

ANNOTATIE

# **Botsing tussen eerlijk proces en medische privacy beslecht ten gunste van privacy**

*prof. mr. dr. W.L. Roozendaal*

## **Inleiding**

De plicht om inzage te geven in relevante informatie is in het procesrecht een belangrijk beginsel. In het burgerlijk procesrecht, waar de informatieplicht is terug te vinden in o.a. artikel 21 en 22 en 843a Rv, draagt het bij aan waarheidsvinding en een snellere en efficiëntere procedure. In het bestuursprocesrecht is het terug te vinden in de verplichting van het bestuursorgaan, een beschikking behoorlijk te motiveren (art. 3:46 Awb), waaruit in beginsel voortvloeit de verplichting inzage te geven in de informatie waarop een beschikking berust. De informatieplicht wordt vaak in verband gebracht met het recht op een eerlijk proces, in het bijzonder het beginsel van 'equality of arms' in artikel 6 EVRM.

De informatieplicht staat uiteraard lijnrecht tegenover belangen bij geheimhouding van informatie. Dat belang, dat bijvoorbeeld aan de orde is bij medische gegevens, wordt beschermd op grond van artikel 8 EVRM. Een botsing tussen die twee belangen doet zich in de arbeidsverhouding op dit moment hoofdzakelijk op twee terreinen voor: bij medische beschikkingen in het kader van de wet WIA (art. 103 WIA e.v. en art. 8:32 lid 2 Awb) en bij letselschadeprocedures. Het EVRM heeft zich diverse malen uitgesproken over de informatieplicht van partijen in het kader van het recht op een eerlijk proces, en ook over het recht op medische privacy. Nog niet eerder sprak het EHRM zich uit over een zaak waarin zich een botsing voordeed tussen artikel 6 en artikel 8 EVRM. Dit gebeurt nu voor het eerst, in een Franse casus die zich laat vergelijken met onze medische beschikkingenprocedure. Dat een dergelijk geschil, dat behoort tot het sociaalzekerheidsrecht, niettemin onder 'burgerlijke rechten en verplichtingen' in de zin van artikel 6 EVRM valt, was overigens al eerder duidelijk en was in deze zaak niet in geschil.

### **De procedure in nationale instanties**

Werknemer P. was van 1951 tot 1990 als technisch medewerker in dienst bij Eternit, destijds een asbestverwerkend bedrijf. In 2005 melde P. bij de regionale Franse socialezekerheidskas, de Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) dat hij een beroepsziekte had opgelopen. Hij voegde daarbij enkele verklaringen van artsen, volgens welke er sprake was van asbestose en longkanker. De verklaringen van de artsen werden door CPAM aan Eternit gezonden, vergezeld van een vragenlijst over de arbeidsomstandigheden bij Eternit. In februari stelde CPAM Eternit op de hoogte van het feit dat de ziekte van P. als beroepsziekte werd erkend. Dit had (kennelijk) als gevolg dat de arbeidsongeschiktheidspremie van Eternit zou worden verhoogd. Eternit heeft zich tegen de beslissing van CPAM verzet. Het verzet kon overigens geen gevolgen hebben voor de aanspraken van P., zodat P. ook geen partij was in deze procedure.

In eerste aanleg was het verzet succesvol. De rechter was het eens met Eternit dat CPAM onvoldoende onderzoek had gedaan naar de ziekte van P., en dat de beslissing daarom onvoldoende gemotiveerd was, mede gelet op het feit dat Eternit uitsluitend inzage had gekregen in de verklaringen van de artsen, maar niet in de onderliggende medische stukken. CPAM ging in hoger beroep. Volgens CPAM had zij geen verplichting om nader onderzoek te doen, en beschikte Eternit over dezelfde stukken in het dossier als CPAM zelf. De onderliggende medische stukken in dergelijke dossiers worden namelijk niet door een arts onder haar eigen gezag verzameld, maar door een onafhankelijke arts die onder het gezag stond van de Caisse nationale de l'assurance maladie des salariés (CNAMTS). Deze arts stuurt aan CPAM alleen een verklaring of de betrokkene al dan niet lijdt aan een beroepsziekte voorkomend op een daarvoor opgestelde lijst. Eternit voerde in de hogerberoepsprocedure onder andere aan dat het feit dat zij niet kon beschikken over de onderliggende medische stukken, in strijd was met artikel 6 EVRM.

