

# Recht op inzage in de patiëntenkaart

## Meer gewicht aan het beginsel van 'equality of arms'

M w . m r . E . M . D e e n <sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Een bekend knelpunt bij de afwikkeling van letselschadezaken is de discussie over de omvang van het recht van de aansprakelijke partij op inzage in de medische gegevens van het slachtoffer, vooral met betrekking tot de patiëntenkaart van de huisarts en de gegevens vóór de datum van het ongeval. Op dit gebied is een nieuwe ontwikkeling te zien in de rechtspraak, met name van de Rechtbank Amsterdam.<sup>2</sup> Na een afweging tussen de belangen bij het grondrecht op privacy, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM, en het grondrecht op een eerlijk proces, zoals omschreven in artikel 6 EVRM, bepaalde deze rechtbank in een aantal uitspraken dat de patiëntenkaart wel degelijk aan de medisch adviseur van de aansprakelijke partij moest worden overgelegd. Dit is een opmerkelijke keuze, omdat daarmee een verdergaande inbreuk op het recht op privacy van het slachtoffer wordt gemaakt dan in eerdere jurisprudentie toelaatbaar werd geacht. In dit artikel zal ik verdedigen dat deze nieuwe lijn in de jurisprudentie bijval verdient. Afweging van de betrokken belangen en vergelijking van de gang van zaken bij de afwikkeling van letselschadezaken met de hierna te beschrijven rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB) in WAO-procedures roept zelfs de vraag op of het vergaande recht op inzage dat de Rechtbank Amsterdam de aansprakelijke partij in haar nieuwe jurisprudentie toekent, wel ver genoeg gaat.

In het navolgende zal de belangenafweging tussen het recht op privacy van het slachtoffer en het recht op een eerlijk proces van de aansprakelijke partij worden besproken. Omdat de letselschadeprocedure een aantal specifieke kenmerken heeft die medebepalend zijn voor de uitslag van de belangenafweging, begin ik in paragraaf 2 met een korte beschouwing van deze kenmerken. Deze beschouwing zal worden gevolgd door een uiteenzetting van de knelpunten die het aan een medisch deskundige voorbehouden van inzage opleveren in paragraaf 2.2. In deze paragraaf zal ook het verschil tussen medische en juridische causaliteit aan de orde komen. Aangezien er in de rechtspraak tot dusver in veel gevallen voor wordt gekozen om alleen de door de rechtbank benoemde medisch deskundige inzage te geven,<sup>3</sup> zal in paragraaf 2 vooral aan deze oplossing aandacht worden geschonken. De hiervan afwijkende recente rechtspraak van de Rechtbank Amsterdam zal worden besproken in paragraaf 3. Om een beeld te krijgen van het belang dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) hecht aan het recht op een eerlijk proces, en meer in het bijzonder de 'equality of arms',<sup>4</sup> zal in paragraaf 4 een uitstapje worden gemaakt naar de rechtspraak van dit Hof. Daaropvolgend zal in paragraaf 5 het recht op privacy worden

besproken. De belangenafweging komt in paragraaf 6 aan bod. In deze paragraaf zal ook de rechtspraak van de CRvB in WAO-procedures worden behandeld. Hoewel de WAO-procedure en de letselschadeprocedure op punten verschillen, bestaan ook dermate belangrijke overeenkomsten dat vergelijking van rechtspraak op beide terreinen interessante inzichten oplevert.

### 2. Specifieke kenmerken van de letselschadeprocedure

Elferink besprak eerder in dit tijdschrift een aantal uitspraken waarin de afweging werd gemaakt tussen het recht op privacy van het slachtoffer en het recht op een eerlijk proces van de aansprakelijke partij.<sup>5</sup> Daaruit bleek dat door rechters het meest gekozen wordt voor de oplossing waarbij slechts de door de rechtbank benoemde medisch deskundige inzage krijgt in de medische gegevens. Vaak wordt dan aan de medisch deskundige overgelaten om te beslissen of het nodig is aanvullende medische informatie op te vragen en is het aan de medisch deskundige om te bepalen welke gegevens relevant zijn bij de beoordeling van, kort gezegd, de vraag welke klachten als ongevalsgevolg kunnen worden beschouwd.<sup>6</sup>

1. Dit artikel is totstandgekomen in het kader van het onderzoek op de Vrije Universiteit in samenwerking met de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD) naar het functioneren van de medisch deskundige in de rechtsbedeling. Voor meer informatie over het onderzoek van VU/IWMD zie <[www.rechten.vu.nl/iwmd](http://www.rechten.vu.nl/iwmd)>. Zie over de activiteiten van deze werkgroep: A.J. Akkermans & A.J. Van, De medische expertise bij personenschade: knelpunten en mogelijke oplossingen, TVP 2002, p. 57-61.
2. Beschikking Rb. Amsterdam 25 oktober 2004, nr. H04.0222/286868; Beschikking Rb. Amsterdam 1 november 2004, 284668 / HA RK 04-126 (NM), L.J.N. AR6866, JA 2005/5; Beschikking Rb. Amsterdam 2 november 2004, H.04.0238/287582 (AV); Rb. Amsterdam 1 december 2004, 253886/H02.2551; Beschikking Rb. Amsterdam 1 december 2004, rolnr. L 253886 HA,02.255; Beschikking Rb. Amsterdam 6 december 2004, 04.732 H / 296048.
3. M.H. Elferink, Inzage in de patiëntenkaart, TVP 2003, p. 111 e.v.
4. Het uitgangspunt dat partijen over dezelfde middelen moeten kunnen beschikken om hun belangen te verdedigen of hun rechtspositie aan de rechter duidelijk te maken; J. van der Velde, Art. 6 Eerlijk proces, EVRM Rechtspraak & Commentaar (losbl.), 7-2004, p. 5.
5. Elferink 2003 (zie noot 3).
6. Zo bepaalde het Hof Arnhem in een ongepubliceerde beschikking van 21 januari 2003 (rekestnr. 2002/502), dat het privacybelang van het slachtoffer prevaleert boven het belang van de aansprakelijke partij Z. en haar verzekeraar London bij kennisname door haar medisch adviseur van de huisartsenkaart. Aan het belang van Z. en London zou voldoende tegemoetgekomen worden door het aan de (door de rechtbank benoemde, onpartijdige) deskundige ter beoordeling over te laten welke medische gegevens voor de beantwoording van de vragen noodzakelijk zijn en hiervan de zakelijke inhoud in het rapport weer te geven. Ook vond het hof dat het aan de inzichten van de deskundige kon worden overgelaten of nadere informatie op arbeidskundig en medisch gebied voor de beoordeling van de aan hem voorgelegde vragen noodzakelijk was. Zie voor andere voorbeelden Elferink 2003 (zie noot 3).

Dit riep twee vragen op, waarmee Elferink haar artikel beëindigde. Ten eerste stelde zij de vraag of wel genoeg wordt onderkend dat bij de bepaling van de hypothetische situatie zonder ongeval<sup>7</sup> inzage in de patiëntenkaart onontbeerlijk is. Daaropvolgend kwam de vraag aan de orde of, met het oog op het processuele evenwicht tussen partijen in het kader van het 'equality of arms-beginsel', het belang van de aansprakelijke partij wel voldoende wordt gewaarborgd, als zij niet zelf in staat wordt gesteld de medische gegevens te verifiëren.

Deze vragen zijn inmiddels onderwerp geweest van nadere discussie binnen de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (hierna: IWMD), waarin zoals bekend zowel de slachtoffer- als de verzekeraarszijde vertegenwoordigd is. De discussies over deze en aanverwante kwesties zijn nog niet afgerond, maar waarover men het inmiddels wél eens is, is dat de oplossing om de door de rechtbank benoemde medisch deskundige de inventarisatie van de medische stukken te laten maken, in elk geval niet adequaat is. De achtergrond daarvan is dat die oplossing niet alleen de medisch deskundige dwingt te oordelen over klachten en symptomen die buiten zijn specifieke medische deskundigheid zijn gelegen. Ook is meer kennis van de juridische causaliteit nodig om te kunnen beoordelen welke klachten en symptomen relevant kunnen zijn, dan waarover de deskundige in het algemeen zal beschikken. Op deze knelpunten kom ik nog terug. Beide door Elferink opgeworpen vragen worden daarmee negatief beantwoord. Een en ander volgt uit een aantal specifieke kenmerken van de letselschadeprocedure, zoals die hierna worden omschreven.

