

Aan de minister van Veiligheid en Justitie
Dhr. S.A. Blok
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Sector Straf- en sanctierecht
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Utrecht, 28 juni 2017

KNMG
Mercatorlaan 1200
Postbus 20051 3502 LB Utrecht

Referentie

Uw referentie

Onderwerp

reactie KNMG op Westvoorstel wijziging Wetboek van Strafvordering

Bijlagen 1

Geachte heer Blok,

Op 7 februari 2017 ontvingen wij uw verzoek om te adviseren over het concept-wetsvoorstel Vaststellingswet Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Strafvordering in het algemeen) en het concept-wetsvoorstel Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Het opsporingsonderzoek).

Artsenfederatie KNMG maakt graag gebruik van de mogelijkheid om op de beide conceptvoorstellen te reageren via deze brief met bijlage. In de bijlage treft u de reactie van de KNMG aan, waarbij wij met name hebben gekeken naar de wijzigingsvoorstellen die betrekking hebben op het verschoningsrecht (van artsen) in strafrechtelijke procedures in Boek 1 en Boek 2.

Met vriendelijke groet

BIJLAGE: Reactie KNMG op Wetsvoorstel wijziging Wetboek van Strafvordering

1. Inleiding

Per brief van 7 februari 2017 ontving de KNMG een uitnodiging van minister Blok van Veiligheid en Justitie om te adviseren over het concept-wetsvoorstel Vaststellingswet Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Strafvordering in het algemeen) en het concept-wetsvoorstel Vaststellingswet Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering (Het opsporingsonderzoek).

Deze concept-wetsvoorstellen bevatten de eerste twee boeken van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. Deze wetsvoorstellen zijn ontwikkeld binnen het wetgevingsprogramma Modernisering van het Wetboek van Strafvordering. Binnen dat programma is vanuit de rechtspraak, het openbaar ministerie, de politie en de andere opsporingsdiensten, de advocatuur en de wetenschap door een groot aantal professionals inbreng geleverd in werkgroepen, overleggen, congressen, expertmeetings, werkbezoeken en wetenschappelijke onderzoeken, die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van de bijgevoegde concepten. Daarnaast is in het programma Wetboek van Strafvordering Consequenties voor de Ketten gekeken naar de effecten van de voorstellen voor het dagelijks werk van de professionals in de strafrechtsketen.

De KNMG heeft met name gekeken naar eventuele wijzigingsvoorstellen die betrekking hebben op het verschoningsrecht in strafrechtelijke procedures. Hieronder gaan wij achtereenvolgens in op het voorstel tot vaststelling van Boek 1 en Boek 2.

2. Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering

Hoofdstuk 6 regelt de positie van de getuige voor wat betreft de algemene aspecten die gelden voor de gehele procedure. In dit hoofdstuk is in het bijzonder een nieuwe regeling opgenomen voor wat betreft de omvang en de reikwijdte van het verschoningsrecht, vooral waar het gaat om de afbakening van de rechten die volgens geldend recht toekomen aan de zogenaamde 'klassieke geheimhouders'. Deze worden nu aangeduid als professioneel verschoningsgerechtigden: de advocaten, notarissen, artsen en geestelijken. In de wettelijke regeling wordt voorgesteld de reikwijdte in overeenstemming te brengen met recente ontwikkelingen in de jurisprudentie en de rechtspraak.

Vooraf ten aanzien van het professioneel verschoningsrecht is gebleken van een aantal ontwikkelingen die aanleiding geven tot wijziging van de regeling. In dit wetsvoorstel wordt de huidige bepaling over het professioneel verschoningsrecht redactioneel herzien, waarmee de reikwijdte van het verschoningsrecht wordt verhelderd. In de artikelsgewijze toelichting wordt nader ingegaan op de ontwikkelingen in de praktijk, de jurisprudentie en de voorgestelde wijzigingen.

In artikel 1.6.2.2.2 wordt een nieuwe tekst voorgesteld die het huidige artikel 218 WvSv moet vervangen. Artikel 218 WvSv luidt als volgt:

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 als zoodanig is toevertrouwd.

De voorgestelde tekst in artikel 1.6.2.2.2 is als volgt:

Getuigen die in de uitoefening van hun ambt, beroep of stand verplicht zijn tot een geheimhouding waarin besloten ligt dat het belang van de waarheidsvinding moet wijken voor het maatschappelijke belang dat ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden, kunnen zich van het beantwoorden van bepaalde vragen verschoonen. Zij kunnen zich slechts verschoonen omtrent de wetenschap over hetgeen rechtstreeks verband houdt met deze specifieke taakuitoefening.

