

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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> 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-eigenrisicodragerverzekeringen. 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Tevens roept het Hof daarbij in herinnering dat in het arrest *Mantovanelli vs. Frankrijk*<sup>5</sup> 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*<sup>6</sup> 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 à 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.

Naar de overtuiging van het Hof wordt het recht op hoor en wederhoor gewaarborgd als de werkgever de mogelijkheid heeft om door tussenkomst van een medisch deskundige toegang te hebben tot het medisch dossier van zijn werknemer, waarbij diens recht op het medisch beroepsgeheim wordt verzekerd. Het feit dat de rechter de expertise niet altijd gelast, maar alleen indien hij zich onvoldoende geïnformeerd acht strookt geheel met de eisen die het EVRM aan een eerlijk proces stelt, aldus het Hof. Daarbij tekent het aan dat de waardering van het bewijs is onderworpen aan nationaal recht en dat het in beginsel aan de nationale rechter is overgelaten om het aangevoerde bewijs te waarderen. In dat verband wijst het Hof er, meer specifiek, op dat deze procedure niet gaat over de vraag of een medische expertise noodzakelijk was, maar om te onderzoeken of de procedure als geheel voldoet aan de beginselen van een eerlijk proces.

Ook de grief over de 'gelijkheid van wapenen' miste doel, waarbij het Hof erop wees dat CPAM voor het nemen van haar beslissing (ook) alleen beschikte over het rapport van de medisch adviseur. Dat rapport was bovendien niet uitgebracht op haar verzoek, maar op gezag van de overkoepelende organisaties van de 'caisses primaires', zodat niet kon worden gezegd dat CPAM in een duidelijk voordeliger positie was gebracht dan Eternit.

### 3. DE GEVOLGEN VAN HET ARREST VOOR WERKGEVERS

#### 3.1. Inleiding

De vraag die rijst is of en zo ja welke gevolgen het arrest van het Hof van 27 maart jl. heeft voor Nederlandse werkgevers en – in het verlengde daarvan – voor verzekeraars die dekking bieden tegen loonkosten of kosten van re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers.

#### 3.2. De medischebeschikkingenregeling

In Nederland wordt de aan de orde zijnde problematiek beheerst door de 'medischebeschikkingenregeling' in artikel 103 en volgende WIA, artikel 88b en volgende WAO, artikel 75 en volgende ZW en artikel 8:32 Awb. Daarin is neergelegd dat de werkgever in bezwaar en beroep kan komen, indien hij het met een besluit van het UWV niet eens is. Al deze regelingen zijn er – kort gezegd – op gebaseerd dat de werkgever alleen recht heeft op inzage, kennisname of toezending van stukken die medische informatie bevatten, indien de werknemer daarvoor schriftelijke toestemming heeft verleend. Is die toestemming niet gegeven, dan is kennisneming van medische gegevens voorbehouden aan een arts-gemachtigde van de werkgever. Deze treedt in de plaats van de werkgever bij de voorbereiding van een medisch besluit, het opstellen van een bezwaar of beroepschrift en de behandeling daarvan.

Deze wettelijke regeling heeft in Nederland tot veel jurisprudentie geleid. Werkgevers hebben zich, net als het Franse Eternit, steeds op het standpunt gesteld dat geen sprake is geweest van een eerlijk proces in de bezwaarpro-

cedure, nu zij in die procedure geen toegang hadden tot de medische stukken. De Centrale Raad van Beroep oordeelde op 5 december 2006<sup>7</sup> dat artikel 88c WAO dat meebrengt dat aan de werkgever inzage wordt ontzegd in de medische gegevens van de werknemer die ten grondslag hebben gelegen aan het bestreden besluit, in strijd moet worden geacht met artikel 6 lid 1 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Ten aanzien van dit betoog verwijst de Raad naar zijn vaste jurisprudentie, waarin hij tot het oordeel is gekomen dat artikel 6 EVRM – in ieder geval voor wat betreft de in dit geding aan de orde zijnde elementen ervan – uitsluitend ziet op procedures van rechterlijke aard, om te vervolgen:

'de Raad is derhalve van oordeel dat een bestuursorgaan – anders dan de rechter – op grond van artikel 6 EVRM niet kan worden geacht te zijn gehouden af te wijken van de medische besluitenregeling en in het bijzonder van artikel 88c van de WAO in het kader van de heroverweging in bezwaar van een eerder genomen besluit'.

In *beroep* ligt dat evenwel, in lijn met het arrest van 27 maart 2012 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, anders. Zo is de Centrale Raad van Beroep op 6 oktober 2006<sup>8</sup> van oordeel dat aan de uit artikel 6 EVRM voortvloeiende elementaire eisen ten aanzien van een eerlijk proces wordt voldaan, indien – artikel 88c en 88g WAO in zoverre buiten toepassing latend – in rechterlijke procedures met toepassing van artikel 8:32 lid 2 Awb wordt bepaald dat inzage in dan wel kennisneming of toezending van de (op de zaak betrekking hebbende) 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 de plaats van de werkgever treedt. De Raad wijst erop dat hij in zijn jurisprudentie – onder meer in de bovengenoemde uitspraak van 20 juli 2001 en de uitspraak van 7 januari 2003, gepubliceerd in *USZ* 2003, 139 – expliciet heeft onderkend dat wat de medische stukken met betrekking tot de werknemer betreft de werkgever met toepassing van artikel 8:32 lid 2 Awb niet op geheel gelijke voet als de werknemer en het bestuursorgaan aan het geding kan deelnemen, maar tevens heeft blijk gegeven van het oordeel dat van een wezenlijk nadeliger positie ten opzichte van de andere partijen geen sprake is. De Raad onderkent:

'dat de toegang tot de rechter voor de werkgever wordt bezwaard doordat hij niet zelf alle stukken mag inzien maar zich voor een adequate procesvoering zal moeten laten bijstaan door een (of meerdere) hulppersonen (hulppersonen) die ex artikel 8:32, tweede lid, van de Awb de medische stukken dient (dienen) te beoordelen, maar is van oordeel dat de beperking van kennisname van de medische stukken door appellante zelf haar rechtvaardiging vindt in het zwaarder wegende recht op privacy van de werknemer'.

