

ANNOTATIE

‘Inzage in de relatie met de medisch adviseur maar geen inzage in diens advies?’

mr. dr. R.P. Wijne

Annotatie bij Parket bij de Hoge Raad, 26-08-2022, ECLI:NL:PHR:2022:762 (GZR-2022-0237, PS-2022-0541)

Een beschouwing over een belangenafweging buiten rechte en een mogelijk recht op het in vrijheid en beslotenheid voorbereiden van de verdediging.

*Rolinka Wijne**

1. Inleiding

Na de publicatie van de conclusie van A-G Hartlief inzake de vordering tot cassatie in het belang der wet aangaande een uitspraak van de tuchtrechter,[1] kreeg ik via verschillende kanalen de vraag ‘of ik hem al had gelezen’. Dat was op dat moment niet het geval, maar de hoeveelheid berichten deden mij vermoeden dat het beslist urgent was om dat wel te doen. Het kostte me vervolgens dagen om de conclusie te lezen, al was het maar omdat ik al snel in de gaten had dat ik het een en ander zou moeten aanpassen in eigen publicaties en het handig leek dat ook maar meteen op de juiste plekken te doen. De conclusie is gelukkig wel zeer duidelijk gestructureerd wat het inzicht vereenvoudigt. Daarvoor mijn complimenten.

In de kern draait de conclusie om de vraag of de vertrouwelijkheid van interne besluitvorming van een beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en zijn verzekerde – in de zin van hoe de verdediging moet worden ingezet – mag opwegen tegen meer algemene wettelijke bepalingen met betrekking tot zeggenschap over het gebruik van en inzage in (medische) persoonsgegevens. Om die vraag te beantwoorden bespreekt A-G Hartlief diverse

onderwerpen: de relatie tussen de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en de (ex-)patiënt en, in verband daarmee, de (on)mogelijke toepassing van Boek 7, titel 7, afdeling 5, van het Burgerlijk Wetboek (BW), het juridisch kader rondom artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM), en het juridisch kader rondom artikel 15 van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG).

Twee onderwerpen worden in deze annotatie belicht, omdat daar ook wel anders over wordt gedacht dan wel anders over kán worden gedacht: de toepassing van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW (**onder 2 en 3**) en de uitzondering op het recht van inzage ingevolge de AVG (**onder 4 en 5**). Daarna sluit ik af (**onder 6**).

2. Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW en de medisch adviseur

A-G Hartlief vangt de conclusie aan met – uiteraard – een voorstel voor een cassatiemiddel, inhoudende dat de tuchtrechter het recht heeft geschonden door het toepassingsbereik van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW te miskennen. Wat hij in dat verband in de kern betoogt, is dat op de relatie ‘medisch adviseur verzekeraarszijde – patiënt’ Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW niet van toepassing is. Het gevolg is dat de patiënt geen recht van inzage kan ontlenen aan dat stukje BW en het in relatie tot de kernvraag en de afweging van de genoemde belangen (zie de inleiding) dus ook eigenlijk niet relevant is. Ik denk dat dit betoog klopt.

Met Hartlief ben ik het eens dat een medisch adviseur zich in medische aansprakelijkheidskwesities gewoonlijk niet waagt aan het verrichten van ‘klassieke’ handelingen op het gebied van de geneeskunst rechtstreeks betrekking hebbende op de persoon van de schadevergoeding vorderende (ex-)patiënt, wat wel een vereiste is, wil van een geneeskundige behandelingsovereenkomst kunnen worden gesproken (art. 7:446, eerste en tweede lid, BW). En hoewel sprake kan zijn van een beoordeling van de gezondheidstoestand van de (ex-)patiënt door de medisch adviseur, moet worden geconstateerd dat die beoordeling een andere strekking heeft dan een patiënt te voorzien van een (behandel)advies of bijvoorbeeld een doorverwijzing; het doel is beoordeling van aansprakelijkheid. Daar komt bij dat de beoordeling van de medisch adviseur ‘op papier’ is; een gesprek of lichamelijk onderzoek is niet aan de orde. Ik denk ook dat het om diezelfde redenen juist is dat een beoordeling, analyse, door de medisch adviseur niet valt onder ‘andere handelingen’ verricht door een arts.

