

RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND, LOCATIE UTRECHT

Rol- en zaaknr. C-16/340505, HA-ZA 13-205

25 april 2014 te 9.00 uur

PLEITNOTA

VPHuisartsen c.s. / Vereniging van Zorgaanbieders voor Zorgcommunicatie (VZVZ)

Inleiding – Verleiding tot verlies van vertrouwen

1. In de relatie huisarts–patiënt draait alles om vertrouwen: zonder vertrouwen geen open gesprek over de klachten van de patiënt en zonder open gesprek wordt adequate zorgverlening bemoeilijkt, omdat mensen niet meer alles vertellen of zelfs schromen om de huisarts te bezoeken. Vertrouwen kan gemakkelijk beschaamd worden, bijvoorbeeld als de patiënt merkt dat, zonder dat hij zich dat heeft gerealiseerd, zijn medische gegevens met anderen gedeeld worden. In de praktijk worden gegevens soms met anderen gedeeld. Omdat huisartsen niet altijd de enige zorgverleners van een patiënt zijn en de eigen huisarts niet altijd beschikbaar is, kan het voor de huisarts nuttig en nodig zijn om in overleg met de patiënt in specifieke gevallen specifieke informatie te delen met de waarnemer, de huisartsenpost en/of medisch specialist en vice versa. Dat is geen punt van discussie. Ook niet voor eisers. Zij zijn ook niet tegen elektronische uitwisseling van medische gegevens. Zij eisen echter wel dat zij dit kunnen blijven doen op een manier die voldoet aan de wettelijke eisen en past binnen hun beroepsgeheim.

2. En daarmee komen we bij de kernvraag van deze procedure: is het uitwisselen van medische gegevens via het LSP, de landelijke infrastructuur onder verantwoordelijkheid van VZVZ, rechtmatig? Eisers zijn er stellig van overtuigd dat dit niet het geval is. Alle stellingen van VZVZ over de juridische zorgvuldigheid ten spijt, feit blijft dat niet langer de huisarts bepaalt en controleert met wie hij patiëntengegevens deelt, maar het LSP. Daardoor kan de huisarts zijn beroepsgeheim niet naleven en zet de huisarts het vertrouwen, dat in de relatie met zijn patiënten vanzelfsprekend behoort te zijn, op het spel.
3. Bij deelname aan het LSP beschikt de huisarts niet meer als enige over de sleutel van de deur van de spreekkamer. Als de patiënt *eenmalig* toestemming heeft gegeven kan die deur worden geopend door alle zorgverleners die over een gecodeerde sleutel - de UZI-pas - beschikken. Zij kunnen voortaan behandelinformatie verkrijgen waarvan op voorhand niet vaststaat of dat nuttig en nodig is voor de behandeling van de patiënt. De huisarts en de patiënt hebben in het LSP-systeem geen idee *wie* er gebruik gaan maken van de sleutel van de spreekkamer. Evenmin is bekend *welke gegevens* met die onbekende derden gedeeld zullen worden, laat staan dat zij kunnen bepalen of het delen van behandelinformatie *nodig en proportioneel* is. De derde die de controle van de huisarts overneemt, het LSP van VZVZ, beschikt over een looper van alle spreekkamers van aangesloten huisartsen: zij ziet *alle gegevens* die van de ene naar de andere hulpverlener gaan *onversleuteld* passeren.
4. In essentie is dit de landelijke infrastructuur medische gegevensuitwisseling. Moeten we dit willen? Nee. Waarom niet? Omdat het voor een goede zorgverlening essentieel is dat wij erop moeten kunnen vertrouwen dat datgene wat wij met de huisarts bespreken in beginsel tussen ons blijft. In specifieke situaties kan dit uitzondering lijden, maar dan wel gericht en op basis van specifieke toestemming. Of in een concreet geval aanleiding bestaat voor het uitwisselen van medische gegevens, moet echter niet door software van een informatie-uitwisselingsysteem bepaald worden, maar door de professional tot wie de gegevensaanvraag is gericht, in overleg met de patiënt. Het beroepsgeheim van de huisarts / het recht op geheimhouding van de patiënt; het zijn twee kanten van één gouden medaille waar we heel zuinig op moeten zijn.

Zijn we dat niet, dan gaat het vanzelfsprekende vertrouwen in de spreekkamer definitief verloren.

5. Moet dit systeem mogen? Nee. Waarom niet? Het antwoord daarop is eenvoudig: omdat de wet het niet toestaat. Het EVRM, de Wbp en de wettelijke regels omtrent het beroepsgeheim verzetten zich ertegen. Ik kom daarover straks nog uitgebreid te spreken.

6. Ondanks de fundamentele afwijzing van dit systeem van landelijke gegevensuitwisseling door de Eerste Kamer, ontwikkelt zich thans een bizar scenario. In de kern hetzelfde systeem dat is afgewezen door de Eerste Kamer heeft een private jas aangekregen en wordt nu aan huisartsen en patiënten aanbevolen “omdat het beter voor de zorg is”. Dat de private doorstart zou voldoen aan de eis van de Eerste Kamer: een opt-in-systeem, is in de huidige situatie een farce. De wat triomfantelijke constatering in de Conclusie van Dupliek dat VZVZ niets te maken heeft met de overwegingen van de Eerste Kamer en de rol van de Eerste Kamer ook uitgespeeld is, miskent de aard en inhoud van de juridische bedenkingen tegen het LSP. VZVZ miskent dat de Eerste Kamer óók niet overtuigd was van de noodzaak van dit landelijke uitwisselingssysteem¹, waarmee niet voldaan is aan de basiseis van het EVRM resp. de Wbp. Met haar standpunt gaat VZVZ voorbij aan de fundamentele rechten van burgers zoals neergelegd in artikel 8 EVRM en de Wbp én de fundamentele verplichtingen van artsen.

