

DE PRIVAATRECHTELIJKE POSITIE VAN DE PATIËNT

door

Thierry VANSWEEVELT
Hoofddocent Universiteit Antwerpen (UIA)

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf

Thema I: Aansprakelijkheid van de arts voor eigen gedrag

Thema II: Informed consent

Thema III: Aansprakelijkheid van de arts/het ziekenhuis voor zaken

Thema IV: Aansprakelijkheid van de arts voor hulppersonen

Thema V: Contractuele aansprakelijkheidsregelingen in de geneeskunde

Woord vooraf

Het opstellen van een preadvies over „De privaatrechtelijke positie van de patiënt” in maximaal 30 à 40 pagina's is geen sinecure, om niet te zeggen bijna onmogelijk. Daarom drong een selectie van de onderwerpen zich op. Na overleg besloten beide preadviseurs zich vooral te concentreren op (een aantal aspecten van) de aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis, omdat doorheen die aansprakelijkheid de rechtspositie van de patiënt vrij goed aan het licht komt.

Anders dan gebruikelijk werd dit preadvies opgesteld aan de hand van casussen. Dit biedt het voordeel verschillende problemen binnen een bepaald kader tegelijk en in samenhang te kunnen behandelen.

Thierry VANSWEEVELT

Thema I: Aansprakelijkheid van de arts voor eigen gedrag

CASUS 1:

Kan een arts aansprakelijk worden gesteld wanneer hij zich strikt aan de regels van zijn beroepsvereniging heeft gehouden, maar in het buitenland inmiddels een hogere standaard geldt?

1. Beroepsverenigingen uit de medische sector vaardigen van langsom meer gedragsregels uit. Met die gedragsregels wordt beoogd aan de betrokken artsen een bepaald houvast, een mate van zekerheid te bieden terwijl eveneens gehoopt wordt dat hiervan een preventieve bescherming uitgaat tegen mogelijke schadeclaims. Op juridisch vlak rijzen hierbij twee vragen: mag de rechter rekening houden met die gedragsregels én is naleving van die beroepsregels foutuitsluitend?

2. Een rechter die wordt geconfronteerd met een schadeclaim tegen een arts, ontwerpt een abstract model van arts, een hypothetisch en fictief persoon, waaraan hij het gedrag van de aangesprokene zal toetsen. De arts zal een fout kunnen worden verweten, wanneer een normaal zorgvuldig en omzichtig arts van dezelfde categorie, geplaatst in dezelfde omstandigheden, deze tekortkoming niet zou hebben begaan(1).

Om dit abstract referentiebeeld te creëren doet de rechter doorgaans een beroep op deskundigen. Aan de hand van de (door die artsen opgestelde) deskundigenverslagen kan de rechter zich in de materie inwerken en het medisch handelen juridisch beoordelen. De rechter is evenwel niet verplicht het advies van de deskundigen te volgen, indien het strijdig is met zijn overtuiging(2). Zonder de bewijskracht van het deskundigenverslag te schenden, kan de rechter het deskundigenrapport als een element in zijn bewijswaardering opnemen, maar hij is er geenszins door gebonden(3). De taak der deskundigen is immers in de eerste plaats de rechter voor te lichten omtrent de *feitelijke* gegevens van de zaak, de geneeskundige terminologie, de

(1) Cf. Cass., 25 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 263 en *Pas.*, 1975, I, 241.

(2) Art. 986 Ger. W.; STORME, M., *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1962; LURQUIN, P., *Traité de l'expertise*, Brussel, Bruylant, 1985, nr. 188, p. 179.

(3) Zie b.v. Cass., 17 januari 1964, *Pas.*, 1964, I, 553: „Attendu qu'un rapport d'expertise n'a que la valeur d'un avis soumis à l'appréciation du juge, sous la réserve que celui-ci ne peut attribuer à l'expert une opinion qu'il n'a pas émise ou des constatations autres que celles qu'il a faites”.

„normale” medische handelingen die zich bij een dergelijke situatie opdringen, de mogelijke oorzaken van het schadegeval, de veroorzaakte schade, enz.

3. Het is goed denkbaar dat b.v. in de deskundigenrapporten eveneens melding wordt gemaakt van de door de beroepsvereniging van de aangesproken arts uitgevaardigde gedragsregels. Wanneer deze gedragsregels wetten in de materiële betekenis zijn, levert de miskenning ervan een fout op(4). De gedragsregels voor artsen zoals die uitgevaardigd zijn door de Nationale Raad van de Orde der geneesheren zijn evenwel slechts bindend na bekrachtiging door een koninklijk besluit(5). Aangezien deze regels niet bij koninklijk besluit algemeen bindend werden verklaard, ontberen zij het kenmerk van een wet in de materiële betekenis. Zij hebben aldus slechts een relatieve juridische waarde.

Toch kan de schending van zo'n gedragsregel voor de rechter een aanwijzing zijn dat de zorgvuldigheidsnorm werd geschonden. Dit blijkt duidelijk uit de klassieke foutdefinitie van J. DABIN en A. LAGASSE: „Est constitutif de faute tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou par omission, à une norme de conduite préexistante. Cette norme de conduite a sa source *dans la loi ou les règlements* (droit pénal, droit civil, droit administratif ...), – édictant une obligation, déterminée ou indéterminée, – soit *dans une série de règles de la vie sociale*, de morale, de convenances ou de technique, non formulées en textes législatifs: loyauté, bienséance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle ..., le tout selon le critère de l'homme normale de l'époque, du milieu, de la région”(6).

Aldus kan de schending van een niet bindend verklaarde norm, zoals b.v. de gedragsregels van een beroepsvereniging, als foutief worden beschouwd, wanneer een normaal zorgvuldig persoon dit gedrag niet had vertoond(7). Via het zorgvuldigheidscriterium kan m.a.w. de niet-naleving van niet bindende beroepsnormen worden gesanctioneerd. De rechter zal in elk afzonderlijk geval moeten uitmaken of de

(4) CORNELIS, L., *Beginselen van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Maklu, 1989, nrs. 153-154.

(5) Art. 15, § 1, K.B. van 10 november 1967 nr. 79 betreffende de Orde der geneesheren, B.S., 14 november 1967.

(6) DABIN, J. en LAGASSE, A., „Examen de jurisprudence (1939 à 1948). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (Code civ., art. 1382 et suiv.)”, *R.C.J.B.*, 1949, p. 57, nr. 15.

(7) DALCQ, R.O., „Responsabilité quasi délictuelle et normes techniques et professionnelles”, in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Brussel, Bruylant, 1985, 471.

schening van een beroepsregel ook een inbreuk op de zorgvuldighedsnorm oplevert.

4. Daarnaast is er de vraag of de naleving van (nationale) beroepsregels de arts beschermt tegen schadeclaims.

Het referentietype van de „zorgvuldige en omzichtige arts van dezelfde categorie, geplaatst in dezelfde externe omstandigheden” is een *normatief* criterium. Dit betekent dat de arts niet louter de zorgvuldigheid dient in acht te nemen die *gebruikelijk* is bij artsen behorende tot dezelfde categorie, maar dat hij dié zorgvuldigheid aan de dag moet leggen die van een soortgelijk arts, geplaatst in dezelfde omstandigheden kan worden *verwacht*. De rechter moet zich m.a.w. afvragen wat eenzelfde arts in gelijke omstandigheden *behoorde te doen*(8).

Dit normatief criterium dwingt tot een onderscheid tussen de juridisch vereiste zorgvuldighedsgraad en de gebruikelijke medische praktijk. De aansprakelijkheidsvraag is in de eerste plaats een *rechtsvraag*(9). Het is de rechter die de vereiste standaardmaat vooropstelt en niet de artsen. Eerstgenoemde kan de beroepsregels, gebruiken en gewoonten van het medisch beroep wel als uitgangspunt of leidraad van zijn beoordeling nemen, maar hij is er geenszins door gebonden.

5. Nochtans moet een belangrijke Franse doctrinaire stroming worden gesignaleerd die een handelen conform de beroepsregels en geneeskundige gebruiken als foutuitsluitend gedrag beschouwt. De eminente rechtsgeleerde A. TUNC formuleert deze zienswijze als volgt: „En effet, si l'on peut commettre une faute en suivant un usage, c'est que l'on peut commettre une faute en agissant comme le font les autres professionnels de la même catégorie. Admettre cette doctrine, c'est donc abandonner comme élément de détermination du contenu de l'obligation contractuelle le critère du bon professionnel de la profession et du rang professionnel du débiteur. Or, un tel abandon méconnaît l'article 1137 c.civ., s'il est vrai que le critère du bon

(8) McK. NORRIE, K., „Common practice and the standard of care in medical negligence”, *Jurid. Rev.*, 1985, 147-148; SLUYTERS, B., *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis*, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 34, Deventer, Kluwer, 1984, 38; VAN-SWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, nrs. 161 e.v.

(9) GIESEN, D., „Arzthaftungsrecht im Umbruch (I)”, *JZ*, 1982, 348.

professionnel n'est que la transposition, ou même l'adaptation dans un cas particulier, du critère du bon père de famille posé par cet article"(10).

6. Ofschoon de zojuist vermelde redenering op het eerste gezicht aantrekkelijk lijkt, kan ze toch niet overtuigen. Ongetwijfeld spelen de beroepsregels of de onder artsen gebruikelijke praktijk een belangrijke rol in de beoordeling van het verweten gedrag van de arts. Het vormt reeds een eerste aanwijzing: waar de grote meerderheid der artsen zich aan conformeert zal doorgaans een redelijk gedrag uitmaken. Het voorschrijven of toepassen van een *klassieke* medische behandeling of methode zal bijgevolg veelal worden beschouwd als bewijs van een zorgvuldig gedrag(11). Toch is dit geen absolute regel. Uiteindelijk zijn het steeds de rechtbanken die het laatste woord moeten spreken over het al dan niet zorgvuldig karakter van het medisch optreden. Dit spreekt vanzelf. Immers, in het omgekeerde geval zou een beroepsgroep -in dit geval de artsen- het voorrecht worden verleend haar eigen onaantastbare gedragsregels of zorgvuldigheidsmaatstaven op te stellen. Daardoor zou die beroepsgroep zich haast buiten het recht plaatsen en zou de beoordelingsbevoegdheid van de rechter grotendeels wegvallen. Dergelijke immuniteit kan aan geen enkele beroepsgroep worden toegekend(12). Trouwens, kan iemand van elke schuld worden ontheven louter en alleen omdat anderen dezelfde onzorgvuldigheid aan de dag leggen? Neen, de rechter dient niet alleen na te gaan wat de praktijk „is”, maar tevens wat zij „behoort te zijn”.

7. Aldus kan een rechter in zijn foutbeoordeling ook menen dat – vergeleken met de beroepsregels van een ander land – de nationale beroepsregels niet aan de zorgvuldigheidsnorm beantwoorden. Hij zal daarbij weliswaar de nodige voorzichtigheid aan de dag leggen, omdat die nationale beroepsregels wellicht rekening houden met specifieke omstandigheden eigen aan het land, zoals de infrastructuur, de opleiding, de financiële middelen, enz. Eveneens moet gelet worden op de kenbaarheid van die andere, betere medische methoden of strengere

(10) TUNC, A., „Ebauche du droit des contrats professionnels”, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, II, Parijs, L.G.D.J., 1950, 153; in dezelfde zin: PENNEAU, J., *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Parijs, L.G.D.J., 1973, 57 e.v.; BOUVIER, F., „La responsabilité médicale”, *Gaz. Pal.*, 1984, 1, 285.

(11) Cass. fr., 9 mei 1967, *Bull. civ.*, 1967, I, nr. 161, p. 118; Luik, 18 maart 1985, *Vl. T. Gez.*, 1986, 326, noot HEYLEN, R.

(12) Zie PROSSER & KEETON, *On the law of torts*, West Publishing, 1984, 189.

gedragsregels en de mate waarin die aanvaard zijn of zich nog in een experimenteel stadium bevinden.

Onrechtstreeks doet deze problematiek ook denken aan oudere rechtspraak waarin de *geografische situatie* waarin de arts moet werken als een beoordelingselement van de zorgvuldigheidsmaatstaf werd aanvaard, in die zin dat een plattelandsdokter niet kan worden vergeleken met een stadsgeneesheer en omgekeerd(13). Ofschoon deze opvatting vroeger wellicht gerechtvaardigd scheen(14), kan ze nu in haar algemeenheid niet meer worden onderschreven. De moderne communicatiemiddelen, de verplichting om op de hoogte te blijven van nieuwe ontwikkelingen in de geneeskunde, de mogelijkheid te beschikken over recente medische literatuur, de strategische inplanting van ziekenhuizen en de aanwezigheid van medische laboratoria over het hele land, kortom de haast algemene beschikbaarheid van geneeskundige middelen en mogelijkheden leidt ertoe om een opsplitsing in plattelands- en stadsmaatstaven af te wijzen(15).

Interessant is dat net dezelfde evolutie zich heeft voorgedaan in de *Verenigde Staten van Amerika*. Lange tijd gold daar de zgn. „locality rule”, op grond waarvan artsen niet aansprakelijk waren voor schadegevallen wanneer zij hadden gehandeld in overeenstemming met de maatstaven geldend in hun streek of „locality”. Nadien werd dit criterium verruimd tot de „same or similar localities”. Sinds enige tijd wordt steeds meer gepleit voor de toepassing van één nationale zorgvuldigheidsmaatstaf(16).

Soms wordt zelfs nog een stap verder gezet naar een, wat genoemd kan worden, *europaeïsering* of *internationalisering* van de zorgvuldigheidsnorm(17). Zo is de Wet produktenaansprakelijkheid die de gelijknamige EG-richtlijn invoert(18) een Europese regeling, terwijl het zgn. ontwikkelingsrisico-verweer in deze Wet zelfs internationaal wordt opgevat. De producent kan maar aan zijn aansprakelijkheid ontsnappen wanneer de onmogelijkheid het gebrek te ontdekken

(13) Rb. Kortrijk, 23 juni 1960, *R.W.*, 1961-62, 1812; RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *o.c.*, I, nr. 522, p. 386-387.

(14) Zie ook de in randnr. 3 weergegeven definitie van J. DABIN en A. LAGASSE die verwijzen naar „la région”.

(15) Zie ook reeds Rb. Antwerpen, 18 mei 1962, *R.W.*, 1962-63, 1103: „alhoewel moet gezegd worden dat, gelet op de uitbreiding van de wetenschappelijke informatie, deze differentiëring (tussen plattelandsdokter en stadsgeneesheer; T.V.) neiging vertoont tot verdwijning”.

(16) Cf. PROSSER & KEETON, *On the law of torts*, 187-188.

(17) De publicaties over een „Europees burgerlijk recht” nemen alsmaar toe: zie de vele referenties bij HONDIUS, E., *Naar een Europees burgerlijk recht*, Koninklijke Vermande, 1993, 31 p.

(18) Cf. *infra* nrs. 39 e.v.

algemeen was. Had het gebrek, al was het door slechts één producent *waar ook ter wereld*, ontdekt kunnen worden, dan faalt het ontwikkelingsrisico-verweer(19).

Kortom, er is zeker een tendens tot geografische verruiming, soms zelfs tot internationalisering van de zorgvuldigheidsnorm. De rechter *kan* aldus beslissen dat niet de nationale, maar wel de buitenlandse gedragsregels aan de zorgvuldigheidsnorm beantwoorden. Hij moet evenwel rekening houden met de kenbaarheid van die strengere gedragsregels evenals met eventuele specifieke nationale omstandigheden. De algemene zorgvuldigheidsnorm houdt immers in dat een persoon een fout begaat wanneer hij niet die zorgvuldigheid in acht neemt die van een normaal voorzichtig persoon, *geplaatst in dezelfde feitelijke omstandigheden*, kan worden verwacht.

Tot slot kan worden opgemerkt dat, in voorkomend geval, de beroepsvereniging een aansprakelijkheid kan oplopen door gedragsregels uit te vaardigen die niet beantwoorden aan de algemene zorgvuldigheidsnorm.

CASUS 2:

Een huisarts wordt om middernacht telefonisch gecontacteerd door een patiënte die klaagt over misselijkheid, buikpijn en neiging tot flauwvallen. De huisarts begeeft zich ter plaatse, stelt als diagnose indigestie en dient een inspuiting toe.

Enkele uren later, om 4.00 's morgens, wordt hij opnieuw opgebeld. De toestand van de patiënte was verergerd: zij moest braken en had ernstige ademhalingsstoornissen. De arts weigert langs te komen. Bij een volgende oproep rond 8.30 u staat de arts klaar om zijn raadgevingen aan te vatten. Daarom stelt hij voor dat de man eventueel zijn vrouw naar het ziekenhuis overbrengt.

In het ziekenhuis wordt een gerupteerde extra-uteriene zwangerschap vastgesteld waaraan de vrouw overlijdt.

8. Deze casus is interessant zowel wat betreft het ontstaan van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, de aard van die overeen-

(19) TASCHNER, H. en FRIETSCH, E., *Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie*, München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990, 149; STOLKER, C., „Vijf argumenten tegen het ontwikkelingsrisico-verweer”, *N.J.B.*, 1989, 646; VANSWEEVELT, T., „De wet van 25 februari 1991 inzake produktenaansprakelijkheid”, *T.B.B.R.*, 1992, 206.

komst als de eventuele aansprakelijkheid bij een telefonische diagnose.

