



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties

Stolker, C.J.J.M.

Citation

Stolker, C. J. J. M. (1988, November 8). *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/1332>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/1332>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

MR. C.J.J.M. STOLKER

AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARTS

IN HET BIJZONDER
VOOR MISLUKTE STERILISATIES



KLUWER

Stellingen

1. Het bederven van andermans uitzicht zou niet alleen dan civiel-rechtelijk ontoelaatbaar moeten worden geoordeeld als zulks misbruik van recht oplevert, maar evenzeer indien dat handelen in strijd komt met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is (vergelijk NJB 1983, blz. 1346).
2. De regeling van artikel 1407f, lid 2 BW waarin het slachtoffer van een gebrekkig produkt niet voldoende heeft aan een schriftelijke aanmaning of mededeling, maar ook werkelijk een gerechtelijke procedure moet zijn begonnen om de vervalt termijn van tien jaren te stuiten, is bijzonder onrechtvaardig voor dat slachtoffer (vergelijk BW-krant jaarboek 1987, blz. 100 e.v.).
De 'argumentatie' die de minister in zijn memorie van antwoord geeft voor deze onrechtvaardigheid — namelijk dat in het algemeen de tijd in het nadeel van de producent zou werken — raakt kant noch wal, nu niet valt in te zien hoe de tijd in het nadeel van de producent kan werken als hij door een tijdige schriftelijke mededeling of aanmaning op de hoogte is gebracht van de gebeurtenis die mogelijk tot zijn aansprakelijkheid zal leiden (Kamerstukken II, 1987-1988, 19 636, nr. 6, blz. 29).
3. Het in medische kringen veelvuldig gebruikte begrip 'kunstfout' wordt daar ten onrechte vaak aldus verstaan, dat alleen *ernstige* fouten tot aansprakelijkheid kunnen leiden. Het gebruik ervan moet daarom, ook dóór de Hoge Raad (vergelijk NJ 1988, 500), worden vermeden.
4. Aangezien dat in hun eigen belang is én in dat van hun patiënten, verdient het sterke aanbeveling om — net zoals dat in de Verenigde Staten van Amerika op grote schaal gebeurt — artsen en verpleegkundigen te scholen in het recht.
5. Het is de taak van de civilist om vraagstukken van gezondheidsrechtelijke aard op te lossen zonder daarbij het gemene burgerlijk recht op enigerlei wijze geweld aan te doen.
6. Het weglaten van stellingen bij een proefschrift, zoals dat tegenwoordig wel wordt bepleit, zal veelal als treurig gevolg hebben dat van het betrokken boek helemáál niets meer wordt gelezen.

7. Het gebruik van 'klassieke muziek' als achtergrondmuziek voor radio- en tv-spots, kennelijk ook met het doel een associatie tot stand te brengen tussen die muziek en het produkt, is juist vanwege die associatie uiterst ergerlijk bij het luisteren naar uitvoeringen van die muziek en moet daarom in de Voorschriften voor de Nederlandse etherreclame worden verboden.
8. Nederlandse civilisten zouden veel vaker in internationale tijdschriften moeten publiceren. Voor zover er financiële redenen zijn die dat verhinderen of bemoeilijken, dient de universiteit waar de betrokken onderzoeker werkzaam is, bij te springen.
9. Uit paragraaf 41-2922 van de wetgeving van de staat Arkansas spreekt een te gering respect voor de chauffeur van de schoolbus:
'It is unlawful for any person or persons to threaten, curse, or use abusive language to a school bus driver in the presence of students.' (Arkansas Statutes Annotated par. 41-2922 (1977)).
10. Ons oordeel over buitenlands-politieke aangelegenheden zou worden gescherpt als Nederlandse kranten en weekbladen op grotere schaal commentaren uit de belangrijkste buitenlandse bladen zouden weergeven, net zoals bijvoorbeeld het dagblad El País dat doet en ook sommige Nederlandse kranten als het gaat om buitenlandse commentaren op belangrijke internationale voetbalwedstrijden.
11. Recensies van juridische boeken zouden aan betrouwbaarheid, aan integriteit en aan wetenschappelijk gewicht winnen als de redacties van de juridische tijdschriften de besproken schrijver altijd de gelegenheid van een nawoord zouden geven, net zoals dat gebeurt bij reacties op geschreven artikelen.
12. Nu het in de Verenigde Staten van Amerika kennelijk nauwelijks meer mogelijk is om voor het presidentschap en het vice-presidentschap kandidaten van onbesproken gedrag te vinden, kan wetgeving als de navolgende in dat land inderdaad niet genoeg worden gepromoveerd:
'In public schools special emphasis shall be given to instruction in honesty, morality, courtesy, obedience to law, respect for the national flag, the Constitution of the State of Oregon, respect for parents and the home, the dignity and necessity of honest

labor and other lessons which tend to promote and develop an upright and desirable citizenry' (Oregon Revised Statutes par. 336.067 (1983)).

13. Als universiteiten eredocoraten willen toekennen aan koninginnen, prelaten en aan bekleders van hoge internationale ambten, dan lijkt dat veeleer te worden ingegeven door de behoefte van die universiteiten tot zélfverering dan door de wens de betrokken personen te eren.
14. Wie als docent aan een onderwijsinstelling bang is om een student een '10' te geven, moet zich realiseren dat dit cijfer niet staat voor 'volmaakt' maar voor 'uitmuntend'. Wie dan nóg zijn angst niet kwijt is, behoort op een lager niveau te gaan doceren.
15. Zonder de wetgeving van de ministers Cals en Marijnen (Staatsblad 1963, 40, in de wandeling wel: de Mammoetwet), een wet die in de ogen van menig 'intellectueel' slechts tot geestelijke armoede en pretpakketten heeft geleid, zou deze dissertatie er niet zijn geweest.

Stellingen behorende bij het proefschrift van C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Rijksuniversiteit te Leiden, 9 november 1988.

AANSPRAKELIJKHEID VAN DE
ARTS
IN HET BIJZONDER
VOOR MISLUKTE STERILISATIES

Illustratie omslag: 'Kracht van de justitie', houtsnede van Chr. Jegher
(1596-1653)

Van dit boek verschijnt tevens een handelseditie onder ISBN 90 312 0494 3

AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARTS

IN HET BIJZONDER
VOOR MISLUKTE STERILISATIES

(summary/sommaire/Zusammenfassung)

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van Doctor
aan de Rijksuniversiteit te Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus dr. J. J. M. Beenakker,
hoogleraar in de faculteit der wiskunde en natuurwetenschappen,
volgens besluit van het college van dekanen te verdedigen
op woensdag 9 november 1988 te klokke 15.15 uur

door

CAREL JAN JOZEF MARIE STOLKER

1988

KLUWER — DEVENTER

De promotie vindt plaats in het Groot Auditorium
van het Academiegebouw, Rapenburg 73 te Leiden.

**RECEPTIE NA AFLOOP VAN DE PROMOTIE
IN HET ACADEMIEGEBOUW**

Het Academiegebouw bevindt zich op circa
twintig minuten lopen van het station.
Met tijdrovende parkeermoeilijkheden bij het
Academiegebouw moet rekening worden gehouden.

PROMOTIECOMMISSIE

Promotor: prof.mr. J. H. Nieuwenhuis
Co-promotor: prof.mr. B. Sluyters
Referent: prof.mr. W.M. Kleijn
Overige leden: prof.mr. D.C. Fokkema
prof.mr. E.H. Hondius

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	5
Lijst van afkortingen	9
Voorwoord	13
Hoofdstuk 1. Inleiding	15
1.1. Inleiding: het kind en de rekening	15
1.2. Wat vooraf ging	16
Hoofdstuk 2. Medische aansprakelijkheid	19
2.1. De grondslag voor de aansprakelijkheid	19
2.2. Resultaats- en inspanningsverbintenis	23
2.3. Resultaat-onder-voorbehoud-verbintenis	25
2.4. Oppositie tegen welk onderscheid dan ook	25
2.5. De mate van zorg	26
2.6. Beginners en onervarenen	27
2.6.1. Algemeen	27
2.6.2. Ervaring en de sterilisatie-ingreep	30
2.6.3. Verschuiving van de bewijslast?	31
2.7. Schuld- of risico-aansprakelijkheid	32
Hoofdstuk 3. „Informed consent”	39
3.1. Toestemming en overeenkomst	39
3.2. Toestemming in het voorontwerp	40
3.3. Toestemming en bewijslast	42
3.4. Het recht op informatie	46
3.5. Mondelinge en schriftelijke informatie	47

3.6.	Welke informatie (algemeen)	49
3.7.	Tuchtrechtspraak en informatieplicht	50
3.8.	Méér informatie	51
3.8.1.	De behandeling is niet of minder noodzakelijk	51
3.8.2.	Er zijn alternatieven voor de behandeling	53
3.8.3.	Het risico – aard en kans	53
3.8.4.	Over de ervaring van de arts	54
3.9.	Oppositie tegen een te ver gaande informatieplicht	55
3.10.	Informed consent toegespitst op de sterilisatie-ingreep	57
3.10.1.	Eigen wetenschap van de patiënt	59
3.11.	De praktijk in Nederland rond 1978	60
3.12.	De praktijk in Nederland in 1985	61
3.13.	Civielrechtelijke gevolgen van het tekortschieten in de informatieplicht	65
3.14.	Het probleem van de causaliteit	66
3.14.1.	Wie bewijst de causaliteit?	68
3.14.2.	Eén tegenwerping	71
3.15.	Informatie en bewijs	71
Hoofdstuk 4. Sterilisatie-ingreep en bewijs van fouten		75
4.1.	De sterilisatie van de man	75
4.2.	De sterilisatie van de vrouw	76
4.2.1.	De laparoscopische tubacoagulatie	76
4.2.2.	Ringetjes en clipjes	78
4.3.	Het bewijs van de fout	79
4.3.1.	De bewijslastverdeling volgens artikel 177 NRV	79
4.3.2.	Res ipsa loquitur	83
4.3.3.	De drie typen van verbintenissen en het bewijs	84
4.3.4.	Het voorstel van Sluyters	86
4.4.	Evaluatie	87
4.5.	Het bewijs toegespitst op de sterilisatie-ingreep	88
4.5.1.	De vasectomie	88
4.5.2.	De tubacoagulatie, de clips en de ringetjes	89
4.5.3.	Garantie voor succes	90
4.6.	Knoeien in dossiers	91
4.7.	Medewerking door de vrouw en door de man?	93

Hoofdstuk 5. Bezwaren tegen vergoeding van opvoedingskosten	97
5.1. Inleiding	97
5.2. Bezwaren tegen schadevergoeding	99
5.2.1. Public policy	100
5.2.2. Overriding benefit-theory	103
5.2.3. Voordeelstoerekening	104
5.2.4. Abortus als schadebeperking	106
5.2.5. „Adoptie” als schadebeperking	110
5.2.6. Schadevergoeding past niet in het systeem van de wet	111
5.2.7. Schadevergoeding leidt tot psychische schade bij het kind	112
5.2.8. Het motief voor de sterilisatie	113
Hoofdstuk 6. Causaal verband en schadevergoeding	121
6.1. Inleiding (algemeen)	121
6.1.1. Het condicio sine qua non-vereiste	121
6.1.2. Het verlies van een kans	123
6.1.3. Toerekening naar redelijkheid	127
6.1.4. Het bewijs van causaal verband	129
6.2. De situatie in West-Duitsland	131
6.2.1. De Westduitse oplossing	131
6.2.2. De kritiek van Deuchler	134
6.2.3. Het voorstel van Deuchler	135
6.3. De situatie in Amerika	137
6.4. De situatie in Engeland en Canada	140
6.5. De situatie in België	144
6.6. De situatie in Frankrijk	146
6.7. Evaluatie	146
6.8. De situatie in Nederland	147
6.8.1. Rechterlijke matiging	148
6.8.2. Beperking door toerekening naar redelijkheid	149
6.9. Vergoeding van overige schadeposten	152
Hoofdstuk 7. Uitsluiting en beperking van aansprakelijkheid	157
7.1. Nederland	157

7.2.	West-Duitsland	160
7.3.	Amerika	161
7.4.	Eigen mening	163
7.5.	Het voorontwerp	165
Samenvatting		167
Summary		173
Zusammenfassung		179
Sommaire		185
Lijst van aangehaalde werken		191
Personenregister		203
Rechtspraakregister		207
Zakenregister		211
Curriculum vitae		215

Lijst van afkortingen

A.(2d)	Atlantic Reporter (Second Series)
AA	Ars Aequi
A.D. (2d)	New York Appellate Division Reports (Second Series)
Akron L. Rev.	Akron Law Review
Ala.	Alabama/Alabama Supreme Court Reports
All ER	All England Law Reports
A.L.R.(3d)	American Law Reports (Third Series)
Am.J.Law & Med	American Journal of Law and Medicine
AmJur. (New Topic Ser.)	American Jurisprudence (New Topic Service)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BR	Bouwrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
Cal. Rptr.	California Reporter
Cal. W.L. Rev.	California Western Law Review
Can. B. Rev.	Canadian Bar Review
C.civ.	Code Civil
CMT	Centraal Medisch Tuchtcollege
Colum L. Rev.	Columbia Law Review
CR	Contractenrecht (losbladig)
Ct. App.	Court of Appeal(s)
D.	Recueil Dalloz
DA (DÄBI)	Deutsches Ärzteblatt
Del.	Delaware/Delaware Supreme Court Reports
Denver L.J.	Denver Law Journal
De Paul L. Rev.	Denver Law Review
diss.	dissertatie
DLR	Dominion Law Reports (Canada)
Emory L.J.	Emory Law Journal
Europ. J. Obstet. Gynec. reprod. Biol.	European Journal of Obstetrics Gynecology and reproduction Biology

F.(2d)	Federal Reporter (Second Series)
F. supp.	Federal Supplement
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GaA	Georgia Appellate Reports
HNV	Handelingen der Nederlandse Juristen Vereniging
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Ill.	Illinois/Illinois Reports
Ill. App (2d)	Illinois Appellate Court Reports (Second Series)
JA	Juristische Arbeitsblätter
J.A.M.A.	Journal of the American Medical Association
JCP	Juris-classeur Périodique
JZ	Juristenzeitung
Kw. ber. NBW	Kwartaalbericht Nieuw BW
L.	Loi/Law
la Ley	la Ley, Revista Juridica Argentina
LG	Landgericht
L.S.Gaz.	The Law Society's Gazette
MC	Medisch Contact
MedR.	Medizinrecht
Med. Sci. Law	Medicine Science and the Law
Medicine and Law	International Journal of Medicine and Law
Mich.	Michigan/Michigan Supreme Court Reports
Minn.	Minnesota/Minnesota Supreme Court Reports
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
Mon.	Monografie
MünchKomm.	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
N.C.L. Rev.	North Carolina Law Review
N.E.(2d)	Northeastern Reporter (Second Series)
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
N.J.	New Jersey/New Jersey Supreme Court Reports
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.W.(2d)	Northwestern Reporter (Second Series)
Nw.U.L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.(2d)	New York Court of Appeal Reports

N.Y.S.(2d)	New York Supplements Reporter (Second Series)
Ned. T. Geneesk.	Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde
New L.J.	New Law Journal
OD	Onrechtmatige Daad (losbladig)
OeOGH/SVZ	Oostereichischer Oberster Gerichtshof/Entscheidungen des Oesterreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
P.(2d)	Pacific Reporter (Second Series)
Pa.	Pennsylvania Supreme Court Reports
Pa. D. & C.2d	Pennsylvania District and Country Reports Second Series
Q.B.	Queen's and King's Bench
Rb.	Rechtbank
RGAR	Revue Générale des Assurances et des Responsabilités
RMTh	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
SCR	Canadian Supreme Court Reports
S.C.L. Rev.	South Carolina Law Review
Sol. J.	Solicitors' Journal
S & J	Schuurman & Jordens
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
S.W.(2d)	South-Western Reporter (Second Series)
So. (2d)	Southern Reporter (Second Series)
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht (België)
TvG	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
TvZ	Tijdschrift voor Ziekenverpleging
Tex.	Texas/Texas Supreme Court Reports
U. Miami L. Rev.	University of Miami Law Review
U. Rich.L.Rev.	University of Richmond Law Review
U.S.	United States Supreme Court Reports
UVC	Uitgebreide commissievergadering
VR	Verkeersrecht
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VersR.	Versicherungsrecht
VTvG	Vlaams tijdschrift voor Gezondheidsrecht
Washb. L.J.	Washburn Law Journal
WLR	Weekly Law Reports

WPNR

Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en
Registratie

W.S.U.L.Rev.

