

AAN Ministerie van Veiligheid en Justitie
De Staatssecretaris dhr. mr. F. Teeven,
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

DATUM 4 december 2012
ONS KENMERK z2012-00824

CONTACTPERSOON

UW BRIEF VAN 19 november 2012
UW KENMERK 323945

ONDERWERP Tweede nota van wijziging Wetsvoorstel
forensische zorg (32 398)



Geachte heer Teeven,

Bij brief d.d. 19 november 2012 heeft u het College bescherming persoonsgegevens (hierna: CBP) ter advisering voorgelegd de tweede nota van wijziging bij het bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel Wet forensische zorg (Kamerstukken II, 32 398). Deze tweede nota van wijziging bevat een aanpassing van de regeling, neergelegd in de eerste nota van wijziging, die het mogelijk maakt bestaande medische gegevens te vorderen en te gebruiken ten behoeve van het onderzoek naar de aanwezigheid van een psychische stoornis bij verdachten van misdrijven waarvoor tbs opgelegd kan worden, maar die weigeren aan het daarvoor benodigde onderzoek mee te werken ('weigerachtige observandi'). Het CBP heeft in februari 2009 advies uitgebracht over het voorstel van wet forensische zorg, maar over deze in de eerste nota van wijziging neergelegde regeling heeft u het CBP niet (eerder) om advies gevraagd. Bij de aanbidding van de onderhavige adviesaanvraag heeft u aangegeven dat de Raad van State op 9 augustus 2012 reeds geadviseerd heeft over deze tweede nota van wijziging. Ook geeft u aan dat op 19 november 2012, gelijktijdig met de adviesaanvraag aan onder andere het CBP, de stukken inzake deze tweede nota van wijziging reeds zijn verstuurd aan de Tweede Kamer. In verband met de voorgenomen invoering van de Wet forensische zorg per 1 januari 2013 verzoekt u het CBP om binnen de termijn van een week een advies uit te brengen.

Het CBP heeft u laten weten dat advisering binnen de gegeven termijn van een week redelijkerwijs niet gerealiseerd kon worden. Met deze brief voldoet het CBP aan uw verzoek om op korte termijn te adviseren.

Inhoud van de regeling

In de tweede nota van wijziging wordt beoogd om meer waarborgen te bieden ter bescherming van de belangen van de weigerachtige verdachte dan in de oorspronkelijke regeling zoals neergelegd in de eerste nota van wijziging was voorzien. Die extra bescherming bestaat uit de inschakeling van een multidisciplinaire commissie ter beoordeling of beschikbare gegevens bruikbaar zijn, een beslissing door de rechter-commissaris over het daadwerkelijk verstrekken van die gegevens aan de gedragskundigen die de rechter adviseren over oplegging van tbs, alsmede het mededelen aan de verdachte dat de multidisciplinaire commissie is ingeschakeld en het ter zake horen van de verdachte door de rechter-commissaris.

Het CBP constateert dat het bij deze voorgestelde regeling, ook in de aangepaste vorm, gaat om het introduceren van een wettelijke verplichting tot doorbreking van het medisch beroepsgeheim voor hulpverleners waarmee de verdachte een behandelrelatie heeft of heeft gehad. Het CBP merkt op dat dit door de voorziene inschakeling van de multidisciplinaire commissie niet anders is geworden. De leden van die multidisciplinaire commissie, ook de daarin functionerende artsen, zijn ten opzichte van de behandelrelatie tussen patiënt en hulpverlener aan te merken als 'derden'. Derhalve zal bij de verplichte verstrekking van gegevens door de hulpverlener aan die commissie sprake zijn van doorbreking van het (medisch) beroepsgeheim. Het feit dat de in die commissie functionerende artsen gebonden zijn aan een medisch beroepsgeheim en de overige leden aan een geheimhoudingsplicht maakt dat niet anders. Van een 'uitgestelde' doorbreking van het beroepsgeheim door inschakeling van de multidisciplinaire commissie kan derhalve niet worden gesproken. Nu voorgesteld wordt om het mogelijk te maken om medische persoonsgegevens die zijn verzameld in het kader van zorgverlening ook te (kunnen) gebruiken om een doelstelling in de sfeer van de strafrechtspleging te dienen, raakt de voorgestelde regeling aan een kernpunt in de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de gezondheidszorg. De voorgestelde regeling heeft een ingrijpend karakter en er dienen voldoende zwaarwegende redenen te zijn om deze inbreuk op de persoonlijke levenssfeer te (kunnen) rechtvaardigen en dit dient voldoende te worden onderbouwd.

