

*Dilemma in Pemba-zaken*

# Geheimhouding ten opzichte van cliënt-werkgever

De administratieve rechter kan in procedures over premiedifferentiatie in de WAO bepalen dat kennisname van medische gegevens van een werknemer is voorbehouden aan een advocaat die optreedt als gemachtigde van de werkgever. Maar een advocaat kan zich niet naar beste vermogen voor zijn cliënt inzetten als hij die kennis vervolgens niet in verwante procedures mag gebruiken.

mr. J.P.M. van Zijl  
advocaat te Tilburg3

Sinds de invoering van de wet Pemba per 1 januari 1998 is de WAO-uitkering die aan een werknemer wordt toegekend, van invloed op de hoogte van de gedifferentieerde WAO-premie die een werkgever moet betalen. In het kader van de berekening van de hoogte van die premie wordt – met een vertraging van twee jaren – aan de werkgever het bedrag van de WAO-uitkering toegerekend, die gedurende de eerste vijf jaar wordt uitbetaald aan de werknemer die op het moment van het intreden van de arbeidsongeschiktheid tot de werkgever in (werkelijke of fictieve) dienstbetrekking stond. Daarbij doet niet ter zake of de werkgever een verwijt gemaakt kan worden van het intreden (al dan niet arbeidsgerelateerde oorzaak van de arbeidsongeschiktheid) of voortduren (reïntegratie) van de arbeidsonge-

schiktheid van de werknemer. Ook is niet van belang of en hoe lang de arbeidsovereenkomst na de dag van het intreden van de arbeidsongeschiktheid heeft voortgeduurd.

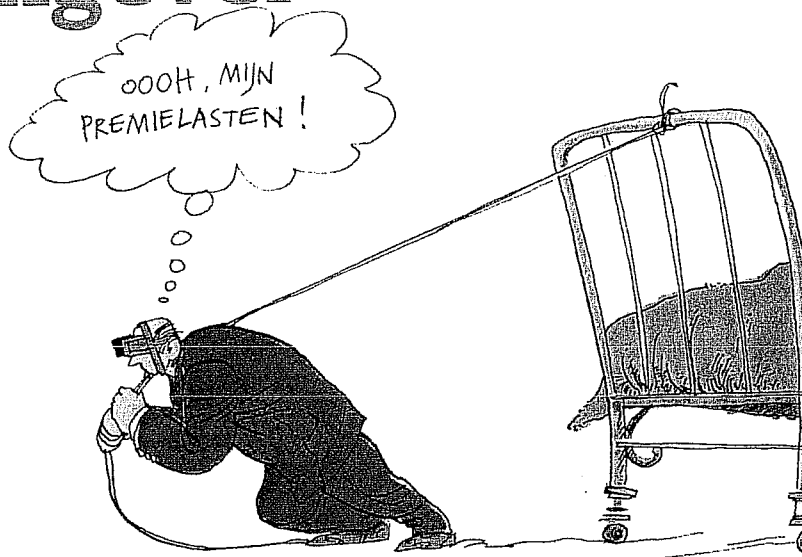
Omdat die vijf jaar uitkering doorgaans in zes kalenderjaren vallen, ondervindt de werkgever die invloed doorgaans in zes kalenderjaren. Die invloed is niet te onderschatten. De kosten van de premieverhoging zijn voor een kleine werkgever al gauw net zo groot als het grootste deel van de WAO-uitkering in die vijf jaren. Juist bij een kleine werkgever komt een dergelijke kostenpost hard aan. Grotere werkgevers<sup>1</sup> betalen uiteindelijk meestal meer dan het bedrag van de WAO-uitkering in de eerste vijf jaren. En als de loonsom van een grote werkgever in de loop van de jaren een beetje behoorlijke stijging ondergaat, bedragen de kosten van de premieverhoging al gauw het dubbele van het bedrag van de WAO-uitkering in de eerste vijf jaren.

## Toekenningsbeslissing

Het is dan ook geen wonder dat werkgevers hebben gezocht naar mogelijkheden om door middel van juridische procedures te ontkomen aan de gevolgen van de premiedif-

ferentiatie in de WAO. Door de bepaling van art. 87e WAO<sup>2</sup> dienen werkgevers hun pijlen daarbij in eerste instantie en vooral te richten op het besluit tot toekenning van een WAO-uitkering aan een (ex-)werknemer. In navolging van de malus-uitspraak van de Centrale Raad van Beroep<sup>3</sup> hebben werkgevers dat vooral gedaan door inzicht te eisen in de motivering die ten grondslag heeft gelegen aan de beslissing tot toekenning van de WAO-uitkering.

