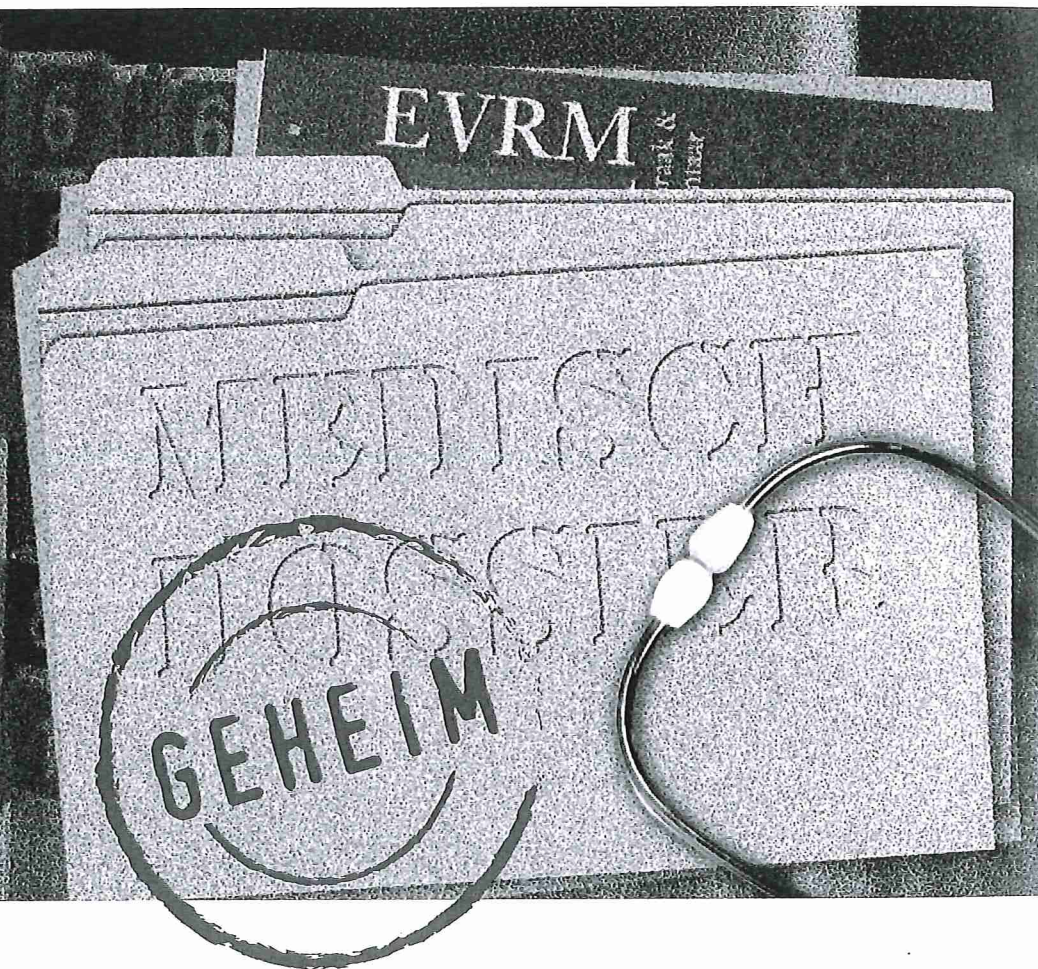


Omgaan met medische overeenstemming m

Mr. C.P.J. Wijnakker *

115



1. Omgaan met medische informatie – nu alleen belicht vanuit het EVRM

In de literatuur is al veel geschreven over hoe volgens het Nederlands recht dient te worden omgegaan met medische informatie van een benadeelde die op basis van het aansprakelijkheidsrecht schadevergoeding vordert.¹⁾ Steeds regelmatig wordt daarbij ook verwezen naar de bescherming van het privéleven zoals deze wordt geboden door artikel 8 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM).

In deze bijdrage worden arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) besproken die van belang zijn voor de omgang met medische informatie van (een overleden dierbare van) een benadeelde.²⁾ Hoewel het EHRM al meer dan vijftig jaar recht spreekt, is het aantal arresten dat is gewezen over het omgaan met medische informatie bescheiden. Ook omdat er geen arrest is dat is gebaseerd op een

* Mr. C.P.J. (Christa) Wijnakker is werkzaam als advocaat bij Beer advocaten te Amsterdam. Zij dankt mevrouw mr. R.P. Wijne en de heer P. van der Nat voor het waardevolle commentaar dat zij op eerdere versies van deze publicatie gaven.

Medische informatie in het artikel 8 EVRM

klacht tegen Nederland, worden in deze arresten maar een paar rechtsvragen beantwoord die in Nederland zijn opgeworpen. Uit de beschikbare arresten volgt wel dat de grenzen die artikel 8 EVRM stelt aan het omgaan met medische informatie bij de toepassing van het recht in Nederland soms worden overschreden.

2. Algemeen beoordelingskader schending artikel 8 EVRM

Het merendeel van de uitspraken van het EHRM waarin het omgaan met medische informatie centraal staat, is (mede) gebaseerd op het recht op bescherming van het privéleven, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM.³ Uit de verdragstekst zelf volgt een toetsingskader dat het EHRM hanteert bij de beoordeling van een klacht ex artikel 8 EVRM.⁴ Het EHRM toetst achtereenvolgens: of een klacht op een door artikel 8 EVRM gewaarborgd recht ziet (§2.1), of een inbreuk op artikel 8 EVRM wordt gemaakt (§2.2), of deze inbreuk in overeenstemming is met de wet (§2.3) en een legitiem doel dient (§2.4). Slot- en vaak de meest belangrijke vraag vormt of de inbreuk noodzakelijk is in een democratische samenleving (§2.5).

2.1. Rechten volgend uit artikel 8 EVRM

Artikel 8 - Recht op eerbiediging van privéleven, familie- en gezinsleven

1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Artikel 8 EVRM is zonder enige twijfel van toepassing op 'personal information relating to a patient' ('persoonlijke informatie').⁵

Ten aanzien van dit type informatie volgt uit artikel 8 EVRM dat een staat het recht op vertrouwelijkheid daarvan dient te waarborgen ('geheimhoudingsrecht').⁶ Dit recht brengt mee dat uit de wet moet volgen dat alleen onder strikt gelimiteerde omstandigheden persoonlijke informatie aan derden kan worden verstrekt. Daarbij moet de groep van personen die over deze informatie mag beschikken nauwkeurig zijn gedefinieerd.⁷ Ook voor (para)medici geldt dat moet zijn geregeld wie wel en wie geen inzage krijgt in persoonlijke informatie.⁸

Het geheimhoudingsrecht dient primair te worden gewaarborgd door met wetgeving iedere mogelijkheid van schending daarvan uit te sluiten. Het alleen bieden van schadevergoeding bij een geconstateerde schending van de vertrouwelijkheid is daarom onvoldoende.⁹ Als ter discussie staat of het geheimhoudingsrecht is geschonden, dient degene die over informatie beschikt te bewijzen dat daar geen verkeerd gebruik van is gemaakt. Het is niet aan de benadeelde om misbruik aan te tonen.¹⁰