7. Het gaat er niet om dat een wettelijke basis voor het LSP ontbreekt, zoals VZVZ meent. Het gaat, naast gebrek aan noodzaak, om serieuze juridische gebreken in het ontwerp van het LSP, die dit systeem onverenigbaar maken met de privacyrechten van patiënten en het medisch beroepsgeheim. Die gebreken leidden tot afkeuring van de Eerste Kamer. VZVZ bedient zich nu van een afgekeurd informatiesysteem - een gebrekkig tweedehandsje - en heeft nagelaten om éérst de gebreken te herstellen voordat het systeem opnieuw wordt aangeboden en geïmplementeerd. Onopgelost is het probleem hoe de huisarts zijn verantwoordelijkheid voor de geheimhouding van patiëntengegevens

¹ EK 15 maart 2011, EK 20-2-2 t/m 20; EK 29 maart 2011 EK 22-7-9 t/m 22.

kan waarmaken als de controle over de toegang tot die gegevens hem wordt ontnomen. Die controle is in het LSP-systeem niet meer in handen van de huisarts, maar van het LSP. De uitwisseling van medische gegevens vindt niet behandel-specifiek, niet *doctor-to-doctor* plaats; er zit een schakel tussen: het LSP. Die schakel staat buiten de behandelrelatie en heeft op landelijk niveau toegang tot onversleutelde gegevens.² Dat is één van de essentiële gebreken, nog los van de gebrekkige toestemming en andere beveiligingsgebreken. Eisers hebben hier fundamentele bedenkingen tegen.

8. Alle partijen die het Convenant over de private doorstart van het LSP³ hebben getekend zetten zwaar en intensief in om zoveel mogelijk zorgverleners en patiënten te laten aansluiten, waarna er een monstrum is gecreëerd, complex en grootschalig. En zoals dat vervolgens gaat met grootschalige ICT-systemen, is dat monstrum dan zo groot en heeft het zoveel gekost, dat men meent er niet meer onderuit te kunnen, ongeacht de fundamentele gebreken. Overigens heeft VZVZ er, anders dan zij stelt, geen miljoenen in gestoken: de overheid heeft er t/m 2010 ruim 300 miljoen in gestoken⁴ en na de privatisering worden de kosten betaald door de zorgverzekeraars⁵. Wat eisers betreft wordt de invoering van het LSP tijdig een halt toegeroepen. Laat de sleutel van de spreekkamer waar hij hoort: bij de huisarts. Het is de huisarts die in overleg met de patiënt moet kunnen blijven bepalen *of, in welke situatie en voor wie* de deur op een kiertje gaat. Kan hij dat niet, dan kan het medisch beroepsgeheim wel worden afgeschaft.

Opbouw

9. Ik zal in de rest van mijn betoog ingaan op de argumenten van VZVZ in de Conclusie van Dupliek. Achtereenvolgens: de ontvankelijkheid van eisers, wettelijke eisen en toestemming, noodzaak, doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit, risico's in verband met de grootschaligheid en tot besluit de vorderingen.

² Dit is recent nog eens bevestigd door de Minister van VWS, TK 2013-2014, 33 509, nr. 11, p. 11.

³ Productie 4.

⁴ Zie TK 2013-2014 33 509, bijlage bij nr. 7 (overzicht uitgaven aan LSP).

⁵ Zie productie 4, p. 5.

De ontvankelijkheid van eisers

10. VZVZ steunt in haar betoog strekkend tot niet-ontvankelijkverklaring van eisers zwaar op de zogenaamde vrijwilligheid van aansluiting bij/ toestemming voor het LSP. Bezien we de ambities van VZVZ dan is evident dat dit argument faalt. Het beleid van VZVZ is erop gericht dat het LSP door het overgrote deel van de zorgaanbieders gebruikt gaat worden, waarbij gestreefd wordt naar een aansluitingsgraad van tegen de 100% en het uitschakelen van bestaande regionale uitwisselingssystemen OZIS (zie productie 5, p. 8-9). OZIS wordt uitgefaseerd: met de leveranciers van OZIS zijn afspraken gemaakt om OZIS te laten opvolgen door het LSP, waarbij de leveranciers hebben toegezegd de standaarden voor huisartswaarneming en medicatiegegevens uit de markt te halen. Dit is de letterlijke tekst van VZVZ zelf (productie 5, p. 9). Het verhaal van VZVZ dat zij nauwelijks invloed heeft op het uitschakelen van OZIS is gelet op haar eigen Businessplan niet geloofwaardig (zie ook productie 5, p. 65-66). OZIS moet eruit en de enige standaard die dan gebruikt kan worden, ook omdat men elkaar in technische zin moet verstaan en er niet aan een alternatief wordt gewerkt, is die van het LSP.
11. De alternatieven die VZVZ in 2.9 van de CvD voorspiegelt zijn niet reëel en zijn niet geschikt voor een adequate uitwisseling van gegevens. Het rijtje dat VZVZ noemt bevat feitelijk geen enkel functioneel en volwaardig alternatief dat uitwisseling voor een *pull*-systematiek mogelijk maakt. Anders dan VZVZ meent, propageren eisers niet alleen *push*-systemen. Eisers vinden echter dat uitwisseling, of dat nu via *push*- of *pull*verkeer plaatsvindt, op een passende en zorgvuldige manier moet gebeuren: met inachtneming van het medisch beroepsgeheim en de juridische eisen: noodzaak, doelbinding, subsidiariteit en proportionaliteit.
12. De subsidiariteit en proportionaliteit spelen voor VZVZ echter geen rol: zij gaat slechts voor het LSP en het welslagen daarvan. De ontwikkeling van geschikte, proportionele alternatieven heeft niet plaatsgevonden op het moment van overname van het LSP van de overheid en vindt nog steeds niet plaats. Dat laat zich gemakkelijk verklaren, omdat uitsluitend het LSP wordt gefinancierd.

Daarmee wordt andere partijen (zorgaanbieders, commerciële partijen, brancheorganisaties) iedere prikkel tot het ontwikkelen van passende alternatieven ontnomen. Daarbij komt dat bestaande alternatieven door VZVZ successievelijk worden beperkt en dat ICT-leveranciers, alsmede de zorgverzekeraars als financiers, zich daaraan ook gecommitteerd hebben⁶. VZVZ krijgt een monopoliepositie en het LSP zal het enige standaardsysteem voor elektronische *pull*-uitwisseling van patiëntengegevens zijn. En dat is precies wat VZVZ nastreeft en waartegen eisers zich verzetten. VZVZ plaatst eisers daarmee in een situatie waarin feitelijk niets meer te kiezen valt. Mede daarom hebben eisers wel degelijk een actueel en rechtstreeks belang bij deze procedure. Zij komen op voor hun rechten en plichten: privacy, geheimhouding, professionele verantwoordelijkheid en beroepsgeheim.