Een geneeskundige behandelingsovereenkomst ontstaat in principe door het louter samentreffen van de wilsuitingen der partijen. Aldus is er sprake van een *consensuele* overeenkomst. Een wilsovereenstemming tussen partijen bevat noodzakelijk een aanbod en een aanvaarding. Eenmaal het aanbod door de andere partij wordt aanvaard, komt er een overeenkomst tot stand. Het aanbod kan worden omschreven als een door één der partijen voorgestelde ontwerpovereenkomst, waarin al de onontbeerlijke elementen voor het sluiten van de overeenkomst aanwezig zijn, zodat de andere partij alleen nog heeft toe te stemmen om het contract tot stand te brengen(20).

Twee criteria worden voorgesteld om een aanbod te kunnen onderscheiden van een niet-bindend voorstel: 1) een *psychologisch* element: heeft de aanbieder al dan niet de bedoeling gehad zich te verbinden en door de aanvaarding een overeenkomst te laten ontstaan en 2) een *materieel* element: bevat het aanbod alle essentiële en substantiële elementen om door de aanvaarding een overeenkomst tot stand te brengen(21).

9. Toegespitst op de arts-patiënt-relatie rijst de vraag of de arts een *publiek aanbod* doet. Door het feit zich als arts te vestigen, zijn naamplaat aan te brengen, kortom door zich als geneesheer kenbaar te maken zou de arts zijn diensten aanbieden. De patiënt hoeft dit geneeskundig aanbod slechts te aanvaarden opdat de behandelingsovereenkomst zou tot stand komen, zo wordt verdedigd(22). *In casu* zou dit kunnen betekenen dat een patiënt die een arts telefonisch oproept, meteen een geneeskundige behandelingsovereenkomst met de ermee gepaard gaande medische verantwoordelijkheid doet ontstaan.

(20) Zie Cass., 23 september 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 84 en *R.C.J.B.*, 1971, 216, noot SCHOENTJES-MERCHIERS, Y.; KRUIHOF, R., MOONS, H. en PAULUS, C., „Overzicht van rechtspraak (1965-1973) Verbintenissen”, *T.P.R.*, 1975, p. 451, nr. 10; VAN OEVELEN, A. en DIRIX, E., „Kroniek van het verbintenissenrecht (1981-84)”, *R.W.*, 1985-86, p. 7, nr. 6.

(21) Zie vooral CORNELIS, L., „Het aanbod bij het totstandkomen van overeenkomsten”, *T.B.H.*, 1983, 17.

(22) BESSERVE, „De quelques difficultés soulevées par le contrat médical”, *J.C.P.*, 1956, I, nr. 1309, randnr. 1; Centrale Raad voor de Volksgezondheid, „Deeladvies betreffende de juridische relatie tussen patiënt en arts, het recht van de patiënt op informatie en het toestemmingsvereiste”, in *Verzamelde deeladviezen betreffende onderwerpen op het terrein van het patiëntenrecht 1980-82*, Rijswijk-Zoetermeer, 8; DORSNER-DOLIVET, A., *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence: à propos de la chirurgie*, Parijs, L.G.D.J., 1986, nr. 31, p. 44.

10. De theorie van het publiek geneeskundig aanbod kan echter niet worden bijgevalen. Zelfs indien -wat niet steeds het geval zal zijn- dit aanbod voldoende materiële elementen zou bevatten om als aanbod te worden beschouwd, dan lijkt het *psychologisch* aspect te ontbreken. De arts heeft in de regel geenszins de bedoeling zich onherroepelijk te verbinden en *elke* patiënt die zich aandient, te behandelen. De wet legt hem dit trouwens nergens op. De arts geniet *in principe* de vrijheid om patiënten te weigeren. Tegenover een vrije artskenkeuze voor de patiënt, staat een vrije patiëntenkeuze voor de arts(23). Bovendien zal ook het *materiële* element van een volwaardig aanbod in vele gevallen ontbreken: de patiënt weet niet altijd vooraf wat een bepaalde handeling zal omvatten en hoeveel zij hem zal kosten.

11. Op basis van het voorgaande, lijkt het in principe correcter het aanbod tot contracteren te laten uitgaan van de patiënt. De patiënt die een arts bezoekt, verzoekt deze om raadpleging en behandeling, terwijl de arts dit aanbod kan aanvaarden(24). Dit aanbod of de daaruit voortvloeiende overeenkomst heeft evenwel, in voorkomend geval, slechts een beperkte draagwijdte. Door het sluiten van de overeenkomst verbindt de patiënt zich geenszins tot het ondergaan van alle behandelingen die de arts nodig acht. Soms heeft de overeenkomst slechts één bepaalde handeling of onderzoek tot voorwerp. Soms sluiten de patiënt en de arts een duurovereenkomst waarin voor elke behandeling opnieuw de toestemming van de patiënt is vereist.

12. *In casu* komt de geneeskundige overeenkomst via de telefoon tot stand. De arts gaat in op het verzoek van de patiënte haar op te zoeken en te behandelen. De overeenkomst die aldus ontstaat zou als een *duurovereenkomst* gekwalificeerd kunnen worden, d.i. een overeenkomst waarvan de uitvoering niet ineens plaatsgrijpt, maar waarvan de prestaties zich uitstrekken in de tijd. De handelingen van de arts beslaan een onbepaalde tijdsduur. Tussen partijen ontstaat a.h.w. een rechtsverhouding die als een *toestand* kan worden gekarakteriseerd: de arts verstrekt zijn diensten zolang de ziekte dit vergt en zolang de patiënt het wil. De analyse van de arts-patiënt-relatie volgens dewelke voor elke handeling van de arts een afzonderlijke overeenkomst met

(23) R.P.D.B., XI, v° Responsabilité, nr. 299; SWENNEN, H. (ed.), *Juridische organisatie van het vrij beroep*, Antwerpen, Kluwer, 1975, 65.

(24) Trib. gr. inst. Parijs, 18 november 1970, *Gaz. Pal.*, 1970, 2, *Somm.*, 43; VANSWEEVELT, T., *o.c.*, nr. 35.

de patiënt wordt gesloten(25), wordt aldus niet gevolgd omdat die minder met de werkelijkheid lijkt overeen te stemmen.

13. Met betrekking tot de casus rijst de vraag of een arts voor een diagnosestelling en de daaraan verbonden behandeling, steeds verplicht is zijn patiënt te zien. Sommigen beantwoorden deze vraag bevestigend(26). Op het eerste gezicht kan daarmee worden ingestemd. Men kan zich moeilijk voorstellen dat een arts zorgvuldig handelt wanneer hij op verzoek van een patiënt of een familielid geneesmiddelen voorschrijft voor andere niet onderzochte personen(27) of wanneer hij iemand per correspondentie zou behandelen(28).

Nochtans lijkt dit standpunt te streng. In de eerste plaats komt het voor dat een arts b.v. telefonisch wordt geconfronteerd met een dermate spoedeisende situatie, dat hij onmiddellijk moet beslissen -b.v. door de inname van bepaalde geneesmiddelen voor te stellen- alvorens hij zijn toevlucht tot grondiger maatregelen kan nemen.

Op de tweede plaats komt het meer dan eens voor (zoals in deze casus) dat (huis)artsen telefonisch door een patiënt of een familielid worden opgebeld met het oog op een huisbezoek. Aangezien een arts niet verplicht is elke om geneeskundige verzorging verzoekende patiënt te behandelen, kan hij evenmin worden verplicht een huisbezoek af te leggen, tenzij de patiënt in een noodtoestand verkeert (art. 422 bis Sw). De arts zal een selectie moeten maken tussen de dringende en de niet-dringende gevallen(29). Via de telefoon is dit voorwaar geen *sinecure*. Het is immers niet denkbeeldig dat door telefonische communicatie de werkelijke aard van schijnbaar eenvoudige ziektebeelden niet wordt onderkend. De arts doet er bijgevolg goed aan, om in twijfelgevallen toch maar gevolg te geven aan een telefonische oproep. Immers, dit is de enige manier om zich van de ernst der situatie te vergewissen(30).

14. Weigert de arts een huisbezoek, terwijl ook de patiënt zich niet

(25) In die zin: DE COCK, A., *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, Parijs, L.G.D.J., 1960, nr. 508, p. 360.

(26) HARICHAUX-RAMU, M., v^o Santé, in *Juris-Classeur. Responsabilité civile et assurances*, Fasc. 440-3, p. 3, nr. 3.

(27) Zie b.v. M.T. Amsterdam, 21 maart 1983, *T.v.G.R.*, 1984, 87.

(28) Cass. fr., 2 november 1971, *D.*, 1972, *Somm.*, 7.

(29) Rb. Antwerpen, 30 november 1987, *Vl. T. Gez.*, 1990, 213, noot VANSWEEVELT, T.

(30) Krijgsr., 5 juli 1977, *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10064 en 10009; NYS, H., *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, A.P.R., Brussel, Story-Scientia, 1991, nr. 279.

wil of kan verplaatsen, dan komt het wel meer voor dat een arts via de telefoon een diagnose tracht te stellen. Ofschoon deze handelwijze op zichzelf niet noodzakelijk onzorgvuldig is, kan de telefonische diagnosestelling *onder omstandigheden* toch een fout uitmaken(31). Door in te gaan op de telefonische hulpvraag en het verstrekken van een medisch advies ontstaat immers een geneeskundige behandelings-overeenkomst. Aldus neemt de arts immers de medische behandeling en de daarmee gepaard gaande verantwoordelijkheid op zich. Aangezien de arts een huisbezoek weigert is een lichamelijk onderzoek niet mogelijk, en zal de arts zich enkel kunnen baseren op het verhoor van de patiënt of van een familielid. Dit telefonisch verhoor is m.a.w. van cruciaal belang. De arts mag hierbij ook niet te licht afgaan op de door de patiënt verstrekte informatie. Die informatie is immers afkomstig van een leek. De arts zal zich m.a.w. niet uitsluitend mogen baseren op het al dan niet alarmerend relaas van de „oproeper”, maar hij zal zelf gerichte vragen moeten stellen om de ernst van de ziekte te kunnen achterhalen.

15. De omstandigheid dat de telefonisch opgeroepen arts de patiënt *al dan niet kent* kan ook een belangrijk element zijn in de beoordeling van het artsengedrag. In welke zin dit element de aansprakelijkheidsbeoordeling beïnvloedt, valt niet in het algemeen uit te maken. Veel zal afhangen van de feitelijke omstandigheden.

Enerzijds *kan* de kennis van de ziektegeschiedenis van de patiënt een strengere zorgvuldigheid op de arts doen rusten. Zo zal een huisarts die 's nachts wordt opgeroepen door de echtgenote van een hem bekende en pas uit het ziekenhuis ontslagen hartpatiënt, de nodige voorzichtigheid aan de dag moeten leggen(32).

Anderzijds dient de arts die wordt geconfronteerd met een hem onbekende patiënt eveneens de vereiste voorzichtigheid aan de dag te leggen, wanneer hij telefonisch advies verstrekt of een therapie voorschrijft. De voorgeschiedenis van de patiënt is hem dan immers totaal onbekend.

Wel kan nog worden opgemerkt dat niet elke verkeerde diagnose op zichzelf wijst op een fout van de arts(33). Zij is slechts foutief

(31) Conseil d'Etat fr., 18 december 1953, *Gaz. Pal.*, 1954, 1, 160, noot.

(32) Cf. Rb. Antwerpen, 30 november 1987, *VI. T. Gez.*, 1990, 213, noot VANSWEEVELT, T.

(33) RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *Les droits et les obligations des médecins*, II, Brussel, Larcier, 1971, nr. 604; VANDENBERGHE, H., „Aansprakelijkheid van ziekenhuizen en geneesheren”, in *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, VANDENBERGHE, H. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1979, p. 124, nr. 5.

wanneer de arts niet de nodige middelen en zorgvuldigheid heeft aangewend om de ziekte te onderkennen. De rechter zal nagaan of een normaal zorgvuldig arts van dezelfde discipline en geplaatst in dezelfde omstandigheden zich ook zou hebben kunnen vergissen(34).

16. Zelfs indien de arts in deze casus, bij hypothese, een fout zou kunnen worden verweten, leidt dit niet noodzakelijk tot zijn aansprakelijkheid. In zulke schadegevallen wordt vaak opgeworpen dat het causaal verband ontbreekt tussen de (beweerde) fout en de schade. Zelfs indien de arts de patiënt tijdig had opgezocht, is het niet zeker of dit iets aan de loop der gebeurtenissen zou hebben veranderd. Ook een foutloze behandeling had m.a.w. tot het schadegeval aanleiding kunnen geven.

Omdat het resultaat van een medische ingreep nooit zeker is, is het geen sinecure te bewijzen dat de medische fout de oorzaak van de schade is geweest. In zo'n situatie wordt in de Belgische en Franse rechtspraak soms de *theorie van het verlies van een kans* toegepast(35)(36). De medische fout heeft *in casu* niet het overlijden veroorzaakt, maar wel het verlies van overlevingskansen. Op het moment van het telefonisch contact met de arts bezat de patiënt overlevingskansen. Door de medische fout werden die overlevingskansen haar ontnomen. De arts kan dan worden aangesproken voor deze specifieke schade, namelijk het kansverlies.

17. De begroting van de schade wegens het kansverlies kan logischerwijze maar worden bepaald door de *absolute* schade, veroorzaakt door het verlies van het verwachte voordeel, te vergelijken met de *relatieve* schade, die bestaat in het verlies van de kans op dat voordeel. De absolute schade, d.i. de schade tengevolge van de niet-genezing of de niet-overleving, zal dus verminderd en berekend worden in functie van de kansen die de patiënt had op genezing of overleving. Omdat een concrete berekening van het kanspercentage niet altijd mogelijk is

(34) Cf. Cass., 7 september 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 24 en *Pas.*, 1977, I, 20.

(35) Zie b.v. Rb. Antwerpen, 30 november 1987, *VI. T. Gez.*, 1990, 213, noot VANSWEEVELT, T.; zie ook over het verlies van een genezings- of overlevingskans: Cass., 19 januari 1984, *R.G.A.R.*, 1986, nr. 11.084, noot VANSWEEVELT, T.; Antwerpen, 2 mei 1989, *VI. T. Gez.*, 1989, 301, noot HEYLEN, R. en R.W., 1989-90, 260, noot NYS, H.

(36) Een deel van de recente Nederlandse rechtsleer staat eveneens positief t.o.v. dit leerstuk; cf. STOLKER, C., *Aansprakelijkheid van de arts in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer, Kluwer, 1988, 127; DE RIDDER, M., „Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid”, *A.A.*, 1995, 548 e.v.; maar vgl. SLUYTERS, B., *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis*, Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 34, Deventer, Kluwer, 1984, 16.

en vaak geen sinecure is, neemt de rechtspraak doorgaans zijn toevlucht tot een schadebegroting *ex aequo et bono*.

Of alle verloren gegane kansen vergoedbaar zijn, is naar Belgisch recht betwist. Een meerderheid in de rechtsleer vereist dat een kans „ernstig” is om voor vergoeding in aanmerking te komen(37). Hiermee wordt doorgaans bedoeld dat de verwezenlijking van de kans volgens de gewone gang van zaken zeker genoeg of bijzonder waarschijnlijk is. Volgens anderen(38) is het voldoende dat de kans bestaat en door de fout van een derde werd vernietigd. Overeenkomstig de regel van de integrale schadevergoeding, moet de kans in die versie geen minimum-percentages bereiken (b.v. van 50 %) om voor vergoeding in aanmerking te komen.

Thema II: Informed consent

CASUS 3:

Bij een vier maanden zwangere vrouw wordt de ziekte van Hodgkin vastgesteld. Een radiotherapiebehandeling zou nefast zijn voor de foetus. De patiënte wordt voor de keuze geplaatst: ofwel draagt zij de zwangerschap uit tot zeven maanden en laat zij zich opereren na de bevalling van een prematuur kind, ofwel ondergaat zij onmiddellijk een chirurgische ingreep waarbij een abortus zou worden uitgevoerd. De patiënte kiest voor dit laatste, omdat zij het psychologisch niet aankan om de kwaadaardige ziekte gedurende bijna drie maanden onbehandeld te laten. Tijdens de ingreep gaat de arts ook over tot een appendectomie en tot een bilaterale tubaligatuur (afbinding van eileiders). Beide ingrepen waren in het belang van de patiënt wiens toestand zo ernstig was dat een toekomstige zwangerschap vermeden moest worden, zo stelt de behandelende arts.

De patiënte en haar echtgenoot dagen de arts voor de rechter.

18. Alvorens een arts een ingreep mag uitvoeren moet de patiënt hierin hebben toegestemd. Die toestemmingsvereiste wordt in het

(37) RONSE, J., et al., *Schade en schadeloosstelling*, I, A.P.R., Gent, Story-Scientia, 1984, p. 93, nr. 118; DIRIX, E., *Het begrip schade*, Antwerpen, Maklu, 1984, 83 en 90; VAN QUICKENBORNE, M., *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, Brussel, Elsevier-Sequoia, 1972, 145.

(38) VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, nrs. 524 e.v.

algemeen gegrond op het recht op eerbiediging van de fysieke integriteit en op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt(39).

Die toestemming van de patiënt heeft een specifieke draagwijdte en geldt niet voor om het even welke ingreep. De handelwijze van de arts is beperkt tot de ingreep waarin werd toegestemd. Dit kan het beginsel van de *specificiteit van de toestemming* worden genoemd(40).

Er kunnen zich evenwel gevallen voordoen waarin een strikte toepassing van dit beginsel de patiënt ernstige schade zou kunnen berokkenen. Dit vormt het probleem van de zgn. *extended operations*: tijdens een met de patiënt overeengekomen ingreep ontdekt de arts -terwijl de patiënt verdoofd is- dat er meer uitgebreide of heel andere maatregelen moeten of kunnen worden genomen. Moet de arts de operatie beëindigen en opnieuw de toestemming van de patiënt vragen voor een nieuwe ingreep, of mag hij naar eigen goeddunken het operatieplan wijzigen of uitbreiden?

