

# Enige opmerkingen vanuit strafrechtelijke invalshoek bij het 'Convenant inzet onafhankelijke deskundige arts bij signalen en verdenkingen van fraude in de zorg'

Rotterdam, juli 2016

Prof. mr. P.A.M. Mevis



## **Samenvatting**

Aan het einde van deze verkenning zijn de voornaamste conclusies in een slotsom bijeen gebracht. Deze slotsom kan ook als samenvatting gelden en luidt als volgt.

Samengevat kan worden gezegd dat het convenant er toe strekt om zowel in geval van signalen van fraude als van verdenking ter zake van fraude, een modaliteit te regelen van be- en verwerken van gegevens die onder de geheimhoudingsplicht en het beroepsverschoningsrecht vallen. De bedoeling van dit proces is daarna het onderzoek ter zake van die signalen of verdenking voort te kunnen zetten. In beide fasen is sprake van strafvorderlijk onderzoek. Daarvoor geldt als uitgangspunt regeling bij wet. Binnen de bestaande regeling is de geheimhoudingsplicht en het beroepsverschoningsrecht zodanig ingericht dat dit inderdaad, ten behoeve van de bescherming van andere belangen, onderzoek belemmert of verhindert. Doorbreking van de geheimhoudingsplicht en het beroepsverschoningsrecht is mogelijk. Maar doorbreking ten behoeve van de opsporing (of onderzoek naar signalen) van fraude in de zorg, ook in niet de ernstigere gevallen, in een algemene regeling als die waarin het convenant beoogt te voorzien, vindt tot nu toe geen steun in het recht binnen de bestaande modaliteiten van beperking.

Noch de toestemming van de betrokken arts, noch de aard van de bescherming die de ODA kan bieden, noch de inzet van een – in zijn rol en functie alleen in het convenant gefundeerde – juridisch deskundige kan een voldoende legitimerende basis bieden voor de modaliteit van onderzoek waarin het convenant beoogt te voorzien.

Voor de eerste fase lijkt vooral de verhouding tot (aankomende wijzigingen in) de regeling van het bestuurlijk toezicht problematisch. Voor de eerste en tweede fase geldt dat voor de verhouding tot bestaande bevoegdheden en de wijze waarop daarbinnen met het beroepsgeheim en het verschoningsrecht wordt omgegaan, problematisch is. Bijvoorbeeld op grond van het Wetboek van Strafvordering speelt de rechter-commissaris bij het adequaat omgaan met gegevens onder het verschoningsrecht een belangrijke rol. Het convenant neemt ten onrechte aan dat er ruimte is voor een aanvullende of alternatieve regeling ter zake.

Dat wil niet zeggen dat voor de noodzaak van de door het convenant bedoelde modaliteit van onderzoek in geval van fraude in de zorg geen argumenten aan te voeren zouden zijn. Maar als daartoe moet worden besloten, vereist de daarmee gepaard gaande beperking van het beroepsverschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht een publiekrechtelijke rechtsbasis die thans ontbreekt en die niet bij convenant kan worden gecreëerd.

Iets (geheel) anders is dat het convenant er terecht in voorziet dat bij de uitoefening van wettelijke bevoegdheden, zoals die tot inbeslagneming op grond van het Wetboek van Strafvordering, de rechter-commissaris (binnen de strafvordering de in verband met het verschoningsrecht regie-voerende autoriteit) bij de uitoefening van zijn bevoegdheden over de inzet van een ODA kan beschikken.

## **Inleiding en context**

Begin juli is het ‘Convenant inzet onafhankelijke deskundige arts bij signalen en verdenkingen van fraude in de zorg’ met toelichting door verschillende, betrokken partijen ondertekend. Het convenant past in het beleidsaccent ‘Plan Rechtmatige zorg’ ter zake waarvan in 2015 een programma voor 2015-2018 is verschenen<sup>1</sup>. Het programma legt de nadruk op bestrijding van fraude in de zorg. Voor de context van het convenant is voorts de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 24 november 2015 over het sectorale beroepsgeheim en het verschoningsrecht van belang.<sup>2</sup>

Onder andere aan ondergetekende is verzocht het convenant van enig juridisch commentaar te voorzien vanuit strafrechtelijke invalshoek. Vanuit die invalshoek vraagt niet alleen een aantal specifieke onderdelen van de inhoud van het convenant de aandacht. Ook de inbedding van de inhoud van het convenant en het convenant als vorm van nadere invulling van strafvordering in het algemeen, dat wil zeggen: in het grotere geheel van de regeling van de strafvordering, is van belang. Zulks in combinatie met de vraag of naar geldend recht er een voldoende basis is voor regeling bij convenant van onderzoek naar fraude in de zorg dat met een inbreuk op de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht gepaard gaat. In het onderstaande wordt aan beide aspecten aandacht besteed.

Vanwege de strafrechtelijke invalshoek blijven in het onderstaande meer algemene onderdelen uit het convenant buiten bespreking. Dat betreft dan in het bijzonder de bepalingen van onderdeel 5.<sup>3</sup> Daarbij wordt er vanuit gegaan dat

---

<sup>1</sup> Plan Rechtmatige zorg, Programma 2015-2018, Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Zie <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2015/03/27/programmaplan-rechtmatige-zorg-aanpak-van-fouten-en-fraude-2015-2018/programmaplan-rechtmatige-zorg-aanpak-van-fouten-en-fraude-2015-2018.pdf>. Het programma wordt in het convenant verder niet genoemd.

<sup>2</sup> Kamerstukken II, 2015/16, 29 279, nr. 289.

<sup>3</sup> Het is op zichzelf goed dat in het convenant aandacht is voor regeling van onderwerpen als financiering, geheimhouding en het bewaren van gegevens. Wel past bij art. 13 (‘onvoorziene omstandigheden’) wellicht de opmerking dat het convenant, gegeven zijn inhoud en strekking, van vrij precieze regeling van de daarin behandelde onderwerpen uit gaat. Dan is niet helemaal duidelijk wat bedoeld is met ‘gevallen waarin dit convenant niet voorziet..’. Het zal niet de bedoeling zijn de reikwijdte van het convenant uit te breiden of het

het convenant betekenis heeft in de gevallen waarin informatie en gegevens wordt/worden verwerkt die onder de geheimhoudingsplicht c.q. het beroepsverschoningsrecht vallen. In concrete gevallen van (verdenking van) fraude in de zorg kan (echter ook) sprake zijn van ‘brieven of geschriften die het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend’ in de zin van (thans) art. 98 lid 5 Sv. Tot dergelijke brieven en geschriften strekt het verschoningsrecht zich niet uit.<sup>4</sup>

Er wordt in het onderstaande slechts sporadisch en specifiek verwezen naar de – uitvoerige – literatuur en jurisprudentie ter zake van de geheimhoudingsplicht en het beroepsverschoningsrecht, mede omdat deze bij de instanties namens wie het convenant ondertekend is, bekend wordt verondersteld.

