Nieuw art. 7:458a BW.

135 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 12 (MvT); Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 12-13.

136 Zie reactie KNMG op https://www.internetconsultatie.nl/concept_wijziging_wgbo/details (laatst geraadpleegd 29 januari 2018). In de optiek van de KNMG is er eerder behoefte aan goede nazorg waarbij ruimte bestaat om nabestaanden te informeren over de omstandigheden waaronder een persoon is komen te overlijden en wat hiervan de eventuele gevolgen zijn.

137 Hendriks, *NJB* 2017, p. 1071.

138 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 9 (MvT); Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 11.

Het gegeven dat nabestaanden een zwaarwegend belang kunnen hebben bij inzage in het dossier van de overleden patiënt en de behoefte aan een wettelijke regulering hiervan, toont aan dat het medisch beroepsgeheim geen rustig bezit is.[139] Sterker nog: de twee wettelijke uitzonderingsgronden, aangevuld met conflict van plichten en het daarbij behorende toetsingskader, blijken dus niet toereikend. De uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim nemen toe, temeer omdat er nog meer belangen blijken te zijn die als zwaarwegend kunnen gelden.

5.5.2 Gezondheidsbelang

De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat het gezondheidsbelang een zwaarwegend belang kan zijn dat het doorbreken van het medisch beroepsgeheim rechtvaardigt. Hiervan was sprake in een zaak waarin een vrouw was verkracht, vervolgens een HIV-test eiste van haar belager en de uitslag daarvan wenste te vernemen.[140] In een andere zaak ging het om de arts, die tijdens het opereren van zijn patiënt mogelijk besmet was geraakt met HIV.[141] Ook hij eiste een HIV-test en wenste daarvan de uitslag te vernemen. De Hoge Raad overwoog in beide gevallen dat betrokkenen ter bescherming van hun eigen gezondheid recht hadden een test te eisen en van de uitslag kennis te nemen, ook zonder dat betrokkene daarvoor toestemming had gegeven. Hieruit valt dus af te leiden dat het ging om ofwel het vaststellen en uitoefenen van een recht in rechte ofwel om een vitaal belang van de betrokken arts, zoals bedoeld in art. 9 lid 2 onder c AVG.

Opvallend is dat in de zaak van de arts de vraag of het medisch beroepsgeheim doorbroken moest worden vooreerst getoetst werd aan het cvp-toetsingskader. Daaraan was niet voldaan, waarna op grond van 'zwaarwegend belang' het medisch beroepsgeheim alsnog moest wijken. Hieruit zou een zekere hiërarchie tussen de uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim kunnen worden afgeleid. Echter, in de zaak van de verkrachte vrouw die wilde vernemen of haar beklager HIV-positief was, wordt niet in eerste aanleg getoetst aan het cvp-toetsingskader, maar gaat het om een belangenafweging, terwijl in beide gevallen het gaat om het eventueel vrijgeven van de vertrouwelijke uitslag van een HIV-test.[142] Hierdoor is het voor de arts niet eenduidig waaraan het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in rechte precies wordt

139 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 14-15 (MvT). Zie in dit licht ook Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 14-15 waarin verdere inperkingen van het medisch beroepsgeheim worden voorgesteld ten behoeve van wettelijk vertegenwoordigers en ouders/voogd van kind tot en met zeventien jaar.

140 HR 18 juni 1993, *TvGR* 1993/53.

141 HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, *NJ* 2004/117; Cassatie tegen beslissing van het Hof Amsterdam 18 april 2002, *TvGR* 2003/15, m.nt. A.M. Vermaas en J.C.J. Dute.

142 Hof Amsterdam 18 april 2002, *TvGR* 2003/15, r.o. 4.14.

getoetst en wat de waarde is die aan het cvp-toetsingskader dienaangaande moet worden gehecht. Het komt mij voor dat pas aan de uitzondering van zwaarwegend belang zou moeten worden toegekomen nadat is bezien of het cvp-toetsingskader inderdaad geen oplossing biedt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, temeer omdat hiervoor een duidelijk toetsingskader geldt.

5.5.3 Belang te weten van wie men afstamt

Het recht om te weten van wie men afstamt is een essentieel onderdeel van het recht op privacy (zie art. 8 EVRM). Volgens het EHRM is het verkrijgen van kennis over familiebetrekkingen een belangrijk aspect van iemands identiteit en een fundamenteel recht dat gebaseerd kan worden op art. 8 EVRM.[143] Het recht om te weten van wie men afstamt, staat tegenover het recht van de potentiële ouder om dat geheim te houden. De Hoge Raad overweegt in het Valkenhorst-arrest dat het recht te weten van wie men afstamt een persoonlijkheidsrecht is dat van dermate zwaarwegend belang is dat het een doorbreking van het medisch beroepsgeheim legitimeert.[144] In deze zaak vorderde de dochter inzage in het medisch dossier van haar moeder, teneinde duidelijk te krijgen wie haar biologische vader is. De moeder had geen toestemming gegeven voor het vrijgeven van deze informatie. Evenals in geval bij erfenisgeschillen, valt op dat de arts hier in eerste instantie de geheimhoudingsplicht nakomt, omdat toestemming van betrokkenen voor het verstrekken van inlichtingen aan een ander immers ontbreekt. Kennelijk ziet de arts zich óf niet voor een conflict van plichten gesteld óf wel, maar dan zwijgt hij omdat hij meent niet aan de cvp-criteria te hebben voldaan.[145] Vervolgens dient dus de dochter een eis tot inzage in het medisch dossier in. De Hoge Raad wees de eis van de dochter toe: het recht van een kind om te weten door wie het is verwekt, prevaleert boven het recht van de moeder op geheimhouding. In een andere zaak oordeelde de Hoge Raad dat de vermoedelijk biologische vader verplicht was mee te werken aan een bloed- of DNA-onderzoek.[146] In weer een andere zaak waarin de dochter op zoek was naar de identiteit van haar biologische

143 Zie bijv. EHRM 13 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY7907 (J. tegen Zwitserland); zie ook EHRM 7 februari 2002, Mikulic tegen Kroatië, nr. 53176/99, EHRC 2002/25; EHRM 13 februari 2003, Odièvre tegen Frankrijk (GC), nr. 42326/98, EHRC 2003/29, *NJB* 2003, afl. 18, p. 930, nr. 19, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 774.

144 HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, *NJ* 1994/608 (Valkenhorst); Cassatie tegen beslissing van Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1991, *NJ* 1991/796.

145 Dit betreft het criterium dat het vrijwel zeker moet zijn dat schade aan een ander wordt voorkomen of beperkt. In par. 5.4.1.5 alwaar bleek dat er sprake moet zijn van daadwerkelijk, actueel gevaar of van een acuutheid die niet is weggenomen.

146 HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7204, r.o. 3.5, *NJ* 2001, 647, m.nt. J. de Boer; zie bijv. ook HR 9 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3262, r.o. 3.10, *NJ* 2006/560.

vader, overwoog de Hoge Raad dat de moeder in rechte verplicht kan worden de relevante informatie over de vader te verstrekken.[147] Het medisch beroepsgeheim zal in die gevallen dus (alsnog) moeten worden doorbroken.

Uit de jurisprudentie van het EHRM die voor Nederland richtinggevend is, blijkt dat het recht om te weten van wie men afstamt weliswaar het recht is van een kind (art. 7 EVRM) maar dat dit recht niet beperkt blijft tot de periode waarin betrokkene minderjarig is. Zo accepteerde het EHRM de redenering van het Zwitserse Hof niet dat betrokkene inmiddels 67 jaar was en kennelijk zich zonder psychologische problemen had kunnen ontwikkelen. Het EHRM overwoog dat het belang om te weten van wie men afstamt niet ophoudt te bestaan, omdat betrokkene zijn gehele leven al leed aan 'souffrances morales' die het gevolg waren van het niet weten van wie hij afstamt en die bleken uit zijn voortdurende juridische strijd teneinde te weten te komen wie zijn biologische vader was. Het EHRM stelt vast dat een inbreuk op het privéleven van de betrokkene niet mogelijk is na de dood van betrokkene en dat dus DNA kon worden afgenomen om duidelijkheid over de afkomst te geven.[148]

Het erkennen van een zwaarwegend belang zoals het recht te weten van wie men afstamt, past weliswaar – in de woorden van Leenen – bij de functie van het recht in de telkens evoluerende samenleving waarin ook ándere belangen spelen dan de belangen van het medisch beroepsgeheim, maar het vraagt ook om een terughoudende en voorzichtige toepassing.[149] Want welke ándere belangen worden er in de toekomst als zwaarwegend aangemerkt die een inbreuk op het medisch beroepsgeheim rechtvaardigen?

5.5.4 Belang van de arts op eigen verdediging

In de rechtspraak van de Hoge Raad is uitgemaakt dat de arts een zwaarwegend verdedigingsbelang kan hebben dat rechtvaardigt dat hij gegevens uit het patiëntendossier gebruikt voor zijn verweer.[150] De gedachte hierachter is dat de arts recht heeft op een eerlijk proces zoals bedoeld in art. 6 EVRM en daartoe behoort het recht op verdediging.[151] Toepasselijkheid van artikel 6 EVRM, aldus de Hoge Raad, en het daarin verankerde recht op *fair trial* brengt mee dat partijen alle feiten en omstandigheden die naar hun inzicht van belang kunnen zijn voor de beoordeling van hun geschil vrijelijk ter kennis van de

147 HR 3 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2238, r.o. 5.4, *NJ* 1997/451, m.nt. J. de Boer.

148 EHRM 13 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY7907 (J. tegen Zwitserland). Zie ook: EHRM 15 mei 2006, De erven van Kresten Filtenborg Mortensen tegen Denemarken, (appl. no. 1338/03), *RvdW* 2006/843.

149 Leenen e.a. 2017, p. 162.

150 Zie bijv. HR 8 april 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF4131, *NJ* 2004/365; HR 30 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:AD2861, *NJ* 1998/554.

151 Zie bijv. HR 8 april 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF4131, *NJ* 2004/365; HR 30 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:AD2861, *NJ* 1998/554.

rechter moeten kunnen brengen.[152] Wel blijkt dat de arts zich in zijn verweer nadrukkelijk op dit zwaarwegend belang moet beroepen.[153]

Het zwaarwegend belang in de zin van het verdedigingsbelang van de arts komt vanzelfsprekend pas aan de orde als het medisch beroepsgeheim niet op grond van toestemming van de patiënt kan worden doorbroken.

In par. 5.2 is reeds gebleken dat toestemming van de patiënt voor het gebruik van gegevens uit het dossier door de arts ten behoeve van het voeren van verweer kan worden verondersteld in tuchtzaken. Anders zou de arts immers in bewijsnood komen. Een beroep op zwaarwegend belang zou hier dus pas aan de orde komen indien de patiënt bezwaar maakt tegen gebruik van gegevens uit het medisch dossier.

In civiele zaken kan echter niet worden uitgegaan van veronderstelde toestemming van de patiënt voor het gebruik van diens gegevens uit het medisch dossier door de arts ten behoeve van het voeren van verweer. Uit de door mij bestudeerde civielrechtelijke jurisprudentie blijkt dat indien de patiënt toestemming onthoudt voor het gebruik van gegevens uit het medisch dossier, de gevolgen hiervan voor de patiënt zijn.[154] Voor het gebruik van gegevens uit het dossier door de arts ten behoeve van het voeren van zijn verweer in klachtenprocedures, zo bleek in par. 5.2, is eveneens de toestemming van de patiënt vereist. Hier zou moeten gelden dat dit leidt tot ongegrondverklaring van de klacht, aldus terecht de KNMG.[155] Pas indien de klacht wél ontvankelijk zou worden verklaard, komt het zwaarwegend belang aan de orde.

5.5.5 Medische fout

In het wetsvoorstel tot wijziging van de Wgbo is voorgesteld dat naast de situatie waarin een rechtshandeling wordt aangevochten of inzage nodig is in het kader van een civiele procedure, nabestaanden een zwaarwegend belang kunnen hebben bij inzage in het medisch dossier als zij vermoeden dat de arts een medische fout heeft begaan en de arts hier niet open over is geweest. Het is van belang dat de arts vanuit zijn plicht als goed hulpverlener nabestaanden goed informeert (art. 47 lid 1 onder 2e Wet Big) en om dat extra te waarborgen wordt voorgesteld nabestaanden een inzagerecht te geven.

---

152 HR 30 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:AD2861, r.o. 2.2, *NJ* 1998/554.

153 HR 8 april 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF4131, *NJ* 2004/365, r.o. 3.5-3.6; RTG Eindhoven 13 april 2016, ECLI:NL:TGZREIN:2016:36, r.o. 5.

154 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 1 juli 1992, ECLI:NL:RBSGR:1992:AB7705. Zie in gelijke zin: KNMG-richtlijn 2018, p. 52; Philips-Santman, *TvGR* 2016, p. 405-418.

155 KNMG-richtlijn 2018, p. 52. Zie in gelijke zin Duijst 2007, p. 69; Philips-Santman, *TvGR* 2016, p. 418.

Nabestaanden dienen in beginsel te worden geïnformeerd over een medische fout ten gevolge waarvan de patiënt is overleden (art. 10 lid 3 Wkkgz).[156] Het voorstel tot inzage in het medisch dossier van de overleden patiënt bij een vermoeden van een medische fout biedt nabestaanden dus een extra mogelijkheid om inzage in het dossier van de overleden patiënt te krijgen, voor zover dit incident ten onrechte niet aan hen gemeld is. De positie van de nabestaanden die mogelijk ten onrechte niet zijn geïnformeerd over een medische fout, wordt hiermee versterkt, aldus de memorie van toelichting.[157]

Anders dan de hiervoor besproken zwaarwegende belangen, kunnen de belangen van de nabestaanden en de overleden patiënt met elkaar in de pas lopen. Het is immers heel goed denkbaar dat de patiënt gewild zou hebben dat zijn nabestaanden inzage krijgen in het medisch dossier indien mogelijk sprake is van een jegens hem begane medische fout, aldus de memorie van toelichting.[158] Als die belangen dan toch parallel lopen, waarom ziet de wetgever af van de constructie van veronderstelde toestemming in situaties waarvan sprake is van een medische fout, en kiest hij voor de constructie van zwaarwegend belang? Genoemde redenen in de toelichting hiervoor zijn (i) veronderstelde toestemming is in weinig jurisprudentie genoemd als zelfstandige uitzonderingsgrond, (ii) veronderstelde toestemming doet interpretatie- en uitvoeringsvragen rijzen en (iii) de rechtspraak is op dit punt niet eenduidig.[159] Toch valt hierop wel wat af te dingen, want ook de constructie van zwaarwegend belang roept immers interpretatie- en uitvoeringsvragen op zoals: wanneer is het vermoeden van een medische fout door nabestaanden voldoende aannemelijk gemaakt en wie bepaalt dat?[160] Volgens de memorie van toelichting moet het om meer gaan dan enkel het uitspreken van een vermoeden. Maar hoe kunnen nabestaanden het vermoeden onderbouwen zónder inzage in het medisch dossier? Hier dreigt een cirkelredenering.

De KNMG stipuleert dat gegevens uit het medisch dossier mogen worden verstrekt als belanghebbenden een klacht tegen de arts hebben ingediend wegens een vermeende medische fout met het overlijden van de patiënt als gevolg, omdat 'aangenomen kan worden dat de patiënt hiervoor toestemming zou hebben gegeven.'[161] In feite gaat het dan nog steeds om patiëntgerichte zorgverlening door de arts en goede zorgverlening richting de naaste betrekkingen van de patiënt (cf. art. 47 lid 1 onder 3e Wet Big).

Als het wetsvoorstel de eindstreep haalt, geldt op grond daarvan het zwaarwegend belang als grondslag voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim bij een vermeende medische fout, terwijl de KNMG de veronderstelde

156 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 11. Onder het woord incidenten uit art. 10 lid 3 Wkkgz vallen medische fouten.
157 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 13.
158 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 13.
159 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 21-22.
160 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 13 (MvT).
161 KNMG-richtlijn 2018, p. 76.

toestemming aanwijst op grond waarvan inzage in het dossier aan nabestaanden kan worden gegeven, althans als er een klacht is ingediend.

Duidelijker is het naar mijn mening om één en dezelfde grondslag voor inzage in het dossier aan te wijzen in geval nabestaanden vermoeden dat er sprake is van een fout waarover de arts niet open is geweest. Daarvoor zou de plicht tot goede zorgverlening kunnen worden aangewezen. In de kern gaat het erom dat nabestaanden onvoldoende informatie hebben gekregen over wat er precies is gebeurd voorafgaand aan het overlijden van de patiënt en of er sprake is geweest van een medische fout. Die openheid jegens nabestaanden maakt deel uit van de professionele standaard (art. 47 lid 1 onder 3e Wet Big).

Vanuit die zorgplicht kan nader worden ingevuld welke zorgvuldigheidsnormen er gelden voor de afweging terzake van het al dan niet geven van inzage in het dossier van de overleden patiënt. Als zorgvuldigheidsnormen zouden kunnen gelden dat de arts de nabestaanden informeert over het verloop van de behandeling voor het overlijden, en daartoe inzage in het dossier geeft aan nabestaanden voor zover dit nodig is voor het verwezenlijken van het doel van de gewenste inzage en zonder dat de persoonlijke levenssfeer van een ander wordt geschaad. Dit kan ervoor zorgen dat slechts een deel van het medisch dossier wordt ingezien.

5.5.6 Gevolgen van zwaarwegend belang als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht

Het gevolg voor de arts van hantering van de uitzondering zwaarwegend belang is dat indien de rechter oordeelt dat een zwaarwegend belang prevaleert boven het medisch beroepsgeheim, de arts op last van de rechter moet spreken.[162] Indien de arts ter verdediging van zijn eigen belangen in rechte zelf besluit gegevens te verstrekken dan dient hij zich, aldus de Hoge Raad, in zijn verweer uitdrukkelijk op 'zwaarwegend belang' te beroepen. Zonder uiteraard dat de Hoge Raad hiermee heeft willen zeggen dat dit toereikend is voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.

Kenmerkend aan situaties waarin op grond van zwaarwegend belang het medisch beroepsgeheim wordt doorbroken, is dat het gaat om belangen van ánderen dan de patiënt zelf bij die doorbreking. Zelfs in geval het belang van de overleden patiënt parallel zou lopen met die van nabestaanden, gaat het in de kern om het belang van een ander dan de patiënt. Hij is immers overleden.

Voorts is kenmerkend dat daar waar het gaat om de situatie waarin een rechtshandeling wordt aangevochten of inzage nodig is in het kader van een civiele procedure, de *rechter* beslist of doorbreking van het zwijgen vereist is

162 Buijsen c.s. 2012, p. 56.

en niet de arts. Hij zwijgt in eerste instantie. Anders is dit als de arts zélf besluit ter verdediging van zijn eigen belangen *in rechte* het beroepsgeheim te doorbreken of in de toekomst als hij nabestaande inzage geeft in het medisch dossier in verband met een vermeende medisch fout. De aard en toepassing van de uitzondering 'zwaarwegend belang' verschilt dus.

Ten slotte is kenmerkend dat anders dan in een conflict van plichtensituatie het bij de uitzondering van zwaarwegend belang niet gaat om het voorkomen van ernstige gezondheidsschade aan die ander. Dat doet de vraag rijzen hoe deze uitzondering zich verhoudt tot de zorgplicht die op de arts rust, die immers gericht is op het voorkomen van schade aan een ander.

Met een eventuele doorbreking van het beroepsgeheim op grond van zwaarwegend belang wordt niet zozeer ernstige gezondheidsschade voorkomen, maar wordt een ander zwaarwegend belang gediend van ook nog eens een ander dan de patiënt. De handeling van de arts is dus niet gericht op het verlenen van zorg in de zin van voorkomen van gezondheidsschade bij die ander. Het komt mij voor dat zwaarwegend belang voor de arts aanleiding is om een belangenafweging te maken. In die afweging speelt de zorgplicht van de arts ex art. 7:453 BW altijd een rol, omdat de bescherming van de privacy daarvan onderdeel is. Uiteraard is het bij die afweging van belang dat de arts waar mogelijk met de patiënt bespreekt of gegevensverstrekking of inzage in het dossier op basis van toestemming kan geschieden. Op het moment dat die toestemming ontbreekt, strijden andere beginselen zoals rechtvaardigheid en weldoen om voorrang boven zelfbeschikking. Het toneel van deze strijdende beginselen is niet de concrete arts-patiëntrelatie, maar is groter en algemener. Het gaat immers om belangen van anderen dan de patiënt. Voor een doorbreking van het medisch beroepsgeheim zou een algemene geldende zorgplicht kunnen worden aangedragen die ook die beginselen omvat, zij het dat het woordje 'zorg' dan vooral moet worden gelezen als het goede, rechtvaardige doen.[163] Dat bestaat dan uit het laten prevaleren van zwaarwegender belangen dan die met het beroepsgeheim zijn gediend. Het voordeel van het concipiëren van zwaarwegend belang als uitzondering in relatie tot een algemeen geldende, overkoepelende zorgplicht is dat van daaruit zorgvuldigheidsnormen kunnen worden opgesteld voor iedere specifieke situatie. 'Zwaarwegend belang' is nu een verzamelnaam voor diverse zwaarwegende belangen die een uitzondering op het medisch beroepsgeheim rechtvaardigen, zonder dat duidelijk is welke normen er precies gelden in een specifieke situatie. Dat onderscheid kan wel gemaakt worden als in iedere specifieke situatie eigen zorgvuldigheidsnormen worden opgesteld waardoor duidelijk is waaraan het handelen van de arts dient te voldoen en hoe daarin een mogelijke doorbreking van het medisch beroepsgeheim past.

163 Zie voor een uitvoerige beschouwing over zorgethiek en rechtvaardigheidsethiek: Tjong Tjin Tai 2006.

5.5.7 Tussenconclusie

De vijf hiervoor besproken categorieën van zwaarwegend belang kunnen – zo volgt uit civielrechtelijke jurisprudentie – onder meer leiden tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat in sommige gevallen van een zwaarwegend belang sprake is in de zin van een rechtens te beschermen belang (recht op gezondheid, recht te weten van wie men afstamt en recht zich te verdedigen), terwijl in andere gevallen het gaat om een zwaarwegend belang, zoals het belang te weten of de overledene *compos mentis* was bij het verlijden van het testament of in hoeverre er een medische fout is begaan. Onduidelijk is welke rol de veronderstelde toestemming precies speelt of dient te spelen als het gaat om erfeniskwesties. Voorts is niet gebleken dat eerst aan het cvp-toetsingskader wordt getoetst om uit te sluiten dat dit geen soelaas biedt, terwijl het voor de hand ligt deze weg eerst te bewandelen om te bezien of niet op die grond tóch het medisch beroepsgeheim had moeten worden doorbroken.

Echter, niet is gebleken van een uniform, helder toetsingskader voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim op grond van 'zwaarwegend belang', anders dan dat er concrete aanwijzingen moeten bestaan dat een ander zwaarwegend belang geschaad wordt bij het niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim.

Niet kan worden uitgesloten dat ook ándere belangen dan de hier genoemde in de toekomst als zwaarwegend kunnen gelden. Het komt mij voor dat het niet om een enuntiatieve opsomming gaat. Steun voor deze gedachte geeft een recente uitspraak van de voorzieningenrechter in een zaak waarin de rechter in de bodemprocedure opdroeg te bewijzen dat de betrokkene al zodanig dement was dat zij niet meer in staat was haar wil te bepalen. Het bewijs werd via een deskundigenbericht geleverd en dit leidde tot het recht op een contra-expertise op grond van het in art. 19 Rv neergelegde beginsel van hoor en wederhoor. Het belang van hoor en wederhoor werd i.c. aangemerkt als een zwaarwegend belang dat een inbreuk op de geheimhoudingsplicht rechtvaardigt.[164] Hoeveel zwaarwegende belangen zullen er volgen? Het komt mij voor dat in het licht van de belangen van het medisch beroepsgeheim en de waarden die het dient, waakzaamheid is geboden bij de toepassing van deze uitzonderingsgrond, vooral nu is gebleken dat er bij het laten prevaleren van dit zwaarwegend belang in rechte een wel erg contextuele benadering geldt. Sterker nog: de uitzondering zwaarwegend belang zou moeten worden geconcipieerd in samenhang met een algemeen geldende, overkoepelende zorgplicht die op de arts rust en die besloten ligt in de medische ethiek. Van daaruit kunnen, waar wenselijk, zorgvuldigheidsnormen voor specifieke situaties worden opgesteld. Deze zien niet uitsluitend op de doorbre-

164 Rb. Overijssel 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3297, r.o. 4.4, *NJF* 2017/406.

king van het medisch beroepsgeheim, maar in bredere zin op het zorgvuldig handelen van de arts in situaties waarin andere belangen een gewogen bescherming behoeven.

5.6 Zeer uitzonderlijke omstandigheden

De uitzondering zeer uitzonderlijke omstandigheden richt zich op de doorbreking van het verschoningsrecht.[165] De Hoge Raad heeft in een aantal uitspraken bepaald dat het verschoningrecht van de arts niet absoluut is en dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden laten denken, waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt – ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap hem als zodanig is toevertrouwd – moet prevaleren boven het verschoningsrecht.[166] In deze zaken doen de verschoningsgerechtigden vooreerst een beroep op het verschoningsrecht en blijven dus zwijgen. Daarop volgt doorgaans een vordering van het OM tot inzage in het medisch dossier en komt het tot een strafzaak waarin de rechter bepaalt of het verschoningsrecht i.c. moet wijken op grond van zeer uitzonderlijke omstandigheden of niet. Het verschil met de hiervoor besproken uitzonderingsgrond zwaarwegend belang is dat het daar ging om het medisch beroepsgeheim in de relatie tussen arts en patiënt of diens nabestaanden, terwijl het bij zeer uitzonderlijke omstandigheden gaat om het medisch beroepsgeheim in de relatie tussen arts en OM.[167] Oftewel: het verschoningsrecht is in geding.

De Hoge Raad benadrukt dat de vraag of in een bepaald geval sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden, zich niet in het algemeen laat beantwoorden.[168] Het antwoord blijkt immers afhankelijk van omstandigheden zoals (i) aard en ernst van het vermoedelijke strafbare feit, (ii) aard, omvang en context van de verlangde gegevens, (iii) alternatieve manieren om deze te verkrijgen, (iv) het belang van de desbetreffende gegevens. De weging van deze elementen is uiteraard voorbehouden aan de feitenrechter en komt derhalve in cassatie niet integraal aan de orde, maar besproken of genoemd worden ze door de Hoge Raad doorgaans wél zoals hierna zal blijken.

In deze paragraaf komen voornoemde elementen nader aan de orde aan de hand van een zevental arresten. Het gaat om zaken waarin de verschoningsgerechtigde soms wel (Apotheker, Erasmus MC en Zweedse fixeerband) maar

---

165 Zie voor een bespreking van het verschoningsrecht: hoofdstuk 4.

166 Zie bijv. HR 14 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9943, r.o. 2.2, *NJ* 2013/561; HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.1, *NJ* 2012/537; HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, r.o. 4.3.2, *NJ* 2011/416.

167 Niet altijd wordt deze uitzondering expliciet genoemd als mogelijke grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, terwijl het dit vanuit het perspectief van het medisch beroepsgeheim wel is: zie bijv. Leenen e.a. 2017, p. 158-162.

168 Zie bijv. HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.1, *NJ* 2012/537; HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, *NJ* 2011/416, r.o. 4.3.2.

soms ook niet als verdachte wordt aangemerkt (Savanna, LUMC en HAP-Utrecht en de zaak van het driejarige seksueel misbruikte kind). Voor zover de verschoningsgerechtigde als verdachte wordt aangemerkt, kan nog een onderscheid worden gemaakt tussen gedragingen van de verschoningsgerechtigde die in de strafrechtelijke ('criminele') sfeer liggen (Apotheker) en die in de professionele sfeer liggen (Erasmus MC en Zweedse fixeerband).[169] Hieronder volgt een korte beschrijving van genoemde arresten, waarna zal worden geanalyseerd welke wegingsfactoren er worden gehanteerd in geval van zeer uitzonderlijke omstandigheden die een doorbreking van het medisch beroepsgeheim kunnen rechtvaardigen. Daarna gaat mijn aandacht uit naar de wegingsfactoren van de Hoge Raad.

i) De Savanna-zaak (2006)[170]

In deze zaak ging het om het onderzoek naar de gewelddadige dood van een driejarig meisje. De peuter Savanna stierf in 2004 na mishandelingen door haar moeder. Haar directe dood werd veroorzaakt, doordat de moeder een prop in de mond van het kind had geduwd om haar stil te krijgen, maar er ging veel aan vooraf.[171]

Aangezien vele hulpverleningsinstanties bij het gezin waren betrokken, startte het OM een onderzoek naar mogelijke strafrechtelijke nalatigheid van de gezinsvoogdes. Om te kunnen bepalen of de gezinsvoogdes van de patiënt (mede) schuldig was aan het strafbare feit, wilde het OM achterhalen hoe vaak en waarover de gezinsvoogdes contact had met de artsen van het consultatiebureau, dat organisatorisch viel onder Stichting Thuiszorg. Hiertoe eiste het OM inzage in het medisch dossier van Savanna.

Thuiszorg, waar de gezinsvoogdes werkzaam was, weigerde inzage in het medisch dossier en beriep zich op het verschoningsrecht. Nadat de rechtbank het beroep op het verschoningsrecht verwierp, oordeelde de Hoge Raad dat de beslissing van de rechtbank niet goed was gemotiveerd. De zaak werd naar het Hof verwezen. In deze procedure kwamen het OM en Thuiszorg overeen welke delen uit het dossier ten behoeve van het OM en welke delen voor de advocaat van de gezinsvoogdes ter beschikking zouden komen.

ii) De zaak van de apotheker (2008)[172]

In deze zaak werd een apotheker ervan verdacht met recepten te frauderen. De apotheker is een geregistreerde beroepsbeoefenaar (art. 3 Wet Big) en is gebonden aan het medisch beroepsgeheim (art. 88 Wet Big). Het OM stelde

169 HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, *NJ* 2008/407, m.nt. J. Legemaate; HR 9 mei 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2386, *NJ* 2006/622; HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *NJ* 2008/630, m.nt. J. Legemaate.

170 HR 9 mei 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2386, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1128-1138, m.nt. M.R. Bruning.

171 De moeder werd veroordeeld tot zes jaar celstraf met TBS en dwangverpleging.

172 HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, *NJ* 2008/407, m.nt. J. Legemaate.

een onderzoek in naar de vermeende fraude en eiste daartoe de nodige informatie, zoals medicatielijsten en recepten. De apotheker beriep zich evenwel op zijn verschoningsrecht. Zonder succes, want in de ogen van de Hoge Raad moet de samenleving kunnen vertrouwen op de onkreukbaarheid van apothekers en de zorgverzekeraars moeten kunnen vertrouwen op de juistheid van de door apothekers ingediende declaraties. Dit vertrouwen was i.c. geschonden. Er was, aldus de Hoge Raad, een groot maatschappelijk belang om dergelijke frauduleuze gedragingen te bestrijden.

iii) De Erasmus MC-zaak (2008)[173]

In deze zaak werd de arts verdacht van dood door schuld. De arts had een pacemaker bij zijn patiënt ingebracht, waarna zij overleed onder verdachte omstandigheden. Langs de weg van de 'veronderstelde toestemming' gekoppeld aan de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' vroeg en kreeg de echtgenoot van de overleden vrouw inzage in het medisch dossier. Het beroep op het verschoningsrecht slaagde dus niet.

iv) De LUMC-zaak (2009)[174]

In deze zaak werd de moeder die vermoedelijk leed aan het syndroom van Münchhausen by proxy ervan verdacht haar zoontje van tien maanden om het leven te hebben gebracht. Het OM startte een strafrechtelijk onderzoek naar het overlijden. Het LUMC waar het kind was opgenomen, en de behandelend artsen weigerden de verlangde medische gegevens aan het OM te verstrekken. Echter, zij waren bereid om de noodzakelijke gegevens aan de patholoog-anatoom te verstrekken, zodat hij onderzoek kon verrichten naar de dood van de baby. De artsen waren verder ook bereid om na dat onderzoek opnieuw een beslissing te nemen over hun verschoningsrecht. Daarop wilde het OM evenwel niet wachten. De artsen beriepen zich op het verschoningsrecht. De Hoge Raad honoreerde dit beroep.

v) De Zweedse fixeerband (2011)[175]

In deze zaak was het vermoeden gerezen dat een overleden patiënt slachtoffer was van het misdrijf dood door schuld. Deze patiënt was, hangend in een zogenaamde Zweedse fixeerband, dood aangetroffen op zijn kamer. De OvJ besloot tot het instellen van een strafrechtelijk onderzoek. Hij verzocht inzage in het medische dossier. De r.-c. wees dit verzoek echter af. Daartegen tekende de OvJ beroep aan bij de rechtbank. Deze oordeelde dat de OvJ een cruciaal belang had bij (onder meer) het medisch dossier. Het dossier moest binnen vijf dagen aan de r.c. worden verstrekt. Daartegen diende de arts een klaagschrift in, dat echter door de rechtbank ongegrond werd verklaard. Tegen deze

173 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *NJ* 2008/630.
174 HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263.
175 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, *NJ* 2011/416.

beslissing van de rechtbank werd namens de arts in cassatie opgekomen. De Hoge Raad verwierp het beroep. Het medisch dossier moest worden verstrekt aan de OvJ.

vi) De HAP-Utrecht (2012)[176]

In deze zaak was een driejarige peuter om het leven gekomen. De moeder en haar partner werden verdacht van moord, dan wel doodslag dan wel zware mishandeling de dood ten gevolge hebbende. In het kader van het strafrechtelijk onderzoek tegen de moeder en haar partner waren drie enveloppen in beslag genomen met medische gegevens, waaronder een geluidsband met opgenomen telefoongesprekken tussen verdachten en de huisartsenpost van het Utrechtse ziekenhuis waar de peuter was binnengebracht. Het ziekenhuis beriep zich op het verschoningsrecht. De Hoge Raad bevestigde de beschikking van de rechtbank Utrecht dat in voorliggende casus sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden, die aanleiding zijn voor het doorbreken van het verschoningsrecht.

vii) De zaak van de seksueel misbruikte driejarige (2013)[177]

In deze zaak werd de vader verdacht van seksueel misbruik van zijn toen driejarige zoon. De Stichting die de zoon behandelde, weigerde de opnames van een speltherapie te verstrekken aan het OM. De driejarige zou hebben verteld over het misbruik. Naar het oordeel van de rechtbank deden zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voor die maakten dat het belang van de geheimhouding moest wijken voor het belang dat de waarheid aan het licht komt. Tegen die beslissing werd cassatie ingesteld, maar dat beroep werd door de Hoge Raad verworpen.

Duidelijk wordt uit bovenstaande beschrijvingen dat in alle zaken de arts een beroep heeft gedaan op zijn verschoningsrecht. Vervolgens neemt de rechter een beslissing ter zake van de rechtmatigheid van het beroep op het verschoningsrecht. Hierin verschilt deze uitzonderingsgrond dus van het conflict van plichten. Het cvp-toetsingskader is immers ontwikkeld voor het besluit van *de arts* terzake van het al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Opvallend is voorts dat de rechter het beroep op het verschoningsrecht meer dan marginaal lijkt te toetsen, terwijl het uitgangspunt dienaangaande is dat dit besluit slechts aan een *marginale* toetsing in rechte wordt onderworpen (zie par. 4.1 en hierna onder 5.6.5).[178] Eerst volgt een bespreking van de elementen die relevant zijn voor het bepalen of er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die een inbreuk op het verschoningsrecht rechtvaardigen.

176 HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, *NJ* 2012/537.

177 HR 14 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9943, *NJ* 2013/561.

178 Zie bijv. HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.3, *NJ* 2009/263; HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.5, *NJ* 2012/537.

5.6.1 Aard en zwaarte van delict

De ernst van het delict weegt mee in de beoordeling of er sprake kan zijn van zeer uitzonderlijke omstandigheden.[179] Het blijkt hierbij te gaan om de mate waarin de rechtsorde door een dergelijk delict is geschokt, maar ook om de onherstelbare gevolgen van het delict.[180] Voorbeelden hiervan zijn de patiënt die onder verdachte omstandigheden is overleden bijvoorbeeld doordat de arts wellicht een fout heeft gemaakt of doordat de patiënt een minderjarige is die wellicht slachtoffer is van kindermishandeling.[181] Om het verschoningsrecht van de arts op dit punt te doorbreken, blijkt uit de zaak van de Zweedse fixeerband dat de reeds beschikbare stukken een redelijk vermoeden van schuld moeten opleveren.[182] Hierbij ging het om de verdenking van dood door schuld in het kader van de aan de overleden patiënt verleende zorg. In de zaak van het Erasmus MC benadrukt annotator Schalken dat het redelijk vermoeden van een strafbaar feit reeds moet zijn begaan op het moment van, en dienen als grondslag voor, het instellen van het strafrechtelijk onderzoek en niet andersom.[183] Denkbaar is dat een dergelijke voorwaarde ook geldt in geval van een verdenking van een ernstige vorm van kindermishandeling.

Ofschoon in alle zaken de ernst van het delict dusdanig is dat het de rechtsorde schokt, is de uitkomst van de beoordeling van het beroep op het verschoningsrecht niet eensluidend. Zo beriepen de artsen van het LUMC in de LUMC-zaak zich met succes op het verschoningsrecht. De aard en zwaarte van het delict zijn dus *an sich* geen beslissende factoren voor het erkennen van zeer uitzonderlijke omstandigheden die het doorbreken van het verschoningsrecht rechtvaardigen. Daarvoor zijn kennelijk meer factoren nodig.[184]

5.6.2 Aard, omvang en context van verlangde gegevens

In alle arresten betrekt de Hoge Raad de aard en omvang van de gevraagde gegevens, die met doorbreking van het verschoningsrecht in de strafprocedure zullen worden ingebracht. Hier past de Hoge Raad het bestaande recht toe zoals dat geldt voor het verstrekken van gegevens die onder het medisch beroepsgeheim vallen. Van belang is dat de desbetreffende gegevens onder het medisch beroepsgeheim vallen. Pas na deze vaststelling wordt immers

179 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *NJ* 2008/630.
180 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *NJ* 2008/630. De Hoge Raad wijst in deze zaak op beide aspecten.
181 HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.5, *NJ* 2012/537; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.3, *NJ* 2009/263.
182 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, r.o. 2.2, *NJ* 2011/416.
183 T.M. Schalken, annotatie bij HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *GJ* 2009/10.
184 HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.4, *NJ* 2012/537.

beoordeeld of is voldaan aan het vereiste van proportionaliteit zoals dat geldt voor gegevensverstrekking.

Medische gegevens vallen onder het medisch beroepsgeheim en hebben volgens de Hoge Raad als privacygevoelig te gelden en verdienen deswege bescherming. In de LUMC-zaak overwoog de Hoge Raad dat het een grote hoeveelheid medische gegevens betrof die werden verstrekt.[185] Indien gegevens privacygevoelig zijn en in grote omvang worden verstrekt, is de noodzaak tot bescherming groter, zo lijkt de Hoge Raad te willen benadrukken. In de zaak van de HAP-Utrecht ging het immers om een relatief beperkt aantal gegevens, namelijk die welke betrekking hebben op de inhoud van de telefoongesprekken en dat verschil lijkt zich te vertalen in de uitkomst terzake van het al (LUMC) dan niet (HAP-Utrecht) respecteren van het verschoningsrecht.[186]

De context van de gegevens blijkt betrekking te hebben op (i) de vraag in hoeverre de gegevens de verschoningsgerechtigde zelf betreffen, omdat tegen hem een verdenking bestaat (Apotheker, Erasmus MC, Zweedse fixeerband) of niet (Savanna, LUMC, HAP-Utrecht en de zaak van de seksueel misbruikte peuter). Het verschoningsrecht is immers niet bedoeld om de waarheid te bemantelen (zie hierna onder 5.6.4).[187]

Voorts blijkt de context van de gegevens betrekking te hebben op (ii) de vraag in hoeverre toestemming voor gegevensverstrekking kan worden verondersteld. In de zaak van de Zweedse fixeerband en het Erasmus MC blijkt met betrekking tot de vraag of de gevraagde gegevens aan de justitiële autoriteiten moeten worden afgegeven de veronderstelde toestemming van betrokkene een aspect van betekenis te zijn.[188] Met een dergelijke verstrekking is immers ook het belang van de bescherming van diens persoonlijke levenssfeer gemoeid, aldus de Hoge Raad.[189]

Uit de onderzochte uitspraken blijkt ten slotte dat in geval het beroep op het verschoningsrecht niet wordt gehonoreerd, inzage in het medisch dossier beperkt dient te blijven tot het verstrekken van relevante gegevens en niet zonder meer moet leiden tot integrale inzage van het medisch dossier. Zo werd in de zaak Savanna overeengekomen welke delen uit het dossier ter beschikking zouden komen van het OM en van de advocaat van de gezinsvoogdes. In de zaak van de apotheker konden de recepten worden geanonimiseerd en kon er een steekproefsgewijze controle van de recepten plaatsvinden, waardoor het geheim zo min mogelijk zou worden geschonden. De proportionaliteitseis voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim (het geheim niet meer

185 HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.3, *NJ* 2009/263.

186 HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.8, *NJ* 2012/537.

187 HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, *NJ* 2008/407, m.nt. J. Legemaate; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.6.4, *NJ* 2009/263.

188 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, r.o. 3.4, *NJ* 2008/630.

189 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, r.o. 4.3.3, *NJ* 2011/416. De Hoge Raad behandelt de veronderstelde toestemming voor het verstrekken van gegevens hier in het licht van art. 2 EVRM (recht op leven).

schenden dan nodig) wordt dus door de Hoge Raad hoog aangeslagen in het licht van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.[190]

5.6.3 Alternatieve manieren voor verkrijgen gegevens

Voor het al dan niet aanvaarden van zeer uitzonderlijke omstandigheden die het verschoningsrecht relativeren is de subsidiariteitseis vanzelfsprekend van belang. Zo hadden de artsen van het LUMC zich bereid verklaard om de gegevens ter inzage te geven aan de patholoog-anatoom van het NFI die in opdracht van justitie een gerechtelijke obductie kan uitvoeren.[191] Het verstrekken van gegevens aan een patholoog-anatoom die zelf gebonden was aan geheimhouding, bleek in deze zaak een zwaarwegende factor in de afweging of het beroep op verschoningsrecht overeind kan blijven.[192] Ook in de zaak van de HAP-Utrecht hadden de artsen zich bereid verklaard de geluidsband aan de arts die was verbonden aan het NFI te verstrekken, zodat deze konden worden betrokken in een op te stellen rapportage door het NFI. Opmerkelijk is vervolgens dat de rechtbank hieraan voorbij ging en het kennelijk aannemelijk achtte dat de gegevens toch niet op andere wijze konden worden verkregen. De geluidsband bevatte waarschijnlijk uitlatingen van een of beide verdachten over dat wat rondom het overlijden van de peuter in medisch opzicht speelde en wellicht informatie over de oorzaak van het overlijden. Daarom moest het verschoningsrecht i.c. wijken. Nog opmerkelijker is het dat de Hoge Raad niet inging op de bereidheid van de artsen om de gegevens aan het NFI te verstrekken.[193] Dit zou tot een andere uitkomst hebben kunnen leiden, zoals is gebeurd in de daarop gelijkende LUMC-zaak, waarin de artsen immers bereid waren de verlangde gegevens aan de patholoog-anatoom te verstrekken. Dit leidde ertoe dat zij zich jegens het OM konden verschonen. Kennelijk deelde de Hoge Raad de zienswijze van de rechtbank dat er geen enkele andere weg openstond om de gegevens te verkrijgen dan door de geluidsband aan het OM te verstrekken. Het subsidiariteitsvereiste wordt zonder meer betrokken bij de toetsing of het beroep op het verschoningrecht gerechtvaardigd is, zij het dat vergelijkbare alternatieven (verstrekken van gegevens aan patholoog-anatoom) in de desbetreffende zaken anders zijn gewogen.

In de zaak Savanna had de rechtbank volgens de Hoge Raad nagelaten te onderzoeken of er voor het OM andere manieren waren geweest dan schending van het beroepsgeheim om de benodigde informatie te verkrijgen. In de

190 Zie in gelijke zin: Buijsen c.s. 2012, p. 56.

191 HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263 (LUMC arrest).

192 HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.6.6, *NJ* 2009/263 (LUMC arrest). Een melding aan het AMK, aldus de Hoge Raad in dit arrest verplicht een arts niet om in een latere fase nog meer gegevens aan het OM te verstrekken.

193 Zie ook J. Legemaate, annotatie bij HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, *NJ* 2012/537.

zaak van het Erasmus MC, de apotheker en de Zweeds fixeerband, overwoog de Hoge Raad dat de rechtbank heeft mogen concluderen dat de gegevens niet op een andere wijze konden worden verkregen.

Uit bovenstaande analyse blijkt dus dat het niet openstaan van een andere weg voor het verkrijgen van de benodigde gegevens, van doorslaggevende betekenis is voor het bepalen of er van zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake is en dat er voor het al dan niet honoreren van het beroep op het verschoningsrecht een conctectuele benadering geldt.

5.6.4 Belang van desbetreffende gegevens

Uit de geanalyseerde rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat op voorhand aannemelijk moet zijn dat de desbetreffende gegevens een belangrijke rol kunnen spelen bij het verkrijgen van duidelijkheid over wat er precies i.c. is gebeurd.[194] Uit de onderzochte zaken wordt duidelijk dat het telkens gaat om het beschermen van een belang dat breed in de samenleving wordt aanvaard. In deze zaken is gebleken dat dit brede maatschappelijke belang samenhangt met (i) het ophelderen van de doodsoorzaak van de patiënt ten gevolge van een medische fout (Erasmus MC, Zweedse fixeerband,), of (ii) het bestrijden van fraude (Apothekersarrest) dan wel het bestrijden van kindermishandeling (Savanna, LUMC, HAP-Utrecht, de driejarige seksueel misbruikte peuter).

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het niet de bedoeling is dat het beroep op het verschoningsrecht wordt gebruikt om de waarheid te bemantelen.[195] Uiteraard geldt dit in geval dat de arts zelf verdachte is (fraude, medische fout). Het komt mij voor dat er redelijkerwijze geen twijfel over bestaat dat in een dergelijk geval het beroep op het verschoningsrecht van de arts onjuist is.[196] Anders is dit als de arts geen verdachte is. Dan zou het beroep van de arts op het verschoningsrecht moeten worden gerespecteerd, zoals besproken in par. 4.1 en zou de rechter slechts een marginale toetsing van het standpunt van de arts moeten toekomen.[197] In het licht van bovenstaande kan echter niet worden volgehouden, dat de rechter zich beperkt tot een marginale toetsing van het standpunt van de arts. Het standpunt van de

194 HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.9, *NJ* 2012/537.

195 HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, *NJ* 2008/407, m.nt. J. Legemaate; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.6.4, *NJ* 2009/263.

196 Zie ook Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 40. In de Marque zaak waarin het ging om grootschalige fraude met uitkeringen en persoonsgebonden budgetten bleek dat psychiater en (pseudo)patiënten samenspanden. De psychiater werd uit het recht om het beroep van psychiater uit te oefenen ontzet voor de duur van vijf jaren; zie Rb. Rotterdam 28 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5917, *GJ* 2016/135.

197 Zie ook Kastelein, *TvGR* 2013, p. 769; Bannier e.a. 2008, p. 76-77; Bannier, *NJB* 2007, p. 1160; Duijst 2007, p. 60.

arts ter zake van het gebruik maken van zijn verschoningsrecht wordt immers op diverse wijze en aan de hand van diverse factoren getoetst in rechte.

5.6.5 Aanvaarden van zeer uitzonderlijke omstandigheden

Uit dit alles kan ook hier een toetsingskader worden afgeleid voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden.
1. Gaat het om een *ernstig delict* (belang en ernst van de zaak)?
2. Gaat het om *gegevens die onder het verschoningsrecht* vallen?
3. Is er sprake van *toestemming* of kan deze worden *verondersteld*?
4. Staat er een *andere weg* open voor het verkrijgen van de gegevens?
5. Wordt met gegevensverstrekking een *zwaarwegend belang* gediend?
6. Is de gegevensverstrekking beperkt tot dat wat *noodzakelijk* is?

In deze criteria zien we de uitgangspunten die er gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim terugkomen: (i) noodzaak (onder 1,2 en 5) en (ii) eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (onder 3, 4 en 6). De hierboven besproken elementen komen in de criteria terug: (a) aard, omvang en context gevraagde gegevens (onder 2, 3); (b) belang van de strafzaak (onder 1); (c) veronderstelde toestemming (onder 3), (d) betreffen de gegevens de verschoningsgerechtigde zelf (onder 1, 5); (e) kunnen de gegevens op een andere wijze worden verkregen (onder 4); en ten slotte (f) belang van de desbetreffende gegevens (onder 2, 6). Niet álle elementen komen in de uitspraken van de Hoge Raad integraal aan de orde; de integrale afweging ervan is immers aan de feitenrechter gelaten. Zo komt de vraag of er van (veronderstelde) toestemming sprake is, lang niet in alle uitspraken van de Hoge Raad terug en bleef de vraag naar een alternatieve weg in de zaak van de HAP-Utrecht onbesproken en in het apothekersarrest aanvaardt de Hoge Raad *en passant* dat inzage in de recepten en medicatielijsten de enige manier is om de waarheid boven tafel te krijgen.

In de literatuur is kritiek geuit op de mogelijkheid om op grond van zeer uitzonderlijke omstandigheden het verschoningsrecht te doorbreken. Knigge en Schalken benadrukken dat zeer uitzonderlijke omstandigheden de neiging hebben zich te vermenigvuldigen.[198] Kastelein spreekt van het 'moeras' van zeer uitzonderlijke omstandigheden. Volgens Kastelein hebben zij zich, zoals Knigge en Schalken al voorspelden, als een 'olievlek' verspreid, waardoor er weinig 'uitzonderlijks' meer aan is.[199] Legemaate wijst op het risico dat een sterke accentuering van de specifieke context ertoe kan leiden dat het uitgangs-

198 G. Knigge, annotatie bij HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, *NJ* 2005/273; T.M. Schalken, annotatie bij HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *GJ* 2009/10.

199 Kastelein, *TvGR* 2013, p. 768; zie ook Buruma, *NJB* 2012, p. 517.

punt (geen doorbreking, tenzij) uit het oog wordt verloren.[200] Zo is volgens hem 'de vrees dat de waarheid wordt bemanteld door een beroep op het verschoningsrecht' niet een gerechtvaardigd belang om van zeer uitzonderlijke omstandigheden te kunnen spreken.[201] Dit geldt evenzeer voor het argument van de veronderstelde toestemming van een overleden patiënt voor inzage in zijn dossier door het OM en de verwachting die een patiënt mag hebben dat na een medisch fout een onderzoek wordt ingesteld. Ook dit is een te mager, want te algemeen, argument om van zeer uitzonderlijke omstandigheden te kunnen spreken, aldus Legemaate. De uitzonderingsgrond van de zeer uitzonderlijke omstandigheden zou zijn langste tijd hebben gehad.[202] Het komt mij voor dat het verschoningsrecht allerminst een vanzelfsprekend gegeven is. De invulling van wat als uitzonderlijk heeft te gelden, dijt immers gestaag uit in die zin dat niet alleen de situatie waarin de arts zélf verdachte is, geldt als zéér uitzonderlijk, maar ook de situatie waarin hij dit niet is. Deze uitzonderingsgrond rechtvaardigt niet alleen een inbreuk op het verschoningsrecht, maar ook op het aanvankelijk gehanteerde uitgangspunt dat het standpunt van de arts terzake van de hantering van zijn verschoningsrecht slechts aan een marginale toetsing onderhevig is (zie hieronder).[203] Het erkennen van (toenemende) zeer uitzonderlijke omstandigheden die een doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigen in de jurisprudentie van de Hoge Raad, maakt bovendien dat de huidige strafrechtelijke wettelijke regeling geen betrouwbaar beeld meer geeft van de stand van zaken van het verschoningsrecht. Het is dus geen rustig bezit meer.

In dit licht stelde Vellinga-Schootstra in 2013 voor om het concept zeer uitzonderlijke omstandigheden waaronder een inbreuk op het verschoningsrecht kan worden gemaakt in de wet op te nemen.[204] Codificatie zou ten goede komen van de rechtszekerheid. In lijn hiermee benadrukte Mevis dat codificatie van de jurisprudentie van de Hoge Raad terzake van de zeer uitzonderlijke omstandigheden de wet in overeenstemming brengt met de praktijk. De eerste stappen hiertoe zijn inmiddels gezet. In het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering is immers voorgesteld de zeer uitzonderlijke omstandigheden te codificeren.[205] Vanuit strafrechtelijke hoek is geopperd dat doorbreking van het verschoningsrecht ook vanuit het oogpunt van het maatschappelijk belang wenselijk is.[206] Echter, dit zou wel

200 J. Legemaate, annotatie bij HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, *NJ* 2008/407.
201 Legemaate, *NJB* 2009, p. 2625.
202 J. Legemaate, annotatie bij HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263.
203 HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9162, *NJ* 2002/439.
204 Bertens & Vellinga-Schootstra 2013, p. 233; Zie ook Mevis 2006, p. 230.
205 Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 2 (MvT), p. 50, p. 217-220.
206 Modernisering strafvordering 'Discussiestuk professioneel verschoningsrecht ex art. 218 Sv', p.22; https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2014/06/06/discussiestukken-1e-congres-modernisering-wetboek-van-strafvordering (laatst geraadpleegd 26 oktober 2018).

betekenen dat het algemeen belang van het verschoningsrecht niet langer boven het strafvorderlijke belang zou gaan, terwijl dat wél de ratio van het verschoningsrecht is.

Indien de zeer uitzonderlijke omstandigheden zich blijven uitbreiden dan is het misschien niet alleen de vraag of het beroepsgeheim – in de woorden van Buruma – *elastisch* genoeg is, maar sterker: of geheimhouding als norm in de strafrechtelijke context nog wel relevant is.[207] Hoeveel gewicht hecht de maatschappij er (nog) aan?

Duidelijk is uit de besproken jurisprudentie dat niet langer kan worden volgehouden dat het standpunt van de arts terzake van de hantering van zijn verschoningsrecht in beginsel wordt gerespecteerd. Het wordt immers in volle omvang door de feitenrechter getoetst en ook de Hoge Raad neemt factoren voor doorbreking van het verschoningsrecht onder de loep. Kastelein stelt in dit licht terecht de vraag waarom in gevallen waarin de arts géén verdachte is en ernstige bezwaren heeft tegen het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, zijn beroep op het verschoningsrecht niet langer in rechte aan *marginale* toetsing is onderworpen.[208] Zoveel lijkt duidelijk dat de overwegingen van de Hoge Raad in 2002 waarin een terughoudende toetsing van het standpunt van de arts als uitgangspunt werd genomen, thans niet meer gelden en dat dit in de samenleving wordt aanvaard.[209]

5.6.6 Gevolgen van zeer uitzonderlijke omstandigheden als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht

Het gevolg van de uitzonderingsgrond op het medisch beroepsgeheim zeer uitzonderlijke omstandigheden voor de arts is dat, indien de rechter oordeelt dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen, de arts verplicht is tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.[210] Hij dient aldus inzage in het medisch dossier te verstrekken.

Voorts hebben de zeer uitzonderlijke omstandigheden, zo bleek in de vorige paragraaf, geleid tot codificatie ervan, althans zo luidt het voorstel. Ofschoon in de toelichting op het wetsvoorstel wordt benadrukt dat niet ieder geval waarin het verschoningsrecht een drempel voor waarheidsvinding opwerpt voor doorbreking in aanmerking komt, holt deze uitzonderingsgrond het verschoningsrecht uit, althans tast het de ratio ervan aan.[211] Waarheidsvinding prevaleert dan immers boven geheimhouding.

---

207 Buruma, *NJB* 2012, p. 517, zoals aangehaald in Kastelein, *TvGR* 2013, p. 773.
208 Kastelein, *TvGR* 2013, p. 773.
209 HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9162, *NJ* 2002/439.
210 Zie ook De Jong 2004, p. 137.
211 Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 2 (MvT), p. 217.

Dat de houding ten opzichte van het marginaal toetsen van het standpunt van de arts terzake van diens hantering van het verschoningsrecht is gewijzigd, is hierboven gebleken. Van een marginale toetsing in de processuele fase is immers geen sprake.

Typerend voor zeer uitzonderlijke omstandigheden als uitzondering op het medisch beroepsgeheim is dat de rechter beslist of het medisch beroepsgeheim van de arts die in eerste aanleg zwijgt alsnog moet worden doorbroken. In de situatie waarin de arts zich op het verschoningsrecht beroept met het oog op het beschermen van de belangen van zijn patiënt, geldt uiteraard dat de arts goede zorg verleent. Hij blijft immers zwijgen omdat geen van de hiervoor vermelde uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim hem aanleiding hebben gegeven het medisch beroepsgeheim richting het OM te doorbreken.

De vraag rijst hier evenwel of, als die beslissing te blijven zwijgen wordt overruled door de rechter, de arts niet toch ook vanuit een zorgplicht het medisch beroepsgeheim zélf had moeten doorbreken. Zoals in de voorgaande paragrafen is gebleken kan het hier gaan om een zorgplicht jegens een eigen patiënt of jegens een ander of anderen. In het eerste geval vloeit de plicht voort uit art. 7:453 BW en in het tweede geval uit een meer overkoepelende zorgplicht. Op de arts rust in dit licht de verplichting om voor zijn patiënt of voor de maatschappij datgene te doen wat een evenwicht biedt aan strijdende belangen en ethische beginselen zoals autonomie, weldoen, niet-schaden en rechtvaardigheid. Voor het bepalen van dat evenwicht geldt in rechte een toetsingskader zoals genoemd onder 5.6.5. Dát toetsingskader kan evenzo goed door de arts worden gehanteerd voorafgaand aan een beroep op het verschoningsrecht. Naar mijn mening betekent het plaatsen van een mogelijke doorbreking van het verschoningsrecht in de context van de zorgplicht en een daarbij behorende toetsingskader niet dat de maatschappij te weinig gewicht aan het verschoningsrecht toekent, maar dat er juist gewicht aan wordt toegekend door voor een eventuele doorbreking ervan een duidelijk grondslag aan te wijzen en een daarbij behorend toetsingskader. Het is immers voor de arts een zoektocht naar evenwicht tussen diverse belangen en beginselen. Door daarvoor een duidelijk juridisch kader te bieden waarin de zorgplicht een grondslag is voor doorbreking van het verschoningsrecht én toetsingsmaatstaven te hanteren, kan het recht zijn functie vervullen: het erkennen van ook andere belangen dan die gepaard gaan met geheimhouding. Een toetsingskader waarin de beroepsgroep zorgvuldige maatstaven formuleert die gebaseerd zijn op het hier gepresenteerde toetsingskader dat in rechte geldt en dat de arts vanuit zijn zorgplicht toepast als het OM hem bevraagt, leidt uiteindelijk tot een keuze tussen al dan niet doorbreken van het verschoningsrecht. Dit zou ook het inmiddels verloren vertrouwen in de beslissing van de arts terzake van het beroep op het verschoningsrecht kunnen herstellen. Mocht hij op grond van het in de rechtspraak ontwikkelde toetsingskader besluiten zich niet op het verschoningsrecht te beroepen, dan is dat niet omdat hij meewerkt aan de

waarheidsvinding, maar omdat hij goede zorg wil verlenen aan zijn patiënt dan wel de gezondheidsbelangen van andere patiënten wil beschermen. Mocht hij zich daarop wél beroepen dan doet hij dat na zorgvuldige toetsing aan een in rechte ontwikkeld toetsingskader.

5.6.7 Tussenconclusie

Zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen – zo volgt uit strafrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad – leiden tot een uitzondering op het verschoningsrecht. Het vaststellen of er zich in een bepaald geval zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen, laat zich niet in algemene zin beantwoorden. Wel kan een toetsingskader met indicatieve criteria uit de rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid. Deze criteria geven richting aan het antwoord op de vraag of zich in een bepaald geval zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen (par. 5.6.5). Het verschil met de uitzondering van (i) toestemming, (ii) wettelijke meldplicht en (iii) conflict van plichten en (iv) zwaarwegend belang is enerzijds dat de uitzonderingsgrond zeer uitzonderlijke omstandigheden uitsluitend het verschoningsrecht van de arts betreft en, anderzijds, dat deze zich beperkt tot de relatie arts en OM en dus niet tot die tussen arts en patiënt.

Uit deze paragraaf is gebleken dat het uitgangspunt dat het standpunt van de arts in de processuele fase slechts marginaal wordt getoetst geheel op drift is geraakt. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad zijn vertrouwen in de arts, althans in zijn afwegingen, heeft verloren. Het kan ook zo zijn dat er onduidelijkheid bestaat over 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' als grondslag voor het doorbreken van het verschoningsrecht en over het daarbij behorende toetsingskader. Daarom is voorgesteld de zorgplicht als grondslag te verkiezen voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim boven 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' en vervolgens de toetsingscriteria zoals genoemd onder 5.6.5 als maatstaf te nemen voor het al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Dit biedt het voordeel dat, zoals we zagen bij conflict van plichten, als nu of in de toekomst in de samenleving accenten worden verlegd richting spreken, die zorgvuldigheidsnormen voor een specifieke situatie kunnen worden versoepeld, zonder dat de arts zijn afwegingsruimte kwijtraakt. Een duidelijke grondslag voor het doorbreken van het verschoningsrecht en een helder toetsingskader kunnen het vertrouwen in de afweging van de arts herstellen. Uiteraard zorgen de belangen die het medisch beroepsgeheim dient tegenwicht aan het verleggen van accenten richting spreken en moeten zij dit ook blijven doen. Echter, in een maatschappelijke ontwikkeling die gaat van zwijgen-tenzij naar spreken-tenzij is het voor de rechtszekerheid van de arts van belang dat hij niet klem komt te zitten tussen juridische kaders die een verschillend vertrekpunt hebben: zwijgen-tenzij dan wel spreken-tenzij. Er is dus enige wendbaarheid nodig van toetsingskaders en de daarin opgenomen zorgvuldigheidsnormen. Dat wordt mogelijk gemaakt door een doorbre-

king van het medisch beroepsgeheim vanuit een algemeen geldende zorgplicht te beredeneren en niet door het medisch beroepsgeheim als een zelfstandig, opzichzelfstaand recht van de patiënt te zien.

5.7 Conclusie

Denken over het medisch beroepsgeheim is denken over dilemma's. Diverse van die dilemma's zijn in het eerste deel van dit onderzoek besproken. Onmiskenbaar is dat het denken over medisch beroepsgeheim, en met name het denken over de grenzen die men daaraan zou moeten stellen, evolueert. In de uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim vindt het immers zijn grenzen. Deze nemen toe. Dat is bijvoorbeeld terug te zien in de stijging van het aantal wettelijke *meldplichten*.

Voorts blijkt het in het voorafgaande uitvoerig besproken cvp-toetsingskader zowel aan kritiek als aan verandering onderhevig. Conflict van plichten biedt dan ook niet in álle situaties waarin toestemming van de betrokkene(n) ontbreekt voldoende soelaas. Want zelfs als de arts besluit te zwijgen omdat niet aan alle criteria uit het cvp-toetsingskader is voldaan, kan hij alsnog door de rechter worden verplicht gegevens te verstrekken. Dit verklaart waarom in aanvulling op conflict van plichten ook ándere uitzonderingen zijn geformuleerd, zoals *zwaarwegend belang* en *zeer uitzonderlijke omstandigheden*. Ook deze beide uitzonderingsgronden geven nadere duiding aan de grenzen van het medisch beroepsgeheim. Zij illustreren dat het naleven van het medisch beroepsgeheim geen vanzelfsprekendheid is in een samenleving die verandert in haar denken over dat beroepsgeheim.

Toch zijn het *algemeen* belang op vrije toegang tot de zorg en het *individueel* belang bij informationele privacy uiterst belangrijke waarden voor de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt. En dat vertrouwen is op zijn beurt weer onmisbaar voor goede zorgverlening.

Daarom wordt in dit onderzoek voorgesteld om het medisch beroepsgeheim en zijn uitzonderingen te concipiëren vanuit de plicht tot goede zorgverlening. En dus niet langer vanuit geheimhouding als een geïsoleerde, opzichzelfstaande plicht van de arts, maar als een onderdeel van die zorgplicht. De patiënt heeft immers alleen belang bij zwijgen over zijn gegevens als hij daardoor geen ernstige schade lijdt. En het beschermen van het algemeen belang van een vrije toegang tot de zorg valt alleen te verdedigen als dit ten opzichte van andere maatschappelijke belangen ook daadwerkelijk als zwaarwegender moet gelden. Het afwegen van die verschillende belangen maakt de arts vanuit zijn zorgplicht.

In het eerste deel van dit proefschrift is immers gebleken dat deze zorgplicht het kader biedt voor de manier waarop de arts met het medisch beroepsgeheim dient om te gaan. Het wel of niet inzage geven in gegevens uit het dossier, het inwilligen van het verzoek tot vernietiging van gegevens, het geven

van een afschrift van het dossier zodat de patiënt dit aan bijvoorbeeld het OM kan verstrekken of aan een andere instantie, het bepalen of en, zo ja, aan wie welke gegevens moeten worden verstrekt: het zijn allemaal voorbeelden die in deel I de revue zijn gepasseerd. In álle gevallen bleek dat het antwoord op de vraag hoe de arts in het concrete geval met het medisch beroepsgeheim dient om te gaan, gegeven ligt in de zorg die een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde omstandigheden dient te betrachten. Voor zover het de rechtsverhouding betreft tussen arts en patiënt of arts, kind en ouders kan die zorgplicht gebaseerd worden op art. 7:453 BW. Maar ook buiten de regeling van de Wgbo geldt een zorgplicht die zijn basis vindt in de medische ethiek.

Zo er ergens sprake is van dilemma's is dat wel in het geval waarin de arts een vermoeden heeft van kindermishandeling. In het volgende deel van dit proefschrift wordt daarom onderzocht welke rol deze zorgplicht speelt bij het vinden van een evenwicht tussen enerzijds de persoonlijke en maatschappelijke belangen die het medisch beroepsgeheim moet dienen en anderzijds het maatschappelijke belang van het tegengaan van kindermishandeling.

DEEL II

Medisch beroepsgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders

6 De 'scope' van het wettelijke begrip kindermishandeling

6.1 INLEIDING

In dit tweede deel van dit proefschrift gaat mijn aandacht uit naar de vraag hoe het medisch beroepsgeheim en de daarmee nauw samenhangende zorgplicht functioneren bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders en in dit hoofdstuk vindt daartoe een analyse plaats van het begrip kindermishandeling dat thans in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo is neergelegd.

Het fenomeen kindermishandeling staat sinds de tweede helft van de vorige eeuw steeds meer in de belangstelling. De kinderarts Kempe beschreef in de jaren 60 van de vorige eeuw oude en nieuwe botbreuken bij kinderen die door de uitvinding van röntgenapparatuur zichtbaar werden. Kempe sprak van het *Battered Child Syndrome*.[1] Die botbreuken waren immers het gevolg van fysiek geweld door ouders jegens hun kind. Het was dus niet zo dat deze het gevolg waren van broze botten – *bone fragility* – wat aanvankelijk werd gedacht.

Deze bevindingen waaiden over naar Nederland. Daar kreeg het fenomeen dat ouders hun kind fysiek mishandelden de benaming 'kindermishandeling'. Ofschoon het in eerste aanleg vooral de aandacht van artsen trok, kregen al rap ook andere wetenschappen – zoals de gedrags- en pedagogische wetenschappen – aandacht voor dit fenomeen. Het ging immers veeleer om *home fragility* in plaats van *bone fragility*.[2] Kindermishandeling is een kwetsbaarheid van gezinnen en van kinderen in die gezinnen.

De aanpak van kindermishandeling bleek niet eenvoudig. Voor artsen was het van meet af aan niet vanzelfsprekend om over signalen en vermoedens van kindermishandeling te spreken vanwege het medisch beroepsgeheim. Teneinde intercollegiaal overleg mogelijk te maken werd in 1972 het Bureau Vertrouwensarts inzake kindermishandeling opgericht.[3] Zo kon binnen de

---

1 Kempe e.a., *Journal of the American Medical Association* 1962, p. 105. Baartman (2009, p. 36-37) wijst er terecht op dat al zeven jaar eerder dergelijke bevindingen waren beschreven door Woolley & Evans, maar dat artikel kreeg minder aandacht dan dat van Kempe c.s. Zie Woolley & Evans, *JAMA* 1955.

2 Baartman 2005, p. 4. Baartman kwam op de gedachte van 'home fragility' na het zien van een door een aardbeving in Italië ontwricht huis. Kindermishandeling gaat over ontwrichting niet van het huis maar binnen het huis. Het gaat over ontwrichte gezinnen.

3 Baartman 2009, p. 18.

beroepsgroep onderling advies worden gegeven en konden ervaringen worden gedeeld.

De betrokkenheid van ook anderen bij de aanpak van kindermishandeling resulteerde in een versnippering van de jeugdhulp in de tweede helft van de vorige eeuw. Hierdoor was de aanpak van kindermishandeling niet effectief. De toenmalige Wjhv moest een antwoord geven op de versnipperde hulpverlening bij de aanpak ervan. Een exponent daarvan is de oprichting van één Advies- en Meldpunt Kindermishandeling (hierna: *AMK*). Dat kwam in de plaats van het Bureau Vertrouwensarts inzake Kindermishandeling.

Aan het AMK konden artsen voortaan advies vragen of (een vermoeden van) kindermishandeling melden. Het AMK was ook hét aanspreekpunt voor andere professionals en voor burgers in het algemeen. Het AMK had vervolgens tot taak een melding van kindermishandeling te onderzoeken binnen de daarvoor gegeven wettelijke kaders in de Wjhv. Daartoe moest het begrip kindermishandeling uiteraard wél gedefinieerd worden.[4]

In 1989 is het begrip kindermishandeling in art. 34a lid 3 van de Wjhv neergelegd. Ofschoon de Wjhv in 2005 plaatsmaakte voor de Wjz die vervolgens in 2015 is vervangen door de Jw, bleef de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling ook in die wetten ongewijzigd (art. 1.1 Wjz en art. 1.1.1 Jw).[5] In al deze regelingen wordt onder kindermishandeling verstaan:

> 'Elke vorm van voor een minderjarige bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard, die de ouders of andere personen ten opzichte van wie de minderjarige in een relatie van afhankelijkheid of van onvrijheid staat, actief of passief opdringen, waardoor ernstige schade wordt berokkend of dreigt te worden berokkend aan de minderjarige in de vorm van fysiek of psychisch letsel.'[6]

Kennelijk was er voor de wetgever geen aanleiding het begrip in de elkaar opvolgende wetten anders te omschrijven.[7] Ook de reden voor opname van het begrip kindermishandeling in die wetten blijkt samen te hangen met het afbakenen van het taakgebied van de instantie waaraan kindermishandeling kan worden gemeld.[8] Was dat onder de Wjz nog steeds het AMK, onder vigeur van de Jw werd dit – door de samenvoeging van het AMK met het Steunpunt Huiselijk Geweld – het Advies- en Meldpunt Huiselijk geweld en Kindermis-

4 *Kamerstukken II* 1990/91, 21938, nr. 1-2, p. 3-5; *Kamerstukken I* 2000/01, 27842, A, p. 7; *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 12 (MvT).

5 Art. 1.1 Wjz, *Stb.* 2004, 306 en art. 1.1.1 Jw, *Stb.* 2014, 105.

6 Art. 34a lid 3 Wjhv, *Stb.* 1989, 358. Zie ook art. 1.1 Jw, *Stb.* 2014, 105.; art. 1.1.1 Wmo 2015, *Stb.* 2014, 280.

7 Vgl. Baartman 2009, p. 10-11, p. 61-63 en p. 74.

8 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 2-3 (MvT).

handeling (hierna: *AMHK*).[9] Uit de toelichting op de Jw blijkt dat samenvoeging een volgende stap is in de noodzakelijke samenwerking tussen deze twee instanties die ertoe leidt dat kindermishandeling – een vorm van huiselijk geweld – gemeld wordt bij één herkenbaar meldpunt: het AMHK.[10] Het AMHK wordt in de overige communicatie – en ook in dit proefschrift – 'Veilig Thuis' genoemd.[11]

Het begrip kindermishandeling is behalve in de Jeugdwet sinds 2015 ook in de Wet maatschappelijke ondersteuning opgenomen (art. 1.1.1 Wmo); dit hangt samen met het gegeven dat de uitvoering van de taken van Veilig Thuis vanaf 2015 onder de verantwoordelijkheid van de gemeenten is komen te vallen en dat is in die wet geregeld.[12]

De wettelijke definitie van het begrip kindermishandeling zoals thans neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo vormt de hoeksteen van de maatregelen die de wetgever heeft genomen in de bestrijding van kindermishandeling. Uit voorgaande wordt duidelijk dat die wettelijke definitie in oorsprong niet bedoeld is voor de arts die ermee te maken krijgt. Deze was immers bedoeld voor het AMK dat bij zijn werkzaamheden van deze wettelijke omschrijving van kindermishandeling moest uitgaan en in het bijzonder bij de beoordeling van een melding van kindermishandeling of een vermoeden ervan.[13]

Die oriëntatie op het AMK, thans Veilig Thuis, maakt een analyse van de wettelijke definitie vanuit het perspectief van de arts interessant. De taakstelling van Veilig Thuis en van de arts verschillen uiteraard, terwijl daarvoor toch dezelfde wettelijke definitie wordt gehanteerd. Die wettelijke definitie vormt dus ook voor de arts het normatief-juridisch kader voor het handelen bij kindermishandeling of vermoedens daarvan. Het begrip kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo is immers uitgangspunt in de wettelijke en professionele maatregelen waaraan artsen bij de aanpak van kindermishandeling zijn gebonden.[14] Daarom is een analyse van de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art.1.1.1 Wmo in dit proefschrift nodig.

---

9 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 32-33 (MvT); *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 10, p. 48.

10 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 32-33; *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 17.

11 *Kamerstukken II* 2016/17, 28345, nr. 182; *Kamerstukken I* 2013/14, 33684, A (gewijzigd voorstel van de wet); *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 32-33 (MvT). Zie voor de introductie van het begrip Veilig Thuis: *Nieuwsbrief ondersteuningsprogramma AMHK* (VNG 2013); website Nederlands Jeugdinstituut: https://www.nji.nl/Kindermishandeling-Beleid-Ontwikkelingen (laatst geraadpleegd 29 januari 2018).

12 Art. 1.1.1 Wmo 2015, *Stb.* 2014, 280; *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 17.

13 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 12 (MvT).

14 Zie par. 7.2.3 voor de bespreking van de wettelijke regelingen. Zie par. 8.4-8.8 voor de bespreking van de professionele regelingen (KNMG-meldcode 2015 en KNMG-afwegingskader 2018).

