

Waarom heeft de aansprakelijk gestelde recht op geheimhouding, terwijl het slachtoffer geen recht heeft op privacy?

Ik plaats deze notitie op LinkedIn omdat ik een aantal aspecten aan de orde wil stellen die ik in de literatuur onvoldoende ben tegengekomen. En omdat twee casus voor arrest staan, het is twee voor twaalf. Deze definitieve versie van 19 maart 2023 bevat geen wijzigingen, maar wel een aantal aanvullingen t.o.v. de versie van 16 maart jl. Ze zijn gemarkeerd in oranje.

1. De casus

Een ziekenhuis wordt aansprakelijk gesteld wegens een vermoedelijke fout van een gynaecoloog. De vrouw geeft toestemming aan de verzekeraar van het ziekenhuis om alle medische gegevens in te zien. De medisch adviseur van de verzekeraar voelt dat hij niet de kennis heeft om het medisch handelen van het ziekenhuis te kunnen beoordelen. Hij besluit om de medische gegevens door te sturen naar een specialistisch deskundige in een ander ziekenhuis. Deze brengt zijn advies uit aan de medisch adviseur van het ziekenhuis.

De vrouw raakt op de hoogte van de adviesaanvraag en wil het medisch advies van de geraadpleegde deskundige inzien. De geraadpleegd deskundige weigert die inzage en de vrouw stelt een tuchtprocedure tegen hem in. Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg en in beroep het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg zijn akkoord met de weigering van de deskundige en wijzen de klacht van de vrouw af.¹ De arts mag zich volgens de tuchtcolleges beroepen op de stelling dat aansprakelijk gestelde partijen in “vrijheid en beslotenheid” hun verdediging voorbereiden.² Het inzagerecht van **art. 7:456 BW** heeft in dit geval in het oordeel van de colleges geen toepassing.

De beslissing van de tuchtcolleges gaat A-G Hartlief echter niet ver genoeg. Hij meent buiten twijfel te moeten stellen dat **afdeling 5 van titel 7 van boek 7 van het BW**, de WGBO, geen toepassing heeft bij een ingewonnen specialistisch advies door aansprakelijk gestelde partijen. Daarvoor stelt hij een vordering tot cassatie in belang der wet in, een middel dat hem als advocaat-generaal (A-G) ter beschikking staat op grond van **art. 75 wet BIG**.³

Hartlief beoogt dat de wettelijke opdracht van **art. 7:464 BW** om bij relaties met medici de WGBO, en dus ook het inzagerecht van **art. 7:456 BW**, zoveel mogelijk analoog toe te passen, geen toepassing kan hebben in het geval dat een aansprakelijk gestelde een specialistisch deskundige raadpleegt om zijn positie te bepalen.

2. Waarom willen aansprakelijk gestelde partijen geen inzage geven aan slachtoffers van een dergelijk medisch advies?

Aansprakelijk gestelde partijen willen die “vrijheid en beslotenheid” om zelf te besluiten welke gegevens van de geraadpleegde deskundige zij willen meedelen aan het slachtoffer. Als de geraadpleegde deskundige immers oordeelt dat de behandelend arts een beroepsfout heeft gemaakt, willen aansprakelijk gestelde partijen die bevinding niet aan het slachtoffer mee hoeven delen. De bewijslast blijft dan op het slachtoffer drukken, en in combinatie met de kosten van een eigen expertise of proces blijft dat een drempel, waardoor veel slachtoffers af moeten zien van hun claim.⁴ En de slachtoffers die wel in staat zijn tot een eigen expertise, voorlopig deskundigenbericht of proces, moeten in een dergelijk geval dubbel werk doen als de gegevens van de geraadpleegd deskundige gesloten blijven. Dit verschil in machtspositie levert een systemische ongelijkheid en onrechtvaardigheid op.

Het slachtoffer zelf moet immers wél al zijn gegevens verstrekken: ex **art. 21 Rv**, ex **art. 150 Rv** en ex **art. 111 lid 3 Rv**.

