

ANNOTATIE

Zijn medische adviezen meer of anders dan een juridische analyse? Deel II

mr. H. de Jager

Inleiding

Na het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 2 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:358 (en eerder op deze site door mij geannoteerd in GZR 2016-0090) heeft hetzelfde hof zijn standpunt herhaald in zijn arrest van 13 september 2016 en hebben nu ook de Rechtbanken Gelderland en Den Haag een verzoek tot afgifte van een medisch advies op grond van artikel 35 lid 2 Wbp afgewezen met wederom een verwijzing naar het Hof van Justitie EU, 17 juli 2014, *EHRC 2014/248*.

Waar het in het arrest van het Gerechtshof Amsterdam van 2 februari 2016 evident ontbrak aan een behoorlijke onderbouwing van het oordeel dat een medisch advies op één lijn te stellen valt met een juridische analyse (dit laatste was in geding bij de uitspraak van het Hof van Justitie EU) hebben deze samenstelling van het Amsterdamse Hof en de Rechtbanken Gelderland en Den Haag nu meer motieven voor de afwijzing van het verzoek om het overleggen van een medisch advies naar voren gebracht. De vraag is of deze voldoende overtuigend zijn en het oordeel dat een medisch advies evenals een juridische analyse niet onder het inzagerecht valt van artikel 35 Wbp, kan dragen. Ter beantwoording van die vraag bespreek ik eerst de casus, althans uitsluitend de aspecten van het inzagerecht, aangezien de hoofdzaak een separate annotatie behoeft, gelet op hetgeen beslist is over aspecten als 'de verzwaarde stelplicht' en 'res ipsa loquitur'.

De casus in hoofdzaak zoals beslist door het Hof Amsterdam op 13 september 2016

Een vrouw (geïntimeerde in de appèlzaak bij het Gerechtshof Amsterdam en verzoekster in de Wbp-procedure bij de Rechtbank Gelderland) was in 2005 in het Waterlandziekenhuis via een keizersnede bevallen van een zoon. Zes weken na de geboorte werd bij de zoon een hoge dwarslaesie geconstateerd. De vrouw meende dat bij de geboorte van haar zoon door de

dienstdoende gynaecoloog onzorgvuldig was gehandeld en was hierover een gerechtelijke procedure gestart. De rechtbank had aanvankelijk de (proportionele) aansprakelijkheid vastgesteld op vijftig procent, omdat de gynaecoloog niet voldaan had aan zijn verzwaarde stelplicht (het operatieverslag van de daadwerkelijke verlossing was naar het inzicht van de rechtbank te summier). Vervolgens zijn de gynaecoloog en het ziekenhuis in hoger beroep gegaan. In de appelzaak stelde de vrouw een incidentele vordering ex artikel 843a Rv in waarin zij verzocht het ziekenhuis en de gynaecoloog te veroordelen om inzage te verschaffen in documentatie van een door hen geraadpleegde radioloog.

Het hof wees de vordering in het incident af. Daarbij oordeelde het hof dat iedere partij het recht heeft om haar verdediging in vrijheid en beslotenheid voor te bereiden. Het hof overwoog: *‘Dat is een fundamenteel recht dat voortvloeit uit artikel 6 EVRM. Daartoe behoort ook het in vertrouwen raadplegen van deskundigen teneinde de eigen procespositie te kunnen bepalen. Een aanspraak op inzage in correspondentie die is gewisseld tussen de advocaat en de door de advocaat geraadpleegde deskundige(n) zou inbreuk maken op dit recht en daarmee in strijd komen met het recht van ziekenhuis en gynaecoloog op een eerlijk proces’*. Ook de verwijzing van de vrouw naar de Wbp en de eerdere uitspraak van hetzelfde hof van 31 januari 2012 (ECLI:NL:GHAMS: 2012:2665), waarin de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar de Onderlinge Waarborgmaatschappij MediRisk B.A. nog wel veroordeeld werd om de adviezen te overleggen, mocht niet baten. Met een verwijzing naar de uitspraak van het Hof van Justitie EU 17 juli 2014, *EHRC 2014/248*, waarin werd bepaald dat een juridische analyse als zodanig geen persoonsgegevens vormt, oordeelde het hof dat de medische analyse van de radioloog geen informatie bevat over de belanghebbende die door de belanghebbende zelf gecontroleerd kan worden op de juistheid ervan.

