

ABRvS van 27 april 2011, LJN: BQ2643, zaaknr. 201008171/1/H3

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BQ2643>

**Art.:** art. 10, lid 1, sub d, en lid 2, sub d en e, Wob, art. 4a, lid 1, sub a, en 8, Kwaliteitswet zorginstellingen

**Trefw.:** meldingsplicht zorginstelling bij calamiteiten, belang van inspectie, toezicht en controle, persoonlijke levenssfeer van een overledene, onevenredige benadeling van de zorginstelling, de daarbij werkzame hulpverleners en de patiënt, medisch beroepsgeheim, maatschappelijk vertrouwen, toetsing ex tunc

### Samenvatting

De vader van een door suïcide overleden dochter heeft de minister van VWS om openbaarmaking gevraagd van het betreffende onderzoeksverslag van de zorginstelling Stichting de Gelderse Roos, een psychiatrische instelling in Wolfheze, aan de Inspectie Gezondheidszorg (IGZ). Aanvankelijk heeft de minister hierin toegestemd, op bezwaar van de Stichting heeft hij dit openbaarmakingsverzoek echter alsnog geweigerd. Rechtbank Den Bosch heeft het beroep van appellant gegrond verklaard en het besluit op bezwaar vernietigd. Stichting en minister hebben tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld. De minister heeft zijn weigeringsbesluit gebaseerd op art. 10, tweede lid, aanhef en onder d, (belang van inspectie, toezicht en controle), onder e, (de persoonlijke levenssfeer van de overleden dochter), en g, (onevenredige benadeling van de zorginstelling, de daarbij werkzame hulpverleners en de patiënt) van de Wob. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 22 maart 2006, JB 2006/124, kan, indien als gevolg van de verzochte openbaarmaking de IGZ haar toezichthoudende taak niet meer naar behoren zal kunnen uitoefenen, niet worden geoordeeld dat de minister niet in redelijkheid met een beroep op het in art. 10, tweede lid, aanhef en sub d, van de Wob genoemde belang van inspectie, controle en toezicht de verzochte openbaarmaking heeft kunnen weigeren. Zoals volgt uit deze uitspraak, kan op grond van die bepaling ook de openbaarmaking van vrijwillig verstrekte informatie worden geweigerd. Uit overlegde brieven blijkt dat instellingen geen verslagen van calamiteiten meer zullen overleggen aan de IGZ, indien deze openbaar worden gemaakt. Gelet hierop acht de Afdeling met de rechtbank de vrees gerechtvaardigd dat zorginstellingen bij openbaarmaking van suïcideverslagen terughoudender zullen worden met informatieverstrekking. Op grond hiervan mocht de minister zich op het standpunt stellen dat het belang van inspectie, controle en toezicht in het geding was en gelet op de belangen die in het geding zijn bij calamiteiten mocht de minister dat belang zwaarder laten wegen dan het belang van openbaarmaking.

Naar het oordeel van de Afdeling betogen de Gelderse Roos en de minister voorts terecht dat uit haar uitspraak van 2 januari 1986 (AB 1986, 216) niet volgt dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ophoudt bij overlijden. Anders dan in deze uitspraak ligt in de zaak die thans aan de orde is de vraag voor of de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de overleden persoon zelf voor bescherming in aanmerking komt. Voor toepassing van het begrip persoonlijke levenssfeer als bedoeld in art. 10, tweede lid, aanhef en sub e, van de Wob is van belang of de gegevens waarvan om openbaarmaking wordt verzocht, zien op de periode dat de persoon waarover die gegevens handelen in leven was. Gegevens die daarop zien, vallen binnen de persoonlijke levenssfeer. Daarvan is sprake voor wat betreft de gegevens over de dochter die zijn vermeld in het verslag. Daarom vallen die gegevens onder haar persoonlijke levenssfeer. De gegevens in het verslag zijn medische gegevens die onder het medisch beroepsgeheim vallen. Mede gelet op het geringe tijdsverloop sinds haar suïcide mocht de minister aan het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de dochter een groter gewicht toekennen dan aan het belang van openbaarmaking.

