

ANNOTATIE

Zijn medische adviezen meer of anders dan een juridische analyse?

mr. H. de Jager

Inleiding

1. Een patiënt, die meende dat de medische behandeling van zijn polsletsel in het Rode Kruis Ziekenhuis niet zorgvuldig was geweest, had Centramed, de aansprakelijkheidsverzekeraar van het Rode Kruis Ziekenhuis, verzocht om afgifte ingevolge artikel 35 Wet Bescherming Persoonsgegevens (Wbp) van een medisch advies dat in handen was van Centramed. Centramed had geweigerd het medisch advies te verstrekken. De rechtbank in eerste aanleg had het verzoek toegewezen en Centramed in de gelegenheid gesteld om in appèl te gaan. Het Hof Amsterdam verklaarde het verzoek niet-ontvankelijk omdat het te laat was aangebracht bij de rechtbank. 2. In een korte overweging ten overvloede merkte het Hof Amsterdam bovendien op dat van afgifte van het volledige advies van de medisch adviseur van Centramed geen sprake kon zijn. Het verwees ter motivering naar een uitspraak van het Europese Hof van Justitie van 17 juli 2014 (ECLI:EU:C:2014:2081), waarin eveneens een verzoek tot afgifte van een document – waarin persoonsgegevens in de zin van de Wbp waren opgenomen – van de hand werd gewezen. In die uitspraak was bedoeld document onderdeel van een beleidsdocument, de zogeheten ‘minuut’, hetgeen werd aangemerkt als een juridische analyse van een beslismedewerker in dienst van het toenmalige ministerie van Immigratie, Integratie en Asiel inzake het verzoek van een asielzoeker om een verblijfsvergunning te verkrijgen. Het Hof van Justitie bepaalde dat de persoonsgegevens die het betreffende beleidsdocument bevat weliswaar persoonsgegevens zijn in de zin artikel 2 sub a van Richtlijn 95/48/EG (in Nederland geïmplementeerd in artikel XX Wbp), maar dat de daarin opgenomen juridische analyse zelf niet als zodanig kan worden gekwalificeerd. Uitbreiding van het recht op inzage tot de juridische analyse dient niet het doel van de Richtlijn. Het Hof van Justitie overwoog daartoe als volgt: *‘Voor zover aan de met dat recht op inzage nagestreefde doelstelling volledig kan worden voldaan met een andere vorm van verstrekking, kan de betrokkene dus noch aan artikel 12,*

sub a, van richtlijn 95/46 noch aan artikel 8, lid 2, van het Handvest het recht ontlene om een afschrift te verkrijgen van het originele document of bestand waarin die gegevens staan. Teneinde de betrokkene geen toegang te geven tot andere informatie dan de hem betreffende persoonsgegevens, kan hij een afschrift krijgen van het originele document of bestand waarin die andere informatie onleesbaar is gemaakt'.

3. Met de verwijzing naar de uitspraak van het Hof van Justitie zet het Hof Amsterdam de juridische analyse nu op één lijn met een medisch advies van een medisch adviseur in een beroepsaansprakelijkheidskwestie. Dit met de opvallend magere onderbouwing *'dat een medische analyse geen informatie bevat die door de belanghebbende zelf gecontroleerd kan worden op de juistheid ervan'*. Wel heeft de belanghebbende volgens het Hof Amsterdam recht op de inzage van de persoonsgegevens die de feitelijke basis van het medisch advies vormen, maar dus niet op het medisch advies als zodanig.

Procedurale opmerkelijkheden

4. Het Hof Amsterdam besliste eerder, op 31 januari 2012 (ECLI:NL:GHAMS:2012:BV2565), dat Medirisk (de andere grote Nederlandse medische aansprakelijkheidsverzekeraar) op grond van de Wbp wél gehouden was het advies van haar medisch adviseur te overleggen aan de patiënt. Daarnaast diende Medirisk van alle overige correspondentie een overzicht te verstrekken van alle zich in het dossier bevindende stukken (inclusief bijlagen). Medirisk mocht van deze tussenbeschikking in cassatie gaan en deed dat ook. Op 27 maart 2013 verscheen de conclusie van procureur-generaal F.F. Langemeijer over de ingestelde eis tot cassatie met beantwoording van een tweetal rechtsvragen:

- Over welke stukken strekt het recht van toegang als bedoeld in artikel 35 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) zich uit?
- Kan de aansprakelijkheidsverzekeraar met succes een beroep doen op de uitzonderingsbepaling in artikel 43 onder e Wbp?

Medirisk had haar standpunt in cassatie als volgt toegelicht: *'Het is bij uitstek het rapport van de medisch adviseur dat ertoe dient om de standpuntbepaling omtrent de gepretendeerde vordering voor te bereiden en waarover aldus vrijelijk moet kunnen worden overlegd en ten aanzien waarvan de beginselen van fair play en/of equality of arms zouden worden geschonden indien de verantwoordelijke daarover mededeling zou moeten doen als bedoeld in art. 35 Wbp, of zelfs afschrift daarvan zou moeten verstrekken'*.