Hangende de uitspraak van het hof diende de vrouw bij de Rechtbank Gelderland een verzoek ex artikel 46 Wbp lid 1 in nadat een verzoek bij Veduma om ex artikel 35 Wbp inzage te verschaffen en opgave te doen van alle documenten en bestanden waarin de persoonsgegevens van haar en haar zoon waren opgenomen en verwerkt, door Veduma was geweigerd. Veduma is de medisch adviseur van de Onderlinge Waarborgmaatschappij Centramed B.A., de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van het ziekenhuis en de dienstdoende gynaecoloog. De vrouw had het bestuur en het (para)medisch personeel van het ziekenhuis gemachtigd informatie over de bevalling te verstrekken aan de medisch adviseur van Centramed en dus aan Veduma.

Bij brief van 20 mei 2016 deed Veduma aan verzoekster opgave van de medische gegevens in haar dossier, waaronder het medisch dossier van Centramed, andere medische rapportages en een deskundigenbericht. In deze brief was onder het kopje ‘Werkwijze’ vermeld: *‘Bij ontvangst van een dossier zit een vraagstelling van de behandelaar van het dossier. In dit geval gaat het om*

een aansprakelijkheidsstelling en betroffen de vragen over het handelen van de aangesproken arts. Er zijn geen vragen gesteld met betrekking tot de gezondheidstoestand van uw cliënten. Voor de vragen van de behandelaar van Centramed en onze reactie daarop verwijs ik graag naar Centramed. Ik heb begrepen dat deze zaak nog “onder de rechter” is en ik voel mij dan ook niet vrij om de communicatie met de ene partij te overleggen aan de andere partij. De medische analyse in deze zaak bevat geen informatie over uw cliënten die door hen gecontroleerd kan worden op de juistheid ervan. (cursivering HdJ) Ik heb begrepen dat alleen die gegevens door de Wbp worden beschermd.’

Eveneens met een verwijzing naar de uitspraak van het Hof van Justitie EU 17 juli 2014, *EHRC* 2014/248, wijst ook de Rechtbank Gelderland het verzoek van de hand, omdat het recht op verificatie van de persoonsgegevens uit hoofde van artikel 35 Wbp niet ziet op de medische analyse (lees: het medisch advies) dat Veduma verrichtte in het kader van haar beoordeling van het handelen van de dienstdoende gynaecoloog. De rechtbank maakt dus onderscheid tussen de persoonsgegevens en de medische analyse.

Procedurele opmerkelijkheden

Dan geeft de rechtbank een nadere overweging door te oordelen dat, ook al zou het informatieverzoek ex artikel 35 Wbp zich wel uitstrekken tot de medische analyse, Veduma dan ook niet gehouden is daarover mededeling te doen omdat partijen het recht hebben zich vrijelijk en in beslotenheid op hun positie te beraden. Het aannemen van een verplichting tot openbaarmaking van een analyse van die positie door derden aan de wederpartij in de gerechtelijke procedure zou dit recht op onaanvaardbare wijze aantasten. De rechtbank overwoog: *‘Veduma heeft zich dan ook terecht erop beroepen dat zij in het belang van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (art. 43 aanhef en onder e Wbp) genoopt is haar medische analyse aan verzoekster te onthouden’*. De rechtbank deed echter verder niet uit de doeken of is getoetst dat met openbaarmaking van de analyse rechten van derden daadwerkelijk worden aangetast en of voldaan is aan het noodzakelijkheidscriterium zoals dat geldt voor de uitzonderingsbepaling van artikel 43 sub 3 Wbp. Ik kom daar verderop in deze annotatie op terug.