### 2.1 Schadebegroting door vergelijking situatie met ongeval en hypothetische situatie zonder ongeval

De letselschadeprocedure heeft specifieke kenmerken die bepalend kunnen of zouden moeten zijn voor de uitkomst van de belangenafweging. Een van deze kenmerken is dat vaak aanzienlijke bedragen worden geclaimd wegens verlies aan arbeidsvermogen. Akkermans zette in een eerder nummer van dit tijdschrift reeds uiteen hoe, om in dergelijke zaken tot een begroting van deze schadepost te kunnen komen, een vergelijking moet worden gemaakt tussen de feitelijke (toekomstige) inkomenssituatie na het ongeval, met het hypothetisch (toekomstig) inkomen zonder ongeval.<sup>8</sup>

In een eerdere bijdrage in TVP heeft Van Dort gesteld de vanzelfsprekendheid niet te zien waarmee wordt verkondigd dat het vorderen van vergoeding van 'toekomstige' schade de vraag van de verzekeraar rechtvaardigt volledig over het medisch verleden van het slachtoffer te worden geïnformeerd.<sup>9</sup> Slechts wanneer bijvoorbeeld uit de medische informatie die met betrekking tot het ongevalsletsel is verzameld, concrete aanwijzingen blijken dat het letsel waarvoor vergoeding wordt geclaimd, beïnvloed wordt of mede veroorzaakt is door reeds bestaande klachten of aandoeningen, zou het volgens Van Dort geboden kunnen zijn daaromtrent nadere opheldering te verschaffen met toestemming van het slachtoffer. In dat kader merkt hij op dat ook dan niet het hele medisch dossier inclusief de patiëntenstatus op tafel zou moeten worden gelegd.

Van Dort geeft zich hierbij echter geen rekenschap van het feit dat bij de bepaling van de hypothetische situatie zonder ongeval

ook die kwalen en gebreken die niets met het ongeval te maken hebben van belang kunnen zijn, en dus geen volledig beeld van deze hypothetische situatie kan worden verkregen als niet alle medische gegevens van het slachtoffer kunnen worden beoordeeld. Het is immers mogelijk dat het slachtoffer van een achteroprijding bijvoorbeeld een hartkwaal heeft, waardoor hij op enig moment zou zijn uitgevallen, ook zonder de whiplashklachten die hij door de aanrijding opliep. Daarmee zijn dus alle medische gegevens mogelijk relevant voor de uitkomst van de zaak.<sup>10,11</sup>

Het feit dat vergoeding van langlopende schadeposten wordt gevorderd, maakt dat – zoals Elferink reeds opmerkte – men bij de begroting van die schade strikt genomen niet om de patiëntenkaart van het slachtoffer heen kan.<sup>12</sup> Akkermans merkt in dit verband op dat in zoverre onvermijdelijk is dat een adequate medische *fact finding* het karakter kan krijgen van een *fishing expedition*.<sup>13</sup>

### 2.2 Positie van de medisch deskundige

Een ander relevant kenmerk van de letselschadeprocedure is de mogelijke rol van de medisch deskundige en de knelpunten die deze rol kan opleveren. Als na een verzoek om inzage van de aansprakelijke partij het slachtoffer weigert deze inzage te geven, bepaalde de rechtbank, zoals gezegd, regelmatig dat alleen inzage hoeft te worden gegeven aan een onafhankelijke door de rechtbank benoemde medisch deskundige. Over het algemeen kunnen slachtoffers daarmee leven en bestaat het idee dat daarmee aan de belangen van alle betrokkenen voldoende tegemoetgekomen is. Vaak wordt dan aan de medisch deskundige overgelaten om te beslissen of het nodig is aanvullende medische informatie op te vragen en is het aan de medisch deskundige om te bepalen welke gegevens relevant zijn bij de beoordeling van, kort gezegd, de vraag welke klachten als ongevalsgevolg kunnen worden omschreven.<sup>14</sup> Met betrekking tot deze oplossing gingen stemmen op die stelden dat hiermee onvoldoende recht wordt gedaan aan

7. Van belang voor de schadebegroting door vergelijking van de feitelijke situatie met ongeval met de hypothetische situatie zonder ongeval. Zie hierna.
8. Voor nadere uitleg over dit onderwerp verwijs ik naar: A.J. Akkermans, Causaliteit bij letselschade en medische expertise, TVP 2003, p. 93 e.v. Zie ook A.J. Van, Vraag het de deskundige! Maar hoe?, TVP 2003, p. 105 e.v. en Elferink 2003 (zie noot 3).
9. R.M.J.T. van Dort, De tien geboden voor het medisch traject bij personenschade, TVP 2001, p. 30.
10. Als alleen in de door Van Dort genoemde gevallen inzage wordt gegeven in medische stukken, dan bestaat een niet te verwaarlozen kans dat klachten die wel degelijk van invloed kunnen zijn op de ontwikkeling van de gezondheid van het slachtoffer (maar die niet gerelateerd zijn aan de klachten die hij door het ongeval opliep), niet bij de schadebegroting worden betrokken. Daarmee ontstaat een kans dat de aansprakelijke partij betaalt voor een verlies aan arbeidsvermogen dat wellicht ook zou zijn ingetreden zonder ongeval. Of dit zo is, kan (en moet) per geval worden betwist. Maar dat kan alleen als beide partijen in ieder geval op de hoogte zijn van het mogelijke bestaan van de betreffende klachten.
11. Zo oordeelt de rechtbank Den Bosch in haar vonnis van 26 januari 2005, 71995/HA ZA 01-2241 (ongepubliceerd) dat het entameren van een medisch-deskundigenbericht geen zin heeft als eiser nalaat informatie over het medisch verleden van de benadeelde te overleggen, aangezien een deskundige bij gebreke van gegevens uit het verleden vragen over eventuele preëxistente klachten niet kan beoordelen.
12. Elferink 2003, p. 119 (zie noot 3).
13. Akkermans 2003, p. 104 (zie noot 8).
14. Zie noot 6.

het recht op een eerlijk proces van de aansprakelijke partij, en meer in het bijzonder dat sprake is van een niet-gerechtigde inbreuk op het recht op 'equality of arms'. De medisch deskundige krijgt op deze manier een grote, zo niet doorslaggevende rol bij de bepaling van de uitslag van de zaak. Dit terwijl, zoals in dit tijdschrift al verschillende malen is gesignaleerd,<sup>15</sup> de samenwerking tussen artsen en juristen in het kader van letselschade juist nogal problematisch kan zijn.

Het eerste knelpunt met betrekking tot de medisch deskundige is het beperkte deskundigheidsgebied van deze deskundige. In zaken waarbij het slachtoffer bijvoorbeeld whiplashachtige klachten heeft en vergoeding van zijn arbeidsvermogensschade vordert, wordt vaak een neuroloog ingeschakeld om de klachten te beoordelen. Terwijl in verband met de bepaling van de omvang van deze schadepost, zoals hiervoor uiteengezet, juist alle klachten en symptomen die het slachtoffer heeft, relevant kunnen zijn. Er moet immers een vergelijking worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na het ongeval en de hypothetische situatie zonder ongeval. Dus niet alleen de hoofdpijn en de tintelende armen zijn relevant, maar ook de vastzittende knie en de depressie kunnen van belang zijn. Klachten en symptomen die (grotendeels) buiten het terrein van de specifieke deskundigheid van de medisch deskundige (in dit geval de neuroloog) zijn gelegen, kunnen dus wel relevant zijn. Daarbij is van belang te beseffen dat de medisch deskundige niet alleen niet in staat is te oordelen over klachten en symptomen die zijn gelegen buiten het gebied van zijn deskundigheid, maar dat hem zelfs niet is toegestaan buiten dit deskundigheidsgebied te treden.<sup>16</sup> Wanneer toch enkel aan de neuroloog inzage wordt gegeven in de medische gegevens van het slachtoffer, is bijna onvermijdelijk dat mogelijk relevante (bijvoorbeeld cardiologische) gegevens niet worden beoordeeld. Zij komen daarmee ook niet ter kennis van de aansprakelijke partij, waardoor haar de mogelijkheid wordt ontnomen erover in debat te gaan.