In het voorgestelde artikel 1.6.2.2.2 worden de nadere voorwaarden opgenomen waaraan, volgens de rechtspraak van de Hoge Raad, een persoon of beroepsgroep moet voldoen voordat een professioneel verschoningsrecht wordt toegekend. Het zijn de volgende drie eisen:

1. Het moet gaan om een vertrouwenspersoon met wiens beroep onlosmakelijk een geheimhoudingsplicht is verbonden, terwijl dat beroep alleen goed kan worden uitgeoefend als volledige vertrouwelijkheid is geboden (ook ten opzichte van de strafrechter);
2. Met het beroep moet een in het algemeen belang noodzakelijke hulpverleningstaak worden behartigd; en
3. Het algemene belang dat iemand zich – vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking – tot deze hulpverleners kan wenden moet prevaleren boven het belang van de waarheidsvinding.

Het nieuwe artikel brengt tot uitdrukking dat niet aan iedere geheimhouder een verschoningsrecht toekomt. Het benadrukt het uitzonderingskarakter ervan. Daarom is gekozen voor de formulering 'die in de uitoefening van hun ambt, beroep of stand zijn verplicht tot een geheimhouding waarin besloten ligt dat het belang van

de waarheidsvinding moet wijken voor het maatschappelijke belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden'. In deze formulering vinden we de hierboven onder 2) en 3) genoemde eisen terug. De onder 1) genoemde eis ligt ook al besloten in het huidige artikel 218 Sv.

De tweede volzin van artikel 1.6.2.2.2 brengt tot uitdrukking dat het verschoningsrecht zich slechts uitstrekt over die werkzaamheden die een verschoningsgerechtigde (arts) in de uitoefening van die functie of hoedanigheid verricht en waarover de geheimhoudingsplicht zich uitstrekt. Hierdoor heeft een arts die (tevens) bestuurder is van een rechtspersoon geen verschoningsrecht voor de activiteiten binnen die functie.

De KNMG vraagt zich hierbij wel af in hoeverre het verschoningsrecht zich wel of niet uitstrekt over medische informatie over een patiënt waarover een arts als bestuurder beschikt?

Reeds lange tijd wordt er van uitgegaan dat communicatie tussen een verschoningsgerechtigde arts en een patiënt – voor zover deze rechtstreeks verband houdt met de verschoningsgerechtigde hulpverleningstaak – onder het bereik valt van het professioneel verschoningsrecht (HR 19-11-1985, NJ 2986/533). Om dit duidelijker tot uitdrukking te laten komen wordt voorgesteld om in de wet op te nemen dat het verschoningsrecht zich niet alleen uitstrekt over informatie die de patiënt aan de verschoningsgerechtigde arts heeft toevertrouwd, maar ook over informatie die de arts binnen de vertrouwensrelatie aan de patiënt heeft verstrekt en over eventuele waarnemingen die zich binnen de vertrouwensrelatie hebben plaatsgevonden. Daarom wordt voorgesteld om de zinsnede uit het huidige artikel 218 'waarvan de wetenschap aan hen als zodanig is toevertrouwd' in de nieuwe bepaling te vervangen door 'omtrekt de wetenschap over hetgeen rechtstreeks verband houdt met deze specifieke taakuitoefening'.

De KNMG heeft geen bezwaren tegen deze voorstellen.

3. Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering

Wat betreft de voorstellen voor een nieuw Boek 2 van het Wetboek van Strafvordering, beperken wij ons in deze reactie tot de 'bevoegdheden met betrekking tot voorwerpen en gegevens waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt' (par. 7.6). Wij beperken ons tot de inbeslagneming bij professioneel verschoningsgerechtigden (par. 7.6.2.2) en de inbeslagneming bij anderen (par. 7.6.2.3).