Opzet deel II

In hoofdstuk 6 vindt de analyse plaats van de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo. De volgende elementen uit de wettelijke begripsomschrijving worden in dit hoofdstuk geanalyseerd en waar zinvol geproblematiseerd: (1) 'minderjarige' (par. 6.3); (2) 'elke vorm van een bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard' (par. 6.4); (3) 'ouders of andere personen' en 'een relatie van afhankelijkheid of onvrijheid' (par. 6.5); (4) 'actief of passief opdringen' (par. 6.6) en (5) '(dreigende) ernstige schade in de vorm van fysiek of psychisch letsel' (par. 6.7).

Het onderzoek in hoofdstuk 6 richt zich niet op de vraag of het een verstandige keuze is deze definitie als uitgangspunt te nemen of dat, zoals Baartman voorstelt, een andere definitie hiervoor in de plaats zou moeten worden gesteld.[15] In hoofdstuk 6 gaat het om de vraag wat vanuit het perspectief van de arts de betekenis en de scope is van deze wettelijke omschrijving van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art.1.1.1 Wmo mede in het licht van het nieuwe afwegingskader op grond waarvan de arts ernstige signalen van kindermishandeling móet melden.[16]

In de analyse worden waar functioneel, de strafbepalingen van mishandeling betrokken (artikelen 300-304 Sr). In de preventie en aanpak van kindermishandeling wordt immers ook gebruik gemaakt van strafrechtelijke normen. De uitwerking van het begrip mishandeling in de artikelen 300-304 Sr en de interpretatie ervan kunnen van toegevoegde waarde zijn voor de analyse van de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo.

Hoofdstuk 7 richt zich op het analyseren van de wettelijke regelingen waarin de bevoegdheid respectievelijk de plicht is neergelegd voor de arts om de zwijgplicht te doorbreken in geval van kindermishandeling of een vermoeden ervan. Wat betekenen – in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders – deze regelingen voor het medisch beroepsgeheim en de zorgplicht? Hoe verhouden deze regelingen zich tot conflict van plichten als uitzondering op de zwijgplicht en dat een restrictief toetsingskader kent waardoor 'spreken' allerminst vanzelfsprekend is?[17]

In hoofdstuk 8 wordt de professionele regelgeving geanalyseerd zoals deze is vervat in het onderdeel 'kindermishandeling' uit de KNMG-meldcode (2015) en het KNMG-afwegingskader (2018).

De KNMG stelt reeds sinds 2008 dat, in geval van kindermishandeling, het uitgangspunt is dat de arts 'spreekt-tenzij'. Kennelijk kent de KNMG een verant-

15 Zie voor een herziene definitie en reacties daarop: Baartman 2009.

16 *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017, p. 12-13, behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291. Zie par. 7.2.3.5.

17 Zie par. 5.4.1.

woordelijkheid toe aan artsen het medisch beroepsgeheim eerder te doorbreken dan op grond van het leerstuk van conflict van plichten mogelijk zou zijn. Dat leerstuk is immers gebaseerd op een 'zwijgen-tenzij'. Onderzocht wordt of het accent inderdaad is verschoven richting 'spreken' en zo ja, waaruit dat precies blijkt en wat daarvoor de grondslag is. Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de verhouding tussen conflict van plichten en de zorgplicht die ex art. 7:453 BW op de arts rust, omdat beide in de KNMG-meldcode (2015) als mogelijke juridische basis worden aangedragen voor het zonder toestemming van betrokkenen doorbreken van de zwijgplicht. De bevindingen van hoofdstuk 8 worden ten slotte vergeleken met die van hoofdstuk 7.

In hoofdstuk 9 richt mijn onderzoek zich op de wijze waarop de rechter, met name de tuchtrechter, omgaat met het medisch beroepsgeheim en de zorgplicht bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders. Houdt de rechter vast aan de uitgangspunten van het medisch beroepsgeheim en de uitzonderingen die in het algemeen voor het doorbreken ervan gelden, of geven de uitspraken blijk van méér ruimte voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim? Hiertoe zijn rechterlijke uitspraken onderzocht gedurende de periode vanaf 1 september 2008 tot 1 februari 2018. De spanning met het stevig in de wet verankerde medisch beroepsgeheim is door het in de KNMG-meldcode geplaatste accent op 'spreken, tenzij' het grootst in deze periode. Incidenteel komen ook uitspraken aan de orde waarop een eerdere KNMG-meldcode van toepassing is (2002, 2004), maar dat zal zijn omdat de desbetreffende uitspraak blijk geeft van het anticiperen op de accentverschuiving richting een 'spreken, tenzij'. Dit hoofdstuk beoogt inzicht te geven in grondslag(en) en toetsingskader(s) die voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders in de (tucht)rechtspraak worden gehanteerd.

In hoofdstuk 10 concludeer ik over de bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken en de mogelijke spanning daartussen. Een en ander leidt tot een voorstel voor een toetsingsmodel voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders. Hierbij wordt de betekenis van de zorgplicht in relatie tot de zwijgplicht van de arts belicht en de keuze van de wetgever ter bestrijding van kindermishandeling het medisch beroepsgeheim te doorbreken, juridisch vormgegeven.

6.2 Wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling (art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo)

Hieronder worden de volgende elementen uit de wettelijke begripsomschrijving geanalyseerd en waar zinvol geproblematiseerd: (1) 'minderjarige' (par. 6. 3); (2) 'elke vorm van een bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard' (par. 6.4); (3) 'ouders of andere personen' en 'een

relatie van afhankelijkheid of onvrijheid' (par. 6.5); (4) 'actief of passief opdringen' (par. 6.6) en (5) '(dreigende) ernstige schade in de vorm van fysiek of psychisch letsel' (par. 6.7).

6.3 'MINDERJARIGE'

Wat precies onder een 'minderjarige' zoals neergelegd in de wettelijke definitie van het begrip kindermishandeling in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo wordt verstaan, blijkt niet uit de wettekst en evenmin uit de parlementaire geschiedenis van het wettelijke begrip kindermishandeling. Daarin wordt het begrip 'minderjarige' niet nader geëxpliciteerd. Toch ligt het voor de hand om dat begrip te preciseren, niet alleen om de eventuele verplichtingen of bevoegdheden van de arts in dat kader af te bakenen, maar ook omdat voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim bij (vermoedens van) mishandeling van bijvoorbeeld meerderjarige verstandelijk gehandicapten een ander toetsingskader geldt.[18]

6.3.1 De definitie uit Boek 1 BW

Het ligt voor de hand aansluiting te zoeken bij de civielrechtelijke definitie van minderjarigen (art. 1:233 BW): zij die de leeftijd van 18 jaar nog niet hebben bereikt en die evenmin meerderjarig zijn verklaard (cf. art. 1:253ha BW).[19]

Hiervan uitgaande dienen twee kwesties te worden geproblematiseerd: (1) vallen *ongeborenen* ook onder de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling en (2) hoe verhouden de leeftijdsgrenzen in de Jw/Wmo zich tot die in de Wgbo waarin andere leeftijdsgrenzen gelden?[20] De antwoorden op deze vragen blijken immers niet uit de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo.

In dergelijke onduidelijke gevallen zoals wanneer het niet direct evident is of het slachtoffer onder het bereik van de wettelijke definitie van kindermishandeling valt, wordt in dit onderzoek gesproken van het *grijze gebied*. Dit omvat ook de situatie waarin de arts een vermoeden heeft van kindermishandeling. Hoe de arts daarmee volgens de KNMG-meldcode (2015) en het KNMG-afwegingskader (2018) moet omgaan, komt aan de orde in hoofdstuk 8.

---

18 Zie onderdeel 'Huiselijk geweld' in de KNMG-meldcode 2015, p. 69. De KNMG benadrukt dat ofschoon de aanpak van volwassenengeweld vergelijkbaar is met die van kindermishandeling, met betrekking tot informatieverstrekking aan derden in dit kader meer terughoudendheid is geboden dan in geval van kindermishandeling in geval toestemming voor informatieverstrekking van de volwassene ontbreekt.

19 In gelijke zin definitie WHO 2002, p. 59 waarin gesproken wordt van 'under 18 years of age.' Zie ook art. 1 IVRK (20 november 1989), *UN Doc* A/RES/44/25.

20 Zie voor beschrijving van de leeftijdsgrenzen in de Wgbo: par. 3.2.1. en par. 3.5.3.

6.3.2 Zijn ongeborenen 'minderjarigen'?

Voor het beantwoorden van de vraag of en zo ja, in hoeverre, de ongeborene onder het begrip minderjarige valt in de context van de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling, geeft de parlementaire geschiedenis van de artikelen waarin de wettelijke omschrijving van kindermishandeling is neergelegd – art. 34a lid 3 Wjhv, art. 1.1 Wjz, art. 1.1 Jw, en art. 1.1.1 lid 1 Wmo – weinig houvast.

Aansluiting kan worden gezocht bij regelingen die zien op het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen.[21] Daaruit zou immers kunnen blijken dat ongeborenen beschermwaardig zijn en daarin ligt voor de arts een belangrijke reden om eventueel ook voor die groep een melding te doen. De ongeborene kan dan immers door het treffen van die maatregelen tegen verdere schade worden beschermd. Daarvoor is dan wel eerst een melding van kindermishandeling of een vermoeden ervan door de arts vereist.

In de parlementaire geschiedenis van de regelingen die zien op het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen wordt aangeknoopt bij art. 1:2 BW. Art. 1:2 BW bepaalt dat het kind waarvan de vrouw zwanger is als reeds geboren wordt aangemerkt zo dikwijls zijn belang dat vordert.[22] Tot die belangen worden gezondheids- en ontwikkelingsbelangen gerekend.[23]

Voor ongeborenen kunnen op grond van art. 1:2 BW kinderbeschermingsmaatregelen worden getroffen.[24] Hierbij valt te denken aan maatregelen zoals het onder toezicht plaatsen van de ongeborene op grond van art. 1:255 BW. De te benoemen gezinsvoogd geeft in het belang van de ongeborene de zwangere aanwijzingen die zij op grond van art. 1:263 lid 2 BW moet opvolgen. Ook kan de ondertoezichtstelling gecombineerd worden met het uit huis plaatsen van het kind als het eenmaal geboren is op grond van art. 1:265a BW juncto art. 1:265b BW. In de praktijk van de gezondheidszorg wordt in een dergelijk geval ook wel gesproken van een 'uitbuikplaatsing'.[25]

Er bestaat discussie over de betekenis van de levensvatbaarheidsgrens die ligt op 24 weken zwangerschap bij het treffen van dergelijke maatregelen. Die

---

21 *Kamerstukken II* 2015/16, 29323, nr. 97, p. 2; *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 22; *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 9 (MvT); *Kamerstukken II* 2007/08, 31001, nr. 46, p. 5.

22 Art. 1:2 BW, *Stb.* 1969, 257.

23 Asser/De Boer 2010/26, p. 22; Rb. Roermond 26 juni 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BJ0644.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 22; *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 9 (MvT); *Kamerstukken II* 2007/08, 31001, nr. 46, p. 5. Opgemerkt zij hier dat behalve kinderbeschermingsmaatregelen uiteraard via de Wet BOPZ in bepaalde situaties vergaand kan worden ingegrepen in de bewegingsvrijheid van de moeder. Deze paragraaf richt zich evenwel op het begrip kindermishandeling in relatie tot het melden ervan met het oog het kind tegen verdere mishandeling te beschermen. Zie voor de jurisprudentie voetnoot 31.

25 Voor het wijzen op de in de praktijk doorgaans gebruikte term 'uitbuikplaatsing' dank ik verpleegkundige verslavingszorg J.F. van Noort.

grens is door de medische wetenschap in Nederland bepaald en tot dat moment heeft de moeder het recht de zwangerschap af te breken. De discussie over die levensvatbaarheidsgrens in het licht van te treffen kinderbeschermingsmaatregelen is in zoverre relevant voor de arts dat als blijkt dat voor de ongeborene die die grens nog niet is gepasseerd géén beschermingsmaatregelen kunnen worden getroffen, hij zich wel de vraag moet stellen of het zinvol is het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Die doorbreking moet er immers wel op zijn gericht schade te voorkomen en dat kan door het treffen van die kinderbeschermingsmaatregelen.[26]

Uit de jurisprudentie over het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen blijkt zonder meer dat als de ongeborene de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken is gepasseerd dergelijke maatregelen in het belang van de ongeborene kunnen worden getroffen. Die ongeborenen zijn zonder meer beschermwaardig. Geldt dit ook zo voor de ongeborene die de grens nog niet is gepasseerd of is levensvatbaarheid een criterium voor het toekennen van kinderbeschermingsmaatregelen?

De preambule bij het IVRK waarin wordt benadrukt dat 'ieder kind zo wel voor als na de geboorte' bijzondere bescherming en zorg nodig heeft, staat hier in beginsel niet aan in de weg.[27] Hier zij opgemerkt dat iedere verdragsstaat een 'margin of appreciation' toekomt ten aanzien van het trekken van de grens vanaf welk moment de ongeborene in aanmerking komt voor kinderbeschermingsmaatregelen.[28] Uit de Nederlandse parlementaire geschiedenis over het treffen van prenatale kinderbeschermingsmaatregelen blijkt weliswaar dat aanvankelijk betekenis werd toegekend aan de praktijk waarin de grens van 24 weken zwangerschap werd aangehouden voor het treffen van maatregelen, maar ook dat deze grens niet langer maatstaf is of zou moeten zijn voor het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen.[29]

Uit de door mij onderzochte jurisprudentie over het treffen van maatregelen ten behoeve van de bescherming van ongeborenen is in enkele uitspraken de vraag aan de orde in hoeverre de levensvatbaarheidsgrens maatgevend is voor het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen.[30] Die vraag speelt in de meeste gevallen geen rol omdat in verreweg de meeste zaken de desbetreffende

---

26 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 22; *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 32, p. 35 en p. 155 (MvT); Zie voor het verzoek van de RvdK aan de kinderrechter n.a.v. een melding in geval van kindermishandeling art. 3.1 Jw, *Stb.* 2014, 105.

27 Preambule IVRK, overweging 9 (20 november 1989), *UN Doc* A/RES/44/25; General Comment no. 15, CRC/C/GC/15, p. 8-14 en p. 232-234; General Comment no. 13, CRC/C/GC/13, p. 27.

28 *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 9 (MvT); *Kamerstukken II* 2007/08, 31001, nr. 46, p. 5; Hendriks 2009, p. 36-38; Lawson & Schermers 1999, p. XXVI.

29 *Kamerstukken II* 2015/16, 29323, nr. 97 (reactie op RSJ advies Prenatale kinderbescherming en de rol van de overheid). Vgl. *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 9 (MvT); *Kamerstukken II* 2007/08, 31001, nr. 46, p. 5.

30 Rb. Zeeland-West-Brabant 22 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2587, *GJ* 2017/101; Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, *NJ* 2012/442.

ongeborene de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken zwangerschap reeds is gepasseerd.[31] Aansluiting wordt aldaar gezocht bij art. 1:2 BW voor het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen en uiteraard wordt getoetst aan de criteria die voor het treffen van dergelijke maatregelen gelden.

Een bekende uitspraak waar de vraag wél aan de orde is in hoeverre de levensvatbaarheidsgrens maatgevend is voor het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen, is de uitspraak van de Dordtse kinderrechter uit 2012.[32] In casu ging het om een vrouw die 17 weken zwanger was en met eerwraak werd bedreigd. De RvdK had de rechter om een voorlopige ondertoezichtstelling van de ongeborene gevraagd. De kinderrechter nam de korte duur van de zwangerschap als maatstaf voor het níet treffen van de gevraagde kinderbeschermingsmaatregel:

> 'Nu de moeder zeventien weken zwanger is, komt de ongeboren vrucht geen bescherming toe en kan een maatregel van voorlopige ondertoezichtstelling niet worden uitgesproken.'[33]

Tegenover deze uitspraak, staat de uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant. De rechtbank overwoog dat in de jurisprudentie doorgaans pas na 24 weken zwangerschap toepassing wordt gegeven aan art. 1:2 BW als dit voor de ongeboren vrucht van belang wordt geacht, maar dat in uitzonderlijke gevallen hiervan wordt afgeweken.[34] De kinderrechter benadrukt in deze zaak waarin het ging om een vrouw die 16 weken zwanger was en blowde bij wijze van zelfmedicatie, dat gelet op de huidige inzichten ten aanzien van de (vroege) ontwikkeling van foetussen, het wetsvoorstel verplichte GGZ en de wetsgeschiedenis, over het toepassen van die 24 weken grens anders kan worden gedacht. In casu was de kinderrechter evenwel van oordeel dat het feit dat de moeder blowde bij wijze van zelfmedicatie, niet maakt dat er een ernstig vermoeden bestaat dat de grond van een ondertoezichtstelling is vervuld, met name nu de moeder wel contact heeft met de nodige hulpverleningsinstanties. Hier was dus niet doorslaggevend – zoals wél bij de Dordtse

---

31 Rb. Overijssel 2 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:7072 (vrouw is langer dan 24 weken zwanger, rechter stelt ongeborene onder toezicht en verleent machtiging tot uithuisplaatsing vanaf de geboorte); Hof Leeuwarden 28 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0232, *PFR-Updates.nl* 2013/0026 (vrouw is langer dan 24 weken zwanger, ongeboren kind is in eerste aanleg onder toezicht gesteld en machtiging tot uithuisplaatsing is verleend vanaf de geboorte); Rb. Roermond 26 juni 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BJ0644 (vrouw is 26 weken zwanger, rechter stelt ongeboren kind onder voorlopige voogdij van Bureau Jeugdzorg); Rb. Rotterdam 23 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD8461 (ongeborene wordt binnenkort geboren, rechter stelt kind voorlopig onder toezicht maar wijst verzoek tot uithuisplaatsing af); Zie ook: Enkelaar & Van der Does, *FJR* 2009, p. 8.

32 Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, *NJ* 2012/442 (geen kinderbeschermingsmaatregel vanwege 17 weken zwangerschap).

33 Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, *NJ* 2012/442, r.o. 5.4.

34 Rb. Zeeland-West-Brabant 22 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2587, *GJ* 2017/101.

rechter in 2012 – dat de ongeborene de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken nog niet was gepasseerd. Er volgde een toetsing in volle omvang aan de wettelijke voorwaarden voor het treffen van een VOTS ongeacht het niet gepasseerd zijn van de levensvatbaarheidsgrens. Deze voorwaarden staan genoemd in art. 1:255 lid 1 BW en de voorwaarde waaraan i.c. niet is voldaan is die genoemd onder a van art. 1:255 BW, namelijk dat de zorg die in verband met het wegnemen van de bedreiging noodzakelijk is voor de minderjarige of voor zijn ouders of de ouder die het gezag uitoefent, door dezen niet of onvoldoende wordt geaccepteerd. Volgens de kinderrechter is hiervan geen sprake en doen de ouders juist hun best om hun leven weer op de rit te krijgen en is er contact met de nodige hulpverleningsinstanties.[35]

Ook uit diverse uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens blijkt dat prenatale kinderbeschermingsmaatregelen op ieder moment mogen worden uitgesproken door de rechter mits deze noodzakelijk, doelmatig en proportioneel zijn.[36] Dat is ook logisch, omdat het genoegzaam bekend is dat het nog niet geboren kind juist in de eerste weken van de zwangerschap door verslaving van de moeder aan roken, drank of drugs bijzonder ernstige, blijvende schade kan oplopen en de vrucht dus vanaf de conceptie alle mogelijke vormen van bescherming verdient.[37] Bovendien is die grens voor levensvatbaarheid in het leven geroepen als juridisch criterium voor het legaal afbreken van de zwangerschap. Met Sijmons ben ik het eens dat het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen, het recht van de zwangere op abortus onverlet laat.[38] Oftewel: zolang een vrouw niet gekozen heeft voor afbreking van haar zwangerschap, dient de gezondheid van het toekomstige kind te worden beschermd. Het beschermen van de ongeborene die in zijn ontwikkeling of veiligheid wordt bedreigd, is immers van een andere orde, omdat genoegzaam bekend is dat ook in de eerste weken van de zwangerschap ernstige schade kan ontstaan door bijvoorbeeld de levensstijl van de moeder. Daarom zie ik geen reden waarom er een grens van 24 weken zou moeten gelden. De ongeborene die de grens voor levensvatbaarheid nog niet is gepasseerd maar wel in ernstige mate in een gezonde

35 Rb. Zeeland-West-Brabant 22 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2587, *GJ* 2017/101 onder 'beoordeling'.

36 Wortmann aangehaald in Weijers, *FJR* 2015, p. 235. De volgende uitspraken worden aangehaald: HvJ EU, ECLI:EU:C:2011:669, C-34/10, 18 oktober 2011 (Oliver Brùstle tegen Greenpeace eV); EHRM 8 april 2003, 11057/02 (Haase tegen Duitsland); EHRM 12 juli 2001, 25702/94 (K. en T. tegen Finland). Zie voorts EHRM 26 mei 2011, Appl. No. 27617/04, r.o. 186 (P.R. tegen Poland); EHRM 8 juli 2004, Appl. No. 53924/00, r.o. 75-77 & r.o. 86 (Vo. tegen France); EHRM 13 februari 2003, Appl. No. 42326/98, concurring opinion judge Ress, r.o. 3 (Odièvre tegen France); zie ook EHRM 16 december 2010, Appl. No. 25579/05 (A, B en C tegen Ierland).

37 Zie voor kritische reacties: Hendriks, *AA* 2010, p. 304-306; Weijers, *FJR* 2015, p. 234; Wortmann, *NJ* 2012/442; Vlaardingerbroek, *JPF* 2012/82 annotaties bij Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, *NJ* 2012/442.

38 Sijmons, *FJR* 2009, p. 15.

ontwikkeling wordt bedreigd, heeft bescherming van rechtswege nodig. Art. 1:2 BW staat hieraan niet in de weg.[39]

In het verlengde hiervan zie ik ook geen reden waarom het wettelijk begrip kindermishandeling niet ruim zou moeten worden opgevat: iedere ongeborene, dus ook die tussen 0-24 weken zwangerschap, valt onder het element 'minderjarige' uit de wettelijke omschrijving. Dat ruime begrip dient als uitgangspunt te gelden in het kader van de beslissing ten aanzien van het al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling door ouders. De vraag die in het begin van deze paragraaf is gesteld, namelijk of de ongeborene onder 'minderjarige' uit de wettelijke definitie van het begrip kindermishandeling valt, laat zich derhalve bevestigend beantwoorden.

6.3.3 Het begrip 'minderjarige' in de Jw/Wmo en in de Wgbo

In afwijking van de algemene regeling van meerderjarigheid en minderjarigheid in Boek 1 BW gelden in de Wgbo andere leeftijdsgrenzen die er volgens Leenen c.s. toe leiden dat er in feite sprake is van een verlaging van de meerderjarigheidsgrens van 18 naar 16 jaar.[40]

Volgens art. 7:447 BW zijn patiënten van 16 of 17 jaar immers bekwaam – zonder inmenging van de ouders – een geneeskundige behandelingsovereenkomst ten behoeve van zichzelf aan te gaan. Voor alle verrichtingen die in het kader van die overeenkomst worden uitgevoerd, zal worden volstaan met de toestemming van de minderjarige. Volgens de toelichting sluit deze ontwikkeling aan bij de toenemende zelfstandige deelname aan het rechtsverkeer door de minderjarigen met als logisch gevolg dat zij zelf een beroep doen op medische hulpverleners.[41] Ofschoon de 16- of 17-jarige patiënt zelf de geneeskundige behandelingsovereenkomst aangaat en aansprakelijk is voor de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen, is van een algehele gelijkstelling aan de meerderjarige toch niet in alle volledigheid sprake. De verantwoordelijkheid voor het betalen van de rekening ligt immers in beginsel nog steeds bij de ouders en niet bij de patiënt van 16 of 17 jaar.[42]

Leeftijdsgrenzen spelen ook een rol in de discussie over het begrip kindermishandeling. Baartman bepleit om seksueel misbruik slechts onder het door hem voorgestelde begrip kindermishandeling te laten vallen voor zover het gaat om afgedwongen seksuele contacten met een kind jonger dan 16 jaar.[43] Ofschoon begrijpelijk vanuit de strafrechtelijke context waarin de leeftijdgrens

---

39 *Kamerstukken II* 2015/16, 29323, nr. 97 (reactie op RSJ-advies Prenatale kinderbescherming en de rol van de overheid).

40 Leenen e.a. 2017, p. 130.

41 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p.19 (MvT). Zie voorts par. 3.5.2.

42 Zie *Concluding Observations: Netherlands* (26 oktober 1999), CRC/C/15/Add.114, par. 19. Bruning 2006, p. 14.

43 Baartman 2009, p. 95.

van 16 jaar op dit gebied in diverse bepalingen in het Wetboek van Strafrecht is neergelegd, is die keuze niet goed verdedigbaar vanuit het beschermingsperspectief van de minderjarige. De minderjarige van 16 of 17 jaar behoeft immers in die situatie juist hulp en zorg. Daartoe moet een arts ook een melding kunnen doen aan Veilig Thuis teneinde passende hulp voor kind en gezin in gang te zetten. Temeer, omdat uit diverse onderzoeken blijkt dat jeugdigen die mishandeld worden in sterke mate afhankelijk zijn van, en loyaal blijven aan, de mishandelende, misbruikende ouder(s).[44] Ook wordt in diverse studies gewezen op de ongelijke machtsverhouding tussen het kind en de persoon die mishandelt/misbruikt, waardoor de jeugdige niet goed in staat is voor zichzelf op te komen.[45] In General Comment 13 bij art. 19 IVRK is de afhankelijkheid van het kind als volgt verwoord:

> 'The Committee considers that, while respecting the evolving capacities and progressive autonomy of the child, all human beings below the age of 18 years are nonetheless "in the care of" someone, (…).'[46]

Uit dit citaat kan worden afgeleid dat doordat het kind onder de 'care', de zorg, van een persoon valt, doorgaans de ouder(s), deze primair afhankelijk is van die ouder(s). Juist als in die zorgrelatie sprake is van kindermishandeling, is het kind gebaat bij bescherming van buitenaf. Dat geldt voor iedere minderjarige, ook de patiënt van 16 of 17 jaar.

Het behoeft geen betoog dat het criterium dat een 16 of 17-jarige volge ns de Wgbo in staat is om 'zelfstandig een geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te gaan' van een andere orde is dan dat uit de Jw, waarin het immers gaat om het beschermen van de jeugdige tegen kindermishandeling. Daarom zou in de sfeer van de geneeskundige behandeling moeten gelden dat de arts die een patiënt van 16 of 17 jaar onder zijn hoede heeft, een melding van kindermishandeling kan resp. moet doen,[47] ondanks dat de Wgbo in de woorden van Leenen c.s. in feite de meerderjarigheidsgrens heeft verlaagd.[48] In geval van onduidelijkheid over de hiërarchie tussen wettelijke regelingen geldt immers dat de regeling die de patiënt de meeste bescherming biedt, voorrang geniet.[49] De Wgbo is dus niet een lex specialis ten opzichte van de Jw/Wmo, waarin geldt dat onder het begrip minderjarige ieder kind onder de achttien jaar valt. Dit betekent dat de arts die wordt geconfronteerd

---

44 Van de Putte e.a. 2013, p. 6-7; Alink e.a. 2011, p. 19; Van IJzendoorn e.a. 2007, p. 18 en p. 137; Willems 1998, p. 9 en p. 20-21. Vgl. Baartman 2009, p. 95.

45 Weijers, *FJR* 2005, p. 170; Baartman, *FJR* 2012, p. 50; Willems 1998, p. 459-461 en p. 532.

46 General Comment no. 13, CRC/C/GC/13, p. 12.

47 In dit hoofdstuk wordt gesproken van 'kan resp. moet melden'. Wanneer de arts kán melden en wanneer hij dit móet in geval van kindermishandeling, wordt besproken in hoofdstuk 8 van dit proefschrift.

48 Leenen e.a. 2017, p. 130.

49 Leenen e.a. 2017, p. 98.

met mishandeling van zijn patiënt van 16 of 17 jaar oud, bijvoorbeeld een melding kan resp. moet doen aan Veilig Thuis zodat passende jeugdhulp kan worden gestart.

6.4 'ELKE VORM VAN EEN BEDREIGENDE OF GEWELDDADIGE INTERACTIE VAN FYSIEKE, PSYCHISCHE OF SEKSUELE AARD'

In de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling gaat het om 'elke vorm' van een bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard. Over de reikwijdte van het wettelijke begrip kindermishandeling vermeldt de memorie van toelichting op de Wjhv:

> 'gelet op de veelvuldige vormen waarin kinderen kunnen worden mishandeld, wordt een ruime omschrijving van het begrip kindermishandeling voorgesteld'.[50]

Uit dit citaat blijkt dat de wetgever de vorm waarin de kindermishandeling plaatsvindt niet te precies heeft willen omschrijven. Dat is logisch want de ontwikkeling van het begrip is dat het zich rap heeft verruimd. Aan de oorspronkelijke betekenis van fysiek geweld door ouders met fysiek letsel (botbreuken) tot gevolg, voegden zich immers snel andere – ook geweldloze – vormen van kindermishandeling toe. Seksueel misbruik, verwaarlozing, het getuige zijn van geweld tussen ouders (dus zonder zelf klappen te krijgen), seksuele omgang met een kind op vrijwillige basis, en aantasting van veiligheid en welzijn schaarden zich in de loop van de tijd onder het begrip kindermishandeling.[51] Dit is wat Baartman noemt de 'horizontale verruiming' van het begrip.[52] Binnen de diverse vormen van kindermishandeling doen zich vervolgens variaties voor. Zo kan 'verwaarlozing' zowel 'fysiek' als 'emotioneel' zijn. Hier spreekt Baartman van een 'verticale verruiming'.[53]

Aan de wieg van die verruimingen in horizontale en verticale zin staan de toenemende sensibiliteit voor de rechten van het kind en de steeds sterker wordende positie van het kind als rechtssubject onder invloed van het IVRK.[54] Kindermishandeling is aldus een rekbaar, dynamisch begrip waaronder ook

---

50 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13.
51 Baartman 2009, p. 92.
52 Baartman 2009, p. 66-67.
53 Baartman 2009, p. 67-69.
54 Zie bijv. EHRM 3 oktober 2017, nr. 23022/13, ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD002302213 (D.M.D. tegen Roemenië) waarin het Europees Hof kindermishandeling verbindt met het begrip waardigheid/dignity: 'Such a value is consistent with both evolving international law on human rights and the developing psychological perspective in jurisprudence. Respect for the dignity of children is consonant with provision of those elements important to their growth as full members of the community. Assuring basic dignity to the child means that there can be no compromise in condemning violence against children, whether accepted as "tradition" or disguised as "discipline".'

nieuwe vormen van kindermishandeling zijn te brengen, maar we hebben wel te maken met één en dezelfde definitie in vele wetten. Die open formulering leidt tot interpretatievragen die hieronder aan de orde komen en in het bijzonder tot de vraag in hoeverre de arts van alle vormen van kindermishandeling een melding dient te doen. Die vraag komt aan de orde in 8.5 en 8.6.

Baartman wijst er terecht op dat kindermishandeling steeds vaker als onrecht jegens kinderen wordt gezien; en dan is het nog maar een kleine stap om elke vorm van onrecht als kindermishandeling te kwalificeren.[55] Hij wijst erop dat het heterogene begrip kindermishandeling inmiddels alle situaties omvat, 'primair die van kinderen thuis, die een bedreiging vormen voor veiligheid en/of welzijn van een kind'.[56] Het is een 'sociaal construct' en de invulling ervan is afhankelijk van de wijze waarop op een bepaald moment de verhouding tussen plichten, rechten en belangen van kinderen, van ouders en van de maatschappij wordt belicht, aldus Baartman.[57] Hoe meer vormen van kindermishandeling, des te meer signalen en risicofactoren van kindermishandeling er zijn die wijzen in de richting van kindermishandeling en die door de arts onderzocht moeten worden. Dat dit zo is blijkt wel als men de relatie legt tussen de toename van het aantal beschreven vormen in de elkaar opvolgende, toonaangevende[58] studies naar prevalentie van kindermishandeling in Nederland (NPM-studie 2005 en NPM-studie 2010) en de beschreven signalen en risicofactoren in de elkaar opvolgende KNMG-meldcodes. In de NPM-studies, waarin de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo uitgangspunt is, is een toename te zien van circa 40 beschreven vormen van kindermishandeling in 2005 naar 60 in 2010.[59] Hieruit blijkt dus dat onder het begrip zich dus telkens nieuwe vormen van kindermishandeling scharen. Dit is uiteraard toe te schrijven aan nieuwe inzichten over welk gedrag schadelijk is voor kinderen. Een recente vorm van kindermishandeling is bijvoorbeeld het getuige zijn van huiselijk geweld. Die toename van beschreven vormen van kindermishandeling blijkt op zijn beurt

55 Baartman 2009, p. 50-51.

56 Baartman, *FJR* 2012, p. 49. Kortleven 2013, p. 174-209. Zie voor de samenhang kindermishandeling en huiselijk geweld: *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 116 (MvT); *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 32 (MvT); *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 2-3 (MvT); *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 7-8 (MvT); *Kamerstukken II* 2001/02, 28168, nr. 3, p. 50 (MvT); *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 12-13 (MvT); *Kamerstukken II* 1990/91, 21938, nrs. 1-2, p. 4. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:10113, *EB* 2016/39, r.o. 4.3. Hierin overwoog het Hof dat de echtscheidingsstrijd tussen ouders zo hevig was dat de kinderen hieronder in ernstige mate te lijden hadden. Er was sprake van kindermishandeling.

57 Baartman 2009, p. 7; Kole 2013, p. 6.

58 Zie Prinsen, *NJB* 2017a, p. 1328. Auteur benadrukt – en bekritiseert – de statuur van de NPM-2005 en NPM-2010, waarvan de uitkomsten de basis vormen voor overheidsbeleid op het gebied van preventie, interventie, rechtspraak, hulpverlening en overig beleid. Ook in wetenschappelijk onderzoek is het een veel genoemde referentie. Vgl. Alink e.a., *NJB* 2017, p. 3079 e.v.

59 Vgl. Van IJzendoorn e.a. 2007, p. 63-65 tegenover Alink e.a. 2011, p. 37-43.

weer van betekenis in de context van het melden van vermoedens van kindermishandeling door artsen. Het aantal signalen en risicofactoren die wijzen in de richting van kindermishandeling in de KNMG-meldcodes is eveneens toegenomen tussen 2008 en 2015.[60] Dit wijst in de richting van een kruisbestuiving: hoe meer uitingsvormen van kindermishandeling worden beschreven (zoals in de toonaangevende NPM-studies), des te meer signalen en risicofactoren er voor artsen zijn die wijzen in de richting van kindermishandeling. Met een toename van signalen en risicofactoren, groeit ook hetgeen waarover artsen een melding kunnen doen.

Ter illustratie van wat de NPM-studie als vormen van kindermishandeling benoemt, volgt hieronder een overzicht dat ik ten behoeve van de overzichtelijkheid heb ingedeeld naar gedragingen van fysieke, psychische of seksuele aard zoals gehanteerd in de wettelijke omschrijving.

Van fysieke aard

a. Opzettelijk toebrengen van lichamelijke schade door een doen (al dan niet met behulp van een voorwerp, wapen of vreemde substantie) of een nalaten (verwaarlozing of toestaan van fysieke mishandeling).[61] Voorbeelden zijn: slaan met een stok, verbranden met een vloeistof of vuur, vergiftigen, verdrinken, stompen, schoppen, bijten, schudden (Shaken Baby Syndrome), gooien, met opzet laten vallen, steken, wurgen.[62]
b. Fysieke verwaarlozing; voorbeelden zijn: ouders die weigeren het kind noodzakelijke zorg te verlenen of om de verantwoordelijkheid over het kind te nemen door bijvoorbeeld te vertrekken als ouder zonder vooraf te zorgen dat het kind de nodige zorg en supervisie krijgt. Ontoereikende verzorging door het thuislaten van jonge kinderen zonder toezicht.[63]
c. Benadeling van de fysieke gezondheid zoals gebrek aan preventieve gezondheidszorg.
d. Zogenoemde onvrijwillige verwaarlozing.[64] Dit laatste houdt in dat het kind niet wordt voorzien van de nodige zorg of diensten als gevolg van lichamelijk of financieel onvermogen van de ouder/verzorger (door bijvoorbeeld opname in ziekenhuis van ouder, overlijden van ouder, ziekte etc.).

Van psychische aard

a. Emotionele mishandeling en/of bedreiging met mishandeling. Hierbij valt te denken aan bewegingsbeperkende gedragingen als middel voor straf

60 KNMG-meldcode 2015, p. 55 en p. 57-61 (45 risicofactoren en circa 150 signalen); KNMG-meldcode 2008, p. 39-47 (15 risicofactoren en circa 75 signalen).
61 Alink e.a. 2011, p. 37.
62 Alink e.a. 2011, p. 37. Deze vormen zijn beschreven teneinde een internationale vergelijking mogelijk te maken (zij komen overeen met de Amerikaanse prevalentiestudie) en invulling te geven aan het wettelijk begrip kindermishandeling.
63 Alink e.a. 2011, p. 39.
64 Alink e.a. 2011, p. 41 en p. 186.

of controle zoals het vastbinden van het kind op bed, of opsluiten in een kast of het toestaan ervan. Ook verbale of emotionele mishandeling wordt hiertoe gerekend zoals het kleineren, denigreren van het kind of het kind tot zondebok maken. Kenmerkend voor emotionele mishandeling is het systematische patroon van de gedraging; er moet sprake zijn van een bepaalde herhaling om van emotionele mishandeling te kunnen spreken, aldus Alink c.s.[65]

b. Emotionele verwaarlozing. Hier gaat het om het tekortschieten door de ouders (of anderen van wie het kind afhankelijk is, zoals stiefouders), te weinig koesteren en genegenheid hebben voor het kind, te weinig aandacht hebben voor de (emotionele) ontwikkeling van het kind (overbescherming of kijken van pornografie met het kind), huiselijk geweld waarvan het kind getuige is, niet ingrijpen bij onaangepast gedrag (drugs gebruik, criminaliteit), in gebreke blijven de noodzakelijke zorg te zoeken of deze te weigeren.[66]
c. Verwaarlozing van het onderwijs; het bewust toestaan van chronisch spijbelen; thuishouden van het kind zonder legitieme redenen; weigeren van ouders om gediagnosticeerde leerproblemen te laten behandelen zonder bijzondere reden hiertoe;
d. benadelen van de psychische gezondheid zoals gebrek aan preventieve gezondheidszorg;
e. problemen met kinderbescherming, voogdij;
f. ernstige problemen van ouders zoals alcohol- of drugsmisbruik, prostitutie.[67]

Van seksuele aard

In de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling is een onderscheid gemaakt tussen fysieke, psychische en seksuele mishandeling. Reden waarom seksuele mishandeling als aparte vorm is opgenomen en niet onder de twee andere vormen is gevat, is aldus de toelichting op de Wjz, dat deze omschrijving het mogelijk maakt aan seksuele mishandeling expliciet aandacht te besteden. Hierbij kan immers ook sprake zijn van opdringen van handelingen van de kant van de ouder of een andere persoon zonder directe geweldpleging. Bovendien, aldus de toelichting is het van belang de samenhang van de drie vormen van kindermishandeling te benadrukken.[68]

65 Alink e.a. 2011, p. 40 en p. 179.
66 Alink e.a. 2011, p. 40 en p. 184.
67 Alink e.a. 2011, p. 40 en p. 183.
68 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13.

Alink c.s. noemen als voorbeelden: (a) seksuele mishandeling; penetratie of genitaal contact met of door het kind;[69] en (b) het niet nemen van stappen door een ouder om een kind te beschermen tegen seksuele mishandeling.[70]

Terug naar de wettelijke definitie van kindermishandeling. Het element 'bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard' doet interpretatievragen rijzen. Is bijvoorbeeld niet elke gewelddadige interactie ook een bedreigende interactie? Baartman stelt terecht dat in de beleving van een kind dit zonder meer het geval is en in dit licht het onderscheid tussen 'bedreigend' en 'gewelddadig' dus overbodig is.[71] Het komt mij echter voor dat dit niet zo is indien met 'bedreigende interactie' het tegenovergestelde bedoeld wordt van 'gewelddadige interactie': een '*geweldloze* interactie'. Is dit ook wat de wetgever bedoelt?

Steun voor die gedachte dat bedreigende interacties zien op geweldloze interacties geeft de memorie van toelichting op de Wjhv. Daaruit blijkt immers dat om van kindermishandeling te spreken zoals bedoeld in de wet, er in sommige gevallen in het geheel geen sprake hoeft te zijn van het gebruik van geweld. Dit is een evidente verbreding van de aanvankelijke betekenis van kindermishandeling (fysiek geweld). Ook bijvoorbeeld seksuele handelingen zónder directe geweldpleging vallen onder het wettelijk begrip kindermishandeling, aldus de toelichting.[72] Hiermee bedoelt de wetgever dat ook *vrijwillige* seksuele omgang met kinderen onder de noemer van kindermishandeling is te brengen. Dit hangt samen met het indertijd geldende gedoogbeleid dat inhield dat *vrijwillige* seksuele omgang met kinderen van 12 jaar en ouder was toegestaan. Daarop was immers veel kritiek geweest, omdat het de ongelijke verhouding tussen volwassene en kind miskent en de ernst van de schade die daaruit voor het kind op termijn kan ontstaan.[73] In dit licht verbaast het niet dat in de toelichting wordt benadrukt dat – ook al zou de minderjarige het seksueel contact vrijwillig ondergaan – het risico op ernstige schade op termijn aanwezig is.[74] Dit blijkt ook uit de NPM-studie (2010) waarin gesproken wordt van seksuele mishandeling zonder gewag te maken van de term 'geweld' of 'gewelddadig'. Sterker nog: ook het niet nemen van stappen door een ouder (geweldloze interactie) tegen seksuele mishandeling is een vorm van mishandeling.

Het onderscheid tussen bedreigende en gewelddadige interactie kan worden verduidelijkt aan de hand van de situatie waarin er sprake is van huiselijk geweld tussen ouders, terwijl het kind daarvan getuige is. Het huise-

69 Alink e.a. 2011, p. 37 en p. 177.
70 Alink e.a. 2011, p. 37.
71 Baartman 2009, p. 57.
72 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13.
73 Willems 1998, p. 505-519. Vgl. Baartman 2009, p. 95.
74 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13; Willems 1998, p. 505-519. Vgl. Baartman 2009, p. 95 (zie ook onder 6.3).

lijk geweld speelt zich af tussen ouders, maar voor het kind is die interactie bedreigend omdat ernstige schade optreedt of in de toekomst kan optreden ten gevolge van het beleven van dat geweld tussen zijn ouders; ook al krijgt het kind zelf geen klappen.

Een bedreigende interactie kenmerkt zich door geweldloze gedragingen met kans op toekomstige ernstige schade op korte of langere termijn voor het kind. Bedreigende interactie contrasteert dus met gewelddadige interactie, al is dit niet direct helder en zou 'interactie met of zonder geweld' een duidelijker formulering zijn. In par. 6.7 zal het element 'ernstige schade' uit de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling worden besproken en daar zal blijken dat ofschoon bedoeld als een onderscheidend element, het toch aanleiding geeft voor het ontstaan van een grijs gebied.

Bovenstaande leidt er wel toe dat om van kindermishandeling zoals bedoeld in de wet te kunnen spreken, niet vereist is dat het gaat om een interactie *mét* het kind, maar dat het ook kan gaan om een interactie – wat Baartman terecht noemt – '*ten opzichte van* het kind'. Dat is ruimer dan 'met het kind'. Volgens Baartman is het blootstellen van een kind aan geweld tussen eigen ouders niet een interactie met het kind, maar wel een vorm van doen en laten. Zou evenwel een begrenzing van het begrip kindermishandeling gewenst zijn, dan zal deze interpretatie hieraan niet bijdragen.[75] De wettelijke definitie geeft zelf aanleiding voor dergelijke interpretaties doordat deze nu eenmaal niet uitblinkt in duidelijkheid en begrenzing, zoals ook in het navolgende zal blijken.

De wetgever heeft het ruime begrip kindermishandeling willen verduidelijken door een begrenzing aan te brengen daar waar het gaat om gewelddadige interacties. Volgens de memorie van toelichting moet – om van kindermishandeling zoals bedoeld in de wet te kunnen spreken – het optreden van de ouder immers 'buitenproportioneel' zijn of 'de opvoeding niet dienen'.[76] Alleen dan is er sprake van kindermishandeling zoals bedoeld in de wet.

Hier beoogt de wetgever duidelijkheid te bieden zodat bijvoorbeeld het begrip kindermishandeling kan worden onderscheiden van de zogeheten 'corrigerende tik'. Ofschoon een welkome begrenzing – al was het maar omdat van het 'labelen' van gedrag als kindermishandeling een stigmatiserende invloed uitgaat – heeft het beoogde onderscheid niet zonder meer het gewenste onderscheidend effect. Volgens sommigen is het geven van een tik verstoken van enig positief opvoedkundig effect en zou het daarom wel degelijk kunnen worden gekwalificeerd als kindermishandeling.[77] Anderen daarentegen, zoals Weijers, menen dat dit afhangt van de situatie. Om te bepalen of bij het gebruik van fysiek geweld, zoals het slaan van het kind, sprake is van kindermishande-

75 Baartman 2009, p. 87.

76 *Kamerstukken II* 2005/06, 30316, nr. 3, p. 1-2 en p. 4; zie ook *Kamerstukken II* 2005/06, 30316, nr. 6, p. 9 en *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13.

77 Kortleven 2013, p. 213-214; Raat e.a., *MC* 2014, p. 1563; Willems, *FJR* 2005, p. 94-95.

ling zijn er volgens Weijers aanvullende criteria nodig. Zo maakt het volgens hem verschil of een klap incidenteel wordt gegeven of stelselmatig.[78] Indien het om een incidentele klap gaat, betekent het volgens hem nog niet dat er sprake is van kindermishandeling. Er is dus ook hier sprake van een grijs gebied waarin onduidelijkheid bestaat wanneer er nu wel of niet sprake is van kindermishandeling.

Een uitstapje naar het strafrecht leert dat wat betreft het onderscheid tussen mishandeling en de corrigerende tik de omstandigheden van het geval bepalend zijn. Dit blijkt onder meer uit een uitspraak van de Hoge Raad in een zaak waarin een vader was beschuldigd van mishandeling (art. 304 Sr), maar stelde dat hij 'slechts' een corrigerende tik had uitgedeeld aan zijn 15-jarige dochter. Zij hing rond in een winkelcentrum, wilde niet met haar vader meekomen, haar vrienden lachten wat en vervolgens trok vader de dochter in de auto. De dochter sloeg haar vader, waarna hij haar met de vlakke hand terugsloeg. De Hoge Raad volgde de overweging van het Hof dat 'gelet op hetgeen uit het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep is komen vast te staan, te weten de futiele aanleiding tot het slaan, de wijze waarop en de omstandigheden waaronder is geslagen en de leeftijd van de dochter van de verdachte, is (..) zo ouders hun kinderen in het kader van de opvoeding al zouden mogen slaan, niet (..) gebleken dat in casu sprake was van een dergelijke uit opvoedkundig oogpunt bezien verantwoorde corrigerende tik.'[79]

In de strafrechtelijke bepalingen van mishandeling geldt bovendien, anders dan in de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo, het vereiste van opzet. Mishandeling is immers beperkt tot het opzettelijk toebrengen van pijn of lichamelijk letsel of het opzettelijk benadelen van de gezondheid (art. 304 lid 4 Sr).[80] Het opzet moet gericht zijn op het gevolg.[81] Zo had in bovengenoemde zaak de vader zijn dochter met de vlakke hand geslagen waardoor zij een stekende pijn voelde.

---

78 Weijers, *FJR* 2005, p. 173; Auteur baseert zich op de empirische studies van Baumrind, *Child Development* 1966; Baumrind, *Family Relations* 1996.

79 HR 4 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU1657, r.o. 3.4.

80 Onder opzet valt ook het voorwaardelijk opzet, oftewel het willens en wetens aanvaarden van de aanmerkelijke kans dat het gevolg intreedt. Bij het bepalen van het 'willens' – dat inhoudt het voor lief nemen van het gevolg – zijn de omstandigheden waaronder deze is verricht van belang. Bepaalde gedragingen, zoals in geval van eenvoudige mishandeling een ander tegen het lichaam slaan of schoppen, kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op het toebrengen van pijn of letsel dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans hierop heeft aanvaard, aldus HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375, m.nt. N. Keijzer.

81 Het strafrechtelijk opzet moet gericht zijn op het teweegbrengen van het gevolg. Pijn en lichamelijk letsel (art. 300 lid 1 Sr). Zwaar lichamelijk letsel (art. 302 Sr). In art. 300 lid 2 Sr is het gevolg (zwaar lichamelijk letsel) geobjectiveerd. Het causaal verband tussen gedrag en zwaar lichamelijk letsel is toereikend voor toepassing van de verhoogde strafmaat.

Met het uitdelen van een pijnlijke klap is aan het delictsbestanddeel 'opzet' voldaan.[82]

De reden om 'opzet' niet als constitutief element op te nemen in de wettelijke definitie van kindermishandeling is er uiteraard in gelegen dat ook níet opzettelijke gedragingen wel degelijk zeer schadelijk voor het kind kunnen zijn, nu of in de toekomst, en daarom onder de bredere definitie van kindermishandeling zijn te scharen. Men denke aan wat in de NPM-studie (2010) 'onvrijwillige verwaarlozing' wordt genoemd, verwaarlozing als gevolg van lichamelijk of financieel onvermogen van de ouder/verzorger. Een gedraging kan dus in sommige gevallen wel als kindermishandeling worden gekwalificeerd maar zonder dat deze strafbaar is. Dat in een dergelijk geval wel zorg moet worden geboden aan kind en gezin is precies datgene wat de ruimere definitie van kindermishandeling mogelijk maakt.

Toch is niet gezegd dat 'opzet' bij het kwalificeren van gedrag als kindermishandeling geen enkele rol speelt. Het geldt als een gezichtspunt dat helpt bij het kwalificeren van gedrag terzake. Zo vermeldt de NPM-studie (2010) opzet expliciet: het '*opzettelijk* toebrengen van lichamelijke schade'. Weijers noemt het karakter van de interactie (slaan met de hand of gebalde vuist), de voorbereiding van de interactie (eventueel gebruik van hulpmiddelen) en mededaderschap.[83] Soms vermeldt de NPM-studie (2010) de opzettelijkheid impliciet zoals waar gesproken wordt van 'de *weigerachtige* houding van ouders de juiste zorg te geven dan wel ouderlijke verantwoordelijkheid te nemen waardoor de gezondheid, de veiligheid of het welzijn van kinderen wordt geschaad (fysieke verwaarlozing). Het komt mij voor dat weigerachtigheid van de ouders een objectivering is van het opzet waarmee ouders niet handelen waar handelen geboden is. Opzet en de objectivering ervan helpt een gedraging uit het grijze gebied te halen en te kwalificeren als kindermishandeling, maar een constitutief element is het niet in de wettelijke definitie ervan zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo.

Het komt mij voor dat roekeloos gedrag, zónder dat sprake is van opzet, ook een gezichtspunt is. Te denken valt aan het neerzetten van het kind op het aanrecht naast een gloeiende bakplaat. Indien verbranding volgt, dan is er weliswaar geen sprake van opzet, maar wel van wat in het civiele recht wordt verwoord als 'een in laakbaarheid aan opzet grenzende mate van schuld, oftewel bewuste roekeloosheid'.[84] Of in het strafrecht: 'van zeer onvoorzichtig gedrag waarmee een zeer ernstig gevaar in het leven wordt geroepen, terwijl

82 Zie ook HR 27 november 1933, ECLI:NL:HR:1933:221, *NJ* 1934, p. 76.

83 Weijers, *FJR* 2005, p. 173; Hij ontleent deze aanvullingen onder meer aan het onderzoek van Baumrind, *Child Development* 1966 en Baumrind, *Family Relations* 1996.

84 HR 27 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0559, *NJ* 1992/496; zie ook Hartlief, *WPNR* 2005, p. 953.

de verdachte zich daarvan bewust is (bewuste schuld) of had moeten zijn (onbewuste schuld)'.[85]

Een ander gezichtspunt ter kwalificatie van het gedrag terzake is het systematische patroon in de gedragingen.[86] Sterker nog: voor sommige vormen van kindermishandeling geldt mijns inziens dat er altijd sprake moet zijn van een repetitieve gedraging. Men denke aan verwaarlozing. Een eenmalig bespotten of niet koesteren van het kind maakt nog niet dat ouders het kind verwaarlozen; het bij herhaling bespotten of niet koesteren wel. Steun voor deze gedachte geeft Baartman die meent dat om van verwaarlozing van een kind te kunnen spreken er sprake moet zijn van een bepaalde duur van de zorg die de volwassene heeft voor het kind.[87]

Zoveel is duidelijk, dat dergelijke gezichtspunten helpen gedragingen uit het grijze gebied te halen en te kwalificeren als kindermishandeling. Tegelijkertijd betekent de nood aan gezichtspunten dat de wettelijke definitie die duidelijkheid niet *per se* biedt. De ruimte die de definitie geeft door 'elke vorm' van een bedreigende of gewelddadige interactie eronder te scharen, betekent niet dat het direct evident is of er in een bepaald geval sprake is van kindermishandeling.

Het drieluik 'fysieke, psychische en seksuele aard' dat de gedraging kenmerkt, zorgt evenmin voor een begrenzing. Interacties die níet onder dit drieluik zijn te scharen, zou ik niet weten te bedenken. Sterker nog: 'interacties van seksuele aard' is een overbodige toevoeging omdat deze immers eveneens van fysieke en/of psychische aard zijn. Reden om deze termen toch op te nemen in de wettelijke definitie was, aldus de toelichting, ter accentuering dat het gedoogbeleid dat vrijwillige seksuele omgang met kinderen van 12 jaar en ouder was toegestaan, voorbij was.[88]

Samenvattend geeft de wettelijke definitie van kindermishandeling met het element 'elke vorm van bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard' geen heldere afbakening en duidelijkheid. Hierdoor ontstaat een grijs gebied, waarin voornoemde gezichtspunten een uitkomst bieden voor het duiden van de gedraging. Sterker nog: deze zijn voor die duiding, maar ook voor de duiding of een gedraging geldt als 'ernstige mishandeling', onontbeerlijk. Uit het afwegingskader – dat de KNMG sinds juli 2018 aan de KNMG-meldcode (2015) als addendum heeft opgenomen – valt

85 HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, *NJ* 1997/199; Hof Amsterdam 9 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2110, *S&S* 2015/124; *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, nr. 3, p. 12; Machielse, in: *NLR* aant. 6.6 (online, laatst bijgewerkt op 2 oktober 2015).

86 Weijers, *FJR* 2005, p. 173; Auteur wijst bijv. op het karakter van de interactie (slaan met de hand of gebalde vuist), de voorbereiding van de interactie (eventueel gebruik van hulpmiddelen) en mededaderschap. Hij ontleent deze aanvullingen onder meer aan het onderzoek van Baumrind, *Child Development* 1966 en Baumrind, *Family Relations* 1996.

87 Baartman 2009, p. 93.

88 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13; Willems 1998, p. 505-519. Vgl. Baartman 2009, p. 95 (zie ook onder 6.3).

bijvoorbeeld af te leiden dat de stelselmatigheid, het voortduren of het zich herhalen van het gedrag dat zorgt voor een onveilige situatie van het kind, bepalend zijn voor het duiden van die situatie als structurele onveiligheid. Artsen zijn vanaf 1 januari 2019 verplicht een dergelijk signaal van ernstige mishandeling te melden aan Veilig Thuis en de ernst van dat signaal wordt dus ingevuld met behulp van het gezichtspunt 'stelselmatigheid'.[89] Uit de wettelijke definitie valt dit niet direct af te leiden.

In het licht van bovenstaande rijst de vraag of andere elementen uit de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo het begrip kindermishandeling scherper afbakenen. Het gaat hier tenslotte om het definiëren van wat kindermishandeling wel is, en wat niet. Het doen van een melding ervan door een arts is bovendien niet zonder stigmatiserend effect, dus enige begrenzing maar ook houvast zou ook in dit licht welkom zijn.

6.5 'Ouders of andere personen' en 'een relatie van afhankelijkheid of onvrijheid'

Het derde element uit de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling betreft 'ouders of andere personen' tot wie het kind in 'een relatie van afhankelijkheid of onvrijheid' staat. Onder 'ouders' worden verstaan de biologische of sociale ouders (stiefouders, adoptiefouders, pleegouders). Toch kunnen, aldus de memorie van toelichting op de Wjhv, ook andere personen die niet direct in een verzorgingsrelatie tot het kind staan zoals de ouders, maar in een vergelijkbare relatie, zich schuldig maken aan kindermishandeling zoals bedoeld in de wet.[90] Te denken valt, aldus de toelichting, aan personen die gedurende kortere of langere tijd de verantwoordelijkheid voor het fysieke of psychische welzijn dragen.[91] Dit kunnen ooms, buren of professionals zijn die uit hoofde van hun beroep in relatie tot het kind staan, zoals leiders van de kinderopvang, groepsleiders, onderwijzend personeel en de oppas. Zij vallen onder de begripsomschrijving.[92]

De begrenzing van de groep anderen dan de ouders ligt, of althans zou moeten liggen, in de termen 'relatie van afhankelijkheid of onvrijheid'. Een relatie van onvrijheid betreft die relatie waaraan het kind zich niet of moeilijk kan onttrekken, aldus de memorie van toelichting op de Wjhv; ze is toegevoegd

89 KNMG-afwegingskader 2018, p. 7. Te raadplegen op: https://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/nieuw-afwegingskader-en-stappenplan-bij-knmg-meldcode-kindermishandeling-en-huiselijk-geweld-1.htm (laatst geraadpleegd op 20 juli 2018). Hierop wordt in par. 8.6 teruggekomen.

90 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 29.

91 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 29. Vgl. Reactie Bruning in: Baartman 2009, p. 147.

92 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 29.

omdat de aanduiding 'afhankelijkheidsrelatie' niet alle relevante situaties omvat.[93]

Wordt hier evenwel de scope van het begrip kindermishandeling niet teveel opgerekt, want kenmerkt een relatie tussen een kind en een volwassenen zich niet, zoals Baartman terecht opmerkt, altijd door een zekere mate van afhankelijkheid en onvrijheid aan de kant van het kind, en van de macht aan de kant van de volwassene(n)? Baartman benadrukt terecht dat eenieder subtiel of onverhuld macht uitoefent op een manier die het kind onvrij maakt.[94] In dit licht opent de term 'onvrijheid' de deur naar een scala van personen die bijvoorbeeld door grootte, gewicht, kracht, of positie misbruik maken van het kind en/of een zekere verantwoordelijkheid jegens het kind niet nakomen. Als een vreemde een kind verkracht, dan kan alleen al vanwege het verschil in macht, grootte of kracht het kind zich niet aan die verkrachting onttrekken en is er in die zin dus sprake van 'onvrijheid'. Dat zou deze persoon onder het bereik van de wettelijke definitie kunnen brengen. Hier kan tegenin worden gebracht dat het kind geen enkele relatie met de vreemde heeft, terwijl dit wel een wettelijk vereiste is ('*relatie* van onvrijheid'). Voor een beter begrip van wat met 'relatie' wordt bedoeld, biedt de memorie van toelichting echter maar weinig houvast. Er wordt hooguit gesproken van situaties waarin de volwassene gedurende kortere of langere tijd de verantwoordelijkheid voor het fysieke of psychische welzijn draagt. Dit sluit de vreemde die het kind verkracht niet zonder meer uit van de wettelijke definitie.[95] Een vreemde die het kind verkracht, onttrekt zich immers aan de verantwoordelijkheid voor het fysieke en psychische welzijn van het kind dat wordt verkracht.

Met het opnemen van de relatie van afhankelijkheid of onvrijheid als constitutief element in de wettelijke definitie van kindermishandeling – dat wellicht te rechtvaardigen is in die zin dat er speciale regels nodig zijn gericht op het verlenen van hulp aan het kind en gezin – schiet de wetgever zijn doel voorbij. Het leidt immers niet tot een duidelijke afbakening van de groep plegers. Bruning merkt terecht op dat art. 19 IVRK op dit punt duidelijker is geformuleerd door te bepalen dat het moet gaan om iemand anders dan ouder(s) of voogd(en) die de zorg voor het kind heeft.[96] Zij benadrukt dat het bij de groep 'anderen dan ouders' gaat, of althans zou moeten gaan, om de groep professionals die een kind een groot deel van de dag (onderwijs, kinderopvang, ambulante daghulp) of de dag en nacht (residentiële plaatsingen) onder hun hoede hebben en dus niet de loverboy of de onbekende. Uit de memorie van toelichting op de Wjhv blijkt evenwel dat ook gedacht is aan kortere periodes. Zoveel is duidelijk dat dit in het geheel niet blijkt uit de gekozen bewoordingen van de wetgever en evenmin dat het in de kern zou

93 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13 en p. 29.
94 Baartman 2009, p. 60.
95 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 29.
96 Reactie Bruning in: Baartman 2009, p. 147 en p.150.

moeten gaan om een relatie van zorg of verzorging, terwijl juist dat laatste onontbeerlijk is voor de begrenzing van de groep plegers.

Het voorstel van Bruning om meer aansluiting te zoeken bij het IVRK waarin ouders, verzorgers of anderen met verantwoordelijkheid voor de verzorging of bescherming van een kind genoemd worden, is in het licht van bovenstaande verstandig. Het legt het accent op datgene waarom het gaat. Juist in een relatie van verzorging of zorg is het kind immers kwetsbaar. Niet voor niets wordt in het strafrecht mishandeling in die context ook als strafverzwarende omstandigheid gezien (cf. art. 304 Sr). Ook de KNMG blijkt (extra) gewicht toe te kennen aan het feit dat schadelijke gedragingen zich juist in die relatie voltrekken. Zo is het gebrek aan basale verzorging van het kind (eten, drinken, kleding en onderdak) immers geoormerkt als een signaal van ernstige kindermishandeling.[97] Het komt mij voor dat niet de afhankelijkheid van het kind deze relatie typeert, maar de schadelijke gedraging van de volwassenen in die relatie. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor het onnodig toedienen van medicijnen of het onthouden van noodzakelijke medische hulp aan het kind of het verrichten van onnodige zorg of het nalaten van de benodigde zorg.[98] Het zijn vormen van kindermishandeling die, ómdat ze in een relatie waarin het kind verzorging behoeft en de volwassene terzake een verantwoordelijkheid draagt, leiden tot de kwalificatie 'ernstige signalen van kindermishandeling' en die dus op grond van het Besluit van 23 juni 2017 vanaf 1 januari 2019 móeten worden gemeld aan Veilig Thuis. De wettelijke definitie van kindermishandeling zelf geeft niet aan wat als ernstig heeft te gelden. De invulling door de beroepsgroep is daarvoor onontbeerlijk. Daarbij speelt dus de relatie van zorg of verzorging een onderscheidende rol en de verantwoordelijkheid van de volwassene in die relatie jegens het kind. Deze gezichtspunten helpen het grijze gebied te verkleinen door de groep plegers te begrenzen die zich schuldig kunnen maken aan kindermishandeling.

6.6 'Actief of passief opdringen'

Uit de memorie van toelichting op de Wjhv blijkt dat kindermishandeling zich voordoet als de ouder of een andere persoon gedragingen 'opdringt' die het kind in ernstige mate schade berokkenen of kunnen berokkenen.

97 KNMG-afwegingskader 2018, p. 7. Te raadplegen op: https://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/nieuw-afwegingskader-en-stappenplan-bij-knmg-meldcode-kindermishandeling-en-huiselijk-geweld-1.htm (laatst geraadpleegd op 20 juli 2018). Hierop wordt in hoofdstuk 8 teruggekomen.

98 KNMG-afwegingskader 2018, p. 7. Te raadplegen op: https://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/nieuw-afwegingskader-en-stappenplan-bij-knmg-meldcode-kindermishandeling-en-huiselijk-geweld-1.htm (laatst geraadpleegd op 20 juli 2018). Hierop wordt in hoofdstuk 8 teruggekomen.

Het opnemen van de term 'opdringen' in de wettelijke definitie zou kunnen impliceren dat 'niet-opdringen' niet zou kunnen leiden tot kindermishandeling. Dat lijkt me niet juist, omdat gedragingen die niet aan het kind worden opgedrongen immers ook kunnen leiden tot schade bij het kind, zoals wanneer een kind verwaarloosd wordt. Die onduidelijkheid heeft de wetgever wellicht getracht weg te nemen door de wat vreemd klinkende uitdrukking 'passief opdringen' toe te voegen en dit als volgt te omschrijven:

> 'Hiermee wordt aangegeven dat ook het ernstig verwaarlozen van kinderen, het niet geven van primaire lichamelijke of geestelijke verzorging, tot kindermishandeling wordt gerekend. Hierbij hoort dus ook het niet nemen van stappen door bijvoorbeeld een ouder om een kind te beschermen tegen mishandeling.'[99]

Uit dit citaat valt af te leiden dat volgens de wetgever van 'passief opdringen' sprake is als het gaat om het níet bieden van zorg of bescherming tegen kindermishandeling, dus om een nalaten dat leidt tot ernstige schade voor het kind, nu of in de toekomst. Oftewel: als een volwassene tot wie het kind in een relatie van afhankelijkheid of onvrijheid staat, het kind niet beschermt tegen kindermishandeling, maakt deze persoon zich zelf schuldig aan kindermishandeling. In het strafrecht wordt dit ook wel het mishandelen door nalaten genoemd.[100] Dit geldt dus voor de arts, althans voor zover hij tot de categorie 'andere personen dan de ouders' wordt gerekend, die geen actie onderneemt terwijl zijn patiënt slachtoffer is van kindermishandeling (zie onder 6.5).

Deze terminologische keuze van de wetgever (actief of passief opdringen) is op zijn minst ongelukkig te noemen. In de eerste plaats vanuit taalkundig oogpunt. 'Passief opdringen' is immers een contradictio in terminis; als gaat het om een inactieve activiteit. En 'actief opdringen' is een pleonasme omdat beide termen dezelfde eigenschap hebben, namelijk die van handelen. Afgezien van het verwrongen taalgebruik is het verschil tussen actief en passief ook niet in alle situaties duidelijk. Men denke aan het getuige zijn van geweld tussen ouders: is dit een actief opdringen (doordat sprake is van fysiek geweld) of een passief opdringen waarbij de vraag is of het dan gaat om het nalaten van de ouders niet gewelddadig te zijn in het bijzijn van hun kinderen of omdat het kind geen onderdeel is van het fysieke geweld?

Baartman wijst er terecht op dat 'passief opdringen' bedoeld is om niet alleen interacties tussen ouder en kind te omvatten, maar ook die tussen ouders onderling en waarvan wel degelijk een schadelijk effect uitgaat voor het kind. Deze benadering 'trekt' het getuige zijn van geweld tussen ouders binnen het wettelijke begrip kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo. Maar duidelijk blijkt dit uit de bewoordingen 'passief of actief

---

99 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13; hierin wordt benadrukt dat ouders er goed aan doen zich bij de opvoeding van hun kind van elke fysieke bestraffing te onthouden.

100 Machielse, *NLR*, art. 300 Sr, aant. 4 (online, laatst bijgewerkt op 26 mei 2015).

opdringen' niet. Mij wordt niet duidelijk waarom de wetgever voor deze verwrongen en taalkundig zwakke terminologie heeft gekozen, terwijl een simpel 'doen of nalaten' de lading beter zou dekken en veel duidelijker is, nog afgezien van de vraag of dit daadwerkelijk wat toevoegt. Want verwaarlozing valt al onder de term 'bedreigende interactie' uit de definitie van kindermishandeling ook zonder de toevoeging dat het om een nalaten gaat, evenals getuige zijn van huiselijk geweld.

Wat hiervan zij, voor de arts is van belang dat hij weet dat, om van kindermishandeling te kunnen spreken, het (inderdaad) kan gaan om een doen of een nalaten. Daarnaast ontstaat er een bijzondere verantwoordelijkheid voor de arts om te handelen in geval van kindermishandeling door de term 'passief opdringen'. Indien hij immers zelf nalaat overeenkomstig de professionele standaarden de minderjarige te behandelen van wie hij vermoedt of weet dat deze wordt mishandeld, waardoor verdere (dreigende) ernstige schade niet wordt afgewend, dan maakt hij zich *senso strictu* schuldig aan een (passieve) vorm van kindermishandeling. Het signaleren van kindermishandeling begaan door primair een ander dan de arts, kan dus gevolgen hebben voor het kwalificeren van het gedrag van de arts ter zake.

6.7 '(Dreigende) ernstige schade in de vorm van fysiek of psychisch letsel'

Van kindermishandeling zoals bedoeld in de wet is sprake als de gedraging (doen, nalaten) leidt tot ernstige schade in de vorm van fysiek of psychisch letsel of tot dreigende ernstige schade. De memorie van toelichting op art. 34a lid 3 Wjhv vermeldt over ernstige schade:

> 'Essentieel element in de omschrijving is de schade die een kind in ernstige mate wordt berokkend. Deze schade kan van lange of korte duur zijn, en kan onmiddellijk zichtbaar zijn maar ook pas op lange termijn ontstaan of aanwezig blijken te zijn.'[101]

Kenmerkend voor kindermishandeling zoals bedoeld in de wet is dus blijkens het citaat dat het gaat om: (1) ernstige schade die ís berokkend of (2) ernstige schade die wórdt berokkend. Het geciteerde expliciteert dus dat schade als zodanig niet zonder meer leidt tot de kwalificatie kindermishandeling, maar dat hiervoor *ernstige* schade een vereiste is.

Nu 'ernstige schade' bedoeld is als een onderscheidend element in de wettelijke omschrijving van kindermishandeling, is het des te opvallender dat deze term niet verder door de wetgever wordt toegelicht. Temeer omdat, zoals de KNMG terecht stelt, de woordcombinatie 'ernstige schade' en 'dreigt te

101 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 13.

worden berokkend' ruimte voor interpretatie geeft. Het blijkt in de praktijk niet altijd even goed in te schatten voor de arts 'of het opvoedingsgedrag van de ouders ernstige negatieve gevolgen heeft voor het kind. En schade die dreigt te worden berokkend is niet direct aantoonbaar', aldus de KNMG.[102]

Uiteraard is de ernst van de schade in sommige gevallen wél direct waarneembaar zoals bij fysiek letsel dat dusdanig van aard is dat het gaat om wat in het strafrechtelijk jargon wordt genoemd 'zwaar lichamelijk letsel of letsel dat de dood ten gevolge heeft' (art. 302 Sr). Het betreft hier situaties waarin ernstige schade is berokkend en waarin de ernst van de schade evident is. Dat er in dergelijke gevallen van kindermishandeling sprake is zoals bedoeld in de wet, staat niet ter discussie.

Anders is dit als de schade (nog) niet direct aantoonbaar ernstig ís. De arts kan in die situatie weliswaar het vermoeden hebben dat er sprake is van ernstige schade of dat deze nog zal optreden, maar of dat zal gebeuren is nog niet zichtbaar of ongewis. Toch kan bijvoorbeeld niet-zichtbare schade ten gevolge van psychisch letsel dat een kind lijdt ten gevolge van het gedrag van ouders evenzo ernstig zijn als fysieke schade, zo niet ernstiger omdat het dikwijls langduriger van aard is, aldus terecht Baartman.[103] De ernst van dergelijke schade wordt doorgaans pas in de loop van de ontwikkeling van het slachtoffer manifest.

Van Veen bepleit dat íedere schade ten gevolge van kindermishandeling aan te merken is als ernstig.[104] Dat lijkt mij evenwel een cirkelredenering: het inschatten of aantonen van de ernst van de schade gaat vooraf aan het kunnen bepalen of er in een specifiek geval sprake is van kindermishandeling en niet andersom.

De KNMG geeft, in geval de arts zich in het grijze gebied bevindt waarin hij vermoedt dat (ernstige) schade kan optreden, blijk van een inkleuring van de wettelijke definitie van kindermishandeling die niet overeenkomt met de letterlijke bewoordingen ervan. De arts moet volgens de KNMG-meldcode (2015) immers een reële inschatting maken van het risico op *schade*, alvorens zijn vermoeden van kindermishandeling te melden aan Veilig Thuis. Niet vereist is dus dat hij een reële inschatting maakt van het risico op *ernstige* schade. Voor de arts is het, aldus de KNMG, al lastig in te schatten of schade in de toekomst zal ontstaan, laat staan wat de ernst van die mogelijke schade zal zijn.[105] Om de wettelijke definitie hanteerbaar te maken heeft de KNMG het vereiste dat het moet gaan om *ernstige* schade die dreigt te worden berokkend, teruggeschroefd tot het maken van een reële inschatting door de arts van het risico op *schade*. Het woordje 'reële' reflecteert de objectivering van het vermoeden van de arts door het stappenplan te doorlopen en door gezichtspunten

102 KNMG-meldcode 2015, p. 20.
103 Baartman 2009, p. 88.
104 Van Veen, *TvGR* 2010, p. 519 en p. 522; zie ook Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 19.
105 KNMG-meldcode 2015, p. 20.

te benutten zoals de aard en oorzaak van het letsel, de aard en leeftijd van het kind (eventueel extra kwetsbaarheid), de aanwezigheid van het kind bij structureel huiselijk geweld, het gebruik van wapens en andere middelen.[106]

Die inkleuring betekent dat in het grijze gebied de arts méér ruimte heeft voor het doen van een melding aan Veilig Thuis dan op grond van de wettelijke definitie van kindermishandeling. Daar geldt immers dat het moet gaan om de strengere variant van dreigende *ernstige* schade. Hierdoor ontstaan er voor de arts in feite twee verschillende begrippen kindermishandeling. Eén zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo en één zoals uitgewerkt in de KNMG-meldcode voor het grijze gebied. Dit is zonder meer het gevolg van de onwerkbaarheid van het element 'dreigende ernstige schade' uit de wettelijke definitie voor artsen in de praktijk.

De eigen inkleuring van de KNMG van het begrip kindermishandeling is in het licht van het voor artsen belangrijke adagium *primum non nocere* alleszins begrijpelijk. Juist het voorkomen van (verdere) toekomstige schade – psychisch of fysiek – is bij uitstek iets waarop het artsenberoep van oudsher ziet. In dit licht is het ook begrijpelijk dat de KNMG niet uitgaat van de scherpere definitie in het Wetboek van Strafrecht waar immers geldt dat letsel moet zíjn opgetreden. Deze sluit immers het voorkomen van toekomstige schade uit. Echter, in het licht van het medisch beroepsgeheim is die inkleuring op zijn zachtst gezegd opmerkelijk omdat met het loslaten van het wettelijk uitgangspunt dat het moet gaan om '*ernstige* schade', de arts toch méér ruimte krijgt om het medisch beroepsgeheim te doorbreken.

