

ANNOTATIE

Zwijgen of spreken?

mr. ir. J.P.M. Simons

Annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 26-11-2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:8556 (GZR-2016-0096)

Samenvatting

Deze kwestie betreft een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van eind vorig jaar inzake het verschoningsrecht van een arts en een verpleegkundige (GZR 2016-0096). De arts en de verpleegkundige, beiden werkzaam in een psychiatrische instelling, deden een beroep op hun verschoningsrecht nadat zij door een patiënt van de instelling gevraagd waren voor de rechter te verschijnen in verband met een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor. De patiënt had eerder een zelfmoordpoging ondernomen en wilde onderzoeken of hij de instelling daarvoor aansprakelijk kon houden. De rechtbank honoreert het beroep op het verschoningsrecht van de hulpverleners en verwijst in dat verband naar eerdere arresten van de Hoge Raad (HR 22 juni 1984, *NJ* 1985/188; HR 1 maart 1985, *NJ* 1986/173; HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6324 en HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070). De rechtbank benadrukt dat de verschoningsgerechtigde zelf mag beoordelen hoe ver zijn verschoningsrecht strekt. Het verschoningsrecht dient immers het belang van de gezondheidszorg, namelijk dat iedereen zich vrijelijk tot de verschoningsgerechtigden kan wenden zonder bevreesd te zijn dat gegevens bij anderen terechtkomen. Dat de patiënt nu juist wilde dat de gegevens openbaar werden zodat zijn claim kon worden onderzocht, acht de rechtbank niet relevant.

Beroepsgeheim en verschoningsrecht

Voor beroepsbeoefenaren in de individuele gezondheidszorg geldt op grond van artikel 88 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) een geheimhoudingsplicht. Op grond hiervan zijn zij verplicht tegenover derden te zwijgen over al

hetgeen hen in de hoedanigheid van arts door een patiënt wordt toevertrouwd of over een patiënt ter ore komt (zwijgplicht). Onder het beroepsgeheim vallen niet alleen medische gegevens, maar ook alle feiten en omstandigheden waarvan de beroepsbeoefenaar in die hoedanigheid kennis heeft gekregen en waarvan openbaarmaking het vertrouwen zou beschamen dat patiënten in hem hebben gesteld (HR 23 november 1990, *TvGR* 1991, 19). Ongeoorloofde doorbreking van het beroepsgeheim kan in geval van geregistreerde beroepen zoals arts en verpleegkundige reden zijn voor een tuchtrechtelijke maatregel. Degene die opzettelijk een geheim schendt waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van (vroeger) ambt, (vroeger) beroep of wettelijk voorschrift verplicht is het te bewaren, handelt zelfs strafbaar (art. 272 Sr).

Voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst is het beroepsgeheim nader geregeld in Burgerlijk Wetboek Boek 7 afdeling 5, ook wel de Wet inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst genoemd (Wgbo). Ingevolge artikel 7:457 BW mag de arts geen inlichtingen over de patiënt aan anderen verstrekken dan met toestemming van de patiënt. Een uitzondering op dit toestemmingsvereiste geldt voor degenen die naast de arts rechtstreeks zijn betrokken bij de behandeling van de patiënt, waaronder voor zover nodig ook vervangers, alsmede voor eventuele wettelijke vertegenwoordigers van de patiënt. Toestemming is evenmin vereist indien het bij of krachtens de wet bepaalde tot verstrekking van inlichtingen over de patiënt verplicht (zie over dit onderwerp eerder al J.P.M. Simons, noot bij Kantonrechter Midden-Nederland, zittingsplaats Utrecht, 18 november 2015, *JA* 2016/4).

Degene die uit hoofde van zijn ambt, beroep of betrekking tot geheimhouding verplicht is, komt wel een wettelijk verschoningsrecht toe (art. 165 lid 2 Rv). Dit verschoningsrecht is de pendant van ieders wettelijke plicht om te getuigen (art. 165 lid 1 Rv jo. art. 192 lid 1 sub 2 Sr). Het doel van de plicht tot geheimhouding en het daaraan gekoppelde verschoningsrecht in de zorg is tweeledig. In de eerste plaats zien geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht op de bescherming van het *individuele* belang en de persoonlijke levenssfeer van de betrokken patiënt zelf. In de tweede plaats zien zij op het *algemene* belang van vrije toegang tot de gezondheidszorg. Voorkomen moet worden dat patiënten zich uit angst voor het bekend worden van hun persoonlijke gegevens bij anderen niet (langer) voor bijstand of advies tot een arts of ziekenhuis wenden (HR 22 juni 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4835). Ter bescherming van deze beide belangen mag de beroepsbeoefenaar zich ten overstaan van de rechter daarom beroepen op zijn verschoningsrecht.