Omdat de minister het openbaarmakingsverzoek reeds op deze twee gronden mocht weigeren wordt het belang van voorkomen van onevenredige benadeling niet meer besproken.

De hoger beroepen zijn gegrond; de aangevallen uitspraak wordt vernietigd en de Afdeling verklaart het beroep van de betrokkene tegen het weigeringsbesluit van de minister alsnog ongegrond.

## Noot

1. Van de Afdeling is dit de derde Wob-uitspraak over openbaarmakingsverzoeken in de gezondheidszorg. De eerste was die van 1 december 2004, JB 2005/25 m.nt. dzz., met betrekking tot openbaarmaking van bij het RIVM en de IGZ aanwezige infectiecijfers van afzonderlijke ziekenhuizen. De uitspraak van 22 maart 2006, JB 2006/124 m.nt. dzz., betrof een verzoek tot openbaarmaking van een onderzoeksdossier van de IGZ inzake het disfunctioneren van een gynaecoloog in een specialistenmaatschap van een ziekenhuis. De hiervoor opgenomen Wob-uitspraak over de beschikbaarheid van (onderdelen uit) een patiëntendossier van een overledene voor nabestaanden, sluit hierbij aan. Steeds gaat het om nieuwe rechtsvragen in samenhang met de stelselwijzigingen in de gezondheidszorg. De relevantie van deze uitspraak betreft in algemene zin twee aspecten. Allereerst de vraag hoever het recht op gegevensbescherming van een overledene strekt, c.q. of aan een overledene een (grond)recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer toekomt. Daarbij is een achterliggende vraag die naar de werking van het medisch beroepsgeheim en de eventuele afgeleide werking daarvan voor derden, i.c. de IGZ. Een tweede relevant aspect betreft de kwestie of en in hoeverre de Afdeling bij haar oordeel over de openbaarmaking van documenten bij toezichthouders, de potentiële gedragsreacties van betrokkenen (informatieverstrekkers) verdisconteert. Wat de Wob-praktijk van de Inspectie Gezondheidszorg (IGZ) betreft is de betekenis van deze uitspraak louter historisch. Door de ex tunc-toetsing en de ingrijpende wijziging van de Kwaliteitswet zorginstellingen in de tussenliggende periode is deze uitspraak niet meer in overeenstemming met het huidige wettelijk informatieregime. Het besluit op bezwaar van de minister van VWS dateert van 26 november 2008. Op 29 mei 2010 is een wijziging van de Kwaliteitswet zorginstellingen in werking getreden, die onder meer voorzorg in de invoering van een aan de Wob derogierend, bijzonder wettelijk informatieregime voor de IGZ (Stb. 2010, 191 en 269). Tegen deze achtergrond dringt de vraag zich op waarom de Afdeling niet voor anticiperende interpretatie heeft gekozen. Het hoger beroep in deze uitspraak is gericht tegen een uitspraak van de Rechtbank Den Bosch van 26 juli 2010, LJN: BN3026. Zie in dit verband ook de op een vergelijkbare suïcidemelding van De Gelderse Roos betrekking hebbende uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem van 6 maart 2008, LJN: BC9172.

2. Eerst iets over de geldende wetgeving en de recente (ingrijpende) wijzigingen daarin. Ingevolge art. 4a, aanhef en sub a, van de Kwaliteitswet zorginstellingen meldt een zorgaanbieder onverwijld aan een ambtenaar van de IGZ “iedere calamiteit die in de instelling heeft plaatsgevonden”. Deze wettelijke informatieplicht, die voor zover het medische gegevens betreft, een doorbreking van het medisch beroepsgeheim impliceert (vgl. art. 88 Wet BIG), is nader uitgewerkt in de Leidraad meldingen IGZ, Stcrt. 2007, nr. 101. De minister beschikt na de inwerkingtreding van de hierna te bespreken Wubhv over een bestuurlijke boetebevoegdheid in geval van niet-nakoming van de meldingsplicht. Onder omstandigheden is sprake van een strafrechtelijke overtreding. Zie art. 9, eerste en tweede lid, van de Kwaliteitswet.

