

# Wie beslist? De autonomie van minderjarigen in het geven van toestemming voor een medische behandeling

FJR 2018/16

**In deze bijdrage wordt ingegaan op de mate van autonomie van kinderen met betrekking tot het geven van geïnformeerde toestemming voor een geneeskundige behandeling. Dit vraagstuk wordt bekeken vanuit rechtsvergelijkend perspectief. In Nederland zijn aan de bevoegdheid om toestemming te geven strakke leeftijdsgrenzen gekoppeld, terwijl in België van geval tot geval bekeken wordt of de minderjarige patiënt bekwaam is om toestemming te geven voor de medische behandeling. De auteur weegt in dit artikel de twee systemen tegen elkaar af vanuit het perspectief van het kind en bekijkt in hoeverre de beide stelsels oog hebben voor de autonomie van minderjarigen.**

## 1. Inleiding

Bij de medische behandeling van een kind kan een arts voor moeilijke situaties komen te staan. Artsen hebben namelijk niet alleen te maken met de wensen van de minderjarige patiënt, maar ook met de wil van de wettelijk vertegenwoordigers (meestal de ouders) van de minderjarige.<sup>2</sup> Daarnaast heeft de arts zijn eigen opvattingen over wat medisch gezien de juiste behandeling is. De juridische vraag rijst wie het in deze driehoeksrelatie uiteindelijk voor het zeggen heeft in de keuze om een minderjarige wel of niet medisch te behandelen. Aan deze vraag liggen twee belangrijke pijlers uit het gezondheidsrecht ten grondslag. Enerzijds staat het beginsel van autonomie of zelfbeschikking centraal, dat aangeeft dat ieder mens in staat moet worden gesteld zelf beslissingen te nemen over leven en lichaam. Dit beginsel hangt nauw samen met het grondwettelijke recht op lichamelijke integriteit.<sup>3</sup> Aan de andere kant staat het beschermingsbeginsel, waaruit volgt dat wie niet in staat is om medische beslissingen te nemen, vertegenwoordigd moeten worden.

In hoeverre de minderjarige zelfstandig tot een medische behandeling kan besluiten, of hierin wordt vertegenwoordigd, is in Nederland afhankelijk van de leeftijdsgrenzen in de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst

(hierna: Wgbo). Vanuit het beginsel van autonomie bekeken zijn de leeftijdsgrenzen echter voor discussie vatbaar. Niet elke minderjarige kan namelijk in Nederland formeel mee beslissen over een medische behandeling. Dit is problematisch wanneer de ouders en de minderjarige niet met elkaar op een lijn zitten over het al dan niet aangaan van een medische behandeling. In FJR 2016/33 schrijft Legemaate ook al kort over de vraag of aan het geven van toestemming voor een medische behandeling wettelijke leeftijdsgrenzen gekoppeld moeten worden. Volgens hem kan het trekken van een arbitraire leeftijdsgrens ertoe leiden dat minderjarigen worden belemmerd in het realiseren van hun wensen over de medische behandeling.<sup>4</sup> Leeftijdsgrenzen zouden mogelijk de autonomie van bepaalde groepen kinderen kunnen beperken.<sup>5</sup> Bij onze zuiderburen kent de Wet betreffende de rechten van de patiënt (hierna: Wbrp) geen leeftijdsgrenzen en wordt voor elk kind individueel bepaald of het bekwaam is om toestemming te geven voor een behandeling of niet.

In deze bijdrage wordt bekeken of de Nederlandse en Belgische wet een proportionele afweging maken tussen de autonomie en bescherming van minderjarigen in het uitoefenen van het toestemmingsrecht voor de medische behandeling. De centrale vraag is of de Wgbo voldoende recht doet aan de autonomie van kinderen, vooral in conflictsituaties tussen ouder en kind, in vergelijking met de Belgische Wbrp. Allereerst zal in paragraaf 2 en 3 de Nederlandse en Belgische wetgeving over het toestemmingsrecht van minderjarigen uiteen worden gezet. Beide paragrafen eindigen met een korte beschouwing over de mate van autonomie en bescherming in de wetgeving, en de kanttekeningen die hierbij geplaatst kunnen worden. In de vierde paragraaf zullen de twee systemen tegen elkaar worden afgewogen en wordt gezien in welk systeem de autonomie van kinderen de meest nadrukkelijke plaats heeft gekregen. Ook zullen enkele voorzetten tot aanpassing van de Wgbo worden gedaan.

## 2. Wie beslist in Nederland?

### 2.1 Geïnformeerde toestemming

De geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen arts en patiënt komt tot stand wanneer door de patiënt geïnfor-

1 Mr. F.M. (Femke) de Kievit is promovenda bij UCERF (Utrecht Centre for European Research into Family Law). Veel dank gaat uit naar prof. mr. W.M. Schrama voor de feedback en begeleiding bij het schrijven van dit artikel. Het artikel is een bewerking van de masterscriptie van de auteur, 'De positie van kinderen onder de twaalf jaar in de medische behandeling', begeleid door mr. dr. M. Jonker. Deze scriptie werd genomineerd voor de Jaap Doek Kinderrechtenscriptieprijs 2017.  
2 Minderjarigen in dit artikel zijn kinderen onder de achttien jaar, conform artikel 1:233 BW.  
3 Artikel 10 Gw.

