

ANNOTATIE

Dementie, testamentwijziging en het medisch beroepsgeheim na overlijden: dé ingrediënten voor juridisch getouwtrek.

mr. E. Pans

Annotatie bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 06-10-2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901 (GZR-2016-0088, ERF-2015-0334)

In dit arrest van het Hof Den Bosch ruziën twee dochters om de erfenis van hun moeder en over de vraag of moeder wel of niet wilsbekwaam was toen zij haar testament herzag. De casus is klassiek: moeder, al jaren dementerend, komt te overlijden. Op dat moment blijkt dat zij enkele jaren voor haar overlijden haar testament heeft gewijzigd, ten nadele van een van haar dochters. De benadeelde dochter voert aan dat moeder niet wilsbekwaam was ten tijde van de testamentwijziging en vraagt om openbaarmaking van het medisch dossier van moeder. De zorginstelling weigert met een beroep op het medisch beroepsgeheim. Wat is rechtens?

Om die vraag te kunnen beantwoorden moeten wij eerst wat preciezer inzoomen op de feiten. Moeder (geboren 1933) heeft twee dochters. Bij moeder is dementie vastgesteld. Zij is op 16 juli 2013 overleden, verblijvende op de gesloten afdeling van een verzorgingscentrum. Voorafgaand aan het overlijden had moeder enkele wijzigingen ten aanzien van haar testament doorgevoerd. Aanvankelijk had moeder in haar testament vastgelegd dat drie vierde van haar nalatenschap zou worden toebedeeld aan dochter 1 en één vierde van haar nalatenschap aan dochter 2. Het testament van moeder is voor de notaris verleden op 29 december 2004. Circa drie jaar later, op 23 november 2007, herroept moeder alle door haar gemaakte uiterste wilsbeschikkingen. Zij bepaalt dat tot haar erfgenamen worden benoemd de erfgenamen volgens de wet, voor de delen en op de wijze als door de wet bij erfopvolging bij

versterf is bepaald. Ruim 2,5 jaar later, op 19 april 2010, wordt moeder onder behandeling gesteld en opgenomen op de gesloten afdeling van Woonzorgcentrum Buurstede. Bij beschikking van 7 december 2010 benoemt de kantonrechter van de Rechtbank Zeeland-West Brabant 'wegens de geestelijke en lichamelijke toestand' van moeder een bewindvoerder en benoemt dochter 2 tot mentor van moeder.

Kennelijk verloopt het mentorschap door dochter 2 niet tot tevredenheid van dochter 1, want al vrij snel hierna wendt dochter 1 zich tot de kantonrechter met het verzoek een onafhankelijke (mede-)mentor aan te stellen. Dochter 1 voert aan dat zij door dochter 2 niet op de hoogte wordt gehouden van het welzijn van moeder. De rechter wijst het verzoek van dochter 1 bij beschikking van 10 februari 2012 af, nu dochter 1 erkent dat zij niet twijfelt aan het functioneren van de mentor. Enkele weken voor het overlijden van moeder heeft dochter 2 aan de zorginstelling van moeder verzocht aan dochter 1 geen inzage meer te geven in het medisch dossier. Een half jaar na het overlijden van moeder verzoekt dochter 2 om inzage in het medisch dossier van moeder. De zorginstelling weigert inzage, stellende dat moeder hiertoe geen schriftelijke toestemming had gegeven. Daarop start dochter 2 een kort geding, waarvan dit arrest het hoger beroep vormt.