19. De recente Belgische rechtsleer is verdeeld omtrent dit probleem. De opvattingen ter zake kunnen worden ingedeeld in een „pragmatische” en in een „strikte” stroming.

Volgens de verdedigers van de *pragmatische* stroming moeten de „extended operations” op een soepele, pragmatische wijze worden benaderd. Meestal wordt gewezen op de nadelen die een tweede ingreep zou meebrengen: de narcoserisico's van een nieuwe ingreep, de stress die de patiënt moet dragen en de eventuele nadelige gevolgen van een operatie-uitstel. Daarom wordt de stelling verdedigd dat de arts het operatieplan zelfstandig mag wijzigen, wanneer dit, in alle redelijkheid, in het belang van de patiënt is(41). Een noodtoestand is m.a.w. *niet* vereist. Zo stelt A. HEYVAERT(42) dat de behandelende chirurg tot de verwijdering van b.v. ovaria mag overgaan wanneer deze tot de normale behandeling van de door hem vastgestelde ziekte-

(39) NYS, H., *Geneeskunde, A.P.R.*, 1991, nrs. 301 e.v.; HENNAU-HUBLET, C., *L'activité médicale et le droit pénal*, Bruylant, 1987, nr. 20; MEULDERS-KLEIN, M.-T., „Le droit de disposer de soi-même”, in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Brussel, Bruylant, 1982, 327 e.v.; CORBISIER, I., „Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique”, *R.G.A.R.*, 1990, nr. 11.682, p. 2 recto en verso.

(40) VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, nrs. 303 e.v.

(41) RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *Les droits et les obligations des médecins*, I, nr. 574, p. 443-444, maar vgl. nr. 575.

(42) HEYVAERT, A., „De menselijke voortplanting, de geneesheer en het gezinsrecht”, in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, HEYVAERT, A., KRUTHOF, R. en VANSWEEVELT, T. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1989, p. 320, nr. 14.

toestand behoort. M. VAN QUICKENBORNE(43), die zich blijkbaar steunt op de Nederlandse auteur A. DEKKERS(44), meent dat de arts kan overgaan tot een onvoorziene, maar zinvolle uitbreiding of wijziging van het overeengekomen operatieplan, wanneer dit geen belangrijke nadelige gevolgen heeft voor het biologisch, psychologisch of sociaal functioneren van de patiënt.

De juridische grondslag van deze pragmatische opvatting wordt doorgaans gezocht in de impliciete toestemming van de patiënt(45), of, wat misschien op hetzelfde neerkomt, in de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt(46).

20. Voorstanders van de *strikte* stroming verwijten de pragmatische stroming het zelfbeschikkingsrecht te miskennen en gebruik te maken van een fictie, *in casu* de stilzwijgende toestemming van de patiënt(47). Zelfs wanneer een bijkomende ingreep „in het belang van” of „zinnig voor” de patiënt is, kan ernstig worden betwijfeld of de patiënt, zij het impliciet, hiermee heeft ingestemd. Het ontbreken van enige toestemming komt het duidelijkst tot uiting in die gevallen waarin de arts een totaal andere ingreep uitvoert dan die waarin de patiënt had ingestemd, b.v. zoals in de feiten van de ter discussie staande casus.

21. Volgens de „strikte stroming” kan een arts zonder de toestemming van de bewusteloze patiënt enkel in geval van een noodtoestand het operatieplan uitbreiden of wijzigen(48). In beginsel begaat de arts een fout door, zonder de toestemming van de patiënt, inbreuk te plegen op diens fysieke integriteit. Maar omdat de arts zich kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond, namelijk de *noodtoestand*, kan hij zijn aansprakelijkheid ontlopen. De arts offert hier een rechts-

(43) VAN QUICKENBORNE, M., „De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie”, *R.W.*, 1986-87, 2406.

(44) DEKKERS, A., *De patiënt en het recht op informatie*, Amsterdam, Excerpta Medica, 1979, 59-60.

(45) Zie VANDENBERGHE, H., „Aansprakelijkheid van ziekenhuizen en geneesheren”, in *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen*, VANDENBERGHE, H. (ed.), Antwerpen, Kluwer, 1979, 129.

(46) Zie HENNAU-HUBLET, C., *L'activité médicale et le droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1987, nr. 21, p. 33, noot 30.

(47) VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, nrs. 313-317.

(48) DALCQ, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, I, Brussel, Larcier, 1967, nr. 1084, p. 382; DIERKENS, R., „De burgerlijke aansprakelijkheid van de geneesheer”, *R.W.*, 1962-63, p. 252, nr. 13; VANSWEEVELT, T., o.c., nr. 318; zie ook NYS, H., *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, A.P.R., Brussel, Story-Scientia, 1991, nr. 318 die refereert naar het element „spoed” waarmee dient te worden opgetreden.

goed van een lagere orde op voor een hoger rechtsgoed. In dergelijke situaties heeft de medische verzorgingsverplichting voorrang op het toestemmingsvereiste. De arts zou zich trouwens schuldig maken aan een strafrechtelijk misdrijf, indien hij zou verzuimen medische hulp te verlenen aan iemand die in „groot gevaar” verkeert (art. 422bis Sw.). Het begrip „noodtoestand” kan worden gelijkgesteld met „de dreiging van onmiddellijke en ernstige schade”. De bijkomende ingreep in het raam van een „extended operation” moet m.a.w. dringend geboden zijn(49).

22. Beide theorieën kunnen nu op de casus worden toegepast. Volgens de pragmatische theorie volstaat het dat de arts in het belang van de patiënte heeft gehandeld, zonder dat er urgentie vereist wordt. De appendectomie voldoet wellicht aan deze voorwaarden, aangezien aan de appendix blijkbaar geen specifieke functie wordt toegeschreven. Kan voor de sterilisatie hetzelfde worden gezegd? Dit is niet zeker. Enerzijds kan worden opgeworpen dat de sterilisatie in het belang was van de patiënte, aangezien, wegens de ernst van haar toestand, een toekomstige zwangerschap moest worden vermeden. Anderzijds kan moeilijk worden geloofd dat de sterilisatie nadelige gevolgen heeft voor het biologisch en psychologisch functioneren van de patiënt. Aldus zou in deze opvatting de sterilisatie toch geen steun kunnen vinden in de stilzwijgende toestemming van de patiënt.

Op basis van de strikte stroming is het antwoord op de casus eenvoudig(er). Noch de appendectomie, noch de sterilisatie voldoen aan het vereiste van de noodtoestand. Er is immers geen dreiging van onmiddellijke en ernstige schade. Aldus is er geen rechtvaardigingsgrond voorhanden om de operatie uit te breiden zonder de toestemming van de patiënt. De arts had de ingreep moeten staken teneinde de patiënte in te lichten over de waargenomen onvoorzienbare letsels. Het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt speelt dan volledig. De arts mag de patiënte het recht niet ontnemen zelf te beslissen of zij al dan niet nog kinderen wil.

23. Naast de fout van de arts, moet de patiënte ook het causaal verband bewijzen met de schade. Vaak is het voor een patiënt geen sinecure het causaal verband aan te tonen tussen een gebrekkige „informed consent” en de schade. De patiënt moet immers bewijzen dat hij de ingreep zou hebben geweigerd, indien hem alle relevante

(49) VANSWEEVELT, T., *o.c.*, nrs. 319 e.v.

informatie zou zijn meegedeeld en, *in casu*, indien zijn toestemming zou zijn gevraagd.

Bij deze causaliteitsbeoordeling zijn twee benaderingen mogelijk, de subjectieve en de objectieve toetsing. Enerzijds kan men de vraag stellen of deze *specifieke* patiënt al dan niet zou hebben ingestemd met de ingreep, hoe onredelijk zijn gedrag zou kunnen overkomen (d.i. de subjectieve test). Anderzijds kan men rekening houden met wat een *redelijk* persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden als de patiënt, zou hebben beslist (d.i. de zgn. *objectieve* test). Aangezien de subjectieve test volledig steunt op de betrouwbaarheid van de getuigenis van de patiënt, en die patiënt niet steeds in staat is te getuigen (b.v. bij overlijden) wordt de voorkeur gegeven aan de objectieve test, met dien verstande dat rekening wordt gehouden met specifieke omstandigheden eigen aan de patiënt(50).

In casu kan het causaal verband tussen het toestemmingsverzuim en de schade worden aanvaard, nu de sterilisatie niet levensnoodzakelijk was en er behandelingsalternatieven bestaan (b.v. contraceptie). Hieruit kan worden afgeleid dat een redelijk persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden als de patiënt, de ingreep zou hebben geweigerd.

24. Ten slotte rijst de delicate vraag hoe de (morele) schade wegens verlies van het voortplantingsvermogen moet worden begroot. De Belgische rechtspraak oordeelt daarover zeer uiteenlopend. De bedragen variëren van 300.000 BF aan een 24-jarige vrouw(51) tot 1.500.000 BF aan een dertigjarige man die reeds twee kinderen had(52).

Mogelijke criteria die hierbij een leidraad kunnen bieden, zijn o.m.(53):

- de al dan niet irreversibele aard van de onvruchtbaarheid;
- de mogelijkheid de schade te beperken via medisch begeleide bevruchtingstechnieken;
- de reeds verminderde vruchtbaarheid bij de benadeelde (b.v. wegens bepaalde medische behandelingen die de vruchtbaarheid aantasten);
- de leeftijd van de benadeelde;

(50) *Ibid.*, nrs. 400-402.

(51) Rb. Mechelen, 2 december 1994, *T. Gez.*, 1995-96, te verschijnen.

(52) Antwerpen, 17 februari 1989, onuitg., *A.R.*, nr. 342.

(53) Cf. uitbreider VANSWEEVELT, T., „Civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid voor schade tengevolge van „extended operations” en verlies van het voortplantingsvermogen” (noot onder Gent, 11 maart 1992), *T. Gez.*, 1995-96, nr. 1, 64-65.

– het aantal kinderen van de benadeelde.

25. Interessant is hier de vraag of de twee laatstgenoemde criteria, nl. de leeftijd en het aantal kinderen van de benadeelde, doorslaggevende elementen kunnen zijn in de begroting van deze schade. Concreet is de vraag of een ongewenste sterilisatie minder schade toebrengt bij oudere vrouwen (of mannen) met kinderen dan bij hun jongere, kinderloze seksegenoten.

Deze vraag kan moeilijk *in abstracto* worden beantwoord. In principe moet de schade immers *in concreto* worden begroot. Op grond van de feitelijke omstandigheden moet de rechter trachten de omvang van de werkelijk geleden schade te achterhalen. Dit onderzoek kan uitwijzen dat de wens tot kinderen bij een oudere vrouw nog zeer levendig was, niettegenstaande zij reeds moeder is. Aan de andere kant kan een jongere vrouw evengoed wensen kinderloos te blijven. De morele schade bij eerstgenoemde zal dan aanzienlijk groter zijn dan bij laatstgenoemde.

26. Anderzijds is het -zeker bij morele schade- niet steeds eenvoudig om de schade in *concreto* te begroten. Daarom kan de rechter als hulpmiddel in de schadebegroting het criterium van de gewone gang van zaken, weliswaar in *concreto*, aanwenden⁽⁵⁴⁾. Aldus kan de rechter oordelen dat naar ervaringsregelen de morele schade voortvloeiende uit de ongewenste onvruchtbaarheid van kinderloze, jonge vrouwen groter is dan bij een oudere vrouw die reeds een kinderrijk gezin heeft. Het uitgangspunt is dan dat jonge gesteriliseerde vrouwen nooit het „plezier” zullen kennen eigen kinderen ter wereld te brengen en ze op te voeden (afgezien van eventuele medisch begeleide bevruchtingstechnieken), en dat wegens hun onvruchtbaarheid hun huwelijkskansen wellicht zullen verminderen, terwijl oudere vrouwen, bij hypothese, reeds kinderen hebben, meestal reeds gehuwd zijn of een partner hebben, en dat hun kans op een zwangerschap afneemt naarmate zij ouder worden.

Aldus *kunnen* de elementen leeftijd en kinderen toch wel een rol spelen in de schadebegroting, namelijk wanneer geen andere concrete gegevens wijzen op het tegendeel (cf. *supra* nr. 25).

(54) Cf. RONSE, J., *et al.*, *Schade en schadeloosstelling*, I, A.P.R., 1984, nr. 244.

Thema III: Aansprakelijkheid van de arts/het ziekenhuis voor zaken

CASUS 4:

In hoeverre zijn artsen/ziekenhuizen aansprakelijk voor zaken die zij gebruiken bij de uitvoering van hun verbintenissen, b.v. een catheter die afbreekt en via de bloedbaan terecht komt in het hart met als gevolg blijvende invaliditeit.

Naar Belgisch recht moet een onderscheid worden gemaakt tussen de *contractuele* en de *buitencontractuele* aansprakelijkheid voor zaken.

A. De contractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken

27. Bij hypothese ontstaat tussen de arts/het ziekenhuis en een patiënt een overeenkomst. De arts of het ziekenhuis maakt in de uitvoering van zijn verbintenissen gebruik van gebrekkig materieel. Of de arts/het ziekenhuis hiervoor aansprakelijk is, is niet zo eenvoudig te beantwoorden omdat er voor de contractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken geen algemene wettelijke regeling bestaat. De benadeelde patiënt kan volgende juridische wegen bewandelen.

§ 1. Toepassing van de algemene contractuele aansprakelijkheidsregels

1) Principes

28. Een deel van de Belgische⁽⁵⁵⁾ en Franse rechtsleer⁽⁵⁶⁾ verdedigt de opvatting dat bij gebrek aan een wettelijke regeling ter zake, de algemene regels van de contractuele aansprakelijkheid voor eigen gedrag moeten worden toegepast. Dit betekent m.a.w. dat de arts of het ziekenhuis contractueel aansprakelijk zijn voor gebrekkige zaken in dezelfde mate als zij voor eigen fouten aansprakelijk zijn. Nu de contractuele aansprakelijkheid voor eigen gedrag in principe een op de fout gebaseerde aansprakelijkheid is, moet de benadeelde, om in zijn schadevergoedingsvordering succes te kennen, foutieve wanpres-

(55) DALCQ, R.O., *Traité*, I, nr. 2175; RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *o.c.*, II, nr. 647.

(56) MAZEAUD, H., L. en TUNC, A., *Traité*, II, nr. 1413; AUBY, J.-M., „Le statut des objets et appareils en droit de la santé”, *R.D.S.S.*, 1986, 14-15.

tatie bewijzen. Aangezien de meeste medische verbintenissen als inspanningsverbintenissen worden gekwalificeerd, en de resultaatsverbintenissen de uitzondering vormen, heeft dit tot gevolg dat een arts/het ziekenhuis slechts aansprakelijk kan worden gesteld, wanneer hen een fout kan worden verweten. Voor de patiënt is dit geen eenvoudige taak. Het is inderdaad niet gemakkelijk te bewijzen dat het gebrek van de zaak en/of het daaruit voortvloeiende schadegeval aan een fout van de arts of het ziekenhuis zijn te wijten. Bij gebrek aan bewezen fout werden aldus schadeloosstellingsvorderingen afgewezen van patiënten die het slachtoffer werden van een *radiodermatitis* tengevolge van een gebrekkig stralingstoestel(57), het afbreken van een (al dan niet gebrekkige) naald(58) of de ontploffing in een gebrekkige incubator of couveuse waarvan de elektrische *relais* onvoldoende geïsoleerd waren(59).

Sommige rechtspraak en rechtsleer is aan de bewijsproblemen van de patiënt tegemoet gekomen, enerzijds door een soepele aanvaarding van het fouthbewijs en anderzijds door de creatie van een veiligheidsverbintenis.

2) Soepele aanvaarding van het fouthbewijs

29. Bepaalde rechtspraak verleent de patiënt een grotere bescherming via een soepele aanvaarding van het fouthbewijs. Indien de zaak is aangetast door een gebrek, dan wordt nagegaan of de arts/het ziekenhuis niet heeft gefaald bij de keuze of de controle van het materieel of materiaal. De arts/het ziekenhuis behoorde dan de nodige voorzorgsmaatregelen te nemen om de schade, veroorzaakt door het gebrek van de zaak, te voorkomen.

Zo kan vrij gemakkelijk tot een medische fout worden besloten wanneer de arts gebruik maakt van versleten, verouderd of onvoldoende onderhouden materiaal(60) of van materiaal dat onvoldoende werd gecontroleerd(61).

(57) Cass. fr., 12 mei 1964, *D.*, 1964, *Somm.*, 112.

(58) Rb. Luik, 10 juli 1939, *R.G.A.R.*, 1940, nr. 3285; Rb. Leuven, 6 juni 1973, *R.G.A.R.*, 1973, nr. 9101, noot en *De Verz.*, 1974, 811 besproken door R.B.

(59) Cons. d'Etat fr., 14 december 1984, *R.D.S.S.*, 1985, 346, met concl. Regeringscommissaris STIRN, B.

(60) Brussel, 17 november 1989, *J.L.M.B.*, 1990, 331 (gebruik van een verouderd, want onvoldoende geïsoleerd, type elektrische bistouri of chirurgisch mes).

(61) Brussel, 3 juni 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 1546 (onvoldoende toezicht op gebrekkig narcose-toestel).

Daarnaast kunnen de ongevallen worden vermeld die worden veroorzaakt door lekkende of oververhitte warmwaterzakken of -kruiken en „hydropacks”(62). De hierdoor veroorzaakte brandwonden worden doorgaans toegeschreven aan controle- of toezichtsfouten van de arts of het medisch personeel.

