



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

4 | Verschoningsrecht

4.1 INLEIDING

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

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

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

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

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

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

3 Zie par. 3.5.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

‘zij die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd.’¹⁴

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

18 Verburg 1985, p. 26-27.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

29 Zie par. 3.2.1.

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

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

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

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

31 KNMG-richtlijn 2018, p. 19.

32 KNMG-richtlijn 2018, p. 31.

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

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

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

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

4.3 OBJECT VAN HET VERSCHONINGSRECHT³⁵

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

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

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

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

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

38 Fernhout 2004, p. 207-217.

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

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

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

39 Vranken 1986, p. 87.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

52 Verburg 1985, p. 27.

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

4.3.1 Verhouding met object van de zwijgplicht

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

53 Verburg 1985, p. 27-28.

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

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

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

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

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

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

4.4 SUBJECT VAN HET VERSCHONINGSRECHT

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

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

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

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

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

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

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

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

4.4.1 Personen met een zelfstandig verschoningsrecht

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

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

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

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

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

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

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

69 Fernhout 2004, p. 190.

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

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

Fernhout wijst erop dat in de toetsing of aan een beroepsbeoefenaar het verschoningsrecht toekomt een tegenstrijdigheid zit. De beroepsbeoefenaar die van oordeel is dat hij zich dient te verschonen, zal dit oordeel immers baseren op het feit dat hij van mening is dat iets geheim dient te blijven. Om te achterhalen of het oordeel juist is, zal het geheim moeten worden geopenbaard, aldus Fernhout.⁷⁶ In de literatuur is reeds enige tijd geleden voorgesteld om – naar Frans voorbeeld⁷⁷ – tussen verhorende rechter en verschoningsgerechtigde een toetsende instantie te schuiven die ook geheimhoudingsplichtig en verschoningsgerechtigd is en daarom kennis kan nemen van het geheim.⁷⁸ In het kader van de modernisering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering adviseert de expertgroep o.l.v. Hammerstein dat de wet dient te voorzien in de mogelijkheid van een beperkte kennisneming van gegevens

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.4.1.1 *Verhouding met zelfstandige zwijgplicht*

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

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

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

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

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

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

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

Vaststellen van mogelijke wettelijke basis van het verschoningsrecht

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

Vaststellen of art. 88 Wet Big van toepassing is

- In het verlengde van deze wettelijke zwijgplicht (art. 88 Wet Big) ligt het verschoningsrecht.⁸⁹

83 HR 13 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4795, NJ 1986/822, r.o. 3.5.

84 Brants e.a. 2006, p. 13.

85 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, NJ 2001/42.

86 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, NJ 2001/42, r.o. 3.3.2 en r.o. 3.4.

87 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, NJ 2001/42, r.o. 3.3.2.

88 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, NJ 2001/42, r.o. 3.3.2 en r.o. 3.4.

89 HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, NJ 2001/42, r.o. 3.3.2.

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

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

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

Conclusie

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

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

⁹⁰ HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, NJ 2001/42, r.o. 3.3.3.

⁹¹ HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, NJ 2001/42, r.o. 3.3.3.

⁹² HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, NJ 2001/42, r.o. 3.3.3. Hierbij laat de Hoge Raad in het midden of zulks in uitzonderlijke gevallen anders kan zijn.

⁹³ HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, NJ 2001/42, r.o. 3.4.

⁹⁴ HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, NJ 2001/42, r.o. 3.4.

⁹⁵ De Jong 2004, p. 84-88; Pollmann, *TvGR* 2004, p. 523-525; J.C.J. Dute, annotatie bij HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, *TvGR* 2000/72; F.C.B. van Wijnen, annotatie bij HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, NJ 2001/42.

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

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

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

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

⁹⁶ De Jong 2004, p. 84-88.

⁹⁷ Leenen e.a. 2017, p. 151.

⁹⁸ F.C.B. Van Wijmen, annotatie bij HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, NJ 2001/42; J.C.J. Dute, annotatie bij HR 15 oktober 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3797, TvGR 2000/72; zie ook Duijst 2007, p. 58; Pollmann, TvGR 2004, p. 523-524; De Jong 2004, p. 86.