Een andere aanwijzing die Hartlief niet noemt maar wel steun geeft aan zijn opvatting op dit punt betreft artikel 7:454 BW. Hierin staat klip en klaar dat de plicht om een patiëntendossier in te richten betrekking heeft op ‘de behandeling van de patiënt’.

Met Hartlief ben ik het ook eens dat de beoordeling, analyse, van de medisch adviseur, niet kan worden gekwalificeerd als een medische keuring van de (ex-)patiënt (art. 7:446, vierde lid, BW). Hoewel toepassing voor de hand lijkt te liggen en in de literatuur ook wel als zodanig is betoogd[2] – er is immers een opdracht van een derde en het gaat om een aanspraak – is mijns inziens opnieuw een ‘sta-in-de-weg’ dat medisch adviseurs de patiënt niet zien, spreken of lichamelijk zullen onderzoeken.

Een en ander betekent dat de (ex-)patiënt zich voor inzage in het medisch advies van de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar niet kan baseren op het inzagerecht van artikel 7:456 BW (dat overigens alleen op het patiëntendossier ziet) noch op het inzagerecht als bedoeld in artikel 7:464, tweede lid, BW.

3. En wat te doen met de medisch deskundige?

Het voorgaande brengt mijns inziens de vraag met zich hoe het zit met de medisch deskundige die buiten rechte wordt ingeschakeld. Een medisch deskundige is doorgaans iemand anders dan de medisch adviseur van een van de partijen. Ter beantwoording van die vraag wil ik een aantal situaties onderscheiden.

Ten eerste is er de situatie waarin de medisch deskundige een opdracht krijgt om (alleen) het medisch handelen van een (collega-)hulpverlener te beoordelen aan de hand van het patiëntendossier en, soms, het (geschreven) relaas van zowel (ex-)patiënt als hulpverlener. Het doel is om vastgesteld te krijgen dat het medisch handelen van de aangesproken hulpverlener wel of niet voldoet aan de professionele standaard. Beoordeling van de gezondheidstoestand van de patiënt door een gesprek of onderzoek blijft achterwege. Deze situatie laat zich in die zin vergelijken met de opdracht of het verzoek aan de medisch adviseur. De aard van een dergelijke opdracht, althans van een dergelijk onderzoek, brengt met zich dat de rechtsverhouding tussen deskundige en opdrachtgever(s) alleen kan worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht als bedoeld in Boek 7, titel 7, afdeling 1, BW en wel ongeacht of de patiënt dan wel de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar de opdrachtgever is of dat ze dat allebei zijn (alle vormen komen voor). Van handelingen op het gebied van de geneeskunst (in de zin van een beoordeling van de gezondheidstoestand) rechtstreeks betrekking hebbende op de persoon van de patiënt als bedoeld in artikel 7:446, eerste en tweede lid, BW is immers geen sprake en evenmin van een keuring in de zin van artikel 7:446, vierde lid, BW (ook al zou het gaan om een opdracht van de verzekeraar, een derde dus). Ook de schakelbepaling mist (dus) toepassing.

Voor zover A-G Hartlief met zijn conclusie ook bedoeld heeft deze situatie te beschrijven, ben ik het dus andermaal met hem eens. Ook juist lijkt mij dan dat de patiënt bij een eenzijdige

opdracht van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar inzage in het rapport niet via het BW kan afdwingen. Is de patiënt (mede) opdrachtgever dan lijkt mij een inzage recht zonder meer een gegeven (onderdeel van de opdracht).

Ik merk terzijde op dat deze eerste situatie een wat meer hypothetische lijkt. In veel gevallen namelijk wordt een medisch deskundige ook een vraag voorgelegd die de strekking heeft de gezondheidstoestand van de (ex-)patiënt te beoordelen of als zodanig kan worden gekwalificeerd. Een scherp onderscheid lijkt mij lastig te bepalen.

