

20-11-2016 Nadere Notitie Burgerrechtenvereniging Vrijbit voor procedure UTR 16/3326 WBP V97 (zitting 2-12-2016).

In het verlengde van de bezwaren zoals die naar voren zijn gebracht in de bezwaarprocedure voorafgaande aan dit beroep, zal in deze notitie nader worden ingegaan op drie kernbezwaren die centraal staan in deze procedure.

Elk van deze drie kernbezwaren heeft betrekking op juridische problemen die tot onaanvaardbaar gevolg hebben dat zorgverzekeraars en bewerkers van zorgverzekeraars in strijd met privacyrechten van patiënten en het medisch beroepsgeheim, al jaren op onrechtmatige wijze medische persoonsgegevens ontvangen en verwerken.

De drie kernbezwaren in deze procedure zijn:

1) Primair bezwaar: de verwerkingsprocedures zoals vastgelegd in de Gedragscode Zorgverzekeraars, waar zorgverzekeraars zich nog steeds aan gehouden weten, vormen naar het oordeel van de Rechtbank Amsterdam geen juiste uitwerking van Wbp en EVRM.

De toezichthouder dient handhavend op te treden tegen het onrechtmatig doen aanleveren/ontvangen, verwerken, doorleveren (binnen dan wel tussen organisaties) en gebruiken van medische persoonsgegevens door zorgverzekeraars.

In de ingebrachte notitie voor de hoorzitting d.d. 15 maart 2016 bij de AP (zie bijlage1) zijn de overwegingen en bezwaren zoals vervat in de rechterlijke uitspraak van 13-11-2013 nog eens kort samengevat. Na voornoemde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam heeft ZN op haar website laten weten dat zorgverzekeraars zich ook na vernietiging van de eerder door de toezichthouder verleende toestemming gehouden weten aan de Gedragscode zorgverzekeraars (zie bijlage 2).

Deze handelwijze komt neer op het nadrukkelijk en bewust negeren van een rechterlijke uitspraak waar geen beroep tegen is ingesteld - het hoger beroep dat ZN als belanghebbende partij aanvankelijk had ingesteld is namelijk ingetrokken - en dat kracht van gewijsde heeft gekregen.

Het door zorgverzekeraars ingenomen standpunt dat zij zich ook na de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam (13-11-2013) gehouden weten aan de in de Gedragscode Zorgverzekeraars vastgelegde procedures voor de verwerking van medische persoonsgegevens wordt bevestigd door de verwijzing naar de Gedragscode Zorgverzekeraars zoals die tot op heden is opgenomen in de informatiebrochures van zorgverzekeraars (zie notitie in bijlage 3.) Op deze wijze wordt verzekeringsnemers te kennen gegeven dat zij er van uit mogen gaan (gewekt vertrouwen) dat medische persoonsgegevens die de zorgverzekeraar verkrijgt worden verwerkt overeenkomstig in de gedragscode vastgelegde procedures.

De nadrukkelijke bevestiging door zorgverzekeraars dat men zich gehouden weet aan een Gedragscode die naar het oordeel van de rechter geen juiste uitwerking vormt van Wbp en EVRM komt neer op het bewust onrechtmatig verwerken en gebruiken van medische persoonsgegevens.

Gelet op het ingrijpende, structurele en grootschalige karakter van de onrechtmatige verwerking had het op de weg van de AP als toezichthouder gelegen om direct handhavend op te treden toen ZN namens zorgverzekeraars aangaf dat men zich ook na de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in 2013 gehouden wist aan deze gedragscode.

Het afwijzen van onderhavig verzoek om handhavend op treden is helaas in lijn met het verwijtbaar nalatig handelen van de toezichthouder na de uitspraak van 13 november 2013 van de Rechtbank Amsterdam.

2) De aanpassing van de ministeriële regeling zorgverzekering in 2010 waarmee moest worden voorzien in het ontbreken van een wettelijke grondslag voor (zonder toestemming van de patiënt) de toegang van zorgverzekeraars tot patiëntdossiers bij zorgverleners, kan niet worden aangemerkt als de noodzakelijke, legitieme, afdoende getoetste en gemotiveerde *wettelijke* grondslag voor inzage van medische persoonsgegevens bij zorgverleners door zorgverzekeraars.

De bevoegdheid om met inbreuk op fundamentele privacyrechten van de patiënten en met doorbreking van het medisch beroepsgeheim toegang te krijgen tot medische persoonsgegevens bij zorgverleners moet worden

geregeld in een wet in formele zin. Bepalingen in een ministeriële regeling vormen daarvoor niet de vereiste grondslag (zie hierover ook CBP adviezen in bijlage 4 en bijlage 5a en bericht in bijlage 5b).

Met het wetsvoorstel 33980 dat nu bij de Eerste Kamer ter beoordeling voorligt, wordt ondermeer beoogd alsnog te voorzien in een formeel wettelijke grondslag voor toegang tot patiëntdossiers door zorgverzekeraars zonder toestemming van patiënten en met doorbreking van het medisch beroepsgeheim (Zie hierover ook toelichting van minister in bijlage 6).

