



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

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 beoordelen 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 WGB0, 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 patiënt¹¹ – 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 inzage-recht 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 inzage-recht 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 anderen 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 Mijl 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, 1^e 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.

Klacht delict

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 klacht delict. 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 klacht delict 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 zenuw-arts.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 (Zenuw-arts).

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 ampt, 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/artseninfo/lijnen/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 lijkt 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/praktijk-dilemmas-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 niet 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 zorgvuldigheidseisen 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, discrepanties 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. R Emmelink 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 Rummelink/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 lijkt 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)recht-spraak, 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, *Stcr.* 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 aanzien 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 verwickeld 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 twifelen 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 bewuste-loze 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 alle 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, *ToGR* 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', hoeft 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 niet 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 inzage-recht 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 bevroagde 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 omdat 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 vertrouwelijk 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 zorgvuldigheidsplicht 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 te meer 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 tweeloudergezin. 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 ontleen.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, *Gf* 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 nuancerings 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 – niet 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 niet 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 uitzonderingssituatie 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 (rechtspostionele) 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 wie 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; Markensteen 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 3^e 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 inzage-recht 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/artseninflijn/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 & Biesart 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 3^e 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 mogelijk(er)wijs 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 patiëntenrechten 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 alle dilemma's – voortvloeiend uit bijvoorbeeld vertegenwoordigingskwesaties (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 3^e 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.