In de hier besproken uitspraak refereert de Rechtbank Amsterdam, ter motivering van haar oordeel dat het beroep op het verschoningsrecht in dit geval slaagt, aan dit tweede uitgangspunt. Volgens de rechtbank moet de grondslag voor het verschoningsrecht worden

gezocht in een in Nederland algemeen geldend rechtsbeginsel. Dat beginsel houdt in dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, bij beroepsbeoefenaren in de zorg moet wijken voor het maatschappelijke belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene, om bijstand en advies tot deze zorgverleners moet kunnen wenden, aldus nog steeds de rechtbank.

Volgens vaste rechtspraak is het verschoningsrecht echter niet absoluut. Er kunnen zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt zwaarder moet wegen dan het verschoningsrecht. Of er sprake is van dergelijke zeer uitzonderlijke omstandigheden dient van geval tot geval beoordeeld te worden (zie hierover bijvoorbeeld A.C. de Die, annotatie bij Rechtbank Amsterdam 17 maart 2016, GZR 2016-0200). Deze weging en beoordeling van belangen komt in beginsel slechts toe aan de verschoningsgerechtigde zelf (HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE6324). Alleen die bepaalt of er voldoende zwaarwegende omstandigheden aanwezig zijn om de zwijgplicht te doorbreken en af te zien van een beroep op het verschoningsrecht.

Hoewel er derhalve uitzonderingen mogelijk zijn, is het belang van het verschoningsrecht in de zorg evident. Weliswaar is dit recht de afgelopen jaren steeds meer onder druk komen te staan (zie bijvoorbeeld <https://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/knmg-medisch-beroepsgeheim-vraagt-om-zorgvuldige-afweging.htm>), maar doorbreking daarvan wordt nog steeds maar zelden aangenomen. Zelfs wanneer de patiënt de verschoningsgerechtigde uitdrukkelijk toestemming geeft om te spreken, kan die zich met een beroep op het hierboven al genoemde algemene belang van vrije toegang tot de gezondheidszorg nog steeds op zijn verschoningsrecht beroepen (HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066). Om die reden komt de Rechtbank Amsterdam ook in de hier besproken kwestie, waarin de patiënt zelf om een voorlopig getuigenverhoor heeft gevraagd en (daarmee) zijn arts en verpleegkundige uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven om te spreken, na marginale toetsing toch tot de conclusie dat het beroep op het verschoningsrecht in dit geval slaagt.

Bijzondere situatie: patiënt vraag zelf om informatie

Hoewel ik het beroepsgeheim en het verschoningsrecht net als velen hoog in het vaandel heb staan, heb ik wel zo mijn bedenkingen bij dit oordeel. Kern van die bedenkingen is dat het verschoningsrecht hier niet wordt ingeroepen in de (doorgaans gebruikelijke) situatie waarbij *derden* verzoeken om beantwoording van vragen over feiten en omstandigheden rondom een medische behandeling, zoals het Openbaar Ministerie in het kader van een strafrechtelijk onderzoek, maar in de situatie waarbij de *behandelde patiënt zelf* daarom verzoekt. Dat maakt de belangenafweging naar mijn oordeel wezenlijk anders.

Zorgverleners hebben ten opzichte van hun patiënt immers een verregaande verplichting tot het verstrekken van informatie omtrent de uitgevoerde behandeling. Zo verplicht de Wgbo zorgverleners niet alleen om patiënten voorafgaand uitvoerig te informeren over de voorgenomen behandeling (art. 7:448 BW), maar ook om een dossier in te richten met betrekking tot die behandeling (art. 7:454 BW). Voorts dient de hulpverlener de patiënt op diens verzoek zo spoedig mogelijk inzage in en afschrift te verstrekken van dit dossier. Verstrekking blijft alleen achterwege voor zover dat noodzakelijk is in het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een ander (art. 7:456 BW).