De appèlrechter en cassatierechter gaven Eternit ongelijk. Volgens vaste Franse cassatierechtspraak, heeft het bevoegd gezag in een dergelijk geval de discretionaire bevoegdheid om nader onderzoek in te stellen naar de medische gegevens van een betrokkene, bij gebreke waarvan de medische gegevens niet in het geding gebracht hoeven te worden. Wordt er wel een nader onderzoek ingesteld door het bevoegd gezag, dan worden de gegevens wel ter beschikking gesteld aan (onder andere) een medische expert aangewezen door de werkgever. Eternit legde het geval vervolgens voor aan het EHRM.

### **De uitspraak van het EHRM**

Het EHRM roept in herinnering dat een behoorlijke procedure op tegenspraak in beginsel met

zich brengt dat alle partijen bij de procedure kennis kunnen nemen van alle stukken die aan de rechter zijn gezonden om zijn beslissing te beïnvloeden, en om zich te kunnen uitspreken over elk stuk in het dossier. In het bijzonder stukken van medische experts, bijvoorbeeld diagnoses van een geconsulteerde arts, moeten becommentarieerd kunnen worden, omdat ze vanwege hun technische karakter de bevindingen van de rechter gemakkelijk kunnen beïnvloeden (EHRM 18 maart 1997, *JB* 1997/112, Mantovanelli).

Het recht op een eerlijk proces is echter niet absoluut, en de strekking van dat recht kan variëren al naar gelang de omstandigheden van het geval. Volgens het Hof zijn er in dit geval omstandigheden die een relativering meebrengen van het recht op een eerlijk proces. In de eerste plaats merkt het Hof als een dergelijke omstandigheid aan het feit dat de geconsulteerde arts een geheimhoudingsverplichting heeft. In de tweede plaats wordt gewezen op het recht op medische privacy van P. Het Hof wijst er nog eens op dat de bescherming van medische gegevens een belangrijk aspect is van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer op grond van artikel 8 EVRM (zie ook EHRM 27 augustus 1997, *NJ* 1999, 464, *M.S. vs. Zweden*). In de twee zaken die veelal worden aangehaald als het gaat om het recht op inzage in medische stukken, waren deze twee aspecten niet aan de orde, omdat het hier ging om inzage in medische stukken door de patiënt zelf (Mantovanelli en EHRM 11 januari 2007, no. 71665/01, *Augusto vs. Frankrijk*).

Aldus moet het Hof voor het eerst een afweging maken tussen de rechten in artikel 6 en artikel 8 EVRM, die geen van beide absoluut zijn. Het Hof stelt dat ze zo moeten worden afgewogen dat geen van beide in het hart worden geraakt. In de eerste plaats overweegt het Hof dat een dergelijk evenwicht wordt bereikt, als de werkgever aan de rechter kan verzoeken een onafhankelijke medische expert aan te wijzen, die de medische stukken kan inzien en wiens rapport, rekening houdend met het recht op medische privacy, als doel heeft de rechter en partijen voor te lichten (r.o. 37).

In de tweede plaats is het Hof van mening dat de procedure in het onderliggende geval als geheel genomen niet in strijd is met het recht op een eerlijk proces. Het Hof noemt daarbij in het bijzonder de mogelijkheid voor de werkgever om door de tussenkomst van een medische expert de gegevens te kunnen inzien in bepaalde gevallen. Het feit dat de werkgever geen mogelijkheid heeft de medische stukken in te zien en te betwisten als het bevoegd gezag geen onderzoek start omdat het zich voldoende geïnformeerd acht, doet daar niet aan af. Naar vaste rechtspraak van het Hof is de toelaatbaarheid en overtuigingskracht van bewijs namelijk een onderwerp dat geregeld wordt naar nationaal recht.

