

ANNOTATIE

# Heimelijk gemaakte opnames als bewijs in een tuchtrechtelijke procedure; de ontwikkeling in de afgelopen tien jaar.

***C. van der Kolk-Heinsbroek***

*Annotatie bij Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Eindhoven, 23-10-2019, ECLI:NL:TGZREIN:2019:51*

## **1. Inleiding**

Zo heel af en toe zien we in de tuchtrechtelijke jurisprudentie een beslissing waarin de klagende partij heimelijk opgenomen geluidsopnames en transcripties van gesprekken met de aangeklaagde in de procedure inbrengt. Eind vorig jaar viel mijn oog in dat kader op een beslissing van het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Eindhoven (hierna te noemen: RTG Eindhoven).[1]

Interessant om nader te bekijken is óf en in welke situaties dergelijk bewijsmateriaal al dan niet is toegestaan in een tuchtrechtelijke procedure en om de ontwikkeling daaromtrent in de afgelopen tien jaar te beschouwen. Daarvoor zal ik allereerst de hiervoor genoemde beslissing van het RTG Eindhoven nader bekijken en vervolgens de jurisprudentie op dit punt van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (hierna te noemen: CTG) onder de loep nemen. Daarna zal ik de bevindingen bespreken en tot slot daaruit een conclusie trachten te trekken.

## **2. De feiten op een rij**

In voornoemde beslissing van het RTG Eindhoven had klager, werkzaam als chauffeur, een

bedrijfsarts tuchtrechtelijk aangeklaagd. De bedrijfsarts had klager in een half jaar tijd zes keer op consult gezien. Tweemaal in verband met door klager ervaren klachten en viermaal in het kader van de ziekmelding door klager. Meerdere van de tussen klager en de bedrijfsarts gevoerde gesprekken waren door klager heimelijk opgenomen. Van een van die gesprekken had klager transcripties gemaakt. Zowel de transcripties als de verschillende geluidsopnames zijn door klager als producties aan het RTG Eindhoven overgelegd.

In deze zaak oordeelde het RTG Eindhoven dat het als bewijs inbrengen in het geding van heimelijk opgenomen geluidsopnames en transcripties van gesprekken waar klager bij was en het gebruik daarvan door het RTG Eindhoven als bewijsmiddel, niet zonder meer onrechtmatig is. Uitsluiting van het bewijs is slechts gerechtvaardigd, indien sprake is van bijkomende omstandigheden. Naar het oordeel van het RTG Eindhoven is van dergelijke bijkomende omstandigheden in casu geen sprake.[2] Wel merkt het RTG Eindhoven het volgende op:

*‘Vanzelfsprekend getuigt het van fatsoen, om de betrokken gesprekspartner(s) vooraf te informeren over een voorgenomen opname, maar als dat achterwege blijft staat dat, bij afwezigheid van dergelijke bijkomende omstandigheden, aan het gebruik van die opname als bewijsmiddel in een tuchtprocedure niet in de weg. Het college zal de ingediende producties dan ook niet van het bewijs uitsluiten en, waar nodig, bij haar oordeelsvorming betrekken.’[3]*

Helaas geeft het RTG Eindhoven geen voorbeelden voor wat betreft mogelijke bijkomende omstandigheden. Overigens oordeelt het RTG Eindhoven uiteindelijk dat de geluidsopnames en transcripties niet als onderbouwing voor klagers stellingen kunnen dienen, aangezien het allemaal – veelal korte – losse fragmenten betreffen waaruit het RTG Eindhoven niet kan afleiden hoe die zich tot elkaar verhouden en op welk gesprek ze betrekking hebben.

### **3. Jurisprudentie**

#### **3.1 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 25 januari 2011**

De voornoemde besproken tuchtrechtelijke uitspraak staat niet op zichzelf. Uit de tuchtrechtelijke jurisprudentie van het CTG van de afgelopen tien jaar volgt dat er in elk geval drie zaken zijn behandeld, waarin heimelijk opgenomen geluidsopnames aan bod kwamen.