Dit wetsvoorstel beoogt daarom ook verzekeraars beter in staat te stellen om hun controletaak goed op te pakken. Bijvoorbeeld door de mogelijkheid voor verzekeraars om rechtstreekse materiële controle uit te voeren bij zorgaanbieders in geval van restitutie. Het onderhavige wetsvoorstel legt in de WMG neer dat een zorgaanbieder ook in geval van restitutie persoonsgegevens en diagnose-informatie moet verstrekken aan de ziektekostenverzekeraar.

Ook aan dergelijke formeel wettelijke bepalingen opgenomen in de Wmg komt alleen geldingskracht toe voor zover dit gedragen en gemotiveerd kan worden door toetsing aan relevante kernwaarden zijnde doelbinding, proportionaliteit, subsidiariteit, noodzakelijkheid en voorzienbaarheid, zoals vastgelegd in het EVRM (zie ook hierover de CBP adviezen in bijlage 4 en 5a en bericht in bijlage 5b).

3) Het standpunt van de AP (zie advies CBP in bijlage 7) dat de aanpassing van de regeling zorgverzekering in 2010 goedkeuring van de Gedragscode Zorgverzekeraars niet langer noodzakelijk maakt, is onjuist.

Zoals hiervoor reeds gesteld werd met aanpassing van de regeling zorgverzekering in 2010 beoogd een wettelijke grondslag te scheppen voor de bevoegdheid van zorgverzekeraars om zonder toestemming van patiënten en met doorbreking van het medisch beroepsgeheim toegang te krijgen tot behandelinformatie/patiëntdossiers bij zorgverleners. Het alsnog voorzien in de noodzakelijke grondslag voor deze bevoegdheid van zorgverzekeraars was nodig gebleken nadat de Stichting KDVP de toezichthouder er op had gewezen dat aan bepalingen in een gedragscode - ook als deze door het toenmalige CBP is goedgekeurd - geen derdewerking toekomt. De verplichting van zorgverleners om met doorbreking van het medisch beroepsgeheim toegang te verschaffen tot patiëntdossiers bij materiële controles moet gebaseerd zijn op

een formeel wettelijke bepaling die toetsing aan kernwaarden vastgelegd in wet en verdrag kan doorstaan.

De opvatting van de toezichthouder dat er geen door het CBP/de AP goedgekeurde gedragscode voor de verwerking van medische persoonsgegevens meer nodig is, vanaf het moment dat de verplichte medewerking van zorgverleners om bij materiële controles door zorgverzekeraars (met doorbreking van het medisch beroepsgeheim) medische persoonsgegevens te verstrekken, is opgenomen in de aangepaste regeling zorgverzekering, is dan ook apert onjuist.

In de parlementaire besluitvorming over de zorgverzekeringswet heeft de Tweede Kamer (zie ondermeer de motie Heemskerk in bijlage 9) te kennen gegeven dat verwerking van medische persoonsgegevens door zorgverzekeraars moest worden vastgelegd in een door het CBP goedgekeurde gedragscode.

Dit standpunt wordt in het document opgenomen als bijlage 10 nader toegelicht onder met verwijzing naar relevante documenten.

De conclusie op basis van feiten en overwegingen in bijlage 10 is dat aanpassing van de regeling zorgverzekering in 2010 geen aanleiding en geen grondslag kan en mag vormen voor de opvatting dat na inwerkingtreding van deze regeling een andere betekenis en relevantie moet worden toegekend aan het opstellen van een gedragscode gegevensverwerking door zorgverzekeraars, die zoals in de eerdere versie van de regeling zorgverzekering was vastgelegd ter goedkeuring moest worden voorgelegd aan de toezichthouder. Het schrappen van deze bepalingen kan niet worden gemotiveerd/gerechtvaardigd door te stellen dat daarmee de formele functie van een door ZN op te stellen gedragscode en een bijbehorende rol voor het CBP/de AP komt te vervallen.

Op grond van deze feiten en overwegingen had de toezichthouder ZN erop moeten aanspreken om na vernietiging van de eerder verleende goedkeuring een aan de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam aangepaste gedragscode op te stellen en deze ter goedkeuring voor te leggen aan het CBP.

Conclusie: Het is de plicht van een verantwoordelijke, onafhankelijke toezichthouder gezien de fundamentele rechten van burgers en de risico's verbonden met de grootschalige verwerking van vertrouwelijk verkregen medische persoonsgegevens uit patiëntdossiers bij zorgverleners, om handhavend op te treden tegen het onrechtmatig, ontvangen, verwerken, doorleveren (zowel binnen organisaties als tussen organisaties) en gebruiken van medische persoonsgegevens. Daarnaast zou de AP als verantwoordelijk toezichthouder alsnog moeten eisen van zorgverzekeraars dat een aan de uitspraak van de rechtbank Amsterdam aangepaste gedragscode ter goedkeuring wordt voorgelegd.