Bij het afbreken van naalden tijdens een operatieve ingreep, wordt door bepaalde rechtspraak de fout van de arts niet zozeer gezocht in het afbreken van de naald, maar wel in het feit dat de arts het ongeval niet heeft gemerkt en/of niet de nodige maatregelen heeft genomen om de schade te voorkomen(63). De schending van de toezichtsverplichting wordt dan doorgaans als wanprestatie aangemerkt.

30. Nochtans kan niet bij alle door een gebrekkige zaak veroorzaakte schadegevallen een keuze- of controlefout van de arts/het ziekenhuis worden vastgesteld. Het gevaar bestaat dan ook dat de rechtspraak, via gekunstelde redeneringen, op zoek gaat naar een medische fout die in werkelijkheid zeer twijfelachtig is. Om enigszins aan dit euvel te verhelpen heeft de rechtspraak een nieuwe verbintenis gecreëerd, de zgn. veiligheidsverbintenis.

3) De veiligheidsverplichting

31. Krachtens art. 1135 B.W. verbinden overeenkomsten niet alleen tot hetgeen wat daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend. Aan de rechter komt de bevoegdheid toe om de begrippen „billijkheid” en „gebruik” te interpreteren. Zowel de Franse als de Belgische rechtspraak hebben van deze bevoegdheid gebruik gemaakt om in een aantal overeenkomsten een zgn. „veiligheidsverplichting” te creëren. Met deze veiligheidsverplichting wordt beoogd de schuldeiser te vrijwaren tegen de risico's die zijn fysieke integriteit bedreigen(64). Het is in essentie een bijkomende verbintenis.

(62) Antwerpen, 23 oktober 1984, *VL T. Gez.*, 1988, 29, noot R.H.; Rb. Mechelen, 29 april 1935, *R.W.*, 1935-36, 473; Arrondrb. 's-Gravenhage, 2 mei 1979, *T.v.G.R.*, 1980, 216; maar blijkbaar anders: H.R., 7 mei 1976, *N.J.*, 1977, 63, met kritische noot G.J.S.

(63) Brussel, 30 januari 1956, *R.G.A.R.*, 1956, nr. 5725; in dezelfde zin: Cass. fr., 28 oktober 1968, *D.*, 1969, 150.

(64) Cf. VINEY, G., *Les obligations. La responsabilité: conditions*, nr. 550.

Een duidelijk afgelijnd criterium op basis waarvan het bestaan van een veiligheidsverplichting in een overeenkomst kan worden onderkend, werd tot nu toe noch door de rechtspraak noch door de rechtsleer uitgewerkt. Interessant is wel het door de Franse auteur G. VINEY voorgestelde criterium, namelijk de omstandigheid dat de schuldenaar t.o.v. de schuldeiser een zekere *feitelijke macht* heeft, b.v. wanneer de uitvoering van de overeenkomst vereist dat de schuldeiser in het lokaal van de schuldenaar moet verblijven of gebruik moet maken van zaken die aan de schuldenaar toebehoren(65).

32. Ook de arts (of het ziekenhuis) bevindt zich t.o.v. de patiënt in een feitelijke machtspositie. De vrijheid van handelen van de patiënt is inderdaad zeer beperkt wanneer hij, b.v. op de operatietafel, aan een medische behandeling wordt onderworpen. Daarbij maakt de arts ook vaak gebruik van zaken die, in voorkomend geval, door een gebrek aangetast kunnen zijn. Het mag dan ook geen verwondering wekken dat de (vooral Franse) rechtspraak artsen en ziekenhuizen veiligheidsverplichtingen oplegt, wanneer zij werken met (gebrekkelig) materieel en materiaal. Het discussiepunt was echter of die veiligheidsplicht nu een inspannings- of een resultaatsverbintenis inhield. Immers, indien de medische veiligheidsverplichting als een resultaatsverbintenis wordt beschouwd, dan zou de inspanningsverbintenis van de arts via die weg worden omgebouwd tot een resultaatsverbintenis wat volgens velen niet wenselijk is. Daarom wordt in de recentere Franse rechtspraak volgend interessant onderscheid gemaakt.

Als principe geldt dat een arts doorgaans gehouden is tot een inspanningsverbintenis, gelet op het aleatoir karakter van het resultaat van zijn verbintenissen. Maar, het gebruik van medisch materiaal en materieel vertoont op zich *geen* aleatoir resultaat. De patiënt mag ervan uitgaan dat de door de arts gebruikte zaken de nodige veiligheid bieden en aldus niet gebrekkig zijn. Aldus moet een onderscheid worden gemaakt tussen de uitvoering van een medische handeling, een manuele of intellectuele prestatie, waarvan het resultaat onzeker is, en de aanwending van zaken die, weliswaar mede die handeling moeten volbrengen, maar geen alea in zich houden. In het eerste geval

(65) *Ibid.*, nr. 501; VANDENBERGHE, H., „De grondslag van de kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad”, *T.P.R.*, 1984, 148; aldus werden veiligheidsverplichtingen opgelegd aan een vervoerder, een restauranthouder, een kabelbaanexploitant, een schoonheidssalon, de organisator van sportwedstrijden, een kermisexploitant, enz.

is er sprake van een inspanningsverbintenis, terwijl t.a.v. gebrekkige zaken een resultaatsverbintenis de regel hoort te zijn(66).

33. Ook naar Belgisch recht zijn bovenstaande principes goed verdedigbaar(67). Juridisch is er geen beletsel om de arts/het ziekenhuis te laten instaan voor de veiligheid van de patiënt wanneer hij zaken aanwendt ter uitvoering van zijn verbintenissen. Deze veiligheidsplicht kwalificeren als een resultaatsverbintenis betekent trouwens niet dat de arts geen verweermiddelen kan aanvoeren. Hij zal zijn aansprakelijkheid kunnen ontlopen wanneer hij het bewijs kan leveren dat de gebruikte zaak niet gebrekkig is of dat de schade aan een vreemde oorzaak is toe te schrijven, namelijk overmacht, fout van een derde of van de benadeelde zelf.

Het is niet onredelijk deze bewijslast op de arts of het ziekenhuis te leggen, nu zij doorgaans in een betere positie verkeren om de juiste oorzaak van het schadegeval te achterhalen.

Bovendien zal de arts/het ziekenhuis in beginsel een regresvordering kunnen instellen tegen de fabrikant van het gebrekkige materiaal of materieel.

§ 2. De contractuele aansprakelijkheid voor zaken met verborgen gebreken

34. Naast de bovenvermelde algemene contractuele aansprakelijkheidsregels, kan in sommige gevallen eveneens een andere juridische weg worden bewandeld. Meer bepaald kan de aansprakelijkheid van de aannemer van werk (*in casu* de arts of het ziekenhuis) voor schade veroorzaakt door gebrekkige zaken in menig geval worden teruggebracht tot de aansprakelijkheid van de *verkoper* voor de verborgen gebreken van de verkochte zaak (art. 1641 e.v. B.W.). De toepassing van de artt. 1641 e.v. B.W. lijkt evenwel maar mogelijk wanneer daadwerkelijk een zaak in eigendom wordt overgedragen of, meer algemeen, wordt geleverd. De aannemingsovereenkomst tussen de arts/het ziekenhuis en de patiënt kan dan als een *gemengde* overeen-

(66) Zie b.v. Trib. gr. inst. Poitiers, 23 december 1985, *Gaz. Pal.*, 2-3 mei 1986, 14, noot (afgebroken tandartsboor); Parijs, 12 januari 1989, *D.*, 1989, *Somm.*, 317, noot PENNEAU, J. (gebrekkige informatie).

(67) VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, nrs. 1000 e.v.; zie ook FAGNART, J.-L., „La réforme de la responsabilité médicale. Responsabilité ou assurance?“, in *Rapports belges au XIII Congrès International de Droit Comparé*, (Montreal), 1990, (niet gepubliceerd), p. 22, nr. 26.

komst worden gekwalificeerd, waarop naast de regels uit het aanne-
mingsrecht ook de regels van de koop van toepassing zijn(68).

Aldus lijkt er op juridisch-technisch vlak geen beletsel te bestaan om
de artt. 1641 e.v. B.W. op de arts/het ziekenhuis toe te passen wanneer
zij zaken leveren of toedienen aan de patiënt. Als voorbeeld kan
worden gedacht aan het ziekenhuis dat maaltijden of geneesmiddelen
levert aan de patiënt, aan de arts die verbanden legt of bepaalde
vloeistoffen inspuit, en b.v. aan het bloedtransfusiecentrum dat bloed
en bloedprodukten aan de patiënt levert.

35. Als verkoper moet de arts/het ziekenhuis instaan voor de verbor-
gen gebreken van de verstrekte zaken zelfs wanneer hij die gebreken
niet heeft gekend (art. 1643 B.W.). Een gebrek is een hoedanigheid
van de verkochte zaak die deze ongeschikt maakt tot het gebruik
waartoe men ze bestemt, of die dit gebruik zodanig vermindert dat de
koper, indien hij de gebreken gekend had, de zaak niet of slechts voor
een mindere prijs zou hebben gekocht (art. 1641 B.W.). Het betreft
dus een *functioneel* gebreksbegrip(69).

Indien de arts of het ziekenhuis de gebreken van de geleverde zaak
niet gekend hebben en aldus te goeder trouw zijn, dan zijn zij slechts
gehouden tot teruggave van de prijs en tot vergoeding aan de patiënt
van de door de „koop veroorzaakte kosten”(70). De patiënt kan aldus
slechts aanspraak maken op een vrij beperkte schadeloosstelling.

De patiënt die een integrale schadeloosstelling beoogt, moet aantonen
dat de arts/het ziekenhuis de gebreken van de zaak *kende* of behoorde
te kennen(71). De patiënt moet m.a.w. de kwade trouw van de weder-
partij aantonen. Aan dit vereiste is voldaan wanneer het gebrek van
die aard is dat zij niet aan de aandacht van een normaal zorgvuldig
ziekenhuis of arts had ontsnapt(72).

36. Onder bepaalde voorwaarden geniet de patiënt -slachtoffer van
een gebrekkige zaak- een aanzienlijke bewijslastverlichting. Dit is het

(68) Zie vooral VAN HECKE, G., „De la nature du contrat d'entreprise dans lequel l'entrepre-
neur fournit la matière”, (noot onder Luik, 13 december 1949), *R.C.J.B.*, 1951, 105; PAULUS,
C., „Aanneming”, in *Lexicon voor privaatrecht. Gebruikelijke contracten*, Die Keure, 1984, p.
4, nr. 8.

(69) Cass., 18 november 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 274, *Pas.*, 1972, I, 258 en *R.C.J.B.*, 1973,
609, noot GERARD, P.; COUSY, H., *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, Brussel,
Bruylant, 1978, 231.

(70) Art. 1646 B.W.; de term „door de koop veroorzaakte kosten” wordt beperkt geïnterpre-
teerd en zou vooral slaan op de kosten aangaande het leveren en het weghalen van de zaak.

(71) Cf. art. 1645 B.W.

(72) Cf. LIMPENS, J., *La vente*, nr. 381.

geval wanneer de patiënt schadeloosstelling vordert van een *fabrikant* of een *gespecialiseerde verkoper* wegens de levering van een gebrekkige zaak. Op hen rust een vermoeden dat zij de gebreken van de verkochte zaak kennen. Om dit vermoeden te weerleggen, volstaat het niet aan te tonen dat het gebrek hen onbekend was. Zij kunnen hun aansprakelijkheid enkel afwentelen door het bewijs te leveren van hun „onoverwinnelijke onwetendheid” of de „absoluut onnaspeurlijke aard van het gebrek”(73).

37. De vraag is nu of en tegen wie de patiënt de zojuist uiteengezette aansprakelijkheidsregeling kan inroepen. Tegen de *fabrikant* van de gebrekkige zaak is een vordering op grond van art. 1641 e.v. B.W. zeker mogelijk nu aanvaard wordt dat de onderverkrijger van een zaak een „rechtstreekse vordering” heeft tegen de oorspronkelijke verkoper (of tegen andere tussenverkopers). Dit vorderingsrecht wordt als een accessorium van de verkochte zaak beschouwd(74).

Tegen ziekenhuizen en artsen zal art. 1641 e.v. B.W. niet zo vaak kunnen worden ingeroepen, omdat zij meestal zaken gebruiken, en geen zaken als „verkoper” leveren. Wel kan b.v. het *ziekenhuis* als gespecialiseerde verkoper worden beschouwd wanneer het gebrekkige maaltijden of gebrekkige geneesmiddelen levert. Een *bloedtransfusiecentrum* zou eveneens als een gespecialiseerde verkoper van bloed en bloedprodukten kunnen worden aangemerkt.

38. Naast de aansprakelijkheid voor het gebrekkige *materiaal* dat aan de patiënt wordt geleverd, moet de aansprakelijkheid van de arts voor gebrekkig *materieel* worden onderscheiden. Dit materieel omvat de „werktuigen”, de zaken die de arts/het ziekenhuis gebruikt om zijn verbintenissen uit te voeren (b.v. radiografietoestel, bestralingsapparatuur, catheter, ...).

Omtrent de vraag of art. 1641 B.W. hier ook kan worden toegepast bestaat discussie. Bepaalde rechtsleer stelt dat de vrijwaringsplicht voor koopvernietigende gebreken niet alleen (rechtstreeks) van toepassing is wanneer de aannemer de materialen levert, maar ook wanneer de aannemingsovereenkomst geen koop-verkoop-bestand-

(73) Cass., 4 mei 1939, *Pas.*, 1939, I, 223; Cass., 6 oktober 1961, *R.W.*, 1961-62, 783, met concl. Adv. Gen. DUMON, F.; COUSY, H., *o.c.*, nrs. 165-168.

(74) Cf. art. 1615 B.W.; Cass., 5 december 1980, *Arr. Cass.*, 1981-82, 382 en *Pas.*, 1981, I, 398.

deel bevat of het gebrek ligt in de wijze van uitvoering (toepassing naar analogie)(75).

Anderzijds moet worden vastgesteld dat noch de arts noch het ziekenhuis dit materieel aan de patiënt leveren of in eigendom overdragen. De toepassing van art. 1641 e.v. B.W. inzake koop lijkt dan eerder kunstmatig en enigszins vergezocht. Bovendien is deze toepassing naar analogie vooral van belang wanneer ook het vermoeden van kennis dat op de fabrikant/gespecialiseerde verkoper rust, kan worden toegepast. Dit is evenwel helemaal niet zeker.

Misschien moet de patiënt toch nog uitkijken naar andere rechtspaden.

§ 3. De Wet produktenaansprakelijkheid

39. Ten slotte kan een patiënt -slachtoffer van een gebrekkige zaak- nog een andere weg bewandelen, namelijk de Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken(76), die de Europese Richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid invoert in het Belgisch recht. Deze wet legt een foutloze of objectieve aansprakelijkheid op de schouders van de *producent*. Daarmee wordt bedoeld dat de producent aansprakelijk is voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn produkt, zonder dat het bewijs van zijn fout wordt vereist(77). Belangrijk is dat de Wet produktenaansprakelijkheid geen onderscheid maakt naargelang de benadeelde een contractant of een derde is. Ongeacht de rechtsverhouding met de producent -contractueel dan wel buitencontractueel- kan de schadelijder, op grond van deze wet, de producent aansprakelijk stellen voor de schade veroorzaakt door een gebrek in zijn produkt.

40. Als „produkt” in de zin van de Wet produktenaansprakelijkheid wordt elk lichamelijk roerend goed verstaan, met uitzondering van landbouwgrondstoffen en produkten van de jacht. Ten aanzien van medische hulpzaken doen zich op het eerste gezicht weinig interpretatieproblemen voor: radiografie- en bestralingsapparatuur, prothesen, *catheters* en ander medische instrumenten of hulpmiddelen kunnen probleemloos in het begrip „roerend goed” worden ondergebracht. Naast het bestaan van een produkt moet de schadelijder het gebrek van dat produkt bewijzen. Krachtens de Wet produktenaansprakelijk-

(75) PAULUS, C., *l.c.*, p. 63, nr. 101; HERBOTS, J., BUTZLER, R. en VASTERSAVENDTS, A., „Overzicht van rechtspraak (1961-69). Bijzondere overeenkomsten”, *T.P.R.*, 1973, 264, nr. 62.

(76) *B.S.*, 22 maart 1991.

(77) Art. 1 Wet produktenaansprakelijkheid.

heid is een produkt gebrekkig wanneer het niet de veiligheid biedt die men gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen. Met name wordt hier bedoeld de presentatie van het produkt, het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het produkt en het tijdstip waarop het produkt in het verkeer is gebracht. Wellicht kan worden gesteld dat een catheter (in deze casus) die bij normaal gebruik afbreekt, niet de veiligheid biedt die men gerechtigd is te verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen.

41. De Wet produktenaansprakelijkheid legt de aansprakelijkheid voor gebrekkige produkten bij de *producent* van dat produkt.

Met betrekking tot de meeste medische apparatuur en instrumenten lijken zich hier eveneens weinig toepassingsproblemen voor te doen. Doorgaans is de identiteit van de fabrikant van het gebrekkig produkt, b.v. de catheter of het bestralingstoestel, gekend. De benadeelde patiënt kan deze persoon dus rechtstreeks aanspreken. Zou dit toch moeilijkheden opleveren (b.v. bij een producent uit een niet-EG-land), dan kan steeds de EG-invoerder van de medische hulppzaak tot schade-loosstelling worden gedagvaard. Indien niet kan worden vastgesteld wie de producent of invoerder van het produkt is, wordt elke *leverancier* als producent ervan beschouwd(78). In voorkomend geval kan dus het ziekenhuis of de arts als leverancier van het produkt een aansprakelijkheid oplopen, b.v. het ziekenhuis dat een defect verband levert, of de arts die een gebrekkige prothese plaatst. Zowel de arts als het ziekenhuis kunnen evenwel aan hun aansprakelijkheid ontkomen, wanneer zij binnen een redelijke termijn de identiteit van de producent, van de invoerder of van hun leverancier melden aan de benadeelde partij.