Uit een derde en laatste overweging wordt duidelijk dat Veduma verzuimd heeft alle bescheiden waarin persoonsgegevens voorkomen te overleggen aan verzoekster, maar de rechtbank gaat daaraan voorbij omdat uit de mondelinge behandeling van de zaak het de rechtbank duidelijk is geworden dat het verzoekster niet te doen was om verificatie van de persoonsgegevens doch om de integrale overlegging van de documentatie die in bezit is van Veduma. In mijn eerdere annotatie heb ik al uiteengezet dat ook naar het oordeel van de Raad van State het doel van het verzoek er niet toe doet. De Raad van State overwoog op 30

november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU6383 als volgt: *‘Het recht op mededeling of persoonsgegevens worden verwerkt, als neergelegd in artikel 35 van de Wbp, kan weliswaar ten dienste staan van aanwending van de mogelijkheid door een betrokkene om de verantwoordelijke te verzoeken deze persoonsgegevens te verbeteren of aan te vullen, voorzien in artikel 36 van de Wbp, maar dat betekent niet dat de mededeling slechts behoeft te worden gedaan in zoverre dat doel kan worden gediend. Uit de tekst van artikel 35, tweede lid, van de Wbp volgt immers dat de verantwoordelijke een volledig overzicht van de verwerkte persoonsgegevens dient te verstrekken, los van het doel dat betrokkene met het verzoek voor ogen heeft’.*

Ook bij de Rechtbank Den Haag werd een verzoek ingediend om de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van het ziekenhuis en gynaecoloog Centramed (gevestigd te Zoetermeer) te veroordelen het advies van de radioloog prijs te geven. Eveneens tevergeefs. Dit ondanks het feit dat de vrouw nog heeft aangegeven dat zij bij toeval had vernomen dat Centramed aan de radioloog had gevraagd om beoordeling van de beeldvormende gegevens van haar zoon te verrichten. De mening van de radioloog zou bevestigen dat de bij de zoon sinds zijn geboorte aanwezige dwarslaesie traumatisch van aard is.

De Rechtbank Den Haag is echter van oordeel dat afgifte van c.q. inzage in de volledige analyse van de radioloog niet voor toewijzing in aanmerking komt. Er is immers, zoals Centramed voldoende aannemelijk heeft gemaakt, geen sprake van een medisch onderzoek, maar van een medische analyse van bestaande gegevens, uitgevoerd door de radioloog. Een dergelijke analyse bevat geen informatie over de vrouw en haar zoon die door henzelf gecontroleerd kan worden op de juistheid daarvan. De vrouw kan bovendien niet met een beroep op de Wbp op de hoogte worden gebracht van de wijze waarop de interne besluitvorming bij Centramed plaatsvindt, aldus de Rechtbank Den Haag.

Commentaar

Met derhalve twee overwegingen, te weten de verwijzing naar de uitspraak van het Hof van Justitie EU 17 juli 2014, *EHRC 2014/248*, en de (impliciete) verwijzing naar artikel 6 EVRM (het recht op een eerlijk proces waarbij partijen het recht hebben op het zich vrijelijk en in beslotenheid op hun positie te beraden) worden beide verzoeken afgewezen.

Niet genoeg kan worden benadrukt dat de uitspraak van het Hof van Justitie EU waar het ging om een juridische analyse (en derhalve niet om een medische analyse, waarbij ik gemakshalve verwijs naar mijn vorige annotatie hierover op deze site), aan kritische kanttekeningen bloot staat. Wederom zij verwezen naar de annotatie van Simons in *TVP 2014* waarin hij de inconsequenties van die uitspraak duidelijk uiteenzet: *‘De juridische analyse vormt derhalve een*

