

166. Zwijgen is zilver, spreken is goud?

ESTHER VAN GAAL EN AART HENDRIKS

Het tuchtrecht heeft primair als doel de bewaking van de kwaliteit van de zorg, en niet het straffen van individuele zorgverleners. Dit neemt niet weg dat een zorgverlener in een tuchtzaak te maken kan krijgen met strafrechtelijke elementen. Dan rijst de vraag of het voor een aangeklaagde zorgverlener tactisch gezien verstandig is om te zwijgen of om te spreken. Aan de hand van recente uitspraken van de tuchtcolleges doen wij aanzetten om deze vraag te beantwoorden.

Uitspraak CTG 6 juli 2017

Op 6 juli 2017 deed het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) uitspraak in een zaak waarin een zorgverzekeraar stelde dat een apotheker zich schuldig had gemaakt aan declaratiefraude.¹ De apotheker ontkende dit, was van mening dat een oordeel over fraude is voorbehouden aan de strafrechter en beriep zich vervolgens op zijn zwijgrecht. De aangeklaagde apotheker volgde daarmee dezelfde processtrategie als bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (RTG) te Zwolle.² Dit college was bepaald niet onder de indruk van het verweer van de apotheker. Sterker, het RTG nam hem zijn handelen dusdanig kwalijk dat het overging tot een doorhaling. Het CTG verwierp het beroep van de apotheker en handhaafde de maatregel van doorhaling, die daarmee definitief werd.

Uit de uitspraak van het CTG volgt dat er eerder sprake was van een civielrechtelijk geschil tussen de zorgverzekeraar en de apotheker. Naar aanleiding hiervan had de rechtbank de apotheker veroordeeld tot het vergoeden van de door de zorgverzekeraar geleden schade ad € 314.298,43. De klagende zorgverzekeraar had deze uitspraak aan de tuchtklacht ten grondslag gelegd. Het Openbaar Ministerie volgde deze zaak op de voet en was op basis van de in de civiele procedure verkregen informatie een strafrechtelijk onderzoek gestart naar verzekeringsfraude door de apotheker. De FIOD was daarom bij de zitting in eerste aanleiding aanwezig. Navraag van de voorzitter van het CTG ter zitting leerde dat niemand op de publieke tribune aangaf de FIOD te vertegenwoordigen. Niettemin beriep de apotheker zich ook bij het CTG op zijn zwijgrecht.

¹ CTG 6 juli 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:201.

² RTG 25 november 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:130.

Beroep op zwijgrecht

De apotheker deed dus een beroep op het zwijgrecht omdat hij zich – naar zijn zeggen – niet behoefde te incrimineren in verband met de strafrechtelijke vervolging die hem boven het hoofd hing. Voor het RTG en het CTG was dit geen reden om niet tot een inhoudelijk oordeel te kunnen komen. Het RTG merkte in dit verband op dat de apotheker zich in deze tuchtrechtelijke procedure geenszins behoefde te incrimineren, maar zichzelf met zijn zwijgen wel de kans had ontnomen om hetgeen door de rechtbank was overwogen en beslist, in elk geval ter zitting te betwisten. Het CTG nam deze redenering van het RTG over. Zo overweegt het CTG in zijn uitspraak:

“Hoewel de apotheker als eigenaar van de apotheken over de relevante informatie en/of stukken moet kunnen beschikken, heeft hij op alle punten nagelaten de feiten en omstandigheden die klagster aan haar klacht ten grondslag heeft gelegd te ontzenuwen. Dat de apotheker dit heeft gedaan om te voorkomen dat de door hem gegeven informatie in een strafrechtelijke procedure tegen hem zal worden gebruikt, staat hem vrij, maar dat neemt niet weg dat het gevolg daarvan is dat in de onderhavige procedure als vaststaand, moet worden aangenomen dat de declaratiefraude heeft plaatsgevonden op de wijze als klagster heeft betoogd.”

Met een beroep op het zwijgrecht wordt de kans ontnomen zich te verdedigen.

Dat de apotheker zich beriep op zijn zwijgrecht, weigerde in te gaan op vragen van het CTG, en slechts volstond met

het afleggen van een beperkte verklaring, werkte ogenschijnlijk alleen in zijn nadeel. Volgens het CTG had hij zich daarmee de kans ontnomen zich te verdedigen en staat aldus de declaratiefraude vast. Wellicht was spreken in dit geval goud geweest?

Jurisprudentie

De jurisprudentie van de tuchtcolleges laat zien dat door aangeklaagden weinig gebruik wordt gemaakt van het zwijgrecht. Waar dit wel gebeurt, lijkt dit de aangeklaagde weinig te baten. Hieronder volgen enkele voorbeelden.

Aangeklaagden maken weinig gebruik van het zwijgrecht.