42. Ten slotte is het, in het raam van de medische aansprakelijkheid, belangrijk op te merken dat het zgn. „ontwikkelingsrisico” als bevrijdingsgrond wordt aanvaard in de Wet produktenaansprakelijkheid(79). Aldus ontkomt de producent aan zijn aansprakelijkheid door te bewijzen dat het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het produkt in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken.

(78) Art. 4, § 2 Wet produktenaansprakelijkheid.

(79) Art. 8 Wet produktenaansprakelijkheid; zie de referenties bij randnr. 7.

B. De buitencontractuele aansprakelijkheid voor zaken

43. Het is ook mogelijk dat de benadeelde zich in een buitencontractuele rechtsverhouding bevindt. Dit zal het geval zijn wanneer er geen behandelingsovereenkomst bestaat (b.v. t.a.v. artsen-hulppersonen of t.o.v. openbare ziekenhuizen of bij bewusteloze patiënten), de overeenkomst ongeldig is, de benadeelde patiënt geen partij is bij de overeenkomst, of de schade niet voortvloeit uit de niet-nakoming van de overeenkomst(80).

De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door gebrekkige zaken wordt in de wet geregeld, namelijk in art. 1384, al. 1 B.W. en ook in de Wet produktenaansprakelijkheid. Aangezien laatstgenoemde wet -waarop zowel contractanten als derden een beroep kunnen doen- *supra*(81) werd geanalyseerd, wordt de aandacht nu op art. 1384, al. 1 B.W. geconcentreerd.

44. Artikel 1384, al. 1 B.W. legt een objectieve aansprakelijkheid op de bewaarder van een schadeveroorzakende gebrekkige zaak. De toepassing van art. 1384, al. 1 B.W. vereist enkel het bewijs dat de aangesprokene de bewaarder is van een gebrekkige zaak die schade heeft veroorzaakt. Het foutbewijs is niet vereist.

Aan het begrip „zaak” wordt doorgaans een ruime draagwijdte toegekend: het omvat elke lichamelijke zaak die vatbaar is voor bewaking door een menselijk persoon(82). Hieronder vallen zowel roerende als onroerende, gevaarlijke als niet-gevaarlijke, enkelvoudige als samengestelde zaken.

De omschrijving van het „gebrek” van de zaak is geen sinecure en verschillende voorstellen zagen het licht. Nochtans lijkt de heersende rechtsleer en rechtspraak gewonnen te zijn voor de definitie van J. VAN RYN, volgens wie een gebrek elk abnormaal kenmerk is van de zaak, dat van die aard is dat zij aan derden schade kan berokkenen(83). Dit zgn. „abnormaliteitscriterium” heeft eigenlijk dezelfde functie als het zorgvuldigheidscriterium bij de gedragsbeoordeling

(80) Zie voor een grondiger analyse VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, nrs. 51-96.

(81) Cf. *supra* nr. 39.

(82) CORNELIS, L., *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken*, Antwerpen, Kluwer, 1982, nr. 254; DALCO, R.O., „L'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, s'applique-t-il aux biens incorporels?”, *R.C.J.B.*, 1973, 428.

(83) VAN RYN, J., „La responsabilité du fait des choses”, *J.T.*, 1946, 166; zie b.v. Cass., 29 maart 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, 788 en *Pas.*, 1989, I, 705; Cass., 29 september 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89 en *Pas.*, 1989, I, 108.

van personen. De litigieuze zaak zal met een type-zaak, een normale zaak worden vergeleken. Wijkt de structuur van die zaak af van een normale zaak, dan wijst dit op een abnormaal kenmerk of een abnormale gesteldheid en dus op een gebrek(84). Wel wordt aanvaard dat de structuur van de zaak aangetast moet zijn(85). Het gebrek moet intrinsiek en niet extrinsiek aan de zaak zijn(86). De louter abnormale gedraging of de louter abnormale plaats van de zaak bewijst dus het gebrek nog niet(87). Dit wordt slechts aanvaard op voorwaarde dat elke andere oorzaak van de schade ontbreekt(88). Eigenlijk moet dan worden bewezen dat de schade niet mogelijk zou zijn geweest indien de zaak geen gebrek had vertoond(89). Dit is het zgn. onrechtstreeks of negatief bewijs van het gebrek.

45. De aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrek-kige zaak rust op de persoon die deze zaak onder zijn bewaring heeft. Sinds enige tijd omschrijft het Hof van Cassatie de bewaarder van een zaak als degene die voor eigen rekening een zaak gebruikt, ervan geniet of ze behoudt, met het recht om er toezicht, leiding en controle op uit te oefenen(90).

Zodra de bovenvermelde toepassingsvoorwaarden van art. 1384, al. 1 B.W. vervuld zijn, is de bewaarder aansprakelijk. Hij kan aan die aansprakelijkheid maar ontkomen door te bewijzen dat aan een toepassingsvoorwaarde van art. 1384, al. 1 B.W. niet werd voldaan of, anders gezegd, door aan te tonen dat de schade te wijten is aan een vreemde oorzaak (overmacht, fout van een derde of van de benadeelde zelf). Irrelevant in het verweer van de aangesprokene is het feit dat hij geen fout heeft begaan of geen kennis had of onmogelijk kon hebben van het gebrek(91). Het beroep op de onoverwinnelijke onwetendheid omtrent het gebrek van de zaak treft evenmin doel(92).

(84) *Ibid.*, 166.

(85) CORNELIS, L., *Zaken*, nr. 106.

(86) Zie b.v. Cass., 12 februari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 683 en *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9814, noot GLANSDORFF, F.

(87) Zie b.v. Cass., 27 november 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 306 en *Pas.*, 1970, I, 276, met concl. Proc. Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

(88) Zie b.v. Cass., 18 mei 1984, *Arr. Cass.*, 1983-84, 1208 en *Pas.*, 1984, I, 1130.

(89) Zie b.v. Cass., 17 januari 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 687 en *Pas.*, 1986, I, 605.

(90) Zie reeds Cass., 25 mei 1943, *Arr. Cass.*, 1943, 68 en *Pas.*, 1943, I, 110.

(91) Cass., 21 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 839 en *Pas.*, 1979, I, 844.

(92) Cass., 6 oktober 1961, *R.W.*, 1961-62, 783, met concl. Adv. Gen. DUMON, F.

46. Toegepast op de casus van de afgebroken catheter lijkt de benadeelde met succes art. 1384, al. 1 B.W. te kunnen invoeren. Het is zonder twijfel een zaak in de zin van art. 1384, al. 1 B.W. De slechte kwaliteit van de catheter kan als een abnormaal kenmerk van de zaak worden beschouwd of het abnormale gedrag van de catheter kan een gebrek opleveren wanneer elke andere oorzaak van de schade wordt uitgesloten. Bovendien kan de bewaarder van de zaak – dit in tegenstelling tot bij de artt. 1641 e.v. B.W. en de Wet produktaansprakelijkheid – zich niet bevrijden door te bewijzen dat het onmogelijk was het gebrek te ontdekken. Art. 1384, al. 1 B.W. verleent aldus een ruimere bescherming dan andere (contractuele) aansprakelijkheidsregels. Dit komt weliswaar neer op een ongelijke behandeling van gelijksoortige schadegevallen.

47. Rest dan nog de vraag wie als bewaarder moet worden aangesproken, de arts of het ziekenhuis? De bepaling van de bewaarder zal steeds een feitenkwestie uitmaken en kan moeilijk in het algemeen worden beantwoord. Wel wordt soms een doorslaggevend belang gehecht aan het *eigendomsrecht* over de gebrekkige zaak. Ofschoon algemeen aanvaard wordt dat de eigenaar van een gebrekkige zaak niet noodzakelijk de bewaarder is, wordt toch erkend dat de rechtspraak uit het eigendomsrecht over een zaak vaak een feitelijk vermoeden van bewaring put. Het ziekenhuis zou dan in zijn hoedanigheid van eigenaar vaak als bewaarder worden beschouwd(93). Anderzijds is er bepaalde rechtspraak die uitsluitend de arts als bewaarder aanmerkt t.a.v. materiaal waarop hij meer vat lijkt te hebben, zoals een (gebrekkige) naald(94) of een warmwaterkruik(95). Daartegen kan worden aangevoerd dat het begrip „bewaring” niet veronderstelt dat de betrokkene de technische kennis heeft, die vereist is om het gebrek te verhelpen(96).

De vraag rijst of het ziekenhuis en de arts niet vaak gezamenlijk de bewaring van de zaak uitoefenen. In de huidige ziekenhuiswet wordt uitgegaan van een *globaal* ziekenhuisconcept waarvan de medische activiteit integrerend deel uitmaakt. Ook t.a.v. het aan te wenden materieel en materiaal is samenwerking noodzakelijk en oefenen

(93) Zie b.v. Antwerpen, 13 mei 1980, onuitg., A.R., nr. 1564/78 (O.C.M.W. is als eigenaar bewaarder van een in het ziekenhuis staande electrocoagulator); zie ook Bergen, 28 juni 1994, *T. Gez.*, 1995-96, te verschijnen.

(94) Cass. fr., 29 december 1947, *D.*, 1948, 227; zie ook Rb. Leuven, 6 juni 1973, *R.G.A.R.*, 1973, nr. 9101.

(95) Zie Antwerpen, 23 oktober 1984, *VI. T. Gez.*, 1988, 29, noot R.H. (hydropack).

(96) Cass., 7 mei 1982, *Arr. Cass.*, 1981-82, 1102 en *Pas.*, 1982, I, 1023.

zowel het ziekenhuis als de arts vaak leiding en toezicht uit op die zaken. Zo'n gezamenlijke bewaring heeft tot gevolg -en voor de patiënt tot voordeel- dat de bewaarders jegens het slachtoffer *in solidum* aansprakelijk zijn. Elk van hen kan door de benadeelde tot algehele vergoeding van de schade worden aangesproken, behoudens onderlinge verdeling naar verhouding van ieders aandeel in de veroorzaking van de schade(97).

Het ziekenhuis en de arts kunnen eventueel ook regres instellen tegen de fabrikant van de gebrekkige zaak, b.v. op grond van de artt. 1641 e.v. B.W. Een eventueel ontwikkelingsrisico kan hen evenwel worden tegengeworpen.

Thema IV: Aansprakelijkheid van de arts voor hulppersonen

CASUS 5:

Een chirurg komt met een patiënt overeen dat hij laatstgenoemde zal opereren in ziekenhuis X. Tijdens het operatieverloop dient de anesthesist de operatiezaal te verlaten om zich te vergewissen van de toestand van een simultaan geopereerde andere patiënt. Tijdens zijn afwezigheid loopt het mis: door een verminderde hartslag wordt er te weinig zuurstof en bloed naar de hersenen gevoerd met onherstelbare schade voor de patiënt.

De anesthesist wordt verweten geen monitor te hebben gebruikt en simultaan verschillende anesthesieën te hebben uitgevoerd. Kan de chirurg, als contractspartij van de patiënt, hiervoor aansprakelijk worden gesteld?

CASUS 6:

Op 2 juli 1989 wordt de 45-jarige mevrouw Anne Claire Bosboom in het Eveline Ziekenhuis te Soest opgenomen in verband met een knobbeltje in haar linker borst. Onbekend is of dit goedaardig of kwaadaardig is. Onder narcose verricht de chirurg dr. Arie De Klerk een operatie aan de borst. Het knobbeltje wordt weggenomen en een weefsel-preparaat wordt ter beoordeling aangeboden aan de patholoog-anatoom dr. Petra De Bruin. Deze vriest het preparaat in tot -

(97) Cf. Cass., 15 september 1983, Arr. Cass., 1983-84, 39 en Pas., 1984, I, 36.

20° C ('vriescoupe') en snijdt het in minuscuul kleine schijffes. Vervolgens beoordeelt zij de schijffes microscopisch op structuurofbouw. Dr. De Bruin komt tot de bevinding dat het weefsel kwaadaardig is. Op grond hiervan gaat dr. De Klerk in dezelfde narcose vervolgens over tot een zg. borstsparende therapie, d.w.z. een ruimere excisie en een okselklierdissectie. Naderhand wordt het resterende deel van het weefselpreparaat naar het klinisch laboratorium gebracht, waar enkele dagen later bij een parafinecoupe methode blijkt dat geen sprake is van kwaadaardig weefsel.

Kan de chirurg aansprakelijk worden gesteld voor de diagnosefout van de patholoog-anatoom?

48. In België bestaat onder anesthesisten een vrij algemeen gebruik om gelijktijdig verscheidene anesthesieën uit te voeren. De bewaking van de verdoofde patiënten moet dan noodzakelijk worden gedelegeerd aan anderen, doorgaans verpleegkundigen. Kent de operatie een fatale afloop door een gebrekkige bewaking, dan rijst de vraag naar de aansprakelijkheid ter zake.

Allereerst kan de anesthesist worden aangesproken. Immers, reeds verschillende malen heeft de rechtspraak beslist dat de anesthesist persoonlijk al zijn patiënten onder controle moet houden tot het autonoom hervatten of het veilig kunstmatig verzekeren van de vitale functies(98). Ook de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren heeft zich reeds herhaaldelijk in die zin uitgesproken(99). De onder artsen gebruikelijke praktijk stemt m.a.w. niet noodzakelijk overeen met de zorgvuldigheidsnorm. De maatstaf van de normaal zorgvuldige arts is immers een *normatief* criterium. De rechter moet zich afvragen wat eenzelfde arts in gelijke omstandigheden *behoorde te doen*. In casu kan de anesthesist aldus aansprakelijk worden gesteld wegens een fout in het toezicht.

49. Niettegenstaande de eventuele persoonlijke aansprakelijkheid van de anesthesist of de patholoog-anatoom, wordt in de praktijk soms de chirurg tot schadevergoeding aangesproken, alleen of samen met de anesthesist/patholoog-anatoom. Dit is niet zó verwonderlijk, nu de chirurg meer dan eens de enige gekende partij is voor de patiënt. Theoretisch kan de chirurg op twee verschillende grondslagen worden

(98) Rb. Brugge, 10 november 1986, *VI. T. Gez.*, 1987, 284, noot HEYLEN, R. en R.W., 1987-88., 293, noot VANSWEEVELT, T.; Corr. Brussel, 17 september 1986, *VI. T. Gez.*, 1987, 384.

(99) Cf. de adviezen van 16 mei 1981, 8 mei 1982 en 19 november 1983, respectievelijk gepubliceerd in *Off. T. Orde Gen.*, 1980-81, 39, 1981-82, 36 en 1983-84, 27.

aangesproken, nl. op basis van de buitencontractuele en de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad.

A. De buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad

50. Krachtens art. 1384, al. 3 B.W. zijn aanstellers aansprakelijk voor de schade door hun aangestelde veroorzaakt in de bediening waartoe zij hen gebezigd hebben. Kan de chirurg als aansteller van de anesthesist/patholoog-anatoom worden beschouwd?

In verschillende landen is deze vraag gedurende een tijd bevestigend beantwoord geweest. In de VSA werd gesproken over de „captain of the ship”-doctrine, waarbij de chirurg gelijkgesteld werd met de kapitein van een schip die eveneens de scepter zwaait over het aan boord aanwezige personeel. De chirurg werd geacht gezag te kunnen uitoefenen op alle overige leden van het medisch team en kan daarom ook aansprakelijk worden gesteld voor hun fouten(100).

Een soortgelijke tendens als in de VSA viel in Frankrijk waar te nemen. Ook daar werden de fouten van artsen-teamleden aan de chirurg, als aansteller aangerekend(101).

De „captain of the ship”-doctrine sijpelde ook door tot in de Belgische rechtsleer. Een aantal auteurs is van oordeel dat de chirurg de feitelijke leider is van het medisch team, omdat hij toezicht kan uitoefenen op de wijze waarop de teamleden hun taken volbrengen. Aldus moet de chirurg, op grond van art. 1384, al. 3 B.W., instaan voor elke fout die een teamlid als ondergeschikte begaat(102). In de Belgische rechtspraak is deze opvatting echter nooit echt doorgedrongen(103).

51. De „captain of the ship”-doctrine heeft, terecht, felle kritiek uitgelokt.

(100) *McConnel v. Williams*, 65 A.2d 243 (Supr. C. Pennsylvania, 1949); *Grubb v. Albert Einstein Medical Center*, 387 A.2d 480 (Supr. C. Pennsylvania, 1978); YOUNG, J., „Separation of responsibility in the operating room: the borrowed servant, the captain of the ship, and the scope of surgeons' vicarious liability”, *Notre Dame L. Rev.*, 1974, (933), 940.

(101) Trib. gr. inst. Versailles, 11 december 1970, *J.C.P.*, 1971, II, nr. 16.755, goedkeurende noot N.S.; Trib. gr. inst. Lyon, 28 november 1973, *J.C.P.*, 1974, II, nr. 17.652, noot SAVATIER, R.

(102) HERMANS, P. en LAMINE, L., „De aansprakelijkheid van het medisch team”, *R.W.*, 1979-80, 811-813; RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *Les droits et les obligations des médecins*, II, nr. 706, maar vgl. nr. 620; HEEREN, T., „Het labyrint van de medische aansprakelijkheid”, *Limb. Rechtsleven*, 1986, 34.

