

Het medisch beroepsgeheim als mensenrecht

Mr. S.F.J. Smeets, Spong Advocaten

De Tweede Kamer stemde onlangs in met een wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) waardoor zorgverzekeraars meer gelegenheid gaan krijgen patiëntgegevens in te zien zonder toestemming van de patiënt zelf. De gedachte achter de wetswijziging is dat fraudebestrijding eenvoudiger moet worden. De vraag die voorligt is echter of het doel de middelen heiligt. Is fraudebestrijding werkelijk een hoger doel dan bescherming van persoonsgegevens van patiënten? Hierna zal worden betoogd dat dit niet het geval is en dat de betreffende wetswijziging in strijd komt met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als vastgelegd in artikel 8 EVRM.

Medisch beroepsgeheim en 8 EVRM

De achtergrond van het medisch beroepsgeheim is de toegang tot de zorg te vergemakkelijken. Het medisch beroepsgeheim is een component van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer zoals vastgelegd in artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Het is voor toegang tot goede medische zorg cruciaal dat patiënten in alle openheid, ongehinderd met hun zorgverleners kunnen communiceren in de wetenschap dat de informatie die zij delen beschermd is. Om die reden is het medisch beroepsgeheim ook wettelijk verankerd en zijn medische gegevens in het licht van de wetbescherming persoonsgegevens (Wbp) bijzondere persoonsgegevens. Het Europees hof heeft meermaals laten blijken dat het het belang van het medisch beroepsgeheim hoog acht. Zo bestaat er voor werkgevers in ontslagprocedures geen absoluut recht op verkrijging van de medische gegevens van een zieke werknemer.¹ Het recht op een eerlijk proces zoals vastgelegd in artikel 6 EVRM is in die zin dus onder omstandigheden ondergeschikt aan het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

En inbreuk op een fundamenteel recht zoals het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als vastgelegd in artikel 8 EVRM is alleen dan mogelijk wanneer daarin wettelijk wordt voorzien en die inbreuk in een democratische samenleving noodzakelijk is. Leidend bij die beoordeling zijn afwegingen van subsidiariteit en proportionaliteit.

Proportionaliteit

De proportionaliteitsvraag is altijd subjectief. Welk belang wordt gediend en welk belang wordt beschermd en hoe verhouden die zich tot elkaar. In het geval van het beroepsgeheim mag deze weging maar één kant op kan vallen. De Minister heeft het 'probleem' dat zij met de huidige wetswijziging wenst aan te pakken en de daaraan gerelateerde inbreuk die op het beroepsgeheim wordt gemaakt onvoldoende onderbouwd. Zorgfraude is weliswaar verwerpelijk, het kost de maatschappij als geheel veel geld, maar het blijft enkel een financiële kwestie die bovendien geringer van omvang is dan gedacht werd toen het idee voor de wetswijziging werd geboren.² De zorgvuldigheid en de onafhankelijke beoordeling is in het geding. Ook acht de Minister een inbreuk gerechtvaardigd bij een preventieve toets op foute declaraties.

In het licht van de geaccepteerde redenen van het beroepsgeheim af te wijken is de financiële overweging geen sterke. Een financieel belang is immers per definitie geen *principieel* belang en is in dat opzicht minder zwaarwegend dan andere wél principiële belangen die het ook al eerder af hebben moeten leggen in het kader van de proportionaliteitstoets.

¹ Vergelijk EHRM 18 april 2012; 20041/10.

² Hier wreekt zich de tendens dat de politiek vaak op incidenten reageert. En aantal opvallende fraudes in korte tijd (in 2013) is echter geen goed fundament voor een wetswijziging. In 2015 werd voor totaal van € 11.000.000,- aan fraude geconstateerd. Slechts een fractie daarvan (€ 1.400.000,-) was toe te schrijven aan patiënten.

Toegegeven het medisch beroepsgeheim is niet absoluut, maar de redenen ervan af te wijken beperken zich tot zeer zwaarwegende die doorgaans zijn gelegen in een medische of (daaraan gekoppelde) maatschappelijke noodzaak (denk aan voorkomen van ernstig gevaar), daarvan is bij bestrijding van fraude geen sprake. Om reden worden medische gegevens dan ook extra beschermd in het kader van de wet bescherming persoonsgegevens: zorgverzekeraars mogen alleen die persoonsgegevens verwerken die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de zorgverzekering en artsen mogen deze gegevens alleen onder strikte voorwaarden verstrekken. Het gaat daarbij overigens om alle gegevens over iemands lichamelijke of geestelijke gezondheid. Het toezicht op de naleving hiervan vindt onder andere plaats door het medisch tuchtcollege en het college bescherming persoonsgegevens. Ten tweede blijkt uit de toelichting op het amendement dat de indieners stellen dat het verlenen van inzage in of het verstrekken van medische dossiers door zorgaanbieders aan zorgverzekeraars een buitenproportionele maatregel is om een klein percentage aan frauduleuze praktijken aan te pakken. Ik wil nog eens benadrukken dat verzekeraars niet alleen controles uitvoeren om fraude aan te pakken, maar ook om onrechtmatige, dat wil zeggen foutieve, declaraties er tussenuit te halen. Als de rechtmatigheid van een declaratie niet vaststaat, mag de verzekeraar die op grond van de wet niet betalen. Het is om die reden wel degelijk proportioneel dat verzekeraars medische gegevens kunnen verwerken in het kader van de materiële controle dan wel het fraudeonderzoek.