Opmerkelijk is dat het CTG in 2011 – bijna tien jaar geleden – een geheel ander oordeel gaf met betrekking tot een in het geding gebracht transcript van een gesprek tussen appellant en verweerder, dan het RTG Eindhoven in voornoemde beslissing. Het CTG oordeelde destijds

als volgt:

*‘Het Centraal Tuchtcollege is van oordeel dat het gespreksverslag niet als bewijsmiddel voor stellingen van klager kan worden toegelaten, nu het gesprek tussen arts en patiënt (in dit geval: verzekeringsarts en verzekerde) is opgenomen zonder medeweten van de arts, het gespreksverslag geen integrale weergave van het gesprek bevat maar een door klager gemaakte selectie en klager ook overigens in strijd met een goede procesorde heeft gehandeld door dit verslag pas in het allerlaatste stadium van de procedure in het geding te brengen. Alleen onder zeer bijzondere omstandigheden kan een dergelijke geluidsopname (of het uitgetypt verslag ervan) een rol spelen in een tuchtrechtelijke procedure; van die omstandigheden is hier echter niet gebleken.’[4]*

Opmerkelijk is ook dat het CTG destijds juist heeft geoordeeld dat ‘alleen onder zeer bijzondere omstandigheden een dergelijke geluidsopname een rol kan spelen in een tuchtrechtelijke procedure’. In de recent genoemde uitspraak van het RTG Eindhoven is de redenering dat ‘afwezigheid van dergelijke bijkomende omstandigheden, aan het gebruik van die opname als bewijsmiddel in een tuchtprocedure niet in de weg staat’. Op dat vlak lijkt zich dus een radicale wijziging van inzicht te hebben voorgedaan.

### **3.2 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 12 augustus 2014**

Ruim drie jaar later doet het CTG uitspraak waarin hij een ander toetsingskader hanteert dan in de beslissing uit 2011. Het CTG overweegt met betrekking tot heimelijk gemaakte bandopnames in die beslissing als volgt:

*‘Met betrekking tot de door klagers zonder medeweten en toestemming van de chirurg gemaakte bandopnamen, waarvan transcripties door klagers zijn overgelegd, wordt het volgende opgemerkt. De chirurg heeft aangevoerd dat die opnamen onrechtmatig verkregen bewijsmiddelen zijn en dat zij daarom geen bewijs kunnen opleveren in deze tuchtprocedure. In het midden kan blijven of, gelet op het doel van de onderhavige gesprekken en de inhoud daarvan zoals deze is weergegeven in de door klagers overgelegde transcripten, het maken van die opnamen onder de gegeven omstandigheden jegens de bij die gesprekken betrokken chirurgen onrechtmatig was. Ook als dat het geval zou zijn, leidt dat namelijk niet zonder meer tot uitsluiting van dergelijke opnamen als bewijsmiddel in een tuchtzaak op grond van de Wet BIG. Daartoe zijn bijkomende omstandigheden nodig. In het onderhavige geval gaat het om gesprekken met nabestaanden van de patiënt over de gang van zaken voor en tijdens de operatie. In een tuchtprocedure tussen enerzijds die nabestaanden en anderzijds een of meer van de bij de gesprekken betrokken artsen kan de inhoud van zulke heimelijk gemaakte opnamen in beginsel worden gebruikt als bewijs van hetgeen tijdens die gesprekken is gezegd. Wel kan er aanleiding bestaan om daarvan uit te zonderen vertrouwelijke gegevens omtrent de patiënt die weliswaar tijdens die gesprekken door een of meer*

*van de artsen aan de nabestaanden zijn meegedeeld maar waarvan moet worden aangenomen dat openbaarmaking daarvan in die tuchtprocedure strijdig zou zijn met het belang van de overleden patiënt bij geheimhoudingsplicht van de betrokken arts of artsen ten aanzien van die gegevens. Dat van zulke gegevens in dit geval sprake was, is niet gebleken.’[5]*

