

# Artikel

## Inzage in het medisch dossier na overlijden

Mr. L.A.G.M. van der Geld\*

### 1 Inleiding

In Tijdschrift Erfrecht 2013, afl. 3 besteedde ik aandacht aan de vraag of inzage in het medisch dossier mogelijk is als de wilsbekwaamheid van erflater ten tijde van het maken van zijn testament na diens overlijden in twijfel wordt getrokken. In die bijdrage werd er een korte verkenning gedaan naar het medisch beroepsgeheim na overlijden van een patiënt. Inmiddels is er een nieuwe wettelijke bepaling over het medisch dossier en het overlijden van een patiënt. Een clause waarmee de (levens)testateur bepaalt dat het medisch dossier na overlijden gesloten blijft, is er mogelijk een die we in de toekomst gaan tegenkomen. Het is dus tijd voor een actuele blik op het onderwerp.<sup>1</sup> In deze bijdrage wordt in het bijzonder ingegaan op het zwaarwegend belang dat nabestaanden hebben bij informatie uit het medisch dossier en de ‘case-closed-clausule’ van de erflater.

### 2 De wettelijke regeling in het kort

Als de wilsbekwaamheid ten tijde van het testen in twijfel wordt getrokken, zoeken belanghebbenden vaak steun voor hun stelling in het medisch dossier van de testateur. Zij wensen inzage in het medisch dossier, om bewijs te krijgen voor het onderbouwen van hun stelling in verband met het invoeren van de nietigheid van het testament.<sup>2</sup> De geheimhouding van het medisch dossier werkt echter door na overlijden van de patiënt (art. 7:457 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek; BW).<sup>3</sup> Sinds 1 januari 2020 geldt artikel 7:458a BW (dat voor een deel de codificatie van jurisprudentie inhoudt), waarin de uitzonderingen staan op de geheimhouding na overlijden.<sup>4</sup> Uit het arrest van de Hoge Raad uit 2001 bleek dat de ge-

2 Over het beroep op de nietigheid van een testament zie J.Th.M. Diks & N.M.A. Deckers, Waar een wil is, is een testament, TE 2022, afl. 1, p. 8-13.

3 Zie W.L.K.M. Duijst & E. Thoonen, Het beroepsgeheim reikt over de dood heen; een onhoudbare stelling?, AA 2018/777 voor een principiële overweging vanuit verschillende invalshoeken van het verlengde beroepsgeheim.

4 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 inzage-recht in het medisch dossier van een overleden patiënt, 34994: 'Artikel 7:458a

1. In afwijking van het bepaalde in artikel 457 lid 1 verstrekt de hulpverlener desgevraagd inzage in of afschrift van gegevens uit het dossier van een overleden patiënt aan:

- een persoon ten behoeve van wie de patiënt bij leven toestemming heeft gegeven indien die toestemming schriftelijk of elektronisch is vastgelegd;
- een nabestaande als bedoeld in artikel 1 van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg, of een persoon als bedoeld in artikel 465 lid 3, indien die nabestaande of die persoon een mededeling over een incident op grond van artikel 10, derde lid, van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg heeft gekregen;
- een ieder die een zwaarwegend belang heeft en aannemelijk maakt dat dit belang mogelijk wordt geschaad en dat inzage

\* Mw. mr. L.A.G.M. van der Geld is directeur van Netwerk Notarissen en docent bij het Centrum voor Notarieel Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

1 In deze bijdrage wordt alleen ingegaan op de wens van belanghebbenden om inzage/informatie van het medisch dossier in verband met een beroep op de nietigheid van een testament. In een klachtprocedure tegen een notaris, omdat deze onterecht zou hebben geoordeeld dat de testateur wilsbekwaam was, kan overigens het medisch dossier ook als bewijs dienen, zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 22 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2483.

