

Gaan alle geheimen mee in het graf?

Veeru Mewa *

Medische ingrepen kunnen leiden tot het overlijden van patiënten. Naast het intense verdriet van de nabestaanden is er in zo'n geval bij hen vaak ook sprake van veel onbegrip, vooral als het ging om een op zichzelf simpele ingreep. Als nabestaanden de uitleg die de arts(en) geven niet (kunnen) aanvaarden, schakelen zij vaak (noodgedwongen) een belangenbehartiger in, die namens hen kan trachten te achterhalen hoe het overlijden heeft kunnen gebeuren. Voorts kan worden onderzocht of mogelijk iemand civiel- of tuchtrechtelijk verantwoordelijk is te stellen voor het overlijden. Dit kan een moeizaam onderzoek zijn vanwege het beroepsgeheim van artsen. In dit artikel zal worden ingegaan op de problematiek rond het opvragen van het medisch dossier door nabestaanden¹⁾ en op het spanningsveld tussen het medisch beroepsgeheim enerzijds en waarheidsvinding anderzijds. Allereerst wordt het medisch beroepsgeheim onderzocht en worden de vormen waarin dat zich manifesteert gezien: geheimhoudingsplicht, zwijgplicht en verschoningsrecht. Bekeken wordt wat er met het beroepsgeheim gebeurt als de patiënt overleden is. Vervolgens wordt stilgestaan bij de behoeften van nabestaanden na het overlijden van een geliefde: dezen blijken vooral grote behoefte te hebben te weten te komen wat er precies gebeurd is. Daarna wordt onderzocht in welke omstandigheden het medisch beroepsgeheim kan, mag of zelfs moet worden doorbroken. Als laatste wordt aandacht besteed aan het voorontwerp 'Wet cliëntenrechten zorg' (Wcz), waardoor een deel van de problemen zal kunnen worden opgelost.

Het medisch beroepsgeheim

Het recht van de patiënt

Artsen en zorginstellingen²⁾ verzamelen veel informatie over patiënten. Zij hebben een wettelijke 'dossierplicht'. In het medisch dossier moeten aantekeningen worden bijgehouden van de gegevens van en omtrent de patiënt. Hieronder vallen onder andere de operatieverslagen, verpleegkundige verslaglegging, intercollegiale consulten enz.³⁾ In de wet is dit vastgelegd in art. 7:454 BW e.v. In deze wetsartikelen is ook het beroepsgeheim opgenomen, inhoudende dat de hulpverlener ervoor dient te zorgen dat aan 'anderen' dan de patiënt geen inlichtingen over hem⁴⁾ danwel inzage in of afschriften van de bescheiden worden verstrekt. Alleen de patiënt zelf heeft het recht om zijn medisch

dossier op te vragen (art. 7:448 BW jo 7:457 BW⁵⁾).

Het beroepsgeheim vindt zijn grondslag in het algemeen maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen hij aan een hulpverlener als vertrouwenspersoon toevertrouwt, tot een hulpverlener kan wenden⁶⁾. Indien een arts zich hier niet aan houdt, dan is deze daar tuchtrechtelijk op aan te spreken. Hiermee wordt gewaarborgd dat zieken zich niet ervan laten weerhouden geneeskundige hulp te zoeken uit vrees dat hun gegevens (later) openbaar worden⁷⁾. Het beroepsgeheim is nauw verwant aan grondrechten van patiënten, waaronder de artikelen 2, 3 en 8 EVRM, die bescherming bieden aan vele aspecten van het privé-leven⁸⁾. Zo wordt gegarandeerd dat medische, vaak gevoelige, informatie niet bekend wordt bij derden. In beginsel moet het beroepsgeheim als een recht van de patiënt worden geëerbiedigd.

Een patiënt kan het medisch dossier opvragen, dus ook als deze een medische fout vermoedt. Indien de patiënt aangeeft over het medisch dossier te willen beschikken of dit te willen inzien, zal een arts hier gehoor aan moeten geven. Deze zal op duidelijke wijze, en desgevraagd schriftelijk, de patiënt moeten inlichten over zijn gezondheids-toestand en de behandeling. De arts mag de patiënt bedoelde inlichtingen slechts onthouden voor zover het verstrekken ervan kennelijk ernstig nadeel voor de patiënt zou opleveren (art. 7:448 BW).

Een patiënt kan ook een belangenbehartiger en diens medisch adviseur machtigen om relevante medische bescheiden bij de betrokken behandelaars op te vragen⁹⁾. Met een dergelijke machtiging ontslaat de patiënt de arts van het beroepsgeheim, zodat deze alles wat in het kader van de geneeskundige behandelingen bekend is, aan door de patiënt gemachtigde personen kan (moet?) verstrekken (art. 7:457 lid 1 BW¹⁰⁾). Vervolgens kan de belangenbehartiger en/of diens medisch adviseur op basis van het medisch dossier een onderzoek doen naar de verrichte medische behandelingen.

1. Met het opvragen van het dossier van een overledene door diens nabestaanden, wordt in dit artikel als uitgangspunt genomen dat de overledene geen patiënt is die valt onder art. 7:450 en 465 BW (geen minderjarige of ondercuratele gestelde). Daarvoor geldt een ander regime.
2. De wet spreekt van 'hulpverleners'; in dit artikel zal vaak kortheidshalve alleen de arts genoemd worden.
3. Over wat wel en niet tot het dossier behoort zie B. Sluijters en M.C.I.H. Biesaat, De geneeskundige behandelingsovereenkomst, Kluwer: Deventer 2005, p. 66 e.v.
4. Het spreekt voor zich dat hier ook 'haar' kan worden gelezen. De mannelijke vorm zal verder worden gehandhaafd.
5. De Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO) is opgenomen in art. 7:446 t/m 468 BW.
6. HR 2 oktober 1990 NJ 1991, 124 en zeer recent herhaald in HR 26 mei 2009, LJN: BG 5979. Zie ook F. Vellinga-Schootstra en W.H. Vellinga, Positive obligations en het Nederlandse straf(proces)recht, Kluwer: Deventer 2008, p.16 e.v.
7. HR 20 april 2001, NJ 2001, 600.
8. Zie F. Vellinga-Schootstra en W.H. Vellinga, a.w., p. 16.
9. Zie voor informatie meer hierover A.J. Van, Het medisch traject, in: Handboek personenschade, november 2008, p. 4210-11 e.v.
10. Het beroepsgeheim is naast de toepasselijke gedragsregels voor medici en WGBO ook opgenomen in art. 88 Wet Big en art 272 Sr.

* Advocaat te Amsterdam.

Met veel dank aan prof. mr S.D. Lindenberg voor zijn op- en aanmerkingen.

Het verschoningsrecht van de arts

Het is verwarrend dat in verband met het medisch beroepsgeheim vaak gesproken wordt van het verschoningsrecht van artsen, welk recht zelfs beschouwd wordt als een sterk verankerd recht¹¹⁾. Het zou veel juister zijn om te spreken over verschoningsplicht. De arts heeft geen recht op een beroepsgeheim maar, jegens zijn patiënt, een *plicht om te zwijgen*, een *geheimhoudingsplicht*. De arts heeft een verschoningsrecht jegens justitiële autoriteiten, tegenover wie hij anders, bijvoorbeeld als getuige, zou moeten spreken, maar hij heeft dat recht alleen in het belang van de handhaving van zijn plicht het geheim van zijn patiënt te beschermen. De wetgever heeft het belang van de opsporing van strafbare feiten zelfs achtergesteld bij het verschoningsrecht, artikel 272 Sr. Dit artikel geeft artsen een plicht tot zwijgen over al datgene wat hen in de beroepsuitoefening bekend is geworden.

Maar wat, als de patiënt is overleden?