Er is dus een dilemma: kiezen we voor de “vrijheid en beslotenheid” waar aansprakelijk gestelde partijen recht op menen te hebben, of kiezen we voor het slachtoffer, dat die zijn recht eenvoudiger kan halen omdat hij relevante gegevens verkrijgt van aansprakelijk gestelde partijen?

Ik mis in de literatuur tot nu toe dat dit dilemma voldoende wordt benoemd. Immers, als we kiezen voor een gelijke positie in eerstgenoemde kwestie, kiezen we voor versterking van de ongelijke positie in de laatstgenoemde kwestie.

Men kan betogen: het was toch de geraadpleegd deskundige die de inzage weigerde, niet de verzekeraar of het ziekenhuis? Er lijkt mij echter weinig twijfel dat op dit punt overlegd is tussen geraadpleegd deskundige en ziekenhuis/verzekeraar. Tevens benadert Hartlief het probleem vanuit een sterk civielrechtelijk perspectief. Over het tuchtrechtelijk perspectief heeft de advocaat Hugo de Jager een notitie op LinkedIn doen verschijnen.

3. Nog een dilemma.

Als de verzekeraar vrij is om de gegevens van de geraadpleegd deskundige achter te houden, kan dat die geraadpleegd deskundige of de medisch adviseur van de verzekeraar in gewetensnood brengen. Deze medici moeten als alle medici streven naar onafhankelijkheid. Kunnen zij onafhankelijk zijn, als hen door de verzekeraar verboden wordt hun gegevens over het slachtoffer met het slachtoffer te delen? Het “geven van raad” maakt immers onderdeel uit van hun individuele beroepsuitoefening, zie het definitiebereik van **art. 1 wet BIG**. Daar is niet voor vereist dat er een contractuele band is tussen geraadpleegd deskundige en slachtoffer. De Memorie van Toelichting op de wet BIG bepaalt uitdrukkelijk dat de beoordeling van een gezondheidstoestand er ook onder valt, met de verzekeringsarts als voorbeeld.⁵ Tussen verzekeringsarts en claimant is ook geen contractuele band, terwijl verzekeringsartsen sommige beoordelingen ook uitsluitend van het papier doen.

Ik vind het wat wonderlijk dat **art. 1 wet BIG** tot nog toe niet is genoemd in de literatuur. Als het “geven van raad” niet was opgenomen in het definitiebereik van de wet BIG, had de A-G zijn vordering tot cassatie in het belang der wet ex art. 75 wet BIG niet kunnen instellen. In mijn ogen levert het opnemen van het “geven van raad” en het “beoordelen van de gezondheidstoestand” in art. 1 wet BIG evidentie op om de WGBO zoveel mogelijk analoog toe te passen conform de wettelijke opdracht van **art. 7:464 BW**.

Dit voor de arts geschetste dilemma kent de volgende variant die niet vaak voorkomt, maar toch. Stel, de geraadpleegd deskundige oordeelt dat niet alleen de behandeling niet goed is, maar ook dat er een betere behandeling voorhanden is die nog niet ter sprake is gekomen. In het WAA-artsenoverleg⁶ kwam ooit zo’n casus voor. Een orthopeed die buitengerechtelijk geraadpleegd werd oordeelde dat de klacht van het slachtoffer niet goed behandeld was, maar eenvoudig verholpen kon worden. Hij belde het slachtoffer, boekte hem in voor een afspraak en verhielp de klacht met een eenvoudige operatie. Het artsenuverleg reageerde wat ongemakkelijk: men kan moeilijk de handwijze van de geraadpleegde deskundige afkeuren, maar toch voelde iedereen dat dit niet de bedoeling is. Dit voorbeeld gaat wat ver, maar het is heel goed mogelijk dat een geraadpleegd deskundige therapeutische suggesties heeft die voor de patiënt van belang kunnen zijn.⁷ Als de aansprakelijk gestelde bepaalt welke informatie bij het slachtoffer terecht mag komen, kan hij ook bepalen dat deze informatie niet bij het slachtoffer terecht komt. Er is dus een controlemechanisme noodzakelijk, en het recht op inzage van het slacht-

offer is daar het belangrijkste, conform de bedoeling van de Europese wetgever in de vorm van de AVG en art. 8 EVRM. Als dat recht op inzage wordt nageleefd, is er vanuit de AVG geen bezwaar dat de aansprakelijk gestelde een gespecialiseerd medisch deskundige raadpleegt zonder machtiging, zie hieronder § 5.