Kennelijk is er in de drieënhalve jaar na de eerdere beslissing van het CTG (uit 2011) een ander inzicht gekomen omtrent het al dan niet toelaten van heimelijk opgenomen gesprekken als bewijsmiddel. In 2014 oordeelt het CTG namelijk dat het maken van onrechtmatig opgenomen gesprekken niet zonder meer leidt tot uitsluiting van dergelijke opnamen als bewijsmiddel in een tuchtzaak op grond van de Wet BIG. Daartoe zijn bijkomende omstandigheden nodig, aldus het CTG. Wat die bijkomende omstandigheden in het algemeen kunnen zijn, licht het CTG niet toe. Wel wordt opgemerkt dat vertrouwelijke gegevens die zien op de overleden patiënt – die weliswaar tijdens die gesprekken door één of meer van de artsen aan de nabestaanden zijn meegedeeld maar waarvan moet worden aangenomen dat openbaarmaking daarvan in die tuchtprocedure strijdig zou zijn met het belang van de overleden patiënt – kunnen worden uitgezonderd van openbaarmaking.

### **3.3 Hoge Raad 18 april 2014**

Het CTG heeft in de beslissing van 2014 afstand gedaan van de uitspraak uit 2011 en lijkt aansluiting te hebben gezocht bij het civiele recht.[6] In dat kader is wellicht van belang geweest een arrest van de Hoge Raad van 18 april 2014. In dit arrest overweegt de Hoge Raad als volgt:

*‘Art. 152 Rv bepaalt dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd en dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. In een civiele procedure geldt niet als algemene regel dat de rechter op onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag slaan. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, welke belangen mede aan art. 152 Rv ten grondslag liggen, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is terzijdelegging van dat bewijs gerechtvaardigd (HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500, NJ 1993/78, en HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0860, NJ 1993/599).’[7]*

In dit arrest van de Hoge Raad – evenals in het arrest van de Hoge Raad van 11 juli 2014[8] – wordt gesproken van ‘bijkomende omstandigheden’, hetgeen het CTG overneemt in de beslissing van 12 augustus 2014. In het civiele recht is dit echter een al jaren gehanteerd toetsingskader, gelet op de eerdere jurisprudentie.[9] De vraag is dan ook waarom het CTG deze ‘ommezwaai’ heeft gemaakt in 2014. Hij heeft het in elk geval niet gemotiveerd.

### **3.4 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 19 januari 2016**

Het CTG lijkt in een beslissing uit 2016 eveneens aansluiting te blijven zoeken bij het civiele recht. Het CTG overweegt in die zaak als volgt:

*‘Het Centraal Tuchtcollege voegt daar nog aan toe dat een patiënt goede redenen kan hebben een gesprek dat hij voert met zijn zorgverlener op te nemen, omdat dat hem in de gelegenheid stelt de inhoud van het gesprek op een later moment nog eens rustig te overdenken. Vanzelfsprekend getuigt het van fatsoen om de betrokken zorgverlener vooraf te informeren over de voorgenomen opname, maar als dat achterwege wordt gelaten, staat dat aan het gebruik van die opname als bewijsmiddel in een tuchtprocedure in beginsel niet in de weg. Overigens valt niet in te zien waarom een gesprek, waarvan men weet dat het door de gesprekspartner wordt opgenomen, inhoudelijk anders zou worden gevoerd dan een gesprek waarbij dat niet het geval is. Nu van bijzondere omstandigheden als hiervoor bedoeld niet is gebleken is het Centraal Tuchtcollege met het Regionaal Tuchtcollege van oordeel dat de inhoud van dat gesprek als bewijsmiddel voor de stellingen van klager kan worden toegelaten.’[10]*

Uit de beslissing van de procedure in eerste aanleg, genoemd in deze beslissing van het CTG, blijkt dat het arrest van de Hoge Raad van 11 juli 2014 van invloed is geweest, getuige hetgeen is vermeld in de overwegingen van het RTG Eindhoven:

*‘Ten aanzien van de transcriptie van het door klager opgenomen gesprek is het college van mening, dat indien het bewijsmateriaal door de partij die zich erop beroept onrechtmatig is verkregen, niet als algemene regel geldt dat de rechter daarop geen acht zou mogen slaan. Immers, in beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, zwaarder dan het belang van uitsluiting van dat (onrechtmatig verkregen) bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is uitsluiting van dat bewijs gerechtvaardigd, aldus de Hoge Raad 11 juli 2014, nr. 13/04001, ECLI:NL:HR:2014:1632. Van deze bijkomende omstandigheden is niet gebleken, zodat het college de overgelegde transcriptie als processtuk zal aanmerken.’[11]*