De heersende opvatting is dat ook na overlijden van een patiënt het beroepsgeheim van kracht blijft. Probleem is dat de overledene niet meer in staat is om de behandelend artsen van het beroepsgeheim te ontslaan en het dossier aan derden ter beschikking te stellen. In de praktijk komt het vaak voor dat artsen en ziekenhuizen in een dergelijk geval een beroep doen op het beroepsgeheim en zodoende het medisch dossier niet aan de nabestaanden ter beschikking stellen. Het is overbodig te zeggen dat het voor nabestaanden onverteerbaar is als een ziekenhuis beschikt over feitelijke informatie over wat er tijdens een medische ingreep is gebeurd, maar deze informatie niet aan hen ter beschikking wil stellen. Dat dit niet wenselijk is, spreekt voor zich. Al was het alleen maar omdat artsen en ziekenhuizen hiermee een onderzoek naar hun handelen kunnen blokkeren, hetgeen in sommige gevallen tot misbruik van het beroepsgeheim zou kunnen leiden. Hiermee wordt niet gesuggereerd dat dit schering en inslag is, maar er zijn praktijkvoorbeelden bekend waar vermoed wordt dat het beroepsgeheim misbruikt wordt om een nader onderzoek naar het medisch handelen te dwarsbomen. Het is echter niet zo dat een arts het dossier mag achterhouden omdat hij niet gehouden zou zijn mee te werken aan bewijslevering tegen zichzelf, want zo'n regel bestaat in het civiele recht niet¹²⁾. Vaak wordt dit genegeerd. Belangrijker is nog dat deze gedachtegang uitgaat van de verkeerde premisse dat het beroepsgeheim een *recht* van de arts zou zijn, waarop de arts zich naar believen zou mogen beroepen. Zoals gezegd: het gaat om een recht *van de patiënt* en een plicht van de arts om te zwijgen.

Het Openbaar Ministerie heeft weliswaar sterke juridische (dwang) middelen om feiten over het overlijden na medisch handelen te achterhalen, maar artsen kunnen in beginsel hun beroepsgeheim (verschoningsrecht) tegen het Openbaar Ministerie inroepen (art. 272 Sr). Zelfs als de bewuste arts verdachte is in een strafrechtelijk onderzoek en zijn medisch handelen onderwerp is van dat onderzoek, hoeft de arts het medisch dossier van de overledene in beginsel niet te verstrekken aan het Openbaar Ministerie¹³⁾.

De vraag is of de positieve verplichtingen die uit art. 8 EVRM en andere grondrechten, zoals art. 2 en 3 EVRM, voortvloeien, de omvang van het beroepsgeheim bepalen¹⁴⁾. Een verabsoluteerd verschoningsrecht kan, zoals gezegd, immers misbruik van het verschoningsrecht in de hand werken en afbreuk doen aan de op Nederland rustende positieve verplichting om te voorzien in adequate strafrechtelijke bescherming van haar ingezetenen¹⁵⁾.

De jurisprudentie maakt duidelijk dat een beroep op het verschoningsrecht door een arts te verantwoorden moet zijn. Dit beroep moet te toetsen zijn door de rechter. Treffend en ook duidelijk in die zin is HR 26 mei 2009¹⁶⁾. Kern van deze zaak was of het Leids Universitair Medisch Centrum (LUMC) zich met een beroep op het aan de arts toekomend verschoningsrecht kon verzetten tegen het verstrekken van

medische gegevens aan het Openbaar Ministerie ten behoeve van een strafrechtelijk onderzoek naar de dood van een tien maanden oude baby die in het LUMC opgenomen is geweest. In de periode voorafgaand aan het overlijden had zich bij deze baby een groot aantal levensbedreigende incidenten voorgedaan die medisch niet goed verklaarbaar waren. De baby was daarom opgenomen geweest in onder meer het LUMC. Opmerkelijk was dat bij vrijwel alle incidenten alleen de moeder van de baby aanwezig was. Dit was voor het LUMC aanleiding om een melding te doen bij het Meldpunt Kindermishandeling. Twaalf dagen na zijn ontslag uit het LUMC komt de baby thuis te overlijden na (weer) een incident waarbij alleen de moeder aanwezig was. De gemeentelijke lijkschouwer heeft een verklaring van een niet-natuurlijke dood afgegeven. Bij sectie kon geen medische verklaring voor de dood worden gevonden.

Het Openbaar Ministerie heeft vervolgens een strafrechtelijk onderzoek ingesteld naar de dood van de baby, waarbij de moeder aangemerkt werd als verdachte. In het kader van het strafrechtelijk onderzoek heeft het Openbaar Ministerie van het LUMC gevorderd om de medische gegevens van de baby te verstrekken. De ouders van die baby hadden toestemming gegeven voor het overhandigen van die medische gegevens. De artsen hebben vervolgens met een beroep op hun medisch beroepsgeheim en hun verschoningsrecht geweigerd aan dat verzoek te voldoen. Vervolgens heeft het Openbaar Ministerie het medisch dossier in beslag genomen. De artsen hebben daartegen een klaagschrift ingediend. Het Openbaar Ministerie heeft in cassatie onder meer aangevoerd dat het verschoningsrecht van het LUMC en de artsen wordt doorbroken door het feit dat de ouders van de baby erin hebben toegestemd dat de gevraagde medische gegevens aan haar zouden worden verstrekt en door de melding aan Meldpunt Kindermishandeling.

De Hoge Raad is echter duidelijk in zijn oordeel: zelfs indien direct betrokkenen of wettelijke vertegenwoordigers toestemming verlenen om onder het beroepsgeheim vallende informatie aan derden te verstrekken, heft dit het beroepsgeheim niet op. De arts zal dit bij een beroep op zijn geheimhoudingsplicht wel moeten betrekken, "maar die toestemming hoeft hem niet te verhinderen om (...) uiteindelijk tot de beslissing te komen dat zijn verschoningsrecht aan die verstrekking in de weg staat.

Een zodanige beslissing zal door de rechter in beginsel dienen te worden geëerbiedigd. In beginsel, omdat de rechter een marginale toetsing toekomt ten aanzien van het standpunt van de arts dat het gaat om onder het verschoningsrecht vallende gegevens. Indien de rechter oordeelt dat redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan dat dat standpunt onjuist is, zal hij de beslissing van de arts om de gegevens niet te verstrekken, terzijde kunnen stellen. Dat laatste geldt ook indien naar het oordeel van de rechter sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die meebrengen dat, hoewel het gaat om gegevens die object zijn van de aan de arts toekomende bevoegdheid tot verschoningsrecht, het verschoningsrecht moet worden doorbroken¹⁷⁾."

Door dit arrest is inmiddels sprake van een duidelijk situatie. Het verschoningsrecht van artsen is een sterk verankerd recht. Het staat hen vrij hier een beroep op te doen, vanwege het algemeen maatschappelijke belang dat ermee gediend wordt. Slechts in "zeer uitzonderlijke omstandigheden" mag een arts zich niet beroepen op zijn verschoningsrecht. Wat dergelijke zeer uitzonderlijke omstandigheden zijn, wordt verderop in dit artikel uitgewerkt.

Nabestaanden willen te weten komen wat er precies gebeurd is

In 2007 heeft de VU Amsterdam onderzoek verricht naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht¹⁸⁾. Uit dit onderzoek

blijkt dat het de meeste slachtoffers naast financiële compensatie vooral ook gaat om immateriële behoeften. Een belangrijke conclusie van het onderzoek leert dat de niet-ervulling van immateriële behoeften herstelbelemmerend werkt, maar vooral dat de vervulling hiervan het herstel van slachtoffers in psychische, sociale en medische zin ten goede komt. Een andere conclusie is dat de belangrijkste immateriële behoeften van slachtoffers en naasten zijn het te weten komen wat er precies gebeurd is en voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt¹⁹).

In de praktijk komt het in overlijdenszaken als gevolg van een (vermeende) medische fout helaas te vaak voor dat de wens van nabestaanden om de oorzaak van het overlijden te achterhalen, niet wordt vervuld. Een leek heeft weinig verstand van de meestal complexe organisatiestructuren van ziekenhuizen, de hiërarchie tussen artsen en ingewikkelde operatietechnieken. Vaak worden vragen van nabestaanden niet of niet adequaat beantwoord en worden zij na een condoleance naar huis gestuurd. Als daarbij ook nog wordt gewezen op het medisch beroepsgeheim is dat erg frustrerend. Een sprekend voorbeeld biedt Rechtbank Zwolle-Lelystad, 20 december 2007²⁰): een vrouw die een sanering van de neusbijholten moest ondergaan (een relatief simpele ingreep), ontwaakte niet na narcose en overleed. De omstandigheden waaronder de vrouw overleed waren onduidelijk. De nabestaanden wensten geïnformeerd te worden over die omstandigheden. Nadat het ziekenhuis summiere medische gegevens aan de nabestaanden had verstrekt, bleek er nog steeds geen duidelijk aanwijsbare doodsoorzaak te zijn. Het ziekenhuis weigerde echter mee te werken aan het verstrekken van verdere informatie, zich beroepende op het medisch beroepsgeheim.