Het tweede knelpunt kan zijn het feit dat van de medisch deskundige vaak wordt verwacht dat hij inzicht geeft in de causaliteit tussen het ongeval en de klachten van het slachtoffer. Dat dit een knelpunt oplevert, komt onder andere omdat er aanzienlijke verschillen bestaan tussen de medische en de juridische causaliteit. Medici en juristen spreken wat dat betreft andere talen:<sup>17</sup> waar voor medici pas sprake is van een causale relatie als de klachten 'objectieverbaar' en 'medisch verklaarbaar' zijn, is voor juristen de vaststelling van causaliteit vooral een kwestie van bewijslastverdeling. Daarbij komt dat ook binnen het juridische kader niet gesproken kan worden van 'de' juridische causaliteit, omdat ons recht vrij uiteenlopende causaliteitscriteria kent.<sup>18</sup> Dit pleit voor een zekere terughoudendheid in het toekennen van een al te grote rol aan de medisch deskundige bij de beoordeling van het causaal verband tussen het ongeval en de klachten. Het is inmiddels duidelijk dat van de expertiserend arts niet kan worden verwacht dat hij in staat is de juridische finesses van een zaak te doorzien.<sup>19</sup> Daaruit volgt dat hij ook niet kan beoordelen welke medische informatie relevant kan zijn voor de beoordeling van het juridische causaal verband tussen het ongeval en de klachten, al helemaal niet voor wat betreft informatie buiten zijn eigen vakgebied. Dit aan de medisch deskundige overlaten is dan ook simpelweg

geen reële optie, omdat hij ten enenmale niet in staat is deze beoordeling te maken. Daarvoor zijn de medische en juridische aspecten van de zaak te nauw met elkaar verweven.<sup>20</sup> Dit aspect klinkt ook door in de hierna te bespreken rechtspraak van de CRvB.

Gezien deze knelpunten met betrekking tot de rol van de medisch deskundige in letselschadezaken lijkt het de procespositie van de aansprakelijke partij wezenlijk te schaden indien alleen de onafhankelijk medisch deskundige inzage krijgt in de medische stukken van het slachtoffer. Genoemde knelpunten leveren een ongelijkheid op, aangezien het slachtoffer en zijn advocaat wel, en de aansprakelijke partij en haar advocaat niet volledig op de hoogte zijn van alle mogelijk relevante medische zaken. Gesteld zou daarom kunnen worden dat het geen adequate oplossing is om de onafhankelijke medisch deskundige te laten inventariseren welke medische stukken relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de zaak.

De hiervoor genoemde kenmerken van de letselschadeprocedure en het belang van openheid ten aanzien van de medische gegevens van het slachtoffer dat daaruit voortvloeit, roepen de vraag op of kan worden volgehouden dat tegemoetkoming aan het recht op privacy van het slachtoffer rechtvaardigt dat (de advocaat van) de aansprakelijke partij geen inzage krijgt in de medische gegevens. Zoals gezegd kan bij het onvoldoende tegemoetkomen aan het belang bij inzage van de aansprakelijke partij haar recht op een eerlijk proces, zoals neergelegd in artikel 6 EVRM, in het geding komen. Meer specifiek kan sprake zijn van strijd met het beginsel van 'equality of arms' als het privacybelang van het slachtoffer niet rechtvaardigt dat de aansprakelijke partij geen inzage krijgt in de medische stukken.

### 3. De nieuwe lijn van de Rechtbank Amsterdam

De Rechtbank Amsterdam lijkt zich in haar nieuwe lijn rekenschap te geven van het vorenstaande. Deze lijn is op twee punten vernieuwend. Ten eerste weegt de rechtbank in haar uitspraken expliciet het in artikel 8 EVRM neergelegde grondrecht op privacy van het slachtoffer af tegen het in artikel 6 EVRM omschreven grondrecht op een eerlijk proces van de aansprakelijke partij. Daarbij geeft de rechtbank blijk van het besef dat bij de begroting van een langlopende schadepost als arbeidsvermogensschade,

15. Akkermans 2003 (zie noot 8), Van 2003 (zie noot 8), Elferink 2003 (zie noot 3), J.L. Smeehuijzen, Wie is de deskundige eigenlijk? Pleidooi voor een 'disclosure statement', TVP 2003, p. 126 e.v.
16. A.J. Van, De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medisch deskundigen, TvGR 2004, p. 505-516, par. 3.3.
17. Van 2003 (zie noot 8).
18. Akkermans 2003 (zie noot 8). Voor een nadere uitleg hieromtrent verwijs ik naar dit artikel van Akkermans.
19. Uit de publicaties die hierover zijn verschenen in het kader van de werkzaamheden van de IWMD, mag wel blijken dat de stelling van Van Dort dat 'Uiteraard ook de medisch deskundige zich [moet] realiseren dat hem een opdracht is verstrekt vanuit een juridische achtergrond en doelstelling' wellicht te optimistisch is.
20. In dit verband valt nog te bedenken dat initiatieven om te komen tot een opleiding voor expertiserend artsen in Nederland nog in de kinderschoenen staan.

inzage in de patiëntenkaart voor beide partijen onontbeerlijk is voor de bepaling van de hypothetische situatie zonder ongeval:

‘In een procedure als deze kan, indien B. tegen haar wil wordt verplicht mee te werken aan verstrekking van medische informatie aan de medisch adviseur van de wederpartij uit de periode vóór het ongeval, op zichzelf sprake zijn van een inbreuk op de geestelijke of lichamelijke integriteit van B. en daarmee van een schending van artikel 8, eerste lid, EVRM, dat onder andere een ieder recht geeft op respect voor zijn privé-leven. Van schending is echter geen sprake indien de privacy-inbreuk door het voorlopig deskundigenonderzoek, dat wordt gelast door de rechter in de uitoefening van openbaar gezag en bij wet voorzien, in een democratische samenleving noodzakelijk is voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Of dit het geval is, vergt een afweging van de in dit geval over en weer betrokken belangen. In deze belangenafweging is het volgende van betekenis.

De eventuele voorrang van het privacybelang van B. mag er in ieder geval niet toe leiden dat de procedure niet meer zou voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM. (...)

Indien wordt volstaan met kennisneming door de te benoemen deskundige van de medische informatie omtrent B. uit de periode vóór het ongeval, wordt onvoldoende recht gedaan aan de eis dat partijen zoveel mogelijk in een processueel gelijkwaardige positie verkeren en gelijkwaardig gelegenheid krijgen hun standpunt ter zake van de vaststelling van de schade te onderbouwen. In dat geval is immers het gebruik van de medische gegevens door de deskundige voor de medisch adviseur van B. wel, maar voor de medisch adviseur van Winterthur niet controleerbaar en verkeert vervolgens B. in een betere informatiepositie bij de onderbouwing van het standpunt ter zake van de schadevaststelling dan Winterthur. Winterthur kan daarom slechts worden verplicht genoeg te nemen met kennisneming door de deskundige indien zwaarwegende belangen van B. dit eisen.

Het voorlopig deskundigenbericht houdt verband met de aanspraak die B. jegens Winterthur maakt op schadevergoeding. De schade zal moeten worden begroot door middel van een vergelijking tussen de situatie van B. na het ongeval enerzijds en de fictieve situatie waarin B. zou (komen te) verkeren indien het ongeval zou zijn uitgebleven anderzijds. Het belang van Winterthur bij kennisneming van de medische informatie omtrent B. uit de periode vóór het ongeval staat dan ook in redelijke verhouding tot het doel waarvoor de informatie wordt gevraagd. Winterthur heeft bovendien geen ander middel om toegang tot deze informatie te krijgen.’

Zoals uit de laatste twee volzinnen blijkt, toetst de rechtbank de gevraagde inzage aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. De rechtbank vervolgt:

‘B. heeft tegenover het belang van Winterthur bij een debat tussen partijen over de schadevaststelling waarin partijen

gelijkwaardig in staat zijn hun standpunten te onderbouwen, het belang van de eigen privacybescherming gesteld. Zonder voldoende toelichting, die ontbreekt, is in het licht van het voorgaande de enkele wens van B. om geen medische gegevens uit de periode vóór het ongeval beschikbaar te hoeven stellen aan de medisch adviseur van de wederpartij onvoldoende om aan dit belang in dit geval doorslaggevende betekenis toe te kennen. Hoezeer ook B. aanspraak heeft op privacybescherming, moet onder deze omstandigheden dit belang wijken voor het belang van Winterthur dat Winterthur zich door haar eigen medisch adviseur behoort te kunnen doen voorlichten over de vraag of die gegevens potentiële relevantie hebben voor de vaststelling van de schade.’<sup>21</sup>

Daarbij tekent de rechtbank echter aan dat B. desondanks niet gehouden is zijn medische informatie te verstrekken aan een persoon die optreedt als medisch adviseur van Winterthur, maar die, kort gezegd, geen arts is en/of niet is onderworpen aan het tucht-recht van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG).