Zoals Wijne terecht al opmerkte (R.P. Wijne, *Nieuwsbrief Gezondheidsrecht Updates* - Nummer 5, 2016), hebben hulpverleners ten opzichte van hun patiënt bovendien een verzwaarde motiveringsplicht. Uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt dat de hulpverlener in het kader van zijn verzwaarde motiveringsplicht zo nauwkeurig mogelijk zijn lezing dient te geven van hetgeen tijdens de medische behandeling is voorgevallen (HR 7 september 2001, *NJ* 2001/615 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, *GZR* 2015-0127). Ik deel derhalve haar mening dat de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in dit licht bezien vreemd is. De verzwaarde motiveringsplicht valt in dit specifieke geval immers niet goed te rijmen met een beroep op het verschoningsrecht, nu het hier, zoals gezegd, de patiënt zelf is – en dus niet een derde – die opheldering wil over een aantal feiten en omstandigheden in verband met een medische behandeling.

Naast deze wettelijke bepalingen en de genoemde jurisprudentie bevat ook de *Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid* uit 2010 (GOMA) op dit punt concrete aanbevelingen. De daarin opgenomen aanbevelingen voor zorgaanbieders en de daar werkzame zorgverleners verplichten eveneens tot transparantie bij incidenten in de gezondheidszorg. Zo bepaalt Aanbeveling 6 GOMA dat de patiënt duidelijk over de toedracht van een incident wordt geïnformeerd zodra die toedracht bekend is. In het kader van deze communicatie dient zo veel mogelijk te worden aangesloten bij de wensen van de patiënt. Aanbeveling 7 GOMA gaat nog iets verder. In geval van een incident waardoor een patiënt schade oploopt, dient de zorgaanbieder zich in aanvulling op het ter beschikking stellen van het volledige medische dossier in te spannen voor het verzamelen van andere gegevens en verklaringen die behulpzaam kunnen zijn bij de vaststelling van de feiten. Hoewel het hier een gedragscode betreft die in eerste instantie voornamelijk tot stand is gekomen met het oog op zorg zoals die wordt verleend in ziekenhuizen en vergelijkbare zorginstellingen en dus niet zozeer specifiek (ook) met het oog op de geestelijke gezondheidszorg (GGZ) en de daar werkzame hulpverleners, zijn de daarin opgenomen bepalingen niettemin wel degelijk ook relevant voor de GGZ (zie over de reikwijdte van de GOMA: Chr. Van Dijk & J.P.M. Simons, 'GOMA: Gedragscode Openheid medische incidenten;

betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid. Van theorie naar praktijk?', *TVP* 2010, nr. 3, p. 69 e.v.). In de herziene GOMA 2.0, waaraan momenteel wordt gewerkt, zal onder meer ook de GGZ overigens nadrukkelijker worden betrokken (voor meer informatie over de GOMA 2.0 zie:

<http://www.deletselschaderaad.nl/index.cfm?page=Op+weg+naar+een+nieuwe+GOMA>).

Voorts bevat ook de nieuwe Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz), die overigens pas met ingang van 1 januari 2016 in werking is getreden en derhalve nog niet van toepassing was ten tijde van bovengenoemde kwestie, bepalingen omtrent transparantie en informatieverstrekking. Zo dient de zorgaanbieder aan een cliënt, alsmede een vertegenwoordiger van de cliënt dan wel een nabestaande van de overleden cliënt, onverwijld mededeling te doen van de aard en toedracht van incidenten bij de zorgverlening aan de cliënt die voor de cliënt merkbare gevolgen hebben of kunnen hebben en dient de zorgaanbieder in het dossier van de cliënt aantekening te maken van de aard en toedracht van incidenten. Tevens dient aantekening te worden gemaakt van het tijdstip waarop het incident heeft plaatsgevonden en van de namen van de betrokkenen bij het incident (art. 10 lid 3 Wkkgz). Dient de patiënt een klacht in, dan dient die klacht zorgvuldig te worden onderzocht. De behandeling van de klacht dient erop gericht te zijn een voor de klager en de zorgaanbieder bevredigende oplossing te bereiken, waarbij de klager op de hoogte wordt gehouden van de voortgang van de behandeling van de klacht (art. 16 Wkkgz). Ook ontvangt de klager zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen zes weken na indiening van de klacht, een schriftelijke mededeling van de zorgaanbieder waarin met redenen omkleed is aangegeven tot welk oordeel het onderzoek van de klacht heeft geleid, welke beslissingen de zorgaanbieder over en naar aanleiding van de klacht heeft genomen en binnen welke termijn maatregelen waartoe is besloten (art 17 lid 1 Wkkgz). Kortom: ook de Wkkgz noopt zorgverleners jegens hun patiënten openheid te betrachten omtrent de verleende behandeling alsmede de feiten en omstandigheden die een rol hebben gespeeld bij het ontstaan van een eventueel incident.