3. Bij de Wet tot uitbreiding van de bestuurlijke handhavinginstrumenten in de wetgeving op het gebied van de volksgezondheid (Wubhv, Stb. 2010, 191 en de Reparatiewet VWS 2010, Stb. 2010, 269) zijn de toezichts- en sanctiebevoegdheden van de IGZ in een aantal gezondheidswetten sterk uitgebreid.

Als onderdeel is in een drietal wetten, te weten in art. 7, derde lid, van de Kwaliteitswet zorginstellingen, art. 87, tweede lid, van de Wet BIG en art. 39, eerste lid, sub b, van de Gezondheidswet, de bepaling opgenomen dat ambtenaren van de IGZ - voor zover dat voor de vervulling van hun taak noodzakelijk is en in afwijking van artikel 5:20, tweede lid, Awb - bevoegd zijn tot inzage van de patiëntendossiers. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was niet voorzien in een specifiek informatieregime inzake door de IGZ gehouden patiëntendossiers (Kamerstukken II 2006/2007, 31122, nrs. 1-3). In het verlengde van de behandeling van het

wetsvoorstel in de Tweede Kamer is daar via een Tweede nota van wijziging van 20 mei 2008 (nr. 20) verandering in gebracht. Hiermee is de IGZ wat de kennisneming van patiëntendossiers betreft (verwerking van medische gegevens) onderworpen aan een afgeleid medisch beroepsgeheim. Dit door toevoeging aan de genoemde bepalingen van de volgende zin: “Voor zover de betrokken beroepsbeoefenaar uit hoofde van zijn beroep tot geheimhouding van het dossier verplicht is, geldt gelijke verplichting voor de betrokken ambtenaar”. Vervolgens is bij de behandeling van dit wetsvoorstel in de Eerste Kamer de toepassing van de Wob op deze bij de IGZ aanwezige patiëntendossiers uitvoerig besproken. Hieruit blijkt van een onmiskenbare bedoeling van de wetgever, dat dit regime van een afgeleid beroepsgeheim als *lex specialis* (art. 88 Wet BIG jo. de art. 7 van de Kwaliteitswet zorginstellingen, art. 87 van de Wet BIG en art. 39 van de Gezondheidswet) aan de Wob derogert. Zie in het bijzonder de volgende stukken: Kamerstukken I 2009/2010, 31122, J, K en L, alsmede Handelingen I, EK 18-779/807 van 9 februari 2010. Zie voor de betekenis van de doorwerking van het medisch beroepsgeheim naar derden, het arrest van het EHRM van 27 augustus 1997, Zaak van M.S. t. Zweden, zaaknr. 74/1996/693/885.

4. Genoemde geheimhoudingsverplichtingen in de art. 7, 87 en 39 van respectievelijk de Kwaliteitswet, de Wet BIG en de Gezondheidswet zijn qua werkingssfeer beperkt tot de van zorgaanbieders in het kader van de uitoefening van het toezicht verkregen patiëntendossiers. Verstrekkt de zorgaanbieder patiënteninformatie op vrijwillige basis aan ambtenaren van de IGZ, dus onverplicht, dan geldt het regime van het afgeleide beroepsgeheim in beginsel niet. In dat geval is in geheimhouding voorzien op basis van de ambtelijke geheimhoudingsplicht op grond van art. 125a, derde lid Aw of de (complementaire) geheimhoudingsplicht in art. 2:5 Awb. In deze gevallen is de Wob dus wel van toepassing. Deze ambtelijk-bestuurlijke geheimhoudingsregimes derogeren immers niet aan de Wob. De afbakening tussen verplichte en onverplichte gegevensverstrekking is derhalve bepalend voor de vraag welk informatieregime bij de IGZ van toepassing is, dus ook voor de vraag of Wob-aanspraken kunnen worden uitgeoefend.