Het feit dat de werkgever geen inzage heeft gehad in de onderliggende medische stukken, maakt volgens het Hof ten slotte niet dat de procedure in strijd is met het beginsel van

‘equality of arms’. De CPAM zelf had namelijk ook geen inzage in die stukken. De arts van het CNAMTS die deze stukken wel had, was wettelijk gezien onafhankelijk van het CPAM en was bovendien gehouden aan zijn beroepsgeheim.

### **Commentaar**

Zo op het eerste gezicht had Eternit wat mij betreft wel een punt. Het verzet van Eternit kon zich grofweg slechts op twee vraagpunten richten: had de werknemer een ziekte die was veroorzaakt door asbest, en was hij in zijn werk aan asbest blootgesteld. De motivering van het bestuursorgaan van het oordeel, dat de ziekte van P. door asbest was veroorzaakt, berustte uitsluitend op de diagnose van een arts in dienst van een ander, ogenschijnlijk gelieerd bestuursorgaan. Om de diagnose van de arts op deugdelijkheid te kunnen onderzoeken of te kunnen betwisten, was op zijn minst inzage in de onderliggende medische stukken noodzakelijk. Eternit had bij gebreke daarvan geen schijn van kans om die diagnose in twijfel te trekken. Was inzage in die stukken dan niet essentieel voor een eerlijk proces? En weegt dat dan niet zwaarder dan het recht op medische privacy van een werknemer, wiens belangen niet geraakt werden door de uitkomst van deze procedure?

### **Bonus-malus en Pemba**

In een soortgelijk geval heeft de CRvB in de jaren negentig geoordeeld, dat het recht van de werkgever op een eerlijk procedure in dergelijke gevallen zwaar woog. Het ging om de toenmalige ‘bonus-malus’-wetgeving, op grond waarvan werkgevers een ‘boete’ opgelegd kregen als werknemers die bij hen in dienst waren toen ze ziek werden, een WAO-uitkering kregen. Gelet op artikel 6 EVRM hadden werkgevers volgens de CRvB het recht om de boetebeschikking in twijfel te trekken, inclusief de toekenning van de arbeidsongeschiktheidsuitkering waar de boete op was gebaseerd. De daaraan ten grondslag liggende relevante informatie moest bovendien ter beschikking worden gesteld aan de werkgever. Gelet op de medische privacy van de betreffende werknemer, mocht de werkgever van de CRvB de aan de uitkering ten grondslag liggende medische stukken echter niet inzien. Dat kon tot gevolg hebben dat het boetebesluit onvoldoende gemotiveerd zou zijn en daarom vernietigbaar (CRvB 15 februari 1995, *JB* 1995/64; zie ook mijn artikel ‘Balanceren tussen medische privacy en het recht op een eerlijk proces’, *Arbeid Integraal* 2007/3, p. 67). Het uitvoeringsorgaan betaalde aldus de prijs voor het beschermen van medische privacy en een eerlijk proces, doordat premieverhoging in die gevallen niet mogelijk was.

Nadien heeft de wetgever dit probleem ‘gerepareerd’. Voor de afgeschafte bonus-malusregeling is in 1998 de Pemba-premie in de plaats gekomen, de gedifferentieerde WAO-c.q. WIA-premie die werd c.q. wordt berekend op grond van de hoogte van de in het bedrijf

van de werkgever ‘gegenereerde’ uitkeringslasten. Werkgevers zijn sindsdien zonder meer belanghebbende bij uitkeringsbesluiten. De medische privacy van de betrokken werknemer wordt gewaarborgd in de zogeheten medische beschikkingenregeling in artikel 88 e.v. WAO en (thans) artikel 103 e.v. WIA.