verwerking van persoonsgegevens, ten aanzien waarvan de betrokkene bovengenoemde rechten moet kunnen uitoefenen. Het is voor een betrokkene echter onmogelijk om de eerlijkheid, de juistheid en de rechtmatigheid van een dergelijke verwerking te verifiëren indien hij slechts toegang krijgt tot de in de analyse gebruikte persoonsgegevens, maar niet tot de analyse zelf. Daarnaast vroeg hij zich af in hoeverre conclusies die in een (juridische) analyse op basis van persoonsgegevens van een betrokkene worden getrokken, niet tevens zelf als persoonsgegeven dienen te worden aangemerkt. De Memorie van Toelichting bij de Wbp vermeldt daarover immers het volgende: '[...] Als gegevens mede bepalend zijn voor de wijze waarop de betrokken persoon wordt beoordeeld of behandeld, zijn gegevens persoonsgegevens. Het (maatschappelijk) gebruik dat van gegevens wordt gemaakt is dus mede bepalend voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een persoonsgegeven. [...] Gegevens die een neerslag vormen van een over een bepaalde persoon genomen beslissing, kunnen worden beschouwd als een deze persoon betreffend persoonsgegeven'.

Verder zij verwezen naar hetgeen 'De Artikel 29 Werkgroep' schrijft in een advies (de Artikel 29 Werkgroep is het onafhankelijk overlegorgaan van de Europese privacy-toezichthouders. Alle toezichthoudende autoriteiten op het gebied van bescherming van persoonsgegevens betreffende de interne markt (dus niet betreffende politie en justitie) van de Europese Unie nemen deel aan deze werkgroep, die een belangrijke rol speelt in de totstandkoming van Europees beleid op het gebied van de bescherming van persoonsgegevens. Bron: <http://www.cbpweb.nl>): 'Uit het gebruik van de term "iedere informatie" blijkt duidelijk dat de wetgever een ruime definitie van het begrip "persoonsgegeven" heeft willen geven. Deze woordkeuze vraagt om een ruime interpretatie. Wat de aard van de informatie betreft, omvat "persoonsgegeven" alle soorten uitspraken over een persoon. Er valt "objectieve" informatie onder, zoals de aanwezigheid van een bepaalde substantie in iemands bloed. Ook "subjectieve" informatie, meningen en oordelen vallen eronder. Het laatste type uitspraken maakt een aanzienlijk deel uit van de persoonsgegevens die verwerkt worden in sectoren als het bankwezen, aangaande de betrouwbaarheid van leningnemers ("Titius is een betrouwbare debiteur"), het verzekeringswezen ("Titius zal naar verwachting niet spoedig overlijden") of bij de werkgever ("Titius werkt hard en verdient bevorderd te worden"). Om als "persoonsgegeven" te worden aangemerkt, is het niet nodig dat de informatie waar is of bewezen'.

Ik citeer (deels) verder uit de annotatie van Simons bij de uitspraak van het Hof van Justitie EU 17 juli 2014, EHRC 2014/248: 'Nu de juridische analyse bijvoorbeeld een oordeel kan bevatten over de geloofwaardigheid van de door de aanvrager afgelegde verklaringen, en daarmee dus ook over de betrouwbaarheid van die persoon zelf, is op zijn minst voorstelbaar dat ook dat oordeel an sich als persoonsgegeven dient te worden aangemerkt. Het (Europese) Hof lijkt daaraan in haar overwegingen echter geheel voorbij te zijn gegaan door (slechts) te stellen "dat de juridische

analyse geen informatie vormt over de aanvrager, maar hooguit, voor zover die analyse niet beperkt blijft tot een zuiver abstracte uitlegging van het recht, informatie over de beoordeling en de toepassing van dat recht door de bevoegde autoriteit op de situatie van de aanvrager, waarbij die situatie met name wordt vastgesteld middels de hem betreffende persoonsgegevens waarover die autoriteit beschikt.”