Daarnaast moet nog de categorie van door de IGZ van patiënten, familieleden of nabestaanden ontvangen patiëntendossiers worden onderscheiden. In deze gevallen verkrijgt de IGZ de patiëntendossiers op basis van toestemming van rechthebbenden, veelal in verband met een verzoek om als toezichthouder nader onderzoek in te stellen. Het afgeleide medisch beroepsgeheim is dan evenmin van toepassing, maar wel de genoemde algemene geheimhoudingsplichten. Ook in deze gevallen geldt dat de Wob in beginsel van toepassing is. Is sprake van onverplichte verstrekking van patiëntendossiers of onderdelen daaruit aan de IGZ, dan kunnen hieraan door de zorgaanbieder of patiënt/betrokkene voorwaarden met betrekking tot (verder) gebruik worden verbonden. Of vrijwillige gegevensverstrekking door zorgaanbieders aan de IGZ aan het (afgeleide) medisch beroepsgeheim kan worden gekoppeld, is niet duidelijk. De hiervoor opgenomen uitspraak illustreert dat de druk vanuit de zorgsector om het medisch beroepsgeheim als geformaliseerd vertrouwelijkheidsregime een bredere toepassing te geven, groot is.

5. Om het beeld compleet te maken moet ook de Wbp nog bij het voorgaande worden betrokken. Deze wet is op de verwerking van patiëntendossiers door de IGZ van toepassing. De Wbp differentieert echter naar een drietal informatieregimes, zodat het de vraag is welke regeling in concreto op welk deel van de gegevensverzameling van toepassing is. Daarbij moet in de Wbp worden onderscheiden tussen: (a) het algemene regime van de art. 8 en 9, (b) het regime met verhoogde rechtsbescherming inzake de verwerking van medische persoonsgegevens (gevoelige persoonsgegevens) in de art. 16, 21 en 23 en (c) de doorwerking van het medisch beroepsgeheim als derogierend regime in art. 9, vierde lid, van deze wet.

In algemene zin geldt voor de IGZ dat de gelding van een afgeleid medisch beroepsgeheim in de art. 7, 87 en 39 van respectievelijk de Kwaliteitswet, de Wet BIG en de Gezondheidswet in samenhang met art. 88 van de Wet BIG, derogert aan zowel het algemene als het bijzondere regime inzake de verwerking van medische persoonsgegevens in de Wbp. Daarbuiten is bij de IGZ het verzwaarde regime van de verwerking van medische persoonsgegevens van toepassing. Zie in dit verband tevens de geheimhoudingsplicht in art. 12 van de Wbp.

Het Wbp-regime met betrekking tot de verwerking van medische persoonsgegevens vormt de implementatie van art. 8 van richtlijn 95/46/EG inzake de bescherming van persoonsgegevens. Deze bepaling is tevens als absolute weigeringsgrond geïmplementeerd in art. 10, eerste lid, aanhef en sub d, van de Wob (Hfdst. 1 van de Aanpassingswet, Stb. 2001, 180).

6. Er kan geen twijfel over bestaan dat de werking van de Wbp is beperkt tot de verwerking van persoonsgegevens inzake nog levende natuurlijke personen. Bij de Aanpassingswet is de wetgever eveneens van deze premisse uitgegaan. Hieruit volgt dat de gelding van de absolute weigeringsgrond betreffende gevoelige (bijzondere) persoonsgegevens in art. 10, eerste lid, aanhef en sub d, van de Wob beperkt is tot informatie over nog levende personen.

Terecht heeft de minister in de voorliggende casus zich dan ook niet op deze weigeringsgrond beroepen, want niet van toepassing nu het ging om een onderdeel uit het patiëntendossier van een overledene.

Betekent dit nu dat (medische) persoonsgegevens na iemands overlijden “vogelvrij” zijn? Dat zeker niet, maar er vindt naar brede rechtsopvatting wel een wijziging in informatieregime plaats. Zo blijft het medisch beroepsgeheim onverkort van kracht, zij het dat voor de overledene de rechten van nabestaanden in beeld komen via het leerstuk van de veronderstelde toestemming (vgl. de richtlijnen van de KNMG en de medische tuchtrechtspraak). Zie in dit verband ook het belangrijke arrest van de Hoge Raad van 21 oktober 2008, LJN: BD7817 met betrekking tot de doorbreking van het verschoningsrecht van de arts op basis de veronderstelde toestemming van de patiënt.