heimhoudingsplicht van het medisch dossier na overlijden kan worden doorbroken.<sup>5</sup> Er moet dan sprake zijn van een zwaarwegend belang en er moeten voldoende aanwijzingen zijn dat dit belang wordt geschaad zonder inzage in het medisch dossier.<sup>6</sup>

In artikel 7:458a lid 1 aanhef en onder c BW is als uitzondering op de geheimhouding het ‘zwaarwegend belang’ opgenomen. In de wetsgeschiedenis wordt hierbij het voorbeeld genoemd van de ‘vernietiging’ van het testament. Er is dan sprake van een zwaarwegend belang als de betrokkenen in een (recent) testament zijn onterfd en er ook concrete aanwijzingen zijn om te vermoeden dat erfflater ten tijde van het wijzigen van het testament wilsonbekwaam was.<sup>7</sup>

Een andere uitzondering betreft die voor de situatie waarin een nabestaande ‘een mededeling over een incident op grond van artikel 10, derde lid, van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg heeft gekregen’. In artikel 1 van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) staat wie als nabestaande heeft te gelden, dit zijn onder meer de echtgenoot en geregistreerd partner, de levensgezel, de gevolmachtigde, de curator/mentor en bloed- en aanverwanten van de overledene. Met een mededeling over een incident wordt bedoeld een onverwachte of niet-beoogde gebeurtenis die heeft geleid dan wel had kunnen leiden tot schade aan de overledene (art. 1.1 van het Uitvoeringsbesluit Wkkgz).

Nieuw is de mogelijkheid dat de patiënt bepaalt dat na overlijden het medisch dossier (als bedoeld in art. 7:454 BW) gesloten moet blijven. Dit staat in artikel 7:458a lid 4 BW en is een uitzondering op het ‘zwaarwegend belang’ van lid 1 onder c. Met andere woorden: als de

in of afschrift van gegevens uit het dossier noodzakelijk is voor de behartiging van dit belang.

2. In afwijking van het bepaalde in artikel 457 lid 1 verstrekt de hulpverlener aan degene of de instelling die het gezag uitoefende over een patiënt die op het moment van overlijden de leeftijd van zestien jaren nog niet had bereikt, desgevraagd inzage in of afschrift van gegevens uit het dossier van deze patiënt, tenzij dit in strijd is met de zorg van een goed hulpverlener.
3. Op grond van dit artikel worden uitsluitend gegevens verstrekt voor zover deze betrekking hebben op de grond waarvoor inzage wordt verleend.
4. Op grond van dit artikel worden geen gegevens verstrekt voor zover schriftelijk of elektronisch is vastgelegd dat de overleden patiënt die de leeftijd van twaalf jaar had bereikt en tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat was, deze inzage niet wenst, of daarbij de persoonlijke levenssfeer van een ander wordt geschaad.’

5 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, NJ 2001/600.

6 In het arrest van de Hoge Raad ging het om belanghebbenden die stelden dat erfflater ten tijde van het testeren niet wilsbekwaam was. Om hun stelling te onderbouwen wilden zij inzage in het medisch dossier. De geheimhouding van het medisch dossier staat voorop, maar er is ruimte voor een doorbreking daarvan blijkt uit het arrest. Er moet dan voldaan zijn aan de volgende eisen:

- a. Er bestaan zwaarwegende aanwijzingen dat de erfflater niet over zijn verstandelijke vermogens beschikte en niet bekwaam was om rechtshandelingen te verrichten.
- b. Het is aannemelijk dat het medisch dossier daarover opheldering zal kunnen geven, terwijl deze opheldering niet op andere wijze verkregen kan worden.

