

ANNOTATIE

Zijn medische adviezen meer of anders dan een juridische analyse? Slot (?)

mr. H. de Jager

Annotatie bij Hoge Raad, 16-03-2018, ECLI:NL:HR:2018:365 (PS-2018-0235, GZR-2018-0138)

Inleiding

Eerder schreef ik over hetzelfde onderwerp op deze site de hieronder vermelde annotaties:

Zijn medische adviezen meer of anders dan een juridische analyse?

Gerechtshof Amsterdam 2 februari 2016, (*Centramed c.s./X*)

http://www.gzr-updates.nl/commentaar/GZR_2016_0090, 18 maart 2016

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

Gerechtshof Amsterdam 13 september 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3739, (*Stichting Waterlandziekenhuis c.s./Y*)

http://www.gzr-updates.nl/commentaar/GZR_2016_0363.pdf, 17 januari 2017

Het hoogste woord is eruit. De Hoge Raad verwerpt in een opvallend kort gemotiveerd arrest de klachten die door eiseres in cassatie tegen het arrest van het Hof Amsterdam waren opgeworpen. Dit nadat advocaat-generaal Hartlief eerder had geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep (ECLI:NL:PHR:2018:45).

In deze annotatie beperk ik mij tot de klacht tegen de verwerping van de eis tot afgifte van het medisch advies op basis van artikel 843a Rv.

De kwestie in het kort

In deze slepende en trieste kwestie had eiseres de gynaecoloog en het Waterlandziekenhuis aansprakelijk gesteld, omdat het vermoeden bestond dat bij de bevalling van haar kind een dwarslaesie bij het kind was ontstaan. Het verwijt luidde dat er sprake moet zijn geweest van onzorgvuldig handelen (*‘een teveel aan tractie dan wel rotatie bij de uitvoering van de tangverlossing’*). Verschillende deskundigen hebben hun visie op de mogelijke oorzaken van de ontstane dwarslaesie gegeven. In het geding was een notitie van radioloog Lequin, die ook zijn opinie over de zaak zou hebben gegeven aan (de advocaat van) de aansprakelijkheidsverzekeraar van het Waterlandziekenhuis. Uit die notitie zou moeten blijken dat de dwarslaesie een traumatische oorzaak moet hebben gehad (hetgeen overigens ook door een rechtens benoemde deskundige was geconcludeerd).

Aansprakelijkheidsverzekeraar Centramed weigerde die notitie te overleggen, ondanks beroep daarop door eiseres aan de hand van artikel 843a Rv (*‘Hij die daarbij rechtmatig belang heeft, kan op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft.’*). Eiseres betoogde dat zij, gelet op artikel 35 Wbp, recht heeft op inzage in die notitie, omdat die is aan te merken als verwerking van haar persoonsgegevens (en van haar kind).

Het arrest

In navolging van het hof wijst ook de Hoge Raad die vordering van de hand:

‘Eiseres vordert geen inzage in medische gegevens van [de zoon], maar inzage in een medische analyse die de deskundige Lequin aan de hand van zodanige gegevens heeft gemaakt op verzoek van [verweerders], derhalve de partijen die door [eiseres] wegens een (beweerde) beroepsfout aansprakelijk zijn gesteld. Het hof heeft dit geval terecht gelijkgesteld met het geval waarop het arrest van het HvJEU van 17 juli 2014, gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081, betrekking heeft. Voor zover hier van belang stelt Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PbEU 1995, L 281/31), die door de Wbp is geïmplementeerd, de betrokkene in staat te controleren of zijn persoonsgegevens juist zijn en rechtmatig zijn verwerkt, ter bescherming van het recht van betrokkene op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.