Voor wat betreft de context van het convenant verdient nog vermelding dat het beroepsverschoningsrecht en de wettelijke regeling van de beperkingen daarvan in het kader van de strafvordering momenteel voorwerp van consideratie en discussie zijn in het kader van de wetgevingsoperatie ‘Modernisering Wetboek van Strafvordering’.<sup>5</sup> De verwachting mag zijn dat dit in de nabije toekomst tot wetsvoorstellen leidt die ook de regeling van het beroepsverschoningsrecht betreffen. De vraag kan rijzen of het bij die stand van zaken wellicht voor de hand had gelegen op de nadere regeling door de wetgever te wachten en het belang van bestrijding van ‘fraude in de zorg’ in dat kader onder de aandacht te brengen. Daarbij speelt een rol dat het doel van de operatie ‘Modernisering Wetboek van Strafvordering’ ook is het systematiseren van de huidige, wat ondoorzichtige situatie in wet en recht. Een aparte regeling bij een convenant waarin een restrictieve beperking op het medisch beroepsgeheim en het verschoningsrecht wordt geregeld, draagt niet onmiddellijk bij aan grotere eenvormigheid van het bestaande recht. Ook de bovengenoemde brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 24 november 2015 gaat niet uit van het thans voor een bepaalde sector regelen van een dergelijke, zelfstandige, restrictieve beperking in een convenant.

## **Doelstelling van het convenant**

---

daarin voorziene kader aan te vullen. Wellicht is het aangewezen alsnog aan te geven in hoeverre de reikwijdte van art. 13 beperkt is.

<sup>4</sup> Zie HR 10 NOVEMBER 2015, ecli:nl:hr:2015:3258 en recent nog HR 28 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1324.

<sup>5</sup> Zie de contourennota Modernisering Wetboek van Strafvordering.

Het convenant beoogt bij te dragen aan de bestrijding van (structurele) ‘fraude in de zorg’. Het oogmerk is de regeling van de inzet van onafhankelijke deskundige artsen (hierna ODA) in geval van signalen of verdenkingen van fraude in de zorg door artsen. Deze ODA kan medische gegevens die onder het beroepsgeheim en het verschoningsrecht vallen ‘turven, schiften, anonimiseren en daarover verslagleggen’ en wel vóór de officier van justitie deze gegevens mag inzien. Met deze inzet en de daartoe in het convenant geregelde procedure wordt beoogd de (geanonimiseerde) gegevens (wel) ten behoeve van strafvorderlijk onderzoek in geval van signalen of verdenking van fraude in de zorg ter beschikking te stellen aan het Openbaar Ministerie.

In de opzet van de regeling in het convenant wordt onderscheid gemaakt tussen een eerste en een tweede fase. Voor de regeling van de strafvordering is relevant dat in de eerste fase nog geen sprake is van verdenking van ‘fraude’ (dat op zichzelf geen strafbaar feit is) in de zin van art. 27 Sv, maar nog slechts van ‘signalen’ van fraude. Anders dan de verdenking is ‘signalen’ niet een term die elders in de strafvorderlijke wetgeving voorkomt, noch wordt in het convenant aangegeven wat daaronder moet worden verstaan c.q. wanneer daarvan (in voldoende mate) sprake is. In de tweede fase is wel sprake van een verdenking. Aangezien het convenant blijkens art. 2 alleen betrekking heeft op ‘signalen en verdenkingen in de zorg waar artsen bij betrokken zijn’, zal de verdenking zich in de meeste gevallen richten tot een arts. Deze arts wordt daarmee verdachte in de zin van het Wetboek van Strafvordering. Naast de op hem als arts rustende geheimhoudingsplicht en het hem toekomende beroepsverschoningsrecht, zullen daarom ook de hem als verdachte toekomende waarborgen moeten worden nageleefd. Het onderzoek kan dan uiteraard ook in het voordeel van de (verdachte) arts werken in die zin dat signalen van respectievelijk verdenkingen van ‘fraude’ door de resultaten van het onderzoek kunnen worden ontzenuwd. Een zelfstandige, juridische grond om inbreuk te maken op het beroepsverschoningsrecht, levert dit gegeven evenwel niet op. Wel een in acht te nemen belang.

Het convenant maakt duidelijk dat ook in de eerste fase sprake is van strafvorderlijk onderzoek ter voorbereiding van de opsporing van strafbare feiten. Het gaat immers, aldus het convenant, om onderzoek dat er op gericht is een verdenking van fraude te onderbouwen om te komen tot bewijs.

Het is bedoeling van de ondertekenaars van het convenant te werken binnen ‘de kaders van bestaande van toepassing zijnde wet- en regelgeving’. Daarmee rijst

de vraag in hoeverre het convenant en de inhoud ervan zich verhoudt tot die 'bestaande wet- en regelgeving'.

### **Het convenant als modaliteit van regeling van strafvorderlijk optreden**

Het convenant begeeft zich met zijn inhoud op het terrein van de inrichting van strafvorderlijk onderzoek, waarvoor reeds wettelijke kaders bestaan. Daartoe behoort onder andere art. 1 Sv dat voorschrijft dat strafvervolgning alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien. Ook de geheimhoudingsplicht en de erkenning van het beroepsverschoningsrecht van (o.a.) de arts zijn binnen die strafvordering erkend en geregeld, onder andere in art. 218 Sv en in (de veelvuldige verwijzing naar) art. 96a lid 3 Sv. Nogal eens moet volgens de strafvorderlijke regeling de rechter-commissaris worden ingezet als het beroepsverschoningsrecht in het geding is. Zo bijvoorbeeld in (het onlangs gewijzigde) art. 98 Sv en in art. 126aa lid 2 Sv. Met de inzet van de rechter-commissaris wordt dan bij die strafvorderlijke regeling beoogd een inbreuk op het verschoningsrecht te vermijden dan wel een dergelijke inbreuk tot het minimum te vermijden. Bij de toepassing van art. 98 Sv speelt de beklagmogelijkheid van art. 552a Sv een belangrijke rol en dus de (voorafgaande) controle (voor zover door de betrokken verschoningsgerechtigde blijkt het door hem of haar ingesteld beklag gewenst), door de raadkamer van de rechtbank en de Hoge Raad. De beklagprocedure wordt in voorkomende gevallen afgewerkt voordat van de inhoud van stukken in het kader van de opsporing kennis kan worden genomen: art. 98 lid 3 Sv.

In dit kader is relevant dat het convenant vermeldt (uitgangspunten onder 4) dat artsen het recht houden zich in alle situaties op hun verschonings- en beklagrecht te beroepen. De vermelding daarvan is op zichzelf nuttig, zij het in zoverre overbodig dat bij convenant niet van de wettelijke regeling van beide rechten kan worden afgeweken. In het convenant zou vermelding naar of (met name voor de eerste fase) vermelding van de mededelingen als bedoeld in art. 98 lid 2 Sv niet misstaan. Dan laat ook het convenant er geen twijfel over bestaan dat de uitkomst van een beroep op het verschoningsrecht respectievelijk het gebruik van de beklagprocedure wordt afgewacht en gerespecteerd. De toepassing van de mogelijkheid van beklag op grond van art. 552a Sv bestaat overigens uiteraard niet tegen toepassing van het convenant, maar alleen tegen toepassing van wettelijke handelingen als bedoeld in art. 552a Sv. Dat betekent dat referentie aan de beklagmogelijkheid voor de eerste fase geen betekenis heeft.

Naast het verschoningsrecht en de mogelijkheid beklag te doen, zal ook de geheimhoudingsplicht van de arts door het convenant niet aangetast of opgeheven (kunnen) worden. In dit kader valt op dat in het convenant geen aandacht wordt besteed aan de relatie van de inhoud er van tot de bedoelde geheimhoudingsplicht. De vraag is of aandacht voor die verhouding niet toch aangewezen is, in het bijzonder bij de toestemming van de arts om gegevens die onder het beroepsverschoningsrecht vallen aan de ODA te verstrekken. Zie nader hierna onder ‘toestemming’.