13. Van een speculatieve, onzekere toekomstige situatie waarin het maar gissen zou zijn hoe de onrechtmatige handelwijze van gedaagde eisers raakt, is geen sprake. Het beleid en de acties van VZVZ zijn helder en eenduidig: huisartsen worden krachtig bewerkt om zich aan te sluiten en het aantal *opt-ins* - "toestemmingen" van hun patiënten - te verhogen. Een methode waarvan de rechtmatigheid op zichzelf al betwijfeld kan worden. *Meer, meer, meer* is het motto en liefst zo snel mogelijk. Dat lukt VZVZ aardig: inmiddels is er een hoge aansluitingsgraad onder huisartsen, huisartsenposten en apotheken bereikt, niet in de laatste plaats gestimuleerd door financiële incentives (zie producties 35-37). Aan die cijfers is niets toekomstigs of speculatiefs. Hetzelfde geldt voor het effect van de acties van VZVZ om zowel huisartsen als patiënten over de streep te trekken. Dit gebeurt via gescheiden wegen en kan ertoe leiden dat keuzes van huisarts en patiënt divergeren. Als de patiënt wil toestemmen, noopt dit eisers ertoe uit te leggen dat uitwisseling via het LSP niet samengaat met hun verplichtingen als huisarts en dat het gevolg daarvan is dat hij de toestemming van de patiënt niet kan effectueren. Een dergelijke discussie hoort niet thuis in de spreekkamer en is schadelijk voor de behandelrelatie. Evenmin is er iets toekomstigs of speculatiefs aan het feit dat hard gewerkt wordt aan het uitfaseren van alternatieve systemen: dat gebeurt gewoon. In Twente is OZIS al afgesloten.

⁶ De belangrijkste ICT-leveranciers voor informatiesystemen in de zorg zijn partij bij het Convenant 2013-2016 en hebben zich gecommitteerd, zie productie 4, p. 2 en p. 6.

Huisarts Kriek zit daardoor in een onaanvaardbare positie doordat hij geen andere keuze meer heeft dan uitwisselen via het LSP of helemaal niet. De feiten spreken voor zich: het LSP is er en vormt het dominante uitwisselingssysteem, of je nu wilt of niet. Eisers zitten in de klem en ook daar is weinig speculatiefs aan.

14. Waren de ambities tot uitbreiding van gegevensuitwisseling via het LSP 1½ jaar geleden nog wat vaag, inmiddels is duidelijk dat uitbreiding al aanstaande is. In oktober 2013 is het Convenant Informatie-uitwisseling ketenzorg gesloten (productie 32). Afgesproken is om te komen tot een standaard waarmee voor meer doelgroepen en aandoeningen informatie kan worden uitgewisseld (productie 33). Die nieuwe ketenzorg-standaard markeert het volgende “*point of no return*”, zoals VZVZ het ook zelf benoemt (productie 33, p. 7): in 2015 is er een standaard voor ketenzorg en daarmee zal het pakket medische gegevens dat via het LSP wordt uitgewisseld flink worden uitgebreid (zie productie 31 en productie 33, p. 11). Voor zover VZVZ zou stellen dat deze nieuwe plannen los moeten worden gezien van het LSP, kan zij hierin niet gevolgd worden. Alleen al het door VZVZ benoemde risico met betrekking tot onvoldoende gebruik van de LSP-infrastructuur laat zien dat de ketenzorg-informatie-uitwisseling óók via het LSP zal plaatsvinden (zie productie 33, p. 20). In het Convenant staat expliciet te lezen dat de oplossing voor informatie-uitwisseling ketenzorg gebruik maakt van de VZVZ-zorginfrastructuur, inclusief authenticatie m.b.v. de UZI-passen (productie 32, p. 8 onder punt p).⁷

15. Bezien wij deze ontwikkelingen, dan kan niet worden volgehouden dat eisers “slechts een toekomstig en speculatief belang hebben”. In hun hoedanigheid van huisarts en patiënt zijn eisers onmiddellijk betrokken bij de verbintenis uit de wet die als gevolg van het onrechtmatig handelen van VZVZ tussen hen is ontstaan. De handelwijze van VZVZ tast de belangen van eisers rechtstreeks aan doordat de landelijke infrastructuur, waarvoor VZVZ verantwoordelijk is, direct ingrijpt in de persoonlijke levenssfeer van de patiënt en de huisarts belemmert in zijn beroepsgeheim Hoe duidelijk en direct kan het zijn?

⁷ Ook uit de tekst van het Convenant blijkt dat beoogd wordt informatie-uitwisseling ketenzorg via het LSP te laten verlopen, zie productie 32, p. 3, 5-9 en productie 33, ook p. 8, 10, 12, 17.

16. Gelet op haar statuten heeft VPHuisartsen een eigen belang bij deze procedure: zij staat voor het bewaken van de belangen en het bewaken en ondersteunen van de professionele autonomie van praktijkhoudende huisartsen. Juist die autonomie wordt hier bedreigd, nu niet langer de huisarts beslist over het uitwisselen van gegevens, maar het LSP-systeem. De inzet van deze procedure van VPHuisartsen raakt rechtstreeks het belang van huisartsen: het kunnen naleven van het beroepsgeheim: Een arts heeft een eed afgelegd waarin hij heeft beloofd dat hij geheim zal houden wat hem is toevertrouwd en die eed nemen de huisartsen in deze procedure zeer serieus. Ook het tuchtcollege doet dit: het beroepsgeheim is een *kernverplichting* van de arts, zoals het Regionaal Tuchtcollege Amsterdam het noemde⁸.
17. VPHuisartsen betwist de vrijwilligheid van de aansluiting van huisartsen aan het LSP. De uitgekende strategie van de convenantspartijen om huisartsen over de streep te trekken heeft weinig te maken met vrijwilligheid, maar alles met eenzijdige voorlichting, pressie en financiële prikkels die huisartsen in het LSP trekken. Hoe dit er in de praktijk uitziet, vindt u in de producties 35-37: alles wordt in het werk gesteld om het voor huisartsen zo aantrekkelijk mogelijk te maken. Financiële prikkels om patiënten te bewegen om toestemming te geven worden daarbij niet geschuwd *“Blijf dus gaan voor die vergoeding van € 906 voor eind van dit jaar! Nog eens is dus bewezen dat het mogelijk is om in korte tijd veel opt-ins te verkrijgen. Zeker als het uitvragen standaard onderdeel wordt van de normale procedure aan de balie. Dus ga aan de gang en zet door: volgend jaar is 40% nodig voor nog eens zo’n vergoeding.”* (productie 36, p. 1). Ook vanuit CSC, de contractpartner van VZVZ, worden huisartsen benaderd met stimulerende teksten: *“Laatste kans voor de eenmalige vergoeding van een (her)aansluiting op het LSP”* *“LSP-vergoedingen in één oogopslag”* *“UZI-middelen in één oogopslag”* *“Patiëntendossier aanmelden bij het LSP, Gebruikerstip”* (productie 37, brief met bijlagen). VZVZ biedt zelfs doktersassistenten cursussen aan waarin de indruk wordt gewekt dat ook de assistente de opt-in kan regelen: *“Waar vraag je de patiënt precies toestemming voor? Hoe stel je die vraag?”*⁹ Recent ontvingen de