Ten slotte kunnen patiënten en andere belanghebbenden over de handelwijze van BIG-geregistreerde zorgverleners een klacht indienen bij een van de regionale tuchtcolleges voor de gezondheidszorg. Tijdens de doorgaans openbare terechtzittingen van de tuchtcolleges wordt van zorgverleners in principe verwacht dat zij zich toetsbaar opstellen en daartoe zonder terughoudendheid alle vragen beantwoorden die hen door het college of (de belangenbehartiger van) de klager ter zitting worden voorgelegd. Hoewel er sinds de inwerkingtreding van de Wet BIG geen wettelijke plicht meer bestaat ter terechtzitting te verschijnen, wordt het niet voeren van verweer en/of het niet verschijnen ter zitting doorgaans in het nadeel van de beklagde zorgverlener uitgelegd (zie bijvoorbeeld RTG Den Haag 2 december 2014, ECLI:NL:TGZRSGR:2014:119, r.o. 5.6). In het Wetsvoorstel

modernisering tuchtrecht Wet BIG is de verschijningsplicht in artikel 67b bovendien weer opnieuw opgenomen. In de Memorie van Toelichting staat daarover (https://www.internetconsultatie.nl/modernisering_tuchtrecht_wet_big):

'[...] In de eerste evaluatie van de Wet BIG is geadviseerd om de verschijningsplicht opnieuw in te voeren. Hieraan wordt invulling gegeven door de introductie van artikel 67b. Hoewel de beklaagde en de klager de bevoegdheid hebben zich te laten bijstaan door een raadsman of zich door een gemachtigde te laten vertegenwoordigen (zie het voorgestelde artikel 65e), kan de voorzitter van het tuchtcollege straks op grond van artikel 67b beklaagde en de klager oproepen om in persoon te verschijnen. Hiertoe kan bijvoorbeeld aanleiding bestaan indien het college het wenselijk acht betrokkenen ter zitting in persoon vragen te stellen, of aan betrokkene verklaringen van getuigen, deskundigen of van een andere partij voor te leggen. Wanneer de klager of de beklaagde ondanks daartoe te zijn opgeroepen, niet verschijnt, kan de tuchtrechter op grond van het derde lid daaruit de gevolgtrekkingen maken die haar geraden voorkomen (vgl. artikel 8:31 Awb).'

Het zou dan ook een bom onder het gehele medische tuchtrecht leggen indien zorgverleners zich in medische tuchtprocedures massaal zouden gaan beroepen op hun verschoningsrecht.

Conclusie

Wat er in de hier besproken kwestie na het optreden van het incident precies is misgegaan in de communicatie tussen arts en verpleegkundige enerzijds en de patiënt anderzijds, wordt uit de uitspraak niet duidelijk. Vaststaat wel dat de patiënt het in casu ter bepaling van zijn positie noodzakelijk achtte nadere informatie van zijn zorgverleners te verkrijgen, maar dat die zorgverleners kennelijk niet bereid (of in staat) waren die aanvullende informatie te verschaffen. Indien het echter eenmaal zover komt dat een patiënt zelf zijn eigen zorgverleners door middel van een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor oproept alsnog (nadere) informatie over de feiten en omstandigheden omtrent een incident te verstrekken, lijkt het op basis van het voorgaande niet juist dat de zorgverleners zich vervolgens beroepen op hun verschoningsrecht. Niet valt immers in te zien hoe in dat geval het maatschappelijke belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot zijn zorgverleners moet kunnen wenden, wordt geschaad. Dit kan anders zijn indien er vragen worden gesteld bij de beantwoording waarvan (tevens) informatie over derden moet worden vrijgegeven, die niet direct dan wel indirect als zorgprofessional bij de behandeling betrokken waren. In dat geval zouden de zorgverleners zich ten aanzien van die specifieke vragen en omstandigheden naar mijn oordeel in principe wel op hun verschoningsrecht moeten beroepen. Dat daarvan in casu sprake was, is echter niet gebleken, nu de betrokken zorgverleners zich ten aanzien van *alle* door de patiënt gestelde vragen zonder uitzondering op hun verschoningsrecht hebben beroepen.