Bij de beschouwing van het onderhavige convenant als modaliteit van strafvorderlijke regelgeving is nog het navolgende van belang. Dit convenant is aan de ene kant gericht op bestrijding van fraude in de zorg. De ernst daarvan en de noodzaak deze fraude effectief te bestrijden, worden in het convenant nadrukkelijk onderstreept. Tegelijk is dit convenant in zijn reikwijdte beperkt. Het heeft alleen betrekking op signalen en verdenking van fraude waar artsen bij betrokken zijn. In deze combinatie van het belang van het convenant aan de ene kant en de beperkte reikwijdte van het convenant aan de andere kant ligt de bijna onvermijdelijke verwachting besloten dat gestreefd zal worden naar vergelijkbare convenanten met andere beroepsgroepen in de zorg. Daarmee wordt de algemene reikwijdte van de benadering en de grondslag van een beperking van de beroepsgeheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht bij convenant aanzienlijk verbreed. De vraag is of die – te voorspellen – consequentie niet een zelfstandig argument is om – zo fraude in de zorg tot beperking van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht aanleiding moet of kan geven – ter zake nadere, uniforme regeling door de wetgever te verwachten, in plaats van te volstaan met regeling bij convenant per beroepsgroep. Bij het antwoord op die vraag kan van betekenis zijn dat de wetgever, zoals gezegd, thans een nieuwe regeling van de strafvordering, ook van het beroepsverschoningsrecht daarbinnen, aan het ontwerpen is.

### **De op het spel staande belangen en de afweging daarvan in abstracto**

In het convenant wordt terecht het (algemeen) belang van de geheimhoudingsplicht en het beroepsverschoningsrecht uitdrukkelijk benoemd en onderstreept. Naast de bescherming van de privésfeer van de patiënt, welk belang bij de geheimhoudingsplicht van groot belang is, gaat het met name bij de erkenning van het beroepsverschoningsrecht in het (straf)recht ook om het meer algemeen belang van toegang tot de gezondheidszorg. Het belang dat met de bescherming daarvan wordt gediend is in voorkomende gevallen groter dan



dat gediend met strafrechtelijke rechtshandhaving door opsporing, vervolging en berechting. Het eerste is dus niet een hindernis voor het tweede, ook niet als het gaat om (bestrijding van) fraude in de zorg, hoezeer op adequate aanpak van dergelijke fraude, bijvoorbeeld in het ‘Plan rechtmatige zorg’, ook de nadruk wordt gelegd. Het terechte uitgangspunt van het convenant is dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht wordt gewaarborgd en gerespecteerd, behoudens uitdrukkelijk in recht en wet voorziene en noodzakelijke beperkingen.

Met name de geheimhoudingsplicht maar ook het beroepsverschoningsrecht van de arts is niet absoluut. In het bijzonder op het gebied van het gezondheidsrecht bestaan wettelijke regelingen die in een zekere beperking van de geheimhoudingsplicht en van het beroepsverschoningsrecht voorzien. Buijsen e.a.<sup>6</sup> analyseerden in 2012 in hun advies voor het ministerie van VWS dat het daarbij met name gaat om beperkingen die in het teken (moeten kunnen) staan van het grondrecht op toegang tot de zorg van concrete personen. Ook het convenant (onderdeel II ‘Aanleiding’, de eerste twee alinea’s) gaat uitdrukkelijk uit van (uitsluitend) de toegang tot de zorg als wezenlijke belang van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht, en voor mogelijke beperkingen daarop. Het gaat daarbij steeds om de toegang tot de zorg in concreto. Dat door fraude dure zorg kan ontstaan die als zodanig – in abstracto – (eveneens) de toegang tot de zorg kan bedreigen<sup>7</sup>, is daarvan in zoverre te onderscheiden.

Het voorkomen van fraude in de zorg, hoe belangrijk op zichzelf ook, is daarmee geen thema dat op vergelijkbaar-directe wijze met het waarborgen van toegang tot de zorg verbonden is. Het belang van fraudebestrijding heeft tot nu toe ook niet geleid tot publiekrechtelijke regeling van beperkingen van de geheimhoudingsplicht en het beroepsverschoningsrecht. De wenselijkheid van bestrijding van fraude in de zorg in het algemeen (in alle gevallen van een zekere ernst) door strafvorderlijk onderzoek bij verdenking, maar zelfs ook reeds bij signalen van fraude, is in zijn algemeenheid niet erkend als een ‘zwaarwegend belang’ dat de geheimhoudingsplicht meer generaal opzij zou (kunnen) zetten. Ter zake bestaat wellicht één enkele uitzondering, te weten die van de regeling van de detailcontrole in art. 7.8. van de Regeling zorgverzekering. Wat daarbij op valt zijn de deels andere voorwaarden die

---

<sup>6</sup> M. Buijsen, O. Floris, E. Hulst en Th. Van Noord, Medisch beroepsgeheim in dubio. De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen, eindrapport, oktober 2012.

<sup>7</sup> Aldus de redenering van de Minister van VWS in Kamerstukken II, 2012/13, 33 400 XVI, nr. 129, p. 4, in reactie op het rapport van Buijsen e.a.

daarbij gelden, bijvoorbeeld art. 7.8. lid 1 onder c; een voorschrift en een criterium dat in het convenant niet zou misstaan. Onder omstandigheden is de toepassing van de regeling, anders dan in het convenant, van de toestemming van de betreffende patiënt afhankelijk.

Dit onderdeel van de Regeling zorgverzekering maakt deel uit van het bestuursrechtelijk toezicht en controle op naleving van regels in de zorg. Fraude in de zorg kan daarbij overigens niet alleen bestaan uit op geldelijk gewin gerichte fraude (inclusief belastingfraude), maar ook op fraude die de kwaliteit van de zorg raakt, zoals fraude met medicijnen, dopingmiddelen, en dergelijke). In dat kader valt op dat de bevoegdheden van de IGZ in het convenant niet aan de orde komen (en de IGZ ook niet als ondertekenaar betrokken is). De vraag rijst daarbij of de regelgeving van het bestuurlijk toezicht op de zorg door de wetgever niet uitputtend is bedoeld, juist met het oog op het belang gemoeid met de bescherming van de geheimhoudingsplicht en het beroepsverschoningsrecht. Anders gezegd: de vraag rijst of voor de in het convenant als ‘1<sup>ste</sup> fase’ aangeduide fase voorafgaande aan die waarin sprake is van een verdenking, het convenant niet treedt in dat terrein van bestuurlijk toezicht. Voor dat terrein zijn in het bestuursrecht eigen bevoegdheden gecreëerd (of in de maak; zie hierna) waarbij de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van belang zijn, maar er ter zake mogelijk ook uitzonderingen en beperkingen bestaan.