Dochter 2 dagvaardt de zorginstelling van moeder en vordert in eerste aanleg en in hoger beroep inzage in het volledige medisch en zorgdossier van moeder (dan wel inzage door een door haar aan te wijzen medisch deskundige), op straffe van een dwangsom van € 5000 per dag. De zorginstelling beroept zich op de hoofdregel van gelding van het medisch beroepsgeheim (art. 7:457 BW): aan derden worden geen inlichtingen verstrekt dan na toestemming van de patiënt, een regel die ook geldt na het overlijden van de patiënt. In beginsel gaat het medisch dossier van de overleden dame daarmee 'mee haar graf in'. Volgens het heersende recht bestaat er evenwel een mogelijkheid voor doorbreking van de geheimhoudingsplicht in het geval van 'zwaarwegende belangen'. De Hoge Raad heeft in 2001 geoordeeld dat inbreuk kan worden gemaakt op de geheimhoudingsplicht indien er voldoende concrete aanwijzingen bestaan dat een ander zwaarwegend belang geschaad zou kunnen worden (ECLI:NL:HR:2001:AB1210). Volgens dit arrest dient te worden voldaan aan de volgende voorwaarden: (i) er bestaan zwaarwegende aanwijzingen dat er sprake was van wilsonbekwaamheid ten tijde van het opmaken van het testament, (ii) het is aannemelijk dat de overledene bij leven toestemming zou hebben gegeven en/of (iii) deze wijze van gegevensopenbaring is de enige effectieve mogelijkheid om de gewenste opheldering te verschaffen. Het hof overweegt ten aanzien van voorwaarde (i) dat het op de weg van dochter 1 (de partij die inzage vordert) ligt om in voldoende mate aannemelijk te maken dat moeder ten tijde van het wijzigen van haar testament in 2007 niet meer wilsbekwaam was.

Hoe kun je als derde aannemelijk maken dat een persoon wilsonbekwaam is? Dat is niet

eenvoudig. Dochter 1 had hiertoe een reeks aan omstandigheden aangevoerd: dat de notaris al in 2004 aan moeder had gevraagd of haar geestelijke gesteldheid in orde was, dat zij uit het dossier had vernomen dat moeder in 2006 vergeetachtig werd genoemd, dat bij moeder in 2007 een algemene cognitieve screening is afgenomen in verband met de financiële familiebelangen, dat moeder in 2010 is opgenomen op een gesloten afdeling van een zorginstelling en dat in datzelfde jaar een mentor en bewindvoerder is benoemd. In dat verband voert dochter 1 nog aan dat dementie een progressieve ziekte is, zodat aannemelijk is dat de dementiële klachten al enige jaren voor haar opname op de gesloten afdeling bestonden. De voorzieningenrechter acht deze feiten en omstandigheden, tezamen en in onderling verband bezien, onvoldoende voor het aannemen van 'zwaarwegende aanwijzingen voor wilsonbekwaamheid', voorwaarde (i) voor openbaring van het medisch dossier. Het hof voert daarbij onder meer aan dat vergeetachtigheid niet gelijk staat aan wilsonbekwaamheid, terwijl het enkele feit dat een geriatrisch onderzoek is uitgevoerd nog niet betekent dat moeder wilsonbekwaam was. De vordering van dochter 1 wordt afgewezen en het hof bekrachtigt het vonnis in eerste aanleg.

Op zichzelf kan weinig worden ingebracht tegen het oordeel van het hof dat de door dochter 1 aangevoerde omstandigheden niet rechtstreeks leiden tot de conclusie dat moeder bij het wijzigen van haar testament in 2007 niet meer wilsbekwaam was. Echter, daar staat tegenover dat het problematische van de positie van dochter 1 nu juist is dat zij het 'moet doen' met losse feiten en omstandigheden *doordat* zij niet beschikt over het medisch dossier van moeder. De verschillende elementen die zij aanvoert, *kunnen* een vermoeden van wilsonbekwaamheid meebrengen, maar dat is pas vast te stellen als hierover meer informatie bekend is; en die informatie bevindt zich in het medisch dossier. Het feit dat de notaris al in 2004 aan moeder had gevraagd of haar geestelijke gesteldheid in orde was, betekent dat hij kennelijk een vermoeden had van afnemende geestelijke vermogens aangezien hij dit volgens de professionele richtlijn van zijn beroepsgroep pas mag/moet vragen als hier concrete aanleiding toe bestaat (zie: 'Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening'[1]). Dat bij moeder in 2007 een algemene cognitieve screening is afgenomen in verband met de financiële familiebelangen, is een belangrijk gegeven, maar wordt pas echt informatief op het moment dat kennis kan worden genomen van de uitslag van die screening (en die bevindt zich, naar ik aanneem, in het medisch dossier).