Dat brengt mij op de tweede situatie waarin de medisch deskundige de opdracht krijgt om zowel het medisch handelen van een (collega-)hulpverlener te beoordelen alsook de gezondheidstoestand van de (ex-)patiënt. De patiënt wordt om medewerking gevraagd in de vorm van ten minste een gesprek en zal zich zo nodig aan een onderzoek willen en moeten onderwerpen. Het doel is om vastgesteld te krijgen dat het medisch handelen van de aangesproken hulpverlener wel of niet voldoet aan de professionele standaard en, zo het niet voldoet, of dat handelen dan in een causale relatie staat tot de gezondheidsschade van de patiënt en wat die gezondheidsschade in relatie tot de 'normale' of verwachte gezondheidstoestand inhoudt. Net als bij de eerst beschreven situatie kan de opdracht afkomstig zijn van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, de patiënt of van allebei.

Geeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar de opdracht, dan wordt de rechtsverhouding met de deskundige beheerst door Boek 7, titel 7, afdeling 1, BW (algemene overeenkomst van opdracht). Een behandelingsovereenkomst komt met de (ex-)patiënt niet tot stand, ook al wordt zijn gezondheidstoestand beoordeeld. Die beoordeling heeft immers geen betrekking op een medische behandeling of medisch advies, maar op de aanspraak op een schadevergoeding. Wel ben ik van mening dat sprake is van een medische keuring als bedoeld in artikel 7:446, vierde lid, BW: het gaat (mede) om de beoordeling van de gezondheidstoestand in opdracht van een derde in verband met de aanspraak op een uitkering uit een verzekering. Hierop is Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW van overeenkomstige toepassing, voor zover de rechtsverhouding zich daartegen niet verzet, evenals artikel 7:464, tweede lid, BW met de daarin opgenomen afwijkende bewaartermijn van het patiëntendossier (waarop de keuring is gebaseerd) en het recht van eerste inzage en blokkering van het rapport (in plaats van art. 7:456 BW dus). Steun voor mijn mening leid ik af uit de jurisprudentie aangaande deskundigenbenoemingen door de rechter.[3] Ook in die gevallen wordt uitgegaan van het regime van artikel 7:446, vierde lid, BW.

Dezelfde mening ben ik toegedaan waar het gaat om een opdracht aan de deskundige van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en de (ex-)patiënt tezamen. Het zou overigens ook vreemd zijn om de patiënt rechten als het recht van eerste inzage en blokkering te ontzeggen,

louter omdat hij mede-opdrachtgever is.

4. Een medisch advies als persoonsgegeven met een inzagerecht als uitgangspunt

De zaak die aan de tuchtrechter was voorgelegd was niet uniek; in de praktijk bestaat behoefte aan inzage in het medisch advies van de medisch adviseur (of medisch deskundige) van de verzekeraar. Enig wantrouwen – helaas – is daaraan debet. Zoals ik hiervoor heb verduidelijkt, kan ik mij vinden in de conclusie van Hartlief dat inzage in een medisch advies dat louter betrekking heeft op het medisch handelen van de aangesproken hulpverlener niet gebaseerd kan worden op Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW.

Het is vervolgens de vraag of de patiënt zich ten opzichte van de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar (wel) op de algemene verordening gegevensbescherming (AVG) of artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) kan beroepen teneinde inzage in het medisch advies te verkrijgen.

Ter beantwoording van die vraag is relevant dat ingevolge artikel 15, eerste lid, AVG een ‘betrokkene’ het recht heeft om van de verwerkingsverantwoordelijke uitsluitend te verkrijgen over het al dan niet verwerken van hem betreffende persoonsgegevens en, wanneer dat het geval is, om inzage te verkrijgen van die persoonsgegevens en van de volgende informatie: a) de verwerkingsdoeleinden; b) de betrokken categorieën van persoonsgegevens; c) de ontvangers of categorieën van ontvangers aan wie de persoonsgegevens zijn of zullen worden verstrekt, met name ontvangers in derde landen of internationale organisaties; d) indien mogelijk, de periode gedurende welke de persoonsgegevens naar verwachting zullen worden opgeslagen, of indien dat niet mogelijk is, de criteria om die termijn te bepalen; e) dat de betrokkene het recht heeft de verwerkingsverantwoordelijke te verzoeken dat persoonsgegevens worden gerectificeerd of gewist, of dat de verwerking van hem betreffende persoonsgegevens wordt beperkt, alsmede het recht tegen die verwerking bezwaar te maken; f) dat de betrokkene het recht heeft [een] klacht in te dienen bij een toezichthoudende autoriteit; g) wanneer de persoonsgegevens niet bij de betrokkene worden verzameld, alle beschikbare informatie over de bron van die gegevens; het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming, met inbegrip van de in artikel 22, leden 1 en 4, bedoelde profilering, en, ten minste in die gevallen, nuttige informatie over de onderliggende logica, alsmede het belang en de verwachte gevolgen van die verwerking voor de betrokkene. Ingevolge artikel 15, derde lid, AVG dient de betrokkene een kopie te krijgen van de persoonsgegevens die worden verwerkt.[4] Daarmee wordt – naar alle waarschijnlijkheid – niet bedoeld dat een kopie moet worden verstrekt van het document waarin de persoonsgegevens voorkomen; het gaat om een kopie van de gegevens zelf, zo is de heersende interpretatie.[5] Deze interpretatie laat

