

Mr. dr. E.J. Wervelman*

De gevolgen van het arrest van 27 maart 2012 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens voor werkgevers en 'first party'-verzekeraars

1. INLEIDING

Op 27 maart jl.¹ heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een belangrijk arrest gewezen waarin is bepaald dat werkgevers geen recht hebben op inzage in het medisch dossier van een zieke werknemer.² De vraag rijst of deze uitspraak gevolgen heeft voor werkgevers, alsmede voor verzekeringen die geheel of ten dele dekking bieden tegen het risico van loondoorbetaling voor de werkgever in de situatie waarin diens werknemer de bedongen arbeid niet kan verrichten, omdat hij daartoe – kort gezegd – door ziekte, zwangerschap of bevalling verhinderd is. En, in lijn daarmee, voor WGA-eigenrisicodragenverzekeringen. Dat wil zeggen polissen die dekking bieden tegen het risico dat de werkgever een uitkering ingevolge de WGA (Regeling werkhervatting gedeeltelijk arbeidsgeschikten) moet betalen aan een gedeeltelijk arbeidsgeschikte werknemer. In het hierna volgende ga ik daarop nader in.

2. DE CASUS

Wat was het geval? Een Franse werknemer werkte van 1951 tot 1990 voor de Franse onderneming Eternit. In 2005 bleek hij longkanker te hebben naar aanleiding waarvan hij zich wendde tot de uitkeringsinstantie, de Caisse Primaire d'Assurance Maladie (CPAM) met de mededeling dat hij een beroepsziekte had. Werknemer steunde zijn verklaring door twee medische verklaringen waaruit bleek dat sprake was van 'verkalkte pleura plaques en bronchogene carcinoom rechts' en 'pleurale laesies secundair aan asbestose'. CPAM zond naar aanleiding daarvan zowel aan de werknemer als aan Eternit, als zijn voormalige werkgever, vragenlijsten toe. Bij brief van 3 februari 2006 liet CPAM Eternit weten dat het onderzoek was afgerond en dat zij gedurende 21 dagen het dossier bij CPAM kon inzien. Daarbij zond CPAM Eternit een kopie van de stukken, te weten de aanvraag van de werknemer, de ingevulde vragenlijsten en een medisch advies dat erop neerkwam dat sprake was van een beroepsziekte. Op 24 februari 2006 liet CPAM Eternit weten dat zij de ziekte van werknemer als beroepsziekte erkende.

Tegen die beslissing maakt Eternit bezwaar bij het Tribunal des affaires de sécurité sociale de Brest met als voornaamste argument de schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Subsidiair vorderde Eternit CPAM te bevelen alle medische stukken over te leggen. Het bezwaar had succes. CPAM nam daarmee evenwel geen genoegen en tekende beroep aan, stellende dat van schending van hoor en wederhoor geen sprake was. Eternit had immers het integrale dossier waarop zij zich had gebaseerd ingezien. Eternit betwistte dat door erop te wijzen dat zij geen inzage had gekregen in de onderliggende medische stukken waarop de medisch adviseur zijn advies had gebaseerd. Zij betoogde dat haar daardoor de mogelijkheid was ontnomen om inhoudelijk verweer te kunnen voeren. Dat vond geen gehoor bij het hof.

Het daaropvolgende cassatieberoep van Eternit strandde eveneens, in aansluiting waarop zij zich wendde tot het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met drie argumenten. Eternit betoogde allereerst, onder verwijzing naar het bepaalde in artikel 6 lid 1 EVRM, dat zij ten onrechte geen inzage had gekregen in de diagnose van de beroepsziekte van de werknemer. Daarnaast voerde zij aan dat haar de mogelijkheid was ontnomen om de beslissing van de uitkeringsinstantie effectief te kunnen bestrijden. En, ten slotte, meer in het bijzonder:

'29. la requérante se plaint de ne pas avoir eu accès aux mêmes pièces que celles dont la caisse a disposé pour prendre sa décision de prise en charge de la maladie professionnelle, en méconnaissance des principes de l'égalité des armes et du contradictoire.

30. Invoquant l'article 1 du Protocole no. 1, la requérante allègue que la méconnaissance des principes fondamentaux consacrés à l'article 6 paragraphe 1 a entraîné pour elle des conséquences patrimoniales incontestables.'

Ter beoordeling van de rechtsklachten overweegt het Hof dat Eternit erover klaagt dat zij geen recht heeft gehad op een eerlijk proces, nu haar geen toegang is verleend tot de medische stukken. Eternit beroept zich daarbij op

* Mr. dr. E.J. Wervelman is werkzaam bij Verschoof Wagenaar Wervelman advocaten, specialisten arbeidsrecht en arbeidsongeschiktheid te Utrecht en onderzoeker bij het Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS).

1. Nr. 20041/10.

2. Zie omtrent deze uitspraak ook: *L&S* 2012, 181.

artikel 6 EVRM waarin, voor zover relevant, is bepaald als volgt:

'Toute personne a droit à ce que sa cause avoir équitablement (...) par un tribunal (...). Qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...).'