Wat kunnen nabestaanden doen?

Nabestaanden kunnen een belangenbehartiger inschakelen. Deze kan, ondersteund door een medisch adviseur, aan de hand van het medisch dossier trachten te achterhalen wat er (exact) is gebeurd. Maar ook hij kan geconfronteerd worden met het medisch beroepsgeheim, waardoor hij het dossier niet (volledig) boven water krijgt.

Wet Openbaarheid van Bestuur

Als een patiënt overlijdt, is de behandelende arts verplicht te beoordelen of sprake is van een natuurlijke dood. De arts dient dan een verklaring van overlijden in te vullen. Indien sprake is van een overlijden na een medische fout, kan deze verklaring niet worden ingevuld en moet een (gemeentelijk) lijkschouwer worden ingeschakeld. Dit kan vervolgens leiden tot een melding aan de Inspectiedienst voor de Gezondheidszorg. Indien er een onderzoeksrapport van de Inspectiedienst komt, maar dit niet wordt vrijgegeven, kunnen nabestaanden een beroep doen op de Wet Openbaarheid van Bestuur. Op die manier kan getracht worden de onderzoeksresultaten van de Inspectiedienst alsnog te verkrijgen. De lengte van dit artikel brengt met zich dat dit hier niet kan worden uitgewerkt, zodat het bij deze signalering blijft²¹).

Aangifte bij het OM

Een alternatief is het doen van aangifte door nabestaanden bij het Openbaar Ministerie. Zoals eerder ter sprake is gekomen, heeft het Openbaar Ministerie sterke juridische (dwang)middelen om feiten over het overlijden na medisch handelen te achterhalen. Artsen kunnen in beginsel hun beroepsgeheim tegen het Openbaar Ministerie inroepen (art. 272 Sr), zelfs als de bewuste arts verdachte is in een strafrechtelijk onderzoek en zijn medisch handelen onderwerp is van dat onderzoek. Op 21 oktober 2008 heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat, indien een arts zelf verdachte is van een strafrechtelijk onderzoek, het beroepsgeheim van een arts niet absoluut is²²). In deze zaak had een nabestaande aangifte gedaan van dood door schuld. Zijn partner was komen te overlijden nadat een pacemaker bij haar was ingebracht. De

Hoge Raad oordeelde dat betekenis toegekend mag worden aan de omstandigheid dat patiënten er in het algemeen op moeten kunnen vertrouwen dat de gegevens met betrekking tot de medische behandeling die in het medisch dossier zijn vastgelegd, bij een ernstig vermoeden van verwijtbaar ondeskundig handelen van de arts, voor onderzoek door de justitiële autoriteiten beschikbaar zijn.

In het reeds genoemde LUMC-arrest van 26 mei 2009²³) wordt vervolgens duidelijk dat van betekenis kan zijn dat de nabestaande ermee heeft ingestemd dat het medisch dossier wordt vrijgegeven, omdat ook het belang van de bescherming van diens persoonlijke levenssfeer daarmee is gemoeid. Dit voert mij tot de gedachte die ik in het navolgende verder zal uitwerken, namelijk dat de positieve verplichtingen die voortvloeien uit de grondrechten van nabestaanden een extra grondslag bieden voor het opvragen van het medisch dossier. Men dient er wel op bedacht te zijn dat het doen van aangifte niet vanzelfsprekend meebrengt dat dit succesvol zal zijn. Telkens zal de belangenafweging moeten worden gemaakt tussen waarheidsvinding en het beroepsgeheim. Voor sommige nabestaanden is het doen van aangifte echter een laatste strohalp. Nabestaanden ontkomen er bij een aanhoudende weigering om medische informatie te verstrekken vaak niet aan om deze laatste kans maar te grijpen. Dergelijke procedures kennen eigenlijk alleen maar verliezers.

Achterhalen van de MIP-melding

De laatste tijd is het veilig melden van incidenten met patiënten ter voorkoming van fouten in de toekomst een 'hot topic'. Meldingen Incidenten Patiëntenzorg (MIP), wat vrij vertaald het veilig kunnen melden van incidenten door behandelaars inhoudt, krijgt (in de politiek) veel aandacht. Uiteraard is het aantrekkelijk voor nabestaanden te proberen gegevens afkomstig uit een dergelijke melding te bemachtigen. Dit is echter niet eenvoudig. In Hof Leeuwarden, 9 december 2008²⁴) werd duidelijk gemaakt dat bij een verzoek tot openbaarmaking van de MIP-melding bedacht moet worden: 1. dat met het effectief kunnen uitoefenen van een anonieme MIP-melding zwaarwegende maatschappelijke belangen gemoeid zijn; 2. er een gerede mogelijkheid bestaat dat zonder het aanvaarden van een geheimhoudingsplicht en het daarop te baseren recht de MIP-melding niet over te leggen, dan

11. Zie HR 26 mei 2009, LJN: BG 5979 en HR 27 mei 2009, LJN: BC 1369.

12. Zie bijvoorbeeld HR 28 september 2001, NJ 2002, 104.

13. Voor meer hierover zie KNMG handreiking beroepsgeheim en politie-justitie, 2005.

Zie ook Hoge Raad 21 oktober 2008, LJN: BD7817.

14. Zie F. Vellinga-Schootstra en W.H. Vellinga, a.w., p. 17 e.v.

15. Zie HR 29 juni 2004, NJ 2005, 273 met noot Knigge.

16. LJN: BG 5979.

17. Zie r.o. 2.6.3 van het arrest. AG Vellinga was, mijns inziens terecht, van oordeel dat de positieve verplichtingen die voortvloeien uit grondrechten (zoals art. 8 en 3 EVRM) een effectieve rechtsgang kunnen bemoeilijken indien sprake is van een onverkorte handhaving van het beroepsgeheim. Zie hierover ook F. Vellinga-Schootstra en W.H. Vellinga, a.w., p. 19 e.v.

18. Zie R.M.E. Huver, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, N.A. Elbers, Slachtoffers en aansprakelijkheidsrecht, Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht, Vrije Universiteit Amsterdam, WODC, Amsterdam/Den Haag:2007. Zie ook van dezelfde auteurs, Meer dan geld alleen: in: AA 56, 2007 11, p. 855 e.v. Zie voor het vervolgonderzoek A.J. Akkermans, J.E. Hulst, E.A.M. Claassen, A. ten Boom, N.A. Elbers, K.A.P.C. van Wees en D.J. Bruinvels, Slachtoffers en aansprakelijkheid, Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht Deel II Affectieschade, Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht, Vrije Universiteit Amsterdam, WODC, Amsterdam/Den Haag:2008. Zie ook E. Pans, Wat wil het slachtoffer echt? in: VR 10, 2008, p. 317 e.v.

19. Zie R.M.E. Huver e.a. 2007, a.w., p. 81 e.v.

20. LJN: BC 1286.

21. Zie voor meer informatie hierover www.minbzk.nl/onderwerpen/grondwet-en/openbaarheid/. Voor praktijkvoorbeelden zie o.a. Medisch Contact, 15 augustus 2008, nr 33/34, rubriek NieuwsReflex. Zie ook Voorzieningenrechter Rb. Dordrecht, 4 december 2007, LJN: BB9778 of ABRvS 22 maart 2006, LJN: AV6265.

22. Zie Hoge Raad 21 oktober 2008, LJN: BD7817, met een bijzonder lezenswaardige conclusie van AG mr. Vellinga. Zie ook HR 27 mei 2008, LJN: BC1370 en HR 30 november 1999, NJ 2002, 438.

23. LJN: BG 5979.

24. LJN: BG 6616

wel daarin inzage te verlenen, deze belangen aanmerkelijk zouden kunnen worden geschaad; 3. voor dit laatste de belangen die gemeoid zijn met de waarheidsvinding in rechte moeten wijken.