Juridisch kader

De voorgestelde regeling dient te voldoen aan artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), artikel 10 Grondwet alsmede aan de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), welke uitvoering geeft aan Richtlijn 95/46/EG. De voorgestelde regeling dient tevens te voldoen aan aanverwante wet- en regelgeving met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, waaronder de regeling inzake het medisch beroepsgeheim, neergelegd in artikel 7:457 van het Burgerlijk Wetboek (BW) en in artikel 88 van de Wet beroepen individuele gezondheidszorg (Wet BIG). Volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens dient iedere beperking van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer te worden gerechtvaardigd door een '*pressing social need*'. De inmenging moet bovendien evenredig zijn aan het nagestreefde doel (proportionaliteit), dat doel moet niet op andere, minder indringende wijze kunnen worden bereikt (subsidiariteit) en de ter onderbouwing aangevoerde gronden moeten relevant en toereikend zijn.

Voor het verwerken van persoonsgegevens is onder meer een grondslag als bedoeld in artikel 8 Wbp vereist en tevens moet zijn voldaan aan de eisen van noodzakelijkheid en doelbinding (artikel 7 Wbp). Deze vereisten houden kort gezegd in dat persoonsgegevens slechts mogen worden verwerkt indien én voor zover dit noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken alsmede dat het verder verwerken van persoonsgegevens slechts is toegestaan indien die verdere verwerking niet onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor de persoonsgegevens zijn ontvangen (artikel 9 Wbp).

Het verwerken van *bijzondere* persoonsgegevens, zoals persoonsgegevens betreffende gezondheid (hierna: medische persoonsgegevens), is aan strengere regels gebonden. De Wbp verbiedt het verwerken van bijzondere persoonsgegevens (artikel 16 Wbp), tenzij sprake is van een van de in

de Wbp opgesomde ontheffingen van dat verbod (artikel 17 t/m 23 Wbp). Medische persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt indien een ontheffing wordt gevonden in artikel 21 Wbp dan wel artikel 23 Wbp.

Indien geen ontheffing wordt gevonden in de algemene gronden van artikel 21 dan wel 23 Wbp, kan een specifieke ontheffing worden gecreëerd bij wet. Artikel 23 lid 1 sub f Wbp bepaalt dat het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken niet van toepassing is voor zover dit noodzakelijk is met het oog op een zwaarwegend algemeen belang, passende waarborgen worden geboden ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer, en dit bij wet wordt bepaald. Bij de implementatie van artikel 8 lid 4 van Richtlijn 95/46 EG in artikel 23 lid 1 sub e Wbp is er uitdrukkelijk voor gekozen dat de grondslag voor de gegevensverwerking moet worden gecreëerd bij wet in formele zin. De grondslag voor gegevensverwerking dient – mede gelet op artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet – voldoende specifiek te zijn. Ook dient de noodzakelijkheid van de verwerking door de formele wetgever te worden onderbouwd en moeten passende waarborgen worden geboden ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer.

Indien een wettelijke bepaling er ook op is gericht het medisch beroepsgeheim te doorbreken, dient deze bepaling te voorzien in voldoende specificatie van zowel de doelstelling van de verplichting als de nader bepaalde gegevens waarop die verplichting ziet.

Beoordeling

Het CBP constateert dat – op advies van de Raad van State - in de toelichting bij deze tweede nota van wijziging wordt voorzien in een uiteenzetting over de verenigbaarheid van de voorgestelde regeling met de eisen van artikel 10 Grondwet, artikel 8 van het EVRM, in het bijzonder waar het de proportionaliteit en subsidiariteit betreft, en de Wbp. Deze bij de tweede nota van wijziging opgenomen beschouwing, die als zodanig niet door de Raad van State is beoordeeld, geeft het CBP aanleiding tot de navolgende opmerkingen. Die opmerkingen zien op de vereisten zoals die voortvloeien uit bovengeschetst juridisch kader ter zake van de noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit van de voorgestelde inbreuk op het medisch beroepsgeheim.