4 J. Legemaate, 'De wilsbekwaamheid van minderjarige patiënten', FJR 2016/33 (p. 2-3).

5 De discussie richt zich niet alleen tot de leeftijdsgrenzen in de Wgbo, maar kan worden doorgetrokken naar meerdere wettelijke leeftijdsgrenzen die zien op de uitoefening van rechten door kinderen. Bijvoorbeeld de leeftijdsgrens van twaalf jaar uit artikel 809 Rv, betreffende het horen van kinderen in familierechtelijke procedures, staat ter discussie. Zie hierover: C.M.M. van Leeuwen, 'Het hoorrecht in het civiele jeugdrecht gaat over grenzen', Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht 2017/56.

meerde toestemming wordt gegeven.<sup>6</sup> De toestemming van de patiënt is een belangrijke en noodzakelijke voorwaarde voor de arts om tot behandeling over te mogen gaan. Alleen in het geval van onverwijlde spoed, of wanneer toestemming voor een niet-ingrijpende behandeling verondersteld kan worden, hoeft de arts niet eerst expliciet toestemming te vragen.<sup>7</sup> Maar in hoeverre kunnen kinderen toestemming verlenen? Minderjarigen zijn op basis van de algemene regel uit Boek 1 BW handelingsonbekwaam om rechtshandelingen te verrichten, waaronder het geven van geïnformeerde toestemming voor een medische behandeling. Alleen met toestemming van de wettelijke vertegenwoordigers kunnen minderjarigen toch de bevoegdheid krijgen om rechtshandelingen te verrichten.<sup>8</sup> De wettelijke vertegenwoordigers zijn doorgaans de ouders belast met het gezag over de minderjarige.<sup>9</sup> Uit het gezag vloeit de bevoegdheid en plicht voort om de minderjarige te vertegenwoordigen in onder andere het al dan niet aangaan van een medische behandeling.<sup>10</sup> Op basis van de hoofdregel zouden de ouders dus altijd toestemming moeten geven voor een medische behandeling van een kind. De Wgbo geeft echter als *lex specialis* uitzonderingen op de handelingsonbekwaamheid van minderjarigen ten aanzien van het geven van geïnformeerde toestemming. De Wgbo onderscheidt drie leeftijdscategorieën, waarvoor elk verschillende regels gelden over de mate van bevoegdheid van minderjarigen. De wetgever opteerde voor leeftijdscategorieën, omdat leeftijdsgrenzen rechtszekerheid bieden en vanwege hun duidelijkheid goed hanteerbaar zijn voor artsen.<sup>11</sup> De leeftijdscategorieën worden hieronder achtereenvolgens besproken.

## 2.2 Minderjarigen vanaf zestien jaar

Kinderen zijn vanaf zestien jaar volledig bevoegd om zonder tussenkomst van een ouder toestemming te geven voor een medische behandeling.<sup>12</sup> Voor hen gelden dezelfde regels als voor de meerderjarige patiënt. Een kind van zeventien kan bijvoorbeeld zelfstandig besluiten om anticonceptie te regelen. Een belangrijke voorwaarde voor het uitoefenen van het toestemmingsrecht is wel dat de minderjarige wilsbekwaam is. Wilsbekwaamheid in het kader van de Wgbo betekent: 'in staat zijn tot een redelijke waardering van de belangen ter zake'.<sup>13</sup> Wilsbekwaamheid moet onderscheiden worden van handelingsbekwaamheid. Wilsbekwaamheid heeft betrekking op de feitelijke vermogens om een beslissing te kunnen maken, waar handelingsbekwaamheid

alleen aangeeft of iemand op basis van de wet de juridische bevoegdheid heeft om geldige rechtshandelingen te verrichten.<sup>14</sup> Is de minderjarige boven de zestien wilsonbekwaam, dan mag hij op basis van artikel 7:465 lid 2 Wgbo niet langer het toestemmingsrecht uitoefenen. De wilsonbekwame minderjarige wordt vertegenwoordigd door de ouders.<sup>15</sup> Een sprekend voorbeeld hiervan is een zwaar verstandelijk gehandicapt kind van zeventien jaar. Deze regels gelden overigens ook voor meerderjarigen. Een dementerende oudere is volgens de wet wel handelingsbekwaam, maar mag geen toestemming geven voor medische aangelegenheden wanneer hij wilsonbekwaam is.

Het uitgangspunt binnen de Wgbo is dat iemand wilsbekwaam is totdat het tegendeel is bewezen.<sup>16</sup> Het is volgens de wetgever aan de behandelend arts om aan de hand van 'de totale geestelijke toestand' te bepalen of een minderjarige van zestien jaar of ouder als wilsonbekwaam aangemerkt moet worden.<sup>17</sup> Wilsbekwaamheid is direct gerelateerd aan de concrete beslissing die genomen moet worden. Er kan door de arts dus alleen een uitspraak gedaan worden over de wilsbekwaamheid om een bepaalde beslissing te maken, en niet over de bekwaamheid in zijn algemeenheid.<sup>18</sup> Voor het bepalen van wilsonbekwaamheid bij kinderen bestaan geen wettelijk verankerde procedures. De artsfederatie KNMG heeft wel het 'Stappenplan bij beoordeling wilsbekwaamheid' uitgebracht, om artsen enige houvast en structuur te bieden.<sup>19</sup> Dit stappenplan ziet niet specifiek op minderjarige patiënten, en hoeft niet standaard gevolgd te worden door een arts.