In dit arrest werd een beroep gedaan op het vonnis van de Rechtbank Zwolle-Lelystad van 20 december 2007²⁵). Men zij er echter op bedacht dat deze zaak bij nadere bestudering geen vergelijkbare zaak is. In de zaak van Zwolle-Lelystad was de patiënt overleden na een ogenschijnlijk eenvoudige ingreep. De nabestaanden verzochten daar om nadere medische informatie. Er werd onder andere verzocht om stukken waaruit alle feitenrelazen blijken die waren opgemaakt in het kader van het door het ziekenhuis gehouden interne onderzoek na het overlijden van de patiënt. Er werd dus niet om de melding zelf, maar om de daaraan onderliggende stukken verzocht. In het arrest van Hof Leeuwarden werd ten eerste niet door nabestaanden om informatie verzocht maar door de patiënt zelf en ten tweede werd om de melding zelf gevraagd. Dat zijn aspecten die wezenlijk verschillen²⁶). Duidelijk moge zijn dat dit soort verzoeken zeer casuïstisch is en ook per geval wordt beoordeeld. Hierbij wordt een belangenafweging gemaakt en per geval beoordeeld welk belang moet wijken.

Verzwaarde stelplicht arts

Moet het dossier boven water komen op grond van de 'verzwaarde stelplicht' van artsen? Als een nabestaande stelt dat zijn geliefde door een kunstfout is overleden, dan draagt hij in beginsel de bewijslast van die stelling (art. 150 Rv). Als er echter geen begin van bewijs is omdat de nabestaande alle feitelijke gegevens omtrent de behandeling ontbeert, zal met moeite voldaan kunnen worden aan die bewijslast. Daarom heeft de Hoge Raad al in 1987²⁷) bepaald dat op de arts een verzwaarde stelplicht rust. Deze houdt kort gezegd in dat de arts voldoende feitelijke gegevens dient te verstrekken ter motivering van zijn betwisting van de stelling dat hij een medische fout heeft gemaakt. Voldoet de arts daar niet aan, dan kan dat tot omkering van de bewijslast leiden. Bedacht dient echter te worden dat nabestaanden in veel gevallen al genoeg nemen met antwoord op de vraag wat er precies is gebeurd. Daarvoor is informatie en dus geen procedure nodig. De dreiging in de voorfase van een verzwaarde stelplicht is voor (de verzekeraar van) een arts daarnaast niet altijd overtuigend genoeg om alle informatie meteen te verstrekken. Het betreft een probleem in de voorfase. Er is meestal nog niet aansprakelijk gesteld. Er wordt slechts getracht relevante informatie te verzamelen, om te bezien of er nadere acties ondernomen moeten worden. Niet uit het oog mag worden verloren dat de verzwaarde stelplicht vooral een procesueel aspect heeft. Nabestaanden besluiten vaak uiteindelijk niet te procederen vanwege de emotionele belasting of de kosten verbonden aan een procedure. Indien zij in de voorfase al beschikking krijgen over relevante informatie, kunnen zij een weloverwogen beslissing nemen over wat zij kunnen doen zodra zij hebben weten te achterhalen of er een fout is gemaakt.

De verzwaarde stelplicht biedt daarnaast ook geen oplossing voor de ongelijkheid tussen partijen (art. 6 EVRM). Een eerlijk proces is gewoonweg niet mogelijk wanneer partijen niet op een gelijkwaardige basis argumenten kunnen uitwisselen, kunnen procederen of buiten rechte tot een afwikkeling van de zaak kunnen komen. Het is in het kader van de waarheidsvinding van groot belang dat partijen de beschikking hebben over dezelfde informatie. Dat is de kern van ons rechtssysteem.

Doorbreken beroepsgeheim

Tot nu toe lijkt het erop dat alle geheimen van de overleden patiënt met hem meegaan in het graf en dat alleen in 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' een arts zich niet mag beroepen op zijn verschoningsrecht. Dat beeld behoeft bijstelling. Het is goed om de diverse mogelijkheden om het beroepsgeheim te doorbreken, nader te bekijken.

Allereerst is van belang te weten dat (bij leven van de patiënt) op naleven van het beroepsgeheim drie uitzonderingen bestaan²⁸). De arts mag zijn beroepsgeheim doorbreken indien

1. de patiënt toestemming verleent;
2. een wettelijke regel hem verplicht de gegevens te verstrekken;
3. hij zich gesteld ziet voor een conflict van plichten, waarbij zijn professionele verantwoordelijkheid meebrengt dat het belang van informatieverstrekking moet prevaleren. Deze uitzondering ziet vooral op de situatie dat de arts weet dat een patiënt een moord zal gaan plegen, maar in het kader van zijn beroepsgeheim daarmee niets mag.

Na het overlijden van de patiënt spelen deze uitzonderingen geen rol meer. In die situatie kan/mag de arts zijn beroepsgeheim alleen doorbreken en informatie aan nabestaanden verstrekken, als hij mag veronderstellen dat de overledene, ware die nog in leven geweest, daarvoor toestemming zou hebben gegeven. Deze opvatting staat bekend als het leerstuk van de 'veronderstelde toestemming' (A). Daarnaast is het echter ook nog mogelijk het beroepsgeheim te doorbreken als zwaarwegende belangen van anderen of van de samenleving daartoe nopen²⁹) (B). Ten slotte zijn er de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden', waarbij vooral interessant is dat de positieve verplichtingen die voortvloeien uit de grondrechten nabestaanden een extra grondslag bieden voor het opvragen van het medisch dossier (C).

A Leerstuk van de veronderstelde toestemming

Zoals gezegd, ziet het leerstuk van de veronderstelde toestemming erop dat ingeval nabestaanden aanspraak maken op inzage of afschriften van het medisch dossier van de overledene, achteraf onderzocht wordt of de overledene toestemming gegeven zou hebben. De wil van de overledene wordt als het ware gereconstrueerd. Het vaststellen van de veronderstelde toestemming zal niet altijd eenvoudig zijn. Eén van de factoren die hierbij een rol speelt, is de vraag wie het verzoek indient. De toestemming zal eerder verondersteld zijn als het verzoek is ingediend door iemand die een nauwe affectieve band met de overledene had, dan bijvoorbeeld wanneer dit wordt gedaan door een levensverzekeraar die uitkering uit een polis wil beoordelen.

Bij het totstandkomen van de Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO) is hardop de vraag gesteld of niet wettelijk vastgelegd moest worden hoe en/of wanneer gegevens van overleden patiënten verstrekt moeten worden. De regering oordeelde toentertijd dat daar in de praktijk geen behoefte aan bestond en dat de leer van de veronderstelde toestemming kon volstaan³⁰). Er waren toen al auteurs die pleitten voor een wettelijke voorziening, waarbij in het geval de overledene zich niet heeft uitgelaten over de vraag of aan derden informatie mag worden verstrekt, dit desalniettemin mag gebeuren aan een *beperkte kring van informatiegerechtigden*. Deze kring van gerechtigden zou beperkt kunnen blijven tot degene die door de patiënt is gemachtigd in de zin van art 7:465 lid 3 BW. Dit zijn bijvoorbeeld de echtgenoot, partner of levensgezel, ouder, kind, broer of zus³¹).

Mijns inziens is deze oproep aan de wetgever terecht: het zou de (huidige) problematiek aanzienlijk vergemakkelijken. Om thans te bepalen wie tot de kring van informatiegerechtigden zouden kunnen behoren, kan inmiddels ook eenvoudig worden aangesloten bij de omschrijving van 'naasten' van het wetsvoorstel affectieschade³²). Daarin is, voor zover mij bekend, voor het eerst uitgebreid uiteengezet wie als nabestaande is aan te merken in geval van overlijden van een naaste. Een directe toepassing van deze definitie bij deze problematiek ligt dus voor de hand.

Artikel 6:107 lid 2 BW van het voorstel bepaalt dat als naasten zijn aan te merken:

- de ten tijde van de gebeurtenis niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of geregistreerde partner van de gekwetste;
- de levensgezel van de gekwetste, die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam met deze een gemeenschappelijke huishouding voert;
- de ouder of adoptiefouder van een ten tijde van de gebeurtenis minderjarige of met die ouder of adoptiefouder in gezinsverband wonende meerderjarige gekwetste;
- een ten tijde van de gebeurtenis minderjarig kind of minderjarig geadopteerde of met de gekwetste in gezinsverband wonend meerderjarig kind of meerderjarig geadopteerde van de gekwetste;
- degene die ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste heeft;
- degene voor wie de gekwetste ten tijde van de gebeurtenis duurzaam in gezinsverband de zorg heeft;
- een andere persoon die in een zodanige nauwe persoonlijke relatie tot de gekwetste staat, dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat hij als naaste wordt aangemerkt.