Western State University Law Review

Wash. U.L.Q.

Washington University Law Quarterly

Voorwoord

In januari 1986 verscheen *Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties*. In de meest letterlijke zin van het woord was dat mijn *proefschrift*. Op dat boek berust thans deze dissertatie. Misschien een wat ongebruikelijke volgorde, maar ze heeft tal van voordelen. Ze biedt de auteur de gelegenheid om ten behoeve van zijn dissertatie met recensenten in discussie te gaan. Bovendien geeft het de schrijver de rust om zijn „proefschrift” – het kunnen evengoed artikelen zijn – tot een dissertatie om te schrijven. Er gebeurt op het terrein van het burgerlijk recht zó veel, dat de promovendus van deze tijd het zich bijna niet meer kan veroorloven om, naast zijn onderwijs, pas na vele jaren van intensief denken in één keer met zijn wetenschappelijk werk in het daglicht te treden.

Het was destijds en is ook nu mijn bedoeling om aan de hand van een concrete medische behandeling het gehele verbintenissenrecht ter zake door te lopen, van de totstandkoming van de overeenkomst tussen arts en patiënt tot aan de vraag of de arts zich niet kan exoneren tegen mogelijke aansprakelijkheid. Ik had de indruk dat ik op die manier als vanzelfsprekend en onontkoombaar op tal van vragen zou stuiten – meer dan wanneer het om een boek zou gaan waarin de medische aansprakelijkheid in het algemeen zou zijn bestudeerd. Dit in de hoop dat de conclusies wél van een meer algemene betekenis zouden zijn.

De inhoud van dit boek is wel nóg iets meer van algemene betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht geworden. Zo voegde ik bijvoorbeeld toe beschouwingen over de grondslag van de aansprakelijkheid van de arts, over het bewijs van informed consent, over de betekenis van ervaring, over de doctrine van de gemiste kans, en zo verder. Het bleken veelal onderwerpen waarover in Nederland nog maar weinig was geschreven. Hoe anders is dat in het buitenland! – met name in West-Duitsland en de Verenigde Staten van Amerika. Die landen worden overspoeld door aanhoudende golven van rechtspraak en literatuur. In Nederland zitten wij nog hoog en droog, met alle gelegenheid om lessen te trekken uit fouten en vondsten van anderen.

Waar trekt de rechtsvergelijker zijn grens? Meestal wordt een grens

niet bewust getrokken, maar wordt ze veeleer door het toeval bepaald. De toevallige talenkennis van de onderzoeker, de beschikbare hoeveelheid tijd, de relaties die men heeft, de snelheid waarmee buitenlandse bibliotheken werken, maar ook de min of meer toevallige vondst van interessante literatuur. Wat nog wel en wat niet meer? Voor die keuze stond ik bijvoorbeeld aan de Universiteit van het Spaanse Salamanca, met een recente dissertatie over het medische aansprakelijkheidsrecht in elke hand. Het toeval speelt in het rechtsvergelijkende onderzoek een belangrijke rol, tenzij misschien men de rechtsvergelijking zélf als voorwerp van onderzoek kiest. Ik heb mijzelf ten doel gesteld om telkens en overal wanneer ik belangrijke gezichtspunten tegenkwam, die in mijn beschouwingen te betrekken.

De rechtsvergelijking maakte het noodzakelijk om betrekkelijk veel letterlijk te citeren. Veel boeken en rechterlijk uitspraken zijn in Nederlandse bibliotheken niet of moeilijk te vinden, en parafrases zouden een mogelijke verificatie door de lezer nodeloos lastiger maken.

Tenslotte, het boek vormt een vijfluik, scharnierend om de vordering tot schadevergoeding voor de verzorgings- en opvoedingskosten van het niet-gewenste maar toch geboren kind. Centraal staat een aantal medische feiten over de ingreep en een beschouwing over de bewijslastverdeling als de sterilisatie blijkt te zijn mislukt. Aan de linkerkant gaat het over de aard van de verbintenis, over de mate van zorgvuldigheid die van de arts mag worden verwacht, de grondslag van de aansprakelijkheid. Vervolgens besteed ik veel aandacht aan het toestemmingsvereiste en aan de informatieplicht van de arts: hoever zij gaan, of ze worden nageleefd en wat de gevolgen zijn als dat niet gebeurt. De rechterkant van het vijfluik toont een veelheid aan bezwaren die in de nationale en de internationale rechtspraak en literatuur is opgeworpen, vooral tegen vergoeding van de opvoedings- en verzorgingskosten. Het vijfde en laatste luik toont de verschillende antwoorden die door de buitenlandse rechters zijn gegeven op de vordering van de gedupeerden. Hier komen allerlei andere schadeposten aan de orde, zoals inkomstenderving en verhuiskosten als gevolg van de geboorte van het kind; en tenslotte ook de vraag of de arts zijn aansprakelijkheid kan uitsluiten.

Het boek werd afgesloten rond april 1988.

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1. INLEIDING: HET KIND EN DE REKENING

Veranderende opvattingen leiden tot nieuwe vragen aan de rechtswetenschap. Waren nieuwgeborenen – hoe velen ook op rij – tot voor kort vrijwel steeds een zegen Gods en was „gezinsplanning” een nog niet-bestaand woord (hetgeen alleen al uit taal-esthetische overwegingen gelukkig was), in deze dagen lijkt een nieuwgeborene vaak voort te spruiten uit een welbewuste keuze en is gezinsplanning eerder regel dan uitzondering.

De tijd dat het nog kinderen kon regenen ligt nog niet zo ver achter ons, maar dat het alleen al vanwege de ruimte niet zo door kon gaan, staat wel vast¹⁾. Allerlei methoden van geboortenregeling zijn in zwang geraakt en de rigoreuze ingreep van sterilisatie is langzamerhand gemeengoed geworden²⁾. Overigens, niet altijd liggen overwegingen van gezinsplanning aan de beslissing tot een sterilisatie ten grondslag. Ook bijvoorbeeld de lichamelijke of psychische toestand van de vrouw kan tot zo'n beslissing leiden.

Zo vinden er jaarlijks vele duizenden ingrepen plaats. Men schat dat er sinds 1971 in Nederland bijna 600.000 mannen zijn gesteriliseerd en bijna 800.000 vrouwen³⁾. Het kan niet anders of daarbij worden fouten gemaakt⁴⁾. In verzekeringskringen hoorde ik dat vorderingen vanwege mislukte sterilisaties betrekkelijk vaak voorkomen. Maar gegevens zijn van hen niet te krijgen. Het eigen-aardige van een mislukte sterilisatie is dat geheel tegen de wens van de „gesteriliseerde” in toch (weer) een kind kan worden verwacht.

1) J. Fourastié, De moraal is zoek, op zoek naar de moraal, 1967, (geciteerd door J. de Graaf in Sterilisatie van de mens, De Nederlandse bibliotheek der geneeskunde deel 40 (1974), blz. 18 e.v.).

2) Zie no. 5.2.1. en J.F. Rang in: Sterilisatie van de mens (hiervóór noot 1), blz. 120 e.v., bespreekt buitenlandse wetgeving.

3) Voor getallen raadplege men: Continue morbiditeits registratie Peilstations Nederland 1985 (een uitgave van de Stichting NIVEL), blz. 36 e.v.; het betreft hier de meest recente uitgave.

4) Doorgaans leiden deze fouten niet tot processen. Dat schaderegeling-onderling wel voorkomt melden L.C. van Otterlo en W. Vlaanderen, Ned. T. Geneesk. 1982, blz. 243.

En wat dan? Moeten de ouders die het kind verwachten er mee volstaan dit dan toch maar als een „unwanted blessing”⁵⁾ te aanvaarden, of kunnen zij langs juridische weg wellicht hun gram halen als de mislukking is te wijten aan een beroepsfout van de arts? Er is de medische tuchtrechter, voor wie de arts ter verantwoording kan worden geroepen, waarna tegen hem een maatregel kan worden genomen. Maar willen de (aanstaande) vader en moeder de mogelijkerwijs door hen geleden schade vergoed zien, dan zullen zij zich moeten wenden tot de burgerlijke rechter. Zo’n actie roept onmiddellijk vragen op: een kind als schade-post?, de arts heeft het kind toch niet verwekt? En al zou hij aansprakelijk zijn, welke schade moet dan worden vergoed? Alleen de medische kosten van de bevalling? Of ook de kosten die de ouders moeten maken omdat ze tengevolge van de gezinsuitbreiding moeten verhuizen?, en waarom dan ook niet de kosten van het opvoeden van dat kind? Bovendien, lijden de ouders eigenlijk wel schade? – ze kunnen het kind toch laten aborteren of op z’n minst afstand ter adoptie doen?

In Nederland houdt men zich er nog maar nauwelijks mee bezig. De jurisprudentie is schaars⁶⁾. Hoe anders is dat in het buitenland, niet alleen in de Verenigde Staten, maar sinds enkele jaren ook in Duitsland en Engeland. Vooral in deze drie landen is over het verschijnsel van de mislukte sterilisatie al heel wat nagedacht, en het is daarom dat in dit boek veel aan rechtsvergelijkend onderzoek wordt gedaan.

1.2. WAT VOORAF GING

In Minnesota, zo’n kleine vijftig jaar geleden, ried de arts Christensen het echtpaar Thornby ernstig aan om zwangerschappen te voorkomen. Na de moeilijke geboorte van haar eerste kind viel bij eventuele volgende zwangerschappen ernstig te vrezen voor de lichamelijke gezondheid van de vrouw. De man liet zich steriliseren maar veel hielp het niet: de vrouw raakte wederom zwanger en zonder daaraan nadelige gevolgen over te houden, baarde ze haar tweede kind. De echtgenoot liet het er niet bij zitten en stelde de arts aansprakelijk voor de materiële en immateriële schade. Het zou de eerste uitspraak worden over een mislukte

5) Een in dit verband vaak gebruikte term, zie bijvoorbeeld J.S. Kashi, *The case of the unwanted Blessing: Wrongful life*, U. Miami L.Rev. 1977, blz. 1409 e.v.

6) Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 1983, NJ 1984, 240 en in TvG 1983, blz. 327 (inclusief het rechtbankvonnis); Rb. Arnhem, 28 november 1974 en 26 februari 1976, NJ 1977, 281; Rb. Maastricht 22 november 1979, NJ 1980, 655 en Rb. Leeuwarden 1 maart 1984, NJ 1986, 334.

sterilisatie⁷⁾; en vrijwel steeds zouden de opvoedingskosten centraal staan.

Nadien zou dit type vordering furore maken onder de klinkende naam „action for wrongful birth”. Ofschoon in sommige rechterlijke uitspraken en in sommige wetenschappelijke artikelen een andere naam werd gebruikt (respectievelijk werden voorgesteld: „wrongful sterilisation”, „wrongful pregnancy”, „wrongful conception”) houdt „wrongful birth” gemakkelijk stand⁸⁾.

In *Christensen v. Thornby* kreeg de gedupeerde patient zijn schade niet vergoed, want „instead of losing his wife, the plaintiff has been blessed with the fatherhood of another child”. Zo’n twintig jaar later, in 1956, oordeelde een andere rechter, in de staat Pennsylvania, de vordering van de ouders „foreign to the universal sentiment of the people”⁹⁾. De ouders hadden tot de uiteindelijk mislukte sterilisatie besloten om zich van voldoende financiële armslag verzekerd te weten voor de opvoeding van hun vier kinderen.

Er kwamen ook uitspraken waarin de rechter wél bereid bleek de arts tot schadevergoeding te veroordelen. Een vrouw liet zich op aanraden van haar arts en ook om sociaal-economische redenen steriliseren. Toen alsnog een tiende kind werd geboren, vorderde zij met succes vergoeding voor de kosten, onder meer die voor de opvoeding van het kind¹⁰⁾.

Andere uitspraken volgden en steeds was de uitkomst voor de patient én voor de arts een verrassing: soms een totale afwijzing, vaker een gedeeltelijke toewijzing en een enkele keer een gehele toewijzing.

De Westduitse rechter is minder terughoudend: op één lagere uitspraak na¹¹⁾ werd – voor zover valt na te gaan – de arts aansprakelijk gehouden voor de schade. Mits zijn foutieve handelen vaststond, natuurlijk. Over de precieze omvang van de meest interessante schadepost – de opvoedingskosten – heeft het Bundesgerichtshof enige tijd geleden uitspraak gedaan¹²⁾.

In Engeland is het laatste oordeel beslist nog niet gevelde; vooralsnog is daar de ene rechter terughoudend en de andere ruimhartig als het gaat om de opvoedingskosten¹³⁾. De Franse is bij mijn weten nog niet

7) *Christensen v Thornby* 255 NW 620 (Minn 1934), 93 A L R 570

8) Zie J Milsteen, over het belang van de terminologie, *Emory Law Journal* 1983, blz 1174 e.v. Hij stelt voor dit soort vorderingen te vatten onder de gewone term „medical malpractice actions”, het gebruik van de term „wrongful” zou de rechterlijke colleges te zeer tegen de borst stuiten, waardoor de gedupeerde zijn kansen op schadevergoeding zou zien verminderen (blz 1176)

9) *Shaheen v Knight*, 11 Pa D & C 2d 41 (1957)

10) *Custodio v Bauer*, 59 Cal Rptr 463 (1967)

11) OLG Frankfurt, 1 december 1982, *NJW* 1983, blz 341

12) Een tweeling-uitspraak BGH 18 maart 1980, *VersR* 1980, blz 555, en BGH 18 maart 1980, *VersR* 1980, blz 558

13) Bijvoorbeeld *Udale v Bloomsbury Area Health Authority*, (1983) 2 All ER 522, (1983)

voor het probleem geplaatst¹⁴⁾; en de Belgische, Zwitserse en Canadese rechters blijken afwijzend¹⁵⁾. De Nederlandse rechter tenslotte heeft, voor zover mij bekend, althans over de opvoedingskosten nog nimmer een uitspraak hoeven doen. Hoe zou die uitspraak trouwens moeten luiden?

←

1 WLR 1098. Geheel anders *Thake and another v. Maurice* (1984) 2 All ER 513.

14) Aldus blijkt uit de annotatie van J. Penneau onder *Cour de Cassation* 9 mei 1983, D. 1984, blz. 123. Ook uit de periode daarna ken ik geen rechtspraak.

15) Zie voor België: Rb. Antwerpen 17 januari 1980, *De Verz.* 1981, blz. 183. Zie voor het Zwitserse en Canadese recht hierna nos. 6.2 en 6.4.

Hoofdstuk 2

Medische aansprakelijkheid

2.1. DE GRONDSLAG VOOR DE AANSPRAKELIJKHEID

De grondslag voor „medische aansprakelijkheid” is bijna altijd óf wanprestatie: de arts is tekort geschoten in de vervulling van zijn verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst; óf onrechtmatige daad: de arts heeft onrechtmatig gehandeld, want in strijd met de zorgvuldigheid die hem in het maatschappelijk verkeer betaamt¹⁶).