⁸ RTC Amsterdam 23 april 2013, ECLI:NL:TGZRAMS:2013:YG3015, GJ 2013/121.

⁹ Zie: [www.vzvz.nl/page/Zorgverlener/Nieuws/Nieuwsoverzicht?mod\[Vzvz_News_Module\]\[n\]=244](http://www.vzvz.nl/page/Zorgverlener/Nieuws/Nieuwsoverzicht?mod[Vzvz_News_Module][n]=244).

huisartsen in de regio Leiden het volgende aanbod voor tips om handig opt-ins te verkrijgen en te verwerken: *“Hebt u al veel toestemmingsformulieren ontvangen, maar komt u er niet aan toe om ze te verwerken? Dan biedt Sleutelnet, in samenwerking met de VZVZ, de mogelijkheid om op de praktijk te komen helpen met het registreren van toestemming in het HIS. Omdat het hier om vertrouwelijke informatie gaat, zal er voor aanvang een bewerkersovereenkomst en een geheimhoudingsverklaring worden getekend.”* (onderstr. adv.). Het illustreert opnieuw hoe ver VZVZ bereid is te gaan en hoe ondergeschikt de belangen van de patiënt en huisarts zijn. Voorafgaande toestemming van de patiënt voor kennisname van zijn gegevens is kennelijk niet nodig.

18. De individuele huisartsen in deze procedure hebben ook een zelfstandig belang: de vertrouwelijkheid van de spreekkamer is een wezenlijk onderdeel van hun beroepsuitoefening en zij vinden het eigenlijk merkwaardig dat zij dat belang nog zouden moeten uitleggen; het beroepsgeheim is voor hen zo wezenlijk en vanzelfsprekend dat dat geen toelichting zou behoeven. Daar waar dat wel het geval is als gevolg van de opvatting van VZVZ, is dat alleen al bedenkelijk. VZVZ blijft miskennen dat huisartsen hun beroepsgeheim niet meer zelfstandig kunnen uitoefenen doordat de toegangscontrole tot de vertrouwelijke patiëntengegevens hen wordt ontnomen.
19. De huisartsen willen bovendien niet dat de relatie met hun patiënten belast en beïnvloed wordt door de effecten van het LSP. Door met hun patiënten het gesprek over de werking van het LSP te moeten aangaan, verliest het arts-patiëntcontact de vanzelfsprekende vertrouwelijkheid; voor de patiënt is immers helder dat het niet meer vanzelf spreekt dat alles wat zij met de huisarts bespreken in de beslotenheid van de spreekkamer blijft. Als de huisartsen voor elektronische informatie-uitwisseling zijn aangewezen op het LSP – en dat is het geval – zullen zij ook kwetsbaar zijn voor klachten over schending van hun beroepsgeheim en overtreding van de Wbp. Dat risico wensen zij te allen tijde te vermijden. Dat risico kan in theorie vermeden worden door helemaal geen elektronische gegevens meer uit te wisselen, maar die radicale opstelling verdraagt zich niet met de huisartsenzorg anno nu, zodat zij in een klempositie zitten.

20. Voor de eiseres-patiënt geldt dat zij het belang van informatie-uitwisseling ook wel ziet, maar dat zij erop staat dat dit plaatsvindt op een manier die haar persoonlijke levenssfeer niet onnodig schaadt en binnen de grenzen van de wet past. VZVZ handelt onrechtmatig jegens haar door te voorzien in een uitwisselingssysteem dat niet aan die eisen voldoet. Ook voor haar geldt dat de grootschalige implementatie van het LSP-systeem, zoals door VZVZ wordt nagestreefd, haar geen andere keuze laat dan uitwisseling via het LSP toe te staan, zodat ook zij een rechtens te honoreren belang heeft.
21. Kortom, voor alle eisers geldt dat het betoog van VZVZ, “je hoeft niet mee te doen” feitelijk onjuist is: het hoeft niet, maar het gebeurt feitelijk toch omdat als gevolg van het beleid van VZVZ alternatieven onmogelijk zijn gemaakt.
22. De tussenconclusie is dan ook dat eisers allen ontvankelijk zijn in hun vorderingen jegens VZVZ. Eisers handhaven hun standpunt ten aanzien van de onwenselijkheid van een appellabel tussenvonnis, zoals toegelicht bij conclusie van repliek (2.47-2.52). Uit de stukken van beide partijen en mijn betoog komt duidelijk naar voren dat de ontvankelijkheidsvraag zo nauw verweven is met de inhoudelijke kant van de zaak dat een appellabel tussenvonnis ongewenst is.