Het voert in het kader van het strafvorderlijke bestek van deze notitie te ver om er diepgaand aandacht aan te besteden, maar het valt op dat het convenant kennelijk treedt *naast* het nog aanhangige wetsvoorstel 33 980 (Wijziging van de Wet marktordening zorg en enkele andere wetten in verband met het verbeteren van toezicht, opsporing, naleving en handhaving). Eventueel daarin geregelde, in het kader van toezicht gerichte beperkingen van het beroepsverschoningsrecht zouden dan (echter wel) berusten op publiekrechtelijke regelgeving en niet op een convenant tussen diverse partijen.<sup>8</sup> Zo is er de verplichting tot het verstrekken van gegevens voorgesteld in Artikel I, onderdeel L, onderdeel 3 van genoemd wetsvoorstel.<sup>9</sup> Resultaten van de

---

<sup>8</sup> Ook in de in de vorige noot genoemde brief van de minister van VWS (Kamerstukken 33 400, XVI, nr. 129, p. 5, is de conclusie dat de bestaande wetgeving ‘onduidelijkheden’ bevat voor wat betreft de mogelijkheid om van het beroepsgeheim af te wijken ten behoeve van de bestrijding van de zorg. De wens wordt uitgesproken die onduidelijkheid weg te nemen via aanpassing van wetgeving.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2014/15, 33 980, nr. 6 bevat overigens een amendement er toe strekkende dat het medisch beroepsgeheim niet doorbroken mag worden ten behoeve van fraudeopsporing en dus precies tot het doen vervallen van het hier besproken onderdeel. Als dat amendement wordt aangenomen, is dat een aanwijzing dat de wetgever ook een convenant als het onderhavige kritisch zal bejegenen.

uitoefening van controlebevoegdheden kunnen als basis (in de vorm van signalen of verdenking) voor strafvorderlijk onderzoek worden gebruikt. Omgekeerd: zelfs als er sprake is van ‘signalen van fraude’ (de eerste fase), dan staat zulks het gebruik van controlebevoegdheden niet zonder meer in de weg (HR 21 november 2006, NJ 2006, 653).

Als eenmaal in een dergelijke wettelijke bevoegdheid is voorzien, is goed denkbaar dat het convenant, met name de inzet van de ODA, bruikbaar is om aan die – wettelijke – bevoegdheid uitvoering te geven op een wijze die de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht niet verder belast dan nodig is. Thans rijst eerder de vraag of er voor een convenant als het onderhavige ruimte is naast een (aankomende) wettelijke regeling. Zeker gegeven het belang van het beroepsgeheim is niet zonder meer acceptabel dat hetgeen in het bestuursrecht kennelijk een wettelijke grondslag behoeft, in het strafrecht op basis van een convenant (en daarbinnen ten dele wel, maar ten dele niet op basis van vrijwillige medewerking van de arts) zou kunnen worden gerealiseerd.

Voor het overige, en in het bijzonder in strafvorderlijke regelgeving, is fraude in de zorg niet als voldoende belang erkend om de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht bij publiekrechtelijke regelgeving opzij te zetten.

In de jurisprudentie van de strafkamer van de Hoge Raad is ruimte gemaakt voor een beperking van het verschoningsrecht in afweging met andere belangen in geval van ‘uitzonderlijke omstandigheden’.<sup>10</sup> Deze afweging is uiteindelijk steeds aan de orde in concrete strafzaken, gelet op alle in die strafzaak en bij een bepaalde stand van zaken in het geding zijnde belangen en daarbij noodzakelijke afweging van belangen. De Hoge Raad en andere rechters beslissen immers ook alleen maar in afzonderlijke gevallen. Bijvoorbeeld in hoeverre de belangen van de waarheidsvinding in het concrete geval opwegen tegen die welke het beroepsverschoningsrecht beogen te beschermen of, bijvoorbeeld, in hoeverre er andere methoden en opsporingsbevoegdheden voorhanden zijn om hetzelfde resultaat te bereiken zonder schending van het beroepsverschoningsrecht. Dergelijke afwegingen vloeien meer algemeen voort uit de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Wat opvalt is dat deze beginselen in het convenant niet worden genoemd ter regulering van de beslissing of de procedure in het convenant voorzien, in een concreet geval kan worden gebruikt. Wel is

---

<sup>10</sup> Zie voor een overzicht van de jurisprudentie ten aanzien van de medisch verschoningsgerechtigde in het bijzonder W. R. Kastelein, *Strafrechtelijke inbeslagname bij de medisch verschoningsgerechtigde*, TvGR 2013 (37), p. 764-773.

hier de positie van de juridisch deskundige uit het convenant van belang. Op diens positie en betekenis wordt hierna nog apart in gegaan.

De afweging van belangen vindt voorts plaats in een strafvorderlijk onderzoek gebaseerd op – ten minste – een verdenking ter zake van enig strafbaar feit tegen enige verdachte. De verschoningsgerechtigde hoeft daarbij niet zelf de verdachte te zijn. Wel is aannemelijk dat de ‘uitzonderlijke omstandigheden’ zich eerder voor kunnen en zullen doen als de verdenking inderdaad de verschoningsgerechtigde zelf betreft (zoals in de zgn. 2<sup>de</sup> fase van het convenant het geval is), al blijft ook dan het beroepsverschoningsrecht zijn werking en betekenis hebben. Het enkele feit dat de verschoningsgerechtigde verdachte is, is op zichzelf nog geen reden om reeds daarom (steeds) ‘uitzonderlijke omstandigheden’ aan te nemen. Het zal o.a. steeds moeten gaan om betrekkelijk ernstige strafbare feiten, waarbij een rol kan spelen dat het verschoningsrecht uiteraard niet bedoeld is de waarheid te bemantelen. (Wel, en anders dan vaak wordt aangenomen, om de waarheidsvinding te verhinderen. Dat kan immers het door de wetgever uitdrukkelijk bedoelde effect zijn van de werking van het beroepsgeheim en van het verschoningsrecht. Dit gegeven moet worden onderscheiden dat de verdachte arts daarbij wellicht (ook) een ander belang heeft.) Ter zake van de ernst van de strafbare feiten in geval van ‘fraude in de zorg’, wreekt zich op dit punt enigszins dat het convenant in de nadere definitie van ‘fraude in de zorg’ (dat op zichzelf geen strafbaar feit is) weliswaar aansluit bij de omschrijving van ‘betekenisvolle overtredingen’, maar het is de vraag of toepassing van het convenant, gelet op de inhoud daarvan, voldoende beperkt blijft tot – ook in concreto – ernstige strafzaken. Hier is anderzijds wel van betekenis dat de categorie van feiten waar het convenant op ziet, in de toelichting nog nader wordt gespecificeerd.

Voor wat betreft de catalogus van concrete belangen die ontstaan in verband met het aannemen van uitzonderlijke omstandigheden, had wellicht mogen worden verwacht dat het convenant zou hebben aangesloten bij de inventarisatie van criteria zoals die bijvoorbeeld te vinden is in de beschikking van de Rb. Utrecht van 6 juni 2011, welke beschikking voorwerp was van de beslissing van de Hoge Raad van 28 februari 2012, NJ 2012, 537 met noot Legemaate. Tot die opsomming behoort de aard, omvang en context van de gegevens, het belang en de ernst van de strafzaak, de toestemming van belanghebbenden, de eventuele verdenking tegen de verschoningsgerechtigde, de proportionaliteit en het belang van de gevorderde gegevens. Vanuit die criteria had dan wellicht naders over het

inbedden van gevallen van fraude in de zorg kunnen worden gezegd. Daarbij valt ten aanzien van het aspect van het belang en de ernst van de strafzaak met name op dat de Hoge Raad zich daarover in algemene termen (categorieën van delicten) heeft uitgelaten (zoals het convenant ook doet), maar dan slechts voor (categorieën van) delicten als levensdelicten door medische missers. Dat is toch een andere categorie dan ‘fraude in de zorg’ ten aanzien waarvan in het convenant heel algemeen wordt aangenomen dat in alle gevallen van fraude in de zorg een, zij het ook beperkte, inbreuk op het verschoningsrecht en het beroepsgeheimhoudingsrecht gelegitimeerd is.