7 Kamerstukken II 2017/18, 34 994, nr. 3, p. 11-14.

patiënt schriftelijk of elektronisch heeft vastgelegd dat er na overlijden geen informatie uit het medisch dossier mag worden verstrekt, dan gaat dit vóór op het zwaarwegend belang dat een ander kan hebben dat er wel informatie uit het medisch dossier komt.<sup>8</sup>

De patiënt kan ook het tegenovergestelde doen, namelijk bij leven schriftelijk of elektronisch vastleggen dat er toestemming is om het medisch dossier na overlijden in te zien (art. 7:458a lid 1 aanhef en onder a BW). In deze toestemmingsverklaring kan de patiënt in het algemeen of in het bijzonder aan een of meer personen toestemming geven om inzage of een afschrift uit het medisch dossier te krijgen. Tevens kan de patiënt aangeven of het gehele medisch dossier mag worden ingezien of dat het inzage- en informatierecht zich tot bepaalde gegevens van het dossier beperkt. Als er toestemming is, hoeft degene die een ‘beroep’ op die toestemming doet niet aan te tonen dat deze een zwaarwegend belang heeft.<sup>9</sup>

Deze toestemming moet vanaf 2020 schriftelijk of elektronisch zijn, waarmee de ‘veronderstelde toestemming’ van de patiënt is komen te vervallen.<sup>10</sup> Deze veronderstelde toestemming werd in de rechtspraak in sommige gevallen erkend en was ook opgenomen in de KNMG-richtlijn Omgaan met medische gegevens 2010.

### 3 Het zwaarwegend belang

Het medisch beroepsgeheim kan worden doorbroken in de situatie waarin er een zwaarwegend belang aanwezig is (art. 7:458a lid 1 onder c BW). Dit zwaarwegend belang kan door iedere belanghebbende worden aangevoerd. Uit de wetsgeschiedenis is af te leiden dat er aan twee voorwaarden moet worden voldaan, wil er sprake zijn van een zwaarwegend belang:

- a. De twee belangen moeten tegen elkaar worden afgewogen: het belang van geheimhouding van het medisch dossier enerzijds en het zwaarwegend belang van de belanghebbende anderzijds. Alleen als er concrete aanwijzingen zijn dat het zwaarwegend belang geschaad wordt door de geheimhouding niet te doorbreken, kan inzage worden gegeven.

8 Ik noem dit de ‘case-closed-clausule’, zie hierna meer daarover in paragraaf 4.

9 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 20 augustus 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2103.

10 J. Legemaate, Aanpassing van de WGBO, TvGR 2018, afl. 6, p. 556-564 en J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 171. Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat de ‘veronderstelde toestemming’ zelden tot succes leidde in de jurisprudentie. Tevens zou de veronderstelde toestemming tot uitvoerings- en interpretatievragen leiden. Dit wilde de wetgever voorkomen, zodat de veronderstelde toestemming niet werd opgenomen in art. 7:458a BW. Kamerstukken II 2018/19, 34994, nr. 3, p. 21. De Afdeling advisering van de Raad van State zag echter in het verdwijnen van de veronderstelde toestemming een inperking van de praktijk: Kamerstukken II 2017/18, 34994, nr. 4, p. 6.

- b. De inzage in het medisch dossier moet noodzakelijk zijn voor de behartiging van het zwaarwegend belang.<sup>11</sup>

Als een belanghebbende informatie wil uit het medisch dossier, dan richt deze zich eerst tot de hulpverlener die het dossier houdt (art. 7:454 BW). Het is de hulpverlener die beslist of deze de geheimhouding opzij zal zetten of niet. Als de hulpverlener meent dat er een zwaarwegend belang is, dan kan deze de informatie geven, maar alleen die informatie die noodzakelijk is om het zwaarwegend belang te behartigen.<sup>12</sup> Bij betwisting van de wilsbekwaamheid verstrekt de hulpverlener dus alleen de medische gegevens die relevant kunnen zijn om de wilsbekwaamheid te beoordelen.

