

ficatie, ook door verwijzing, naar normen die in de praktijk zijn gegroeid, is op zichzelf niets bijzonders. Wat zich hier wrekt is dat het begrip zelfregulering niet nader is omlijnd en de diverse eindjes terzake die verspreid door het proefschrift voorkomen, niet aan elkaar zijn geknoopt. Zo worden op p. 196-197 de tegenwoordig populaire convenanten met de overheid, tezamen met normalisatie en certificatie weliswaar als zelfregulering beschouwd, maar dan weer van andere orde als tweezijdig opgestelde branchevoorwaarden en weer van andere orde als gedragscodes, geschillenregelingen, vestigingseisen en erkenningsregels zonder dat genus en species worden aangegeven. Op p. 15 wordt terloops van quasi-zelfregulering gesproken, een begrip dat verder niet meer terugkomt.

Tenslotte beschrijft Van Driel de verschillende mogelijkheden van harmonisatie en implementatie van richtlijnen. Dit stuk blijft helaas steken in een beschrijving van wat uit de handboeken te leren valt. Kortom: het laatste hoofdstuk levert niet veel op en Van Driel had er beter aan gedaan het Europese recht dat nu over twee hoofdstukken is verdeeld (kartelrecht en vrij verkeer) in één hoofdstuk onder te brengen.

8. Van Driel heeft een belangwekkend onderwerp gekozen en in kaart gebracht. Zij is thuis in de materie. Verdere studie over zelfregulering kan niet om haar boek heen. Haar conclusies zijn praktisch en relevant voor degenen die betrokken zijn bij het zelfreguleringsproces. Haar aanpak van het onderwerp is helder en duwt de wetgever met de neus op zijn taak: wetgeven. Bovenstaande kritiek doet aan deze conclusie niet af.

Amsterdam, 25 september 1991

J.J.C. Kabel

Thierry Vansweevelt, Aids en Recht; een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie, 1989 Maklu Uitgevers, Antwerpen-Apeldoorn, ced.Samson Brussel, 1989, 152 p.

In toenemende mate bemoeien civielrechtelijk geschoolde juristen zich met de ziekte aids. Zij voegen zich in de kring van de 'gezondheidsrecht-juristen', de ethici, de medici en wie al niet. De ziekte dwingt ook tot het beantwoorden van oneindig veel moeilijke vragen die wetenschappelijke onderzoekers, vanuit welke hoek dan ook, veel vreugde zouden geven als het niet ging om zo'n tragisch onderwerp. De Belgische onderzoeker Vansweevelt heeft over tal van vragen een uitstekend boek geschreven.

De lezer vindt tal van moeilijke vragen besproken en, doorgaans na zorgvuldige en bondige argumentatie, beantwoord. Het is bij mijn weten ook een van de eerste, wat omvangrijker publikaties van een *civilrechtelijk* jurist over dit onderwerp. De schrijver is werkzaam aan de Universiteit van Antwerpen en schrijft dus in eerste instantie naar Belgisch recht, maar het boek is voor Nederlanders, wetenschappers en praktijkjuristen, belangrijk. Het Belgische aansprakelijkheidsrecht wijkt maar weinig af van het Nederlandse en bovendien heeft Vansweevelt zijn onderzoek sterk rechtsvergelijkend opgezet. Naast het Belgische en het Nederlandse recht komen uitvoerig aan de orde het Franse, het Duitse en Engelse, en met name ook het Amerikaanse recht.

De lezer zou vooral van dat laatste land, naast wetenschappelijke literatuur, een stroom aan jurisprudentie verwachten, maar daarvan is vreemd genoeg geen sprake. Ook na het verschijnen van het boek van Vansweevelt is er op dit punt maar betrekkelijk weinig gebeurd. Veel problemen hebben in de rechtspraak nog geen oplossing gevonden, terwijl de praktijk zich vaak lijkt te behelpen met analogieën met andere ziektes zo-

als syfilis en herpes. Inmiddels is de hoeveelheid literatuur over aids en recht weer toegenomen. In Nederland verscheen in de boekenserie van Ars Aequi 'Aids in het recht' (1990).