Daarnaast volgt uit artikel 8 EVRM dat de staat ervoor zorg moet dragen dat een 'data subject' over 'personal data' kan beschikken ('beschikkingsrecht').¹¹ In een zaak waarin medisch onzorgvuldig handelen centraal stond, heeft het EHRM dit gepreciseerd door te bepalen dat een patiënt het recht heeft om de voor zijn vordering 'relevant evidence' te verkrijgen.¹² Het beschikkingsrecht strekt zich verder ook uit tot door de overheid bewaarde meer algemene informatie die relevant is om te kunnen beoordelen aan welke gezondheidsrisico's een burger is blootgesteld.¹³ Het beschikkingsrecht komt niet alleen degene toe op wie de informatie betrekking heeft. Ook nabestaanden mogen op basis van artikel 8 EVRM informatie van medische aard over een overleden dierbare verkrijgen.¹⁴

Artikel 8 EVRM houdt nadrukkelijk niet alleen een inzage- maar ook beschikkingsrecht in. De betrokkene moet de persoonlijke informatie daadwerkelijk kunnen bezitten; alleen kunnen inzien van de

1. Zie voor een inventarisatie van jurisprudentie en literatuur bijvoorbeeld: A. Wilken e.a., *Medisch beoordelingstraject bij letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen*, Den Haag: De Letselschaderaad 2010.
2. Arresten zijn gezocht in de database van het EHRM, "HUDOC", te raadplegen via www.echr.coe.int. Onderzoek is verricht naar de periode vanaf 1960 tot augustus 2012 door in het vrije zoekveld in te vullen: 'medical file', 'medical record', 'medical document', 'medical data' of 'health data'.
3. Op basis van artikel 6 lid 1 EVRM: EHRM 27 augustus 1997, zaaknr. 20022/92, par. 25 (Andersson/Zweden) over het verstrekken van medische informatie aan de kinderbescherming (overigens achterhaald door: EHRM 25 september 2008, zaaknr. 26664/03, par. 69 en 100 (K.T./Noorwegen)). Op basis van artikel 6 lid 3 EVRM: EHRM 7 juli 2009, zaaknr. 30542/04, par. 19 (D./Finland) over wanneer een van misbruik verdachte vader in het kader van strafrechtelijk onderzoek het medisch dossier van zijn dochter moet kunnen inzien. Op basis van artikel 10 EVRM: EHRM 14 december 2006, zaaknr. 5433/02, par. 44-47 (Shabanov en Tren/Rusland) over het in een krant publiceren van medische informatie die tijdens een gerechtelijke procedure was benoemd. EHRM 18 mei 2004, zaaknr. 58148/00, par. 53 (Éditions Plon/Frankrijk) over het vermelden van medische informatie over voormalig president Mitterrand door diens lijfarts in een boek.
4. Hetzelfde stramen wordt gevolgd bij toetsing aan artikel 10 EVRM, maar niet bij toetsing aan artikel 6 EVRM.
5. EHRM 20 januari 2009, zaaknr. 23815/04, par. 22 (Uslu/Turkije). Zie ook: EHRM 25 november 2008, zaaknr. 36919/02, par. 35 (Armoniené/Litouwen).
6. Zie bijvoorbeeld: EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04, par. 55 (K.H. e.a./Slowakije), EHRM 17 juli 2008, zaaknr. 20511/03, par. 38 (I./Finland).
7. EHRM 25 februari 1997, zaaknr. 9/1996/627/811, par. 95-96 (Z./Finland).
8. EHRM 2 juni 2009, zaaknr. 36936/05 (Szuluk/het VK), EHRM 17 juli 2008, zaaknr. 20511/03, par. 38 (I./Finland).
9. EHRM 17 juli 2008, zaaknr. 20511/03, par. 47 (I./Finland). Zie ook: EHRM 25 november 2008, zaaknr. 36919/02, par. 38 (Armoniené/Litouwen).
10. EHRM 17 juli 2008, zaaknr. 20511/03, par. 44 (I./Finland).
11. EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04, par. 47 (K.H. e.a./Slowakije). Zie ook: EHRM 20 januari 2009, zaaknr. 23815/04, par. 25 (Uslu/Turkije), EHRM (GK) 19 oktober 2005, zaaknr. 32555/96, par. 167 (Roche/het VK). Zie op basis van artikel 6 lid 1 EVRM: EHRM 9 juni 1998, zaaknr. 21825/93, par. 101 (McGinley en Egan/het Verenigd Koninkrijk).
12. EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04, par. 65 (K.H. e.a./Slowakije).
13. EHRM 19 oktober 2005 (GK), zaaknr. 32555/96 (Roche/het VK), EHRM 9 juni 1998, zaaknr. 21825/93, par. 86 (McGinley en Egan/het Verenigd Koninkrijk).
14. ECieRM 13 mei 1986, zaaknr. 11516/85 (B./het Verenigd Koninkrijk).

15. EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04, par. 47 en 65 alsmede de *party dissenting opinion* van rechter Sikuta (K.H. e.a./Slowakije).
16. EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04, par. 47 (K.H. e.a./Slowakije), EHRM 9 juni 1998, zaaknr. 21825/93, par. 101 (McGinley en Egan/het Verenigd Koninkrijk).
17. EHRM (GK) 19 oktober 2005, zaaknr. 32555/96, par. 165 (Roche/het Verenigd Koninkrijk).
18. Horizontale werking van het EVRM genaamd. Zie: EHRM 25 november 2008, zaaknr. 36919/02, par. 36 (Armoniené/Litouwen).
19. EHRM 27 augustus 1997, zaaknr. 20837/92, par. 32 (M.S./Zweden).
20. EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04, par. 58 (K.H. e.a./Slowakije), EHRM 20 januari 2009, zaaknr. 23815/04, par. 28 (Uslu/Turkije).
21. EHRM 25 februari 1997, zaaknr. 22009/93, par. 112 (Z./Finland).
22. EHRM 27 augustus 1997, zaaknr. 20837/92, par. 35 (M.S./Zweden). Geannoteerd door J.C.J. Dute onder NJ 1999/464.
23. EHRM 2 juni 2009, zaaknr. 36936/05, par. 54 (Szuluk/het Verenigd Koninkrijk).
24. EHRM 29 juni 2006, zaaknr. 11901/02, par. 56 (Panteleyenko/Oekraïne).
25. EHRM 29 juni 2006, zaaknr. 11901/02, par. 58 (Panteleyenko/Oekraïne).
26. EHRM 10 oktober 2006, zaaknr. 7508/02, par. 32-34 (L.L./Frankrijk).
27. Onderscheid wordt gemaakt tussen het constateren van een inbreuk op en schending van artikel 8 EVRM. Als de brandweer zonder aan te bellen de voordeur intrapt, is sprake van een inbreuk op artikel 8 EVRM. Als de brandweer zo heeft gehandeld omdat men de bewoners uit het brandende pand kwamen redden, zal artikel 8 EVRM niet zijn geschonden.
28. EHRM 27 augustus 1997, zaaknr. 20837/92, par. 38 (M.S./Zweden), EHRM 25 februari 1997, zaaknr. 22009/93, par. 95 (Z./Finland).
29. EHRM 10 oktober 2006, zaaknr. 7508/02, par. 47 (L.L./Frankrijk).
30. EHRM 29 juni 2006, zaaknr. 11901/02, par. 61 (Panteleyenko/Oekraïne).
31. EHRM 25 februari 1997, zaaknr. 22009/93, par. 75 (Z./Finland).
32. EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04, par. 48 (K.H. e.a./Slowakije), EHRM 20 januari 2009, zaaknr. 23815/04, par. 25-27 (Uslu/Turkije).
33. EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04, par. 53 (K.H. e.a./Slowakije), EHRM 20 januari 2009, zaaknr. 23815/04, par. 27 (Uslu/Turkije).
34. EHRM 10 oktober 2006, zaaknr. 7508/02, par. 40 (L.L./Frankrijk). Denkbaar andere legitieme doelen op basis waarvan medische informatie mag worden gebruikt zijn het adequaat verdelen van publieke middelen, de openbaarheid van rechtspraak en de kindbescherming van informatie voorzien. Zie: EHRM 27 augustus 1997, zaaknr. 20837/92, par. 38 (M.S./Zweden), EHRM 25 februari 1997, zaaknr. 22009/93, par. 78 (Z./Finland) en EHRM 25 september 2008, zaaknr. 26664/03, par. 62 (K.T./Noorwegen).