Het feit dat moeder in 2010 is opgenomen op een gesloten afdeling van een zorginstelling en dat in datzelfde jaar een mentor en bewindvoerder zijn benoemd, zijn uiteraard wel belangrijke aanwijzingen voor wilsonbekwaamheid, maar deze 'harde feiten' betreffen alle het jaar 2010. Wat zeggen die over de situatie in 2007? De stelling van dochter 1 dat dementie een progressieve ziekte is, zodat aannemelijk is dat moeder al in 2007 leed aan dementiële

klachten, zou juist kunnen zijn, maar zeker is dat niet. Die stelling is pas te verifiëren aan de hand van het medisch dossier, doordat het ziektebeeld dementie van patiënt tot patiënt anders verloopt. De bewijspositie van de naaste die geen mentor is, is daarmee wel uiterst lastig te noemen. De situatie zou anders zijn als de beoordeling van de wilsbekwaamheid een meer formele beslissing zou zijn.

Op dit moment is het aan de notaris en/of aan de behandelend arts om te bepalen of beoordeling van de wilsbekwaamheid aangewezen is. De notaris heeft uitsluitend de bevoegdheid zijn cliënt te *adviseren* hierover en heeft verder ook geen inhoudelijke bemoeienis met de uitvoering van die beoordeling. Het kan dus voorkomen dat de notaris niet eens weet wat zijn cliënt heeft gedaan met het advies om naar een arts te gaan ter beoordeling van de wilsbekwaamheid. Voor de arts ligt dit anders. Het protocol van de medische beroepsgroep over toetsing van wilsbekwaamheid bevat een uitgebreid stappenplan, dat de arts zelf toepast ('KNMG Stappenplan bij beoordeling van wilsbekwaamheid'[2]). Op verschillende toetsmomenten kan de arts derden (collega-artsen of anderen) om informatie of consultatie vragen, maar het oordeel van de arts wordt niet extern getoetst en wordt uitsluitend in het medisch dossier van de patiënt vastgelegd. Men kan zich afvragen of deze beoordeling niet wat nader geformaliseerd zou moeten worden, met het oog op de verstrekkende gevolgen van het oordeel over wilsbekwaamheid in juridisch en maatschappelijk opzicht: in de eerste plaats voor de patiënt zelf, maar in bepaalde gevallen ook voor diens naasten of anderen.

Nederland telt op dit moment circa 260.000 mensen met dementie.[3] Dementerenden zijn kwetsbaar voor misbruik, waaronder financieel misbruik. Door de vergrijzing zal het aantal dementerenden nog verder toenemen. Deze kwetsbare ouderen moet voldoende rechtsbescherming worden geboden, waarbij zowel eerbiediging van het medisch beroepsgeheim als het tegengaan van misbruik belangrijke beschermingswaardige belangen zijn. Een pragmatische (tussen?-)oplossing zou wellicht gevonden kunnen worden in de – in de onderhavige zaak door dochter 1 voorgestelde, maar door het hof niet gevolgde – werkwijze een onafhankelijke medisch deskundige aan te stellen die aan de hand van het medisch dossier beoordeelt of sprake was van wilsbekwaamheid op het moment van de vragen oproepende handeling. Op deze wijze blijft de schending van het medisch beroepsgeheim beperkt, terwijl wel kan worden vastgesteld of sprake was van wilsbekwaamheid van de oudere ten tijde van de omstreden beslissing. Zo kan dus ook financieel misbruik worden gesignaleerd.

Eindnoten

[1] Stappenplan Beoordeling Wilsbekwaamheid ten behoeve van notariële dienstverlening,

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Den Haag 2006.

[2] KNMG Stappenplan bij beoordeling van wilsbekwaamheid', in: M. Witmer en R.P. de Roode, *Implementatie van de Wgbo/Van wet naar praktijk, deel 2: Informatie en toestemming*, Utrecht 2004: Samenwerkingsverband Implementatieprogramma Wgb/KNMG, bijlage 9.

[3] <http://www.alzheimer-nederland.nl/nieuws/blogs/2014/augustus/alzdin5-1-op-3-vrouwen-krijgt-dementie.aspx>