

96. Doorbreking van het medisch beroepsgeheim

MR. M.G. HEES

Op welke grond en onder welke omstandigheden kunnen nabestaanden van een overleden patiënt inzage in en afschrift van het medisch dossier verkrijgen? In deze bijdrage wordt de actuele stand van zaken gegeven in het licht van zowel de rechtspraak als de Wet tot wijziging van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst die op 1 januari 2020 in werking treedt.

1. Inleiding

Op de relatie tussen de patiënt en de hulpverlener is de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (hierna: 'WGBO') van toepassing. Deze wet, opgenomen in Titel 7 van Afdeling 5 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, regelt onder meer de patiëntenrechten in het kader van de behandelingsovereenkomst tussen de patiënt en de hulpverlener. En bevat het fundamentele recht van de patiënt op geheimhouding van zijn gegevens. Dit recht geldt onverkort ná het overlijden van de patiënt. Zowel tijdens leven als na overlijden van de patiënt kan de hulpverlener echter gehouden zijn tot verstrekking van informatie en gegevens betreffende de patiënt. Deze bijdrage beperkt zich tot de situatie dat de patiënt is overleden. Allereerst zal kort worden ingegaan op de geheimhoudingsplicht (par. 1). Vervolgens zal een overzicht worden gegeven van de gronden waarop het beroepsgeheim kan worden doorbroken (par. 2). Aansluitend zal het inzagerecht, neergelegd in de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst die per 1 januari 2020 in werking treedt (par. 3), worden besproken. Tot slot zal worden ingegaan op de verhouding tussen dit wettelijke recht en de bestaande rechtspraak op dit punt (par. 4).

2. Geheimhoudingsplicht

De geheimhoudingsplicht van de hulpverlener¹ houdt in:² *'...draagt de hulpverlener zorg, dat aan anderen dan de*

patiënt geen inlichtingen over de patiënt dan wel inzage in of afschrift van de bescheiden, bedoeld in artikel 454,³ worden verstrekt dan met toestemming van de patiënt.' Onder 'anderen dan de patiënt' worden verstaan degenen die niet rechtstreeks zijn betrokken bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst. De definitie van de behandelingsovereenkomst staat opgetekend in art. 7:446 BW.⁴ De ratio van de geheimhoudingsplicht is voorkomen dat de patiënt afziet van het inroepen van geneeskundige hulp, uit vrees dat hetgeen aan de hulpverlener is toevertrouwd of is gebleken openbaar wordt gemaakt.⁵ Het privacybelang van de patiënt, onder meer neergelegd in art. 10 Gw, is hier in het geding.

3. Doorbreking van de geheimhoudingsplicht

3.1 Inleiding

De geheimhoudingsplicht is echter niet absoluut van aard. In de situatie dat de patiënt is overleden is tot 1 januari 2020 doorbreking mogelijk op een van de volgende vier gronden.⁶

In de eerste plaats kan een wettelijke bepaling de hulpverlener verplichten zijn geheimhoudingsplicht te doorbreken. Een voorbeeld hiervan is art. 10a Wlb en verplicht de lijk-schouwer tot afgifte van een verklaring over de doodsoorzaak van een minderjarige patiënt.

1 De verschillende wetten op het gebied van het gezondheidsrecht duiden de persoon die zorg verleent verschillend aan. De WGBO hanteert het begrip 'hulpverlener': de contractspartij die zich verbindt tot geneeskundige handelingen.

2 Art. 7:457 BW.

3 Dit artikel ziet op het medisch dossier van de patiënt.

4 De hulpverlener verbindt zich tegenover de patiënt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst die rechtstreeks betrekking hebben op de patiënt.

5 Aldus Hof Den Bosch 13 oktober 1998, r.o. 3.2 in het arrest van de HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201.

6 Mr. dr. R.P. Wijne, *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, art. 7:457 BW, aantekening 12.

In de tweede plaats kan de patiënt vóór zijn overlijden aan de hulpverlener mondeling of schriftelijk toestemming hebben gegeven voor inzage in zijn medisch dossier.⁷

De geheimhoudingsplicht is echter niet absoluut van aard

In de derde plaats kan doorbreking aan de orde zijn als er sprake is van 'veronderstelde toestemming'. Oftewel, als mag worden verondersteld dat de patiënt, ware hij nog in leven, toestemming zou hebben gegeven voor verstrekking van gegevens en/of inzage in zijn medisch dossier. Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van 'veronderstelde toestemming' zijn een aantal aspecten van belang.⁸ Is er sprake van een rechtmatig belang (niet te verwarren met een zwaarwegend belang, zie hierna)? Wat is de verhouding van de aanvrager tot de overleden patiënt?⁹ Wat is de aard van de te verstrekken gegevens? Waar zijn de gegevens voor nodig?¹⁰ Wat zijn de mogelijke gevolgen van de verstrekking van de gegevens?