stukken is onvoldoende.¹⁵⁾ Het beschikkingsrecht moet in de nationale wetgeving praktisch en effectief zijn vormgegeven. Daarvan is alleen sprake als de procedure voor het verkrijgen van de informatie aan deze vereisten voldoet.¹⁶⁾ Procedure moet daarbij niet worden verward met procederen. De procedure tot het verkrijgen van informatie moet niet vereisen dat de betrokkene moet procederen om het beschikkingsrecht te kunnen effectueren.¹⁷⁾

De beide vormen van bescherming van het privéleven die artikel 8 EVRM biedt, moet een staat ten eerste waarborgen in zijn eigen handelen. Daarnaast moet een staat maatregelen treffen om te zorgen dat een burger het recht op bescherming van het privéleven van een medeburger niet schendt.¹⁸⁾

Vermeldenswaard is nog het oordeel van het EHRM dat het enkele feit dat een burger een beroep doet op een sociale voorziening, waarbij uit de wet volgt dat ter beoordeling van deze aanvraag medische informatie wordt opgevraagd, niet meebrengt dat met de aanvraag afstand wordt gedaan van de uit artikel 8 EVRM volgende rechten.¹⁹⁾

2.2. Inbreuk op artikel 8 EVRM

Als artikel 8 EVRM toepassing vindt, is de vervolgvraag of door handelen of nalaten van de staat of een burger een inbreuk is gemaakt op artikel 8 EVRM.

Het EHRM meent klaarblijkelijk dat het zo evident is dat het niet verstrekken van persoonlijke informatie aan de betrokkene een inbreuk op het beschikkingsrecht vormt, dat het in alle arresten over dit recht de inbreuk niet expliciet vaststelt voordat het een schending van artikel 8 EVRM constateert.²⁰⁾

Voor wat betreft het geheimhoudingsrecht geldt dat het gebruik van medische informatie zonder toestemming van de patiënt een 'serious interference' vormt.²¹⁾ Dit óók als bij gebrek aan toestemming uit de wet volgt dat persoonlijke informatie door behandelaars moet worden verstrekt en deze informatie vertrouwelijk wordt behandeld door een beperkt aantal personen.²²⁾ Een inbreuk op (en schending van) artikel 8 EVRM ontstaat óók als persoonlijke informatie alleen door één arts wordt ingezien die deze informatie niet deelt met derden.²³⁾ Bij gebrek aan toestemming van een betrokkene wordt ook een inbreuk gemaakt op artikel 8 EVRM als de rechter een behandelaar beveelt persoonlijke informatie te verstrekken.²⁴⁾ Als vervolgens de met of zonder toestemming van de betrokkene verkregen informatie wordt besproken tijdens een zitting die achter gesloten deuren wordt gehouden, ontstaat eveneens een inbreuk. Reden daartoe vormt dat daardoor de kring van personen die kennis nemen van de informatie wordt vergroot.²⁵⁾ Het vervolgens vermelden van persoonlijke informatie in de motivering van een uitspraak die niet wordt gepubliceerd, maar wel kan worden opgevraagd, houdt eveneens een inbreuk op artikel 8 EVRM in.²⁶⁾

Uit het vorenstaande volgt dat het zonder toestemming van de benadeelde gebruiken van diens persoonlijke informatie, snel een inbreuk op artikel 8 EVRM inhoudt. Het is vervolgens aan degene die de inbreuk op het privéleven van de benadeelde maakt om te bewijzen dat daar een dusdanige rechtvaardiging voor bestaat dat artikel 8 EVRM niet is geschonden.²⁷⁾

2.3. Inbreuk in overeenstemming met de wet

Eerste stap voor het leveren van bewijs dat artikel 8 EVRM niet is geschonden, vormt het aantonen dat de inbreuk in overeenstemming met de wet heeft plaatsgevonden.

Het EHRM beoordeelt in dat licht allereerst of de nationale wet waarborgt dat persoonlijke informatie niet wordt gecommuniceerd of openbaar wordt gemaakt op een wijze die in strijd komt met artikel 8 EVRM.²⁸⁾ Als de nationale wetgeving onvoldoende bescherming biedt om het adequaat omgaan met persoonlijke informatie te waarborgen, dan zal het EHRM een strenge toets hanteren bij het beoordelen van de noodzaak van de inbreuk op artikel 8 EVRM.²⁹⁾ Als de nationale wet voldoende bescherming biedt, maar de informatie door een rechter in een civiele procedure wordt gebruikt op een wijze die strijdig is met die wet, dan kan die enkele omstandigheid leiden tot een schending van artikel 8 EVRM.³⁰⁾

2.4. Legitiem doel inbreuk

De vervolgvraag is of een legitiem doel bestaat voor het maken van de inbreuk op artikel 8 EVRM. Dit doel moet bestaan ten tijde van het maken van de inbreuk op het geheimhoudings- of beschikkingsrecht.³¹⁾

Als een persoon met een beroep op zijn beschikkingsrecht verzoekt om informatie, is het niet aan hem om daarvoor een legitiem doel aan te dragen. Het is aan degene die over de informatie beschikt om aan te tonen dat dwingende redenen bestaan om dit verzoek niet in te willigen.³²⁾ Een dergelijk legitiem doel heeft het EHRM in geen van de voorgelegde zaken kunnen constateren.³³⁾

Geen van de arresten van het EHRM ziet op het vorderen door een derde van persoonlijke informatie in de buitengerechtelijke fase van de behandeling van een vordering tot schadevergoeding. Een legitiem doel voor het maken van een inbreuk op het privéleven van een benadeelde in deze fase is door het EHRM dan ook (nog) niet erkend. Als de persoonlijke informatie wordt gebruikt in het kader van een civiele procedure, erkent het EHRM als legitiem doel het leveren van bewijs.³⁴⁾

2.5. Inbreuk noodzakelijk in democratische samenleving

Als de inbreuk een legitiem doel dient, is vervolgens de vraag aan de orde of de inbreuk op artikel 8 EVRM noodzakelijk is in een democratische samenleving. Bij het beantwoorden van deze vraag wordt

betrokken of recht is gedaan aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. In dit kader overweegt het EHRM standaard:

'The Court reiterates that the protection of personal data, particularly medical data, is of fundamental importance to a person's enjoyment of his or her right to respect for private and family life as guaranteed by Article 8 of the Convention. Respecting the confidentiality of health data is a vital principle in the legal systems of all the Contracting Parties to the Convention.'³⁵⁾

Het EHRM ziet daarbij het recht op vertrouwelijkheid van persoonlijke informatie niet alleen als cruciaal ter bescherming van de privacy van de patiënt, maar ook om alle burgers het vertrouwen in medici en de gezondheidszorg in het algemeen te laten behouden. Het EHRM overweegt in dat licht standaard dat het ontbreken van garanties om te voorkomen dat onbevoegden persoonlijke informatie inzien, het risico verhoogt dat hulpbehoevenden bepaalde informatie niet verstrekken die nodig is om een goed behandelplan op te stellen, of dat zij zelfs afzien van het raadplegen van een arts.³⁶⁾ Als een patiënt ervan afziet om informatie met een arts te delen, dan zou dat niet alleen de gezondheid van het individu maar ook die van de gemeenschap kunnen schaden.³⁷⁾

Het zijn al deze belangen waarvan degene die inbreuk maakt op het privéleven van een benadeelde dient aan te tonen dat het noodzakelijk is dat deze wijken voor het legitieme doel dat hij nastreeft bij het gebruik van de persoonlijke informatie.