### **4. Bijkomende omstandigheden**

Zoals hiervoor reeds eerder opgemerkt, blijkt uit de jurisprudentie van het CTG niet duidelijk wat er onder ‘bijkomende omstandigheden’ dient te worden verstaan op grond waarvan heimelijk opgenomen geluidsopnamen als bewijs kunnen worden uitgesloten.

Alleen in de beslissing van het CTG uit 2014 is aangegeven dat informatie over een overleden patiënt, die is meegedeeld aan de nabestaanden in een gesprek dat is opgenomen door hen, vanwege het vertrouwelijke karakter daarvan uitgesloten kan worden als bewijs.

Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Eindhoven heeft in 2015 een beslissing gewezen die eveneens interessant is in het kader van 'bijkomende omstandigheden'.<sup>[12]</sup> Alhoewel niet expliciet wordt beschreven in de overweging dat er sprake is van bijkomende omstandigheden, wordt de geluidsopname als bewijs uitgesloten. De overweging is als volgt:

*'Vooropgesteld zij dat ook bewijsmateriaal dat onrechtmatig is verkregen – in casu bij gebreke van toestemming van verweerder – niet zonder meer ertoe leidt dat daarop geen acht mag worden geslagen. Het algemeen maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, kunnen zwaarder wegen dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, kan uitsluiting gerechtvaardigd zijn. Naar het oordeel van het college is in casu echter geen sprake van een maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht dient te komen nu de inhoud van de geluidsopname niet bijdraagt aan de waarheidsvinding. Het college is daarom van oordeel dat de geluidsopname geen deel zal uitmaken van het dossier.'*<sup>[13]</sup>

Ook uit een beslissing van het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Amsterdam (hierna te noemen: RTG Amsterdam) uit 2018 volgt wat die bijkomende omstandigheden zouden kunnen zijn. In deze zaak hadden klagers onder andere een gesprek tussen artsen onderling heimelijk opgenomen, terwijl klagers niet bij het gesprek aanwezig waren. Het RTG overwoog dat in dat geval sprake is van een 'flagrante schending van de privacy van de betrokken artsen'. Verder overwoog het RTG Amsterdam in die zaak als volgt:

*'Het (later) niet alsnog vernietigen van de gemaakte opname, zoals na ontdekking wel was afgesproken met verweester, en het vervolgens delen van de transcriptie hiervan met derden, waaronder de media, als ook het openbaar maken van fragmenten van de geluidsopname in onder andere tv-programma's is niet alleen onbetamelijk ten opzichte van de betrokkenen maar is mogelijk zelfs strafbaar op grond van artikel 139a van het Wetboek van Strafrecht. Het college vindt het bovendien extra kwalijk dat bij de uitwerking en overlegging van de transcriptie de naam van verweester consequent is verwisseld met de naam van een andere gespreksdeelnemer, waardoor bij het college een onjuist beeld zou kunnen worden geschetst van de inhoud van dat gesprek en de bijdrage van verweester daaraan. Gelet op al die omstandigheden is het college van oordeel dat ten aanzien van de geluidsopname en de bijbehorende transcriptie van dit gesprek, sprake is van bijkomende omstandigheden die ertoe dienen te leiden dat het geen kennis neemt van dat gesprek.'*<sup>[14]</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat in de tuchtrechtelijke jurisprudentie slechts een aantal concrete voorbeelden voorhanden zijn die duidelijk maken wat onder die 'bijkomende

omstandigheden' kan worden verstaan. Indien de tuchtcolleges aansluiting blijven zoeken – voor toelating van onrechtmatig verkregen bewijs in de procedure – bij het civiele recht, dan zal mijns inziens bij elk onrechtmatig verkregen bewijs dat is ingebracht in de procedure een afweging gemaakt dienen te worden tussen het belang der waarheidsvinding tegenover het belang van een rechtens verantwoorde bewijsgaring.[15] Bij dat laatste aspect dient mijns inziens met name te worden beoordeeld of toelating van het bewijs in strijd is met de goede procesorde of met het beginsel van een eerlijk proces.