Voor wat betreft het medisch beroepenveld heeft de Hoge Raad de positie van de patiënt uitdrukkelijk benoemd in het kader van de invulling van de ‘zeer bijzondere omstandigheden’: HR 26 mei 2009, NJ 2009, 263 m.nt. J. Legemaate. Het gaat daarbij om de aanspraak van de patiënt op adequaat onderzoek in geval er jegens hem strafbare feiten zijn begaan. Deze grond in de jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt een invulling van uit het EVRM voortvloeiende positieve verdragsverplichtingen jegens de burger, tot onderzoek van strafbare feiten jegens die burger begaan, met name in geval van schade aan de gezondheid door mogelijk strafbaar medisch handelen. Deze grondslag tot beperking van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht bestaat dan dus niet in gevallen van ‘fraude in de zorg’ omdat dan niet rechtstreeks jegens de patiënt een strafbaar feit is begaan. Valselijk verhoogde kosten bijvoorbeeld, zullen immers vooral aan de zorgverzekeraar in rekening worden gebracht. In geval van fraude in de zorg bestaat de positieve verdragsverplichting tot onderzoek niet, mogelijk ook niet als het gaat om geldelijke belangen van patiënten.

In dit kader is het opnieuw relevant dat het convenant een procedure tot inbreuk op het beroepsverschoningsrecht regelt zowel in geval van een verdenking in de zin van art. 27 Sv als in geval van (slechts) ‘signalen’ van fraude in de zorg. Toch staat hetgeen het convenant in deze laatstgenoemde fase mogelijk wil maken in het teken van (de voorbereiding van) opsporing en strafvordering. De modaliteiten van strafvorderlijk optreden in de voorfase (verkennend onderzoek en het toepassen van bepaalde opsporingsmethoden in geval van ‘aanwijzingen’ van een terroristisch misdrijf) laten zien dat de verhouding van hetgeen het convenant regelt met het bestaande wettelijk kader, ook op dit punt moeilijk is. Het is de vraag of de wetgever bedoeld heeft beperkingen van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht mogelijk te maken (zelfs met toestemming; zie hierna) in zoverre daaraan – in strafvorderlijk kader – geen

(‘uitzonderlijke omstandigheden’ in geval van) verdenking ter zake van een strafbaar feit van een zekere ernst ten grondslag ligt.

Mogelijk is voor de achterliggende gedachte aan een rechtsbasis voor enig strafvorderlijk onderzoek in de fase voorafgaande aan de verdenking gepoogd aansluiting te vinden bij de jurisprudentie van Hoge Raad waarin wordt aangenomen dat opsporingsambtenaren in deze fase op basis van een algemene taakstelling als art. 3 Politiewet, eenvoudige opsporingshandelingen kunnen verrichten die slechts een zeer geringe inbreuk maken op grond- en vrijheidsrechten van burgers.<sup>11</sup> Deze jurisprudentie kan echter voor een gecompliceerde onderzoeksmodaliteit als die waarin het convenant beoogt te voorzien, strekkende tot inbreuk op het vrij absoluut beschermde, belangrijke beroepsverschoningsrecht c.q. de vrij strikt geldende geheimhoudingsplicht, onvoldoende basis bieden.

### **Belangenafweging in concreto**

Het bovenstaande is betrekkelijk uitvoerig geschetst omdat het convenant bepaalt<sup>12</sup> dat ‘in geval van signalen of verdenkingen van fraude in de zorg een restrictieve beperking op het medisch beroepsgeheim van artsen onder strikte, in dit convenant beschreven voorwaarden toelaatbaar wordt geacht’. In deze passage wordt daarmee bij convenant (en niet bij enige wettelijke regeling) maar wel bij algemene regel, in de zin van: voor alle gevallen van toepassing van het convenant, bepaalt dat sprake zal zijn van een (niet meer dan) ‘restrictieve’ beperking, die, voor alle gevallen waarin het convenant wordt toegepast ‘toelaatbaar wordt geacht’. Bij de vraag of het convenant blijft binnen de bestaande wettelijke kaders is in het bijzonder bij dit laatste de vraag of daarvan sprake is. Het wettelijk kader is, dat in strafvorderlijk kader in geval van een verdenking op nadere gronden en criteria in een concreet geval aanleiding kan worden gevonden tot een beperking van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht in het concrete geval. In het bijzonder waar het betreft de eerste fase, maar – vanwege zijn algemeenheid – ook voor de tweede fase lijkt het convenant daarmee het bestaande kader te buiten te gaan, althans daarmee toch ten minste op gespannen voet te staan. De vraag is of dit anders wordt in het licht van de toestemming van de betreffende arts.

### **Toestemming van de betreffende arts als basis**

---

<sup>11</sup> Vgl. HR 19 december 1995, NJ 1996, 249, m.nt. Schalken.

<sup>12</sup> Onder ‘in aanmerking nemende’, het laatste liggende streepje.

De wettelijke kaders van strafvordering zijn voor de uitoefening van bevoegdheden als dwingend bedoeld. Het is op zichzelf in overeenstemming met bestaande wettelijke kaders dat daarnaast (rechtmatig) strafvorderlijke activiteiten kunnen worden verricht als dat geschiedt met instemming (vrijwillige toestemming) van degene wiens rechten en belangen in het geding zijn. Aan deze modaliteit is een aantal voorwaarden verbonden. Het moet gaan om (voldoende) vrijwillige toestemming van iemand die gerechtigd is de toestemming te verlenen (rechthebbende; iemand die met zijn toestemming kan beschikken over het recht of het belang dat op het spel staat) terwijl het om een recht of belang moet gaan ter zake waarvan geaccepteerd kan worden dat daarvan (door een enkele rechthebbende) afstand kan worden gedaan. Het enkele feit dat de betrokkene zelf verdachte is, maakt de acceptatie van zijn toestemming als basis van legitiem overheidsoptreden op zichzelf niet anders. Dat geldt ook voor het feit dat in de in het convenant onderscheiden eerste fase nog slechts sprake is van 'signalen' van fraude in de zorg en nog niet van een verdenking, waardoor er nog geen bevoegdheid voor handen is de betreffende gegevens of informatie dwingend te vergaren. Ook dan mag de betrokkene, binnen nadere voorwaarden, om zijn vrijwillige toestemming tot en instemming met het beoogde overheidshandelen worden verzocht.

Het convenant gaat er van uit dat zowel in de eerste als in de tweede fase de gegevens door de betreffende op basis van diens vrijwillige medewerking zullen (kunnen) worden verstrekt aan de ODA. (De niet op vrijwilligheid gebaseerde variant van art. 5 van het convenant komt hierna nog apart aan de orde.) Dat betekent in de eerste plaats dat de effectiviteit van de regeling tegen fraude in de zorg op dit onderdeel afhankelijk is van de medewerking van de betreffende arts. Als de betreffende artsen telkens medewerking weigeren, heeft het convenant geen betekenis. Het convenant lijkt voorts voorbij te gaan aan de situatie dat de arts die voorwerp is van onderzoek aanvankelijk kan beslissen mee te werken, maar op die toestemming terug kan komen, terwijl bijvoorbeeld de ODA al aan het werk is. Het convenant duidt niet voor niets aan dat de arts 'in alle situaties' zijn (beklag- en) verschoningsrecht behoudt. Wat is dan, bij het intrekken van de toestemming, de situatie rechtens?

In het kader van het antwoord op de vraag of de betreffende arts gerechtigd is de gegevens vrijwillig aan de ODA te verstrekken rijst de vraag of de arts met zijn wilsbeschikking zijn beroepsverschoningsrecht kan prijsgeven. Dit recht en de bevoegdheid het recht in te roepen bestaan als gezegd niet alleen in het belang

van de individuele patiënt of arts, maar in het belang van (toegang tot) de gezondheidszorg meer in het algemeen. Als de arts in dat kader niet met zijn toestemming over het verstrekken van gegevens kan beschikken, kan zijn toestemming geen basis zijn voor het legitiem verstrekken van de betreffende gegevens aan de strafvorderlijke overheid of de ODA. Die overheid mag de arts dan ook niet vragen dat wel te doen.