⁹⁹ Doppegieter & de Kanter-Loven, MC 2000, p. 105.

¹⁰⁰ De Jong 2004, p. 86; Anders Pollmann, TvGR 2004, p. 523-524.

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 3, p. 85. Het handelen van keurings- en verzekeringsartsen valt ook onder art. 1 Wet Big: *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, nr. 3, p. 145; zie ook Buijsen c.s. 2012, p. 36. Zie bijv. CTG 11 mei 2006, TvGR 2006/28, r.o. 4.4.

¹⁰² Duijst 2007, p. 55, en p. 58.

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

4.4.2 Personen met een afgeleid verschoningsrecht

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

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

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

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

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

‘daar immers anders het den behandelenden geneesheer toekomende verschooningsrecht volkomen illusoir zou kunnen worden gemaakt.’¹⁰⁵

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

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

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

¹⁰⁵ HR 30 november 1927, NJ 1928/265.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.4.2.1 *Verhouding met afgeleide zwijgplicht*

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

4.4.3 Gedeeld verschoningsrecht

Er is sprake van een gedeeld verschoningsrecht indien de desbetreffende verschoningsgerechtigden zelfstandig kunnen beslissen over de hantering van het verschoningsrecht. Dit is anders in geval er sprake is van een afgeleid verschoningsrecht. In dat geval beslist immers niet de afgeleid verschoningsgerechtigde maar de zelfstandig verschoningsgerechtigde, zoals besproken onder 4.4.1.¹²⁰ Uit de *KNMG Handreiking Verantwoordelijkheidsverdeling bij samenwerking in de zorg* volgt dat, indien meerdere artsen bij de behandeling van een patiënt betrokken zijn, er afspraken dienen te worden gemaakt om ervoor te zorgen dat de patiënt (onder meer) zijn recht op geheimhouding kan uitoefenen.¹²¹ Het komt mij voor dat de patiënt zijn recht op geheimhouding effectief kan uitoefenen indien alle artsen zich als principaal stellen. Zij hebben immers allen een zelfstandig verschoningsrecht.

117 Duijst 2007, p. 60; zie ook: Bannier e.a. 2008, p. 7.

118 Zie bijv. Hof Amsterdam 25 november 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AN9012, V-N 2004/2.4.

119 HR 30 november 1927, NJ 1928/265.

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

121 KNMG-handreiking 2010, p. 13.

4.5 VERSCHONINGSRECHT NA OVERLIJDEN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.6 VERSCHONINGSRECHT: EEN PLICHT? NAAST OF ONDERDEEL VAN DE ZORGPLICHT?

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

¹²⁷ Zie ook Fernhout 2004, p. 172.

¹²⁸ Zie bijv. HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, NJ 2008/630, m.nt. J. Legemaate. Zie ook par. 5.6.

¹²⁹ Art. 218 Sv; art. 165 lid 2 Sv: ‘Van deze verplichting kunnen zich verschonen (...).’

¹³⁰ Zie bijv. MT Groningen 28 november 1956, NJ 1957/366; CMT 28 september 1972, NJ 1973/270; CTG 30 augustus 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2310, GJ 2013/3; CTG 16 november 2000, MC 2001, p. 429-430; RTG ’s-Gravenhage 14 november 2006, MC 2007, p. 160-162; zie ook Leenen e.a. 2017, p. 157; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 40.

anderen. Hiervan was evenwel geen sprake, zodat de aangeklaagde arts zich had moeten verschonen. De arts kreeg een waarschuwing.

Steun voor de gedachte dat het in beginsel om een plicht gaat zich te verschonen en niet om een recht is te vinden in de rechtsliteratuur. Bannier benadrukt terecht dat, gezien het feit dat het om een algemeen rechtsbeginsel gaat waarop het verschoningsrecht is gebaseerd, het verschoningsrecht dus niet een privilege is van de arts, maar een voorwaarde voor het goed kunnen functioneren van de rechtsstaat.¹³¹ Voor zover artsen jegens een 'ander' zouden zwijgen, dienen zij immers ook voor de rechter te zwijgen. Dat is de bedoeling van het verschoningsrecht. De arts heeft het verschoningsrecht immers ter handhaving van zijn plicht om het geheim van de patiënt te beschermen. Het verschoningsrecht is in dit licht dus als een plicht te beschouwen.