In de vierde en laatste plaats kan doorbreking aan de orde zijn als de aanwezigheid van een zwaarwegend belang dit rechtvaardigt. Dit criterium is door de Hoge Raad ontwikkeld in zijn arrest van 20 april 2001.¹¹ Vereist is dat er, bij instandhouding van het beroepsgeheim, voldoende concrete aanwijzingen bestaan dat een ander zwaarwegend belang geschaad zou kunnen worden. Een wettelijke regeling op dit punt ontbreekt, althans tot 1 januari 2020. In deze bijdrage zoom ik verder in op dit criterium.

3.2 Doorbreking op grond van een ander zwaarwegend belang

Het arrest van de Hoge Raad uit 2001 is in de rechtspraak steeds als basis gebruikt voor de toets of doorbreking van het beroepsgeheim op grond van een ander zwaarwegend belang aan de orde is. Een eenduidige lijn is daarin niet te ontdekken. In de eerste plaats worden wisselende eisen gesteld aan het criterium van de Hoge Raad: onder welke omstandigheden is sprake van een zwaarwegend ander

belang? En in de tweede plaats wordt, indien doorbreking van het beroepsgeheim op deze grond wordt aangenomen, zeer verschillend invulling gegeven aan de wijze waarop informatie uit het medisch dossier verstrekt dient te worden en aan wie. De rechtspraak op dit punt kent gelukkig ook een bestendige lijn. Buiten kijf staat dat 'een ander zwaarwegend belang' moet worden aangenomen indien er is voldaan aan ten minste deze drie cumulatieve vereisten: (1) er is sprake is van een (recent) gewijzigd testament waardoor de erfrechtelijke positie van betrokkene is gewijzigd, (2) er zijn concrete aanwijzingen om te vermoeden dat de overleden patiënt ten tijde van het wijzigen van het testament wilsonbekwaam was, én (3) er kan niet langs een andere weg dan door kennismaking van het medisch dossier opheldering worden verkregen over de wilbekwaamheid van de overleden patiënt.¹²

Aan deze drie vereisten wordt zo nu en dan in de rechtspraak een vierde, cumulatieve, eis toegevoegd, te weten 'de veronderstelde toestemming', zie hiervoor.¹³ Dit wordt echter niet gedragen door het arrest van de Hoge Raad uit 2001, zo oordeelde het Gerechtshof Arnhem in 2014.¹⁴ Prof. mr. Dute en mr. dr. Ploem uiten in hun artikel in het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* uit 2013¹⁵ kritiek op de rechtspraak waarin dit vierde vereiste is aangenomen. Zij benadrukken dat 'de veronderstelde toestemming' slechts een alternatieve grond is voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim.

Over de invulling van het derde vereiste – kort gezegd: er moet geen toereikend alternatief zijn – wordt in de rechtspraak wisselend beslist. Zo nam de Rechtbank Oost-Brabant in 2014¹⁶ aan dat een getuigenverhoor een goed alternatief is, met afwijzing van de vordering tot inzage in het medisch dossier tot gevolg. De Rechtbank Gelderland¹⁷ dacht daar in 2017 en 2018 anders over. Getuigen kunnen zich immers beroepen op geheimhouding en zodoende is een getuigenverhoor geen toereikend alternatief. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden¹⁸ overwoog in 2014 dat er in algemene zin eigenlijk geen alternatief is: inzage in het medisch dossier en verstrekking van gegevens daaruit kunnen immers bij uitstek duidelijkheid verschaffen over de geestelijke vermogens van de overleden patiënt. Zie in gelijke zin de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in 2019.¹⁹

⁷ Kamerstukken II 1997/98, 25892, nr. 3, p. 47 en 50. Zie ook prof. mr. J.C.J. Dute & mr. dr. M.C. Ploem, 'Medisch beroepsgeheim en familieleden', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013 (37) 8. Zie ook D. Hazewinkel-Surin-ga, *De doolhof van het beroepsgeheim*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1959, p. 95. Zie ook J.K.M. Gevers, 'Het beroepsgeheim na overlijden van de patiënt', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 1993, p. 533-535. Zie ook ECLI:NL:TGZRGRO:2011:YG1573. Toestemming volgt niet zonder meer uit het bestaan van een algemene volmacht van de overleden patiënt.

⁸ Prof. mr. J.C.J. Dute & mr. dr. M.C. Ploem, 'Medisch beroepsgeheim en familieleden', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013 (37) 8. Zie ook KNMG-richtlijn, *Omgaan met medische gegevens* 2018, p. 76.