De vorderingen uit wanprestatie en onrechtmatige daad zijn niet zo maar verwisselbaar. Wanprestatie veronderstelt doorgaans een overeenkomst tussen patiënt en arts. Een onrechtmatige daad daarentegen brengt juist eiser en gedaagde, meestal voor het eerst, bij elkaar. Hebben twee partijen een overeenkomst gesloten, dan kunnen zij elkaar bij malheur slechts aanspreken uit wanprestatie.

Dat is niet helemáál waar: want soms sluit het bestaan van een overeenkomst niet uit dat de tekortgedane partij zijn vordering met succes (tevens) op onrechtmatige daad baseert, namelijk dan wanneer de handelwijze van de gedaagde (de arts) „onafhankelijk van de schending van contractuele verplichtingen”¹⁷) onrechtmatig is. Zo is een vordering op grond van onrechtmatige daad mogelijk indien de arts bij een operatie voor spataderen een zodanige vergissing begaat dat de patiënte haar been nog maar in beperkte mate kan gebruiken. In dat laatste geval is niet alleen een contractuele norm geschonden, maar is tevens gehandeld in strijd met de algemeen maatschappelijke norm dat mensen zorgvuldig met elkaar dienen om te springen. Bovendien wordt gehandeld in strijd

16) Zie de literatuur vermeld in OD VIII (Michiels van Kessenich-Hoogendam) no 34, B Sluyters, De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 1984, blz 5 e v en blz 34 e v. Zie ook (in bieder perspectief) de redes van W B van der Mij, Wie stelt de dokter de wet? Rotterdam 1983 en van F C B van Wijnen, Recht op kwaliteit, Maastricht 1983.

Op het onderscheid naar Amerikaans en naar Duits recht zal ik in het hierna volgende nauwelijks ingaan, zie daarover bijvoorbeeld E.J. Goss, Cal W.L. Rev 1974, blz 137 e v en bijvoorbeeld W. Deuchler, Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes („Wrongful birth”) 1984, blz 22 e v.

17) HR 9 december 1955, NJ 1956, 157 (LEHR) J.H. Nieuwenhuis, Anders en Eendei, rede Leiden 1983.

met des daders rechtsplicht. Eiser mag in die gevallen kiezen op welk van beide grondslagen hij een rechtsvordering wil bouwen. Het meest verstandig is het voor twee ankers te gaan liggen¹⁸⁾.

Maakt het wat uit waarop de gedupeerde zich baseert? Het antwoord luidt ja, want voor de vraag wie bij een eventuele mislukking moet bewijzen – de arts of zijn patiënt – kán het verschil maken of de rechter een vordering uit wanprestatie of uit onrechtmatige daad voor zich krijgt (zie voor bewijs hoofdstuk 4). Wellicht ook kan de keuze voor de ene grondslag of voor de andere van belang zijn voor de vraag of de rechter een eenmaal vastgestelde schadevergoedingsverplichting mag matigen (zie hierna no. 6.8.1). Voor vergoeding van immateriële schade maakt het thans niet meer uit of de patiënt kiest voor wanprestatie of onrechtmatige daad¹⁹⁾.

Hiermee is evenwel nog niets gezegd over de vraag of degene die zijn arts aansprakelijk wil stellen voor de schade die voortvloeit uit een mislukte sterilisatie wel de keuze heeft uit wanprestatie en onrechtmatige daad (art. 1401 jo 1407 BW). Doorgaans zal dat in gevallen van medische aansprakelijkheid wel het geval zijn. Als men, met bijvoorbeeld Knol, letsel definieert als iedere tijdelijke of blijvende aantasting van de lichamelijke integriteit van de mens²⁰⁾, dan leidt het gewraakte handelen of nalaten van de arts in het algemeen tot letsel. Ligt dat anders voor de mislukte sterilisatie? Zou men niet kunnen volhouden dat in zo'n geval de lichamelijke integriteit juist niet wordt aangetast, zodat een onrechtmatige daad de grondslag voor de vordering niet kan zijn? Deze opvatting lijkt mij toch onjuist. De patiënt die zich laat steriliseren stelt zich metterdaad bloot aan een medische ingreep. De ingreep zelf, ook al is ze mislukt, is een tijdelijke aantasting van de lichamelijke integriteit van de patiënt²¹⁾.

Het zou anders zijn als een arts, die heeft overeengekomen om een patiënt te steriliseren, niet komt opdagen. In dat geval kan alleen wanprestatie de grondslag voor een mogelijke vordering tot schadevergoeding zijn²²⁾.

18) Vgl. CR VIII (Spier) no. 102; voor Amerika zou hetzelfde gelden, E.J. Goss, Cal. W.L. Rev. 1974, blz. 159.

19) Zie Hof 's-Gravenhage 14 januari 1960, NJ 1961, 79. Anders nog Hofmann I (Van Opstall) eerste gedeelte, 1976, blz. 178/9. Ten onrechte, de benadeelde zijn recht op smartegeld onthouden op de enkele grond dat hij zijn vordering op wanprestatie baseerde, is een vorm van juristerij in de slechte zin van het woord. Niet de grondslag maar de aard van de schade (letsel) hoort bepalend te zijn. Aldus terecht P.C. Knol, Vergoeding van letsel schade, 1986, blz. 14. Zie ook Asser-Rutten I (1981), blz. 198, J.J. Vriesendorp, NJB 1985, blz. 116/7 en uitvoerig CR VI (De Groot), no. 947.

20) P.C. Knol, a.w. 1986, blz. 4, e.v.

21) Aldus ook in het Westduitse recht BGHZ 29, 46 en 176. Zie voor enige rechtsvergelijkende notities: Deutsch, Gutachten und Vorschläge, 1981, blz. 1080 e.v.

22) Soms is alléén een vordering uit onrechtmatige daad mogelijk. Een prachtig maar

Is niet ook een verschil tussen een vordering op grond van wanprestatie en een op grond van onrechtmatige daad, dat in het eerste geval *schuld* geen zelfstandig vereiste is voor aansprakelijkheid, in het tweede geval daarentegen wel? Is de contractuele weg dan niet profijtelijker voor de patient dan de delictuele weg? Op het eerste gezicht lijkt dat zeker het geval, maar het is de vraag of het verschil werkelijk zo groot is.

Als het gaat om de *contractuele* weg is schuld inderdaad geen vereiste voor wanprestatie. Wel kan de arts een aansprakelijkheidsvordering proberen af te weren door zich op overmacht te beroepen. Want een tekortkoming in de nakoming kan de arts niet worden toegerekend als zij niet is te wijten aan de schuld van de arts en zij bovendien niet naar de in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. Welnu, als de arts een schuldverwijt valt te maken van de tekortkoming dan is hij aansprakelijk – het spreekt voor zichzelf²³⁾. De bewijslast voor het ontbreken van schuld rust op hem, de schuldenaar²⁴⁾.

Gaat het om een vordering op grond van *onrechtmatige daad*, dan geldt dat de onrechtmatige gedraging aan de arts te verwijten moet zijn. In zoverre kan er een verschil zijn tussen wanprestatie en onrechtmatige daad als grondslag voor de vordering. Anderzijds lijkt de schuld-vraag bij onrechtmatige daad in bepaalde gevallen van steeds geringer gewicht te worden. Er is een tendens om het schuldvereiste „weg” te fingeren, „weg” te presumeren of „weg” te objectiveren. En ook hier spelen de in het verkeer geldende opvattingen een rol. Want waarom kent men het schuldvereiste steeds minder gewicht toe? Omdat men de dader aansprakelijk wil hebben voor zijn daden (zie uitvoeriger no. 2.7.). Overigens is het doorgaans aan de arts om aannemelijk te maken dat hem geen schuld treft²⁵⁾.

Omdat het schuldvereiste in bepaalde situaties in feite wordt verlaten, krijgt de vraag naar de delictuele aansprakelijkheid vooral een meer objectieve lading: heeft de arts gehandeld als een redelijk bekwame

←
 tieuing voorbeeld is het geval dat een arts twee patienten had verwisseld en vervolgens een patient (die voor gans iets anders was opgenomen) steriliseerde, Vaud, TC, cour civile 9 februari 1972, SJZ 1972, blz 311

23) „Schuld” moet hier worden verstaan in de betekenis die men daaraan hecht bij onrechtmatige daad Zie Hofmann-Van Opstall, I, 1, 1976, blz 304 e v „een gedrag van de schuldenaar dat voor hem vermydbaar en aan hem verwijtbaar is” Aldus ook Pail Gesch boek 6, blz MvA II bij art 6183, Asser-Rutten-Hartkamp I (1988), no 322 Zie ook uitvoerig het proefschrift van G E van Maanen, Onrechtmatige Daad, diss Groningen 1987, blz 222 e v

24) Bij zuivere inspanningsverbintenissen komt men niet toe aan het overmachtsverweer Dat mogelijke verweer lijkt als het ware op te gaan in de vraag of de schuldenaar zich voldoende heeft ingespannen Maar ook dan kan de schuld-vraag een rol spelen, zij het meer impliciet

25) Vgl Asser-Rutten-Hartkamp III (1986), no 77

arts?; of, in de terminologie van het voorontwerp, heeft de arts de zorg van een goed hulpverlener in acht genomen?

Een conclusie kan zijn dat het verschil op het punt van het schuldvereiste tussen de contractuele en de delictuele weg in feite vaak heel klein kan zijn – of zelfs niet bestaat.

Maar niet alleen op het punt van het schuldvereiste lijken de vorderingen op grond van wanprestatie en onrechtmatige daad uiteen te lopen. Want zelfs al zou de arts in het kader van een overmachtsverweer erin slagen te bewijzen dat hem geen verwijt valt te maken, dan zal hij bovendien nog moeten bewijzen dat de tekortkoming niet voor zijn rekening komt²⁶). Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (vgl. art. 6.1.8.2 NBW). Dan staat men voor de vraag wat in een concreet geval de in het verkeer geldende opvattingen voorschrijven. Als algemene regel neemt men wel aan dat gevolgen van oorzaken die zijn gelegen in de persoon van de schuldenaar of in zijn persoonlijke omstandigheden voor zijn rekening komen. Maar steeds zal men acht moeten slaan op de omstandigheden van het geval²⁷). Zo kunnen naar mijn mening de ontwikkelingen die leiden tot de afnemende betekenis van het schuldvereiste bij onrechtmatige daad ook hier een rol spelen (vgl. hierna no. 2.7).

Kennen we deze risico-vraag in het kader van een vordering op grond van onrechtmatige daad? Kan het – met andere woorden – ook bij een vordering op grond van onrechtmatige daad zo zijn dat de arts aansprakelijk wordt gehouden ook als vaststaat dat hij in het geheel geen schuld heeft? Stel dat een chirurg een epileptische aanval krijgt – voor het eerst van zijn leven – en dat hij daardoor met een injectienaald de voor hem liggende patient een oog uitsteekt. Vast staat dat hem geen enkel (subjectief) verwijt treft. In het kader van een beroep op over-

26) Een vraag kan zijn of men bij inspanningsverbintenissen nog wel toekomt aan de risico-vraag. Het zou wonderlijk zijn als het - omstrede - onderscheid tussen resultaat- en inspanningsverbintenissen dit gevolg zou hebben dat bij de eerste bepaalde feiten wel voor het risico aan de arts komen en in het tweede geval niet. Een rechtvaardiging voor dat verschil zie ik niet. Misschien zou een echte voorstander van het onderscheid tussen resultaat- en inspanningsverbintenissen de oplossing erin zoeken de goede lichamelijke conditie van de chirurg als een resultaatsverbintenis aan te merken, om aldus toch aan de vraag toe te komen of de epileptische aanval niet voor risico van de arts komt. Immers men neemt aan dat een inspanningsverbintenis veelal uiteen valt in een aantal deelverbintenissen, waaronder ongetwijfeld een aantal resultaatsverbintenissen. Vgl. CR I (Den Tonkelaar) no 129, onder a. Zie dezelfde in zijn boek *Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen* 1982, blz 50 e v.

27) Vgl. Hofmann-Van Opstall, I, 1 blz 310. Zie voor de situatie van een beroep op overmacht gedaan door een apotheker: A.L.M. Broekhuijsen-Molenaar en C.J.J.M. Stolker, *Geneesmiddelen en aansprakelijkheid*, 1986, blz 38 e v.

macht door de arts zou men – naar mijn oordeel²⁸⁾ – de arts aansprakelijk kunnen houden door de tekortkoming voor zijn rekening te laten komen.

Maar hoe is het als de patiënt zijn vordering baseert op onrechtmatige daad? We komen er niet door de schuld te objectiveren zoals in het geval van meneer Lanting aan wie, geconfronteerd met een ree uit Meppel, tenminste nog het verwijt van error in extremis viel te maken?²⁹⁾ Maar de arts uit het bovengegeven voorbeeld valt zelfs geen error in extremis te verwijten. Dat betekent dat de rechter die de arts desondanks voor de schade aansprakelijk wil houden óf het schuldvereiste geheel moet objectiveren (een redelijk bekwaam arts krijgt tijdens het opereren geen epileptische analyse aanval) dan wel – en dat lijkt me een koninklijker weg – eenvoudigweg zal moeten toegeven dat hij zijn toevlucht neemt tot het *fingeren* van schuld (zie voor de argumenten no. 2.7).

Voor het overige vormen de verschillen tussen beide vorderingen, zeker in het licht van het Nieuw BW, in gevallen als deze niet meer dan kreukels die met het inwerking treden van het nieuwe wetboek over enkele jaren zullen zijn gladgestreken³⁰⁾.

2.2. *RESULTAATS- EN INSPANNINGSVERBINTENIS*

De verbintenissen die voortvloeien uit een overeenkomst worden wel verdeeld in resultaats- en inspanningsverbintenissen. Een verbintenis wordt resultaatsverbintenis genoemd, wanneer de debiteur gehouden is om een bepaald resultaat tot stand te brengen. Onder een inspanningsverbintenis wordt verstaan, een verbintenis op grond waarvan de debiteur verplicht is een bepaalde inspanning (zorg, toewijding) te leveren teneinde te trachten een bepaald doel te bereiken.

Dit onderscheid wordt vooral van belang geacht voor de verdeling van de bewijslast. Op die bewijslast kom ik nog uitvoerig terug (zie no. 4.5.1.). Maar nu reeds dit: bij een resultaatsverbintenis behoeft de crediteur slechts te stellen dat het resultaat waartoe de debiteur zich heeft verplicht is uitgebleven. De debiteur moet dan maar proberen te bewijzen

28) Men zou ook a contrario kunnen redeneren: art. 6.3.1.2b geeft een speciale bepaling voor dit soort gevallen, waaruit kan worden afgeleid dat naar geldend recht geen aansprakelijkheid bestaat. Vgl. B.J. Engelen, TPR 1987, blz. 810/1.

29) HR 11 november 1983, NJ 1984, 331; zie hierna no. 2.7.

30) Zie over het vraagstuk van de causaliteit bij wanprestatie en onrechtmatige daad: M.M. Olthof, BW-krant Jaarboek 1988, blz. 37 e.v.

dat het uitblijven van het overeengekomen resultaat niet aan hem, maar aan overmacht is te wijten.

De crediteur heeft het een stuk moeilijker bij een inspanningsverbintenis, want in dat geval schuiven de bewijsproblemen naar hem toe: hij zal moeten aantonen dat de debiteur zich onvoldoende heeft ingespannen om het doel te bereiken (niet een resultaat, maar een inspanning was immers „toegezegd”). Wanneer we nu de patiënt crediteur noemen en de arts debiteur, dan is duidelijk dat de patiënt het meest is gebaat bij de positie van crediteur bij een resultaatsverbintenis. Hij zou in dat geval kunnen volstaan met het aantonen van een bepaald feit, een achteruitgang in zijn gezondheidstoestand bijvoorbeeld.