## 5. Conclusie

Het inbrengen van onrechtmatig opgenomen gesprekken in een tuchtzaak leidt niet zonder meer tot uitsluiting van dergelijke opnamen als bewijsmiddel. Daartoe zijn bijkomende omstandigheden nodig, die ook als zodanig moeten worden aangemerkt door het desbetreffende tuchtcollege. Sinds 2014 lijken de tuchtcolleges aansluiting te zoeken bij de norm die in het civiele recht al jarenlang wordt gehanteerd. Wat exact onder die bijkomende omstandigheden kan worden verstaan is bij gebrek aan voldoende jurisprudentie op dit punt nog relatief onduidelijk. In elk geval kan worden gesproken van bijkomende omstandigheden als tijdens het gesprek informatie wordt uitgewisseld over een overleden patiënt, waarvan het karakter vertrouwelijk is en openbaarmaking daarvan in strijd is met het belang van de overleden patiënt. Ook de omstandigheden waarin in strijd met gemaakte afspraken opnamen niet zijn vernietigd, maar juist zijn verspreid in de media en waarin bewust is gemanipuleerd met de inhoud van de gesprekken door in het transcript namen foutief te wijzigen kunnen leiden tot de conclusie dat er sprake is van bijkomende omstandigheden. Tot slot is uit jurisprudentie gebleken dat de inhoud van de geluidsopname dient bij te dragen aan de waarheidsvinding, voordat hij kan worden toegelaten als bewijsmiddel. Al met al kan de conclusie worden getrokken dat de 'bijkomende omstandigheden' niet vastomlijnd zijn, maar afhankelijk zijn van de specifieke omstandigheden van het geval. Het kan als aangeklaagde hulpverlener dus zinvol zijn uitgebreid verweer te voeren op dit punt. Hopelijk volgt de jurisprudentie dan!

*mr. drs. C. van der Kolk-Heinsbroek*

[1] RTG Eindhoven 23 oktober 2019, ECLI:NL:TGZREIN:2019:51, *GZR* 2019-0275.

[2] RTG Eindhoven 23 oktober 2019, ECLI:NL:TGZREIN:2019:51, r.o. 5.4, *GZR* 2019-0275.

[3] RTG Eindhoven 23 oktober 2019, ECLI:NL:TGZREIN:2019:51, r.o. 5.4, *GZR* 2019-0275.

[4] CTG 25 januari 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YGo884.

[5] CTG 12 augustus 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:305, r.o. 5.3; zie ook CTG 12 augustus 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:304, r.o. 5.3; CTG 12 augustus 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:306, r.o. 3; CTG 12 augustus 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:307, r.o. 5.3

[6] CTG 19 januari 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:39, r.o. 4.3.

[7] HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, r.o. 5.2.3.

[8] HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1632, r.o. 3.5; zie ook HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988/850.

[9] HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo500, *NJ* 1993/78; HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCo860, *NJ* 1993/599.

[10] CTG 19 januari 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:39; CTG 19 januari 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:40, r.o. 4.2.

[11] RTG Eindhoven 26 februari 2015, ECLI:NL:TGZREIN:2015:16, r.o. 5; zie ook RTG Eindhoven 26 februari 2015, ECLI:NL:TGZREIN:2015:17, r.o. 5.

[12] RTG Eindhoven 26 februari 2015, ECLI:NL:TGZREIN:2015:16, r.o. 5.

[13] RTG Eindhoven 2 november 2015, ECLI:NL:TGZREIN:2015:89.

[14] RTG Amsterdam 27 februari 2018, ECLI:NL:TGZRAMS:2018:23, r.o. 5.4; RTG Amsterdam 27 februari 2018, ECLI:NL:TGZRAMS:2018:22, r.o. 5.4

[15] HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCo860, *NJ* 1993/599.