7. CRvB 5 december 2006, 04/3538 WAO, *LJN* AZ3703; CRvB 13 februari 2002, *LJN* AD9974 en CRvB 27 september 2002, *LJN* AE9295.

8. Zie in gelijke zin: CRvB 20 juli 2001, gepubliceerd in *USZ* 2001, 199; *RSV* 2001, 205; *JB* 2001, 256 en *AB* 2001, 252.

Daarmee loopt Nederland dus in de pas met Europa. De wetgever heeft op dit uitgangspunt evenwel een belangrijke uitzondering toegestaan:<sup>9</sup>

'Het is de arts-gemachtigde wel toegestaan om aan de werkgever een samenvatting van zijn bevindingen te verstrekken. Het spreekt voor zich dat deze samenvatting niet herleidbaar mag zijn tot medische gegevens. Daarnaast zal voor de arbeidsdeskundige beoordeling meer informatie vereist zijn. Hierbij gaat het om gegevens over de beperkingen die de werknemer ten gevolge van zijn ziekte of gebrek ondervindt. Vanuit oogpunt van privacybescherming wordt het verstrekken van dergelijke informatie, bijvoorbeeld in de vorm van een beperkingenpatroon, echter zonder de vermelding van gegevens over de aard van de ziekte of de oorzaak van de beperkingen, door de arts-gemachtigde aan de werkgever niet bezwaarlijk geacht'.

Deze opvatting strookt met die van het College bescherming persoonsgegevens<sup>10</sup> en blijft mijns inziens ook zijn gelding houden na het arrest van het Europees Hof.<sup>11</sup> Inzet van het geding vormde immers de stelling van Eternit dat het recht op hoor en wederhoor was geschonden, doordat haar inzage was onthouden in de medische gegevens die ten grondslag lagen aan de diagnose van de beroepsziekte van haar werknemer. Ook in Nederland is en blijft ook na het arrest geldend recht dat de werkgever daar geen recht op heeft. Eternit maakte geen onderscheid tussen inzage in het medisch dossier als geheel en (bijvoorbeeld) louter in de beperkingen ten aanzien van arbeid. Dat zij dat onderscheid niet maakte, is op zichzelf ook begrijpelijk gelet op de inzet van het geding, maar heeft dus wel tot gevolg dat het arrest niet veel nieuws onder de zon brengt.

De KNMG heeft in een persbericht van 20 april 2012 laten weten 'blij' te zijn met de uitspraak, omdat deze duidelijkheid biedt en het belang van het medisch beroepsgeheim onderstreept. Op zichzelf kan ik de vreugde wel delen, maar die is toch erg kortstondig omdat het arrest eigenlijk niet veel nieuws brengt.

### 3.3. Welke gegevens mag de werkgever dan wel inzien?

Stel nu dat Eternit wel onderscheid had gemaakt en alleen zeer selectief had aangedrongen op inzage in bepaalde medische gegevens omtrent de re-integratie van de werknemer. Licht het dan anders? Op zichzelf geldt, zoals we hebben gezien, als uitgangspunt dat de machtiging

van de werknemer is vereist om medische gegevens vrij te mogen geven aan derden. Gelet op de wettelijke re-integratieverplichtingen van de werknemer die zijn verankerd in artikel 7:658a en 660a BW rijst de vraag of verstrekking van bepaalde gegevens ook zonder de uitdrukkelijke toestemming van de werknemer is toegestaan. De werknemer die in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte is verhinderd om de bedongen arbeid te verrichten is ingevolge artikel 7:660a onder a BW verplicht om gevolg te geven aan door de werkgever of een door hem aangewezen deskundige gegeven redelijke voorschriften en mee te werken aan door de werkgever of een door hem aangewezen deskundige getroffen maatregelen ter zake van het verrichten van passende arbeid. De werknemer is dus verplicht om zoveel als redelijkerwijs mogelijk mee te werken aan het beperken van zijn ziekteverzuim.<sup>12</sup> Daarnaast bepaalt artikel 7:629 BW dat een werkgever dient te kunnen controleren of er op hem de verplichting tot loondoorbetaling rust. In dat kader is het de bedrijfsarts toegestaan om de werkgever zonder toestemming van de werknemer te berichten dat de laatste zich (bijvoorbeeld) niet houdt aan spreekuursafspraken. De werknemer dient immers niet beschermd te worden tegen bekendwording van informatie als het niet bekend worden van die informatie tot gevolg heeft dat hij ten onrechte salaris krijgt doorbetaald.<sup>13</sup> Dat is in lijn met de Beroepscode voor bedrijfsartsen die bepaalt dat de bedrijfsarts de plicht tot geheimhouding heeft, tenzij de wet anders voorschrijft, de werknemer hem van die plicht ontslaat, zwijgen onaanvaardbare risico's voor derden meebrengt of 'een door de werkgever en/of de beroepsgroep als misstand beschouwde situatie bestaat'. Van een dergelijke misstand is sprake als een werknemer salaris doorbetaald krijgt, terwijl hij daar op grond van de wet geen recht op heeft.<sup>14</sup>

### 3.4. Het noodzakelijkheids criterium

De vraag welke gegevens de bedrijfsarts aan de werkgever zonder toestemming van de werknemer mag verstrekken ligt besloten in het zogenaamde 'noodzakelijkheids criterium' dat is neergelegd in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). De bedrijfsarts zal advies moeten uitbrengen over de concrete acties die voor herstel en werkherleving kunnen worden ondernomen. De Wbp biedt de bedrijfsarts de bevoegdheid om de werkgever gegevens te verstrekken over de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, maar deze gegevens mogen alleen worden verstrekt als dat noodzakelijk is voor de uitvoering van de loondoorbetalingsverplichting en begeleiding van de zieke werknemer, aldus artikel 21 lid 1 onder f

9. Kamerstukken II 1995/96, 24 698, nr. 3, p. 52/53. In gelijklopende zin: Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 6, p. 42.