In de zaken waarin het beschikkingsrecht centraal stond, heeft het EHRM geen belang kunnen constateren dat bestond bij het weigeren van een verzoek tot naleving van dit recht (§2.2). Dit brengt mee dat het EHRM niet heeft kunnen oordelen of en welk belang een noodzaak vormt om een inbreuk te maken op het beschikkingsrecht. Dat is anders als het gaat om het geheimhoudingsrecht.

Dat het recht op een proces op tegenspraak niet snel een noodzaak vormt om een inbreuk te maken op het geheimhoudingsrecht werd voor het eerst in 2006 door het EHRM uitgesproken in de zaak *L.L. tegen Frankrijk*. Tijdens de echtscheidingsprocedure die door de toenmalige echtgenote van L. was aangespannen, was door haar – zonder zijn toestemming – medische informatie over L. in het geding gebracht. Ondanks bezwaren van L. werd deze informatie door de rechter gebruikt in de motivering van het oordeel en werd daarmee openbaar. L. was van mening dat daardoor het recht op bescherming van zijn privéleven werd geschonden en diende een klacht in bij het EHRM. Het EHRM overwoog dat in procedures waarbij de rechter per definitie kennis krijgt van zeer persoonlijke informatie:

'Any unavoidable interference in this connection should be limited as far as possible to that which is rendered strictly necessary by the

specific features of the proceedings and by the facts of the case.'³⁸⁾

Aangezien de inhoud van het medisch dossier voor de nationale rechter niet dragend was geweest voor zijn motivering, oordeelde het EHRM dat dit document in strijd met artikel 8 EVRM in de procedure was toegelaten als bewijs.³⁹⁾ In deze lijn ligt ook de in maart van dit jaar gewezen beschikking van het EHRM in de zaak *Eternit tegen Frankrijk*.

Aanleiding voor de klacht van Eternit vormde het verzoek van een werknemer aan een overheidsinstantie (CPAM) om bij hem geconstateerde longkanker te erkennen als een beroepsziekte. Op basis van een op het medisch dossier van de werknemer gebaseerd rapport van een van de CPAM onafhankelijke 'controlearts', besloot de CPAM in het voordeel van de werknemer. De CPAM stuurde de beslissing, met in bijlage het rapport van de controlearts, ook naar Eternit toe. Reden daarvoor was dat uitkeringen gedaan door de CPAM leidden tot een hogere premie die werkgevers zoals Eternit aan de CPAM zijn verschuldigd. Eternit maakte bezwaar tegen deze beslissing en verzocht in de daaropvolgende gerechtelijke procedure primair om het volledige medisch dossier van haar werknemer en subsidiair om een deskundigenrapport van een onafhankelijk medisch expert gebaseerd op het volledige medisch dossier van de werknemer. De informatie waarover Eternit wilde beschikken was mijns inziens reeds relevant voor het beoordelen van de vraag of sprake was van een beroepsziekte (onder meer de longfoto's waren niet beschikbaar gesteld). Uit de Franse wetgeving volgde toentertijd dat als een onafhankelijke expert zou worden benoemd, deze de beschikking zou krijgen over het medisch dossier van de controlearts, dat vervolgens ook aan de medisch adviseur van de werkgever zou worden verstrekt. De nationale rechter weigerde al deze verzoeken van Eternit, nu de CPAM op basis van de wet niet alle medische informatie die de controlearts ter beschikking had gestaan hoefde te verstrekken én het geen aanleiding zag om een deskundigenrapport in te winnen.

Bij de beoordeling van de daarop volgende klacht van Eternit overwoog het EHRM dat het recht op een procedure op tegenspraak ex artikel 6 EVRM geen absoluut recht betreft.⁴⁰⁾ De reikwijdte daarvan varieert afhankelijk van de specifieke kenmerken van de betreffende procedure. Gelet op 'la nature particulière' van het geschil tussen de CPAM en Eternit dient als het gaat om medische informatie een aantal voorbehouden te worden gemaakt op het aan procespartijen toekomende beginsel van hoor en wederhoor.⁴¹⁾

Allereerst dient op dit beginsel een uitzondering te worden gemaakt vanwege het beroepsgeheim van artsen. De werknemer heeft ex artikel 8 EVRM het recht op naleving van dit beroepsgeheim. Dit recht is niet absoluut; het dient net als het beginsel van een procedure op tegenspraak in aanmerking te worden genomen bij het nemen van een beslissing. Bij het motiveren van een gerechtelijk oordeel moeten beide rechten dusdanig samengaan,

35. EHRM 27 augustus 1997, zaaknr. 20837/92, par. 41 (M.S./Zweden). Zie bijvoorbeeld ook: EHRM 25 november 2008, zaaknr. 36919/02, par. 41 (Armoniené/Litouwen), EHRM 17 juli 2008, zaaknr. 20511/03, par. 38 (I./Finland), EHRM 10 oktober 2006, zaaknr. 7508/02, par. 44 (L.L./Frankrijk).
36. EHRM 17 juli 2008, zaaknr. 20511/03, par. 38 (I./Finland).
37. EHRM 17 januari 2012, zaaknr. 20376/05, par. 44 (Varapnickaité/Litouwen), EHRM 2 juni 2009, zaaknr. 36936/05, par. 47 (Szuluk/het Verenigd Koninkrijk), EHRM 27 augustus 1997, zaaknr. 20837/92, par. 38 (M.S./Zweden). Zeker als het gaat om informatie waaruit volgt dat een individu HIV-positief is, moet een zwaarwegend belang bestaan om die informatie openbaar te maken. Zie: EHRM 25 november 2008, zaaknr. 36919/02, par. 44 (Armoniené/Litouwen), EHRM 25 november 2008, zaaknr. 23373/03, par. 43 (Biriuk/Litouwen), EHRM 25 februari 1997, zaaknr. 22009/93, par. 95-97 (Z./Finland).
38. EHRM 10 oktober 2006, zaaknr. 7508/02, par. 45 (L.L./Frankrijk), waardoor is achterhaald: EHRM 25 februari 1997, zaaknr. 22009/93, par. 109-110 (Z./Finland). Zie ook: EHRM 29 juni 2006, zaaknr. 11901/02, par. 61 (Panteleyenko/Oekraïne).
39. EHRM 10 oktober 2006, zaaknr. 7508/02, par. 46 (L.L./Frankrijk). Vergelijk het andersluidende – en vijftien jaar eerder gewezen – oordeel van het EHRM in het arrest van 25 februari 1997, zaaknr. 22009/93 (Z./Finland).
40. Zie ook: EHRM 18 februari 2010, zaaknr. 22584/06, par. 31 (Baccichetti/Frankrijk).
41. EHRM 27 maart 2012, zaaknr. 20041/10, par. 34-35 (Eternit/Frankrijk). Deze beslissing is uitgesproken in het Frans; elders in dit tijdschrift, onder nummer 2012/123 is de Nederlandse vertaling gepubliceerd. Een deel van dit arrest is vertaald in het Nederlands en met noot van de hand van P. van der Nat verschenen in *L&S* 2012, p. 21-30.