Nu vormt bij medische behandelingsovereenkomsten het menselijk lichaam een ongewisse factor. In verreweg de meeste gevallen is geen volledige zekerheid over het te bereiken resultaat te verkrijgen. Als ik de glazenwasser vraag mijn ruiten te zemen of de fietsenmaker mijn achterlicht te maken dan staat het resultaat vast, behoudens overmacht door de debiteur te bewijzen. Maar zo helder als glas en zo voorspelbaar als de gang van electriciteit is het menselijk lichaam niet. Slechts bij uitzondering kan de arts een resultaat toezeggen: bij het vullen van een kies of het weghalen van sommige cysten, of bij bloed- en urine-onderzoek bijvoorbeeld. Vaak zal ook verschil van mening mogelijk zijn. De rechter zal zelf een keuze moeten maken. Zo noemt de Argentijnse auteur Manchini de verplichtingen ter zake van plastische chirurgie een resultaatsverbintenissen³¹⁾. De Fransman Mémeteau bijvoorbeeld het laboratorium-onderzoek en de analyse van bloed: „l'obligation est de fournir un résultat exact, et la méthode y conduisant est présumée infaillible.”³²⁾ Terecht merkt Rang op dat de arts vaker een resultaat kan toezeggen naarmate de geneeskunde verder evolueert³³⁾. Toch zullen volledige resultaatsverbintenissen uitzonderingen blijven³⁴⁾.

Overigens lijkt het mij dat één behandeling veelal zal bestaan uit resultaatsverbintenissen én inspanningsverbintenissen tegelijk. Zo kan in een bepaald geval het laboratorium-onderzoek en de interpretatie van de uitslagen een resultaatsverbintenis zijn, terwijl de behandeling zelf dat niet is.

Tenslotte kan het ook zijn dat de arts van een inspanningsverbintenis

31) H. Manchini, *La Ley* 1984, blz. 1380.

32) G. Mémeteau en L. Mélenec, *Droit Médical*, 1986, blz. 166. Zie voor recente rechtspraak: Penneau, *Encyclopédie Dalloz (Médecine)*, Mise à Jour 1988, no. 609 e.v.

33) J.F. Rang in: *Sterilisatie van de mens* (zie hiervoor noot 1), blz. 130 e.v.

34) Zie voor het Franse recht uitvoerig G. Mémeteau, *Traité de droit médical* 2, 1982, blz. 57 e.v.; A. Dorsner-Dolivet *JCP II* 1984, 20262, onder 1° met literatuur.

een resultaatsverbintenis maakt door meer of minder uitdrukkelijk een bepaald resultaat toe te zeggen of te garanderen (zie no. 4.5.3).

2.3. *RESULTAAT-ONDER-VOORBEHOUD-VERBINTENIS*

Maar als volledige resultaatsverbintenissen uitzondering zijn, dan zijn dus alle verbintenissen op enkele na, binnen de scala van medische overeenkomsten, inspanningsverbintenissen. Dan rijst de vraag of hier het onderscheid wel enige zin heeft.

Nadat Rang³⁵⁾ er al op had gewezen dat sommige ingrepen en behandelingen sterk op resultaatsverbintenissen lijken zonder het vooralsnog te zijn, „bedachten” Kleijn, Kranenburg en Hijma³⁶⁾ een nieuw, een derde type: de resultaat-onder-voorbehoud-verbintenis, zich bevindend tussen beide andere typen in. Aan de verrichtingen zelf van de medicus wordt weliswaar een aanzienlijke plaats toegekend, maar partijen hebben beiden toch zeer duidelijke verwachtingen ten aanzien van het resultaat. Als voorbeelden van elk van deze drie typen noemen zij: (1) het trekken of vullen van een kies, (2) het verrichten van een hartklep-operatie en (3) het herstellen van een gecompliceerde beenbreuk.

„Men kan ruwweg zeggen dat in geval één het bereiken van een voorspoedige afloop „hoogstwaarschijnlijk” in geval twee „slechts mogelijk” en in geval drie „waarschijnlijk” mag heten.”

2.4. *OPPOSITIE TEGEN WELK ONDERSCHIED DAN OOK*

Tegen het onderscheid in resultaats- en inspanningsverbintenissen is Schoordijk al meermalen te velde getrokken³⁷⁾. Echte resultaatsverbintenissen – in de zin dat daarmee een bepaald resultaat wordt gegarandeerd – komen maar heel weinig voor. Ongeconditioneerde toezeggingen zijn eigenlijk absurd, inhumaan. Bovendien is het onderscheid innerlijk tegenstrijdig, omdat enerzijds de toezegging van de debiteur onvoorwaardelijk zou zijn, maar anderzijds ook weer niet omdat een de toezegging verhinderende factor wordt erkend, te weten overmacht³⁸⁾.

In het voorgaande werd al opgemerkt dat volgens sommigen het onderscheid een beslissende rol kan spelen bij de verdeling van de bewijs-

35) Rang, t.a.p.

36) W.M. Kleijn, J(ac). Hijma en T.J. (Mellema-)Kranenburg, TvG 1979, blz. 147 e.v. Instemmend R.L.M. Wijshoff-Vogelzang, Arts-Patiënt 1985, Serie Gezondheidsrecht no. 14, blz. 32 e.v.

37) H.C.F. Schoordijk, BR 1969, blz. 65 e.v. en in: Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht 1979, blz. 183 e.v.

38) Schoordijk, a.w. 1979 (zie hiervóór), blz. 184 e.v.

last. Het verbaast niet dat Schoordijk zich hiertegen afzet:

„Ik blijf erbij, dat een classificatie van contracten in inspanningsver-
bintenissen en resultaatsverbintenissen ons niet mag afhouden van
onze enige taak: overeenkomsten zinvol te interpreteren en de ele-
menten *inspanning-resultaat* – voor zover van betekenis – goed te
onderkennen. De verdeling van de bewijslast mag niet aan een mate-
rieelrechtelijke kwalificatie van een overeenkomst worden opgehan-
gen”³⁹⁾.

In het hoofdstuk waarin allerlei bewijskwesties worden behandeld, wil ik
nog iets zeggen over het belang van het onderscheid. Ik zal daar tot de
conclusie komen dat zij voor de bewijslastverdeling wellicht wel bruik-
baar, maar niet noodzakelijk is.

2.5. DE MATE VAN ZORG

Voor aansprakelijkheid is vereist dat de arts is tekort geschoten in de
nakoming van zijn verplichtingen jegens de patient (wanprestatie); of dat
de arts zijn patient op onzorgvuldige wijze heeft behandeld (onrechtma-
tige daad). Maar wanneer is dat het geval? Aan welke maatstaf moet zijn
handelen worden gemeten?

De „redelijk bekwame geneesheer” is de norm⁴⁰⁾. Van alle kwalifica-
ties die zijn voorgesteld, lijkt deze toch de meest juiste. Giesen⁴¹⁾
verwacht van de arts „that he should show a fair, reasonable and com-
petent degree of skill”. Als een arts deze norm niet haalt, dan is hij in
beginsel aansprakelijk voor de schade die uit zijn handelen voortvloeit.

„The carrying out of treatment can be *contra legem artis* (malprac-
tice) if it is done without the proper and reasonable standard of
skill, care, and competence of the medical profession”⁴²⁾.

Het goede arbeidsverleden van de arts telt niet⁴³⁾. Aangesproken op een
beroepsfout helpt hem geen verweer dat hij in het verleden zulk voor-
treffelijk werk afleverde en nooit fouten maakte. Hoe begrijpelijk ook

39) Schoordijk, a w 1979, blz 190. Zie verder uitvoerig J D A den Tonkelaar, Resul-
taatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen 1982, blz 16 e v, hij nuanceert
overigens een al te rigide opvatting t a v de bewijslastverdeling, blz 63.

40) Voor literatuur OD VIII (Michiels van Kessenich-Hoogendam), no 361, Michiels van
Kessenich zelf TvG 1985, blz 186, die nog eens benadrukt dat de toets een norma-
tieve moet zijn. Zie ook B Sluyters, preadvies 1984 (hiervóór noot 16), blz 10 e v
en blz 38 e v. En C J H Brunner, RMTh 1977, blz 370, Wijshoff-Vogelzang, (zie
hiervóór noot 36), blz 105 e v.

41) D Giesen, Arzthaftungsrecht/Medical Malpractice Law, Bielefeld 1981, blz 160. Het
boek – terecht geprezen door A Hoekema in NJB 1984, blz 523 – is tweetalig. Ik
verwijs steeds naar de Engelse tekst.

42) Giesen, a w 1981, p 161.

43) Een licht adembenemend „overzicht” van allerlei relevante vragen geeft A Samuels,
Med Sci Law 1983, blz 32.

het verweer, juridisch is het niet of nauwelijks relevant. Want de norm die aan de arts wordt voorgehouden moet telkens wéér worden gehaald. Een patiënt die zijn arts aansprakelijk stelt voor een beroepsfout kan niet worden tegengeworpen dat de arts in tientallen vergelijkbare gevallen géén fouten maakte. Terecht merkt Sluyters dan ook op dat het bij de vaststelling van de civiele aansprakelijkheid, anders dan in het strafrecht en in het tuchtrecht, niet zozeer gaat om de beoordeling van de man maar om een beoordeling van de handeling⁴⁴⁾.

In het voorontwerp voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst is gekozen voor een iets andere formulering: „De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen.” Een materieel verschil met het voorafgaande (de redelijk bekwame geneesheer als norm) is er niet⁴⁵⁾.

2.6. BEGINNERS EN ONERVARENEN

2.6.1. Algemeen

De maatstaf is de redelijk bekwame arts; of een goed hulpverlener. Wie aan die norm niet voldoet is in beginsel aansprakelijk voor de schade die uit zijn handelen voortvloeit. Dat de arts-in-kwestie een beginner is, onervaren, of dat wellicht sprake is van een student, doet daaraan niet af. Het recht houdt hun één norm voor: een redelijk bekwaam, een goed arts⁴⁶⁾.

Zolang de arts niet aan deze norm voldoet, bijvoorbeeld omdat hij nog in opleiding is of met een bepaalde handeling nog geen of nauwelijks ervaring heeft, behoort hij te weigeren de behandeling zelfstandig te verrichten. Al naar gelang het stadium van zijn opleiding mag hij slechts toekijken, hand- en spandiensten verrichten, dan wel onder strikte of minder strikte begeleiding zelf handelen. Er mag geen sprake zijn van een extra risico voor de patiënt: diens welzijn heeft voorrang. Heel helder wordt dit beginsel door het Bundesgerichtshof tot uitdrukking gebracht:

„Die ausbildenden Ärzte müssen aber, bevor sie dem jungen Arzt die eigenverantwortliche Durchführung der Operation übertragen, vorher nach objektiven Kriterien prüfen und danach zu dem ärztlich vertret-

44) B. Sluyters, Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland, Serie Medisch Recht nr. 7, 1974, blz. 39.

45) De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling (voorontwerp van wet), Ministerie van Justitie en dat van WVC, februari 1987, art. 1653g.

46) Aldus ook Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, 1982, blz. 46 e.v.

baren Ergebnis kommen können, dass für den Patienten dadurch kein zusätzliches Risiko entsteht. Immer muss der Standard eines erfahrenen Chirurgen gewährleistet sein. Solange irgendwelche Zweifel an dem erforderlichen Ausbildungsstand des Anfängers bestehen, muss die Operation von einem Facharzt, der stets anwesend ist, überwacht werden. Vorrang haben das Wohl des Patienten und seine Sicherheit, nicht etwa eine bequemere Organisation des Klinikdienstes und die (gewiss notwendige) Verschaffung der Gelegenheit für den Assistenzarzt, zum Erwerb seiner Qualifikation erforderliche Operationen auszuführen. In keinem Fall werden sich Krankenhausträger und Ärzte darauf berufen dürfen, ein Mangel an ausreichend ausgebildeten Fachärzten zwingt zum Einsatz auch relativ unerfahrener Assistenzärzte⁴⁷⁾.

Als het handelen van een beginner of een onervarene tot fouten leidt, dan kan deze zich niet aan aansprakelijkheid onttrekken op grond van de omstandigheid dat hem geen verwijt treft. Dat verwijt (schuld) wordt hem eenvoudig toegerekend⁴⁸⁾. Datzelfde geldt voor de begeleidende arts en voor het ziekenhuis, indien zij zouden worden aangesproken. Daarvoor is alle reden, naar het mij schijnt. Vooreerst gaat het niet aan de patient met de schade te laten zitten enkel en alleen omdat hij een onervaren arts aan zijn bed trof. Want waarom zou hij de tol van de opleiding van een arts moeten betalen? Daarbij valt te bedenken dat de patient het in de praktijk van alle dag veelal niet voor het zeggen heeft wie er aan zijn bed komt. Wellicht zal hij zelfs niet weten dat hij voor deze arts de eerste is. Soms zal het ook nog gaan om een patient wiens draagklacht gering is.

Terzijde, in Amerika werd wel de opvatting gehoord dat charitatieve instellingen voor gezondheidszorg, waar arme patienten gratis worden geholpen, immuun zouden moeten zijn voor aansprakelijkheid⁴⁹⁾. De hulp

47) BGH 27 september 1983, MedR 1984, blz 63 Over deze uitspraak H. Franzki, MedR 1984, blz 186 e.v. Verder BGH 24 november 1970, VersR 1971, blz 251, Giesen 1984 (hierna noot 81), blz 37 e.v.

48) Aldus de terminologie van het Nieuw BW, art 6:311 lid 3 De Parl. Gesch. noemt het voorbeeld van de onervaren arts zelfs met zoveel woorden, onder verwijzing naar de Engelse uitspraak *Jones v. Manchester Corp* (1952) 2 QB 852, boek 6, blz 618 in verband met de onrechtmatige daad. Evenmin zal onervarenheid een grond voor overmacht opleveren vgl. Asser-Hartkamp I (1988), no 336 en Hofmann-Van Opstal I, 1, 1976, blz 311.

49) Zie Curran and Shapiro, *Law, Medicine, and Forensic Science*, Little, Brown and Company, Boston and Toronto 1982, blz 506 e.v. Ze merken op „The trend is toward removal of immunity with only a minority of jurisdictions currently applying full immunity to health care facilities operated by government agencies”. Wat de charitatieve instellingen betreft „Charitable immunity of nonprofit hospitals is disappearing more rapidly than that of government agencies. Full immunity continues in only a handful of states” (blz 507). Idem Prosser and Keeton on Torts 1984, blz 595/6 die

was toch voor niets?! Terecht heeft de rechter hier niet aan gewild, want zo zou juist de arme patiënt worden gedupeerd: „He, least of all, is able to bear the burden. More than all others, he has no choice”⁵⁰⁾.

Net zoals in West-Duitsland kwam ook de rechter in Engeland onlangs tot zo'n uitspraak. In de zaak *Wilsher v. Essex Area Health Authority* deed een tot schadevergoeding aangesproken arts een principieel beroep op zijn onervarenheid⁵¹⁾. Door zijn onervarenheid had een pas geboren baby een teveel aan zuurstof toegediend gekregen waardoor het kind blind was geworden. Maar rechter Mustill wees het verweer af:

„ ... this proposition entails that the standard of care which the patient is entitled to demand will vary according to the chance of recruitment and rostering. The patient's right to complain of faulty treatment will be more limited if he has been entrusted to the care of a doctor who is a complete novice in the particular field (unless perhaps he can point to some fault of supervision in a person further up the hierarchy) than if he has been in the hands of a doctor who has already spent months on the same ward, and his prospects of holding the health authority vicariously liable for the consequences of any mistreatment will be correspondingly reduced”⁵²⁾.