Illustratief ter zake van de voortdurende gelding na overlijden van het medisch beroepsgeheim in grondrechtelijk verband (art. 10 en 8 EVRM) is het arrest van het EHRM van 18 mei 2004 inzake Editions Plon t. Frankrijk (biografie lijfarts president Miterrand over zijn ziekte en het verloop ervan).

Is het medisch beroepsgeheim echter niet van toepassing, dan staat de bescherming van de vertrouwelijkheid van de verwerking van medische persoonsinformatie na overlijden vooral in het teken van reputatiebescherming van betrokkene (en diens nabestaanden).

Op grondslag van het grondrecht op menselijke waardigheid in art. 1 van het Grundgesetz is dit leerstuk in het Duitse recht uitgekristalliseerd in de grondrechtenjurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht. Kern van deze “Schutz der Menschenwürde Verstorbener” is de erkenning van een postmortales Persönlichkeitsrecht. Deze jurisprudentie illustreert waar het bij de bescherming van eer en reputatie van overledenen in de kern om gaat.

In de voorliggende uitspraak heeft de Afdeling een andere stap gezet door een recht op persoonlijke levenssfeer van overledenen te formuleren en het recht op gegevensbescherming van overledenen onder te brengen bij de relatieve weigeringsgrond persoonlijke levenssfeer in art. 10, tweede lid, aanhef en sub e, van de Wob. Dit onderdeel komt hierna onder punt 8 nog afzonderlijk aan de orde.

7. In de hiervoor opgenomen uitspraak gaat het om een openbaarmakingsverzoek inzake een door de IGZ rechtstreeks van de zorgaanbieder, De Gelderse Roos, in het kader van een suïcidemelding ontvangen onderzoeksrapport. Sinds de inwerkingtreding van de wijziging van de Kwaliteitswet zorginstellingen op 29 mei 2011 valt een dergelijke gegevensverstrekking onder het aan de Wob derogerende regime van het afgeleid medisch beroepsgeheim in art. 7, derde lid, laatste zin, van deze wet. Vanwege het beginsel van ex tunc-toetsing heeft de Afdeling, in het verlengde van de minister en de rechtbank, de voorliggende casus echter beoordeeld naar het geldende recht op 26 november 2008. Dat wringt omdat ten tijde van het besluit op bezwaar reeds bekend was wat het nieuwe Wubhv-informatieregime zou zijn. Ten tijde van de besluitvorming door de minister was sprake van een lacune in de wetgeving omdat de behandeling van het wetsvoorstel Wubhv, met name in de Eerste Kamer, uitliep en er dus discrepantie ontstond tussen de beoogde taakopvatting van de IGZ als toezichthouder in het nieuwe zorgstelsel en het daarop toegesneden informatieregime op basis van de kwaliteitswetgeving.

8. Anticiperende interpretatie is, afgaande op de motivering, niet door de Afdeling overwogen. De wijziging van de Kwaliteitswet per 29 mei 2010 wordt slechts genoemd waar het gaat over de nieuwe toezichtbevoegdheid van ambtenaren van de IGZ om patiëntendossiers in te zien. Aan het daarop toegesneden specifieke informatieregime gaat de Afdeling echter voorbij, evenals op de inhoud en sanctionering van de meldplicht. Hieruit kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat de Afdeling voluit vasthoudt aan het uitgangspunt van ex tunc-toetsing, ook in situaties als deze waarin een ex nunc-toetsing tot een overtuigender uitspraak geleid zou hebben. Hoewel om een aantal redenen aantrekkelijk, waren er in deze zaak echter twee belangrijke argumenten die tegen anticiperende interpretatie pleitten. In de eerste plaats het overgangsrecht in art. 24 van de Wubhv, uitgaande van eerbiedigende werking ten aanzien van het oude regime. Een tweede bezwaar betreft het effect van een dergelijke uitleg, in het bijzonder de door de wetgever beoogde derogerende werking van het afgeleide medisch beroepsgeheim aan de Wob. Afgezien van de eisen die de Afdeling in haar jurisprudentie aan van de Wob afwijkende geheimhoudingsregimes stelt, had de Afdeling zich in geval van anticiperende werking ook moeten uitspreken over de afbakening tussen verplichte en onverplichte gegevensverstrekking in concreto op basis van de meldingsplicht in art. 4a van de Kwaliteitswet. Dat zou te ver gegaan zijn. Maar het blijft spijtig dat de Afdeling in een overweging ten overvloede niet op deze relevante wijziging in het informatieregime is ingegaan. Dat zou de rechtszekerheid ten goede zijn gekomen.