niettemin onverlet dat kopieën van (delen van) documenten in bepaalde gevallen wel moeten worden verstrekt, namelijk wanneer dat de enige wijze is waarop de betrokkene kan nagaan welke persoonsgegevens worden verwerkt en hoe. Dat kan aan de orde zijn als de persoonsgegevens sterk zijn verweven met wat overigens in een document voorkomt. Bovendien is het onder omstandigheden denkbaar dat een deel van een document als zodanig een persoonsgegeven is, aldus A-G Hartlief in zijn conclusie.[6] De ratio is steeds de betrokkene, in dit geval dus de (ex-)patiënt, in staat te stellen om vast te stellen of sprake is van juiste en rechtmatige verwerking van gegevens en om zijn rechten tot verwijdering of verbetering van gegevens te kunnen uitoefenen.[7]

Relevant is voorts dat ook uit artikel 8 EVRM volgt een beschikkingsrecht aangaande ‘*personal information relating to a patient*’.[8] Het EHRM gaat er daarbij van uit dat een patiënt een kopie moeten kunnen krijgen van zijn patiëntendossier.[9] Een weigering tot het inwilligen van het beschikkingsrecht brengt een inbreuk op het in artikel 8 EVRM gewaarborgde belang van het privéleven van de patiënt met zich, waarvan het beschikkingsrecht deel uitmaakt.[10]

Er is dus een inzage-recht verbonden aan de verwerking van persoonsgegevens (AVG) en er bestaat zonder meer een recht op inzage in het patiëntendossier (EVRM). Een medisch advies is evenwel geen patiëntendossier (het gaat niet over de behandeling van de patiënt), maar een analyse aan de hand van persoonsgegevens en daarbij is de patiënt niet persoonlijk beoordeeld. Dat laatste zou volgens Hartlief direct betekenen dat artikel 8 EVRM geen inzage biedt. Ik weet dat eerlijk gezegd zo net nog niet. Het artikel ziet toch op *personal information relating to a patient*? Hartlief zelf houdt overigens ook enige slag om de arm.

Daarom – of hoe dan ook – dient zich de vervolgvraag aan of het medisch advies zelf een persoonsgegeven is of dat de persoonsgegevens zodanig verweven zijn met de rest van het advies dat een kopie moet worden verstrekt.

Deze vraag is onder de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) vaak onderwerp van geschil geweest.[11] In 2018 leek de Hoge Raad evenwel een einde te maken aan de discussie door te oordelen dat de Wbp geen opening biedt voor inzage in een medisch advies van een medisch adviseur of medisch deskundige (een medische analyse dus) daar waar de inzage ‘het doel heeft om in een aansprakelijkheidskwestie informatie te vergaren over het medisch handelen van een hulpverlener’. Het zou in zo’n geval niet gaan om persoonsgegevens in de zin van Richtlijn 95/46/EG. De Hoge Raad wees in zijn overwegingen op het arrest van het HvJ EU van 17 juli 2014 (*YS/Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel en Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel/M en S*).[12]

Met dit oordeel is A-G Hartlief het evenwel niet eens, en terecht, zo meen ik. Hartlief wijst in

dat verband op de omstandigheid dat het HvJ EU in 2017 zijn standpunt uit 2014 dat een juridische analyse geen persoonsgegevens is, lijkt te hebben verlaten.[13] De desbetreffende uitspraak van het HvJ EU gaat over de opmerkingen van een examinerator bij een examen van een persoon.[14] Het HvJ EU oordeelde dat de antwoorden van de geëxamineerde en de opmerkingen van een examinerator als persoonsgegevens kunnen worden aangemerkt. Relevant zijn de volgende overwegingen:

‘33. Zoals het Hof reeds heeft vastgesteld is de werkingssfeer van richtlijn 95/46 zeer ruim en zijn de daarin bedoelde persoonsgegevens van uiteenlopende aard (...).