Als de hulpverlener weigert om de geheimhouding te doorbreken, kan de belanghebbende via de civiele rechter de informatie uit het medisch dossier vorderen. Het zwaarwegend belang moet dan in de procedure worden onderbouwd. Uit de rechtspraak en de wetsgeschiedenis kunnen we de invulling van het ‘zwaarwegend belang’ afleiden. Daarvan kan sprake zijn bij het inroepen van de nietigheid van een testament wegens concrete aanwijzingen omtrent de wilsonbekwaamheid ten tijde van het testeren en in het verlengde daarvan het financiële belang dat de belanghebbenden bij de nietigheid van het testament hebben.<sup>13</sup> Omdat het ‘zwaarwegend belang’ een codificatie betreft van vaste rechtspraak, zal de uitkomst onder het huidige recht niet veel anders zijn dan vóór 2021.

Dat zien we bijvoorbeeld in een uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch uit 2021.<sup>14</sup> Deze procedure werd gevoerd door een broer en zus die volgens hen in het testament van hun tante uit 2006 tot haar enige erfgenamen werden benoemd. In 2016 maakte tante een nieuw testament, waarin naast hen ook nog enkele andere nichten en neven tot erfgenamen worden benoemd. Hierdoor werd hun erfdeel verkleind ten opzichte van het eerdere testament. Het vermogen van tante werd in 2017 onder bewind gesteld; uit de beschikking blijkt dat tante zelf toestemming aan de bewindvoerder kan geven voor beschikkingshandelingen en in staat wordt geacht de rekening en verantwoording ter goedkeuring te ondertekenen.

Broer en zus stellen dat tante ten tijde van het maken van het testament in 2016 niet meer wilsbekwaam was. Zij willen daarom de nietigheid van het testament door de rechter laten vaststellen en wensen onder meer inzage in het medisch dossier van tante, wat door de huisarts wordt geweigerd.

Het hof haalt de wetsgeschiedenis aan, waaruit blijkt dat sprake kan zijn van een zwaarwegend belang als men het testament wil laten vernietigen (zie ook hiervoor

paragraaf 2). Daarvan is in het algemeen sprake als betrokkenen in een (recent) testament zijn onterfd. Als er ook concrete aanwijzingen zijn om te vermoeden dat erflater ten tijde van het wijzigen van het testament wilsonbekwaam was, kan dit het doorbreken van het beroepsgeheim van de huisarts rechtvaardigen. Er is in casu geen sprake van een onterving, zo stelt het hof vervolgens vast, maar een veronderstelling dat men een kleiner erfdeel krijgt dan in een eerder testament. Daarnaast kijkt het hof naar de vraag of er sprake is van een zwaarwegend financieel belang; er is echter niets over de omvang van de nalatenschap aangevoerd. Er zijn daarnaast onvoldoende concrete aanwijzingen om te vermoeden dat tante ten tijde van het maken van het testament in 2016 wilsonbekwaam was. Hierbij betreft het hof de inhoud van het testament, die van dien aard is dat tante geen complexe regeling hoefde te doorgronden. En ook al voerden partijen aan dat tante geplaagd werd door vergeetachtigheid en zij bij tijd en wijle verward was: de notaris achtte tante wilsbekwaam. Ook haalt het hof de beschikking aan van de kantonrechter, waarin is opgenomen dat de rechthebbende in staat wordt geacht zelf aan de bewindvoerder toestemming te geven voor beschikkingshandelingen en de rekening en verantwoording ter goedkeuring te ondertekenen. Van een zwaarwegend belang is dus volgens het hof geen sprake.

Hoewel het hof de wetsgeschiedenis erbij haalt, zou er vóór 2020 eenzelfde uitkomst kunnen zijn op basis van de vaste rechtspraak. Ik verwacht in de toekomst in de jurisprudentie slechts een nadere invulling van het ‘zwaarwegend belang’, maar geen andere invulling. In het verleden zagen we een enkele keer dat bij het zwaarwegend belang ook de veronderstelde toestemming van de erflater werd betrokken.<sup>15</sup> Met het vervallen van deze veronderstelde toestemming zal dat in de toekomst niet meer voorkomen.