De wettelijke eisen en de toestemming nader verkend

23. Bij Conclusie van Dupliek legt VZVZ uit dat aan de bezwaren van de Eerste Kamer tegemoet is gekomen door te kiezen voor een opt-in systematiek. Dus, alleen maar meedoen als daarmee uitdrukkelijk is ingestemd. Daarmee lijkt te kous af voor VZVZ. Opmerkelijk is dat VZVZ in de dupliek vervolgens wel acht keer opmerkt dat men de mogelijkheid heeft de toestemming in te trekken, bepaalde gegevens niet beschikbaar te stellen of bepaalde zorgverleners uit te sluiten. Daarmee bevestigt VZVZ precies het juridische gebrek van het LSP-ontwerp: het systeem is gebouwd van breed naar smal, in plaats van andersom. Er is sprake van een brede onbepaalde toestemming, die op onderdelen weer beperkt kan worden; in feite toch een opt-outsysteem. Je zit erin en je moet vervolgens je best doen om het te beperken. Dat verdraagt zich niet met de

proportionaliteit en subsidiariteit als uitgangspunten van de privacyregelgeving. Dat patiënten autonomie hebben en “*in control*” zouden zijn over de uitwisseling, zoals VZVZ stelt, is een gotspe; patiënten geven toestemming en “het systeem” bepaalt vervolgens wat er wel en niet beschikbaar gesteld wordt, *niet* de huisarts, *niet* de patiënt.

24. Het verwerken van medische persoonsgegevens eist maatwerk. VZVZ biedt echter een ruim confectiepak aan “*one size fits all*” en als het een maatje minder moet, mag u het zeggen. Daar moet u dan wel aan denken en vervolgens ook nog eens erg uw best doen om de gewenste beperkingen aan te brengen. Dat is niet de benadering die voortvloeit uit het EVRM en de Wbp. Het juridische uitgangspunt van medische gegevensuitwisseling is “nee, tenzij”. Hier is het “ja, tenzij uitgezonderd”. De voorwaarden waaronder medische gegevens verwerkt kunnen worden zijn strikt en streng. VZVZ gaat met die eisen soepel en makkelijk om, te gemakkelijk en zelfs zodanig dat het onrechtmatig is. VZVZ slaat de spijker op zijn kop waar zij in onderdeel 10.5 van haar dupliek stelt dat het uitgangspunt is dat afgewogen moet worden welke gegevens in voorkomend geval van belang zijn. Dat gebeurt echter niet. Het systeem genereert een standaard-set gegevens, waarvan niet vaststaat dat die noodzakelijk zijn in het specifieke geval.
25. Zoals in de stukken toegelicht, eist de wet uitdrukkelijke toestemming. De eenmalige onbepaalde toestemming, die niet specifiek is toegespitst op de actuele zorgbehoefte en bovendien ook nog eens een toekomstige werking heeft, kan niet als legitimatie voor doorbreking van het beroepsgeheim beschouwd worden. In feite kan de vraag waarvoor de patiënt toestemming geeft niet eens beantwoord worden, omdat hij niet weet waartoe de toestemming zich uitstrekt. Het LSP voorziet in een door het systeem gegenereerde professionele samenvatting van de laatste vier maanden of, als de patiënt minder vaak bij de huisarts is geweest, van de laatste vijf consulten. Zou de toestemming alleen voor het verleden werken, is de vraag of de patiënt nog precies weet wat hij de laatste vijf consulten heeft besproken met zijn huisarts. Zou u het nog weten? Door die vraag te stellen is de kans bovendien groot dat u de volgende keer dat u de huisarts bezoekt toch terughoudender bent dan u anders zou zijn, omdat u

zich ervan bewust bent dat hetgeen daar besproken is niet zo veilig is als voorheen. Het is echter nog erger: door het eenmalige karakter van de toestemming heeft deze ook toekomstige werking. De patiënt geeft toestemming voor iets waarvan hij op dat moment nog niet weet wat het betreft. Ik roep in dit verband het arrest van de Hoge Raad van 12 augustus 2005¹⁰ in herinnering, waarin de HR heeft bepaald dat de betrokkene geen afstand van zijn privacyrecht kan doen als hij op het moment van beslissen nog niet weet wat daardoor bestreken wordt. Die norm heeft ook hier te gelden.

26. Juist waar het gaat om zulke gevoelige materie als medische persoonsgegevens, vallend onder artikel 8 van het EVRM, het verwerkingsverbod van artikel 16 van de Wbp en de reikwijdte van drie verschillende wettelijke bepalingen over het beroepsgeheim, *moet* van VZVZ geëist worden dat zij een juridisch deugdelijk toestemmingsvereiste hanteert. Dat doet zij niet en dat maakt haar handelwijze onrechtmatig, zowel jegens patiënten als jegens huisartsen. De toestemming in het huidige systeem voldoet in elk geval niet als legitimatie voor doorbreking van het beroepsgeheim. Dat klemmt temeer nu het hier om een grootschalig landelijk systeem gaat. De website www.specifieketoestemming.nl probeert mensen hierop te wijzen en is in korte tijd ondersteund door een reeks van organisaties en personen die het belang van privacybescherming en het medisch beroepsgeheim onderschrijven.
27. Ook vanuit de Wbp voldoet de toestemming niet. De Wbp kent twee typen toestemmingen: de ondubbelzinnige voor de verwerking van algemene persoonsgegevens en de uitdrukkelijke toestemming voor o.a. medische persoonsgegevens, voor de verwerking waarvan in beginsel een verbod geldt, maar waarop door uitdrukkelijke toestemming een uitzondering gemaakt kan worden.
28. Ten aanzien van de 'ondubbelzinnige toestemming' bepaalde de wetgever dat duidelijk moet zijn welke verwerking, van welke gegevens, voor welk doel zal plaatsvinden en, als het gaat om verstrekking aan derden, aan welke derden.

¹⁰ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3477, NJ 2009/341, JA 2005/94, GJ 2005/104, RvdW 2005/90, VR 2005/158.

