

## Wijziging WGBO: het inzagerecht van nabestaanden, onduidelijkheid blijft

Mr. W.R. Kastelein\*

De Eerste Kamer heeft zonder discussie een wijziging van de WGBO aanvaard waarin o.a. een wettelijke regeling van het inzagerecht in het medisch dossier van een overleden patiënt is vastgelegd.<sup>1</sup> Deze regeling was er tot nu toe niet.

Over deze wijzigingen is opmerkelijk weinig discussie geweest,<sup>2</sup> terwijl er aan de nu geaccepteerde regeling haken en ogen zitten. Ik noem er hier een aantal.

De regeling is, zoals de gehele WGBO, van dwingend recht, zodat aangenomen mag worden dat er niet ten nadele van de patiënt van mag worden afgeweken. Maar wat betekent dat voor de positie van de patiënt en/of nabestaanden?

Het nieuwe artikel 7:458a BW regelt allereerst dat aan een persoon aan wie de patiënt bij leven schriftelijk of elektronisch toestemming heeft gegeven desgevraagd inzage of afschrift na overlijden dient te worden verstrekt. Niet duidelijk is of die toestemming expliciet op inzage<sup>3</sup> na overlijden moet zien of dat toestemming voor inzage bij leven voldoende is en dan mag worden 'doorgetrokken'. De wetgever benadrukt met name het doorslaggevend belang van de wilsuiting van de patiënt dus aangenomen mag worden dat daar op gevaren moet worden. In de memorie van toelichting<sup>4</sup> staat uitdrukkelijk bepaald dat de patiënt mondeling aan de hulpverlener kan aangeven aan wie welke gegevens uit zijn dossier na overlijden wel of niet verstrekt mogen worden en dat de hulpverlener hiervan aantekening moet maken in het dossier. Hieruit valt af te leiden dat een schriftelijke verklaring of aantekening in het dossier dat de patiënt toestemming geeft voor inzage bij leven aan een bepaalde persoon niet voldoende is voor inzage na overlijden.

Het zou vanuit de gedachte van artikel 7:458a BW aanbeveling verdienen als de hulpverlener bij iedere nieuwe (ter zake wilsbekwame) patiënt aan de orde zou stellen wie en in hoeverre bij leven eventueel inzage in het dossier mag worden gegeven en wie en in hoeverre na overlijden. Een aantekening daarvan in het dossier is dan op grond van deze nieuwe regelgeving voldoende om al dan niet inzage te geven. Een schriftelijk vastgelegde weigering van de patiënt bij leven is ook doorslaggevend als een nabestaande na overlijden op een van de andere hierna te bespreken gronden inzage vraagt. Op deze manier wordt het zelfbeschikkingsrecht ook na overlijden zo veel mogelijk gerespecteerd.

\* Willemien Kastelein is advocaat/compagnon bij Nysingh advocaten-notarissen te Utrecht en hoofdredacteur van dit tijdschrift.

1 Wet van 5 juni 2019 tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Jeugdwet en enkele andere wetten ter verbetering van patiëntgerichte zorg en het opnemen van een wettelijke regeling voor het inzagerecht in het medisch dossier van een overleden patiënt, *Stb.* 2019, 224; Inwerkingtreding nog niet bekend.

2 Uitgezonderd: J. Legemaate, 'Aanpassingen van de WGBO', *TvGR* 2018, p. 556-564.

3 Waar hier verder over inzage wordt gesproken, wordt, tenzij anders vermeld, tevens bedoeld afschrift.

4 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, 3, p.10-11.

De wetgever heeft geen wettelijke basis willen creëren voor de zogenoemde veronderstelde toestemming. Ondanks verzoeken vanuit het veld<sup>5</sup> en de jurisprudentie, die hiervoor ruimte biedt, is hiervoor geen wettelijke basis gelegd, met als argument dat dat te veel rechtsonzekerheid zou geven. Dit is des te opmerkelijker omdat de hierna te bespreken derde uitzonderingsgrond van zwaarwegend belang minstens even veel rechtsonzekerheid als gevolg kan hebben vanwege de subjectiviteit die per definitie in die grond zit ingebakken. We zullen moeten afwachten of de rechter bij de beoordeling van inzageverzoeken van nabestaanden de figuur van de veronderstelde toestemming een plaats blijft geven, zoals tot nu toe het geval was.

De tweede grond voor inzage is dat, tenzij de patiënt uitdrukkelijk schriftelijk heeft vastgelegd dat hij niet wil dat (een) nabestaande(n) inzage krijgt in zijn dossier, een nabestaande die op grond van artikel 10 lid 3 Wkkgz mededeling van een incident heeft gekregen desgevraagd inzage kan krijgen. Eigenaardig genoeg wordt onder nabestaande zowel de nabestaande als bedoeld in artikel 1 Wkkgz genoemd als een (voormalig) vertegenwoordiger als bedoeld in artikel 7:465 lid 3 BW. Artikel 7:465 lid 3 BW geldt immers alleen bij leven. Op zich valt voor beide keuzes iets te zeggen, maar het nut van een cumulatieve keuze ontgaat mij. Beslissend is volgens de wetgever het feit dat de nabestaande op grond van artikel 10 Wkkgz mededeling heeft gekregen van een incident. Artikel 10 lid 3 Wkkgz bepaalt dat bij leven een vertegenwoordiger wordt geïnformeerd en na overlijden een nabestaande zoals gedefinieerd in artikel 1 lid 1 Wkkgz. De verwijzing naar artikel 7:465 lid 3 BW leidt dan alleen maar tot verwarring en tot rechtsonzekerheid wie nu recht op inzage heeft. Artikel 1 lid 1 Wkkgz hanteert immers andere criteria en deels een andere volgorde dan artikel 7:465 BW. Bijvoorbeeld, op grond van de WGBO heeft de schriftelijk gemachtigde voorrang op de echtgenoot, levenspartner enz. Dat is nog wel te verenigen met de schriftelijke toestemming die artikel 7:458a lid 1 onder a BW vereist. Maar de WGBO stelt bijvoorbeeld het geregistreerd partnerschap niet als voorwaarde maar neemt ook genoegen met een andere levensgezel van de patiënt, de Wkkgz kent die mogelijkheid niet. Hierna komt volgens de WGBO ouder, kind, broer of zus, zonder de eis dat de overledene in hun levensonderhoud moet hebben voorzien. Deze eis stelt de Wkkgz wel. Op zich is dat vanuit de verschillende doelstelling van beide wetten begrijpelijk, maar de wetgever had er verstandiger aan gedaan om voor de regeling van inzage na overlijden dan ook alleen naar de Wkkgz te verwijzen en niet naar de WGBO.

