



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

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 artseneroep.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 dŭrven 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 andere 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 behoefte 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 dan 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 anderen.

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: Overkleef-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 identifier 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 willen dat de arts zwijgt. Beide belangen van het medisch beroepsgeheim lopen 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, *JB* 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 andere 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.