Het is verdedigbaar dat het verschoningsrecht van de behandelend arts, evenals zijn zwijgplicht, is te beschouwen als onderdeel van de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW). Verschoningsrecht en zwijgplicht zijn immers onlosmakelijk met elkaar verbonden; zij liggen in elkaars verlengde. Op grond van art. 7:453 BW dient de arts bij de nakoming van alle verplichtingen, die voortvloeien uit de Wgbo, de 'zorg van een goed hulpverlener' te betrachten. Dus ook als het gaat om de plicht ervoor zorg te dragen dat aan anderen dan de patiënt geen inlichtingen over de patiënt worden verstrekt die de arts in relatie met de patiënt heeft verkregen (art. 7:457 lid 1 BW), zelfs als de patiënt is overleden. Uit par. 3.5.5 is gebleken dat de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het goed hulpverlenerschap ook een verantwoordelijkheid inhoudt jegens de nabestaanden van de patiënt. De werking van de zwijgplicht van de arts wordt wettelijk verlengd of althans bekrachtigd, als het gaat om zwijgen tegenover rechter, OM en politie. De arts behoudt dus bij de omgang met zijn verschoningsrecht op grond van art. 7:453 BW een eigen verantwoordelijkheid. Deze vloeit voort uit de zorgplicht die op hem rust. De verantwoordelijkheid om in rechte te blijven zwijgen is onlosmakelijk verbonden met zijn zwijgplicht ex art. 7:457 lid 1 BW en de omgang daarmee, ook jegens nabestaanden. In het licht van de zorgplicht zoals hiervoor geduïd, zal de arts bijvoorbeeld ook de eventueel gegeven toestemming van de patiënt op grond van art. 7:457 lid 1 BW moeten meewegen, zonder dat deze toestemming voor het doorbreken van het verschoningsrecht, zoals hiervoor betoogd, doorslaggevend is. De arts kan er immers altijd voor kiezen zich te verschonen op grond van het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim. Sterker nog: in geval het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim dit vereist, móet hij zich verschonen. Het rekening houden met het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim maakt immers ook deel uit van de professionele standaard.

131 Bannier e.a. 2008, p. 7; zie ook Legemaate, *NJB* 2009, p. 2625.

4.7 CONCLUSIE

Het verschoningsrecht van de behandelend arts en zijn zwijgplicht vormen samen het medisch beroepsgeheim. Zij komen op bepaalde punten overeen, maar er zijn ook verschillen.

Zwijgplicht en verschoningsrecht komen overeen wat betreft de inbedding in diverse wetten zonder dat de respectieve rechtsgebieden waarin de regelingen zijn neergelegd onderscheidende maatstaven aanbrengen ten aanzien van de begrenzing van de inhoud van het verschoningsrecht of de zwijgplicht. De inhoudelijke grens van zowel het verschoningsrecht als de zwijgplicht verschilt niet. Deze wordt immers bepaald door dat wat de arts tijdens zijn beroepsuitoefening in de relatie met zijn patiënt heeft vernomen.

Ook al wordt gesproken van het recht zich te verschonen, in dit hoofdstuk is betoogd dat het gaat om een plicht. De bevoegdheid van de arts op grond van art. 165 lid 2 sub b Rv, art. 218 Sv en art. 68 lid 5 Wet Big ziet op de afweging van de arts terzake van het al dan niet gebruik maken van het verschoningsrecht. Deze bevoegdheid is dus in de kern niet een andere dan de bevoegdheid die de arts toekomt ter zake van het doorbreken van zijn zwijgplicht (art. 7:457 lid 1 BW). In dit licht zou ook kunnen worden gesproken van een verschoningsplicht resp. een zwijgrecht. Noch het verschoningsrecht, noch de zwijgplicht is absoluut.

Zwijgplicht en verschoningsrecht gelden onverkort na overlijden van de patiënt. Daarin verschillen beide zijden van het medisch beroepsgeheim niet.

Het verschoningsrecht van de behandelend arts ligt in het verlengde van zijn zwijgplicht en kan daarom – in het licht van de bevindingen van par. 3.6 – worden beschouwd als deel uitmakend van de zorgplicht zoals deze voortvloeit uit het vereiste van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW).