Het Hof stelt de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM voorop vanwege de privaatrechtelijke aspecten die het systeem van sociale zekerheid bevat met betrekking tot beroepsziekten en arbeidsongevallen.³ Onder verwijzing naar dat arrest roept het Hof in herinnering dat aldaar werd overwogen dat de relatie tussen een werkgever en een uitkeringsinstantie in veel opzichten vergelijkbaar is met die tussen een verzekeraar en zijn verzekerde, in de zin dat de werkgever een bijdrage aan de uitkeringsinstantie betaalt die op haar beurt de beroepsziekte voor haar rekening neemt en de werkgever daarvoor een bijdrage in rekening brengt.

Het recht van hoor en wederhoor in de zin van artikel 6 EVRM, zo vervolgt het Hof, houdt in beginsel in dat aan partijen de mogelijkheid wordt geboden om gedurende een strafrechtelijk of civielrechtelijk proces kennis te nemen van alle stukken of opmerkingen die zijn voorgelegd aan de rechter met als doel diens beslissing te beïnvloeden. In essentie gaat het erom dat partijen moeten kunnen vertrouwen op de zekerheid dat zij zich over elk stuk in het dossier hebben kunnen uitlaten.⁴ Tevens roept het Hof daarbij in herinnering dat in het arrest *Mantovanelli vs. Frankrijk*⁵ is bepaald dat:

'une expertise médicale, en ce qu'elle ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges, est susceptible d'influencer de manière prépondérante leur appréciation des faits et constitue un élément de preuve essentiel qui doit pouvoir être efficacement commenté par les parties au litige'.

Daarbij tekent het wel aan dat het recht op tegenspraak niet absoluut is en dat de omvang daarvan kan variëren, afhankelijk van de bijzondere eisen van de specifieke procedure. Zo heeft het Hof in de zaak *Stephinska vs. Frankrijk*⁶ bepaald dat het feit dat een stuk niet aan de verzoeker is overgelegd zodat hij het niet kon betrekken in het geschil de billijkheid daarvan op zichzelf niet beïnvloedde, nu het ontbreken van die mogelijkheid geen enkele invloed heeft gehad op de uitkomst van het geschil.

Relevant in de casus die leidde tot zijn arrest van 27 maart jl. acht het Hof dat het advies van de medisch adviseur, wat betreft medisch-technische aangelegenheden die buiten het vakgebied van de rechters liggen, zwaarwegend genoeg is om de waardering van de rechters te hebben beïnvloed en te hebben bijgedragen aan hun overtuiging dat de ziekte een beroepsgebonden karakter had. Daarbij formuleert het Hof, gelet op de bijzondere aard van het

geschil tussen CPAM en Eternit als werkgever, wel enkele voorbehouden ten aanzien van het beginsel van hoor en wederhoor bij discussies tussen partijen over medische stukken:

'En premier lieu, l'absence de communication des examens médicaux du salarié et des observations médicales du médecin-conseil à l'employeur s'explique pas le secret médical auquel est tenu le praticien. La présente affaire se distingue, de ce point de vue, de l'affaire *Augusto vs. France* (précitée), dans laquelle la Cour a sanctionné l'absence de communication à la requérante des observations médicales du médecin qualifié près la cour nationale de l'incapacité et de la tarification dus ses aptitudes physiques et mentales à l'exercice d'une activité professionnelle. En effet, dans cette dernière affaire, il s'agissait de la transmission as la requérante d'observations médicales concernant son propre état de santé (dans la même sens, *Mantovanelli*, précitée).'

Deze zaak, zo vervolgt het Hof, laat zich echter vanuit een andere kant benaderen, aangezien Eternit kennis wil nemen van het medisch dossier van een van haar werknemers en deze stukken deel wil laten uitmaken van het geschil. Het Hof overweegt daarvan dat het recht van de werknemer tot geheimhouding van die informatie op gelijke wijze moet meewegen. De bescherming van persoonsgegevens, in het bijzonder medische gegevens, zijn van fundamenteel belang voor het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven zoals bedoeld in artikel 8 EVRM, aldus het Hof dat vervolgt dat het medisch beroepsgeheim zeker niet absoluut is maar dat er op dezelfde manier rekening mee moet worden gehouden als met het recht van Eternit op hoor en wederhoor. Oftewel:

'Ces deux droits doivent coexister de manière à ce qu'aucun ne soit atteint dans sa substance même.'

Het Hof is dan ook van oordeel dat dat evenwicht kan worden gerealiseerd, zodra de werkgever die bestrijdt dat een aandoening beroepsgebonden is, de rechter kan verzoeken tot benoeming van een onafhankelijk medisch deskundige. Die ontvangt dan het medisch dossier en stelt een rapport op – met inachtneming van het medisch beroepsgeheim – dat tot doel heeft de zaak te verduidelijken voor de rechter en partijen. In de tweede plaats constateert het Hof dat:

'la procedure aux termes de laquelle la CPAM se prononce sur le caractère professionnel de la maladie ou de l'accident déclaré par le salarié est, dans son ensemble, soumise aux principes du contradictoire et de l'obligation d'information de l'employeur dont le respect est prévu en droit interne et assuré pas les juridictions de la sécurité sociale (...).'

3. Vgl. EHRM 9 december 1994, par. 59-60, *LJN AL0471*; *BNB* 1995, 113 (*Schouten en Meldrum vs. Nederland*).

4. Vgl. EHRM 18 februari 2010, nr. 22584/06, par. 30 (*Baccichetti vs. Frankrijk*).

5. EHRM 18 maart 1997, par. 36, *NJ* 1998, 278.

6. EHRM 15 juni 2004, nr. 1814/02, par. 18.