9. Zoals ik ook reeds in mijn noot bij de Afdelingsuitspraak van 22 maart 2006, JB 2006/124 heb aangegeven blijf ik het ongelukkig vinden dat de Afdeling de toepassing van de Wob ondergeschikt maakt aan het verzet tegen openbaarmaking vanuit “het veld”. Door dit element te incorporeren in de belangenafweging van de weigeringsgrond in art. 10, tweede lid, aanhef en sub d.: “inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen” geeft de Afdeling vrij baan aan allerlei vormen van sectorale obstructie van toezicht en handhaving. Op dit punt gaat deze uitspraak nog een stap verder dan die van 22 maart 2006. In dat geval ging het om onderzoeksinformatie met betrekking tot het beroepsmatig (dis)functioneren van een gynaecoloog in het kader van een lopend onderzoek van de IGZ. In deze casus is echter aannemelijk dat de melding niet tot onderzoek van de IGZ heeft geleid (vgl. de criteria in de hiervoor genoemde Leidraad meldingen IGZ). Stilzwijgend gaan minister en Afdeling ervan uit dat het zwaartepunt bij toezicht en handhaving van het kwaliteitsrecht bij de IGZ ligt. Dat ligt echter genuanceerder. Zie in dit verband de toelichting op de bestuurlijke handhaving in de memorie van toelichting van het bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg (Kamerstukken II 1009/2010, 32402, nrs. 1-3), die bij inwerkingtreding mede de Kwaliteitswet zorginstellingen zal gaan vervangen. Er is een overlappend gebied tussen incidentele en structurele effectuering van patiëntenrechten. Wat de IGZ betreft gaat het primair om een collectief belang, namelijk om via meldingen van persoonlijke calamiteiten structurele tekortkomingen in de zorg op het spoor te komen. Bij Wob-verzoekers, in dit geval de nabestaanden, gaat het in essentie om individuele belangen, toegespitst op de persoon in kwestie. Zie wat de hiermee samenhangende dilemma’s betreft met name het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad. Ik kan er vrede mee hebben dat de Afdeling aan het collectieve belang voorrang geeft, maar maak bezwaar tegen de redengeving van deze afweging, in het bijzonder de verwijzing naar “potentiële obstructie” vanuit de zorgsector. Dit mede omdat een dergelijke motivering de facto de naleving van informatieplichten als onderdeel van het wettelijk toezichtkader in de zorgsector ondergraaft met het risico van een uitwaaiing naar andere maatschappelijke sectoren.

10. Anders dan de rechtbank oordeelt de Afdeling dat de minister/IGZ openbaarmaking van de betreffende melding (onderzoeksverslag) tevens redelijkerwijs heeft kunnen weigeren op grond van art. 10, tweede lid, aanhef en sub e, van de Wob: “de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer”.

De Afdeling gaat in deze uitspraak uit van een recht op persoonlijke levenssfeer van overledenen, althans voor zover de gegevens waarvan om openbaarmaking wordt verzocht zien op de periode dat de persoon waarover die gegevens handelen in leven was. Gegevens die daarop zien vallen