Behalve bovengenoemde overeenkomsten, zijn de volgende verschillen komen bovendien tussen het verschoningsrecht van de behandelend arts en zijn zwijgplicht.

Het verschoningsrecht garandeert geheimhouding nadrukkelijk jegens rechter, OM en politie. Reden voor het expliciteren dat de zwijgplicht ook jegens hen geldt, is uiteraard gelegen in het feit dat het hier een uitzondering betreft op de getuigplicht die voor een ieder geldt. De groep personen jegens wie de arts zich verschoont, is dus beperkter dan die jegens wie de arts moet zwijgen op grond van zijn zwijgplicht. Deze geldt immers *erga omnes*. De groep jegens wie de arts zich verschoont kan als een deelverzameling worden beschouwd van de grotere groep ‘anderen’ jegens wie de arts ex art. 7:457 lid 1 BW dient te zwijgen.

Een ander verschil tussen verschoningsrecht en zwijgplicht betreft de reikwijdte van het subject. Voor het bepalen wie een zelfstandig verschoningsrecht toekomt, is de zelfstandige, wettelijke of professionele zwijgplicht vereist. Gesteld is dat ter versterking van het recht van de patiënt op geheimhouding

van diens gegevens alle zelfstandig verschoningsgerechtigden die in een geheim delen zich als principaal moeten stellen.

De kring van degenen met een zwijgplicht is in algemene zin groter dan van degenen die een verschoningsrecht toekomt. Dit hangt samen met de jurisprudentiële eisen, die aan de toekenning van het verschoningsrecht worden gesteld. Voor het bestaan van een van de arts afgeleid verschoningsrecht is het bestaan van een afgeleide zwijgplicht niet vereist. Wel moet er sprake zijn van een zelfstandig verschoningsrecht van een ander, waarvan het kan worden afgeleid. De groep personen met een afgeleide zwijgplicht kan dus groter zijn dan de groep personen die een zelfstandig verschoningsrecht toekomt.

Een laatste verschil tussen verschoningsrecht en zwijgplicht betreft de weerspiegeling van de belangen van het medisch beroepsgeheim in het verschoningsrecht resp. de zwijgplicht. Het verschoningsrecht van de arts is gebaseerd op het algemeen belang van het medisch beroepsgeheim en niet in de eerste plaats op het individueel belang. Dat is de zwijgplicht wél. Dit heeft tot gevolg dat indien de arts zich wenst te verschonen en de patiënt toestemming heeft gegeven het medisch beroepsgeheim te doorbreken of andersom, kan worden betwijfeld of het verschoningsrecht het medisch beroepsgeheim als recht van de patiënt wel versterkt. Op deze gedachte kom ik terug in par. 5.6.

In dit hoofdstuk is gebleken dat het standpunt van de arts terzake van de hantering van zijn verschoningsrecht niet langer vanzelfsprekend is, althans voor zover het gaat om de *preprocessuele fase*. De wetgevingsoperaties met betrekking tot de modernisering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Wetboek van Strafvordering tonen aan dat de ogen van de rechter (niet zijnde de rechter in de hoofdzaak) en die van de r.-c. meekijken over de schouder van de verschoningsgerechtigde arts. Vertrouwen op eer en geweten van de arts terzake van zijn beslissing zich al dan niet te verschonen, is kennelijk niet langer gerechtvaardigd, zoals ook in par. 5.6 zal blijken.¹³² De beoordeling of iets onder zijn verschoningsrecht valt is niet langer uitsluitend aan de arts om te bepalen en in die zin kan van een insnoering van zijn verschoningsrecht worden gesproken. Of de grenzen van het verschoningsrecht verder worden verlegd in de *processuele fase* zal moeten blijken in par. 5.6 dat ingaat op de uitzondering van de (toenemende) 'zeer uitzonderlijke omstandigheden'. Een toename van uitzonderingen op het verschoningsrecht doet wel de vraag rijzen wat de (toegevoegde) waarde van het verschoningsrecht nog is. Op deze vraag kom ik, zoals gezegd, eveneens terug in par. 5.6.

132 Vellinga-Schootstra, *RMThemis* 2017, p. 115.