Vansweevelt behandelt in zijn boek meer dan men op het eerste gezicht in een aansprakelijkheidsrechtelijke studie zou verwachten. Op het eerste gezicht: want bijvoorbeeld de kwestie van het beroepsgeheim van de arts kent wel degelijk aspecten van aansprakelijkheidsrecht. De arts die zijn beroepsgeheim ten onrechte schendt door een aids-diagnose aan derden bekend te maken, loopt het risico dat hij door de benadeelde patiënt tot schadevergoeding wordt aangesproken. Men zou kunnen zeggen dat hij dan ook maar beter zijn mond kan houden, maar de arts kan in een tang terecht komen. Als hij niets zegt, en de partner raakt vervolgens besmet, loopt hij weer de kans door die partner te worden aangesproken. De vraag is of het beroepsgeheim van de arts zich ook uitstrekt tot die gevallen waarin een onwetende partner rechtstreeks gevaar loopt. Schrijver behandelt dit probleem op een zorgvuldige wijze en komt na tal van afwegingen tot de slotsom dat op de arts een spreekplicht rust als aan twee voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moet het zo zijn dat de patiënt zijn partner weigert in te lichten – dat spreekt voor zich. In de tweede plaats moet de partner 'in voorzienbaar gevaar' verkeren. Het gaat er dan om of de arts dat kon voorzien, of behoorde te voorzien (p. 51 e.v.). Vansweevelt sluit daarmee onder andere aan bij de befaamde Amerikaanse zaak *Tarasof v. Regents of the University of California*. Een patiënt had zijn psycho-therapeut het plan toevertrouwd om een bepaalde vrouw te vermoorden. Toen de man dat ook inderdaad deed, werd de arts aansprakelijk gehouden omdat hij ten onrechte had nagelaten het gezin van de vrouw op de hoogte te stellen. Vansweevelt noemt nog andere, meer op besmettelijke ziekten toegespitste Amerikaanse procedures (p. 57). In ons land is er maar nauwelijks jurisprudentie over de reikwijdte van de zwijgplicht van de arts. Vast staat in elk geval dat ze niet absoluut is. Zo oordeelde in 1972 het Centraal Medisch Tuchtcollege dat het beroepsgeheim 'een arts nooit een vrijbrief (geeft) niet te handelen wanneer zijn plicht hem noopt tot het overschrijden van de grenzen die het beroepsgeheim stelt' (NJ 1973, 270; kindermishandeling). Maar wáár die grenzen liggen, kan lastig vast te stellen zijn. De arts die voor die vraag komt te staan is niet te benijden, ook vanwege de grote consequenties die een verkeerde beslissing voor hem kan hebben. Zie nader P.J.W. de Brauw red., *Medisch Beroepsgeheim*, Ambo 1988, p. 20 e.v. en 75 e.v. voor de civielrechtelijke consequenties van een ongerechtvaardigde schending.

Een ander punt is het 'informed consent' en de vraag of onder omstandigheden geen inbreuk mag worden gemaakt op het vereiste dat de patiënt toestemming behoort te verlenen voor een behandeling, in casu een test. Vansweevelt meent terecht dat men niet kan spreken van een impliciete toestemming door de patiënt. In ons land is daar al eerder op gewezen in het kader van het wetsvoorstel inzake de geneeskundige behandelings-overeenkomst. In Amerika woedt op dit moment de discussie of artsen en verpleegkundigen niet met het oog op hun eigen gezondheid toch mogen testen. De weerstand daartegen is groot en in een voor de hand liggende tegenaanval eisen patiëntengroepen nu dat op hun beurt artsen en verpleegkundigen zich laten testen. Het ligt voor de hand dat ook tegen dit voorstel grote weerstand bestaat. Typisch Amerikaans lijkt het dat onlangs in Californië een maatschap van tandartsen financieel voordeel uit deze discussie dacht te kunnen halen met een advertentie dat zij gegarandeerd 'HIV-vrij' waren. De advertentie werd vooral met walging ontvangen, en werd al gauw weer ingetrokken. Vansweevelt zit op een lijn met de meeste gezondheidsrecht-juristen in zijn afwijzing van anoniem testen. Dat geldt zelfs voor die tests die kunnen worden gedaan als een routinematige en anonieme screening van patiënten in het belang van de volksgezondheid.

Uitvoerig gaat Vansweevelt in op de vraag of iemand die besmet is geraakt als gevolg

van een fatale bloedtransfusie het ziekenhuis, de bloedbank of een individuele arts aansprakelijk kan stellen.