## 2.3 Minderjarigen vanaf twaalf tot en met vijftien jaar

De tweede leeftijdscategorie betreft kinderen vanaf twaalf tot en met vijftien jaar. Zowel de ouders als de minderjarige dienen in deze categorie toestemming te geven voor de medische behandeling.<sup>20</sup> Beide ouders moeten in beginsel achter de medische behandeling staan.<sup>21</sup> Voor minderjarigen in deze categorie geldt eveneens dat zij wel wilsbekwaam moeten zijn om het toestemmingsrecht te kunnen uitoefenen.<sup>22</sup> Het kind wordt bij wilsonbekwaamheid verte-

6 Artikel 7:448 lid 1 Wgbo jo. artikel 7:450 lid 1 Wgbo.

7 Artikel 7:466 Wgbo.

8 Artikel 1:233 BW jo. artikel 1:234 BW.

9 In dit artikel zal verder alleen over ouders gesproken worden omdat een kind doorgaans onder het gezag van zijn ouders staat. Dezelfde regels gelden wanneer er maar een gezaghebbende ouder is of de minderjarige een voogd heeft. Wanneer gesproken wordt over ouders, wordt altijd de ouders belast met het gezag over de minderjarige bedoeld tenzij uitdrukkelijk anders bepaald.

10 Artikel 1:245 lid 1 en 4 BW.

11 *Kamerstukken II 1990/91, 21561, 3, p. 19* en J. Legemaate, 'De wilsbekwaamheid van minderjarige patiënten', *FJR* 2016/33 (p. 3).

12 Artikel 7:447 lid 1 Wgbo.

13 Zie bijvoorbeeld artikel 7:450 lid 3 Wgbo. Het woord wilsbekwaamheid wordt in de Wgbo niet expliciet genoemd.

14 Artikel 3:33 BW.

15 C.J.M. Stolker, 'Commentaar op art. 7:465 Wgbo', in: C.J.M. Stolker e.a. (red.), *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer (online), aantekening 3.

16 E. Pans, 'Toetsing van wilsbekwaamheid bij dementerende ouderen', in: W.M. Schrama & C.G. Jeppesen de Boer, *Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 24.

17 *Kamerstukken II 1990/91, 21561, 6, p. 52*.

18 E. Pans, 'Toetsing van wilsbekwaamheid bij dementerende ouderen', in: W.M. Schrama & C.G. Jeppesen de Boer, *Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 24.

19 *KNMG Stappenplan bij beoordeling van wilsbekwaamheid*, in: Witmer & de Roode 2004, bijlage 9. Zie voor meer literatuur over dit stappenplan: E. Pans, 'Toetsing van wilsbekwaamheid bij dementerende ouderen', in: W.M. Schrama & C.G. Jeppesen de Boer, *Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017.

20 Artikel 7:450 lid 2 Wgbo.

21 In hoeverre altijd toestemming van beide ouders nodig is, blijft buiten de bespreking in dit artikel. Zie hiervoor bijvoorbeeld: M.R. Bruning, 'Zorg om het Kind. Bescherming van minderjarige patiënten in het gezondheidsrecht', *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 2013 (37) 2, p. 102-122.

22 Artikel 7:465 lid 2 Wgbo.

genwoordigd door de ouders, en kan dan zelf geen toestemming geven voor de medische behandeling.

Wanneer de minderjarige wel wilsbekwaam is, maar hij en de ouders niet op één lijn zitten, dan geldt het volgende. Weigert het wilsbekwame kind toestemming, dan mag de arts niet tot behandeling overgaan, ook al stemmen de ouders wel in met de behandeling. Dit werd onlangs bevestigd in de bekende uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland over de jongen van twaalf die een chemokuur weigerde, terwijl zijn vader wenste dat de jongen met de behandeling zou doorgaan. Kinderen boven de twaalf hebben het recht om een behandeling te weigeren en dit is een uitoefening van het grondwettelijke recht op fysieke integriteit, aldus de rechtbank.<sup>23</sup> Aan de toestemming van het wilsbekwame kind kan niet voorbijgegaan worden. Aan het ontbreken van de toestemming van de ouders kan echter wél voorbij worden gegaan op basis van artikel 7:450 lid 2 Wgbo. In bepaalde gevallen is de toestemming van alleen het kind dus voldoende. Dit kan ten eerste indien de behandeling nodig is om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen. Onvoldoende is dat de behandeling slechts geïndiceerd – en dus niet noodzakelijk – is volgens de arts.<sup>24</sup> Ten tweede kan aan de toestemming van de ouders worden voorbijgegaan wanneer het kind, nadat de ouders toestemming hebben geweigerd, de behandeling toch weloverwogen blijft wensen. In een zaak voor het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, oordeelde het tuchtcollege bijvoorbeeld dat een arts terecht een jongen van dertien vaccinaties uit het Rijksvaccinatieprogramma had gegeven, ondanks de weigering van de vader. De arts had de jongen namelijk tijd gegeven goed na te denken over de ingreep, en ook daarna wilde de jongen nog gevaccineerd worden.<sup>25</sup>