⁹ CTG 8 december 2009, *Medisch Contact*, 2010, p. 2274-2275: de veronderstelde toestemming volgt niet enkel uit de verhouding van partner tot de overleden patiënt. Zie ook ECLI:NL:TGZRGRO:2011:YG1573: de veronderstelde toestemming volgt evenmin enkel uit het bestaan van een algemene volmacht van de overleden patiënt.

¹⁰ CTG 6 juni 2013, ECLI:NL:TGZCTG:2013:YG2990.

¹¹ ECLI:NL:HR:2001:AB1201.

¹² Zie in dit verband onder meer ECLI:NL:GHARL:2014:8078; ECLI:NL:GHARN:2012:BV0470; ECLI:NL:RBGEL:2018:1237; ECLI:NL:RBGEL:2017:6853; ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6260; ECLI:NL:RBZWB:2019:861; ECLI:NL:RBNNE:2017:4099; ECLI:NL:RBOVE:2017:1211.

¹³ Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RBOBR:2014:487; ECLI:NL:RBAMS:2014:6239; ECLI:NL:RBHAA:2004:AO7560; ECLI:NL:RBARN:2005:AU4760.

¹⁴ ECLI:NL:GHARL:2014:8078. Zie ook ECLI:NL:RBONE:2013:BZ6271.

¹⁵ Prof. mr. J.C.J. Dute & mr. dr. M.C. Ploem, 'Medisch beroepsgeheim en familieleden', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013 (37) 8.

¹⁶ ECLI:NL:RBOBR:2014:487.

¹⁷ ECLI:NL:RBGEL:2017:6853; ECLI:NL:RBGEL:2018:1237.

¹⁸ ECLI:NL:GHARL:2014:8078.

¹⁹ ECLI:NL:RBZWB:2019:861.

Daar waar in de rechtspraak doorbreking van het beroepsgeheim op grond van een ander zwaarwegend belang werd aangenomen, stond vervolgens de vraag centraal op welke wijze en aan wie het medisch dossier ter inzage verstrekt dient te worden. Ook op dit punt is de rechtspraak verre van eenduidig. Zo oordeelde de Rechtbank Noord-Holland in 2017²⁰ dat doorbreking zo beperkt mogelijk dient plaats te vinden. Dit in die zin dat het medisch dossier verstrekt diende te worden aan een door de rechtbank benoemde deskundige, met uitdrukkelijke bepaling dat (1) het de deskundige niet was toegestaan het medisch dossier te voegen bij zijn deskundigenbericht, (2) alleen die gegevens uit het medisch dossier door de hulpverlener aan de deskundige verstrekt dienen te worden die relevant zijn voor de beoordeling van de wilsbekwaamheid, en (3) het aan de hulpverlener is om daarin zelf een afweging te maken. Zie anders de Rechtbank Gelderland in 2017;²¹ het geven van inzage in het medisch dossier aan een deskundige komt onvoldoende tegemoet aan het belang van de nabestaanden om zelf kennis te kunnen nemen van de inhoud, en om op basis daarvan de eigen proceskansen te kunnen inschatten (lees: beoordeling van de proceskansen op het nietig doen verklaren van het testament). Het is bovendien, aldus deze rechtbank, niet aan de deskundige maar aan de rechter om te bepalen of bepaalde medische informatie relevant is voor de toets van de wilsbekwaamheid van de patiënt. Ook om die reden acht de rechtbank het inzagerecht aan de nabestaanden zelf noodzakelijk. Zie in gelijke zin de Rechtbank Zeeland-West-Brabant in 2019.²² Zie ook de Rechtbank Oost-Nederland in 2013;²³ het medisch dossier dient zonder enige vorm van voorafgaande selectie door de hulpverlener te worden verstrekt aan de medisch adviseur van de nabestaanden.

Op het punt van de doorbreking van het beroepsgeheim op grond van een ander zwaarwegend belang is de rechtspraak weinig consistent

Deze (tussen)conclusie is gerechtvaardigd: op het punt van de doorbreking van het beroepsgeheim op grond van een ander zwaarwegend belang is de rechtspraak weinig consistent. Rechtsonzekerheid is hiervan het logische gevolg.

4. Wet tot wijziging van de WGBO

4.1 Inleiding

De wetgever heeft de rechtsonzekerheid onderkend. Met de Wet tot wijziging van de WGBO (hierna: 'Wet wijziging WGBO') worden twee doelen nagestreefd,²⁴ namelijk

(1) het creëren van een wettelijke basis voor het inzagerecht in het medisch dossier van de overleden patiënt voor nabestaanden, en (2) het verschaffen van (meer) duidelijkheid voor zowel nabestaanden als de rechtspraak wanneer en onder welke voorwaarden inzage in of afschrift van het medisch dossier kan worden verkregen. De Wet wijziging WGBO treedt op 1 januari 2020 in werking. De goede bedoelingen van de wetgever ten spijt, ben ik van mening dat de missie niet geheel is geslaagd. Ik licht dit toe.