binnen de persoonlijke levenssfeer. De gegevens over de overleden dochter in het onderzoeksverslag van De Gelderse Roos betreffen dus haar persoonlijke levenssfeer. Met dit oordeel wijkt de Afdeling af van een eerdere, als precedent gekwalificeerde uitspraak van de ARRvS van 2 januari 1986, AB 1986/216, waarbij de strekking van deze uitspraak op dit punt onjuist wordt weergegeven. Deze zaak betrof een Wob-verzoek van de hoofdredacteur van het Haarlems Dagblad aan de minister van Binnenlandse Zaken tot openbaarmaking van het King Kong-dossier, een zeer gevoelig want omstreden erfenis uit de naoorlogse periode. Uit deze uitspraak van de Afdeling rechtspraak blijkt, dat de minister alle mogelijke weigeringsgronden in de (toenmalige) Wob (Stb. 1978, 581) in stelling heeft gebracht om openbaarmaking te kunnen verhinderen. Zo ook art. 4, aanhef en sub h: “het recht van een ieder op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en de bescherming van medische en psychologische onderzoekresultaten die individuele gevallen betreffen” met het oog op de bescherming van de nabestaanden van King Kong. Waarom de minister deze weigeringsgrond niet heeft ingeroepen met betrekking tot de overleden persoon van King Kong als zodanig? Simpelweg omdat naar de toenmalige rechtsopvattingen overledenen geen aanspraak op eerbiediging van hun persoonlijke levenssfeer hadden. Vandaar dat de minister een dergelijke argumentatie ook niet aanvoerde, maar zijn weigering toespitste op de persoonlijke levenssfeer van de nabestaanden. De Afdeling rechtspraak heeft de betreffende rechtsgrond op dit punt dan ook niet (ambtshalve) aangevuld, hetgeen in die (pré-Awb) periode niet ongebruikelijk was. Mede hierdoor is sindsdien als vaste uitleg van deze uitspraak aangehouden, dat de Afdeling rechtspraak hierin impliciet een (grond)recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van overleden personen heeft afgewezen, deze zich derhalve aansloot bij de heersende rechtsopvattingen ter zake. Zie met betrekking tot de mede op deze lijn liggende uitspraken ten aanzien van de persoonlijke levenssfeer van nabestaanden, de uitspraken van de ABRvS van 31 maart 2004, JB 2004/205 (Draaiboek uitvaart leden Koninklijk Huis) en van 12 augustus 2009, JB 2009/231 (begrafenis Zwarte Weduwe), beide m.nt. dzz.

Afgezien van de onjuiste uitleg van de uitspraak van 1986 is de motivering ook ongelukkig. De Afdeling legt de weigeringsgrond persoonlijke levenssfeer in art. 10, tweede lid, aanhef en sub e, van de Wob nu aldus uit, dat deze ook de bescherming van persoonsgegevens van overledenen betreft, althans voor zover deze: “zien op de periode dat de persoon waarover die gegevens handelen in leven was”. De Afdeling opteert aldus voor een gelijkstelling van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van levenden en overledenen, althans waar het de bescherming van persoonsgegevens betreft. Het enige verschil is dat het bij overledenen gaat om een afgesloten periode. In dit verband rijst direct de vraag of nabestaanden op grond van art. 10, derde lid, een recht op veronderstelde toestemming van de overledene kunnen uitoefenen. Om de verwarring compleet te maken voegt de Afdeling hier met betrekking tot de belangenafweging nog een tweetal argumenten aan toe, te weten: (a) de in het onderzoeksverslag opgenomen gegevens zijn medische gegevens die onder het medisch beroepsgeheim vallen en (b) het korte tijdsverloop sinds de suïcide van betrokkene.

De werking van het (afgeleide) medisch beroepsgeheim is hiervoor reeds aan de orde gekomen. Het lijkt er op dat Afdeling het vanwege de ex tunc-toetsing in dit geval niet van toepassing zijnde (afgeleide) medisch beroepsgeheim in algemene zin in deze relatieve weigeringsgrond inleest.

Zou dit de bedoeling zijn, dan is dit problematisch. Mocht het (afgeleide) medisch beroepsgeheim van toepassing zijn, zoals na de invoering van de Wubhv geldt voor de IGZ als onderdeel van het ministerie van VWS, dan is immers sprake van een aan de Wob derogierend informatieregime (zie hiervoor). Dit is anders indien de Afdeling met dit argument heeft willen aangeven dat de betreffende gegevens vanwege het bijzondere karakter ervan de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene in sterke mate raken. Vooralsnog houd ik het op de laatste uitleg, mede vanwege de toespitsing ervan op de belangenafweging van openbaarheidsbelang en bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkene.