6.8 Conclusie

In dit hoofdstuk is gebleken dat de 'scope' van de wettelijke definitie van het begrip kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo ruim is. Er is sprake van een open en soms onduidelijke formulering. Hierdoor blijft de precieze invulling en reikwijdte van de wettelijke definitie van kindermishandeling soms ongewis. In die gevallen waarin het voor de arts niet direct evident is dat in een bepaalde situatie sprake is van kindermishandeling zoals bedoeld in de wet, komt hij in een grijs gebied. Dat kan zijn omdat onduidelijk is of in een bepaalde situatie van een 'minderjarige' kan worden gesproken, of omdat onduidelijk is of een bepaalde pleger of gedraging eronder valt of juist niet. Soms is er ook ongemak met de wettelijke definitie zoals daar waar het gaat om dreigende ernstige schade ten gevolge van de gedraging. Van het grijze gebied kan ook sprake zijn als de arts een vermoeden heeft van kindermishandeling en dat alsnog nader moet onderzoeken. Daarop kom ik in hoofdstuk 8 terug.

106 KNMG-meldcode 2015, p. 32.

Terugblikkend op de bevindingen in dit hoofdstuk is het volgende te concluderen met betrekking tot de onduidelijkheid die en het ongemak dat de wettelijke definitie van kindermishandeling voor artsen oproept of kan oproepen.

In par. 6.3.2 bleek de reikwijdte onduidelijk van het begrip 'minderjarige' uit de wettelijke definitie van kindermishandeling. Zo is voor de arts niet *a priori* duidelijk of ongeborenen onder de wettelijke definitie vallen en of de levensvatbaarheidsgrens van 24 weken daarbij een rol van betekenis speelt. Het is van belang dat artsen goed inzicht hebben in de scope van de wettelijke definitie omdat deze immers richtinggevend is bij het eventueel doen van een melding aan Veilig Thuis. In par. 6.3.2 is betoogd dat alle ongeborenen onder de reikwijdte van de wettelijke definitie van kindermishandeling vallen.

Weer een andere onduidelijkheid met betrekking tot de invulling van het begrip 'minderjarige' ontstaat bij de groep patiënten van 16 of 17 jaar. Deze zijn immers in de Wgbo bekwaam zelfstandig een behandelingsovereenkomst aan te gaan en als zodanig vrijwel geheel gelijkgesteld aan meerderjarigen. Dit zou kunnen impliceren dat zij níet onder het begrip 'minderjarigen' vallen, waardoor de arts ook geen melding van kindermishandeling kan of moet doen aan Veilig Thuis. Dat wettelijke begrip geldt immers als uitgangspunt voor het doen van een melding. Onder 6.3.2 is betoogd dat – vanuit het oogpunt van bescherming van de patiënt van 16 of 17 jaar – deze groep onder de reikwijdte van de wettelijke definitie valt. Ofschoon Veilig Thuis ook meldpunt is voor huiselijk geweld tussen volwassenen, geldt in die context een strenger toetsingskader voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim en dat is niet alleen in het licht van de ongelijke machtsverhouding tussen de patiënt van 16 of 17 jaar en zijn ouders, maar ook vanwege de loyaliteit van het kind richting ouders in algemene zin, eens te meer reden om de patiënt van 16 of 17 jaar als minderjarige aan te merken. Zo kan immers een melding van kindermishandeling aan Veilig Thuis worden gedaan en jeugdhulp in gang worden gezet.

Niet alleen wat betreft de mogelijke slachtoffers van kindermishandeling roept de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo interpretatievragen op. Dit is ook het geval wat betreft de plegers ervan. De reikwijdte van de groep 'andere personen dan ouders' wordt weliswaar begrensd, althans dat is de bedoeling van de wetgever, door de begrippen 'relatie van afhankelijkheid of onvrijheid' die de volwassene met het kind heeft. Deze begrippen zijn evenwel te vaag en te weinig afbakenend. De ongelijke machtsverhouding tussen volwassene en kind maakt het kind immers al snel 'onvrij' in de zin dat het zich moeilijk of niet aan die volwassene kan onttrekken. Het is bovendien niet de afhankelijkheid van het kind dat de relatie typeert, althans dat zou niet moeten, maar het niet-nakomen van de verantwoordelijkheid die op de volwassene rust in die zorg of verzorgingsrelatie. Dat is de kern, of althans zou dit moeten zijn, om van kindermishandeling te kunnen spreken. In de huidige bewoordingen van de wettelijke definitie

van kindermishandeling komt dit niet goed uit de verf. Daarvoor zijn de begrippen 'afhankelijkheid' en 'onvrijheid' te vaag.

Overigens is het wel zo dat ook in deze benadering de arts die geen actie onderneemt (in de wettelijke definitie onhandig geformuleerd door 'passief opdringen') terwijl hij signalen ontvangt van kindermishandeling over zijn minderjarige patiënt, zich *sensu stricto* ook zelf schuldig maakt aan een passieve vorm van kindermishandeling (zie onder 6.6). In de zorgrelatie tot het kind heeft hij nu eenmaal ook de verantwoordelijkheid actie te ondernemen als er sprake is of kan zijn van kindermishandeling. Het niet ondernemen van actie is bedreigend of kan bedreigend zijn voor de gezonde en veilige ontwikkeling van het kind en kan tot (ernstige) schade leiden. Het signaleren van kindermishandeling begaan door primair een ander dan de arts, kan dus gevolgen hebben voor het kwalificeren van het gedrag van de arts ter zake.

Verder blijkt er nog enig ongemak met de wettelijke definitie van kindermishandeling te bestaan wat betreft de 'corrigerende tik'. Deze valt – dat was althans de gedachte van de wetgever bij de totstandkoming van de definitie – niet onder de wettelijke definitie van kindermishandeling, maar daarover bestaat inmiddels wel discussie. In onze samenleving, die zich kenmerkt door een toenemende sensibiliteit voor de rechten van het kind en de steeds sterker wordende rechtspositie van het kind, wordt immers verschillend gedacht over het nut van zo'n tik in pedagogische zin (zie onder 6.4); niet voor niets geldt er inmiddels een verbod op slaan in de opvoeding (art. 1:247 lid 2 BW). De dynamiek over wat toelaatbaar gedrag is en wat niet, wordt geen halt toegeroepen door de bewoordingen van de definitie. Integendeel, deze geven juist toe aan die dynamiek en dat maakt ook dat dergelijke discussies kunnen ontstaan. Het begrip is simpelweg te weinig afbakenend door de gekozen formulering ervan; en daardoor wordt het grijze gebied verruimd.

Ten slotte bleek het element 'ernstige (dreigende) schade' niet het door de wetgever beoogde onderscheidende effect te hebben (zie onder 6.7). Sterker nog: voor artsen is gebleken dat de wettelijke definitie op dit punt niet goed werkbaar is in de praktijk. Het is al lastig om het risico op toekomstige (dreigende) schade in te schatten, laat staan dat op *ernstige* schade. Dit heeft ertoe geleid dat de KNMG haar beroepsgroep voorschrijft slechts de reële kans op *schade* in te schatten. Het gevolg van een dergelijke, noodzakelijke, invulling van het begrip kindermishandeling – deze moet tenslotte wel werkbaar zijn voor de arts – is dat er twee begrippen 'kindermishandeling' in omloop zijn. De scope van het begrip kindermishandeling zoals uitgewerkt in de KNMG-meldcode (2015) is in feite op dit punt nog ruimer dan de wettelijke definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo. De arts kan immers zonder de *ernst* van de dreigende schade in te schatten een melding doen aan Veilig Thuis. Het accent komt hierdoor te liggen op het beschermen van het kind tegen (verdere) schade; de ernst van die schade is daaraan ondergeschikt. Zo krijgt de arts meer ruimte het medisch beroepsgeheim te doorbreken dan op grond van een strikte interpretatie van het begrip

kindermishandeling mogelijk zou zijn. Deze conclusie nuanceert de gedachte dat de wettelijke definitie de hoeksteen is voor het doen van een melding van kindermishandeling door artsen; die lijkt toch veeleer de invulling van de definitie te zijn die de KNMG daaraan geeft vooral daar waar het gaat om het grijze gebied. Dit kan dus ook tot gevolg hebben dat de scope van het wettelijke begrip kindermishandeling wordt opgerekt.

In het licht van het onduidelijke en op bepaalde punten onwerkbaar ruime begrip kindermishandeling is in dit hoofdstuk gekeken naar de mogelijk toegevoegde waarde van de strafrechtelijke definitie van mishandeling (art. 300 Sr e.v.). Deze is immers minder ruim en scherper gesteld.[107] Niet alleen is een constitutief element in de delictsomschrijving van mishandeling het 'opzet'. Dat moet gericht zijn op het gevolg. Aangegeven is dat die vergelijking ertoe leidt dat het strafrechtelijke element opzet een belangrijk gezichtspunt kan zijn bij het bepalen of er sprake is van kindermishandeling in de zin van art. 1.1 Jw en art.1.1.1 Wmo. Maar ook moet schade in de vorm van lichamelijk of psychisch letsel *zíjn* opgetreden. Toekomstige schade is dus uitgesloten.

Anders is dit in de definitie van *kinder*mishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo waarin immers ruimte is om gedragingen die nog niet (aantoonbaar) hebben geleid maar in de toekomst kunnen leiden tot ernstige schade als kindermishandeling te kwalificeren (grijs gebied). Ofschoon het te beschermen belang in het Wetboek van Strafrecht alsmede in de Jw en de Wmo hetzelfde is – het gaat immers om de bescherming van het menselijk lichaam, leven en de lichamelijke integriteit (met inbegrip van de gezondheid) – is het doel verschillend. In de Jw en Wmo gaat het niet om strafbaarstelling, maar om het bieden van hulp aan kind en gezin. Dat dit vervolgens betekent dat de op Veilig Thuis georiënteerde definitie ruim en weinig specifiek is waardoor er veel onder te brengen is, blijkt van ondergeschikt belang vanuit het perspectief van het te beschermen geboren of ongeboren kind (zie par. 8.6).

Echter, voor de arts is deze definitie van kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo niet zonder meer goed werkbaar gebleken, maar aan de andere kant biedt aanhaken bij de beperktere definitie van mishandeling in het strafrecht in zoverre geen uitkomst omdat het tot de kern van het artsenberoep behoort schade nu maar zeker ook in de toekomst te voorkomen en juist dat laatste is uitgesloten in de strafrechtelijke bepaling van mishandeling.

Ten slotte is gebleken dat de arts in de wettelijke definitie van kindermishandeling geen antwoord zal vinden op de vraag welke signalen nu als dusdanig ernstig zijn te bestempelen dat deze ingevolge het Besluit van 23 juni 2017 en het daarbij behorende afwegingskader vanaf 1 januari 2019 moeten

---

107 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 122 (MvT); *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 25 en p. 35 (MvT); *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 2-3 (MvT); Dörenberg, *TvGR* 2014, p. 641.

worden gemeld aan Veilig Thuis. Wel is in dit hoofdstuk gebleken dat hiervoor aanvullende gezichtspunten behulpzaam zijn. De *stelselmatigheid* van een gedraging is bijvoorbeeld bepalend voor het kunnen duiden van een onveilige situatie, maar ook het feit dat juist in de *zorgrelatie* tussen kind en volwassene benodigde zorg wordt onthouden of onnodige zorg wordt verleend, terwijl die volwassene terzake een verantwoordelijkheid draagt, leidt tot een acute onveilige situatie voor het kind die als dusdanig ernstig worden gekwalificeerd door de KNMG dat de arts hiervan vanaf 1 januari 2019 melding móet doen aan Veilig Thuis. Dergelijke gezichtspunten helpen de arts dus niet alleen bij het duiden van situaties in het grijze gebied, maar sterker nog: ook bij het duiden van ernstige signalen van kindermishandeling zoals vereist op grond van het Besluit van 23 juni 2017 en het daarbij behorende afwegingskader.

7 Wettelijk kader doorbreking medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders

7.1 Inleiding

Het onderzoek in dit hoofdstuk richt zich op de wettelijke regelingen die in geval van kindermishandeling de arts van een juridische basis voorzien om de zwijgplicht te doorbreken. De wetgever voorziet niet in een doorbreking van het verschoningsrecht, omdat dit immers al een uitzonderingsrecht is, namelijk op de getuigplicht van een ieder.[1]

In dit hoofdstuk staat – mede in het licht van de bevindingen uit deel I van dit proefschrift over doorbreking van het medisch beroepsgeheim – een aantal vragen centraal. Deze vragen zijn (i) welke regelingen bieden de arts in geval van kindermishandeling een juridische basis om de zwijgplicht te doorbreken en (ii) hoe verhouden de desbetreffende regelingen zich tot de uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim (toestemming, wettelijke meldplicht en conflict van plichten). Gelden regelingen die de arts de bevoegdheid geven de zwijgplicht te doorbreken zonder dat hiervoor toestemming is verkregen van betrokkenen, in de context van conflict van plichten? Gaat het om een codificatie van deze uitzonderingsgrond of niet? Ten slotte gaat mijn aandacht uit naar de vraag (iii) in hoeverre de wettelijke regelingen het de arts daadwerkelijk mogelijk maken om eerder informatie uit te wisselen in geval van kindermishandeling.[2]

7.2 Wettelijk kader voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim

Hieronder volgt een overzicht van wettelijke regelingen die de arts de bevoegdheid geven of hem verplichten het medisch beroepsgeheim te doorbreken in geval van kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en

1 Zie par. 4.1.

2 Zie voor de behoefte aan het eerder uitwisselen van informatie bijv. Nota van toelichting op het Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291, p. 5-6; Advies Sprokkereef 2016; *Kamerstukken II* 2015/16, 28345, nr. 153, p. 5; Vuijsje 2016, p. 6. *Kinderen Veilig* (Rapport Taskforce kindermishandeling en seksueel misbruik) bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/2013, 31015, nr. 84, p. 17; *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 2 (wetsvoorstel); *Kamerstukken I* 2011/12, 32015, C, p. 3 en p. 5-6.

ouder. Het is gerangschikt naar de uitzonderingen die er gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, in de volgorde (i) toestemming, (ii) wettelijke plicht en (iii) conflict van plichten.

7.2.1 Toestemming van betrokkenen (art. 7:457 lid 1 BW) of een vervangende omstandigheid (art. 7:457 lid 2 BW; art. 7:453 BW, art. 7:457 lid 3 BW en art. 7:465 lid 4 BW)

In geval van kindermishandeling biedt de regeling van art. 7:457 lid 1 BW uiteraard de arts de mogelijkheid de zwijgplicht te doorbreken. Daarin is immers het toestemmingsvereiste voor het doorbreken van de zwijgplicht neergelegd. Het geven van toestemming door betrokkene(n) is een dusdanig belangrijke uitwerking van het recht op zelfbeschikking van betrokkene(n) dat het daarom uitgangspunt is voor gegevensverstrekking aan een ander. Dit is in algemene zin in par. 5.2 besproken.

Doordat toestemming uitgangspunt is voor gegevensverstrekking, ontstaat er in geval van (een vermoeden van) kindermishandeling pas dan een dilemma voor de arts als toestemming daarvoor ontbreekt. Recapitulerend bleek uit par. 3.5.3.1 dat in beginsel toestemming voor gegevensverstrekking van beide ouders is vereist in geval de patiënt jonger is dan 12 jaar. 'In beginsel', want van dit vereiste kan worden afgeweken op grond van de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW). Deze plicht legitimeert dat in het belang van het kind waar nodig voorbij kan worden gegaan aan het vragen van toestemming aan (een van) beide ouders. *Sensu stricto* is toestemming van ouders voor gegevensverstrekking niet vereist als de patiënt tussen de 12 en 16 jaar is; dan volstaat toestemming van de minderjarige patiënt die immers zelfstandig zijn recht op geheimhouding uitoefent. De geheimhoudingsplicht geldt dus in dergelijke gevallen (ook) jegens de ouders. Bij een patiënt tussen de 16 en 18 jaar geldt dat uitsluitend zijn toestemming voor gegevensverstrekking aan een ander is vereist aangezien hij zelfstandig de behandelingsovereenkomst aangaat en de patiëntenrechten die daaruit voortvloeien zelfstandig uitoefent (art. 7:447 juncto art. 7:457 lid 1 BW).

Als er dergelijke juridische mogelijkheden zijn om gegevens te verstrekken, zelfs als ouders zich hiertegen verzetten, waarom worden deze dan niet zonder meer benut? In de eerste plaats omdat – zo is genoegzaam bekend – kinderen vanwege de loyaliteit die zij voelen tegenover hun ouders terughoudend zijn om over misbruik te spreken en toestemming te geven.[3] In de tweede plaats, omdat de arts ook de vertrouwensband met de ouders en de patiënt wil bewaken.[4] Voorts is een complicerende factor ten aanzien van gegevensver-

3 KNMG-meldcode 2015, p. 12.
4 KNMG-meldcode 2015, p. 12.

strekking dat het doorgaans niet alleen informatie over het kind betreft maar ook over ouder(s). Het gaat dan om het doorbreken van de zwijgplicht jegens het kind en/of ouders en om die van de ouder(s) zelf. In feite behoeft de arts voor beide doorbrekingen aparte toestemming op grond van art. 7:457 lid 1 BW. Art. 7:457 lid 1 BW bepaalt immers dat de arts geen informatie mag verstrekken als hij daarmee de persoonlijke levenssfeer van een ander schaadt. In een zaak die in 2017 diende voor het RTG Amsterdam verdacht de psychiater de moeder, tevens klaagster, ervan dat zij leed aan het syndroom van Münchhausen by proxy. De psychiater handelde zorgvuldig door die diagnose niet bij naam zonder de toestemming van klaagster aan haar zoon mede te delen.[5] Het betrof immers informatie die bovenal haar persoonlijke levenssfeer raakt. Zou zij i.c. haar toestemming voor gegevensverstrekking hebben onthouden of als de psychiater i.c. toestemming niet kón vragen bijvoorbeeld omdat de psychiater vreesde voor de veiligheid van het kind of het verbreken van de vertrouwensrelatie, dan moet de psychiater om het medisch beroepsgeheim te doorbreken een alternatieve juridische basis voor toestemming ex art. 7:457 lid 1 BW hebben voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. In hoeverre deze basis het conflict van plichten zou kunnen zijn dan wel de zorgplicht jegens de patiënt zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW) zal blijken in hoofdstuk 8 waarin het handelen van de behandelend arts bij een vermoeden van kindermishandeling in het licht van het medisch beroepsgeheim centraal staat. In deel I is reeds gebleken dat de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap het toestemmingsvereiste zoals neergelegd in art. 7:457 lid 1 BW kan nuanceren. In par. 7.2.1.2 wordt nagegaan of de daar genoemde nuanceringen nog nadere inzichten opleveren in geval van kindermishandeling of vermoedens daarvan.

Zoveel is duidelijk dat art. 7:457 lid 1 BW de arts alle ruimte biedt de zwijgplicht in geval van kindermishandeling te doorbreken, maar dat het ontbreken van toestemming voor gegevensverstrekking in de situatie van (vermoedens van) kindermishandeling het dilemma voor de arts terzake van het al dan niet doorbreken van zijn zwijgplicht in alle scherpte op tafel legt. Hieronder wordt onderzocht of de regelingen die bepalen dat de arts aan het toestemmingsvereiste voorbij mag gaan, extra inzichten opleveren om uit dit dilemma te geraken.

7.2.1.1 Rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen (art. 7:457 lid 2 BW)

Indien het gaat om het verstrekken van inlichtingen over de patiënt aan 'rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen' (art. 7:457 lid 2 BW) kan dit zonder uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming geschieden, omdat hiertoe,

5 RTG Amsterdam 26 september 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:108, r.o. 5.3, *LS&R* 1503.

aldus de memorie van toelichting op de Wgbo, de noodzaak ontbreekt.[6] Gegevensverstrekking is immers in het gezondheidsbelang van de patiënt. Rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen gelden dus niet als 'anderen' jegens wie de arts op grond van art. 7:457 lid 1 BW dient te zwijgen. In de memorie van toelichting is benadrukt dat uit 'het in acht nemen van de zorg van goed hulpverlener' voortvloeit dat de arts niet meer gegevens verstrekt dan nodig is voor hun werkzaamheden.[7] Dit is in algemene zin besproken onder 3.5.1.

In de context van kindermishandeling rijst de vraag in hoeverre deze regeling de arts mogelijk meer ruimte biedt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling. Bijvoorbeeld doordat er enige juridische rek zit in de reikwijdte van de kring van 'rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen'. Kindermishandeling is immers doorgaans een zaak van meer hulpverleners.[8] Behoort bijvoorbeeld de vertrouwensarts van Veilig Thuis aan wie de arts advies kan vragen over een vermoeden van kindermishandeling tot de kring van rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen? Of de aanwezigen bij een zogeheten multidisciplinair overleg (hierna: MDO) waarin een geval van kindermishandeling wordt besproken en waarbij naast behandelend arts en vertrouwensarts ook een medewerker van de RvdK, een psycholoog of docent aanwezig kunnen zijn?[9] Mag de arts in een dergelijk gesprek informatie delen, omdat toestemming hiervoor kan worden verondersteld in de zin van art. 7:457 lid 2 BW? Maakt het nog wat uit of gegevens worden geanonimiseerd zodat deze niet herleidbaar zijn tot een persoon?

Voor wat betreft de reikwijdte van art. 7:457 lid 2 BW biedt – zoals bleek onder 3.5.1 – de parlementaire geschiedenis van art. 7:457 lid 2 BW enige houvast ten aanzien van het beantwoorden van de vraag wie tot de kring behoren van 'rechtstreeks bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst betrokkenen'. Het moet immers gaan om (i) 'personen wier medewerking beroepsmatig noodzakelijk is voor de uitvoering van de behandelingsovereenkomst', aldus de toelichting op de Wgbo.[10] Behalve dat hierbij gedacht is aan personen die de arts bij zijn werkzaamheden ondersteunen, behoort hiertoe, volgens de memorie van toelichting, ook de collega-vakgenoot die door de arts wordt geraadpleegd.[11] Een collega-vakgenoot is de persoon die eveneens (ii) geneeskundige handelingen verricht.[12] Hieruit kan worden afgeleid dat docenten, medewerkers van Veilig Thuis en de RvdK die zelf geen medisch

6 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 14. Zie par. 3.5.1. en par. 5.2.3.
7 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 39.
8 Nederlands Huisartsen Genootschap 2016, p. 3.
9 KNMG-wegwijzer 2014, p. 7-8.
10 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 10 en p. 39.
11 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 19; zie ook Stolker, in: *T&C Burgerlijk Wetboek* art. 7:457 BW (Inlichtingen aan derden) (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2017).
12 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 10 en p. 39 (MvT).

hulpverlener zijn noch de arts assisteren bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst niet gelden als rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen.

Anders zou dit kunnen zijn als het gaat om de vertrouwensarts kindermishandeling werkzaam bij Veilig Thuis. Volgens de parlementaire geschiedenis van de regelingen over de positie en functie van vertrouwensarts blijkt dat de vertrouwensarts weliswaar niet handelt in de hoedanigheid van arts als hij ten behoeve van het uitvoeren van de taken van het AMK/Veilig Thuis werkzaamheden verricht die ook door andere medewerkers kunnen worden gedaan, maar het is niet uitgesloten dat hij geneeskundige handelingen verricht.[13] Hij kan namelijk, aldus de toelichting, het kind medisch onderzoeken of behandelen óf medisch-diagnostische gegevens beoordelen en daarover adviseren en dus geneeskundige handelingen verrichten zoals bedoeld in art. 7:446 lid 1 BW, aldus de toelichting.[14] Deze handelingen verricht de arts evenwel nog niet in de zogenoemde advies- en consultfase, maar pas in de fase waarin Veilig Thuis een onderzoek is gestart naar een melding van kindermishandeling.[15] De vertrouwensarts die om advies wordt gevraagd verricht immers werkzaamheden die ook andere medewerkers van Veilig Thuis kunnen verrichten en dat diskwalificeert hem als rechtstreeks bij de behandeling betrokkene omdat het advies niet afkomstig is van een persoon 'die eveneens geneeskundige handelingen verricht' zoals de toelichting verduidelijkt.[16]

Dit betekent dat de arts slechts met toestemming van betrokkene(n) gegevens kan uitwisselen (art. 7:457 lid 1 BW) met bovengenoemde personen, tenzij hij de gegevens anonimiseert. Indien deze immers niet tot een persoon herleidbaar zijn, is er in juridische zin geen sprake van gegevensuitwisseling en is daarvoor dus ook geen toestemming nodig. Het komt mij voor dat het anonimiseren van gegevens een efficiënte manier is om vermoedens van kindermishandeling te verifiëren zónder dat dit ten koste gaat van geheimhouding. Zo kan de expertise van de vertrouwensarts op het gebied van kindermishandeling toch worden benut zonder dat hiervoor toestemming van de ouders van de minderjarige patiënt nodig is en ondanks dat de vertrouwensarts niet als rechtstreeks bij de behandeling betrokkene kan worden aangemerkt.[17] Het anonimiseren van gegevens biedt evenwel geen uitkomst in de meldfase. Als uitgangspunt geldt immers dat dit geschiedt op naam.[18] In geval de arts een melding van kindermishandeling doet aan de vertrouwensarts is er – evenals in de advies- en consultfase – ook geen sprake van een rechtstreekse betrokken-

13 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 19 (MvT).
14 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 19.
15 Nederlands Huisartsen Genootschap 2016, p. 11.
16 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 10 en p. 39; Nederlands Huisartsen Genootschap 2016, p. 11.
17 Coebergh & Koning, Brief: *Reactie VVAK en KAMG op het Uitvoeringsbesluit Jeugdwet en de Nota van Toelichting*, 16 december 2013; zie ook VVAK-dossier: 'Beroepsprofiel', *VVAK*, https://www.vertrouwensartsen.nl/beroepsprofiel (laatst geraadpleegd 29 januari 2018).
18 Zie bijv. VNG 2014, p. 17.

heid bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst. Met het doen van een melding verzoekt de arts onder het huidige regime de vertrouwensarts als het ware de behandeling over te nemen en zelf verdere hulpverlening op gang te brengen.[19] Op grond van de huidige KNMG-meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling is de arts uitgedokterd en de melding illustreert als het ware een ultimum remedium, een eindstation van de behandeling, waardoor er ook geen sprake meer kan zijn van het rechtstreeks bij de behandeling betrokken zijn.

Anders zal dit zijn op grond van het afwegingskader dat volgt uit het Besluit van 23 juni 2017 houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling en behorende bij de Wet verplichte meldcode (2013). Een melding geldt dan niet langer als een *ultimum remedium*. Daar waar voorheen de arts met de melding in feite aan Veilig Thuis vraagt de behandeling over te nemen, zal vanaf 1 januari dit niet langer gelden. De arts blijft na de melding nauw betrokken bij de zorg die aan het kind gegeven wordt en overlegt hierover met Veilig Thuis. Na het verstrekken van informatie aan Veilig Thuis blijven arts en Veilig Thuis immers hierover in gesprek. Zij stellen vast wie verantwoordelijkheid over wat op zich neemt om de effecten van hulp te monitoren. Dat kan de arts zijn. Daarom is er geen sprake van '*ultimum remedium*'. Als is afgesproken dat de arts die hulp monitort, maar de afgesproken resultaten blijven uit, dan meldt de arts opnieuw aan Veilig Thuis.[20] Er is dus voortdurend contact over de minderjarige patiënt met Veilig Thuis mogelijk. Die ruimte krijgt de arts op grond van het afwegingskader.

De juridische basis hiervoor zal evenwel niet kunnen worden gevonden in art. 7:457 lid 2 BW omdat de werkzaamheden van Veilig Thuis of de aldaar werkende vertrouwensarts daarbij immers niet gericht zijn op het verrichten van geneeskundige handelingen, maar op het monitoren en afstemmen van hulpverlening. Daarvoor bieden art. 7:457 lid 2 BW en de toelichting daarop geen aanknopingspunten. Welke juridische basis wél die informatieverstrekking legitimeert, komt aan de orde onder 8.5.

7.2.1.2 Zorgplicht (art. 7:453 BW; art. 7:457 lid 3 BW; art. 7:465 lid 4 BW)

Uit deel I is onder 3.2.1 en 3.6 gebleken dat in een aantal gevallen het toestemmingsvereiste voor het doorbreken van de zwijgplicht ex art. 7:457 lid 1 BW in de sfeer van de medische behandeling terzijde wordt of kan worden geschoven op basis van de zorgplicht ex art. 7:453 BW. Deze zorgplicht zou als alternatieve basis kunnen worden aangedragen als de arts in een situatie terecht komt

19 Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291, p. 7; zie voorts: *Kamerstukken II* 2016/17, 28345, nr. 170; *Kamerstukken II* 2016/17, 28345, nr. 171.

20 Ploem & Sombroek, *TvGR* 2018, p.222.

waarin toestemming ofwel niet kan worden gevraagd of wordt geweigerd. Hieronder worden de desbetreffende bepalingen herhaald, omdat deze in een dergelijke situatie van belang zijn in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders in de situatie waarin het kind wordt mishandeld.

Dit betreft in de eerste plaats art. 7:457 lid 3 BW. Hierin is immers bepaald dat de arts informatie aan de ouders kan onthouden indien hij 'anders niet geacht kan worden de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen.' Kennelijk is aan de positie van de arts reliëf gegeven in die zin dat in het belang van de goede zorgverlening aan het mishandelde kind de arts bijvoorbeeld af kan zien – al dan niet tijdelijk – ouders te informeren over het doorbreken van het medisch beroepsgeheim met als gevolg dat ouders ook geen toestemming kúnnen geven. Het een gaat nu eenmaal niet zonder het ander. Het komt mij voor dat de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW) bij uitstek tegemoet komt aan de maatschappelijke behoefte informatie uit te wisselen in geval van kindermishandeling. De arts kan immers op grond van de voornoemde zorgplicht ondanks het ontbreken van toestemming toch bijvoorbeeld een melding doen aan Veilig Thuis. Steun voor deze gedachte geeft art. 7:465 lid 4. Dat artikel bepaalt immers dat de arts de verplichtingen die voortvloeien uit de behandelingsovereenkomst (men leze hier: de zwijgplicht) níet nakomt indien nakoming van een dergelijke verplichting niet verenigbaar is met de zorg van een goed hulpverlener. Deze bepaling geldt specifiek voor de situatie waarin de patiënt jonger is dan 12 jaar (vgl. art. 7:465 lid 1 BW).[21] Zoals betoogd in par. 3.5.3.2 kan in de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW) een argument worden gevonden voor het niet informeren van (een van) beide ouders en dus ook aan het voorbijgaan aan het vragen van toestemming. Voorwaarde is dus wel dat dit in het belang van goede zorgverlening aan het kind moet zijn. Dat is het juridisch kader waarbinnen de arts immers werkzaam is.

Voornoemde regelingen rechtvaardigen de conclusie dat de arts de bevoegdheid heeft om op grond van de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW) informatie uit te wisselen ten koste van geheimhouding.[22] De vraag rijst – indien de arts gegevens uitwisselt zónder de ouders te informeren en dus zónder toestemming van betrokkene(n) te hebben – in hoeverre de ouders daarna nog vertrouwen (zullen) hebben in de zorgverlening van de arts. Vanuit het perspectief van

21 Kole 2013, p. 5; de Kinderombudsman 2013, p. 51; *Kamerstukken II* 2011/12, 31015, nr. 76, p. 5.

22 In dit licht moeten ook de uitspraken van het CTG worden gelezen waarin de arts een kind toch mocht behandelen ondanks het ontbreken van toestemming van de ouder(s): CTG 24 mei 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1298, r.o. 4.9, *GJ* 2011/110; CTG 24 mei 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1293, r.o. 4.3; zie ook RTG Amsterdam 13 maart 2012, ECLI:NL:TGZRAMS:2012:YG1842, r.o. 5.1 en 5.2 (verweerder heeft de neusamandelen laten verwijderen van het kind zonder toestemming van vader).

het medisch beroepsgeheim zal de vertrouwensrelatie immers in een dergelijk geval averij kunnen oplopen. Als ouders daarom zouden besluiten niet meer naar de arts te gaan met hun kind uit vrees dat bevindingen uit gesprekken of onderzoek op straat komen te liggen, rijst vanzelfsprekend de vraag of dat wel in het belang van het kind is. Er ligt kortom een belangrijke taak voor de arts om waar mogelijk voorafgaand aan gegevensverstrekking en anders achteraf goed met ouders en kind te communiceren over gegevensverstrekking aan een ander in het belang van goede zorgverlening aan de patiënt (vgl. art. 47 Wet Big en art. 7:448 BW).[23] Ook die communicatie maakt deel uit van de professionele standaard. Door de zwijgplicht van de arts veeleer als onderdeel te zien van de zorgplicht (zoals betoogd in par. 3.6) verschuift het vertrouwen in geheimhouding als zodanig richting het vertrouwen in goede zorgverlening. Daarvan maakt een zo open mogelijke communicatie over de (gemaakte) keuze tussen blijven zwijgen of toch spreken richting betrokkene(n) deel uit.[24]

In dit licht geeft de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap juridisch vorm aan de ontwikkeling waarin de nadruk ligt op gegevensuitwisseling ten koste van het medisch beroepsgeheim. Het biedt de arts in ieder geval een basis om ook zonder daarvoor toestemming te hebben toch informatie te kunnen uitwisselen in geval van kindermishandeling. Hierbij is het dus wel van belang dat hij met ouders en kind waar mogelijk goed communiceert.

De vraag rijst hoe voornoemde zorgplicht zich precies verhoudt tot conflict van plichten als uitzondering op de zwijgplicht. Deze uitzonderingsgrond geeft de arts immers ook de mogelijkheid het medisch beroepsgeheim te doorbreken in geval toestemming van betrokkenen ontbreekt. Hierop wordt teruggekomen in par. 8.8.

7.2.2 Wettelijke plicht tot informatieverstrekking (art. 7.3.11 lid 4 Jw)

Art. 7:457 lid 1 BW bepaalt dat de arts de zwijgplicht móet doorbreken indien dit bij of krachtens de wet bepaalde daartoe verplicht. In geval van vermoedens van kindermishandeling is de wettelijke plicht tot het verstrekken van informatie aan de jeugdbeschermer van belang die sinds 2015 van kracht is. Deze plicht is neergelegd in art. 7.3.11 lid 4 Jw. Deze bepaling luidt als volgt:

> 'Derden die beroepshalve beschikken over inlichtingen inzake feiten en omstandigheden die de persoon van een onder toezicht gestelde minderjarige, diens verzorging en opvoeding of de persoon van een ouder of voogd betreffen, welke inlichtin-

23 Zie voor overmacht situaties: KNMG-meldcode 2015, p. 28-29. Zie voor het betrekken van het kind bij gegevensverstrekking: *Handreiking Participatie van kinderen in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* (Augeo & Ministerie van VWS 2018).

24 Zie ook par. 8.6.

> gen noodzakelijk kunnen worden geacht voor de uitvoering van de ondertoezichtstelling, verstrekken de gecertificeerde instelling die de ondertoezichtstelling uitvoert, deze inlichtingen desgevraagd (…).'[25]

Ofschoon deze bepaling de arts tot het verstrekken van inlichtingen verplicht in het kader van de uitvoering van een OTS, blijkt uit de parlementaire geschiedenis van art. 7.3.11 lid 4 Jw dat de OTS en het begrip kindermishandeling zoals neergelegd in art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo nauw verbonden zijn. Voor het uitvoeren van de OTS wordt een jeugdbeschermer, werkzaam bij Veilig Thuis, aangesteld, aldus de memorie van toelichting op de Jw.[26] De OTS is een maatregel die genomen wordt als aan de drie gronden van art. 1:255 BW is voldaan.[27] Het moet gaan om (i) een situatie waarbij het kind ernstig in zijn ontwikkeling wordt bedreigd. Hiervan kan sprake zijn in geval van kindermishandeling, dat – zoals bleek in hoofdstuk 6 – een ruim begrip is, waaronder ook minder ernstige situaties zijn te brengen. Bovendien (ii) accepteren de ouders niet de zorg die nodig is voor het wegnemen van die bedreiging, waarbij (iii) wel de verwachting is gerechtvaardigd – en dit is een positieve formulering – dat zij binnen een gelet op de persoon en de ontwikkeling van de minderjarige aanvaardbaar te achten termijn, de verantwoordelijkheid voor de verzorging en opvoeding bedoeld in art. 1:247 lid 2 BW in staat zijn te dragen. De jeugdbeschermer geeft ouders en kind aanwijzingen en zij moeten deze opvolgen, ofschoon de jeugdbeschermer geen gezag heeft over het kind. Deze aanwijzingen zijn bedoeld om het gezin te helpen met opvoeding en verzorging.

De meldplicht ex art. 7.3.11 lid 4 Jw richting de jeugdbeschermer die om informatie verzoekt in het kader van de uitvoering van een OTS impliceert dat de afweging tot het verstrekken van informatie bij de arts wordt weggenomen. Hij móet dan immers informatie verstrekken. In de praktijk betekent dit dat de arts informatie verstrekt die bijdraagt aan het voorkomen van een bedreiging in de ontwikkeling van het kind.[28] Dit houdt dus ook in dat de arts niet álle informatie over het kind of over de ouders verstrekt. Zo zal de arts als hij door de jeugdbeschermer wordt bevraagd over bijvoorbeeld de invloed van de psychiatrische behandeling van de moeder op het welzijn van het kind, uiteraard niet het gehele medisch dossier van het kind of de moeder aan de jeugdbeschermer overleggen.

De jeugdbeschermer heeft weliswaar op grond van art. 7.3.11 lid 1 Jw een geheimhoudingsplicht, maar deze geldt niet voor zover het gaat om personen die rechtstreeks betrokken zijn bij de verlening van jeugdhulp met inbegrip

---

25 Art. 7.3.11 lid 4 Jw, *Stb.* 2014, 105.

26 *Kamerstukken II* 2014/15, 34191, nr. 3, p. 7 (MvT); *Kamerstukken II* 2014/15, 34191, nr. 2, p. 3.

27 *Kamerstukken I* 2011/12, 32015, C, p. 3 en p. 5-6.

28 Zie: https://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/gezinsvoogd-krijgt-recht-op-noodzakelijke-informatie.htm (laatst geraadpleegd op 29 januari 2018).

van de vervanger van de jeugdbeschermer (art. 7.3.11 lid 2 Jw). Ook geldt het beroepsgeheim bijvoorbeeld niet indien het gaat om jeugdhulp in het kader van een kinderbeschermingsmaatregel zoals een OTS met uithuisplaatsing. Dit betekent dat de door de arts verstrekte informatie kan worden gebruikt ten behoeve van een dergelijk verzoek zónder dat de betrokkenen daarvoor toestemming hoeven te geven.

In het licht van voorgaande komt het mij voor dat de jeugdbeschermer moet motiveren waarom het noodzakelijk is in het kader van de OTS informatie te verstrekken zodat de arts ook kan afwegen wélke informatie hij dient te verstrekken en welke níet. Temeer nu ingevolge art. 7.3.11 lid 4 Jw de informatieverstrekking niet beperkt is tot informatie over het kind alleen. Het betreft immers ook informatie over (de gezondheidstoestand van) ouders/voogd, over de familiesituatie, etc. die de arts waar nodig geacht wordt te verstrekken. Van Teeffelen wijst terecht op het risico dat ouders er niet meer op vertrouwen dat wat zij aan de huisarts toevertrouwen ook daadwerkelijk vertrouwelijk blijft; het risico van mijden van zorg ligt dus op de loer.[29] Het komt mij voor dat zo'n risico inherent is aan de meldplicht die ertoe strekt een kind te beschermen tegen mishandeling bij kennis of vermoedens van kindermishandeling, en dat de arts om het risico op het mijden van zorg door ouders te beperken zich zal moeten inspannen om ouders waar mogelijk te betrekken bij gegevensverstrekking. Het schenden van vertrouwelijkheid hoeft immers niet per se een schending van de vertrouwensrelatie te impliceren. Een en ander is afhankelijk van de mate van zorgvuldigheid van het handelen, de openheid en de uitleg van de arts.

Ofschoon een wettelijke plicht tot informatieverstrekking weliswaar een ruime bevoegdheid geeft aan de arts informatie uit te wisselen bij kindermishandeling, kleven er ook nadelen aan. Een spreekplicht ex art. 7.3.11 lid 4 Jw ontneemt immers de arts de mogelijkheid om in het belang van het kind inlichtingen níet te verstrekken.[30] Ook dit is intrinsiek aan een dergelijke wettelijke regeling waarin informatieverstrekking verplicht is en de arts een eigen afweging wordt ontnomen. Anders is dit in geval van een meldrecht. Dan behoudt de arts immers de mogelijkheid eventueel informatie (nog) níet te verstrekken, bijvoorbeeld omdat de arts vreest dat anders de behandelrelatie wordt verbroken.[31] De vraag rijst of een dergelijke ruime bevoegdheid voor

29 Van Teeffelen, *FJR* 2015, p. 90; Ploem, *TvGR* 2008, p. 598.

30 Dörenberg, *TvGR* 2014, p. 641; Buijsen c.s. 2012, p. 14.

31 *Kamerstukken II* 2014/15, 34191, nr. 3, p. 7-8; *Kamerstukken II* 2010/11, 32015, nr. 21 en nr. 42; *Kamerstukken II* 2010/11, 32015, nr. 21, p. 1. Naar aanleiding van de motie Kooiman en Dillenburg is het aanvankelijk bedoelde recht omgebogen in een *plicht*. Alleen zo zou, zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis, gegarandeerd kunnen worden dat de gezinsvoogd/jeugdbeschermer voldoende informatie ontvangt teneinde mogelijke veiligheidsrisico's van het onder toezicht geplaatste kind ook daadwerkelijk goed in te kunnen schatten. Vergelijk de wens van de Taskforce kindermishandeling ter zake van invoering van een meldplicht in geval van kindermishandeling: Vuijsje 2016, p. 6 en Brief van de Taskforce Kindermishan-

gegevensverstrekking ook anders kan worden vorm gegeven dan door middel van een dergelijke 'platte meldplicht', maar met bijvoorbeeld het behoud van een eigen afwegingsruimte voor de arts.[32] Het antwoord op deze vraag wordt in par. 10.3 gegeven.

7.2.3 Conflict van plichten

Aanvankelijk was conflict van plichten een buitenwettelijke grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.[33] Of dat nog steeds geldt of dat er veeleer sprake is van een gecodificeerde vorm van conflict van plichten zal hieronder blijken bij de bespreking van de wettelijke regelingen die de arts de bevoegdheid geven het medisch beroepsgeheim te doorbreken zónder daarvoor toestemming van betrokkenen te hebben.

7.2.3.1 Informatieverstrekking aan Veilig Thuis (art. 5.2.6 Wmo)

De wetgever heeft in art. 5.2.6 Wmo de arts de bevoegdheid gegeven om zonder daarvoor toestemming te hebben van betrokkenen informatie uit te wisselen met het AMHK, oftewel: Veilig Thuis, teneinde een situatie van kindermishandeling te beëindigen of een redelijk vermoeden van kindermishandeling te onderzoeken. Deze regeling kent twee voorlopers, namelijk art. 34c lid 3 Wjhv en art. 53 lid 3 Wjz die beide dezelfde bevoegdheid omvatten tot het, zonder daarvoor toestemming te hebben van betrokkenen, verstrekken van informatie, zij het aan het toenmalig AMK (voorloper van het AMHK/Veilig Thuis).[34] Uit de parlementaire geschiedenis van deze regelingen blijkt dat voor de toepassing van deze regelingen het begrip kindermishandeling zoals het in de wet is omschreven als uitgangspunt geldt.[35]

Uit de parlementaire geschiedenis van de Wjhv en de Wjz kan worden afgeleid dat de bevoegdheid tot informatieverstrekking een uitzondering vormt op het toestemmingsvereiste zoals dat is neergelegd in art. 7:457 lid 1 BW voor

---

deling en seksueel misbruik aan de vaste commissie van VWS in de Tweede Kamer van 22 september 2015, referentie TF-2015-027, betreft: 'Advies 'We missen kinderen''.

32 De term 'platte meldplicht' is ontleend aan de reactie van Staatssecretaris Van Rijn op het advies Sprokkereef. Zie https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2016/10/04/aanscherping-meldcode-met-nieuwe-beroepsnormen-voor-slachtoffers-van-ernstige-kindermishandeling-en-huiselijk-geweld (laatst geraadpleegd 29 januari 2018).

33 Zie voor bevestiging van de (aanvankelijk) buitenwettelijke grondslag conflict van plichten: *Kamerstukken II* 2008/09, 31855, nr. 3, p. 18; *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 25-26.

34 Wet van 8 augustus 1989, *Stb.* 1989, 358 (art. 34c lid 3 Wjhv); Wet van 22 april 2004, *Stb.* 2004, 306 (art. 53 lid 3 Wjz).

35 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 122; *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 2-3; *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 25 en p. 35; zie ook Dörenberg, *TvGR* 2014, p. 641. Zie voorts: par. 6.2.

het doorbreken van het medisch beroepsgeheim aan een 'ander'.[36] Het AMK dat tegenwoordig kortweg Veilig Thuis wordt genoemd, geldt daar nadrukkelijk als een 'ander' in de zin van art. 7:457 lid 1 BW.[37]

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 5.2.6 Wmo blijkt dat de wettelijke bevoegdheid ertoe dient om Veilig Thuis goed te informeren zodat het de wettelijke taken kan uitvoeren, namelijk (1) het advies geven over (mogelijke) kindermishandeling, (2) het naar aanleiding van een melding onderzoeken van kindermishandeling of een vermoeden ervan en (3) het coördineren van verdere hulp aan kind en gezin.[38] Art. 5.2.6 Wmo luidt:

> 'Derden die beroepshalve beschikken over inlichtingen die noodzakelijk kunnen worden geacht om een situatie van (…) kindermishandeling te beëindigen of een redelijk vermoeden daarvan te onderzoeken, kunnen aan een AMHK deze inlichtingen desgevraagd of uit eigen beweging verstrekken zonder toestemming van degene die het betreft en indien nodig met doorbreking van de plicht tot geheimhouding op grond van een wettelijk voorschrift of op grond van hun ambt of beroep.'[39]

Uit deze bepaling blijkt dat het gaat om een 'kunnen', oftewel: het *recht* het medisch beroepsgeheim te doorbreken richting AMHK/Veilig Thuis zonder daarvoor toestemming van betrokkenen te hebben, en niet om een *plicht*.[40] Het recht tot informatieverstrekking aan Veilig Thuis strekt zich zowel uit tot de situatie waarin de arts uit 'eigen beweging' een melding doet aan Veilig Thuis als tot de situatie waarin de arts door Veilig Thuis wordt bevraagd ('desgevraagd'). In de literatuur wordt doorgaans aan deze bepaling gerefereerd als ware het een 'meldrecht' richting Veilig Thuis.[41] Het komt mij voor dat het om meer gaat dan het recht tot het doen van een melding uit eigen beweging; de bepaling ziet ook op de situatie waarin de arts wordt bevraagd door Veilig Thuis zonder dat er sprake is van een melding van kindermishandeling. Volledige is het om in deze bepaling een 'spreekrecht' richting Veilig Thuis te lezen, waarmee zowel wordt bedoeld het recht om uit eigen beweging te spreken/ informatie te verstrekken (melden) als het recht om informatie te verstrekken op verzoek (bevraagd worden).

Uit het geciteerde blijkt dat de arts die weet of redelijkerwijs vermoedt dat zijn minderjarige patiënt mishandeld wordt, het medisch beroepsgeheim

---

36 *Kamerstukken II* 2008/09, 31855, nr. 3, p. 16-17 (MvT); *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 24-25 (MvT).

37 *Kamerstukken II* 2008/09, 31855, nr. 3, p. 17; *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 24-25; *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 38-40.

38 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 3, p. 21-23 en p. 25; zie ook art. 4.1.1 lid 2 Jw, *Stb.* 2014, 105. Wet van 9 juli 2014, *Stb.* 2014, 280.

39 *Kamerstukken I* 2013/14, 33841, A, p. 30; Wet van 9 juli 2014, *Stb.* 2014, 280, art. 5.2.6.

40 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 39; *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 10-13 (MvT).

41 *Kamerstukken II* 2015/16, 28345, nr. 153, p. 42; zie ook Dörenberg, *FJR* 2013, p. 144; Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 14.

mag doorbreken. Kennelijk is een redelijk vermoeden van kindermishandeling voldoende voor het verstrekken van inlichtingen aan Veilig Thuis. De parlementaire geschiedenis biedt weinig houvast ten aanzien van wat een 'redelijk vermoeden' behelst. Deze vraag wordt wel beantwoord in de hierna te bespreken KNMG-meldcode: de arts moet kunnen onderbouwen waarom hij kindermishandeling vermoedt door het zetten van een aantal stappen (zie onder 8.5).

Uit de parlementaire geschiedenis van het spreekrecht richting AM(H)K/ Veilig Thuis blijkt dat deze regeling van meet af aan in de context van conflict van plichten is geplaatst en dat er niet voor gekozen is een andere, nieuwe grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in het leven te roepen.[42] Hieruit valt dus af te leiden dat de regeling een gecodificeerde vorm van conflict van plichten betreft.

Binnen conflict van plichten geldt het hiervoor besproken toetsingskader dat gebaseerd is op een zwijgen-tenzij.[43] Dat toetsingskader luidt: (1) alles is in het werk gesteld om toestemming tot doorbreking van het geheim te krijgen; (2) het niet doorbreken van het geheim levert voor een ander/de patiënt ernstige schade op; (3) er is sprake van gewetensnood bij de arts door het handhaven van de zwijgplicht; (4) er is geen andere weg dan doorbreking van het geheim om het probleem op te lossen; (5) het moet vrijwel zeker zijn dat door doorbreking van het geheim de schade aan de ander/de patiënt kan worden voorkomen of beperkt en (6) het geheim wordt zo min mogelijk geschonden.[44] In par. 5.4 is gebleken dat dit cvp-toetsingskader niet is bedoeld om de arts veel ruimte te geven voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim – het is immers gebaseerd op een 'zwijgen- tenzij' – en het is behalve restrictief, ook nog eens een onduidelijk en subjectief gebleken. Meldcodes blijken niet alleen bij te dragen aan een verdere objectivering van het cvp-toetsingskader en het accent te doen verschuiven richting een spreken-tenzij, maar het gebruik ervan leidt ook tot maar liefst drie keer zoveel meldingen door artsen van (vermoedens van) kindermishandeling aan Veilig Thuis.[45]

Het plaatsen van het spreekrecht richting Veilig Thuis in de context van conflict van plichten is door Bol en Dute bekritiseerd. Zij stellen terecht dat

---

42 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 206 (MvT); *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 24-25 (MvT); *Kamerstukken II* 2001/02, 28168, nr. 3, p. 21 en p. 50 (MvT); Het betreft hier de Wet verplichte meldcode en het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling (Besluit van 16 juli 2013, *Stb.* 2013, 324). Uit dit Besluit vloeit het *Basismodel meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* voort. Hierin is de leer van het conflict van plichten nog eens bevestigd. Zie Ministerie van VWS 2016, p. 27-28. Zie ook Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291.

43 Zie in gelijke zin: Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 13.

44 Zie par. 5.4.

45 *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 5, waaruit blijkt dat organisaties die met een meldcode werken (onderzoek naar ziekenhuizen) alerter zijn op signalen van kindermishandeling en drie keer zo vaak tot het doen van meldingen overgingen na de stappen in de code te hebben gezet.

het uitgangspunt zwijgen-tenzij zich niet goed verdraagt met de behoefte eerder het medisch beroepsgeheim te doorbreken in geval van kindermishandeling.[46] Auteurs pleiten in geval van kindermishandeling voor een afscheid van het conflict van plichten. Met auteurs ben ik het eens dat het op een zwijgen-tenzij gebaseerde cvp-leerstuk niet aansluit bij de ontwikkeling eerder informatie uit te wisselen in geval van kindermishandeling. Daarvoor zou immers het uitgangspunt spreken-tenzij vereist zijn. Ofschoon informatie-uitwisseling niet een doel is, maar wel een middel bij de bestrijding van kindermishandeling, is de vraag waarom de wetgever het spreekrecht van art. 5.2.6 Wmo in de restrictieve cvp-context heeft geplaatst. Duidelijker zou zijn geweest het spreekrecht te laten gelden in een andere context waarin zorgvuldigheidsnormen en stappen gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, zoals in codes. Indien de meldcodes met daarin zorgvuldigheidsnormen en stappen in de plaats komen voor het cvp-toetsingskader, kan van dit laatste wellicht ook afscheid worden genomen. Of blijft dit nog steeds van waarde voor andere situaties dan die waarin de arts uit eigen beweging aan Veilig Thuis meldt? Meldcodes beperken hun stappenplannen immers tot de situatie waarin de arts zelf meldt aan Veilig Thuis, terwijl art. 5.2.6 Wmo zich ook richt op de situatie waarin de arts door Veilig Thuis wordt bevraagd. Temeer omdat artsen regelmatig door instanties als Veilig Thuis en de RvdK worden bevraagd als zij een onderzoek naar kindermishandeling hebben ingesteld. In die situatie zou het accent toch ook moeten liggen op spreken-tenzij mede omdat een dergelijk onderzoek een vervolg kan zijn op een door de arts eerder gedane melding? Hierop wordt in 8.7 en 8.8 teruggekomen.

7.2.3.2 Informatieverstrekking aan RvdK (art. 1:240 BW)

Voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim richting de RvdK zónder toestemming daarvoor te hebben van betrokkenen, kan de arts zich beroepen op art. 1:240 BW. Dit artikel luidt:

> 'Degene die op grond van een wettelijk voorschrift of op grond van zijn ambt of beroep tot geheimhouding is verplicht kan, zonder toestemming van degene die het betreft, aan de raad voor de kinderbescherming inlichtingen verstrekken, indien dit noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de taken van de raad.'[47]

Op grond van deze regeling kan de arts aan de raad – eveneens een 'ander' in de zin van art. 7:457 lid 2 BW vanwege het niet verrichten van geneeskundige verrichtingen door medewerkers van de RvdK – gevraagd en ongevraagd

46 Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 16. Zie par. 8.5.
47 Art. 1:240, BW, *Stb.* 2004, 50.

inlichtingen zonder toestemming van betrokkenen verstrekken, indien dit noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de taken van de raad.[48] Die taken zijn divers van aard en zien op (1) bescherming, (2) scheiding en omgang maar ook bijvoorbeeld (3) strafzaken waarin meerderjarigen zijn betrokken.[49] Kennelijk behelzen de taken van de raad meer dan alleen het onderzoeken van een vermoeden van kindermishandeling of het stoppen ervan. In dit opzicht is de regeling van art. 1:240 BW ruimer dan die van art. 5.2.6 Wmo, die zich immers tot informatieverstrekking in de context van kindermishandeling beperkt.

De regeling van art. 1:240 BW is – evenals art. 5.2.6 Wmo – zowel bedoeld voor de situatie waarin de arts zelf meldt als die waarin hij wordt bevraagd. Om die reden zou het, evenals in het geval van art. 5.2.6 Wmo, vollediger zijn om ook hier van 'spreekrecht' te spreken in plaats van het tot op heden gangbare 'meldrecht'.

Uit de parlementaire geschiedenis van beide spreekrechten (art 1:240 BW en art. 5.2.6 Wmo) blijkt dat als de arts eenmaal tot de beslissing komt kindermishandeling of een vermoeden ervan te melden, hij aan Veilig Thuis meldt.[50] Dat is immers de eerstelijnsvoorziening voor het doen van meldingen van kindermishandeling of vermoedens ervan. Slechts in een heel acute en voor het kind bedreigende situatie waarin een kinderbeschermingsmaatregel in het belang van het kind direct aangewezen is, meldt de arts aan de RvdK.[51] Te denken valt aan de situatie waarin ouders hun kind dreigen mee te nemen uit het ziekenhuis, terwijl het kind thuis gevaar loopt te worden mishandeld.[52]

---

48 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 156 (MvT); *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 6-7 (MvT) waarin de positionering van AMK ten opzichte van RvdK wordt besproken in het licht van het doen van een melding; zie ook Forder/Bruning, in: *GS Personen- en familierecht* art. 1:240 BW, aant. 1; Van Raak-Kuiper, in: *Sdu Commentaar Relatierecht / Sdu Commentaar Jeugdrecht* art. 1:240 BW (online, laatst bijgewerkt op 15 januari 2016).

49 Verdere taken die samenhangen met de bescherming van de belangen van het kind zijn: adoptie, afstand doen van een kind en afstammingsvragen; art. 1:238-243 BW, *Stb.* 2004, 50; art. 77o-77q Wetboek van Strafrecht, *Stb.* 2012, 253.

50 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 3 en p. 22 (MvT); *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 20, p. 32 en p. 156 (MvT); *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 7 (MvT); *Kamerstukken II* 2001/02, 28168, nr. 3, p. 21 (MvT); *Kamerstukken II* 1992/93, 21980, nr. 18, p. 4 en p. 8; *Kamerstukken II* 1990/91, 21938, nr. 1-2 (beleidsbrief kindermishandeling van december 1990); motie Laning-Boersema van 17 juni 1992 (*Kamerstukken II* 1990/91, 21818, nr. 6 en *Kamerstukken II* 1992/93, 21980, nr. 6). In deze motie werd gevraagd om één herkenbaar meldpunt kindermishandeling en protocollering van meldingen van kindermishandeling en vermoedens ervan. Opgemerkt zij dat de arts pas tot een melding komt nádat hij het stappenplan heeft gevolgd op grond waarvan hij bijv. eerst advies inwint en met anderen heeft gesproken. Zie par. 8.5.

51 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 156 (MvT); *Kamerstukken II*, 2000/01, 27842, nr. 3, p. 6 (MvT).

52 *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 25 (MvT).

Voorts blijkt uit de parlementaire geschiedenis van het spreekrecht richting de RvdK, dat dit geldt in de context van conflict van plichten.[53] Het betreft dus een codificatie van conflict van plichten. Dit betekent – evenals bij toepassing van het hiervoor besproken spreekrecht richting Veilig Thuis – dat de afweging tot het al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim getoetst wordt aan het cvp-toetsingskader, dat is gebaseerd op een zwijgentenzij.[54] Het verschil met het spreekrecht richting Veilig Thuis is dat er geen stappenplan is opgesteld voor de situatie waarin de arts uit eigen beweging meldt aan de RvdK. Ook in die situatie geldt dus in beginsel het restrictieve cvp-toetsingskader waaraan de arts een eventuele doorbreking richting de RvdK moet toetsen.

Het ten principale plaatsen van het wettelijk spreekrecht richting de RvdK in de context van conflict van plichten vormt niet een geschikt juridisch kader voor de ontwikkeling met de nadruk op het uitwisselen van informatie in geval van kindermishandeling. De arts zal immers de afweging tot het verstrekken van informatie aan de RvdK toetsen aan de binnen het cvp-leerstuk geldende zes criteria, die gebaseerd zijn op een zwijgen-tenzij en niet op een spreken-tenzij, terwijl een meldcode die is gebaseerd op spreken-tenzij waarin een stappenplan geldt zoals voor het geval de arts uit eigen beweging aan Veilig Thuis meldt, tot drie keer zoveel meldingen leidt, zoals hiervoor reeds opgemerkt.

7.2.3.3 Informatieverstrekking aan jeugdbeschermer (art. 7.3.11 lid 4 Jw)

Art. 7.3.11 lid 4 Jw is hiervoor onder 7.2.2 besproken. Daar is gebleken dat als de jeugdbeschermer de arts bevraagt in het kader van een onder toezicht gesteld kind, de arts verplicht is de voor de uitvoering van de OTS benodigde informatie te verstrekken. Daarnaast omvat dit artikel ook een spreek*recht* richting de jeugdbeschermer, namelijk in de situatie waarin de arts *uit eigen beweging* het medisch beroepsgeheim besluit te doorbreken richting de jeugdbeschermer zonder daarvoor de toestemming te hebben van betrokkenen. Het verschil met voorgaande spreekrechten is niet alleen dat art. 7.3.11 lid 4 Jw een spreekplicht én een spreekrecht omvat, maar ook dat dit artikel slechts van toepassing is in geval van een OTS. In alle andere gevallen zal de arts zich bij het doorbreken van het medisch beroepsgeheim moeten baseren op de hiervoor besproken spreekrechten (art. 5.2.6 Wmo, art 1:240 BW).

Uit de parlementaire geschiedenis van de Jw blijkt dat als de jeugdbeschermer om informatie vraagt, dit geacht wordt een zekere mate van urgentie te hebben, omdat de jeugdbeschermer die belast is met de uitvoering van de

53 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 38-39; *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 25 (MvT); zie ook Forder/Bruning, in: *GS Personen- en familierecht* art. 1:240 BW, aant. 1; Forder/Bruning, in: *GS Personen- en familierecht* art. 1:240 BW, aant. 2.

54 Zie par. 5.4.

ondertoezichtstelling, informatie nodig heeft teneinde een goede inschatting te kunnen maken van de situatie van de minderjarige en de te verlenen hulp aan de minderjarige en zijn ouders.[55] Niettemin rijst de vraag waarom binnen een regeling zowel van een meldrecht als meldplicht sprake is.[56] Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat voor een meldrecht is gekozen als de arts niet wordt bevraagd, *omdat* de arts reeds op grond van conflict van plichten de mogelijkheid heeft het medisch beroepsgeheim zélf te doorbreken.[57] Deze argumentatie is opvallend om twee redenen. In de eerste plaats omdat die mogelijkheid (doorbreking op grond van conflict van plichten) ook openstond in geval de arts zou worden bevraagd in het kader van een OTS; dus dan zou op basis van dit argument een spreekplicht richting de jeugdbeschermer ook niet nodig zijn geweest.[58] Conflict van plichten is immers een uitzondering op het medisch beroepsgeheim die zowel ziet op de situatie waarin de arts zelf het medisch beroepsgeheim doorbreekt als die waarin een andere professional hem vraagt dit te doorbreken.

In de tweede plaats is het aanwijzen van het conflict van plichten als mogelijkheid om het medisch beroepsgeheim te doorbreken niet consistent met de in de parlementaire geschiedenis van dit artikel geconstateerde zorg dat er belemmeringen bestaan in de uitwisseling van informatie tussen jeugdbeschermers en artsen, alsmede de zorg dat artsen bovendien zich vaak gehinderd voelen inlichtingen te geven omdat niet duidelijk zou zijn wanneer welke informatie wel of niet mag worden verstrekt.[59] Onzekerheid hierover blijkt in de praktijk tot een verminderde bereidheid te leiden om informatie te verstrekken, aldus de toelichting.[60] Hiermee lijkt te worden gezinspeeld op het moeilijk hanteerbare conflict van plichten dat in feite de enige legitimatie voor de arts is voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim als toestemming van betrokkenen ontbreekt.

Kortom: er is sprake van een zekere onevenwichtigheid in de argumentatie voor of tegen het invoeren van een spreekplicht/-spreekrecht ex art. 7.3.11 lid 4 Jw en ook hier rijst de vraag waarom tóch het cvp-toetsingskader dat gebaseerd is op een zwijgen-tenzij en dat de nodige onduidelijkheden kent

---

55 *Handelingen II* 2015/16, 73/28, p. 7 en p. 15; *Kamerstukken II*, 2010/11, 32015, nr. 42, p. 2.

56 *Kamerstukken II* 2014/15, 34191, nr. 3, p. 7-8; zie ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33983, nr. 3, p. 28; *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 16 en p. 41-42.

57 *Kamerstukken I* 2013/14, 33684, Q, p. 7-8; *Kamerstukken II* 2010/11, 32015, nr. 21; *Kamerstukken II* 2010/11, 32015, nr. 42, p. 2; *Kamerstukken II* 2008/09. 31855, nr. 3, p. 4, p. 11, p. 18 en p. 20-21; *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 38 en p. 41-42 (MvT) onder aanvullende regeling gegevensverwerking ondertoezichtstelling. Gesproken wordt van 'gewetensnood bij de arts'.

58 Zoals eerder opgemerkt was het aanvankelijk niet de bedoeling dat er een spreekplicht kwam. Naar aanleiding van de motie Kooiman en Dillenburg is het aanvankelijk bedoelde recht omgebogen in een *plicht*. *Kamerstukken II* 2014/15, 34191, nr. 3, p. 7-8; *Kamerstukken II* 2010/11, 32015, nr. 21 en nr. 42; *Kamerstukken II* 2010/11, 32015, nr. 21, p. 1.

59 *Kamerstukken II* 2010/11, 32015, nr. 42, p. 1.

60 *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 17.

als context wordt aangewezen waarbinnen het spreekrecht richting de jeugdbeschermer geldt. Hiermee wordt het conflict van plichten immers gecodificeerd, terwijl dat kader níet een ruime(re) bevoegdheid biedt aan de arts informatie te verstrekken als toestemming daarvoor van betrokkenen ontbreekt.

7.2.3.4 Informatieverstrekking aan andere professionals via Vir-melding (art 7.1.4.1 Jw)

De arts kan op grond van art. 7.1.4.1 Jw in geval van kindermishandeling zonder toestemming van betrokkenen het medisch beroepsgeheim doorbreken door een melding te doen aan de Verwijsindex risicojongeren (hierna: *Vir*).[61]

Uit de parlementaire geschiedenis van art. 7.1.4.1 Jw blijkt dat de Vir een landelijk elektronisch systeem is waarin persoonsgegevens worden verwerkt – maar verder geen inhoudelijke gegevens uit het medisch dossier – met het doel te komen tot een 'match' tussen meldende professionals die bij de hulp of zorg aan de jeugdige (men leze: de minderjarige jonger dan 18 jaar[62]) betrokken zijn.[63] Na een match kan onderling de hulp en zorg aan de jeugdige worden afgestemd en vervolgens worden geboden.[64] De achterliggende gedachte is, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis van art. 7.1.4.1 Jw, dat het uitwisselen van gegevens door het doen van een Vir-melding bijdraagt aan een snellere en adequate(re) hulpverlening aan kind en gezin.[65] Art. 7.1.4.1 Jw luidt:

> 'Een meldingsbevoegde kan zonder toestemming van de jeugdige of zijn wettelijk vertegenwoordiger en zo nodig met doorbreking van de op grond van zijn ambt of beroep geldende plicht tot geheimhouding, een jeugdige melden aan de verwijsindex indien hij een redelijk vermoeden heeft dat de jeugdige door een of meer van de hierna genoemde risico's in de noodzakelijke condities voor een gezonde en veilige ontwikkeling naar volwassenheid daadwerkelijk wordt bedreigd (…).'[66]

Belangrijk is dat er sprake moet zijn van een risico waardoor de jeugdige 'in de noodzakelijke condities voor een gezonde en veilige ontwikkeling naar volwassenheid daadwerkelijk wordt bedreigd'.[67] Risico's die verwijzen naar kindermishandeling zoals omschreven in art. 1.1 Jw en art.1.1.1 Wmo, zijn:

---

61 Art. 7.4.1 Jw, *Stb.* 2014, 105.
62 Art. 1.1 Jw, *Stb.* 2014, 105.
63 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 2, p. 33 (art. 7.1.2.1 lid 2 Jw); *Kamerstukken II* 2009/10, 31855, nr. 55, p. 2; *Kamerstukken II* 2008/09, 31855, nr. 3, p. 12 (MvT). Benadrukt wordt dat de verwijsindex ook zo is ingericht dat er geen inhoudelijke informatie in kan worden opgenomen.
64 *Kamerstukken II* 2008/09, 31855, nr. 3, p. 7.
65 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 73; *Kamerstukken II* 2008/09, 31855 nr. 3, p. 2.
66 Art. 7.1.4.1 Jw, *Stb.* 2014, 105.
67 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 2, p. 36.

> 'a. de jeugdige staat bloot aan geestelijk, lichamelijk of seksueel geweld, enige andere vernederende behandeling, of verwaarlozing; (…)
> k. de ouders schieten ernstig tekort in verzorging of opvoeding van de jeugdige.'[68]

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat artsen worden aangespoord tot het doen van een melding in geval van kindermishandeling, zonder dat houvast wordt gegeven in welk kader de arts de afweging moet maken tot het zónder toestemming van betrokkenen doen van een Vir-melding.[69] Ook al worden volgens de toelichting op dat moment nog geen inhoudelijke gegevens uitgewisseld, persoonsgegevens vallen immers ook onder het medisch beroepsgeheim.[70] Als toestemming van betrokkenen ontbreekt, dan is de enige legitimatie voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim conflict van plichten, zo benadrukt Bruning:

> 'Artsen mogen een jeugdige zonder toestemming melden aan de VIR bij een *'redelijk vermoeden van het bestaan van een daadwerkelijke bedreiging in de ontwikkeling naar volwassenheid'* (artikel 2j Wjz), door een van de in art. 2j van de Wet op de jeugdzorg genoemde risico's. Dit meldrecht betekent dat telkens door de arts een afweging moet worden gemaakt of sprake is van een conflict van plichten (…).'[71]

De gelding van art. 7.1.4.1 Jw in de context van conflict van plichten wordt in de parlementaire geschiedenis slechts bevestigd voor wat betreft de situatie nádat een 'match' tot stand is gekomen, dus nádat een Vir-melding is gedaan.[72] Niet alleen blijft onduidelijk waaraan het doen van een Vir-melding wordt getoetst, maar ook schiet de Vir zijn doel voorbij door te bepalen dat gegevensuitwisseling ná matching plaats vindt in het kader van conflict van plichten.[73] Het cvp-kader dat uitgaat van zwijgen-tenzij sluit immers niet goed aan bij het doel van de Vir – informatie-uitwisseling teneinde adequate(re) hulpverlening aan kind en gezin te bewerkstelligen – omdat het immers gepaard gaat met een restrictief toetsingskader.[74]

---

68 Art. 7.1.4.1 sub a Jw, *Stb.* 2014, 105 jo art. 7.1.4.1 sub k Jw, *Stb.* 2014, 105. Zie voor de aansluiting bij het wettelijk begrip kindermishandeling: *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 208 (MvT).

69 *Kamerstukken II* 2014/15, 28345, nr. 136, p. 34-35; *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 73; zie ook KNMG-meldcode 2015, p. 13.

70 Zie par. 3.3.

71 Bruning, *TvGR* 2013, p. 130; zie ook KNMG-advies 2010, p. 2.

72 *Kamerstukken II* 2008/09, 31855, nr. 3, p. 18; *Kamerstukken II* 2007/08, 31001, nr. 55, p. 3.

73 Dörenberg & Bruning, *TvGR* 2015, p. 622.

74 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 70 en p. 73; *Kamerstukken II* 2008/09, 31855, nr. 3, p. 9; *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 29 en p. 45.

7.2.3.5 *Informatieverstrekking op grond van de Wet verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling en Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling van 23 juni 2017*

Sinds 1 juli 2013 is de Wet verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling in werking getreden (hierna: Wet verplichte meldcode) en de – in de vorm van een AMvB – bijbehorende Besluiten verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling (hierna: Besluit verplichte meldcode).[75] Reeds uit het Besluit van 2013 vloeit het *Basismodel meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* voort voor diverse professionals die met kinderen werken.[76] Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet verplichte meldcode blijkt dat (onder meer) artsen moeten beschikken over een meldcode en deze moeten toepassen.[77] Die code leidt professionals die met kinderen werken in 5 stappen door het proces vanaf het moment dat zij signalen ontvangen waardoor een vermoeden van kindermishandeling ontstaat tot aan het moment waarop een beslissing wordt genomen over al dan niet melden aan Veilig Thuis en/of het zelf hulp bieden of organiseren. De code biedt steun en houvast bij het nemen van die beslissing. De meldcode moet door de organisatie zelf worden opgesteld. Voor de arts is dit de KNMG-meldcode (2015) en het daarbij behorende KNMG-afwegingskader (2018). Het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling (Besluit meldcode) benoemt slechts elementen die een meldcode minimaal dient te bevatten. In de praktijk wordt veelal gebruikgemaakt van het Basismodel meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling.[78]

Het gebruik van een meldcode leidt volgens de toelichting op de Wet verplichte meldcode tot het drie keer zo vaak doen van meldingen van kindermishandeling of vermoedens ervan.[79] Dit is, aldus de toelichting, in het licht van een adequate bestrijding van kindermishandeling belangrijk. Hieruit leid ik een aansporing af tot doorbreking van het medisch beroepsgeheim.

---

75 *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 2 (wetsvoorstel); Wet van 14 maart 2013 (verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2013, 142; Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291; Besluit van 16 juli 2013 (Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2013, 324. Zie voorts: *Kamerstukken II* 2016/17, 28345, nr. 170; *Kamerstukken II* 2016/17, 28345, nr. 171. Zie ook: Advies Sprokkereef 2016.

76 Ministerie van VWS 2016, p. 6.

77 Zie art. 8 Wkkgz. Dit artikel bepaalt dat het vaststellen en gebruiken van een meldcode – met daarin stappen hoe met signalen van huiselijk geweld of kindermishandeling om te gaan en die er redelijkerwijs aan bijdraagt dat zo snel en adequaat mogelijk hulp kan worden geboden – onderdeel is van goede zorgverlening.

78 Ministerie van VWS 2016.

79 *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 5, waaruit blijkt dat organisaties die met een meldcode werken (onderzoek naar ziekenhuizen) alerter zijn op signalen van kindermishandeling en drie keer zo vaak tot het doen van meldingen overgingen na de stappen in de code te hebben gezet.

Die aansporing is door het Besluit van 23 juni 2017 verder versterkt.[80] Dat Besluit bepaalt immers dat artsen over een afwegingskader dienen te beschikken waarin situaties van acute en structurele onveiligheid per beroepsgroep worden ingekleurd. Deze ernstige situaties van kindermishandeling ongeacht of de arts daarvan kennis of een vermoeden heeft, moeten altijd gemeld worden aan Veilig Thuis, ook als de arts zelf hulp kan bieden of organiseren.[81] Doel van die informatieverstrekking is Veilig Thuis een 'radarfunctie' te laten vervullen. Die functie is nieuw en nodig omdat structurele situaties van kindermishandeling te weinig in beeld komen bij Veilig Thuis waardoor zij onvoldoende kunnen worden tegengegaan.[82]

Als men het uitwisselen van informatie met Veilig Thuis zo cruciaal vindt voor een effectieve bestrijding van kindermishandeling, waarom is dan niet gekozen voor een wettelijke meldplicht? Dit biedt in ieder geval in het licht van het medisch beroepsgeheim een heldere grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Uit de toelichting op de Wet verplichte meldcode blijkt dat hiervan is afgezien om de volgende redenen. Een meldplicht gaat bijvoorbeeld voorbij aan de zelfbeschikking van betrokkenen; de professional kan zelf geen afweging maken, maar meldt direct wat hij ziet zonder overleg met betrokkene(n); artsen ervaren de druk van de wet en raken controle kwijt over het zorgvuldig kunnen overwegen welke stappen nodig zijn in het belang van het beschermen van het kind; en dan zijn er andere nadelige gevolgen zoals overbelasting van het systeem en onnodig stigmatiserende onderzoeken, zonder evidente pluspunten voor hulp voor en bescherming van het kind en gezin.[83] Daaraan kan worden toegevoegd dat artsen bij een wettelijke meldplicht ook niet de bevoegdheid hebben om gegevens níet te verstrekken, terwijl dat toch, zo bleek onder 7.2.2, in het belang van het kind kán zijn.