Noodzaak

Het CBP merkt ter zake van de noodzakelijkheid op dat in Nederland in wetgeving tot op heden terughoudendheid is betracht met het opnemen van wettelijke verplichtingen tot doorbreking van het (medisch) beroepsgeheim. Daarbij gaat het dan om uitzonderlijke situaties waarin sprake is van het alleen daarmee (kunnen) wegnemen van acuut dreigend, concreet gevaar (bijvoorbeeld in de Wet publieke gezondheid). In algemene zin wordt, met name in de doctrine, aangenomen dat het leerstuk van het 'conflict van plichten' aan hulpverleners overigens voldoende ruimte biedt om in individuele gevallen, na een zorgvuldige afweging van belangen, het medisch beroepsgeheim te doorbreken om daarmee andere, zwaarwegender belangen te kunnen beschermen. Op grond van dergelijke overwegingen is er bijvoorbeeld rond kindermishandeling besloten tot het opnemen van een meldrecht in de wet en is afgezien van de invoering van een meldplicht.

Die terughoudendheid is sterk aanwezig in de jurisprudentie van de Hoge Raad¹ over doorbreking van het medisch beroepsgeheim in verband met het belang van waarheidsvinding in strafzaken. In rechterlijke uitspraken ter zake is steeds sprake van een zorgvuldige afweging van de concrete omstandigheden van het geval die soms aanleiding geven tot aannemen van de noodzaak tot doorbreking van het medisch beroepsgeheim, maar soms ook niet. Leidraad is dat de vraag of sprake is van uitzonderlijke omstandigheden zich niet in het algemeen laat beantwoorden.

Het CBP stelt vast dat de nu voorgestelde regeling tot doorbreking van het beroepsgeheim een (trend-)breuk inhoudt ten opzichte van de gangbare benadering van situaties waarin handhaving van de geheimhoudingsplicht kan conflicteren met andere, zwaarwegende belangen. Nu de voorgestelde regeling lijkt te breken met de in dezen gangbare benadering, vraagt dat om een bijzonder overtuigende en klemmende motivering (waarom hier wel, elders niet). Het CBP mist in de toelichting aandacht voor dit aspect. Ook de consequenties die – mogelijkerwijs – aan deze trendbreuk verbonden kunnen zijn voor andere (rechts-)gebieden worden niet besproken, terwijl dit van belang is om de eventuele precedentwerking te kunnen bepalen i.e. beperken. Het CBP constateert dat ook dergelijke beschouwingen in de toelichting ontbreken.

Het CBP concludeert dat zonder een aantoonbare dwingende noodzaak die aan een zwaarwegend algemeen belang kan worden ontleend, de voorgestelde regeling niet voldoet aan de vereisten die op basis van artikel 8 EVRM worden gesteld aan een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en die op grond van artikel 23 eerste lid onder f Wbp gelden voor het door middel van een wettelijke bepaling voorzien in een specifieke grondslag voor de verwerking van medische persoonsgegevens.

Proportionaliteit

Het CBP merkt ter zake van de proportionaliteit op dat het (medisch) beroepsgeheim niet alleen ziet op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de door deze regeling – eventueel – getroffen (weigerachtige) verdachten, maar ook op het (algemeen) maatschappelijk belang 'dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden'.² In de doctrine en in de jurisprudentie van de Hoge Raad is een bestendige lijn aanwezig ten aanzien van de zwaarte die aan dit belang wordt toegekend, in die zin dat slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden aangenomen kan worden dat daaraan minder gewicht toekomt dan aan andere maatschappelijke belangen, bijvoorbeeld de waarheidsvinding in strafzaken. Dat in de geestelijke gezondheidszorg en ten aanzien van aldaar verzamelde medische persoonsgegevens zich (nog) een extra dimensie voordoet is in uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven³ genoegzaam benadrukt en tot uitdrukking gebracht. Het is derhalve aangewezen om de eventuele nadelige effecten op de ervaren vertrouwelijkheid in en daarmee samenhangende toegankelijkheid van de

¹ HR 28-02-2012, LJN BU 6088, HR 26-05-2009, LJN BG5979, HR 27-05-2008, LJN BD7817.