De malusregeling is destijds gestruikeld op het feit dat de werkgever volgens de Centrale Raad van Beroep recht had op inzicht van de medische gegevens die ten grondslag hadden gelegen aan het besluit tot toekenning van de WAO-uitkering, terwijl de bedrijfsverenigingen die motivering in verband met privacybescherming slechts konden geven met toestemming van de desbetreffende werknemer. Voor de premiedifferentiatie in de WAO had de regering voor dit probleem een oplossing bedacht in de vorm van de 'arts/gemachtigde'. Art. 88c WAO bepaalt dat de inzage in de medische gegevens door de werkgever (behoudens toestemming van de werknemer) slechts wordt gegeven aan een arts die door de werkgever





zijn gemachtigde wordt aangewezen. Deze arts is ten opzichte van de werkgever gebonden aan zijn medisch beroepsgeheim. De arts/gemachtigde treedt in bezwaar en beroep aan de plaats van de werkgever.

### En grote problemen

In zijn uitspraak van 20 juli 2001 (USZ 2001/199; RSV 2001/205)<sup>4</sup> heeft de Centrale Raad van Beroep bepaald dat aan de arts door de werkgever uit art. 6 EVRM voortvloeiende elementaire eisen ten aanzien van een eerlijk proces niet wordt voldaan door middel van de regeling van de arts/gemachtigde, maar dat daaraan wel wordt voldaan als de administratieve rechter met toepassing van art. 8:32 lid 2 Awb bepaalt dat de inzage in, en wel de kennisname van de medische gegevens van de werknemer is voorbehouden aan een gemachtigde van de werkgever die arts of advocaat is, dan wel van de rechter bij andere toestemming heeft gekregen en die voorzover het de medische aspecten betreft) de plaats van de werkgever treedt.<sup>5</sup> De Raad erkent daarbij dat de werkgever op deze wijze nog steeds niet op gelijke voet als de werknemer en het bestuursorgaan aan het proces zal kunnen deelnemen, maar is van

mening dat het resterende verschil in behandeling de werkgever niet in een wezenlijk nadeliger positie brengt ten opzichte van de andere partijen, zodat geen sprake meer is van schending van het vereiste van de 'equality of arms'.

De geheimhouding die de Centrale Raad van Beroep aan de advocaat<sup>6</sup> ten opzichte van zijn cliënt (de werkgever) wenst op te leggen, kan de advocaat in grote problemen brengen. Volstrekt onduidelijk is namelijk hoe ver deze geheimhouding strekt. Art. 8:32 lid 2 bepaalt slechts dat 'de kennisname aan de advocaat is voorbehouden'. Maar mag de advocaat de kennis die hij in een procedure met betrekking tot het besluit tot toekenning van de WAO-uitkering (het uitkeringsbesluit) opdoet, gebruiken in een latere procedure met betrekking tot het besluit tot verhoogde vaststelling van de gedifferentieerde WAO-premie (het premiebesluit)? Dit kan bijvoorbeeld relevant zijn als de werkgever wil betwisten dat de arbeidsongeschiktheid is ingetreden op een moment dat de werknemer tot hem in dienstbetrekking stond<sup>7</sup>. Het lijkt mij dat het de advocaat vrij moet staan om de kennis ten aanzien van de medische gegevens die is opgedaan tijdens een procedure met betrekking tot het uitkeringsbesluit te gebruiken in een procedure ten aanzien van het premiebesluit. Zou dat niet mogen, dan zou immers geen sprake zijn van adequate rechtsbescherming van de werkgever ten aanzien van het premiebesluit.

### Schending?

Een verdergaande vraag is of de advocaat die tijdens een procedure met betrekking tot een uitkeringsbesluit opgedane kennis over medische gegevens mag gebruiken in een civiele procedure tegen de werknemer. Bijvoorbeeld als de vraag aan de orde is of en in hoeverre de werkgever verplicht is tot loondoorbetaling. Of als in een kennelijk onredelijk-ontslagprocedure na opzegging wegens langer dan twee jaar durende arbeidsongeschiktheid de vraag aan de orde is of en in hoeverre de

arbeidsongeschiktheid van de werknemer verband houdt met de verrichte werkzaamheden. Schendt de advocaat de hem door de administratieve rechter opgelegde geheimhoudingsverplichting als hij met betrekking tot de medische gegevens mededelingen doet aan de burgerlijke rechter? Ik twijfel hierover. Als hij zijn geheimhoudingsverplichting daardoor zou schenden kan de advocaat in een onmogelijke positie komen te verkeren. Het zou kunnen dat hij beschikt over gegevens waarmee hij de stellingen van de werknemer kan weerleggen, maar hij mag deze niet gebruiken. En als de advocaat zijn geheimhoudingsverplichting niet zou schenden door de medische gegevens te gebruiken in een civiele procedure tegen de werknemer, hoe bereikt hij dan dat de werkgever niet door het vonnis van de burgerlijke rechter of via het verhandelde ter terechtzitting toch nog kennisneemt van de geheim te houden medische gegevens? Ten aanzien van de burgerlijke rechter gelden immers geen bepalingen als die van art. 88d en 88e WAO (scheiding van medische gegevens van andere gegevens in processtukken) en die van art. 88h WAO (onderzoek ter zitting achter gesloten deuren).<sup>8</sup>