Deze regeling hield in, dat als er relevante medische stukken waren, deze niet zonder toestemming van de werknemer aan de werkgever gezonden konden worden. In diens plaats kregen slechts door de werkgever gemachtigde artsen inzage in deze stukken. Deze beperking tot artsen vond de CRvB in strijd met artikel 6 EVRM, vanwege de verwevenheid van medische, arbeidskundige en juridisch relevante omstandigheden (CRvB 29 juli 2001, *JB* 2001/256). De kring van gemachtigden moest worden uitgebreid op de voet van artikel 8:32 lid 2 Awb naar juridische dienstverleners met een (afgeleide) geheimhoudingsplicht, en deze beperking mocht bovendien niet automatisch worden opgelegd. Volgens artikel 8:32 lid 2 Awb kan de rechtbank, indien kennisneming van stukken door een partij de persoonlijke levenssfeer van een ander onevenredig zou schaden, bepalen dat deze kennisneming is voorbehouden aan een gemachtigde die advocaat of arts is dan wel daarvoor van de rechtbank bijzondere toestemming heeft gekregen. De rechter moet blijkens deze bepaling in elk voorkomend geval afwegen of de medische privacy opweegt tegen de belangen van de procederende werkgever.

In 2005 is naar aanleiding van de rechtspraak van de CRvB, de kring van gemachtigden in de medische beschikkingenregeling verruimd, terwijl de toepassing van deze regeling is beperkt tot de bezwaarfase. Artikel 8:32 lid 2 Awb is van toepassing in de beroepsfase.

Naar nu blijkt is de CRvB misschien wel te streng geweest als het gaat om de eisen die het recht op een eerlijk proces meebrengt. Het EHRM vindt dat een aanvaardbaar evenwicht wordt bereikt, als de werkgever aan de rechter kan verzoeken een onafhankelijke medische expert aan te wijzen, die de medische stukken kan inzien en wiens rapport, rekening houdend met het recht op medische privacy, als doel heeft de rechter en partijen voor te lichten (r.o. 37). In deze overweging heeft het recht op medische privacy een veel zwaarder gewicht dan in de procedure van artikel 8:32 lid 2 Awb, waarin immers is geregeld een procedure op tegenspraak, waarin de gemachtigde arts of jurist van de werkgever alle relevante stukken moet kunnen inzien. Wellicht is er een verklaring voor dit verschil te vinden in het feit dat in het Nederlandse systeem de medische, arbeidskundige en overige juridisch relevante omstandigheden zo verweven zijn, terwijl in de Franse procedure de arts alleen maar een diagnose hoefde mee te delen.

In artikel 8:32 lid 2 Awb is de geheimhoudingsverplichting van de gemachtigde overigens niet of nauwelijks geregeld. Hier is al vaker op gewezen in de literatuur (zie o.a. de noot van

Overkleeft-Verburg bij CRvB 12 mei 2005, *JB* 2005/222). Deze uitspraak van het EHRM lijkt mij een signaal aan de wetgever dat hier niet te licht over moet worden gedacht. Het EHRM wijst immers primair op het bestaan van het medisch beroepsgeheim ter rechtvaardiging van het feit dat de werkgever de medische stukken niet mag inzien. Het lijkt aannemelijk dat dit ook andersom werkt, namelijk dat degene aan wie medische informatie wordt toevertrouwd, in beginsel de vertrouwelijkheid van die informatie moet waarborgen. In dat opzicht vertoont onze wetgeving nog meer hiaten, bijvoorbeeld als het gaat om het medisch beroepsgeheim van de bedrijfsarts in en buiten de civielrechtelijke procedure bij de toepassing van artikel 7:629 en 658a BW (zie daarover o.a. mijn artikel 'De keizer heeft geen kleren aan. Medische privacy in arbeidsrechtelijke procedures', *SMA* 2008/3, p. 130-139). De onderhavige uitspraak van het EHRM is nogmaals een bevestiging van het feit dat medische privacy in de ogen van het EHRM zeer zwaar weegt.

### **Waarheidsvinding**

Het opmerkelijkst aan de uitspraak van het EHRM zijn mijns inziens de implicaties voor de rol van de waarheidsvinding in een eerlijke procedure. Die rol is, als het gaat om artikel 6 EVRM, veel kleiner dan vaak wordt aangenomen. Dit kan vooral gevolgen hebben voor de informatieplicht van de gelaedeerde in letselschadeprocedures.