De vraag rijst wat dan wél de grondslag is voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim als toestemming van betrokkene(n) ontbreekt. Het ligt niet voor de hand hiervoor conflict van plichten aan te wijzen. Dat leerstuk is immers niet gebaseerd op een spreken-tenzij.

Die grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim wordt niet duidelijk uit het Besluit van 23 juni 2017 en het daarbij behorende Basismodel. Wel wordt in het Basismodel verwezen naar art. 5.2.6 Wmo.[84] Maar ook dat leidt niet tot de gewenste duidelijkheid over de grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, omdat het spreekrecht immers

80 *Kamerbrief* Staatssecretaris van Rijn (VWS) over Veilig Thuis (16 maart 2016).

81 Zie het in opdracht van de ministeries van VWS en V&J opgestelde Basisdocument *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling*, 2017, p. 6: 'Per 1 januari 2019 zijn professionals verplicht te werken met een afwegingskader in stap 5 van de Meldcode.'

82 Advies Sprokkereef 2016, p.4.

83 *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 7-8.

84 Ministerie van VWS 2016, p. 28.

door de wetgever in de context van conflict van plichten is geplaatst. Dat leerstuk sluit niet goed aan bij het accent op spreken.

Behalve onduidelijkheid over de grondslag van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, geldt dat die Besluiten en het daarbij behorende Basismodel in het kader van de Wet verplichte meldcode slechts de situatie regelen waarin de arts zélf meldt aan Veilig Thuis. Voor wat betreft de situatie waarin Veilig Thuis de arts bevraagt en hij een afweging moet maken de gevraagde informatie al dan niet te verstrekken, geldt geen stappenplan. Dat ontbreekt ook voor wat betreft de uitwerking van alle andere hierboven genoemde spreekrechten. In plaats daarvan reikt het Basismodel voor die situaties de arts een vijftal vragen aan:

> '· Kan ik door te spreken *zwaarwegende belangen van mijn cliënt of van zijn kinderen behartigen*? · Is er een *andere mogelijkheid* om ditzelfde doel te bereiken zonder dat ik mijn beroepsgeheim hoef te verbreken? · Waarom is het niet mogelijk om *toestemming van de cliënt* te vragen of te krijgen voor het bespreken van zijn situatie met iemand die hem kan helpen? · Zijn de *belangen van de cliënt* die ik wil dienen met mijn spreken zo zwaar dat deze naar mijn oordeel opwegen tegen de belangen die de cliënt heeft bij mijn zwijgen? · Als ik besluit om te spreken *aan wie moet ik dan welke informatie* verstrekken zodat het geweld of de mishandeling effectief kan worden aangepakt?'[85]

Het valt op dat deze voornoemde vragen niet één op één overeen komen met het in de literatuur ontwikkelde toetsingskader voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim op grond van conflict van plichten. Dit zou kunnen worden verklaard door het feit dat de Wet verplichte meldcode zich niet alleen richt tot artsen, maar ook tot andere beroepsgroepen zoals bijvoorbeeld onderwijzers voor wie het cvp-toetsingskader niet geldt. Dat is immers specifiek ontwikkeld voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Een aantal van die cvp-criteria komt niet terug zoals (1) 'gewetensnood' of (2) 'alles moet in het werk zijn gesteld om toestemming te verkrijgen' of (3) het voorkomen van ernstige schade (thans: beschermen van zwaarwegend belang). Het cvp-toetsingskader lijkt wel reliëf te hebben gegeven aan deze vragen die de arts moet doorlopen om te komen tot een zorgvuldige afweging het medisch beroepsgeheim al dan niet te doorbreken. Verwarrend is vervolgens wel dat in de toelichting op dit Basismodel met de vijf hierboven genoemde vragen de leer van het conflict van plichten nog eens nadrukkelijk wordt bevestigd. Bol & Dute uiten hier kritiek op vanwege het gegeven dat juist in een meldcode het accent niet op zwijgen-tenzij moet liggen maar op spreken-tenzij.[86] En dat wordt met een verwijzing naar conflict van plichten en het daarbij behorende restrictieve cvp-toetsingskader niet bereikt dat immers is gebaseerd

85 Ministerie van VWS 2016, p. 27.
86 Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 19-20; Ministerie van VWS 2016, p. 27-28.

op zwijgen-tenzij, aldus auteurs. Zij stellen voor afscheid te nemen van dit restrictieve cvp-toetsingskader. Dat zou er immers aan kunnen bijdragen dat de arts meer ruimte wordt geboden het medisch beroepsgeheim te doorbreken.[87] Echter, auteurs geven geen alternatieve grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim en dragen ook geen maatstaven aan. Want als afscheid wordt genomen van het conflict van plichten, wat geldt dan als grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim en waaraan wordt getoetst? Het volgende hoofdstuk geeft hierop het antwoord.

7.3 Conclusie

Diverse wettelijke regelingen geven de arts de bevoegdheid het medisch beroepsgeheim te doorbreken in geval van kindermishandeling door ouders of bevatten zelfs de verplichting daartoe.

Niet alle regelingen blijken de arts een ruime(re) bevoegdheid te bieden het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling te doorbreken. Dat is het gevolg van de positionering van die regelingen waarin een meldrecht is neergelegd (art. 5.2.6 Wmo, art.1:240 BW, art. 7.3.11 lid 4 Jw en art. 7.1.4.1 Jw). Zij gelden namelijk in de context van conflict van plichten. Die uitzonderingsgrond is nu eenmaal gebaseerd op zwijgen-tenzij en schuurt daardoor met elke wens om in geval van kindermishandeling informatie eerder uit te wisselen. Daarvoor is immers niet een restrictief toetsingskader gewenst, maar een dat gebaseerd is op spreken-tenzij.

De Wet verplichte meldcode en het daarbij behorend Besluit (2013) waaruit een Basismodel meldcode voortvloeit en het daaropvolgende Besluit (2017) lijken evenwel voor de arts een opening te bieden om aan het restrictieve en toch wat onduidelijke cvp-toetsingskader voorbij te gaan, althans voor zover het gaat om het eventueel doen van een melding aan Veilig Thuis. Hiervoor is immers een alternatief toetsingskader ontwikkeld in de vorm van een stappenplan dat gebaseerd is op een spreken-tenzij. Dat zou nu juist moeten leiden tot eerdere informatie-uitwisseling met Veilig Thuis ter bestrijding van kindermishandeling. Sterker nog: het afwegingskader behorend bij het Besluit van 23 juni 2017 verplicht de arts in stap 5 (onder meer) ernstige situaties van kindermishandeling te melden aan Veilig Thuis.[88] Daaruit blijkt het accent duidelijk op spreken te liggen.

Minder duidelijk is het evenwel als het gaat om andere situaties dan het doen van een melding aan Veilig Thuis. In een dergelijk geval gelden er volgens de Wet verplichte meldcode een vijftal vragen die de arts moet door-

87 Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 19-20; Ministerie van VWS 2016, p. 27-28.

88 *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017, p. 12-13, behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291.

lopen. Of hier ook sprake is van meer ruimte voor de arts voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, is onduidelijk. Deze vragen lijken immers wel erg ingegeven door het cvp-toetsingskader dat uitgaat van een zwijgentenzij.

Voor wat betreft (i) toestemming (art. 7:457 lid 1 BW) en (ii) wettelijke meldplicht in geval de jeugdbeschermer de arts bevraagt in het kader van een OTS, kan worden geconstateerd dat beide regelingen weliswaar de arts de nodige ruimte geven om gegevens uit te wisselen in de context van kindermishandeling, maar er rijzen ook problemen. Zo blijkt het onduidelijk voor de arts of hij bij het ontbreken van toestemming voor gegevensverstrekking moet terugvallen op de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW juncto art. 7:457 lid 3 BW en art. 7:465 lid 4 BW) of dat hij een eventuele doorbreking van het medisch beroepsgeheim moet toetsen aan de hand van het cvp-toetsingskader. Voorts ontneemt een wettelijke plicht tot gegevensuitwisseling de arts de mogelijkheid om zelf belangen in een concreet geval af te wegen, terwijl het toch zo kan zijn dat het kind niet gebaat is bij gegevensverstrekking door de arts omdat bijvoorbeeld er een reële kans is dat de ouders dan de behandelrelatie beëindigen.

In het licht van de bevindingen van dit hoofdstuk rijst de vraag hoe het doorbreken van het medisch beroepsgeheim juridisch vorm kan worden gegeven. Nu lijkt het in de woorden van Hazewinkel-Suringa wel een 'doolhof': er gelden verschillende juridische mogelijkheden om zonder toestemming van betrokkenen toch gegevens te verstrekken.[89] Er gelden diverse toetsingskaders voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim (cvp-toetsingskader, stappenplan, vijftal vragen). Het spreekrecht ex art. 5.2.6 wordt voor de situatie waarin de arts zelf meldt, uitgewerkt in een stappenplan maar voor het deel dat de arts wordt bevraagd weer niet. Art. 7.3.11 lid 4 Jw omvat zowel een spreekplicht (voor de situatie waarin de arts in het kader van een OTS wordt bevraagd door de jeugdbeschermer) als een spreekrecht (indien de arts uit eigen beweging informatie besluit te delen met de jeugdbeschermer), en dit laatste roept weer de vraag op hoe zich dit verhoudt tot het spreekrecht richting Veilig Thuis (art. 5.2.6 Wmo) of richting de RvdK (art. 1:240 BW). Kortom: alle aanleiding om te onderzoeken hoe voor de arts de paden in en uit de doolhof van het medisch beroepsgeheim lopen. Daartoe wordt in het volgende hoofdstuk de KNMG-meldcode geanalyseerd die immers handen en voeten geeft aan de spreekrechten die in dit hoofdstuk zijn behandeld om vervolgens in hoofdstuk 9 te onderzoeken hoe de (tucht)rechter een doorbreking van het medisch beroepsgeheim in rechte toetst.

89 Hazewinkel-Suringa 1959, p. 9.

8 Professioneel kader doorbreking medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders

8.1 INLEIDING

De KNMG-meldcode (2015) bevat in het onderdeel 'kindermishandeling' onder meer regels voor de arts met betrekking tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling.[1] De code is in 2015 geactualiseerd naar aanleiding van de inwerkingtreding van de Wet verplichte meldcode (2013) en het daarbij behorend Besluit verplichte meldcode (2013).[2] Uit dit besluit vloeit het *Basismodel meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* voort. Hiervoor stond de KNMG-meldcode model.[3]

In dit onderzoek is de KNMG-meldcode (2015), en meer specifiek het onderdeel 'kindermishandeling', als uitgangspunt genomen. Reden hiervoor is dat deze code voor alle artsen het kader biedt hoe zij in geval van kindermishandeling moeten handelen, mede in het licht van de zwijgplicht die op hen rust. Deze code geldt voor iedere arts als richtlijn, en maakt dus deel uit van de professionele standaard waaraan de behandelend arts als goed hulpverlener is gebonden (vgl. art. 7:453 BW).[4]

Uiteraard kunnen artsen ook te maken krijgen met meldcodes van hun eigen instelling omdat zij bijvoorbeeld in dienst zijn van een ziekenhuis, of met een meldcode die specifiek voor bijvoorbeeld huisartsen, psychiaters of SEH-artsen geldt. Daarin kunnen accenten anders worden gelegd, zij het dat, zoals de KNMG terecht stelt, verwacht mag worden dat deze meldcodes goed aansluiten op de KNMG-meldcode.[5] Alle codes zijn immers gebaseerd op

---

1 KNMG-meldcode 2015, p. 11-62. Daarnaast bevat de KNMG-meldcode het onderdeel huiselijk geweld.

2 Ministerie van VWS 2016, p. 8 (*Basismodel meldcode*). KNMG-meldcode 2015, p. 4-5; Zie ook par. 7.2.3.5. Dát de KNMG-meldcode 'in overeenstemming' dient te zijn met het Basismodel betekent niet dat er geen enkel verschil is tussen Basismodel en KNMG-meldcode. In het belang van de verificatie van een vermoeden van kindermishandeling, stelt de KNMG-meldcode het advies inwinnen van Veilig Thuis bijvoorbeeld verplicht, terwijl dit in het Basismodel optioneel is.

3 KNMG-meldcode 2015, p. 4-5.

4 HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649 (Protocollenarrest); HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649 (Protocollenarrest); in de zgn. protocollenarresten overwoog de Hoge Raad dat van de arts in beginsel mag worden verwacht dat hij de op hem van toepassing zijnde protocollen naleeft.

5 KNMG-meldcode 2015, p. 47.

dezelfde Wet verplichte meldcode en het daarbij behorende Basismodel. Voor dat laatste stond bovendien de KNMG-meldcode, zoals gezegd, model.

Dit onderzoek richt zich niet op het in kaart brengen van mogelijke verschillen tussen codes, maar richt zich op het juridisch vormgeven van de keuze van wetgever en regering waarbij ter bestrijding van kindermishandeling het accent op het doorbreken van het medisch beroepsgeheim is komen te liggen.

Ook in de situatie waarin de arts alleen een ouder behandelt, kan de KNMG-meldcode (2015) van betekenis zijn. Indien daarbij immers sprake is van 'oudersignalen' – problemen bij ouders zoals verslaving of psychiatrische problematiek – is hij sinds 2014 verplicht om in dat soort gevallen een kindcheck te doen. Dit houdt in dat de arts in geval van dergelijke 'oudersignalen' nagaat of de volwassene belast is met de zorg voor minderjarige kinderen en of er een risico is voor de veiligheid van die kinderen. Zo ja, dan moet de arts de KNMG-meldcode (2015) volgen en dient zo nodig een melding te worden gedaan.[6] Oftewel: in álle gevallen waarin sprake is van (vermoedens van) kindermishandeling is de KNMG-meldcode (2015) kader stellend voor het handelen van álle artsen zelfs als de arts 'slechts' een ouder behandelt en dus niet het kind.

In de thans geldende KNMG-meldcode (2015) is de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling ex art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo weliswaar als uitgangspunt genomen, maar, zoals gebleken onder 6.7, nuanceert de KNMG-meldcode (2015) het element 'ernstige (dreigende) schade' uit de wettelijke definitie van kindermishandeling. Van de arts wordt immers verwacht dat hij de reële kans op *schade* inschat (art. 4 stap 5b KNMG-meldcode (2015)). Niettemin zal de *ernst* van de situatie een rol van betekenis gaan spelen, omdat immers onder vigeur van het nieuwe afwegingskader behorende bij het Besluit van 23 juni 2017, ernstige situaties van kindermishandeling altijd moeten worden gemeld aan Veilig Thuis.[7]

Onder 'ernstige situaties' wordt verstaan: acute en/of structurele onveiligheid voor het kind.[8] Van acute onveiligheid is volgens de KNMG sprake als het kind in direct fysiek gevaar is, 'diens veiligheid de komende uren/dagen niet gegarandeerd is en hij of zij direct bescherming nodig heeft. Dit om te voorkomen dat er (meer) fysiek letsel en/of ernstige mentale schade ontstaat', aldus de KNMG.[9] Uit de toelichting op het afwegingskader blijkt dat het hierbij gaat om 'fysiek of seksueel geweld (met of *zonder* letsel [*curs. MSvD*]) of de afwezigheid van de meest basale verzorging (waaronder eten, drinken, kleding en onderdak) en bijvoorbeeld ook het onnodig toedienen van (medische)

6 Zie bijv. Ploem & Sombroek, *TvGR* 2018, p. 218.

7 Zie *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017.

8 Zie Advies Raad van State van 10 maart 2017 waarin wordt benadrukt ten minste indicatoren op te nemen die de ernst van de kindermishandeling bepalen (*Stcrt*. 2017, 46221). Zie aansluitend de reactie van de Staatssecretaris van VWS (*Stcrt*. 2017, 46221): 'Belangrijke indicatoren zijn of er sprake is van acuut gevaar en/of van structurele onveiligheid.'

9 KNMG-afwegingskader 2018, p. 7.

middelen of onthouden van noodzakelijke medische hulp of het verrichten van onnodige zorg of nalaten van benodigde zorg'.[10] Opvallend is dat de KNMG op een wat ongelukkige wijze vermeldt dat van een acuut onveilige situatie sprake kan zijn zelfs *zónder* dat er sprake is van letsel. Uiteraard wordt hier bedoeld dat letsel nog niet blijkt, maar in de (nabije) toekomst kan ontstaan. Anders is er überhaupt geen sprake van een situatie van kindermishandeling. Volgens de wettelijke definitie van het begrip kindermishandeling moet er immers wel sprake zijn van enige vorm van letsel, maar kan deze ook later ontstaan en niet direct aantoonbaar zijn (cf. art. 1.1 Jw en art.1.1.1 Wmo).

Van structurele onveiligheid is volgens de KNMG sprake bij 'herhaling of voortduren van onveilige situaties of situaties van geweld die de gezondheid, het welzijn of de ontwikkeling van het kind bedreigen'.[11]

Belangrijkste reden voor het verplicht melden van acute en /of onveilige situaties aan Veilig Thuis is dat structurele situaties van kindermishandeling te weinig bij Veilig Thuis in beeld komen waardoor zij onvoldoende kunnen worden tegengegaan.[12] Door deze te melden kan Veilig Thuis signalen over een langere periode van tijd en vanuit verschillende bronnen bij elkaar brengen en toereikende hulp inzetten.[13]

Het Besluit van 23 juni 2017 waaruit het afwegingskader voortvloeit dat vanaf 1 januari 2019 gaat gelden, betekent dat er sprake is van een spreekplicht voor acute en/of structurele onveiligheid. Wat dit precies inhoudt in het licht van de zwijgplicht en zijn uitzonderingen en in hoeverre een dergelijke spreekplicht niet al geldt onder het regime van de huidige KNMG-meldcode (2015) zal blijken onder 8.6.

De KNMG vult stap 5 in met het afwegingskader (2018) en daarin is niet alleen aandacht voor acute en/of structurele onveiligheid die gemeld moet worden aan Veilig Thuis, maar ook voor andere situaties. Ook voor die situaties ligt het accent op spreken, zoals dat reeds het geval is in de KNMG-meldcode (2015). Uit de toelichting op de KNMG-meldcode (2015) blijkt dat het uitgangspunt bij (vermoedens van) kindermishandeling reeds sinds de KNMG-meldcode van 2008 is dat de arts 'spreekt-tenzij'.[14] Daarvoor lag het accent op zwijgen-tenzij in aansluiting op het cvp-toetsingskader (KNMG-meldcode 2002 en 2004). Zoals in par. 7.3 reeds is benadrukt, is een verschuiving richting spreken-tenzij nodig om te kunnen aansluiten bij de door wetgever en regering gemaakt keuze om in geval van kindermishandeling adequaat informatie uit te wisselen met Veilig Thuis. Die verschuiving richting spreken roept wel de vraag op wat de betekenis is van het leerstuk van conflict van plichten als

10 KNMG-afwegingskader 2018, p. 7.
11 KNMG-afwegingskader 2018, p. 7.
12 Zie *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017.
13 Zie *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017, p. 5; 'Per 1 januari 2019 zijn professionals verplicht te werken met een afwegingskader in stap 5 van de Meldcode.'
14 KNMG-meldcode 2015, p. 5; KNMG-meldcode 2014, p. 11; KNMG-meldcode 2008, p. 8.

uitzonderingsgrond voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Dit kent immers een zestal criteria voor het gerechtvaardigd doorbreken van het medisch beroepsgeheim die zijn gebaseerd op het uitgangspunt zwijgen-tenzij. Deze criteria zijn: 1) alles is in het werk gesteld om toestemming tot doorbreking van het geheim te krijgen; (2) het niet doorbreken van het geheim levert voor een ander/de patiënt ernstige schade op;[15] (3) er is sprake van gewetensnood bij de arts door het handhaven van de zwijgplicht; (4) er is geen andere weg dan doorbreking van het geheim om het probleem op te lossen; (5) het moet vrijwel zeker zijn dat door doorbreking van het geheim de schade aan de ander/de patiënt kan worden voorkomen of beperkt; (6) het geheim wordt zo min mogelijk geschonden.[16] Bij het doorbreken van het medisch beroepsgeheim op grond van conflict van plichten is sprake van overmacht: de arts kan niet anders dan door het medisch beroepsgeheim te doorbreken, ernstige schade aan een ander voorkomen; hij voelt zich 'gedwongen' het medisch beroepsgeheim te doorbreken.

Ofschoon duidelijk is dat sinds 2008 het uitgangspunt dat de arts 'zwijgt-tenzij' niet langer in de KNMG-codes geldt, en sterker nog: dat sinds het Besluit van 23 juni 2017 blijkt dat de arts vanaf 1 januari 2019 acute en/of structurele onveiligheid móet melden aan Veilig Thuis, blijft het ongewis hoe e.e.a. juridisch vorm dient te krijgen. Daarom zal in dit hoofdstuk mijn onderzoek zich niet alleen richten op de vraag waaruit precies blijkt dat het accent in de KNMG-meldcode (2015) op spreken-tenzij ligt in plaats van op zwijgen-tenzij – en uiteraard zal hierbij ook de op stapel staande wijziging van stap 5 in de KNMG-meldcode (2015) worden meegenomen – maar ook hoe die accentverschuiving zich verhoudt tot de uitzonderingsgrond 'conflict van plichten'. Het ligt immers niet voor de hand gezien de accentverschuiving bij kindermishandeling richting spreken dat een eventuele doorbreking op het conflict van plichten is te baseren, omdat dat immers een restrictief toetsingskader kent dat gebaseerd is op zwijgen-tenzij. Als conflict van plichten niet langer een grondslag is voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling, wat kan dan wel als grondslag gelden en waaraan dient de doorbreking van het medisch beroepsgeheim dan te worden getoetst? Speelt de zorgplicht nog een rol van betekenis? Ofschoon deze niet als zelfstandige uitzonderingsgrond op het medisch beroepsgeheim in algemene zin wordt beschouwd, is deze in deel I wel degelijk van belang gebleken bij het hanteren van de zwijgplicht. Daarom wordt in dit onderzoek ook gekeken naar de zorgplicht en meer specifiek naar de verhouding van die plicht tot zowel de zwijgplicht als de spreekplicht richting Veilig Thuis.

15 In par. 5.4.1.2 is gebleken dat het ook kan gaan om het voorkomen van ernstige schade aan de patiënt zelf.

16 Zie voor de kritiekpunten op het cvp-toetsingskader: par. 5.4.

Par. 8.2 beschrijft de regels in de KNMG-meldcode (2015) met betrekking tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim en de daarin voorgestelde toetsingskaders.

In 8.3 staat de vraag centraal of informatieverstrekking kan worden beschouwd als geneeskundige handeling in de zin van art. 7:446 lid 1 BW en in hoeverre de zorgplicht ex art. 7:453 BW als wettelijke basis kan gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Indien het niet zou gaan om een geneeskundige handeling is immers boek 7 BW, de Wgbo, niet van toepassing en kan de zorgplicht ex art. 7:453 BW ook niet als wettelijke basis gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.

Paragrafen 8.4 en 8.5 gaan in op grondslagen en toetsingsmaatstaven in de KNMG-meldcode (2015) in de opmaat naar het doen van een Veilig Thuismelding. In 8.6 gaat mijn aandacht uit naar de verandering die het KNMG-afwegingskader (2018) meebrengt, terwijl in 8.7 wordt stilgestaan bij grondslagen en toetsingsmaatstaven voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim anders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding. In 8.8 worden de bevindingen in dit hoofdstuk samengevat en vergeleken met de bevindingen uit hoofdstuk 7.

8.2 KNMG-MELDCODE (2015): INFORMATIE-UITWISSELING, CONFLICT VAN PLICHTEN EN DE ZORGPLICHT

De KNMG-meldcode (2015) bevat bepalingen met betrekking tot het uitwisselen van informatie met diverse instanties:

- Veilig Thuis (artt. 4-6 KNMG-meldcode (2015));[17]
- De gezinsvoogd/jeugdbeschermer (art. 8 KNMG-meldcode (2015));
- Andere betrokken professionals (art. 9 KNMG-meldcode (2015));
- De RvdK (art. 10 KNMG-meldcode (2015));
- Politie/justitie (art. 11 KNMG-meldcode (2015)).

In de preambule wordt benadrukt dat de regelingen in de KNMG-meldcode (2015) een nadere invulling geven aan de desbetreffende wettelijke regelingen waarin in geval van kindermishandeling de bevoegdheid is geregeld terzake van het zonder toestemming van betrokkenen doorbreken van het medisch beroepsgeheim (resp. art. 5.2.6 Wmo, art. 7.3.11 lid 4 Jw, art. 7.1.4.1 Jw en art. 1:

17 Veilig Thuis is de gangbare benaming voor het Advies- en meldpunt huiselijk geweld en kindermishandeling (AMHK). Bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 28345, nr. 182; *Kamerstukken I* 2013/14, 33684, A (gewijzigd voorstel van de wet); *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 32-33 (MvT). Zie voor de introductie van het begrip Veilig Thuis: *Nieuwsbrief ondersteuningsprogramma AMHK* (VNG 2013); https://www.nji.nl/Kindermishandeling-Beleid-Ontwikkelingen (laatst geraadpleegd 29 januari 2018). Art. 7 KNMG-meldcode betreft de terugkoppeling van Veilig Thuis aan de melder; dit blijft hier onbesproken.

240 BW).[18] Deze zijn hiervoor besproken in hoofdstuk 7. De bepaling uit de KNMG-meldcode (2015) met betrekking tot het verstrekken van informatie aan politie/justitie (art. 11 KNMG-meldcode (2015)) vormt hierop een uitzondering, omdat er geen sprake is van een wettelijk spreekrecht richting politie/justitie.[19] Er geldt immers het verschoningsrecht (art. 165 lid 2 sub b Rv, art. 218 Sv en art. 68 lid 5 Wet Big).

Opvallend is dat de KNMG-meldcode (2015) een onderscheid maakt tussen de situatie waarin de arts (i) uit *eigen beweging* informatie uitwisselt met Veilig Thuis (art. 4) en (ii) die waarin de arts wordt *bevraagd* door Veilig Thuis (art. 6), terwijl de regeling van het desbetreffende spreekrecht richting Veilig Thuis (art. 5.2.6 Wmo) beide situaties omvat.[20]

Voorts valt op dat alleen voor de situatie waarin de arts zelf meldt, een stappenplan is ontwikkeld. Voor de situatie waarin de arts wordt bevraagd niet (zie hieronder).[21] Waarom dit onderscheid is gemaakt, blijkt niet uit de KNMG-meldcode (2015) die weliswaar gericht is op het doen van een melding, maar ook op het uitwisselen van informatie in bredere zin (art. 6-11 KNMG-meldcode (2015)). Hierop kom ik onder 8.8 terug.

Het stappenplan verduidelijkt wat de verantwoordelijkheid van de arts is in de opmaat naar het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging (stap 5b).[22] Dit stappenplan luidt tot 1 januari 2019 als volgt:[23]

Stap 1: De arts verzamelt alle aanwijzingen die het vermoeden van kindermishandeling kunnen onderbouwen of ontkrachten en legt de bevindingen vast in het medisch patiëntendossier; bij oudersignalen doet de arts een kindcheck. Zo mogelijk en nodig dient het kind (lichamelijk) door de arts te worden onderzocht;

Stap 2: De arts overlegt bij voorkeur met de vertrouwensarts van Veilig Thuis en eventueel met een deskundig collega; de arts presenteert de casus daarbij anoniem;[24]

Stap 3: De arts bespreekt signalen van kindermishandeling alsmede de mogelijkheden om tot een oplossing te komen met betrokkenen (ouders en de

18 Zie voor een bespreking van deze wettelijke regelingen par. 7.2 alwaar is gebleken dat deze regelingen gelden in de context van conflict van plichten.
19 KNMG-meldcode 2015, p. 14.
20 Zie par. 7.2.3.1 waar is betoogd dat niet van een meldrecht maar een spreekrecht dient te worden gesproken omdat art. 5.2.6 Wmo immers zowel ziet op het melden uit eigen beweging als het verstrekken van informatie op verzoek van Veilig Thuis.
21 Bruning & Sombroek, noot onder RTG Den Haag 9 januari 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:12, *TvGR* 2018, p. 232-241.
22 KNMG-meldcode 2015, p. 16.
23 KNMG-meldcode 2015, p. 26-33.
24 Zie par. 7.2.1.1.

minderjarige patiënt indien deze tussen de 12 en 16 jaar oud is en alleen met de patiënt als deze 16 of 17 jaar is; deze oefent zijn patiëntenrechten immers zelfstandig uit (art. 7:447 BW)).[25]

Stap 4: De arts overlegt – eventueel ook zonder toestemming van ouders en/of kind – met andere bij het gezin betrokken hulpverleners of beroepskrachten en/of doet een melding aan de verwijsindex risico-jongeren;[26]

Stap 5a: De arts biedt en monitort hulp, en meldt zo nodig alsnog aan Veilig Thuis;

Stap 5b: In geval van een reële kans op schade, doet de arts een melding aan Veilig Thuis.

Stappen 1 tot en met 4 uit de KNMG-meldcode (2015) blijven ongewijzigd. Stap 5 zal evenwel per 1 januari 2019 onder vigeur van het Besluit van 23 juni 2017 veranderen. Daarvoor in de plaats komt een afwegingskader met een vijftal vragen. De KNMG heeft het afwegingskader als addendum opgenomen aan de huidige KNMG-meldcode (2015) en artsen zijn uitgenodigd om hierop te reageren. Het KNMG-afwegingskader (2018) is bedoeld om de arts (nog) meer houvast te geven bij het nemen van een beslissing over het doen van een melding aan Veilig Thuis. Vanaf 1 januari 2019 gaat het, zoals gezegd, van kracht. Tot die tijd mogen artsen ermee werken, aldus de KNMG.[27] De vragen in het KNMG-afwegingskader (2018) luiden als volgt:[28]

1. Is er op basis van stap 1 tot en met 4 nog steeds een vermoeden van (dreigende) kindermishandeling en/of huiselijk geweld?
2. Schat de arts op basis van stap 1 tot en met 4 in dat er sprake is van acute of structurele onveiligheid?
3. Is de arts in staat effectieve hulp te bieden of te organiseren om (dreigende) kindermishandeling en/of huiselijk geweld af te wenden en te monitoren?
4. Aanvaarden betrokkenen hulp om (dreigende) kindermishandeling en/of huiselijk geweld af te wenden en zijn zij bereid en in staat zich hiervoor in te zetten?
5. Leidt de hulp binnen aanvaardbare of afgesproken tijd tot (herstel van) duurzame veiligheid en/of het (herstel van) welzijn van betrokkene(n)?

---

25 Zie par. 3.2.1 en 3.5.3; zie ook *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017, p. 9, behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291 waarin is benadrukt dat de arts geacht wordt waar mogelijk de principes van hoor en wederhoor toe te passen; zie ook: Augeo & Ministerie van VWS 2018; de Kinderombudsman 2013, p. 98-99.

26 KNMG-meldcode 2015, p. 26-33. Zie par. 7.2.3.4.

27 KNMG-afwegingskader 2018, p. 5.

28 KNMG-afwegingskader 2018, p. 9.

Indien de eerste vraag met 'ja' wordt beantwoord en de overige met 'nee' is een melding aan Veilig Thuis aangewezen. De verandering van stap 5 houdt concreet in dat het zelf hulp bieden ('oude' stap 5a) niet langer de weg naar het doen van een melding afsnijdt en dus dat de arts minder afwegingsruimte heeft voor het al dan niet doen van een melding. Op het KNMG-afwegingskader en de gevolgen hiervan voor het doorbreken van de zwijgplicht wordt onder 8.6 teruggekomen.

Geen stappenplan maar zorgvuldigheidsvragen

Zoals opgemerkt ontbreekt een dergelijk stappenplan als de arts zich in de situatie bevindt (i) waarin hij wordt bevraagd door Veilig Thuis (art. 6 KNMG-meldcode (2015)) of (ii) waarin het gaat om gegevensverstrekking uit eigen beweging anders dan aan Veilig Thuis. Dus bijvoorbeeld aan de gezinsvoogd/jeugdbeschermer (art. 8 KNMG-meldcode (2015)), aan andere professionals (art. 9 KNMG-meldcode (2015)), aan de RvdK (art. 10 KNMG-meldcode (2015)), of aan politie/justitie (art. 11 KNMG-meldcode (2015)).

Uit bijlage 1 bij de KNMG-meldcode (2015) over 'zorgplicht, beroepsgeheim en melden', blijkt dat, ter toetsing of een eventuele doorbreking van het medisch beroepsgeheim voldoet aan de nodige zorgvuldigheidsvereisten, de arts eveneens een vijftal vragen moet doorlopen. Deze luiden als volgt:

- Welk doel wil ik bereiken door met een ander te spreken?
- Is er een andere mogelijkheid om ditzelfde doel te bereiken zonder dat ik mijn beroepsgeheim hoef te verbreken?
- Waarom is het niet mogelijk om toestemming te vragen of te krijgen?
- Zijn de belangen van het kind die ik wil dienen met mijn spreken zo zwaar dat deze naar mijn oordeel opwegen tegen de belangen die kind en ouders hebben bij mijn zwijgen?
- Als ik besluit om te spreken aan wie moet ik dan, welke informatie geven.[29]

De opstellers van de KNMG-meldcode (2015) sluiten met bovenstaande vragen aan bij het Besluit verplichte meldcode en het daaruit voorvloeiende Basismodel verplichte meldcode behorend bij de Wet verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling.[30] Deze is besproken onder 7.2.3.5. De KNMG-meldcode (2015) is hiermee immers in overeenstemming.[31]

---

29 KNMG-meldcode 2015, p. 46.

30 *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 2 (wetsvoorstel); Wet van 14 maart 2013 (verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2013, 142; Besluit van 16 juli 2013 (Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2013, 324; Ministerie van VWS 2016, p. 27. Hierin is t.a.v. gestelde vragen geen wijziging gekomen n.a.v. het Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291. Zie par. 7.2.3.5.

31 KNMG-meldcode 2015, p. 4-5; Ministerie van VWS 2016, p. 8. Zie ook par. 7.2.3.5. 'In overeenstemming' betekent niet dat er geen enkel verschil is. In het belang van de verificatie

Toch zou ook onduidelijkheid kunnen bestaan daar waar het gaat om toetsingscriteria voor informatieverstrekking in de situatie waarin de arts wordt bevraagd door Veilig Thuis (art. 6 KNMG-meldcode 2015) en de RvdK (art. 10 KNMG-meldcode 2015) naar aanleiding van een door die instanties ingesteld onderzoek naar kindermishandeling. In de desbetreffende artikelen is immers bepaald dat de arts alle tot zijn beschikking staande informatie die noodzakelijk is om kindermishandeling te stoppen of een redelijk vermoeden te onderzoeken, verstrekt aan de desbetreffende instantie. Ofschoon de achterliggende gedacht van de KNMG zou kunnen zijn dat de arts in die situaties minder afwegingsruimte behoeft, is dit niet zonder meer evident. Weliswaar vermeldt de KNMG dat als er een onderzoek is ingesteld er in de regel sprake is van een redelijk vermoeden om dat te onderzoeken, maar daarmee wordt slechts invulling gegeven aan de meldrechten van art. 5.2.6 Wmo en art 1:240 BW. De vraag blijft vervolgens onbeantwoord waaraan de arts de doorbreking van zijn zwijgplicht moet toetsen. Ofschoon, zoals besproken onder 7.2.3.1 en 7.2.3.2, de meldrechten ex art. 5.2.6 Wmo gepositioneerd zijn in de context van conflict van plichten, zal het niet de bedoeling zijn de doorbreking aan dat restrictieve toetsingskader te toetsen. Het accent in de code ligt immers op spreken-tenzij. In bijlage 4 bij de KNMG-meldcode (2015) 'Zorgplicht, beroepsgeheim en melden' wordt vervolgens benadrukt dat voor informatieverstrekking er zorgvuldigheidsvereisten gelden waaraan de arts een dergelijke doorbreking van zijn zwijgplicht dient te toetsen.[32] Hieruit leid ik af dat een ingesteld onderzoek naar kindermishandeling door Veilig Thuis of de RvdK voor zover dat al een maatstaf zou zijn, toch niet een voldoende maatstaf is voor gegevensverstrekking. Daarvoor gelden kennelijk zorgvuldigheidsnormen waaraan de arts volgens de KNMG voldoet als hij zich de hiervoor genoemde vijf vragen stelt. Het komt mij voor dat deze zorgvuldigheidsnormen als toetsingsmaatstaven gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim anders dan uit eigen beweging richting Veilig Thuis. Daarvoor geldt immers een stappenplan.

Alles bijeengenomen, biedt de KNMG-meldcode (2015) twee typen kaders voor het toetsen van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling: (i) het stappenplan dat geldt voor het uit eigen beweging verstrekken van informatie aan Veilig Thuis en (ii) een vijftal vragen voor alle andere in de KNMG-meldcode (2015) genoemde gevallen van informatieverstrekking.

De vraag rijst hoe beide toetsingskaders zich verhouden tot het cvp-toetsingskader en in hoeverre zij ertoe leiden dat het accent op spreken-tenzij is komen te liggen, zoals de KNMG-meldcode (2015) beoogt. Deze vraag is des te relevanter omdat immers (i) uit de parlementaire geschiedenis van de Wet

---

van een vermoeden van kindermishandeling, stelt de KNMG-meldcode bijv. het advies inwinnen van Veilig Thuis verplicht, terwijl dit in de Basis Meldcode optioneel is.

32 KNMG-meldcode 2015, p. 101-104.

verplichte meldcode en het daarbij behorende Besluit, waarvoor de KNMG-meldcode model heeft gestaan, blijkt dat voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim nog steeds naar conflict van plichten wordt verwezen.[33] En (ii) blijkt dat de KNMG-meldcode (2015) behalve conflict van plichten óók de zorgplicht ex art. 7:453 BW noemt als mogelijke juridische basis voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim:

> 'Toch moet de arts om aan zijn zorgplicht te kunnen voldoen, zo nodig ook gegevens met anderen kunnen uitwisselen. Als de juridische basis hiervoor niet kan worden afgeleid uit het conflict van plichten zal deze moeten worden gevonden in de – op de specifieke context van kindermishandeling – toegespitste zorgplicht van de arts, zoals deze besloten ligt in de medische ethiek (gedragsregels voor artsen en de wetgeving (art. 7: 453 BW (…)).'[34]

Het uitdrukkelijk benoemen van de zorgplicht als mogelijk alternatieve *juridische basis* voor conflict van plichten en dus als zelfstandige grondslag voor het zonder toestemming van betrokkenen doorbreken van het medisch beroepsgeheim, is in meerdere opzichten opvallend. In de eerste plaats omdat de zorgplicht voorheen veeleer werd beschouwd als een plicht die in het kader van conflict van plichten werd afgewogen tegen de zwijgplicht. Deze benadering komt overeen met de bedoeling van de wetgever, die immers benadrukt dat doorbreking van het medisch beroepsgeheim ook bij kindermishandeling plaatsvindt in de context van conflict van plichten.[35] In de tweede plaats omdat dit een afscheid zou inluiden van conflict van plichten als grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim als daarvoor toestemming van betrokkenen ontbreekt. In de derde plaats omdat het aanwijzen van de zorgplicht als zelfstandige grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim uniek is ten opzichte van landen om ons heen. Ofschoon in vergelijkbare beroepscodes in Engeland, Frankrijk en Duitsland wordt gesproken van de plicht het kind tegen schade te beschermen, geldt de zorgplicht aldaar niet als zelfstandige grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, maar weegt deze mee in het kader van conflict van plichten.[36]

---

33 Zie hiervoor par. 7.2.3.5.

34 KNMG-meldcode 2015, p. 46. Zie *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling*, behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291. Hier wordt het melden van kindermishandeling beschouwd als een aspect van goede hulpverlening.

35 Ministerie van VWS 2016, p. 27; *Kamerstukken II* 1990/91, 21561, nr. 6, p. 38-44; zie ook art. 7:446 lid 1 BW.

36 Zie voor Engeland: General Medical Council 2012, p. 25 ('You must weigh the harm that is likely to arise from not sharing the information against the possible harm, both to the person and to the overall trust between doctors and patients of all ages, arising from releasing that information' [public interest]). Zie voor Frankrijk: art. 226-13 juncto 226-14 Code Pénal (permission de la loi); Ordre National des Médecins 2016, p. 1-6. Zie voor

In het licht van het onderzoek in dit proefschrift rijst niet alleen de vraag hoe de in de KNMG-meldcode (2015) aangewezen zorgplicht zich verhoudt tot de traditionele grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim als toestemming van betrokkenen daarvoor ontbreekt, namelijk conflict van plichten, maar ook of deze is te baseren op art 7:453 BW, oftewel: de Wgbo, waarvan de reikwijdte zich beperkt tot handelingen op het gebied van de geneeskunst.[37]

8.3 INFORMATIE-UITWISSELING: EEN GENEESKUNDIGE HANDELING?

De Wgbo is van toepassing voor zover het handelingen betreft op het gebied van de geneeskunst (art. 7:446 lid 2 BW). Onder geneeskundige handelingen vallen ingevolge art. 7:446 lid 2 BW, alle verrichtingen op het gebied van de geneeskunst die rechtstreeks betrekking hebben op de patiënt.[38] Uit de toelichting op de Wgbo blijkt dat het begrip ruim wordt uitgelegd: behalve handelingen die gericht zijn op preventie en genezing, vallen ook het onderzoeken en geven van advies in ruime zin onder de omschrijving voor zover deze ertoe strekken de gezondheidstoestand van de patiënt te beoordelen en te bevorderen.[39]

De stappen 2 (overleg met Veilig Thuis en een deskundig collega) en 4 (overleg met andere bij gezin betrokken hulpverleners of beroepskrachten) uit art. 4 KNMG-meldcode (2015) zijn gericht op het verifiëren van een vermoeden van kindermishandeling. In dit licht is het uitwisselen van informatie gericht op het beoordelen van de gezondheidstoestand van de minderjarige patiënt en is daarom als een geneeskundige verrichting te beschouwen in de zin van art. 7:446 lid 2 BW.

Stap 5b uit art. 4 KNMG-meldcode (2015) betreft het doen van een Veilig Thuis- melding. Deze stap is erop gericht verdere mishandeling tegen te gaan (preventie), verdere mishandeling te doen stoppen (genezing) en de gezondheidstoestand van het kind te bevorderen (voorkomen van verdere schade).[40] Daarmee voldoet het aan de vereisten zoals gesteld in art. 7:446 lid 2 BW en kan ook hier worden gesproken van een geneeskundige handeling in de zin van art. 7:446 lid 2 BW. Zij het, dat het hier (vooralsnog) gaat om een *ultimum remedium*: de arts verzoekt immers Veilig Thuis de behandeling op dat onderdeel over te nemen en verdere hulpverlening op gang te brengen. Onder vigeur van het Besluit van 23 juni 2017 past het wellicht meer om te spreken van een

---

Duitsland: par. 34 StGB (Interessenabwägung: Schutz des Kindeswohls und Schutz der Vertraulichkeit).

37 Zie voor de reikwijdte van de Wgbo: par. 3.2.1.

38 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 8 (MvT).

39 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 8.

40 KNMG-meldcode (2015), p. 46.

melding als een *optimum remedium*, omdat immers ná melding aan Veilig Thuis nog hulp door de arts aan het kind kan worden geboden; vandaar niet *ultimum*.[41] De melding kan als *óptimum remedium* worden beschouwd omdat het weliswaar het in de samenleving meest gewenste middel is, maar wel één van de middelen om kindermishandeling te bestrijden, naast bijvoorbeeld het bieden van hulp door de arts.

Indien de arts informatie aan andere instanties dan aan Veilig Thuis verstrekt, dan is deze informatieverstrekking volgens de KNMG-meldcode (2015), erop gericht schade aan het kind te voorkomen (artt. 6, 8, 9, 10, 11 KNMG-meldcode (2015)). Het verstrekken van informatie teneinde schade aan het kind te voorkomen, is er dus zonder meer op gericht de gezondheidstoestand van het kind te verbeteren of te bevorderen. Daarom geldt ook deze vorm van informatieverstrekking door de arts als een geneeskundige verrichting zoals bedoeld in art. 7:446 lid 2 BW.

Terzijde zij opgemerkt dat niet in alle stappen uit het stappenplan ex art. 4 KNMG-meldcode (2015) sprake is van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Hiervan is geen sprake in:

i) Stap 1: doen van (eigen) onderzoek naar mogelijke kindermishandeling.
ii) Stap 2: In stap 2 worden gegevens *geanonimiseerd* gepresenteerd aan Veilig Thuis/ deskundige collega's ter verificatie van een gerezen vermoeden van kindermishandeling. Hierdoor vindt geen overdracht van inlichtingen over de minderjarige patiënt plaats zoals bedoeld in art. 7:457 lid 1 BW.
iii) Stap 3: Het zetten van stap 3 betreft het overleggen met de ouders jegens wie op grond van art. 7:457 lid 3 BW het medisch beroepsgeheim niet geldt.[42] Ook deze stap is gericht op het verifiëren van een gerezen vermoeden van kindermishandeling.
iv) Stap 5a: Deze stap is gericht op het monitoren van hulp aan het kind met het oog op het bevorderen van de gezondheidstoestand van het kind (stoppen van kindermishandeling) zonder dat er van gegevensverstrekking sprake is. Ook hier wordt het medisch beroepsgeheim dus niet doorbroken.[43]

41 Vgl. KNMG-afwegingskader (2018) en *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017, p. 5, behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291. Het doen van een Veilig Thuis-melding is niet langer een 'last resort'.

42 Zie voor een bespreking van informatieverstrekking aan (gescheiden) ouders en de betekenis van gezag in dit verband: par. 3.2.1 en par. 3.5.3.

43 Zie *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017, p. 5, behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291 waarin is bepaald dat melden en zelf hulp verlenen samen dienen te gaan en elkaar niet dienen uit te sluiten.

Deze stappen, ofschoon niet gericht op het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, zijn gericht op het verifiëren, dus beoordelen, van een vermoeden van kindermishandeling (stappen 1, 2 en 3) of het stoppen ('genezen') van kindermishandeling (stap 5a). Deze stappen die gericht zijn op het onderzoeken van een vermoeden van kindermishandeling hangen samen met het vormen van een oordeel over de gezondheidstoestand van het kind. Daarom zijn zij eveneens te beschouwen als geneeskundige handelingen in de zin van art. 7:446 lid 2 BW.

Uit het bovenstaande blijkt dat afdeling 5, Titel 7 van Boek 7 BW, de Wgbo, van toepassing is op het handelen van de arts in geval van kindermishandeling zoals nader ingevuld in de KNMG-meldcode (2015), en in het bijzonder op het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van (vermoedens van) kindermishandeling door ouders. Dit betekent in de context van dit onderzoek dat de zorgplicht ex art. 7:453 BW een mogelijke wettelijke basis is voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim indien toestemming van betrokkenen voor informatieverstrekking ontbreekt.[44] Hiermee is evenwel de vraag nog niet beantwoord naar de verhouding tussen de zorgplicht en conflict van plichten en evenmin die met betrekking tot de verhouding tussen het cvp-toetsingskader en de toetsingskaders die in de KNMG-meldcode (2015) worden gepresenteerd: (i) stappenplan en (ii) vijftal vragen (par. 8.2). Leiden de KNMG-toetsingskaders inderdaad tot de beoogde accentverschuiving richting sprekentenzij en dus ook tot een eerdere doorbreking van het medisch beroepsgeheim? Deze vragen komen hierna aan de orde in par. 8.4 (informatie-uitwisseling op basis van stap 4), 8.5 (informatie-uitwisseling op basis van stap 5b), 8.6 (informatie-uitwisseling op basis van het KNMG-afwegingskader (2018)) en 8.7 (informatie-uitwisseling zonder stappenplan).

8.4 ART. 4 STAP 4 KNMG-MELDCODE (2015): ZORGPLICHT ALS GRONDSLAG EN TOETSINGSMAATSTAVEN

Indien de arts vermoedt dat zijn minderjarige patiënt wordt mishandeld, schrijft de code voor dat hij het vermoeden verifieert door:
- eigen onderzoek te doen (stap 1);
- anoniem advies in te winnen bij Veilig Thuis (verplichte stap 2) of bij deskundige collega's;
- te overleggen met ouders (stap 3);
- te overleggen met bij het gezin betrokken professionals en/of melding aan de Vir te doen (stap 4).

44 Zie par. 7.2.1 waarin is betoogd dat de zorgplicht ex art. 7:453 BW de arts een juridische basis geeft om aan het stevig in de wet verankerde toestemmingsvereiste voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim voorbij te gaan (art. 7:457 lid 1 BW).

Door het zetten van deze laatste stap doorbreekt de arts het medisch beroepsgeheim. Art. 4 stap 4 luidt:

> 'De arts kan – eventueel ook zonder de toestemming van ouders en/of kind – overleggen met andere bij het gezin betrokken professionals en/of melding aan de verwijsindex risicojongeren doen, voor zover dat nodig is om een vermoeden van kindermishandeling te verifiëren of om hulp onderling af te stemmen.'[45]

Uit de toelichting bij deze stap in de KNMG-meldcode (2015) blijkt dat het hier gaat om het overleggen met níet rechtstreeks bij de behandelingsovereenkomst betrokken hulpverleners of beroepskrachten. Hiervoor is dus toestemming vereist conform art. 7:457 lid 1 BW.[46] Als die toestemming niet is verkregen of niet is gevraagd – vanwege bijvoorbeeld de verwachting dat ouders heftig reageren, of dat de veiligheid van het kind of de arts niet gegarandeerd kan worden – kan de arts het medisch beroepsgeheim tóch doorbreken op grond van art. 4 stap 4 KNMG-meldcode (2015), aldus de opstellers van de code.[47] Voor het zonder toestemming doorbreken van het medisch beroepsgeheim reiken zij de arts een aantal zorgvuldigheidsnormen aan. De arts handelt volgens de KNMG-meldcode (2015) zorgvuldig als:

1. *Het doel van de gegevensuitwisseling is gericht op het verifiëren van een vermoeden van kindermishandeling of om hulp onderling af te stemmen.*[48]
   De opstellers benadrukken in de toelichting bij stap 4 dat het 'onvermijdelijk' is dat de arts overlegt met andere professionals ter verificatie van het vermoeden van kindermishandeling. Hieruit valt af te leiden dat het zetten van stap 4 geldt als laatste strohalm in het verificatieproces van het vermoeden van kindermishandeling, omdat de eerste drie stappen nog steeds niet tot duidelijkheid hebben geleid/kunnen leiden en de arts het vermoeden van kindermishandeling nog niet voldoende heeft kunnen onderbouwen.[49] Toch zou de arts bij het lezen van de preambule op het verkeerde been kunnen worden gezet doordat de opstellers daar stellen dat 'de volgorde van het stappenplan niet dwingend is'. Hiermee wordt niet bedoeld dat de arts met stap 4 begint, maar dat hij deze stap pas zet als de andere stappen geen soelaas bieden in het verificatieproces van een vermoeden van kindermishandeling. Steun voor deze gedachte is naar mijn mening te vinden in de toelichting bij art. 9 KNMG-meldcode (2015) waarin in

45 KNMG-meldcode 2015, p. 29.
46 KNMG-meldcode 2015, p. 13, p. 29 en p. 38 (art. 9 KNMG-meldcode 2015) (informatie aan betrokken professionals).
47 KNMG-meldcode 2015, p. 29-30.
48 KNMG-meldcode 2015, p. 46 in relatie tot p. 29.
49 Dit wordt door de KNMG nog eens benadrukt in de brief van de KNMG aan de leden van de vaste Commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport/ Jeugd en Gezin in de Eerste Kamer over de Vir, bijlage bij *Kamerstukken I* 2009/10, 31855, F.

algemene zin wordt herhaald dat informatie-uitwisseling zonder toestemming aan andere betrokken professionals weliswaar mogelijk is, maar dat hiermee *terughoudend* moet worden omgegaan.[50]

2. Teneinde het vermoeden van kindermishandeling te verifiëren, *vraagt de arts verplicht anoniem advies aan Veilig Thuis* (stap 2). Hij *doorloopt stappen 1-3*, maar dit heeft noch geleid tot bevestiging noch tot ontkrachting van het vermoeden van kindermishandeling.[51]
3. De gegevensverstrekking is beperkt tot *professionals die bij de zorg voor of hulp aan het gezin zijn betrokken*, zoals de jeugdarts, huisarts, behandelend specialist, gezinsvoogd/jeugdbeschermer, leerkracht van school, leidster kinderopvang. De arts kan desnoods zonder toestemming met hen overleggen.

   In de literatuur is kritiek geuit op deze stap. Zo stelt Prins dat het niet gebonden zijn van deze groep aan het medisch beroepsgeheim het risico meebrengt dat de verstrekte informatie toch op straat komt te liggen; dit verdraagt zich, aldus Prins, niet goed met de uitgangspunten van het medisch beroepsgeheim en de daaraan ten grondslag liggende vertrouwensrelatie tussen arts en betrokkenen en aan het maatschappelijk (gezondheids)belang van vertrouwelijkheid in de zorg.[52] Ofschoon deze kritiek uit 2008 enigszins gedateerd is, bleven de opeenvolgende KNMG-meldcodes (2012, 2014, 2015) op dit punt ongewijzigd.[53] Kennelijk is volgens de KNMG-meldcode (2015) het delen van informatie met professionals die bij de hulp- of zorgverlening aan het gezin betrokken zijn, een onontbeerlijke stap in het verificatieproces van een vermoeden van kindermishandeling als de andere stappen geen soelaas bieden. Hiermee kan óf worden voorkomen dat een Veilig Thuis-melding wordt gedaan óf juist worden bewerkstelligd dat een Veilig Thuis-melding wórdt gedaan teneinde adequate hulp kind/gezin te bieden (stap 5b, zie onder 8.5).

---

50 KNMG-meldcode 2015, p. 38 (art. 9 onder verwijzing naar stap 4). Steun voor deze gedachte is voorts te vinden in de brief van de KNMG aan de leden van de vaste Commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport/ Jeugd en Gezin in de Eerste Kamer over het doen van een Vir-melding, bijlage bij *Kamerstukken I* 2009/10, 31855, F; hierin bepleit de KNMG terughoudendheid ten aanzien van het zonder meer doorbreken van het medisch beroepsgeheim richting andere professionals; zie in het licht van een Vir-melding ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31855, nr. 3, p. 18; *Kamerstukken I* 2009/10, 31855, F, p. 3.

51 Zie voor de positie van de vertrouwensarts, par. 7.2.1.

52 Prins, *NJB* 2008, p. 1983.

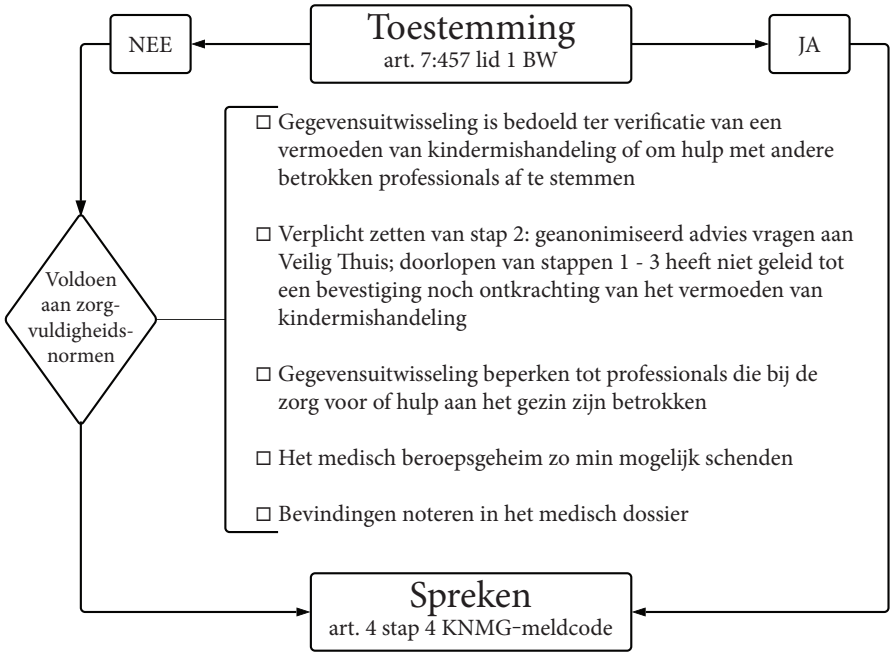
53 KNMG-meldcode 2015, p. 28-29; KNMG-meldcode 2014, p. 30; KNMG-meldcode 2012, p. 28-29.

Opmerkelijk is naar mijn mening dat politie/justitie volgens de toelichting bij deze stap, niet worden beschouwd als hulpverleners die bij het gezin betrokken zijn, terwijl de politie wél toegang heeft tot de Vir.[54]

4. Uit de KNMG-meldcode (2015) blijkt voorts dat voor het zorgvuldig handelen van de arts bij het zetten van stap 4 vereist is dat, als hij in overleg treedt, het *medisch beroepsgeheim zo min mogelijk wordt geschonden*.
5. Ook moet de arts de bevindingen van de stappen *noteren in het medisch dossier*.[55]

Schematisch samengevat, lees ik in de KNMG-meldcode (2015) voor wat betreft het doorbreken van het medisch beroepsgeheim door het zetten van stap 4 het volgende stramien:

Schema 1: Doorbreking van het medisch beroepsgeheim door het zetten van stap 4 art. 4 KNMG-meldcode *Kindermishandeling en huiselijk geweld. Onderdeel kindermishandeling* 2015.



54 KNMG-meldcode 2015, p. 30; zie ook: *Kamerstukken II* 2008/09, 31855, nr. 54 waaruit blijkt dat de politie niet aangesloten wenste te worden op de Vir. Toch heeft de wetgever hier wel voor gekozen, omdat de Vir beoogt contact mogelijk te maken tussen diegenen die een Vir-melding doen, maar de afweging daartoe bij de desbetreffende professionals laat.

55 KNMG-meldcode 2015, p. 23, p. 26 en p. 47.

Uit bovenstaand schema wordt duidelijk dat de nadruk in de context van kindermishandeling niet langer ligt op het zwijgen van de arts maar op het spreken: toestemming vormt weliswaar het wettelijk uitgangspunt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim (art. 7:457 lid 1 BW), maar het ontbreken ervan vormt geen belemmering voor het alsnog doorbreken van het geheim.

Voor die situatie reiken de opstellers van de code de arts zorgvuldigheidsnormen aan en een aantal stappen, die ik hierna het 'KNMG-toetsingskader' noem om het onderscheid met het cvp-toetsingskader steeds helder te kunnen duiden.

Een vergelijking tussen het KNMG-toetsingskader en het traditionele cvp-toetsingskader levert de volgende inzichten op. Binnen het cvp-toetsingskader dat is ontwikkeld voor het zo nodig kunnen doorbreken van het medisch beroepsgeheim als niet aan de voorwaarde van art. 7:457 lid 1 BW is voldaan (toestemming, wettelijke plicht), gelden de volgende, reeds in dit onderzoek eerder genoemde, zes criteria: (1) alles is in het werk gesteld om toestemming tot doorbreking van het geheim te krijgen; (2) het niet doorbreken van het geheim levert voor een ander/de patiënt ernstige schade op;[56] (3) er is sprake van gewetensnood bij de arts door het handhaven van de zwijgplicht; (4) er is geen andere weg dan doorbreking van het geheim om het probleem op te lossen; (5) het moet vrijwel zeker zijn dat door doorbreking van het geheim de schade aan de ander/de patiënt kan worden voorkomen of beperkt; (6) het geheim wordt zo min mogelijk geschonden.

Een aantal cvp-criteria komt in het KNMG-toetsingskader terug, namelijk (1) er is geen andere weg dan doorbreking van het geheim om het probleem op te lossen (stappen 1, 2, 3 moeten zijn gezet) en (2) het geheim wordt zo min mogelijk geschonden.

Echter, criteria die niet in het KNMG-toetsingskader terugkomen zijn: (1) alles is in het werk gesteld om toestemming te verkrijgen, (2) de arts verkeert in gewetensnood, (3) met het doorbreken van het medisch beroepsgeheim wordt ernstige schade voorkomen en (4) het is vrijwel zeker dat met het doorbreken van het medisch beroepsgeheim schade aan het kind wordt voorkomen. Kennelijk speelt het cvp-toetsingskader een bescheiden rol in de formulering van de zorgvuldigheidsnormen die de opstellers van de code de arts aanreiken. Sterker nog: volgens de opstellers van de KNMG-meldcode (2015) stelt stap 4 de arts strikt genomen niet voor een conflict van plichten:

> 'De leer van het conflict van plichten is ontwikkeld voor gevallen waarin er een grote kans is dat, indien de arts zijn beroepsgeheim niet schendt, de bedoelde schade zal optreden. Bij vermoedens van kindermishandeling is van zo'n situatie nog niet altijd sprake, bijvoorbeeld als de arts in de fase verkeert van stap 4 uit

56 In par. 5.4.1.2. is gebleken dat dit criterium ook ziet op het voorkomen van ernstige schade aan de *patiënt*.

> het stappenplan van artikel 4. Dan gaat het er vaak juist om te verifiëren of er sprake is van schade of de kans daarop. Strikt genomen zou dan kunnen worden gesteld dat van een conflict van plichten nog geen sprake is.'[57]

Met de opstellers van de KNMG-meldcode (2015) ben ik het eens dat de verificatiefase erop gericht is een vermoeden van kindermishandeling te staven waardoor het nog te vroeg is om al van het voorkomen van schade te kunnen spreken. Er kan immers bij het zetten van deze stap blijken dat geen sprake is van kindermishandeling en navenante schade. Toch lees ik in de code dat de arts de keuze maakt tussen de zwijgplicht ex art. 7:457 BW enerzijds en de professionele spreekplicht die besloten ligt in art. 4 stap 4 KNMG-meldcode (2015) anderzijds. Steun hiervoor is te vinden in de volgende passage uit de toelichting bij stap 4:

> 'Het is aan de arts om uit te maken of overleg met een betrokken professional nodig is of niet. Zo kan een overweging zijn dat op die manier een melding wellicht kan worden voorkomen of dat deze beter kan worden onderbouwd. De zorgplicht van de arts jegens het kind, zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap, brengt dan met zich mee dat de arts zich daarvoor inspant.'[58]

De opstellers van de code benadrukken hier dat de arts vanuit de zorgplicht die op hem rust, de keuze maakt tussen het al dan niet overleggen met een betrokken professional ter verificatie van een vermoeden van kindermishandeling en de bevindingen van de gemaakte afweging noteert in het medisch dossier.[59] Zwijgen (keuze voor geen overleg) of spreken (keuze voor overleg) volgt aldus uit de zorgplicht die op hem rust. Daarvoor reiken de opstellers van de KNMG-meldcode (2015) de arts een KNMG-toetsingskader aan dat bestaat uit zorgvuldigheidsnormen en een aantal stappen. Dat KNMG-toetsingskader komt niet één op één overeen met het traditionele cvp-toetsingskader, waarin immers het voorkomen van ernstige schade als een van de zes criteria geldt.[60] Schematisch lees ik in de KNMG-meldcode (2015) het volgende stramien:

57 KNMG-meldcode 2015, p. 46.
58 KNMG-meldcode 2015, p. 30.
59 KNMG-meldcode 2015, p. 23 (art. 3 KNMG-meldcode).
60 Zie par. 5.4.

Schema 2: Grondslag en toetsingsmaatstaven voor het al dan niet zetten van stap 4 KNMG-meldcode *Kindermishandeling en huishoudelijk geweld. Onderdeel kindermishandeling* 2015.

De zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap conflicteert in het KNMG-stramien niet met de zwijgplicht, en er is dus geen sprake van conflict van plichten. Hier is veeleer sprake van de keuze die de arts vanuit zijn zorgplicht maakt tussen zwijgen en spreken door een aantal stappen te zetten waardoor hij de zorgvuldigheid betracht die vereist is voor het doorbreken van het beroepsgeheim. De zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap geldt als een overkoepelende plicht die als grondslag kan worden aangemerkt voor zowel zwijgen als spreken. De afweging tussen spreken of zwijgen wordt in de KNMG-meldcode (2015) in de context van de zorgplicht ex art. 7:453 BW geplaatst. Ten behoeve van die afweging geldt voor de arts het KNMG-toetsingskader dat bestaat uit zorgvuldigheidsnormen en stappen. Zij vormen samen de toetsingsmaatstaven voor het al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim (al dan niet overleggen met een andere professional). Ofschoon het cvp-toetsingskader reliëf heeft gegeven aan het KNMG-toetsingskader – een tweetal criteria keren immers terug, namelijk (1) er is geen andere weg dan doorbreking van het geheim en (2) het geheim niet meer schenden dan nodig – komen stappen en zorgvuldigheidsnormen in de plaats van de overige vier cvp-criteria. Het komt mij voor dat door het cvp-vereiste 'gewetensnood' te verlaten

en daarvoor in de plaats stappen en zorgvuldigheidsnormen te stellen, meer objectivering wordt bereikt terzake van het dilemma waarvoor de arts zich geplaatst ziet: zwijgen of spreken. Dit 'alternatieve' toetsingskader met stappen en zorgvuldigheidsnormen zorgt er bovendien voor dat de arts zonder dat hij 'alles in het werk moet stellen om toestemming te verkrijgen' en ondanks het ontbreken van toestemming van betrokkenen, alert kan reageren op signalen van kindermishandeling en deze nader kan verifiëren door te overleggen zonder in een verlammende patstelling te geraken doordat toestemming daarvoor ontbreekt. De arts krijgt hier méér ruimte het medisch beroepsgeheim te doorbreken dan op grond van het cvp-toetsingskader mogelijk zou zijn met daarin de zes criteria die gebaseerd zijn op zwijgen-tenzij. Door die afweging te plaatsen in de context van de zorgplicht ontstaat een duidelijk juridisch kader waar zowel zwijgen als spreken onderdeel van uit maken.[61]

8.5 Art. 4 stap 5b KNMG-meldcode (2015): zorgplicht als grondslag en toetsingsmaatstaven

In deze paragraaf zal mijn aandacht eerst uitgaan naar stap 5 zoals deze in de thans geldende KNMG-meldcode (2015) is neergelegd. Daarna zal onder 8.6 de verandering van deze stap worden besproken naar aanleiding van het KNMG-afwegingskader (2018).

De KNMG-meldcode (2015) bepaalt in de thans geldende stap 5b dat, als het vermoeden van kindermishandeling is bevestigd of in elk geval niet is weggenomen en er een reële kans is op schade door (het voortduren van) kindermishandeling die niet meer met hulpverlening kan worden afgewend, de arts het medisch beroepsgeheim móet doorbreken door een Veilig Thuis-melding te doen.

Ofschoon in de toelichting op stap 5b uit art. 4 KNMG-meldcode wordt benadrukt dat toestemming van betrokkenen uitgangspunt is voor het doen van een Veilig Thuis-melding,[62] ligt het accent in de regeling op het *zonder* die toestemming melden en de zorgvuldigheidsnormen die daarvoor gelden: (1) alle stappen uit artikel 4 KNMG-meldcode (2015) moeten zijn doorlopen alvorens te melden aan Veilig Thuis. Deze hebben (a) niet geleid tot het wegnemen van het vermoeden en (b) er is een reële kans op schade voor het kind door (het voortduren van) kindermishandeling.[63] De reële kans op schade (2) toont de arts dus aan door het zetten van stappen uit de KNMG-meldcode (2015). Ouders zijn (3) niet bereid vrijwillige hulp te omarmen.

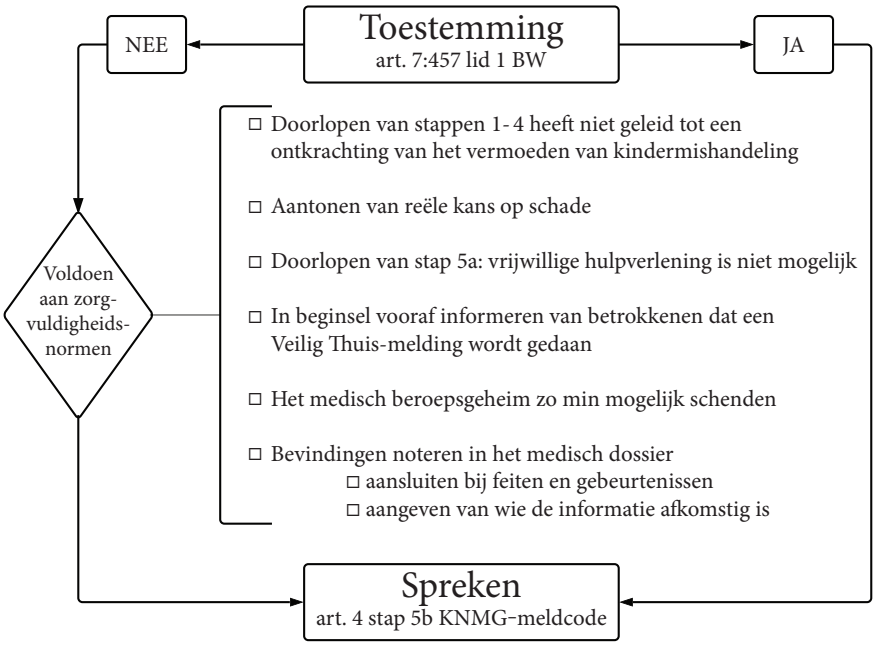
De arts (4) informeert kind en/of ouders bij voorkeur tevoren over de melding, en zet deze ook door als hiertegen 'bezwaar' wordt gemaakt. Kenne-

61 *Kamerstukken II* 2010/11, 31839, nr. 124, p. 6.
62 KNMG-meldcode 2015, p. 13.
63 KNMG-meldcode 2015, p. 21.

lijk is het uiten van bezwaar, laat staan het niet hebben van toestemming voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, geen reden voor de arts om te blijven zwijgen. Hieruit blijkt het verplichtende karakter van het doen van een Veilig Thuis-melding. Voorts blijkt uit de code dat (5) de arts niet meer gegevens verstrekt dan nodig. De arts sluit zich bij zijn melding zoveel mogelijk aan (a) bij feiten en gebeurtenissen en (b) geeft duidelijk aan van wie de informatie die hij meldt, afkomstig is en maakt in het licht van de continuïteit van de hulpverlening (6) aantekening van de melding in het medisch dossier.[64]

Schematisch weergegeven, lees ik in de KNMG-meldcode (2015) voor wat betreft het doorbreken van het medisch beroepsgeheim door het zetten van stap 5b, het volgende stramien:

Schema 3: Doorbreking van het medisch beroepsgeheim door het zetten van stap 5b uit art. 4 KNMG-meldcode *Kindermishandeling en huiselijk geweld. Onderdeel kindermishandeling* 2015.



Uit het schema blijkt dat de nadruk wordt gelegd op 'spreken': ook als toestemming van betrokkenen ontbreekt, zwijgt de arts immers niet, maar volgt hij het stappenplan met de daarvoor geldende zorgvuldigheidsnormen en spreekt

64 KNMG-meldcode 2015, p. 23-24, p. 33 en p. 47.

hij richting Veilig Thuis als het vermoeden tijdens het verificatieproces (stappen 1-4) niet is ontkracht en er een reële kans op schade is voor het kind.

Het KNMG-toetsingskader blijkt slechts ten dele overeen te komen met het traditionele cvp-toetsingskader. Criteria uit het cvp-toetsingskader die terugkomen in het KNMG-toetsingskader zijn: (1) er is geen andere weg dan doorbreking van het medisch beroepsgeheim om het probleem op te lossen: de andere stappen zijn gezet, maar hebben niet geleid tot ontkrachting van het vermoeden van kindermishandeling. Behalve deze subsidiariteitseis voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, komt ook de proportionaliteitseis terug, namelijk in de norm dat (2) het geheim zo min mogelijk wordt geschonden.

Het cvp-criterium met betrekking tot het voorkomen van ernstige schade aan een ander door het medisch beroepsgeheim te doorbreken, klinkt door in het toetsingskader uit de KNMG-meldcode (2015), namelijk in de norm dat het moet gaan om het voorkomen van schade, maar geheel hetzelfde is dit niet. De arts dient volgens de toelichting op stap 5b uit art. 4 KNMG-meldcode (2015) immers de reële kans op schade aan te tonen en niet dat de schade ernstig is of niet.[65] De arts hoeft er niet zeker van te zijn dat er van kindermishandeling sprake is alvorens een Veilig Thuis-melding te doen – het is immers niet aan hem aan bewijsgaring te doen – maar wel dat er een reële kans op schade is. Door de nadruk te leggen op het aantonen van reële kans op schade – en niet op dat van ernstige schade – kleuren de opstellers van de KNMG-meldcode (2015) het wettelijke begrip kindermishandeling (art. 1.1 Jw en art. 1.1.1 Wmo) in de sfeer van de medische behandeling nader in, zodat het een werkbaar begrip is voor de arts.[66]

Criteria uit het cvp-toetsingskader die in het geheel niet terugkeren zijn: (1) gewetensnood en (2) het criterium dat de arts 'alles in het werk moet stellen om toestemming te verkrijgen' voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Over het ontbreken van gewetensnood is hiervoor reeds opgemerkt dat dit leidt tot objectivering van het besluit van de arts tot al dan niet melden van (een vermoeden van) kindermishandeling.[67] Hiervoor in de plaats gelden immers procedurele stappen en zorgvuldigheidsnormen.

In plaats van het vereiste dat de arts alles moet doen om toestemming te verkrijgen, ligt het accent in stap 5b van de KNMG-meldcode (2015) op het informeren van de ouders over zorgen die er bestaan en die leiden tot het doen van een Veilig Thuis-melding ongeacht of zij hiervoor toestemming geven of niet. Het accent ligt op openheid richting ouders en vanzelfsprekend is het wenselijk als ouders vervolgens instemmen met het doen van een melding als er een vermoeden van kindermishandeling is, maar daar draait het in de kern niet om. Het gaat immers primair om het bieden van hulp aan het kind. Hier komt bij dat er een 'tenzij clausule' geldt: op de arts rust géén informatie-

65 KNMG-meldcode 2015, p. 32.
66 Zie par. 6.7.
67 Zie par. 8.4.

plicht als de veiligheid van het kind of andere kinderen uit het gezin in geding is, of zijn eigen veiligheid, of indien de arts vreest dat door het informeren van de ouders, hij het kind en/of de ouders uit het oog zal verliezen.[68]

Artsen krijgen hier méér ruimte om het medisch beroepsgeheim te doorbreken (aan het toestemmingsvereiste kan hoe dan ook in die situatie worden voorbijgegaan) dan op grond van het cvp-toetsingskader mogelijk zou zijn (alwaar geldt dat de arts 'alles in het werk moet stellen om toestemming voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim te verkrijgen').