Wordt hiermee voldoende tegemoetgekomen aan de hiervoor besproken bezwaren tegen de ‘oude’ oplossing om inzage in de patiëntenkaart voor te behouden aan de onafhankelijke medisch deskundige? Of gaat de bescherming van het belang van de aansprakelijke partij bij inzage in de medische gegevens van het slachtoffer nog niet ver genoeg? Om een antwoord te vinden op deze vragen zal ik hierna de betrokken belangen en de afweging daarvan nader bekijken.

#### **4. Europees Hof voor de Rechten van de Mens: recht op een eerlijk proces**

Om een beeld te geven van het mogelijke gewicht dat aan het recht op een eerlijk proces kan worden toegekend, volgt hierna eerst een overzicht van de wijze waarop het EHRM dit recht invult. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat in de te bespreken zaken het beginsel van de ‘equality of arms’ niet wordt afgewogen tegen het recht op privacy, omdat dit laatste recht niet (expliciet) in het geding was.

Lezing van uitspraken van het EHRM met betrekking tot het recht op een eerlijk proces leert dat dit Europese Hof groot belang hecht aan het feit dat een procedure daadwerkelijk een procedure op tegenspraak is.<sup>22</sup> Als uitgangspunt heeft te gelden dat een partij geen substantiële achterstand mag hebben ten opzichte van de wederpartij. Dit is af te leiden uit de uitspraak in de zaak *Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands*:<sup>23</sup>

‘The Court agrees with the Commission that as regards litigation involving opposing private interests, “equality of arms”

21. Rb. Amsterdam 1 november 2004, 284668 / HA RK 04-126 (NM), LJN AR6866, JA 2005/5, r.o. 6.3.6 e.v.

22. EHRM 18 februari 1997, NJ 1997, 590 (Nideröst/Huber v. Switzerland); EHRM 18 maart 1997, JB 1997, 112 m.nt. AWH (Mantovanelli v. France); EHRM 20 februari 1996, Reports of Judgements and Decisions 1996-I, vol. 3 (Vermeulen v. Belgium).

23. EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994, 534, r.o. 33.



implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent. It is left to the national authorities to ensure in each individual case that the requirements of a “fair hearing” are met.’

Dat betekent volgens het EHRM in de zaak *Mantovanelli v. France* ook dat in beginsel partijen gelijkelijk beschikking moeten hebben over de bij het gerecht ingediende stukken die van invloed zijn op de beslissing van de rechter:

‘The Court notes that one of the elements of a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1 is the right to adversarial proceedings; each party must in principle have the opportunity not only to make known any evidence needed for his claims to succeed, but also to have knowledge of and comment on all evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court’s decision.’<sup>24</sup>

Daarbij is het aan de nationale rechters om de deelname van partijen aan een procedure te verzekeren en dat omvat mede ‘communicating all documents on file, even if only potentially relevant to the outcome of the matter’, zo besliste het Europese Hof in de zaak *Nideröst/Huber v. Switzerland*.<sup>25</sup>

Uiteindelijk is het namelijk aan partijen om uit te maken of een document hun commentaar behoeft:

‘Only the parties to a dispute may properly decide whether this is the case; it is for them to say whether or not a document calls for their comments. What is particularly at stake here is litigants’ confidence in the workings of justice, which is based on, *inter alia*, the knowledge that they have had the opportunity to express their views on every document in the file.’<sup>26</sup>

Deze regels kwamen (grotendeels) naar voren in zaken waarbij de documenten in kwestie bij de rechter waren ingediend. Hoewel, zoals gezegd, het EHRM zich niet heeft uitgesproken over een gelijksoortige belangenafweging als in een letselschadeprocedure, heeft het in de *Mantovanelli*-zaak<sup>27</sup> wel uitspraak gedaan over een situatie die overeenkomt met (veel) letselschadeprocedures voor wat betreft de vraag naar het belang bij inzage in (mogelijk) relevante stukken die ten grondslag liggen aan een deskundigenbericht.

Het ging in de *Mantovanelli*-zaak oorspronkelijk om de vraag of bij de behandeling van de dochter van de heer en mevrouw *Mantovanelli* sprake was geweest van medische nalatigheid; zij was in het ziekenhuis opgenomen voor operaties aan haar linkerduim en overleed daar enige tijd later. De Franse bestuursrechter gaf opdracht een medisch rapport op te stellen over de gebeurtenissen. De *Mantovanelli*’s noch hun raadslieden werden vooraf geïnformeerd over de data van de door de deskundige af te nemen interviews en evenmin hadden zij bij de totstandkoming van het deskundigenrapport, dus voorafgaand aan het uiteindelijk opstellen ervan, de gelegenheid gehad de documenten in te zien die aan het rapport ten grondslag lagen.<sup>28</sup> Na totstandkoming van het rap-

port klaagden de *Mantovanelli*’s dat bij de voorbereiding van dit rapport het beginsel van ‘adversarial proceedings’ niet in acht was genomen en dat het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces was geschonden. De *Mantovanelli*’s hadden weliswaar de mogelijkheid gekregen om achteraf, ten overstaan van de rechter, hun commentaar te geven, maar dit nam niet weg dat zij van oordeel waren dat ze geen effectieve mogelijkheid hadden gekregen de totstandkoming van het deskundigenrapport te beïnvloeden.

Uiteindelijk is de zaak van de *Mantovanelli*’s bij het EHRM terechtgekomen. Dit Hof begint in zijn rechtsoverweging 33 met het hiervoor geciteerde uitgangspunt dat partijen in beginsel de mogelijkheid moeten hebben om kennis te nemen van en commentaar te geven op al het aangedragen bewijs of de voorgedragen observaties die van invloed zijn op het oordeel van de rechter. Dat laat het EHRM volgen door de mededeling:

‘(...) no general, abstract principle may therefore be inferred from this provision that where an expert has been appointed by a court, the parties must in all instances be able to attend the interviews held by him or to be shown the documents he has taken into account. What is essential is that the parties should be able to participate properly in the proceedings before the “tribunal”.’<sup>29</sup>

Het EHRM is echter van mening dat in dit geval sprake is van schending van het recht op een eerlijk proces. Daarbij geeft het aan dat het uiteindelijk gaat om de vraag of de *Mantovanelli*’s *daadwerkelijk, effectief* de mogelijkheid hebben gehad om hun visie op het deskundigenbericht te geven. Van belang is dat daadwerkelijke inbreng en tegenspraak mogelijk worden gemaakt:

‘However, while Mr and Mrs *Mantovanelli* could have made submissions to the Administrative Court on the contents and findings of the report after receiving it, the Court is not convinced that this afforded them a real opportunity to comment effectively on it.’<sup>30</sup>

Daarbij geeft het EHRM aan dat bij de vorming van het oordeel dat artikel 6 EVRM geschonden is, twee omstandigheden van cruciaal belang waren:

24. EHRM 18 maart 1997, JB 1997, 112 m.nt. AWH (*Mantovanelli v. France*), r.o. 33; vergelijkbaar: EHRM 18 februari 1997, NJ 1997, 590 (*Nideröst/Huber v. Switzerland*), r.o. 24.
25. EHRM 27 januari 2004, EHRC 14-04-2004, afl. 4, m.nt. Jansen (*H.A.L. v. Finland*), r.o. 45 en vergelijkbaar EHRM 19 juli 1995, Series A no. 322 (*Kerojärvi v. Finland*).
26. EHRM 18 februari 1997, NJ 1997, 590 (*Nideröst/Huber v. Switzerland*), r.o. 29.
27. EHRM 18 maart 1997, JB 1997, 112 m.nt. AWH. Zie voor een uitgebreide bespreking het in noot 4 genoemde artikel van Van der Velde en M.A. Heldeweg, *Confidence in the workings of justice; Het (standaard)deskundigenbericht in het Awb-bestuursproces vanuit het perspectief van hoor en wederhoor* volgens art. 6 lid 1 EVRM, NTB 1999, p. 81 e.v.
28. Een en ander in strijd met het geldende Franse bestuurs(bewijs)recht; Heldeweg 1999 (zie noot 27), p. 81.
29. R.o. 33.
30. R.o. 36.