Vóór de belangrijke kanttekening dat het overgangsrecht voor het produktaansprakelijkheidsrecht als cruciaal moment aangeeft het moment van het in het verkeer brengen van het (gebrekkige) produkt. Met andere woorden: art. 6:185 e.v. zijn van toepassing als dat moment lag na 1 november 1990. Daarom vallen de concrete vragen die hieronder worden besproken nog onder het oude (1401-)recht. Maar zien we daar – kennelijk met Vansweevelt – even vanaf.

Met name is interessant of het slachtoffer op grond van het nieuwe produktaansprakelijkheidsrecht zijn gram kan halen (naar Nederlands recht art. 6:185 BW e.v.). Een eerste vraag is dan of de donor als producent kan worden aangemerkt. Van Wassenaer van Catwijk heeft zich al in 1986 deze vraag gesteld (Produktaansprakelijkheid, p. 41 e.v.; tweede druk, 1990, p. 38 e.v.). Vansweevelt leest in dat boek dat Van Wassenaer de stelling zou aanhangen dat de donor inderdaad als producent zou moeten worden gezien. Ik aarzel (maar echt duidelijk is Van Wassenaer inderdaad niet) of hem daarmee helemaal recht wordt gedaan. Van W. is wel voorzichtig en spreekt slechts over een mogelijke 'exegese'. Hij noemt dezelfde rechtspolitieke bezwaren als Vansweevelt, namelijk dat het aantal donoren zou kunnen teruglopen en dat het onredelijk is de donor die voor zijn schenking geen enkele beloning ontvangt te belasten met zware financiële risico's. De oplossing ligt ergens anders en Vansweevelt noemt die ook: de donor zou zich, zo hij al wordt aangesproken, kunnen beroepen op het verweer van art. 6:185 lid 1 sub c BW: er is geen aansprakelijkheid voor produkten die noch voor de verkoop noch voor enige andere vorm van verspreiding met een economisch doel zijn vervaardigd, noch zijn vervaardigd of verspreid in het kader van beroep of bedrijf. Reeds daarom is de donor niet aansprakelijk.

Dat ligt anders voor de bloedbanken en ziekenhuizen waar bloed wordt bewerkt. Zij zullen zich waarschijnlijk niet kunnen beroepen op het juist-genoemde verweer, aldus bijvoorbeeld de Nederlandse regering, overigens na aanvankelijke aarzeling. In dit verband is van belang de vraag of de bloedbank zich zou kunnen beroepen op een ander verweer, dat van het ontwikkelingsrisico (art. 6:185 lid 1 sub e). De producent kan zich verweren met de stelling 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. Men denke aan twee verschillende gevallen, namelijk dat een patiënt besmet is geraakt vóórdat de relatie tussen aids en bloedtransfusies werd gelegd; en aan de situatie waarin de donor zó kort voor de test werd besmet met het virus, dat nog geen antistoffen waren gevormd en dus de test negatief (niet-besmet) was. Vansweevelt besteedt ruimschoots aandacht aan de (on)nauwkeurigheid van de test en noemt een frequentiepercentage van vals-negatieve resultaten van maar liefst 0% tot 1,9%. Er is een betere test, maar die is – in de woorden van schrijver – 'vrij duur, complex, tijdrovend en *dus* (mijn cursivering) niet geschikt voor routinematige toepassing.'

Een enkel woord over deze beide situaties. Dat men nog niet van de gevaren van aids en bloedtransfusie op de hoogte was, levert niet vanzelfsprekend een verweer op in de zin van sub e, nog even afgezien van het feit dat er toen nog geen sprake was van risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige produkten. Zelf heb ik eens de stelling verdedigd dat dat verweer nauwelijks van belang is (NJB 1989, p. 643 e.v.). Waar het om gaat, is of ten tijde van het in het verkeer brengen van het bloed het onmogelijk was het gebrek te ontdekken. De bloedbank is er nog niet door aan te tonen dat in die tijd nog niet getest werd; het criterium is: was het onmogelijk? Onmogelijk was het – in mijn ogen – in de tijd dat men überhaupt nog niet van de ziekte aids wist. Maar in de periode daarna, toen langzamerhand de kennis over een erg gevaarlijk virus ontstond? Het antwoord is moeilijk te

geven, enerzijds omdat niet zeker is hoe strikt men 'onmogelijk' moet opvatten, anderzijds omdat van de producent eigen onderzoek mag worden verwacht. Dommering-van Rongen vermeldt in de eerder genoemde Ars Aequi-bundel een Australische zaak waarin de stand van de wetenschap een beslissende rol speelde. Dit soort 'onmogelijke' discussies had ik op het oog toen ik voorstelde om het hele verweer maar te schrappen.