Een brede onbepaalde machtiging is niet toereikend.¹¹ Reeds aan die basiseisen is niet voldaan: omdat het niet bekend is welke gegevens worden verstrekt, staat niet vast of de gegevensverstrekking passend en noodzakelijk is voor het beoogde doel én staat niet vast met welke derden gegevens worden gedeeld. Vanwege het eenmalige, generieke karakter van de toestemming voldoet deze al niet aan de eis van artikel 8 Wbp. Daarbij komt dat aan toestemming voor verwerking van medische persoonsgegevens nog zwaardere eisen worden gesteld. Uitdrukkelijke toestemming als bedoeld in artikel 23 lid 1 onder a Wbp is een aanscherping van ondubbelzinnige toestemming zoals bedoeld in artikel 8 eerste lid Wbp. Er moet sprake zijn van *'informed consent'*¹², het zal duidelijk moeten zijn dat de betrokkene het gebruik van gegevens daadwerkelijk zelf heeft gewild en voldoende geïnformeerd is geweest om de reikwijdte van zijn toestemming te overzien. Hij mag niet voor verrassingen worden gesteld.¹³

29. In de huidige constellatie waarvoor VZVZ verantwoordelijk is in de zin van de Wbp, is aan die eisen niet voldaan. Van echte *informed consent* kan niet gesproken worden. Dat hebben eisers reeds uitvoerig toegelicht in de stukken en daar heeft VZVZ onvoldoende tegenover gesteld. Het kan niet uitblijven dat patiënten wel degelijk voor onaangename verrassingen komen te staan als zij merken dat dat waarvan zij dachten het in vertrouwen met de huisarts te hebben besproken, ook bij een medisch specialist of de huisartsenpost bekend is. Zelfs VZVZ zelf lijkt niet te overzien wie wel en niet toegang hebben tot het LSP. In 2.11 van de CvD stelt zij dat er categorieën van zorgaanbieders zijn die geen toegang hebben tot het LSP. Zij noemt daar als voorbeeld de psychiaters. Een psychiater is echter een medisch specialist¹⁴ en medisch specialisten hebben wel degelijk toegang tot het LSP. Als zelfs VZVZ de reikwijdte niet overziet, hoe is dat dan voor de gemiddelde patiënt?
30. Omdat de toestemming generiek is en de informatie-uitwisseling niet beperkt is tot de specifieke actuele zorgbehoefte, kan er van alles bekend worden aan een

¹¹ TK 1997-1998, 25 892, nr. 3, p. 65.

¹² Vgl. Opinion 15/2011 van de Article 29 Data Protection Working Party, 01197/11/EN, WP187. Key elements of consent: indication, freely given, specific, unambiguous, explicit, informed. Vgl. ook WP131, p. 8-9.

¹³ Kamerstukken II 1997-1998, 25 892, nr. 3, p.122.

¹⁴ Zie voor overzicht medische specialismen: <http://knmg.artsenet.nl/Opleiding-en-herregistratie/RGS-1/Opleiding/Medisch-specialist.htm>

ander. Dat is niet aanvaardbaar. Bovendien voldoet het niet om te spreken in categorieën van gegevens, zoals VZVZ betoogt. Spreekuurcontacten zijn een categorie, maar het maakt nogal verschil of de patiënt met een verstuikte enkel op het spreekuur was of met de huisarts in vertrouwen heeft gesproken over klachten samenhangend met spanningen in zijn relatie. Categorisering voldoet hier dus niet.

31. VZVZ zal daarop reageren met de stelling “als de patiënt dat niet wil, kan hij dat aangeven”, maar daarmee gaat VZVZ voorbij aan de kern van het probleem. En daarmee zijn wij terug bij het conceptuele gebrek van het LSP dat het voor patiënten onmogelijk maakt om gericht en geïnformeerd door de betrokken arts toestemming te geven voor het uitwisselen van specifieke medische informatie aan een gekende derde. Dit gebrek maakt het LSP-systeem onverenigbaar met het beroepsgeheim en privacyrechten van burgers. Het beroep op de brief van het CBP van 18 januari 2012 (productie 3 eisers) baat VZVZ niet, omdat het oordeel van het CBP geen betrekking heeft op de praktijk van gegevensuitwisseling en het CBP slechts een oordeel heeft gegeven over organisatorische aspecten van het Doorstartmodel.

Noodzaak, doelbinding, proportionaliteit en subsidiariteit

32. Het is niet voor niets dat het EVRM, de Wbp en de Wgbo zulke zware eisen stellen aan het delen van medische persoonsgegevens. Het gaat om een grondrecht. Daarmee mag en kan niet gemarchandeerd worden. En dat hoeft ook niet als het systeem zou voldoen aan de wettelijke eisen: eerst moet de noodzaak van uitwisseling via een dergelijk grootschalig systeem zijn aangetoond, er moet sprake zijn van welbepaalde doelen en de verwerking van persoonsgegevens moet voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Als medische persoonsgegevens worden verwerkt zonder wettelijke grondslag, dan kan dat uitsluitend op basis van uitdrukkelijke, specifieke toestemming die ertoe leidt dat niet méér gegevens worden verstrekt dan noodzakelijk. VZVZ voldoet niet aan die eisen.

33. Anders dan VZVZ stelt, is niet gewaarborgd dat het systeem recht doet aan de specifieke zorgbehoefte. “Het systeem” kan de juistheid en relevantie van beschikbare gegevens niet beoordelen, zoals een professional dat wel kan. De arts die de patiënt en de context van de opvraag kent kan de gegevens filteren. Zulk maatwerk in de vorm van bij de actuele zorgbehoefte passende gegevens, genereert het LSP niet, omdat het systeem werkt met een standaard-format die de Professionele Samenvatting oplevert. “Betere en veiliger zorg” door confectiewerk is een illusie. De via het LSP verkregen informatie kan teveel zijn waardoor de privacy onnodig geschaad wordt, het kan juist ook te weinig zijn, waardoor essentiële gegevens worden gemist. Dit levert geen bijdrage aan betere zorg. Dat elektronisch uitwisselen per definitie veiliger zorg zou opleveren blijkt in de praktijk een illusie. Zo stond onlangs in Medisch Contact dat het verplichte elektronisch voorschrijven van geneesmiddelen juist medicatiefouten bevordert.¹⁵
34. Geen overtuigende noodzaak, geen doelbinding door gebrek aan maatwerk, geen gerichte professionele uitwisseling. Kortom, dit systeem voldoet niet aan de eisen van het EVRM resp. de Wbp. Eisers hebben met inhoudelijke argumenten de noodzaak en doelbinding van het voorliggende informatie-uitwisselingssysteem bestreden. Opmerkelijk is dat daar nauwelijks inhoudelijk verweer op teruggekomen is. Ik vraag daarvoor uw nadrukkelijke aandacht omdat deze eisen wezenlijk zijn in het kader van de rechtmatigheidstoets.
35. Zoomen we iets verder in op dit punt, dan heeft de VZVZ ook niet veel argumenten. Daar waar de redenering van VZVZ zo vanzelfsprekend en overtuigend lijkt, “het is goed als andere hulpverleners uw actuele gezondheidsgegevens kennen”, kan deze bij nadere beschouwing geen stand houden. De vraag is immers, noodzakelijk waarvoor? VZVZ zal zeggen “voor de gezondheidstoestand van de patiënt”. Maar klopt dat? Nee. Als het gaat om informatiebehoefte in waarneemsituaties kan er uitgewisseld worden, ook zonder toestemming van de patiënt: zie artikel 7:457 lid 2 BW. Daar hebben we dit systeem niet voor nodig en kan volstaan worden met verbeterde bestaande regionale informatiesystemen zoals OZIS. In acute situaties dan? In dat geval

