

p. 7 van de toelichting

Als een hulpverlener de indruk heeft dat de patiënt geheel of gedeeltelijk wilsonbekwaam is en er aanleiding is over deze wilsonbekwaamheid een beslissing te nemen, zal hij overgaan tot beoordeling hiervan. In de praktijk zal de hulpverlener er naar streven om zo min mogelijk de keuzevrijheid van zijn patiënt aan de orde te hoeven stellen, door bijvoorbeeld een gesprek op een ander moment met de patiënt te voeren. Als desondanks toch tot een oordeel van wilsonbekwaamheid moet worden gekomen, moet de periode en de omvang van de beperking van het zelfbeschikkingsrecht zo kort en zo klein mogelijk worden gehouden. Daarbij kan ook de vertegenwoordiger van de patiënt worden geraadpleegd, bijvoorbeeld om aan de hulpverlener aanvullende informatie te geven over eventuele (eerdere) beperkingen van de wilsonbekwaamheid. Op de wijze waarop een hulpverlener tot een oordeel van (gehele of gedeeltelijke) wilsonbekwaamheid dient te komen wordt ingegaan in handleidingen, handreikingen en richtlijnen.³⁶ Wilsbekwaamheid kan fluctueren in de tijd en kan variëren per beslissings- of handelingsdomein. Als de hulpverlener tot het besluit komt dat sprake is van (gedeeltelijke) wilsonbekwaamheid van de patiënt, zal hij deze beoordeling indien mogelijk met de vertegenwoordiger bespreken. De vertegenwoordiger kan in plaats van de patiënt toestemming geven voor het uitvoeren van een verrichting. Bij afwezigheid van een vertegenwoordiger beslist de hulpverlener zelf. Het oordeel van een hulpverlener of iemand in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen bij het nemen van (medische) beslissingen, kan derhalve verstrekende consequenties hebben voor het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Daarom is het van belang dat de oordeelsvorming van de hulpverlener zorgvuldig geschiedt en eenvoudiger toetsbaar wordt. Bij het motiveren van dit oordeel is het daarom van belang om aan te geven op welke gronden de hulpverlener tot dit oordeel is gekomen. De wilsonbekwaamheid wordt vastgesteld ten aanzien van een bepaalde handeling. Dit betekent dus dat in beginsel per handeling moet worden beoordeeld of de patiënt ten aanzien van die handeling bekwaam is om toestemming te geven. Een vertegenwoordiger, de patiënt of beiden kunnen in voorkomende gevallen een klacht indienen als zij het niet eens zijn met het oordeel van de hulpverlener over de wilsbekwaamheid.³⁷

p. 11 van de toelichting

Tijdens de behandeling van de Wkkgz in de Tweede Kamer is de wens geuit om nabestaanden en vertegenwoordigers bij een vermoeden van een medische fout inzage te geven in het medisch dossier en is toegezegd om dit inzagerecht wettelijk te regelen.⁵³ Nabestaanden kunnen door het inzagerecht beter beoordelen of hun vermoeden dat er een medische fout is gemaakt terecht is. Zij kunnen dit vervolgens met een klachtenfunctionaris of de hulpverlener zelf bespreken, ze kunnen een klacht indienen bij de zorgaanbieder, een klacht ter toetsing voorleggen bij de tuchtrechter, of een procedure starten bij de civiele rechter teneinde schadevergoeding te vorderen. Op dit moment kan inzage bij een vermoeden van een medische fout slechts worden verkregen als de nabestaande aantoont dat de toestemming van de overleden patiënt verondersteld kan worden en de nabestaande zelf een rechtmatig belang heeft bij inzage (bijvoorbeeld ten behoeve van een schadevergoedingsprocedure). Uit rechtspraak blijkt dat het op de weg van de nabestaande ligt om de veronderstelde toestemming met concrete aanwijzingen aannemelijk te maken.⁵⁴ Dat is vaak geen eenvoudige opgave. Daarnaast worden twee gronden voor inzage, de veronderstelde toestemming en het zwaarwegend belang, door rechters niet altijd eenduidig toegepast. In sommige uitspraken beoordeelt de rechter of sprake is van veronderstelde toestemming van de patiënt en een rechtmatig belang bij de nabestaande.⁵⁵ In andere uitspraken moet naast de veronderstelde toestemming van de patiënt een nabestaande een zwaarwegend belang aantonen voor inzage in plaats van een rechtmatig belang.⁵⁶

p. 12 van de toelichting

Ad 2: mededeling van een calamiteit of geweld in de zorgrelatie

Met opmerkingen [RW1]: In het wetsvoorstel Zorg en Dwang (Kamerstukken 31996) wordt bepaald dat het aan een *deskundige* is om de wils(on)bekwaamheid vast te stellen, zie artikel 3 van dat wetsvoorstel.