10. S. Lieon & M.Th. van Munster-Frederiks, *De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, Den Haag: CBP 2008.

11. Men zie omtrent uitwisseling van medische gegevens bij ziekteverzuim: I. van der Helm, 'In hoeverre mag de bedrijfsarts de werkgever informatie geven over het herstelgedrag van de werknemer', *TBV* 2010, p. 206-209; I. van der Helm, 'Het verwerken van medische gegevens bij de re-integratie van de zieke werknemer', *P&I* 2009, p. 118-126; I. van der Helm, *De privacybescherming van de zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 2009; E.J.C. de Jong, *Beroepsgeheim en derdenbelangen* (Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht) 2004, p. 155-157; J.K.M. Gevers, 'De bedrijfsarts en de uitwisseling van medische gegevens bij ziekteverzuim', *SMA* 1996, p. 683.

12. Vgl. het arrest Hof Amsterdam 13 april 2010, *LJN* BM1249, waarin het hof bepaalt dat werkgever de loonbetaling mocht opschorten, nu werknemer niet voldeed aan de op hem rustende verplichtingen tot re-integratie.

13. Zie in dit verband het arrest Hof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2011, *LJN* BT1774 waarin is bepaald dat werknemer geen recht had op betaling van 70% van het loon, omdat hij niet had meegewerkt aan het opstellen van het plan van aanpak.

14. Vgl. H. Uhlenbroek, 'Het beroepsgeheim van de bedrijfsarts', *AR* 2003-2, p. 10.

Wbp. Erg veel duidelijkheid over het antwoord op de vraag wat het begrip 'noodzakelijk' precies inhoudt, is overigens niet voorhanden.<sup>15</sup> Het meest concreet is de (op deze materie overigens op zichzelf niet rechtstreeks van toepassing zijnde) recent verschenen Medische paragraaf die behoort bij de Gedragscode Behandeling Letselschade.<sup>16</sup> Deze werkt een en ander uit aan de hand van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit,<sup>17</sup> waarbij meer specifiek aandacht wordt besteed aan drie elementen, te weten:

1. de complexiteit van een zaak. Naarmate een zaak complexer is (lange looptijd van de schade, medisch niet objectiveerbaar letsel, (potentieel) relevante voorgeschiedenis, atypisch klachtenverloop) zullen de bij de claimbehandeling betrokken personen binnen de verzekeraar behoefte hebben aan meer medische informatie en zal meer medische informatie kunnen worden verstrekt;
2. de oorsprong van de medische gegevens. Een brief van de behandelend sector waarin antwoord wordt gegeven op specifieke vragen met betrekking tot de letselschade zal eerder kunnen worden verstrekt dan de originele patiëntenkaart;
3. de privacygevoeligheid van de medische gegevens. Extra privacygevoelige gegevens, zoals gegevens over de seksuele geaardheid, mishandeling, een incestverleden of psychiatrische behandelingen kunnen minder snel worden verstrekt dan minder privacygevoelige gegevens, zoals orthopedische gegevens.

Ofschoon ik mij haast op te merken dat deze aanbevelingen niet rechtstreeks toepasbaar zijn op de wederzijdse rechten en plichten in arbeidsverhoudingen, ja sterker nog, in zeker opzicht zelfs indruisen tegen de in de branche gemaakte afspraken,<sup>18</sup> bieden deze uitgangspunten niettemin wellicht in voorkomend geval een bron van inspiratie voor het formuleren van een standpunt over de vraag welke gegevens de bedrijfsarts binnen het 'noodzakelijkheids criterium' aan de werkgever mag verstrekken. Ik wijs met name ook op deze elementen, omdat het CBP er met recht op heeft gewezen dat in de praktijk geen helderheid bestaat over de reikwijdte van het noodzakelijkheidsvereiste ten opzichte van het medisch beroepsgeheim.

Zoals we hiervoor hebben gezien, mag de werkgever door de bedrijfsarts zonder machtiging worden geïnformeerd over de functionele beperkingen en de mogelijkheden die

de werknemer nog heeft en wat deze betekenen voor het soort arbeid dat de werknemer nog kan verrichten.<sup>19</sup> Naar het oordeel van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg is de bedrijfsarts zelfs gehouden om die informatie aan de werkgever te verschaffen die de werkgever daadwerkelijk in de gelegenheid stelt om in te kunnen grijpen.<sup>20</sup>

Uit de beslissing van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg van 22 januari 2002<sup>21</sup> is af te leiden dat ook de hoogste medische tuchtrechter van oordeel is dat in verband met het vraagstuk van de arbeidsongeschiktheid zo nodig meer informatie mag worden verstrekt dan de enkele conclusie. Ten aanzien van hetgeen een bedrijfsarts mededeelde aan een werkgever die opdracht had gegeven tot een onderzoek naar de ziekte van een van haar werknemers, oordeelde het Centraal Tuchtcollege als volgt:

'Ook de bedrijfsarts is (in beginsel) gebonden aan het beroepsgeheim zoals dat is neergelegd in artikel 7:457 BW. Dat neemt niet weg dat moet worden aanvaard dat het beroepsgeheim van een bedrijfsarts noodzakelijkerwijs is beperkt in verband met en door de verplichtingen die de bedrijfsarts heeft ten opzichte van de organisatie. Dat brengt mee dat de conclusie van een geneeskundig onderzoek dat is verricht in opdracht van de werkgever, door de bedrijfsarts moet (kunnen) worden medegedeeld en wel (uitsluitend) in termen van arbeids(on)geschiktheid. Voor zover het onderzoek mede is gericht op de vraag waartoe de werknemer nog wel geschikt is en welke aanpassingen daartoe mogelijk door de werkgever in het kader van de werkhervatting kunnen worden getroffen, kunnen door de bedrijfsarts aan de werkgever te verstrekken conclusies ook hierop betrekking hebben. De bedrijfsarts die zich aldus van zijn taak kwijt, schendt zijn beroepsgeheim niet'.

Het staat de bedrijfsarts ook vrij om de werkgever op de hoogte te stellen van het feit dat de werknemer bijvoorbeeld later op het werk dient te verschijnen. De achterliggende reden, of dit nu vanwege misselijkheid wegens zwangerschap, migraine of een andere aandoening is, is voor de werkgever niet relevant in het kader van de re-integratie van de werknemer en wordt dus gedwarsboemd

15. Vgl. S. Lieon & M.Th. van Munster-Frederiks, *De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, Den Haag: CBP 2008, p. 105.

16. P. 44 en 45. De Medische paragraaf is te raadplegen via [www.letselschaderaad.nl](http://www.letselschaderaad.nl).

17. Zie ook: A. de Vries, 'Het omgaan met medische gegevens in de afhandeling van verzekeringsclaims', *GAVScoop* 2008-3, p. 46-49.

18. Vgl. Code gegevensverkeer en samenwerking bij arbeidsverzuim en reïntegratie, KNMG 2007.

19. Zie in gelijke zin: I. van der Helm, 'Het verwerken van medische gegevens bij de re-integratie van de zieke werknemer', *P&I* 2009, p. 121.

20. CTC 5 september 2002, *TvGR* 2002, 75. De zaak gaat over de vraag welke informatie de bedrijfsarts mag vrijgeven aan de werkgever bij seksuele intimidatie op de werkvloer. Naar het oordeel van het CTC is de bedrijfsarts – als iedere arts – weliswaar gebonden aan het beroepsgeheim, maar dat neemt naar het oordeel van het CTC niet weg dat de bedrijfsarts het vermoeden van een klimaat van seksuele intimidatie aan de werkgever moet kunnen mededelen met het oog op de eliminatie daarvan. Men zie omtrent de omvang van de geheimhoudingsverplichting van de bedrijfsarts ook: J.K.M. Gevers, 'Arbodienst en ziekteverzuimbegeleiding', *TvGR* 1994, p. 264-265; B. Sluijters, 'Goed beslissen of veel geheim houden', *TvGR* 1993, p. 5; E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2009.

21. *TvGR* 2002, 23. De beslissing van het CTC is besproken door H. Uhlenbroek, 'Het beroepsgeheim van de bedrijfsarts', *ArbeidsRecht* 2003, p. 3-11.

door het medisch beroepsgeheim dat de bedrijfsarts heeft.<sup>22</sup> En daar ligt dan ook direct de grens voor wat betreft de overdracht van informatie zonder uitdrukkelijke toestemming van de werknemer. Zo mag de bedrijfsarts alleen met uitdrukkelijke toestemming van de desbetreffende werknemer aanvullende informatie, zoals over de aard van de ziekte, aan de werkgever verstrekken.

#### 4. DE GEVOLGEN VOOR (FIRST PARTY-) VERZEKERAARS

##### 4.1. Inleiding

Artikel 7:941 BW bepaalt dat de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde verplicht is om de verwezenlijking van het risico waarvan hij op de hoogte is of behoort te zijn aan verzekeraar te melden. Dit geschiedt dan zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is. Verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde zijn verplicht binnen redelijke termijn de verzekeraar alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen die voor deze van belang zijn om zijn uitkeringsplicht te beoordelen.<sup>23</sup>

Artikel 7:941 BW roept in dit verband diverse vragen op. Een daarvan is de verstrekking van persoonsgegevens aan derden. Op zichzelf geldt, net als bij omgaan met medische gegevens in arbeidsverhoudingen, als uitgangspunt dat een medische machtiging is vereist om aldus medische gegevens vrij te mogen geven. Er zijn echter medische gegevens die door de bedrijfsarts zonder machtiging van de werknemer aan de werkgever – te dezen 'derde' – mogen worden vrijgegeven. Ik ga hieronder nader in op de vraag of er bepaalde gegevens zijn die in dat verband aan verzekeraar met wie de werkgever een verzekering ter dekking van (bijvoorbeeld) het risico van loondoorbetaling is aangegaan (ook) zonder machtiging van de werknemer mogen worden vrijgegeven. Meer specifiek ga ik in op de ziekengeldverzekering en de WGA-eigenrisicodragenverzekering. Bij deze verzekeringen is de werkgever en niet de werknemer partij.