Dezelfde vraag rijst wellicht nog indringender ten aanzien van de geheimhoudingsplicht die op de arts rust. Het is voorzichtig gezegd niet onmiddellijk gezegd dat de arts van deze geheimhoudingsplicht ter zijde kan stellen c.q. daarvan ontslagen is door vrijwillig de gevraagde gegevens aan de ODA te verstrekken. Het zal eerder zo zijn dat de arts het weigeren van het overdragen van gegevens tot norm en uitgangspunt zal (hebben te) nemen, gegeven zijn geheimhoudingsplicht. Daarbij is van belang dat ter zake geen toestemming wordt gevraagd van degene (patiënt) op wie de gegevens betrekking hebben. Een ontslag uit de geheimhoudingsplicht kan met name niet bij (of als gevolg van naleving van enig) convenant intreden, als voor die opheffing niet een uitdrukkelijke, wettelijke basis bestaat. Hiervoor is geconstateerd dat dit bij de huidige stand van zaken waarschijnlijk niet het geval is, noch in wetgeving noch in de jurisprudentie betreffende ‘zwaarwegende belangen’ c.q. ‘zeer bijzondere omstandigheden’, zeker niet ten aanzien van alle gevallen van (ernstige) fraude in de zorg in het algemeen.

De betrokken arts die voorwerp is van onderzoek kan uiteraard niet tot medewerking worden gedwongen noch gedrongen. Dit geldt reeds in de eerste fase, maar wellicht nog meer in de tweede fase waarin de arts tegen wie het onderzoek zich richt als verdachte zal zijn aangemerkt.

Ter waarborg van de vrijwilligheid had in het convenant met een aan art. 29 lid 1 Sv ontleende formulering kunnen worden opgenomen dat de officier van justitie die de arts om medewerking verzoekt, zich onthoudt van alles wat de strekking heeft medewerking te verkrijgen die niet berust op instemming die in vrijheid is gegeven. In het kader van het vereiste van het ‘informed consent’ ligt het voor de hand de arts die voorwerp is van onderzoek, vooraf op de gevolgen van zijn instemming tot onderzoek door de ODA te wijzen. De vraag rijst ook of de arts niet de gelegenheid zou moeten worden geboden zich ter zake van juridisch advies te voorzien, alvorens kan worden aangenomen dat zijn toestemming op dit punt gebaseerd is op voldoende vrijwilligheid en op voldoende inzicht in de gevolgen van zijn in te nemen positie. In dat kader



klinkt de mogelijkheid van art. 4a lid 2 van het convenant om ‘in geval van spoed’ een mondeling verzoek tot de arts te richten als een zekere bedreiging voor de vrijwilligheid van het antwoord. In elk geval hoeft de arts die voorwerp is van onderzoek niet met dezelfde spoed op het verzoek te antwoorden.

Het convenant voorziet er in dat de KNMG toetst of de medewerking van de arts daadwerkelijk berust op vrijwilligheid. Onduidelijk op welke wijze de KNMG – als niet specifiek op dit punt gespecialiseerde instantie – daaraan invulling kan geven. Voor de legitimatie van de in het convenant geregelde modaliteit, had een nadere regulering van (waarborgen voor) de vrijwilligheid van de medewerking wel voor de hand gelegen. Om een vergelijking te maken: bij de toepassing van art. 98 lid 1 Sv kan ook sprake is van toestemming van de beroepsverschoningsgerechtigde in het kader van de uitoefening van de bevoegdheid tot inbeslagneming. Vanwege de betrokkenheid van de RC bij de inbeslagneming bij verschoningsgerechtigden zal de in dat artikellid bedoelde toestemming van de beroepsverschoningsgerechtigde al snel aan de RC moeten blijken. Dat is dan toch, zeker in het kader van het bewaken van de vrijwilligheid van de toestemming, een andere autoriteit dan – met alle respect – de KNMG.

### **De functie en de positie van de juridisch deskundige**

Het convenant voorziet in de inschakeling van de juridisch deskundige. Daarmee wordt voorzien in een bijzondere regeling voor een extra toets of de inzet van de ODA in een concrete zaak wel ‘gerechtvaardigd’ is. Meer strafvorderlijk gezegd is daarmee sprake van een toets die in elk geval ten delen normaliter onder de werking van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit aan de orde kan worden gesteld.

De inschakeling van een juridisch deskundige is in de eerste plaats voorzien in geval de arts niet direct vrijwillig mee wil werken aan ‘de procedure van de ODA’ (art. 4 lid 1 Convenant). Hem komt in dat geval ‘het recht toe’ een beroep te doen op ‘de benoemde juridisch deskundige’ (art. 4 lid 2 Convenant). Feitelijk wordt de zaak (het signaal of de verdenking van de fraude in de zorg) door de OvJ aan de benoemde juridisch deskundige voorgelegd. Onduidelijk is of de arts invloed heeft op de keuze van de juridisch deskundige of bijvoorbeeld de aan hem voorgelegde vraagstelling c.q. of de arts zijn eigen zienswijze aan de juridisch deskundige mag meegeven. Het convenant voorziet niet in regeling

van dergelijke aspecten die bijvoorbeeld bij de benoeming van een deskundige op grond van het Wetboek van Strafvordering wel aan de orde zijn.

Dat raakt aan de positie en verankering van deze juridisch deskundige. Over zijn benoeming (per geval?) laat het convenant onduidelijkheid bestaan. Over zijn positie eveneens. Dat geldt ook voor de eisen aan opleiding en achtergrond. De juridisch deskundige is niet in enig strafvorderlijk verband geïntegreerd. Zijn positie en de reikwijdte van zijn beslissing reiken niet verder dan in het convenant voorzien. Het voornaamste rechtsgevolg is dat de officier van justitie het negatieve oordeel van de deskundige over de vraag op een beroep op de ODA niet gerechtvaardigd is, zal respecteren: art. 4 lid 5 Convenant. Dat zal, gegeven de positie van de OvJ, niet meer dan een advies aan de OvJ kunnen zijn. (Niet valt in te zien waarom de OvJ, mocht hij in de 2<sup>de</sup> fase zich genoodzaakt zien van zijn strafvorderlijke bevoegdheden gebruik te maken, in voorkomende gevallen niet alsnog een beroep op de ODA zou kunnen doen, hetgeen het vijfde lid waarschijnlijk onbedoeld naar zijn letterlijke bewoordingen lijkt uit te sluiten.)

De juridisch deskundige is in de situatie van art. 4 van het convenant kennelijk adviseur aan de betreffende arts die immers om toets door de deskundige heeft verzocht. Naar aan te nemen valt ter beantwoording van de vraag of hij (dat wil zeggen: de arts die voorwerp is van onderzoek) alsnog met de ODA-procedure zal (kunnen) instemmen. Het convenant meldt echter dat als het oordeel van de juridisch deskundige is dat deze een beroep op de ODA gerechtvaardigd vindt, de OvJ aan de KNMG verzoekt een ODA voor te dragen: art. 4 lid 4 Convenant. Er moet geen misverstand over bestaan dat ook in geval de juridisch deskundige tot het oordeel komt dat de inschakeling van de ODA gerechtvaardigd is, de toepassing ervan op de (vrijwillige) medewerking van de arts moet (kunnen) zijn gebaseerd. De vrijwillige toestemming kan niet door het oordeel van de juridisch deskundige worden vervangen. Het lijkt aangewezen dat het convenant uitdrukkelijk bepaalt dat de arts die niet onmiddellijk besluit tot vrijwillige medewerking, daartoe op grond van het verslag van de juridisch deskundige opnieuw wordt uitgenodigd. Wat de inhoud van het verslag van de juridisch deskundige ook is, voorkomen moet worden dat die inhoud de vrijwilligheid van de medewerking te zeer onder druk zet. Hier ligt een taak voor de KNMG die immers ingevolge het convenant de vrijwilligheid van de medewerking van de arts die voorwerp is van het onderzoek, heeft te toetsen.