² Zie o.a. HR 28-02-2012, LJN BU 6088.

³ CBb, 08-03-2012, LJN BV8297 en CBb 02-08-2010, LJN BN 3056.

geestelijke gezondheidszorg voor een grote groep (potentiele) patiënten in de belangenafweging te verdisconteren en in die belangenafweging niet uitsluitend te kijken naar de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de groep 'weigerachtige' verdachten. De groep personen die geconfronteerd wordt met de daadwerkelijke doorbreking van het (medisch) beroepsgeheim is ogenschijnlijk klein (in de toelichting wordt gesproken over ca. 35 weigerachtige verdachten per jaar), maar de regeling raakt aan de belangen van de zeer veel grotere groep van – potentiële - patiënten (en hun naasten) die baat (kunnen) hebben bij het zoeken van hulp bij psychische en/of psychiatrische problemen, maar uit vrees voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim zullen overwegen dit niet te doen.

Het CBP stelt vast dat dit met het medisch beroepsgeheim gemoeide algemeen maatschappelijk belang niet voldoende in de uiteenzetting en de afweging in de toelichting bij de tweede nota van wijziging wordt betrokken.

Het CBP stelt ook vast dat de voorgestelde regeling voorziet in een verplichting voor de hulpverlener om *alle beschikbare gegevens* aan de commissie overleggen, waardoor noodzakelijkerwijs ook gegevens die voor de rapportage door de gedragskundigen niet relevant zijn (want niet ter zake doende en/of verouderd dan wel om andere redenen onbruikbaar) zullen worden overlegd en bij de commissie bekend zullen worden. Aangezien reeds bij verstrekking van de gegevens aan de commissie sprake is van een doorbreking van het medisch beroepsgeheim, constateert het CBP dat de in de regeling opgenomen wettelijke verplichting niet voldoet aan het vereiste dat die naar aard en omvang beperkt blijft tot hetgeen redelijkerwijs noodzakelijk is te achten om het beoogde doel (rapportage aan de rechter) te bereiken. Wel vervult de multidisciplinaire commissie in zeker opzicht een filterfunctie zodat uiteindelijk alleen de (potentieel) bruikbare gegevens door de gedragskundigen bij hun rapportage ten behoeve van de rechter zullen kunnen worden betrokken. Maar dat neemt niet weg dat er in eerste instantie (bij de verstrekking aan de commissie) een qua aard en omvang onvoldoende op het uiteindelijke doel toegesneden doorbreking van het medisch beroepsgeheim aan de orde is.

Het CBP stelt vast dat de voorgestelde regeling niet voorziet in een voldoende specificatie en derhalve afbakening van de aard en omvang van de wettelijke verplichting voor hulpverleners om hun beroepsgeheim (geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht) te doorbreken, waardoor de proportionaliteit van de inbreuk onvoldoende gewaarborgd is.

Het CBP concludeert dat de voorgestelde regeling niet voldoet aan de vereisten die op basis van artikel 8 EVRM worden gesteld aan de proportionaliteit van de voorziene inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en die op grond van artikel 23 eerste lid onder f Wbp ook gelden bij het door middel van een wettelijke bepaling voorzien in een specifieke grondslag voor de verwerking van medische persoonsgegevens.

Subsidiariteit

Het CBP merkt ten aanzien van de in de toelichting opgenomen argumentatie rond het 'ultimum remedium'-karakter van de regeling op dat die alleen ziet op de vraag of deze regeling de laatste mogelijkheid is om te gaan beschikken over gegevens (ten behoeve van rapportage aan de rechter) over de aanwezigheid van een 'psychische stoornis die onbehandeld tot gevaarlijk gedrag

in de toekomst kan leiden'. Het CBP merkt op dat die rapportage geen doel op zich is, maar een van de mogelijke instrumenten is, die aangewend kunnen worden om de maatschappij te beschermen tegen de veiligheidsrisico's die de groep 'weigerachtige observandi' in de toekomst (zouden kunnen) opleveren. In de toelichting wordt niet ingegaan op de redenen waarom andere instrumenten niet zijn overwogen en/of minder geschikt zijn om de doelstelling (bescherming van de maatschappij) te kunnen realiseren.