Subsidiar werd nog een motiveringsklacht toegevoegd. Medirisk herhaalde in cassatie het in hoger beroep ingenomen standpunt dat dit interne overleg slechts tot doel heeft om als

aansprakelijkheidsverzekeraar een standpunt in te nemen tegenover degene die een vordering tot schadevergoeding indient. Om diezelfde reden kan volgens Medirisk ook geen onderscheid worden gemaakt tussen documenten met betrekking tot dit vertrouwelijk overleg en documenten met betrekking tot een overleg dat bedoeld is om uiteindelijk met de resultaten naar buiten te treden. De procureur-generaal beoordeelde deze klacht (alsook andere door Medirisk aangevoerde klachten) als volgt: *‘Zoals gezegd geeft de Wbp nauwelijks voorschriften over de vorm waarin de informatie moet worden gegeven. Op grond van art. 35 Wbp dient de “verantwoordelijke” alle relevante informatie over de betrokkene te verschaffen, hetgeen afhankelijk van de omstandigheden dikwijls zal kunnen – en, zo nodig, op aanwijzing van de rechter zal moeten – gebeuren door middel van het verstrekken van afschriften, kopieën of uittreksels. Het hof heeft in dit geval de aanwijzing gegeven dat de verstrekking moet geschieden in de vorm van het verschaffen van een kopie van het rapport van de medisch adviseur. Dat is in overeenstemming met deze rechtsregel en is evenmin onbegrijpelijk. De klacht faalt’.*

Tot slot concludeerde de procureur-generaal tot verwerping van het cassatieberoep. Medirisk liet het niet aankomen op een arrest van de Hoge Raad en trok haar eis tot cassatie in. Vervolgens is Medirisk ertoe overgegaan om het medisch advies te delen met de patiënt die haar verzekerde aansprakelijk had gesteld maar wel onder de voorwaarde van reciprociteit. Centramed volhardde echter in haar beleid om het medisch advies niet prijs te geven. Zij zag in de uitspraak van het Hof van Justitie haar gelijk bevestigd en heeft dat ook in onderhavige procedure aangevoerd en die stelling is door het Hof Amsterdam in de overweging ten overvloede overgenomen. Daardoor kan de conclusie luiden dat het Hof Amsterdam zijn eerdere standpunt hierover (in de *Medirisk*-zaak) herzien heeft onder gelding van de latere uitspraak van het Hof van Justitie en mede op grond hiervan beslist heeft dat Centramed het medisch advies niet hoeft te verstrekken aan de patiënt.

Commentaar

5. De vraag is of de hier besproken beschikking stand zou houden als de patiënt, die om de afgifte van het medisch advies had gevraagd, van deze uitspraak in cassatie zou gaan, los van de andere formele grondslag van de afwijzende beschikking, namelijk de tijdsoverschrijding. Eerder oordeelde de Afdeling van de Raad van State dat het doel van de verzoeker van de afgifte met een beroep op Wbp er niet toe doet. Zij overwoog in een uitspraak van 30 november 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BU6383): *‘Met de rechtbank verwerpt de Afdeling het betoog van het UMCG dat de informatie waar artikel 35, tweede lid, van de Wbp op ziet, uitsluitend dient ter uitoefening van het recht op correctie en aanvulling van de inhoud van het dossier. Dat wederpartij de informatie zou hebben verzocht teneinde na te gaan of het UMCG het beroepsgeheim in acht neemt, kon derhalve geen grond zijn de door haar verzochte informatie niet mede te delen. 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’.