#### 2.4 Minderjarigen onder de twaalf jaar

Een kind onder de twaalf jaar is altijd onbevoegd om toestemming te geven voor een medische behandeling en deze kinderen worden vertegenwoordigd door hun ouders.<sup>26</sup> Voor deze kinderen geldt dus de algemene regel uit Boek 1 BW onverkort. De wetgever heeft bij de totstandkoming van de Wgbo opgemerkt dat niet als regel kan worden aangenomen dat kinderen onder de twaalf bekwaam zijn om hun belangen bij een medische behandeling te overzien.<sup>27</sup> De arts is wel verplicht om de minderjarige op passende en begrijpelijke wijze voor te lichten over de behandeling.<sup>28</sup> Op de handelingsonbekwaamheid van kinderen onder de twaalf jaar bestaat geen (wettelijke) uitzondering. Aan een beoordeling van de wilsbekwaamheid van kinderen onder de twaalf wordt nooit toegekomen. Wanneer de ouders een behandeling weigeren, mag de arts de behandeling – behoudens uitzonderlijke omstandigheden – niet uitvoeren, ook niet wanneer het kind aangeeft wel behandeld te wil-

len worden.<sup>29</sup> De omgekeerde situatie kan zich eveneens voordoen. Een kind kan aangegeven niet behandeld te willen worden, terwijl de ouders hiervoor wel toestemming hebben gegeven. In de literatuur is overigens nauwelijks aandacht voor de vraag of een arts een kind ondanks verzet mag behandelen. Uit het commentaar op artikel 7:465 lid 6 Wgbo volgt alleen dat een kind onder de twaalf jaar ondanks verzet behandeld mag worden. De arts kan wel vanuit de regel van goed hulpverlenerschap besluiten om de minderjarige niet te behandelen.<sup>30</sup> Maar de vraag rijst of het beginsel van autonomie en het recht op lichamelijk integriteit niet in de weg staan aan een behandeling van een wilsbekwame kind onder de twaalf dat zich verzet?<sup>31</sup> Dit geldt des te meer omdat voor het wilsbekwame kind boven de twaalf geldt dat aan de toestemming niet voorbij gegaan kan worden.

#### 2.5 Autonomie en bescherming in de Wgbo

Ten aanzien van kinderen boven de twaalf jaar lijkt er in de Wgbo een goede balans te bestaan tussen autonomie en bescherming in het toekennen van de bevoegdheid aan kinderen om geïnformeerde toestemming te geven. Er wordt veel rekening gehouden met autonomie, omdat kinderen vanaf twaalf jaar formeel kunnen (mee) beslissen over de medische behandeling. De autonomie van kinderen staat ook in conflictsituaties voorop, omdat door de huidige vormgeving van de Wgbo de stem van het kind de doorslaggevende factor is in het al dan niet aangaan van de medische behandeling. Kinderen vanaf zestien jaar beslissen geheel zelfstandig. Maar ook in de categorie twaalf tot en met vijftien jaar kan het kind het laatste woord hebben. Aan de weigering van het wilsbekwame kind kan namelijk niet voorbij worden gegaan, en de weigering van de ouders kan door het kind overruled worden. Maar ook voor de bescherming van kinderen is aandacht in de Wgbo, omdat de arts een oordeel mag geven over de wilsbekwaamheid van een kind. Hij kan dus de mogelijkheid om het toestemmingsrecht uit te oefenen laten afhangen van de daadwerkelijke vermogens van een kind, en kinderen die hiertoe niet in staat zijn beschermen in die zin dat de ouders deze kinderen vertegenwoordigen. De Wgbo hanteert dus vanaf twaalf jaar een proportionele maatwerkbenadering afhankelijk van de feitelijke

23 Rechtbank Noord-Holland 12 mei 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:3955, *JPF 2017/136*, m.nt. dr. mr. E. Pans.

24 *Kamerstukken II 1990/91*, 21561, 6, p. 48.

25 CTG 24 mei 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1293.

26 Artikel 7:465 lid 1 Wgbo.

27 *Kamerstukken II 1989/90*, 21561, 3, p. 20.

28 Artikel 7:448 lid 1 Wgbo.

29 Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om uiteen te zetten welke mogelijkheden de arts heeft om bij weigering van de ouders toch te behandelen. Dit kan doorgaans alleen bij weigering van een noodzakelijke levensbedreigende behandeling. Zie hiervoor bijvoorbeeld: M.L.C.D. Bruijn-Luckers, 'Medisch handelen en kindbescherming', *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 2004 (8), p. 578-591 & M.R. Bruning, 'Zorg om het Kind. Bescherming van minderjarige patiënten in het gezondheidsrecht', *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 2013 (37) 2, p. 102-122.

30 C.J.J.M. Stolker, 'Commentaar op artikel 7:465 Wgbo', in: C. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Groene Serie bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer (online).

31 Voor wilsonbekwame personen boven de twaalf jaar geldt artikel 7:465 lid 6 Wgbo. Hierin is bepaald dat wanneer een wilsonbekwame patiënt zich verzet tegen een ingrijpende behandeling, deze alleen doorgang mag vinden wanneer de behandeling nodig is, teneinde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen. Deze bepaling geldt alleen niet voor kinderen onder de twaalf jaar, nu in het artikel specifiek wordt verwezen naar lid 2 en 3 waarin de vertegenwoordiging van wilsonbekwame personen boven de twaalf jaar is geregeld.

vermogens van een kind, in aanvulling op de getrokken leeftijdsgrenzen.