## 4 De toestemmingsverklaring en de case-closed-clausule

Zoals hiervoor uiteengezet, is de hoofdregel dat de medische geheimhouding ook na overlijden geldt. Dit kan alleen opzij worden gezet door:

- een toestemmingsverklaring van de patiënt (lid 1 onder a van art. 7:458a BW);
- een zwaarwegend belang bij degene die om informatie uit/inzage van het medisch dossier vraagt.

Als een patiënt wil voorkomen dat het medisch dossier opengaat na overlijden, kan deze dat schriftelijk of elektronisch vastleggen (lid 4 van art. 7:458a BW). Met een dergelijke verklaring wordt het zwaarwegend belang

11 Kamerstukken II 2017/18, 34944, nr. 3, p. 12, 14, 21 en 27.

12 KNMG-handreiking Inzage in medische dossiers door nabestaanden 2020, p. 24.

13 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8078.

14 Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1357.

15 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1674 en Rb. Arnhem 15 augustus 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4760.

‘overruled’ door de patiënt zelf en heeft de hulpverlener dan wel de rechter geen mogelijkheid meer om toch inzage in het medisch dossier te geven.

Hoewel artikel 7:458a BW van ‘schriftelijk’ en ‘elektronisch’ spreekt, ga ik ervan uit dat ook in een levenstestament of een testament een toestemmingsclausule of een case-closed-clausule kan worden opgenomen.<sup>16</sup> Ik denk niet dat deze clausules kwalificeren als uiterste wilsbeschikkingen: vanwege het gesloten stelsel moet er dan vermeld staan dat het een uiterste wilsbeschikking betreft, hetgeen in artikel 7:458a BW niet het geval is. Daarmee komen we bij de vraag of artikel 20a van de Wet op het notarisambt (Wna) eraan in de weg staat dat de toestemmingsclausule of de case-closed-clausule in een testament wordt opgenomen. In artikel 20a Wna is namelijk bepaald dat notariële akten die uiterste wilsbeschikkingen inhouden, geen andere rechtshandelingen bevatten. Maar of dat in dit geval een belemmering is? Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat in verband met de kenmerken van uiterste wilsbeschikkingen – in het bijzonder de eenzijdigheid en herroepelijkheid – deze van andere rechtshandelingen moeten worden onderscheiden.<sup>17</sup> Met deze bepaling wilde men voorkomen dat er ook niet-eenzijdige (herroepelijke) rechtshandelingen in een testament terecht zouden komen. De in artikel 7:458a BW bedoelde verklaringen (clausules) conflicteren echter naar mijn mening niet met uiterste wilsbeschikkingen, omdat deze clausules eenzijdig herroepbaar zijn. Als men bevreesd zou zijn dat artikel 20a Wna wel roet in het eten gooit, dan zou men de toestemmingsclausule of de case-closed-clausule niet in het testament maar in het levenstestament kunnen opnemen en vervolgens in het testament (in verband met de publiciteit bij overlijden) kunnen verwijzen naar het levenstestament.

Met een toestemmingsclausule kan worden vastgelegd wie welke gegevens na overlijden uit het medisch dossier mag krijgen. Volgens de handreiking van de KNMG is de toestemming geldig als de patiënt duidelijk heeft aangegeven welke gegevens aan welke personen mogen worden verstrekt.<sup>18</sup> De patiënt moet de toestemming hebben vastgelegd toen hij 12 jaar of ouder en wilsbekwaam was. De toestemming kan met de hulpverlener worden opgesteld of door de patiënt zelf, schriftelijk of elektronisch. Dit geldt ook voor de case-closed-clausule waarmee de patiënt vastlegt dat er na diens overlijden geen inzage is tot het medisch dossier en er geen informatie uit het medisch dossier gegeven mag worden door de hulpverlener.

16 Ik heb deze clausule bewust de ‘case-closed-clausule’ gedoopt om het bewustzijn te stimuleren dat als de patiënt dat wenst het medisch dossier volledig op slot gaat na diens overlijden. In een zaak over de wilsonbekwaamheid ten tijde van het testeren zal dan de medische informatie de stelling niet kunnen ondersteunen dan wel weerspreken en is het wat de medische informatie betreft een gesloten zaak.