‘The question the expert was instructed to answer was identical with the one that the court had to determine (...).’

En:

‘It pertained to a technical field that was not within the judges’ knowledge.’<sup>31</sup>

Hoewel de rechter formeel niet gebonden was aan het oordeel van de deskundige, had het rapport waarschijnlijk doorslaggevende invloed op de waardering van de feiten door de rechter. De vraag die de deskundige voorgelegd kreeg, was dezelfde als die de rechter moest beantwoorden en betrof een (technisch) domein dat was gelegen buiten de eigen wetenschap van de rechter.<sup>32</sup>

Kort gezegd vallen uit de behandelde uitspraken van het EHRM in de zaken waarbij de documenten in kwestie bij de rechter waren ingediend, de volgende regels te destilleren. Tijdens een proces moet daadwerkelijk sprake zijn van de mogelijkheid van tegenpraak en geen van beide partijen mag een substantiële achterstand hebben. Dat betekent onder meer dat partijen gelijkkelijk beschikking moeten hebben over alle (proces)stukken. Voor deze documenten geldt dat ze allemaal bekend moeten worden gemaakt aan beide partijen, ook als nog niet geheel zeker is dat het document relevant is voor de uitkomst van het geding. Het is immers aan partijen te beoordelen of een stuk relevant is en hun commentaar behoeft.

Uit de genoemde rechtspraak in onderling verband met de Mantovanelli-uitspraak kan worden afgeleid dat partijen onder omstandigheden ook effectief commentaar moeten kunnen leveren op de gegevens waarop een deskundigenrapport wordt gebaseerd, vóórdat de conclusie van dat rapport wordt genomen. De eerste voorwaarde die het EHRM daarvoor stelde, was dat de vraag die de deskundige moet beantwoorden, overeenkomt met de vraag die de rechter moet beantwoorden. De tweede voorwaarde is dat de deskundige zich uitspreekt op een (technisch) domein dat gelegen is buiten de eigen wetenschap van de rechter. In letselschadezaken komt de vraag die de deskundige moet beantwoorden, niet zo duidelijk overeen met de vraag die aan de rechter voorligt. In zoverre zijn deze voorwaarden dan ook niet direct te ‘kopiëren’ naar de letselschadeprocedure. Maar de combinatie van de uitspraken in het eerste deel van deze paragraaf en de Mantovanelli-uitspraak leidt tot de conclusie dat de Rechtbank Amsterdam in haar uitspraken van november en december 2004<sup>33</sup> terecht de afweging van de belangen van beide partijen heeft gezet in de sleutel van artikel 6 en artikel 8 EVRM. De daaropvolgende beslissing dat de medische gegevens ook ter beschikking van de medisch adviseur van de aansprakelijke partij moeten komen te staan, vindt steun in de rechtspraak van het EHRM.

Tot zover de rechtspraak van het EHRM op het gebied van het recht op ‘equality of arms’. Hoewel hiermee nog niet gezegd is dat dit recht ook zo zwaarwegend is dat het automatisch boven het recht op privacy van de wederpartij gaat, blijkt wel dat het EHRM groot belang hecht aan het recht op inzage in de voor het geding mogelijk relevante stukken voor beide partijen.

## 5. Recht op privacy

Aan het recht op privacy wordt over het algemeen ook een groot belang gehecht. Dit blijkt onder meer uit het feit dat tot voor kort meestal het recht op privacy van het slachtoffer prevaleerde boven het recht op ‘equality of arms’ van de aansprakelijke partij. Vaak werd daarom gekozen voor de oplossing dat alleen de onafhankelijk medisch deskundige een recht op inzage in de medische gegevens kreeg. Ondanks dit gegeven is met betrekking tot het recht op privacy niet een uitgebreid overzicht van rechtspraak (zoals van het EHRM) te geven waarin in een vergelijkbare context een groot gewicht aan dit recht wordt toegekend. Aan het recht op privacy wordt weliswaar in zijn algemeenheid veel waarde gehecht, in het kader van de letselschadeprocedure is het weinig geconcretiseerd en uitgekristalliseerd. Toch zijn er diverse redenen te noemen waarom ook in dit kader groot belang wordt gehecht aan het recht op privacy. Door de recente keuze van de Rechtbank Amsterdam wordt de privacy van het slachtoffer geschonden door de inzage die de medisch adviseur van de aansprakelijke partij krijgt in zijn medische gegevens. Ten eerste kan dit als negatief worden ervaren omdat men, terwijl men slachtoffer is door de schuld van een ander, ook nog eens ‘met de billen bloot moet’ om (financiële) compensatie te krijgen voor het toegebrachte leed. Hoewel het ter kennis van derden komen van gegevens over een knieoperatie voor veel mensen niet per se problematisch hoeft te zijn, kan dit anders liggen ten aanzien van gegevens over een ondergane abortus of een incestverleden. Ten tweede bestaat de niet-ongegronde angst dat als de medische informatie eenmaal bekend is bij de medisch adviseur van een verzekeringsmaatschappij, deze informatie op andere momenten weer zal opduiken binnen dezelfde maatschappij. Bijvoorbeeld als men een levensverzekering probeert af te sluiten bij deze verzekeringsmaatschappij, of als in een socialezekerheidszaak partijen weer tegenover elkaar staan. Ten slotte bestaat de vrees dat ‘op alle slakken zout gelegd zal worden’. Daarmee bedoel ik het volgende. Een van de redenen waarom slachtoffers soms weigeren inzage te geven in hun medisch verleden, is de vrees dat de aansprakelijke partij, eenmaal in het bezit van de medische gegevens van het slachtoffer, elk doktersbezoek uit het verleden aangrijpt om te doen voorkomen alsof het slachtoffer ook zonder ongeval elk moment kon uitvallen. Velen hebben wel eens met hun huisarts gesproken over een lang aanhoudende hoofdpijn, een periode van slapeloosheid of wellicht een moeilijk te verwerken scheiding. De angst bestaat dat deze klachten, die in het verleden speelden en al tijden geen enkel probleem meer opleverden, toch zullen worden aangegrepen om te pogen de zwakheid van het slachtoffer aan te tonen. Genoemde negatieve consequenties van het toekennen van een recht op inzage aan de medisch adviseur (of advocaat) van de aansprakelijke partij zullen moeten worden meegenomen bij de beoordeling van het gewicht van de betrokken belangen.

## 6. Belangenafweging

De in de vorige paragrafen omschreven belangen moeten tegen elkaar worden afgewogen ter beoordeling van de recente recht-

31. R.o. 36.

32. Heldeweg 1999 (zie noot 27), p. 82.

33. Zie noot 2.

spraak van de Rechtbank Amsterdam en ter beantwoording van de vraag of ook de (advocaat) van de aansprakelijke partij een recht op inzage moet kunnen krijgen. Voordat ik toekom aan deze afweging, zal ik echter in de volgende paragrafen een beschrijving geven van de belangenafweging zoals die in WAO-procedures plaatsvindt. Hoewel de WAO-procedure en de letselschadeprocedure van elkaar verschillen, is de vergelijking tussen beide procedures interessant omdat in beide procedures op een gelijksoortige manier het belang van het recht op privacy en het belang van 'equality of arms' tegen elkaar worden afgewogen. Ook vertonen de letselschadeprocedure en de WAO-procedure grote gelijkenis in de mate waarin medische, juridische en arbeidskundige aspecten met elkaar zijn verweven. Argumenten die voor de CRvB worden gebruikt ter onderbouwing van zijn oordeel, zouden dus relevant kunnen zijn bij de afweging van de belangen in letselschadeprocedures.

Voor een beter begrip zal ik eerst schetsen hoe de WAO-problematiek zich heeft ontwikkeld en hoe de CRvB het recht op privacy afweegt tegen het recht op een eerlijk proces.