Ik laat in het midden of deze definitie volledig dient te worden overgenomen, maar in grote lijnen leent deze zich goed voor toepassing op de in de praktijk bestaande problemen. Bij het hier verderop nog te bespreken voorontwerp Wet cliëntenrechten zorg, komt de wetgever met een, mijns inziens, gebrekkige oplossing voor de vraag wie als nabestaande is aan te merken. Dit terwijl de bovenstaande definitie dat probleem eenvoudig zou kunnen oplossen.

Omdat de wet op dit punt verder zwijgt, heeft het leerstuk van de veronderstelde toestemming zich in de jurisprudentie verder moeten uitkristalliseren. Dat dit een weinig gelukkige situatie is, blijkt uit de vele - vaak tegenstrijdige - uitspraken. Wel is uit de rechtspraak een aantal oplossingen voor dit probleem te destilleren.

Nabestaanden dienen bij een (aanhoudende) weigering om het dossier te verstrekken in een procedure een beroep te doen op de zogenaamde exhibitieplicht (art. 843a Rv jo art. 21 en 22 Rv). Dat het leerstuk van de veronderstelde toestemming daarbij niet altijd behulpzaam is, blijkt uit de soms creatieve oplossingen die rechters kiezen. Zo wordt de ene keer gekozen voor de constructie dat toestemming wordt verondersteld, tenzij blijkt dat de patiënt zich bij leven heeft verzet tegen informatieverstrekking³³). De andere keer wordt gekozen voor een normatieve benadering, waarbij de vraag wordt gesteld hoe een 'redelijk handelend patiënt' zou hebben gehandeld³⁴). Het Hof Leeuwarden oordeelde op zijn beurt weer dat erfgenamen niet als 'anderen' in de zin van art. 7:457 lid 1 BW zijn aan te merken, aangezien deze met de patiënt moeten worden gelijkgesteld³⁵). Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde hierover echter weer compleet anders en bedacht zelf zes aspecten waarmee de veronderstelde toestemming vastgesteld kan worden³⁶).

De rechtspraak vertoont een zekere mate van 'verwevenheid' ten aanzien van het belang van de nabestaande. Zo wordt gekeken naar wat het doel is van het verzoek, hoe privacygevoelig de opgevraagde gegevens zijn en wat het gevolg is van het verstrekken van de gegevens aan de nabestaanden³⁷). Indien de reconstructie ertoe leidt dat toestemming zou zijn verleend, dan moet het dossier in beginsel worden verstrekt aan de nabestaanden.

Een alternatieve oplossing zou kunnen zijn dat met de invoering van het Elektronisch Patiënten Dossier (EPD), waar de patiënt zelf ook toegang toe heeft, hierin een aantekening wordt gemaakt dat toestemming wordt verleend aan de beperkte kring van informatiegerechtigden. Vraag is of dit technisch mogelijk is. Tegelijkertijd moet men zich realiseren dat naar aanleiding daarvan weer een discussie kan losbarsten indien de patiënt deze aantekening niet heeft gemaakt of heeft vergeten. Daarnaast is het de vraag of de gemiddelde burger zich vóór overlijden bewust is van deze problematiek³⁸).

De algemene opvatting die uit de rechtspraak blijkt, is dat nabestaan-

den in beginsel ook onder het begrip 'anderen' van art. 7:457 BW vallen en dat het fundamentele verschoningsrecht van de arts in te roepen is tegen die nabestaanden. De talrijke jurisprudentie is echter onderling verschillend en op veel punten ook tegenstrijdig. Dat is een ongelukkige situatie, waarvoor optreden door de wetgever geboden is ten behoeve van de rechtszekerheid. Een poging tot optreden is het verderop te bespreken voorontwerp 'Wet cliëntenrechten zorg'. Helaas worden hiermee niet alle bestaande problemen opgelost.

B Zwaarwegend belang

Naast het leerstuk van de veronderstelde toestemming kan een arts na het overlijden van de patiënt ook informatie verstrekken aan een ander dan diens patiënt, indien deze een zwaarwegend belang heeft. Jurisprudentie toont aan dat het hebben van een zwaarwegend belang ook voldoende kan zijn voor doorbreking van het beroepsgeheim³⁹).

Dit is niet vreemd. Hetzelfde criterium wordt gehanteerd in art. 7:449 BW (verstrekken van informatie aan patiënt die dat niet wenst) en 7:455, lid 2 BW (achterwege laten van vernietiging van gegevens ondanks verzoek patiënt⁴⁰).

De vraag is echter wat een 'zwaarwegend belang' is. Uit (recente) uitspraken blijkt dat hiervan (onder andere) sprake is, indien de rouwverwerking bij een nabestaande wordt verstoord door de omstandigheid dat enige tijd na het overlijden nog steeds onduidelijkheid is over de doodsoorzaak. Daarnaast speelt het belang om in een eventuele juridische (civiele of tucht-)procedure de waarheid boven tafel te krijgen een rol. Voorts is van belang dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn informatie achter te houden die betrekking heeft op het desastreuze verloop van de medische behandeling die de patiënt het leven heeft gekost. Voor de Rechtbank Zwolle-Lelystad waren al deze argumenten (in kort geding) voldoende voor doorbreking van het beroepsgeheim⁴¹).

25. LJN: BC 1286.

26. Zie echter zeer recent ook Rb. Arnhem 11 maart 2009, LJN: BH9159, waarin de rechtbank het ziekenhuis dwingt het MIP-dossier in het geding te brengen op grond van art. 22 Rv. Het betreft hier een verzoek van een patiënt. Mijns inziens is van belang dat het ziekenhuis i.c. weinig informatie wenst te verstrekken, waardoor de rechtbank het min of meer noodzakelijk acht dat deze (MIP) gegevens alsnog worden verstrekt. Het ziekenhuis krijgt nog wel de mogelijkheid om bij weigering, bij akte gemotiveerd aan te geven op welke gewichtige redenen het zich beroept. Dit is een logisch gevolg van art. 22 Rv.

27. Zie HR 20 november 1987, NJ 1988, 500.

28. Zie G.R.J. de Groot, Zwijgen als het graf, in Medisch Contact, 18 augustus 2000, nr 33/34.

29. HR 20 april 2004, LJN: AB 1201.

30. Zie De Groot, t.a.p.

31. Er wordt dus een parallel getrokken met dezelfde personen als die jegens wie de behandelingsovereenkomst moet worden nagekomen als een patiënt niet tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat is (art. 7:465, lid 3 BW). Zie verder ook De Groot, t.a.p.

32. Eerste Kamer, 28 781 vergaderjaar 2004-2005, 28 781, A1.

33. Zie Pres. Alkmaar 14 januari 1999, TvGR 2000, 23.

34. Zie Pres. Breda 5 januari 2000, TvGR, 2000, 24.

35. Hof Leeuwarden 12 mei, TvGR 2000, 25.

36. Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, NJ 2003, 379. Voor de zes aspecten zie r.o. 7 en 8.

37. Zie ook KNMG Vademecum 2004. Voor toepasselijke jurisprudentie, zie noten 26 tot en met 29, 32 en 34.

38. Zie voor meer over de werking van het EPD en problemen die daarmee samenhangen, J. Meyst-Michels en S. Tiems, Meer schadeclaims door EPD, in Medisch Contact 28 mei 2009, 64 nr 22, p. 991 e.v.

39. Zie voor wat als zwaarwegend belang wel en niet geaccepteerd wordt onder andere Rb. Zwolle-Lelystad, 20 december 2007, LJN: BC 1286; Hof Den Bosch 12 december 2002, NJ 2003, 379; Hoge Raad 20 april 2001, NJ 2001, 600 (zie vooral ook conclusie van de AG); Hof Amsterdam 24 juni 1999, TvGR 1999, 45 (tevens opgenomen in Hof Amsterdam 24 juni 1999, NJ kort 1999, afl. 16, nr 77); Pres. Rechtbank Alkmaar 14 januari 1999, TvGR, p. 167-170; Hof Amsterdam, 29 januari 1998, TvGR 1998, 34; Rb. 's-Gravenhage 28 juni 1996, TvGR 1997, p. 121-123; HR 15 april 1994, TvGR 1994, 45. Zie ook NTvG 43 (1999), p. 1826-1829, en de KNMG-richtlijnen inzake het omgaan met medische gegevens, december 2003, p. 24.