GEHEF

42. *Ibidem*, par. 36-37.
 43. *Ibidem*, par. 38.
 44. *Ibidem*, par. 39.
 45. EHRM 2 november 2010, zaaknr. 41723/06, par. 96 (Gillberg/Zweden). Gebaseerd op: EHRM 29 juni 2006, zaaknr. 11901/02, par. 82 (Panteleyenko/Oekraïne), EHRM 25 februari 1997, zaaknr. 22009/93, par. 97 (Z./Finland).
 46. Zeker als het gaat om informatie die niet in het medisch dossier is opgenomen, zou het verstrekken van deze brief ook in het kader van een verzwaarde stelplicht niet misstaan. Vergelijk: HR 20 november 1987, NJ 1988/500, met nt. W.L. Haardt (Timmer/Deutman) en HR 15 juni 2007, NJ 2007/335.
 47. HR 29 juni 2007, LJN AZ 4664, r.o. 3.4.
 48. Zie bijvoorbeeld: Rb Utrecht 11 mei 2011, NP 2011/6, p. 10-13, r.o. 4.5, Rb. Zutphen 8 oktober 2009, LJN BK4206, r.o. 5.15, 5.17. Zie anders en mijns inziens in overeenstemming met artikel 8 EVRM: Rb Utrecht 17 november 2010, LJN BO5222, r.o. 4.4.
 49. Vergelijk: Hof Amsterdam 31 januari 2012, LJN BV2565, r.o. 4.5 en 4.8. Van deze beschikking is beroep in cassatie ingesteld.
 50. Aan het noodzakelijkheidsvereiste moet een strikte uitleg worden gegeven: *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 892, nr. 3 (MvT), p. 171.

dat geen van beide rechten wezenlijk wordt aangetast. Een dergelijke balans werd verkregen doordat Eternit de rechter kon verzoeken om een onafhankelijk deskundigenbericht gebaseerd op het medisch dossier van de werknemer.⁴²⁾

Ten tweede benoemde het EHRM dat moet worden beoordeeld of de procedure in zijn geheel gezien – en niet slechts één aspect op zichzelf genomen – recht heeft gedaan aan het beginsel van hoor en wederhoor.⁴³⁾ De Franse wetgeving en rechter waarborgen volgens het EHRM dat procedures tegen de CPAM in het geheel zijn onderworpen aan het beginsel van hoor en wederhoor. De genoemde bij wet geboden mogelijkheid om de rechter te verzoeken om een onafhankelijk deskundigenbericht te gelasten, doet recht aan dit beginsel en aan het geheimhoudingsrecht van de werknemer. Ook al zal de rechter niet altijd besluiten tot een dergelijk deskundigenbericht, dan nog zorgt het enkele bestaan van deze mogelijkheid ervoor dat het recht op een eerlijk proces ex artikel 6 EVRM is gewaarborgd.⁴⁴⁾ Het EHRM constateerde dan ook geen schending van artikel 6 EVRM.

Hoe zwaar de last is om te bewijzen dat een individueel belang het noodzakelijk maakt om een inbreuk te maken op artikel 8 EVRM wordt onderstreept door de arresten van het EHRM waarin is bepaald dat het algemene belang op een openbare behandeling van een rechtszaak soms moet wijken voor het geheimhoudingsrecht.⁴⁵⁾

3. Omgaan met medische informatie in Nederland – zoals verplicht door het EVRM?

Het door artikel 8 EVRM gewaarborgde geheimhoudings- en beschikkingsrecht zijn in Nederland met name terug te vinden in het Burgerlijk Wetboek en de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Ten aanzien van hulpverleners is voor wat betreft het door hen gevormde dossier het beschikkingsrecht neergelegd in artikel 7:454 j° 7:456 BW en het geheimhoudingsrecht in artikel 7:457 BW.

Aangezien schending van beide in het Burgerlijk Wetboek benoemde rechten in het kader van het verhalen van letsel- en overlijdensschade zelden leidt tot een procedure, wordt in deze bijdrage alleen nog maar stilgestaan bij de naleving van artikel 8 EVRM in situaties waarop de Wbp betrekking heeft. Omdat mij geen uitspraken bekend zijn waarin de benadeelde met een beroep op de Wbp stelt dat zijn belangenbehartiger het hem toekomende beschikkings- en geheimhoudingsrecht heeft geschonden, blijft ook deze rechtsverhouding buiten beschouwing. In deze paragraaf zal worden beschreven welke eisen artikel 8 EVRM stelt aan het omgaan met persoonlijke informatie door (de derden ingeschakeld door) degene die de benadeelde aansprakelijk heeft gesteld voor zijn schade ('wederpartij'). Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen het beschikkingsrecht (§3.1) en het geheimhoudingsrecht (§3.2).

3.1. Beschikkingsrecht

Uit artikel 8 EVRM volgt het recht van een benadeelde om te kunnen beschikken over alle persoonlijke gegevens die op hem betrekking hebben en over relevante bewijsmiddelen ten aanzien van medisch onzorgvuldig handelen (§2.1). Gelet op deze ruime formulering bestrijkt het beschikkingsrecht ex artikel 8 EVRM alle type documenten waarin persoonlijke informatie is opgenomen zoals deze in Nederland worden onderscheiden. Denk daarbij aan het medisch advies, de correspondentie die een medisch adviseur voert met zijn opdrachtgever alsmede zijn persoonlijke werkaantekeningen, maar ook een 'Melding Incidenten Patiëntenzorg'. Ook informatie over een behandeling van een persoon opgenomen in een brief van een arts aan zijn advocaat of een bericht van de medisch adviseur gebaseerd op een telefoonsprek met deze arts valt mijns inziens onder '*personal information relating to a patient*'.⁴⁶⁾

In lijn met artikel 8 EVRM biedt de Nederlandse wet met artikel 35 Wbp niet alleen een inzage- maar ook beschikkingsrecht.⁴⁷⁾ De tekst van artikel 35 Wbp is mijns inziens in overeenstemming met de ruime definitie die het EHRM hanteert van gegevens waarover een benadeelde moet kunnen beschikken. Artikel 35 lid 1 Wbp spreekt immers over 'op hem betrekking hebbende persoonsgegevens', in artikel 1 sub a Wbp gedefinieerd als 'elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare persoon'. Het beschikkingsrecht is volgens de Wbp dan ook niet beperkt tot bijvoorbeeld 'persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid' zoals benoemd in artikel 16 Wbp. De enge interpretatie die in de rechtspraak wordt gegeven aan artikel 35 Wbp door onderscheid te maken tussen de in voornoemde paragraaf genoemde type medische documenten, vindt dan ook geen steun in het EVRM.⁴⁸⁾ Hetzelfde geldt voor paragraaf 6.1.6. van de op de Wbp gebaseerde Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen (2010, 'Gedragscode') waarin een uitzondering op het beschikkingsrecht wordt gemaakt voor 'werkaantekeningen van de medisch adviseur'.

De inbreuk op het door artikel 8 EVRM gewaarborgde beschikkingsrecht (§2.2) ontstaat in de praktijk als een beroep van een benadeelde op artikel 35 Wbp door een wederpartij niet (volledig) wordt gehonoreerd.

