



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

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 omdat 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 *Afwegingskader 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 onvergelykbaar 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 zwijgen-tenzij. 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 alle 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 alle 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 beroepscode 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.