4. Er is een precedent, maar dan in spiegelbeeld.

Aan het begin van dit millennium vond een heftige discussie plaats of de schaderegelaar bij de verzekeraar inzicht mocht hebben in het medische dossier van het slachtoffer in verband met diens predispositie(s). Verzekeraars beriepen zich daarbij op art. 6 EVRM: daarin is het beginsel van “equality of arms” in procedures neergelegd, en het zou in strijd met dat beginsel zijn als de verzekeraar niet net zo veel kan weten van de medische voorgeschiedenis van het slachtoffer als diens belangenbehartiger.

De Hoge Raad heeft in de kwestie in 2008 een tussenstelsel neergelegd in de Fortis-arresten: een (voorlopig) deskundige bepaalt welke stukken relevant zijn en nadat hij zijn bericht heeft uitgebracht en het slachtoffer geen gebruik heeft gemaakt van zijn blokkeringsrecht, mag de schaderegelaar bij de verzekeraar ook van de medische stukken kennis nemen.⁸

Het is saillant dat destijds art. 6 EVRM door de verzekeraars ingeroepen werd. Destijds werd betoogd dat art. 6 EVRM ertoe zou noodzaken dat de schaderegelaar bij de verzekeraar alle medische ins and outs van het slachtoffer vanaf het begin zou moeten weten;⁹ nu wordt art. 6 EVRM door A-G Hartlief ingeroepen om te verdedigen dat aansprakelijk gestelde partijen hun ins and outs verborgen zouden mogen houden, zodat zij evenals het slachtoffer het proces in “vrijheid en beslotenheid” kunnen voorbereiden.¹⁰

Als de Hoge Raad oordeelt dat het inzagerecht van **art. 7:456 BW** en vooral van art. 15 AVG beperkingen kent, zou de Hoge Raad het stelsel dat hij heeft ontwikkeld in de Fortis-arresten spiegelbeeldig en met de nodige aanpassingen kunnen toepassen op deze casuspositie. Ik zou dat toejuichen. Deze oplossing zou ook als voorlopige oplossing kunnen fungeren als de Hoge Raad prejudiciële vragen wil stellen aan het Hof van Justitie van de EU.

5. De Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).

De kwestie die aan de orde werd gesteld in de Fortis-arresten is weer helemaal terug, zij het in een iets andere vorm en beperkt tot medische aansprakelijkheidszaken. De Rechtbank Rotterdam heeft prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld: 1. Is er een machtiging van de patiënt nodig voor een claimbehandelaar bij de aansprakelijkheidsverzekeraar in een medische aansprakelijkheidszaak om de medische gegevens van de patiënt in te zien? 2. Als die machtiging nodig is, op welke grondslag is dat dan en wat moet die machtiging omvatten? 3. “Kan van een medische hulpverlener, die door een patiënt aansprakelijk is gesteld voor een medische behandeling, worden verlangd dat hij in de buitengerechtelijke fase een standpunt inneemt omtrent aansprakelijkheid indien de patiënt zich ertegen verzet dat een door of ten behoeve van de medische hulpverlener ingeschakelde juridisch adviseur kennis neemt van relevante medische gegevens?”¹¹