Op 23 mei 2017 deed het RTG Den Haag uitspraak in een zaak waarin de aangeklaagde huisarts had opgemerkt dat er een gerede kans bestond dat zijn verklaring in de toekomst in een strafrechtelijke procedure tegen hem zou worden gebruikt. Dit bleek volgens hem al uit het feit dat de Inspectie hem tijdens haar onderzoek de cautie had verleend. Vanwege die kans had de huisarts tijdens de mondelinge behandeling tegenover het RTG niet of nauwelijks inhoudelijk op de klachten gereageerd. Het RTG overwoog dat de huisarts zich door deze proceshouding de kans had ontnomen de inhoud van het rapport van de Inspectie te ontzenuwen. De klacht tegen de huisarts werd gegrond geacht.³

In een vergelijkbare zaak van 18 juni 2013 merkte het RTG Amsterdam op dat de aangeklaagde psychiater in de schriftelijke fase slechts had gesteld dat de klacht gedeeltelijk was verjaard, maar dat hij voor het overige het standpunt van klaagster ongemotiveerd had bestreden. Ter zitting had de psychiater er het zwijgen toegedaan. Het RTG concludeerde dat de psychiater het had gelaten bij een enkele ontkenning van de feiten, zonder inhoudelijk een reactie te geven. De inhoud van de klachten kwam echter overeen met hetgeen het RTG ambtshalve was gebleken als het ging om de feiten die er uiteindelijk toe hebben geleid dat hij uit zijn beroep was gezet. De klacht werd dan ook gegrond verklaard.⁴

Over de principiële vraag of een beklagde überhaupt het recht heeft om te zwijgen, laat het RTG Amsterdam zich uit in de uitspraak van 23 maart 2010.⁵ Hierin overweegt het RTG dat op iedere in het BIG-register ingeschreven beroepsbeoefenaar de plicht rust om de voor een beoordeling nodige informatie te verschaffen en aldus verantwoording af te leggen over zijn gedrag. Dit impliceert dat hij medewerking dient te verlenen aan het onderzoek van het tuchtcollege, ook indien (mede) daardoor tegen hem gerichte verwijten komen vast te staan. Echter, in dit geval

had de toenmalige Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) de betrokken psychiater erop gewezen niet verplicht te zijn te antwoorden, hem daarmee het recht gevende te zwijgen. Nu de Inspectie dit recht aan hem had verleend, kon hem naar het oordeel van het RTG tuchtrechtelijk niet worden verweten dat hij daarvan gebruik had gemaakt. Daarbij stelt het RTG het recht tot (niet antwoorden=) zwijgen gelijk aan het recht tot niet meewerken. Dit betekent volgens het RTG evenwel niet dat het in deze zaak gebleken langdurig ontwijkend en ontkenkend gedrag van de psychiater geen invloed zou mogen hebben op de op te leggen maatregel. Van BIG-geregistreerde beroepsbeoefenaars wordt niet alleen verwacht dat zij zich toetsbaar opstellen, maar ook dat zij zelfreflectie plegen. Uiteindelijk achtte het college de klacht dan ook grotendeels gegrond.

Het bestaan van het zwijgrecht binnen het medisch tuchtrecht

De laatstgenoemde uitspraak van het RTG Amsterdam stelt de fundamentele vraag aan de orde of BIG-geregistreerde beroepsbeoefenaars in geval van een tuchtklacht wel het zwijgrecht toekomt. Naar onze mening volgt uit de systematiek van de Wet BIG en het daarin opgenomen tuchtrecht dat dit niet het geval is. Registratie in het BIG-register impliceert dat de betrokkene ermee instemt zich aan het systeem van het wettelijk tuchtrecht te onderwerpen. Hoewel de tuchtcolleges geen bestuursorgaan zijn in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan wel worden betoogd dat aan het tuchtrecht onderworpenen bij analoge toepassing van artikel 5:20 Awb verplicht zijn tot medewerking aan een tuchtrechtelijke procedure. In dit artikel is bepaald dat een ieder verplicht is aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden. Zo zijn zij voorafgaand en tijdens de tuchtrechtelijke procedure wettelijk verplicht tot medewerking aan onderzoek van toezichthouder de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ), de opvolger van de IGZ, die voor het opleggen van bepaalde maatregelen, zoals een doorhaling, een beroep moet doen op de tuchtrechter.

Aangeklaagden zijn bij analoge toepassing van artikel 5:20 Awb verplicht tot medewerking aan een tuchtrechtelijke procedure.

Dit alles is anders ingeval de IGJ de aangeklaagde eerder de cautie heeft verleend, zoals in de zaak van het RTG Amsterdam van 23 maart 2010. Volledigheidshalve merken wij daarbij op dat de Inspectie daartoe in de regel niet verplicht is,⁶ tenzij sprake is van (een vermoeden van) strafbare feiten,

3 RTG Den Haag 23 mei 2017, ECLI:NL:TGZRSGR:2017:86.

4 RTG Amsterdam 18 juni 2013, ECLI:NL:TGZRAMS:2013:22.

5 RTG Amsterdam 23 maart 2010, ECLI:NL:TGZRAMS:2010:YG0298.

6 Zie o.a. CTG 11 december 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:387.

in welke gevallen het onderzoek overigens in de regel wordt overgenomen door het Bureau Opsporing en Boetes van de IGJ en het samenwerkingsprotocol tussen de Inspectie en het Openbaar Ministerie van kracht wordt.