### **De arts en zijn verdediging: art. 4a van het convenant**

Ten minste als de arts verdachte is van een concreet strafbaar feit op het gebied van fraude, rijst de wat klassieke vraag in hoeverre de arts aan zijn geheimhoudingsplicht gebonden is in het kader van het gebruik van onder het geheim vallende gegevens voor zijn verdediging in de strafzaak tegen hem. Dat punt speelt met name voor zover patiënt(en) geen toestemming geven voor het gebruik van dergelijke, op hen betrekking hebbende gegevens. In dat kader is het terecht dat in art. 4a van het convenant is voorzien in de gelegenheid voor de arts (en/of zijn raadsman) om ook op eigen initiatief vrijwillig om de inzet van de ODA te verzoeken en aan deze onder de geheimhouding vallende gegevens te verstrekken. Daarbij is het terecht dat uitdrukkelijk wordt bepaald dat de OvJ van die gegevens geen kennis neemt. De voorziening van art. 4a van het convenant heeft dan echter alleen betekenis voor zover men wil aannemen dat er voldoende basis voor onderzoek tegen de betreffende arts (in het bovenstaande is dat met name ten aanzien van de eerste fase betwijfeld) en dat in geval van toepassing van art. 4a van het convenant, de voorziening van dit convenant voldoende is om de arts tegen wie het onderzoek zich richt, te ontslaan van zijn geheimhoudingsplicht. Alleen voor de tweede fase, waarin sprake is van een verdenking of van een strafvervolgung, zou een dergelijke basis in het publieke recht zelf, te weten in art. 6 EVRM, kunnen worden gevonden.

### **Procedure met betrekking tot gegevens die afkomstig zijn van derden/andere personen dan de arts die voorwerp is van onderzoek; de artikelen 5 en 6 van het convenant**

De artikelen 5 en 6 adresseren de situatie dat de officier van justitie gegevens heeft ontvangen van een derde die mogelijk medische gegevens ‘bevat’ (art. 5) respectievelijk ‘bevatten’ (art. 6; in art. 5 zal eveneens de meervoudsvorm bedoeld zijn). Artikel 5 heeft daarbij betrekking op de in het convenant onderscheidde eerste fase, artikel 6 op de tweede fase. Ten aanzien van beide fasen rijst de vraag of met de regeling van het convenant wel in een modaliteit van onderzoek van gegevens wordt voorzien die in voldoende mate steunt op bestaande regelgeving. Daarvoor is het volgende van belang.

De modaliteit van art. 5 is niet gebaseerd op de (op vrijwilligheid getoetste) toestemming van de arts tegen wie het onderzoek is gericht. Het betreft grotendeels regeling van de eigen voorgenomen handelwijze van de officier van justitie ingeval derden gegevens aanleveren. In zoverre rijst de vraag of dit deel van het convenant wel thuis hoort in een overeenkomst met de andere ondertekenaars ervan.

Nu de toestemming geen basis is, is de vraag wat dan wel precies de rechtsbasis is van het optreden op grond van dit artikel. Aangezien sprake is van de eerste fase, en dus niet van een verdenking, kan dat niet de uitoefening van enige opsporingsbevoegdheid zijn, zoals inbeslagneming van gegevens(dragers) omdat die bevoegdheid aan de voorwaarde voor verdenking gebonden is.

De eerste stap van art. 5 is dat de officier van justitie iets met de gegevens die hem via derden bereikt hebben, gaat doen. Als op dat moment reeds duidelijk is dat dit (ook) gegevens kan betreffen die onder het beroepsverschoningsrecht vallen, rijst de vraag of de officier van justitie naar geldend niet simpelweg dat beroepsverschoningsrecht heeft te respecteren. En dat ook in het geval de gegevens door de derde rechtmatig zijn vergaard. Van belang is daarbij te beseffen dat het beroepsverschoningsrecht niet wordt opgeheven doordat de gegevens naar of via derden gaan. Voorts is – het zij andermaal gezegd – van betekenis dat dit een belangenafweging is, die door de wetgever aldus is gemaakt. De toelichting bij het convenant merkt op ‘Juist in de eerste fase lopen opsporing en vervolging tegen het medisch beroepsgeheim aan van de arts die voorwerp van onderzoek is’. Dat is goed te begrijpen, ook de aandrang met dergelijke gegevens eventueel iets te gaan doen, maar de onmogelijkheid van (verder) onderzoek is nu juist de kern van het (respect voor) het verschoningsrecht.

De volgende stap in de procedure van art. 5 getuigt in feite van dezelfde veronderstelling dat die op zichzelf mogelijk is. De officier van justitie stelt de gegevens immers ter beschikking aan de juridische deskundige. Op welke rechtsbasis de juridisch deskundige door de officier van justitie in kennis mag worden gesteld van gegevens die vermoedelijk onder het verschoningsrecht vallen, is onduidelijk. Een convenant is daartoe ontoereikend. Art. 5 lid 2 vermeldt daarbij weliswaar dat de officier van justitie geen inhoudelijke kennis neemt van de gegevens, maar lid 1 vermeldt dat de officier ‘een signaal van fraude’ voorlegt aan de juridisch deskundige. Vereist de vaststelling of van een signaal van fraude sprake is, niet reeds (enige) inhoudelijke beoordeling van de gegevens?

Vervolgens is het aan de juridisch deskundige om te oordelen of een beroep op de ODA gerechtvaardigd. Het convenant vermeldt dat de officier van justitie gebonden is aan de uitkomst ervan. De juridisch deskundige neemt kennis van de inhoud van de gegevens. Ook hier is niet duidelijk op basis van welke wettelijke voorziening hij dat mag doen. Ook hier is het convenant niet

voldoende. Hiervoor is al opgemerkt dat de juridisch deskundige buiten het convenant verder geen enkele positie rechtens inneemt. Zijn oordeel dat een beroep op de ODA gerechtvaardigd is, heeft in zoverre voor de vraag of de officier van officier van justitie rechtens juist handelt, geen extra legitimerende basis. De vraag die beantwoordt moet worden of de officier van justitie ook zonder het convenant iets met de hem aangereikte gegevens kan doen, en zo ja (maar eerst dan) in dat kader een ODA kan inschakelen. De vraag of dat juridisch gerechtvaardigd is, kan in ultimo niet van het oordeel van de juridisch deskundige afhangen.

### **De arts en zijn verschoningsrecht in art. 5**

De voorziening van art. 5 sluit in het achtste lid af met de vaststelling dat de betrokken arts ‘in alle situaties zijn beklag- en verschoningsrecht houdt’. Eerder is al opgemerkt dat, voor zover het beklag van art. 552a Sv bedoeld is, de verwijzing daarnaar geen betekenis heeft omdat in de eerste fase geen handelingen mogen worden verricht waartegen art. 552a Sv beklag open stelt. Voorts betekent het – potentiële – beroep op het verschoningsrecht van de arts dat dit, op de gegevens berustende recht door anderen bij wie de gegevens terecht komen, gerespecteerd en behoed moet worden.<sup>13</sup> In dat kader doet het vreemd aan dat de OvJ er op grond van art. 5 convenant voor kan kiezen de arts geen gelegenheid te bieden een beroep op het verschoningsrecht te doen. Voor zover daarmee de suggestie wordt gewekt dat de officier van justitie door de afweging aan het verschoningsrecht voorbij kan gaan, wekt dat bevreesing omdat het verschoningsrecht dat op gegevens rust niet afhankelijk is van het antwoord op de vraag of de arts daar eventueel (g)een beroep op wil doen.