Uit de preambule van de KNMG-meldcode (2015) blijkt dat de arts een bijdrage moet leveren aan de bestrijding van kindermishandeling door informatie uit te wisselen en dat deze verantwoordelijkheid voortvloeit 'uit de wettelijke en professionele zorgplicht van een arts'.[69] Ofschoon deze zorgplicht verder niet wordt aangehaald in de toelichting op stap 5b, komt het mij voor dat daarin wel de 'bijdrage' die artsen volgens de KNMG moeten leveren aan de bestrijding van kindermishandeling wordt geconcretiseerd. Zij moeten immers met zoveel mogelijk feitelijke informatie het vermoeden van kindermishandeling onderbouwen, en de kans op schade taxeren voor zowel het kind als ook voor andere kinderen uit het gezin, ook als zij alleen de ouder behandelen en niet het kind. Zij dienen betrokkenen te informeren over de melding aan Veilig Thuis. Deze plichten vloeien voort uit de overkoepelende zorgplicht die op de arts rust.

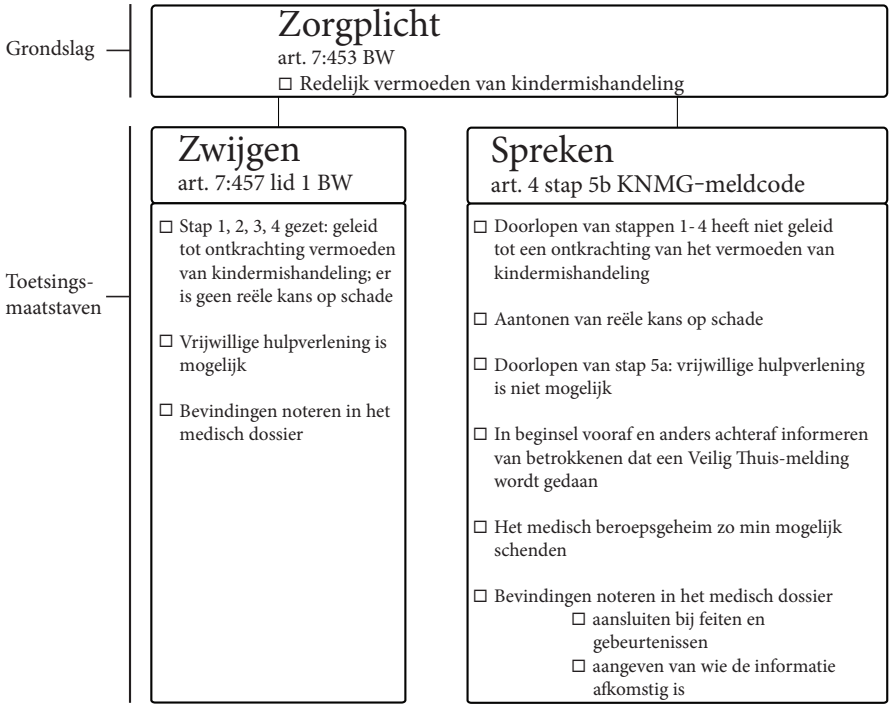
In de context van dit onderzoek kan deze zorgplicht gebaseerd worden op art. 7:453 BW. Het onderzoek beperkt zich immers tot de positie van de behandelend arts van het kind. Hierbij is als uitgangspunt genomen dat de ouders als wettelijke vertegenwoordigers van de minderjarige een overeenkomst sluiten en dit doen uit naam van de minderjarige, juist omdat diens minderjarigheid ertoe noopt dat zijn in het geding zijnde belangen voor hem door een ander behartigd worden. In deze context zal een eventueel afwenden van de arts door de ouders geen afbreuk doen aan een vóór dat moment gerezen vermoeden van kindermishandeling. Op de situatie waarin een geneeskundige behandelingsovereenkomst ontbreekt en ook de schakelbepaling van art. 7: 464 BW geen uitkomst biedt, zal worden teruggekomen onder 10.1.

Uit de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW) vloeien stappen en zorgvuldigheidsnormen voort voor de arts die wordt geconfronteerd met vermoedens van kindermishandeling. Deze leiden de arts tot een verantwoorde keuze tussen zwijgen of spreken. Daarom is, zoals hiervoor gezegd, niet langer vereist dat de arts in 'gewetensnood' verkeert alvorens het medisch beroepsgeheim te doorbreken. De afweging volgt uit de zorgplicht en niet uit de gewetensnood van de arts. De arts noteert zijn bevindingen in het medisch dossier.[70] Van belang is dat de

68 KNMG-meldcode 2015, p. 31.
69 KNMG-meldcode 2015, p. 11.
70 KNMG-meldcode 2015, p. 23 (art. 3 KNMG-meldcode).

zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap behalve aanleiding kan geven tot spreken (het doen van een Veilig Thuis-melding) dus ook aanleiding kan geven tot zwijgen (niet doen van melding aan Veilig Thuis). Van dit laatste is sprake als het vermoeden van kindermishandeling is ontkracht tijdens het zetten van de stappen uit de KNMG-meldcode (2015), maar ook als ouders toch bereid zijn vrijwillige hulp te aanvaarden. Schematisch lees ik in de KNMG-meldcode (2015) het volgende stramien voor wat betreft de grondslag en de toetsingsmaatstaven voor het al dan niet zetten van stap 5b waardoor het medisch beroepsgeheim doorbroken wordt:[71]

Schema 4: Grondslag en toetsingsmaatstaven voor het al dan niet zetten van stap 5b uit art. 4 KNMG-meldcode *Kindermishandeling en huiselijk geweld. Onderdeel kindermishandeling* 2015.



In dit model maakt de arts, terwijl hij bezig is met het uitoefenen van zijn zorgplicht de keuze tussen de wettelijke plicht tot zwijgen (art. 7:457 lid 1 BW) en de plicht tot melden (art. 4 stap 5b KNMG-meldcode (2015)).[72] Voor het

71 Met 'zwijgen' wordt in het schema bedoeld: het niet doen van een Veilig Thuis-melding.

72 Zie in gelijke zin *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* behorend bij Besluit van 23 juni 2017, p. 28-34 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291. Hier gaat

maken van die keuze geldt niet het cvp-toetsingskader, maar het KNMG-toetsingskader. Dit bestaat uit zorgvuldigheidsnormen en daarmee samenhangende stappen.[73] In de kern is in dit model sprake van een andere conceptualisering van het medisch beroepsgeheim: geheimhouding geldt in dit stramien niet langer als een zelfstandige plicht die op de arts rust, maar is veeleer een in de zorgplicht geïntegreerde plicht. In geval van (vermoedens van) kindermishandeling krijgt het medisch beroepsgeheim immers betekenis door deze in het licht van de zorgplicht te plaatsen. In sommige gevallen vereist de zorgplicht dat de arts blijft zwijgen, namelijk als de stappen een vermoeden van kindermishandeling niet hebben bevestigd en er geen reële kans op schade is. En andersom: in andere gevallen vereist de zorgplicht dat de arts spreekt, namelijk als het vermoeden van kindermishandeling niet is weggenomen ondanks het zetten van eerdere stappen, en er een reële kans op schade is voor het kind. Hier is dus sprake van een plicht tot spreken, zoals ook valt af te leiden uit de formulering van stap 5b, waarin immers is bepaald dat de arts een melding aan Veilig Thuis '*doet*' (en niet 'kan doen') als het vermoeden van kindermishandeling is bevestigd of althans niet ontkracht en er een reële kans bestaat op schade.

Met het stappenplan geeft de KNMG-meldcode (2015) kennelijk een ándere invulling aan het spreekrecht ex art. 5.2.6 Wmo voor zover het gaat om het melden uit eigen beweging. Dat geldt immers in de context van conflict van plichten met het daarbij behorende cvp-toetsingskader dat is gebaseerd op zwijgen-tenzij.[74] In de KNMG-meldcode (2015) wordt art. 5.2.6 Wmo, althans voor zover het een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging betreft, in de context van de zorgplicht ex art. 7:453 BW geplaatst en de code reikt daarvoor een toetsingskader aan dat verschilt van het cvp-toetsingskader.

Het komt mij voor dat het niet wenselijk is dat twee verschillende toetsingskaders naast elkaar bestaan voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim richting Veilig Thuis: één zoals valt af te leiden uit de KNMG-meldcode (2015) met zorgvuldigheidsnormen en één zoals valt af te leiden uit het 'klassieke' conflict van plichten, waarbinnen de wettelijke bevoegdheid ex art. 5.2.6 Wmo tot het verstrekken van informatie is gesitueerd. Een dergelijke situatie leidt tot onzekerheid onder artsen over de vraag waaraan een eventuele doorbreking van het medisch beroepsgeheim in rechte wordt getoetst en dat werkt terughoudendheid in de hand terzake van het uitwisselen van informatie

om de vraag waar *goede hulp* aan moet voldoen. Het melden van kindermishandeling wordt beschouwd als een aspect van goede hulpverlening.

73 KNMG-meldcode 2015, p. 46.

74 *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, p. 166-167 en p. 181-182 (MvT); *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 35, p. 10; *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 64, p. 112; *Kamerstukken I* 2013/14, 33841, A, p. 30. *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 3, p. 24-25 (MvT); *Kamerstukken II* 2001/02, 28168, nr. 3, p. 21 en p. 50 (MvT); Zie voor de gelding van het spreekrecht ex art. 5.2.6 Wmo in de context van conflict van plichten: par. 7.2.3.1.

in geval van kindermishandeling door ouders. De vraag rijst hoe de tuchtrechter hierop reageert. Daarover meer in par. 9.3.

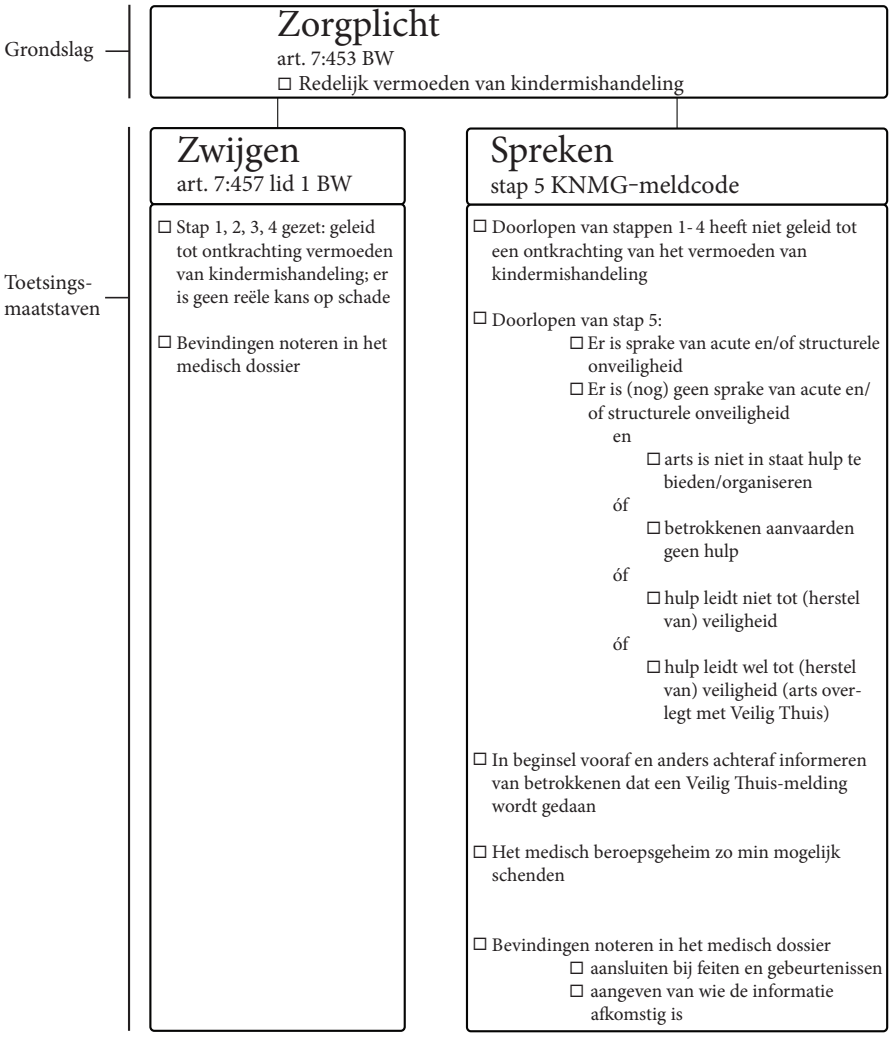
8.6 KNMG-AFWEGINGSKADER (2018): ZORGPLICHT ALS GRONDSLAG EN TOETSINGSMAATSTAVEN

De KNMG heeft in 2018 onder vigeur van het Besluit van 23 juni 2017 tot wijziging van het Besluit verplichte meldcode (2013) een nieuw afwegingskader als addendum aan de bestaande KNMG-meldcode toegevoegd.[75]

Die toevoeging doet niets af aan de in de vorige paragraaf vermelde constatering dat er in die code twee toetsingskaders in omloop zijn voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Het KNMG-afwegingskader (2018) wijzigt immers alleen stap 5 uit het stappenplan voor het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging (art. 4 KNMG-meldcode 2015). Schematisch weergegeven lees ik dat KNMG-afwegingskader (2018) als volgt:

75 KNMG-afwegingskader 2018. Zie: https://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/nieuw-afwegingskader-en-stappenplan-bij-knmg-meldcode-kindermishandeling-en-huiselijk-geweld-1.htm (laatst geraadpleegd 20 juli 2018).

Schema 4a: Grondslag en toetsingsmaatstaven voor het al dan niet zetten van stap 5 KNMG-meldcode (*Afwegingskader kindermishandeling en huiselijk geweld* (2018)).



Uit dit schema blijkt dat het accent nog verder richting 'spreken' is opgeschoven. Dit wordt niet zozeer veroorzaakt doordat de arts op grond van het afwegingskader verplicht is situaties van acute of structurele onveiligheid te melden. Deze situaties moesten immers ook al gemeld worden op grond van de 'oude' stap 5b van art. 4 KNMG-meldcode (2015). Die verschuiving is vooral toe te schrijven aan de veranderende betekenis van stap 5a van art. 4 KNMG-meldcode (2015). In het KNMG-afwegingskader (2018) is geëxpliciteerd dat

gevallen van acute en/of structurele kindermishandeling altijd moeten worden gemeld aan Veilig Thuis, *ook als de arts zelf hulp kan bieden of organiseren*. Met dit laatste wordt de afwegingsruimte van de arts dus verder ingeperkt. De betekenis van stap 5a van art. 4 KNMG-meldcode (2015) verandert doordat het niet langer geldt als aparte stap die een melding voorkomt. Het zelf bieden van hulp aan kind en gezin is geen reden meer om níet te melden aan Veilig Thuis. De arts kan niet langer eerst zelf 'dokteren' door hulp te bieden en deze te monitoren (huidige stap 5a). Integendeel, hij moet acute en/of structurele onveiligheid direct melden aan Veilig Thuis of als hiervan geen sprake is, eerst met Veilig Thuis nagaan of het gevaar voor het kind door het inzetten van hulp kan worden weggenomen. Dat overleg kan pas plaatsvinden nadat informatie met Veilig Thuis is uitgewisseld.[76]

De KNMG volgt hiermee het voorgestelde afwegingskader dat de bedoeling van het Besluit van 23 juni 2017 concretiseert: meer acute en structurele gevallen van kindermishandeling moeten onder de aandacht komen van Veilig Thuis. Alleen zo kan Veilig Thuis zijn 'radarfunctie' vervullen.

Die keuze van de KNMG lijkt vanuit de vereisten die er gelden voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim niet goed verdedigbaar. Daaruit volgt immers dat men zich altijd éérst de vraag moet stellen of het risico op schade is te ondervangen met vrijwillige hulpverlening. Die keuze is vanuit de zorgplicht die op de arts rust beter verdedigbaar. De arts is immers verplicht de patiënt van goede zorg te voorzien en dat betekent dat hij moet overleggen met Veilig Thuis wie welke verantwoordelijkheid heeft. Als de arts in overleg met Veilig Thuis besluit eerst zélf hulp te bieden, maar de afgesproken resultaten worden niet behaald, dan moet hij opnieuw een melding doen om het kind van de nodige zorg te kunnen voorzien.

Wel rijst de vraag of er in dit nieuwe KNMG-afwegingskader voor de arts nog wel wat af te wegen valt.[77] Een negatief antwoord op die vraag zou in zoverre verontrustend zijn dat kinderen en hun ouders slechts op zorgverlening kunnen blijven vertrouwen als geheimhouding zonder hun toestemming alleen na een *zorgvuldige afweging* wordt doorbroken. Anders zou de vertrouwensrelatie tussen arts, kind en ouders averij oplopen. Een melding vormt immers niet alleen een inbreuk op het recht op geheimhouding van het kind maar ook op de privacy van andere, bij de melding betrokken personen, zoals de ouder(s) van het kind of andere familieleden. Daarom is een waardevolle aanvulling in het KNMG-afwegingskader, ten opzichte van het opgestelde afwegingskader dat hoort bij het Besluit van 23 juni 2017, dat betrokkene(n) waar mogelijk worden geïnformeerd. De arts betrekt hen op deze wijze bij

76 Zie Ploem & Sombroek, *TvGR* 2018, p. 222. Zie voorts: *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017, p. 6 en p. 10, behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291 en KNMG-afwegingskader 2018.

77 Ploem & Sombroek, *TvGR* 2018, p. 222.

de stappen die gezet gaan worden en de eventuele gegevensverstrekking aan Veilig Thuis. Dat is zorgvuldig en beperkt het risico op een vertrouwensbreuk.

Het is van belang om in de juridische vormgeving van die afweging ruimte te laten voor de vereiste zorgvuldigheid, hoe beperkt die ruimte ook is. Temeer omdat het risico bestaat dat artsen zullen vrezen eerder op niet-melden dan op melden te worden aangesproken.[78]

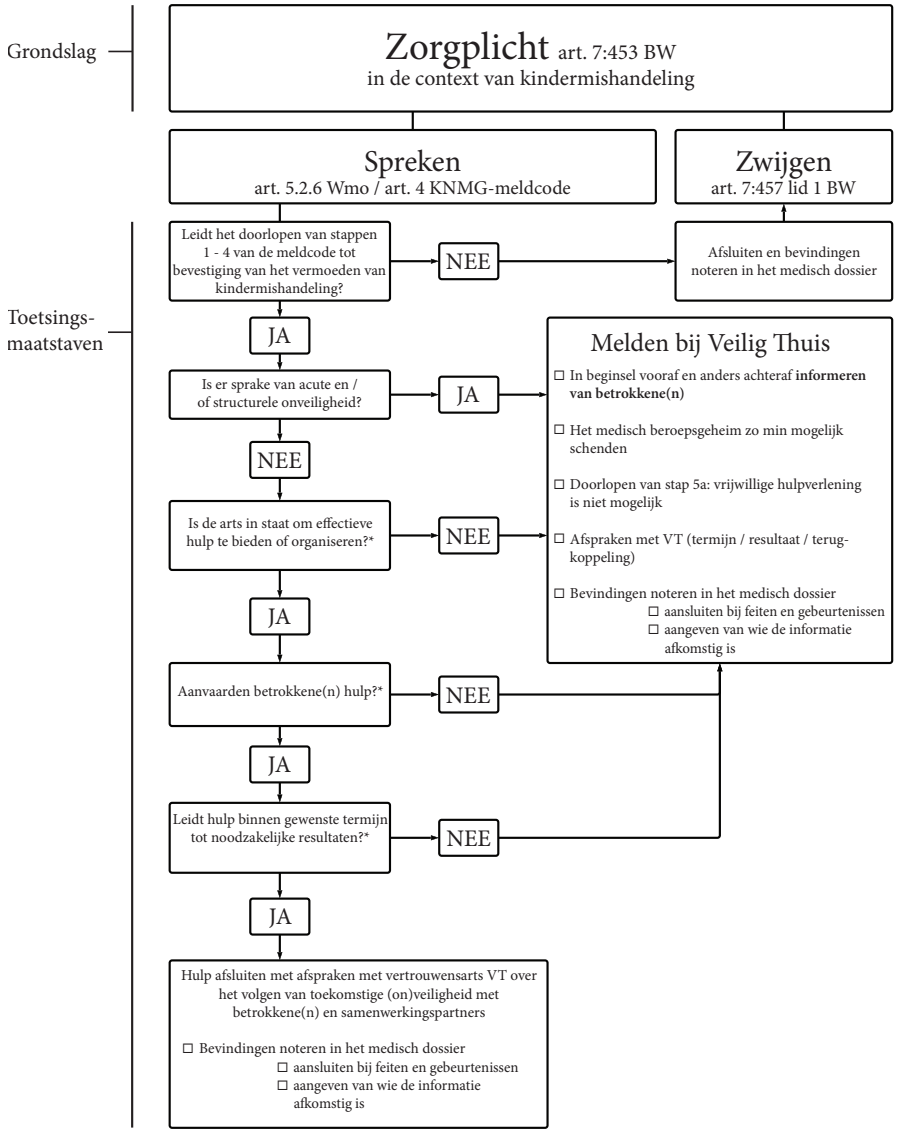
In dit licht verdient het aanbeveling in het KNMG-afwegingskader op te nemen dat de arts overlegt met de *vertrouwensarts kindermishandeling* in plaats van met 'Veilig Thuis'. Die term is te algemeen. Overleg met de vertrouwensarts sluit aan bij de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit die in algemene zin gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. De arts voert geen overleg met een willekeurige medewerker van Veilig Thuis, maar met de vertrouwensarts werkzaam bij Veilig Thuis. Deze arts is gespecialiseerd in kindermishandeling en heeft ook zelf een geheimhoudingsplicht, zij het een beperktere. Hier dringt zich een vergelijking op met de jurisprudentie van de Hoge Raad over de doorbreking van het verschoningsrecht. De Hoge Raad heeft immers in de LUMC-zaak bepaald dat het verstrekken van gegevens aan een patholoog-anatoom die zelf gebonden is aan geheimhouding een zwaarwegende factor is in de afweging of het beroep op het verschoningsrecht overeind kan blijven.[79] Het beroep van de LUMC-artsen zich te verschonen richting het OM werd in die zaak gehonoreerd juist omdat de artsen bereid waren gegevens aan de patholoog-anatoom te verstrekken. Kortom, daar waar het KNMG-afwegingskader (2018) stipuleert dat de arts *samen met Veilig Thuis* moet nagaan of het gevaar voor het kind door het inzetten van hulp kan worden afgewend, overlegt hij met de vertrouwensarts. Dit is des te meer van belang omdat zo'n overleg niet in geanonimiseerde vorm kan plaatsvinden. De identiteit van het kind en andere betrokkene(n) wordt juist bekend gemaakt, zodat Veilig Thuis passende hulp kan bieden.

Schematisch zou dit er als volgt kunnen uitzien:

78 Ploem & Sombroek, *TvGR* 2018, p. 222.

79 HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.6.6, *NJ* 2009/263 (LUMC arrest). Zie par. 5.6.3.

Schema 4b: Melden aan Veilig Thuis 2.0.
Grondslagen en toetsingsmaatstaven voor zwijgen of spreken bij kindermishandeling



* NB: Arts stemt af met vertrouwensarts Veilig Thuis.

8.7 Doorbreking medisch beroepsgeheim anders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding: zorgplicht als grondslag en toetsingsmaatstaven

Ten slotte is er nog de situatie waarin de arts níet uit eigen beweging een melding doet aan Veilig Thuis. De KNMG-meldcode (2015) geldt immers ook in andere situaties, namelijk:

i) de situatie waarin de arts *wordt gevraagd* vertrouwelijke gegevens te verstrekken door Veilig Thuis (art. 6 KNMG-meldcode (2015)), andere betrokken professionals (art. 9 KNMG-meldcode (2015)), de RvdK (art. 10 KNMG-meldcode (2015)) of politie/justitie (art. 11 KNMG-meldcode (2015)).
ii) de situatie waarin de arts uit eigen beweging het medisch beroepsgeheim doorbreekt *richting* de gezinsvoogd/jeugdbeschermer (art. 8 KNMG-meldcode (2015)), andere betrokken professionals (art. 9 KNMG-meldcode (2015)), de RvdK (art. 10 KNMG-meldcode (2015)) of politie/justitie (art. 11 KNMG-meldcode (2015)).

Met uitzondering van art. 11 KNMG-meldcode (2015), geven alle andere hierboven vermelde artikelen handen en voeten aan de spreekrechten zoals besproken in par. 7.2 (art. 5.2.6 Wmo, art. 1:240 BW, art. 7.3.11 lid 4 Jw en art. 7.1.4.1 Jw). Voor beide situaties benadrukken de opstellers van de code dat voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim het toestemmingsvereiste als uitgangspunt geldt.[80] Indien toestemming evenwel ontbreekt, geldt geen stappenplan, maar gelden zorgvuldigheidsnormen waaraan de totstandkoming van het besluit tot doorbreking van het medisch beroepsgeheim moet voldoen, wil dit – volgens de opstellers – in rechte overeind blijven.[81] Kennelijk menen de opstellers van de KNMG-meldcode (2015) dat in situaties anders dan een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging, de arts geen stappenplan nodig heeft.

In geval het gaat om een situatie anders dan die waarin de arts uit eigen beweging meldt, lees ik de code aldus, dat de arts aan die zorgvuldigheid voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim anders dan uit eigen beweging richting Veilig Thuis, voldoet als aan de volgende eisen is voldaan:[82]

1. Het is niet mogelijk toestemming te vragen of te verkrijgen;[83]
2. Het doel van de gegevensverstrekking is het voorkomen van schade aan het kind;[84]

80 KNMG-meldcode 2015, p. 13.
81 KNMG-meldcode 2015, p. 14.
82 KNMG-meldcode 2015, p. 14 en p. 46.
83 KNMG-meldcode 2015, p. 1, p. 35, p. 37, p. 40-41 en p. 45-46.
84 KNMG-meldcode 2015, p. 45-46.

3. Er is niet een andere mogelijkheid om ditzelfde doel te bereiken zonder doorbreking van het medisch beroepsgeheim;[85]
4. De belangen van het kind wegen zo zwaar dat deze opwegen tegen de belangen die het medisch beroepsgeheim dient;[86]
5. De arts informeert betrokkenen alvorens gegevens te verstrekken, tenzij dit niet mogelijk is vanwege de veiligheid van het kind of anderen of van zichzelf of als redelijkerwijs gevreesd moet worden dat de arts kind/ouders uit het oog zal verliezen;[87]
6. Het medisch beroepsgeheim wordt zo min mogelijk geschonden door alleen relevante informatie te verstrekken die noodzakelijk is voor het stoppen van kindermishandeling of een redelijk vermoeden ervan te laten onderzoeken;[88]
7. De arts noteert de bevindingen in het medisch dossier.[89]
8. De arts verstrekt informatie aan:
   a. de politie (uit eigen beweging): uitsluitend indien acuut gevaar voor de veiligheid of het leven van het kind dreigt; de arts doet ook een melding aan Veilig Thuis/RvdK (art. 11 KNMG-meldcode (2015)).[90] Opvallend is dat op grond van het Besluit van 23 juni 2017 en het daarbij behorende afwegingskader de arts in geval van acute onveiligheid wordt geacht aan Veilig Thuis te melden. Over het melden aan ook de politie (of een andere hieronder genoemde instantie) rept het Besluit c.q. afwegingskader niet. Hierop kom ik terug onder 10.3.
   b. de politie (op verzoek): uitsluitend in geval dit noodzakelijk is om gevaar voor de veiligheid van een kind af te wenden (art. 11 KNMG-meldcode (2015));[91]
   c. de RvdK (uit eigen beweging): uitsluitend in een acute noodsituatie waarin kinderbeschermende maatregelen nodig zijn (art. 10 KNMG-meldcode (2015)). Hiermee geeft de KNMG-meldcode (2015) invulling aan het wettelijk spreekrecht ex art. 1:240 BW;[92]
   d. Veilig Thuis en de RvdK (op verzoek): indien door deze instanties een onderzoek is ingesteld naar kindermishandeling (artt. 6 en 10 KNMG-meldcode (2015)). Hiermee geeft de KNMG-meldcode (2015) invulling aan de wettelijk spreekrechten ex art. 5.2.6 Wmo en art. 1:240 BW;[93]

85 KNMG-meldcode 2015, p. 46.
86 KNMG-meldcode 2015, p. 46-47.
87 KNMG-meldcode 2015, p. 36, p. 38 en p. 40-41.
88 KNMG-meldcode 2015, p. 36, p. 38 en p. 40-41.
89 KNMG-meldcode 2015, p. 23 (art. 3 KNMG-meldcode).
90 KNMG-meldcode 2015, p. 39.
91 KNMG-meldcode 2015, p. 41. *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017, p. 12-13, behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291.
92 KNMG-meldcode 2015, p. 39.
93 KNMG-meldcode 2015, p. 35 en p. 39.

e. De gezinsvoogd/jeugdbeschermer (uit eigen beweging): uitsluitend in de situatie van ondertoezichtstelling waarin informatieverstrekking noodzakelijk kan worden geacht om kindermishandeling te stoppen of een redelijk vermoeden daarvan te laten onderzoeken (art. 8 KNMG-meldcode (2015)). Hiermee geeft de KNMG-meldcode (2015) invulling aan het wettelijk spreekrecht ex art 7.3.11 lid 4 Jw.[94]
f. Andere professionals (als de arts wordt bevraagd): indien het beschermen van het belang van het kind informatieverstrekking vereist en er geen andere weg dan doorbreking van het medisch beroepsgeheim openstaat. Hiermee geeft de KNMG-meldcode (2015) invulling aan het wettelijk spreekrecht ex art. 7.1.4.1 Jw voor wat betreft de aldaar genoemde risico's met betrekking tot kindermishandeling (zie par. 7.2.3.4). Het uit eigen beweging informatie verstrekken aan andere professionals is reeds geïntegreerd in art. 4 stap 4 KNMG-meldcode (2015) en is in par. 8.4 besproken.

Dit KNMG-toetsingskader bevat *geen stappen* zoals wel het geval was in dat voor het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging (schema 4, par. 8.5).

Voorts blijkt dat de in de KNMG-meldcode (2015) geformuleerde zorgvuldigheidsnormen *meer gelijkenis* vertonen *met de criteria uit het cvp-toetsingskader* dan hiervoor is gebleken bij het doen van een Veilig Thuis-melding. Overeenkomsten tussen het hierboven genoemde KNMG-toetsingskader en het cvp-kader zijn immers dat (i) er geen andere mogelijkheid is de schade aan het kind te voorkomen dan doorbreking van het medisch beroepsgeheim en (ii) dat het medisch beroepsgeheim zo min mogelijk wordt geschonden.

In het KNMG-toetsingskader voor het verstrekken van informatie anders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding geldt het vereiste dat 'het niet mogelijk is toestemming te vragen of te verkrijgen'. Opvallend is dat een dergelijke referentie aan het toestemmingsvereiste ontbreekt in het toetsingskader voor het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging. Ook is de formulering van dit KNMG-vereiste iets anders dan het cvp-vereiste op grond waarvan de arts 'alles in het werk moet stellen om toestemming te verkrijgen voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim'. Is er een verschil tussen het KNMG-criterium en het cvp-criterium?

De KNMG-meldcode (2015) biedt weinig houvast voor het beantwoorden van deze vraag. De toelichting op het Basismodel dat voortvloeit uit het Besluit verplichte meldcode en waarmee de KNMG-meldcode (2015) op dit punt in overeenstemming is, biedt meer houvast. Daaruit blijkt dat het van belang is dat de arts, voordat hij het medisch beroepsgeheim doorbreekt, bij voorkeur in gesprek gaat met betrokkenen.[95] In dit gesprek moeten de betrokkenen

94 KNMG-meldcode 2015, p. 37.
95 *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 27-28.

ook de ruimte krijgen om te reageren op het voornemen van de arts informatie te verstrekken. Kennelijk is het niet vereist dat de arts in dit gesprek er alles aan doet om toestemming te verkrijgen, maar wel dat hij betrokkenen informeert en dat informatie met hun medeweten wordt verstrekt. Dit is iets anders dan het met toestemming verstrekken van informatie en ook verschilt dit van het cvp-criterium dat immers vereist dat de arts 'alles in het werk stelt toestemming te verkrijgen'. Het KNMG-criterium komt dus niet één op één overeen met het cvp-criterium, ofschoon zij op het eerste gezicht wel op elkaar lijken.

Het cvp-criterium 'gewetensnood' keert in het geheel niet terug in het KNMG-toetsingskader. Ook is sprake van enige *relativering* van het cvp-criterium met betrekking tot het voorkomen van ernstige schade. Voldoende is immers in het KNMG-toetsingskader dat 'schade' wordt voorkomen (zie onder 2).

Alles bijeengenomen, verschilt het KNMG-toetsingskader op een aantal punten van het cvp-toetsingskader, maar het cvp-toetsingskader heeft *meer reliëf* gegeven aan de formulering van de zorgvuldigheidsnormen voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim ánders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging. Dit wordt vooral veroorzaakt door het vereiste in het hierboven vermelde toetsingskader ter zake van het vragen of verkrijgen van toestemming. De arts heeft iets meer 'hobbels' te nemen voordat het medisch beroepsgeheim kan worden doorbroken dan in een situatie waarvoor een stappenplan geldt, maar toch weer iets minder dan in geval van 'conflict van plichten'. Het accent ligt hierdoor weliswaar op spreken-tenzij, maar minder overtuigend dan bij het doen van een Veilig Thuis-melding.

Ten slotte valt op dat de opstellers van de KNMG-meldcode (2015) de arts *situationele voorwaarden* aanreiken die in het kader van een zorgvuldige afweging moeten leiden tot het besluit *aan wíe* moet worden gemeld. Er voegt zich als het ware een extra element aan de afweging toe. Bepalend voor de vraag aan wie de arts informatie verstrekt, is de ernst van de situatie, zo blijkt uit de toelichting op desbetreffende artikelen.

Bij *acuut gevaar voor veiligheid of leven*, richt de arts zich tot de politie en meldt ook aan Veilig Thuis en de RvdK (art. 11 KNMG-meldcode 2015).[96] Als de arts wordt benaderd door de politie geldt dat alleen indien het noodzakelijk is om gevaar voor de veiligheid van het kind af te wenden, de arts het medisch beroepsgeheim doorbreekt. Hiervoor geldt geen wettelijk spreekrecht.

Voor wat betreft een melding uit eigen beweging aan de RvdK moet sprake zijn van een *acute noodsituatie waarin kinderbeschermende maatregelen nodig* zijn teneinde informatie uit te wisselen (art. 10 KNMG-meldcode 2015).[97]

Voor wat betreft informatieverstrekking uit eigen beweging aan de gezinsvoogd/jeugdbeschermer dient in het kader van een ondertoezichtstelling sprake te zijn van de *noodzaak om kindermishandeling te stoppen of een vermoeden*

96 KNMG-meldcode 2015, p. 41.
97 KNMG-meldcode 2015, p. 39-40.

ervan te laten onderzoeken (art. 8 KNMG-meldcode 2015).[98] De KNMG werkt art. 7.3.11 lid 4 Jw uit voor wat betreft de verantwoordelijkheid van de arts in geval van een vermoeden van kindermishandeling.

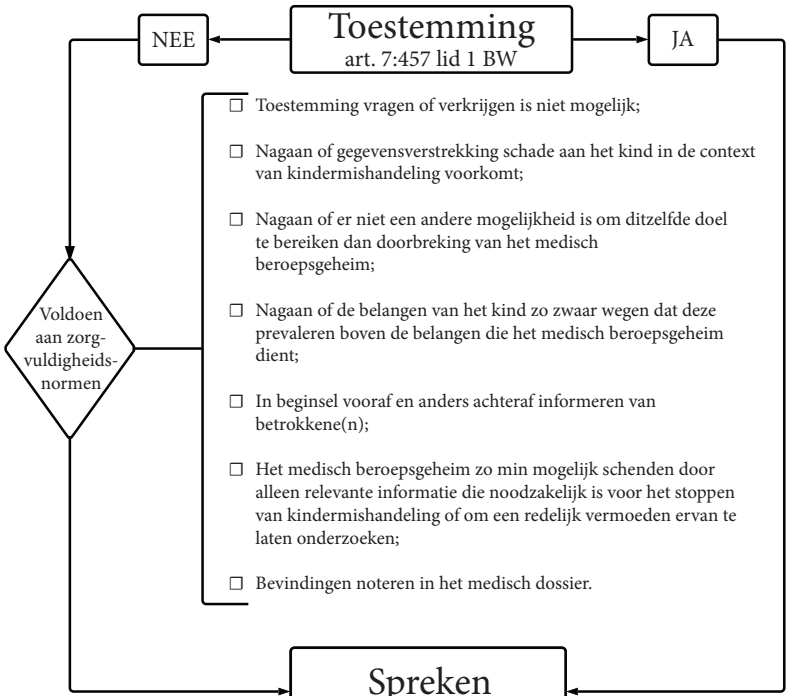
Indien de arts wordt bevraagd door Veilig Thuis of de RvdK is volgens de opstellers van de code *het onderzoek naar kindermishandeling dat door een van deze instanties is ingesteld*, een voldoende basis voor het verstrekken van informatie. De opstellers van de code benadrukken dat in een dergelijk geval sprake is van een 'redelijk vermoeden van kindermishandeling' en de 'noodzaak om dat te onderzoeken'.[99] De KNMG-meldcode (2015) verlangt in dit geval dat de arts het medisch beroepsgeheim doorbreekt.

Informatieverstrekking aan andere professionals op grond van art. 9 KNMG-meldcode (2015) geschiedt indien het belang van het kind dit vereist en er geen andere weg open staat dan het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Echter, voor wat betreft het uit eigen beweging verstrekken van informatie aan deze professionals, bleek in par. 8.4 dat dit is opgenomen in stap 4 uit art. 4 KNMG-meldcode (2015) in de opmaat naar het doen van een Veilig Thuis-melding. Kennelijk hebben de opstellers van de KNMG-meldcode (2015) gemeend dat het uit eigen beweging overleggen van een vermoeden van kindermishandeling met andere professionals deel dient uit te maken van een stappenplan, maar voor de situatie waarin de arts wordt bevraagd niet. Hierop kom ik in par. 8.8 terug.

Schematisch weergegeven, lees ik de code als volgt:

98 KNMG-meldcode 2015, p. 37-38.
99 KNMG-meldcode 2015, p. 35 en p. 40.

Schema 5: Doorbreking van het medisch beroepsgeheim bij gegevensverstrekking anders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging. Artt. 6, 8, 9, 10, 11 KNMG-meldcode *Kindermishandeling en huiselijk geweld. Onderdeel kindermishandeling* 2015.



Spreken
RICHTING WIE?

Uit eigen beweging		Op verzoek	
uitsluitend indien er acuut gevaar voor de veiligheid of het leven van het kind dreigt; de arts doet ook een melding aan Veilig Thuis/RvdK.	Politie art. 11 KNMG-meldcode	Politie art. 11 KNMG-meldcode	uitsluitend in geval dit noodzakelijk is om gevaar voor de veiligheid van een kind af te wenden.
uitsluitend in een acute noodsituatie waarin kinderbeschermende maatregelen nodig zijn.	RvdK art. 10 KNMG-meldcode	Veilig Thuis RvdK artt. 6, 10 KNMG-meldcode	indien door deze instanties een onderzoek is ingesteld naar kindermishandeling.
uitsluitend in een situatie van ondertoezichtstelling waarin informatieverstrekking noodzakelijk kan worden geacht om kindermishandeling te stoppen of een redelijk vermoeden daarvan te laten onderzoeken.	Gezins-voogd/jeugd-beschermer art. 8 KNMG-meldcode	Andere professionals art. 9 KNMG-meldcode	indien het belang van het kind gegevensverstrekking vereist en er geen andere weg open staat dan het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.

Het KNMG-toetsingskader voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim anders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding ligt dichter tegen het cvp-toetsingskader aan dan in geval van het zetten van stap 4 en stap 5b uit art. 4 KNMG-meldcode (2015).[100] Niettemin leid ik uit het verschil met het cvp-toetsingskader af dat het accent op spreken-tenzij is komen te liggen. Indien aan de zorgvuldigheidsnormen en de situationele voorwaarden is voldaan en dit leidt tot de keuze 'spreken', dan is de arts dus op grond van de KNMG-meldcode (2015) ook verplicht te spreken.

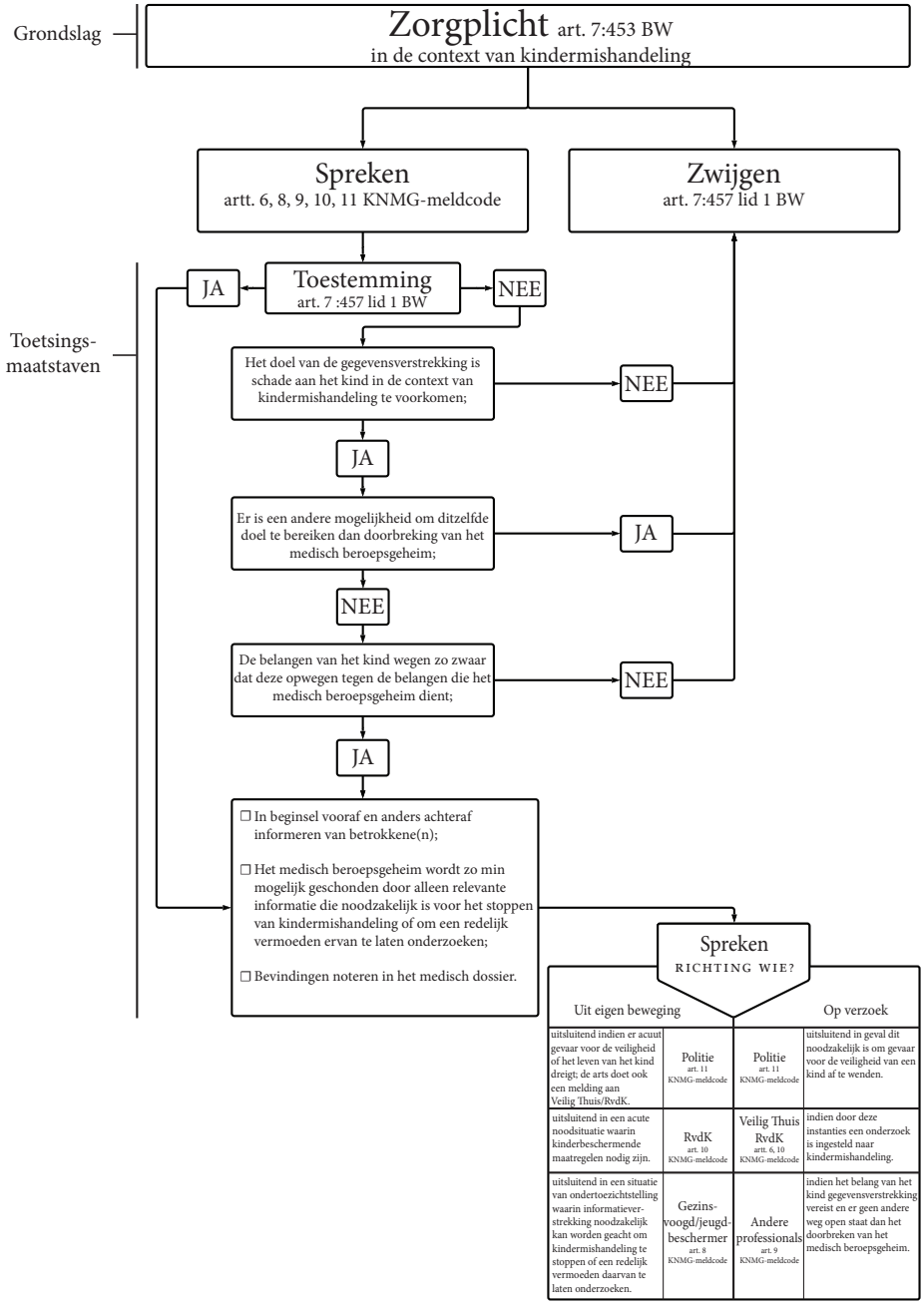
In de bijlage 'Zorgplicht, beroepsgeheim en melden' van de KNMG-meldcode (2015) lees ik dat de in het schema vermelde zorgvuldigheidseisen die volgens de KNMG-meldcode (2015) gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, voortvloeien uit de zorgplicht van de arts:

> 'Artsen hebben een zorgplicht voor hun patiënten. Deze plicht is neergelegd in de WGBO. Deze wet verlangt van de arts dat hij bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht neemt. (…). Zou de (tucht)rechter gevraagd worden een oordeel te geven over het optreden van de arts *(bedoeld wordt: het doorbreken van het medisch beroepsgeheim (MSvD)*) dan wordt vooral de zorgvuldigheid beoordeeld van de totstandkoming van het besluit (*tot doorbreking van het medisch beroepsgeheim, (MSvD)).*'[101]

Kennelijk beschouwen de opstellers van de KNMG-meldcode (2015) ook in de situaties waarin het niet gaat om het doen van een Veilig Thuis-melding, de zorgplicht als juridische basis voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, ook al is dit nogal terzijde gesteld. Steun voor de gedachte dat de juridische basis daarvoor in ieder geval niet conflict van plichten is, of althans niet zou moeten zijn, geeft het in de KNMG-meldcode (2015) aangereikte toetsingskader dat immers verschilt van het cvp-toetsingskader. De arts doorbreekt gerechtvaardigd het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling door aan de in de KNMG-meldcode (2015) bepaalde zorgvuldigheidsnormen te voldoen die dus voortvloeien uit de zorgplicht en niet uit conflict van plichten en het daarbij behorende cvp-toetsingskader, dat immers deels is losgelaten. Schematisch lees ik de code als volgt:

100 KNMG-meldcode 2015, p. 11, p. 35, p. 38, p. 40, p. 41.
101 KNMG-meldcode 2015, p. 45-46.

Schema 6: Grondslagen en toetsingsmaatstaven voor zwijgen of spreken bij kindermishandeling (anders dan i.g.v. Veilig Thuis-melding uit eigen beweging); artt. 6, 8, 9, 10, 11 KNMG-meldcode *Kindermishandeling en huishoudelijk geweld. Onderdeel kindermishandeling* 2015.



In dit stramien geldt de zorgplicht als overkoepelende plicht waarvan zowel de wettelijke plicht tot zwijgen (art. 7:457 lid 1 BW) als de plicht tot spreken op grond van een van de genoemde bepalingen uit de code deel uitmaken. De arts blijft zwijgen als de balans op grond van de zorgvuldigheidnormen die voortvloeien uit de zorgplicht bij kindermishandeling niet doorslaat naar 'spreken'. Als de balans op grond van de zorgvuldigheidsnormen wel in de richting uitslaat van 'spreken', dan is de arts verplicht het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Deze plicht is niet alleen te beschouwen als een professionele plicht, maar ook als een wettelijke omdat deze immers berust op de wettelijke zorgplicht van de arts (art. 7:453 BW). De arts noteert de bevindingen in het medisch dossier.[102]

Ofschoon de zorgplicht en de daarmee samenhangende zorgvuldigheidsnormen iets meer ruimte bieden het medisch beroepsgeheim te doorbreken dan het cvp-toetsingskader, wordt de arts de meeste ruimte tot spreken geboden als het gaat om het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging en waarvoor het stappenplan geldt. De vraag is of dit onderscheid wenselijk is in het licht van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling teneinde de minderjarige patiënt hiertegen te beschermen. Zou, indien het gaat om informatie-uitwisseling anders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging niet ook een op het stappenplan gelijkend toetsingskader moeten gelden? Het antwoord op deze vraag hangt af van de wijze waarop het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling in de rechtspraak wordt getoetst. Deze vraag komt aan de orde in hoofdstuk 9.

8.8 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is onderzocht waaruit in de KNMG-meldcode (2015) de accentverschuiving van zwijgen naar spreken blijkt en hoe de accentverschuiving richting spreken zich verhoudt tot de uitzonderingsgrond op het medisch beroepsgeheim: conflict van plichten en het daarbij behorende cvp-toetsingskader dat gebaseerd is op zwijgen-tenzij. Ook is onderzocht welke rol de zorgplicht ex art. 7:453 BW speelt in geval van kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders. Het onderzoek heeft geleid tot de volgende bevindingen:

i) De juridische basis voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim is niet langer conflict van plichten maar de zorgplicht ex art. 7:453 BW
In par. 8.3-8.7 is gebleken dat in de KNMG-meldcode een alternatieve grondslag voor conflict van plichten wordt aangedragen: de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit art. 7:453 BW. Deze zorgplicht biedt niet alleen

102 KNMG-meldcode 2015, p. 23 (art. 3 KNMG-meldcode).

een juridische basis voor het spreken op grond van de KNMG-meldcode, maar kan, zoals ook in deel I is betoogd, eveneens het zwijgen van de arts ex art. 7:457 lid 1 BW, omvatten.
Deze overkoepelende zorgplicht geldt niet langer als een met de zwijgplicht conflicterende plicht, maar als een zelfstandige grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling. Dit betekent dat als op grond van de zorgplicht en het in dat kader te volgen pad met zorgvuldigheidsnormen – en in geval van een eigen melding ook met stappen – leidt richting 'spreken', de arts daartoe ook wettelijk verplicht is. Ook de zwijgplicht vindt in de context van kindermishandeling door ouders zijn basis in de overkoepelende zorgplicht. Steun voor de gedachte dat de zwijgplicht een aspect is van de zorgplicht, is ook te vinden in de Engelse literatuur waarin de onderzoekster Jackson het volgende benadrukt:

> 'An alternative basis for the duty of confidentiality at common law would be to characterize it as an aspect of the doctor's duty of care.'[103]

Het karakteriseren van de zwijgplicht als deel uitmakend van de zorgplicht ('the duty of care') lijkt daarmee een gedachte die ook elders, althans in Engeland leeft, ook al heeft zij daar nog niet geleid tot een vertaling ervan in de professionele regelgeving, zoals wél in Nederland.
Het niet langer conceptualiseren van de zwijgplicht als zelfstandige plicht leidt ertoe dat de arts meer ruimte wordt geboden het medisch beroepsgeheim te doorbreken dan wanneer hiervoor een beroep op de strengere grondslag conflict van plichten zou worden gedaan.

ii) Er gelden twee KNMG-toetsingskaders voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim

In de KNMG-meldcode wordt onderscheiden tussen (a) de situatie waarin de arts *uit eigen beweging* een Veilig Thuis-melding doet, en (b) de situatie waarin *anders* dan door het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging, informatie wordt verstrekt door de arts. Voor beide situaties geldt weliswaar de zorgplicht als juridische basis voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, maar er blijken twee verschillende toetsingskaders te gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, die elk op hun beurt verschillen van het cvp-toetsingskader.

a. De situatie waarin de arts uit eigen beweging een Veilig Thuis-melding doet

In par. 8.4 en par. 8.5 is gebleken dat de KNMG-meldcode de arts in plaats van het cvp-toetsingskader een ander toetsingskader aanreikt, dat hier het

103 Jackson 2006, p. 321.

'KNMG-toetsingskader' is genoemd. Dit bestaat uit zorgvuldigheidsnormen en een te volgen stappenplan.

Het KNMG-toetsingskader blijkt niet een-op-een overeen te komen met het cvp-toetsingskader. Het cvp-criterium dat de arts 'alles in het werk moet stellen toestemming te krijgen voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim' keert niet terug in het KNMG-toetsingskader. Evenmin keert terug dat de arts in 'gewetensnood' dient te verkeren alvorens het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Dit is een welkome ontwikkeling die objectiviteit brengt in de toetsing van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Gewetensnood bleek in par. 5.4.1.3 immers een wel erg subjectief criterium te zijn. Hiervoor in de plaats komen stappen die bestaan uit het onderzoeken van het vermoeden van kindermishandeling (stap 1), advies vragen aan Veilig Thuis en eventueel andere collega´s (stap 2), overleg voeren met ouders (stap 3) en met andere professionals die bij de zorg betrokken zijn (stap 4), bieden en monitoren van vrijwillige hulp (stap 5a) en tenslotte het doen van een Veilig Thuis-melding (stap 5b). In acht te nemen zorgvuldigheidsnormen zijn voorts (i) het nauwkeurig noteren van bevindingen in het medisch dossier en (ii) het informeren van betrokkenen over het doen van een Veilig Thuis-melding.

Betoogd is dat de zorgvuldigheidsnormen en stappen van de KNMG-meldcode tot een eerdere doorbreking van het medisch beroepsgeheim leiden in geval van kindermishandeling of vermoedens daarvan.[104] Dit is vooral toe te schrijven aan het niet terugkeren van het vereiste uit het cvp-toetsingskader dat de arts 'alles in het werk moet stellen om toestemming van betrokkenen te verkrijgen'. De ontwikkeling richting 'spreken' wordt verder versterkt onder vigeur van het Besluit van 23 juni 2017 en het daarbij behorende toetsingskader. Daarin wordt immers vanaf 1 januari 2019 de weg naar het doen van een melding van voor het kind acute of structurele onveiligheid verkort door stap 5a weg te snijden. Bovendien geldt in niet acuut of structureel onveilige situaties dat de arts samen met Veilig Thuis moet nagaan of het gevaar voor het kind door het inzetten van hulp kan worden weggenomen, en dergelijk overleg impliceert dat er is gemeld aan Veilig Thuis, ook als de arts zelf hulp zou kunnen bieden en betrokkenen deze omarmen. Aangegeven is dat die doorbreking van het medisch beroepsgeheim zich het beste laat plaatsen in de context van de zorgplicht die op de behandelend arts rust. Ten slotte is aangegeven dat de arts van wie wordt verwacht dat hij overlegt met Veilig Thuis, ook als hij zelf hulp kan bieden, dit doet met de vertrouwensarts (par. 8.6). Dit sluit meer aan

104 *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017 behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291. Hierin zal het verplicht melden aan Veilig Thuis een leidende norm zijn.

bij de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit die in algemene zin gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.

b. De situatie waarin de arts informatie verstrekt op een andere wijze dan door het zelf doen van een Veilig Thuis-melding

In par. 8.7 is voorts gebleken dat het cvp-toetsingskader is losgelaten indien de arts informatie verstrekt aan een derde op een andere wijze dan door het zelf doen van een Veilig Thuis-melding. Het betreft hier de situatie waarin (i) de arts zelf informatie verstrekt aan de gezinsvoogd/jeugdbeschermer (art. 8 KNMG-meldcode), of aan andere professionals (art. 9 KNMG-meldcode), of aan de RvdK (art. 10 KNMG-meldcode) of aan de politie (art. 11 KNMG-meldcode). Daarnaast kan het gaan om de situatie waarin (ii) de arts wordt bevraagd door andere professionals (art. 9 KNMG-meldcode), de RvdK (art. 10 KNMG-meldcode), of de politie (art. 11 KNMG-meldcode).

Voor beide situaties geldt één KNMG-toetsingskader. In twee opzichten verschilt dat KNMG-toetsingskader van het cvp-toetsingskader Ten eerste geldt in het KNMG-toetsingskader niet het cvp-criterium dat de arts 'alles in het werk moet stellen om toestemming te verkrijgen voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim'. In de KNMG-meldcode geldt immers een genuanceerder criterium, namelijk dat de arts moet kunnen aantonen 'waarom geen toestemming is gevraagd of verkregen'. Ofschoon in formulering op elkaar gelijkend, is betoogd dat het criterium uit het KNMG-toetsingskader – 'toestemming vragen of verkrijgen is niet mogelijk' – niet een-op-een overeenkomt met het criterium uit het cvp-toetsingskader. Het bleek hier immers vooral te gaan om het *in gesprek gaan* met betrokkenen teneinde hen te informeren over de mogelijke doorbreking van het medisch beroepsgeheim. Dit blijkt evenwel niet uit de formulering dat de arts moet kunnen aantonen 'waarom geen toestemming is gevraagd of verkregen'. Hierop kom ik terug in par. 9.6.

Betoogd is voorts dat de keuze voor het opnemen van een met het cvp-criterium vergelijkbaar criterium in het KNMG-toetsingskader, het accent minder overtuigend op 'spreken' ligt dan in geval van een Veilig Thuis-melding. Voor het doen van een Veilig Thuis-melding ligt de nadruk immers op het *informeren* van betrokkenen over het voornemen een Veilig Thuis-melding te doen.

Ten tweede keert het cvp-criterium dat de arts in gewetensnood moet verkeren alvorens het medisch beroepsgeheim te doorbreken niet terug in het KNMG-toetsingskader. Betoogd is dat het criterium gewetensnood niet langer nodig is, omdat zowel spreken als zwijgen op grond van de zorgplicht geschiedt. Het pad dat is geplaveid met uit de zorgplicht voortvloeiende zorgvuldigheidsnormen leidt de arts immers naar die keuze. Van gewetensnood als zelfstandig criterium is niet langer sprake, alhoewel daar in voorkomende gevallen natuurlijk wel sprake van kan zijn.

iii) Vergelijking wettelijke spreekrechten en KNMG-meldcode

Samenvattend levert een vergelijking tussen de meldrechten, zoals besproken in hoofdstuk 7 en de KNMG-meldcode, zoals besproken in hoofdstuk 8, de volgende inzichten op.

a. In zowel de wettelijke spreekrechten als de KNMG-meldcode is de wettelijke definitie van het begrip kindermishandeling (art. 1.1 Jw en art 1.1.1 Wmo) als uitgangspunt genomen.[105] De KNMG-meldcode kleurt de ruime definitie van het wettelijk begrip als volgt in. De ongeborenen vallen onder het begrip 'minderjarigen' (zie in dezelfde zin par. 6.3.1). Het begrip 'ernstige schade' uit de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling (par. 6.7) is in de KNMG-meldcode ingevuld als '*reële*' kans op (dreigende) schade (par. 8.5). De reden hiervoor is dat de arts – ook al is de ernst van de schade (in de toekomst) niet aan te tonen – toch op basis van onderzoek een reële inschatting kan maken van het risico dat schade voor het kind zal optreden, en hij daarop kan handelen.[106] Daardoor ontstaan er in feite twee verschillende begrippen kindermishandeling. Bovendien expliciteert het afwegingskader (2018) in welke gevallen sprake is van ernstige kindermishandeling waarvan altijd een melding moet worden gedaan aan Veilig Thuis. Het gaat hierbij om acute en/of structurele onveiligheid voor het kind.
b. De situering van de wettelijke spreekrechten in de context van conflict van plichten, zoals besproken in par 7.2.3, komt niet overeen met de KNMG-meldcode. De doorbreking van het medisch beroepsgeheim is in de KNMG-meldcode immers gepositioneerd in de context van de *zorgplicht* (par. 8.4-8.7). Deze geldt als zelfstandige grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.
c. Het *cvp-toetsingskader* dat gebaseerd is op de gedachte van zwijgentenzij is in de KNMG-meldcode losgelaten. Daarvoor in de plaats komen *in de KNMG-meldcode twee toetsingskaders*: (1) het KNMG-toetsingskader voor het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging en (2) het KNMG-toetsingskader anders dan voor het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging. Dit laatste bevat geen stappenplan voor de arts.

---

105 KNMG-meldcode 2015, p. 19; Zie in gelijke zin: *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017, p. 4, behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291.

106 Opvallend is dat in *Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling* 2017 behorend bij Besluit van 23 juni 2017 (Besluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2017, 291 wordt gesproken van acute onveiligheid en/of structurele onveiligheid voor het doen van een melding. Dit lijkt een strengere norm dan 'kans op reële schade'. Zie hierover 10.4.

d. Tenslotte is gebleken dat het wettelijk *recht* tot spreken (par. 7.2.3) op grond van de zorgplicht ex art. 7:453 BW kan omslaan in de *plicht* tot spreken (par. 8.4-8.7). En omgekeerd, de zwijgplicht (ex art. 7:457 lid 1 BW) krijgt in de context van kindermishandeling het karakter van een zwijgrecht. De zwijgplicht vindt, evenals de spreekplicht, immers zijn basis in de overkoepelende zorgplicht van art. 7:453 BW.

De hierboven geduide ontwikkeling – het loslaten van de cvp-grondslag in de KNMG-meldcode (2015) en het daarbij behorende cvp-toetsingskader, het bestaan van een zorgplicht als alternatieve grondslag en van twee KNMG-toetsingskaders voor verschillende situaties van informatie-uitwisseling – doet evenwel ook vragen rijzen. Het is immers vanwege de onderlinge verschillen tussen de toetsingskaders voor de arts niet op voorhand duidelijk waaraan de doorbreking van het medisch beroepsgeheim in rechte wordt getoetst. Dit werkt rechtsonzekerheid en daarmee terughoudendheid ten aanzien van informatieverstrekking in de hand. Dat verdraagt zich niet goed met de gewenste en noodzakelijke bescherming van het mishandelde kind in geval van kindermishandeling door ouders. Hierop kom ik in par. 10.2 en par. 10.3 terug. Met deze constatering ben ik aangekomen bij de vraag hoe de tuchtrechter het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders toetst.

9 Concrete toetsing van doorbreking medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders

9.1 INLEIDING

In hoofdstuk 9 richt mijn onderzoek zich op de vraag hoe in rechte de doorbreking van het medisch beroepsgeheim wordt getoetst. Is de grondslag hiervoor het conflict van plichten en vindt de toetsing plaats aan de hand van het cvp-toetsingskader? Of toch veeleer aan de hand van de KNMG-toetsingskaders? Een daarvan voorziet in een handzaam stappenplan en geldt voor een melding uit eigen beweging aan Veilig Thuis. Het andere kader bevat geen stappenplan, maar een vijftal zorgvuldigheidsvragen en is bedoeld voor alle andere situaties waarin het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling wordt doorbroken. Beide, zo bleek in hoofdstuk 8, bieden de arts meer ruimte om het medisch beroepsgeheim te doorbreken dan op grond van conflict van plichten.

In dit onderzoek ligt de nadruk op de tuchtrechtspraak omdat de tuchtrechtelijke uitspraken over doorbreking van de zwijgplicht in de context van kindermishandeling verreweg het belangwekkendst en het talrijkst zijn.[1] De tuchtcolleges van de gezondheidszorg beoordelen niet of de arts onrechtmatig of strafbaar heeft gehandeld, maar beoordelen in de regel het handelen van de arts aan de hand van de vraag of de arts binnen de grenzen van een redelijk bekwame beroepsuitoefening is gebleven, rekening houdend met de stand van de wetenschap ten tijde van het handelen waarover wordt geklaagd en met hetgeen toen in de beroepsgroep ter zake als norm of standaard was aanvaard.[2] Aan het oordeel van de tuchtrechter, over de zorgvuldigheid die de arts in het licht van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim heeft betracht, wordt in civiele zaken waarde gehecht.[3]

---

1 Circa 10% van meer dan 100 onderzochte uitspraken over het medisch beroepsgeheim en kindermishandeling is van civiel- of strafrechtelijke aard en circa 90% is van tuchtrechtelijke aard.

2 Zie bijv. CTG 24 maart 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:141; CTG 4 september 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:319, *GZR-Updates.nl* 2014/0371; RTG Groningen 21 februari 2017, ECLI:NL:TGZRGRO:2017:4, r.o.4.1.

3 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:719, r.o. 5.4, *JA* 2015/54 waarin werd aangegeven dat een professionele melding niet licht terzijde kan worden gelegd. Zie in dezelfde lijn: Rb. Amsterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7955, r.o. 4.10, *JA* 2016/3.

Het relatief geringe aantal aangetroffen civielrechtelijke uitspraken terzake betreft de vraag of er sprake is van een onrechtmatige daad jegens degene tegen wie de melding van kindermishandeling of een vermoeden daarvan is gedaan.[4] Hierover oordeelt de rechter dat het opzettelijk doen van een valse melding onrechtmatig is. Bovendien is het doen van een melding onrechtmatig indien bij de beoordeling van de Veilig Thuis-melding niet een zodanige mate van zorgvuldigheid in acht is genomen die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam arts mag worden verwacht.[5]

De aangetroffen strafrechtelijke zaken gaan doorgaans niet over het doorbreken van de zwijgplicht, maar over dat van het verschoningsrecht van de arts. De arts zwijgt in eerste instantie en de rechter bepaalt vervolgens of het verschoningsrecht moet wijken voor de waarheidsvinding.[6]

Rechters verwijzen in algemene zin naar de wettelijke omschrijving van het begrip kindermishandeling.[7] De tuchtrechter verwijst daarnaast expliciet naar de KNMG-meldcode.[8] Voor dit onderzoek zijn tuchtrechtuitspraken onderzocht vanaf de periode 1 september 2008 – het moment waarop in de KNMG-meldcode het accent richting spreken-tenzij is verschoven – tot aan de kopijdatum van dit proefschrift. Ofschoon ontwikkelingen zoals het nieuwe afwegingskader dat vanaf 1 januari 2019 gaat gelden, in dit proefschrift zijn meegenomen, heeft dit uiteraard nog niet geleid tot uitspraken die aan dat kader zijn getoetst. Incidenteel komen ook uitspraken aan de orde waarop een

4 Zie bijv. Rb. Amsterdam 13 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1494, *JA* 2012/162; Rb. Midden-Nederland 10 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:832, *GJ* 2015/53.

5 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland 10 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:832, r.o. 4.1, *GJ* 2015/53; Rb. Amsterdam 13 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1494, r.o. 4.3, *JA* 2012/162.

6 Zie bijv. Rb. Overijssel 7 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3383, *NJFS* 2016/21; HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, *NJ* 2012/537 (arts moest informatie alsnog verstrekken) versus HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263 (arts hoefde informatie niet aan het OM te verstrekken); HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1756, *NJ* 2014/94 (medisch beroepsgeheim blijft in stand, succesvol beroep op verschoningsrecht); HR 5 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BP6141, *NJ* 2011/416 (verschoningsrecht moet wijken voor waarheidsvinding). Vgl. CTG 30 augustus 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2310, *GJ* 2013/3.

7 Zie voor strafrechtelijke zaken over kindermishandeling bijv. HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1756, r.o. 6.3, *NJ* 2014/94. Zie voor civielrechtelijke zaken over kindermishandeling bijv. Hof Den Haag 12 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2532, r.o. 23, *Nieuws Personen- en Familierecht* 2015/611; Rb. Gelderland 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:5574, *NJF* 2015/197; Rb. Utrecht 29 oktober 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB8303; Zie voor tuchtrechtelijke zaken bijv. CTG 21 mei 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:172, *GJ* 2015/85 (vervolg op: RTG Eindhoven 24 februari 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:31, r.o. 5); RTG Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:TGZAMS:2016:16, r.o. 5.3.

8 Zie bijv. CTG 15 februari 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:55 (vervolg op RTG Amsterdam 9 mei 2017, nr. 16/051, r.o. 5.1); CTG 21 november 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:323 (vervolg op RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.1); CTG 21 mei 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:172, *GJ* 2015/85 (vervolg op: RTG Eindhoven 24 februari 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:31, r.o. 5); RTG Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:16, r.o. 5.3.

eerdere KNMG-meldcode van toepassing is (2002, 2004), maar dat zal zijn omdat de desbetreffende uitspraak blijk geeft van het anticiperen op de accentverschuiving richting een 'spreken-tenzij'.

In dit onderzoek is de structuur van hoofdstuk 8 gevolgd. Eerst wordt geanalyseerd hoe de tuchtrechter een doorbreking van de zwijgplicht toetst in geval de arts heeft overlegd met andere professionals in de opmaat naar het doen van een Veilig Thuis-melding (art. 4 stap 4 KNMG-meldcode 2015). Vervolgens komt in par. 9.3 de toetsing in rechte van de Veilig Thuis-melding aan de orde (art. 4 stap 5b KNMG-meldcode 2015) en zal worden geconcludeerd over de grondslag en de toetsingsmaatstaven ter zake (par. 9.4).

Voorts staat in par. 9.5-9.8 de beoordeling in rechte van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim anders dan in de twee hiervoor genoemde gevallen, centraal. Hierin gaat het om (i) de situatie waarin de arts is bevraagd en (ii) de situatie waarin de arts uit eigen beweging informatie verstrekt, maar niet in de vorm van een Veilig Thuis-melding. Uit de conclusie zal moeten blijken welke grondslag(en) en toetsingsmaatstaven er voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim bij de rechterlijke toetsing in geval van kindermishandeling worden aangedragen.

9.2 Analyse (tucht)rechtspraak bij doorbreking van het medisch beroepsgeheim door het zetten van stap 4 uit art. 4 KNMG-meldcode (2015): zorgplicht en toetsingsmaatstaven

Uit de analyse van de rechtspraak blijkt dat toetsing aan stap 4 uit art. 4 KNMG-meldcode (2015) waarin de arts ter verificatie van een vermoeden van kindermishandeling overlegt met een andere professional bovenal aan de orde is daar waar de arts een melding aan Veilig Thuis heeft gedaan. Het is daarvoor een belangrijke toetsingsmaatstaf en geldt als een zorgvuldigheidsnorm in het verificatieproces van een bij de arts gerezen vermoeden van kindermishandeling.[9] Voorts is gebleken dat vrij zelden bij de (tucht)rechter wordt geklaagd over een doorbreking van de zwijgplicht doordat de arts in het verificatieproces overlegt met andere professionals zoals bedoeld in stap 4 van art. 4 KNMG-meldcode (2015). Incidenteel geeft de tuchtrechtspraak hiervan blijk zoals in een zaak waarin de arts naar aanleiding van een signaal van kindermishandeling met het schoolhoofd had gesproken over de ontvangen signalen van kindermishandeling, zonder dat de arts hiervoor toestemming van klager had.[10] In deze zaak beschuldigde de moeder de vader van seksueel misbruik van hun kind. De tuchtrechter komt in deze uitspraak al snel tot het oordeel dat niet is vast komen te staan dat de arts mededelingen heeft gedaan over de gesprekken die hij eerder met de moeder had. De klacht dat het medisch

9 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.1 en 5.3.
10 RTG 's-Gravenhage 3 februari 2009, zaaknr. 2007, O190.

beroepsgeheim geschonden zou zijn, wordt afgewezen waarbij de motivering in essentie betrekking heeft op de feiten in plaats van op het juridisch kader.

Ook is in een aantal andere tuchtrechtelijke uitspraken geklaagd over het doorbreken van het medisch beroepsgeheim door het uitwisselen van informatie in een multidisciplinair overleg kindermishandeling of een vergelijkbaar overleg, waarbij de vertrouwensarts, medewerkers van Veilig Thuis of andere professionals aanwezig waren.[11] De tuchtrechter toetst hier doorgaans nadrukkelijk aan de KNMG-meldcode, maar blijft in de door mij onderzochte jurisprudentie steken bij stap 2 uit art. 4 KNMG-meldcode door na te gaan of de arts de gegevens heeft geanonimiseerd. Zo overwoog de tuchtrechter in een zaak waarin informatie over het kind (K) was uitgewisseld in het MDO waarbij onder meer de vertrouwensarts en een maatschappelijk werker van het AMK aanwezig waren, terzake van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim van de behandelend arts:

> 'Nu bij dit MDO (…) twee medewerkers van het AMK waren betrokken, hadden de werkaantekeningen van verweerder niet de persoonsgegevens van K mogen bevatten. In dit opzicht is sprake van schending van het beroepsgeheim, ook al heeft de vertrouwensarts van het AMK een beroepsgeheim en zou deze wat zij op het MDO heeft vernomen over K weer niet met anderen mogen delen.'[12]

Door de aanwezigheid in het MDO van anderen in de zin van art. 7:457 lid 1 BW geldt het medisch beroepsgeheim van de behandelend arts vanzelfsprekend onverkort. Het gaat hier immers om het verstrekken van informatie aan een 'ander' in de zin van art. 7:457 lid 1 BW. De arts had de gegevens geanonimiseerd moeten presenteren. Hieraan doet niet af dat werkaantekeningen van de arts niet tot het medisch dossier behoren omdat deze immers óók onder het medisch beroepsgeheim vallen, zoals is gebleken onder 3.3.1.5.

9.3 Analyse (tucht)rechtspraak bij doorbreking van het medisch beroepsgeheim door het zetten van stap 5b uit art. 4 KNMG-meldcode (2015): zorgplicht en toetsingsmaatstaven

Uitspraken over doorbreking van het medisch beroepsgeheim door het doen van een Veilig Thuis-melding zijn in aantal groter dan die over het op een

11 Zie bijv. CTG 21 mei 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:172, *GJ* 2015/85 (vervolg op: RTG Eindhoven 24 februari 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:31; casus was geanonimiseerd; klacht afgewezen); RTG Amsterdam 8 april 2014 ECLI:NL:TGZRAMS:2014:52 (diverse experts op het gebied van kindermishandeling aanwezig; klacht niet geanonimiseerd; waarschuwing); RTG Zwolle 29 maart 2013, ECLI:NL:TGZRZWO:2013:YG2797 (docent en medewerker van Bureau Jeugdzorg aanwezig bij overleg, klacht afgewezen).

12 RTG Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:TGZRAMS:2014:52, r.o. 5.5. Zie Hendriks, *TvGR* 2013, p. 433.

andere wijze hebben doorbroken van het medisch beroepsgeheim (arts is bevraagd of verstrekt informatie anders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding). Het doen van een Veilig Thuis-melding vormt in dit licht als het ware het 'pièce de résistance' in de KNMG-meldcode.

Uit de onderzochte uitspraken over het doorbreken van het medisch beroepsgeheim door het doen van een Veilig Thuis-melding wordt verreweg het meest geklaagd voor de tuchtrechter. Uit die uitspraken kan het volgende worden afgeleid.

De tuchtrechter toetst in algemene zin de zorgvuldigheid waarmee de arts het medisch beroepsgeheim dient te doorbreken. In dit licht oordeelt de tuchtrechter dat het toestemmingsvereiste uitgangspunt is voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim door het doen van een Veilig Thuis-melding.[13]

Als toestemming ontbreekt, betekent dit volgens de tuchtrechter niet dat er geen melding aan Veilig Thuis kan worden gedaan.[14] De tuchtrechter oordeelt in diverse uitspraken dat, als toestemming van betrokkenen ontbreekt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, de arts, om zorgvuldig te handelen, moet 'handelen conform het stappenplan'.[15] De tuchtrechter toetst de zorgvuldigheid van het handelen van de arts dus aan de hand van dat stappenplan zoals dat thans is neergelegd in art. 4 KNMG-meldcode (2015). Voor meldingen waarop een eerdere code van toepassing is, toetst de tuchtrechter uiteraard aan het aldaar geldende stappenplan, dat overigens voor wat betreft stap 5b niet anders is geformuleerd dan stap 5b uit art. 4 van de KNMG-meldcode uit 2015. Dat stappenplan bepaalt de professionele norm terzake, aldus de tuchtrechter.[16] Kennelijk laat de tuchtrechter het cvp-toetsingskader los voor wat betreft de beoordeling van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging.