11. Mede in het verlengde van de vaststelling van een recht op persoonlijke levenssfeer van overleden personen oordeelt de Afdeling tot gegrondverklaring van het hoger beroep tegen de

uitspraak van de Rechtbank Den Bosch van 26 juli 2010, LJN: BN3026. Deze bestuursrechter wees een dergelijke uitbreiding van de persoonlijke levenssfeer tot overledenen, als Wob-weigeringsgrond immers van de hand. Uit een analyse van de jurisprudentie van de rechtbanken blijkt dat deze Afdelingsuitspraak op dit punt spoort met een aantal eerdere Wob-uitspraken van de rechtbanken. Zo is een recht op persoonlijke levenssfeer van overledenen (en hun nabestaanden) eerder aangenomen door: (a) de Rechtbank Amsterdam in haar uitspraak van 15 maart 2011, LJN: BQ3596 (onderzoek Nederlandse militairen met betrekking tot een schietincident in Afghanistan), (b) de voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem in zijn uitspraak van 6 maart 2008, LJN: BC9172 (suïciderapport Gelderse Roos aan de IGZ), (c) de voorzieningenrechter van de Rechtbank Dordrecht in zijn uitspraak van 4 december 2007, LJN: BB9778 (suïciderapport aan de IGZ) alsmede door (d) de Rechtbank Utrecht in haar uitspraak van 9 februari 2006, LJN: AY0111 (onderzoek rijksrecherche naar de toestanden in de Strafgevangenis in Scheveningen direct na de oorlog).

Een dergelijk privacyrecht van overledenen is daarentegen afgewezen door de Rechtbank Utrecht in haar uitspraak van 28 januari 2010, BL1931 (debriefingsverslagen Dutchbat-militairen Srebrenica). Opmerkelijk is dat het in alle gevallen gaat om Wob-zaken. In andere bestuursrechtelijke kwesties speelt een dergelijk privacyrecht van overledenen (nog) geen rol. Een algemeen (grond)recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is als zodanig evenmin erkend in de privaatrechtelijke jurisprudentie en ook niet in de grondrechtenjurisprudentie van het EHRM op grond van de art. 8 en 10 EVRM.

12. Mijn bezwaar tegen de verruiming van het recht op persoonlijke levenssfeer in art. 10, tweede lid, aanhef en sub e, van de Wob met een daartoe strekkend recht van overledenen is vooral dat het hier in mijn visie gaat om een gelegenhedenoplossing, terwijl de mogelijke consequenties hiervan uit een oogpunt van de systematiek van het recht niet of nauwelijks zijn doordacht. Wat de Wob betreft staat een dergelijke aanspraak op gegevensbescherming op gespannen voet met de uitgangspunten van bescherming van (medische) persoonsgegevens in richtlijn 95/46/EG, het grondrecht op gegevensbescherming in art. 8 van het Handvest van de grondrechten, art. 10, eerste lid, aanhef en sub d, van de Wob en het zelfbeschikkingsrecht in art. 10, derde lid, van de Wob. Een praktisch punt is dat een als zodanig algemeen geformuleerd privacyrecht van overledenen in de uitvoeringspraktijk allerlei problemen kan oproepen voor erfgenamen als rechtsopvolgers en belangenbehartigers, die als zodanig handelen of aangesproken worden en uit dien hoofde toegang dienen te hebben tot bij derden, waaronder overheidsinstanties, aanwezige dossiers van de betreffende overledene. Ik ben dan ook een fan van de jurisprudentie van het Duitse Bundesverfassungsgericht, die de persoonlijkheidsrechten van overledenen als een bijzondere grondrechtelijke categorie onderscheidt en hieraan in zijn jurisprudentie nader invulling geeft. In dit perspectief betreur ik het dat de Afdeling in deze uitspraak niet wat meer creativiteit aan de dag heeft gelegd door een reputatierecht van overledenen als een bij het eerste lid sub d, het tweede lid sub e, en het derde lid van art. 10 van de Wob, in onderlinge samenhang aan te haken subcategorie te verbijzonderen. Want dat er op dit punt sprake is van een lacune in de Wob is zeker.

G. Overkleef-Verburg