17 Kamerstukken II 1999/2000, 27245, nr. 3, p. 11.

18 KNMG-handreiking Inzage in medische dossiers door nabestaanden 2020, p. 15.

De case-closed-clausule betekent (in zijn meest verstrekkende vorm) voor belanghebbenden dat zij wel de nietigheid van de uiterste wilsbeschikking kunnen inroepen, maar dat zij geen toegang hebben tot het medisch dossier als zij dat nodig hebben in verband met de onderbouwing van hun stelling dat de erflater wilsonbekwaam was ten tijde van het testeren. Zoals hiervoor vermeld, is dit namelijk een uitzondering op het ‘zwaarwegend belang’. Uiteraard hoeft een case-closed-clausule waarmee de inzage in het medisch dossier na overlijden onmogelijk wordt gemaakt, niet per se het doel te hebben belanghebbenden de pas af te snijden bij hun eventuele latere procedure over de wilsbekwaamheid ten tijde van het testeren, maar het is vanzelfsprekend wél mogelijk dat dit het (enige) doel van de case-closed-clausule is.

De twee clausules van artikel 7:458a BW kunnen in de volgende varianten worden vormgegeven:

1. De volledige toestemmingsclausule: eenieder heeft toegang tot het volledige medisch dossier.
2. De beperkte toestemmingsclausule: bepaalde personen hebben toegang tot het volledige medisch dossier en/of toegang tot een beperkt deel van het medisch dossier. Bijvoorbeeld: er is alleen toegang met betrekking tot erfelijke ziekte, waarover de afstammelingen van erflater informatie zouden willen.
3. De volledige case-closed-clausule: het volledige medisch dossier blijft gesloten, in elke situatie. Hieraan kan het verzoek aan de hulpverlener worden toegevoegd dat het medisch dossier wordt vernietigd (art. 7:455 lid 1 BW).<sup>19</sup>
4. De beperkte case-closed-clausule: het volledige medisch dossier blijft gesloten, maar als zich bepaalde situaties voordoen, dan mag er bepaalde informatie vrijgegeven worden. Bijvoorbeeld: in verband met een procedure over wilsonbekwaamheid en/of in verband met het aanvechten van een medische fout.

Volgens de wet en de handreiking staat er niets aan in de weg dat in een (levens)testament een van deze clausules wordt opgenomen. Zoals dat geldt voor een medische verklaring (zoals een reanimatieverbod en dergelijke), zou ik menen dat ook hier geldt dat het aan te bevelen is dat de hulpverlener wordt geïnformeerd en wordt verzocht een aantekening te maken in het medisch dossier; dit is overigens niet constitutief. De hulpverlener kan bij sterk gewijzigde omstandigheden sinds de datum van de toestemmingsverklaring of -clausule inzage na overlijden toch weigeren. Op grond van goed hulpverlenerschap als vastgelegd in artikel 7:453 BW weigert de hulpverlener het inzageverzoek als de hulpverlener zeker weet dat inzage niet meer overeenkomt met de toestemming van de patiënt. De hulpverlener weigert ook

19 In academische ziekenhuizen wordt vaak een zogenoemd ‘kerndossier’ bewaard tot 115 jaar na de geboortedatum van de patiënt; in dit dossier zit een aantal documenten/gegevens uit het medisch dossier. Het is niet mogelijk om vernietiging van het kerndossier te verzoeken.



een inzageverzoek ondanks de toestemming van de patiënt als met die inzage de persoonlijke levenssfeer van een ander wordt geschaad (art. 7:458a lid 4 BW).