4.2 Art. 7:458a lid 1 BW

Het nieuwe art. 7:458a lid 1 BW noemt drie gevallen waarin de hulpverlener inzage in en afschrift van gegevens uit het medisch dossier van de overleden patiënt dient te verstrekken:

- aan een persoon ten behoeve van wie de patiënt bij leven toestemming heeft gegeven, welke toestemming schriftelijk is vastgelegd. Zie hiervoor: dit is een codificatie van de bestaande praktijk;
- aan nabestaanden die een mededeling van een hulpverlener hebben ontvangen dat een incident heeft plaatsgevonden. Dit is nieuw;
- aan een curator, mentor, echtgenoot, geregistreerd partner of andere levensgezel, ouder, kind, broer, zus, grootouder of kleinkind van de overleden patiënt die een zwaarwegend belang heeft en aannemelijk maakt dat dit belang mogelijk wordt geschaad, en dat inzage in of afschrift van gegevens uit het medisch dossier noodzakelijk is voor de behartiging van dit belang. Deze criteria volgen uit en komen overeen met de bestaande rechtspraak (zie hiervoor).

5. Hoe verhoudt de nieuwe wet zich tot de bestaande rechtspraak?

Op basis van een eerste vergelijking tussen de Wet wijziging Wet WGBO en de bestaande rechtspraak, kunnen de volgende conclusies worden getrokken:

- De Wet wijziging WGBO noemt 'de veronderstelde toestemming' *niet* als afzonderlijke grond voor het inzagerecht. Uit de Kamerstukken blijkt dat de wetgever hier bewust voor heeft gekozen en wel om drie redenen:
 - De wetgever heeft weinig jurisprudentie aange troffen waarin op grond van 'de veronderstelde toestemming' recht op inzage is verstrekt. In de uitzonderlijke gevallen waarin daarvan wel sprake was, ging het veelal om een medische misser. In de Wet wijziging WGBO wordt dit aangemerkt als een incident, op welke grond thans het recht op inzage is gegeven.²⁵
 - 'De veronderstelde toestemming' leidt tot uitvoerings- en interpretatievragen.
 - De jurisprudentie op het punt van 'de veronderstelde toestemming' is niet eenduidig, waardoor nabestaanden niet weten waar zij aan toe zijn.

20 ECLI:NL:RBNNE:2017:4099.

21 ECLI:NL:RBGEL:2017:6853; ECLI:NL:RBGEL:2018:1237.

22 ECLI:NL:RBZWB:2019:861.

23 ECLI:NL:RBONE:2013:BZ6271.

24 Advies Raad van State, *Stcrt.* 19 juli 2018, nr. 40546.

25 Art. 7:458a lid 1 onder b BW.

2. De Wet wijziging WGBO brengt een beperking aan in de kring van personen die op grond van een 'zwaarwegend belang' recht hebben op inzage.
3. Het inzagerecht op grond van een 'zwaarwegend belang' kent in de Wet wijziging WGBO niet (ook) de eis van 'de veronderstelde toestemming'. De rechtspraak waarin deze eis eerder nog werd gesteld is hiermee achterhaald.
4. De Wet wijziging WGBO geeft geen concrete invulling aan het noodzaaks criterium, en evenmin aan de wijze waarop inzage gegeven moet worden. Uit de memorie van toelichting²⁶ blijkt dat de wet ruimte wil bieden aan maatwerk, zodat in de praktijk per situatie kan worden beoordeeld of er sprake is van een toereikend alternatief, en zo nee op welke wijze in de specifieke situatie inzage gegeven dient te worden. Het probleem is ech-

ter dat de (rechts)praktijk niet bepaald eenduidig is (zie hiervoor).

De vraag rijst of een einde is gekomen aan de bestaande rechtspraktijk dat 'de veronderstelde toestemming' een zelfstandige rechtsingang vormt voor het inzagerecht. De tijd, of beter gezegd, de rechtspraak op dit punt, zal dit leren. De wetgever heeft helaas een kans laten liggen om (meer) duidelijkheid te verschaffen aan nabestaanden. De rechtspraktijk heeft hier een taak te vervullen.

Over de auteur

Mr. M.G. (Marjolein) Hees

Advocaat/Salary partner, De Boorder Familie- en Erfrecht Advocaten & Mediators.

²⁶ Stcrt. 2018, nr. 40546.