### 6.1 WAO-perikelen

In de wereld van de arbeidsongeschiktheidswetten en met name de WAO zijn problemen ontstaan met de invoering van de zogenoemde bonus-malus-regeling.<sup>34</sup> In 1992 werd de WAO zodanig gewijzigd, dat de werkgever een bedrag (malus) moest betalen voor iedere werknemer die een WAO-uitkering ontving. Dat had tot gevolg dat werkgevers keuringsresultaten moesten kunnen inzien om zich te kunnen verweren tegen het opleggen van deze malus. Veel werknemers weigerden daarvoor toestemming te verlenen. Hierdoor stuitte men op de botsing van enerzijds het recht van de werkgever op een eerlijk proces<sup>35</sup> en anderzijds het recht van de werknemer op privacy.

De bonus-malus-regeling bleek niet te werken: er werd massaal tegen geprotesteerd en na vele processen stelde de hoogste socialezekerheidsrechter in Nederland, de CRvB, hoge eisen aan de motivering van malus-besluiten.<sup>36</sup> De wetgever heeft uiteindelijk de bonus-malus-regeling met terugwerkende kracht per 1 juli 1995 ingetrokken. Vanaf 1 januari 1998 werd de zogenoemde Pemba-wetgeving<sup>37</sup> van kracht. Aangezien de wetgever de algemene wetgeving over persoonlijke documenten (art. 8:32 Awb) te weinig privacybescherming vond bieden, heeft hij artikel 8:32 Awb bij invoering van de Wet Pemba buiten toepassing verklaard.<sup>38</sup> In dit verband is met name artikel 8:32 lid 2 Awb van belang: 'De rechtbank kan, 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.' In plaats daarvan kwam de medische besluitenregeling, neergelegd in artikel 88 e.v. WAO. De in dit verband belangrijkste bepaling uit die regeling is art. 88c WAO, waarin is bepaald dat wanneer een werknemer geen toestemming geeft voor inzage door zijn werkgever, alleen een arts-gemachtigde van de werkgever inzage krijgt in de medische gegevens van de werknemer. Deze arts-gemachtigde treedt voor het medische deel van de procedure in de plaats van de werkgever. Hij wordt daarbij geacht de belangen van de werkge-

ver te behartigen, maar mag de inhoud van de medische stukken niet met de werkgever bespreken. Hiertoe worden alle stukken in de procedure gesplitst in een medisch deel en een niet-medisch deel.<sup>39</sup> Om te voorkomen dat de werkgever toch op enige wijze kennis zou krijgen van de inhoud van de medische stukken, is deze splitsing zelfs doorgevoerd tot bij de zitting van de rechtbank. Als het gaat over medische gegevens, vindt het onderzoek plaats met gesloten deuren.<sup>40</sup>

In 1999 stelde Van Ettehoven al dat het hem niet zou verbazen als 'binnenkort een rechter (...) dit onderdeel van de regeling [artikel 88c WAO, EMD] buiten toepassing laat wegens strijd met (art. 6 van) het EVRM'.<sup>41</sup> Hij heeft gelijk gekregen. Op 20 juli 2001 bepaalde de CRvB<sup>42</sup> dat het enkel aan de arts-gemachtigde ter inzage geven van de medische stukken

'ertoe leidt dat sprake is van een schending van de "equality of arms", nu niet alle partijen in gelijke mate van de inhoud van alle processtukken kunnen kennisnemen en ter zitting hun belangen kunnen behartigen. Aldus is, mede gelet op de samenhang tussen medische en andere aspecten in dit soort procedures, sprake van een onevenwichtigheid tussen partijen in hun respectieve processuele posities, en wel zodanig dat de processuele positie van de werkgever als een wezenlijk nadeliger positie ten opzichte van die positie van de andere partijen ("a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent") als bedoeld in de rechtspraak van het EHRM (vgl. *Dombo Beheer BV vs Nederland*, NJ 1994, 534 en *Ankerl vs Zwitserland*, NJ 1988, 344) moet worden aangemerkt. Deze wezenlijk nadeliger positie van de werkgever wordt onvoldoende gerechtvaardigd door de door wetgever beoogde bescherming van de privacy van de werknemer als bedoeld in art. 8 EVRM. De Raad is derhalve van oordeel dat sprake is van een inbreuk op de uit art. 6, eerste lid, van het EVRM voortvloeiende elementaire eisen ten aanzien van een eerlijk proces.'

Hoewel de werkgever zich ook kan laten vertegenwoordigen door een advocaat, is het alleen de arts-gemachtigde die de medische

- 
34. Zie voor een uitgebreide beschrijving van dit onderwerp: B.J. van Ettehoven, De medische besluiten-regeling in de WAO kraakt, TVP 1999, p. 59 e.v.
  35. Vóór 1998 was in art. 2a WAO geregeld dat bij besluiten over het voortbestaan of de mate van arbeidsongeschiktheid alleen de werknemer belanghebbende was. Dit artikel is echter per 1 januari 1998 geschrapt om de werkgever het recht van bezwaar en beroep tegen het uitkeringsbesluit te geven. Vanaf dat moment gold namelijk weer de hoofdregel van art. 1:2 Awb, welke regel inhoudt dat als belanghebbende wordt aangemerkt degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken; Van Ettehoven 1999 (zie noot 34), p. 60.
  36. CRvB 15 februari 1995, RSV 1996/214.
  37. (Wet) premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.
  38. G. Dulek-Schermers, Medische privacy of eerlijk proces, opinie in NJB 2004, p. 991.
  39. Van Ettehoven 1999 (zie noot 34), p. 62.
  40. In afwijking van de hoofdregel van openbare behandeling van een zaak, art. 8:62 Awb. Deze regeling is terug te vinden in art. 88h WAO; Van Ettehoven 1999 (zie noot 34), p. 62.
  41. Van Ettehoven 1999 (zie noot 34), p. 63.
  42. RSV 2001/205.

stukken voor hem beoordeelt. Kennisneming of toezending van enig stuk dat medische gegevens bevat aan een advocaat of gemachtigde die geen arts is, is niet toegestaan. Aangezien de arts-gemachtigde echter alleen arts is, kan hij over het algemeen de juridische implicaties van de inhoud van deze stukken niet steeds onderkennen.

‘De Raad is [dan ook, EMD] van oordeel dat aan de werkgever, al dan niet bijgestaan of vertegenwoordigd door een arts-gemachtigde, aldus de mogelijkheid om de “merits of the matter” volledig te (laten) toetsen wordt ontnomen. Daarbij wijst de Raad erop dat bij de beoordeling van een aanspraak op uitkering ingevolge de WAO de medische, juridische en arbeidskundige aspecten doorgaans zodanig nauw verweven zijn dat een splitsing tussen medische en andere aspecten veelal niet gemaakt kan worden. De werkgever wordt derhalve aldus belemmerd zijn belangen op een adequate wijze te behartigen. Zulks geldt evenzeer voor de arts-gemachtigde die tijdens de procedure kan worden geconfronteerd met medische aspecten waarvan hij, anders dan de vertegenwoordiger van het bestuursorgaan en de rechter, de juridische implicaties niet steeds zal kunnen onderkennen.

De omstandigheid dat de werkgever zich eveneens kan doen bijstaan door een advocaat of een gemachtigde die niet arts is, maakt het vorenstaande niet anders, omdat, gelet op de medische besluitenregeling, ook aan laatstbedoelde gemachtigden inzage in, dan wel kennisneming of toezending van enig stuk dat medische gegevens bevat niet is toegestaan.<sup>43</sup>

Zodoende verklaart de CRvB de medische besluitenregeling buiten toepassing en neemt hij artikel 8:32 Awb weer in gebruik. Op grond van artikel 8:32 Awb kan de rechtbank niet alleen de arts-gemachtigde van de werkgever een recht op inzage in de medische gegevens van de werknemer toekennen, maar ook zijn advocaat. De CRvB acht dus de belangen van de werkgever niet voldoende gewaarborgd als alleen zijn arts-gemachtigde inzage heeft in de medische gegevens van de werknemer. Pas als ook de advocaat van de werkgever het recht heeft om kennis te nemen van deze gegevens, zullen de belangen van de werkgever zodanig kunnen worden behartigd dat sprake is van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.