Zoals nota bene hetzelfde Gerechtshof Amsterdam nog in haar beschikking van 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1905 terecht oordeelde, dient in het kader van artikel 43 sub e WBP een belangenafweging plaats te vinden. Een oordeel over de mate waarin aan het daarbij toepasselijke noodzakelijkheids criterium is voldaan, vergt een inhoudelijke toetsing waarbij telkens sprake dient te zijn van een concrete en op de specifieke omstandigheden van het geval gebaseerde belangenafweging. Het hof oordeelde in dit arrest nog dat *‘indien en voor zover Medirisk betoogt dat overlegging van de correspondentie die Medirisk met het OLVG heeft gevoerd meebrengt dat haar recht op verdediging, dat voortvloeit uit artikel 6 EVRM, op onevenredige wijze zou worden geschaad en dat er geen sprake is van strijd met de beginselen van fair trial en equality of arms, faalt dit betoog. Het onderhavige geschil betreft immers een verzoek tot verstrekking van persoonsgegevens en in dat kader speelt de vraag of de in artikel 6 EVRM genoemde beginselen meebrengen dat Medirisk zich in een aansprakelijkheidsprocedure behoorlijk kan verweren, een ondergeschikte rol. De wetgever heeft in artikel 43 sub e Wbp een eigen beoordelingskader geschapen, waarbinnen deze afweging kan plaatsvinden’*. Dat neemt dus niet weg dat voor bepaalde documenten (bijvoorbeeld de correspondentie met de advocaat) de vrijheid van ongestoorde gedachteswisseling en de verdediging van rechten gerechtvaardigde belangen kunnen vormen. De beperkte motiveringen van het hof en de rechtbanken in onderhavige casus geven echter geen blijk van die afgewogen belangenafweging. Het betreft hier immers een afweging van belangen waarin ook de bijzondere positie van het slachtoffer in een letselschade kwestie in het juiste licht dient te worden gezien. Die positie wordt mede bepaald door het gegeven dat slachtoffers van letselschade zelf een vordering instellen en doorgaans ook – noodzakelijkerwijs overigens – hebben ingestemd met de beoordeling van hun medisch dossier door derden. Zij zijn daarmee partij in een geschil waarin de bescherming van hun persoonlijke levenssfeer per definitie deels wordt aangetast.

Kort en goed staat het grondrecht dat strekt tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegenover het recht op een eerlijk proces waarin een aangesproken partij ongestoord en besloten overleg moet kunnen hebben met zijn adviseur. Dat is op zichzelf al een lastige afweging van (grond)rechten maar daarboven speelt een ander aspect en dat is dat die adviseur waarmee dat ongestoorde en besloten overleg zou moeten plaatsvinden ook een arts is. Een arts, die gezworen heeft op de artseneed. Die artseneed is een fundamentele conditie

op basis waarvan mensen die medische hulp behoeven, kunnen instemmen met allerlei belastende ingrepen op het meest waardevolle dat de mens heeft, namelijk zijn lichaam en geest. Een mens die toestaat dat die ingrepen door een arts plaatsvinden, moet erop kunnen vertrouwen dat die arts slechts zijn belang als patiënt voor ogen heeft en zich vervolgens open en toetsbaar opstelt voor hetgeen hij verricht heeft. Deze regel geldt voor alle artsen en derhalve ook voor medisch adviseurs (wat tot nu toe geen formeel erkend beroep is, dus vaak niet meer dan een functie van een arts). Daarover heeft het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg in diverse uitspraken (bijvoorbeeld CTG 19 juli 2007, zaaknr. 2006/026 en CTG 24 februari 2009, zaaknr 2007.376 en 2007.368) geen enkel misverstand laten bestaan: *'De medisch adviseur is in de eerste plaats arts, daarnaast medisch adviseur, en geen regisseur, pleitbezorger of belangenbehartiger van zijn opdrachtgever'*. Als artsen verzuimen zich open en toetsbaar op te stellen, handelen zij in strijd met de eigen fundamentele waarden en het eigen bestaansrecht als arts in onze maatschappij.

Mij is bekend dat er cassatie is ingesteld tegen het arrest van het Gerechtshof Amsterdam en de uitkomst van deze cassatieprocedure zal duidelijk moeten gaan maken hoe voortaan omgegaan dient te worden met medische adviezen.