Ten aanzien van kinderen onder de twaalf jaar is er echter geen erkenning in de Wgbo voor de autonomie van het kind. Het beschermingsbeginsel voert in de regeling voor deze kinderen de boventoon. Kinderen in deze groep zijn categorisch onbekwaam om toestemming te geven voor een medische behandeling en worden altijd door de ouders vertegenwoordigd in het geven van geïnformeerde toestemming. Maatwerk afhankelijk van de daadwerkelijke capaciteiten van een kind is niet mogelijk, en de feitelijke bekwaamheid is voor deze kinderen dus niet van belang. Niettemin is het mogelijk dat een kind onder de twaalf ten aanzien van een bepaalde medische keuze wel in staat is om tot een redelijke waardering van zijn belangen te komen. Zo blijkt bijvoorbeeld uit empirisch onderzoek van kinderpsychiater Irma Hein dat kinderen jonger dan twaalf wilsbekwaam kunnen zijn ten aanzien van een medische behandeling.<sup>32</sup> De getrokken leeftijdsgrens valt dus niet noodzakelijkerwijs samen met de capaciteiten van het kind om tot een eigen oordeel te komen. De vraag rijst daarom of de huidige leeftijdsgrens wel houdbaar is en voldoende recht doet aan de rechten van deze kinderen op autonomie en lichamelijke integriteit. Legemaate is daarbij van oordeel dat het Nederlandse systeem onrechtvaardig is ten opzichte van wilsbekwame kinderen onder de twaalf jaar.<sup>33</sup> En in het geval van een meningsverschil tussen een kind onder de twaalf jaar en de ouders vormt de huidige regeling een mogelijk probleem, omdat het kind de door hem gewenste behandeling niet krijgt of een behandeling krijgt die hij niet wil.

### 3. Wie beslist in België?

#### 3.1 Geïnformeerde toestemming

Ook in België mag een arts alleen tot behandeling overgaan nadat hij geïnformeerde toestemming heeft verkregen van de patiënt. Dit is neergelegd in artikel 8 Wbrp. In geval van spoed mag de arts aan het verkrijgen van toestemming voorbijgaan.<sup>34</sup> De arts mag de toestemming ook veronderstellen, indien hij instemming met de behandeling kan afleiden uit de gedragingen van de patiënt.<sup>35</sup> Net als in Nederland, staan kinderen in België tijdens hun minderjarigheid onder het gezag van hun ouders (artikel 372 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek).<sup>36</sup> Ingevolge het ouderlijk gezag vertegenwoordigen de ouders de minderjarige, nu deze handelingsonbekwaam is om civiele rechtshandelingen te verrichten.<sup>37</sup> In artikel 12 lid 1 Wbrp is dit uitgangspunt te-

rug te vinden, nu daarin bepaald is dat de ouders de rechten van de minderjarige patiënt uitoefenen in een medische behandeling, waaronder het geven van geïnformeerde toestemming. In beginsel zijn minderjarigen dus ook handelingsonbekwaam om patiëntenrechten uit te oefenen. Het tweede lid van artikel 12 Wbrp maakt hierop echter een uitzondering en kent kinderen soms de bevoegdheid toe om zelf op te treden richting de arts. Wanneer een minderjarige in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen, mag hij zelfstandig de patiëntenrechten uitoefenen, waaronder het recht om vooraf toestemming te geven.

#### 3.2 Beoordeling van geval tot geval

Wanneer een kind in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen, mag hij zelf het toestemmingsrecht uitoefenen. In de literatuur wordt van een oordeelsbekwame minderjarige gesproken.<sup>38</sup> De Wbrp stelt geen leeftijdsgrens of minimumleeftijd aan de mogelijkheid een kind als bekwaam aan te merken. Wie bepaalt of een minderjarige oordeelsbekwaam is, blijkt niet uit de tekst van de Wbrp.<sup>39</sup> Uit de parlementaire geschiedenis komt naar voren dat het aan de behandelend arts is om oordeelsbekwaamheid vast te stellen.<sup>40</sup> Vindt de arts dat de minderjarige oordeelsbekwaam is, dan is de toestemming van de ouders niet meer vereist en kan de minderjarige zelf beslissen over de medische behandeling.<sup>41</sup> Acht de arts een minderjarige onvoldoende oordeelsbekwaam, dan zijn het de ouders die de toestemming moeten geven. In dat geval wordt de minderjarige alleen op basis van artikel 12 lid 2 Wbrp op passende wijze betrokken in de uitoefening van zijn rechten. In de wet is niet nader uitgewerkt welke criteria worden gesteld aan het zijn van oordeelsbekwaam.<sup>42</sup> Ook bestaat er geen protocol of richtlijn voor artsen ten behoeve het vaststellen van oordeelsbekwaamheid bij kinderen.

De Belgische wetgever liet zich in het ontwerpen van de Wbrp adviseren door het Kinderrechtencommissariaat (equivalent van de Nederlandse Kinderombudsman) en besteedde nadrukkelijk aandacht aan de positie van kinderen als patiënten. Het Kinderrechtencommissariaat stelde dat kinderen die voldoende inzicht, intellectuele ontwikkeling en besluitvaardigheid hebben zelf toestemming moeten geven voor een medische behandeling. Het commissariaat noemt als voorbeeld van behandelingen waarover bekwaame kinderen zelf zouden moeten kunnen beslissen anticonceptie, afstammingsonderzoeken, röntgenfoto's, inenting en een blindedarmoperatie. Het commissariaat adviseerde een wetsbepaling op te nemen waarin van geval

32 I.M. Hein, 'Jonge kinderen kunnen ook wilsbekwaam zijn', *Kinderarts en Samenleving NVK*, mei 2014, p. 18-19.  
 33 J. Legemaate, 'De wilsbekwaamheid van minderjarige patiënten', *FJR* 2016/33 (p. 6).  
 34 Artikel 8 lid 5 Wbrp.  
 35 Artikel 8 lid 4 Wbrp.  
 36 In België is een kind minderjarig onder de achttien jaar conform artikel 388 BBW.  
 37 T. Vansweevelt, 'Patiëntenrechten in België: gelijkenissen en verschillen met Nederland', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2004 (28), p. 87 en H. Nys, *Medical Law in Belgium*. The Netherlands: Wolters Kluwer International Law BV 2012, p. 125.