Het CBP acht in de toelichting de subsidiariteit van de voorgestelde bepaling niet overtuigend onderbouwd, zonder een beschouwing over eventuele alternatieve mogelijkheden om te voorzien in de bescherming van de maatschappij.

Het CBP concludeert dat de dat de voorgestelde regeling niet voldoet aan de vereisten die op basis van artikel 8 EVRM worden gesteld aan de subsidiariteit van de voorziene inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en die op grond van artikel 23 eerste lid onder f Wbp ook gelden bij het door middel van een wettelijke bepaling voorzien in een specifieke grondslag voor de verwerking van medische persoonsgegevens.

Additionele waarborgen

Het CBP merkt ter zake van de opgenomen additionele waarborgen op dat in de aangepaste regeling weliswaar is voorzien in het horen van de verdachte door de rechter-commissaris, maar dat de doorbreking van het (medisch) beroepsgeheim door verplichte verstrekking aan de multidisciplinaire commissie dan feitelijk al heeft plaatsgevonden. De beslissing van de rechter-commissaris kan derhalve de doorbreking van het (medisch) beroepsgeheim niet meer voorkomen. Ook laat zich moeilijk indenken op welke gronden de rechter-commissaris zou kunnen of willen besluiten om het advies van de multidisciplinaire commissie niet te volgen (en welke argumenten de verdachte daarvoor zou kunnen aandragen). De voorziene procedurele waarborg kunnen derhalve geen bijdrage leveren aan het voorkomen van een onevenredige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte en kwalificeren derhalve niet als 'passende waarborgen' waarop in de zin van artikel 23 eerste lid onder f Wbp wordt gedomd.

Het CBP stelt vast dat ook overigens in de aangepaste regeling niet is voorzien in 'passende waarborgen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer' in de zin van artikel 23 eerste lid onder f Wbp waardoor de aard, omvang en de effecten van de doorbreking van het (medisch) beroepsgeheim gemitigeerd kunnen worden.

Conclusie

Het CBP stelt - al het bovenstaande overziend - vast dat de uiteenzetting in de toelichting op de verschillende onderdelen noch toereikend noch overtuigend is in de onderbouwing van de noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit van de voorgestelde wettelijke verplichting tot doorbreking van het medisch beroepsgeheim. Het CBP concludeert dat de voorgestelde regeling niet voldoet aan de vereisten die op basis van artikel 8 EVRM worden gesteld aan de voorziene inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en die op grond van artikel 23 eerste lid onder f Wbp ook gelden bij het door middel van een wettelijke bepaling voorzien in een specifieke grondslag voor de verwerking van medische persoonsgegevens.

DATUM 4 december 2012
ONS KENMERK z2012-00824

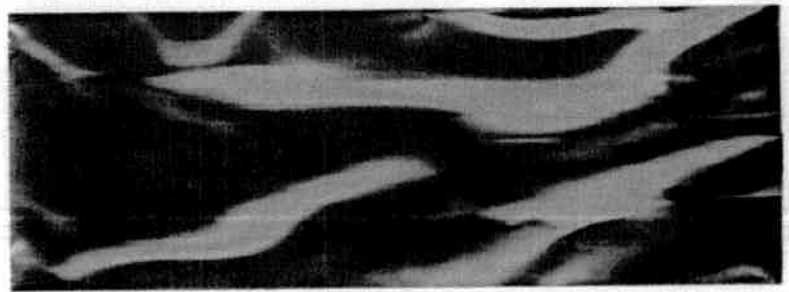
Advies

Het CBP adviseert de behandeling van de in deze nota van wijziging vervatte regeling niet voort te doen zetten.

Hoogachtend,
Het College bescherming persoonsgegevens,
Voor het College,

mr. W.B.M. Tomesen
Collègeliid

12-05-2012 10:15 019



Postbus 93324, 2509 AL Den Haag

COLLEGE BESCHERMING PERSOONSGEGEVENS



POSTNL

€1,32

NETWERK

06 1 207

00000