34. Het gebruik van de woorden “iedere informatie” in de definitie van het begrip “persoonsgegevens” in artikel 2, onder a), van richtlijn 95/46 wijst er immers op dat het de bedoeling van de Uniewetgever was om een ruime betekenis te geven aan dit begrip, dat niet beperkt is tot gevoelige of persoonlijke informatie maar zich potentieel uitstrekt tot elke soort informatie, zowel objectieve informatie als subjectieve informatie onder de vorm van meningen of beoordelingen, op voorwaarde dat deze informatie de betrokkene “betreft”.

35. Deze laatste voorwaarde is vervuld wanneer die informatie wegens haar inhoud, doel of gevolg gelieerd is aan een bepaalde persoon.’

Een medisch advies, kortom, is wel degelijk een persoonsgegeven, aldus Hartlief. In die conclusie kan ik mij vinden.

5. Beperking van het inzage-recht door het recht om in vrijheid en beslotenheid de verdediging voor te bereiden?

Het inzage- en beschikkingsrecht is evenwel niet onbeperkt: uitzonderingen zijn (in overeenstemming met art. 8 EVRM) neergelegd in artikel 23 AVG (en in art. 41 UAVG).[15] Daarin is – voor zover hier van belang – bepaald dat de reikwijdte van de verplichtingen en rechten als bedoeld in de artikelen 12 tot en met 22 en artikel 34 AVG kan worden beperkt – op voorwaarde dat die beperking de wezenlijke inhoud van de grondrechten en fundamentele vrijheden onverlet laat en in een democratische samenleving een noodzakelijke en evenredige maatregel is – ter waarborging van de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen (art. 23, eerste lid, aanhef en onder i, AVG en art. 41, eerste lid, aanhef en onder i, UAVG).[16] In de toelichting op de UAVG is in dat verband opgemerkt dat voor de toepasselijkheid van een uitzonderingsgrond een strikt noodzakelijkheids criterium geldt (vergelijk art. 8, tweede lid, EVRM). De bepaling biedt dus een mogelijkheid om alleen in individuele zaken af te wijken van de rechten die gelden op grond van de verordening, indien dit strikt noodzakelijk is met het oog op de in artikel 23 AVG genoemde belangen.[17] Artikel 23 AVG biedt geen grondslag voor een categorische beperking.[18]

Het zijn aldus het belang van de bescherming van een ander of de rechten en vrijheden van een ander die ervoor kunnen zorgen dat de patiënt alsnog inzage in het medisch advies kan worden geweigerd. Volgens Hartlief is in dat verband het belang om in vrijheid en beslotenheid een standpunt in te nemen en de verdediging voor te bereiden – een belang waarop de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar zich doorgaans placht te beroepen – relevant.[19] Hartlief wijst ter onderbouwing van die visie op de considerans van de AVG en op artikel 9 AVG dat overigens niet ziet op een beperking van het inzagerecht maar op een afwijking van het verbod op gegevensverwerking – het gaat evenwel om de gedachte die het artikel uitademt. Volgens Hartlief is een verbod op inzage ook niet onevenredig. De patiënt heeft immers ‘gewoon’ inzage in het medisch dossier (op grond van art. 7:456 BW) en in zijn persoonsgegevens (art. 15, eerste lid, AVG), voor zover die inzage mogelijk is zonder dat daarmee het belang (en het recht) van het ziekenhuis en de verzekeraar om een standpunt te bepalen en de verdediging in vrijheid en beslotenheid voor te bereiden (te zeer) wordt beperkt. Bij de totstandkoming van het medisch advies zijn ook geen nieuwe persoonsgegevens verzameld (ongeacht of dat medisch advies zelf een persoonsgegeven is of bestaat uit persoonsgegevens), zodat het belang van de patiënt om zicht te houden op de verwerking van zijn persoonsgegevens slechts in beperkte mate wordt aangetast. De afweging van de betrokken belangen kan en hoeft echter niet generiek te worden gemaakt. Hierin schuilt het nadeel van rechtsonzekerheid maar ook het voordeel dat maatwerk mogelijk is, zo meent Hartlief. Bovendien is een dergelijk belang en een dergelijke afweging onderkend door de Hoge Raad, zo sluit hij af. De Hoge Raad overwoog in die (niet medische) kwestie als volgt:

‘3.4.2 De aan de klacht ten grondslag liggende rechtsopvatting is in zoverre juist dat voor een partij een gewichtige reden in de zin van art. 843a lid 4 Rv kan bestaan bij handhaving van de vertrouwelijkheid van haar interne besluit- en gedachtevorming, waaronder begrepen de rol daarin van haar eventuele externe adviseurs. Of in een concreet geval een dergelijke ingeroepen gewichtige reden bestaat die tot afwijzing van de vordering of het verzoek moet leiden waar het die vertrouwelijke gegevens betreft, dient door de rechter met afweging van alle betrokken belangen, gemotiveerd te worden beslist.

Het ligt op de weg van de partij die zich op het bestaan van die gewichtige reden beroept, te stellen en zo nodig aannemelijk te maken, met betrekking tot welke gegevens zij het bestaan van haar belang bij vertrouwelijkheid inroept en, zo nodig, waarin dat belang bestaat. Daarbij dient de opgave zo specifiek te zijn dat de rechter zich een oordeel kan vormen over de gerechtvaardigheid van het beroep.’[20]

Een belang is echter nog geen recht, terwijl artikel 23 AVG van ‘een recht’ spreekt. Volgens Hartlief is dat recht gelegen in artikel 6 EVRM: het recht op een eerlijk proces.

En nu vraag ik mij af of dit wel juist is. Artikel 6 EVRM ziet immers op de *gerechtelijke procedure* en daarmee is het niet per se evident dat ook in het *buitengerechtelijk traject* het belang van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar ten koste moet kunnen gaan van het in artikel 8 EVRM (zo dat van toepassing is) en artikel 15 AVG beschermde belang.

Het antwoord ligt niet bij het EHRM: jurisprudentie van het EHRM dat artikel 6 EVRM ook buiten rechte van toepassing is, is er niet (wat Hartlief overigens zelf ook opmerkt).[21]

Antwoorden liggen mogelijk wel in de jurisprudentie van Nederlandse rechters en opvallend genoeg worden die in deze context door Hartlief niet genoemd.

Ik doel dan ten eerste op de jurisprudentie die tot stand is gekomen rondom het – zo wordt gesteld – op artikel 6 EVRM gebaseerde recht van de hulpverlener om zonder toestemming van de patiënt het medisch dossier van de patiënt in het kader van zijn verdediging (buiten rechte) aan zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar te mogen verstrekken. De Nederlandse rechters wijzen uitdrukkelijk op de omstandigheid dat artikel 6 EVRM *niet buiten rechte* geldt.[22]

Ik wijs ten tweede op een overweging van het gerechtshof Amsterdam inzake artikel 6 EVRM in relatie tot de Wbp, inhoudende dat artikel 6 EVRM een ondergeschikte rol speelt als het gaat om de afweging van belangen waaronder het verdedigingsbelang:

‘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.’[23]

Daaraan voorafgaande betoogde dit hof in zijn beschikking als volgt:

‘Uit de brief van Medirisk aan de advocaat van [appellant] van 2 februari 2007 (bijlage 1 bij verweerschrift eerste aanleg) blijkt dat zich in het dossier van Medirisk in ieder geval een rapport van medisch adviseur (...) bevindt. (...) Een rapport van een medisch deskundige valt naar het oordeel van het hof in ieder geval niet buiten de werkingssfeer van de Wbp als bedoeld in artikel 2 sub a van die wet. (...) Evenmin kan Medirisk zich ten aanzien van dit rapport met succes beroepen op de in artikel 43 sub e van de Wbp genoemde uitzondering. Niet valt in te zien waarom het noodzakelijk zou zijn in het belang van de rechten en vrijheden van Medirisk zelf en/of het OLVG

om artikel 35 Wbp in zoverre buiten toepassing te laten. Het betoog dat het noodzakelijk is dat degenen die bij de beoordeling van een schadeclaim betrokken zijn intern vrijelijk moeten kunnen overleggen en dat anders haar recht op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM geschaad zou worden, biedt – mede gezien de strikte uitleg die aan het noodzakelijkheids criterium in deze bepaling moet worden gegeven – naar het oordeel van het hof onvoldoende onderbouwing voor die stelling. (...).’[24]

Een andere uitkomst van de belangenafweging en wel de uitkomst dat inzage prevaleert boven het belang om in vrijheid en beslotenheid de verdediging voor te bereiden, lijkt dus evenzeer verdedigbaar.

6. Slotsom

De Hoge Raad doet naar verwachting op 27 februari 2023 uitspraak. Dan wordt hopelijk duidelijk hoe in situaties als deze moet worden beslist. Ik spreek daarbij de wens uit dat de Hoge Raad in zijn overwegingen ook de Nederlandse jurisprudentie rondom de reikwijdte en plaats van artikel 6 EVRM (in relatie tot de AVG) betreft.

Een ander aspect dat ik wil belichten – en wellicht belangrijker is – is de praktijk. Het verbaast niet dat de conclusie van A-G Hartlief reeds op applaus kon rekenen en anderzijds reeds verontwaardiging opriep. Dat brengt mij tot een laatste opmerking over de conclusie: zij zal niet bijdragen aan een groei van vertrouwen tussen beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar en patiënt. En dat valt hoe dan ook te betreuren. Afspraken lijken mij altijd mogelijk, ook over inzage.

mr. dr. R.P. Wijne

* Rolinka (P.) Wijne is universitair docent en onderzoek aan de Universiteit van Amsterdam (UvA). Daarnaast bekleedt zij diverse andere functies op het terrein van het gezondheidsrecht.

[1] CTG29 januari 2021, ECLI:NL:TGZCTG:2021:42.

[2] A. Wilken, *Het medisch beoordelingstraject bij letselschade. Verslag van een juridisch handelingsonderzoek* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 162-165; A. Wilken, ‘De onduidelijke reikwijdte van het blokkeringsrecht: wetsvoorstel cliëntenrechten zorg biedt geen oplossing’, *TVP* 2009, nr. 4, p. 129-138 en A. Wilken, ‘Het medisch beoordelingstraject bij letselschade; een aantal onderwerpen nader uitgediept’, *VR* 2016/78.

[3] Zie bijvoorbeeld HR 26 maart 2004, *TvGR* 2004, 33, m.nt. J. van der Burg, *JBPr* 2004, 37,

m.nt. C.J.M. Klaassen en *NJ* 2009/340, m.nt. F.C.B. van Wijmen; HR 12 augustus 2005, *NJ* 2009/341.

[4] Zie eerder HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/638; HR 29 juni 2007, *RvdW* 2007, 641; Hof Amsterdam 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR3020; Hof Amsterdam 31 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV2565 en de opvolgende beschikkingen van 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1905 en 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1917.

[5] Zie B.C. van Breda & C.C.M. Kronenburg, 'Inzage in de praktijk van het inzageverzoek', *P&I* 2016/50 en T. Barkhuysen e.a., 'Gegevensbescherming: de bestuursrechtelijke aspecten van de AVG', *NTB* 2021/107 met verwijzing naar HvJ EU 17 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2081 (*YS/Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel en Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel/M en S*). Ook de European Data Protection Board gaat daarvan uit: *Guidelines 01/2022 on data subject rights – Right of access*, Version 1.0 d.d. 18 januari 2022. Zie voor andere (niet medische) jurisprudentie Rb. Noord-Holland 23 mei 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:4283; Rb. Rotterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:515 en Rb. Midden-Nederland 24 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1354. Zie echter anders Rb. Den Haag 31 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10910.

[6] A-G Hartlief 26 augustus 2022, ECLI:NL:PHR:2022:762, randnummer 6.13.