38 M. Deneyer, 'Wet op de Patiëntenrechten: in de praktijk niet evident voor minderjarigen', *Tijdschrift voor Geneeskunde*, 2010 (66) 16, p. 764.  
 39 H. Nys, *Medical Law in Belgium*, The Netherlands: Wolters Kluwer International Law BV 2012, p. 125.  
 40 *Belgische kamer van Volksvertegenwoordigers*, 2000/01 DOC 50 1642/001, p. 40 en H. Nys, 'De wet betreffende de rechten van de patiënt', *Rechtskundig Weekblad* 2002-2003 (29), p. 1132.  
 41 T. Vansweevelt, 'Patiëntenrechten in België: gelijkenissen en verschillen met Nederland', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2004 (28), p. 87.  
 42 Voor een interessante en uitgebreide uiteenzetting van alle belangen en criteria waar een arts idealiter naar zou kunnen kijken, zie C. Lemmens, *De minderjarigen en de Wet Patiëntenrechten*, Antwerpen: Intersentia 2013.



tot geval bekeken wordt of een kind zelf toestemming zou kunnen geven.<sup>43</sup> De wetgever heeft dit advies duidelijk ter harte genomen bij de invoering van de Wbrp in 2002.<sup>44</sup>

### 3.3 Autonomie en bescherming in de Wbrp

De autonomie van kinderen van elke leeftijd staat onmiskenbaar voorop in de bepaling uit de Wbrp over het geven van geïnformeerde toestemming, zonder dat de bescherming van kinderen uit het oog verloren wordt. Immers kunnen oordeelsbekwame kinderen zelfstandig toestemming geven voor de medische behandeling, waardoor de Wbrp zoveel mogelijk autonomie aan kinderen probeert toe te kennen die daadwerkelijk in staat zijn hun belangen te overzien in een medische behandeling. Kinderen die hiertoe niet in staat zijn worden beschermd, doordat zij vertegenwoordigd worden door hun ouders. De Wbrp maakt maatwerk ten aanzien van elk kind mogelijk en heeft daarom veel oog voor het beginsel van proportionaliteit. De situatie dat een kind wel bekwaam is, maar toch niet het toestemmingsrecht mag uitoefenen zou theoretisch gezien niet kunnen voorkomen. Dit oogt als een rechtvaardige regeling. Bekwaamheid is namelijk de enige voorwaarde voor het mogen uitoefenen van het toestemmingsrecht, omdat er geen arbitraire leeftijdsgrenzen worden getrokken in de wet. Maar een volledige maatwerkbepaling kent ook belemmeringen. In 2006 heeft het Vlaams Patiëntenplatform onderzoek gedaan naar de procedures die artsen volgen om de bekwaamheid van kinderen vast te stellen. Bijna twee-derde de artsen heeft in dit onderzoek aangegeven geen specifieke procedure te volgen voor het bepalen van de bekwaamheid, maar te vertrouwen op de eigen deskundigheid. Van de artsen die wel een bepaalde procedure volgen, geeft het overgrote deel aan de ouders van het kind over de bekwaamheid te consulteren. De vraag is of dit bijvoorbeeld in het geval van een conflict tussen ouders en kind een goede manier is om een beeld te krijgen van de bekwaamheid van het kind, omdat de ouders dan gebaat zijn bij een bepaalde uitkomst. In het geval van een meningsverschil tussen kind en ouders geeft het overgrote deel van de artsen verder aan net zo lang te overleggen totdat er overeenstemming is, of te kiezen voor degene die medisch gezien de beste keuze maakt. Maar 4% geeft aan in conflicten de wil van de minderjarige patiënt te volgen.<sup>45</sup> De procedures die in het beoordelen van de bekwaamheid worden gehanteerd door artsen zijn dus wisselend, waardoor te verwachten is dat ook de uitkomsten wisselend kunnen zijn. Het zou per arts kunnen verschillen of een kind als bekwaam wordt aangemerkt, omdat er geen concrete richtlijnen of regels bestaan voor artsen in het beoordelen van de bekwaamheid en het omgaan met conflictsituaties.<sup>46</sup> Het is daarom denkbaar dat ten aanzien

van artikel 12 lid 2 Wbrp rechtsonzekerheid bestaat. Zonder eenduidige criteria of richtlijnen, is rechtsonzekerheid mogelijk wel de prijs die betaald wordt voor een bepaling die beoordeling van de vermogens van kinderen op individuele basis verplicht.

## 4. Beschouwing

### 4.1 De Wgbo en Wbrp tegen elkaar afgewogen

Zowel in Nederland als België zijn minderjarigen in beginsel alleen bevoegd om rechtshandelingen te verrichten met toestemming van hun ouders. De Wgbo en de Wbrp maken echter een uitzondering op deze hoofdregel ten aanzien van medische behandelingen, nu deze wetten bepaalde minderjarigen al voor hun achttiende levensjaar de mogelijkheid geven om zelfstandig te beslissen over een medische behandeling. Toch zit er een groot verschil in hoe de twee landen deze uitzonderingen vorm hebben gegeven. De Wgbo hanteert vooral vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en werkbaarheid strikte leeftijdsgrenzen en creëert drie leeftijdscategorieën voor de mate van bekwaamheid. De Belgische Wbrp kent geen leeftijdsgrenzen. Vanuit het idee van proportionaliteit, zijnde de wens om recht te willen doen aan de autonomie van kinderen, afhankelijk van de feitelijke capaciteiten van een kind, heeft de wetgever een case-by-case benadering opgenomen. De bepaling uit de Wbrp lijkt erg op de Nederlandse bepalingen uit de Wgbo over wilsbekwaamheid. Beide bepalingen spreken immers over een redelijke waardering/beoordeling van de belangen. De oordeelsbekwaamheid in België valt dus te vergelijken met het vereiste van wilsbekwaamheid in Nederland. Maar waar in Nederland de toets van wilsbekwaamheid wordt gebruikt om een uitzondering op de hoofdregels te maken, is het in België het hoofdcriterium.