##### 4.2. Ziekengeldverzekeringen

Ziekengeldverzekeringen worden afgesloten door de werkgever en bieden geheel of ten dele dekking 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. In artikel 9 van de Modelpolisvoorwaarden Ziekengeldverzekering Conventioneel 2003 van het Verbond van Verzekeraars is neergelegd dat de werkgever binnen het kader van zijn mogelijkheden al het nodige zal doen, teneinde te bewerkstelligen dat een arbeidsongeschikte werknemer kan terugkeren in het arbeidsproces. De werkgever dient erop toe te zien dat de werknemer alles doet om zijn re-inte-

gratie te bevorderen. In dat verband dient de werkgever binnen de tussen partijen overeengekomen termijn schriftelijk het ontstaan c.q. het gehele of gedeeltelijke herstel van de arbeidsongeschiktheid van de betrokken werknemer aan de door de verzekeraar geaccepteerde deskundige dienst als bedoeld in de Arboret te melden. Een van de op de werkgever in dat verband rustende verplichtingen is om desgevraagd ten behoeve van de controle van het recht op uitkering verzuimgegevens aan de deskundige dienst te verstrekken.<sup>24</sup> Het niet of niet tijdig nakomen van een verplichting en het niet volledig en naar waarheid verstrekken van inlichtingen en gegevens kan het verlies van het recht op uitkering tot gevolg hebben, indien daardoor de belangen van de verzekeraar zijn geschaad. Aldus bepaalt artikel 9.11 van de Modelpolisvoorwaarden Ziekengeldverzekering Conventioneel 2003.

De in deze polisvoorwaarden neergelegde verplichtingen bij arbeidsongeschiktheid roepen vragen op. Zo is niet duidelijk wat in dit verband wordt bedoeld met 'verzuimgegevens'. De Branche Organisatie Arbodiensten (BOA) en het Verbond van Verzekeraars hebben in 1999 in het Protocol gegevensuitwisseling tussen Arbodiensten en verzekeraars op het gebied van verzuim van werknemers nadere afspraken gemaakt over welke gegevens mogen worden uitgewisseld. De BOA en het Verbond van Verzekeraars zijn overeengekomen dat enkel administratieve gegevens, zoals de aanvangsdatum van het verzuim, de persoon van de werknemer, de mate van arbeidsongeschiktheid en de datum waarop het herstel plaatsvond, worden vrijgegeven. Over het Protocol is door de Werkgroep gegevensuitwisseling geadviseerd in februari 2005.

Een ander probleem dat zich aandient is het feit dat de werknemer bij de door de werkgever afgesloten ziekengeldverzekering geen partij is. Een contractuele verplichting tot het vrijgeven van de medische gegevens jegens verzekeraar heeft de werknemer aldus niet. Dat neemt niet weg dat van een werknemer – voortvloeiend uit de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst – in beginsel verwacht mag worden dat hij medewerking verleent aan de contractuele verplichtingen van zijn werkgever ter beperking van diens schade.

Volgens het CBP mag een verzekeraar aan de werkgever vragen of de in het plan van aanpak opgenomen activiteiten zijn uitgevoerd en wanneer. De verzekeraar heeft volgens de huidige regelgeving evenwel geen recht op inzage in het plan en mag geen inhoudelijke informatie opvragen van de voortgang van de te verrichten re-integratieactiviteiten.<sup>25</sup> Ook de Code gegevensverkeer en samenwerking bij arbeidsverzuim en re-integratie staat

22. S. Lieon & M.Th. van Munster-Frederiks, *De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, Den Haag: CBP 2008, p. 85.

23. Vgl. omtrent artikel 7:941 BW: Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 2012 (7-ix), 300 e.v.; M.L. Hendrikse, 'Medewerkingsplicht na de verwezenlijking van het risico', in: *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, 2011 (3e druk), p. 303 e.v.

24. Ofschoon de Modelpolisvoorwaarden niet reppen aan wie de verzuimgegevens dan dienen te worden verstrekt, ga ik er zonder meer van uit dat bedoeld is deze gegevens te verstrekken aan verzekeraar.

25. S. Lieon & M.Th. van Munster-Frederiks, *De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, Den Haag: CBP 2008, p. 85; I. van der Helm, 'Gegevensverwerking bij verzekeringen voor het ziekteverzuim van werknemers', *P&I* 2009, p. 225.

dergelijke gegevensverstrekking aan verzekeraars niet toe. Ik ben mij er op zichzelf van bewust dat de regels er liggen, maar helemaal begrijpelijk vind ik deze toch niet, omdat de werkgever – zoals we hiervoor hebben gezien – die informatie mag ontvangen die naar het oordeel van de bedrijfsarts noodzakelijk is. Waarom de verzekeraar diezelfde informatie (en uitdrukkelijk niet meer dan die) dan niet zonder machtiging zou mogen inzien, ontgaat mij,<sup>26</sup> in situaties dat een en ander betrekking heeft op de re-integratie van de werknemer en de verzekeraar daadwerkelijk een rol vervult in het kader van de re-integratie van de werknemer. Bijvoorbeeld door daarin daadwerkelijk een rol te spelen of daadwerkelijk voor financiering van het re-integratietraject zorg te dragen. Ik zou toch menen dat voor het aldus vrijgeven van deze beperkte gegevens geen bezwaar behoeft te bestaan, omdat de bedrijfsarts zich bij de overdracht van diens informatie aan de werkgever in die rechtsverhouding (ook) dient te beperken tot gerichte informatie over (a) de mate waarin de werknemer arbeidsongeschikt is, (b) de werkzaamheden waartoe de desbetreffende werknemer nog in staat is en (c) de aanpassingen die in het kader van de re-integratie getroffen dienen te worden.<sup>27</sup> In mijn opvatting zie ik mij ook gesteund door de toelichting op het Besluit van 13 maart 2000 waar aandacht is besteed aan de vraag hoe breed het begrip 'inlichtingen over de patiënt' moet worden uitgelegd. Uit de toelichting blijkt dat de wetgever zich de vraag heeft gesteld of uitspraken van de bedrijfsarts als: 'De heer De Boer is ziek.' of 'De heer Meijer mag hoogstens 10 keer per dag 5 kilo tillen.' de verplichting tot geheimhouding zouden schenden en aldus slechts met toestemming van de werknemer aan derden zouden mogen worden gedaan. Naar letterlijk blijkt heeft de wetgever het 'zo niet bedoeld'. Bedoeld is (wel) dat in ieder geval voor wat betreft het verstrekken van gegevens door bedrijfsartsen het toestemmingsvereiste slechts ziet op 'harde' medische gegevens (diagnose, behandelingen) en in ieder geval niet ziet op mededelingen als bovengenoemde. Ook (of liever gezegd: zelfs) het belastbaarheidsprofiel – dat wil zeggen het document waarin de arts aangeeft welke werkzaamheden een werknemer, gezien zijn medische beperkingen, nog kan verrichten zonder dat hij de precieze aard van die beperkingen noemt – mag naar het oordeel van de wetgever zonder diens toestemming aan derden worden verstrekt.<sup>28</sup>