Die controle kan dan leiden tot rectificatie, uitwissing of afscherming van de gegevens. De onderhavige vordering van [eiseres] is gericht op verkrijging van informatie ten behoeve van de onderhavige procedure en niet op het doel waartoe Richtlijn 95/46/EG strekt (anders dan

bijvoorbeeld het geval was in het hiervoor in 2 vermelde arrest van het HvJEU van 20 december 2017). Het gaat hier dus niet om persoonsgegevens in de zin van die richtlijn. Vgl. het hiervoor vermelde arrest van het HvJEU van 17 juli 2014, punten 44-46. Het hof heeft daarom terecht geoordeeld dat [eiseres] aan de Wbp niet een recht op verstrekking van de medische analyse van Lequin kan ontlenen...'

Commentaar

Als ik de redenering van de Hoge Raad goed begrijp, kan de opgevraagde notitie dus niet aangemerkt worden als een persoonsgegeven in de zin van die richtlijn omdat de bedoeling van eiseres om die notitie te verkrijgen niet strookt met het doel waartoe de Richtlijn (in Nederland geïmplementeerd door de Wbp) strekt. De bedoeling van eiseres was mijns inziens gericht op (een poging tot) waarheidsvinding. Dat is inderdaad niet wat de Richtlijn en/of de Wbp voorstaat, ofschoon het recht op rectificatie eveneens op de waarheid (het juiste) gericht is. Curieus is toch (ik heb dat eerder aangehaald) dat naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het doel van het verzoek ex artikel 35 Wbp er niet toe doet. De Afdeling 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. (curs. HdJ) Zoals de rechtbank voorts met juistheid heeft overwogen, geeft de Wbp aan een ieder het recht zich vrijelijk en met redelijke tussenpozen tot de verantwoordelijke te wenden met het verzoek hem mede te delen of hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt en wordt het belang bij een zodanig verzoek door de Wbp verondersteld.(57)'

'Mocht de Hoge Raad dit niet als een "acte clair" beschouwen, dan is een prejudiciële vraag aan het HvJ EU op dit punt aangewezen.'

Deze laatste zinsnede is afkomstig van advocaat-generaal Langemeijer in zijn conclusie (zie: <https://www.letselschademagazine.nl/2016/phr-290313>) bij hetzelfde vraagstuk, indertijd (2013) in een procedure tegen de medische aansprakelijkheidsverzekeraar MediRisk. MediRisk liet het vervolgens niet aankomen op een arrest van de Hoge Raad en trok de eis tot cassatie in.

Volgens de Raad van State is het doel van betrokkene dus irrelevant. En als een hoog college

als de Raad van State daar zo over oordeelt, dan mag men van de Hoge Raad toch verwachten dat op zijn minst een nadere uitleg dan wel motivering wordt gegeven. Zeker wanneer onze hoogste rechtscolleges op een cruciaal punt zó van mening verschillen over de wijze waarop een belangrijke wet moet worden begrepen. En temeer daar de Hoge Raad zelf in de *Dexia*-arresten er ook nog anders over dacht:

‘Uit nr. 41 van de considerans en – het in art. 35 Wbp geïmplementeerde – art. 12 van de Richtlijn volgt dat de betrokkene recht heeft op toegang tot de gegevens die het voorwerp van een verwerking vormen en hemzelf betreffen, zodat hij zich van de juistheid en de rechtmatigheid van de over hem opgeslagen informatie kan vergewissen. Hieruit vloeit voort dat de verantwoordelijke (in de zin van de Wbp) specifieke informatie behoort te verstrekken aan de betrokkene waardoor deze in staat wordt gesteld behoorlijk kennis te nemen van zijn gegevens en van de wijze waarop deze zijn verwerkt. De betrokkene kan bij het vragen van deze informatie volstaan met een verwijzing naar art. 35 Wbp en behoeft geen nadere redenen op te geven. (curs. HdJ)

ECLI:NL:2007:BA3529, rov. 3.6-3.7; ECLI:NL:HR:2007:AZ4663, rov. 3.4-3.5 en 3.6.1; en ECLI:NL:HR:AZ4664, rov. 3.4-3.5.’