De bevoegdheid om toestemming te geven vloeit in België automatisch voort uit de oordeelsbekwaamheid en ten opzichte van alle kinderen kan zodoende maatwerk worden geleverd. In Nederland is dat niet altijd zo en bevoegdheid en bekwaamheid vallen niet altijd samen. Kinderen onder de twaalf jaar kunnen wilsbekwaam zijn, maar toch onbevoegd zijn om toestemming te geven vanwege de gehanteerde leeftijdsgrens. De mogelijke bekwaamheid van deze kinderen wordt in de Nederlandse wet niet erkend. Beargumenteerd zou kunnen worden dat de Wbrp daarom meer oog heeft voor de autonomie van bekwame jonge kinderen in medische aangelegenheden dan de Wgbo. Maar toch kleven er ook nadelen aan een volledige maatwerkbepaling. In België is gebleken dat artsen de oordeelsbekwaamheid van kinderen niet op eenduidige wijze vaststellen, of zelfs dit oordeel van de mening van de ouders laten afhangen. Het is voorstelbaar dat dit in het geval van een meningsverschil tussen ouder en kind geen goede methode is om de oordeelsbekwaamheid van een kind vast te stellen. In Nederland speelt dit risico echter mogelijk ook een rol, ondanks dat dit nog niet door nader onderzoek is bevestigd. De Wgbo kent net zoals de Wbrp geen wettelijke criteria voor het zijn van wilsbekwaam. Door de KNMG wordt artsen wel enige houvast geboden in het beoordelen van de wilsbe-

43 Advies Kinderrechtencommissariaat, de rechten van de minderjarige patiënt, stuk 2000/2001, 4, p. 7 en 13.

44 Stb. België, 26 september 2002, nr. 2002/022737.

45 M. Schoonacker & F. Louckx, *De wet op de patiëntenrechten: kennis, toepassing en attitudes bij beroepsbeoefenaars*, Heverlee: Vlaams Patiëntenplatform, online, te raadplegen via: [www.vlaamspatiëntenplatform.be](http://www.vlaamspatiëntenplatform.be), p. 81 en 88.

46 Kinderrechtencommissariaat, *Advies toestemming bij vaccinatie*, stuk 2012/2013, 1, p. 5-6.

kwaamheid, maar het stappenplan van het KNMG ziet niet specifiek op kinderen en hoeft niet verplicht doorlopen te worden. Zowel in Nederland als in België bestaat er daarom een risico op rechtsonzekerheid en/of willekeur rondom de vraag of een minderjarige bekwaam is om zijn belangen te overzien. De knelpunten die in de uitvoering van de bepalingen worden ervaren verschillen dus per land mogelijk niet veel van elkaar, maar nader onderzoek naar de uitwerking van het recht in de praktijk is nodig om dit in kaart te brengen.

Opvallend is verder dat de Wgbo een ander uitgangspunt hanteert dan de Wbrp ten aanzien van de wilsbekwaamheid c.q. oordeelsbekwaamheid. Vanaf twaalf jaar is in de Wgbo het uitgangspunt dat een patiënt wilsbekwaam is, terwijl de Wbrp voor minderjarigen de onbekwaamheid als vertrekpunt hanteert. De uitgangspunten van de twee wetten zijn dus elkaars tegenpolen. Door voor kinderen boven de twaalf bekwaamheid aan te nemen, zou gesteld kunnen worden dat de Wgbo in dat opzicht de autonomie van kinderen meer erkent nu de autonomie van kinderen het uitgangspunt is.

#### 4.2 *Aanpassing van de Wgbo?*

Ten aanzien van kinderen boven de twaalf behoeft de Wgbo – bezien vanuit het argument van de autonomie van kinderen – geen aanpassing. Hoewel verschillend in opzet, verschillen de Wgbo en Wbrp in de uitwerking niet veel van elkaar. Onder beide wetten kan namelijk op proportionele wijze maatwerk worden geleverd. Maar op basis van de voorgaande analyse, blijkt er wel een knelpunt in de autonomie van twaalf-minners in de Wgbo te bestaan. Kinderen onder de twaalf worden categorisch onbekwaam geacht, waardoor deze leeftijdsgrens geen oog heeft voor de autonomie van jonge kinderen. De noodzaak tot bescherming van deze kinderen staat voorop. Wanneer ouders en kind op een lijn zitten, vormt dit geen probleem. Maar in het geval van een conflict tussen ouder en kind, speelt de wil van de minderjarige formeel geen rol. Een kind kan tegen zijn wil behandeld worden of verstoken blijven van een gewenste behandeling. Zowel bekeken vanuit het beginsel van autonomie als bescherming kan bij deze regel een vraagteken geplaatst worden. Ook kan betoogd worden dat de leeftijdscategorieën juridisch gezien niet consistent zijn. Vanaf twaalf jaar is maatwerk afhankelijk van de capaciteiten van een kind opeens mogelijk, maar maatwerk is niet mogelijk bij kinderen onder de twaalf jaar. Daarbij is de stem van het kind vanaf twaalf jaar de doorslaggevende factor, terwijl een kind van slechts een jaar jonger formeel helemaal geen inspraak heeft. Het verschil en de overgang tussen de categorieën is daardoor ook erg groot.