---

13 Zie bijv. RTG Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:146, r.o. 5.2.; CTG 4 september 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:322, r.o. 4.4; RTG 's-Gravenhage 6 januari 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:1, r.o. 5.4, *GZR-updates.nl* 2015/0015; RTG Groningen 9 juni 2015, ECLI:NL:TGZRGRO:2015:40, r.o. 5.3; RTG 's-Gravenhage 17 juni 2014, ECLI:NL:TGZRSGR:2014:65, r.o. 5.2, *GZR-updates.nl* 2014/0246; zie ook RTG 's-Gravenhage 8 mei 2012, ECLI:NL:TGZRSGR:2012:YG2010, r.o. 5.1, *GJ* 2012/88 (m. nt. J.H. Hubben).

14 Zie bijv. CTG 15 februari 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:55, r.o. 5.1; RTG Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:76, r.o. 5.1; CTG 21 mei 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:172, *GJ* 2015/85 (vervolg op: RTG Eindhoven 24 februari 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:31); RTG 's-Gravenhage 6 januari 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:1, *GZR-updates.nl* 2015/0015.

15 Zie bijv. CTG 15 februari 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:55, r.o. 5.1; CTG 2 november 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:297, r.o. 5.3; CTG 21 mei 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:172, r.o. 5a, *GJ* 2015/85; RTG Zwolle 16 maart 2018, ECLI:NL:TGZRZWO:2018:67, r.o. 5.3; RTG Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:16, r.o. 5.4-5.8; RTG Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:71, r.o. 5.3; RTG 's-Gravenhage 6 januari 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:1, r.o. 5.1, *GZR-updates.nl* 2015/0015; RTG Zwolle 21 februari 2013, ECLI:NL:TGZRZWO:2013:YG2667, r.o. 5.3. Zie ook: Hendriks, De Roode & Sombroek-Van Doorm, *FJR* 2009, p. 287-290.

16 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.1.

Incidenteel noemt de tuchtrechter de zorgplicht als juridische basis voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim en voor de daaruit voortvloeiende zorgvuldigheidsnormen:

> 'Artsen hebben een zorgplicht tegenover kinderen die mogelijk schade door kindermishandeling kunnen oplopen. In het kader van die zorgplicht dient de in de Meldcode genoemde zorgvuldigheid in acht te worden genomen. De zorgvuldigheid, zo geeft het stappenplan aan, brengt onder meer mee dat van de beslissing van een beroepsbeoefenaar een AMK-melding te doen en van de daaraan ten grondslag liggende overwegingen zorgvuldig aantekening wordt gehouden in het dossier en voorts dat zo mogelijk een gesprek wordt aangegaan met de betrokkenen met als doel onder meer om toestemming te verkrijgen voor de doorbreking van de geheimhoudingsplicht.'[17]

Deze geciteerde overweging ondersteunt de visie – die ook uit de KNMG-meldcode (2015) is te herleiden zoals bleek in hoofdstuk 8 – dat de zorgplicht als alternatieve juridische basis kan worden aangemerkt voor het doen van een Veilig Thuis-melding en voor het conflict van plichten. Anders was dit nog een aantal jaren eerder toen de zorgplicht veeleer als een met de zwijgplicht conflicterende plicht werd gepresenteerd en de toetsing conform het cvp-toetsingskader verliep.[18] Thans plaatst de tuchtrechter, zij het nog incidenteel, de in acht te nemen zorgvuldigheid in de context van de zorgplicht. Van die zorgvuldigheid maken, zo blijkt uit voornoemd citaat, een stappenplan en andere zorgvuldigheidsnormen deel uit; en deze gelden als belangrijke toetsingsmaatstaven voor de uiteindelijke doorbreking van het medisch beroepsgeheim door het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging.

De rode draad in de wijze waarop de tuchtrechter toetst aan de afzonderlijke stappen (1-5a) uit art. 4 KNMG-meldcode die leiden tot het doen van een Veilig Thuis-melding (stap 5b), wordt hieronder per stap beschreven.

Stap 1

De tuchtrechter overweegt in geval van het doen van een Veilig Thuis-melding vooreerst of de arts voldoende grond heeft voor het vermoeden van kindermishandeling.[19] Daarbij wordt uitgegaan van de omschrijving van kindermishan-

17 CTG 4 september 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:322, r.o. 4.4 (vervolg op: RTG Eindhoven 19 september 2013, ECLI:NL:TGZREIN:2013:20). Zie ook RTG Zwolle 16 maart 2018, ECLI:NL:TGZRZWO:2018:67, r.o. 5.2.

18 Zie bijv. CTG 19 mei 2009, nr. 2008/008, r.o. 2.3 waarin de zorgplicht tegen de zwijgplicht wordt afgewogen.

19 Zie bijv. CTG 20 maart 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:92 (vervolg op RTG Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:75, nr. 16/472, r.o. 4.2); RTG Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:75, r.o. 5.2 ('Er was sprake van een terecht vermoeden van toegebracht letsel, waardoor de veiligheid van E in het geding was.').

deling zoals bedoeld in de KNMG-meldcode.[20] De arts moet beschikken over signalen van kindermishandeling – ook al zijn deze maar beperkt – en deze kunnen onderbouwen. Het is niet vereist dat de arts er zeker van is dat er van kindermishandeling zoals bedoeld in de wet sprake is, aldus de tuchtrechter.[21] Volgens de tuchtrechter is dat de taak van Veilig Thuis.[22] Voldoende is dat hij het vermoeden van kindermishandeling verifieert. Ook hier volgt de tuchtrechter de KNMG-meldcode.[23] Als achteraf blijkt dat er geen sprake is van kindermishandeling, beoordeelt de tuchtrechter overigens wel in hoeverre de arts die bevinding heeft genoteerd in het medisch dossier van de minderjarige patiënt.[24] Dossiervoering is van belang in het licht van het zorgvuldig handelen van de arts.

Bij de zorgvuldigheid van het handelen betrekt de tuchtrechter de wijze waarop signalen worden onderbouwd: het moet gaan om een feitelijke en objectieve beschrijving onder vermelding van bronnen. Alleen dat wat voor de melding relevant is, moet worden genoteerd in het medisch dossier.[25] Dit betekent dat de wijze waarop de bevindingen zijn beschreven en genoteerd in het medisch dossier in de beoordeling wordt betrokken en dat deze van belang is in het licht van de vereiste zorgvuldigheid in geval van doorbreking van het medisch beroepsgeheim. Dit sluit aan bij hetgeen in de KNMG-meldcode terzake is gesteld.[26]

---

20 Zie bijv. CTG 15 februari 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:55 (vervolg op RTG Amsterdam 9 mei 2017, nr. 16/051); RTG Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:16, r.o. 5.3.

21 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.3; CTG 16 april 2013, ECLI:NL:TGZCTG:2013:YG2848, r.o. 4.3, *GJ* 2013/76; CTG 7 april 2009, nr. 2008/212, *Stcrt*. 2009, 89; RTG Zwolle 13 januari 2011, ECLI:NL:TGZRZWO:2011:YG0843, r.o. 5.3.

22 Zie bijv. CTG 20 maart 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:92 (vervolg op RTG Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:75, nr. 16/472, r.o. 4.4); CTG 2 november 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:297, r.o. 4.5; CTG 16 april 2013, ECLI:NL:TGZCTG:2013:YG2849, r.o. 4.6, *GJ* 2013/76; CTG 21 mei 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:172, *GJ* 2015/85; CTG 7 april 2009, *MC* 2009, p. 1291-1294, r.o. 3.2; RTG Zwolle 16 maart 2018, ECLI:NL:TGZRZWO:2018:67, r.o. 5.8; RTG 's-Gravenhage 6 januari 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:1, r.o. 5.2, *GZR-updates.nl* 2015/0015.

23 Zie bijv. RTG Zwolle 7 juli 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:121, r.o. 5.3; RTG Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:75, r.o. 5.2-5.4, In de KNMG-meldcode staat niet met zoveel woorden dat de arts kindermishandeling niet hoeft aan te tonen (KNMG-meldcode 2015, p. 23). In de Engelse code staat dit expliciet ('You do not need to be certain'; General Medical Council 2012, p. 23).

24 Zie bijv. CTG 16 april 2013, ECLI:NL:TGZCTG:2013:YG2848, r.o. 2.5.8, *GJ* 2013/76; CTG 7 april 2009, nr. 2008/212, *Stcrt*. 2009, 89; RTG Zwolle 13 januari 2011, ECLI:NL:TGZRZWO:2011:YG0843, r.o. 5.3.

25 Zie bijv. CTG 4 september 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:322, r.o. 4.4; RTG Amsterdam, 8 april 2014, ECLI:NL:TGZRAMS:2014:54, r.o. 5.4; RTG Eindhoven 19 september 2013, ECLI:NL:TGZREIN:2013:20, r.o. 5; RTG Groningen 9 april 2013, ECLI:NL:TGZRGRO:2013:33, r.o. 3.2.

26 Zie hiervoor par. 8.5.

Stap 2 (verplicht inwinnen AMK-advies; consulteren collega's)
Stap 2 is in het oordeel van de tuchtrechter een belangrijke stap die de arts moet zetten. Deze biedt de arts immers de mogelijkheid (i) te verifiëren of signalen inderdaad wijzen op kindermishandeling, (ii) welke acties de arts kan ondernemen om meer duidelijkheid daarover te krijgen, (iii) hoe het vermoeden met ouders kan worden besproken, (iv) welke hulp kan worden ingezet en (v) of een melding aangewezen is.[27] De tuchtrechter oordeelt dat het inroepen van de expertise van Veilig Thuis waarbij de gegevens anoniem worden gepresenteerd, een 'must' is voor de vereiste zorgvuldigheid waarmee het doorbreken van het medisch beroepsgeheim moet zijn omkleed.[28] Dit is alleen anders, volgens de tuchtrechter, indien de SEH-arts overweegt een Veilig Thuis-melding te doen.[29] De tuchtrechter overweegt dat stap 2 in dat geval geen vereiste is vanwege het eenmalig, kortdurend contact met de patiënt en de snelheid waarmee gehandeld dient te worden.[30]

Indien de arts overlegt met een deskundige collega of collega's in een multidisciplinair overleg (MDO), overweegt de tuchtrechter dat dit op geanonimiseerde wijze dient te geschieden. Gebeurt dit niet, dan komt dit de arts op een waarschuwing te staan.[31]

Stap 3 (gesprek met de ouders)
De tuchtrechter betrekt in het licht van de zorgvuldigheid waarmee een doorbreking van het medisch beroepsgeheim moet zijn omkleed, de wijze waarop het contact met de ouders is verlopen. Reden om met ouders te spreken over signalen van kindermishandeling is tweeërlei, zo blijkt uit de tuchtrechtspraak. Het is een moment dat onder meer tot doel heeft te verifiëren

27 Zie bijv. CTG 24 maart 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:141, r.o. 5.7; RTG Zwolle 16 maart 2018, ECLI:NL:TGZRZWO:2018:67, r.o. 5.6; RTG 's-Gravenhage 6 augustus 2013, ECLI:NL:TGZRSGR:2013:13, r.o. 5.3.

28 Zie bijv. RTG Eindhoven 19 augustus 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:76, *GJ* 2014/152; RTG Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:TGZRAMS:2014:52, r.o. 5.5 (waarschuwing); RTG Zwolle 13 januari 2011, ECLI:NL:TGZRZWO:2011:YG0843, r.o. 5.2; RTG Amsterdam 2 februari 2010, ECLI:NL:TGZRAMS:2010:YG0200, r.o. 5.

29 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 6 januari 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:1, r.o. 5.3, *GZR-updates.nl* 2015/0015. Vgl. AMvB bij de Wet verplichte meldcode (Basismodel 2016) waarin stap 2 als mogelijke – en niet verplichte – stap is opgenomen. De opstellers van de KNMG-meldcode gaan iets verder door het zetten van stap 2 in alle gevallen verplicht te stellen, omdat het inwinnen van het deskundig advies van met name de bij Veilig Thuis werkzame vertrouwensarts ter zake van kindermishandeling bijdraagt aan een zorgvuldige afweging van de arts ten aanzien van het al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Vgl. NVK 2016, p. 6.

30 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 6 januari 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:1, r.o. 5.3, *GZR-updates.nl* 2015/0015.

31 Zie bijv. CTG 21 mei 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:172, *GJ* 2015/85 (casus was geanonimiseerd; klacht afgewezen) (vervolg op: RTG Eindhoven 24 februari 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:31); RTG Amsterdam 8 april 2014 ECLI:NL:TGZRAMS:2014:52 (diverse experts op het gebied van kindermishandeling aanwezig; klacht niet geanonimiseerd; waarschuwing).

of het ontstane 'niet pluis gevoel' van de arts terecht is of bijstelling behoeft.[32] Tegelijkertijd is het gesprek bedoeld om toestemming te verkrijgen voor de voorgenomen Veilig Thuis-melding.[33] De tuchtrechter beschouwt stap 3 in algemene zin als een belangrijke stap alvorens het medisch beroepsgeheim te doorbreken.[34] Anders kan dit zijn als (i) blijkt dat de arts snel moet handelen, zoals in het geval waarin ouders dreigden het kind uit het ziekenhuis mee te nemen of waarin de SEH-arts niet vooraf de melding had besproken met klaagster die niet wilde wachten op de crisisdienst.[35] Of als (ii) blijkt dat ouders niet coöperatief zijn, zoals in een zaak waarin de moeder weigerde haar dochter te laten onderzoeken op vermeend seksueel misbruik.[36] Of die waarin ouders na meerdere malen te zijn uitgenodigd voor een gesprek niet kwamen opdagen.[37] Het doorbreken van het medisch beroepsgeheim zónder dit vooraf met de ouders te bespreken, oordeelde de tuchtrechter in die gevallen als zorgvuldig. Als van een van de hierboven genoemde uitzonderingen geen sprake is, is een gesprek met de ouders een toetsingsmaatstaf voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim en de arts moet zich dan ook inspannen om dit gesprek met ouders te voeren.[38] Dit laatste houdt in, zo benadrukt de tuchtrechter, dat het de voorkeur verdient een dergelijk gesprek persoonlijk te voeren en niet per telefoon.[39]

---

32 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.4; RTG Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:75, r.o. 5.2; RTG Zwolle 17 juli 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:121, r.o. 5.3; CTG 4 september 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:322, r.o. 4.4; CTG 6 november 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2392, r.o. 5, *TvGR* 2013/5.

33 Zie bijv. CTG 4 september 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:322, r.o. 4.4. RTG Zwolle 16 maart 2018, ECLI:NL:TGZRZWO:2018:67, r.o. 5.3.

34 Zie bijv. CTG 21 november 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:323, r.o. 5.4 (het CTG spreekt van 'het elementaire hoor en wederhoor'); RTG 's-Gravenhage 6 augustus 2013, ECLI:NL:TGZRSGR:2013:13, r.o. 5.7 (arts voelt zich geïntimideerd, maar had klager direct moeten betrekken). Vgl. RTG Zwolle 15 januari 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:5, r.o. 5.4. De tuchtrechter sauveerde het niet informeren van de ouders aangezien de kinderfysiotherapeut geen zicht had op de situatie van ouders en kind.

35 Zie bijv. RTG Zwolle 7 juli 2017, ECLI:NL: TGZRZWO:2017:121, r.o. 5.3; RTG Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:71 (uit ziekenhuis meenemen kind); RTG 's-Gravenhage 6 januari 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:1, *GZR-updates.nl* 2015/0015 (SEH-arts).

36 Zie bijv. CTG 9 september 2008, nr. 2007/314 (weigerachtige moeder).

37 Zie bijv. RTG Amsterdam 17 augustus 2010, ECLI:NL:TGZRAMS:2010:YG0512, r.o. 3; RTG Amsterdam 1 september 2009, zaaknr. 2008/215, r.o. 5.7.2. Vgl. RTG Zwolle 15 januari 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:5, r.o. 5.4. De tuchtrechter sauveerde het niet informeren van de ouders aangezien de kinderfysiotherapeut geen zicht had op de situatie van ouders en kind; RTG Zwolle 17 juli 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:121, r.o. 5.3. De tuchtrechter sauveerde het niet informeren van de vader gelet op het dreigende gevaar voor de kinderen en het advies van Veilig Thuis te melden zónder vader te informeren.

38 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.4; RTG Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:71, r.o. 5.10; RTG Amsterdam 7 december 2010, ECLI:NL:TGZRAMS:2010:YG0740, r.o. 5.

39 Zie bijv. RTG Groningen 21 februari 2017, ECLI:NL:TGZRGRO:2017:4, r.o. 5.4.

De zorgvuldigheid waarmee een Veilig Thuis-melding moet zijn omkleed vereist ook dat in geval de ene ouder de andere beschuldigt van kindermishandeling, de arts de melding niet kan baseren op het verhaal van die ene ouder.[40] De arts moet er blijk van geven ook de andere ouder te hebben gesproken teneinde het door de verstrekte informatie gerezen vermoeden van kindermishandeling zorgvuldig te verifiëren, en de arts moet hiervan aantekening maken in het medisch dossier.[41] Van het spreken met beide ouders kan uiteraard worden afgeweken in verband met veiligheid en gezondheid van het kind.[42] Niettemin betekent voorgaande dat in het licht van de zorgvuldigheid van de arts een actieve houding wordt verwacht zowel in het onderzoeken en objectiveren van signalen van kindermishandeling als in de dossiervoering.

Uit de analyse van de tuchtrechtspraak over stap 3, valt de uitspraak van het CTG in 2012 op, vooral vanwege de kritiek hierop.[43] In deze zaak ging het om het volgende. Een kind was, zittend op de stang van de fiets van haar zestienjarige broer, met haar voet tussen de spaken gekomen en belandde in het ziekenhuis. Het onderbeen moest onder algehele narcose gehecht worden. Moeder van patiënte, hoewel thuis, kon niet naar het ziekenhuis komen vanwege een ziek kind thuis. Vader vanwege werk evenmin. Inmiddels had de juf van school telefonisch contact opgenomen met de kinderafdeling en daarbij haar zorgen over het gezin geuit. De arts heeft binnen het ziekenhuis overleg gevoerd met iemand die deel uitmaakt van de aandachtsgroep kindermishandeling. Daarna heeft de arts anoniem contact opgenomen met het AMK (tegenwoordig Veilig Thuis) waar zij advies kreeg een AMK-melding te doen. Hierna is de arts een gesprek aangegaan met de vader (de klager) waarin zij haar zorgen uitte en mededeelde dat zij een AMK-melding zou doen. Dienaangaande overwoog het CTG:

> '(…) het Centraal Tuchtcollege is niet gebleken dat de arts hoewel zij bij het aangaan van het gesprek met klager al had besloten dat in het onderhavige geval een melding bij het AMK aangewezen was, een onvoldoende open gesprek met klager is aangegaan teneinde te toetsen of het bij haar ontstane 'niet pluis gevoel' met

40 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.4; RTG Zwolle 21 oktober 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:108, r.o. 5.8; CTG 7 april 2009, 2008/212, *MC* 2009, p. 1291-1294, r.o. 4.5.

41 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.4; RTG Zwolle 21 oktober 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:108, r.o. 5.8; CTG 7 april 2009, 2008/212, *MC* 2009, p. 1291-1294, r.o. 4.5.

42 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.4; RTG Groningen 9 juni 2015, ECLI:NL:TGZRGRO:2015:40, r.o. 5.4; CTG 7 april 2009, 2008/212, *MC* 2009, p. 1291-1294, r.o. 4.4.; RTG Amsterdam 7 december 2010, ECLI:NL:TGZRAMS:2010:YG0740, r.o. 5.

43 CTG 6 november 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2392, *TvGR* 2013/5. Zie voor de kritiek: A.C. Hendriks, annotatie bij CTG 6 november 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2392, *TvGR* 2013/5 (onder 8); zie ook De Jong & Kastelein, *TvGR* 2014, p. 33; Schalken, *TvGR* 2014, p. 213.

> betrekking tot de thuissituatie van de kinderen terecht was of wellicht bijstelling behoefde. De stelling van klager dat hij het gesprek anders heeft ervaren, te weten dat de AMK-melding door de arts als een vaststaand feit werd gebracht, brengt het Centraal Tuchtcollege zonder nadere onderbouwing op dit punt niet tot een ander oordeel. Maar zelfs als dat anders zou zijn, kan het de arts niet tuchtrechtelijk worden verweten dat zij op basis van de (…) opgesomde omstandigheden, reeds voor aanvang van het gesprek met klager tot de overtuiging was gekomen dat in het onderhavige geval een AMK-melding aangewezen was.'[44]

Deze overweging leidde tot kritiek. Volgens Hendriks is een gesprek reduceren tot het doen van een eenzijdige mededeling dat er zal worden gemeld in strijd met letter en geest van de KNMG-meldcode.[45] Met Hendriks ben ik het eens dat art. 4 stap 3 KNMG-meldcode erop gericht is ouders hun kant van het verhaal te laten doen. Dit kan immers ertoe leiden dat van een melding wordt afgezien omdat het vermoeden van kindermishandeling bijstelling behoeft of omdat vrijwillige hulp kan worden ingeroepen. Daarom omvat de in stap 3 verwoorde gespreksplicht meer dan het doen van een eenzijdige mededeling door de arts, dat er zal worden gemeld.

Hendriks benadrukt dat het CTG een 'gradueel andere toetsingsmaatstaf' aanlegt door te onderzoeken of er sprake was van een 'voldoende open gesprek' met klager teneinde te toetsen of het bij de kinderarts ontstane 'niet pluis gevoel' met betrekking tot de thuissituatie van de kinderen terecht was of wellicht bijstelling behoefde.[46] Legt het CTG inderdaad een gradueel andere toetsingsmaatstaf aan? Het komt mij voor dat het onderzoeken of er sprake is geweest van een voldoende open gesprek met de ouders ingevolge stap 3, geen blijk geeft van het aanleggen van een gradueel andere toetsingsmaatstaf maar eerder van het toepassen van de professionele norm ter zake, gegeven het feit dat de arts op grond van de haar bekende feiten al een zodanig ernstig vermoeden van een vorm van kindermishandeling had, dat een melding in de rede lag. Kennelijk heeft het CTG geoordeeld dat de arts, niettegenstaande de voorafgaande overweging, zich open heeft gesteld op een wijze die tot een heroverweging had kunnen leiden van het besluit een melding van kindermishandeling te doen. Toegegeven moet worden dat de motivering van het CTG niet erg genereus is ('zonder nadere onderbouwing'). De overweging ten overvloede van het CTG dat de arts niet tuchtrechtelijk kan worden verweten dat reeds voor aanvang van het gesprek met klager tot de overtuiging was

---

44 CTG 6 november 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2392, r.o. 4.3, *TvGR* 2013/5.

45 A.C. Hendriks, annotatie bij CTG 6 november 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2392, *TvGR* 2013/5; Zie ook RTG Eindhoven 10 februari 2017, ECLI:NL:TGZREIN:2017:25, r.o. 5; RTG Groningen 21 februari 2017, ECLI:NL:TGZRGRO:2017:4, r.o. 5.4; CTG 2 september 2010, ECLI:NL:TGZCTG:2010:YG0565; RTG 's-Gravenhage 6 januari 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:1, *GZR-updates.nl* 2015/0015.

46 A.C. Hendriks, annotatie bij CTG 6 november 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2392, *TvGR* 2013/5.

gekomen dat in het onderhavige geval een AMK-melding aangewezen was, is bovendien verwarrend. De arts moet immers volgens de KNMG-meldcode alle stappen uit de KNMG-meldcode zetten alvorens een melding te doen.

Stap 4 (overleg met betrokken professionals)
In de beoordeling van een Veilig Thuis-melding wordt getoetst aan het hebben gezet van deze stap. Doorgaans is er contact tussen specialist en huisarts of andere artsen[47] of incidenteel met de leerkracht.[48] Zoals hiervoor al is opgemerkt, oordeelt de tuchtrechter dat in geval de arts een vermoeden van kindermishandeling bespreekt binnen multidisciplinair overleg, dit in geanonimiseerde vorm dient te geschieden (zie par. 9.2). Anders dient de arts immers toestemming van betrokkene(n) te hebben voor gegevensuitwisseling. Toch is volgens de tuchtrechter het ontbreken van die toestemming in bepaalde omstandigheden te billijken. Zo sauveerde de tuchtrechter het ontbreken van toestemming in een zaak waarin er nauwelijks zicht was op de situatie van de ouders en het kind, terwijl er wel signalen waren van seksueel misbruik van het kind. Voor het zonder toestemming overleggen met andere betrokken professionals oordeelde de tuchtrechter dat dit past binnen een zorgvuldig onderzoek naar kindermishandeling.[49] Het accent ligt dus bij deze stap op het *verifiëren* van een vermoeden van kindermishandeling al dan niet met toestemming van betrokkene(n).

Stap 5a
Art. 4 stap 5a KNMG-meldcode wordt in de beoordeling van het doen van een Veilig Thuis-melding nadrukkelijk betrokken,[50] en ook in de beoordeling van het *níet* hebben gedaan van een dergelijke melding.[51] De tuchtrechter oordeelt dat het tot de professionele verantwoordelijkheid van de arts behoort om in te schatten of en op welk moment een Veilig Thuis-melding noodzakelijk is om een kind dat ernstig in zijn ontwikkeling wordt bedreigd, te beschermen.[52] Dit kan ertoe leiden dat de arts na overleg met betrokken zorgprofessionals (veel) eerder overlegt met Veilig Thuis dan wel een melding bij Veilig Thuis

47 Zie bijv. RTG Zwolle 16 maart 2018, ECLI:NL:TGZRZWO:2018:67, r.o. 5.6; CTG 4 september 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:319, *GZR-Updates.nl* 2014/0371; RTG 's-Gravenhage 6 januari 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:1, *GZR-updates.nl* 2015/0015; RTG Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:71.

48 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 3 februari 2009, zaaknr. 2007, O190.

49 RTG Zwolle 15 januari 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:5, r.o. 5.4.

50 Zie bijv. RTG Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:75, r.o. 5.1 (klacht ongegrond); RTG Zwolle 16 maart 2018, ECLI:NL:TGZRZWO:2018:67, r.o. 5.4 (klacht afgewezen).

51 Zie bijv. RTG Amsterdam 16 december 2014, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:13, *GZR-updates.nl* 2015/0057 (klacht ongegrond); RTG Eindhoven 19 augustus 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:76, *GJ* 2014/152 (De arts kreeg een waarschuwing).

52 Zie bijv. RTG Amsterdam 16 december 2014, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:13, r.o. 5.2, *GZR-updates.nl* 2015/0057; RTG Eindhoven 19 augustus 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:76, r.o. 5, *GJ* 2014/152.

móet doen, zoals bleek uit een uitspraak van het regionaal tuchtcollege Eindhoven.[53]

De zaak was als volgt. Moeder was terminaal ziek; vader was overbelast en getraumatiseerd en zoon had gebrek aan begrenzing. Er was sprake van geweld; de signalen van kindermishandeling bereikten de huisarts. Na overlijden van de moeder, wilde vader geen verder contact met de huisarts. Signalen van kindermishandeling bleven komen. De huisarts probeerde contact te houden en trachtte zo de vertrouwensrelatie in stand te houden, maar ondernam verder geen stappen ondanks de aanhoudende signalen van kindermishandeling. De oom die testamentaire voogdij had over de zoon dient een klacht in bij het RTG Eindhoven over de behandeling van de zoon door de huisarts en wordt daarin ontvankelijk verklaard. Het RTG Eindhoven overwoog dat de huisarts in het belang van de zoon wél stappen had moeten zetten. Zij had het belang van de vertrouwensband ondergeschikt moeten maken aan het belang van de zoon beschermd te worden tegen verder 'onheil': hij verkeerde in een onverantwoorde situatie doordat hij na het overlijden van zijn moeder in toenemende mate knel kwam te zitten in een gewelddadig gezin, waarin hij ook nog eens (affectief) werd verwaarloosd, aldus de tuchtrechter. De huisarts had volgens de tuchtrechter te lang de problemen zelf willen oplossen; zij had eerder met Veilig Thuis (toen nog: AMK) moeten overleggen (stap 2), met andere woorden: zij had volgens de tuchtrechter moeten heroverwegen of het niet alsnog nodig was om te melden dan wel een Veilig Thuis-melding móeten doen.

Uit deze uitspraak leid ik af dat de tuchtrechter op twee gedachten hinkt: enerzijds oordeelt hij dat op de arts de plicht rust om onheil af te wenden en die impliceert dat hij conform de KNMG-meldcode stappen zet. In het afwenden van onheil kan worden gelezen dat de arts het kind moet behoeden voor (verdere) schade en dat vloeit nu precies voort uit wat de KNMG de zorgplicht van de arts noemt.[54] Hiertoe behoort volgens de tuchtrechter i.c. het doen van een Veilig Thuis-melding, namelijk in de situatie waarin de signalen van kindermishandeling aanhouden en niet kunnen worden weggenomen waardoor het risico op schade voor het kind niet wordt afgewend. In die situatie is de arts verplicht een Veilig Thuis-melding te doen. Dit is geheel in lijn met de KNMG-meldcode. Anderzijds leid ik uit de overweging van de tuchtrechter af dat de huisarts de vertrouwensband *ondergeschikt* had moeten maken aan het afwenden van het onheil, een weging tussen het medisch beroepsgeheim ('vertrouwensband') en de zorgplicht ('afwenden van onheil') als ware het conflicterende plichten.[55] Naar mijn mening had de tuchtrechter kunnen volstaan met de eerste overweging: de arts had vanuit de zorgplicht (afwenden van onheil) contact moeten opnemen met het AMK of de zwijgplicht (vertrou-

53 RTG Eindhoven 19 augustus 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:76, r.o. 5, *GJ* 2014/152.
54 KNMG-meldcode 2015, p. 45.
55 RTG Eindhoven 19 augustus 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:76, r.o. 5, *GJ* 2014/152.

wensband) moeten doorbreken, dus *moeten melden*. Het gaat immers niet om het ondergeschikt maken van de zwijgplicht aan de zorgplicht, maar het gaat erom dat vanuit de zorgplicht de arts het pad langs zorgvuldigheidsnormen en stappen volgt, dat hem leidt naar – in dit geval – het doen van een AMK-melding.

Stap 5b

Indien blijkt dat de arts de in de KNMG-meldcode (2015) stappen 1 tot en met 5a zorgvuldig heeft doorlopen en daarvan aantekening heeft gemaakt in het medisch dossier, oordeelt de tuchtrechter steevast dat de arts terecht een Veilig Thuis-melding heeft gedaan (stap 5b). Het doen van een zorgvuldige Veilig Thuis-melding betekent niet zonder meer dat de vertrouwensband is geschonden, althans daarvan kan de arts geen tuchtrechtelijk verwijt worden gemaakt, aldus het CTG.[56] Een dergelijk melding kan de arts zonder toestemming van klaagster doen op grond van art. 5.2.6 Wmo, aldus het CTG. De tuchtrechter benadrukt in algemene zin dat art. 5.2.6 Wmo een meldrecht en niet een meldplicht bevat. Dat meldrecht is, aldus de tuchtrechter, gebaseerd op de gedachte dat als het noodzakelijk is om kindermishandeling te stoppen of een redelijk vermoeden daarvan te onderzoeken, het belang van het kind vóór het beroepsgeheim mag gaan.[57] De tuchtrechter benadrukt dat de KNMG-meldcode (2015) de arts helpt bij het maken van de afweging om van dat meldrecht gebruik te maken. Tegelijkertijd stelt de tuchtrechter dat sinds de invoering van de Wet verplichte meldcode artsen verplicht zijn een meldcode te hanteren[58] en ook dat als de uitkomst van het stappenplan is dat een Veilig Thuis-melding aangewezen is, de arts deze ook móet doen.[59] Het komt mij voor dat de tuchtrechter het wettelijk meldrecht van art. 5.2.6 Wmo beschouwt als basis voor de te maken afweging en dat de uitkomst van die afweging die volgens het stappenplan dient te verlopen, kan zijn dat de arts móet melden. Het meldrecht van art. 5.2.6 Wmo kan dus omslaan in een in een plicht tot melden.

Die plicht tot melden geldt ongeacht of het vermoeden van kindermishandeling achteraf onterecht blijkt te zijn geweest.[60] Niet hoeft immers vast te staan voorafgaand aan de melding wat de oorzaak is van het letsel, dat het letsel door kindermishandeling is ontstaan en wie daarvoor verantwoordelijk

56 CTG 15 februari 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:55, r.o. 4.3

57 Zie bijv. RTG Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:75, r.o. 5.1; RTG Amsterdam 27 februari 2018, ECLI:NL:TGZRAMS:2018:23, r.o. 5.6.

58 Zie bijv. RTG Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:146, r.o. 5.

59 Zie bijv. RTG Eindhoven 19 augustus 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:76, r.o. 5, *GJ* 2014/152.

60 Zie bijv. CTG 31 oktober 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:297, r.o. 4.5.

is.[61] De arts zal de melding dienen te bespreken met betrokkenen bij voorkeur vooraf, maar anders achteraf.[62]

Uiteraard verstrekt de arts niet meer informatie aan Veilig Thuis dan voor de melding noodzakelijk en maakt hij aantekening hiervan in het medisch dossier.[63]

9.4 TUSSENCONCLUSIE

Uit het onderzoek naar de wijze van toetsing van het uit eigen beweging doorbreken van het medisch beroepsgeheim richting Veilig Thuis is het volgende gebleken. De tuchtrechter toetst de zorgvuldigheid van de doorbreking van het medisch beroepsgeheim. Deze toetsing vindt plaatst aan de hand van het KNMG-toetsingskader met daarin zorgvuldigheidsnormen en stappen die kunnen leiden tot het doen van een Veilig Thuis-melding. Het doorbreken van het medisch beroepsgeheim door het doen van een Veilig Thuis-melding toetst de tuchtrechter dus niet aan het cvp-toetsingskader. Deze ontwikkeling is inmiddels staande praktijk en leidt ertoe dat de arts die wordt geconfronteerd met kindermishandeling meer ruimte heeft voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim richting Veilig Thuis. Meer dan op grond van het cvp-toetsingskader mogelijk zou zijn geweest (zie ook par. 8.5).

De tuchtrechter wijst verschillende grondslagen aan voor het doen van een Veilig Thuis-melding als toestemming van betrokkene(n) daarvoor ontbreekt. Doorgaans wijst de tuchtrechter op het spreekrecht van art. 5.2.6 Wmo. Ofschoon de wetgever dit spreekrecht heeft gesitueerd in de context van conflict van plichten, zoals bleek onder 7.2.3.1, ziet de tuchtrechter dit anders. Deze toetst de doorbreking van het medisch beroepsgeheim door het doen van een Veilig Thuis-melding immers niet aan de cvp-toetsingscriteria, maar aan het stappenplan en de zorgvuldigheidsnormen uit de KNMG-meldcode. Daardoor wordt in geval van kindermishandeling de arts meer ruimte geboden om het medisch beroepsgeheim uit eigen beweging te doorbreken richting Veilig Thuis. Het blijkt hier niet om een vrijblijvendheid te gaan, want als de arts in stap 5b belandt of zou hebben moeten belanden, dan rust op hem op zijn minst een professionele plicht om een Veilig Thuis-melding te doen. Doet hij dit niet, dan kan hem hiervan een tuchtrechtelijk verwijt worden gemaakt. Het omgekeerde geldt ook: als de arts een stap uit het stappenplan heeft

61 Zie bijv. CTG 20 maart 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:93, (vervolg op RTG Amsterdam 27 juni 2017, nr. 16/472, r.o. 4.4).

62 Zie bijv. RTG Zwolle, 7 juli 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:121, r.o. 5.3.

63 Zie bijv. CTG 15 februari 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:55, r.o. 4.3; RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRGR:2017:54, r.o. 5.4 en r.o. 5.7.

overgeslagen waardoor een melding níet aangewezen was, dan is hem dit eveneens tuchtrechtelijk verwijtbaar.[64]

Incidenteel wijst de tuchtrechter ook op de Wet verplichte meldcode (2013) alsmede op de zorgplicht als mogelijke grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.

In het licht van bovenstaande luidt de conclusie dat de tuchtrechter niet een eenduidige grondslag aanwijst, maar dat wel duidelijk is aan welke toetsingsmaatstaven een Veilig Thuis-melding wordt getoetst: die uit de KNMG-meldcode. Daarmee neemt de tuchtrechter afstand van het cvp-toetsingskader. Dat is een welkome ontwikkeling. Zo kan aan de keuze van de wetgever met betrekking tot het eerder melden van kindermishandeling aan Veilig Thuis immers een heldere juridische vorm worden gegeven. De arts krijgt immers meer ruimte het medisch beroepsgeheim te doorbreken als het cvp-toetsingskader wordt losgelaten. En professionele norm en tuchtnorm lopen fraai met elkaar in de pas. Dat komt de rechtszekerheid ten goede. Artsen moeten er op kunnen vertrouwen dat de stappen en zorgvuldigheidsnormen uit de KNMG-meldcode leidend zijn; daarin is immers bepaald wat in de beroepsgroep ter zake als norm of standaard is aanvaard. Dat de grondslag voor het doorbreken nog ongewis blijft, doet hier niet aan af. Van belang is immers dat er duidelijkheid is over het beoordelingskader dat van toepassing is op het doen van een Veilig Thuis-melding.

9.5 Analyse van de (tucht)rechtspraak anders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding uit eigen beweging: toetsing aan conflict van plichten of toch zorgvuldigheidsnormen KNMG-meldcode (2015)?

De arts kan in geval van kindermishandeling ook in andere situaties gegevens uitwisselen dan die waarin hij zelf besluit een Veilig Thuis-melding te doen, zelfs zonder toestemming van betrokkene(n). Het gaat dan om situaties waarin de arts is bevraagd of waarin de arts weliswaar uit eigen beweging meldt, maar niet aan Veilig Thuis. Het spreekrecht van art. 5.2.6 Wmo biedt de arts de mogelijkheid om als hij door Veilig Thuis is bevraagd gegevens te verstrekken indien dit noodzakelijk is om kindermishandeling te stoppen of om een vermoeden van kindermishandeling te onderzoeken. Hetzelfde geldt voor art. 1:240 BW maar dan richting de RvdK. Dit artikel biedt de arts tevens de moge-

64 Zie bijv. RTG Zwolle 16 maart 2018, ECLI:NL:TGZRZWO:2018:67 waarin werd geklaagd over het incorrect toepassen van het stappenplan. Volgens klagers had de arts kunnen kiezen voor stap 5A (monitoring in afwachting van de resultaten van volledig medisch onderzoek naar alternatieve medische verklaringen en van overleg met andere betrokken professionals) en was stap 5B (melding bij Veilig Thuis) waarschijnlijk niet aan de orde gekomen (klacht afgewezen); RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.3-5.7 (arts had de code níet gevolgd: berisping).

lijkheid om zelf aan de RvdK een melding te doen. Daarnaast biedt art. 7.1.4.1 Jw de arts de mogelijkheid om zonder toestemming van betrokkene(n) informatie met andere professionals uit te wisselen in het kader van een VIR-melding. Deze spreekrechten zijn weerspiegeld in de KNMG-meldcode (2015) (cf. artt. 6, 8 en 10 KNMG-meldcode 2015).[65]

Anders is dit voor wat betreft de bevoegdheid om informatie te verstrekken aan politie en justitie. Daarvoor geldt immers geen wettelijk spreekrecht en van een weerspiegeling daarvan in de KNMG-meldcode is dus geen sprake. Wel is in art. 11 KNMG-meldcode (2015) bepaald dat de arts alleen het medisch beroepsgeheim mag doorbreken als dat noodzakelijk is om gevaar voor de veiligheid van het kind af te wenden.

Die spreekrechten gelden in de context van conflict van plichten, althans zo luidt de toelichting van de wetgever.[66] Echter, de KNMG volgt het cvp-toetsingskader niet op de voet, zo bleek onder 8.7. Daarom is het interessant om te bezien hoe de tuchtrechter de doorbreking van het medisch beroepsgeheim toetst in een situatie waarin de arts niet zelf meldt aan Veilig Thuis. Daartoe wordt in par. 9.6 de tuchtrechtspraak geanalyseerd waarin de arts is bevraagd en in par. 9.7 die waarin de arts gegevens verstrekt uit eigen beweging aan een ander dan Veilig Thuis.

9.6 De arts is bevraagd

Uit uitspraken die gaan over het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval de arts is bevraagd door instanties als Veilig Thuis, de RvdK of politie of justitie blijkt dat *toestemming* van betrokkene(n) als uitgangspunt wordt genomen voor het verstrekken van gegevens.[67] Anders is dit daar waar het gaat om informatieverstrekking op verzoek van de jeugdbeschermer die nodig is voor de uitvoering van een OTS. Daarvoor geldt immers een meld*plicht* op grond van art. 7.3.11 lid 4 Jw. De arts moet de noodzakelijke gegevens verstrekken en hierbij speelt de toestemming van betrokkenen geen rol. De tuchtrechter benadrukt wel dat het van belang is dat de arts zich inspant de ouders zo

65 In de codes vanaf 2008 golden dezelfde bepalingen in dezelfde bewoordingen.

66 Zie voor een bevestiging hiervan in de rechtspraak, althans voor zover het gaat om art. 1:240 BW: RTG 's-Gravenhage 9 januari 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:12, r.o. 5.11, *TvGR* 2018, p. 232-237.

67 Zie bijv. CTG 15 mei 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:192, r.o. 5.2 (berisping); CTG 27 maart 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:113, r.o. 5.3; RTG Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:29, r.o. 5.2; RTG Eindhoven 1 juni 2015, ECLI:NL:TGZREIN:2015:49, r.o. 5 (waarschuwing); RTG Zwolle 21 oktober 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:108, r.o. 5.3 (arts mocht op grond van gedragingen en uitlatingen klager uitgaan van toestemming voor gegevensverstrekking aan de RvdK).

mogelijk van te voren over de te verstrekken informatie te informeren en volgt hier de KNMG-meldcode.[68]

Als toestemming evenwel ontbreekt in situaties waarin geen meldplicht geldt, dan betekent dit niet dat het medisch beroepsgeheim niet zou kunnen worden doorbroken. De tuchtrechter toetst dan of er sprake is van een *noodzaak* de gevraagde gegevens te verstrekken.[69]

Dat noodzakelijkheidsvereiste is, evenals de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit, uitgewerkt in het cvp-toetsingskader.[70] Daarin is immers bepaald dat de doorbreking van het medisch beroepsgeheim noodzakelijk moet zijn voor het afwenden van ernstige schade aan een ander of de patiënt zelf, er moet ook geen andere weg openstaan om die schade te voorkomen en de arts moet daarbij het medisch beroepsgeheim zo min mogelijk schenden. Ook keren het noodzakelijkheidsvereiste en de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit terug in het KNMG-toetsingskader. Onder 8.7 is immers gebleken dat het doel van de gegevensverstrekking is schade aan het kind te voorkomen, er is geen andere mogelijkheid om dat doel te bereiken dan door doorbreking van het geheim en de arts moet het medisch beroepsgeheim daarbij zo min mogelijk schenden.

Een verschil tussen beide toetsingskaders is zowel gelegen in het ontbreken van het cvp-criterium 'gewetensnood' en de mildere variant in de KNMG-meldcode dat niet *ernstige* schade, maar schade moet worden voorkomen met de doorbreking, als ook dat het toestemmingsvereiste zwaarder wordt aangezet in het cvp-toetsingskader dan in het KNMG-toetsingskader. In het KNMG-toetsingskader geldt immers dat de arts 'bij voorkeur met toestemming van betrokkene(n)' gegevens verstrekt. In het cvp-kader geldt dat de arts 'álles in het werk moet stellen om toestemming van betrokkenen te verkrijgen'. Daartussen, zo bleek onder 8.7, bestaat een nuanceverschil. Ten slotte bleek de urgentie of acuutheid van de situatie waarin het kind verkeert in het KNMG-toetsingskader vooral van betekenis voor het beantwoorden van de vraag: 'jegens wie doorbreekt de arts het medisch beroepsgeheim?'

Het gevolg van de hierboven genoemde verschillen is dat het KNMG-toetsingskader de arts méér ruimte biedt het medisch beroepsgeheim te doorbreken in geval van kindermishandeling dan het cvp-toetsingskader. Dat verbaast ook niet gezien het verschil in uitgangspunt tussen de kaders. Het cvp-toetsingskader gaat immers uit van zwijgen-tenzij, terwijl het KNMG-toetsingskader uitgaat van spreken-tenzij.

---

68 Zie bijv. RTG Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:29, r.o. 5.3.

69 Zie bijv. CTG 21 juli 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:255, r.o. 4.4 (arts is bevraagd door RvdK); RTG Amsterdam 16 december 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:13, r.o. 5.2 (arts is bevraagd door Veilig Thuis); RTG Zwolle 22 december 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:212, r.o. 5.3 (arts is bevraagd door RvdK); RTG Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:29, *GZR-Updates*.nl 2017-0135, r.o. 5.5 (arts verstrekt informatie aan gezinsvoogd).

70 Zie par. 5.4.1.

Ten slotte is onder 8.7 een onduidelijkheid in de KNMG-meldcode gesignaleerd met betrekking tot de invulling van het noodzakelijkheidsvereiste. Uit de bepalingen met betrekking tot de situatie waarin de arts wordt bevraagd door Veilig Thuis of de RvdK zou kunnen worden afgeleid dat het door deze instanties ingestelde onderzoek naar kindermishandeling het noodzakelijkheidsvereiste invult en deswege gegevensverstrekking legitimeert. De arts zou bij deze interpretatie dus weinig afwegingsruimte worden gelaten (art. 6 lid 1 en art. 10 lid 3 KNMG-meldcode 2015). Echter, uit bijlage 4 *Zorgplicht, beroepsgeheim en melden* behorend bij de KNMG-meldcode (2015) kan worden afgeleid dat de arts een vijftal zorgvuldigheidsvragen dient te doorlopen alvorens het medisch beroepsgeheim te doorbreken en hem dus wel meer afwegingsruimte wordt gelaten dan uit de voornoemde interpretatie van de desbetreffende bepalingen (art. 6 en art. 10 lid 3 KNMG-meldcode(2015) zou kunnen worden afgeleid. Het is dus niet alleen interessant om te onderzoeken waaraan de tuchtrechter precies de doorbreking van het medisch beroepsgeheim toetst, maar ook hoe de tuchtrechter tegen de hierboven gesignaleerde onduidelijkheid in de KNMG-meldcode aankijkt.

Politie/justitie bevraagt de arts

Uit het verrichte jurisprudentieonderzoek is gebleken dat slechts incidenteel voor de tuchtrechter wordt geklaagd over het doorbreken van het medisch beroepsgeheim naar aanleiding van een verzoek van politie/justitie (art. 11 KNMG-meldcode).[71] Een illustratief voorbeeld hiervan is de zaak waarin de (politie)arts informatie verstrekt op verzoek van de politie en zich dus niet in eerste instantie beroept op het verschoningsrecht.[72] De zaak is als volgt. De moeder wordt verdacht van ernstige kindermishandeling met de dood van haar dochtertje tot gevolg. Zij is aangehouden en ingesloten. Hoewel zij tegenover de politie blijft zwijgen, vertelt zij de arts van de gebeurtenis die leidde tot de dood van haar baby, terwijl de arts benadrukt dat zij slechts wil weten of de moeder lichamelijke en/of psychische klachten heeft. De politie vraagt de arts om een verklaring af te leggen zodat de moeder langer kan worden vastgehouden en er kan worden voorkomen dat de andere kinderen uit het gezin gevaar zullen lopen. De arts die zelf een 'niet pluis gevoel' heeft, besluit het medisch beroepsgeheim te doorbreken. De moeder dient een klacht in wegens schending van het medisch beroepsgeheim. Het CTG beoordeelt of er

71 RTG Eindhoven 8 augustus 2016, ECLI:NL:TGZREIN:2016:68 (doorbreking medisch beroepsgeheim; berisping). Zaken waarin de arts zich op zijn verschoningsrecht beroept, blijken doorgaans van strafrechtelijke aard: zie bijv. HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, *NJ* 2012/537 (arts moest informatie alsnog verstrekken) versus HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263 (arts hoefde informatie niet aan het OM te verstrekken); HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1756, *NJ* 2014/94 (medisch beroepsgeheim blijft in stand, succesvol beroep op verschoningsrecht); HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, *NJ* 2011/416 (verschoningsrecht moet wijken voor waarheidsvinding).

72 CTG 30 augustus 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2310, *GJ* 2013/3.

een noodzaak bestond het medisch beroepsgeheim te doorbreken aan de hand van het cvp-toetsingskader en concludeert dat de arts de afweging in dat kader voldoende zorgvuldig heeft gemaakt:[73]

> 'Ten aanzien van het beroepsgeheim staat voorop dat dit ook geldt indien degene die de arts bezoekt wordt verdacht van een misdrijf. Doorbreking daarvan kan onder omstandigheden niettemin gerechtvaardigd zijn in een geval van conflict van plichten. Het gaat daarbij om situaties waarin een ander belang zwaarder weegt dan het belang van de betrokkene bij het bewaren van het geheim. (…)'[74]

Ofschoon het CTG de doorbreking integraal toetst aan het cvp-toetsingskader (r.o. 4.4), werpt Schalken in zijn noot onder deze uitspraak de vraag op in hoeverre de arts niet méér had moeten doorvragen of de politie zelf al een AMK-melding had gedaan en/of al maatregelen vanuit het AMK ten aanzien van de andere kinderen waren genomen.[75] Het CTG overwoog ter zake:

> 'Hoewel denkbaar was geweest dat de arts zich had bezonnen op alternatieve stappen, acht het Centraal Tuchtcollege, gelet op de verklaring van de arts ter zitting in hoger beroep, inhoudende dat het in de betreffende regio gebruikelijk is dat de politie AMK-meldingen doet en dat zij daarom in de veronderstelling verkeerde dat de politie deze melding reeds had gedaan, het handelen van de arts ook op dit punt niet tuchtrechtelijk verwijtbaar.'[76]

In hoeverre het in een bepaalde regio gebruikelijk is of de politie een AMK-melding doet of niet, doet in het licht van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim evenwel niet terzake. Waar het uitsluitend om gaat of althans zou moeten gaan, is of in het belang van de bescherming van de veiligheid van de andere kinderen het medisch beroepsgeheim moet worden doorbroken. Daarover oordeelde de tuchtrechter dat de arts, die geen toestemming voor gegevensverstrekking van de moeder kreeg, zich voor een conflict van plichten geplaatst zag mede doordat de politie het obductieverslag met de arts had besproken dat – volgens de politie – op misbruik/mishandeling van het kind wees en doordat de politie de arts wees op het gevaar dat de andere kinderen van klaagster zouden kunnen lopen. Doordat de arts vervolgens contact opnam met de forensisch arts en de KNMG, handelde zij volgens het CTG zorgvuldig toen zij besloot het medisch beroepsgeheim te doorbreken. De vraag die voorligt – in het licht van subsidiariteitsbeginsel dat geldt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim – is: jegens wie had de arts het medisch beroepsgeheim moeten doorbreken? Schalken stelt dienaangaande dat een

---

73 CTG 30 augustus 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2310, r.o. 4.5, *GJ* 2013/3.
74 CTG 30 augustus 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2310, r.o. 4.4, *GJ* 2013/3.
75 T.M. Schalken, annotatie bij CTG 30 augustus 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2310, *GJ* 2013/3.
76 CTG 30 augustus 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2310, r.o. 4.5, *GJ* 2013/3.

maatregel van jeugdbescherming voor de kinderen waarschijnlijk effectiever en meer geëigend zou zijn geweest dan voortgezette vrijheidsbeneming van de moeder.[77] Zou in het licht van subsidiariteitvereiste een melding van de arts uit eigen beweging aan de RvdK niet meer voor de hand hebben gelegen dan het afleggen van een getuigenverklaring op verzoek van de politie? Volgens de KNMG-meldcode (2015) wel, want daar geldt immers dat in geval van een noodsituatie, waarin kinderbeschermende maatregelen nodig zijn, de arts het medisch beroepsgeheim richting de RvdK doorbreekt en als er gevaar voor de veiligheid van zoals i.c. andere kinderen uit het gezin, doorbreekt de arts het medisch beroepsgeheim zowel jegens de politie als de RvdK.[78] Hier zou dus op grond van de KNMG-meldcode (2015) niet 'of-of' gelden, maar 'en-en'.

Veilig Thuis/RvdK bevraagt arts

Veel talrijker zijn de klachten over informatieverstrekking aan Veilig Thuis of de RvdK naar aanleiding van een door die instanties ingesteld onderzoek.[79] Het blijkt hierbij van belang dat de arts zich ervan vergewist dat er daadwerkelijk sprake is van een onderzoek naar kindermishandeling als hij wordt bevraagd door deze instanties. In situaties immers waarin het niet gaat om een onderzoek naar kindermishandeling, is de KNMG-meldcode (2015) niet van toepassing en dus ook niet richtinggevend voor het handelen van de arts. De tuchtrechter wijst er bij herhaling op dat de arts terughoudend moet zijn bij het afgeven van verklaringen die in een juridische procedure kunnen worden gebruikt.[80] Temeer omdat hierbij de privacy van de desbetreffende ouder in het geding is en voor die informatieverstrekking die ouder uiteraard toestemming moet geven.[81]

Toestemming

In algemene zin oordeelt de tuchtrechter als uitgangspunt voor het verstrekken van informatie op verzoek van Veilig Thuis of de RvdK dat de arts de toestem-

77 T.M. Schalken, annotatie bij CTG 30 augustus 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2310, *GJ* 2013/3.

78 Zie schema 5, par. 8.7.

79 RTG Zwolle 27 januari 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:21, r.o. 5.3 (art. 5.2.6 Wmo/ art. 6 KNMG-meldcode); RTG Amsterdam 16 december 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:13, r.o. 5.1 (art. 5.2.6 Wmo/art. 6 KNMG-meldcode); RTG Zwolle 21 oktober 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:108, r.o. 5.3 (art. 1:240 BW). Zaken uit het verleden waarin het gaat om het doorbreken van het medisch beroepsgeheim op verzoek van de jeugdbeschermer in het kader van de uitvoering van een OTS, blijven verder buiten beschouwing omdat hiervoor inmiddels een wettelijke spreekplicht geldt ex art. 7.3.11 lid 4 Jw (zoals besproken onder par. 7.2.2).

80 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.7. Zie ook par. 9.7.

81 Zie bijv. RTG Amsterdam 26 september 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:108, r.o. 5.1.

ming moet hebben van betrokkenen.[82] Dit is uiteraard geheel in overeenstemming met art. 7:457 lid 1 BW en de KNMG-meldcode (2015). Is toestemming voor informatieverstrekking aan Veilig Thuis of de RvdK gegeven, dan legitimeert dat de doorbreking van het medisch beroepsgeheim.

In de door mij onderzochte tuchtrechtelijke jurisprudentie blijkt dat het regelmatig voorkomt dat betrokkenen aan Veilig Thuis of de RvdK toestemming hebben gegeven om informatie op te vragen bij andere professionals. Deze algemene toestemmingsverklaringen betekenen evenwel niet dat de arts zonder meer informatie mag verstrekken aan die instanties, ook al hebben zij een onderzoek naar kindermishandeling ingesteld.

De arts moet in beginsel de schriftelijke toestemmingsverklaring opvragen en ook nagaan waarop de toestemming van de betrokkene(n) precies ziet.[83] In geval er onduidelijkheid bestaat over de vraag of betrokkenen al dan niet aan de vragende instantie hebben verklaard dat zij toestemming voor gegevensverstrekking hebben geven, moet de arts die onduidelijkheid wegnemen door contact op te nemen met betrokkenen.[84] Voor het verkrijgen van toestemming is het van belang, aldus de tuchtrechter, dat de arts zich aantoonbaar inspant door bijvoorbeeld met betrokkenen telefonisch contact op te nemen over de te verstrekken informatie. De centrale tuchtrechter overweegt dat als de arts niet beschikt over het juiste telefoonnummer, hij aan betrokkenen een brief dient te sturen of een huisbezoek dient af te leggen.[85]

Het volstaat de arts dus niet om de zorgvuldigheidvraag uit de KNMG-meldcode (2015): '*Waarom is het niet mogelijk toestemming te vragen of te verkrijgen?*' te beantwoorden met: 'de betrokkene was niet goed bereikbaar', of hieraan voorbij te gaan omdat er sprake is van een toestemmingsverklaring waarbij de vragende instantie gegevens bij andere professionals mag opvragen. De arts moet méér doen om toestemming te verkrijgen en in geval van een toestemmingsverklaring dient hij te concretiseren waarop die toestemming ziet. De tuchtrechter ziet er strikt op toe dat als er onduidelijkheid is of kan

82 Zie bijv. CTG 15 mei 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:192, r.o. 5.2 (berisping); CTG 27 maart 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:113, r.o. 5.3; RTG Amsterdam 16 december 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:13 (waarschuwing); RTG 's-Gravenhage 28 april 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:55, r.o. 5.5 (waarschuwing); RTG 's-Gravenhage 6 januari 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:1, r.o. 5.3, *GZR-updates.nl* 2015/0015 (geen schending medisch beroepsgeheim want toestemming voor doorbreking verkregen); RTG Eindhoven 13 januari 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:12, r.o. 5 (waarschuwing).

83 Zie bijv. CTG 21 juli 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:255, r.o. 4.4 (arts is bevraagd door RvdK); CTG 15 mei 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:192, r.o. 5.2 (berisping); RTG Amsterdam 16 december 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:13, r.o. 5.3 (arts is bevraagd door Veilig Thuis); RTG Zwolle 22 december 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:212, r.o. 5.3 (arts is bevraagd door RvdK).

84 Zie bijv. RTG Amsterdam 16 december 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:13, r.o. 5.3 (waarschuwing); RTG Eindhoven 13 januari 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:12, r.o. 5; RTG Zwolle 15 november 2013, ECLI:NL:TGZRZWO:2013:51, r.o. 5.3, *TvGR* 2014/4 (waarschuwing).

85 Zie bijv. CTG 17 januari 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG1710, r.o. 5.4, *GJ* 2012/22 (waarschuwing).

bestaan over toestemming, de arts zich ook werkelijk inspant, motiveert en documenteert wat hij eraan gedaan heeft om die toestemming te krijgen en te achterhalen waarop deze precies ziet.

Hierin lees ik dat de tuchtrechter met de toetsing van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim dicht tegen het cvp-criterium aan zit (de arts moet alles in het werk stellen om toestemming te verkrijgen). Deze gedachte wordt nog eens versterkt door het feit dat alleen al uit de tuchtrechtelijke uitspraken van 2016 en 2017 over deze materie blijkt dat áls de arts informatie uitwisselt op verzoek van Veilig Thuis of de RvdK naar aanleiding van een ingesteld onderzoek naar kindermishandeling, dit hem vrijwel steevast op een maatregel komt te staan doordat hij is 'gestruikeld' over het toestemmingsvereiste.[86] Daaruit leid ik af dat de arts er alles aan moet doen om die toestemming van betrokkenen te verkrijgen alvorens het medisch beroepsgeheim te doorbreken.

Noodzaak

Indien de arts geen toestemming van betrokkene(n) heeft verkregen en ook heeft aangetoond dat hij dit wel heeft getracht te verkrijgen door daarvoor alles in het werk te stellen, betekent dit uiteraard niet dat de arts geen informatie zou kunnen verstrekken. Het meldrecht van art. 5.2.6 Wmo en art. 1:240 BW bieden de arts immers de mogelijkheid om zonder toestemming informatie aan die instanties te verstrekken indien dit noodzakelijk is om een redelijk vermoeden van kindermishandeling te onderzoeken of kindermishandeling te stoppen. De tuchtrechter verwijst in zijn uitspraken in algemene zin naar de meldrechten van art. 1:240 BW of art. 5.2.6 Wmo of een voorloper daarvan, zoals art. 53 lid 3 Wjz, maar dit laat onverlet dat daaruit niet zonder meer blijkt waaraan de doorbreking van het medisch beroepsgeheim wordt getoetst: conflict van plichten of KNMG-toetsingskader?[87]

Het verbaast niet dat de tuchtrechter een doorbreking van het medisch beroepsgeheim in de situatie waarin de arts wordt bevraagd door Veilig Thuis of de RvdK in algemene zin nadrukkelijk toetst aan de noodzaak of varianten daarvan, zoals 'acuut gevaar' of dat er 'urgent iets moet gebeuren'.[88] De noodzaak legitimeert immers, zo blijkt ook uit de formulering van de desbetref-

86 Zie bijv. RTG Zwolle 27 januari 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:21, r.o.5.5; RTG Zwolle 22 december 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:212, r.o. 5.3 (arts is bevraagd door RvdK zonder dat gebleken is van omstandigheden om toestemming níet te vragen); RTG Eindhoven 8 augustus 2016, ECLI:NL:TGZREIN:2016:68, r.o. 5b (arts is bevraagd door RvdK en verstrekte zonder toestemming informatie); RTG Amsterdam 16 december 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:13, r.o. 5.3 (arts is bevraagd door Veilig Thuis; arts had contact moeten opnemen met betrokkene (waarschuwing)).

87 Zie bijv. CTG 21 juli 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:255, r.o. 4.4 (arts wordt bevraagd door RvdK); RTG Amsterdam 16 december 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:13, r.o. 5.2 (arts wordt bevraagd door Veilig Thuis); RTG Zwolle 22 december 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:212, r.o. 5.3 (arts wordt bevraagd door RvdK).

88 Zie bijv. RTG Zwolle 27 januari 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:21, r.o. 5.5 (waarschuwing).

fende spreekrechten, de doorbreking van het medisch beroepsgeheim als hiervoor toestemming van betrokkene(n) ontbreekt.

Over de hierboven gesignaleerde onduidelijkheid in hoeverre het door Veilig Thuis of de RvdK ingestelde onderzoek de 'noodzaak' inkleurt tot gegevensverstrekking, is de tuchtrechter helder: de arts zal een eigen afweging moeten maken of er daadwerkelijk een noodzaak bestaat de zwijgplicht te doorbreken. De tuchtrechter gaat dus niet mee in de interpretatieruimte die art. 6 en art. 10 lid 3 KNMG-meldcode (2015) bieden: dat het ingestelde onderzoek zonder meer gegevensverstrekking aan die instanties legitimeert. De tuchtrechter laat de arts immers niet minder afwegingsruimte, maar méér.[89]

De tuchtrechter beargumenteert het moeten maken van een eigen afweging vanuit de oorspronkelijk bedoeling van de wettelijke meldrechten.[90] Het meldrecht betekent niet meer dan dat het aan de arts wordt gelaten of hij hiervan gebruik wenst te maken. Oftewel: een afweging kan ertoe leiden dat hij meldt, waarvoor art. 5.2.6 Wmo de ruimte biedt, of dat hij toch blijft zwijgen, omdat het resultaat van die afweging hiertoe leidt. Dat de arts die afweging moet maken, ook in geval hij is bevraagd naar aanleiding van een ingesteld onderzoek naar kindermishandeling, blijkt wel uit de overweging van het CTG inhoudende dat de enkele omstandigheid dat het toenmalig AMK om inlichtingen vraagt naar aanleiding van een ingesteld onderzoek, geen vrijbrief is voor het achterwege laten van het maken van een eigen afweging door de arts.[91] In het bijzonder blijkt daaruit volgens het CTG niet onomwonden de eis van noodzakelijkheid tot verstrekking. Die eigen afweging had de arts in kwestie nagelaten, maar dus wel moeten maken.

Niet duidelijk blijkt uit die uitspraak waaraan zo'n afweging zou moeten worden getoetst: aan het cvp-toetsingskader of het KNMG-toetsingskader met de vijftal zorgvuldigheidsvragen? De tuchtrechter bleef steken bij de overweging dat de noodzaak tot het verstrekken van informatie aan het toenmalig AMK niet is gebleken, en een berisping volgde.

In andere zaken waarin de arts wel een eigen afweging heeft gemaakt, blijkt dat de tuchtrechter in zijn overweging betrekt in hoeverre de arts zelf de urgentie voelt en/of kan aantonen. De arts zal dus ook zelf op zijn minst een 'niet pluis gevoel' moeten hebben. Dát kan informatieverstrekking zonder toestemming van betrokkene(n) legitimeren.[92] Als hiervan geen sprake is en hij verstrekt de gevraagde gegevens zonder meer, dan komt het hem doorgaans

89 Zie hierover ook par. 8.2.

90 Zie bijv. CTG 15 mei 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:192, r.o. 5.2 (berisping); RTG 's-Gravenhage 9 januari 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:12, r.o. 5.2 waarin nog eens werd benadrukt dat de wettelijke meldrechten gelden in de context van conflict van plichten. Zie voorts RTG 's-Gravenhage 8 mei 2012, ECLI:NL:TGZRSGR:2012:YG2010, r.o. 5.3, *GJ* 2012/88, (waarschuwing); RTG Amsterdam 18 december 2012, ECLI:NL:TGZRAMS:2012:YG2508, r.o. 5.4 (berisping).

91 Zie CTG 15 mei 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:192, r.o. 5.2 (berisping).

92 Zie bijv. CTG 6 november 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2392, r.o. 5.2, *TvGR* 2013/5.

op een maatregel te staan. Dit valt af te leiden uit overwegingen zoals 'de arts heeft zelf geen zorgen over de veiligheid'[93] of 'de arts heeft geen omstandigheden gesteld waaruit de noodzaak tot gegevensverstrekking blijkt',[94] of 'er was geen sprake van acute of andere omstandigheden.'[95] Het omgekeerde geldt uiteraard ook: het CTG benadrukt dat als de arts zélf op de hoogte is van problemen binnen het gezin en hij is in het kader van het ingestelde onderzoek bevraagd, dan mag hij het medisch beroepsgeheim wél doorbreken.

Opvallend is wel in vergelijking met de situatie waarin de arts zelf meldt, dat artsen eerder een maatregel opgelegd krijgen in de situatie waarin zij zijn bevraagd door Veilig Thuis of de RvdK.[96] In dit licht verbaast het niet dat in de literatuur is gesteld dat de tuchtrechter de doorbreking van het medisch beroepsgeheim in de situatie waarin de arts is bevraagd, langs de lat legt van het cvp-toetsingskader.[97] Aldaar is vervolgens de terechte vraag opgeworpen of de tuchtrechter van mening is dat informatie van de arts slechts bij hoge uitzondering, zoals in geval van conflict van plichten, nodig zal zijn om een melding te onderzoeken.[98] Maar toetst de tuchtrechter inderdaad de doorbreking van de zwijgplicht als de arts is bevraagd door Veilig Thuis of de RvdK aan het cvp-toetsingskader?

Hiervoor kwam al aan de orde dat voor wat betreft het toestemmingsvereiste de tuchtrechter dicht tegen het cvp-criterium aanzit. Indien de andere cvp-criteria worden langsgelopen, valt te constateren dat nergens expliciet in de jurisprudentie wordt gesteld dat de arts in 'gewetensnood' moet verkeren. Wel zou de overweging van de tuchtrechter dat de arts ook zelf iets van een niet pluis gevoel moet hebben alvorens informatie te verstrekken, in de richting van het hebben van gewetensnood kunnen wijzen, maar duidelijk is dit niet. De tuchtrechter toetst wél aan het proportionaliteitscriterium dat met de doorbreking ernstige schade aan het kind wordt voorkomen, zoals in de zaak waarin een kind uit huis was geplaatst. De arts had het medisch beroepsgeheim niet mogen doorbreken omdat het gevaar door de uithuisplaatsing al geweken was. Dát, terwijl het toch ook denkbaar is dat die gegevensverstrekking wél

93 Zie bijv. RTG Amsterdam 16 december 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:13, r.o. 5.3 (waarschuwing).

94 Zie bijv. RTG Zwolle 22 december 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:212, r.o. 5.3 (waarschuwing).

95 Zie bijv. RTG Zwolle 27 januari 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:21, r.o. 5.5 (waarschuwing); CTG 6 november 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2392, r.o. 5.2, *TvGR* 2013/5.

96 Zie bijv. RTG Amsterdam 16 december 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:13, r.o. 5.3 (arts wordt bevraagd door Veilig Thuis; waarschuwing); RTG Zwolle 27 januari 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:21, r.o. 5.5 (arts wordt bevraagd door Veilig Thuis; waarschuwing); RTG Zwolle 22 december 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:212, r.o. 5.5 (arts wordt bevraagd door RvdK; waarschuwing); RTG Eindhoven 8 augustus 2016, ECLI:NL:TGZREIN:2016:68, r.o. 5b (arts wordt bevraagd door RvdK; berisping).

97 Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 18.

98 Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 18.

in het belang van het uit huis geplaatste kind kan zijn.[99] De tuchtrechtelijke toetsing schuurt langs het cvp-kader en niet zozeer langs dat van de KNMG, waarin immers niet de acuutheid van de situatie, maar de belangen van het kind centraal staan.[100]

Uit de door mij onderzochte jurisprudentie blijkt niet dat de tuchtrechter expliciet naar het KNMG-toetsingskader verwijst of de aldaar genoemde zorgvuldigheidsvragen langsloopt, laat staan impliceert. Weliswaar vermeldt de tuchtrechter soms de desbetreffende artikelen uit de KNMG-meldcode, maar daaruit blijkt niet waaraan een eventuele afweging wordt getoetst.

Uit de afhandeling van de door mij onderzochte zaken die gaan over de situatie waarin de arts is bevraagd, blijkt dat de arts dikwijls een maatregel opgelegd. Anders is dit in de situatie waarin de arts uit eigen beweging een Veilig Thuis-melding doet. Het opleggen van een maatregel wordt veroorzaakt door het feit dat de arts zich onvoldoende blijkt te hebben ingespannen toestemming van betrokkene(n) te bemachtigen en/of doordat de noodzaak voor gegevensverstrekking onvoldoende is gebleken. Het doorbreken van het zwijgen is in het licht van de afhandeling van de onderzochte zaken dus iets dat veeleer bij hoge uitzondering is gelegitimeerd, zoals ook in geval van conflict van plichten.

Duidelijk is in ieder geval dat een ingesteld onderzoek naar kindermishandeling door Veilig Thuis of de RvdK als zodanig niet voldoende de noodzaak tot gegevensverstrekking legitimeert. Dit betekent dus dat als de arts volgens art. 6 of art. 10 lid 3 van de KNMG-meldcode (2015) handelt, hem vervolgens een tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Dit kan een prohibitief effect hebben op het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling door ouders. De arts is immers – anders dan bijvoorbeeld in Frankrijk[101] – in geval van het doen van een zorgvuldige melding van kindermishandeling niet gevrijwaard van een tucht- of civielrechtelijke actie en in beginsel ook niet van een strafrechtelijke, ook al komt dat laatste in de praktijk niet tot nauwelijks voor.[102]

De KNMG zou duidelijker in voornoemde artikelen in de KNMG-meldcode kunnen bepalen dat de arts géén afwegingsruimte wordt gelaten en dat het

99 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 8 mei 2012, ECLI:NL:TGZRSGR:2012:YG2010, r.o. 5.3, *GJ* 2012/88 (waarschuwing); RTG 's-Gravenhage 20 december 2011, ECLI:NL:TGZRSGR:2011:YG1650, r.o. 5.4 (waarschuwing).

100 Zie bijv. RTG Zwolle 27 januari 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:21, r.o. 5.5; RTG Amsterdam 16 december 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:13, r.o. 5.3. Vgl. RTG 's-Gravenhage 9 januari 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:12, r.o. 5.11, *TvGR* 2018, p. 232-237. De Haagse tuchtrechter las in het ingestelde onderzoek een signaal van kindermishandeling dat de arts daarvoor niet had.

101 Art. 226-13 Code Pénal, alwaar is bepaald: 'Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi.' (Ordre National des Médecins 2016, p. 8).

102 Schalken, *TvGR* 2014, p. 210.

KNMG-toetsingskader, zoals vermeld in bijlage 4 *Zorgplicht, beroepsgeheim en melden*, niet van toepassing is, als dat tenminste ook daadwerkelijk de bedoeling is. Het risico is evenwel dat de tuchtrechter de KNMG-meldcode niet zal volgen omdat het feit dat de arts een *eigen* afweging moet maken een rode draad is in de jurisprudentie die gebaseerd is op de oorspronkelijke bedoeling van de desbetreffende spreekrechten (art. 5.2.6 Wmo en art. 1:240 BW). Of de KNMG zou in navolging van de tuchtrechter in voornoemde artikelen van de code kunnen benadrukken dat de arts – als hij is bevraagd door Veilig Thuis of de RvdK naar aanleiding van een ingesteld onderzoek naar kindermishandeling – alsnog een eigen afweging moet maken. Hij zal zich moeten inspannen om toestemming te verkrijgen of de toestemming te concretiseren als deze in een verklaring aan Veilig Thuis of de RvdK is gegeven. Hij zal ook moeten kunnen aantonen dat hij zelf zorgen heeft over het kind en zich ervan vergewissen dat door gegevens te verstrekken acuut gevaar kan worden afgewend. De KNMG volgt dan de tuchtrechter.

Een andere oplossing om te voorkomen dat professionele norm en tuchtnorm uiteenlopen is naar voren gekomen in de uitspraak van de Haagse tuchtrechter van 9 januari 2018. In deze zaak had de RvdK de huisarts bevraagd naar aanleiding van een door de RvdK ingesteld onderzoek naar de vraag of, als vervolg op een voorlopige ondertoezichtstelling die door de rechter was uitgesproken in verband met een vermoeden van kindermishandeling, voor E – een meisje van bijna twaalf jaar – een maatregel van ondertoezichtstelling noodzakelijk was.

De Haagse tuchtrechter benadrukte dat het volstrekt niet helder is welk beoordelingskader er geldt in de situatie waarin de arts is bevraagd en gegevens heeft verstrekt.[103] Voor de Haagse tuchtrechter was deze onduidelijkheid zelfs reden om, ofschoon er sprake was van een schending van het medisch beroepsgeheim, tóch geen maatregel op te leggen.

Ofschoon in deze zaak werd benadrukt dat het meldrecht van art. 1:240 BW geldt in de context van conflict van plichten, legt de tuchtrechter de doorbreking van het medisch beroepsgeheim langs de lat van het *stappenplan* van art. 4 KNMG-meldcode (2015). Echter, dat stappenplan is niet bedoeld voor de situatie waarin de arts wordt bevraagd, maar voor de situatie waarin de arts uit eigen beweging een melding doet en dan bovendien niet aan de RvdK, maar aan Veilig Thuis.[104]

Ofschoon de toetsing van de doorbreking van het medisch beroepsgeheim in voornoemde zaak mij voorkomt als een 'faux pas' van het Haagse RTG – de casus betreft immers geen melding uit eigen beweging en bovendien niet eentje aan Veilig Thuis – bevestigt deze gang van zaken wel 'de doolhof' waarin

103 RTG 's-Gravenhage 9 januari 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:12, r.o. 5.11, *TvGR* 2018, p. 232-237.