3.1 Inbeslagneming bij professioneel verschoningsgerechtigden

De nieuwe regeling in artikel 2.7.6.2.2.1 maakt onderscheid tussen de inbeslagneming van voorwerpen en gegevens (zoals medische dossiers) en de kennisneming daarvan. In de huidige praktijk wordt bij de inbeslagneming van medische dossiers de zogeheten 'gesloten envelop-procedure' wel eens toegepast, waarbij een medisch dossier in een verzegelde envelop wordt meegenomen naar de rechter-commissaris die vervolgens beslist of justitie kennis mag nemen van de inhoud. In de nieuwe regeling wordt voorgesteld om deze 'gesloten envelop-procedure' in de wet vast te leggen. Dit betekent dat een rechter-commissaris de bevoegdheid houdt om te beslissen over het in beslag nemen van patiëntengegevens, zoals de administratie van een ziekenhuis, waarin tussen grote hoeveelheden andere informatie ook medische gegevens kunnen worden aangetroffen. Vervolgens beslist de rechter-commissaris in hoeverre het verschoningsrecht zich over deze voorwerpen en gegevens uitstrekt. Opsporingsambtenaren en de officier van justitie mogen geen kennis nemen van informatie die (zeker of vermoedelijk) onder het verschoningsrecht valt totdat de beslissing over de kennisneming onherroepelijk is.

De KNMG heeft geen bezwaren tegen het codificeren van de 'gesloten envelop-procedure' in de wet.

Wel vragen wij ons af in hoeverre lichaamsmateriaal dat voor medische behandeling of wetenschappelijk onderzoek ligt opgeslagen in een ziekenhuis, een eerstelijns diagnostisch centrum of een hulsartsenlaboratorium valt onder de definitie van 'voorwerpen' of 'gegevens' en vatbaar is voor inbeslagneming?

In welke gevallen kennis genomen mag worden van in beslag genomen informatie wordt geregeld in artikel 2.7.6.2.2.2. Voorgesteld wordt om zowel het uitgangspunt dat informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt geen kennis mag worden genomen, als de drie uitzonderingen daarop op te nemen in één artikel. Zo moet in één oogopslag duidelijk worden wat het foetsingskader is en in welke gevallen van informatie wel en geen kennis mag worden genomen.

De aanhef van artikel 2.7.6.2.2.2 bevat de hoofdregel dat van informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt geen kennis mag worden genomen (door opsporingsambtenaren, zoals de officier van justitie). Het gaat hier om vertrouwelijke informatie die is verstrekt of verkregen in het kader van het beroep waaraan het verschoningsrecht is verbonden. Dus niet om informatie waarover een arts beschikt in diens hoedanigheid van bestuurder van een organisatie (vgl. artikel 1.6.2.2.2 hierboven). De ratio van deze hoofdregel is dat burgers (patiënten) niet belemmerd moeten worden om zich tot een verschoningsgerechtigde (arts, advocaat, notaris, geestelijke) te wenden om bijstand en advies.

Op deze hoofdregel worden drie uitzonderingen gemaakt:

a) van de informatie die onder het verschoningsrecht valt mag wel kennis worden genomen met toestemming van de verschoningsgerechtigde (zoals een arts). De verschoningsgerechtigde arts zal met inachtneming van zijn beroepsnormen bepalen of hij zich wil beroepen op zijn verschoningsrecht. Het ligt voor de hand dat de verschoningsgerechtigde dit zal doen, vanwege diens geheimhoudingsplicht.

b) ten tweede mag wel kennis worden genomen van voorwerpen of gegevens die voorwerp uitmaken van het strafbare feit (corpus) of die tot het plegen daarvan hebben gediend (instrumentum). Dit geldt ook nu al volgens het huidige artikel 98, lid 5 ('brieven en andere geschriften'), maar geldt straks ook voor andere voorwerpen, zoals e-mailberichten waarmee een verschoningsgerechtigde is 'ingekopieerd' (een CC-bericht) met als doel deze informatie onder het verschoningsrecht te brengen (HR 26 januari 2016, ECLI:HR:2016:110; notaris). Ook vuurwapens en bolletjes cocaïne die een arts heeft verwijderd uit de maag van een bolletjesslikker vallen onder deze uitzondering.

De KNMG vraagt zich in dit verband af of deze uitzondering ook van toepassing is op het in beslag nemen van voorwerpen en gegevens, zoals (gegevens uit) medische dossiers in een geval waarin een arts wordt verdacht van het plegen van fraude in de zorg?