Toen in 2010 het belang van zorgverzekeraars inzage te krijgen in diagnose-informatie werd afgewogen tegen de medische privacy van patiënten viel de beslissing in het voordeel van de privacy uit. Zorgverzekeraars hebben weliswaar een belang bij kennisname van diagnoses in verband met de zorginkoop en de controle op de geleverde prestaties, maar dat neemt niet weg dat het belang van de patiënt op privacy zwaarder weegt: medische diagnoses raken de kern van het privéleven van de betrokkenen.³ Medewerkers van zorgverzekeraars vallen niet onder het medische beroepsgeheim en zo ontstaat een onaanvaardbaar risico van privacy schending.

In het licht van de genoemde uitspraak is het wetsvoorstel opvallend. Daarin gaat het immers juist om diagnose-informatie. Een zorgaanbieder moet volgens de Minister immers persoonsgegevens en diagnose-informatie (of andere informatie die tot een diagnose kan leiden) verstrekken aan de ziektekostenverzekeraar. En dat terwijl het in een meerderheid van de gevallen helemaal niet de patiënt is die de fraude pleegt terwijl juist hem (of haar) een rechtstreeks beroep op de bescherming van artikel 8 EVRM toekomt (veel meer dan de arts die een beroep daarop in feite moet afleiden van het belang van de patiënt).

Subsidiariteit

Het openbaar ministerie (OM) concludeerde in maart 2011 dat het beroepsgeheim een belemmering vormt voor de opsporing van fraude. Daarbij mag niet vergeten worden dat het OM al geruime tijd een algemene trend laat zien als het om het beroepsgeheim gaat. Ook het beroepsgeheim van advocaten zou als het aan het OM ligt beperkt moeten worden. Onbegrijpelijk is dat niet: zonder regels en rechtsbescherming is het immers een stuk eenvoudiger opsporen. In reactie op de OM-bevindingen vond op verzoek van de Minister een evaluatie plaats van de huidige situatie door de Erasmus Universiteit.

De wetenschappers trokken de conclusie dat een wetswijziging in het kader van fraudebestrijding onnodig (en dus niet subsidiair) is. Politie en justitie beschikken over meer dan voldoende mogelijkheden om binnen de bestaande regelgeving daar waar nodig in te grijpen en zelfs, door tussenkomst van de rechter, het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Wel concludeerden de onderzoekers dat het wenselijk is dat meer duidelijkheid over de grenzen en invulling van het beroepsgeheim wordt geboden. Ook de Raad van State vond de wijziging overbodig.

³ College van Beroep voor het bedrijfsleven, 2 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN3056. Het ging in casu om het al dan niet vermelden van diagnose-informatie op declaraties door psychiaters.

Het is in het kader van de fraudebestrijding niet nodig het medisch beroepsgeheim aan te tasten en de privacy van patiënten te schenden. Zoals we in het strafrecht helaas wel vaker zien worden de bestaande instrumenten thans niet of onvoldoende benut. In dat licht kan niet gesteld worden dat nieuwe instrumenten thans noodzakelijk zijn in onze democratische samenleving.

Zorgverzekeraars hebben ook in de bestaande situatie al een zeer vergaande bevoegdheid dossiers te controleren. Als uit zo'n controle een redelijk vermoeden van schuld aan fraude ontstaat kan het onderzoek eenvoudig worden overgedragen aan politie en openbaar ministerie die nog verdergaande opsporingsmethoden kunnen inzetten. In de praktijk gebeurt dat echter nog maar weinig.

Subsidiariteit is in feite een juridische vertaling van de gedachte: bezint eer ge begint. Een gedachte die in Den Haag ondergesneeuwd is geraakt door incidenten-politiek en scoringsdrang. De vraag die beantwoord zou moeten worden is dan ook welk probleem er precies door het huidige wetsvoorstel wordt opgelost. Stellen dat er een probleem is en roepen dat deze wijziging de enige oplossing is maakt het nog niet waar.

Conclusie

De huidige wettelijke regelingen maken fraudebestrijding meer dan voldoende mogelijk. Verdere uitholling van het medisch beroepsgeheim door diagnose-informatie aan zorgverzekeraars te verstrekken is dan ook niet noodzakelijk. Het vermeende probleem dat door de wetswijziging zou moeten worden aangepakt is bovendien klein. Slechts een beperkt deel van de (ook al beperkte) fraude wordt door patiënten gepleegd terwijl het juist hun privacy is die in artikel 8 EVRM wordt gegarandeerd en door dit wetsvoorstel wordt aangetast. Niet is gebleken van een noodzaak dit te doen. Als er al een inbreuk wordt gemaakt dan is het de onafhankelijke rechter die die proportionaliteit en subsidiariteit van die inbreuk moet toetsen. Het wetsvoorstel is dan ook in strijd met de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit en kan de mensenrechtelijke toets niet doorstaan.