(103) Zie nochtans recent: Rb. Oudenaarde, 17 juni 1994, onuitg., A.R., 21.510.

Allereerst is het m.i. onjuist om de chirurg *automatisch* als aansteller aansprakelijk te stellen voor de fouten van alle teamleden. Of de schadeverwekker onder het feitelijk gezag van de chirurg werkte moet immers steeds *in concreto* worden uitgemaakt.

Verder kan de „captain of the ship”-doctrine een werkelijkheidsvreemd karakter worden verweten. Tijdens een chirurgische ingreep behoort de leiding van de „werkzaamheden” in het algemeen niet toe aan één man, maar is er juist een doorgedreven taakverdeling. Wegens de complexiteit van de ingreep is het voor een chirurg vaak onmogelijk om *effectief* gezag over de daden van andere specialisten uit te oefenen. Maar zelfs de *mogelijkheid* daartoe ontbreekt hem doorgaans, omdat elke specialist zijn operatietaken vervult in onafhankelijkheid en zonder bevelen van een andere collega te aanvaarden. Zo zal de chirurg zich in feite hoofdzakelijk concentreren op de eigenlijke technische kant van de ingreep, terwijl b.v. de anesthesist moet waken over de cardio-respiratoire functie bij de patiënt, en hij hierover zelfstandig en in alle onafhankelijkheid beslist(104). Dit sluit uiteraard niet uit dat de teamleden hun taken op elkaar moeten afstemmen om optimaal te kunnen samenwerken.

Aldus kan worden besloten dat er tussen artsen van een medisch team doorgaans geen band van ondergeschiktheid zal bestaan en dat de chirurg dus niet kan worden aangesproken, op grond van art. 1384, al. 3 B.W., voor fouten van de anesthesist/patholoog-anatoom.

B. De contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen

52. Daarnaast kan de *contractuele* aansprakelijkheid van de chirurg voor fouten van hulppersonen worden ingeroepen. Algemeen wordt door de rechtspraak en de rechtsleer aanvaard dat een schuldenaar moet instaan voor personen op wie hij bij de uitvoering van zijn verbintenissen een beroep doet(105). De regel dat een schuldenaar moet instaan voor hulppersonen is eigenlijk vanzelfsprekend. In het

(104) HEYLEN, R., „Over ziekenhuizen, verpleegkundigen, anesthesiologen en chirurgen”, (noot onder Cass., 20 november 1985 en Luik, 18 maart 1985), *VI. T. Gez.*, 1986, 340; HENNAU-HUBLET, C., *L'activité médicale et le droit pénal*, nrs. 132-133; Rb. Antwerpen, 18 april 1986, *VI. T. Gez.*, 1989, 294, noot HEYLEN, R.

(105) Cass., 21 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1268 en *Pas.*, 1979, I, 1226; DELVAUX, P.-H., „La responsabilité contractuelle pour autrui et l'arrêt du 29 novembre 1984 de la Cour de cassation”, *J.T.*, 1987, 417; DIRIX, E., „Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen”, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, Mys & Breesch, 1993, 342; PAUWELS, C., *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Antwerpen, Maklu, 1995, nrs. 50 e.v.

tegenovergestelde geval zou een schuldenaar er belang bij hebben de verbintenis niet zelf uit te voeren en het risico van de uitvoering op de schuldeiser af te wentelen(106).

De juridische grondslag van deze contractuele aansprakelijkheid van de schuldenaar voor daden van hulppersonen is nooit erg duidelijk geweest(107). Aangezien men zich niet kan beroepen op een algemene wettekst, zoals dit het geval is voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van aanstellers voor de onrechtmatige daden van hun aangestelden (art. 1384, al. 3 B.W.), is voornamelijk de rechtsleer op zoek gegaan naar die grondslag. Sommige auteurs zien in de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad de tegenhanger van art. 1384, al. 3 B.W. op buitencontractueel vlak en zoeken de grondslag van deze regel eveneens in de risico-theorie(108). Anderen baseren deze aansprakelijkheidsregel op de eerbiediging van de overeenkomst die de schuldenaar verbiedt om, zonder de uitdrukkelijke toestemming van de schuldeiser, zijn schuld aan een ander persoon over te dragen(109). Nog anderen zoeken een verklaring in de zgn. vertegenwoordigingsleer(110), waarbij de hulppersoon als het instrument, de emanatie van de schuldenaar wordt beschouwd(111).

De rechtspraak bekommert zich in het algemeen niet om de juridische grondslag van de contractuele aansprakelijkheid voor andermans daad. Zij volstaat ermee het principe te bevestigen.

53. Bovenstaande aansprakelijkheidsregel kan nu worden toegepast op de chirurg. Tussen de patiënt en de chirurg wordt in beide casussen een geneeskundige behandelingsovereenkomst gesloten. Met andere teamleden is, bij hypothese, geen overeenkomst ontstaan. Het gebeurt

(106) DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Mak-lui, 1984, nr. 45; VAN OEVELEN, A., „De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de werknemer en van de werkgever voor de onrechtmatige daden van de werknemer in het raam van de uitvoering van de arbeidsovereenkomst”, *R.W.*, 1987-88, 1188.

(107) Zie ook het uitgebreid onderzoek van PAUWELS, C., *o.c.*, nrs. 71 e.v.

(108) Zie DE PAGE, H., *Traité*, II, nr. 592; KRUTHOF, R., „Schuld risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen. Een rechtsvergelijkende benadering”, *Hulde Dekkers*, Brussel, Bruylant, 1982, 304-305.

(109) VINEY, G., *Les obligations. La responsabilité: conditions*, in *Traité de droit civil*, GHESTIN, J. (ed.), Parijs, L.G.D.J., 1982, nr. 818; vgl. ook DELVAUX, P.-H., *o.c.*, *J.T.*, 1987, 418, nr. 8; PAUWELS, C., *o.c.*, nr. 85.

(110) Het begrip vertegenwoordiging wordt hier niet in juridisch-technische, maar in zijn economische, feitelijke betekenis geïnterpreteerd.

(111) MAHAUX, P., conclusies bij Cass., 7 december 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 400; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., „Overzicht van rechtspraak (1964-1978). Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad”, *T.P.R.*, 1980, 1473-1474; DIRIX, E., *o.c.*, 44-45; VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *R.W.*, 1987-88, 1189; DIRIX, E., *o.c.*, in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, 347.

trouwens wel meer dat de patiënt die zelfs niet kent en evenmin door hen werd onderzocht(112).

De patiënt die met een chirurg een bepaalde operatie heeft afgesproken, bekommert zich doorgaans niet om de identiteit van de overige teamleden. Hij vertrouwt erop dat de chirurg de organisatie van de ingreep op zich zal nemen. Nu voert de chirurg alle operatietaken natuurlijk niet alleen uit. Hij schakelt daarvoor collega-artsen, verpleegkundigen en andere personen in.

Overeenkomstig de algemene regels van de contractuele aansprakelijkheid voor fouten van hulppersonen, moet ook de chirurg instaan voor de persoon van wie hij zich bij de uitvoering van zijn verbintenissen bedient. Of de niet-nakoming van de verbintenis te wijten is aan de fout van de hoofschuldenaar (de chirurg) dan wel van de hulppersoon (een teamlid) is voor de benadeelde patiënt irrelevant. De hoofdovereenkomst werd geschonden en deze wanprestatie, bij hypothese veroorzaakt door een fout van een hulppersoon, is de hoofschuldenaar (de chirurg) toe te rekenen. Fouten van andere teamleden, zoals de anesthesist, de patholoog-anatoom, de cardioloog, de internist, de assistent-arts, de verpleegkundige, etc. begaan in de uitvoering van hun contractuele verbintenissen zijn de chirurg aldus toerekenbaar, zo oordeelt een meerderheid van de Belgische rechtsleer(113).

54. De *Franse* rechtspraak heeft reeds ettelijke malen de gelegenheid gekregen bovenstaande regel toe te passen. Het principe-arrest ter zake werd gevelde door het Franse Hof van Cassatie op 18 oktober 1960. De vraag of de fout van een anesthesist, die niet in een contractuele relatie stond met de patiënt, aan de chirurg als hoofschuldenaar kan worden toegerekend, werd door het Hof in volgend klassiek geworden citaat bevestigend beantwoord: „Attendu, en effet, que le chirurgien, investi de la confiance de la personne sur laquelle il va pratiquer une opération, est tenu, en vertu du contrat qui le lie à cette personne, de faire bénéficier celle-ci, pour l'ensemble de l'intervention, de soins consciencieux, attentifs et conformes aux données

(112) Zie b.v. Rb. Brugge, 10 november 1986, *VI. T. Gez.*, 1987, 284, noot HEYLEN, R. en R.W., 1987-88, 293, noot VANSWEEVELT, T.; Cort. Leuven, 30 juni 1992, *VI. T. Gez.*, 1992, 109, noot DEWALLENS, F.

(113) GANSHOF VAN DER MEERSCH, noot onder Cass., 16 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1040 en *Pas.*, 1974, I, 967; DALCQ, R.O., „L'évolution de la responsabilité médicale”, *De Verz.*, 1981, 640; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M., *et al.*, „Overzicht van rechtspraak (1979-1984). Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad”, *T.P.R.*, 1987, 1614; RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *o.c.*, II, nr. 613.

de la science; qu'il répond, dès lors, des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie, et qu'il se substitue, en dehors de tout consentement du patient, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation"(114).

55. De Belgische rechtspraak heeft in het verleden niet de gelegenheid gekregen zich uit te spreken over de vraag of een chirurg als hoofdschuldenaar moet opdraaien voor de fouten van de teamleden fungerend als hulppersonen. Recent heeft de Correctionele Rechtbank te Leuven evenwel uitdrukkelijk standpunt ingenomen in bovenstaande zin: „Overwegende dat, overeenkomstig de algemene regels van de contractuele aansprakelijkheid voor fouten van hulppersonen, de chirurg ook moet instaan voor de personen van wie hij zich bij de uitvoering van zijn verbintenissen bedient; dat de fouten van de andere teamleden, zoals de anesthesist, de chirurg toerekenbaar zijn; dat de chirurg t.a.v. de patiënt de verbintenis heeft de operatie te volbrengen zoals van een normaal, zorgvuldig chirurg, geplaatst in dezelfde omstandigheden, kan worden verwacht; dat de patiënt er mag op vertrouwen dat de chirurg de ganse operatie en de praktische organisatie doelmatig organiseert, hetgeen gebaseerd is, ofwel op de vertrouwensleer ofwel op art. 1135 B.W.”(115).

56. De bovenvermelde opvatting dat de chirurg contractueel aansprakelijk is voor, in deze casussen, de anesthesist en de patholoog-anatoom, wordt ook bekritiseerd. De kritiek is hoofdzakelijk tweevoudig van aard.

Sommige auteurs, zoals F. CHABAS(116) en R. HEYLEN(117), vragen zich af of een *chirurgische* overeenkomst ook de anesthesie (of andere disciplines) tot voorwerp heeft. Volgens hen verbindt de chirurg zich niet tot de anesthesie en kan hij bijgevolg geen aansprakelijkheid oplopen voor fouten van de anesthesist. Dezelfde opmerking wordt gemaakt door de Nederlandse auteurs ASSER-KAMPHUISEN-COEHORST die stellen dat een (huis)arts niet aansprakelijk kan zijn voor fouten van een klinisch laboratorium, omdat een arts niet geacht kan worden

(114) Cass. fr., 18 oktober 1960, *J.C.P.*, 1960, II, nr. 11.846, noot SAVATIER, R. en *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1961, 120, goedkeurend besproken door TUNC, A.; zie in dezelfde zin: Cass. fr., 18 juli 1983, *J.C.P.*, 1984, II, nr. 20.248, noot CHABAS, F. en *Rev. Dr. San. Soc.*, 1984, 332, noot DORSNER-DOLIVET, A.; Cass. fr., 9 oktober 1984, *Gaz. Pal.*, 20-21 juni 1986, 6, noot CHABAS, F.

(115) Corr. Leuven, 30 juni 1992, *VI. T. Gez.*, 1992, 109, noot DEWALLENS, F.

(116) CHABAS, F., „Anesthésie et chirurgien. Indépendance ou lien de préposition”, *Nouv. Presse Méd.*, 1978, nr. 22, p. 1978.

(117) HEYLEN, R., noot onder Rb. Antwerpen, 18 april 1986, *VI. T. Gez.*, 1989, 299.

zich te hebben verbonden tot verrichtingen waartoe hij niet geëquipeerd is(118). De betwisting draait dus rond de vraag welke verbintenissen de chirurg heeft opgenomen.

Het lijkt me redelijk om de verbintenissen van de chirurg vrij ruim te omschrijven. Immers, bij hypothese, sluit de patiënt slechts twee overeenkomsten. De eerste overeenkomst wordt aangegaan met het ziekenhuis en slaat uitsluitend op bepaalde organisatorische verplichtingen en op de begeleidende verzorging. De taken van de anesthesist en de patholoog-anatoom kunnen hier bezwaarlijk worden ondergebracht.

De chirurg, daarentegen, belooft de patiënt de operatie te volbrengen zoals van een normaal zorgvuldig chirurg, geplaatst in dezelfde omstandigheden, kan worden verwacht. De patiënt stelt vertrouwen in zijn behandelende arts en gaat ervan uit dat deze laatste de gehele operatie zal organiseren. Op zijn beurt wekt de arts bij de patiënt het vertrouwen dat deze zich niets moet aantrekken van de praktische organisatie van de ingreep. De patiënt kan dit alles aan de chirurg overlaten. Geeft de arts hierdoor niet te kennen dat hij zal instaan voor het volledige verloop van de operatie? M.i. is dit wel het geval. Juridisch-technisch kan deze oplossing worden gestoeld ofwel op de vertrouwensleer ofwel op art. 1135 B.W. dat de arts verplicht niet alleen tot wat uitdrukkelijk in de geneeskundige behandelingsovereenkomst werd bepaald, maar ook tot alle gevolgen die door het gebruik en de billijkheid aan de verbintenis worden toegekend(119). Dit standpunt werd recent ook onderschreven door de Belgische rechtspraak(120). Bovenstaande opvatting vindt daarnaast ook steun in de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie waar de chirurg, op grond van de behandelingsovereenkomst geacht wordt de patiënt zorgvuldige verzorging te verstrekken, „pour l'ensemble de l'intervention”.

De chirurg kan aan deze aansprakelijkheid wel ontkomen door overeen te komen dat bepaalde taken door andere personen zullen worden

(118) *Bijzondere overeenkomsten*, III, (uitgave 1983), 48-49.

(119) VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, nr. 862; recent ook: PAUWELS, C., *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, nr. 165.

(120) Corr. Leuven, 30 juni 1992, *VI. T. Gez.*, 1992, 109, noot DEWALLENS, F.

uitgevoerd(121) of door m.a.w. aan te geven dat hij bepaalde verbintenissen niet opneemt(122).

57. Een andere kritiek wordt geuit door F. DEWALLENS(123) die stelt dat bij patiënten niet het vertrouwen wordt gewekt dat de chirurg voor de hele organisatie van de operatie zal instaan. Volgens deze auteur moet de arts-patiënt-relatie gedeeltelijk als een lastgevingsovereenkomst worden gekwalificeerd, waarbij de patiënt (lastgever) de chirurg (lasthebber) het mandaat geeft om overeenkomsten te sluiten met collega's artsen om zo het operatieteam samen te stellen. Een deel van de Franse rechtspraak en rechtsleer heeft deze opvatting eveneens verdedigd(124).

Op het eerste gezicht valt voor deze redenering wel iets te zeggen. Het sluiten van overeenkomsten met andere teamleden door de arts-lasthebber in naam en voor rekening van de patiënt, zou dan als een gevolg beschouwd kunnen worden die het in art. 1135 B.W. bedoelde „gebruik” aan de behandelingsovereenkomst verbindt.

Anderzijds kan men zich afvragen of de aard zelf van de geneeskundige behandelingsovereenkomst er zich eigenlijk niet tegen verzet dat de stilzwijgende toestemming van de patiënt te soepel geïnterpreteerd wordt. De arts-patiënt-overeenkomst is in de eerste plaats een *intuitu personae*-contract gebaseerd op persoonlijk vertrouwen(125). Deze persoonlijke vertrouwensband kan wellicht niet zomaar aan een andere arts worden doorgegeven, mede omdat de behandelende arts hierdoor ook zijn verantwoordelijkheid uit handen geeft zonder de toestemming van de patiënt.

Daarom ook lijkt de theorie die de behandelende arts (veelal de chirurg) als hoofdschuldenaar beschouwt en de teamleden als diens hulppersonen niet alleen realistischer, maar biedt ze de patiënt ook de

(121) Cf. Cass., 3 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 780 en *Pas.*, 1978, I, 759 waaruit kan worden afgeleid dat, behoudens vrijtekening, een schuldenaar (*in casu* een architect) die een bepaalde algemene opdracht zonder voorbehoud aanvaardt, niettegenstaande hij niet voor alle aspecten de nodige kennis bezit, contractueel aansprakelijk is voor de fouten van de hulppersonen (*in casu* een studiebureau) die hij voor de uitvoering van (een gedeelte van) zijn verbintenissen heeft ingeschakeld.

(122) Cf. DIRIX, E., „Exoneratiebedingen”, *T.P.R.*, 1988, 1173, noot (4).

(123) DEWALLENS, F., „De toerekenbaarheid aan de chirurg van de fouten van de anesthesist”, (noot onder *Corr. Leuven*, 30 juni 1992), *VI. T. Gez.*, 1992, 119.