Punt is dat eiseres in deze procedure nu juist wél haar redenen heeft opgegeven, namelijk inzage krijgen in de beoordeling van radioloog Lequin ten behoeve van de civiele procedure over de gestelde aansprakelijkheid. Niet uit te sluiten valt dat de Hoge Raad dit heeft opgevat als een ‘misbruik van recht’ en langs die weg tot dit oordeel is gekomen. Met andere woorden, het oordeel van de Hoge Raad had anders kunnen luiden indien eiseres haar bedoelingen in het midden had gelaten. In de *Dexia*-procedure is dat wel een aspect geweest en heeft het Hof ’s-Hertogenbosch geoordeeld dat een kennisnemingsverzoek misbruik van recht kan opleveren maar dat dat dan wel door *Dexia* moet worden aangetoond. En dat was *Dexia* niet gelukt. In cassatie is dat oordeel in stand gebleven.

Een ander aspect is het oordeel van de Hoge Raad dat het hier om iets anders gaat dan het: ‘in 2 vermelde arrest van het HvJEU van 20 december 2017’. In dat arrest, ECLI:EU:C:2017:994, bepaalde het Europese Hof dat de schriftelijke antwoorden op een beroepsexamen en de opmerkingen van de examinator bij deze antwoorden persoonsgegevens vormen in de zin van artikel 2 onder a van Richtlijn 95/46. Waarom de Hoge Raad onderhavige eis tot inzage anders ziet dan in laatstgenoemde uitspraak wordt niet gemotiveerd. De vraag blijft wat strikt als persoonsgegevens moet worden gekwalificeerd en wat daarbuiten valt, zoals een analyse, let wel, in het onderscheid dat de Hoge Raad hierin kennelijk maakt. Ik geef een voorbeeld. Een van de deskundigen in deze zaak analyseerde de casus als volgt:

‘(...) Het complex aan symptomen en bevindingen dat bij [de zoon] is aangetroffen, te weten a) (milde) multiple congenitale afwijkingen, b) afgenomen kindsbewegingen in de laatste 2 weken

van de zwangerschap, c) suboptimaal of abnormaal cardiotocogram in de laatste uren voor de geboorte, d) normale bloedgaswaarden direct na de geboorte, e) schijnbare levenloosheid (asfyxie) bij de geboorte, en f) bolle buik als gevolg van veel ascites direct na de geboorte, door de behandelaars geduid als rechter ventrikel dysfunctie [van het hart] en cardiomyopathie, past mijns inziens niet bij acute partiële dwarslaesie tijdens de bevalling.'

Naar mijn mening zijn al deze medische gegevens zonder meer aan te merken als persoonsgegevens, omdat deze als tot de persoon identificeerbare informatie betreft. Een geregistreerd oordeel (of met andere woorden: 'beoordeling' of 'analyse') over een persoon (dan wel over diens gezondheidstoestand) in een bestand kan eveneens als persoonsgegeven worden gekwalificeerd, omdat het een gegeven is betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon. Aangezien het in de medische aansprakelijkheidszaken primair gaat om het handelen van de arts en/of zorgverlener zou een medische analyse over het handelen van de arts op zichzelf wel buiten het recht van de patiënt op inzage kunnen blijven, ofschoon de analyse (mogelijk inclusief de conclusie of de analyse) zelf onvermijdelijk veel persoonsgegevens zal bevatten waarop dat inzagerecht wel verschaft moet worden. Daar was de Hoge Raad in de eerder aangehaalde *Dexia*-arresten uitermate helder over:

'De betrokkene kan bij het vragen van deze informatie volstaan met een verwijzing naar art. 35 Wbp en behoeft geen nadere redenen op te geven. Hij mag verwachten dat de vervolgens aan te reiken informatie transparant en volledig zal zijn. Verder zal de verantwoordelijke bij de voldoening aan de door art. 35 lid 2 Wbp op de verantwoordelijke gelegde verplichting om aan de betrokkene een volledig overzicht van de verwerkte persoonsgegevens te verschaffen niet mogen volstaan met de verstrekking van globale informatie, doch zal alle relevante informatie over de betrokkene moeten verschaffen, hetgeen, afhankelijk van de omstandigheden, vaak zal kunnen – en zo nodig op aanwijzing van de rechter zal moeten – gebeuren door het verstrekken van afschriften, kopieën of uittreksels. Dit valt ook af te leiden uit de parlementaire geschiedenis van art. 29 Wet Persoonsregistraties (Kamerstukken II 1986/87, 19095, nr. 6, p. 57-58), de voorganger van art. 35 Wbp waarbij laatstgenoemde bepaling aansluit (MvT, kamerstukken II 1997/98, 25892, nr. 3, p. 157-158). Het in art. 35 gebruikte begrip "volledig overzicht" moet veeleer als een ruime aanduiding van de verplichting tot het verschaffen van de gegevens en niet als een beperking worden beschouwd.'

Voor de verdere nuances op dit vlak en de vraag wanneer gegevens dienen te worden aangemerkt als persoonsgegevens, zij verwezen naar de annotatie van Zwenne (<https://zwenneblog weblog.leidenuniv.nl/2008/01/10/nogmaals-de-wbp-en-de-winstverdubbelaar/>), naar het artikel 'Het geheim van de smid' van de hand van Simons in *TVP*, en mijn eerdere annotaties hierover. Ook wil ik in deze annotatie nog graag herhalen wat door advocaat-generaal Langemeijer in zijn conclusie (zie wederom:

<https://www.letselschademagazine.nl/2016/phr-290313>) naar voren is gebracht omdat het nog steeds actueel is, vooral door deze uitspraak van de Hoge Raad:

'Discussie over het inzagerecht in de letselschadepraktijk

2.20. *Wanneer een slachtoffer van letselschade een vordering tot schadevergoeding wenst in te stellen tegen degene die hij daarvoor verantwoordelijk houdt, is de ongelijke toegang tot informatie dikwijls een probleem. Dit probleem is al lang geleden onderkend in de rechtspraak over stelplicht en bewijslast in zaken over medische kunstfouten: van de arts die door een patiënt wordt beticht van een kunstfout, kan worden verlangd dat deze arts (onderscheidenlijk het voor diens handelen aansprakelijk gestelde ziekenhuis) voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt, teneinde deze aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering (39). Het verstrekken van gegevens van feitelijke aard, bijvoorbeeld over het operatieverloop, kan de patiënt een eind op weg helpen, maar is niet steeds genoeg. Er kan, bijvoorbeeld, sprake zijn van het vermoeden van een fout die is ontstaan doordat verschillende bij de behandeling betrokken hulpverleners of instellingen langs elkaar heen hebben gewerkt. Of er kan sprake zijn van een situatie waarin voor de behandelend arts meer dan één behandelmogelijkheid open stond en de patiënt inzicht wil krijgen waarom de arts nu juist deze keuze heeft gemaakt met alle gevolgen van dien. In die gevallen gaat het meer om de medische beoordeling, dan om het verschaffen van gegevens van strikt feitelijke aard. Bovendien neemt de rechtspraak over stelplicht en bewijslast niet weg dat een patiënt uit hoofde van de bescherming van zijn privacy – dus ook zonder verband met een in te dienen schadeclaim – belangstelling kan hebben voor het antwoord op de vraag of persoonsgegevens die op hem betrekking hebben door een medisch hulpverlener zijn verwerkt en, zo ja, hoe (40).*