6. Daar komt bij dat de uitspraak van het Hof van Justitie van 17 juli 2014, waarop het Hof Amsterdam zijn arrest baseert, al allerlei vragen onbeantwoord liet. Ik verwijs hiervoor naar de annotatie van J.P.M. Simons in *TVP* 2014/4. Daar waar het in een juridische analyse al heel lastig is vast te stellen welke gegevens in een document als persoonsgegevens vallen aan te merken (op welke gegevens overigens wel recht van inzage bestaat), geldt dat vooral in (een uitgebreid) medisch advies, waar doorgaans een grote hoeveelheid persoonsgebonden kenmerken (en dus persoonsgegevens) bepalend is voor specifiek medisch handelen en ook de beoordeling daarvan. Het lijkt bepaald geen uitgemaakte zaak dat een juridische analyse op één lijn te stellen is met een medische beoordeling. Bij een juridische beoordeling gaat het om de toepassing van wetten en regels op de feiten, terwijl het bij een medisch advies aankomt op de beoordeling van een – beroepsmatig – gegeven behandeling van de persoonlijke kenmerken, waaronder het specifieke ziektebeeld of gebrek, ter verbetering van de gezondheidstoestand. Die gezondheidstoestand is individueel bepaald en zal doorgaans niet alleen persoonsgegevens bevatten, maar zal dat als zodanig ook zijn. Datzelfde geldt voor de uiteindelijke medische conclusies; deze kunnen eveneens als persoonsgegevens worden gekwalificeerd indien zij iets zeggen over de persoon in kwestie. Daarenboven geldt dat persoonsgegevens die de gezondheid betreffen gelden als bijzondere persoonsgegevens met extra waarborgen ten behoeve van de bescherming van de persoonlijke integriteit van de betrokkene (Paragraaf 2 Wbp). Een afschrift verstrekken van het document waarin alles is weggestreept behalve ‘de persoonsgegevens’, zoals het Hof van Justitie lijkt voor te staan in haar uitspraak over de juridische analyse, lijkt bij het medisch advies een onmogelijke exercitie en tegelijkertijd niet controleerbaar voor de betrokkene. Hij kan immers niet controleren wat weggestreept/onzichtbaar is.

7. De medische aansprakelijkheidsverzekeraars hebben steeds de afgifte van het medisch advies geweigerd met een beroep op artikel 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces van de aangesproken arts. Ook dat is een gerechtvaardigd belang. In de afweging van belangen had de rechtbank in de hier besproken kwestie in eerste aanleg echter goed gemotiveerd aangegeven dat het belang van de patiënt in verband met de rechtmatigheid van de verwerking van zijn persoonsgegevens prevaleert (r.o. 2.13). Het Hof Amsterdam verzuimt op dit punt haar

overweging ten overvloede nader te motiveren, wat dit arrest vatbaar zou kunnen maken voor cassatie (het oordeel over het te laat beroep instellen tegen de weigering weggedacht en voor zover cassatie tegen een overweging ten overvloede een belang heeft).

8. Daarnaast is van belang dat die medische beoordeling per definitie wordt verricht door een arts. Anders dan de jurist is de arts onderdeel van een beroepsgroep die gebonden is aan hetgeen men gezworen heeft: de Nederlandse Artseneed. Daarin staat één norm centraal: het open en toetsbaar handelen in het belang van de patiënt en in het belang van de gezondheidszorg. En juist omdat het artsen zijn (in hoedanigheid van medisch adviseur of deskundige) die een medisch advies verstrekken, zal steeds het transparant en toetsbaar handelen de norm zijn waaraan men zich dient te houden. Verzekeraars hebben op hun beurt de gedragscodes van de deskundigen wier diensten (uitleg en adviezen) men inroept te respecteren. Dat laatste is een norm zoals die voor een redelijk bekwaam en handelend verzekeraar geldt (zie daarvoor het reglement van het Kifid, de geschilleninstantie van de financiële instellingen).

9. Op dit moment wordt gewerkt aan een herziening van de GOMA (de Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling in Medische Aansprakelijkheid). De planning is dat voor of op 1 januari 2017 de GOMA 2.0 geïntroduceerd gaan worden. De bedoeling van de GOMA is dat de patiënt die meent slachtoffer te zijn geworden van een medische fout (beter gesteld: een toerekenbare tekortkoming in de zorgovereenkomst) een transparant en respectvol proces wordt geboden, dat uitgaat van een zekere welwillendheid van de betrokken partijen om de waarheid rond de vermeende fout boven tafel te krijgen. Daarin past niet dat zorgverleners en hun verzekeraars de medische adviezen niet delen met de patiënt. Dat past niet omdat het artsen zijn die deze adviezen hebben geschreven (en deze adviezen overigens vrijwel steeds ook persoonsgegevens bevatten) en omdat juristen/behandelaren met die adviezen aan de haal kunnen gaan. Onlangs verklaarde advocaat mr. D.J. van der Kolk, die uitsluitend of overwegend aan de zijde van de verzekeraars staat, op een symposium dat hij in zijn hoedanigheid van advocaat een ander doel heeft dan een arts: *'Een arts is op zoek naar de waarheid. Een advocaat niet. Deze wil niet het juiste antwoord ontvangen maar het antwoord dat hem de zaak doet winnen...'* (<http://stichtingpiv.nl/makkelijk-te-snappen-moeilijk-te-begrijpen-6e-medas-meeting-3-juni-2014-communicatie>). De patiënt heeft daarom het recht om na te gaan wat in het standpunt van de verzekeraar de medische waarheid is en wat daarvan 'juridisch opportunisme' is.

Conclusie

10. Een juridische analyse kan niet op één lijn worden gesteld met een medisch advies. Het arrest van het Hof Amsterdam is op dit punt onvoldoende gemotiveerd en zou daarom

potentieel vatbaar zijn voor cassatie.