En hoe verhoudt dit zich tot de procedure die de KNMG, Inspectie SZW, FIOD, OM en het ministerie van VWS hebben vastgelegd in het 'Convenant inzet onafhankelijk deskundige arts bij signalen en verdenkingen van fraude in de zorg' (Staatscourant 2 november 2016, nr. 57996)?

c) ten derde mag wel kennis worden genomen van gegevens of informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt als 'zeer uitzonderlijke omstandigheden maken dat het belang van waarheidsvinding in een bepaald geval zwaarder weegt dan het maatschappelijk belang, bedoeld in artikel 1.6.2.2.2' (het belang dat ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring om bijstand en advies tot een verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden). Factoren die, volgens de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, betrokken moeten worden bij de beoordeling of sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden zijn:

- 1) de vraag of de verschoningsgerechtigde zelf verdachte is;
- 2) de aard, omvang en context van de gevraagde gegevens;
- 3) het belang van de desbetreffende strafzaak;
- 4) de vraag of belanghebbenden toestemming voor verstrekking hebben gegeven;
- 5) de vraag in hoeverre de gegevens de verschoningsgerechtigde zelf betreffen;
- 6) de vraag in hoeverre de desbetreffende gegevens op andere wijze zouden kunnen worden verkregen;
- 7) het belang van de desbetreffende gegevens.

Deze factoren moeten in onderlinge samenhang worden gezien. Geen van deze factoren heeft doorslaggevende betekenis. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat een enkele verdenking van een strafbaar feit onvoldoende grond is om het verschoningsrecht te doorbreken. Maar dat kan wel het geval zijn als er sprake is van een verdenking van een ernstig strafbaar feit, zoals het vormen van een crimineel samenwerkingsverband tussen de verschoningsgerechtigde en de hulpzoekende. Een andere situatie waarin de aanwezigheid van zeer uitzonderlijke omstandigheden is erkend, is het geval waarin de verschoningsgerechtigde een strafbaar feit tegen de hulpzoekende heeft gepleegd: een patiënt die als gevolg van vermoedelijk ernstig verwijtbaar ondeskundig handelen van een arts is overleden. Groot gewicht wordt toegekend aan de vraag of er een minder ingrijpend alternatief voorhanden is dan doorbreking van het verschoningsrecht. Hieraan moet al bij de beslissing over de doorzoeking ter inbeslagneming aandacht worden besteed. Ook mag niet een heel dossier in beslag genomen worden als kan worden volstaan met een beperkt deel daaruit of met kennisneming van geanonimiseerde informatie. In eerste instantie moeten de opsporing en het openbaar ministerie onderbouwen waarom een doorbreking in een individueel geval noodzakelijk is. Vervolgens toetst de rechter-commissaris in volle omvang of van zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake is. Indien de rechter dat aanwezig acht, moet dit oordeel uitvoerig worden gemotiveerd (zware motiveringseisen).

De KNMG heeft naar aanleiding van bovenstaande de volgende vragen:

De Hoge Raad stelt "De vraag of sprake is van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden laat zich niet in het algemeen beantwoorden, maar is afhankelijk van de omstandigheden van het geval" (HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, par. 2.5). Hoe verhoudt het codificeren van deze uitzonderlijke omstandigheden in het nieuwe Wetboek van Strafvordering zich tot deze heersende leer van de Hoge Raad? En in hoeverre is voldoende rechterlijke toetsing gewaarborgd in concrete gevallen?

De rechter-commissaris kan zich ten behoeve van zijn beslissing over de kennisneming van gegevens of aan voorwerpen te ontlenu informatie laten voorlichten door een vertegenwoordiger van de beroepsgroep of de stand waartoe de professioneel verschoningsgerechtigde behoort. Als het daarbij om een arts gaat, aan welke beroepsorganisatie wordt dan gedacht?

3.2 Inbeslagneming bij anderen

Het voorstel bevat in artikel 2.7.6.2.3.1 een nieuw artikel waarin wordt bepaald dat een opsporingsambtenaar bij de inbeslagneming bij een andere persoon dan een professioneel verschoningsgerechtigde geen kennis mag nemen van een voorwerp of gegeven als het redelijke vermoeden ontstaat dat het professioneel verschoningsrecht zich daarover uitstrekt. Kennisneming mag dan alleen als de rechter-commissaris daarover heeft beslist, nadat die de verschoningsgerechtigde de gelegenheid heeft geboden om zijn standpunt kenbaar te maken en advies heeft ingewonnen van een vertegenwoordiger van de beroepsgroep.