„Recruitment and rostering”, zou dat verweer van de arts worden aanvaard, dan zou het voor de patiënt zo mogelijk nóg moeilijker worden een arts aansprakelijk te krijgen. De norm zou dan afhankelijk zijn van de personeelsbezetting van de kliniek of van de toevalligheden van een dienstlijst. Dat kan niet. Als het gaat om de vragen naar aansprakelijkheid en schadevergoeding, dient de tol voor de opleiding van artsen (en uiteraard van alle andere hulpverleners) collectief te worden gedragen. Wie in opleiding is tot chirurg, tot gynaecoloog of tot verpleegkundige wordt beoordeeld naar de maatstaven van een volleerd chirurg, gynaecoloog of verpleegkundige. In zoverre objectieveert het burgerlijk recht, anders dan het strafrecht.

Gaat het daarentegen om een nieuw type behandeling waarmee in het algemeen de artsen nog weinig ervaring hebben, dan kan met het gebrek aan ervaring rekening worden gehouden. Maar dán geldt ook een verscherpte informatieplicht, waarbij de extra risico's en de eventuele mogelijkheid van alternatieve behandelingen worden uiteengezet (zie hierna no. 3.8.4).

← vermelden dat sommige rechters overwogen dat zo'n instelling zich maar moet verzekeren tegen aansprakelijkheid.

50) *Tunkl v. The Regents of the University of California*, 383 P.2d 441 (Cal. 1963).

51) *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, (1986). 3 All ER 801; (1987) 2 WLR 425. Vgl. over deze uitspraak D. Brahams, NLJ 1987, blz. 60 e.v.

52) a.w. blz. 813.

De onervaren arts die tekortschiet in de behandeling is jegens de gedupeerde patient aansprakelijk uit wanprestatie indien tussen hen beiden een overeenkomst bestaat, of uit onrechtmatige daad als dat niet het geval is (in geval van samenloop tussen beide vorderingen). Behalve de onervaren arts kan ook een eventuele supervisor of het hoofd van de afdeling in het ziekenhuis worden aangesproken. Ook een dergelijke vordering kan, afhankelijk van de juridische verhouding tussen partijen, worden gebaseerd op wanprestatie als de onervaren arts als hulppersoon moet worden gezien, of op onrechtmatige daad vanwege een tekortschietende begeleiding (in West-Duitsland: „ein Organisationsverschulden”⁵³⁾).

2.6.2. *Ervaring en de sterilisatie-ingreep*

Uit onderzoek blijkt dat de effectiviteit van de sterilisatie-operatie bij vrouwen door coagulatie van de eileiders (zie no. 4.2.) sterk afhankelijk is van de ervaring van de arts⁵⁴⁾. De mislukkingen worden gevonden bij de eerste zeventig ingrepen, en meestal bij de eerste vijftig.

Wat betreft clipjes en ringetjes-methode, ook hier geldt – wellicht nog meer dan bij de coagulatie – dat de fouten vooral voorkomen bij onervaren artsen. De conclusie luidt daarom:

„This method is reasonably reliable; most cases of subsequent unwanted pregnancies should be avoided by the accurate control of the material and the correct training of young operators – that is (...) adequate supervision of the procedure while done by a young operator”⁵⁵⁾.

Kremer en Haspels schrijven in hun veel gelezen boek over geboortenregeling bij de mens, dat sterilisatie met gebruik van ringetjes of clips een iets lagere effectiviteit heeft dan coagulatie (dichtbranden) van de eileiders, *tenzij* de arts met deze methode ruime ervaring heeft⁵⁶⁾. Beide schrijvers menen dat de vrouw op dit extra risico moet worden gewezen.

53) BGH 27 september 1983, MedR. 1984, blz 63, nadien heeft het BGH nog bepaald dat op de onervaren arts de verplichting rust een extra uitvoerig dossier van de behandeling bij te houden, BGH 7 mei 1985, MedR. 1986, blz 39 e v „Um wenigstens eine gewisse Kontrolle im Interesse seiner Ausbildung und vor allem auch im Interesse des Patienten zu gewährleisten, muss von ihm verlangt werden, dass er den Gang der Operation genau aufzeichnet. Das Fehlen eines Operationsberichtes über einen von einem Berufsanfänger selbständig durchgeführten Eingriff erschwert die Beweissituation des geschädigten Patienten zusätzlich unbilligerweise, und zwar umso mehr, je schwieriger und risikoreicher ein solcher Eingriff ist” (blz 41)
Anders het Court of Appeal in *Wilsher v Essex AHA*, zie hiervóór

54) Eskes, Ned T Geneesk 1980, blz 732 en tabel 4

55) Tadjerouni c s, 1983 (hierna noot 180), blz 397

56) J Kremer en A A Haspels, *Geboortenregeling bij de mens*, 1986, blz 76 Zie hierna no 4.2.2

Daarop is niets tegen (zie no. 3.8.4.), als daarmee maar niet de opvatting postvat dat de onervaren arts zich met deze waarschuwing tegen aansprakelijkheid zou kunnen indekken. Want zo'n opvatting zou onjuist zijn: het gebrek aan ervaring bij de opererende arts komt voor zijn risico.

2.6.3. *Verschuiving van de bewijslast*

Is er reden om ingeval een mislukte behandeling werd uitgevoerd door een onervaren arts, de patiënt tegemoet te komen via een verschuiving van de *bewijslast*? Dat is de koers die het Duitse Bundesgerichtshof is gaan varen: het is aan de arts om te bewijzen dat de mislukking niet te wijten is aan „Organisationsfehler” of dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de mislukking of de complicatie en het gebrek aan ervaring van de behandelende arts. In feite komt het erop neer dat de patiënt er mee kan volstaan te stellen en te bewijzen dat de behandeling is mislukt of dat een complicatie is ingetreden, waarop het aan de arts is te bewijzen dat de mislukking geen verband houdt met het gebrek aan ervaring. Daar is alle reden toe, meent het BGH omdat

„ ... das Risiko der Anfängeroperation, das Krankenhausträger und ausbildende Ärzte setzen und das geeignet ist, den Schaden beim Patienten zu verursachen, für sie voll beherrschbar (ist)”⁵⁷⁾.

Het lijkt me een juiste koers. De hier geciteerde uitspraak was een reactie op de uitspraak van het OLG Köln over een onervaren arts⁵⁸⁾. Naar het oordeel van het BGH was het OLG te ver afgedreven in de richting van de informatieplicht: het OLG had geoordeeld dat de onervaren arts zijn patiënt behoort *in te lichten* over zijn onervarenheid (zie hierna no. 3.7.4.). Het BGH legde het accent waar het hoort: er valt niets te *informer*en over onervarenheid, de *behandeling* moet eenvoudigweg goed zijn.

In het verlengde hiervan ligt tenslotte nog een interessante vraag of, en zo ja in hoeverre bij de beoordeling van het handelen van de arts een rol kan spelen de omstandigheid dat de arts-in-kwestie een meer dan gemiddeld aantal mislukkingen op zijn conto heeft staan. Deze *enkele* omstandigheid lijkt mij niet voldoende om tot aansprakelijkheid te concluderen, zelfs als zou vaststaan dat die mislukkingen uit het verleden

57) Vgl. over deze uitspraak instemmend de annotatie van Giesen, JZ. 1984, blz. 332; en uitvoerig H. Franzki, MedR. 1984, blz. 186 e.v.

58) OLG Köln 6 augustus 1981, VersR. 1982, blz. 453, zie hierna no. 3.7.4.

inderdaad door fouten werden veroorzaakt. Wel kan naar mijn mening de rechter in deze omstandigheden een reden zien om de bewijslast van de fout naar de arts toe te schuiven (zie hierna no. 4.5.1.). Het Westduitse Bundesgerichtshof heeft een aantal jaren geleden eenzelfde beslissing genomen⁵⁹⁾.

2.7. *SCHULD- OF RISICO-AANSPRAKELIJKHEID*

De grondslag van de aansprakelijkheid van de arts is een schuldaansprakelijkheid. Het moet gaan om een (in onrechtmatige daads-termen) verwijtbaar en vermijdbaar onzorgvuldig handelen. Daarover bestaat in Nederland en daarbuiten weinig verschil van mening. In Nederland lijkt, als ik haar goed lees, alleen Wijshoff-Vogelzang iets anders te bepleiten. In haar bespreking van mijn boek in het Advocatenblad schrijft zij:

„Anders dan Stolker ben ik van mening dat het enkele feit dat de arts zich inlaat met de zorg voor de gezondheid van een ander met zich meebrengt dat onder bepaalde omstandigheden de schade die geleden wordt door de patient, tot de risico-sfeer van de arts behoort. Anders gezegd: doordat de arts zich met de gezondheidstoestand van de patient inlaat, neemt hij bewust het risico aansprakelijk te kunnen worden gesteld voor zijn handelen of nalaten”⁶⁰⁾.

Deze passage kan niet anders worden gelezen dan als een pleidooi voor risico-aansprakelijkheid voor de arts, ook al spreekt zij van „bepaalde omstandigheden”. Maar merkwaardigerwijs verwijst Wijshoff vervolgens naar haar dissertatie, naar de pagina's waar zij *causaliteits*-vragen bespreekt. In haar boek trekt zij waar het de causaliteit betreft een parallel met het arrest van de Hoge Raad „Vader Versluis”⁶¹⁾. Uit dit arrest valt op te maken dat ter bepaling van de causaliteit ruim mag worden toegerekend als de schade voortvloeit uit een schending van verkeers- of veiligheidsnormen. Naar mijn mening is er zeker wat voor een dergelijke parallel te zeggen, maar men moet zich wel blijven realiseren dat het dan gaat om de vaststelling van het oorzakelijk verband

59) BGH 22 januari 1980, NJW 1980, blz 1333 „Ein beweisrechtliches Gleichgewicht zwischen Arzt und Patient lässt sich nur dadurch anstreben dass dem Patienten bei Operateuren mit ungenügender Erfahrung oder auffällig hoher Zwischenfallsfrequenz Beweiserleichterungen gewahrt werden. Im vorliegenden Fall ist der Operateur zwar kein Spezialist, aber ein erfahrener Chirurg, und die (bisher unbestrittenen) Angaben der Bekl. über seine Zwischenfallsquote bei Schilddrüsenoperationen durften noch im Bereich der Norm liegen.”

Aldus werd toepassing gegeven aan § 282 BGB dat zo luidt „Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner.”

60) Advocatenblad 1986, blz 468

61) HR 2 november 1979, NJ 1980, 77

tussen gebeurtenis en schade. In haar bespreking in het Advocatenblad verwacht Wijshoff evenwel twee leerstukken: dat der schuld- en risico-aansprakelijkheid enerzijds, en dat van de causaliteit anderzijds. Het zijn volmaakt verschillende leerstukken, die elkaar alleen daar raken waar in het kader van de causaliteit mede acht moet worden geslagen op de aard van de aansprakelijkheid (zie hierna hoofdstuk 6).

Maar afgezien daarvan: is er wat voor te zeggen, voor een risico-aansprakelijkheid zoals Wijshoff die bepleit? Of, in een contractueel licht gezien, valt er iets voor te zeggen van elke medische verbintenis een resultaatsverbintenis te maken. Wijshoff beargumenteert haar pleidooi aldus:

„De patiënte is al genoeg gedupeerd door het voorval en heeft bovendien het lichamelijk ongemak om nog maar niet spreken van een psychische overlast”⁶²⁾.

Op het eerste gezicht lijkt het pleidooi met zijn motivering sympathiek, vooral door de nadruk die de belangen van het slachtoffer krijgt. Wie kan er tegen de zieke zijn? Bij nader inzien is het pleidooi voor risico-aansprakelijkheid evenwel zeer aanvechtbaar.

Spreekt men van risico-aansprakelijkheid, dan wordt daar doorgaans mee bedoeld dat zowel het onrechtmatigheids- als het schuldvereiste wegvallen⁶³⁾. Met andere woorden: de arts is aansprakelijk ongeacht de vraag of hij een fout heeft gemaakt (onzorgvuldig heeft gehandeld) en ongeacht de vraag of hij schuld heeft (of hem een verwijt treft). De *enkele mislukking* van de behandeling zou hem aansprakelijk kunnen maken voor de daaruit ontstane schade. Welnu, een dergelijk grote uitzondering op de regel van onrechtmatigheid en schuld kan niet als bij toverslag tevoorschijn worden gehaald. Dat is mijn eerste bezwaar tegen het pleidooi van Wijshoff: risico-aansprakelijkheden komen niet uit de lucht vallen, als een *deus ex machina* voor wie in nood verkeert. Risico-aansprakelijkheden berusten in beginsel op een wettelijke grondslag. Herhaaldelijk hebben rechters in tal van verschillende zaken overwogen dat slechts daar waar de wet uitdrukkelijk uitgaat van een risico-beginsel, zo'n beginsel in de plaats kan treden van het bij onrechtmatige gedragingen algemeen vereiste schuld- en onrechtmatigheidselement⁶⁴⁾. Dat verklaart ook waarom bijvoorbeeld nimmer een echte risico-aansprake-

62) Ik hecht eraan er nog eens op te wijzen dat de desbetreffende passage voorkomt in een boekbespreking, waarin natuurlijk niet echt uitvoerig op deze vraag kon worden ingegaan.

63) Vgl. o.a. Asser-Rutten-Hartkamp III (1986), no. 19 e.v. Zie ook het artikel van Schut in WPNR 1969, blz. 269 e.v., die verschillende typen van risico-aansprakelijkheden onderscheidt.

64) Zie voor rechtspraak en literatuur Onrechtmatige Daad I-G (Jansen), no. 288, sub 2.

lijkheid voor zaken werd aangenomen: artikel 1403 BW vormt daarvoor een onvoldoende grondslag, zo vonden althans de Nederlandse rechters. Een risico-aansprakelijkheid voor artsen, als uitzondering op de onrechtmatigheidseis en de schuldeis, vergt dus een deugdelijke wettelijke ondersteuning. Die is er niet. Dat vormt op zichzelf al een doorslaggevend bezwaar tegen de hier besproken opvatting. Of men zou moeten zijn als Van Leeuwen die in 1913 in een preadvies voor de Nederlandsche Juristen Vereniging schreef, nadat hij zichzelf de vraag had gesteld „welke is dan de rechtsgrond dezer aansprakelijkheid, want gij praat wel van billijkheid en rechtsbewustzijn, maar deze kunnen toch op zich zelf geen rechtsgrond zijn?”:

„Eerlijk gezegd, en op gevaar af van voor ontzettend oppervlakkig en onwetenschappelijk te worden uitgekreten, laten mij die vragen naar den rechtsgrond van dit en den rechtsgrond van dat, eigenlijk vrij koud, en maakt het op mij dikwijls den indruk, dat het vragen naar den rechtsgrond wordt aangegrepen als het middel om een of anderen maatregel, dien men niet wil, tegen te houden”⁶⁵⁾.

Er is nog een tweede bezwaar, misschien nog wel fundamenteler. Die betreft de innerlijke rechtvaardiging van een risico-aansprakelijkheid voor medisch handelen. Terzijde: ik spreek van *medisch* handelen omdat ik niet zie dat een risico-aansprakelijkheid – zo zij er moet komen – alleen zou gelden voor artsen. Ook verpleegkundigen en al het andere medische personeel zouden er onder moeten vallen, denk ik.