40. Zie ook De Groot, t.a.p.

41. Rb. Zwolle-Lelystad, 20 december 2007, LJN: BC 1286. Zie ook Hof Leeuwarden, 9 december 2008, LJN: BG 6616 en Rb. Arnhem 11 maart 2009, LJN: BH9159.

Enkele auteurs zijn van oordeel dat het belang van rouwverwerking alleen onvoldoende is voor doorbreking van het beroepsgeheim⁴²). In Hof Amsterdam 24 juni 1999, TvGR 1999, 45 wordt dit ondersteund. In dit arrest werd door kinderen van een overleden vader afgifte gevorderd van het medisch dossier door een verpleeghuis. De overleden vader had geen contact meer met de kinderen na een echtscheiding. Toen hij overleed, werden de kinderen hiervan niet op de hoogte gesteld. Nadat de kinderen alsnog van het overlijden hadden vernomen, wensten zij het medisch dossier aan een onafhankelijke verpleeghuisarts te verstrekken, zodat deze kon onderzoeken of het zwijgen van het verpleeghuis over de dood van hun vader in overeenstemming was met zijn werkelijke wil. Zij wensten dus zelf geen inzage. Aan hun vordering legden zij enkel 'een verstoorde rouwverwerking' ten grondslag. Het Hof Amsterdam wees de vordering af. Er werd een vergelijking gemaakt met het 'Jeffrey-arrest'⁴³) en het hof overwoog dat een zuiver emotioneel belang onvoldoende is voor het instellen van een rechtsvordering.

Ondanks deze uitspraak maken recentere uitspraken mijns inziens duidelijk dat, indien er naast het emotioneel belang nog voldoende andere belangen aanwezig zijn, een recht op inzage aan nabestaanden kan toekomen⁴⁴). Het is aan de nabestaande om de zwaarwegende belangen zo goed mogelijk en gemotiveerd uiteen te zetten om doorbreking van het beroepsgeheim te bewerkstelligen. In elk ander geval zal het verzoek kunnen worden afgewezen. Zie Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, NJ 2003, 379 waar het hof letterlijk oordeelde dat de belangen van de nabestaande te summier waren toegelicht om doorbreking van het beroepsgeheim te rechtvaardigen. Dit is een begrijpelijk oordeel aangezien de rechter in staat moet zijn een juiste belangenafweging te maken. Deze zet immers de belangen van de nabestaanden tegenover het beroepsgeheim van de arts en oordeelt wat zwaarder weegt. Het is dus belangrijk dat de gemoeide belangen zo goed en gespecificeerd mogelijk worden toegelicht. Gebeurt dat niet, dan blijft staan dat het beroep van een arts op zijn beroepsgeheim in beginsel geëerbiedigd moet worden.

C Zeer uitzonderlijke omstandigheden en Grondrechten

Zoals gezegd is het verschoningsrecht van de arts niet absoluut⁴⁵). Er kunnen zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap hem als zodanig is toevertrouwd, moet prevaleren boven het verschoningsrecht⁴⁶). De beantwoording van de vraag welke omstandigheden als zeer uitzonderlijk moeten worden aangemerkt, is niet in een algemene regel samen te vatten⁴⁷). Daarbij geldt voorts dat, indien moet worden geoordeeld dat het belang van de waarheidsvinding dient te prevaleren, die inbreuk op het verschoningsrecht niet verder mag gaan dan strikt nodig is voor het aan het licht brengen van de waarheid van het desbetreffende feit.

Van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden is in ieder geval sprake "in het geval dat de verdenking zich richt tegen de arts zelf. Meer in het bijzonder zal, indien de arts wordt verdacht van een jegens zijn patiënt gepleegd delict, onder omstandigheden aanleiding kunnen bestaan om het met het verschoningsrecht gemoeide algemene belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het aan hem toevertrouwde tot een arts moet kunnen wenden, te relativiseren. Dan zal zwaarder kunnen wegen dat het verschoningsrecht niet ertoe mag dienen om de waarheid te bemantelen in een tegen de verschoningsgerechtigde arts zelf ingestelde strafvervolgning en dat - indien het gaat om verdenking van een jegens een patiënt gepleegd delict - patiënten in het algemeen erop moeten kunnen vertrouwen dat bij een ernstig vermoeden van verwijtbaar ondeskundig handelen van een arts, de gegevens die - veelal verplicht - met betrekking tot de

medische behandeling in het medisch dossier zijn vastgelegd, voor onderzoek door de justitiële autoriteiten beschikbaar zijn. Bij de beantwoording van de vraag of in een zodanig geval de gevraagde gegevens, met inbreuk op het verschoningsrecht, aan de justitiële autoriteiten moeten worden afgegeven, kan van betekenis zijn of de direct betrokkene in verstrekking van die gegevens heeft toegestemd (vgl. HR 21 oktober 2008, LJN BD7817, NJ 2008, 630). Met een dergelijke afgifte is immers ook het belang van de bescherming van diens persoonlijke levenssfeer gemoeid"⁴⁸).

Deze rechtsoverweging maakt mijns inziens toch duidelijk dat, indien een arts verdacht wordt van een jegens een patiënt verrichte kunstfout, deze zich moet verantwoorden en geen beroep kan doen op zijn verschoningsrecht. Indien de patiënt is komen te overlijden, kan van betekenis zijn dat de nabestaande ermee heeft ingestemd dat het medisch dossier wordt vrijgegeven, omdat ook het belang van de bescherming van diens persoonlijke levenssfeer daarmee is gemoeid. De centrale vraag is echter of dit ook civielrechtelijk kan worden doorgetrokken. Kan een nabestaande op grond van dit arrest betogen dat, indien het handelen van de arts onderzocht wordt, deze het medisch dossier moet vrijgeven, omdat (ook) zijn persoonlijke levenssfeer daarmee gemoeid is? Mijns inziens moet dat mogelijk zijn. Zeker indien bedacht wordt dat uit de parlementaire geschiedenis van art 6:106 lid 1 sub c (aantasting nagedachtenis) blijkt dat de wetgever van oordeel is dat aantasting van de privacy van levende personen anders moet worden beoordeeld dan handelingen die een aantasting van de privacy van een overledene betreffen⁴⁹). Er kan dus, aldus de wetgever, vrijer gehandeld worden ten aanzien van de privacy van overledenen.

In het hierboven genoemde 'pacemaker'-arrest van 21 oktober 2008⁵⁰), overwoog de Hoge Raad dat sprake was van zeer uitzonderlijke omstandigheden. Uit de overwegingen blijkt dat bij de afweging groot gewicht is gehecht aan de veronderstelde toestemming van de patiënte, welke omstandigheid impliceert dat het beroep op het verschoningsrecht niet kan dienen tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de patiënte en dat door het afwijzen van het beroep op het verschoningsrecht haar belangen hier niet kunnen worden geschaad. Daarbij is betekenis toegekend aan de omstandigheid dat patiënten in het algemeen erop moeten kunnen vertrouwen dat bij een ernstig vermoeden van verwijtbaar ondeskundig handelen van de arts de gegevens die - veelal verplicht - met betrekking tot de medische behandeling in het medisch dossier zijn vastgelegd, voor onderzoek door de justitiële autoriteiten beschikbaar zijn.