In België is meer oog voor de autonomie van kinderen onder de twaalf jaar. Maar zoals in de vorige paragraaf al aan bod is gekomen, bestaat er door de proportionele maatwerkbenadering wel een risico op rechtsonzekerheid en willekeur. Daar komt bij dat het altijd individueel beoordelen van alle minderjarige patiënten veel tijd kost. Onder de Wgbo hoeft er nu alleen een individuele beoordeling van de bekwaamheid plaats te vinden indien er reden bestaat

om aan de bekwaamheid van een patiënt te twijfelen. Mogelijk vindt in Nederland de individuele beoordeling daarom bij een minder grote groep kinderen plaats, waardoor de bepaling in de praktijk minder tijd kost. In een tijd waar artsen al onder grote werkdruk staan, geniet het hanteren van leeftijdsgrenzen (met in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid om hiervan af te wijken) daarom vanuit praktisch oogpunt wellicht de voorkeur. Maar ook dit is een punt dat door onderzoek naar het recht in de praktijk nader bekeken zou moeten worden.

De toekenning van de bevoegdheid van kinderen om geïnformeerde toestemming te geven voor een medische behandeling is dus een complexe afweging tussen autonomie en bescherming, maar ook rechtszekerheid en praktische werkbaarheid zijn belangrijke punten om in ogenschouw te nemen. De autonomie van kinderen onder de twaalf jaar ontbreekt in Nederland echter geheel, en deze regel is mijns inziens aan verandering toe. Verder onderzoek kan zich richten op manieren om de autonomie van kinderen onder de twaalf jaar te versterken. Misschien moet het systeem van leeftijdsgrenzen ruimte maken voor een beoordeling op individuele basis zoals in de Wbrp, of een omgekeerd systeem waarin bekwaamheid en de bevoegdheid tot het geven van geïnformeerde toestemming voor elk kind (ongeacht de leeftijd) het uitgangspunt is, totdat er aanwijzingen zijn voor het tegendeel. Investeren in het opzetten van een werkbare en eenduidige methode voor het bepalen van wilsbekwaamheid ligt dan voor de hand, gezien het gesignaleerde risico op rechtsonzekerheid. Ook minder ingrijpende aanpassingen zijn denkbaar. De leeftijdsgrens zou met enkele jaren verlaagd kunnen worden. De uitkomsten van het onderzoek van Hein lijken in de richting te wijzen dat het omslagpunt voor wilsbekwaamheid namelijk gemiddeld lager ligt dan twaalf jaar. Ten aanzien van de wilsbekwaamheid van kinderen in medisch-wetenschappelijk onderzoek schat Hein het omslagpunt voor wilsbekwaamheid op gemiddeld 10,4 jaar. Toch moet deze uitkomst nog met enige voorzichtigheid benaderd worden, aangezien het omslagpunt alleen is vastgesteld ten aanzien van het geven van toestemming voor deelname aan medisch-wetenschappelijk onderzoek, en niet voor een medische behandeling. Hein heeft ook een empirische studie verricht naar de wilsbekwaamheid van kinderen in de behandelingscontext, maar geeft aan dat ten aanzien hiervan nog geen overtuigende leeftijdsgrenzen voor wilsbekwaamheid vastgesteld kunnen worden, mede vanwege het geringe aantal kinderen dat aan die studie heeft deelgenomen (zeventien in totaal).<sup>47</sup> Nadere empirische studies naar wilsbekwaamheid gericht op de medische behandeling zijn daarom noodzakelijk. Een andere oplossing zou kunnen liggen in een uitzonderingsclausule voor de leeftijdscategorie onder de twaalf jaar, bijvoorbeeld in het geval van conflicten tussen ouder en kind. Bij meningsverschillen over een medische behandeling zou het wilsbekwame kind onder de twaalf mogelijk formeel

47 I.M. Hein, *Children's competence to consent to medical treatment or research* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, p. 100, 101, 122, 126 en 132.

inspraak moeten kunnen verkrijgen in de beslissing, zoals dat nu voor kinderen boven de twaalf wel kan. Hein komt in haar onderzoek met een vergelijkbare aanbeveling.<sup>48</sup> Bij meningsverschillen over medische behandelingen is mogelijk ook een rol weggelegd voor de bijzondere curator.<sup>49</sup> Kortom, er zijn diverse invalshoeken om onderzoek naar de versterking van de autonomie van wilsbekwame kinderen onder de twaalf jaar in te steken.

## 5. Tot slot

Met het schrijven van dit artikel is beoogd vanuit juridische perspectief bij te dragen aan de discussie over de autonomie van minderjarigen in medische behandelingen en hiervoor aandacht te genereren. Vanuit andere disciplines is deze aandacht er al, zo blijkt uit het proefschrift van kinderpsychiater Irma Hein uit 2015 over de bekwaamheid van kinderen in medische behandelingen en medisch-wetenschappelijk onderzoek. Haar bovengenoemde conclusies en aanbevelingen vormen mogelijk een verdere opstap naar nieuw (interdisciplinair) onderzoek over de bekwaamheid van kinderen om geïnformeerde toestemming te geven voor medische aangelegenheden. Nader onderzoek en debat zal hopelijk leiden tot versterking van de autonomie van kinderen onder de twaalf jaar.

48 I.M. Hein, *Children's competence to consent to medical treatment or research* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, p. 126.

49 Op basis van artikel 1:250 BW.