Het zal gezien het bovenstaande misschien verwondering wekken, maar ik ben van mening dat er vanuit de AVG geen bezwaar is dat een advocaat of arts die in opdracht van de verzekeraar werkt kennis neemt van de medische gegevens van het slachtoffer zonder machtiging, **mits die op de juiste wijze verkregen zijn**. Ik ben zelfs van mening dat een aansprakelijk gestelde een gespecialiseerd arts, anders dan zijn medisch adviseur, kan raadplegen

zonder machtiging van de patiënt. Art. 9 lid 2 sub f staat nadrukkelijk toe dat bijzondere persoonsgegevens - waar medische gegevens onder vallen - mogen worden verwerkt “[ter instelling, uitoefening of verdediging van een rechtsvordering.](#)”¹² Mits maar voldaan wordt aan de controlemechanismen van de AVG, waaronder:

- * Als eerste: het inzagerecht van art. 15 AVG.
- * Het rectificatierecht en het recht op vergetelheid van art. 16 en 17 AVG;
- * Het vereiste van art. 9 lid 3 AVG: de gegevens worden verwerkt door een beroepsbeoefenaar die een wettelijk beroepsgeheim heeft, “[of door een andere persoon die eveneens krachtens Unierecht of lidstatelijk recht of krachtens door nationale bevoegde instanties vastgestelde regels tot geheimhouding is gehouden](#)”.

De “**Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Verzekeraars**” voldoet niet aan het criterium van “[krachtens door nationale bevoegde instanties vastgestelde regels](#)”. Mijns inziens bevat die Gedragscode ook geen voorziening voor het geval dat medische gegevens van het slachtoffer rechtstreeks bij een claimbehandelaar terechtkomen, bijvoorbeeld na een deskundigenbericht. Er staat in art. 5.1.1. sub b: “[De Verzekeraar mag Gezondheidsgegevens die de Betrokkene aan de medisch adviseur heeft verstrekt in verband met een verzekering niet gebruiken voor een andere verzekering, tenzij de Betrokkene hiervoor uitdrukkelijke toestemming verleent;](#)” maar in die zinsnede is niet begrepen het geval dat medische gegevens rechtstreeks bij de claimbehandelaar terechtkomen, nog afgezien van het feit dat er niets wordt bepaald over het *verstrekken* van gegevens aan andere afdelingen. Ook hier blijkt weer het belang van het inzagerecht ex art. 15 AVG, dat is de enige manier voor de claimant om de werkzaamheid van de verzekeraar op dit punt te controleren. Bij de vraag wie in Nederland een nationale bevoegde instantie is in de zin van art. 9 lid 3 AVG, denk ik dat alleen de Autoriteit Persoonsgegevens hiervoor in aanmerking komt.¹³

Een enkel woord nog over machtigingen. Veel verwerkingsverantwoordelijken, verwerkers en anderen nemen het zekere voor het zekere en laten de betrokkene overal machtigingen voor ondertekenen. Soms bereikt dat een niveau dat een medisch dossier voor meer dan de helft is gevuld met ondertekende machtigingen.

Daarbij moet men zich realiseren dat dergelijke machtigingen altijd kunnen worden ingetrokken door de betrokkene, dat is dwingend recht: art. 7 lid 3 AVG. Een slachtoffer kan dus niet bij machtiging zijn inzagerecht definitief opgeven, en hetzelfde geldt voor zijn andere rechten vanuit de AVG.

6. Slot.

De Nederlandse Staat heeft een deel van zijn wetgevende autoriteit bij verdrag overgedragen aan de Europese Unie. Dat is voor velen even wennen, zo blijkt onder andere uit de stikstofdiscussie en de electorale omwenteling van gisteren 15 maart. Ik hoop maar dat Nederlanders beter erin zullen slagen om eraan te wennen dan de Britten. De gevoelens van spijt over de Brexit worden steeds duidelijker hoorbaar in het UK.

Clemens Roijackers, 19 maart 2023.

NOTEN

1. In een eerder geval werd door de Hoge Raad de weigering van het ziekenhuis van inzage van het advies van de geraadpleegd deskundige goed bevonden: HR 16 maart 2018, [ECLI:NL:HR:2018:365](#), Waterland Ziekenhuis, waarover o.a. J.P.M. Simons, TVP 2018-3 pg. 112. Ik bespreek dit arrest niet

omdat het een afweging betrof in het kader van **art. 843a Rv** en omdat de AVG, die al bijna twee jaar bekend was en twee maanden later in werking trad, niet bij het arrest betrokken werd.