Het zal dan aan de wederpartij zijn om aan te tonen dat het weigeren deze informatie te verstrekken in overeenstemming is met de wet (§2.3). De Wbp voorziet in het maken van een inbreuk op het beschikkingsrecht.⁴⁹⁾ Artikel 43 sub e Wbp bepaalt immers dat informatie niet wordt verstrekt als dat noodzakelijk is in het belang van de bescherming van rechten en vrijheden van anderen.⁵⁰⁾ Daarin kunnen de twee overige criteria worden herkend die in artikel 8 EVRM besloten liggen: het legitieme doel voor en de noodzaak van het maken van de inbreuk.

Eerstvolgende vraag is dan ook of deze bij artikel 43 sub e Wbp voorziene inbreuk een legitiem doel

dient. Of en welk legitiem doel het EHRM zal erkennen, is bij gebrek aan arresten over dit aspect onduidelijk. Het is maar de vraag of een 'ongestoorde gedachtewisseling' door het EHRM als een legitiem doel zal worden beschouwd.⁵¹ Zeker als deze gedachtewisseling buiten een gerechtelijke procedure om plaatsvindt, zodat een beroep van de wederpartij op artikel 6 EVRM niet zal slagen.⁵²

Als een legitiem doel vast komt te staan, moet door de wederpartij worden aangetoond dat het noodzakelijk is om een inbreuk te maken op artikel 8 EVRM door de persoonlijke gegevens niet te verstrekken. Zoals hiervoor is aangegeven is aan het EHRM nog geen zaak voorgelegd waarin een dergelijke noodzaak kon worden vastgesteld (§2.5). Uit de structuur van artikel 8 EVRM kan wel worden afgeleid, dat het pas bij de beoordeling van de noodzakelijkheid van een inbreuk is, dat het legitieme doel dat de wederpartij nastreeft wordt gewogen. Het is dan ook pas in dit kader dat het type document waarin de persoonlijke informatie is vervat, een rol kan spelen (werkaantekeningen, correspondentie met de advocaat).⁵³

Als de inbreuk op artikel 8 EVRM noodzakelijk is gebleken, volgt uit het beoordelingskader van het EHRM de vraag of de inbreuk voldoet aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. In het verlengde van het *Eternit-arrest* ligt het in de rede dat bij het beoordelen van de subsidiariteit wordt gezocht naar een constructie waarin een aangetoond legitiem doel van de wederpartij en het beschikkingsrecht van de benadeelde beide in stand worden gelaten. Zo ligt het bij correspondentie met een advocaat voor de hand om net zo te handelen als bij vermelding van informatie over derden in het medisch dossier van een benadeelde: de zinnen die geen medische informatie bevatten worden onleesbaar gemaakt.⁵⁴

3.2. Geheimhoudingsrecht

Uit artikel 8 EVRM volgt het recht op vertrouwelijkheid van *'personal information relating to a patient'* (§2.1). Gelet op deze ruime formuleringen bestrijkt het recht op geheimhouding ex artikel 8 EVRM onder meer het medisch advies, een brief met aan de gezondheid van een benadeelde gerelateerde informatie of een deskundigenbericht van een medicus. Het recht op vertrouwelijkheid van 'persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid' wordt beschermd door artikel 16 Wbp. In lijn met artikel 8 EVRM wordt ook dit criterium ruim uitgelegd:

'Het begrip "gezondheid" moet niettemin ruim worden opgevat; het omvat niet alleen de gegevens die in het kader van een medisch onderzoek of een medische behandeling door een arts worden verwerkt, maar alle gegevens die de geestelijke of lichamelijke gezondheid van een persoon betreffen. Niet alleen indien een bedrijfsarts vaststelt dat een werknemer lijdt aan een psychosomatisch probleem is er sprake van een "gegeven betreffende iemands gezondheid", dit is ook het geval indien een chef van een werknemer constateert dat de werknemer

lichamelijk gehandicapt is. Ondanks het feit dat een dergelijk gegeven voor een ieder kenbaar is, mag een werkgever dit gegeven – afgezien van de situatie die valt onder het eerste lid, onder e – niet verwerken, tenzij hij daarvoor de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene heeft verkregen. Voorts is ook het enkele gegeven dat iemand ziek is een gegeven omtrent gezondheid, hoewel dat gegeven op zichzelf nog niets zegt over de aard van de aandoening.'⁵⁵

Het geheimhoudingsrecht ex artikel 8 EVRM brengt mee dat de groep van personen die over persoonlijke informatie mag beschikken nauwkeurig moet zijn gedefinieerd (§2.1). In de Wbp is niet bepaald welke personen over de persoonlijke informatie van een benadeelde mogen beschikken. Artikel 21 lid 2 Wbp vindt immers geen toepassing, nu bij het verhalen van letsel- of overlijdensschade geen sprake is van een verzekeraar in de zin van artikel 21 lid 1 sub b Wbp. Wie over persoonsgegevens over iemands gezondheid mogen beschikken volgt slechts uit paragraaf 6.1.4 van de Gedragscode. Daarin is bepaald dat alleen de medisch adviseur en de personen die onder zijn verantwoordelijkheid betrokken zijn bij zijn advies, gegevens over iemands gezondheid mogen verwerken. Hier houdt de wet- en regelgeving op en begint de interpretatie die door diverse instanties aan de Wbp en Gedragscode wordt gegeven.⁵⁶ Wordt de door de wederpartij eenzijdig ingeschakelde hoogleraar gezien als 'een persoon' die onder verantwoordelijkheid van de medisch adviseur betrokken is bij het opstellen van het medisch advies?⁵⁷ En als volgens het EHRM de kring (para)medici 'nauwkeurig gedefinieerd' moet zijn, waarom ontbreekt dan een bepaling waaruit volgt welke niet-medici – op wie geen geheimhoudingsplicht rust – over medische informatie mogen beschikken?⁵⁸ In het licht van artikel 8 EVRM zijn dit vragen waarover de Wbp niet zou mogen zwijgen.

Dat het verwerken van vertrouwelijke gegevens, door rechters, procespartijen maar ook een arts, een inbreuk vormt op artikel 8 EVRM (§2.2) is terug te vinden in artikel 16 Wbp. Dit artikel bepaalt dat het verboden is om 'persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid' te verwerken. De Hoge Raad lijkt met de beschikkingen van 22 februari 2008 voorbij te gaan aan het oordeel van het EHRM dat ook kennisname van persoonlijke informatie door alleen een arts een inbreuk vormt op artikel 8 EVRM (§2.2). De Hoge Raad oordeelde met deze beschikkingen immers dat medische gegevens, vóórdat gebruik is gemaakt van het blokkeringsrecht, aan de medisch adviseur van de wederpartij dienen te worden verstrekt, met als enige motivering dat op een medisch adviseur een geheimhoudingsplicht rust.⁵⁹

Wil de inbreuk in overeenstemming met de wet worden gemaakt, dan moet één van de relevante uitzonderingen op het met artikel 16 Wbp bepaalde verbod toepassing vinden. Uitzondering, en daarmee legitiem doel, voor het maken van de inbreuk bestaat volgens artikel 23 lid 1 sub a Wbp als dat gebeurt met uitdrukkelijke toestemming van de benadeelde (§a) of ex artikel 23 lid 1 sub c Wbp als dat noodzakelijk is voor de vaststelling, uitoeffe-