In de tweede situatie lijkt de producent sterker te staan. De situatie van de 'blinde vlek'. Als een zeker percentage vals-negatieve resultaten niet is te voorkomen, omdat nog geen anti-stoffen zijn aangemaakt, kan dan de bloedbank of het ziekenhuis zich niet met succes beroepen op het ontwikkelingsrisico-verweer? Ik zou menen dat dat het geval is, maar wel met deze aantekening dat vast moet staan dat zelfs met de beste test het gebrek niet was te ontdekken. In zoverre zou een 'verweer' dat betere tests zich niet voor routinematig gebruik lenen, in het kader van het ontwikkelingsrisico naar mijn mening onvoldoende sterk. Dat het om een duur, een complex en een tijdrovende test gaat, betekent immers doorgaans niet dat het gebrek dus niet op te sporen was. En dat is waar het om lijkt te gaan. Vansweevelt gaat niet dieper in op de betekenis van het 'onmogelijk' van de Europese richtlijn, maar dat ook hij een streng standpunt zal innemen over het begrip 'onmogelijk', leid ik af uit een eerdere passage in het boek waar de zuiver contractuele vordering aan de orde komt (p. 81/2).

Een derde punt waarop ik hier wat dieper wil ingaan, gaat over de vraag naar besmetting met het virus buiten medisch handelen. Vansweevelt bespreekt twee vragen: kan een slachtoffer diegene aanspreken bij wie hij bij seksueel contact het virus heeft opgedaan?; en de vraag of seropositieve ouders door hun kinderen aansprakelijk kunnen worden gesteld. Schrijver maakt terecht onderscheid tussen daders die op de hoogte waren van het feit dat ze positief waren, en hen die dat niet waren. Maar dan is er nog een derde groep: zij die behoorden – beter is het te spreken van 'behoeven' – te weten dat ze besmet waren. Wanneer 'behoorde iemand te weten'? Vansweevelt is streng: 'Men behoort zijn seropositieve status niet te kennen wanneer de 'besmetter' *geen enkele reden heeft* om te denken dat hij besmet zou zijn.' (curs. V.). Het gaat dus kennelijk niet zozeer om de vraag of iemand iets behoeft te weten, maar om de vraag of de dader rekening had moeten houden met een mogelijke besmetting. Ik aarzel: als dat criterium juist is – geen *enkele* reden hebben besmet te zijn – is dan uiteindelijk toch niet bijna iedereen potentieel iemand 'die behoort te weten'? Het criterium van Vansweevelt lijkt me daarom wat te streng, althans als hij het werkelijk als criterium zou zien.

Er zijn tal van andere problemen verbonden aan een schadevergoedingsvordering na besmetting. Vansweevelt bespreekt ze op heldere wijze. Zo zal het voor het slachtoffer lastig zijn om aan te tonen dat hij de besmetting heeft opgelopen als gevolg van het handelen van *deze* dader. Schrijver wijst er op dat naarmate het aantal sexpartners (en hetzelfde geldt voor drugs) van de benadeelde groter is, het aantal mogelijke infectiebronnen stijgt. Hij schrijft dat een seksueel monogame persoon die een eenmalig drug- of sex-contact heeft gehad met een derde, de rechter gemakkelijker van het causaal verband tussen een bepaald contact en de schade zal kunnen overtuigen, dan iemand met een 'actief' sex- of drugsleven (p. 100). Of dat in de praktijk allemaal voldoende overtuigend kan worden aangetoond, is natuurlijk de vraag. Vansweevelt noemt nog andere problemen waarop het slachtoffer gemakkelijk kan stuiten, zoals het verweer van de risico-aanvaarding, waarvan hij vindt dat het hoort op te gaan in 'eigen fout' van het slachtoffer (p. 103 e.v.).