¹⁵ C. Nyst, Meer medicatiefouten door slechte software, Medisch Contact 2014, 13, p. 642.

verdient het de voorkeur de patiënt te helpen in plaats van in te loggen in het LSP. Als het niet om die situaties gaat, welke noodzaak is er dan wel? Misschien voor ouderen en chronisch zieken, maar daarvoor is echt niet noodzakelijk dat heel hulpverlenend Nederland aansluiting heeft op één landelijke centraal computersysteem en 16,8 miljoen mensen toestemming geven om hun gegevens opvraagbaar te maken voor iedereen die over een UZI-pas beschikt. Dus ook hier: geen noodzaak, geen proportionaliteit en subsidiariteit. Als dan ook de doelen niet scherp afgebakend zijn – en dat zijn ze niet, nu VZVZ hierover slechts in algemeenheden spreekt – dan is de conclusie dat dit een landelijke moloch is die niet aan de eisen van het EVRM resp. de Wbp voldoet en huisartsen belemmert hun beroepsgeheim na te leven.

Grootschaligheid in relatie tot risico's

36. Een grootschalig landelijk uitwisselingssysteem brengt naar zijn aard risico's mee. Zoals in de stukken is uiteengezet zijn die risico's van uiteenlopende aard, maar brengen ze alle mee dat zeer persoonlijke informatie terecht kan komen bij mensen die er niets mee te maken hebben.

Binnen de zorg:

- omdat ook bij gebruik binnen de door VZVZ opgestelde spelregels niet op voorhand vaststaat dat de gegevens voor de actuele zorgbehoefte van de patiënt noodzakelijk zijn
- omdat men te gemakkelijk omgaat met UZI-passen en dit een risico vormt voor onopgemerkte onbevoegde toegang tot patiëntengegevens
- omdat uitbreiding tot ketenzorg nu al geconcretiseerd wordt en daarmee het risico op kennisneming van medische gegevens in een nog veel bredere kring aanzienlijk wordt vergroot.

Maar ook buiten de zorg:

- omdat *hacking* en *phishing* expedities verleidelijk en niet te vermijden zijn.¹⁶ Niet voor niets zullen BN'ers huiverig zijn voor het geven van toestemming;

¹⁶ Onlangs werd bekend dat de zorg in 2013 internationaal de meeste cyberaanvallen en data-lekken te verwerken heeft gehad: 37% van alle onbevoegde acties had betrekking op de zorg. Nederland staat inmiddels op de vierde plaats van de ranking van Threat Source Countries. Zie Symantic, Internet Security Threat Report 2014.

- omdat het installeren van *malware* met crimineel oogmerk (chantage) dan wel voor illegale doeleinden (verleidelijk voor werkgevers en verzekeraars) niet uitgesloten kan worden en moeilijk te traceren valt;
- vanwege de Patriot Act en het feit dat VZVZ met een Amerikaans bedrijf (CSC) in zee is gegaan, waardoor vordering van gegevens door de VS niet kenbaar is, noch voor VZVZ noch voor het CBP als toezichthouder (zie productie 34)¹⁷.

Het feit dat er geen sprake is van *end-to-end*-authenticatie (de houder van het brondossier kan de identiteit van de opvragende partij niet controleren) en geen *end-to-end*-versleuteling (de gegevens zijn bij doorgifte via het centrale LSP-systeem onversleuteld) maakt het systeem onnodig kwetsbaar. Het gaat dan niet alleen om de aard van het risico en de kans dat het zich voordoet, maar ook om het gevolg indien het risico zich verwezenlijkt. Dat dat gevolg ingrijpend en maatschappelijk onaanvaardbaar zal zijn, behoeft geen betoog.

37. Bovendien voldoet de gekozen constructie ook niet aan de NEN7512 die beveiliging van gebruiker tot gebruiker eist: zender en ontvanger *moeten* elkaars identiteit kunnen vaststellen, gegevens *moeten* tijdens het transport op geen enkele wijze kunnen worden gewijzigd en gegevens *moeten* geen ander dan de geadresseerde ontvanger kunnen bereiken. Bij deze *end-to-end* beveiliging kan geen enkele schakel in de gegevens kijken. Het LSP-systeem voldoet niet aan die criteria. Dat is precies waar eisers bezwaar tegen hebben. Waarom zouden eisers moeten vertrouwen op VZVZ resp. het LSP als tussenschakel? Het is niet nodig (passende *end-to-end*-communicatiekanalen zijn mogelijk), niet wenselijk (want risicovol) en bovendien niet overeenkomstig de toepasselijke veiligheidseisen (NEN7512:2005). Dat de software van het LSP het niet *toestaat* dat gegevens worden opgevraagd, zoals VZVZ stelt, wil niet zeggen dat het feitelijk niet zou kunnen gebeuren. Dat kan wel als er *malware* wordt geïnstalleerd of de programmering van het LSP wordt gewijzigd.
38. VZVZ wijst in haar conclusie van dupliek op de veiligheidswaarborgen. Dat zijn er veel, maar *alles achteraf* en daar heb je dus niets aan als het jouw gegevens

¹⁷ Vgl. ook TK 2013-2014, 33 509, nr. 11, p. 10, waarin de minister op dit punt spreekt van een mogelijk conflict van wetgeving.

betreft. De medische gegevens zijn dan al in verkeerde handen, het staat al op internet of in een computer waarin ze niet behoren te staan. Dan kan een zorginstelling een medewerker die slordig is omgegaan met zijn UZI-pas wel ontslaan, VZVZ stappen nemen op basis van contracten, het CBP een bestuurlijke boete opleggen wegens schending van de Wbp of het OM optreden tegen computervredebreuk – als de dader al te traceren zou zijn – maar het leed is al geschied. De privacy-schending is een feit en de patiënt staat in al zijn kwetsbaarheid te kijk. Bovendien moet bedacht worden dat personen te kwader trouw zich niet aan gebruikers-overeenkomsten of andere afspraken houden. De waarborgen hebben dus maar een zeer beperkte betekenis.