Maar terug naar de rechtvaardiging van een risico-aansprakelijkheid. In de literatuur worden enkele theorieën genoemd: de gevaartheorie bijvoorbeeld. Wie gevaar vermeedert, vermeedert zijn aansprakelijkheid⁶⁶⁾. Wie zich breder maakt dan hij van zichzelf is, moet instaan voor de risico's die dat met zich meebrengt. Aldus kan de risico-aansprakelijkheid van ouders voor kinderen en van werkgevers voor hun werknemers worden beargumenteerd. Een tweede theorie is de profijttheorie: door Schut omschreven als „wie de lusten heeft, moet ook de lasten dragen”⁶⁷⁾. Voor een groot deel kan hier aan dezelfde voorbeelden worden gedacht als hierboven genoemd. Tenslotte kan als een aanvullend argument de verzekerbaarheid worden genoemd: wie de schade het best kan verzekeren, moet ook degene zijn die het nadeel voor zijn rekening neemt.

65) H.J. van Leeuwen, HNJV 1913, blz. 167/8.

66) G.H.A. Schut, Onrechtmatige daad volgens BW en NBW, 1985, blz. 33. Uitvoerig reeds, in navolging van het Duitse recht: I.H. Hijmans, HNJV 1913, blz. 222 e.v., W.J. Slagter, diss. Leiden 1952, blz. 38 e.v. en Schut, diss. VU Amsterdam 1963, blz. 30 e.v.

67) a.w. blz. 34 e.v.

Hoe valt de toetsing van het medisch handelen aan deze drie argumenten vóór risico-aansprakelijkheid uit? De argumentatie die Wijshoff geeft („de patiënt is al genoeg gedupeerd, enz.”) lijkt mij onvoldoende. Die argumenten gelden trouwens voor nagenoeg alle handelen waaruit letsel voortvloeit. Let wel: voor een deel hebben arts en ziekenhuis al met bepaalde „risico-aansprakelijkheden” te maken. Bijvoorbeeld voor de personen die ze in de uitoefening van hun verbintenis inschakelen, of voor de zaken waarvan ze zich bedienen. Hier gaat het om de vraag of de arts ook dán aansprakelijk hoort te zijn als hem geen verwijt kan worden gemaakt – in de terminologie van het Voorontwerp van Wet inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst (1987) – bij zijn werkzaamheden niet de zorg van een goed hulpverlener te hebben in acht genomen. Of omgekeerd: de arts heeft uiteindelijk in te staan voor een goed resultaat. Nog afgezien van de vraag of een dergelijke „garantie” nog verzekeraar zal zijn, kan men niet zeggen dat een dergelijke opvatting naar heersende rechtsopvattingen gemeengoed is^{67a)}. Trouwens in de landen waarmee ik in dit boek vergelijk gelden ook schuld en onrechtmatigheid als grondslag voor aansprakelijkheid. Natuurlijk is er bijna geen geneeskundige behandeling zonder risico. Maar bij het medisch handelen gaat het niet om een gedaagde die een gevaar in het leven riep, maar om een gedaagde die juist een gevaar wilde bestrijden, kort gezegd, die de patiënt beter wilde maken. Daarin verschilt de arts bijvoorbeeld van de automobilist die schade veroorzaakt. De Spaanse schrijver Ataz Lopez wijst daarop:

„ ... el facultativo normalmente no crea él el riesgo, sino que lo asume: el riesgo, el peligro, existe antes de la intervención del médico y consiste en el empeoramiento de la salud del paciente hasta cotas quizá irreversibles. Precisamente el facultativo actúa para eliminar tal riesgo, es decir, procurando un bien para la persona, y no poniéndola en peligro”⁶⁸⁾.

Hier ligt dan ook een groot verschil met het doen van medische experimenten met gezonde proefpersonen. Dan wordt de gezonde mens blootgesteld aan een gevaar. Het goede doel dat met dat experiment wordt

67a) Kort geleden, na de afsluiting van dit onderzoek, promoveerde B. de Mol met een boek over „no fault”-aansprakelijkheid, Medisch letsel in het ziekenhuis, diss. Rotterdam 1988. Hij bepleit een no fault-systeem en hij meent bovendien dat een dergelijk systeem betaalbaar is.

68) Ataz Lopez, Los medicos y la responsabilidad civil, Madrid 1985, blz. 257/8, cursive-ring weggelaten.

Vertaald: in het algemeen schept de arts niet het risico maar bestrijdt het: het risico (het gevaar) bestaat reeds vóór de behandeling door de arts en bestaat in een achteruitgang van de gezondheid van de patiënt totdat ze niet meer kan worden gekeerd. Juist daarom handelt de arts om het risico weg te nemen, dat wil zeggen door het welzijn van de patiënt na te streven, niet door hem in gevaar te brengen.

gediend ligt *buiten* hem. In zo'n geval kan er reden zijn te pleiten voor risico-aansprakelijkheid⁶⁹⁾.

Wel zou het argument van de verzekeraarbaarheid vóór risico-aansprakelijkheid kunnen pleiten, maar dat kan niet meer dan een *aanvullend* argument zijn.

Ik zie kortom geen heil in het pleidooi van Wijshoff. Er bestaat geen wettelijke grondslag voor en evenmin is er een afdoende rechtvaardiging voor te vinden. Grondslag voor medische aansprakelijkheid hoort daarom vooralsnog te zijn en te blijven: onzorgvuldig handelen van de arts. Iets anders is dat de rechter in het concrete geval kan besluiten om de bewijslast van het al dan niet bestaan van een medische fout van de patient naar de arts te schuiven, zie hoofdstuk 4.

Iets anders is ook, dat de rechter, na eenmaal de onrechtmatigheid te hebben vastgesteld, wat sneller *schuld* in de zin van verwijtbaarheid aanwezig kan achten. Daarover wil ik nog iets zeggen, waarbij ik me zeer goed realiseer hoe moeilijk het is in concreto onrechtmatigheid en schuld uit elkaar te houden. In zaken van medische aansprakelijkheid zal mét de onrechtmatigheid de schuld veelal ook gegeven zijn^{69a)}. Maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn (zie ook hiervóór no. 2.1).

Er zijn verschillende technieken of kunstgrepen waarmee het schuldvereiste kan worden afgezwakt. Het is een verdienste van onder meer Slagter deze technieken te hebben beschreven⁷⁰⁾. De rechter kan werken met de schuldfictie, het schuldvermoeden en de schuldobjectivering. Van deze drie is de schuldfictie de meest grove; „een dogmatische dwaasheid” noemde Anema haar eens⁷¹⁾ ofschoon ze wel tot billijke resultaten kan leiden. In feite gaat het hier wel om een risico-aansprakelijkheid als *deux ex machina*. Bij mijn weten wordt deze techniek zelden gehanteerd.

Dat ligt anders voor de techniek van het schuldvermoeden: de rechter draait onder bepaalde omstandigheden de bewijslast om. De dader moet maar bewijzen dat hem geen schuld⁷²⁾ treft. Hiermee wordt een risico-

69) Zo, samen met A M L Broekhuysen-Molenaar, in Geneesmiddelen en aansprakelijkheid, 1986, blz 65/66, alwaar drie mogelijke grondslagen voor zo'n risico-aansprakelijkheid worden gegeven Terzijde ten onrechte naar ons oordeel meent mw Roscam Abbing dat deze grondslagen niet „overtuigend” zouden zijn, TvG 1987, blz 659, zie daarover M v d Meer, NJB 1988, blz 452 voetnoot 30

69a) Zie het principiële betoog van J Spier in Kwartaalbericht NBW, 1987, blz 98 e v Zie ook Van Maanen, a w 1987 (hiervóór noot 23), blz 206 e v

70) W J Slagter, diss Leiden 1952, blz 38 e v, Zie ook Schut, diss 1963, blz 29 e v en zijn a w 1985, blz 32 e v

71) A Anema, De bronnen van het privaatrecht, rede 1913, Redevoeringen van mr A Anema, Haarlem 1952, blz 226

72) Schut, a w blz 32, dat gebeurt overigens doorgaans, vgl Asser-Rutten-Hartkamp III (1986), no 77

aansprakelijkheid weliswaar enigszins benaderd, maar écht bereikt wordt ze niet. Want de dader kan trachten aan te tonen dat hem geen verwijt valt te maken. Overigens, het zij herhaald, zal in zaken van medische aansprakelijkheid met de onrechtmatigheid de schuld veelal ook gegeven zijn.

De derde techniek is die van de schuldobjectivering. Er is een ontwikkeling gaande waarin de rechter minder geïnteresseerd is in de vraag of deze concrete dader een verwijt kan worden gemaakt en méér in de vraag hoe een normaal mens of een normaal ontwikkeld persoon in de gegeven omstandigheden zou hebben gehandeld. Met andere woorden: het abstraheert van de concrete dader en stelt voor hem in de plaats een denkbeeldig persoon aan wie gemakkelijker verwijtbaar handelen valt toe te schrijven. Soms mag men dan in feite al niet meer spreken van „verwijtbaar” handelen. Schuld wordt aldus ontdaan van haar psychische en morele lading⁷³⁾, met als gevolg dat in feite een situatie van aansprakelijkheid buiten schuld wordt bereikt. Een befaamd voorbeeld is de uitspraak van de Hoge Raad inzake de Meppelse ree⁷⁴⁾. Niemand zal in dat geval meer aan schuld in de betekenis van verwijtbaarheid denken. Het gaat om niet meer en niet minder dan om het risico van onze algemene menselijke feilbaarheid⁷⁵⁾. Iets dergelijks gebeurt ook als we een onervaren arts voor zijn handelen aansprakelijk stellen. Aan een persoonlijk gericht verwijt zal men veelal niet denken, terwijl hij tóch aansprakelijk wordt gehouden⁷⁶⁾.

Onder artsen zal daar verschillend over worden gedacht. Zo meende de Argentijnse arts F. Cocos dat aan het handelen van zijn beroepsgenoten strenge eisen mogen worden gesteld⁷⁷⁾, terwijl een van zijn collega's daarentegen geen reden ziet om voor artsen strengere normen aan te leggen dan voor andere beroepsbeoefenaren⁷⁸⁾. Sterker nog, er zijn er die menen dat op dit punt aan de artsen extra ruimte moet worden gegund, zodat ze nog slechts voor ernstige fouten respectievelijk in gevallen van ernstige schuld aansprakelijk zouden zijn. Voor zover ik

73) Schut, a w blz 33

74) HR 11 november 1983, NJ 1984, 331

75) De uitdrukking is van G E Langemeijer, De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, 1985, blz 35

76) Vgl ook Michiels van Kessenich-Hoogendam, a w 1982, (hiervóór noot 46) nos 6 en 7

77) Geciteerd door H L Manchini, La ley 1984, blz 1381

"A ellos se les confía de modo exclusivo la lucha contra la enfermedad. En sus manos queda no sólo la salud, sino incluso en determinadas circunstancias la vida misma de sus pacientes. Y cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leve, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad. No hay aquí cabida para culpas pequeñas."

78) A J Bueres, idem

echter heb kunnen nagaan wordt deze opvatting – behalve in Frankrijk⁷⁹⁾ – nergens met zoveel woorden door de rechter aanvaard⁸⁰⁾.

79) In Frankrijk heeft de administratieve rechter (anders dan de civiele) lange tijd „une faute lourde” als voorwaarde voor aansprakelijkheid gesteld voor een overheidsziekenhuis. Daarop is in de literatuur veel kritiek gekomen, vgl. Mémeteau en Mélenec, a.w. 1982 (hiervóór noot 32) blz. 89 e.v. en blz. 147 e.v. Inmiddels is daarin toch verandering gekomen; zie voor de wijze waarop die verandering wordt bereikt Mélenec, hiervóór en Penneau, in *Medical Responsibility in Western Europe*, 1985, blz. 185. Uitvoerig over de onhoudbaarheid van het verschil: Ataz Lopez, a.w. 1984 (hiervóór noot 68) blz. 290 e.v.

80) Vgl. voor Nederland OD VIII (Michiels van Kessenich-Hoogendam) no. 36; haar boek *Beroepsfouten* 1982, blz. 15 e.v.

Hoofdstuk 3

'Informed consent'

3.1. TOESTEMMING EN OVEREENKOMST

Voordat de arts iets mag ondernemen, heeft hij de toestemming van de patiënt. Dat is privaatrechtelijk de gewoonste zaak van de wereld. Willen twee personen zich wederzijds binden dan is wederzijdse toestemming noodzakelijk. Als een arts iemand zonder diens toestemming behandelt dan komt er doorgaans geen overeenkomst tot stand en pleegt de arts in beginsel een onrechtmatige daad. Hij maakt een niet gerechtvaardigde inbreuk op de lichamelijke integriteit van de patiënt. De toestemming van beide partijen is een ontstaansvereiste voor de totstandkoming van de overeenkomst (art. 1356 BW).

Voor overeenkomsten met een medisch karakter komt daar nog bij dat de patiënt tevens zijn toestemming moet geven tot de verrichtingen ter uitvoering van de behandelingsovereenkomst (art. 1653d lid 1, nieuw). Zonder een dergelijke toestemming mag de arts zijn patiënt niet behandelen. Het lijkt mij dat we deze laatste „toestemming” bedoelen als we spreken van „informed consent”⁸¹⁾.

81) Ik gebruik de term „informed consent”: liever „Engels” dan een „anglicisme”. Over informed consent is veel geschreven: zie voor Nederland: OD VIII (Michiels van Kessenich-Hoogendam), no. 39a; H.J.J. Leenen, Rechten van mensen in de gezondheidszorg, 1978, blz. 140 e.v., 152 e.v. Sluyters, a.w. 1984 (hiervóór noot 16), blz. 57 e.v.; R.L.M. Wijshoff-Vogelzang, Arts-Patiënt 1985, Serie Gezondheidsrecht no. 14, blz. 37 e.v. Specifiek over voorlichting: Effectiviteit van patiëntenvoorlichting, door H.W. Kanters, Landelijk Centrum Dienst Verlening Utrecht november 1986. In verband met de samenwerking binnen een ziekenhuis: P.J.W. de Brauw, preadvies voor Vereniging voor Gezondheidsrecht 1982, blz. 19 e.v. Zie ook M.C.J. Cuisinier en R. Jonkers over onderzoek en protocolontwikkeling bij patiëntenvoorlichting, Tijdschrift voor Sociale Gezondheidszorg 1986, blz. 34 e.v., met zeer uitvoerige en interessante literatuurlijst. Zie ook Nota Patiëntenbleid, TK, Zitting 1980-1981, 16 771, nrs. 1-2, blz. 17 e.v.; Voortgangsnota, TK, Zitting 1982-1983, 16 771, nr. 14, vooral blz. 27 e.v.; UVC 94, 14 mei 1984, over die Voortgangsnota. Voor Amerika bijvoorbeeld Sluyters, a.w. 1984, blz. 27, met literatuur; E.S. Kisch, Kisch-bundel, blz. 263 e.v.; A.F.M. Dekkers, De patiënt en het recht op informatie, diss. Leiden 1979, blz. 48 e.v. en blz. 86 e.v.; M. Linzbach, Informed consent, Die Aufklärungspflicht des Arztes im Amerikanischen und im Deutschen Recht 1980 (Serie Recht & Medizin, nr. 3), blz. 15 e.v.; voor Duitsland bijvoorbeeld Giesen, a.w. 1981 (hiervóór noot 41), blz. 171 dezelfde: Wandlungen des Arzthaftungsrecht 1984, blz. 47 e.v.; Linzbach, a.w. 1980, blz. 88 e.v.; Dekkers, a.w. 1979, blz. 50 e.v. en blz. 92 e.v.; en B.-R. Kern/A. Laufs, Die Arztliche

Soms, vooral bij de kleinere behandelingen, zullen beide „toestemmingen” samenvallen, maar juridisch zijn ze toch steeds te onderscheiden. Vaker zullen beide niet samenvallen en zal binnen het raam van een civielrechtelijke overeenkomst verschillende malen de toestemming van de patiënt moeten worden gevraagd. De wetgever drukt zich in artikel 1653d precies uit: „Voor verrichtingen ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst is *telkens* de toestemming van de patiënt vereist.”