Als derde mogelijkheid om inzage na overlijden te verkrijgen bepaalt artikel 7:458a lid 1 onder c BW dat aan eenieder die een zwaarwegend belang heeft en aannemelijk maakt dat dit belang mogelijk wordt geschaad en dat inzage of afschrift van gegevens uit het dossier noodzakelijk is voor de behartiging van dit belang, inzage of afschrift dient te worden verstrekt. Dit artikel is een vergaarbak voor iedereen die inzage wil na overlijden en meent of stelt een zwaarwegend belang te hebben. Er is dus in dat geval geen schriftelijke toestemming en het gaat ook niet om een nabestaande of (voormalig) vertegenwoordiger die mededeling van een incident heeft gekregen.

De persoon die inzage vraagt op grond van een zwaarwegend belang moet aannemelijk maken met voldoende concrete aanwijzingen dat het belang mogelijk wordt geschaad en

5 Zie [www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/minister-wil-geen-inzagerecht-nabestaanden-via-veronderstelde-toestemming-1.htm](http://www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/minister-wil-geen-inzagerecht-nabestaanden-via-veronderstelde-toestemming-1.htm).

hij moet aannemelijk maken dat inzage noodzakelijk is voor dat belang. Een emotioneel belang is volgens de wetgever niet voldoende.

Uit de jurisprudentie weten we dat het vaak zal gaan om nabestaanden/erfgenamen die menen dat hen ten onrechte (een deel van) de erfenis is ontnomen doordat de erflater in de laatste fase van zijn leven zijn testament ten nadele van die persoon heeft gewijzigd. De wetgever heeft bewust deze categorie niet beperkt tot nabestaanden of (voormalig) vertegenwoordigers, maar eenieder in de gelegenheid willen stellen om op dit artikel een beroep te doen. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede en zal de talrijke jurisprudentie naar verwachting niet verminderen. Eenieder die een testament opstelt, maar zeker een erflater die later in zijn leven zijn testament wijzigt, doet er verstandig aan om direct daarbij een schriftelijke verklaring op te stellen waarin hij regelt wie er na zijn overlijden wel of geen inzage in zijn medisch dossier mag hebben. Hier ligt een taak voor de notaris die het testament verlijdt. Daarmede is de vraag of de erflater op dat moment wils(on)bekwaam was niet opgelost, maar wordt het de ontferde persoon wel aanzienlijk moeilijker gemaakt. In feite zijn we dan net zo ver als we tot op heden waren zonder specifieke wettelijke regeling. Ten slotte is nog interessant het bij amendement toegevoegde artikel 7:458b BW dat regelt dat als geen inzage wordt gevraagd op grond van een zwaarwegend belang en er een vermoeden van een medische fout bestaat, de hulpverlener de gegevens dient te verstrekken. Als de hulpverlener dat niet doet, dan dient hij de gegevens te verstrekken aan een door de verzoeker aan te wijzen onafhankelijk arts die beoordeelt of de weigering gerechtvaardigd is. Zo niet, dan dient de hulpverlener de gegevens alsnog te verstrekken. Is de weigering wel gerechtvaardigd volgens de onafhankelijk arts, dan kan de verzoeker de rechter om een beslissing vragen. Het oordeel van de onafhankelijk arts is dus wel bindend als de weigering in zijn ogen onterecht is, maar niet bindend als de weigering in zijn ogen gerechtvaardigd is.

De wetgever beoogt daarmee de positie van nabestaanden die mogelijk ten onrechte niet zijn geïnformeerd over een incident te versterken. Een nabestaande dient het vermoeden van een medische fout wel aannemelijk te maken. Dit is een formulering die meer ruimte biedt dan bij het zwaarwegend belang dat met voldoende concrete aanwijzingen aannemelijk moet worden gemaakt en waarbij aannemelijk moet worden gemaakt dat inzage noodzakelijk is voor de behartiging van dat belang. Niet duidelijk is verder waar de door de verzoeker aan te wijzen onafhankelijk arts aan moet voldoen. Hoe en door wie wordt bepaald of die arts onafhankelijk is? Het zou meer voor de hand hebben gelegen om die arts door hulpverlener en verzoeker gezamenlijk of door een onafhankelijke instantie zoals een rechter te laten aanwijzen, zeker gezien de verstrekkende gevolgen van het oordeel van deze arts.

Of patiënten de mogelijkheid om bij leven hun wil vast te leggen zullen benutten, zullen we moeten afwachten. Als dat meer gebeurt, geeft dat meer rechtszekerheid, maar dat zou zonder deze nieuwe wetgeving ook het geval zijn. Een goede voorlichtingscampagne voor inwerkingtreding van deze wet verdient aanbeveling.