39. Eveneens een feit is dat dan de huisarts kritisch bevraagd of zelfs aangeklaagd kan worden voor schending van zijn of haar beroepsgeheim. Of dat terecht is hangt af van de concrete omstandigheden van het geval, maar waar het hier om gaat is dat huisartsen die kritisch nadenken over de *ins and outs* van het LSP zodanige risico's zien dat zij verschoond willen blijven van participatie aan dit systeem. Het LSP is onnodig, onwenselijk, risicovol en naar juridische maatstaven gemeten onrechtmatig. Voortbordurend op de correctie-Langemeijer handelt VZVZ, als verantwoordelijke voor het LSP, wel degelijk onrechtmatig jegens de eisers-huisartsen door willens en wetens een systeem aan te bieden dat het huisartsen onmogelijk maakt om verantwoordelijkheid te nemen voor de uitwisseling van medische persoonsgegevens overeenkomstig de juridische eisen en hen bijgevolg kwetsbaar maakt voor de gevolgen daarvan. Daarvoor bestaat geen geschreven regel, maar dat neemt niet weg dat dit jegens huisartsen hoogst onzorgvuldig en niet aanvaardbaar is en daarmee onrechtmatig jegens hen.

Nog enkele punten van weerspreking van de dupliek

- de Governancestructuur

40. Over de inrichting van de interne organisatie en de governance is van alles te zeggen, maar dat zal ik niet doen. Ik beperk mij hier tot de door eisers gestelde

onwenselijke mogelijkheid van het inroepen van bindend advies door externen.¹⁸ Daarvan zegt VZVZ dat het “leuk gevonden is, maar evident onjuist”. Leuk gevonden, onjuist? Het staat letterlijk in haar eigen Businessplan (productie 5, p. 78). Bovendien valt niet in te zien dat de Statuten van Stichting Servicecentrum Zorg de mogelijkheid van het inwinnen van extern bindend advies zouden uitsluiten. Waarom dat bindend advies in voorkomend geval geen betrekking zou kunnen hebben op de wijze van gegevensverwerking valt evenmin in te zien. Die beperking staat niet te lezen in het Businessplan. Eens te meer is het een bewijs dat VZVZ de professionele autonomie van huisartsen op onaanvaardbare wijze beperkt.

- Parallel: de procedure over diagnose-informatie op de declaratie

41. VZVZ vergroot de verschillen tussen die procedure en de onderhavige uit, maar laat na in te gaan op de materieelrechtelijke overeenkomsten en dat is jammer, want die zijn er wel degelijk. Ze zullen VZVZ echter niet zo best uitkomen. Ik citeer één rechtsoverweging (5.23) uit de aangehaalde uitspraak¹⁹ die de parallel zonder meer duidelijk maakt: “(...) *in aanmerking (dient) te worden genomen dat het individuele belang dat gemoeid is met eerbiediging van het privéleven, de status van grondrecht (artikel 10, eerste lid, Grondwet) heeft en in artikel 8 EVRM is verankerd. Door het verband tussen het medisch beroepsgeheim en het in artikel 8, eerste lid, EVRM neergelegde grondrecht – waar het, zoals in de hier aan de orde zijnde gevallen, medische persoonsgegevens betreft – werkt het toetsingskader van artikel 8 EVRM door in de beoordeling van het gewicht dat toekomt aan de door appellanten naar voren gebrachte belangen. Zoals ook uit de eerdere uitspraak volgt, moet daarbij meer in het bijzonder worden gedacht aan het belang dat appellanten hebben uit hoofde van een deugdelijke uitoefening van hun beroepspraktijk.*” Hiermee heeft het CBb het samenhangende belang van patiënten en artsen bij een zorgvuldige omgang met geheimhouding van medische gegevens helder verwoord.

Inzet van de procedure: de vorderingen

¹⁸ Dagvaarding punt 24.

¹⁹ CBB 8 maart 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV8297, GJ 2012/57, m.nt. prof.mr. T.M. Schalken, rov. 5.23.

42. De vorderingen van eisers zijn er dan ook op gericht om - nu het nog kan - deze moloch een halt toe te roepen, linksom of rechtsom. De onderbouwing van de vorderingen: het onrechtmatige handelen van VZVZ als verantwoordelijke, is in de stukken gegeven en vandaag nader toegelicht, waarmee de contra-argumenten van VZVZ zijn weersproken.
43. Als de huisarts zijn deur al open wil doen, dan op gepaste momenten en als hij zeker weet dat er aan de andere zijde van de deur een collega of andere betrouwbare hulpverlener staat in wiens handen hij de gegevens van zijn patiënten stelt. Daar is niets betuttelends aan, zoals VZVZ de opstelling van de huisartsen wil *ramen*, dat is op een professionele wijze omgaan met professionele waarden en zuinig zijn op het hoogste goed in de relatie arts-patiënt: het vertrouwen en het geheim van de spreekkamer.
44. Het is om die reden dat niet op de ingeslagen weg moet worden voortgegaan, maar nagedacht moet worden over een systeem dat wél past binnen artikel 8 EVRM en de Wbp, noodzaak, doelbinding, subsidiariteit en proportionaliteit en het medisch beroepsgeheim respecteert. Dat kan door zowel de *arts* als de *patiënt* een actieve en exclusieve rol te geven in het op een *verantwoorde, specifieke wijze* delen van *specifieke gegevens* met *specifieke derden*. Dat VZVZ heeft nagelaten een dergelijk alternatief te onderzoeken, maakt niet dat het niet zou kunnen. Het *kan wel* en het *moet* ook wil een elektronisch uitwisselingsstelsel in overeenstemming zijn met het recht.

Conclusie

45. Tot toewijzing van het gevorderde met veroordeling van VZVZ in de proceskosten.

Deze zaak wordt behandeld door mr. A.C. de Die, Velink & De Die advocaten, Postbus 17390, 1001 JJ Amsterdam, dossiernr. D100186.