Deze uitspraak maakt duidelijk dat toestemming van degene wiens persoonlijke levenssfeer met geheimhouding van onder het verschoningsrecht vallende gegevens is gediend, een omstandigheid is die van belang is voor de beoordeling van de vraag of sprake is van bedoelde uitzonderlijke omstandigheden. Toestemming van die persoon impliceert dat het beroep op het verschoningsrecht niet kan dienen tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de patiënt en dat door het afwijzen van het beroep op het verschoningsrecht diens belangen niet kunnen worden geschaad. Indien in aanmerking wordt genomen dat zich een geval voordoet waarin de in art. 2 en 3 EVRM gewaarborgde rechten op bescherming van het leven en tegen 'ill-treatment' in het geding zijn, dient bedacht te worden dat het hier weliswaar niet om een rechtstreekse inbreuk door de Staat op het leven en/of de gezondheid van het slachtoffer gaat, maar deze bepalingen leggen op de Staat ook de plicht burgers te beschermen tegen inbreuken op het recht op leven en tegen ill-treatment door medeburgers⁵¹). Bovendien leggen deze bepalingen de plicht op de Staat, in geval van inbreuk op de art. 2 en 3 EVRM, te voorzien in doeltreffende strafrechtelijke handhaving van de in die artikelen voorziene rechten. Nu het EVRM ook horizontale werking heeft, zie ik niet in waarom doeltreffende civielrechtelijke handhaving of bescherming tussen de patiënt/nabestaanden en de arts niet mogelijk zou zijn.

Het LUMC-arrest van 26 mei 2009 biedt, wat mij betreft, nabestaanden nieuwe handvatten om bij verdenking van een kunstfout door een arts, deze te dwingen het medisch dossier alsnog ter beschikking te stellen. Indien het leerstuk van de veronderstelde toestemming daarvoor niet toereikend is, maar de nabestaanden (in de definitie van het wetsvoorstel affectieschade) die toestemming wel verlenen, dan is dat voldoende grond om alsnog het medisch dossier te verstrekken, ongeacht de vraag of er strafrechtelijk wordt opgetreden tegen de arts. Immers, de in art. 2 en 3 EVRM gewaarborgde rechten op bescherming van het leven en tegen ill-treatment door medeburgers zijn daarmee ook in het geding, zodat ook de persoonlijke levenssfeer van de nabestaande daarmee gemoeid is. Dat biedt wat mij betreft een extra (civielrechtelijke) grondslag voor het verstrekken van het dossier aan nabestaanden, ongeacht de kracht van het verschoningsrecht.

Voorontwerp Wet cliëntenrechten zorg (Wcz): een stap in de goede richting

Het lijkt er thans op dat onze wetgever eindelijk oog heeft gekregen voor de in dit artikel genoemde problemen. De wetgever heeft namelijk het voornemen om een aantal bestaande wettelijke regelingen te vervangen door een nieuwe wet, de 'Wet cliëntenrechten zorg'⁵²). Deze nieuwe wet zal onder andere de WGBO, de wet Klachtrecht en de Kwaliteitswet Zorginstellingen geheel of gedeeltelijk moeten vervangen.

De voor de in dit artikel besproken problemen meest relevante artikelen zijn artikel 24 tot en met 26. Deze luiden als volgt:

Artikel 24. De cliënt heeft er jegens de zorgaanbieder recht op dat deze van de aard en toedracht van incidenten bij de zorgverlening die merkbare gevolgen hebben of kunnen hebben voor de cliënt, zo spoedig mogelijk mededeling doet aan de cliënt en er melding van maakt in het dossier.

Artikel 25. De cliënt heeft er jegens de zorgaanbieder recht op dat deze hem desgevraagd zo spoedig mogelijk inzage geeft in of afschrift verstrekt van het dossier. De inzage of verstrekking blijft achterwege voor zover de zorgaanbieder dit noodzakelijk acht in het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een ander dan de cliënt.

Artikel 26. Nabestaanden van de cliënt hebben jegens de zorgaanbieder recht op inzage in of afschrift van het dossier indien en voor zover:

- a. de cliënt daarvoor schriftelijk toestemming heeft gegeven;
- b. redelijkerwijs mag worden aangenomen dat de cliënt toestemming voor inzage zou hebben gegeven ware hij nog in leven geweest, of;
- c. er sprake is van voldoende belang ter zake voor de nabestaanden.

Hoewel artikel 24 dit niet expliciet vermeldt, mag verondersteld worden dat de hierin voor de zorgaanbieder vastgelegde verplichtingen ook gelden ten aanzien van de nabestaanden van een patiënt die door een incident is overleden. Een aanknopingspunt daarvoor biedt immers artikel 26. Hierin wordt wel expliciet vermeld dat nabestaanden recht hebben op inzage in of afschrift van het dossier als sprake is van een 'voldoende belang'.

In de (concept) memorie van toelichting van dit voorontwerp wordt vermeld dat "ter wille van de duidelijkheid, krijgen nabestaanden onder bepaalde omstandigheden een wettelijk recht op inzage in dossier van de overledene"⁵³).

De toelichting verduidelijkt deels de invulling van het recht van de nabestaanden. De toelichting bij artikel 26 maakt duidelijk dat er drie gronden zijn om nabestaanden een inzage recht te verstrekken:

1. indien er sprake is van schriftelijke toestemming van de overledene;
2. indien geen sprake is van schriftelijke toestemming, kan een recht op inzage bestaan. Nabestaanden dienen dan aannemelijk te maken dat de cliënt toestemming zou hebben verleend (dit kan onder andere worden afgeleid uit het bestaan van een innige familieband);
3. indien sprake is van een 'voldoende belang'. Zo'n belang kan betrekking hebben op de gezondheid of kan van financiële aard zijn. Financiële belangen kunnen onder andere zijn: uitkering aan nabestaanden voor een verzekering, gebruik van gegevens in een aansprakelijkheids-

procedure of gebruik van gegevens om de geldigheid van een rechtshandeling aan te vechten, omdat de overledene wilsonbekwaam was.

De toelichting maakt duidelijk dat naast materiële redenen, ook immateriële redenen ertoe kunnen leiden dat nabestaanden een recht op inzage hebben. Daarbij kan worden gedacht aan het geval dat inzage in gegevens noodzakelijk is voor erfelijkheidsonderzoek. De enkele omstandigheid dat inzage van het dossier noodzakelijk is voor de rouwverwerking, is volgens de wetgever onvoldoende.

Dit voorontwerp is een flinke stap in de goede richting. Een gemiste kans is echter dat in het voorontwerp het begrip nabestaande niet is gedefinieerd. Zoals eerder uiteengezet had de wetgever relatief eenvoudig bij de definitie van naasten van het wetsvoorstel affectieschade kunnen aansluiten. Wat zal de situatie zijn als de informatieverstrekker formeel stelt dat alleen nabestaanden in de zin van artikel 1 Algemeen Nabestaandenwet hieronder vallen? Komt de broer of zus van de overledene dan niet in aanmerking voor inzage? Voorts is mij ook niet duidelijk wat onder een innige familieband verstaan moet worden. Wie bepaalt of sprake is van een innige familieband? Voorts is mij niet duidelijk of een door de nabestaande gemachtigde persoon (zoals een advocaat) gebruik kan maken van dit inzage recht. Mijns inziens blijven er met dit voorontwerp te veel vragen onbeantwoord, die tot te veel discussies zullen gaan leiden. Dat is jammer. De wetgever heeft eindelijk actie ondernomen om het recht van de nabestaanden te codificeren, maar laat daarbij belangrijke steken vallen.

Van belang is wel dat in de toelichting het gebruik van gegevens in een aansprakelijkheidsprocedure uitdrukkelijk genoemd wordt als voorbeeld van een 'voldoende belang'. Dit zal een groot deel van de problematiek, zoals uiteengezet in dit artikel, oplossen. Ik vraag mij echter af of de wetgever bewust de immateriële behoefte van nabestaanden om "te weten komen wat er precies is gebeurd" heeft uitgesloten. De vraag is hoe dat zich verhoudt tot de resultaten van het onderzoek van de VU Amsterdam in 2007 en 2008⁵⁴). Een gevolg hiervan kan zijn dat nabestaanden nu wel een aansprakelijkheidsprocedure moeten beginnen, om te kunnen achterhalen wat er is gebeurd, anders hebben zij geen rechtsgeldig belang. Dat is vreemd. Aan de ene kant wordt de rechter ontlast met deze moeilijke discussie tussen artsen en nabestaanden, maar aan de andere kant kan de bovenstaande opvatting weer tot meer procedures leiden. Dat is onwenselijk. De wetgever zou artikel 26 van het voorontwerp beter moeten invullen, dan wel definiëren. Deze is zich immers bewust van de bestaande problematiek. Doet hij dat niet, dan zal met dit voorontwerp slechts een deel van de bestaande problemen worden opgelost.