Zijdelings rijst de vraag of ingeval de arts wel wordt geïnformeerd, niet ‘gewoon’ de procedure van instemming van de arts wordt gevolgd. In feite wordt deze gedachtenlijn in art. 6 van het convenant ook gevolgd. Dat artikel schrijft immers voor de tweede fase voor dat steeds de gewone procedure van instemming wordt gevolgd. Dat zal mede gebeurd zijn omdat de procedure van art. 5 convenant voor de tweede fase van verdenking, uitgesloten zal zijn, vanwege een gebrek aan juridische basis. De vraag is of dat voor de eerste fase niet ook zo is.

Men kan art. 5 ook van een andere kant van enige kanttekeningen voorzien. Blijkens het nieuwe artikel 98 Sv is denkbaar dat het verschoningsrecht dat op

---

<sup>13</sup> HR 12 februari 2013, NJ 2013, 505, m.nt. J. Legemaate.

bepaalde gegevens rust, doorbroken wordt, zeker als het gaat om gegevens in een groter geheel waarvan niet alle gegevens per se onder het verschoningsrecht zullen vallen. Maar juist ten behoeve van de bescherming van het verschoningsrecht is bij de beslissing over wat in beslag wordt genomen (dus, net zoals het convenant wil: wat er voor verder onderzoek beschikbaar zal zijn) een regievoerende rol voor rechter-commissaris weg gelegd. Het is moeilijk denkbaar dat daarnaast een bij convenant geregelde procedure kan bestaan waarin een – andere – modaliteit wordt geregeld waarin een verder niet in zijn positie gefundeerde juridisch deskundige ter zake legitimerende beslissingen neemt.

### **De inzet van de ODA bij inbeslagneming op grond van het Wetboek van Strafvordering (par. 4 van het convenant)**

Voor zover bij het werk van de RC binnen de wettelijke kaders van de strafvordering tot het toepassing van daarin geregelde bevoegdheden selectie en beoordeling van stukken aan de orde is, waarvan de inhoud onder de geheimhoudingsplicht en het beroepsverschoningsrecht vallen, is het bepaald aangewezen dat deze functionarissen daarbij in bepaalde gevallen een beroep kunnen doen op voldoende opgeleide beroepsgenoten uit het beroep waarop het verschoningsrecht betrekking heeft. Thans vervult in voorkomende gevallen bij advocaten bijvoorbeeld de plaatselijke deken van de orde van advocaten een dergelijke functie.

Voor zover het convenant in die zin voorziet in het inzetten van de ODA, met name in par. 4 van het convenant, bestaat daartegen juridisch geen bezwaar. Hier is opereren binnen de bestaande wettelijke kaders van de bevoegdheid van de RC immers, mede door de regierol van de RC, gegarandeerd. Vrijwillige medewerking van de (verdachte) arts tegen wie het onderzoek loopt, is niet noodzakelijk. De juridisch deskundige uit het convenant heeft bij de uitoefening van de bevoegdheid tot inbeslagneming op grond van het Wetboek van Strafvordering in de tweede fase evenmin een functie. Het is goed dat dit convenant er toe kan leiden dat de RC bij de uitoefening van wettelijke bevoegdheden in geval van verdenking gebruik kan maken van de ODA als gespecialiseerde vertegenwoordiger van de beroepsgroep van degene van wie het beroepsverschoningsrecht in het concrete geval in het geding is. Een en ander geldt in gelijke zin in voorkomende gevallen bij de uitoefening van andere (al dan niet toekomstige) bevoegdheden, zoals in het kader van het bestuurlijk toezicht.

Op dit punt valt andermaal wel op de positie van de ODA geheel steunt op het convenant. Dat is – bijvoorbeeld bij de hier boven genoemde figuur van de deken van de orde van advocaten – anders, wiens positie – ook ten opzichte van de betrokken advocaat – steunt op de Advocatenwet. De vraag is of voor de reikwijdte van de betrokkenheid en inhoudelijke werkzaamheden van die ODA, zelfs als die inzet beperkt blijft tot bijstand aan met name de RC bij de uitoefening van diens bevoegdheden, werkelijk met alleen een convenant kan worden volstaan.

### **Slotsom**

Samengevat kan worden gezegd dat het convenant er toe strekt om zowel in geval van signalen van fraude als van verdenking ter zake van fraude, een modaliteit te regelen van be- en verwerken van gegevens die onder de geheimhoudingsplicht en het beroepsverschoningsrecht vallen. De bedoeling van dit proces is daarna het onderzoek ter zake van die signalen of verdenking voort te kunnen zetten. In beide fasen is sprake van strafvorderlijk onderzoek. Daarvoor geldt als uitgangspunt regeling bij wet. Binnen de bestaande regeling is de geheimhoudingsplicht en het beroepsverschoningsrecht zodanig ingericht dat dit inderdaad, ten behoeve van de bescherming van andere belangen, onderzoek belemmert of verhindert. Doorbreking van de geheimhoudingsplicht en het beroepsverschoningsrecht is mogelijk. Maar doorbreking ten behoeve van de opsporing (of onderzoek naar signalen) van fraude in de zorg, ook in niet de ernstigere gevallen, in een algemene regeling als die waarin het convenant beoogt te voorzien, vindt tot nu toe geen steun in het recht binnen de bestaande modaliteiten van beperking.

Noch de toestemming van de betrokken arts, noch de aard van de bescherming die de ODA kan bieden, noch de inzet van een – in zijn rol en functie alleen in het convenant gefundeerde – juridisch deskundige kan een voldoende legitimerende basis bieden voor de modaliteit van onderzoek waarin het convenant beoogt te voorzien.

Voor de eerste fase lijkt vooral de verhouding tot (aankomende wijzigingen in) de regeling van het bestuurlijk toezicht problematisch. Voor de eerste en tweede fase geldt dat voor de verhouding tot bestaande bevoegdheden en de wijze waarop daarbinnen met het beroepsgeheim en het verschoningsrecht wordt omgegaan, problematisch is. Bijvoorbeeld op grond van het Wetboek van Strafvordering speelt de rechter-commissaris bij het adequaat omgaan met

gegevens onder het verschoningsrecht een belangrijke rol. Het convenant neemt ten onrechte aan dat er ruimte is voor een aanvullende of alternatieve regeling ter zake.

Dat wil niet zeggen dat voor de noodzaak van de door het convenant bedoelde modaliteit van onderzoek in geval van fraude in de zorg geen argumenten aan te voeren zouden zijn. Maar als daartoe moet worden besloten, vereist de daarmee gepaard gaande beperking van het beroepsverschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht een publiekrechtelijke rechtsbasis die thans ontbreekt en die niet bij convenant kan worden gecreëerd.

Iets (geheel) anders is dat het convenant er terecht in voorziet dat bij de uitoefening van wettelijke bevoegdheden, zoals die tot inbeslagneming op grond van het Wetboek van Strafvordering, de rechter-commissaris (binnen de strafvordering de in verband met het verschoningsrecht regie-voerende autoriteit) bij de uitoefening van zijn bevoegdheden over de inzet van de ODA kan beschikken.