51. Zie: Hof Amsterdam 31 januari 2012, *LJN* BV2565, r.o. 4.5 en *ABRVS* 2 februari 2011, *LJN* BP2831, r.o. 2.5.1. Zie anders: Rb Utrecht 11 mei 2011, *NP* 2011/6, p. 10-13, r.o. 4.5, Rb Utrecht 17 november 2010, *LJN* BO5222, r.o. 4.7.
52. C.P.J. Wijnakker, 'Inzien van medische informatie; niet via het *equality of arms*-beginsel', *L&S* 2011, p. 41-46, p. 44.
53. Deze toets wordt te summier en onterecht al in het kader van de beoordeling van de omvang van het beschikkingsrecht betrokken in: Rb. Zutphen 8 oktober 2009, *LJN* BK4206, r.o. 5.15.
54. Vergelijk: Hof Amsterdam 31 januari 2012, *LJN* BV2565, r.o. 4.4.
55. *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 892, nr. 3 (MvT), p. 109.
56. Zie: P. van der Nat, 'Wet bescherming persoonsgegevens. Het belang voor de afwikkeling van personenschade', *L&S* 2011, p. 21-31, p. 27, A. Wilken, A.J. Akkermans, J. Legemaate, 'Verbetering van het medisch beoordelingstraject bij letsel-schade', *VR* 2010, p. 345-351, p. 347-348.
57. Wilken meent – mijns inziens terecht – van niet: A. Wilken, 'De Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen herzien: een overzicht van wijzigingen en consequenties voor de personenschadepraktijk', *TvP* 2010, p. 93-102, p. 97-98.
58. Paragraaf 6.1.8 Gedragscode geeft aan dat anderen dan genoemd in paragraaf 6.1.4 van de Gedragscode medische informatie kunnen verwerken. Zie ook: P. van der Nat, 'Wet bescherming persoonsgegevens. Het belang voor de afwikkeling van personenschade', *L&S* 2011, p. 21-31, p. 30, A. Wilken, 'De Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen herzien: een overzicht van wijzigingen en consequenties voor de personenschadepraktijk', *TvP* 2010, p. 93-102, p. 99-100.
59. HR 22 februari 2008, *NJ* 2010/543 (VR 2008/120), m.nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen, r.o. 3.5.4.

60. *Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr. 3 (MvT)*, p. 122-123.
61. *Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr. 3 (MvT)*, p. 65.
62. Vergelijk: A. Wilken en A.J. Akkermans, *Gedragscode Behandeling Letselschade. Medische paragraaf*, Den Haag: De Letselschaderaad 2012, p. 42-43 en A. Wilken e.a., *Medisch beoordelingstraject bij letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen*, Den Haag: De Letselschaderaad 2010, p. 107.
63. *Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr. 3 (MvT)*, p. 66-67.
64. Vergelijk: P. van der Nat, 'Wet bescherming persoonsgegevens. Het belang voor de afwikkeling van personenschade', *L&S* 2011, p. 21-31, p. 27, A. Wilken, 'De Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen herzien: een overzicht van wijzigingen en consequenties voor de personenschadepraktijk', *TVP* 2010, p. 93-102, p. 101-102.
65. C.P.J. Wijnakker, 'Inzien van medische informatie; niet via het *equality of arms*-beginsel', *L&S* 2011, p. 41-46, p. 44.
66. P. van der Nat, 'Personenschade en *equality of arms*', *NJB* 2010, p. 2650-2652, C.P.J. Wijnakker, 'Inzien van medische informatie: niet via het *equality of arms*-beginsel', *L&S* 2011, p. 41-46. EHRM 27 maart 2012, zaaknr. 20041/10, par. 40-41 (Eternit/Frankrijk) maar ook EHRM 11 januari 2007, zaaknr. 71665/01, par. 51 (Augusto/Frankrijk) waarin de benadeelde door de wederpartij over hem in het geding gebrachte medische informatie met succes op basis van het *equality of arms*-beginsel vordert. Als medische informatie niet in het geding is gebracht, baat het *equality of arms*-beginsel zelfs degene op wie de informatie ziet niet. Zie: EHRM 24 juni 1993, zaaknr. 14518/89 (Schuler-Zraggen/Zwitserland). Dit arrest laat overigens de vraag onbeantwoord of mevrouw Schuler met een beroep op artikel 8 EVRM wel de beschikking had gekregen over de medische rapporten.
67. Zie ook: A. Wilken e.a., *Medisch beoordelingstraject bij letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen*, Den Haag: De Letselschaderaad 2010, p. 76.
68. Vergelijk: *Ibidem*, p. 123.
69. Zie ook: *Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr. 3 (MvT)*, p. 122. Vergelijk voor toepassing van het noodzakelijkheids criterium in de zin van artikel 21 lid 1 sub b Wbp (contractuele relatie verzekeraar): R. Wijne, 'Verplichte labiafoto's juridisch onhoudbaar', *Medisch Contact* 2012, p. 2385-2386.

ning of de verdediging van een recht in rechte (§b).

a. Geheimhoudingsrecht – uitdrukkelijk toestemming

Aangenomen mag worden dat het EHRM als legitiem doel erkent (§2.4) dat persoonlijke informatie door een wederpartij mag worden gebruikt met toestemming van een benadeelde. Een wederpartij danst bij het hanteren van persoonlijke informatie op deze basis op een dun koord. Alleen als de informatie conform deze toestemming wordt gebruikt, bestaat dit legitieme doel.

Dit uitgangspunt wordt teruggevonden in artikel 23 lid 1 sub a Wbp: de toestemming van de benadeelde moet uitdrukkelijk zijn gegeven. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat van dergelijke toestemming alleen sprake is als deze expliciet is geuit in woord, geschrift of gedrag.⁶⁰ De uitdrukkelijke toestemming dient daarbij te zien op een bepaalde gegevensverwerking, of een beperkte categorie van gegevensverwerkingen:

'Duidelijk moet zijn welke verwerking, van welke gegevens, voor welk doel zal plaatsvinden, en als het daarbij gaat om een verstrekking aan derden, ook aan welke derden. In aansluiting op artikel 12 WPR betekent dit dat een zeer brede en onbepaalde machtiging tot het verwerken van gegevens niet als zodanig kan worden aangemerkt.'⁶¹

Dat de legitimatie alleen bestaat voor expliciet geuite toestemming, houdt in dat als persoonlijke informatie over een benadeelde wordt toegezonden 'ter attentie van de medisch adviseur', de toestemming tot verwerking echt niet verder gaat dan de medisch adviseur. Het staat de medisch adviseur van de wederpartij dan ook niet vrij om te beoordelen welke derden, zoals een arbeidsdeskundige of eenzijdig in te schakelen medisch expert, de beschikking krijgen over persoonlijke informatie.⁶²

In lijn met de arresten van het EHRM (§2.1) is het op basis van de Wbp aan degene die over de persoonsgegevens beschikt om te bewijzen dat deze informatie in overeenstemming met de toestemming van de benadeelde is verwerkt. Als twijfel bestaat over of toestemming is verleend voor een bepaalde wijze van verwerking, dan dient de wederpartij dat te verifiëren.⁶³ Dit neemt niet weg dat ook voor belangenbehartigers een rol is weggelegd om te voorkomen dat persoonlijke informatie van een benadeelde bij een te brede kring personen terecht komt. Instrument daarbij vormt dat de door de benadeelde op schrift te stellen toestemming tot het gebruiken van persoonsgegevens ten minste moet aangeven wie (arts, schadebehandelaar, arbeidsdeskundige, etc.) welke informatie voor welk doel gedurende welke periode mag verwerken.⁶⁴

Als men de medische informatie wil gebruiken op een wijze waarvoor de benadeelde geen toestemming heeft gegeven, resteert het enige (andere) legitieme doel dat door het EVRM en de Wbp wordt

erkend: het leveren van bewijs in een gerechtelijke procedure (zie hierna §b). Herhaald wordt in dit licht dat artikel 6 EVRM ziet op het recht op een eerlijk proces; niet op eerlijke onderhandelingen.⁶⁵ In de buitengerechtelijke fase van het vergoeden van letsel- en overlijdensschade is de door de benadeelde afgegeven toestemming dan ook alles bepalend.