Gaat het om een sterilisatie-ingreep, dan behoort de patiënt, in de woorden van de rechtbank Alkmaar „een weloverwogen afstand (te) doen van de mogelijkheid nog eens zwanger te worden”⁸²⁾. Dat was in dat geval niet gebeurd en terecht beoordeelde de rechtbank daarom het handelen van de arts als een „kunstfout” en wees in kort geding een voorschot op het smartegeld toe van f 5.000. Eerst een kort woord over dat toestemmingsvereiste in het voorontwerp (no. 3.2.), daarna uitvoeri-ger het uiteindelijk aan de toestemming voorafgaande recht op informatie.

3.2. TOESTEMMING IN HET VOORONTWERP

In het voorontwerp wordt het toestemmingsvereiste voor meerderjarigen en voor minderjarigen wettelijk vastgelegd. De bepaling (art. d) luidt zo:

1. Voor verrichtingen ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst is telkens de toestemming van de patiënt vereist.
2. Indien de minderjarige patiënt de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt en artikel 1653q niet van toepassing is, is naast de toestemming van de patiënt voor de verrichting de toestemming van diens wettelijke vertegenwoordiger vereist. De verrichting kan evenwel zonder die toestemming worden uitgevoerd indien zij in het belang van de patiënt kennelijk noodzakelijk moet worden geacht.
3. De toestemming van de patiënt voor de verrichting ... mag worden verondersteld indien de verrichting niet van ingrijpende aard is.
4. Het bepaalde in het eerste en tweede lid is niet van toepassing:
 - a. indien de patiënt ... niet in staat is zijn toestemming te geven

← Aufklarungspflicht 1983 (het boek werd besproken in JZ 1984, blz. 516/17 door Giesen); voor Frankrijk bijvoorbeeld J Penneau, *Encyclopédie Dalloz (Médecine)*; Mémeteau & Mélenec, a w 1982 (hiervóór noot 32), blz. 23 e.v. België o.a. het principe betoog van P. Schotsmans, VTvG 1984/5, blz. 433 e.v. Spanje: Joaquín Ataz López, *Los médicos y la responsabilidad civil* 1985, blz. 57 e.v., J.M.F. Fernández Hierro, *Responsabilidad civil médico-sanitaria* 1983, blz. 64 e.v.

82) Rb. Alkmaar 25 juni 1985, TvG 1986, blz. 55 e.v.

en het belang van de patiënt vereist dat tot de verrichting onverwijld wordt overgegaan;

b. indien zulks uit het bij of krachtens een andere wet bepaalde voortvloeit.

Over de minderjarigen wil ik hier niet spreken; ik volsta met een verwijzing naar de literatuur⁸³⁾.

Opmerkelijk is vooral lid 3. Nadat eerst in lid 1 wordt vastgelegd dat voor verrichtingen ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst telkens de toestemming van de patiënt vereist is, wordt in het derde lid die toestemming *verondersteld* als het gaat om een verrichting van *niet-ingrijpende aard*. Bij een eerdere gelegenheid gaf ik al blijk van een wat onbevredigend gevoel⁸⁴⁾. Gaat dit niet veel te ver? Want wie bepaalt wanneer een behandeling van niet-ingrijpende aard is⁸⁵⁾. En zal deze uitzondering er in de praktijk niet toe leiden, dat nog maar zelden om toestemming zal worden gevraagd, zodat voor *uitholling* van het toestemmingsvereiste moet worden gevreesd? Ik vraag me daarom af of we deze uitzondering niet kunnen missen. Voorzover ik kan nagaan kent ook het buitenland een soortgelijke regel niet. Misschien is de achterliggende gedachte geweest om een heel vanzelfsprekende situatie niet te gecompliceerd te maken. Stel, iemand komt een EHBO-poli binnenlopen met een gebroken pols. Hem zal dan in de praktijk niet worden gevraagd: „Wilt u misschien behandeld worden?” En terecht niet naar ik meen. In zo’n geval mag men toestemming van de patiënt tot de gebruikelijke behandeling veronderstellen. In de Engelstalige literatuur spreekt men wel van *implied consent*. De toestemming van de patiënt volgt uit het *gedrag* van de patiënt en hoeft niet nog eens uitdrukkelijk herhaald te worden. In dit soort gevallen heeft het wel zin te spreken van „veronderstelde toestemming”. Soms zal het daarbij tevens gaan om niet-ingrijpende verrichtingen, maar dat hóeft zeker niet.

Een échte uitzondering om het toestemmingsvereiste is er, als de patiënt niet in staat is om zijn toestemming te geven, bijvoorbeeld omdat hij er psychisch of fysiek zo slecht aan toe is dat hij de in het geding zijnde

83) Toegespitst op het voorontwerp mijn bijdrage in Cicero, Leiden 1987, blz. 255 e.v. Uitvoerig: H.D.C. Roscam Abbing, Ned. T. Geneesk. 1986, blz. 1944 e.v.; Verder bijv. H.J.J. Leenen, NJB 1987, blz. 1382; G.W. Brands-Bottema, NJB 1987, blz. 1385 e.v.; E.H. Hondius en C.C.M. Nadorp-Van der Borg, TvG 1988, blz. 15 e.v.

84) Cicero 1987, blz. 255. Ook de Nationale Raad voor de Volksgezondheid blijkt zijn vragen op dit punt te hebben in zijn Advies van september 1987, blz. 47. Zie ook E.H. Hondius en C.C.M. Nadorp-Van der Borg, TvG 1988, blz. 10 e.v.

85) Ik hield eens een kleine enquête in mijn omgeving: is de behandeling van een verstuurde enkel een verrichting van niet-ingrijpende aard? Er was geen peil op te trekken; aldus ook H.D.C. Roscam Abbing, Vlaams T. voor Gezondheidsrecht 1987, blz. 15: zij geeft het voorbeeld van bloedonderzoek bij zwangere vrouwen.

belangen niet meer kan afwegen, terwijl hij toch „onverwijld” behandeling behoeft (art. d, lid 4a). In het buitenland bestaat nogal wat onzekerheid over wat de arts in zo’n geval moet doen⁸⁶). Het kan daarom geen kwaad dat dit geval in het ontwerp is geregeld. Maar voor dit boek is deze uitzondering niet van belang.

3.3. TOESTEMMING EN BEWIJSLAST

Het bewijs, „la plus grave des difficultés que pose ... la responsabilité médicale”, schreef ooit Savatier⁸⁷). Het is verstandig om een onderscheid te maken tussen enerzijds de bewijslast met betrekking tot de toestemming, en anderzijds de bewijslast met betrekking tot de informatieplicht. Dit hoewel beide uiteraard in elkaars verlengde liggen⁸⁸) (zie daarom ook no. 3.15).

Stel dat de vraag rijst of voor een bepaalde behandeling toestemming is gegeven. De patient beweert van niet, de arts houdt vol van wél. Op wie rust in zo’n geval de bewijslast? Het blijkt vruchtbaar om eens te kijken naar de Westduitse en naar de Franse rechtspraak, omdat zij in uitgangspunt verschillen.

In West-Duitsland geldt dat de arts moet bewijzen dat hij toestemming had voor de behandeling. Dat is vaste rechtspraak van het Bundesgerichtshof⁸⁹). De arts maakt immers inbreuk op de lichamelijke integriteit van de patient en een dergelijke inbreuk is alleen gerechtvaardigd als hij daartoe toestemming heeft verkregen. Daarom draagt hij de bewijslast. De rechtspraak van het BGH is overigens niet zonder kritiek gebleven. Zo zijn er schrijvers die menen dat de rechter voor zijn oordeel veeleer te rade zou moeten gaan bij de algemene ervaring dat artsen mensen niet tegen hun zin behandelen. Wie „etwas dieser Erfahrung widersprechendes” stelt, moet dat maar bewijzen⁹⁰).

In Frankrijk geldt een omgekeerd uitgangspunt. In een befaamde uitspraak van 1951 vernietigde de Cour de Cassation een uitspraak van de Cour d’Appel d’Anger dat had geoordeeld dat de bewijslast op de arts rust, net zoals nadien in West-Duitsland zou gaan gelden. De vraag

86) Zie bijv. D. Giesen a.w. 1981 (hiervóór noot 41) blz. 183.

87) R. Savatier, D. 1952, blz. 53.

88) In de buitenlandse literatuur gebeurt dat niet altijd, hetgeen de problematiek er naar mijn mening niet duidelijker op maakt.

89) BGH 14 april 1981, VersR, 1981, blz. 677. Zie voor nadere rechtspraak en literatuur H. Franzki, *Der Arzthaftungsprozess* 1984, blz. 47, Giesen, a.w. 1984 (hiervóór noot 81), blz. 91 e.v. Uitdrukkelijk instemmend Deutsch in zijn *Gutachten*, a.w. 1981, (hiervóór noot 21) blz. 1074.

90) Zie de literatuur bij J. Sick, *Beweisrecht im Arzthaftpflicht-Prozess*, Verlag Peter Lang 1986, blz. 188.

was wie moet bewijzen dat al dan niet toestemming was gegeven tot de amputatie van het been van de patiënt. De bewijslast zo oordeelde Frankrijks hoogste rechter, rust op de patiënt. Hij moet bewijzen dat hij géén toestemming had gegeven:

„Attendu que si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir, au préalable obtenu l'assentiment du malade, il appartient toutefois à celui-ci, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait, et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération”⁹¹⁾.

De motivering lijkt precies omgekeerd aan die van het Bundesgerichtshof: wie stelt moet bewijzen en als dus de patiënt stelt dat hij zonder zijn instemming werd behandeld, moet *hij* daarvan het bewijs leveren.

In Nederland heeft vooral Sluyters zich met de vraag naar de bewijslastverdeling ten aanzien van de toestemming beziggehouden⁹²⁾. Hij maakt een onderscheid in tweeën. Aan de ene kant: als de patiënt stelt dat hij in *het geheel niet*, zelfs niet globaal, heeft ingestemd, dan moet de arts bewijzen dat althans een globale toestemming is gegeven⁹³⁾. Een dergelijk bewijs zal – aldus Sluyters – voor de arts doorgaans geen problemen opleveren.

Aan de andere kant: als de patiënt aanvoert dat hij weliswaar globaal heeft ingestemd, maar dat de vereiste toestemming heeft ontbroken ten aanzien van relevante bijzonderheden van de ingreep, of dat onvoldoende informatie over voor- en nadelen is verschaft, dan liggen – aldus Sluyters – de zaken anders. Want in die gevallen is het verwijt van de patiënt „niet zozeer” dat zijn lichamelijke integriteit is aangetast, maar dat de arts hem niet naar geldende maatstaven van behoorlijke zorg heeft behandeld. Sluyters meent dat men ten aanzien van deze situaties sterk kan aarzelen over de bewijslastverdeling. Hij vindt dat de rechter er goed aan doet een werkelijke bewijsopdracht zo lang mogelijk te vermijden en wel door zoveel mogelijk informatie te verzamelen door middel van het doen overleggen van patiëntengegevens en door een inlichtingen-comparatie. Maar als dan tóch een bewijsopdracht noodzakelijk blijkt,

91) Cour de Cassation 29 mei 1951, D. 1952, blz. 53. Zie voor nadere rechtspraak Penneau, a.w. (hiervóór noot 81), no. 774. Instemmend Mélenec en Mémeteau, a.w. 1982, blz. 38 e.v.

92) Sluyters, preadvies 1984, blz. 58 e.v.

93) Leenen, a.w. 1978, (hiervóór noot 81) blz. 156 legt de bewijslast zonder verdere nuanceringen bij de arts.

dan lijkt de bewijspositie van de arts iets gunstiger dan die van de patiënt. Indien aan de arts of aan het ziekenhuis een bewijsopdracht is gegeven, dan moeten aan de bewijslevering geen strenge eisen worden gesteld. Zo kunnen de eigen dossieraantekeningen reeds voldoende zijn, tenzij de indruk bestaat dat daarmee is geknoeid. Aldus Sluyters.

Wat is wijsheid? Savatier, die onder het Franse arrest een noot schreef, noemt de kwestie „fort délicate”⁹⁴⁾. Zou de bewijslast rusten op de arts, dan kan hij zich alleen redden door in de toekomst een schriftelijke toestemming van de patiënt te eisen. Omgekeerd wordt van de patiënt een negatief bewijs verlangd: dat hij geen toestemming heeft gegeven. De Westduitse rechtspraak heeft er met die visie toe geleid dat artsen en ziekenhuizen van de patiënt schriftelijk toestemming zijn gaan vragen. En op het formulier dat de patiënt ter ondertekening krijgt voorgelegd, wordt in een toenemend aantal gevallen meteen de voor de patiënt relevante informatie vermeld⁹⁵⁾. Het is niet zo dat de rechtbanken in Duitsland zo’n schriftelijk stuk eisen. Maar behalve door getuigenissen van bijvoorbeeld personeel, is een hard bewijs van toestemming veelal moeilijk te leveren. Daarom zal de schriftelijke verklaring daar waarschijnlijk meer en meer inburgeren.

Ik meen dat, zo ergens, dan in elk geval hier geen harde regels mogen worden gehanteerd ten aanzien van de bewijslastverdeling. Veel hangt af van de omstandigheden van het geval. Als een patiënt zich met een gebroken pols bij de EHBO-poli van een ziekenhuis meldt, dan ligt het voor de hand dat hij aldus toestemming geeft voor de gebruikelijke behandeling. Meent hij achteraf dat hij geen toestemming heeft gegeven, dan is het redelijk dat hij daarvan de bewijslast draagt⁹⁶⁾.

Maar soms zal het veeleer redelijk zijn om de arts te laten bewijzen: bijvoorbeeld wanneer het ging om een risicovolle behandeling of om een experimentele behandeling⁹⁷⁾, wanneer er alternatieven voor de behandeling waren of wanneer uit het gedrag van de patiënt kon blijken dat hij aan de gewraakte behandeling nog niet toe was en hij bijvoorbeeld nog van plan was een tweede mening te gaan vragen over zijn ziekte.

Meteen al in zijn annotatie onder het Franse arrest schreef Savatier dat de oplossing van het dilemma waarvoor de rechter zich gesteld kan zien, niet is op te lossen met een eenvoudige regel. Hij schrijft:

„Objecter les difficultés de preuve du chirurgien, c’est oublier que les difficultés de preuve du malade sont pires. Non seulement on voudrait

94) a.w. blz. 53.

95) Aldus bijv. Deutsch in zijn Gutachten, a.w. 1981, (hiervóór noot 21) blz. 1074.

96) Zie Leenen, a.w. 1978, blz. 155/6. Vgl. ook mijn bijdrage in Cicero 1987, blz. 55.

97) Aldus ook J. Ataz Lopez, a.w. 1985 (hiervóór noot 68) blz. 85.

exiger de lui une preuve négative: celle qu'il n'a pas consenti à l'opération, alors que la preuve négative est la plus difficile de toutes; mais on méconnaît le fait que le malade était un faible, contractant avec un fort (...).

Il est vrai que les chirurgiens n'ont pas tort, de leur côté, de souligner l'impossibilité pratique où ils seraient d'exercer leur art si l'on exigeait d'eux, judaïquement, avant chaque intervention, une sorte de décharge écrite du malade, indiquant exactement les libertés qu'il leur a conférées. La confiance médicale s'anéantirait dans un climat aussi strictement juridique. Mais, ce qu'il faut en conclure, ce n'est pas qu'on doive dispenser systématiquement le chirurgien de la preuve du consentement du malade, mais seulement qu'il faut lui faciliter cette preuve par tous indices possibles.