2.21. *Al geruime tijd wordt aangedrongen op een voortvarende en transparante wijze van afwikkeling van letselschade, die minder is ingericht volgens het procesrechtelijke model van stelplicht en betwisting en meer is ingericht op een resultaatgerichte onderhandeling en, zo nodig, een daaraan gekoppeld mediationtraject. Een dergelijke wijze van afwickelen door de aansprakelijkheidsverzekeraar kan zgn. "secundaire victimisatie" van het slachtoffer voorkomen en doet meer recht aan de behoeften en verwachtingen van slachtoffers (41). In dit kader past dat de partijen aan beide zijden van de onderhandelingstafel niet, zoals dat heet, "de kaarten voor de borst houden", maar "de kaarten op tafel leggen" (42). In dit verband is voorgesteld dat zowel de patiënt (43) als de aansprakelijk gestelde partij alle beschikbare medische informatie aan de wederpartij in de onderhandelingen ter beschikking stellen.(curs. HdJ). De meningen hierover lopen uiteen (44). De discussie is in een stroomversnelling geraakt door tuchtrechtelijke en andere procedures, met name over de positie van de arts die door een verzekeraar wordt ingeschakeld als medisch adviseur (45).*

2.22. In overleg tussen de betrokken belangenorganisaties zijn gedragscodes (behoorlijkheidsnormen) ontwikkeld. In het debat in deze cassatiezaak is daarnaar ook verwezen. Zo schrijft de Letselschaderichtlijn Medisch Traject (46) voor: “Medische adviezen waar belangenbehartigers en schadebehandelaars zich op beroepen dienen op schrift gesteld te zijn en in afschrift beschikbaar te zijn voor elkaar.” In de vakliteratuur is een verbinding gelegd met het in art. 6 EVRM beschermde belang van “equality of arms” en met de exhibitieplicht (47). Deze in een gedragscode neergelegde behoorlijkheidsnorm is in de rechtspraak van de Hoge Raad (nog) niet erkend als een regel van ongeschreven recht (48).’

Daar moet wel bij worden aangetekend dat de medische aansprakelijkheidsverzekeraars niet gebonden zijn aan de ‘Letselschaderichtlijn Medisch Traject’ omdat zij zich daar vanaf aanvang aan onttrokken hebben. Wel zou het een goede zaak zijn indien medische verzekeraars maximale medewerking zouden verschaffen aan optimale transparantie in het belang van waarheidsvinding en behoud van vertrouwen in het handelen van de medische wereld en dus minder een defensieve houding zouden innemen daar waar het gaat om de waarheid boven tafel te krijgen. Die defensieve houding innemen doen zij nota bene met een beroep op ‘een eerlijk proces’. Een ‘eerlijk proces’ veronderstelt gelijke middelen en die zijn in een proces tussen patiënt en arts vrijwel per definitie niet aanwezig. Niet in kennis, niet in financieel vermogen en evenmin in uithoudingsvermogen. Het belang van de patiënt die schade heeft opgelopen bij een medische behandeling om het ware verhaal te vernemen prevaleert mijns inziens boven het belang van de arts om zich in te dekken tegen de mogelijke gevolgen van het aan het licht komen van die waarheid.

Tot slot

Is met dit arrest de al zo lang bestaande kwestie nu definitief beklonken? Er lijken mijns inziens toch essentiële motiveringsgebreken te kleven aan dit arrest, wat overigens steeds het geval was in de gehele procedure op dit punt. Dat de diverse rechtsinstanties zo opvallend resoluut beslissen en kort motiveren, kan in elk geval niet gelegen zijn in een duidelijke dan wel overtuigende lijn bij het Europese Hof of eensgezindheid in de literatuur op dit gebied. Ik verwijs daarvoor onder andere naar de noten bij de conclusie van A-G Hartlief bij het onderhavige arrest. De Hoge Raad staat voor rechtszekerheid en daarvoor dient ook de Hoge Raad goed en overtuigend te motiveren.

Het zou mijns inziens toch de moeite waard zijn om het Europese Hof hierover nog eens zijn licht te laten schijnen.

mr. H. de Jager