104 Bruning & Sombroek, noot onder RTG 's-Gravenhage 9 januari 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:12, *TvGR* 2018, p. 232-241.

de beoordeling van een doorbreking van het medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling terecht is gekomen. Er is behoefte aan een duidelijk beoordelingskader zowel voor arts en tuchtrechter, temeer omdat de informatie van de arts immers van toegevoegde waarde is voor het kind voor wie een onderzoek naar kindermishandeling is ingesteld.[105] De uitspraak van de Haagse tuchtrechter doet in ieder geval de vraag rijzen of niet ook voor andere situaties dan die waarin de arts een Veilig Thuis-melding doet een stappenplan zou moeten gelden en zo ja, of dit hetzelfde moet zijn als voor het doen van een Veilig thuis-melding uit eigen beweging? Daarover meer onder 10.3.

Te verstrekken informatie

De tuchtrechter toetst aan het proportionaliteitsvereiste dat in algemene zin geldt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim en dat overigens in zowel het cvp-toetsingskader als het KNMG-toetsingskader op eenzelfde wijze tot uiting komt in het criterium dat de arts het medisch beroepsgeheim zo min mogelijk schendt.

De tuchtrechter onderstreept hierbij dat de arts een eigen verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van zowel de te verstrekken informatie als de verslaglegging zoals die door de vragende instantie is opgesteld.[106] Klopt de verslaglegging immers niet (geheel), dan kan dit weer leiden tot een civielrechtelijke actie om belastende passages in het Veilig Thuis-onderzoeksverslag te wijzigen.[107]

Uit de onderzochte uitspraken blijkt dat als de arts gegevens verstrekt, de tuchtrechter doorgaans beoordeelt of de verstrekking van die gegevens zorgvuldig is geschied. De gegevensverstrekking dient feitelijk van aard te zijn en niet meer te omvatten dan waarom gevraagd wordt.[108] De te verstrekken informatie dient onpartijdig te zijn, zonder waardeoordelen, en oordelen dienen gebaseerd te zijn op eigen onderzoek binnen het eigen deskundigheidsgebied van de desbetreffende arts.[109]

Het valt ten slotte op dat tuchtrechters zich met een zekere regelmaat vermanend uitlaten richting Veilig Thuis of de RvdK. Beide instanties zouden

105 CTG 6 november 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2393, r.o. 5.5.

106 Zie bijv. RTG Zwolle 27 januari 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:21, r.o. 5.4; RTG Zwolle 22 december 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:212, r.o. 5.3; CTG 6 november 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2393, r.o. 5.5; RTG 's-Gravenhage 8 mei 2012, ECLI:NL:TGZRSGR:2012:YG2010, r.o. 5.3, *GJ* 2012/88.

107 Zie bijv. Rb. Amsterdam 12 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW4266, *NJF* 2012/340.

108 Zie bijv. RTG Eindhoven 8 augustus 2016, ECLI:NL:TGZREIN:2016:68, r.o. 5b (berisping); RTG Eindhoven 1 juni 2015, ECLI:NL:TGZREIN:2015:49, r.o. 5 (waarschuwing)

109 Zie bijv. RTG Eindhoven 8 augustus 2016, ECLI:NL:TGZREIN:2016:68, r.o. 5b (berisping); CTG 15 mei 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:192 (berisping: te subjectief, niet gebaseerd op eigen onderzoek); RTG Eindhoven 13 januari 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:12 (waarschuwing: niet onpartijdig en niet gebaseerd op eigen onderzoek); RTG Zwolle 15 november 2013, ECLI:NL:TGZRZWO:2013:51, *TvGR* 2014/4 (waarschuwing: niet feitelijk, waardeoordelen).

zorgvuldiger moeten zijn in hun vraagstelling, zo zou de arts niet moeten worden gevraagd naar de (on)geschiktheid van een ouder bij toekenning van gezag na scheiding of over de noodzaak van een kinderbeschermingsmaatregel.[110] Ook is het volgens de tuchtrechter niet gepast als dergelijke instanties de arts beloven dat wat hij vertelt, geheim zal blijven.[111] Deze belofte blijkt immers in de praktijk geen stand te houden. Als een arts wordt gebeld, leidt dit doorgaans volgens de tuchtrechter ertoe dat een arts zich overvallen voelt. De tuchtrechter adviseert de arts daarom bij voorkeur schriftelijk antwoord te geven op vragen van Veilig Thuis of de RvdK.[112] De tuchtrechter breekt hier een lans voor de arts die onder druk een keuze moet maken tussen zwijgen of spreken, en inmiddels met effect. In diverse handreikingen over het uitwisselen van informatie tussen professionals uit de jeugdzorg en artsen zijn deze aansporingen terug te vinden.[113] De vragende instantie dient het verzoek tot informatie zodanig te onderbouwen dat de arts kan bepalen welke gegevens relevant kunnen zijn en welke mate van urgentie er bij gegevensverstrekking is.[114]

9.7 De arts verstrekt uit eigen beweging informatie anders dan aan Veilig Thuis

Als de arts niet wordt bevraagd door Veilig Thuis of de RvdK en evenmin uit zichzelf een Veilig Thuis-melding doet, dan kan er nog steeds sprake zijn van informatieverstrekking, namelijk in de volgende situaties. Hij verstrekt zelf informatie aan de RvdK (art. 1:240 BW/art. 10 KNMG-meldcode),[115] aan andere professionals (art. 9 KNMG-meldcode) of aan de jeugdbeschermer (art. 7.3.11 lid 4 Jw/art. 8 KNMG-meldcode)[116] of aan de politie.[117]

---

110 Zie bijv. RTG ´s-Gravenhage 8 mei 2012, ECLI:NL:TGZRSGR:2012:YG2010, r.o. 5.3, *GJ* 2012/88.

111 RTG ´s-Gravenhage 8 mei 2012, ECLI:NL:TGZRSGR:2012:YG2010, r.o. 5.3, *GJ* 2012/88.

112 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 8 mei 2012, ECLI:NL:TGZRSGR:2012:YG2010, r.o. 5.3, *GJ* 2012/88.

113 Zie bijv. RvdK 2013; *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* 2014; KNMG-meldcode 2015, p. 39.

114 Zie bijv. RTG Zwolle 27 januari 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:21, r.o. 5.3.

115 Zie bijv. CTG 8 september 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:291, r.o. 5.3; RTG Zwolle 21 oktober 2016, ECLI:NL:TGZRZWO: 2016:108, r.o. 5.3; RTG Eindhoven 1 juni 2015, ECLI:NL:TGZREIN:2015:49.

116 Zie bijv. RTG Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:29, *GZR-Updates.nl* 2017/0135, r.o. 5.4 (informatieverstrekking aan gezinsvoogd); RTG Eindhoven 1 juni 2015, ECLI:NL:TGZREIN:2015:49 (informatieverstrekking aan RvdK; berisping); RTG Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:37, r.o. 5.6, *GJ* 2015/80 (informatieverstrekking aan gezinsvoogd; berisping); RTG 's-Gravenhage 21 december 2010, ECLI:NL:TGZRSGR:2010:YG0776 (informatieverstrekking aan gezinsvoogd; waarschuwing); CTG 11 juni 2009, nr. 2008/56 en 2008/57, *TvGR* 2010/16 (informatieverstrekking aan gezinsvoogd; waarschuwing).

Verreweg de meeste tuchtzaken in deze context gaan over het feit dat de arts het medisch beroepsgeheim heeft doorbroken in de vorm van een verklaring of rapportage. De tuchtrechter overweegt steevast dat artsen terughoudend moeten zijn bij het afgeven van dergelijke verklaringen en rapportages, temeer als deze in een juridische procedure kunnen worden gebruikt.[118]

Voor het uit eigen beweging verstrekken van informatie aan de RvdK, andere professionals, de jeugdbeschermer of de politie geldt uiteraard dat de arts een eigen afweging moet maken. De vraag is waaraan de tuchtrechter die informatieverstrekking toetst: aan het cvp-toetsingskader of het KNMG-toetsingskader? Uit de onderzochte tuchtrechtelijke jurisprudentie terzake tekent zich de volgende rode draad af.

Toestemming

Evenals in andere situaties waarin het medisch beroepsgeheim wordt doorbroken geldt ook in de situatie waarin de arts informatie verstrekt zonder dat hij zelf een Veilig Thuis-melding doet of is bevraagd, dat de tuchtrechter hiervoor principaal toetst aan het toestemmingsvereiste en daaraan de nodige eisen stelt. De arts moet zich aantoonbaar hebben ingespannen om toestemming van betrokkenen te krijgen voor gegevensverstrekking.[119] Van belang hierbij is ook dat de arts hiervan aantekening maakt in het medisch dossier.[120] Evenals onder 9.6 is opgemerkt, ligt die toetsing dicht tegen het cvp-criterium aan waarin is bepaald dat de arts alles in het werk moet stellen om toestemming te verkrijgen.

Indien toestemming van betrokkene(n) voor gegevensverstrekking ontbreekt, betekent dit uiteraard niet dat er geen gegevens verstrekt kunnen worden. De tuchtrechter wijst op de van toepassing zijnde spreekrechten ex art. 5.2.6 Wmo, art. 1:240 BW, art. 7.3.11 lid 4 Jw. Zij gelden als juridische basis voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Daarnaast worden voor zover van toepassing ook de desbetreffende bepalingen uit de KNMG-meldcode aangehaald. Maar, zoals hiervoor ook is gesteld, verhelderen deze niet als zodanig welk beoordelingskader er geldt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim: het cvp-kader dan wel dat uit de KNMG-meldcode, die de arts, zo bleek onder 8.7, meer ruimte geeft het medisch beroepsgeheim te doorbre-

117 Zie bijv. RTG Eindhoven 8 augustus 2016, ECLI:NL:TGZREIN:2016:68, r.o. 5c.

118 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.7 (berisping).

119 Zie bijv. RTG Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:29, r.o. 5.2; RTG Eindhoven 1 juni 2015, ECLI:NL:TGZREIN:2015:49, r.o. 5 (waarschuwing). RTG Zwolle 21 oktober 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:108, r.o. 5.3 (arts mocht op grond van gedragingen en uitlatingen klager uitgaan van toestemming voor gegevensverstrekking aan de RvdK). Zie voor doorbreking van de zwijgplicht door bijv. een GGZ-psycholoog die ook aan de Wet verplichte meldcode (2013) is gebonden: RTG Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:37, r.o. 5.5, *GJ* 2015/80 (berisping).

120 Zie bijv. RTG Zwolle 21 oktober 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:108, r.o.5.3-5.4; vgl. RTG Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:29, r.o. 5.5.

ken. Zij geven slechts aan dat de arts in de context van kindermishandeling ook zonder toestemming daarvoor te hebben gegevens mag verstrekken indien daartoe een noodzaak bestaat. Uiteraard toetst de tuchtrechter aan het noodzakelijkheidsvereiste dat in algemene zin geldt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.[121] De vraag is alleen aan welk kader hij dat toetst, aangezien het noodzakelijkheidsvereiste immers zowel in het cvp-toetsingskader als in het KNMG-toetsingskader is uitgewerkt.

Noodzaak

In de wat oudere zaken valt de tuchtrechter bij de toetsing of gegevensverstrekking in een bepaalde casus noodzakelijk was, expliciet terug op het cvp-toetsingskader. Een voorbeeld hiervan geeft de uitspraak van het CTG, waarin de huisarts samen met een verpleegkundige en arts van het consultatiebureau aan de gezinsvoogd (destijds gangbare term) een brief schreef, terwijl alleen het consultatiebureau door de gezinsvoogd om informatie was gevraagd.

> 'Persoonlijke gegevens van patiënten kunnen worden prijsgegeven onder meer na verkregen toestemming van de patiënt of op grond van een wettelijk voorschrift, of wanneer zich een zodanig conflict van plichten voordoet dat kan worden gesproken van overmacht. Een dergelijke situatie kan zich onder omstandigheden bijvoorbeeld voordoen indien het lichamelijk of geestelijk welzijn van kinderen wordt bedreigd en er sprake is van een noodsituatie, waarin in het belang van die kinderen acuut iets moet gebeuren. Bij afweging van de belangen van de patiënt op geheimhouding van de gegevens tegen het belang van de kinderen bij verstrekking daarvan, kan het zijn dat doorbreking van het beroepsgeheim in dat specifieke geval gerechtvaardigd is.'[122]

In deze zaak had de arts op eigen initiatief informatie verstrekt aan de RvdK. De kinderrechter heeft vervolgens bij een beslissing tot uithuisplaatsing rekening gehouden met die informatie. De tuchtrechter overwoog dat er geen sprake was van een 'acute noodsituatie'. De kinderen waren immers onder toezicht gesteld en voorlopig uit huis geplaatst. Van bedreigde kinderen was dus geen sprake, aldus de tuchtrechter, en evenmin van een conflict van plichten-situatie.[123] Aan het cvp-criterium dat alleen door doorbreking ernstige schade kon worden voorkomen, was i.c. immers niet voldaan.

In de wat meer recente zaken wordt weliswaar gerefereerd aan de toepasselijke bepalingen uit de KNMG-meldcode (cf. artt. 6, 9, 10 en 11 KNMG-code 2015), maar zonder dat expliciet wordt verwezen naar de zorgvuldigheidsvragen

121 Zie bijv. RTG Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:29, r.o. 5.2; RTG Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:37, r.o. 5.6, *GJ* 2015/80 (berisping).

122 CTG 11 juni 2009, *TvGR* 2010/16, r.o. 4.6.

123 CTG 11 juni 2009, *TvGR* 2010/16, r.o. 4.7.

uit het KNMG-toetsingskader.[124] Daarin is niet gestipuleerd dat er sprake moet zijn van – wat het CTG in voornoemde zaak noemde – 'een noodsituatie, waarin er acuut iets moet gebeuren'. De insteek van de KNMG-meldcode is dat er moet worden ingegrepen in het belang van het kind en dat de arts geen andere mogelijkheid ziet om dat te bewerkstellingen dan door het medisch beroepsgeheim te doorbreken.[125] Hiervan kan ook sprake zijn zonder dat er direct sprake is van een acute noodsituatie, bijvoorbeeld in geval ouders vanwege financieel onvermogen het kind verwaarlozen.

Ofschoon de toetsing in rechte weliswaar niet expliciet aan de hand van het KNMG-toetsingskader met de vijf zorgvuldigheidvragen geschiedt, kan niet gezegd worden dat de tuchtrechter geheel voorbij gaat aan de KNMG-meldcode. Zo toetst de tuchtrechter in de regel in hoeverre de verstrekking van informatie met betrokkene(n) is besproken (zie hieronder).[126]

Te verstrekken informatie

Uit de onderzochte uitspraken is voorts gebleken dat als de arts besluit informatie te verstrekken, deze aan de volgende vereisten moet voldoen:[127]

- De informatie dient onpartijdig te zijn en gebaseerd te zijn op feiten en de informatie dient geen waardeoordelen te bevatten of in ieder geval duidelijk onderscheid te maken tussen feiten en stellingen;[128]
- De informatie dient met de ouders te zijn besproken. Dit geldt eens te meer in geval de ene ouder de ander van kindermishandeling beschuldigt, dan moet de arts in beginsel die informatie ook met de beschuldigde ouder bespreken;[129]
- De informatie dient te zijn gebaseerd op eigen waarnemingen en bevindingen van de arts of het moet duidelijk zijn wat de bronnen zijn;[130]

124 RTG Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:29, *GZR-Updates.nl* 2017/0135, r.o. 5.3.

125 KNMG-meldcode 2015, p. 46 (zie onder zorgvuldigheidsvraag 4).

126 Zie bijv. RTG Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:29, r.o. 5.3.

127 CTG 30 januari 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:17, *GJ* 2014/65; Zie ook: RTG Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:95, r.o. 5.2; RTG Eindhoven 1 juni 2015, ECLI:NL:TGZREIN:2015:49 (informatieverstrekking aan RvdK; berisping); CTG 11 juni 2009, *TvGR* 2010/16 (informatieverstrekking aan gezinsvoogd; waarschuwing); RTG Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:37, r.o. 5.6, *GJ* 2015/80 (informatieverstrekking aan gezinsvoogd; berisping); RTG 's-Gravenhage 21 december 2010, ECLI:NL:TGZRSGR:2010:YG0776 (informatieverstrekking aan gezinsvoogd; waarschuwing).

128 Zie bijv. CTG 31 oktober 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:286, r.o. 5.5-5.7; RTG Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:119, r.o. 5.5; RTG Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:95, r.o. 5.3 (berisping); RTG Eindhoven 15 mei 2017, ECLI:NL:TGZREIN:2017:54, r.o. 5.

129 RTG Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:95, r.o. 5.3 (berisping); RTG Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:119, r.o. 5.5.

130 RTG Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:95, r.o. 5.3 (berisping); RTG Eindhoven 15 mei 2017, ECLI:NL:TGZREIN:2017:54, r.o. 5; RTG Zwolle 13 februari 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:40, r.o. 5.3-5.6.

- De informatie mag niet suggestief zijn, niet tegen het stellen van een diagnose aanliggen als deze (nog) niet is gesteld of als de arts niet over de juiste deskundigheid beschikt om deze te stellen.[131]

Kennelijk scherpt de tuchtrechter in geval van verklaringen of rapportages[132] niet alleen het proportionaliteitscriterium aan uit het cvp-toetsingskader (niet meer informatie verstrekken dan nodig) met bovenstaande eisen, maar ook de eisen in de KNMG-meldcode die terzake zijn gesteld.[133] Daarin is immers bepaald dat het erom gaat dat de arts niet meer informatie verstrekt dan noodzakelijk is voor het stoppen van kindermishandeling of voor het laten onderzoeken van een redelijk vermoeden van kindermishandeling.

Ten slotte oordeelt de tuchtrechter dat de arts zelf verantwoordelijk is voor de afgegeven verklaring, ook als deze voor een ander doel gebruikt wordt dan waarvoor opgesteld. Aan een dergelijke verklaring wordt in een juridische procedure immers in de regel veel gewicht toegekend, aldus de tuchtrechter.[134] Zo had in een zaak die diende voor de tuchtrechter de arts/psychiater – in het kader van een crisisonderzoek, zonder toestemming daarvoor te hebben van betrokken vader – verklaard dat 'vader aan kind had gezeten' en er sprake was van 'herbeleving bij het kind van geweld door vader'. Het rapport was vervolgens door de gezinsvoogd als bijlage bij een verzoekschrift tot uithuisplaatsing gevoegd. De tuchtrechter oordeelde over de eigen verantwoordelijkheid van de desbetreffende arts terzake:

> 'Dat zij geen toestemming heeft verleend tot doorzending aan de kinderrechter ontslaat haar niet van haar primaire verplichting om zonder toestemming van de rechthebbenden het rapport niet af te geven. Dat het rapport zonder haar instemming is doorgestuurd, voor een ander doel dan waarvoor het was opgesteld, is dan ook haar verantwoordelijkheid.'[135]

Indien de verklaring belastend is voor de ouder(s) dan kan dit vervolgens leiden tot een civielrechtelijke actie om belastende passages uit het (onderzoeks)verslag te wijzigen. Uiteraard is bij het doen slagen van een dergelijke actie bovenal bepalend de mate van onzorgvuldig handelen van de arts.[136]

---

131 CTG 31 oktober 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:286, r.o. 5.7; RTG Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:95, r.o. 5.3 (berisping); RTG Eindhoven 15 mei 2017, ECLI:NL:TGZREIN:2017:54, r.o. 5.

132 Zie bijv. CTG 30 januari 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:17, *GJ* 2014/65; RTG Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:95, r.o. 5.3.

133 Zie bijv. RTG Eindhoven 1 februari 2017, ECLI:NL:TGZREIN:2017:19, r.o. 5; Zie voorts par. 8.7.

134 Zie bijv. RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57, r.o. 5.7.

135 RTG Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:37, r.o. 5.3 en r.o. 5.6, *GJ* 2015/80 (berisping).

136 Zie bijv. Rb. Amsterdam 12 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW4266, *NJF* 2012/340.

9.8 TUSSENCONCLUSIE

In par. 9.6 en par. 9.7 is gebleken dat het niet zonder meer duidelijk is aan welk beoordelingskader de tuchtrechter het doorbreken van het medisch beroepsgeheim anders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding toetst. Wel blijkt dat er steevast aan het toestemmingsvereiste en noodzakelijkheidsvereiste wordt getoetst, maar op een casuïstische wijze. Soms schurkt de tuchtrechter hierbij tegen het cvp-toetsingskader aan en wijst ook de frequentie waarmee een maatregel wordt opgelegd in de richting van het uitgangspunt zwijgen-tenzij. Daarop is ook het cvp-toetsingskader gebaseerd. Maar van een expliciete en consequente toetsing aan de cvp-criteria is geen sprake en evenmin aan die van de KNMG-meldcode (2015), hoewel het toestemmingsvereiste en noodzakelijkheidsvereiste op een verschillende wijze zijn uitgewerkt in die kaders (zie onder 8.7).

Met een duidelijke keuze voor het ene dan wel het andere kader zou de rechtszekerheid gediend zijn. Van het sauveren van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim is in de situatie anders dan waarin de arts uit eigen beweging een Veilig Thuis-melding doet veel minder vaak sprake dan in geval hij uit eigen beweging meldt aan Veilig Thuis. Voor die doorbreking heeft de tuchtrechter het cvp-toetsingskader losgelaten en volgt het KNMG-toetsingskader dat bestaat uit stappen en zorgvuldigheidsnormen.

Tuchtnorm en professionele norm blijken veel minder goed met elkaar in de pas te lopen in de situatie waarin het niet gaat om een Veilig Thuis-melding. Zo laat de KNMG-meldcode (2015) in art. 6 en art. 10 lid 3 ruimte voor de interpretatie dat artsen alle hun ter beschikking staande informatie verstrekken op verzoek van Veilig Thuis en de RvdK als zij een onderzoek hebben ingesteld naar kindermishandeling. De gedachte is dat in een dergelijk geval sprake is van een redelijk vermoeden van kindermishandeling en een noodzaak om dat te onderzoeken.[137] De tuchtrechter deelt deze insteek niet. Hij kent aan de arts een eigen, ruimere afwegingsruimte toe. Deze houdt in dat hij zich niet alleen moet inspannen toestemming te verkrijgen voor gegevensverstrekking, maar ook de noodzaak tot gegevensverstrekking zelf dient te onderzoeken en te motiveren. Het gaat erom dat er sprake is van een acute situatie die tot gegevensverstrekking noopt, terwijl in de KNMG-meldcode de acuutheid van de situatie niet van belang is voor de vraag *of* gegevens moeten worden verstrekt maar *aan wie* (par. 8.7).

Ook is in dit onderzoek gebleken dat de tuchtrechter aan de te verstrekken informatie uit eigen beweging anders dan aan Veilig Thuis (aanvullende) eisen van zorgvuldigheid en professionaliteit stelt die niet een-op-een in de KNMG-meldcode, noch in het cvp-toetsingskader, zijn geëxpliciteerd. Het verdient aanbeveling deze ook in de KNMG-meldcode op te nemen om te voorkomen

137 KNMG-meldcode 2015, p. 35 en p. 39.

dat professionele norm en tuchtnorm uit elkaar gaan lopen. Hierop kom ik terug onder 10.2-10.3.

Onduidelijkheid over het toe te passen toetsingskader voor een doorbreking van het medisch beroepsgeheim kan ertoe leiden dat artsen worden weerhouden informatie te verstrekken in geval van kindermishandeling. Dit is in het licht van een effectieve bestrijding van kindermishandeling niet wenselijk. Het informeren van instanties die bijvoorbeeld een onderzoek naar kindermishandeling instellen, is immers nodig om het kind tegen mogelijke veiligheidsrisico's te beschermen. De verklaring van artsen blijkt van grote waarde voor het inschatten van de risico's voor het kind.

Ofschoon niet duidelijk is aan welk toetsingskader de doorbreking van het medisch beroepsgeheim anders dan door het doen van een Veilig Thuis-melding in rechte wordt getoetst, wordt als grondslag voor die doorbreking in de regel gewezen op het van toepassing zijnde spreekrecht (art. 5.2.6 Wmo, art. 1:240 BW en art. 7.3.11 lid 4 Jw). Daarnaast worden ook de van toepassing zijnde bepalingen uit de KNMG-meldcode genoemd.

Daar waar uit de afhandeling van de zaken over het doen van een Veilig Thuis-melding blijkt dat het stappenplan wél de arts het nodige houvast biedt bij het doorbreken van de zwijgplicht en daartoe meer ruimte biedt, is hiervan geen sprake in andere situaties zoals besproken in par. 9.6 en 9.7 en waarvoor een stappenplan ontbreekt. De vraag rijst of een stappenplan niet ook zou moeten gelden voor de situatie waarin de arts anders door het doen van een Veilig Thuis-melding het medisch beroepsgeheim doorbreekt. Hierop kom ik terug onder 10.3.

9.9 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk is gebleken dat in geval de arts zelf een Veilig Thuis-melding doet er geen licht valt tussen de tuchtnorm en de professionele norm. De tuchtrechter noemt incidenteel de zorgplicht als mogelijke juridische basis, maar ook wordt gerefereerd aan het spreekrecht van art. 5.2.6 Wmo. Ofschoon het hier om een bevoegdheid gaat, kan uit de onderzochte jurisprudentie worden afgeleid dat als de arts bij de laatste stap uit het stappenplan van art. 4 KNMG-meldcode (2015) is aangekomen, een melding aangewezen is. Volgens de tuchtrechter betekent dit niet zonder meer dat de vertrouwensrelatie is geschonden. In ieder geval kan de arts die op zorgvuldige wijze een Veilig Thuis-melding doet, hiervan geen tuchtrechtelijk verwijt worden gemaakt.

Het zijn vooral situaties anders dan die waarin de arts zelf aan Veilig Thuis meldt, die voor problemen zorgen.

Weliswaar worden hier waar van toepassing de desbetreffende spreekrechten genoemd als juridische basis voor gegevensverstrekking en/of de desbetreffende bepalingen uit de KNMG-meldcode, maar dit betekent niet dat zonneklaar is welke toetsingsmaatstaven er gelden voor de afweging die leidt tot een

doorbreking van het medisch beroepsgeheim. Het feit dat de tuchtrechter een spreekrecht benoemt, impliceert niet automatisch dat hij deze plaatst in de context van conflict van plichten zoals de wetgever voor ogen staat (zie onder 7.2.3). De afweging die de arts maakt, wordt dus ook niet zonder meer aan het cvp-toetsingskader getoetst. Dat is immers bij het doen van een Veilig Thuis-melding duidelijk gebleken. Daar noemt de tuchtrechter weliswaar art. 5.2.6 Wmo, maar toetst aan het stappenplan en KNMG-zorgvuldigheidsnormen en níet aan het conflict van plichten.

Hetzelfde geldt voor de verwijzing van de tuchtrechter naar bepalingen uit de KNMG-meldcode. Ook dit betekent nog niet dat de tuchtrechter de afweging automatisch toetst aan het in de bijlage bij de meldcode genoemde KNMG-toetsingskader. Soms is het zelfs ongewis in de KNMG-meldcode of de arts nog wel een eigen afwegingsruimte wordt gelaten, zoals in de situatie waarin hij is bevraagd door Veilig Thuis of de RvdK als zij een onderzoek hebben ingesteld naar kindermishandeling. Hierdoor dreigen tuchtnorm en professionele norm met elkaar uit de pas te lopen in tegenstelling tot de situatie waarin de arts zelf aan Veilig Thuis meldt. De tuchtrechter volgt daar immers het stappenplan en de daarbij behorende zorgvuldigheidsnormen. Dat leidt ertoe dat de arts, indien hieraan is voldaan, geen maatregel opgelegd krijgt voor het doen van een Veilig Thuis-melding. Dat komt de rechtszekerheid ten goede. Het biedt de arts én de tuchtrechter het nodige houvast bij het toetsen van een doorbreking van het medisch beroepsgeheim.

Onduidelijkheid over het toe te passen beoordelingskader kan evenwel een prohibitief effect hebben op het verstrekken van gegevens, terwijl die verstrekking in het belang kan zijn van het kind. Temeer nu uit de afhandeling van zaken, waarin de arts is bevraagd of zelf informatie verstrekt aan een ander dan Veilig Thuis, blijkt dat er van een restrictieve toetsing sprake is. De doorbreking van het medisch beroepsgeheim komt de arts immers doorgaans op een maatregel te staan, omdat hij meer had moeten doen om toestemming van betrokkene(n) te krijgen of zelf had moeten afwegen en onderzoeken of er een noodzaak bestond tot gegevensverstrekking maar dit heeft nagelaten.

In het licht van bovenstaande is er veel voor te zeggen om vergelijkbaar aan het doen van een Veilig Thuis-melding een stappenplan te ontwikkelen voor andere situaties waarin in geval van kindermishandeling het medisch beroepsgeheim wordt doorbroken. Het toe te passen beoordelingskader voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim bleek in die situaties immers onduidelijker. Die onduidelijkheid blijkt tot op heden niet te zijn verholpen, noch door de KNMG, noch door de tuchtrechter. Sterker nog: in januari 2018 wees de Haagse tuchtrechter op dit probleem en toetste de doorbreking in een situatie waar de arts was bevraagd, aan het KNMG-stappenplan. Ofschoon dit stappenplan hiervoor niet is ontwikkeld – het geldt immers voor het doen van een Veilig Thuis-melding – lees ik hierin wel een aanzet tot en behoefte aan verandering. Een te volgen stappenplan lijkt hierbij het nodige houvast te geven voor zowel arts als tuchtrechter. Hierop kom ik terug onder 10.2.

10 Conclusie

10.1 Onderzoeksvragen, bevindingen en antwoorden

In dit proefschrift is onderzocht hoe de door wetgever en regering gemaakte keuze met betrekking tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim en met het oog op de bestrijding van kindermishandeling juridisch vorm kan krijgen. Hierbij is bekeken welke grondslag en toetsingsmaatstaven voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim kunnen gelden. Voorts is aangegeven hoe hierbij het medisch beroepsgeheim en de zorgplicht van de arts zich tot elkaar verhouden in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders.

Grondslag
Deel I bespreekt in het algemeen de mogelijkheden om het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Niet alleen de vijf uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim bepalen grenzen van het medisch beroepsgeheim, maar ook de zorgplicht van de behandelend arts. Die zorgplicht vloeit in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders voort uit het vereiste van goed hulpverlenerschap zoals bedoeld in art. 7:453 BW.

Deel II geeft aan dat in het kader van de bestrijding van kindermishandeling het niet goed mogelijk is te werken met conflict van plichten als grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Het is immers niet zo dat in het kader van de bestrijding van kindermishandeling geldt dat de arts alleen bij hoge uitzondering informatie verstrekt, namelijk in de situatie dat een onverkort vasthouden aan de zwijgplicht hem in een noodtoestand zou brengen.

Waar van de arts wordt verlangd dat hij zijn geheimhoudingsplicht doorbreekt, is dus een andere grondslag nodig dan conflict van plichten. Dat is een centrale stelling in mijn proefschrift. Die andere grondslag is voor de behandelend arts van het kind gevonden in de zorgplicht ex art. 7:453 BW (par. 8.4-8.7). De behandelend arts is jegens het kind verplicht goede zorg te verlenen.

Ook de arts bij wie het kind geen patiënt is, moet alert zijn op signalen van kindermishandeling. Op hem rust een meer algemene zorgplicht. Deze zorgplicht houdt in dat hij het kind tegen verdere schade beschermt. Hij zal zich in ieder geval op de hoogte moeten stellen van de afspraken rondom signalering en aanpak van kindermishandeling en zijn verantwoordelijkheid ter zake. Dit leidt in algemene zin tot het volgen van het stappenplan ex art. 4

KNMG-meldcode, voor zover althans hij niet besluit op grond van stap 1 (kindcheck) en 2 (advies collega-arts) de huisarts van het kind te informeren (par. 8.2). Het delen van het signaal van kindermishandeling met de huisarts impliceert uiteraard dat deze laatste vanuit zijn zorgplicht ex art. 7:453 BW jegens zijn minderjarige patiënt de KNMG-meldcode en meer in het bijzonder het daarin neergelegde stappenplan zal volgen (art. 4 KNMG-meldcode 2015) en het KNMG-afwegingskader (2018).

De zorgplicht is een overkoepelende plicht die zowel een zwijgplicht als een spreekplicht omvat. Het verlenen van goede zorg kan immers betekenen dat de arts zwijgt, omdat bijvoorbeeld het vermoeden van kindermishandeling is ontkracht (par. 8.4). Het omgekeerde geldt ook: het verlenen van goede zorg kan ook inhouden dat de arts een Veilig Thuis-melding doet (par. 8.3 en par. 8.5) en dus het medisch beroepsgeheim doorbreekt.

Het medisch beroepsgeheim maakt in deze benadering deel uit van die zorgplicht. Ook een doorbreking van het medisch beroepsgeheim maakt deel uit van die zorgplicht. Hiermee is de onderzoeksvraag naar de verhouding tussen zorgplicht en medisch beroepsgeheim beantwoord: het medisch beroepsgeheim is een in de zorgplicht geïntegreerde plicht.

Toetsingsmaatstaven

Waar de arts vanuit eigen beweging een Veilig Thuis-melding doet, biedt het stappenplan ex art. 4 KNMG-meldcode en de daarbij behorende zorgvuldigheidsnormen hem voldoende rechtszekerheid (par. 9.3). Anders is dit als hij in andere situaties het medisch beroepsgeheim doorbreekt.

Waar de arts is bevraagd, ontbreekt immers in de professionele regelgeving een stappenplan. Hierdoor is het onduidelijk hoe – aan de hand van welke maatstaven – de arts vanuit zijn zorgplicht jegens het kind een keuze moet maken tussen zwijgen en spreken (par. 9.6). In het kader van bestrijding van kindermishandeling is dit onwenselijk, omdat de informatie van artsen van grote waarde is voor het inschatten van de risico's voor het kind.

Een vergelijkbaar probleem doet zich voor in de situatie waarin de arts uit eigen beweging aan een ander meldt dan Veilig Thuis. Ook daarvoor ontbreekt immers een stappenplan (par. 9.7). En ook in die situatie is onduidelijk welke maatstaven er gelden voor spreken dan wel zwijgen. Dit werkt rechtsonzekerheid in de hand voor de arts die een kind behandelt en die wordt geconfronteerd met kindermishandeling of vermoedens ervan.

Deze uitkomst is onbevredigend en niet goed verdedigbaar. Voor een effectieve bestrijding van kindermishandeling is immers het uitwisselen van informatie een vereiste. Daarom treft de wetgever maatregelen om ook zónder dat daarvoor toestemming is gegeven door betrokkene(n) tóch informatie te verstrekken in geval van kindermishandeling of vermoedens daarvan (par. 7.2.3). Daarbij geldt ook nog eens dat de behandelend arts mag uitgaan van een ruim begrip kindermishandeling (par. 6.8). Als niet voor alle situaties waarin de arts wordt geconfronteerd met kindermishandeling of vermoedens

ervan, evident is waaraan een eventuele doorbreking van het medisch beroepsgeheim moet worden getoetst, waarom dan wel verlangen dat de behandelend arts in het kader van de bestrijding van kindermishandeling informatie verstrekt (par. 8.5 en par. 8.7)?

Het grote voordeel van het stappenplan en de daarbij behorende zorgvuldigheidsnormen die gelden voor het doen van een Veilig Thuis-melding, is dat deze de arts voldoende houvast en zorgvuldigheid bieden ter zake van de te maken keuze tussen zwijgen of spreken. Deze toetsingsmaatstaven zijn een inspiratiebron dan wel een aanknopingspunt voor andere situaties, waarin nog geen stappenplan geldt. Idealiter ontstaat er zo één toetsingsmodel voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling of vermoedens ervan.

10.2 De arts is bevraagd: voorstel voor een stappenplan

Bij het ontwerpen van een stappenplan voor de situatie waarin de arts is bevraagd, geldt een aantal uitgangspunten. Het eerste uitgangspunt is dat er geen toestemming is van betrokkene(n) voor het verstrekken van de gevraagde informatie (par. 9.6). Pas dan komt immers het te ontwikkelen stappenplan in beeld.

Het tweede uitgangspunt is dat het stappenplan voldoet aan de vereisten van noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit (par. 9.6). Deze vereisten gelden immers in algemene zin voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Zij reflecteren de zorgvuldigheid waarmee de arts vanuit zijn zorgplicht jegens het kind moet handelen. Zij dienen dus een plek te krijgen in een stappenplan.

Het derde uitgangspunt is dat de arts 'spreekt-tenzij'. Informatie-uitwisseling bij kindermishandeling is immers cruciaal.

Het hieronder door mij voorgestelde stappenplan is op eenzelfde wijze vormgegeven als het stappenplan voor het doen van een Veilig Thuis-melding in de KNMG-meldcode (2015). Eerst wordt de stap vermeld, waarna hierop een toelichting wordt gegeven. Het volgt de aldaar gebezigde terminologie. Deze vormgeving dient de uniformiteit.

Uiteraard komen de bevindingen van dit onderzoek terug en is rekening gehouden met het KNMG-afwegingskader (2018) (paragrafen 8.7 en 9.6).

Stappenplan voor de situatie waarin de arts is bevraagd.

Stap 1

- De arts die is bevraagd door *Veilig Thuis of de RvdK,* gaat bij de desbetreffende instantie na of het onderzoek van de instanties zich toespitst op kindermishandeling, of het verstrekken van informatie in dat kader nodig is en daarvoor geen andere weg openstaat. De arts vraagt dit te motiveren.

- De arts die is bevraagd door *de politie,* vraagt na of er sprake is van een onderzoek naar kindermishandeling in die zin dat men spreekt van een een acute onveilige situatie voor het kind en of er geen andere weg openstaat om informatie te verkrijgen. Hij vraagt de politie dit te motiveren.
- De arts die is bevraagd door *andere bij de zorg voor of hulp aan het gezin betrokken professionals,* gaat na of het gaat om een onderzoek naar kindermishandeling waarin het belang van het kind vereist dat informatieverstrekking noodzakelijk is en hiertoe geen andere weg openstaat. Hij vraagt dit te motiveren.
- De arts legt vast in het patiëntendossier door wie/welke instantie hij is bevraagd, waartoe en waarom.

Toelichting:

Algemeen
Het informatieverzoek aan de arts is in algemene zin te beschouwen als een signaal van kindermishandeling. De arts dient een dergelijk signaal te verifiëren. De eerste stap is: nagaan of het inderdaad om een onderzoek naar kindermishandeling gaat en niet om iets anders (par. 9.6). Als het immers níet om kindermishandeling gaat, is het stappenplan niet van toepassing. Als het wél om kindermishandeling gaat, verifieert de arts de noodzaak tot informatieverstrekking en let hij op het subsidiariteitsvereiste (zie par.9.6). Daarom is in stap 1 opgenomen dat de arts de instantie vraagt het verzoek tot informatie in ieder geval te motiveren, zodat duidelijk wordt waarom informatie juist van hem nodig is.

Vragen van Veilig Thuis en de RvdK: ingesteld onderzoek en er staat geen andere weg open
De noodzaak tot gegevensverstrekking is gelegen in het door Veilig Thuis of de RvdK ingestelde onderzoek naar mogelijke kindermishandeling. Het moet niet gaan om iets anders. Veilig Thuis en RvdK voeren immers diverse taken uit. De arts moet er zeker van zijn dat het gaat om een ingesteld onderzoek naar kindermishandeling of vermoedens ervan en ook dat informatie niet via een andere weg kan worden verkregen. Van belang is dat de deskundigheid van de arts nodig is voor het onderzoek naar kindermishandeling. Het komt regelmatig voor dat tuchtrechters erop wijzen dat Veilig Thuis of de RvdK vragen stellen waardoor de arts op het verkeerde been wordt gezet, zoals wanneer hem gevraagd wordt naar de (on)geschiktheid van een ouder bij toekenning gezag na scheiding of naar de noodzaak van een kinderbeschermingsmaatregel (zie par. 9.6). De arts heeft de taak om binnen zijn deskundigheidsgebied te blijven en hier niet buiten te treden. De vragende instantie heeft tot taak zich hiervan goed rekenschap te geven. De arts vraagt de vragende instantie te motiveren waarom informatie juist van hem nodig is. Het is dus van belang dat de vragende instantie motiveert dat er geen andere weg openstaat. Dat vloeit voort uit het subsidiariteitsbeginsel.

Vragen van politie: afwenden acuut gevaar voor de veiligheid of het leven van het kind en er staat geen andere weg open
De noodzaak tot gegevensverstrekking is gelegen in het afwenden van acuut gevaar voor de veiligheid of het leven van het kind. De arts vraagt de politie te motiveren waarom juist van hem informatie nodig is. Ook vraagt de arts de politie te motiveren waarom die informatie niet op een andere wijze kan worden verkregen. Dat vloeit voort uit het subsidiariteitsbeginsel.

Vragen van andere professionals: belang van het kind vereist gegevensverstrekking en er staat geen andere weg open
Andere bij de zorg voor of hulp aan het gezin betrokken professionals kunnen een vermoeden hebben van kindermishandeling. Ter verificatie daarvan bevragen zij de arts. De noodzaak tot gegevensverstrekking is gelegen in het belang van het kind bij de verificatie van dat vermoeden. De arts vraagt de desbetreffende professional dit te motiveren.

In lijn met art. 3 KNMG–meldcode en art. 7:454 BW (dossiervoering) maakt de arts aantekening in het dossier over de reden en noodzaak van bevraging en zet hij de volgende stappen die zien op een zorgvuldig besluit over spreken of zwijgen (par. 3.3.1.5).

Stap 2
- De arts vraagt bij gerezen twijfel over de noodzaak tot het verstrekken van informatie n.a.v. stap 1 advies aan de vertrouwensarts kindermishandeling.

Toelichting:
Twijfels kunnen bestaan over (i) de vraag of de informatie waarom Veilig Thuis of de RvdK vraagt, uitsluitend bedoeld is voor het onderzoek naar kindermishandeling; of (ii) de vraag of er acuut gevaar dreigt voor het kind of (iii) in hoeverre het in het belang van het kind is informatie te verstrekken aan andere professionals, en (iv) of er niet een andere weg openstaat.
De arts handelt zorgvuldig indien hij bij twijfel over de vraag of informatieverstrekking nodig is, overlegt met de vertrouwensarts. De vertrouwensarts is immers deskundige op het gebied van kindermishandeling en heeft een geheimhoudingsplicht. Op deze wijze verifieert hij het signaal van kindermishandeling nog eens nader in geval er twijfel is gerezen over de noodzaak tot gegevensverstrekking. Dat is zorgvuldig. Deze stap sluit aan bij stap 2 uit het KNMG-stappenplan voor het uit eigen beweging doen van een Veilig Thuismelding (par. 8.2).

Stap 3
- De arts bespreekt het verzoek met ouders en/of kind, tenzij dit niet mogelijk is uit vrees voor de veiligheid of gezondheid van het kind of andere

kinderen uit het gezin, als redelijkerwijs gevreesd moet worden dat de arts het kind en/of andere kinderen uit het gezin daardoor uit het oog zal verliezen, of als de arts vreest voor zijn eigen veiligheid. Besluit de arts het verzoek niet te bespreken, dan zoekt hij zo mogelijk naar een ander geschikt moment om ouders en/of kind alsnog in te lichten over de eventuele gegevensverstrekking.

Toelichting:
Deze stap komt overeen met art. 4 stap 3 KNMG-meldcode. Hiermee beoog ik beide stappenplannen met elkaar in overeenstemming te brengen. Dit ligt voor de hand ook omdat, als de arts wordt bevraagd, dit als signaal van kindermishandeling kan worden opgevat. Een signaal van kindermishandeling dient de arts ook op grond van het reeds bestaande KNMG-stappenplan (art. 4 stap 3 KNMG-meldcode) te verifiëren. Zo'n gesprek met kind en ouders is niet alleen in het licht van die verificatie van belang. Het is ook en vooral van belang voor de onderlinge vertrouwensrelatie. De arts kan immers door met kind en ouders te communiceren over het verzoek tot informatieverstrekking voorkomen dat deze wordt geschaad. Een gesprek met ouders en/of kind kan er immers toe leiden dat de arts het zelf niet waarschijnlijk acht dat er sprake is van kindermishandeling. Het is aan de ouders om toestemming te geven voor het noemen van beschermende factoren of signalen die de zorgen weerspreken of relativeren.

Met de voorgestelde formulering van deze stap stel ik tegelijkertijd een aanscherping voor ten opzichte van het bestaande KNMG-toetsingskader voor het verstrekken van informatie op verzoek (paragrafen 8.7 en 9.6). Hierin geldt immers dat de arts moet aantonen 'waarom toestemming vragen of verkrijgen niet mogelijk is'. Dit vereiste keert niet terug in de hierboven voorgestelde stap 3. Die aanscherping is in lijn met het stappenplan voor het doen van een Veilig Thuis-melding (par. 8.5) én verhelpt de in dit onderzoek gesignaleerde onduidelijkheid over wat van de arts ten aanzien van het toestemmingsvereiste wordt verwacht. Hij moet met betrokkene(n) in gesprek gaan. Zo bespreekt de arts bijvoorbeeld in geval er sprake is van een algemene toestemmingsverklaring met betrokkene(n) waarop die toestemming precies ziet (par. 9.6).

Niettemin zijn er situaties waarin het belang van het kind openheid onmogelijk maakt. Bijvoorbeeld in het geval van art. 4 stap 3 KNMG-meldcode, als ouders het kind of andere kinderen uit het gezin schade dreigen te berokkenen of de vertrouwensband zo wordt geschaad dat het risico bestaat dat zij de behandelrelatie verbreken. Dan kan het beter zijn (tijdelijk) niet open te zijn en pas achteraf mede te delen dat informatie is verstrekt en waarom. Ook de veiligheid van de arts zelf kan in het geding zijn. Is de situatie weer veilig, dan moet de arts de ouders alsnog informeren.

Stap 4
- De arts verstrekt bij voorkeur schriftelijk alle tot zijn beschikking staande informatie die noodzakelijk is om kindermishandeling te stoppen of een redelijk vermoeden daarvan te laten onderzoeken.
- De arts informeert betrokkenen tevoren over de te verstrekken gegevens en aan wie, tenzij dit niet mogelijk is in verband met de veiligheid van het kind of andere kinderen uit het gezin, als redelijkerwijs gevreesd moet worden dat de arts het kind en/of de ouders uit het oog zal verliezen of als de arts vreest voor zijn eigen veiligheid.
- De arts verstrekt de informatie ook al maken betrokkenen bezwaar.
- De arts verstrekt zijn informatie zo feitelijk mogelijk, zonder waardeoordelen, niet gekleurd, binnen het eigen deskundigheidsgebied, gebruikt geen woorden die tegen het stellen van een diagnose aan zitten, scheidt feiten van stellingen, bij voorkeur schriftelijk en onder voorwaarde dat de informatie niet voor een ander doel wordt gebruikt dan waarvoor deze is verstrekt (het ingestelde onderzoek). De arts verstrekt niet meer informatie dan nodig is voor het onderzoek.
- De arts controleert de verslaglegging van de vragende instantie.
- De vragende instantie koppelt terug aan de arts wat er met de verstrekte informatie is gedaan.

Toelichting:
Deze stap weerspiegelt het proportionaliteitsvereiste voor gegevensverstrekking: niet meer dan nodig voor het ingestelde onderzoek.

Als het doorlopen van de stappen 1 tot 3 geen aanleiding geeft informatie níet te verstrekken, dan doorbreekt de arts het medisch beroepsgeheim, althans voor zover dat nodig is voor het onderzoek naar kindermishandeling. In dit onderzoek is die doorbreking gepresenteerd als een verplichting die voortvloeit uit de zorgplicht jegens het kind (art. 7:453 BW). Die doorbreking is immers de resultante van de afweging die de arts vanuit zijn zorgplicht maakt. Daaruit vloeien voormelde stappen en zorgvuldigheidsnormen voort.

Het verzoek om informatie geldt als signaal van kindermishandeling. Het behoeft verificatie. Die verificatie verloopt anders dan in geval de arts zélf kindermishandeling vermoedt. Als immers Veilig Thuis de arts bevraagt in het kader van een ingesteld onderzoek, zou het volgen van het stappenplan op grond van art. 4 KNMG-meldcode (2015) ertoe leiden dat de arts vervolgens meldt aan Veilig Thuis. Er is dan sprake van een vicieuze cirkel. Dat kan niet de bedoeling zijn.

Stap 4 (overleggen met andere professionals over vermoeden) uit het bestaande stappenplan ex art. 4 KNMG-meldcode (2015) voor een Veilig Thuismelding door de arts ontbreekt in dit voorstel. Die keuze is goed te verdedigen. Het gaat niet om de verificatie van *zijn* vermoeden van kindermishandeling. De arts wordt immers zelf bevraagd in het kader van een door een *ander* ingesteld onderzoek.

Indien de arts op basis van voormelde stappen 1 tot en met 3 níet tot het oordeel komt dat informatieverstrekking door hem noodzakelijk is, omdat er bijvoorbeeld een andere weg openstaat voor die instantie om die informatie te verkrijgen, dan zwijgt hij onverkort.

Uiteraard is het van belang dat in het licht van goede zorgverlening de vertrouwensband met de betrokkenen geen of zo min mogelijk schade oploopt. Daarom is het nodig dat de arts tijdig kind en ouders betrekt bij het verzoek tot informatieverstrekking en hun informeert over welke informatie hij eventueel van plan is aan wie te verstrekken en als dat vooraf niet lukt, dan achteraf (par. 9.6). Dit loopt geheel in de pas met stap 5b uit het stappenplan ex art. 4 KNMG-meldcode (2015) voor het doen van een Veilig Thuis-melding en het KNMG-afwegingskader (2018). Daarin is ook bepaald dat de arts wordt geïnformeerd over wat met de verstrekte informatie is gedaan. Uiteraard deelt de arts mede in het licht van de vertrouwensrelatie dit met betrokkene(n).

Mochten betrokkenen toestemming weigeren, dan zet de arts de gegevensverstrekking toch door. Het gaat er in de context van de bestrijding van kindermishandeling juist om dat het weigeren van toestemming van betrokkenen het verstrekken van informatie niet kan blokkeren. Door informatieverstrekking te omkleden met zorgvuldigheidsnormen zoals in deze stappen beschreven, wordt het voorbijgaan aan het wettelijk toestemmingsvereiste gelegitimeerd (par. 9.5).

10.3 Zorgplicht, zwijgen en spreken: één toetsingskader

In dit proefschrift is aangegeven dat een stappenplan vergelijkbaar aan dat voor het doen van een Veilig Thuis-melding, ontbreekt voor de situatie waarin de arts uit eigen beweging aan een ander dan Veilig Thuis informatie wil verstrekken. Het gaat hierbij om het doorbreken van het medisch beroepsgeheim richting de RvdK aangezien ingrijpen met kinderbeschermingsmaatregelen acuut nodig is, of aan de politie, omdat er acuut gevaar voor de veiligheid van het kind dreigt, of aan de jeugdbeschermer die belast is met de uitvoering van een OTS waarbij het belang van het kind vereist dat kindermishandeling wordt onderzocht of gestopt (par. 9.7). Aan een voorstel voor een stappenplan voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in die situaties gaat evenwel een vraag vooraf.

Het Besluit van 23 juni 2017 tot wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling en het daarbij behorende Afwegingskader stipuleren dat álle gevallen van acute onveiligheid en/of structurele onveiligheid moeten worden gemeld aan *Veilig Thuis* (par. 8.5). Alleen zo kan Veilig Thuis immers de radarfunctie vervullen die de wetgever hem heeft toebedeeld. Betekent dit dat de arts vanaf 1 januari 2019 zich niet meer de vraag hoeft te stellen *aan wie* hij dient te melden, omdat hij altijd moet melden aan Veilig Thuis?

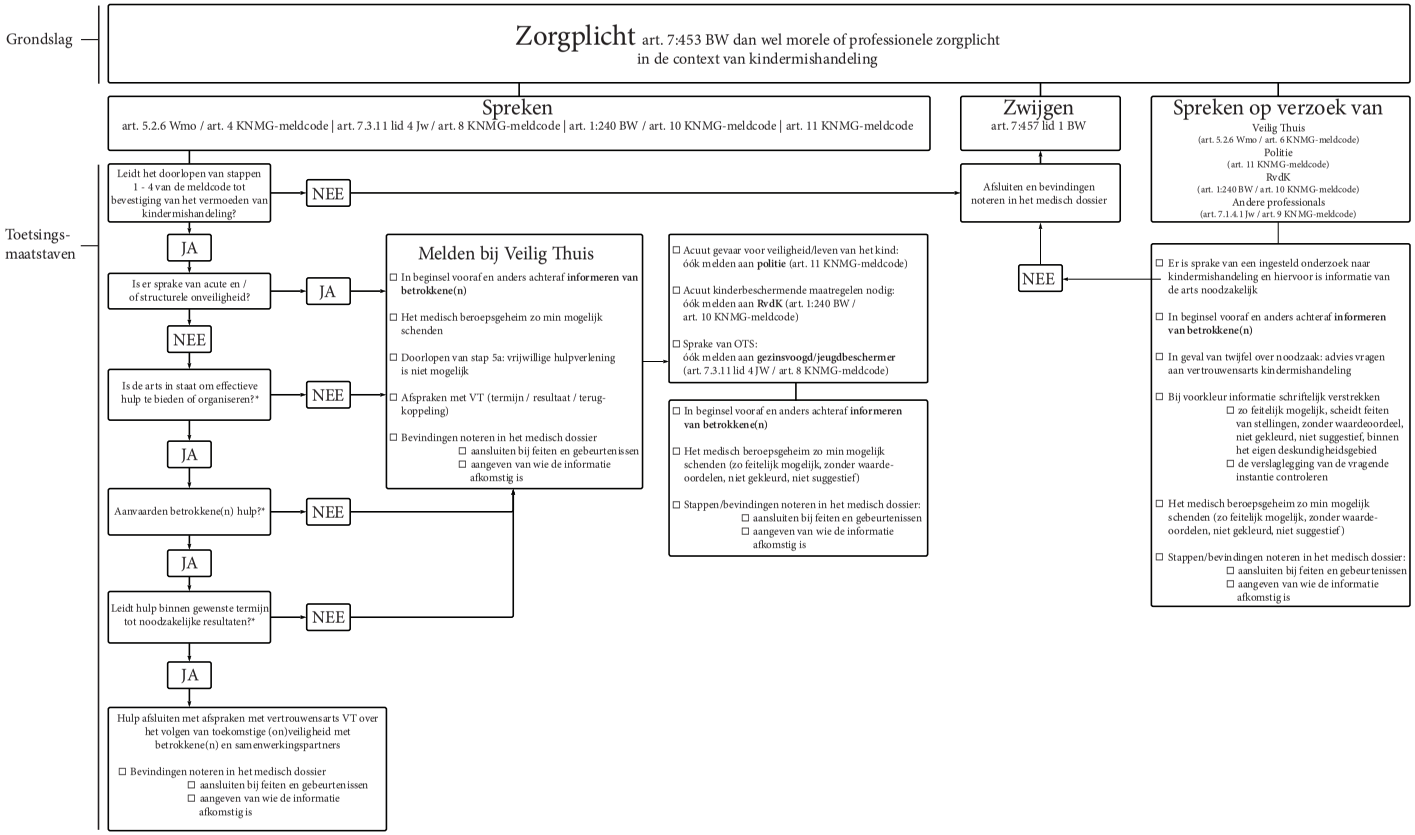
Een bevestigend antwoord op die vraag is onbevredigend en niet goed verdedigbaar. Veilig Thuis is immers niet in staat in acute situaties adequaat in te grijpen. Het treffen van kinderbeschermingsmaatregelen loopt via de RvdK en bij acuut gevaar voor de veiligheid van het kind is de hulp van de politie nodig. Bovendien dreigt Veilig Thuis overbelast te raken door het stijgend aantal adviesaanvragen en meldingen.[1] Het is daarom redelijk te stellen dat in acute situaties de arts óók meldt aan een andere instantie dan Veilig Thuis.

Deze meldingsmogelijkheid moet in een toetsingsmodel een plek krijgen. Dat dient de rechtszekerheid. Als de arts bij acuut gevaar voor de veiligheid van het kind niet ook zou mogen melden aan de politie, waarom dan wel verlangen dat hij adequate actie onderneemt in het belang van het kind? Hetzelfde geldt in situaties waarin er óf direct kinderbeschermingsmaatregelen nodig zijn, of sprake is van een OTS. Als het immers in het belang is van een effectieve bestrijding van kindermishandeling dat informatie wordt uitgewisseld, waarom zou de arts dan die informatie niet verstrekken aan óók de instantie of de persoon die het meest toegerust is om de nodige maatregelen te treffen?

In onderstaand toetsingsmodel is voor die meldingen aansluiting gezocht bij het bestaande stappenplan dat geldt voor het doen van een Veilig Thuismelding uit eigen beweging. Op deze wijze worden de melding uit eigen beweging aan Veilig Thuis en de melding uit eigen beweging aan de RvdK, politie of jeugdbeschermer die een OTS uitvoert, geïntegreerd. Daarnaast biedt het toetsingsmodel ruimte aan het verstrekken van informatie op verzoek. Zo ontstaat één toetsingsmodel voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in geval van kindermishandeling. Voor het doen van een Veilig Thuismelding is in onderstaand toetsingsmodel rekening gehouden met de gewijzigde situatie ná 1 januari 2019 (par. 8.5). Vandaar dat wordt gesproken van Melden aan Veilig Thuis *2.0.* Dat ene toetsingsmodel ziet er als volgt uit.

1 *Impactanalyse Veilig Thuis. Tussenrapportage* 2017, p. 9-14.

Schema 7: Grondslagen en toetsingsmaatstaven voor zwijgen of spreken (uit eigen beweging of op verzoek) bij kindermishandeling



* NB: Arts stemt af met vertrouwensarts Veilig Thuis.

Het toetsingsmodel biedt rechtszekerheid aan de arts in elke situatie van kindermishandeling of vermoedens ervan. De grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling is de zorgplicht. Voor zover de arts het kind als minderjarige patiënt behandeld, kan deze gebaseerd worden op art. 7:453 BW. In andere situaties, zoals wanneer de arts bijvoorbeeld alleen de ouder behandeld, betreft het een professionele of morele zorgplicht die in algemene zin vereist dat kinderen in nood worden geholpen. Het is niet zo dat die zorgplicht identiek is aan die van de behandelend arts. De arts die niet zelf het kind onder behandeling heeft, zal wellicht op grond van stap 2 in overleg met de huisarts treden die vervolgens het signaal van mogelijke kindermishandeling verder onderzoekt. In ieder geval zal de niet-behandelend arts niet in staat zijn zélf het kind in de sfeer van de medische behandeling effectieve hulp te bieden. Bovenstaand schema verduidelijkt dan ook dat de niet-behandelend arts zich minder afwegingsvragen hoeft te stellen dan de behandelend arts. Hij zal dus eerder een melding doen aan Veilig Thuis en in acute situaties ook aan een andere instantie dan Veilig Thuis.

Het is vervolgens aan die instanties om contact op te nemen met de *behandelend* arts. De behandelend arts die wordt bevraagd, doorloopt vanuit zijn zorgplicht ex art. 7:453 BW het in dit onderzoek voorgestelde stappenplan. Het doorlopen van die stappen maakt onderdeel uit van het toetsingsmodel en reflecteert de zorgvuldigheid van het handelen van de arts.

Het grote voordeel van dit toetsingsmodel voor de arts is dat hij in een oogopslag ziet welke toetsingsmaatstaven er gelden terzake van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Het verduidelijkt in welke situatie hij aan wie welke informatie dient te verstrekken en wanneer hij dient te zwijgen. Dit bevordert de *rechtszekerheid* op dit terrein. Maar het toetsingsmodel dient meer dan alleen de rechtszekerheid.

De voorgestelde schematische *vormgeving* van *de keuze van wetgever en regering* biedt een *oplossing* aan een niet gering maatschappelijk probleem: kindermishandeling. Dat is de maatschappelijke impact van dit onderzoek. Informatie-uitwisseling in dat kader is immers cruciaal teneinde de circa 120.000 slachtoffers per jaar van de nodige hulp te voorzien. Het toetsingsmodel laat zien dat het medisch beroepsgeheim hieraan niet in de weg staat. Voor die informatie-uitwisseling is geen wettelijke meldplicht nodig; de verplichting tot melden volgt uit de zorgplicht. Kindermishandeling wordt immers niet effectief bestreden door vanuit de zwijgplicht van de arts te redeneren, maar juist vanuit zijn zorgplicht.

In die benadering is het niet zo dat de vertrouwensrelatie tussen arts, kind en ouders zonder meer wordt geschaad. Communicatie is een belangrijk instrument tegen schending van die vertrouwensrelatie. Die communicatie met kind en ouder(s) maakt onderdeel uit van het toetsingskader. Ongeacht de situatie waarin de arts wordt geconfronteerd met vermoedens van kindermishandeling, is een gesprek met betrokkene(n) immers een belangrijke en vereiste stap in het grotere geheel. Het kan de impact van het doorbreken van

het medisch beroepsgeheim voor kind en ouders beperken zonder dat een effectieve bestrijding van kindermishandeling door informatie-uitwisseling wordt verhinderd.

Men kan daar anders over denken. Ouders zouden immers – aangezien de zorgplicht in dit model ook een spreekplicht omvat – terughoudend kunnen zijn tijdig hulp in te roepen uit vrees dat vertrouwelijke informatie op straat komt te liggen. Een vergelijkbaar probleem doet zich evenwel óók voor in geval van een wettelijke meldplicht voor kindermishandeling. Ook zo'n plicht kan ouders immers weerhouden om met hun kind naar de arts te gaan.

In dit onderzoek zijn de spreekplicht en zwijgplicht van de arts als twee – gelijkwaardig te achten – elementen van de zorgplicht van de arts gepresenteerd. Het zwaartepunt ligt evenwel op de zorgvuldigheid van de afweging tussen spreken en zwijgen. Die afweging moet de arts hoe dan ook vanuit zijn zorgplicht maken als hij wordt geconfronteerd met kindermishandeling (par. 6.6).

Het gepresenteerde toetsingskader biedt de arts een houvast om die afweging te maken, maar ook om, als hij het zwijgen doorbreekt, toch de vertrouwensrelatie in stand te houden door aan kind en ouders uit te leggen dat eventuele informatieverstrekking in het belang van een goede zorgverlening aan het kind is, én het gezin.

Dit proefschrift begon met het citaat van de 13e-eeuwse Perzische dichter Saadi. Het geeft de positie van de arts die wordt geconfronteerd met kindermishandeling goed weer. Daarmee sluit ik in een licht aangepaste vorm dit onderzoek af:

zwijgen is en blijft een grote deugd voor de dokter,
soms is het wijzer dat men spreekt;
het kan even onzorgvuldig zijn je mond te houden
als dat je 't zwijgen ongepast verbreekt.

Wat gepast zwijgen en gepast spreken is in geval van kindermishandeling en vermoedens ervan, en wanneer het wijs is te spreken, volgt in dit onderzoek uit de zorgplicht die op de arts rust. Daaruit vloeien stappen en zorgvuldigheidsnormen voort die de arts de weg wijzen naar gepast spreken of gepast zwijgen. Geen van beide is een vanzelfsprekendheid, maar een resultante van een zorgvuldige afweging die de arts vanuit zijn zorgplicht heeft gemaakt. In deze laatste paragraaf van dit proefschrift is de vraag naar hoe de keuze van wetgever en regering met betrekking tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim en met het oog op de bestrijding van kindermishandeling vorm moet krijgen, beantwoord. In de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders versterkt de hier voorgestelde aanpak van kindermishandeling door artsen de aanspraak van de minderjarige patiënt op goede zorgverlening in dat kader. Kindermishandeling wordt niet bestreden door te zwijgen maar door goede zorg te verlenen.

Summary

MEDICAL CONFIDENTIALITY AND THE DUTY OF CARE OF THE DOCTOR IN CASE OF CHILD ABUSE WITHIN THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN DOCTOR, CHILD AND PARENTS.

Introduction

If doctors suspect that their child patient is being abused, are they obliged to observe their duty of medical confidentiality or not? Recently, several legislative and administrative choices have been made to combat child abuse. These focus on revealing confidential information despite the obligation to respect medical confidentiality. The paradigm seems to have shifted from remaining silent-unless to speaking-unless. This shift calls for a study on how the legislative and administrative choices for revealing information can be framed in the light of the existing and well-accepted exceptions to medical confidentiality, which depart from the principle that the doctor is silent-unless.

This thesis offers an analysis of the most important norms for medical confidentiality and for its breach by doctors and their implications in the context of child abuse. Moreover, it provides an understanding of the role and added value of the duty of care in this respect. It changes the dogmatic view on the concept of medical confidentiality. Rather than a separate duty of doctors, medical confidentiality is presented as part of the duty of care, in short the duty to deliver good care. Article 2 of the Healthcare Quality, Complaints and Disputes Act provides that the care should be of a good quality and standard. This means that the care should be safe, effective and patient-centred. It also means that when performing their work doctors must observe the care befitting a good provider of care and must act in accordance with the responsibility falling upon them as a result of the professional standards applicable to providers of care. This duty of care is laid down in article 7:453 of the Dutch Civil Code in the context of the contract of medical treatment. Even where the regulation of the Medical Treatment Contracts Act does not apply, it could be argued that a duty of care may exist based on medical ethics and professional rules.

Part I: Medical confidentiality

Chapter 2 discusses the justification of the existence of a duty of confidentiality between patient and doctors. Firstly, information about a person's health and medical treatment is paradigmatically private, and it could therefore be argued that the patient has a right to control it, the right of self-determination being part of the right to privacy. In this view, it is argued that the individual interest of the patient can be served by silence (article 88 Individual Health Care Professions Act and article 7:457 paragraph 1 Dutch Civil Code), but also by breaching medical confidentiality based on the consent of the patient.

Secondly, good medical care can be provided only if patients feel free to be candid with their doctor. This in turn will be possible if patients believe that their doctor is under a duty not to disclose personal information. Without assurances about confidentiality, patient may be reluctant to give doctors information they need in order to provide good care. This is the general interest of medical confidentiality. Both interests of medical confidentiality – individual and general – may conflict since the patient may wish to reveal information, whereas the general interest demands that private information not be revealed. However, it is argued that this conflict does not automatically weaken medical confidentiality.

Chapter 3 analyses the duty of silence; being one part of medical confidentiality. This duty has different legal grounds: article 7:457 paragraph 1 of the Dutch Civil Code, article 88 of the Individual Health Care Provisions Act, article 272 of the Criminal Code, article 9 paragraph 1 of the General Data Protection Regulation (GDPR) and article 22 paragraph 1 of the General Data Protection Regulation Implementation (GDPRI). Four areas of law come together: civil law, criminal law, public law and disciplinary law. The duty of silence forms a private-law obligation of the doctor towards the patient and is a matter of common interest and therefore regulated in the Individual Health Care Provisions Act, and the starting point of the GDPR and the GDPRI. It is sanctioned under criminal and disciplinary law. The differences in content and scope of the respective regulations can be explained by the different rationales behind and backgrounds of the respective laws. Despite these differences, the boundaries of the duty of silence are defined in the professional practice since it is argued that all information doctors receive in their professional capacity is confidential.

Thinking about medical confidentiality is thinking in dilemmas. This chapter discovers that in the legal relationship between doctor, child and parents the duty of care as laid down in article 7:453 BW forms the legal basis for the way how the doctor should deal with the duty of silence. This duty of care, arising from good care provision and the professional standards that go with it, determines the boundaries of the doctor's duty of silence as to the question towards whom the doctor should or not remain silent and in which situations. This chapter shows that the duty of silence as well as its breach,

may be considered as part of this duty of care. After all, it is in the light of the duty of care that the duty of silence gains significance, not the other way round.

Chapter 4 analyses legal privilege, being the other side of medical confidentiality. Together with the duty of silence, legal privilege shapes medical confidentiality and it strengthens the duty of silence *in foro*. The obligation to respect confidentiality in court coincides with the duty of silence in the sense that they both have the same substantive scope. Although legal privilege is presented as a right in article 165 paragraph 2 under b of the Code of Civil Procedure, article 218 of the Code of Criminal Procedure and article 68 paragraph 5 of the Individual Health Care Provisions Act, it is argued that it in fact constitutes an obligation. However, breaches of this obligation are possible, as is the case with the duty of silence. Legal privilege is considered to be an extension of the duty of silence and it is argued that the privilege can be considered a part of the duty of care in which the duty of silence is integrated as well.

In *chapter 5* it is discovered that thinking about medical confidentiality, and especially about the boundaries of medical confidentiality, is developing. These boundaries are discovered in the breaches of medical confidentiality. It is argued that the number of breaches is increasing and will continue to increase. This chapter shows that the concept of conflicting duties has a restrictive assessment framework based on the silence-unless philosophy. It is argued that this has led to other grounds for breaching medical confidentiality, such as compelling interests and most exceptional circumstances. Compliance with medical confidentiality is not self-evident in a society that is changing its views on that principle of medical confidentiality. It could even be argued that basically the right and duties originating from medical confidentiality are respected more by the breach than by the honoring, despite the values medical confidentiality serves. Therefore it is recommended that medical confidentiality as well as its breaches be conceptualized in a different manner, namely as an aspect of the duty of care. It is argued that the weighing of the different interests is something doctors do in the performance of their duty of care, rather than that it is informed by their duty of confidentiality. The duty of care may imply that a doctor speaks or is silent, depending on the specific situation. Can this view of medical confidentiality as part of the duty of care help us to legally shape the legislator's choice to combat child abuse by giving preference to speaking over silence?

Part II: Medical confidentiality and the duty of care in case of child abuse within the legal relationship between doctor, child and parents.

Chapter 6 analyses the scope of the legal definition of the term 'child abuse' as laid down in article 1.1 of the Youth Act and article 1.1.1 of the Social

Support Act by analyzing its different elements. The analysis of the scope of the legal definition of child abuse is necessary because this definition appears to be the starting point of all legal and professional measures in the combat of child abuse. Doctors should therefore know its scope.

This chapter shows that this legal definition is broad and sometimes even unclear. This grey area – i.e. when uncertainty arises whether an action, a victim, perpetrator, relationship or harm falls under the legal definition of child abuse – is also taken into account in this research. It is argued that additional viewpoints are necessary to interpret and limit the definition. For these reasons, research has been done to the possible added value of the definition of abuse under criminal law. This definition is known as a narrow and limited one. It obtains the element of intent, and it is argued that this is a useful additional viewpoint to define whether an action can be addressed as child abuse as laid down in article 1.1 of the Youth Act and art. 1.1.1 of the Social Support Act. However, the definition under criminal law excludes future harm. This element is included in the legal definition of child abuse (article 1.1 of the Youth Act and art. 1.1.1 of the Social Support Act). Since it is the core business of doctors to protect patients from harm and future harm, preference is given to the legal definition of child abuse even though this is broad and not very specific.

Chapter 7 provides an overview of all legal measures that provide a justification for breaching the duty of silence in case of child abuse or suspicions thereof. It shows that the majority of the regulations according to which a doctor can reveal confidential information without consent of the person(s) concerned were originally placed in the context of conflicting duties. This automatically means that this point of the departure in these regulations is that the doctor, who has not been given permission to breach the duty of confidence, is silent-unless (article 5.2.6 of the Social Support Act, article 1:240 of the Dutch Civil Code, and article 7.3.11 paragraph 4 of the Youth Act and article 7.1.4.1 of the Youth Act). This departure point conflicts with the desire to exchange information when child abuse occurs, as this does not call for a restrictive assessment framework, but one that is based on the speak-unless philosophy. A solution to the conflict seems to be offered in situations in which information is communicated to the Safe at Home Centre (*Veilig Thuis*) by the Domestic Violence and Child Abuse (Obligatory Reporting Code) Act and the accompanying Decree from 2013, from which a basic reporting code ensues, and the subsequent Decree from 2017. After all, these measures provide for an alternative assessment framework by offering a roadmap based on the doctor-speaks-unless philosophy. However, it remains unclear how these measures allowing information to be revealed without the patient's consent relate to 'conflicting duties' as common ground for breaching confidentiality. Moreover, this roadmap does not apply when child abuse is reported to other agencies (Child Care and Protection Board (*Raad voor de Kinderbescherming*), police). In this chapter, it is argued that disclosing confidential information in cases of child abuse or a suspicion thereof is not legally framed in a clear

manner and it is argued that this can have a prohibitive effect on exchanging information.

Chapter 8 focuses on the professional Reporting Code (2015) for doctors in the context of child abuse. It discloses how the shift in this professional code towards revealing information relates to the exception to medical confidentiality, i.e. conflicting duties and its assessment framework, which is based on the silence-unless principle. It distinguishes between (i) the situation where doctors decide to report of their own accord to the Safe at Home Centre, to (ii) other agencies and (iii) the situation in which the doctor is being questioned by different agencies (the Safe at Home Centre, Child Care and Protection Board, the police). This chapter shows the undesirable situation that the Reporting Code (2015) uses different assessment frameworks for the breach of confidentiality, and at the same time shows that the duty of care under article 7:453 of the Dutch Civil Code offers a solid ground for not only breaching confidentiality, but also of respecting it. Last but not least, it discloses that 'conflicting duties' is no longer a ground for breaching confidentiality where doctors decide to report child abuse or suspicions thereof of their own accord to the Safe at Home Centre.

Chapter 9 focuses on the way disciplinary courts judge the breaching of the duty of confidentiality in cases of child abuse or suspicions thereof. In the situation in which doctors report child abuse or suspicions thereof of their own accord to the Safe at Home Centre, the disciplinary norm and the professional norm as addressed in the Reporting Code (2015) coincide, unlike the situation in which the doctor has been asked by the agencies the Safe at Home Centre or Child Care and Protection Board to reveal information. Disciplinary courts tend to frame the breach of the duty of silence in the concept of 'conflicting duties' while referring to the Reporting Code. It is argued that this causes legal uncertainty for doctors because the Reporting Code could be interpreted in another way: if doctors are requested to provide information by the agencies Safe at Home Centre and Child Care and Protection Board in the context of an investigation of child abuse, they should provide information. If disciplinary courts were to judge breaches of medical confidentiality accordingly it is argued that fewer disciplinary measures would follow. This confusion about the applicable assessment framework in this situation is undesirable. Moreover, in all other situations – i.e. when doctors do not report to the Safe at Home Centre of their own accord or when they are asked to reveal information by the agencies Safe at Home Centre or the Child Care and Protection Board – the breach of confidence is judged according to the conflicting duties assessment framework. This labyrinth of different assessment frameworks does not do much for the principle of legal certainty, the trust between the doctor, child patient and the parents, and even less for the child's protection under the law.

Chapter 10 proposes a single assessment framework for all situations of child abuse and suspicions thereof. The ground for breaching the duty of confidentiality is the doctors' duty of care. This duty of care can be based on

article 7:453 of the Dutch Civil Code in the context of medical treatment of the child; and even where the regulation of the medical treatment contract does not apply, it is argued that this duty of care can be based on ethical or professional grounds. In this view there is no longer room for the concept of conflicting duties and the assessment framework ensuing from it. The duty of care may result in a duty to reveal information or a duty to respect silence. Both duties are integrated in the duty of care. A system with a roadmap and standards of care leads to a clear decision, either to reveal information or to respect medical confidentiality. Although revealing information without consent of the person(s) concerned may hurt the relationship of trust between doctor, child patient and parents, it is argued that combatting child abuse is not so much served by respecting medical confidentiality as by providing good care. Trust in good care outweighs trust in medical confidentiality in cases of suspicion of child abuse within the legal relationship between doctor, child patient and parent.