‘(...) inzage in dan wel de kennisneming of toezending van medische gegevens van de werknemer is voorbehouden aan een gemachtigde van de werkgever die arts of advocaat is dan wel daartoe van de rechter bijzondere toestemming heeft gekregen en dat deze gemachtigde(n) – voor zover het de medische aspecten betreft – in plaats van de werkgever treden.’<sup>44</sup>

De wetgever blijkt hier echter niet van onder de indruk. In de in 2002 vastgestelde Wet eigenrisicodragen Ziektewet<sup>45</sup> neemt hij de door de CRvB in 2001 buiten toepassing verklaarde medische besluitenregeling weer helemaal op. Dulek-Schermers wijst erop dat in de parlementaire geschiedenis daarvoor geen reden is te vinden.<sup>46</sup> De CRvB gaat echter door op de door hem ingeslagen weg. Wellicht vanwege het ontbreken van aanwijzingen waarom

de wetgever deze medische-besluitenregeling weer ingevoerd wil zien. Op 14 oktober 2003<sup>47</sup> past hij opnieuw artikel 8:32 Awb toe in plaats van de medische-besluitenregeling. Daarbij bepaalt hij dat ook de sociaal-juridisch medewerker die werkzaam is als professioneel rechtshulpverlener in dienst van het Bureau Metaalunie, als gemachtigde inzage mag krijgen in de medische stukken. Het is volgens de Raad niet van belang of de gemachtigde in kwestie onder het tuchtrecht valt. Het feit dat schending van het geheim strafbaar is op grond van artikel 272 Wetboek van Strafrecht (Sr), acht de CRvB voldoende.<sup>48</sup>

Een en ander heeft geleid tot een impasse op dit terrein: de wetgever wil de medische-besluitenregeling geldend zien, terwijl de CRvB deze regeling weigert toe te passen.

Al met al geven de besproken uitspraken van de CRvB een beeld van de wijze waarop de CRvB het belang van het recht op privacy afweegt tegen het belang bij het recht op equality of arms. Het recht op privacy van de werknemer blijkt daarbij niet op te wegen tegen het recht op inzage door de advocaat van de werkgever. Om te kunnen bezien wat voor de letselschadeprocedure de betekenis kan zijn van het feit dat de belangenafweging bij de CRvB uitvalt in het voordeel van de werkgever, zal ik hierna ingaan op een in het oog springende overeenkomst en een verschil tussen WAO-procedures en letselschadeprocedures.

## 6.2 *Vergelijking van de WAO-procedure en de letselschadeprocedure*

Een belangrijke overeenkomst tussen beide procedures is, zoals gezegd, gelegen in het feit dat in beide procedures sprake kan zijn van een grote mate van verwevenheid van de medische, juridische en arbeidskundige aspecten. Deze verwevenheid is doorslaggevend in de hiervoor geciteerde beslissing van de CRvB,<sup>49</sup> waarin hij oordeelde dat het strijdig is met het recht op een eerlijk proces van de werkgever als een werkgever zich bij het medische deel van de WAO-procedure krachtens de medische besluitenregeling alleen mag laten bijstaan door zijn arts-gemachtigde. De CRvB benadrukt dat hoewel de arts-gemachtigde in de plaats treedt van de werkgever voor het medische deel van de procedure, deze arts-gemachtigde de belangen van de werkgever niet (goed) kan behartigen, omdat hij de juridische relevantie van de medische gegevens niet (steeds) kan onderkennen. Door de verwevenheid van de medische en de juridische aspecten zijn de medische gegevens niet louter ‘medisch’ te beschouwen, maar is voor een goede interpretatie ook juridische kennis vereist.<sup>50</sup>

Ditzelfde argument kan worden gebruikt ter onderbouwing van de stelling dat het geen adequate oplossing is om alleen de door de rechtbank benoemde, onpartijdige deskundige of de medisch adviseur van de aansprakelijke partij inzage te geven in

43. CRvB 20 juli 2001, RSV 2001/205.

44. CRvB 20 juli 2001, RSV 2001/205.

45. Stb. 2002, 584; Dulek-Schermers 2004 (zie noot 38), p. 991.

46. Dulek-Schermers 2004 (zie noot 38), p. 991.

47. AB 2004, 187.

48. Art. 272 Sr stelt strafbaar het opzettelijk schenden van een uit hoofde van onder andere een beroep dan wel een wettelijk voorschrift te bewaren geheim.

49. CRvB 21 juli 2001, RSV 2001/205.

50. Zie par. 5.1 voor citaat CRvB 21 juli 2001, RSV 2001/205.



de medische gegevens, aan hem ter beoordeling over te laten welke medische gegevens voor de beantwoording van de vragen noodzakelijk zijn en hem hiervan de zakelijke inhoud in het rapport te laten weergeven. Ook in de letselschadeprocedure hangen immers juridische en medische aspecten van een zaak zodanig nauw met elkaar samen, dat de medisch deskundige in feite niet in staat is de medische gegevens te beoordelen op juridische relevantie. Kennis van juridische causaliteit is onontbeerlijk om te kunnen beoordelen welke klachten juridisch gezien als gevolg van het ongeval kunnen worden aangemerkt. Ook in de letselschadeprocedure zijn dus door de verwevenheid van de medische en de juridische aspecten de medische gegevens niet louter 'medisch' te beschouwen, maar is voor een goede interpretatie ook juridische kennis vereist.

Tussen de WAO-procedure en de letselschadeprocedure bestaat ook een belangrijk verschil. Meer in het bijzonder is dit een verschil tussen de taken van de medisch deskundige in beide procedures. Hoewel de deskundige in de WAO-procedure een vergelijkbare rol heeft, is zijn werkterrein beperkter dan dat van de medisch deskundige in een letselschadeprocedure. In WAO-procedures wordt namelijk over het algemeen alleen gekeken naar de klachten die leiden tot arbeidsongeschiktheid. Of een bibliothecaresse niet meer kan paardrijden, is voor de beslissing of zij een WAO-uitkering krijgt, bijvoorbeeld niet van belang. Zoals al in paragraaf 2.1 is opgemerkt, kunnen echter in letselschadeprocedures alle klachten en symptomen die het slachtoffer heeft, relevant zijn, in verband met de schadebegroting door de vergelijking van de feitelijke situatie na het ongeval en de hypothetische situatie zonder ongeval. Van nekpijn tot een niet-functionerende elleboog en van tintelende armen tot een depressie. Men zou dus kunnen zeggen dat de arts-gemachtigde in een WAO-procedure in vergelijking met de medisch deskundige in een letselschadeprocedure een betrekkelijk overzichtelijke taak heeft. Toch is de CRvB van mening dat deze arts-gemachtigde niet voldoende in staat is om de belangen van de werkgever te behartigen, zonder de steun van een jurist. Het in deze omstandigheden overleveren van de werkgever aan de deskundigheid van zijn eigen arts-gemachtigde levert volgens de CRvB een inbreuk op het in artikel 6 EVRM neergelegde recht op een eerlijk proces van de werkgever op, die niet gerechtvaardigd wordt door bescherming van de privacy van de werknemer. Evenwel komt het in letselschadeprocedures voor dat men het privacybelang van het slachtoffer zo zwaarwegend vindt, dat dat rechtvaardigt dat de aansprakelijke partij wordt overgeleverd aan de (beperkte) deskundigheid van haar eigen medisch deskundige of zelfs de onafhankelijke door de rechtbank benoemde medisch deskundige.

Andere verschillen tussen de WAO-procedure en de letselschadeprocedure zijn gelegen in de achtergrond van de procedure en de persoon tegenover wie men zijn privacy wil beschermen. Het verschil in achtergrond bestaat eruit dat in WAO-procedures de werkgever mogelijk geen invloed heeft gehad in het arbeidsongeschikt worden van zijn werknemer en toch financiële consequenties ervan ondervindt. In letselschadeprocedures wenst de aansprakelijke partij inzage teneinde zich te kunnen verdedigen tegen een claim die zij, kort gezegd, zelf heeft veroorzaakt. Wat betreft de persoon tegenover wie men zijn privacy wil bescher-

men, geldt dat de werknemer in de WAO-procedure niet wil dat zijn werkgever weet krijgt van zijn medische aangelegenheden, terwijl in de letselschadeprocedure het slachtoffer zijn medische gegevens wil beschermen tegen inzage door een anonieme verzekeraar van een anonieme schadeveroorzaker.