Met dit artikel wordt beoogd om, in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad, de procedure die geldt voor de inbeslagneming bij verschoningsgerechtigden, ook van toepassing te verklaren op de inbeslagneming van verschoningsgerechtigde informatie bij een andere persoon dan een professioneel verschoningsgerechtigde, zoals bij een patiënt.

Met 'andere personen' wordt in dit nieuwe artikel bedoeld op cliënten en patiënten van een verschoningsgerechtigde, personen die de verschoningsgerechtigde ondersteunen en derden aan wie de informatie door cliënten of patiënten is prijsgegeven. Deze personen hebben allen een 'afgeleid verschoningsrecht', hetgeen betekent dat primair de verschoningsgerechtigde zelf beslist of een beroep op het verschoningsrecht wordt gedaan. Het verschoningsrecht blijft rusten op de informatie, ook als deze zich bij een ander bevindt.

Ook de Hoge Raad heeft erkend dat voor 'brieven en geschriften', die bij een cliënt of patiënt worden aangetroffen, geldt dat van de inhoud van die stukken geen kennis mag worden genomen voor zover deze het door het verschoningsrecht beschermde vertrouwelijke verkeer tussen verschoningsgerechtigde en de cliënt of patiënt betreffen ((HR 19 november 1985, NJ 1986/533; HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9262, NJ 2010/144). De ratio daarachter is dat de bescherming die het verschoningsrecht biedt illusoir zou worden als daarop beslag kan worden gelegd bij de cliënt of patiënt. Het verschoningsrecht strekt zich niet alleen uit over bij de cliënt of patiënt aangetroffen stukken die afkomstig zijn van de verschoningsgerechtigde, maar ook over stukken die de cliënt of patiënt zelf heeft vervaardigd, voor zover de inhoud daarvan bedoeld is om de verschoningsgerechtigde in diens hoedanigheid toe te vertrouwen. Dit volgt ook uit het nieuwe artikel 1.6.2.2.2, tweede volzin (zie hierboven, par. 2).

Behalve cliënten en patiënten, zijn ook personen die de verschoningsgerechtigde ondersteunen als 'andere personen' te beschouwen. Dit kunnen externe deskundigen zijn die door een verschoningsgerechtigde zijn ingeschakeld om mee te werken aan de uitvoering van de hulpverleningstaak. De adviezen die de deskundige aan de verschoningsgerechtigde uitbrengt, vallen ook onder het afgeleide verschoningsrecht.

Daarnaast kan informatie bij een derde worden aangetroffen. Informatie die de jurist van een organisatie die contact heeft gehad met een advocaat of notaris deelt met de directeur, blijft wel onder het verschoningsrecht vallen. Als door de verstrekking van verschoningsgerechtigde informatie aan een derde de vertrouwelijkheid ervan is opgegeven, dan mag van deze informatie wel kennis worden genomen door het OM. Een voorbeeld is als een patiënt aan zijn omgeving per e-mail of op sociale media medische informatie prijsgeeft die hij van een arts heeft ontvangen. Die informatie mag wel bij een derde in beslag worden genomen. Niettemin behoudt de verschoningsgerechtigde ook in dat geval het eigen verschoningsrecht, zodat deze de desbetreffende informatie niet hoeft te verstrekken of daarover te verklaren.

Artikel 2.7.6.2.3.1, lid 1, bepaalt dat een opsporingsambtenaar geen kennis mag nemen van informatie waarvan een 'redelijk vermoeden' ontstaat dat deze onder het verschoningsrecht valt. Dit kan bijvoorbeeld blijken uit een briefhoofd, waaruit blijkt dat het document afkomstig is van een notaris, advocaat of arts (of zorginstelling). Als tijdens de inbeslagneming dergelijke informatie wordt aangetroffen, mag die niet in beslag worden genomen. Kennis nemen van die informatie is uitsluitend toegestaan als de rechter-commissaris daartoe heeft beslist.

De KNMG ondersteunt het nieuwe artikel 2.7.6.2.3.1 dat duidelijk maakt dat ook medische dossiers en kopieën van gegevens daaruit en die zich bij een patiënt bevinden, ook onder het verschoningsrecht vallen. Het vraagt mogelijk wel om nadere procedurele afspraken om zoveel mogelijk administratieve belasting voor artsen te voorkomen wanneer de arts wordt gevraagd om toestemming om toch kennis te mogen nemen van de bij een patiënt aangetroffen informatie. De KNMG is benieuwd of daarover reeds ideeën bestaan en welke die zijn?