2. CTG 29 januari 2021, **ECLI:NL:TGZCTG:2021:42**.

3. Parket bij de Hoge Raad 26 augustus 2022, **ECLI:NL:PHR:2022:762**.

4. Zie daarover recent August Van, noot bij Rechtbank Noord-Holland 2 november 2021, **ECLI:NL:RBNHO:2021:9644**, GZR-updates 2 februari 2022.

5. Zie **MvT wet BIG, Tweede Kamer 1985-1986, 19 522 nr. 3** p. 85.

6. WAA = Werkgroep Artsen Advocaten, waar ik tot 2007 coördinator was. Zie **www.waa.nl**.

7. De **“Nederlandse Vereniging voor Medisch Specialistische Rapportage”** heeft in § 4.4 in haar **“Richtlijn medisch specialistische rapportage in bestuurs- en civielrechtelijk verband”** opgenomen dat een deskundige in geen enkel opzicht de rol van behandelaar op zich moet nemen. In § 2.1.4 bepaalt die richtlijn dat de deskundige zich strikt moet beperken tot de beantwoording van de vragen. Die bepaling kan een conflict van plichten in het leven roepen voor de deskundige: hij blijft immers ook arts, en als hij volstrekt overtuigd is van het feit dat een nog niet geëxploreerde therapeutische behandeling het welzijn van de patiënt ten goede komt, meen ik dat de deskundige dat moet meedelen, in zijn bericht, of in een separaat bericht aan de medisch adviseur van de verzekeraar, die dat op zijn beurt aan de claimant moet meedelen. Zie art. 1 van de **“KNMG-Gedragscode voor artsen”**. De status van richtlijn brengt met zich mee dat een deskundige daarvan kan afwijken, mits gemotiveerd. Hij kan dus zelf bepalen hoe hij handelt in dit conflict van plichten.

8. HR 22 februari 2008, **ECLI:NL:HR:2008:BB3676** en **ECLI:NL:HR:2008:BB5626**.

9. Zie Chr.H. van Dijk, “Ter beschikking stellen van de patiëntenkaart: aan wie?”, TVP 2006 afl. 1 p. 15. Het standpunt werd door A-G J. Spier in zijn conclusie bij de Fortis-arresten verworpen: **ECLI:NL:PHR:2008:BB5626** § 9, en de Hoge Raad oordeelde dat het standpunt van het hof (dat het slachtoffer pas de gegevens moest verstrekken als de deskundige zijn bericht had uitgebracht en het slachtoffer zijn blokkeringsrecht niet had gebruikt) niet onjuist was: HR 22 februari 2008, **ECLI:NL:HR:2008:BB3676** r.o. 3.5.5. Rolinka Wijne noemt in haar artikel in AV&S nog andere rechtspraak waarin de lagere rechter oordeelt dat art. 6 EVRM geen toepassing heeft in het buitengerechtelijk traject: AV&S 2022/40.

10. Zie zijn conclusie § 7.3.

11. Rechtbank Rotterdam 21 september 2022, **ECLI:NL:RBROT:2022:8103**.

12. Deze zinsnede kent een merkwaardige geschiedenis: in de oorspronkelijke vertaling van de Engelstalige tekst van de AVG van 4 mei 2016 in **Pub Eu L 119/39** stond **“voor de instelling, uitoefening of onderbouwing”** van een rechtsvordering. Dat was een verkeerde vertaling van de zinsnede **“for the establishment, exercise or defence of legal claims”**. (cursivering CR). **Men kan beide versies (met de verkeerde Nederlandse vertaling) naast elkaar zien op DEZE LINK**. De EU heeft de vertaling gecorrigeerd per 4 maart 2021 in **Pub Eu L 074/40** (doorscrollen naar p. 40). **Dat brengt met zich mee dat art. 22 lid 2 sub e UAVG ook moet worden herzien.**

13. **Zie art. 14 Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming. (UAVG).**