Nu deze nieuwe clausules er zijn, wat is dan de rol van de notaris daarbij als het gaat om het maken van een (levens)testament? De notaris is de adviseur van de (levens)testateur en daarnaast de redacteur van het (levens)testament. Wat betreft de rol als redacteur: we zien in de praktijk dat testamenten en levenstestamenten steeds vaker een ‘verzamelakte’ zijn van beschikkingen en wensen bij het overlijden respectievelijk rond de laatste fase van het leven dan dat er in deze akten ‘sec’ uiterste wilsbeschikkingen (wat het testament betreft) en ‘volmachtbepalingen’ (wat het levenstestament betreft) worden opgenomen. Gezien de rol van de notaris als adviseur zal de notaris de (levens)testateur op de mogelijkheid van de clausules van artikel 7:458a BW wijzen. Als de (levens)testateur een van deze clausules wenst, is het de vraag of de notaris vervolgens de gewenste clausule opneemt in het (levens)testament.

Mocht de notaris daartoe overgaan, dan zal deze vanzelfsprekend de (levens)testateur moeten belehren over de gevolgen van deze clausules. Het opnemen van deze clausules in (levens)testamenten heeft als voordeel dat de wilsbekwaamheid ten tijde van het maken van deze clausules door de notaris is getoetst, en dat de erflater zich ervan bewust is dat de clausules effect kunnen hebben met betrekking tot het (levens)testament dat deze op dat moment maakt, maar ook op toekomstige (levens)testamenten. Ik zou ervoor willen pleiten altijd een keuze te maken over de inzage in het medisch dossier, zodat duidelijk is wat de wens van de (levens)testateur is geweest. Dit past helemaal in de gedachte van de ‘verzamelakte’ zoals hiervoor beschreven.

Bij de case-closed-clausule zit er echter een keerzijde aan het verhaal. De (levens)testateur lijkt daarmee het testament feitelijk ‘onaantastbaar’ te maken als zonder het medisch dossier de wilsonbekwaamheid niet meer aangetoond kan worden, zowel bij de civiele rechter als bij de tuchtrechter. Hoe belangrijk is de medische informatie eigenlijk in rechterlijke procedures over de wilsonbekwaamheid in relatie tot rechtshandelingen? Een quickscan van de in 2021 gepubliceerde uitspraken op rechtspraak.nl laat zien dat er in acht gevallen informatie uit het medisch dossier ter onderbouwing van de vermeende wilsonbekwaamheid in een procedure werd ingebracht en deze medische informatie in slechts een van de gevallen tot de vernietiging van de rechtshandeling leidde (waaronder begrepen de nietigverklaring van (levens)testamenten).<sup>20</sup> Dit sluit echter niet uit dat een

grondiger onderzoek nu of in de toekomst een ander beeld laat zien.

Terug naar de rol van de notaris. Gesteld dat de case-closed-clausule wordt opgenomen in een (levens)testament, wordt daarmee dan inderdaad een zaak over de wilsonbekwaamheid van de (levens)testateur feitelijk gesloten, of is er een ‘opening’ als de notaris onzorgvuldig te werk is gegaan bij het opnemen van deze clausule? Daarnaast kan de vraag worden gesteld of we op basis van de notariële deontologie moeten concluderen dat een notaris een dergelijke clausule niet in de akte mag opnemen waarvan de notaris de adviseur en redacteur is. Gedacht zou dan bijvoorbeeld kunnen worden aan artikel 20 Wna, dat handelt over de verboden begunstiging; eerder was er bijvoorbeeld discussie over de vraag of de notaris zelf tot executeur kon worden aangewezen in een testament waarvan die notaris zelf adviseur en redacteur is. In de wetsgeschiedenis kunnen we de gewenste antwoorden niet vinden.

Zolang er geen duidelijkheid is over de rol van de notaris, lijkt het misschien wel het meest ‘veilig’ om de case-closed-clausule niet op te nemen in een (levens)testament. Maar kan de notaris (levens)testateurs deze clausule onthouden? Ik kan me voorstellen dat de notaris in een situatie waarin de (levens)testateur bewust kiest voor deze clausule en deze per se wil opnemen in een (levens)testament (en dus niet op andere wijze wil vastleggen), hieraan meewerkt. Uiteraard met een uitgebreide *Belehrung* en vastlegging daarvan in het (levens)testament. Hier geldt wat ook in andere gevallen geldt: als later blijkt dat de (levens)testateur de gevolgen van deze clausule niet heeft gewild of heeft overzien, dan kan deze alsnog nietig worden verklaard. Voor de onderbouwing van de stelling is de medische informatie echter niet beschikbaar.