Als de medische informatie wel conform de toestemming van de benadeelde wordt toegepast, moet de noodzaak van het verwerken daarvan nog worden vastgesteld en vervolgens de proportionaliteit en subsidiariteit van de inbreuk. Mij zijn geen uitspraken van het EHRM of de Nederlandse rechter bekend waarin een benadeelde stelt dat persoonlijke informatie zonder noodzaak daartoe is verwerkt. In deze bijdrage kunnen daarover dan ook geen uitspraken worden gedaan.

b. Geheimhoudingsrecht – verdediging in rechte

Net als volgt uit artikel 8 EVRM wordt met artikel 23 lid 1 sub c Wbp erkend dat een wederpartij bij een noodzaak tot het leveren van bewijs in een gerechtelijke procedure een legitiem doel kan hebben als deze gebruik maakt van persoonlijke informatie van een benadeelde. Het bewijs daarvoor zal op basis van zowel het EVRM (§2.4) als de Wbp door de wederpartij moeten worden geleverd. Volledigheidshalve wordt benadrukt dat medische informatie die niet in het geding is gebracht niet met een beroep op het ook in artikel 6 EVRM besloten liggende *equality of arms*-beginsel kan worden verkregen.⁶⁶

Nu volgens het EHRM een inbreuk op de vertrouwelijkheid van medische informatie primair dient te worden voorkomen (§2.1), past daarbij dat als discussie bestaat over het gebruik van medische informatie door een wederpartij, daarover wordt geprocedeerd vóórdat de wederpartij de medische informatie aanwendt zonder toestemming van de benadeelde. Op dat moment zal immers nog geen inbreuk zijn ontstaan op het geheimhoudingsrecht van de benadeelde en op het recht op het leveren van bewijs van de wederpartij. Het is dan de rechter die beoordeelt of de inbreuk op artikel 8 EVRM noodzakelijk is.⁶⁷ Dit betekent bijvoorbeeld dat als een wederpartij geen toestemming krijgt van de benadeelde om een door de rechtbank bevolen of een in gezamenlijk overleg ingewonnen medisch deskundigenrapport te laten beoordelen door een andere medisch expert, daarover moet worden geprocedeerd.⁶⁸

Als een legitiem doel door een wederpartij kan worden aangetoond, dient vervolgens te worden bewezen dat het vanwege dit doel noodzakelijk is dat de benadeelde persoonlijke informatie verstrekt. Uit de arresten van het EHRM komt naar voren dat de, ook uit artikel 23 lid 1 sub c Wbp volgende,⁶⁹ noodzaak voor het maken van een inbreuk op artikel 8 EVRM met een beroep op het leveren van bewijs niet snel wordt aangenomen (§2.5). Als een noodzaak voor het maken van een inbreuk wordt aangetoond, moet deze beperkt blij-



ven tot die informatie die strikt noodzakelijk is voor het beoordelen van de voorliggende rechtsvraag en moet zijn voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (§2.5).⁷⁰⁾ Het EHRM past de noodzakelijkheidstoets zéér strikt toe door in het *Eternit*-arrest te oordelen dat het niet noodzakelijk was om voor de beoordeling van aansprakelijkheid essentiële persoonlijke informatie aan de wederpartij ter beschikking te stellen. Het arrest onderstreept in ieder geval dat een wederpartij niet altijd zal kunnen bewijzen dat het noodzakelijk is dat een benadeelde bepaalde informatie overlegt (§2.5).⁷¹⁾ Denk dan bijvoorbeeld aan het verzoek om persoonlijke informatie van vóór het ongeval te verstrekken, zonder dat aanleiding bestaat om te denken dat deze informatie rehtens relevantie toekomt.

Het oordeel of het verstrekken van persoonlijke informatie noodzakelijk is in de zin van artikel 8 EVRM en beperkt blijft tot die informatie die strikt noodzakelijk is voor het beantwoorden van de voorliggende *rechtsvraag*, zal door een medisch deskundige niet kunnen worden gevormd.⁷²⁾ Dit brengt mee dat als het door de rechter aan een medisch deskundige wordt overgelaten om te beoordelen welke medische informatie nodig is voor het opstellen van het gevraagde deskundigenrapport, en de benadeelde niet alle door de deskundige verzochte informatie wil verstrekken, men terug komt bij de rechter. Deze zal op basis van de visie van de deskundige en partijen moeten beoordelen of een – juridische – noodzaak bestaat om de door de deskundige gewenste informatie tegen de wil van de benadeelde op te vragen. Pas als deze noodzaak is aangetoond, en volgens de rechter aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan, kan de inbreuk op artikel 8 EVRM plaatsvinden.⁷³⁾ Een andere volgorde zou immers meebrengen dat in strijd met de arresten van het EHRM de schending van artikel 8 EVRM niet kan worden voorkomen, maar alleen de daardoor ontstane schade wordt vergoed (§2.1).

4. Slot

Uit de arresten van het EHRM volgt dat het omgaan met persoonlijke informatie van een benadeelde, door welke derde dan ook, een inbreuk vormt op het recht op bescherming van het privéleven ex artikel 8 EVRM. Anderen dan de benadeelde moeten bij het gebruik van deze informatie daarvoor altijd een rechtvaardiging kunnen aantonen vóórdat de inbreuk op artikel 8 EVRM daadwerkelijk wordt gemaakt. Dat is misschien niet altijd even praktisch en kan in de weg staan aan het nastreven van de eigen doelen. Het is wel waar een benadeelde recht op heeft.

70. Mocht toetsing aan alle in artikel 8 EVRM besloten liggende criteria leiden tot de conclusie dat persoonlijke informatie dient te worden verstrekt, dan is daarmee vanzelfsprekend nog niet gezegd dat deze informatie daadwerkelijk door de benadeelde aan de wederpartij ter beschikking (moet worden) gesteld. Als het legitieme doel van een wederpartij vormt om met de persoonlijke informatie te bewijzen dat een bepaalde schadepost geen causaal verband houdt met het schadeveroorzakende feit, kan de benadeelde er voor kiezen om deze schadepost niet langer in zijn vordering te betrekken.
71. Zie ook: P. van der Nat, 'Een exhibitieplicht voor slachtoffers? Kanttekeningen bij het rapport "Medisch beoordelingstraject bij letselschade"', VR 2010, p. 351-356, p. 355.
72. Vergelijk HR 22 februari 2008, NJ 2010/543, m.nt. J. Legemaate, par. 5 en B.P. Dekker en M.F. Hartman, 'De rolverdeling tussen rechter en medische deskundige. Reactie op Kroniek medische aansprakelijkheid', AV&S 2008, p. 91-92.
73. Vergelijk HR 22 februari 2008, NJ 2010/543, m.nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen, r.o. 3.5.3.