Men kan zich overigens de vraag stellen of de werknemer wel mag weigeren om een eventueel verlangde medische machtiging te verstrekken. Bij het zoeken naar een antwoord gaat het dan om beoordeling van de mate van inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de werknemer ten opzichte van de gerechtvaardigde belangen van de werkgever die zijn contractuele verplichtingen jegens verzekeraar dient na te komen. Zoveel is duidelijk dat van een absoluut recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer geen sprake is.<sup>29</sup> Op een gerechtvaardigd verzoek tot ondertekening van de machtiging zal de

werknemer mijns inziens moeten ingaan. Daarbij is bijvoorbeeld ook te bedenken dat het niet alleen in het belang van de werkgever is dat re-integratieactiviteiten kunnen plaatsvinden, maar ook in het belang van de werknemer zelf, indien en voor zover de financiële ondersteuning van verzekeraar meer mogelijkheden biedt tot diens re-integratie. Uhlenbroek is in dit verband, naar mijn mening terecht, van oordeel dat een redelijke afweging van het individuele belang tegenover dat van de organisatie, die er als geheel belang bij heeft dat werknemers die geen recht op loondoorbetaling hebben dat feitelijk ook niet doorbetaald krijgen, met zich brengt dat het belang van de individuele werknemer in dat geval wijkt voor dat van de collectiviteit.<sup>30</sup>

### 4.3. WGA-eigenrisicodragenverzekeringen

De problematiek rondom het al dan niet mogen vrijgeven van medische gegevens doet zich overigens in gelijke zin voor bij 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. Evenmin als bij de ziekgeldverzekering, is de werknemer partij bij de WGA-eigenrisicodragenverzekering.

Anders dan in de Modelpolisvoorwaarden Ziekgeldverzekering Conventioneel 2003, is in artikel 8.7 van de Modelpolisvoorwaarden van het Verbond van Verzekeraars WGA-eigenrisicodragenverzekering 2006 neergelegd dat de werkgever op verzoek van verzekeraar een machtiging dient te verstrekken om gegevens die nodig zijn voor de uitvoering van de verzekering op te vragen bij de relevante instanties en/of zich in te zetten om deze machtiging bij de werknemer op te vragen. Dat betekent aldus dat de verplichting van de werkgever jegens verzekeraar niet verder reikt dan het 'trachten' te verschaffen van een machtiging van de werknemer. Alhier kunnen dus problemen rijzen in de situatie dat het trachten van de werkgever geen soelaas biedt.

Het College bescherming persoonsgegevens heeft de minister er bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel WIA op gewezen dat de Wbp geen deugdelijke grondslag bood voor de werkgever om persoonsgegevens betreffende zijn werknemers aan verzekeraar te mogen verstrekken. Ook de Raad van State heeft de minister geadviseerd om in de WIA alsnog een uitdrukkelijke wettelijke basis op te nemen voor de gegevensverstrekking door werkgevers aan verzekeraars. De Raad was namelijk niet overtuigd van de reactie van de minister die stelde dat zowel onderdeel b als onderdeel f van artikel 8 Wbp een voldoende grondslag bood voor gegevensverstrekking van werkgevers aan verzekeraars. Met het CBP was de Raad van State van oordeel dat de verwijzing naar artikel 8 onder b Wbp niet opgaat, omdat de werknemer bij de verzekering geen partij is. De verwijzing naar arti-

26. Zie ook: E.J.C. de Jong, *Beroepsgeheim en derdenbelangen* (Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht), 2004, p. 116.

27. Vgl. in dit verband H. Uhlenbroek, 'Het beroepsgeheim van de bedrijfsarts', *AR* 2003-2, p. 9-10.

28. *Sib.* 2000, 121, p. 20.

29. HR 31 mei 2002, *NJ* 2003, 589, m.nt. JBMV.

30. H. Uhlenbroek, 'Het beroepsgeheim van een bedrijfsarts', *ArbeidsRecht* 2003-2, p. 10.

kel 8 onder f Wbp biedt evenmin een goede basis voor werkgevers om structureel gegevens te verstrekken aan verzekeraars, vooral omdat de werkgever steeds een belangenafweging zal moeten maken, aldus de Raad van State.<sup>31</sup>

Ter voorkoming van verdere discussie over de grondslag voor de gegevensverstrekking die voortvloeit uit de stellingname van het CBP en de door de Raad van State geuite twijfels heeft de minister thans in de Wet SUWI, in aansluiting op de gegevensverstrekking door het UWV, aan werkgevers en verzekeraars een grondslag opgenomen voor de gegevensverstrekking door werkgever aan verzekeraar.<sup>32</sup> Uit de memorie van antwoord blijkt dat de regering de opvatting van het CBP, dat de werknemer geen partij is bij de verzekeringsovereenkomst, deelt en dat dit betekent dat in de wet moet worden geregeld dat werkgevers slechts in verband met de verzekering van het betalingsrisico bij ziekte en arbeidsongeschiktheid aan verzekeraars gegevens verstrekken. Daarbij heeft de wetgever aangegeven dat de gegevensuitwisseling tussen het UWV en verzekeraars geen medische gegevens betreft en dat slechts met uitdrukkelijke toestemming van de werknemer medische gegevens mogen worden verstrekt.<sup>33</sup>