Een nog weer verdergaande vraag is of de advocaat van de werkgever die tijdens een procedure met betrekking tot een uitkeringsbesluit opgedane kennis met betrekking tot medische gegevens mag gebruiken in een civiele procedure van de werkgever tegen een derde. Bijvoorbeeld als het gaat om het verhaal van de schade die de werkgever heeft geleden als gevolg van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer op degene die schuldig is aan de arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Omdat bij deze procedure een derde betrokken is, zou de advocaat of procesgemachtigde mijns inziens de hem opgelegde geheimhoudingsplicht schenden door de medische gegevens in deze procedure te gebruiken. Maar dan doet zich wel het hiervoor al genoemde probleem voor dat de

**Mag de advocaat de bij het uitkeringsbesluit opgedane kennis over medische gegevens gebruiken in een procedure tegen de werknemer?**

advocaat zich in deze procedure niet naar beste vermogen kan inzetten voor zijn cliënt. Hij mag immers bepaalde, hem wel bekende en mogelijk zeer relevante gegevens, niet ten behoeve van zijn cliënt aanwenden.

### Straatsburg

De consequenties van toepassing van art.

8:32 lid 2 Awb zijn bij zorgvuldige overdenking zodanig ongewenst, dat toepassing daarvan ten opzichte van een werkgever in een procedure met betrekking tot medische besluiten achterwege zou moeten blijven. Dat zou ook in overeenstemming zijn met de bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit art. 88g WAO.<sup>9</sup> Indien de Nederlandse rech-

ter niet voldoende oog heeft voor de onaanvaardbare consequenties van toepassing van art. 8:32 lid 2 Awb en indien ook de wetgever niet overgaat tot aanpassing van de wet, zal het heil moeten komen van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg.

### Noten

- 1 In de zin van de wet Pemba is in het jaar 2002 een grote werkgever, degene die in het jaar 2000 een premieplichtige loonsom had van f 750.000 of meer.
- 2 Volgens deze bepaling dienen grieven van de werkgever betreffende het recht op of de hoogte van de WAO-uitkering gericht te worden tegen het besluit tot toekenning van die uitkering, en niet tegen het latere besluit tot verhoogde vaststelling van de gedifferentieerde WAO-premie.
- 3 CRvB 15 februari 1995, RSV 1996/214
- 4 Besproken in het *Advocatenblad* 2002-2, 25 januari 2002, p. 78 e.v. door mr. drs. S.F.H. Jellinghaus en in *Sociaal Recht* 2001-11, blz. 293 e.v. door mevrouw mr. M.J.A.C. Driessen. Ik zie hier af van commentaar op het oordeel dat bij toepassing van art. 8:32 lid 2 Awb van strijd met het recht op een eerlijk proces geen sprake meer is.

- 5 Eerder al had de Centrale Raad van Beroep in zijn uitspraak van 15 februari 1995, RSV 1996/214 ten aanzien van de malus al een mogelijke rol toebedacht aan art. 8:32 lid 2 Awb, maar na de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 28 mei 1998, RSV 1998/173 en na de afschaffing van de malusregeling per 1 juli 1995 bij de wet van 2 november 1995 tot afschaffing van de malus en bevordering van de reïntegratie (Wet Amber), is het tot daadwerkelijke toepassing van art. 8:32 lid 2 Awb (voorzover bekend) niet meer gekomen.
- 6 Daaronder is hierna ook begrepen de procesgemachtigde met bijzondere toestemming van de rechtbank in de zin van art. 8:31 lid 2 Awb.
- 7 In de zin van art. 4 van het Besluit premiedifferentiatie WAO.

- 8 Zie omtrent dit laatste echter: Centrale Raad van Beroep van 25 februari 1998, USZ 1998/69.
- 9 Dit artikel heeft de Centrale Raad van Beroep in zijn eerdergenoemde uitspraak van 20 juli 2001 eveneens buiten toepassing verklaard, zonder zich daarbij te bekommeren om de uitdrukkelijke afweging die de wetgever in dat art. heeft gemaakt tussen het recht van de werkgever op een eerlijk proces en het recht van de werknemer op privacybescherming, waar het de medische gegevens betreft.

(advertentie)

## De Meesterpinguïn 2 komt eraan

ISBN 90 268 4058 6, 124 pagina's, € 15,-. Vanaf 20 september verkrijgbaar in de boekhandel, op 27 september, tijdens de vijfzigste Ordevergadering, in de stand van Advocaten voor Advocaten en via Kluwer: telefoon: 0570-673449, fax: 0570-691555, mail: juridisch@kluwer.nl