[7] Zie ook punt 63 van de considerans, waaruit volgt dat de betrokkene de rechtmatigheid van de verwerking moet kunnen controleren. Zie voor een wat ruimere uitleg de conclusie van A-G Verkade bij HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/638. Zie voor een voorbeeld van een verzoek op die grond Rb. Amsterdam 20 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4418. Zie voorts HR 16 maart 2018, *GZR* 2018-0138, m.nt. H. de Jager.

[8] EHRM 19 oktober 2005, zaaknr. 32555/96 (*Roche/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 20 januari 2009, zaaknr. 23815/04 (*Uslu/Turkije*) en EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04 (*K.H./Slowakije*). Alleen een recht op inzage in de stukken is onvoldoende, zo volgt uit EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04, par. 47 en 65 evenals de dissenting opinion van rechter Sikuta (*K.H./Slowakije*).

[9] EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04 (*K.H./Slowakije*).

[10] Zie ook C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405.

[11] Zie ter illustratie Rb. Zutphen 8 oktober 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK4206; Rb. Utrecht 11 mei 2011, zaaknr. 294465 / HA RK 10-407; Rb. Utrecht 17 november 2010, *JA* 2011, 50, m.nt.

J.P.M. Simons; Hof Amsterdam 31 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV2565; Rb. Noord-Holland 4 september 2014, *GZR* 2014-0392; Rb. Zutphen 24 januari 2013, zaaknr. 135005 / KG ZA 12-381; Hof Amsterdam 2 februari 2016, *GZR* 2016-0090, m.nt. H. de Jager en *TvGR* 2016/65, m.nt. A. Wilken; Hof Amsterdam 13 september 2016, *GZR* 2016-0363, m.nt. H. de Jager; Rb. Gelderland 1 november 2016, *GZR* 2016-0418, m.nt. H. de Jager; Rb. Den Haag 8 december 2016, *GZR* 2017-0007, m.nt. H. de Jager en Hof Den Haag 3 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2723.

[12] HR 16 maart 2018, *GZR* 2018-0138, m.nt. H. de Jager (*Waterlandziekenhuis*). Zie voor het arrest van het HvJ EU de gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081. Zie nadien in dezelfde zin Hof Arnhem-Leeuwarden 1 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4161 en Rb. Gelderland 1 november 2016, *GZR* 2016-0418, m.nt. H. de Jager.

[13] A-G Hartlief 26 augustus 2022, ECLI:NL:PHR:2022:762, randnummers 6.27 en 6.28.

[14] HvJ EU 20 december 2017, ECLI:EU:C:2017:994 (*Nowak/Data Protection Commissioner*).

[15] Zie ook de toelichting op de Uitvoeringswet Algemene gegevensbescherming, *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 48 (MvT).

[16] Zie ook A. Wilken, A.J. Akkermans & J. Legemaate, *Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen*, Letselschade Raad, 2010, p. 120-124.

[17] *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 49 (MvT).

[18] *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 122 (MvT).

[19] A-G Hartlief 26 augustus 2022, ECLI:NL:PHR:2022:762, randnummer 6.34.

[20] HR 26 oktober 2018, *NJ* 2018/431. A-G Hartlief wijst in voetnoten 4 en 216 bij zijn conclusie op andere relevante rechtspraak waaruit het belang kan worden afgeleid.

[21] Zie ook C.P.J. Wijnakker, 'Inzien van medische informatie: niet via het *equality of arms*-beginsel', *L&S* 2011, nr. 1, p. 41-45 en C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405.

[22] Rb. Oost-Brabant 12 oktober 2018, *GZR* 2019-0054, m.nt. H. de Jager en Rb. Rotterdam 10 april 2020, *GZR* 2020-0131, m.nt. H. de Jager.

[23] Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1905, r.o. 2.10.

[24] Hof Amsterdam 31 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV2565, r.o. 4.5. Van de beschikking is cassatieberoep ingesteld. Nadat de A-G had geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep, is het ingetrokken. De opvolgende beschikkingen zijn Hof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1905 en Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1917. A-G Langemeijer kon zich overigens vinden in het oordeel van het hof, zie <https://www.letselschademagazine.nl/2016/phr-290313>.