Het is te betreuren dat de wetgever de mogelijkheid niet heeft aangegrepen om een wettelijke basis op te nemen voor de gegevensverstrekking tussen werkgevers en verzekeraars. De aanpassing van de wetgeving heeft immers enkel betrekking op gegevensverstrekking door het UWV. Om de (aldus nog steeds bestaande) problematiek het hoofd te bieden, zou ik dan ook willen bepleiten dat in de rechtsverhouding van de werkgever als eigenrisicodragers en de verzekeraar dezelfde beperkte informatie mag worden vrijgegeven, zoals hiervoor aangegeven onder a tot en met c in paragraaf 4.2.

Nu de regering geen signalen heeft ontvangen dat verzekeraars in enige mate oneigenlijk gebruikmaken van gegevens die zij thans in het kader van de uitvoering van verzekeringen met werkgevers tot verzekering van het risico van betaling van loon in geval van ziekte van de werknemer, dan wel het risico van het betalen van een arbeidsongeschiktheidsverzekering of de gedifferentieerde premie op grond van de WAO verwerken, ontbreekt aanleiding om de wettelijke normering voor de gegevensverstrekking in het kader van de overgang naar de WIA verder aan te scherpen.<sup>34</sup>

Wel heeft de regering de opvatting van het CBP gedeeld dat de werknemer geen partij is bij de verzekeringsovereenkomst, alsmede dat dat aldus betekent dat in de wet moet worden geregeld dat werkgevers slechts in verband met de verzekering van hun betalingsrisico bij ziekte en arbeidsongeschiktheid aan verzekeraars gegevens mogen verstrekken. Een en ander is gecodificeerd in artikel 73

lid 2 Wet SUWI. Deze luidt thans, voor zover relevant, als volgt:

‘Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen is bevoegd op verzoek alle gegevens en inlichtingen, waaronder het sociaal fiscaal nummer uit de onder zijn verantwoordelijkheid gevoerde administraties, te verstrekken aan verzekeraars als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onder h, van de Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf 1993, voor zover die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van overeenkomsten met werkgevers in de zin van de Wet Financiering Sociale Verzekeringen tot verzekering van het risico van het betalen van loon ingeval van ziekte van de werknemer dan wel van het risico van het betalen van premie voor de arbeidsongeschiktheidsverzekering op grond van de Wet Financiering Sociale Verzekeringen en van de betalingen als gevolg van het eigen risico dragen, bedoeld in artikel 40, eerste lid, van die wet, indien die werkgevers daartoe machtiging hebben verleend, met dien verstande dat die werkgevers bij de verwerking van persoonsgegevens van hun werknemers slechts met het oog op het aangaan van en de uitvoering van deze overeenkomsten die persoonsgegevens verstrekken’.

De regering heeft het niet noodzakelijk geacht dat bij de gegevensverstrekking aan verzekeraars doelbinding moet worden geregeld. Naar de overtuiging van de regering biedt artikel 8 onder f Wbp daartoe voldoende grondslag. Bovendien mogen de gegevens ingevolge de Wbp niet voor een ander doel worden gebruikt dan waarvoor de gegevens zijn verkregen. Wel heeft het commentaar van het CBP de regering aanleiding gegeven expliciet aan te geven in de memorie van toelichting van de Wet WIA dat de gegevensuitwisseling met verzekeraars geen medische gegevens betreft. In die zin dat medische gegevens slechts met uitdrukkelijke toestemming van de werknemer mogen worden verstrekt.<sup>35</sup>

Rijst aldus de vraag wat dan in dit verband is te verstaan onder het begrip ‘medische gegevens’. Kennelijk bedoelt de wetgever daarmee andere gegevens dan persoonsgegevens in de zin van de Wbp. Onder ‘persoonsgegevens’ verstaat artikel 1a Wbp elk gegeven betreffende een geïdentificeerde en identificeerbare natuurlijke persoon. Het begrip ‘medische gegevens’ is niet nader gedefinieerd. De Wbp kent wel een aparte regeling voor bijzondere gegevens. Meer specifiek spreekt artikel 16 van ‘persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid’. Het begrip gezondheid moet ruim worden opgevat, in die zin dat het alle gegevens omvat 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, maar ook indien een chef van een werknemer constateert dat de laatste lichamelijk gehandicapt is.<sup>36</sup> Verder is ingevolge de Wbp ook

31. Brief van 29 april 2005.

32. *Kamerstukken I* 2004/05, 30 118, nr. A, p. 68.

33. *Kamerstukken I* 2005/06, 30 034 en 30 118, nr. C, p. 50.

34. *Kamerstukken I* 2005/06, 30 034 en 30 118, nr. C, p. 13-14.

35. *Kamerstukken I* 2005/06, 30 034 en 30 118, nr. C, p. 50.

36. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 109.

het enkele gegeven dat iemand ziek is een gezondheidsgegeven, hoewel dat gegeven op zichzelf niets zegt over de aard van de aandoening. De verwerking van de gegevens is begrensd door de noodzakelijkheidseis. Deze eis brengt met zich dat in bepaalde situaties slechts een beperkt aantal gezondheidsgegevens verwerkt mogen worden. Werkgevers mogen enkel gegevens verwerken omtrent het feit dat en de mate waarin iemand arbeidsongeschikt is, alsmede de periode van arbeidsongeschiktheid (artikel 21 lid 1 onderdeel f onder 2 Wbp).<sup>37</sup>

Naar mijn overtuiging kan binnen de hiervoor besproken bandbreedte van de Wbp, maar met name ook ter nadere precisering van het begrip 'medische gegevens', aansluiting worden gezocht bij de hiervoor besproken informatieoverdracht van de bedrijfsarts aan de werkgever. Zoals we hebben gezien is het CBP van oordeel dat het voor het treffen van de juiste verzuimbegeleiding en re-integratie-inspanningen niet noodzakelijk is om te beschikken over informatie omtrent de medische aspecten van het verzuim. Wel is het noodzakelijk dat informatie wordt verstrekt over de functionele beperkingen en de mogelijkheden die de werknemer nog heeft.<sup>38</sup> Waar het CBP aldus over die gegevens stelt dat (kennelijk) geen sprake is van medische gegevens, zou ik menen dat de overdracht van gegevens omtrent (enkel) functionele beperkingen evenmin daaronder is te scharen in de rechtsverhouding tussen de werkgever en de verzekeraar. Niet is immers in te zien dat deze gegevens daar in die rechtsverhouding dan wél onder zouden dienen te vallen.

Met andere woorden is naar mijn oordeel, overeenkomstig hetgeen ik hierboven uiteengezet heb ten aanzien van de ziekengeldverzekering, voor de overdracht van dergelijke gegevens aan verzekeraar niet de machtiging van de werknemer vereist. Daarbij teken ik wel aan dat, omwille van de rechtsbescherming van de werknemer, terughoudendheid dient te worden betracht en als uitgangspunt geldt dat het moet gaan om informatie die noodzakelijk is om in het concrete geval te kunnen beoordelen of en zo ja, in hoeverre de werkgever krachtens de verzekeringsovereenkomst met verzekeraar aanspraak kan maken op uitkeringen. Zoveel is duidelijk dat daarvoor, overeenkomstig de visie van het CBP, informatie over de aard van de ziekte weliswaar interessant is, maar niet noodzakelijk ter beantwoording van de vraag of uitkeringen krachtens de polis dienen te worden gedaan. De inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokken werknemer dient zoveel als redelijkerwijs mogelijk te worden beperkt.

Deze oplossing sluit volgens mij ook aan bij de oproep van het CBP<sup>39</sup> dat er met recht op wijst dat privatisering van de sociale zekerheid zich verder voortzet en de praktijk leert dat bij gegevensverwerking door private partijen de wetgever een en ander minder uitgebreid in

wetgeving vastlegt. Dat leidt tot onduidelijkheid voor de betrokken partijen over wat wel en wat niet mag. Verzekeraars ervaren de wetgeving als te beperkend als het gaat om de gegevens die zij mogen ontvangen om hun taken uit te voeren. Toestemming van de werknemer is vaak de enige mogelijkheid voor de verzekeraar om gegevens over de zieke werknemers te ontvangen. Met het CBP ben ik van oordeel dat het vragen van toestemming aan werknemers in deze situatie geen wenselijke grondslag is. Enerzijds stelt het CBP immers terecht dat het de vraag is of er wel sprake kan zijn van vrijwillig gegeven toestemming en anderzijds biedt toestemming de verzekeraar weinig zekerheid. De toestemming kan immers worden onthouden of worden ingetrokken.

## 5. CONCLUSIE

Het Nederlandse recht van werkgevers op inzage in het medisch dossier van hun werknemers strookt op zichzelf met het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 27 maart 2012. In die zin heeft het arrest voor ons land geen gevolgen. Een relevante vraag in het verlengde – binnen de bandbreedte van de Wbp – en ter nadere precisering van de begrippen 'medische gegevens' en 'noodzakelijk' is of aansluiting kan worden gezocht bij de regels voor informatieoverdracht van de bedrijfsarts aan de werkgever en, in het verlengde daarvan aan de ziekengeldverzekeraar. Het CBP is van oordeel dat voor het treffen van de juiste verzuimbegeleiding en re-integratie-inspanningen het niet noodzakelijk is om te beschikken over informatie omtrent de medische aspecten van het verzuim. Wel is het noodzakelijk dat informatie wordt verstrekt over de functionele beperkingen en de mogelijkheden die de werknemer nog heeft.<sup>40</sup> Het CBP stelt dus over die gegevens dat (kennelijk) sprake is van medische gegevens voor overdracht waarvan geen machtiging vereist is. Mijns inziens gaat het om eenzelfde doel in de zin van artikel 9 Wbp, te weten beoordeling van de loondoorbetalingsverplichting en de omvang daarvan. Ofschoon ik mij vanzelfsprekend realiseer dat de geldende regelgeving een andere opvatting is toegedaan, zou ik toch menen dat de overdracht van gegevens omtrent (enkel) functionele beperkingen evenmin daaronder is te scharen in de rechtsverhouding tussen de werkgever en de verzekeraar, zodat de werkgever deze gegevens zonder machtiging aan de ziekengeldverzekeraar zou mogen doorgeven. Daarbij stel ik wel als uitdrukkelijke voorwaarde dat deze een concrete rol heeft bij de re-integratie. De oproep van het CBP tot het ontwerpen van duidelijke spelregels voor gegevensverstrekking steunend, zou ik menen dat de door mij hiervoor geschetste oplossing werkbaar is en past binnen de bandbreedte van de proportionaliteits- en subsidiariteitscriteria die ik uiteen heb gezet in paragraaf 3.4.

37. Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 114.

38. S. Lieon & M.Th. van Munster-Frederiks, *De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, Den Haag: CBP 2008.

39. S. Lieon & M.Th. van Munster-Frederiks, *De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, Den Haag: CBP 2008, p. 110.

40. S. Lieon & M.Th. van Munster-Frederiks, *De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, Den Haag: CBP 2008, p. 70.