Volstaat het in dit geval de hulpverlener alleen te laten beslissen? Hij *kan* vertegenwoordiger raadplegen, maar hoeft niet en hij heeft dus ook geen opinie van een derde.

Met opmerkingen [RW2]: Zie ook Rechtbank Oost-Brabant 30 januari 2014, *ECLI:NL:RBOBR:2014:487* (in deze uitspraak werd mijns inziens ten onrechte ook de eis gesteld dat er sprake was van veronderstelde toestemming) en het hoger beroep van deze uitspraak Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:3007* (het hof laat zich niet uit over de cumulatie van doorbrekingsgronden, maar acht een zwaarwegend belang niet aangetoond); Rechtbank Noord-Nederland 19 maart 2014, *ECLI:NL:RBNNE:2014:2241* (zwaarwegend belang niet aangetoond); Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:8078* (dit hof overweegt dat volgens de Hoge Raad niet nodig is dat er naast een zwaarwegend belang ook veronderstelde toestemming nodig is) en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, *ECLI:NL:GHSHE:2015:3901*.

De tweede grond houdt verband met artikel 10, derde lid, Wkkgz. In dat artikel is opgenomen dat bij overlijden van een cliënt (de Wkkgz spreekt over 'cliënt' in plaats van 'patiënt') aan een nabestaande onverwijld mededeling wordt gedaan van de aard en de toedracht van incidenten in de zorgverlening. Onder 'incidenten' vallen alle onbedoelde gebeurtenissen tijdens de zorgverlening, die tot merkbare gevolgen voor de cliënt hebben geleid of nog kunnen leiden. Het kabinet is van mening dat het een te grote inbreuk zou zijn op het beroepsgeheim als nabestaanden bij alle incidenten die merkbare gevolgen hebben gehad voor de patiënt inzage krijgen in een medisch dossier. Dit komt het algemene belang dat met het medisch beroepsgeheim is gediend, te weten het waarborgen van de onbelemmerde toegang tot de gezondheidszorg en het recht op privacy van de patiënt niet ten goede. Daarom wordt voorgesteld om nabestaanden alleen inzage te geven als zij een incident gemeld krijgen waarbij sprake is van een calamiteit of van geweld in de zorgrelatie als bedoeld in de Wkkgz.

p. 14 van de toelichting

Het is mogelijk dat nabestaanden in de toekomst ook andere zwaarwegende belangen aandragen. De beoordeling hiervan is aan de rechter.

Met opmerkingen [RW3]: Toelichting is helder, maar als je alleen de tekst leest van artikel 7:458a BW dan is de verwijzing naar artikel 10, derde lid, Wkkgz niet zonder meer logisch, zie ook mijn opmerking in de tekst aldaar. Te meer daar in artikel 11 Wkkgz wel naar specifiek een calamiteit en geweld wordt verwezen.

Met opmerkingen [RW4]: Zie voor een mogelijk voorbeeld van een ander zwaarwegend belang de uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, JA 2008, 24. De nabestaande wilde weten wat de doodsoorzaak was van diens echtgenote en de noodzaak van die wetenschap in het kader van de rouwverwerking. De nabestaande had in het kader van een 843a Rv-procedure verzocht om inzage in het feitenrelaas van de MIP-melding. De rechtbank overwoog dat het belang van de nabestaande om vast te stellen wat er precies tijdens de behandeling van zijn echtgenote was gebeurd zowel in verband met de verwerking van zijn verlies als in verband met eventuele te voeren juridische procedures, zwaarder woog dan het belang van het ziekenhuis om de gegevens niet aan derden te verstrekken.