In het geval van Eternit was er eigenlijk geen mogelijkheid voor Eternit om de rechter te laten controleren of de aannames van het bestuursorgaan wel feitelijk juist waren. Het voelt als rechtens onjuist en procedureel oneerlijk dat er geen mogelijkheid was om hierover te klagen. Waarheidsvinding, recht doen op de feiten, is, ik wees er al op, in veler beleving een essentieel onderdeel van een eerlijke procedure. Maar het EHRM denkt hier heel anders over. Tekenend is in dat licht de overweging in deze zaak, dat het bestuursorgaan zelf ook niet beschikte over stukken om te controleren of de diagnose wel juist was, en dat er daarom *geen* schending was van artikel 6 EVRM. Het EHRM mengt zich principieel niet of nauwelijks in de vraag hoeveel feiten een rechter moet onderzoeken of hoeveel bewijs moet worden aangedragen, alvorens een geschil te beslissen. Artikel 6 regelt volgens het EHRM niet welk bewijs aanvaardbaar of voldoende is, noch of bepaalde bewijsmiddelen geoorloofd zijn (zie bijv. EHRM 5 november 2002, *NJ* 2004, 262, *Allan v. UK*). Dit is aan het nationale recht om dit te bepalen. Deze terughoudendheid geldt voorts voor de verplichting van de rechter om de motivering van een beslissing van een bestuursorgaan te toetsen. Weliswaar mag de rechter de beslissing niet geheel overlaten aan een bestuursorgaan zonder zelf de feiten te toetsen, maar die toets hoeft slechts marginaal te zijn. Voor de toetsingsintensiteit van een bestuurlijk besluit kijkt het EHRM naar verschillende factoren, zoals de mate van bestuurlijke vrijheid en het technische of gespecialiseerde karakter van de feitenvaststelling (zie o.a. Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht. Zorgvuldigheid en bewijsvoering bij beschikkingen* (diss.

Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2006, p. 290).

### **Informatieplicht gelaedeerde**

Een belangrijke uitzondering op die terughoudendheid gold tot nu toe zoals gezegd voor de rol van een medische deskundige, in het geval diens oordeel feitelijk voor die van de rechter in de plaats komt. In zo'n geval moeten alle betrokken partijen in beginsel alle relevante informatie krijgen die de deskundige ook krijgt (zie Mantovanelli). Deze uitzondering is hier echter niet van toepassing. Het verschil met (o.a.) Mantovanelli wordt door het Hof met zoveel woorden toegelicht. Het recht op een eerlijk proces stond in die zaak, anders dan in Eternit, op zichzelf en hoefde niet te worden afgewogen tegen het recht op medische privacy. Het ging in die zaak om een procedure tegen een ziekenhuis naar aanleiding van letsel als gevolg van een medische fout.

De Mantovanelli-uitspraak wordt in literatuur en procedures over medische privacy in letselschadeprocedures regelmatig aangehaald als ondersteuning voor de wens van de verzekeraar om alle relevante medische informatie over de gelaedeerde in te zien, waaronder in ieder geval de informatie die een door de rechtbank ingeschakelde medische deskundige gebruikt voor zijn rapport (zie recentelijk P. van der Nat, 'Personenschade en equality of arms', *NJB* 2010, 2146; zie ook de beschikkingen van de Hoge Raad van 22 augustus 2008, LJN BB3676 en BB5626). Het gaat in het kader van dit commentaar te ver om de ontwikkelingen in de jurisprudentie op dit punt uitvoerig uiteen te zetten. Wel wil ik opmerken dat in dit kader regelmatig wordt gesteld dat de gelaedeerde zijn informatieplicht moet nakomen opdat kan worden voldaan aan het vereiste van 'equality of arms' van artikel 6 EVRM. Dit standpunt vindt echter geen ondersteuning in de onderhavige uitspraak. Als er sprake is van strijd tussen het recht op een eerlijk proces en het recht op medische privacy, is niet vereist dat beide partijen over evenveel informatie beschikken als de medische expert aan wie de zaak wordt voorgelegd. Vereist is slechts dat de informatie waarop de rechter zich baseert, aan beide partijen bekend is. Dat wil wat mij betreft niet zeggen dat waarheidsvinding en openheid in een procedure geen belangrijke rol mogen of moeten spelen in ons recht. Dat kan alleen niet met een beroep op artikel 6 EVRM.