Als resumerend de gang van zaken in de letselschadeprocedure wordt beschouwd in het licht van de overwegingen van de CRvB, dan valt het volgende op. Ten eerste is de medisch deskundige veelal slechts deskundig op één terrein, terwijl – in tegenstelling tot de WAO-procedure – in een letselschadeprocedure in één en dezelfde zaak klachten en symptomen op alle denkbare terreinen kunnen meespelen. Toch wordt in de letselschadeprocedure aan de medisch deskundige een grotere verantwoordelijkheid gegeven dan de arts-gemachtigde heeft in de WAO-procedure. Ten tweede heeft de medisch deskundige nauwelijks tot geen kennis van juridische causaliteit, terwijl bij de beoordeling van de vraag naar een causaal verband tussen het ongeval en de klachten medische, juridische en arbeidskundige aspecten net als in de WAO-procedure zo nauw met elkaar verweven zijn, dat een splitsing tussen medische en juridische aspecten niet kan worden gemaakt. In tegenstelling tot in WAO-procedures is dit in letselschadeprocedures geen reden om de (advocaat van de) aansprakelijke partij inzage te geven in de medische gegevens. Ten slotte komt het voor dat de medisch deskundige in de letselschadeprocedure geen gemachtigde is van de aansprakelijke partij, maar dat hij geacht wordt onafhankelijk te zijn, terwijl de CRvB geen genoegen nam met een voor de werkgever optredende arts-gemachtigde.

### 6.3 Belangenafweging in de letselschadeprocedure

Al het voorgaande in ogeschouw genomen zal uiteindelijk per geval een afweging moeten worden gemaakt tussen het belang dat het slachtoffer heeft bij bescherming van zijn recht op privacy en het belang dat de aansprakelijke partij heeft bij bescherming van haar recht op een eerlijk proces, en meer specifiek haar recht op 'equality of arms'. Bij deze afweging zullen factoren als hoogte van de schadeclaim, looptijd van de arbeidsvermogensschade en aanwijzingen voor het bestaan van een relevante medische voorgeschiedenis een rol spelen.<sup>51</sup>

Hoewel geen pasklaar antwoord is te geven op de vraag welk belang altijd zwaarder zou moeten wegen in de letselschadeprocedure, zal de uitkomst van de afweging in ieder geval moeten voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Bij het bepalen van het gewicht dat aan een bepaald belang moet worden toegekend, is daarmee onder meer relevant of aan dit belang ook op een andere, minder ingrijpende manier tegemoetgekomen kan worden. Met het oog op die vraag heb ik in paragraaf 2 onderzocht of het geven van een recht op inzage aan een onafhankelijke medisch deskundige<sup>52</sup> een mogelijk adequaat alternatief is voor de privacy schendende oplossing waarbij de (advocaat van de) aansprakelijke partij de medische gegevens van het slachtoffer mag inzien. Mijn conclusie is dat dat niet het geval is. Ten aanzien van de vraag of aan het belang van het slachtoffer op een andere

51. Zie Elferink 2003 (zie noot 3).

52. De conclusie is niet anders ten aanzien van een medisch adviseur van de aansprakelijke partij.

manier tegemoetgekomen kan worden dan het ontzeggen van inzage aan de medisch adviseur of de (advocaat van de) aansprakelijke partij, ben ik positiever gestemd. De in paragraaf 4 beschreven mogelijke nadelige consequenties van een recht op inzage door de (advocaat van de) aansprakelijke partij zijn mijns inziens te ondervangen door bijvoorbeeld het opstellen van een gedragscode voor verzekeraars en het tuchtrechtelijk aanpakken van misbruik van het recht op inzage door een medisch adviseur of een advocaat. In een gedragscode voor verzekeraars zou kunnen worden geregeld dat informatie die is verkregen in het kader van een letselschadeprocedure, niet mag gaan ‘zweven’ door de organisatie (het optrekken van zogenoemde ‘Chinese walls’ tussen verschillende afdelingen van grote ondernemingen is geen onbekend verschijnsel). In dezelfde gedragscode zou de verzekeringsbranche het misbruik van het recht op inzage door ‘op alle slakken zout te leggen’ kunnen sanctioneren. Misbruik van het verworven recht op inzage door medisch adviseur of advocaat kan ook via tuchtrechtelijke weg worden aangepakt. Zo is in een ongepubliceerde uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege te Den Haag<sup>53</sup> de medisch adviseur van een aansprakelijkheidsverzekeraar een waarschuwing opgelegd vanwege het treden buiten de grenzen van zijn taak, het trekken van conclusies die niet op objectief in het rapport weergegeven feiten waren gebaseerd, en het zich op een niet-wetenschappelijke, onbehouden wijze uitdrukken.<sup>54</sup>

Deze mogelijkheden om de negatieve gevolgen van een inbreuk op het recht op privacy te verzachten roepen de vraag op of kan worden volgehouden dat aan het belang bij het recht op privacy genoeg gewicht toekomt om het belang dat de aansprakelijke partij heeft bij een recht op inzage, opzij te kunnen zetten. Het middel (het ontnemen van de mogelijkheid de medische gegevens daadwerkelijk op hun juridische relevantie te laten beoordelen) lijkt daarmee niet meer in verhouding te staan tot het doel (het beschermen van de privacy). Waarmee ik overigens niet wil betogen dat het niet van belang is dat het voor het slachtoffer, naast alle ellende als gevolg van het ongeval, ook nog eens vervelend is zijn hele medische voorgeschiedenis aan derden ter kennis te moeten stellen. Het rechtvaardigt alleen in mijn ogen niet dat geen discussie kan plaatsvinden (en de procedure dus in zoverre niet *daadwerkelijk* een procedure op tegenspraak is) omdat de aansprakelijke partij simpelweg niet op de hoogte is van het medisch verleden van het slachtoffer. Hierbij wil ik benadrukken dat gezien de hiervoor besproken achtergronden van de belangenafweging, het voorgaande alleen geldt met betrekking tot de minderheid van de letselschadeclaims waarin sprake is van een zeer lange looptijd, meestal van de gehele rest van het arbeidszaam leven.

## 7. Conclusie

Al het hiervoor overwogene met betrekking tot de specifieke kenmerken van het letselschadeproces, de rechtspraak van het EHRM, de negatieve consequenties van een inbreuk op het recht op privacy en de argumenten die ontleend kunnen worden aan de vergelijking van de letselschadeprocedure en de WAO-procedure, leidt mijns inziens tot de conclusie dat de recente rechtspraak van de Rechtbank Amsterdam bijval verdient. Onder omstandigheden gaat zij zelfs nog niet ver genoeg in de bescherming van het recht

op een eerlijk proces van de aansprakelijke partij. Afweging van de betrokken belangen heeft mijns inziens als resultaat dat in bepaalde situaties ook de (advocaat van de) aansprakelijke partij een recht op inzage in de medische gegevens van het slachtoffer moet worden toegekend. Met name het feit dat de aansprakelijke partij door de nauwe verwevenheid van juridische en medische aspecten niet daadwerkelijk in staat wordt gesteld de medische gegevens te (laten) beoordelen als alleen een medicus de medische stukken bekijkt, komt in mijn visie veel gewicht toe. Alleen wanneer zowel een jurist als een medicus de medische gegevens kan inzien, zal de noodzakelijke bi-disciplinaire beoordeling van deze gegevens kunnen plaatsvinden. Hoe ver de bescherming van het recht op inzage zal moeten gaan en wat precies de omstandigheden zijn waaronder dit recht moet worden gehonoreerd, zal zich nog moeten uitkristalliseren.

*Mw. mr. E.M. Deen, docent en onderzoeker privaatrecht  
Vrije Universiteit te Amsterdam*

53. Regionaal Tuchtcollege te Den Haag 13 april 2004, 2003 T 80.

54. Een mogelijke oplossing die binnen de IWMD aan de orde is, is dat de medisch adviseurs van beide partijen een inventarisatie maken van relevante klachten en symptomen. Dat veronderstelt uiteraard dat ook de medisch adviseur van de aansprakelijke partij over het volledige medische dossier beschikt. Vanuit het oogpunt van waarborging van de privacy zou dan bijvoorbeeld een voorwaarde kunnen zijn dat door de betrokken verzekeraar de Richtlijn Medisch Traject van het Nationaal Platform Personenschade daadwerkelijk in acht wordt genomen. Dan blijft de inbreuk op de privacy van de benadeelde immers beperkt. Ook binnen de IWMD is men van mening dat de medisch adviseur van de aansprakelijke partij niet ‘op alle slakken zout moet gaan leggen’ en dat hij onderworpen moet zijn aan tuchtrechtspraak. De IWMD studeert momenteel op mogelijkheden voor (de belangenbehartiger van) het slachtoffer om op de vervulling door de wederpartij van beide voorwaarden toe te zien.