(124) Zie b.v. Trib. gr. inst. Parijs, 6 mei 1966, *J.C.P.*, 1967, II, nr. 15.018, noot SAVATIER, R.; DORSNER-DOLIVET, A., *Contribution à la restauration de la faute*, nrs. 60-61.

(125) VANSWEEVELT, T., o.c., nr. 894; PAUWELS, C., *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, nr. 165; KARAQUILLO, J.-P., „Les responsabilités civiles médicales découlant de l'acte d'anesthésie”, *D.*, 1974, 188; LEYMARIE, F., „Anesthésie et responsabilité civile des médecins en clientèle privé”, *J.C.P.*, 1974, I, 2630, randnr. 28.

meeste waarborgen. De patiënt kan steeds de persoon aanspreken die hij het best kent, met wie hij een vertrouwensrelatie heeft en waarmee hij heeft gecontracteerd. De patiënt moet dan m.a.w. niet op zoek naar de persoon binnen het team of het ziekenhuis die onzorgvuldig heeft gehandeld(126).

De behandelende arts kan dan, in voorkomend geval, op zijn beurt steeds een regresvordering instellen tegen de onzorgvuldige hulppersoon.

Tot slot kan men zich afvragen, of veel van de in deze casus behandelde knelpunten niet vermeden kunnen worden door de invoering van een zgn. *centrale aansprakelijkheid* van het ziekenhuis(127).

Thema 5: Contractuele aansprakelijkheidsregelingen in de geneeskunde

CASUS 7:

Wat is de waarde van volgende clauses in door de patiënt getekende toestemmingsformulieren:

- *De arts exonereert zich volledig van zijn aansprakelijkheid.*
- *De arts beperkt zijn aansprakelijkheid tot het verzekerde/verzekerbaar bedrag.*
- *De arts komt met de patiënt overeen geen resultaats- doch enkel inspanningsverbintenissen aan te gaan.*

Wat is de waarde van een door de patiënt getekend formulier waarbij hij erkent op eigen risico, en tegen het advies van de behandelende arts in, het ziekenhuis te verlaten?

(126) Andere situaties dan die vermeld in de casus zijn natuurlijk mogelijk. Zo is het denkbaar dat een huisarts b.v. de patiënt zelf naar het labo stuurt voor een bloedafname of dat de arts uitdrukkelijk of stilzwijgend duidelijk maakt dat het afgenomen „menselijk materiaal” niet door hemzelf maar door een meer deskundig persoon, het labo zal worden onderzocht. De arts maakt dan, in voorkomend geval, duidelijk dat deze verbintenissen niet (meer) tot de contractsinhoud behoren. Een afzonderlijke overeenkomst tussen de patiënt en het labo kan dan ontstaan. Cf. uitgebreider VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, nrs. 961-969.

(127) Vgl. art. 462 Nederlandse Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst; zie verder: HONDIUS, E. en NADORP-VAN DER BORG, C., „De geneeskundige behandelingsovereenkomst in het burgerlijk wetboek”, *T. v. GR.*, 1988, 21; SLUYTERS, B., „De geneeskundige behandelingsovereenkomst”, *W.P.N.R.*, 1990, 5982, p. 761; vgl. NADORP-VAN DER BORG, C., „Kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen binnen het ziekenhuis. Stand van zaken. Lost de in het wetsontwerp geneeskundige behandelingsovereenkomst voorgestelde centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis de problemen op?”, *T. v. GR.*, 441-444.

58. Het aantal aansprakelijkheidsprocessen tegen artsen en ziekenhuizen vertoont in de meeste landen een stijgende lijn. De arts en het ziekenhuis zouden hun verantwoordelijkheid daardoor als een te zware last kunnen ervaren. Mede gelet op de vraagtekens die worden geplaatst bij de verzekeraarbaarheid van de medische aansprakelijkheid(128), zouden de arts of het ziekenhuis wel eens hun toevlucht kunnen nemen tot exoneratiebedingen om zich tegen eventuele schadevergoedingseisen te beschermen. Aldus rijst de vraag of het gebruik van exoneratiebedingen of meer algemeen contractuele aansprakelijkheidsregelingen in de medische sector enige kans op slagen heeft.

A. Algemeen

59. Exoneratiebedingen kunnen worden omschreven als contractuele clausules waarbij een partij zich geheel of gedeeltelijk vrijtekent van aansprakelijkheid(129).

De principiële geldigheid van exoneratiebedingen wordt in België algemeen erkend(130). Deze geldigheid vloeit voort uit de wilsautonomie van partijen. Mits zij de bepalingen van openbare orde en van dwingend recht eerbiedigen, kunnen contractanten vrij contracteren en de inhoud van hun verbintenissen bepalen. Aldus mogen zij in principe ook hun aansprakelijkheid beperken of uitsluiten. Sinds het cassatiearrest van 25 september 1959(131) bestaan er op de principiële geldigheid van exoneratiebedingen slechts drie uitzonderingen: het verbod van exoneratiebedingen door bijzondere wetten(132), het persoonlijk bedrog van de schuldenaar en de bedingen die elke betekenis aan het contract ontnemen.

Bedingen die soms nauw aanleunen bij exoneratiebedingen, maar er toch duidelijk van moeten worden onderscheiden, zijn de bedingen die de inhoud van de verbintenis zelf bepalen. Deze bedingen slaan

(128) Cf. VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, nrs. 1247-1249 en 1353-1356.

(129) DIRIX, E., „Exoneratiebedingen”, *T.P.R.*, 1988, 1172; DALCQ, R.O., *Traité*, II, nr. 4282; KRUIHTOF, R., „Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *T.P.R.*, 1984, 234.

(130) DE PAGE, H., *Traité*, II, nr. 1053; DALCQ, R.O., *Traité*, II, nr. 4283; CORNELIS, L., „Les clauses d'exonération de responsabilité couvrant la faute personnelle et leur interprétation”, (noot onder Cass., 22 maart 1979), *R.C.J.B.*, 1981, 200, nr. 7.

(131) Cass., 25 september 1959, *Arr. Verbr.*, 1960, 86, *Pas.*, 1960, I, 113, met concl. Adv. Gen; MAHAUX, P., *R.C.J.B.*, 1960, 6, noot DABIN, J., *R.G.A.R.*, 1960, 6465 en 6574, noot DALCQ, R.O. en R.W., 1959-60, 1255, noot.

(132) Zie b.v. art. 32 Wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *B.S.*, 29 augustus 1991 die evenwel niet van toepassing is op artsen en ziekenhuizen.

immers niet, zoals exoneratiebedingen, op de schadevergoeding wegens het niet naleven van een verbintenis, maar zij omschrijven juist die verbintenis. Op de geldigheidsvoorwaarden van deze clausules zal *infra* nr. 74 grondiger worden ingegaan.

B. Drie opvattingen over de geldigheid van exoneratiebedingen in de medische sector

60. De vraag rijst of exoneratiebedingen specifiek in de arts/ziekenhuis-patiënt-relatie geoorloofd zijn. Uit de analyse van de rechtspraak en de rechtsleer kunnen *drie* verschillende tendensen worden vastgesteld.

61. Zich baserend op de principiële geldigheid van exoneratiebedingen, menen een aantal auteurs dat ook de arts en het ziekenhuis zich *geldig van hun aansprakelijkheid kunnen vrijtekenen*. De therapeutische relatie vormt hiervoor geen hinderpaal en moet zondermeer aan de algemene regels worden onderworpen. „Ook voor de geneeskunde geldt dat men zijn contractuele aansprakelijkheid voor alle fouten, behalve de opzettelijke, kan uitsluiten”, zo schrijven P. HERMANS en L. LAMINE(133).

Dit standpunt lijkt op het eerste gezicht te ruim. Het verschaft de medische hulpverleners al te gemakkelijk een instrument om aan hun aansprakelijkheid te ontkomen, terwijl het tevens nagenoeg alle schadevergoedingsvorderingen van patiënten dwarsboomt. In elk geval stemt het niet helemaal overeen met de bovenvermelde cassatierechtspraak ter zake. Volgens deze rechtspraak lijdt de principiële geldigheid van exoneratiebedingen niet alleen een uitzondering bij opzettelijke fouten, maar ook in geval van strijdigheid met bijzondere wetten en wanneer het beding elke betekenis aan het contract zou ontnemen(134).

62. Volgens een tweede opvatting zijn exoneratiebedingen in de arts/ziekenhuis-patiënt-verhouding *slechts geldig in een beperkt aantal gevallen, namelijk voor specifieke ingrepen*.

(133) HERMANS, P. en LAMINE, L., *o.c.*, R.W., 1979-80, 804; in dezelfde zin: ANDRE, R., *Les responsabilités*, Brussel, 1981, nr. 538, p. 812.

(134) Zie daarover *infra* nr. 69.

Zo is, volgens bepaalde auteurs in België(135) en in Frankrijk(136), een exoneratiededing toelaatbaar voor een *gevaarlijke ingreep* op uitdrukkelijk verzoek van de patiënt. In soortgelijke zin wordt de geldigheid van een bevrijdingsbeding aanvaard, wanneer de arts een gevaarlijke operatie moet uitvoeren om het leven van de patiënt te redden(137).

Een totaal andere zienswijze verdedigen R. PIRSON en A. DE VILLE(138). Volgens hen zijn exoneratiededingen uitsluitend geldig wanneer zij betrekking hebben op *goedaardige, vrij eenvoudige ingrepen* uitgevoerd op verzoek van de patiënt.

63. Toch kan men zich afvragen of de geldigheid van exoneratiededingen afhankelijk moet worden gesteld van de *aard* van de ingreep. Niet alleen kan dit aanleiding geven tot afbakenings- en toepassingsproblemen m.b.t. het „gevaar” of de „goedaardigheid” van de ingreep. *Maar bovendien is het van twee dingen één.* Ofwel wordt een gevaarlijke (of goedaardige) ingreep ondernomen die elk therapeutisch nut ontbeert. De geneeskundige behandelingsovereenkomst hieromtrent kan dan wegens een ongeoorloofde oorzaak worden vernietigd. Meteen vervalt ook het exoneratiededing als accessorium van de hoofdovereenkomst. Ofwel betreft het een gevaarlijke ingreep(139) die door een therapeutische noodzaak wordt geschraagd. Met de moeilijkheidsgraad van de ingreep wordt bij de zorgvuldigheidsbeoordeling rekening gehouden. De noodzaak om een exoneratiededing te gebruiken als bescherming tegen eventuele aansprakelijkheidsvorderingen wordt dan minder stringent. Daarnaast kan de vraag worden gesteld om welke reden exoneratiededingen voor gevaarlijke ingrepen wél en voor eenvoudiger ingrepen niet geldig zouden zijn of omgekeerd.

64. Ten slotte bestaat er een derde stroming die de geldigheid van exoneratiededingen in de arts/ziekenhuis-patiënt-relatie fel betwist. Volgens een grote meerderheid in de rechtsleer kan een arts zich niet

(135) RUTSAERT, J., „De l'exclusion de la responsabilité délictuelle entre contractants”, *B.J.*, 1932, 298, noot (59).

(136) DEMOQUE, R., *Traité*, V, Parijs, 1925, nr. 1198, p. 471.

(137) LALOU, H., *Traité*, (vijfde uitgave, 1955), nr. 563.

(138) PIRSON, R. en DE VILLE, A., *Traité*, II, Brussel, 1935, 377-378: „S'il s'agit d'une opération bénigne, entreprise à la demande du client, parfaitement éclairé sur les probabilités d'un échec, encore que la science médicale s'accorderait à la juger inutile et absurde, le fait d'entreprendre l'opération ne constituerait qu'une faute légère, ne violant pas l'obligation essentielle du contrat, et dont il serait valable de s'exonérer”.

(139) Voor goedaardige ingrepen speelt dit argument weliswaar minder.

geldig exonoreren voor zijn fouten(140). Weliswaar bestaat er geen eensgezindheid omtrent de juridische grondslag van dit exoneratieverbod. De drie belangrijkste verklaringen(141) voor dit exoneratieverbod worden gezocht in de aard van de schade, in de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt en in het tenietgaan van het voorwerp van de verbintenis. Zij worden nu kort besproken.

65. Een belangrijk deel van de Franse(142) en Belgische(143) rechtsleer kant zich tegen de geldigheid van exoneratiebepedingen die lichamelijke of menselijke schade tot voorwerp hebben. Het menselijk lichaam is immers buiten de handel en exoneratiebepedingen die de lichamelijke schade dekken zijn dan ook nietig.

Nochtans aanvaardt de heersende leer in België dat men zich zowel voor zaakschade als voor menselijke schade rechtsgeldig kan exonoreren(144). Bovendien tasten bovengenoemde exoneratiebepedingen in niets de fysieke integriteit van de persoon aan. De exoneratieclausule slaat *in casu* enkel op de vergoedingsregeling van eventuele schade en raakt dus enkel private belangen. De overeenkomst die de schending van de fysieke integriteit toelaat is in beginsel ongeoorloofd en mag dus niet verward worden met de (geoorloofde) clausule die de modaliteiten van het schadeherstel regelt(145).

66. Sommige tegenstanders van de hier besproken exoneratiebepedingen geven toe dat de grondslag van het door hen verdedigde exoneratieverbod voor betwisting vatbaar is. De exoneratiebepedingen verschaffen inderdaad niet het recht andermans fysieke integriteit te schenden. Toch menen zij dat, beleidsmatig gezien, dergelijke bepedingen nog te ver gaan. Een van de essentiële taken van de overheid bestaat er juist in om de (fysieke) veiligheid van de burgers te verzekeren. Dit

(140) RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *o.c.*, I, nrs. 589-591; NYS, H., *Geneeskunde, A.P.R.*, nr. 326; DALCQ, R.O., „Faut-il limiter la responsabilité des professions libérales”, in *Mélanges en Hommage du professeur Jean Baugniet*, Brussel, 1976, 110; ANRYS, H., *La responsabilité civile médicale*, nrs. 16 en 199-204; VAN QUICKENBORNE, M., *o.c.*, R.W., 1986-87, p. 2429, nr. 45; DIRIX, E., *o.c.*, T.P.R., 1988, 1192-1193.

(141) Voor andere mogelijke grondslagen, zie uitgebreider VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, nrs. 1216 e.v.

(142) MAZEAUD, H., L., J. en CHABAS, F., *Traité*, III, (uitgave 1983), nr. 2529; VINEY, G. *Les obligations. La responsabilité: effets*, in *Traité de droit civil*, 1988, nrs. 194-195.

(143) RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *o.c.*, I, nr. 591, p. 460; COUSY, H., *Problemen van produktenaansprakelijkheid*, Bruylant, 1978, nr. 244bis; VAN OEVELEN, A., „De aansprakelijkheid jegens psychisch gehandicapten”, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10151, p. 9verso.

(144) Adv. Gen. MAHAUX, P., conclusies bij Cass., 25 september 1959, *Pas.*, 1960, I, 118; DE PAGE, H., *Traité*, II, nrs. 1053 en 1056.

(145) VAN RYN, J., „Les clauses de non-responsabilité”, *R.G.A.R.*, 1931, nr. 703, randnr. 7; DIRIX, E., *o.c.*, T.P.R., 1988, 1186.

impliceert dan ook dat indien hun lichamelijke integriteit wordt geschonden, zij billijk zouden worden vergoed(146). Exoneratiebedingen die aan dit vergoedingsrecht afbreuk zouden doen, moeten aldus als strijdig met maatschappelijke belangen worden beschouwd(147).

67. Een andere grondslag voor een exoneratieverbod wordt gezocht in de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt. Algemeen wordt aanvaard dat de arts-patiënt-verhouding gekenmerkt wordt door een persoonlijk vertrouwen. De patiënt deelt de arts niet alleen „intieme” en privé-gegevens mee, maar hij vertrouwt ook op een zorgvuldige uitvoering van diens taken. Wanneer nu de arts zich vooraf vrijtekent voor de gevolgen van een onbehoorlijke behandeling, dan wordt dit vertrouwen beschaamd. Daarom spreekt een deel van de Belgische(148), Franse(149) en Nederlandse(150) rechtsleer zich uit tegen exoneratie voor medische aansprakelijkheid wegens strijdigheid met de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt.

68. De vertrouwensrelatie als grondslag van een exoneratieverbod is m.i. niet geheel overtuigend.

Andere beroepsbeoefenaren kunnen eveneens, wegens hun deskundigheid of om welke reden dan ook een vertrouwenspositie innemen. Gedacht kan worden aan een bankier bijvoorbeeld(151). Toch wordt exoneratie van hun aansprakelijkheid in beginsel geoorloofd geacht.

Niettegenstaande er tussen de arts en de patiënt normaal een vertrouwensrelatie bestaat, kan de toenemende verzakelijking van de therapeutische relatie toch moeilijk ontkend worden(152). Zeker wat de geneeskunde in ziekenhuisverband betreft, kan een groeiende „ano-

(146) VINEY, G., *o.c.*, nr. 194; MAZEAUD, H., L., J. en CHABAS, F., *Traité*, III, nr. 2529.

(147) COUSY, H., *o.c.*, nr. 244bis.

(148) DIRIX, E., *o.c.*, *T.P.R.*, 1988, 1192-1194; HERBOTS, J., „De exoneratiebedingen in het gemeen recht”, in *Exoneratiebedingen*, Brugge, Die Keure, 1993, 11-12; zie ook CORNELIS, L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1981, 208.

(149) SAVATIER, J., *Etude juridique de la profession libérale*, Parijs, 1947, 340; MAZEN, N.-J., „L'insémination artificielle: une réalité ignorée par le législateur”, *J.C.P.*, 1978, I, 2899, randnr. 31.