42. Zie E.J.C. de Jong, Rouwverwerking en inzage recht, in *Medisch Contact*, 8-24 februari 2000, jaargang 55 nr 8. Zie ook van De Jong Mogen nabestaanden het dossier van een overledene inzien? in *Medisch contact* 53 (1998) 31/32 1017-1020. De literatuur is wisselend, zie namelijk ook D. Pos, Het inzage recht van de ex-mentor na het overlijden van de betrokkene, in: AA nr 6, 47 (1998) 6; 547-555 en M.C. Ploem, Een zorgvuldige omgang met medische gegevens na de dood, in: *NTvG* 43 (1999) 36; p. 1826-1829.

43. HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (VR 2000, 37).

44. Rb. Zwolle-Lelystad, 20 december 2007, LJN: BC 1286 en Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, NJ 2003, 379 en Rb. Arnhem 11 maart 2009, LJN: BH9159.

45. Zie F. Vellinga-Schootstra en W.H. Vellinga, a.w., p. 17.

46. Zie HR 26 mei 2009, LJN: BG 5979, Zie ook HR 30 november 1999, NJ 2002, 438.

47. Zie conclusie AG Vellinga (r.o. 4) bij HR 26 mei 2009, LJN: BG 5979.

48. Zie r.o. 2.6.4 van het arrest.

49. Het voorontwerp, de concept-memorie van toelichting en een artikelgewijze toelichting zijn te vinden op www.recht.nl/nieuws/gezondheidsrecht/archief/index.html?nid=49ff4f2479de4f36694 of www.knmg.artsenet.nl.

50. LJN: BD7817.

51. Zie conclusie AG Vellinga (r.o. 22) bij HR 26 mei 2009, LJN: BG 5979 en EHRM 28 oktober 1998, Osman v. The United Kingdom, NJ 2000, 134 m.nt. EAA, NJCM-bull. 1999, p. 512 e.v., m.nt. E. Myjer.

52. Het voorontwerp, de concept-memorie van toelichting en een artikelgewijze toelichting zijn te vinden op www.recht.nl/nieuws/gezondheidsrecht/archief/index.html?nid=49ff4f2479de4f36694 of www.knmg.artsenet.nl.

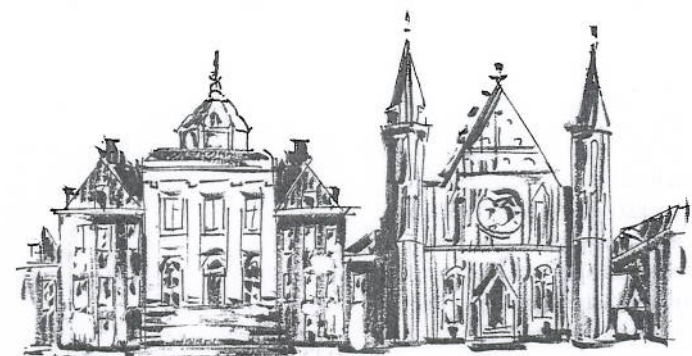
53. Pagina 28 van het concept.

54. Zie noot 18.

Afsluitend

In de praktijk is merkbaar dat in overlijdenszaken als gevolg van (vermeend) medisch falen, de nabestaanden veel moeite moeten doen om antwoord te krijgen op vragen. Met name vragen als wat er precies is gebeurd, waarom hun geliefde is komen te overlijden en onder welke omstandigheden, blijven vaak onbeantwoord. Om een nader onderzoek te kunnen doen naar die omstandigheden en antwoord te krijgen op de vragen, zal het verstrekken van het medisch dossier in de meeste gevallen noodzakelijk zijn. Het beroepsgeheim staat dat echter in de weg. Nabestaanden hebben verschillende mogelijkheden om alsnog dit dossier te bemachtigen. Dit is echter een lange, moeizame, kostbare en

ongelijke strijd. De wetgever heeft deze strijd geprobeerd op te lossen met de Wcz. Dit voorontwerp komt voor een deel tegemoet aan de dringende behoefte van nabestaanden op een eigen recht tot verkrijgen van het medisch dossier. Mijns inziens is er met dit voorontwerp echter nog te veel ruimte over voor discussie, waardoor het verkrijgen van het medisch dossier toch nog moeizaam kan blijken te zijn. Zolang het recht van nabestaanden (en patiënten) op adequate informatie over incidenten en fouten niet goed is gereguleerd, zullen er procedures worden gevoerd. Dergelijke procedures, ongeacht de uitkomsten, kennen eigenlijk alleen verliezers. De wetgever is weliswaar op de goede weg, maar is er nog lang niet.



KRONIEK WETGEVING

Jaaroverzicht september 2008 - juli 2009

Parlementaire behandeling

Burgerlijk Wetboek

28 781 Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten

Korte inhoud: Dit wetsvoorstel beoogt een wettelijke regeling tot stand te brengen waardoor het mogelijk wordt affectieschade te vergoeden. Iemand die immateriële schade lijdt door het overlijden of ernstig en blijvend gewond raken van een persoon waarmee hij een affectieve relatie heeft, kan aanspraak maken op een schadevergoeding. In het wetsvoorstel is ervoor gekozen de kring van gerechtigden beperkt te houden: het recht op vergoeding wordt toegekend aan een bij wet omschreven kring van directe naasten van het slachtoffer. De hoogte van het bedrag wordt bij algemene maatregel van bestuur voor alle gebeurtenissen en voor alle rechthebbenden op hetzelfde bedrag gesteld. Dit om de tijd die nodig is voor een rechtszaak over de schadevergoeding zoveel mogelijk te beperken en commercialisering van verdriet tegen te gaan.

Stand:

Eerste Kamer:

G: Brief minister van Justitie met een reactie op het rapport 'Slachtoffers en aansprakelijkheid' d.d. 9-2-2009.

30 519 Voorstel van wet van het lid Çörüz tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met verruiming van de aansprakelijkheid voor gedragingen van minderjarigen in de leeftijd van veertien tot achttien jaar

Korte inhoud: Schade ontstaan door toedoen van kinderen in de leeftijdscategorie vanaf veertien jaar is op dit moment haast onmogelijk op

de dader te verhalen. Volgens de huidige wettelijke aansprakelijkheidsregeling zijn ouders en voogden aansprakelijk voor hun kinderen tot veertien jaar. Voor kinderen van veertien en vijftien jaar kunnen ouders en voogden naast hun kinderen aansprakelijk worden gesteld. Ouders kunnen zich vrijpleiten voor de gedragingen van hun kind, waardoor verhaal van schade een lastige zaak wordt. Jongeren boven de zestien jaar zijn zelf en alleen aansprakelijk. Omdat deze jongeren meestal niet over toereikend vermogen beschikken, komt de schade ten laste van de benadeelde. Dit wetsvoorstel strekt ertoe de bestaande risicoaansprakelijkheid van ouders ten aanzien van minderjarige kinderen tot veertien jaar te verruimen tot alle minderjarige kinderen, waardoor ouders en voogden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schade ontstaan door toedoen van hun minderjarige kinderen. Naast de ouders kunnen ook hun kinderen van veertien jaar en ouder aansprakelijk worden gesteld.

Stand:

Tweede Kamer:

3: Memorie van toelichting d.d. 10-4-2006.

Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering

31 518 Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering tot invoering van een procedure voor deelgeschillen ter bevordering van de buitengerechtelijke afhandeling van letsel- en overlijdensschade (Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade)

Korte inhoud: De afhandeling van letsel- en overlijdensschadeclaims kan lang duren. Door de grote hoeveelheid en diversiteit aan rechtsvragen, de grote belangentegenstellingen en de veelal bestaande noodzaak tot inschakeling van deskundigen van verschillende disciplines zoals artsen en arbeidsdeskundigen, komen partijen in de buitengerechtelijke onderhandelingen vaak moeilijk tot een vergelijk. Fixatie op een of meer deelgeschillen kan ertoe leiden dat partijen de kern van de zaak uit het oog verliezen, waardoor de verhoudingen verslechteren en de duur van de afhandeling toeneemt. Een eenvoudige en snelle toegang tot de rechter ter oplossing van deze deelgeschillen in de buitengerechtelijke onderhandelingsfase, kan de totstandkoming van een minnelijke