Volgt hieruit dat een tuchtrechtelijk vervolgd beroepsbeoefenaar zich nooit op zijn zwijgrecht kan beroepen, behoudens die gevallen waarin de IGJ de betrokkene eerder de cautie heeft verleend? Hoewel de tuchtrechtspraak hiernaar tendeert, durven wij die conclusie niet zomaar te trekken. In de (tucht)rechtspraak en literatuur wordt doorgaans aangenomen dat tuchtrechtelijke maatregelen niet kunnen worden gekwalificeerd als ‘criminal charge’. Dit standpunt is echter steeds minder houdbaar. Naast de omstandigheid dat de tuchtrechter een aangeklaagde een – weliswaar bescheiden – financiële boete kan opleggen, wil de minister het tuchtrecht steeds ‘effectiever’ maken (lees: punitiever). Zo wil de minister, via aanpassing van de Wet BIG, de tuchtrechter de bevoegdheid toekennen een breed beroepsverbod op te leggen, dat wil zeggen een levenslang verbod om patiënten te behandelen. Als dit niet (ook) punitief is ...

Wat is belangrijker: de kwaliteit van de zorg of het doen van strafrechtelijk onderzoek?

Dit roept dan wel de lastige vraag op of tuchtrechters aangeklaagden, bij vermoedens van ernstig professioneel falen of bij handelingen die ook strafrechtelijk tot een veroordeling kunnen leiden (zoals seksueel misbruik of declaratiefraude), niet op hun zwijgrecht moeten wijzen? Dat bemoeilijkt het doel van het tuchtrecht, te weten het bewaken van de kwaliteit van de beroepsuitoefening. Het is ook daarom waarom het RTG Zwolle in juni 2017 overwoog dat het tuchtrecht in de gezondheidszorg in ons rechtssysteem een eigen plaats inneemt, naast de bestuursrechtelijke handhaving, het civiele recht en eventuele strafvervolgning.⁷ Vraag is wat belangrijker is: de kwaliteit van de zorg of het doen van strafrechtelijk onderzoek? In dat verband kan ook worden betoogd dat een beroepsbeoefenaar die op grond van zijn medewerkingsplicht wordt gedwongen bepaalde informatie aan de tuchtrechter te verstrekken, zich ertegen moet kunnen verweren als het Openbaar Ministerie die informatie betreft in het doen van strafrechtelijk onderzoek. Gesteld kan worden dat dit dan onrechtmatig verkregen bewijs is.

Conclusie

De vraag of het tactisch is om in een tuchtrechtelijke procedure een beroep te doen op het zwijgrecht, is van geheel andere orde dan de vraag of een aangeklaagde het zwijgrecht toekomt. Het is in dit verband jammer dat het CTG in zijn uitspraak van 6 juli 2017 vakkundig voorbij gaat aan deze principiële vraag. Op basis van het bovenstaande menen wij evenwel dat een beroepsbeoefenaar die in een tuchtrechtelijke procedure zwijgt, zoals onze apotheker, het risico loopt dat de tuchtrechter op basis van deze proceshouding aanneemt dat hij erkent te hebben gehandeld zoals de klager stelt. Een variatie op het gezegde: ‘wie zwijgt stemt toe’. Door te zwijgen kan tegelijkertijd worden voorkomen dat het Openbaar Ministerie in het bezit komt van – voor de beroepsbeoefenaar – belastende informatie. Spreken kan zich ook tegen de beroepsbeoefenaar keren, maar biedt de betrokkene de mogelijkheid te stellen dat het Openbaar Ministerie die informatie niet bij zijn onderzoek mag betrekken. Indien we aannemen dat het tuchtcollege in bepaalde situaties de beroepsbeoefenaar op zijn zwijgrecht moet wijzen, vanwege de mogelijke punitieve sanctie die hem boven het hoofd hangt, dient zich een geheel nieuwe situatie aan.

Kortom, of zwijgen zilver is en spreken goud, laat zich niet één twee drie beantwoorden. Of het voor een aangeklaagde zorgverlener tactisch gezien verstandig is om te zwijgen of om te spreken, moet per geval worden bekeken waarbij mogelijke risico’s in kaart moeten worden gebracht. Een verhelderende uitspraak van het tuchtcollege over de juridische status van het zwijgrecht bij tuchtzaken zou niettemin welkom zijn.

Over de auteurs

Mr. E.A.M. van Gaal

Esther van Gaal is advocaat, onder meer op het terrein van het medisch tuchtrecht, bij Capra Advocaten 's-Hertogenbosch.
e-mail: e.vangaal@capra.nl
cc: zip@sdu.nl

Prof. dr. A.C. Hendriks

Aart Hendriks is hoogleraar Gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden.
e-mail: a.c.hendriks@law.leidenuniv.nl
cc: zip@sdu.nl

⁷ RTG Zwolle 9 juni 2017, ECLI:NL:TGRZWO:2017:106.