Tijdens het wetgevingsproces bepleitte Biemans dat het wetsvoorstel in het kader van het erfrecht beter doordacht moest worden, onder meer vanwege de samenloop van het testament en een schriftelijke verklaring die voorkomt dat de geldigheid van het testament kan worden aangevochten.<sup>21</sup> Schoenmaker vraagt zich af of met de mogelijkheid van het sluiten van het medisch dossier een nieuw estateplanningsinstrument is ontstaan, omdat hiermee het medisch dossier gesloten blijft voor nabestaanden die het testament vanwege wilsonbekwaamheid willen ‘aanvechten’. Een vraag die hij niet zonder meer positief kan beantwoorden.<sup>22</sup>

28 april 2021 (ECLI:NL:RBNHO:2021:3611) werd het medisch dossier geopend, maar bracht dat vanwege te weinig informatie geen soelaas.

20 Deze quickscan omvatte 62 gepubliceerde uitspraken die werden gevonden met de zoekterm ‘wilsonbekwaamheid’ in de publicatieperiode van 1 januari tot en met 31 december 2021. 35 van de 62 zaken hadden geen (directe) betrekking op het ‘onderuithalen’ van een rechtshandeling verricht door een ‘wilsonbekwame’. In de enige zaak waarin de stelling van de wilsonbekwaamheid op basis van het medisch dossier slaagde, werd geen tegenbewijs gevoerd, Hof Arnhem-Leeuwarden 2 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1980. In de uitspraak van rechtbank Noord-Holland van

21 J.W.A. Biemans, Wetsvoorstel inzage recht medisch dossier van overleden patiënt, FTV 2018, afl. 9, p. 4-6. Biemans ziet onder meer tegenstelde belangen tussen erflater en de erfgenamen, waarmee het wetsvoorstel volgens hem te weinig rekening houdt. Daarnaast stelt Biemans dat het niet mogelijk moet zijn dat een eerdere schriftelijke verklaring van erflater over het gesloten blijven van het medisch dossier ziet op een later gemaakte uiterste wilsbeschikking.

22 F.A.M. Schoenmaker, Het medisch dossier: een nieuw estateplanningsinstrument voor notarissen?, in: Van notariaat tot rechtspraak (Ars Notariatus 171), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 95 e.v.

Ik zou graag op korte termijn een rechterlijke uitspraak zien over de notariële case-closed-clausule; deze is echter niet op korte termijn te verwachten, omdat de ‘case-closed-clausules’ nog geen wijdverbreide notariële praktijk lijken te zijn.

## 5 Tot slot

In het nieuwe artikel 7:458a BW staan de situaties waarin belanghebbenden recht hebben op inzage in het medisch dossier na het overlijden van een patiënt. Er is inzage als de patiënt daar zelf toestemming voor heeft gegeven of, als die toestemming er niet is, de belanghebbende een zwaarwegend belang heeft. Omdat het ‘zwaarwegend belang’ een codificatie van vaste rechtspraak betreft, is er niet een andere, maar slechts – mede aan de hand van de wetsgeschiedenis – een nadere invulling in de rechtspraak te verwachten.

Behalve een toestemmingsverklaring is er op grond van het nieuwe artikel ook een inzageverbod mogelijk. Dit laatste zou als ‘case-closed-clausule’ kunnen worden opgenomen in een (levens)testament. De rol van de notaris daarbij is nog niet uitgekristalliseerd, maar dat moet wellicht geen reden zijn om de (levens)testateur, als deze dat wenst, deze clausule te onthouden.