Vansweevelt besluit zijn boek met een hoofdstuk over 'aids en verzekeringen'. Hij beperkt zich tot de levensverzekering, maar zegt wel dat de regels die hij vindt *mutatis mutandis* van toepassing zijn op andere verzekeringen. Dat is mij wat te vlug, nu men algemeen aanneemt dat de levensverzekering in de aids-discussie een wat bijzondere

plaats inneemt. Zo wordt in ons land voor levensverzekeringen met een eenmalige kapitaaluitkering van twee ton of hoger een HIV-test geëist. Zijn beschouwingen zullen verzekeraars in het algemeen veel plezier doen. De neiging die men bij nogal wat mensen wel bespeurt, dat verzekeraars geen acht mogen slaan op de vraag of iemand seropositief is, of zelfs al aids heeft, wordt door de schrijver niet gedeeld. Zowel in Nederland als in België wordt het eisen van een HIV-test wel als onjuist beoordeeld wanneer er geen medische indicatie zou zijn. Vansweevelt wijst erop dat als dat waar zou zijn, tal van keuringen ongeoorloofd zouden zijn. Het is de taak van een verzekeraar om zijn verzekeringsrisico nauwkeurig te bepalen, en onder omstandigheden past daarin het stellen van de vraag of de aspirant-verzekerde aids heeft of seropositief is, respectievelijk het eisen van een HIV-test. Vanzelfsprekend moet degene om wie het gaat toestemming tot de test geven (p. 121).

Vansweevelt kan zich niet vinden in de tegenwerping dat een systematisch HIV-verzekeringsonderzoek maar beperkt relevant is voor de verzekeraar, omdat door zo'n testbeleid het aids-risico maar beperkt kan worden ingeschat; een positief of een negatief resultaat voorspelt nog maar weinig voor het concrete geval. Schrijver benadrukt dat verzekeraars niet werken met zekerheden, maar met waarschijnlijkheden. Verscheidene medische testresultaten wijzen op de waarschijnlijkheid dat een ziekte zich in de toekomst zal voordoen en op basis daarvan kan de verzekeraar mede het risico bepalen (p. 188). Wonderlijk is het wel dat de auteur geen aandacht besteedt aan het Europese verdragenrecht. In ieder geval in Nederland vindt discussie plaats of, en in hoeverre de Europese Conventie verzekeraars in hun 'rechten' beperkt. Datzelfde geldt voor de ontwerp-Tweede Richtlijn Levensverzekering. Zie voor de discussie in Nederland onder meer de notitie van de minister van Justitie, TK II, 1987-1988, 19 218 nr. 10, het preadvies voor de NJV van 1990 van J. de Boer en het uitvoerige artikel van I.G.F. Cath in de *Ars Aequi*-bundel, p. 114 e.v., en in Europees verband het rapport *Aids en Human Rights in the European Communities*, een co-productie van onder meer het Netherlands Institute of Human Rights van de RUU (maart 1991).

Het is – als gezegd – nog de vraag in hoeverre Vansweevelt zijn opvattingen, die bijvoorbeeld in ons land, maar ook in België, op dit punt omstreden zijn, ook echt van toepassing wil laten zijn op andere verzekeringen. Toch is een van de boeiende kanten van het boek van Vansweevelt, naast alle zuiver juridische bespiegelingen over de haalbaarheid van allerlei schadevergoedingsvorderingen, de blijmoedigheid en de durf waarmee hij – soms tegendraadse – standpunten inneemt. Daarmee bewijst hij het denken over aids en recht een dienst; en niet alleen het denken van civilisten.

San Francisco, juni 1991

C.J.J.M. Stolker

J.J.M. van Dijk, Criminaliteit als keerzijde, een theoretische en empirische verkenning van de relaties tussen welvaart en criminaliteit, inaug. oratie Leiden, 1991, uitg. Gouda Quint, Arnhem

Met de criminaliteit als keerzijde bedoelt de nieuwe hoogleraar in de criminologie in Leiden, opvolger van W. Buikhuisen, de stijging van de criminaliteit als gevolg van de stijging van de welvaart. Hij neemt in zijn inaugurele oratie de opvattingen van één van de eerste Nederlandse criminologen, W.A. Bongers, tot uitgangspunt. Daarin werd de nadruk gelegd op het verband tussen armoede en criminaliteit. En, modern als Bongers in