(150) SALOMONSON, L., „Dient de wet algemene regelen te bevatten omtrent bedingen tot beperking of opheffing van aansprakelijkheid, en zo ja, welke?”, *H.N.J.V.*, 1957, I, 170-171; ASSER-COEHORST-KAMPHUISEN, *Bijzondere overeenkomsten*, III, (uitgave 1983), 32; MICHIELS VAN KESSENICH-HOOGENDAM, I., „Beperking van de aansprakelijkheid van beoefenaren van vrije beroepen”, *N.J.B.*, 1987, 723.

Het recente art. 463 van de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst bepaalt dat de arts noch het ziekenhuis hun aansprakelijkheid kunnen beperken of uitsluiten.

(151) Vgl. DRION, H., „Preadvies Exoneratieclausules”, *H.N.J.V.*, 1957, II, 91 die als voorbeeld de vliegtuigpilot geeft.

(152) RIJEN, G., *Exoneratieclausules*, Deventer, Kluwer, 1983, 55.

nimisering" van de medische contacten worden vastgesteld. Een vertrouwensrelatie tussen de arts en de patiënt is dus niet altijd aanwezig.

Bovendien is deze vertrouwensrelatie meestal beperkt tot de *arts-patiënt*-relatie. Zij strekt zich doorgaans niet uit tot de verhouding tussen het *ziekenhuis* en de patiënt. Dit zou betekenen dat, in deze opvatting, het ziekenhuis zich wel van zijn aansprakelijkheid kan vrijtekenen.

Daarnaast is het bestaan van een vertrouwensrelatie niet noodzakelijk met exoneratione onverenigbaar. Zo werd de vraag gesteld of het niet juist in een vertrouwensrelatie kadert dat de cliënt/ patiënt begrip toont voor de risico's en moeilijkheden van de uit te voeren opdracht en daarom exoneratione zou aanvaarden(153).

Ten slotte wordt erop gewezen dat met de term „vertrouwensrelatie" in het raam van de medische aansprakelijkheid, eigenlijk bedoeld wordt dat er een zekere *traditie* bestaat dat men geen aansprakelijkheidsvordering instelt en (dus) geen exoneratione bedingt(154). Deze conclusie gold wellicht in zekere mate voor de negentiende eeuw. De vertrouwensrelatie heeft echter niet belet dat, sinds het midden van de twintigste eeuw, het aantal medische aansprakelijkheidsclaims fel is toegenomen. Naar analogie hoeft de vertrouwensrelatie evenmin het gebruik van exoneratione bedingen in de weg te staan.

69. De grondslag voor een exoneratione verbod kan ook nog elders liggen. Algemeen wordt aanvaard dat een exoneratione beding nietig is wanneer de door de schuldenaar aangegane verbintenis daardoor te niet zou worden gedaan en de overeenkomst aldus iedere zin of betekenis verliest(155). Deze regel spreekt voor zich. Een schuldenaar kan zich niet tot een bepaalde prestatie verbinden en tegelijkertijd bedingen dat hij niet voor de niet-nakoming zal instaan. Doordat het exoneratione beding de opgenomen verbintenis teniet doet, verliest het zijn voorwerp en verdwijnt meteen de oorzaak van de verbintenis van de medecontractant(156). Zulk beding is door nietigheid aangetast (artt. 1108, 1129 en 1131 B.W.).

Wel bestaat er enige discussie omtrent de draagwijdte van deze regel.

(153) MAEIJER, J., in *H.N.J.V.*, 1987, deel 2, p. 65; zie ook VAN RYN, J., *o.c.*, *R.G.A.R.*, 1931, 703, nr. 17.

(154) DRION, H., in *H.N.J.V.*, 1957, II, 92.

(155) Cass., 25 september 1959, *Arr. Verbr.*, 1960, 86 en *Pas.*, 1960, I, 113.

(156) CORNELIS, L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1981, 207; VAN RYN, J., *o.c.*, *R.G.A.R.*, 1931, 703, p. 3recto.

Volgens sommigen valt het zwaard van de nietigheid wanneer de exoneration betrekking heeft op een *essentiële* verbintenis van de overeenkomst(157), terwijl anderen eisen dat het beding *iedere* betekenis aan de overeenkomst moet ontnemen(158).

Het is wellicht voldoende dat de exoneration slaat op een *essentiële* verbintenis van de overeenkomst. Ook dan wordt immers de overeenkomst zijn praktische draagwijdte ontnomen, waardoor het voorwerp al te fel wordt afgezwakt en de verbintenis van de medecontractant haar oorzaak verliest. Wanneer daarentegen de exoneration betrekking heeft op een bijkomende, niet-essentiële verbintenis in vergelijking tot de andere opgenomen taken, dan kan het beding uitwerking krijgen(159). Het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst wordt dan niet teniet gedaan.

70. Toegepast op de medische sector wordt dan ook terecht aangenomen dat een exonerationbeding waarbij de arts of het ziekenhuis zich vrijstelt van elke aansprakelijkheid voor de onzorgvuldige verzorging van de patiënt, ongeoorloofd is(160). Deze prestatie vormt immers het essentiële voorwerp van de door de arts of het ziekenhuis opgenomen verbintenis. Zo is b.v. ook nietig het beding waarbij een psychiatrisch ziekenhuis zich van alle aansprakelijkheid vrijtekent in geval de patiënt zelfmoord zou plegen(161). Dit beding doet immers afbreuk aan één van de essentiële verbintenissen van het ziekenhuis, namelijk de bewakings- of toezichtsverplichting.

71. De vraag rijst nu of met het voorgaande meteen het gebruik van exonerationbedingen door artsen en ziekenhuizen volledig uitgesloten is. Klaarblijkelijk is dit niet het geval. Elk exonerationbeding zal beoordeeld moeten worden in het licht van de essentie van de overeenkomst. Zo lijkt een beding waarbij de arts of het ziekenhuis zijn aansprakelijkheid uitsluit voor *licht(st)e* fouten, wel door de beugel te

(157) DALCO, R.O., *o.c.*, in *Mélanges Bagniet*, 110; VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *R.G.A.R.*, 1980, 10151, p. 9verso; CORNELIS, L., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1981, 209.

(158) DE PAGE, H., *Traité*, II, nr. 1056C; KRUITHOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1983, 631, nr. 123; DIRIX, E., *o.c.*, *T.P.R.*, 1988, 1191.

(159) Adv. Gen. SOENENS, conclusies bij Gent, 28 februari 1929, *B.J.*, 1929, 549; zie ook VAN RYN, J., *l.c.*, 703, nr. 15.

(160) RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *o.c.*, I, nr. 591; VAN OEVELEN, A., *o.c.*, *R.G.A.R.*, 1980, 10151, p. 9verso.

(161) Trib. civ. Marseille, 12 juni 1956, *J.C.P.*, 1956, II, nr. 9467, noot SAVATIER, R.

kunnen(162). De verbintenis van de arts gaat daardoor niet teniet, hij blijft dan immers aansprakelijk voor zijn zware fouten.

72. Daarnaast is het niet denkbeeldig dat een arts of een ziekenhuis zijn aansprakelijkheid tot een *bepaald bedrag* zou willen beperken. Ook hier betreft het dus geen uitsluiting maar enkel een beperking van aansprakelijkheid. Toch past hier enige voorzichtigheid. Zo'n beding is wellicht maar geldig wanneer het bedongen bedrag redelijk is en aldus nog enige inhoud aan de verbintenis geeft. Het gevaar bestaat immers dat men via een aansprakelijkheidsplafonnering praktisch een volledige exoneration bereikt.

73. In het licht van de huidige verzekerbaarheidsproblemen voor artsen, wordt door een groeiend aantal Belgische(163) en vooral Nederlandse auteurs(164), de geldigheid van een aansprakelijkheidsbeperking tot het verzekerde/verzekerbare bedrag verdedigd. De aansprakelijkheidsbeperking tot het *verzekerde* bedrag lijkt me moeilijker te aanvaarden omdat de arts/het ziekenhuis dan zelf uitmaakt tot welk bedrag hij zich laat verzekeren en men zo het exonatieverbod zou kunnen omzeilen. Daarentegen is een aansprakelijkheidsbeperking tot het maximaal *verzekerbare* bedrag wel degelijk geldig, zeker nu dit in het algemeen voldoende zal blijken om de essentie aan de overeenkomst niet te ontnemen.

C. Bedingen die de inhoud van de verbintenissen zelf bepalen

74. Naast het gebruik van exonatiebedingen, kunnen de arts en het ziekenhuis ook de *inhoud* van hun verbintenissen nader formuleren en ze *in casu* beperken. Deze bedingen mogen niet met exonatiebedingen worden verward(165). Bij deze bedingen wordt de primaire

(162) In die zin ook: SLUYTERS, B., *Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland*, Deventer, Kluwer, 1974, 50; contra: MEULDERS-KLEIN, M.-T. en MANGAIN, B., „Le droit de disposer de soi-même”, in *Licéité et droit positif et références légales aux valeurs*, Bruylant, 1982, 247.

(163) DIRIX, E., „Professionele aansprakelijkheid: beschermingsconstructies”, in *Professionele aansprakelijkheid en verzekering*, COUSY, H. en CLAASSENS, H. (ed.), Antwerpen, Maklu, 1991, 35 en 37; vgl. ook DALCQ, R.O., „Conclusions, Sécurité, Assurances et Solidarité”, in *Responsabilité et réparation des dommages*, Brussel, 1983, 337-338.

(164) STOLKER, C., *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer, Kluwer, 1988, 165-166 LODEIZEN-SCHOONENBERG, R. en STEIN, P., „Uitsluiting van medische beroepsaansprakelijkheid”, *T.v.G.R.*, 1983, 182; zie recent ook: DE VRIES, F., „Vrijtekening van beroepsaansprakelijkheid”, *A.A.*, 1995, 191; SLAGTER, W., „Beperking van beroepsaansprakelijkheid”, *T.V.V.S.*, 1995, 177; maar art. 463 WGBO verbiedt blijkaar elke beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid.

(165) KRUIHTOF, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, 235-238.

prestatieplicht van de schuldenaar omschreven. Exoneratiebedingen daarentegen laten, de primaire prestatieplicht onaangetaast, maar beperken of sluiten de (secundaire) verplichting tot schadevergoeding uit, die voortvloeit uit het niet nakomen van de primaire verbintenis(166). De bedingen waarbij de inhoud van de verbintenissen wordt bepaald, zijn in principe geldig. Contractspartijen zijn immers vrij om zich al dan niet te verbinden. Aldus kunnen zij ook weigeren een bepaalde verbintenis op te nemen of kunnen zij de draagwijdte ervan beperken. Ofschoon theoretisch verschillend, vertonen deze bedingen toch ook opvallende gelijkenissen met exoneratiebedingen. Het beperken van de opgenomen verbintenissen mag immers evenmin de essentie van de overeenkomst teniet doen(167) of strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden. Hiervoor gelden dezelfde argumenten als t.a.v. exoneratiebedingen.

75. Zo kan de arts (of het ziekenhuis) m.i. geldig bedingen dat hij voor een bepaalde handeling enkel tot een inspannings- en niet tot een resultaatsverbintenis gehouden is. Het betreft hier dan een beding waarbij partijen overeenkomen, op basis van hun wilsautonomie, de inhoud van hun verbintenissen nader te bepalen (en doorgaans te beperken). Aangezien *in casu* de essentie van de overeenkomst niet wordt aangetast, is zo'n beding geoorloofd. In de praktijk worden zulke bedingen weleens aangetroffen in toestemmingsformulieren voor vasectomie- en sterilisatie-ingrepen. Een alsmaar groeiende rechtspraak en rechtsleer kwalificeert de sterilisatie-ingreep als een resultaatsverbintenis(168). Om hiertegen in te gaan kan de arts geldig bedingen slechts tot een inspanningsverbintenis gehouden te zijn.

76. De arts of het ziekenhuis kan via een bepaalde clausule ook aangeven dat zij bepaalde verbintenissen niet (meer) wensen aan te gaan. Een vaak door ziekenhuizen aangewende clausule is deze waarbij het ziekenhuis alle verantwoordelijkheid ontkent wanneer de patiënt, tegen het advies van de arts in, het ziekenhuis verlaat. Deze

(166) DIRIX, E., *o.c.*, *T.P.R.*, 1988, 1173; RIJKEN, G., *o.c.*, 21.

(167) DELEBECQUE, P., v° Régime de la réparation. Conventions relatives à la responsabilité, in *Juris-classeur civil*, Fasc. 210, p. 18, nr. 95.

(168) Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, *De Verz.*, 1981, 183; Rb. Hasselt, 23 oktober 1989, *T.B.B.R.*, 1990, 372; Rb. Mechelen, 9 juni 1992, *T. Gez.*, 1995-96, te verschijnen; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M., e.a., „Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984)”, *T.P.R.*, 1987, p. 1303, nr. 23; VANSWEEVELT, T., *o.c.*, nr. 133; *contra*: Rb. Kortrijk, 3 januari 1989, *R.W.*, 1988-89, 1171, noot; zie ook KRUTHOF, R., „Tendensen inzake medische aansprakelijkheid”, *Vl. T. Gez.*, 1983, 182; Nys, H., in *T.P.R.*, 1987, 964 (boekbespreking).

zgn. „ontslagverklaring op eigen verantwoordelijkheid” die de patiënt ter ondertekening wordt voorgelegd, omschrijft ook nader de inhoud van de opgenomen verbintenissen. Het ziekenhuis maakt duidelijk dat het geen verbintenissen meer aangaat nadat de patiënt het ziekenhuis tegen het advies van de arts in heeft verlaten. Bij gebrek aan opgenomen verbintenissen kan het ziekenhuis voor een eventueel later ontstaan schadegeval, in causaal verband met het vroegtijdig verlaten van het ziekenhuis, dan ook niet (meer) aansprakelijk worden gesteld. Hetzelfde resultaat wordt bereikt via het eigen fout-leerstuk. De patiënt handelt, bij hypothese, onzorgvuldig (als het ware t.o.v. zichzelf) door vroegtijdig en tegen het advies van de arts in, het ziekenhuis te verlaten waardoor de behandeling wordt afgebroken. De schade die hierdoor ontstaat is te wijten aan een eigen fout van de patiënt en moet dan ook op diens rekening worden geschreven.

Eventueel zou het ziekenhuis of de arts toch een aansprakelijkheid kunnen oplopen, nl. wanneer de patiënt onvoldoende werd ingelicht over de gevolgen en risico's verbonden aan het vroegtijdig verlaten van het ziekenhuis. Door een *informatieve* ontslagverklaring te laten ondertekenen, kunnen evenwel latere betwistingen daaromtrent worden vermeden.

SOMMAIRE

LE STATUT DU PATIENT EN DROIT PRIVÉ

Le sujet du présent exposé se trouve examiné au départ de cas pratiques à propos desquels cinq thèmes sont abordés: la responsabilité du propre fait, le consentement éclairé, la responsabilité du médecin/de l'hôpital du fait des choses, la responsabilité du médecin du fait de ses auxiliaires et les règles de la responsabilité contractuelle en médecine.

En dépit des nettes améliorations intervenues dans le statut juridique du patient au fil des années, l'auteur relève qu'en plusieurs points, par exemple en matière de preuve de la faute et du rapport de causalité, il est encore toujours malaisé d'obtenir réparation en cas d'accident médical résultant d'une faute.

ZUSAMMENFASSUNG

DIE PRIVATRECHTLICHE LAGE DES PATIENTEN

Das Thema dieses Beitrags wurde an einer Reihe von Fällen behandelt. Fünf Punkte wurden behandelt: die Haftung für das eigene Verhalten, informed consent, die Haftung des Arztes/des Krankenhauses für Sachen, die Haftung des Arztes für Hilfspersonen und die vertragsmäßigen Haftungsregelungen in der Medizin.

Obwohl sich die Rechtslage des Patienten in den vergangenen Jahrzehnten erheblich verbessert hat, wurde dennoch der Versuch gemacht zu zeigen, daß es in manchen Hinsichten, etwa in Sachen Fehlerbeweis und Beweis eines Kausalzusammenhangs, nicht leicht ist für einen durch einen Fehler verursachten medizinischen Schadenfall entschädigt zu werden.

SUMMARY

THE POSITION OF THE PATIENT AT PRIVATE LAW

The subject-matter of this paper entitled „The Position of the Patient at Private Law” is dealt with on the basis of specific case studies. Five topics arose on the basis of these case studies, i.e. liability for personal conduct, informed consent, the liability of the doctor or of the hospital for damage to property, the liability of the doctor for his assistants, and the rules of contract liability in medicine.

Although the legal position of the patient has improved considerably over the years, an attempt has been made to demonstrate that on various issues — e.g. supplying proof of the fault and of the causal link, is no automatic guarantee that compensation will be obtained for any medical damage caused through a person's fault.

RESUMEN

LA POSICIÓN DE DERECHO PRIVADO DEL PACIENTE

El tema de este artículo, „La posición de derecho privado del paciente”, ha sido abordado a través de casos prácticos. Cinco temas han sido tratados en esos casos, a saber, la responsabilidad por su propia conducta, *informed consent*, la responsabilidad del médico/del hospital por objetos, la responsabilidad del médico por la intervención de auxiliares y las regulaciones de responsabilidad contractual en la medicina.

Aunque la situación jurídica del paciente ha mejorado mucho al pasar los años, se ha intentado demostrar que, en distintos ámbitos, por ejemplo, respecto a la prueba del error y la prueba del nexo causal, no es una sinecura obtener indemnización por un siniestro médico provocado por un error.