Literatuurlijst

BOEKEN, ARTIKELEN EN RAPPORTEN

Advies Sprokkereef 2016
Aanbeveling en verbetering Meldcode en werkwijze Veilig Thuis, Advies van J.D. Sprokkereef i.o.v. VNG, 2016.

Alink e.a. 2011
Kindermishandeling in Nederland anno 2010: de Tweede Nationale Prevalentiestudie Mishandeling van Kinderen en Jeugdigen (NPM-2010), TNO Child Health, Leiden: Casimir Publishers 2011.

Alink e.a., *NJB* 2017
L. Alink e.a., 'De Nationale Prevalentiestudie Mishandeling van kinderen en jeugdigen (NPM). Een repliek op Prinsen', *NJB* 2017/2229, p. 3079-3080.

Asser/de Boer 2010
J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere Overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Asser/Vranken 2014
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel [4]. Een synthese*, Deventer: Kluwer 2014.

Augeo & Ministerie van VWS 2018
Handreiking Participatie van kinderen in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling, Zeist & Den Haag: Augeo Foundation & Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport 2018.

Baartman 2005
H.E.M. Baartman, *Over de hoeksteen en kindermishandeling als toetssteen* (afscheidsrede Amsterdam VU), Amsterdam: Vrije Universiteit 2005.

Baartman 2009
H.E.M. Baartman, *Het begrip kindermishandeling. Pleidooi voor een herbezinning en voor bezonnen beleid*, Driebergen: Augeo Foundation 2009.

Baartman, *FJR* 2012
H.E.M. Baartman, 'Actieplan Aanpak Kindermishandeling 2012-2016', *FJR* 2012/18, p. 48-50.

Bakker, *TvGR* 2004
D.J. Bakker, 'Toegang tot de zorg voor illegalen', *TvGR* 2004, p. 445-450.

Bannier, *NJB* 2007
F.A.W. Bannier, 'Het verschoningsrecht en de 'affaire Meijering'', *NJB* 2007/991, p. 1159-1163.
Bannier e.a. 2008
F.A.W. Bannier e.a., *Beroepsgeheim en verschoningsrecht. Handboek voor de advocaat, medisch hulpverlener, notaris en geestelijke,* Den Haag: Sdu uitgever 2008.
Baumrind, *Child Development* 1966
D. Baumrind, 'Effects of authoritative parental control on child behavior', *Child Development* (37) 1966, afl. 4, p. 887-907.
Baumrind, *Family Relations* 1996
D. Baumrind, 'The discipline controversy revisited', *Family Relations* (45) 1996, afl. 4, p. 405-414.
Beauchamp & Childress 2013
T.L. Beauchamp & J.F. Childress, *Principles of biomedical ethics,* New York: Oxford University Press 2013.
Bertens & Vellinga-Schootstra 2013
T. Bertens & F. Vellinga-Schootstra, 'Grondslagen en strafprocessuele gevolgen van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de arts, advocaat en notaris', in: *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2013*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 171-234.
Blok 2002
P.H. Blok, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en Amerikaanse recht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002.
Bol & Dute, *TvGR* 2014
C.A. Bol & J.C.J. Dute, 'Melding van kindermishandeling: afscheid van conflict van plichten?', *TvGR* 2014, p. 13-23.
Van Boom, *TvPr* 2013
W.H. van Boom, 'Empirisch privaatrecht: enige beschouwingen over de rol van empirisch onderzoek in de hedendaagse privaatrechtswetenschap', *TvPr* 2013, p. 7-84.
Brants e.a. 2006
C. Brants e.a., *Verschoningsrecht in het strafrecht van België en Nederland* (Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2006), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
Brouardel 1893
P. Brouardel, *Le secret médical,* Paris: Baillière, 2e éd., 1893.
Bruning 2006
M.R. Bruning, *Over sommige kinderen moet je praten: gegevensuitwisseling in de jeugdzorg* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2006.
Bruning, *NJCM-Bulletin* 2006
M.R. Bruning, annotatie HR 9 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2386, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1128-1138 (Verschoningsrecht inzake medisch consultatiebureaudossier van Savanna gehonoreerd).
Bruning, *TvGR* 2013
M.R. Bruning, 'Zorg om het kind. Bescherming van minderjarigen en het gezondheidsrecht', *TvGR* 2013, p. 115-135.

Buijsen c.s. 2012
Medisch beroepsgeheim in dubio: de verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, Rotterdam: Erasmus Universiteit 2012.
Buruma, *DD* 2004
Y. Buruma, 'Acht nieuwe wetten: de zin en onzin van gegevens-bescherming', *DD* 2004, p. 665-675.
Buruma, *NJB* 2012
Y. Buruma, 'Komt een agent bij de dokter', *NJB* 2012/459, p. 517.

Castermans 1992
A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992.
Croonen, *MC* 2015
H. Croonen, 'WhatsApp populair onder artsen', *MC* 2015, p. 2380-2381.

Defloor, *RW* 2011
S. Defloor, 'Het beroepsgeheim van de adviserende arts in de private verzekering', *RW* 2011, p. 858-869.
Van Dijk e.a. 2009
T.E. van Dijk e.a. (red.), *Uitsprakenbundel Wet bescherming persoonsgegevens,* Den Haag: Sdu uitgevers 2009.
Doppegieter & De Kanter-Loven, *MC* 2000
R.M.S. Doppegieter & B.M.J. de Kanter-Loven, 'Ook Hoge Raad verwerpt beroep vertrouwensarts', *MC* 2000, p. 104-105.
Dörenberg, *FJR* 2013
V.E.T. Dörenberg, 'Gegevensuitwisseling tussen jeugdzorg en gezondheidszorg', *FJR* 2013/53, p. 140-146.
Dörenberg, *TvGR* 2014
V.E.T. Dörenberg, 'De gezinsvoogd in de spreekkamer', *TvGR* 2014, p. 641.
Dörenberg & Bruning, *TvGR* 2015
V.E.T. Dörenberg & M.R. Bruning, 'Privacyperikelen rond de Jeugdwet', *TvGR* 2015, p. 617-631.
Duijst, *FJR* 2005
W.L.J.M. Duijst, 'Nog één keer het beroepsgeheim van de vertrouwensarts kindermishandeling', *FJR* 2005/102, p. 273-276.
Duijst 2007
W.L.J.M. Duijst, *Boeven in het ziekenhuis. Een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten,* Den Haag: Sdu uitgevers 2007.
Duijst 2009
W.L.J.M. Duijst, *Gezondheidsstrafrecht,* Deventer: Kluwer 2009.
Duijst & Morsink, *TBS&H* 2017
W.L.J.M. Duijst & M.E.B. Morsink, 'Het medische beroepsgeheim: Heilige huisjes en juridische fictie', *TBS&H* 2017, p. 88-93.
Duijst & Schalken, *TvGR* 2005
W.L.J.M. Duijst & T.M. Schalken, 'De plicht om af te zien van het verschoningsrecht of: waar het medisch beroepsgeheim moet wijken voor de opsporing', *TvGR* 2005, p. 124-134.

Duijst & Thoonen, *AA* 2018
W.L.J.M. Duijst & E. Thoonen, 'Het beroepsgeheim reikt over de dood heen: een onhoudbare stelling?', *AA* 2018, p. 777-785.
Dute, *NJB* 1994
J.C.J. Dute, 'WGBO: ook een aantasting van patiëntenrechten?', *NJB* 1994, p. 196.
Dute, *European Journal of Health Law* 2009
J.C.J. Dute, 'Child Abuse, Human Rights and the Role of the Doctor', *European Journal of Health Law* (16) 2009, p. 119-123.
Dute & Ploem, *TvGR* 2013
J.C.J. Dute & M.C. Ploem, 'Medisch beroepsgeheim en familieleden', *TvGR* 2013, p. 729-739.

Engberts 1997
D.P. Engberts, *Met permissie. Morele argumentaties inzake het toestemmingsbeginsel bij de totstandkoming van de Wet Geneeskundige Behandelings-Overeenkomst* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.
Engberts 2000
D.P. Engberts, 'Verworvenheid zonder vanzelfsprekendheid: over het medisch beroepsgeheim en het recht', in: H.J.M. Cools e.a. (red.), *Vorderingen in de verpleeghuisgeneeskunde*, Leiden: Boerhaave Commissie voor Postacademisch Onderwijs in de Geneeskunde 2000, p. 95-107.
Engberts 2005
D.P. Engberts, *Met recht en reden. Het gemeenschappelijke belang van medische ethiek en gezondheidsrecht* (oratie Leiden), Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2005.
Engberts, *TvGR* 2013
D.P. Engberts, 'Het Liefdehuis-arrest na honderd jaar herinnerd: kanttekeningen bij de opmaat tot een fameus arrest van de Hoge Raad', *TvGR* 2013, p. 720-728.
Engberts & Kalkman-Bogerd 2013
D.P. Engberts & L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Leerboek Gezondheidsrecht,* Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2013.
Enkelaar & Van der Does, *FJR* 2009
A.C. Enkelaar & A.M.I. van der Does, 'Ouderlijke (on)verantwoordelijkheid, al voor de geboorte', *FJR* 2009/3, p. 4-9.
Enschedé 2005
C.J. Enschedé, *Beginselen van strafrecht,* Deventer: Kluwer 2005.

Fernhout 2004
F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2004.
Forder/Bruning, *GS Personen- en familierecht* art. 1:240 BW, aant. 1
C.F. Forder/M.R. Bruning, 'commentaar op art. 1:240 BW: Uitzondering geheimhoudingsplicht, aant. 1. Afweging van plichten in geval van een vermoeden van kindermishandeling', in: *Groene Serie Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 3 september 2017).
Forder/Bruning, *GS Personen- en familierecht* art. 1:240 BW, aant. 2
C.F. Forder/M.R. Bruning, 'commentaar op art. 1:240 BW: Uitzondering geheimhoudingsplicht, aant. 2. Hoe de belangenafweging dient te worden gemaakt', in: *Groene*

Serie Personen- en familierecht, Deventer: Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 3 september 2017).

General Medical Council 2012
Protecting children and young people: doctors' responsibilities, London: General Medical Council 2012.

Gevers 1990
J.K.M. Gevers, 'Rechtsbescherming na de dood', in: J.K.M. Gevers & J.H. Hubben (red.), *Grenzen aan de zorg, zorgen aan de grens: liber amicorum voor prof. dr. H.J.J. Leenen,* Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1990, p. 170-180.

Gevers, *TvGR* 2003
J.K.M. Gevers, 'Derden waarschuwen voor gevaar: een kwestie van mogen of moeten?', *TvGR* 2003, p. 523.

Gevers, *TvGR* 2013
J.K.M. Gevers, 'Het beroepsgeheim van de bedrijfsarts en de verzekeringsarts', *TvGR* 2013, p. 740-749.

Griffith, *Human Vaccines & Immunotherapeutics* 2016
R. Griffith, 'What is Gillick competence?', *Human Vaccines & Immunotherapeutics* (12) 2016, afl. 1, p. 244-247.

Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg 2014
Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg, Utrecht: GGD GHOR Nederland, GGZ Nederland & KNMG 2014.

Hartlief, *WPNR* 2005
T. Hartlief, 'Bewuste roekeloosheid: consistentie bij begrenzing in het privaatrecht', *WPNR* 2005, p. 953-954.

Den Hartogh 2014
G.A. den Hartogh, 'De morele grondslagen van het gezondheidsrecht: de erfenis van Leenen', in: *Ethiek en gezondheidsrecht* (Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p. 13-89.

Ten Have, Ter Meulen & Van Leeuwen 2009
H.A.M.J. ten Have, R.H.J. ter Meulen & E. van Leeuwen, *Medische Ethiek.* Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009.

Hazewinkel-Suringa 1959
D. Hazewinkel-Suringa, *De doolhof van het beroepsgeheim,* Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1959.

Hendriks 2009
A.C. Hendriks, 'De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht', in: *Gezondheidszorg en Europees recht* (Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 7-102.

Hendriks, *AA* 2010
A.C. Hendriks, 'Voorkomen is beter dan genezen, ook tijdens de zwangerschap', *AA* 2010, p. 304-306.

Hendriks, *NJB* 2011
A.C. Hendriks, 'Komt een kind bij de dokter, moet de dokter naar de rechter?', *NJB* 2011/1396, p. 1778-1779.

Hendriks, *NJB* 2017
A.C. Hendriks, 'Kroniek van het gezondheidsrecht', *NJB* 2017/840, p. 1069-1081.

Hendriks, *NJCM-Bulletin* 2001
A.C. Hendriks, 'Het medisch beroepsgeheim. Enige actuele dilemma's', *NJCM-Bulletin* 2001, p. 525-538.
Hendriks, *NTvG* 2016
A.C. Hendriks, 'Arts en WhatsApp', *NTvG* 2016, 160:B1348.
Hendriks, *TvGR* 2013
A.C. Hendriks, 'Vertrouwensarts: een te vertrouwen arts?!', *TvGR* 2013, p. 433.
Hendriks & Krijnen, *NJB* 2009
A.C. Hendriks & B. Krijnen, 'Het recht op zorg op verschillende manieren geregeld – maar jegens wie heeft de zorgconsument nu eigenlijk rechten?', *NJB* 2009/964, p. 1264-1272.
Hendriks, De Roode & Sombroek-Van Doorm, *FJR* 2009
A.C. Hendriks, R.P. de Roode, & M.P. Sombroek-Van Doorm, 'Nieuwe KNMG-meldcode kindermishandeling aan de tuchtrechtspraak getoetst: Code biedt steun bij doorbreken van beroepsgeheim', *FJR* 2009/107, p. 285-290.
Herring 2006
J. Herring, *Medical Law and Ethics,* Oxford: Oxford University Press 2006.
Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling 2017
Basisdocument Het afwegingskader in de Meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling, Den Haag: Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport & Ministerie van Veiligheid en Justitie 2017.
Houtzager 2004
H.L. Houtzager, 'De eed van Hippocrates in historisch perspectief', in: V. Kirkels (red.), *Eed van Hippocrates: nog van deze tijd?,* Nijmegen: Valkhof Pers 2004, p. 11-26.
De Hullu 2000
J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht,* Deventer: Gouda Quint 2000.

Van IJzendoorn e.a. 2007
Kindermishandeling in Nederland anno 2005: De Nationale Prevalentiestudie Mishandeling van Kinderen en Jeugdigen (NPM-2005), Leiden: Casimir 2007.
Impactanalyse Veilig Thuis. Tussenrapportage 2017
J.D. Sprokkereef, *Impactanalyse Veilig Thuis. Programma aanscherping en verbetering Meldcode en werkwijze Veilig Thuis. Tussenrapportage: uitgangspunten januari 2017,* i.o.v. Ministerie van VWS, Ministerie van Veiligheid en Justitie & VNG, 2017.

Jackson 2006
E. Jackson, *Medical Law: Text, Cases and Materials,* Oxford: Oxford University Press 2006.
Jones, *Journal of Medical Ethics* 2003
C. Jones, 'The utilitarian argument for medical confidentiality: a pilot study of patients' views', *Journal of Medical Ethics* (29) 2003, p. 348-352.
De Jong 2004
E.J.C. de Jong, 'Het beroepsgeheim en derdenbelangen', in: *Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering* (Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 75-141.

De Jong & Kastelein, *TvGR* 2014
E.J.C. de Jong & W.R. Kastelein, 'Kroniek rechtspraak tuchtrecht', *TvGR* 2014, p. 24-47.

Kahn 2001
Ph.S. Kahn, *De juridische relatie ziekenhuis-medisch specialist en kwaliteit van zorg* (diss. Rotterdam), Lelystad: Koninklijke Vermande 2001.

Kastelein 2004
W.R. Kastelein, 'Het beroepsgeheim in rechte. Zwijgen: recht of plicht?', in: *Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering* (Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 143-196.

Kastelein, *NTvG* 2008
W.R. Kastelein, 'Toenemende druk op artsen om te spreken of te zwijgen; recente juridische ontwikkelingen rond beroepsgeheim en verschoningsrecht', *NTvG* 2008, p. 478-482.

Kastelein, *TvGR* 2013
W.R. Kastelein, 'Strafrechtelijke inbeslagname bij de medisch verschoningsgerechtigde', *TvGR* 2013, p. 764-773.

Kastelein & Meulemans, *TvGR* 2007
W.R. Kastelein & E.W.M. Meulemans, 'Kroniek rechtspraak tuchtrecht', *TvGR* 2007, p. 438-451.

Kempe e.a., *Journal of the American Medical Association* 1962
C.H. Kempe e.a., 'The battered-child syndrome', *Journal of the American Medical Association* (181) 1962, p. 105-112.

De Kievit, *FJR* 2018
F.M. de Kievit, 'Wie beslist? De autonomie van minderjarigen in het geven van toestemming voor een medische behandeling', *FJR* 2018/16, p. 66-72.

de Kinderombudsman 2013
Is de zorg gegrond? Analyse van het feitenonderzoek aan de basis van ingrijpende jeugdzorgbeslissingen, Den Haag: de Kinderombudsman 2013.

KNMG-advies 2010
S. Nouwt, begeleidende brief bij KNMG-advies 'Melding door Artsen aan de VIR: zoveel mogelijk met toestemming', Utrecht: KNMG 2010.

KNMG-afwegingskader 2018
Afwegingskader kindermishandeling en huiselijk geweld: Stap 5 KNMG-meldcode, Utrecht: KNMG 2018.

KNMG-gedragscode 2016
Gedragscode Elektronische Gegevensuitwisseling in de Zorg (EGiZ), Utrecht: KNMG & Nationaal ICT Instituut in de zorg 2016.

KNMG-gedragsregels 2013
Gedragsregels voor artsen (Richtlijn II.01), Utrecht: KNMG 2013.

KNMG-handreiking 2010
Handreiking Verantwoordelijkheidsverdeling bij samenwerking in de zorg, Utrecht: KNMG [etc.] 2010.

KNMG-handreiking 2011
Artsen en Social Media: Handreiking voor het gebruik van Social Media door artsen, Utrecht: KNMG 2011.

KNMG-meldcode 2002
Meldcode voor medici inzake kindermishandeling, Utrecht:KNMG 2002.
KNMG-meldcode 2004
Meldcode inzake kindermishandeling, Utrecht: KNMG in samenwerking met Vereniging Vertrouwensartsen Kindermishandeling (VVAK) 2004.
KNMG-meldcode 2008
Artsen en Kindermishandeling: meldcode en stappenplan, Utrecht:KNMG 2008.
KNMG-meldcode 2012
KNMG-meldcode Kindermishandeling en huiselijk geweld, Utrecht: KNMG 2012.
KNMG-meldcode 2014
KNMG-meldcode Kindermishandeling en huiselijk geweld, Utrecht: KNMG 2014.
KNMG-meldcode 2015
KNMG-Meldcode Kindermishandeling en huiselijk geweld, Utrecht: KNMG 2015.
KNMG-richtlijn 2007
Richtlijn Online arts-patiënt contact, Utrecht: KNMG 2007.
KNMG-richtlijn 2018
KNMG-Richtlijn Omgaan met medische gegevens, Utrecht: KNMG 2018.
KNMG-wegwijzer 2014
Het beroepsgeheim in samenwerkingsverbanden: een Wegwijzer voor zorgprofessionals, Utrecht: KNMG [etc.] 2014.
Kole 2013
Woorden met waarde: kernbegrippen bij de aanpak van kindermishandeling, J. Kole i.o.v. Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport 2013.
Koops & Vedder 2001
E.J. Koops & A.H. Vedder, *Opsporing versus privacy: de beleving van burgers* (ITeR-reeks), Den Haag: Sdu Uitgevers 2001.
Kortleven 2013
W.J. Kortleven, *Voorzorg in Nederland. Ontwikkelingen in de maatschappelijke omgang met kindermishandeling, verkeersonveiligheid en genetische modificatie* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

Langemeijer 1975
G.E. Langemeijer, *Strafrecht of –onrecht*, Deventer: Kluwer 1975.
Langemeijer, *NJB* 1980
G.E. Langemeijer, 'De journalist die zijn bron niet wil noemen', *NJB* 1980, p. 516-517.
Lawson & Schermers 1999
R.A. Lawson & H.G. Schermers, *Leading cases of the European Court of Human Rights*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.
Leenen e.a. 2017
H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.
Legemaate 2004
J. Legemaate, 'De juridische implicaties van de Nederlandse artseneed', in: V. Kirkels (red.), *Eed van Hippocrates: nog van deze tijd?*, Nijmegen: Valkhof Pers 2004, p. 27-35.
Legemaate 2011
J. Legemaate, *Wikken en wegen: gezondheidsrecht in beweging* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2011.

Legemaate, *NJB* 2009
J. Legemaate, 'Beroepsgeheim en verschoningsrecht in de gezondheidszorg. Enkele beschouwingen naar aanleiding van de rechtspraak van de Hoge Raad', *NJB* 2009/2034, p. 2619-2626.
Legemaate, *TvGR* 2013
J. Legemaate, 'De druk op het beroepsgeheim neemt toe', *TvGR* 2013, p. 101.
Legemaate, *TvGR* 2016
J. Legemaate, 'De Wkkgz over kwaliteit van zorg', *TvGR* 2016, p. 53-61.
Van Lopik & Pans, *TLP* 2016
M.A. van Lopik & E. Pans, 'Een goed gesprek tussen patiënt en hulpverlener: de WGBO-nieuwe stijl', *TLP* 2016/77, afl. 3, p. 32-37.
Lutke Schipholt, *MC* 2005
I.L.E. Lutke Schipholt, 'Het beroepsgeheim uitgekleed: Artsen als informatiebron voor organisaties', *MC* 2005, p. 1460-1462.

Machielse, *NLR* aant. 6.6
A.J. Machielse, 'Sr, aant. 6.6: Onderscheidingen binnen de culpa; bewuste en onbewuste schuld', in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink (red.), *Strafrecht*, Deventer: Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 2 oktober 2015).
Machielse, *NLR*, art. 300 Sr, aant. 4
A.J. Machielse, 'artikel 300 Sr, aant. 4: Mishandeling door nalaten', in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink (red.), *Strafrecht*, Deventer: Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 26 mei 2015).
Markenstein 2006
L.F. Markenstein, *Tekst en Toelichting WGBO,* Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.
Mevis 2006
P.A.M. Mevis, *Capita strafrecht: een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri.
Mevis, *TvGR* 2015
P.A.M. Mevis, 'Strafrecht als waarborg en bedreiging van kwaliteit van zorg tegelijk', *TvGR* 2015, p. 40-54.
Mevis, Verbaan & Salverda 2016
P.A.M. Mevis, J.H.J. Verbaan & B.A. Salverda, *Onderzoek aan in beslag genomen elektronische gegevensdragers en geautomatiseerde werken ten behoeve van de opsporing en vervolging van strafbare feiten*, Den Haag: WODC, Ministerie van Veiligheid & Justitie 2016.
Mewa, *VR* 2009
V. Mewa, 'Gaan alle geheimen mee in het graf?', *VR* 2009, p. 205-212.
Michalowski, *European Journal of Health Law* 1998
S. Michalowski, 'Medical confidentiality and medical privilege, a comparison of French and German law', *European Journal of Health Law* (5) 1998, p. 89-116.
Van der Mijn 1989
W.B. van der Mijn, *Beroepenwetgeving in de gezondheidszorg,* Deventer: Kluwer 1989.
Ministerie van VWS 2016
Basismodel meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling. Stappenplan voor het handelen bij signalen van huiselijk geweld en kindermishandeling, Den Haag: Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport 2016.

Nan, *NJB* 2017
J. Nan, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2017/1907, p. 2537-2547.
Nederlands Huisartsen Genootschap 2016
Landelijke Eerstelijns SamenwerkingsAfspraak (LESA) Kindermishandeling, Utrecht: Nederlands Huisartsen Genootschap [etc.] 2016.
Nieuwenhuis 2001
A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht: een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.
Nieuwenhuis 2007
J.H. Nieuwenhuis, 'The Core Business of Privacy Law: Protecting Autonomy', in: K.S. Ziegler (red.), *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 15-20.
NVK 2016
Richtlijn Signalering Kindermishandeling in de spoedeisende medische zorg, Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde 2016.

Ordre National des Médecins 2016
Signalement et information préoccupante: "Mieux prévenir, mieux signaler, mieux intervenir", Paris: Ordre National des Médecins, Conseil National de l'Ordre 2016.
Overkleeft-Verburg 2000
G. Overkleeft-Verburg, 'Het grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer', in: A.K. Koekkoek (red.), *De grondwet: Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 155-178.

Philips-Santman, *TvGR* 2016
C.E. Philips-Santman, 'Het gebruik van patiëntgegevens in de nieuwe klachtenprocedure', *TvGR* 2016, p. 405-418.
Ploem, *NTvG* 1999
M.C. Ploem, 'Inzage in het medisch dossier na overlijden van de patiënt: uitgangspunten en actuele ontwikkelingen in de rechtspraak', *NTvG* 1999, p. 1826-1829.
Ploem, *TvGR* 1999
M.C. Ploem, 'Een zorgvuldige omgang met medische gegevens na de dood', *TvGR* 1999, p. 489-499.
Ploem, *TvGR* 2008
M.C. Ploem, 'Zorgvuldig handelen bij vermoedens van kindermishandeling. Kanttekingen bij de nieuwe KNMG-meldcode', *TvGR* 2008, p. 592-598.
Ploem, *TvGR* 2010
M.C. Ploem, 'Naar een landelijk EPD: kanttekeningen bij wetsvoorstel 31 466', *TvGR* 2010, p. 264-284.
Ploem, *TvGR* 2015
M.C. Ploem, 'Elektronische gegevensuitwisseling in de zorg: zit de wetgever op het goede spoor?', *TvGR* 2015, p. 300-312.
Ploem & Sombroek, *TvGR* 2018
M.C. Ploem & M.P. Sombroek, 'Afwegingskader voor melden van kindermishandeling: nog minder ruimte voor afwegen?', *TvGR* 2018, p. 218-222.

Pollmann, *TvGR* 2004
P. Pollmann, 'Over individuele gezondheidszorg door de vertrouwensarts inzake kindermishandeling, het beroepsgeheim, verschoningsrecht en de 'spreekplicht', *TvGR* 2004, p. 523-525.
Prins, *NJB* 2008
J.E.J. Prins, 'Spreken voor, niet over het kind', *NJB* 2008/1616, p. 1983.
Prinsen, *NJB* 2017a
P.J.A. Prinsen, 'Over de prevalentiestudie van kindermishandeling', *NJB* 2017/1330, p. 1733-1740.
Prinsen, *NJB* 2017b
P.J.A. Prinsen, 'Naschrift', *NJB* 2017/2230, p. 3080.
Van de Putte e.a. 2013
E.M. van de Putte e.a. (red.), *Medisch Handboek Kindermishandeling*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2013.

Van Raak-Kuiper, *Sdu Commentaar Relatierecht/Sdu Commentaar Jeugdrecht* art. 1:240 BW
J.A.E. van Raak-Kuiper, 'commentaar op art. 1:240 BW', in: *Sdu Commentaar Relatierecht / Sdu Commentaar Jeugdrecht*, Den Haag : Sdu Uitgevers (online, laatst bijgewerkt op 15 januari 2016).
Raat e.a., *MC* 2014
A.M. Raat e.a., 'Corrigerende tik mag nooit', *MC* 2014, p. 1562-1563.
Rang 1973
J.F. Rang, *Patiëntenrecht* (oratie Leiden), Leiden: Stafleu 1973.
Registratiekamer 1998
Medicatiebewaking door centrale patiëntenregistratie, Den Haag: Registratiekamer 1998.
Remmelink/Machielse, *NLR*, art. 273 Sr, aant. 5
J.G. Remmelink/A.J. Machielse, 'artikel 273 Sr, aant. 5: Bekendmaken', in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Remmelink (red.), *Strafrecht*, Deventer: Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 1 juni 2010).
De Roode, *TvGR* 2013
R.P. de Roode, 'Zorg om jonge kinderen. Een gezondheidsrechtelijke benadering', *TvGR* 2013, p. 102-114.
RvdK 2013
Informatieuitwisseling GGZ/RvdK, Den Haag: Raad voor de Kinderbescherming 2013.

Saadi 2005
Saadi, *De rozentuin*, Uit het Perzisch vertaald en van aantekeningen voorzien door J.T.P. de Bruijn, Amsterdam: Bulaaq 1997 (2de druk 2005).
Sanders & Hupkes, *NJB* 2014
R. Sanders & N. Hupkes, 'Heiligt het doel de middelen? Over het spanningsveld tussen toezicht en het beroepsgeheim van advocaten', *NJB* 2014/359, p. 446-452.
Schalken, *TvGR* 2014
T.M.C.J. Schalken, 'Kroniek rechtspraak strafrecht', *TvGR* 2014, p. 210-217.
Shuman & Weiner, *North Carolina Law Review* 1982
D.W. Schuman & M.F. Weiner, 'The privilege study: An empirical examination of the psychotherapist-patient privilege', *North Carolina Law Review* (60) 1982, p. 893-942.

Sijmons, *FJR* 2009
J.G. Sijmons, 'Reactie op FJR 2009/3 [Enkelaar & van der Does 2009]', *FJR* 2009/6, p. 15.
Sijmons & Hubben, *TvGR* 2014
J.G. Sijmons & J.H. Hubben, 'De Tweede Evaluatie Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg', *TvGR* 2014, p. 264-281.
Sluijters 1989
B. Sluijters, De delicten; bewijsproblemen, in: *De gezondheidszorg en het strafrecht* (Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht), Leiderdorp: Vereniging voor Gezondheidsrecht 1989, p. 4-78.
Sluijters & Biesaart 1995
B. Sluijters & M.C.I.H. Biesaart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst na invoering van de WGBO (*serie praktijkhandleidingen), Zwolle: Tjeenk Willink 1995.
Smidt 1891
H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van strafrecht (tweede deel),* Haarlem: Tjeenk Willink 1891.
Snijders 1999
H.J. Snijders, 'Maten van dwingend recht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 153-167.
Snijders, *WPNR* 2010a
H.J. Snijders, 'Elektronische naast schriftelijke vorm van overeenkomsten en andere rechtshandelingen I', *WPNR* 2010, afl. 6863, p. 809-814.
Snijders, *WPNR* 2010b
H.J. Snijders, 'Elektronische naast schriftelijke vorm van overeenkomsten en andere rechtshandelingen II', *WPNR* 2010, afl. 6864, p. 840-845.
Spronken 2001
T.N.B.M. Spronken, *Verdediging: een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001.
Spronken & Fernhout, in: Melai/Groenhuijsen e.a., art. 218 Sv, aant. 12
T.N.B.M. Spronken & F.J. Fernhout, 'artikel 218 Sv, aant. 12: Bij een beroep op het professionele verschoningsrecht te hanteren maatstaf', in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 1 februari 2004).
Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016
Kind en ouders in de 21ste eeuw: rapport van de Staatscommissie Herijking Ouderschap, Den Haag: Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016.
Stolker 1994
C. Stolker, 'Wie het weet, moet het zeggen: HIV besmetting bij ex-partner', in: H.E. Dupuis e.a. (red.), *Wat zou u doen? Medisch-ethische casuïstiek met commentaren,* Houten/Zaventem: Bohn Stafleu van Loghum 1994, p. 40-46.
Stolker, in: *T&C Burgerlijk Wetboek* art. 7:457 BW
C.J.J.M. Stolker, 'Commentaar op art. 7:457 BW', in: H.B. Krans, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek,* Deventer: Wolters Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 1 juli 2017).

Van Teeffelen, *FJR* 2015
P.A.J.Th. van Teeffelen, 'Zorg over de jeugdzorg? De eerste bevindingen omtrent de herziening van de kinderbeschermingsmaatregelen en de stelselherziening jeugdhulp', *FJR* 2015/21, p. 88-91.
Tjong Tjin Tai 2006
T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006.
Tjong Tjin Tai, *AA* 2007
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Zorgplichten en zorgethiek', *AA* 2007, p. 702-705.
Van Uden 2015
R.C.P. van Uden, 'Het EPD en privacy: reden tot zorg? De spanning tussen bescherming van gezondheid en bescherming van gegevens', in: D.C. van Beelen e.a. (red.), *Privacy en gegevensbescherming,* Apeldoorn: Maklu 2015, p. 125-138.

Van Veen 2004
E.B. van Veen, 'Het beroepsgeheim in de individuele gezondheidszorg', in: *Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering* (Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 13-74.
Van Veen, *TvGR* 2010
E.B. van Veen, 'De privacyproblematiek van de jeugdgezondheidszorg: wetgevende en beleidsmatige ontwikkelingen', *TvGR* 2010, p. 510-526.
Vellinga-Schootstra, *RMThemis* 2017
F. Vellinga-Schootstra, 'Verschoningsrecht onder vuur. Vertrouwen op eer en geweten? Over beslag en doorzoeking bij de verschoningsgerechtigde', *RMThemis* 2017, p. 96-115.
Verburg 1975
J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken: een studie over art. 218 Sv* (diss. Leiden), Groningen: Tjeenk Willink 1975.
Verburg 1985
J.J.I. Verburg, *Het beroepsgeheim,* Arnhem: Gouda Quint 1985.
Verhey 1992
L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht) Zwolle: Tjeenk Willink 1992.
VNG 2013
Nieuwsbrief ondersteuningsprogramma AMHK, Utrecht: Vereniging Nederlandse Gemeenten 2013.
VNG 2014
VNG-Model Handelingsprotocol voor het Advies- en meldpunt Huiselijk Geweld en Kindermishandeling 'Veilig Thuis', Utrecht: Vereniging Nederlandse Gemeenten 2014.
Voskamp 2015
S. Voskamp, 'Onderwijsovereenkomst: tripartiet of niet. Een verkenning van de betrokkenpartijen bij een onderwijsovereenkomst in het primair en voortgezet onderwijs', in: C.G. Breedveld-de Voogd e.a., *De meerpartijenovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 211-233.
Vranken 1986
J.B.M. Vranken, 'Het professionele (functionele) verschoningsrecht', in: J.B.M. Vranken & A.G. Lubbers, *Het professionele (functionele) verschoningsrecht: preadviezen*

(Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1986-I.2), Zwolle: Tjeenk Willink 1986, p. 1-133.

VSNU & KNMG 2003
Nederlandse artseneed, Utrecht: VSNU & KNMG 2003.

Vuijsje 2016
H. Vuijsje, *Ik kijk niet weg: eindrapport Taskforce kindermishandeling en seksueel misbruik*, Den Haag: Taskforce kindermishandeling en seksueel misbruik.

Warren & Brandeis, *Harvard Law Review* 1890
S.D. Warren & L.D. Brandeis, 'The Right to Privacy', *Harvard Law Review* (4) 1890, p. 193-220.

Weijers, *FJR* 2005
I. Weijers, 'Kindermishandeling: geen wetswijziging, wel heldere criteria', *FJR* 2005/69, p. 169-174.

Weijers, *FJR* 2015
I. Weijers, 'Prenatale kinderbescherming: nuttig maar ook dubieus advies RSJ', *FJR* 2015/56, p. 233-235.

Werkgroep rechtspositie minderjarigen in de gezondheidszorg, *MC* 1976
Werkgroep rechtspositie minderjarigen in de gezondheidszorg, 'Richtlijnen met toelichting', *MC* 1976, afl. 2, p. 47-51.

WHO 2002
World report on violence and health, Geneva: World Health Organization 2002.

Wiggelinkhuizen e.a., *MC* 2015
M. Wiggelinkhuizen e.a., 'Steeds meer specialisten gebruiken WhatsApp', *MC* 2015, p. 2310-2311.

Wijshoff-Vogelzang 1985
R.L.M. Wijshoff-Vogelzang, *Arts-Patiënt. Enige juridische aspecten van hun relatie,* Deventer: Kluwer 1985.

Willems 1998
J.C.M. Willems, *Wie zal de opvoeders opvoeden? Kindermishandeling en het recht van het kind op persoonswording* (diss. Maastricht), Den Haag: T.M.C. Asser Press 1998.

Willems, *FJR* 2005
J.C.M. Willems, 'Een verbod op slaan en de emancipatie van het kind', *FJR* 2005/33, p. 94-98.

Witmer & De Roode 2004
J.M. Witmer & R.P. de Roode (red.), *Van Wet naar praktijk. Implementatie van de Wgbo. Deel 4. Toegang tot patiëntengegevens,* Utrecht: KNMG 2004.

Woolley & Evans, *JAMA* 1955
P.V. Woolley & W.A. Evans, 'Significance of skeletal lesions in infants resembling those of traumatic origin', *JAMA: the journal of the American Medical Association* (158) 1955, afl. 7, p. 539-543.

Ziegler 2007
K.S. Ziegler, 'Introduction: Human Rights and Private Law – Privacy as Autonomy', in K.S. Ziegler (red.), *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 1-10.

ZonMw 2006
Melden van incidenten in de gezondheidszorg, Utrecht: ZonMw 2006.

Zwenne, *P&I* 2015
G.-J. Zwenne, 'Nog enkele opmerkingen over IP-adressen en persoonsgegevens, identificeerbaarheid en 'single out'', *P&I* 2015/184, p. 216-221.

Internationale wet- en regelgeving

- Ärztegesetz 1998 §54.

- Art. 226-13 juncto 226-14 Code Pénal (permission de la loi) [zie Ordre National des Médecins 2016].

- *Concluding Observations: Netherlands* van het Comité van de Rechten van het Kind (26 oktober 1999), *Consideration of reports submitted by states parties under article 44 of the Convention*, CRC/C/15/Add.114.

- Décret n° 2016-994 du 20 juillet 2016 (van 20 juli 2016) relatif aux conditions d'échange et de partage d'informations entre professionnels de santé et autres professionnels des champs social et médico-social et à l'accès aux informations de santé à caractère personnel.

- *General Comment* no. 13 van het Comité van de Rechten van het Kind (18 april 2011), *The right of the child to freedom from all forms of violence,* CRC/C/GC/13.

- *General Comment* no. 15 van het Comité van de Rechten van het Kind (17 april 2013), *On the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (art. 24)*, CRC/C/GC/15.

- Par. 34 StGB (Strafgesetzbuch) (Interessenabwägung: Schutz des Kindeswohls und Schutz der Vertraulichkeit).

- Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* 23 november 1995, L281, p. 31-50.

- Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), *PbEU* 4 mei 2016, L 119.

- Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, 4 november 1950, Rome (EVRM).

- Verdrag 44/25 van de Algemene vergadering van de Verenigde Naties (20 November 1989), *Convention on the Rights of the Child*, A/RES/44/25 (IVRK).

Parlementaire stukken

- Advies W13.16.0446/III van de Raad van State van 10 maart 2017 (Ontwerpbesluit houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling en het Besluit kwaliteit kinderopvang en peuterspeelzalen om te bewerkstelligen dat gevallen van ernstig huiselijk geweld en kindermishandeling dan wel vermoedens daarvan altijd bij het advies- en meldpunt huiselijk geweld en kindermishandeling worden gemeld), *Stcrt*. 2017, 46221.

- Advies expertgroep Modernisering burgerlijk bewijsrecht, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, nr. 384.

- Besluit van 23 juni 2017, houdende wijziging van het Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling en het Besluit kwaliteit kinderopvang en peuterspeelzalen om te bewerkstelligen dat gevallen van ernstig huiselijk geweld of ernstige kindermishandeling dan wel vermoedens daarvan bij het advies- en meldpunt huiselijk geweld en kindermishandeling worden gemeld, *Stb.* 2017, 291.

- Besluit van 11 februari 2014, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 11 december 2013, tot wijziging van de Wet cliëntenrechten zorg en andere wetten in verband met de taken en bevoegdheden op het gebied van de kwaliteit van de zorg (*Stb.* 2013, 578), *Stb.* 2014, 93.

- Besluit van 16 juli 2013, houdende vaststelling van de minimumeisen voor de verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling (Besluit verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling), *Stb.* 2013, 324.

- Besluit van 13 maart 2000, houdende aanwijzing van situaties, bedoeld in artikel 464 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 2000, 121.

- Brief van de Taskforce Kindermishandeling en seksueel misbruik aan de vaste commissie van VWS in de Tweede Kamer betreffende 'Advies *We missen kinderen*' van 22 september 2015, referentie TF-2015-027.

- Coebergh & Koning, Brief: *Reactie VVAK en KAMG op het uitvoeringsbesluit Jeugdwet en de Nota van Toelichting,* 16 december 2013.

- *Kinderen Veilig* (Rapport Taskforce kindermishandeling en seksueel misbruik), bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/2013, 31015, nr. 84.

- Modernisering strafvordering 'Discussiestuk professioneel verschoningsrecht ex art. 218 Sv', https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2014/06/06/discussiestukken-1e-congres-modernisering-wetboek-van-strafvordering (laatst geraadpleegd 26 oktober 2018).

- *Tweede evaluatie Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg,* bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 29282, nr. 182.

- Voorstel van wet tot vaststelling van Boek 1 inhoudende algemene bepalingen over de strafvordering in het algemeen in verband met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (Vaststellingswet Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (strafvordering in het algemeen)).

- Voorstel van wet tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering inhoudende bepalingen over het opsporingsonderzoek in verband met de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Het opsporingsonderzoek)).

- Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17.

- *Wettelijke doorbrekingsgronden medisch beroepsgeheim,* bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-XVI, nr. 129.

Kamerstukken

- *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2016/17, 34630, nrs. 1-3.
- *Kamerstukken II* 2016/17, 34629, nrs. 1-3.
- *Kamerstukken II* 2016/17, 29279, nr. 384.
- *Kamerstukken II* 2016/17, 28345, nr. 170, nr. 171, nr. 182.
- *Kamerstukken II* 2015/16, 34300-XVI, nr. 161.
- *Kamerstukken II* 2015/16, 33509, K.
- *Kamerstukken II* 2015/16, 31015, nr. 122.
- *Kamerstukken II* 2015/16, 29323, nr. 97 (reactie op RSJ advies Prenatale kinderbescherming en de rol van de overheid).
- *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, nr. 278.
- *Kamerstukken II* 2015/16, 28345, nr. 20, nr. 136, nr. 153.
- *Kamerstukken II* 2014/15, 31839, nr. 462
- *Kamerstukken II* 2014/15, 34191, nr. 2, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 2014/15, 34000-XVI, nr. 8.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33983, nr. 3.
- *Kamerstukken I* 2013/14, 33841, A.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33841, nr. 3, nr. 35, nr. 64.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 XVI, nr. 80
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33685, nr 3 en nr. 6.
- *Kamerstukken I* 2013/14, 33684, A, Q.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 33509, nr. 32.
- *Kamerstukken II* 2013/14, 29282, nr. 182
- *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 2, nr. 3, nr. 10.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 31015, nr. 84.
- *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 2, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 33509, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-XVI, nr. 129.
- *Kamerstukken II* 2011/12, 33243, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2011/12, 33079, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2011/12, 33000-XVI, nr. 170.
- *Kamerstukken II* 2011/12, 31015, nr. 69, nr. 76.
- *Kamerstukken I* 2011/12, 32015, C.
- *Kamerstukken II* 2010/11, 32015, nr. 21, nr. 42.
- *Kamerstukken II* 2010/11, 31839, nr. 124.
- *Kamerstukken I* 2009/10, 31855, F (bijlage brief KNMG aan Commissie VWS).
- *Kamerstukken I* 2009/10, 31122, J.
- *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3.

- *Kamerstukken II* 2009/10, 31855, nr. 54, nr. 55
- *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2008/09, 31855, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2006/07, 31122, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2007/08, 31001, nr. 46, nr. 55.
- *Kamerstukken II* 2005/06, 30316, nr. 3, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2001/02, 28168, nr. 3.
- *Kamerstukken I* 2000/01, 27842, A.
- *Kamerstukken II* 2000/01, 27842, nr. 1, nr. 2, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2000/01, 27669, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1998/99, 25892, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 1992/93, 21980, nr. 6, nr. 18.
- *Kamerstukken II* 1992/93, 21561, nr. 15.
- *Kamerstukken II* 1991/92, 21561, nr. 11.
- *Kamerstukken II* 1990/91, 21818, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 1990/91, 21938, nr. 1, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, nr. 6.
- *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 1, nr. 2, nr. 3, nr. 20.
- *Kamerstukken I* 1967, verslag Buitengewone Zitting.
- *Kamerstukken II* 1952/53, 3030, nr. 3.
- *Handelingen II* 2015/16, 73/28.
- *Aanhangsel Handelingen* II 2014/15, 178.
- *Handelingen II* 1993/94, 52.
- *Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 3.

Rechtspraak

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

- EHRM 3 oktober 2017, nr. 23022/13, ECLI:CE:ECHR:2017:1003JUD002302213 (D.M.D. tegen Roemenië).
- EHRM 23 februari 2016, *LJN* 40378/06, EHRC 2016/102 (YY. tegen Rusland), m.nt. A.C. Hendriks.
- EHRM 20 oktober 2015, nr. 5201/11, EHRC 2016/53 (Sher e.a. tegen Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 3 juli 2012, nr. 30457/06 (Robathin tegen Oostenrijk).
- EHRM 26 mei 2011, nr. 27617/04 (P.R. tegen Poland).
- EHRM 16 december 2010, nr. 25579/05 (A, B en C tegen Ierland).
- EHRM 4 december 2008, ECLI:NL:XX:2008:BH1813, nr. 30562/04 (Marper en S tegen Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 17 juli 2008, ECLI:NL:XX:2008:BF0246, EHRC 2008/114, par. 35 (I. tegen Finland)
- EHRM 13 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY7907 (J. tegen Zwitserland).
- EHRM 15 mei 2006, De erven van Kresten Filtenborg Mortensen tegen Denemarken, (appl. no.1338/03), *RvdW* 2006/ 843.
- EHRM 8 juli 2004, nr. 53924/00 (Vo. tegen Frankrijk).
- EHRM 8 april 2003, 11057/02 (Haase tegen Duitsland).
- EHRM 13 februari 2003, nr. 42326/98 (Odièvre tegen Frankrijk), EHRC 2003/29, m.nt. H.L. Janssen; *NJCM-Bulletin* 2003, p. 774-784, m.nt. C.J. Forder; *NJB* 2003, afl. 18, p. 930, nr. 19.
- EHRM 7 februari 2002, nr. 53176/99 (Mikulic tegen Kroatië), EHRC 2002/25, m.nt. H.L. Janssen.
- EHRM 12 juli 2001, 25702/94 (K. en T. tegen Finland).
- EHRM 25 februari 1997, ECLI:NL:XX:1997:AD4448, *NJ* 1999/516 (Z. tegen Finland), m.nt. G. Knigge, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 712, m.nt. A.C. Hendriks.

Hof van Justitie van Europa

- HvJ EU 19 oktober 2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 (Patrick Breyer tegen Bundesrepublik Deutschland), *IR* 2016/188 & *IR* 2016, p. 208-211, m.nt. Y. van den Winkel.
- HvJ EU 18 oktober 2011, C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 (Oliver Brùstle tegen Greenpeace eV).

House of Lords

- House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 2 mei 2007, Douglas tegen Hello! Limited [2007], UKHL 21.
- House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 6 mei 2004, Campbell tegen MGN Limited [2004], UKHL 22.
- House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 20 december 1986 (Gillick tegen West Norfolk and Wisbech AHA).

Hoge Raad

- HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1205, *NJB* 2017/1527.
- HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311, *NJ* 2015/359.
- HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:1756, *NJ* 2014/94.
- HR 14 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9943, *NJ* 2013/561, m.nt. J. Legemaate; *GJ* 2013/84.
- HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4876, *NJB* 2013/736.
- HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4284, *NJ* 2014/92, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.
- HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, *NJ* 2012/537.
- HR 1 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU3447, *NJ* 2012/366.
- HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, *NJ* 2011/416.
- HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, *NJ* 2009/263, m.nt. J. Legemaate (LUMC arrest), *TvGR* 2009/27, m.nt. S.F. Tiems.
- HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9470, *NJ* 2010/471 m.nt. C.J.M. Klaassen.
- HR 3 maart 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BG9218, *NJ* 2009/325, m.nt. P.A.M. Mevis.
- HR 20 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH0249, *RvdW* 2009/230.
- HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, *NJ* 2008/630, m.nt. J. Legemaate; *GJ* 2009/10, m.nt. T.M. Schalken.
- HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1370, *GJ* 2008/116, m.nt. Y. Buruma.
- HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, *NJ* 2008/407, m.nt. J. Legemaate.
- HR 22 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7087, *NJ* 2008/375, m.nt. N. Keijzer.
- HR 5 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BP6141, *RvdW* 2011/938.
- HR 9 mei 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2386, *NJ* 2006/622, m.nt. J. de Boer, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 1128-1138, m.nt. M.R. Bruning.
- HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4529, *NJ* 2006/78.
- HR 9 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3262, *NJ* 2006/560.
- HR 4 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU1657, *JOL* 2005/558; *NJ* 2007/192.
- HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2855, *NJ* 2005/354 (ambtenaar/ wethouder).
- HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, *NJ* 2005/273, m.nt. G. Knigge.
- HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, *NJ* 2004/117.
- HR 8 april 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF4131, *NJ* 2004/365 (Zenuwarts), m.nt. D.H. de Jong.
- HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9162, *NJ* 2002/439.
- HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4402, *NJ* 2002/440, m.nt. Y. Buruma.
- HR 25 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3280, *JOL* 2001/495.
- HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, *NJ* 2001/600.
- HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649 (Protocollenarrest).

- HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7204, *NJ* 2001/647.
- HR 8 september 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA7041, *NJ* 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost).
- HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *NJ* 2001/42, m.nt. F.C.B. Van Wijnen en *TvGR* 2000/72, m.nt. J.C.J. Dute.
- HR 30 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:AD2861, *NJ* 1998/554.
- HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, *NJ* 1997/199.
- HR 22 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1810, *NJ* 1996/55.
- HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, *NJ* 1994/608, m.nt. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd.
- HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9693, *NJ* 1994/552.
- HR 18 juni 1993, *TvGR* 1993/53.
- HR 27 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0559, *NJ* 1992/496.
- HR 23 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0052, *NJ* 1991/761.
- HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, *NJ* 1991/26.
- HR 2 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB8107, *NJ* 1991/124, m.nt. A.C. 't Hart.
- HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ* 1986/173.
- HR 13 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4795, *NJ* 1986/822.
- HR 11 maart 1977, ECLI:NL:PHR:1977:AC1877, *NJ* 1977/521, m.nt. G.J. Scholten (Kribbebijter).
- HR 13 december 1974, ECLI:NL:PHR:AB4706, *NJ* 1975/186, m.nt. van Veen.
- HR 26 juni 1962, *NJ* 1963/10.
- HR 6 december 1955, *NJ* 1956/52.
- HR 9 november 1954, *NJ* 1955/55.
- HR 27 november 1933, ECLI:NL:HR:1933:221, *NJ* 1934, p. 76.
- HR 30 november 1927, *NJ* 1928/265.
- HR 21 april 1913, *NJ* 1913, p. 958-961 (Liefdehuis-arrest).

Gerechtshoven

- Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:942, *GJ* 2017/60.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 29 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:10113, *EB* 2016/39.
- Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901, *TvGR* 2016/66 & *TvGR* 2016/159 m.nt. M.C. Ploem & J.C.J. Dute.
- Hof Amsterdam 9 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2110, *S&S* 2015/124.
- Hof Den Haag 12 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2532, *Nieuws Personen- en Familierecht* 2015/0611.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:719, *JA* 2015/54.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8078, *TvGR* 2015/9.
- Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3007, *TvGR* 2014/46.
- Hof Leeuwarden 28 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0232, *PFR-Updates.nl* 2013/0026.
- Hof Arnhem 10 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012: BV0470, *JPG* 2012/88.
- Hof 's-Gravenhage 9 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BP5929.
- Hof 's-Hertogenbosch 24 november 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BK4557.
- Hof Leeuwarden 9 december 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BG6616, *NJ* 2009/199.

- Hof Amsterdam 9 april 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9170, *NJ* 2008/599, m.nt. J. Legemaate.
- Hof Arnhem 3 december 2003, zaaknummer 21/002022-03.
- Hof Amsterdam 25 november 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AN9012.
- Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1674, *NJ* 2003/379.
- Hof Amsterdam 28 november 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG0075, KG 2003/9.
- Hof Amsterdam 18 april 2002, *TvGR* 2003/15, m.nt. A.M. Vermaas & J.C.J. Dute.
- Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AB1126, KG 0000345/Br.
- Hof Amsterdam 29 januari 1998, *NJK* 1998/17.
- Hof Amsterdam 11 juli 1996, *TvGR* 1997/13.
- Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1991, ECLI:NL:GHSHE:1991:AD1486, *NJ* 1991/796.
- Hof Amsterdam 21 december 1989, ECLI:NL:GHAMS:1989:AD0986, *NJ* 1990/805.
- Hof 's-Gravenhage 27 december 1945, *NJ* 1946/429.

Rechtbanken

- Rb. Zeeland-West-Brabant 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1940.
- Rb. Amsterdam 18 april 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2543, *GZR-Updates.nl* 2018/0186.
- Rb. Noord-Nederland 27 september 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4099, *LS&R* 1528.
- Rb. Overijssel 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3297, *NJF* 2017/406.
- Rb. Limburg 19 juli 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:6887.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 22 maart 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:2587, *GJ* 2017/101.
- Rb. Overijssel 7 september 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:3393, *JBP* 2016/75.
- Rb. Rotterdam 28 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5917, *GJ* 2016/135.
- Rb. Noord-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:265, *GJ* 2016/44, *TvGR* 2016/159, m.nt. M.C. Ploem & J.C.J. Dute.
- Rb. Amsterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7955, *JA* 2016/3.
- Rb. Midden-Nederland 10 februari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:832, *GJ* 2015/53.
- Rb. Noord-Holland 21 januari 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:203, *JIN* 2015/121.
- Rb. Overijssel 2 december 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:7072.
- Rb. Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6239, *GJ* 2014/146.
- Rb. Midden Nederland 23 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3097, *JBP* 2014/91, m.nt. A.C. Hendriks.
- Rb. Gelderland 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:5574, *NJF* 2015/197.
- Rb. Amsterdam 13 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1494, *JA* 2012/162.
- Rb. Amsterdam 12 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW4266, *NJF* 2012/340.
- Rb. Dordrecht 7 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV6246, *NJ* 2012/442, m.nt. Wortmann; *JPF* 2012/82, m.nt. Vlaardingerbroek.
- Rb. Leeuwarden 8 juni 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BQ7902.
- Rb. 's-Gravenhage 30 november 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BP0708, *NJFS* 2011/50.
- Rb. Rotterdam 29 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9944, *GJ* 2011/27.
- Rb. 's-Hertogenbosch 26 juli 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN3026, *GJ* 2010/130.
- Rb. 's-Gravenhage 2 juni 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BN6221, *TvGR* 2010/27.
- Rb. Roermond 26 juni 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BJ0644.
- Rb. Middelburg 23 juni 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK8470.

- Rb. Utrecht 30 september 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BG1561, *NJ* 2009/11.
- Rb. Rotterdam, 23 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD8461.
- Rb. Amsterdam 29 april 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD0880, *NJF* 2008/248.
- Rb. Zutphen 20 november 2007, ECLI:NL:RBZUT:2007:BB8606, *GJ* 2008/19.
- Rb. Utrecht 29 oktober 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BB8303.
- Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB0281, *TvGR* 2007/29.
- Rb. Rotterdam 13 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ8514, *GJ* 2007/41, m.nt. T.M. Schalken.
- Rb. Arnhem 15 augustus 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4760, *Prg.* 2005/195.
- Rb. Breda 5 januari 2000, ECLI:NL:RBBRE:2000:AH8091, KG 2000/35.
- Rb. Zwolle 12 april 1998, ECLI:NL:RBZWO:1998:AB8976, *NJ* 1999/610.
- Rb. Leeuwarden 12 juni 1997, *NJ* 1997/247.
- Rb. Amsterdam 9 augustus 1996, *TvGR* 1997, p. 46.
- Rb. 's-Gravenhage 1 juli 1992, ECLI:NL:RBSGR:1992:AB7705, *NJ* 1992/253.
- Rb. 's-Gravenhage 19 november 1991, ECLI:NL:RBSGR:1991:AD1524, *NJ* 1993/252.
- Rb. Haarlem 21 mei 1987, ECLI:NL:RBHAA:1987:AC9845, *NJ* 1988/624.
- Rb. Assen 29 september 1963, *NJ* 1964/75.
- Rb. Assen 12 oktober 1954, *NJ* 1955/207.
- Rb. Maastricht 22 september 1926, *NJ* 1927/318.

College van Beroep voor het Bedrijfsleven

- CBB 2 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN3056, *NJB* 2010/1621.
- CBB 11 februari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL3730, *NJB* 2010/513.

College van Beroep van het Nederlands Instituut voor Psychologen

- College van Beroep NIP 20 juni 1997, *TvGR* 1999/43.

College Bescherming Persoonsgegevens

- CBP 9 mei 2006, z2005-1372, in: Van Dijk e.a. (red.) 2009, p. 368-369.

Centraal Medisch Tuchtcollege

- CMT 28 september 1972, *NJ* 1973/270.
- CMT 28 september 1972, ECLI:NL:TCMT:1972:AE3003, *NJ* 1973/270.
- CMT 19 april 1956, *NJ* 1957/24.
- CMT 31 oktober 1940, *NJ* 1941/855.

Centraal Tuchtcollege

- CTG 20 maart 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:92 & ECLI:NL:TGZCTG:2018:93.
- CTG 15 februari 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:55.
- CTG 21 november 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:323.
- CTG 2 november 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:297.
- CTG 31 oktober 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:286, *GZR-updates.nl* 2017/0395.
- CTG 5 oktober 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:267.

- CTG 15 augustus 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:234.
- CTG 25 juli 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:221.
- CTG 20 december 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:37.
- CTG 8 september 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:291.
- CTG 25 augustus 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:270.
- CTG 21 juli 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:255.
- CTG 24 maart 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:141, *TvGR* 2016/240.
- CTG 21 mei 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:172, *GJ* 2015/85.
- CTG 13 januari 2015, ECLI:NL:TGZCTG:2015:12.
- CTG 4 september 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:322.
- CTG 4 september 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:319, *GZR-Updates.nl* 2014/0371.
- CTG 12 augustus 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:302.
- CTG 15 mei 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:192.
- CTG 27 maart 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:113.
- CTG 6 maart 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:83.
- CTG 13 februari 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:56.
- CTG 30 januari 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:17, *GJ* 2014/65.
- CTG 4 april 2013, ECLI:NL:TGZCTG:2013:YG2803, *GJ* 2013/60.
- CTG 16 april 2013, ECLI:NL:TGZCTG:2013:YG2849, *GJ* 2013/76.
- CTG 6 november 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2393.
- CTG 6 november 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2392, *TvGR* 2013/5, m.nt. A.C. Hendriks.
- CTG 30 augustus 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2310, *GJ* 2013/3, m.nt. T.M. Schalken.
- CTG 17 januari 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG1710, *GJ* 2012/22.
- CTG 15 december 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1658
- CTG 24 mei 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1298, *GJ* 2011/110.
- CTG 24 mei 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1293.
- CTG 19 april 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1064, *GJ* 2011/74.
- CTG 2 september 2010, ECLI:NL:TGZCTG:2010:YG0565.
- CTG 19 augustus 2010, ECLI:NL:TGZCTG:2010:YG0528.
- CTG 10 november 2009, *TvGR* 2010/11.
- CTG 11 juni 2009, nr. 2008/056 en nr. 2008/057, *TvGR* 2010/16, m.nt. J.C.J. Dute.
- CTG 19 mei 2009, nr. 2008/008.
- CTG 7 april 2009, nr. 2008/212, *MC* 2009, p. 1291-1294.
- CTG 11 december 2008, *TvGR* 2009/16.
- CTG 9 september 2008, nr. 2007/314.
- CTG 29 juli 2008, *TvGR* 2008/50.
- CTG 27 mei 2008, *TvGR* 2008/48.
- CTG 4 maart 2008, *TvGR* 2008/31.
- CTG 27 november 2007, *GJ* 2008/5.
- CTG 19 juni 2007, *GJ* 2007/136, m.nt. F.C.B. van Wijmen.
- CTG 11 mei 2006, *TvGR* 2006/28.
- CTG 10 mei 2005, *Stcrt.* 10 mei 2005, 107.
- CTG 16 november 2000, *MC* 2001, p. 429-430.
- CTG 17 september 1992, *TvGR* 1993/8.

Regionale Tuchtcolleges

- RTG Zwolle 16 maart 2018, ECLI:NL:TGZRZWO:2018:67.
- RTG 's-Gravenhage 9 januari 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:12, *TvGR* 2018, p. 232-241 m.nt. M.R. Bruning & M.P. Sombroek.
- RTG Zwolle 22 december 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:212.
- RTG Amsterdam 19 december 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:146.
- RTG Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:119.
- RTG Amsterdam 26 september 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:108, *LS&R* 1503.
- RTG Amsterdam 1 augustus 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:95.
- RTG Zwolle 17 juli 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:131.
- RTG Zwolle 7 juli 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:121.
- RTG Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:75 & ECLI:NL:TGZRAMS:2017:76.
- RTG Eindhoven 15 mei 2017, ECLI:NL:TGZREIN:2017:54.
- RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52.
- RTG 's-Gravenhage 4 april 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:57.
- RTG Groningen 21 februari 2017, ECLI:NL:TGZRGRO:2017:4.
- RTG Amsterdam 14 februari 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:29, *GZR-updates.nl* 2017/0135.
- RTG Zwolle 13 februari 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:40.
- RTG Eindhoven 10 februari 2017, ECLI:NL:TGZREIN:2017:25.
- RTG Eindhoven 1 februari 2017, ECLI:NL:TGZREIN:2017:19.
- RTG Zwolle 27 januari 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:21.
- RTG Amsterdam 16 december 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:13.
- RTG Zwolle 21 oktober 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:108.
- RTG Eindhoven 8 augustus 2016, ECLI:NL:TGZREIN:2016:68.
- RTG Eindhoven 13 april 2016, ECLI:NL:TGZREIN:2016:36, *TvGR* 2016/281.
- RTG Amsterdam 15 maart 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:25, *GJ* 2016/89.
- RTG Amsterdam 26 januari 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:16.
- RTG Zwolle 15 januari 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:5.
- RTG 's-Gravenhage 8 december 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:159.
- RTG Eindhoven 21 oktober 2015, ECLI:NL:TGZREIN:2015:86.
- RTG Amsterdam 16 juni 2015, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:71.
- RTG Groningen 9 juni 2015, ECLI:NL:TGZRGRO:2015:40.
- RTG Eindhoven 1 juni 2015, ECLI:NL:TGZREIN:2015:49.
- RTG 's-Gravenhage 28 april 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:55.
- RTG Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:37, *GJ* 2015/80.
- RTG 's-Gravenhage 6 januari 2015, ECLI:NL:TGZRSGR:2015:1, *GZR-updates.nl* 2015/0015.
- RTG Amsterdam 16 december 2014, ECLI:NL:TGZRAMS:2015:13, *GZR-updates.nl* 2015/0057.
- RTG Eindhoven 2 december 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:101, *GZR-updates.nl* 2014/0495.
- RTG Eindhoven 19 augustus 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:76, *GJ* 2014/152.
- RTG 's-Gravenhage 17 juni 2014, ECLI:NL:TGZRSGR:2014:65, *GZR-updates.nl* 2014/0246.
- RTG Amsterdam 3 juni 2014, ECLI:NL:TGZRAMS:2014:56.

- RTG Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:TGZRAMS:2014:54.
- RTG Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:TGZRAMS:2014:53.
- RTG Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:TGZRAMS:2014:52.
- RTG Eindhoven 24 februari 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:31.
- RTG Eindhoven 13 januari 2014, ECLI:NL:TGZREIN:2014:12.
- RTG Eindhoven 20 december 2013, ECLI:NL:TGZREIN:2013:64.
- RTG Zwolle 15 november 2013, ECLI:NL:TGZRZWO:2013:51, *TvGR* 2014/4.
- RTG Eindhoven 19 september 2013, ECLI:NL:TGZREIN:2013:21
- RTG Eindhoven 19 september 2013, ECLI:NL:TGZREIN:2013:20.
- RTG 's-Gravenhage 6 augustus 2013, ECLI:NL:TGZRSGR:2013:13.
- RTG Amsterdam 18 juni 2013, ECLI:NL:TGZRAMS:2013:YG3015, *GJ* 2013/12, *TvGR* 2013/35, m.nt. J.C.J. Dute.
- RTG Groningen 9 april 2013, ECLI:NL:TGZRGRO:2013:33.
- RTG Zwolle 29 maart 2013, ECLI:NL:TGZRZWO:2013:YG2797.
- RTG Zwolle 21 februari 2013, ECLI:NL:TGZRZWO:2013:YG2667.
- RTG Amsterdam 18 december 2012, ECLI:NL:TGZRAMS:2012:YG2508.
- RTG 's-Gravenhage 19 juli 2012, ECLI:NL:TGZRSGR:YG2236.
- RTG Zwolle 10 mei 2012, ECLI:NL:TGZRZWO:2012:YG2018.
- RTG 's-Gravenhage 8 mei 2012, ECLI:NL:TGZRSGR:2012:YG2010, *GJ* 2012/88, m.nt. J.H. Hubben.
- RTG Amsterdam 13 maart 2012, ECLI:NL:TGZRAMS:2012:YG1842.
- RTG 's-Gravenhage 20 december 2011, ECLI:NL:TGZRSGR:2011:YG1650.
- RTG Eindhoven 23 november 2011, ECLI:NL:TGZREIN:2011:YG1529.
- RTG Groningen 19 juli 2011, ECLI:NL:TGZRGRO:2011:YG1240.
- RTG Eindhoven 1 juni 2011, ECLI:NL:TGZREIN:2011:YG1150.
- RTG Amsterdam 15 maart 2011, ECLI:NL:TGZRAMS:2011:YG1085.
- RTG Zwolle 13 januari 2011, ECLI:NL:TGZRZWO:2011:YG0843.
- RTG 's-Gravenhage 21 december 2010, ECLI:NL:TGZRSGR:2010:YG0776.
- RTG Eindhoven 21 december 2010, ECLI:NL:TGZREIN:2010:YG0778.
- RTG Amsterdam 7 december 2010, ECLI:NL:TGZRAMS:2010:YG0740.
- RTG Zwolle 18 november 2010, ECLI:NL:TGZRZWO:2010:YG0660, *GJ* 2011/12.
- RTG Zwolle 18 november 2010, ECLI:NL:TGZRZWO:2010:YG0668, nr. 008/2010.
- RTG Eindhoven 28 oktober 2010, ECLI:NL:TGZREIN:2010:YG0620.
- RTG Groningen 7 september 2010, ECLI:NL:TGZRGRO:2010:YG0569.
- RTG 's-Gravenhage 17 augustus 2010, ECLI:NL:TGZRSGR:2010:YG0517, *GJ* 2010/120.
- RTG Amsterdam 17 augustus 2010, ECLI:NL:TGZRAMS:2010:YG0512.
- RTG Amsterdam 10 augustus 2010, ECLI:NL:TGZRAMS:2010:YG0506, zaaknr. 2009/274.
- RTG Amsterdam 22 juni 2010, zaak nr. 09/220.
- RTG Eindhoven 31 mei 2010, ECLI:NL:TGZREIN:2010:YG0330, nr. 09148.
- RTG Amsterdam 2 februari 2010, ECLI:NL:TGZRAMS:2010:YG0200, nr. 2008/362 *GZP.*
- RTG 's-Gravenhage 8 december 2009, *MC* 2010, p. 1274.
- RTG Amsterdam 1 september 2009, zaaknr. 2008/215.
- RTG Amsterdam 24 maart 2009, *GJ* 2009/70.
- RTG 's-Gravenhage 3 februari 2009, zaaknr. 2007, O190.
- RTG Zwolle 29 januari 2009, *MC* 2009, p. 1291, *Stcrt.* 2009, 89.

- RTG Amsterdam 13 januari 2009, zaaknr. 07/230.
- RTG Eindhoven 12 mei 2008, zaak nr. 08/150.
- RTG Eindhoven 22 oktober 2007, zaaknr. 06/160.
- RTG Amsterdam 9 oktober 2007, zaaknr. 06/342, *GJ* 2008/47.
- RTG Amsterdam 12 september 2007, nr. 07/268.
- RTG 's-Gravenhage 14 november 2006, *MC* 2007, p. 160-162.
- RTG Amsterdam 13 juni 2006, nr. 2005/009.
- RTG Zwolle 13 oktober 2005, *GJ* 2006/6.
- RTG Eindhoven 28 augustus 2003, *Stcrt.* nr. 220, p. 18.
- MT Groningen 28 november 1956, *NJ* 1957/366.

Curriculum vitae

Mirjam Sombroek-van Doorm is op 26 april 1968 geboren te Zeven (Duitsland). Na haar middelbare schooltijd in Dokkum studeerde zij Frans aan de Sorbonne (Paris III). Vervolgens behaalde zij haar meestertitel aan de Universiteit Leiden (1993). Ook voltooide zij in Leiden haar studie Franse taal- en letterkunde (1996). Dit proefschrift heeft zij geschreven naast haar functie als directeur van het E.M. Meijers Instituut & Graduate School van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Leiden.

Zie voor eerdere publicaties op het gebied van het (gezondheids)recht: https://www.universiteitleiden.nl/medewerkers/mirjam-sombroek-van-doorm/publicaties#tab-4.

Sinds 2017 is zij tevens werkzaam als tuchtrechter bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Amsterdam en verzorgt zij bachelor- en masteronderwijs voor de afdeling Jeugdrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Leiden.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden zijn in 2017 en 2018 verschenen:

MI-279 B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer & J.M. Ten Voorde (red.), *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, ISBN 978 94 6290 392 0

MI-280 J. Tegelaar, *Exit Peter Paul? Divergente toezichthoudersaansprakelijkheid in de Europese Unie voor falend financieel toezicht, bezien vanuit het Europeesrechtelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming*, (Jongbloed scriptieprijs 2016), Den Haag: Jongbloed 2017, ISBN 978 90 8959 129 6

MI-281 P. van Berlo et al. (red.), *Over de grenzen van de discipline. Interactions between and with-in criminal law and criminology*, Den Haag: Boom juridisch 2017, ISBN 978 94 6290 390 6

MI-282 J. Mačkić, *Proving Discriminatory Violence at the European Court of Human Rights,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-283 D.V. Dimov, *Crowdsourced Online Dispute Resolution*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 578 9

MI-284 T. de Jong, *Procedurele waarborgen in materiële EVRM-rechten*, (diss. leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 413 0

MI-285 A. Tonutti, *The Role of Modern International Commissions of Inquiry. A First Step to Ensure Accountability for International Law Violations?*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-286 W. de Heer, *Gelijkheid troef in het Nederlandse basisonderwijs*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 028 0697 7

MI-287 J. Wieland, *De bescherming van concurrentiebelangen in het bestuursrecht,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2017, ISBN 978-94-6290-427-9

MI-288 D.M. Broekhuijsen, *A Multilateral Tax Treaty. Designing an instrument to modernise international tax law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-289 L. Kovudhikulrungsri, *The right to travel by air for persons with disabilities* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-290 C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017

MI-291 M. Diamant, *Het budgetrecht van het Nederlandse parlement in het licht van het Europees economisch bestuur* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 555 7

MI-292 R. Passchier, *Informal constitutional change. Constitutional change without formal constitutional amendment in comparative perspective* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-293 T.P.A. Leclerc, *Les mesures correctives des émissions aériennes de gaz à effet de serre. Contribution à l'étude des interactions entre les ordres juridiques en droit international public*, Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-294 M. Fink, *Frontex and Human Rights. Responsibility in 'Multi-Actor Situations' under the ECHR and EU Public Liability Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-295 B.A. Kuiper-Slendebroek, *Rechter over Grenzen. De toepassing en interpretatie van internationaal recht in het Nederlands privaatrecht*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017, ISBN 978 94 0280 886 5

MI-296 Y.N. van den Brink, *Voorlopige hechtenis in het Nederlandse jeugdstrafrecht. Wet en praktijk in het licht van internationale en Europese kinder- en mensenrechten*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2017, ISBN 978 90 1314 683 7; e-ISBN 978 90 1314 684 4

MI-297 M.L. Diekhuis-Kuiper, *Het woord en de daad. Kenmerken van dreigbrieven en de intenties waarmee ze geschreven werden,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Criminologie 2017, ISBN 978 94 6236 795 1

MI-298 Y.N. van den Brink et al., *Voorlopige hechtenis van jeugdigen in uitvoering. Een exploratief kwantitatief onderzoek naar rechterlijke beslissingen en populatiekenmerken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2017, ISBN 978 94 6240 455 7

MI-299 V. Borger, *The Transformation of the Euro: Law, Contract, Solidarity*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2017

MI-300 N.N. Koster, *Crime victims and the police: Crime victims' evaluations of police behavior, legitimacy, and cooperation: A multi-method study*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-301 J. Zhu, *Straightjacket: Same-Sex Orientation under Chinese Family Law – Marriage, Parenthood, Eldercare*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-302 X. Li, *Collective Labour Rights and Collective Labour Relations of China*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 0280 924 4

MI-303 F. de Paula, *Legislative Policy in Brazil: Limits and Possibilities*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 0957 2

MI-304 C. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1061 5

MI-305 E.B. Beenakker, *The implementation of international law in the national legal order – A legislative perspective,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-306 Linlin Sun, *International Environmental Obligations and Liabilities in Deep Seabed Mining,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-307 Qiulin Hu, *Perspectives on the Regulation of Working Conditions in Times of Globalization – Challenges & Obstacles Facing Regulatory Intervention*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-308 L.M. de Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Vianen: Proefschrift maken.nl 2018

MI-309 E.S. Daalder, *De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus. Recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keizer Septimius Severus,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 556 6, ISBN 978 94 6274 946 7 (e-book)

MI-310 T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling,* (diss. Leiden), Vianen: Proefschrift maken.nl 2018, ISBN 978 94 9301 997 3

MI-311 L. Kools, *Essays on wealth, health and data collection*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 0281 168 1

MI-312 S. Voskamp, *Onderwijsovereenkomst. Contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 585 6

MI-313 S. van der Hof e.a. (red.), *Recht uit het hart,* (liber amicorum W. Hins), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1310 4

MI-314 D. Kong, *Civil Liability for Damage caused by Global Navigation Satellite System,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018

MI-315 T.B.D. van der Wal, *Nemo condicit rem suam. Over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019

MI-316 R. Zandvliet, *Trade, Investment and Labour: Interactions in International Law,* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019

MI-317 M. de Jong-de Kruijf, *Legitimiteit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen. De externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp bezien vanuit kinder- en mensenrechten*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019

MI-318 R.J.W. van Eijk, *Web Privacy Measurement in Real-Time Bidding Systems. A Graph-Based Approach to RTB system classification*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 028 1323 4

MI-319 M.P. Sombroek-van Doorm, *Medisch beroepsgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders,* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6236 906 1