La vérité est que la conviction du juge doit garder toute liberté de se faire d'après les circonstances de l'espèce⁹⁸⁾.

En enige jaren later schrijft hij, tezamen met Jean Savatier, Auby en Pequignot:

„Les tribunaux auront à peser les témoignages qui leurs seront fournis sur l'attitude des deux parties, et à déterminer la portée des indices leur faisant présumer le consentement ou le non-consentement du patient⁹⁹⁾.

Zij worden daarin bijgevallen door de Spaanse auteur Ataz Lopez, die er terecht op wijst dat in de meeste gevallen de vraag of er wel of geen toestemming werd gegeven eenvoudig zal zijn op te lossen¹⁰⁰⁾. Echt moeilijk is het als de omstandigheden van het geval noch in de ene richting, noch in de andere wijzen. In dat geval moet naar het oordeel van Ataz Lopez de rechter de patiënt te hulp schieten. Omdat het voor de patiënt *onmogelijk* is iets te bewijzen terwijl het voor de arts alleen maar moeilijk is:

„Distinto sería el supuesto en que tales indicios no existieran: si al médico al que se le oblige a la prueba se le pone en una situación en la que le es *difícil* defenderse, al enfermo se le pondría en una *imposibilidad* total, porque de las dos partes, el médico y el enfermo, es el primero de ellos el único que de alguna forma puede reservarse la prueba del consentimiento; cosa que en ningún momento puede hacer el enfermo¹⁰¹⁾.

98) R. Savatier, D 1952, 54.

99) J. en R. Savatier, Auby en Pequignot, *Traité de Droit Médical*, Paris 1956, blz. 230 als geciteerd door J.M. Fernández Hierro, a.w. 1983 (hiervóór noot 81) blz. 53.

100) J. Ataz Lopez, a.w. 1985 (hiervóór noot 68) blz. 83 e.v.

101) A.w. blz. 84 (vrij vertaald: hiervan moet worden onderscheiden het geval dat dergelijke aanwijzingen niet bestaan: als de arts op wie de bewijslast rust zich in een situa-
→

Dat lijkt me juist. Het is trouwens opvallend dat de schrijvers over dit vraagstuk van toestemming en bewijs bijna allen een grote rechterlijke vrijheid bepleiten. Het voorstel van Sluyters lijkt mij waardevol, ofschoon het wel zo zal zijn dat de meeste gevallen op het grensgebied van zijn twee categorieën, respectievelijk in de tweede categorie zullen liggen (zie hiervoor). Ook verdient instemming zijn pleidooi om een werkelijke bewijslastverdeling zolang mogelijk te vermijden.

Dit alles betreft de vraag naar de toestemming. Veel vaker zijn moeilijkheden te verwachten met betrekking tot de vraag of en welke informatie de arts aan zijn patient heeft verstrekt. Die vraag bespreek ik in no. 3.15. Thans nog iets over de mogelijkheid van schriftelijk bewijs.

De rechtspraak in West-Duitsland is streng voor de arts. Dat leidt ertoe dat artsen overgaan tot het schriftelijk laten vastleggen van de toestemming van de patient. Veelal gebeurt dat in combinatie met een schriftelijke weergave van de informatie over de behandeling.

Het is de vraag of het laten ondertekenen van formulieren door patienten winst is. Weliswaar kan zo'n ondertekend stuk een rol spelen in het kader van de bewijsvoering, maar een bezwaar kan zeker zijn dat met zo'n handtekening de vertrouwensrelatie tussen arts en patient wordt verstoord. Het gaat tenslotte niet om twee kooplieden. Iets anders is, dat de arts er verstandig aan doet om van de gegeven toestemming een aantekening te maken in het dossier¹⁰²⁾.

Het kan zijn dat de rechter in West-Duitsland al te streng is geweest met zijn rechtspraak dat als regel op de arts de bewijslast rust van toestemming. In de literatuur wordt gewaarschuwd voor een verstoring van de vertrouwensrelatie. Wellicht dat de bepleite vrijheid in de bewijsvoering voorkomt dat ons in Nederland ook zo iets te wachten staat.

3.4. HET RECHT OP INFORMATIE

De patient moet weten waartoe hij toestemming geeft, zoals wat de risico's zijn van een behandeling en wat hij in redelijkheid van de behandeling kan verwachten. Kortom, de patient moet informed consent geven¹⁰³⁾. Het recht op informatie is bijvoorbeeld kernachtig vastgelegd

←

tie bevindt waarin het moeilijk is om het bewijs te leveren, terwijl het voor de zieke geheel onmogelijk zou zijn. Want van de beide partijen is het de arts die op de een of andere manier het bewijs van de toestemming kan geven, terwijl dat voor de patient in het geheel niet gaat)

102) Aldus H.J.J. Leenen, a.w. 1978, (hiervóór noot 81), blz 155, zie ook P.J.W. de Brauw, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 1982, blz 20/1, in het kader van de samenwerking tussen artsen

103) Zie uitvoering Leenen, a.w. 1978 (hiervóór noot 81), blz 140 e.v.

in A Patient's Bill of Rights (1972)¹⁰⁴). Ook in het voorontwerp is de plicht van de arts om zijn patiënt te informeren thans uitdrukkelijk vastgelegd. Het eerste lid van artikel 1653b luidt:

De hulpverlener licht de patiënt op duidelijke wijze en, desgevraagd, schriftelijk in over de aard en het doel van het onderzoek of de behandeling die hij noodzakelijk acht, over de te verwachten gevolgen en risico's daarvan voor de gezondheid van de patiënt, over andere methoden van onderzoek of behandeling die in aanmerking komen, alsmede over de staat van en de vooruitzichten met betrekking tot diens gezondheid voor wat betreft het terrein van het onderzoek of de behandeling.

Deze bepaling geeft (met uitzondering van de schriftelijke informatie) het thans geldende recht weer. Maar wat voor juristen de gewoonste zaak van wereld is, is dat voor artsen, althans in Duitsland, kennelijk niet altijd:

„Experience shows that hospital practice, certainly in many cases, appears to be quite different: it is a common grievance – at least in Germany – that physicians are not very communicative with their patients. One seldom finds out anything precise about the course of the illness, the results of examination and the treatment measures; if one asks, the answer is usually evasive, and if one becomes more insistent it is at the risk of receiving a rebuff. The physicians then give as reason for such conduct the fact that they have no time (sic) to give lectures (sic), that a layman would not understand anything of the subject, that they do not intend to sink to the level of „popular magazine-medicine” etc. ...”¹⁰⁵).

3.5. *MONDELINGE EN SCHRIFTELIJKE INFORMATIE*

Belangrijk voor een juiste informatieverstrekking is een gesprek tussen arts en patiënt vooraf. In dat gesprek kan de arts zich niet beperken tot het antwoorden op vragen die de patiënt hem stelt. Want de niet-deskundige patiënt zal doorgaans niet alle relevante vragen weten te stellen. Dat daarbij in begrijpelijke taal moet worden gesproken spreekt voor zichzelf. Het is toch merkwaardig dat sommige artsen de gesteldheid van de levende mens slechts kunnen beschrijven met behulp van een dode taal. De arts moet er scherp op letten dat de patiënt ook werkelijk begrijpt wat hij zegt. Kern en Laufs wijzen erop dat onderzoek naar de „Interaktion” tussen chirurgische patiënten en hun artsen tot ongunstige

104) Afgedrukt in Giesen, a.w. 1981 (hiervóór noot 41), blz. 434 e.v.

105) Giesen, a.w. 1981 (hiervóór noot 41), noot 235 (blz. 320/1).

resultaten leidde. Minder dan één op de vijf patiënten kon het gesprek dat hij met de arts had gevoerd reproduceren¹⁰⁶).

Er valt veel voor te zeggen de patiënt ook schriftelijk informatie (mee) te geven. Vaak luisteren patiënten selectief of blijken zij – eenmaal buiten – allerlei informatie weer te zijn vergeten. Voor hen lijkt het gesprek met de arts als in een roes plaats te vinden, te meer naar mate de ingreep ingrijpender en de risico's groter zijn. Als er ook schriftelijke informatie wordt verstrekt, is de kans groter dat zij door-dringt tot de patiënt. In bijvoorbeeld Amerika en Duitsland is een beweging naar meer schriftelijke informatie zichtbaar¹⁰⁷; soms is het geven van schriftelijke informatie zelfs tot een wettelijke eis geworden.

In Nederland pleitte onder meer Dekkers voor meer schriftelijke informatie¹⁰⁸). In ons land blijkt het geven van schriftelijke informatie vooraf niet tot de sterkste punten van de medische behandeling te behoren, althans als het gaat om de sterilisatie-ingreep (zie hierna no. 3.11 e.v.). Zeker voor allerlei standaard-operaties is het vervaardigen en aan de patiënt meegeven van zoiets als een folder een betrekkelijk kleine moeite¹⁰⁹). En het is te hopen dat de schrijver van zo'n stuk niet de schroom kent „to sink to the level of „popular magazine-medicine”.”¹¹⁰) In artikel b van het voorontwerp wordt bepaald dat de arts *desgevraagd* de *plicht* heeft om zijn patiënt schriftelijk in te lichten. Waarschijnlijk een bepaling die vanuit het oogpunt van een goede patiëntenbescherming kan worden toegejuicht. Aan artsen en ziekenhuizen zal deze wettelijke verplichting op de korte termijn zeker extra tijd kosten. Het zal ongetwijfeld lonen om reeds thans niet per ziekenhuis, maar veeleer *nationaal* aan uniforme folders te werken. Die zijn er soms ook al, bijvoorbeeld de folders die worden uitgebracht door het Koningin Wilhelmina Fonds, over de behandeling van diverse soorten van kanker. Maar als we over de *sterilisatie* spreken, dan zal blijken dat van een

106) B.-R. Kern en A. Laufs, a.w. 1983 (hiervóór noot 81), blz. 45; welk onderzoek dat precies was wordt niet gezegd.

107) Zie literatuur genoemd bij B. Sluyters, a.w. 1984 (hiervóór noot 16), zijn noot 195 e.v. (blz. 75 e.v.); en de literatuur genoemd hiervóór in mijn noot 81.

108) Dekkers, a.w. 1979 (hiervóór noot 81), blz. 124 en 140 e.v. Nog wat terughoudend is de Staatssecretaris van WVC, TK, vergaderjaar 1983-1984, 16 771, nr. 16, blz. 12.

109) Zie uitvoerig hierna; zie ook het voorontwerp. Het verstrekken van schriftelijke informatie mag natuurlijk nooit het persoonlijk gesprek vervangen. Aldus ook de Voorgangsnota patiëntenbeleid, TK, Zitting 1982-1983, 16 771, nr. 14, blz. 29. Zie verder nog B.-R. Kern/A. Laufs, a.w. 1983 (hiervóór noot 81), blz. 46. Zie ook nog Giesen, a.w. 1981 (hiervóór noot 41), blz. 174 e.v.

110) Zie hiervóór no. 3.4 slot. Folders hebben niet alleen voordelen. Soms worden ze in plaats van het mondelinge gesprek gebruikt. Dat kan niet (zie hierna). Bovendien zijn ze naar hun aard „algemeen”. In een gesprek kan de informatie beter worden afgestemd op de concrete patiënt. Zie het artikel van E.A.M. Wieberdink in *Praktijkmanagement voor de huisarts* 1986, blz. 25 e.v.

dergelijke nationale aanpak nog nauwelijks sprake is (zie hierna no. 3.11 e.v.).

Tenslotte, de schriftelijke informatie mag niet in plaats van, maar moet náást mondelinge informatie worden gegeven. Dat zou uit de tekst van artikel b van het voorontwerp iets duidelijker moeten blijken. In de beschikbaarheid van schriftelijke informatie schuilt het gevaar dat zij ten koste gaat van de mondelinge contacten tussen arts en patiënt.

3.6. *WELKE INFORMATIE?*

In het voorontwerp wordt heel in het algemeen aangegeven waarover de arts zijn patiënt heeft te informeren. Artikel b lid 1 luidt zo:

De hulpverlener licht de patiënt op duidelijke wijze en, desgevraagd, schriftelijk in over de aard en het doel van het onderzoek of de behandeling die hij noodzakelijk acht, over de te verwachten gevolgen en risico's daarvan voor de gezondheid van de patiënt, over andere methoden van onderzoek of behandeling die in aanmerking komen, alsmede over de staat van de vooruitzichten met betrekking tot diens gezondheid voor wat betreft het terrein van het onderzoek of de behandeling.

Een bijzonder moeilijk te beantwoorden vraag is welke informatie nu *precies* moet worden gegeven en hoever de arts daarin moet gaan. Michiels van Kessenich bestempelde het vraagstuk van de reikwijdte van de informatieplicht eens als „een van de meest fascinerende vraagstukken op het gebied van het medisch aansprakelijkheidsrecht”. Dat geldt vooral de mogelijke *risico's* die aan de behandeling vastzitten. Heel in het algemeen is het naar mijn mening zo dat de arts de patiënt moet informeren over de normale, voorzienbare risico's van de behandeling¹¹¹). In gevallen waarin de deskundige arts zich – zou een risico zich verwelijken – zeer zou verbazen over dit gevolg van de behandeling, mag hij er wellicht het zwijgen toe doen.

Nu zijn héél algemene regels nog maar nauwelijks regels te noemen. Het lijkt daarom verstandig ons eens te richten op bepaalde soorten van behandelingen of op bijzondere omstandigheden van een geval. Het blijkt dan zo te zijn dat soms de informatieplicht van de arts duidelijk toeneemt. Maar eerst een blik in tuchtrechtspraak.

111) Zie uitvoerig Dekkers, a.w. 1979 (hiervóór noot 81). Aldus bijvoorbeeld Penneau, a.w. (hiervóór noot 81), no. 651.

3.7. TUCHTRECHTSPRAAK EN INFORMATIEPLICHT

Fundamenteel zijn twee tuchtrecht-uitspraken uit 1981¹¹²⁾. Een vrouw klaagde erover, dat de behandelend arts haar geen of onvoldoende informatie had gegeven over zijn bevindingen naar aanleiding van een operatie. Daarbij was een kwaadaardig gezwel gevonden. Het Centraal Medisch Tuchtcollege overwoog onder meer als volgt:

„Met betrekking tot de plicht van een arts om informatie te verstrekken pleegt het Centraal College te onderscheiden tussen informatie met betrekking tot een nog aan te vangen behandeling en die gedurende een behandeling. Daarbij is steeds gesproken van de plicht van de arts en is uitdrukkelijk de term „recht op informatie” vermeden omdat deze term blijkt geïnterpreteerd te worden in te absolute zin en daaruit zou kunnen worden afgeleid, dat de arts *alle* informatie, althans alle informatie die de patiënt zou wensen te krijgen zou moeten doorgeven. Deze interpretatie is niet juist, reeds omdat de grens tussen wat feitelijk op grond van de door de arts waargenomen toestand als vaststaand kan worden aangenomen en de niet-vaststaande maar mogelijke ontwikkelingen (waarvan mededeling soms wel, maar soms zeker niet toelaatbaar is) niet te trekken valt. Daarbij komt, dat van geval tot geval verschilt in hoeverre de verstandelijke en psychische vermogens van de patiënt hem of haar veroorloven de informatie te verwerken¹¹³⁾. Is het geven van voldoende en zorgvul-

112) Centraal Medisch Tuchtcollege 19 maart 1981, TvG 1981, blz. 252 e.v. en 254 e.v.

113) In Duitsland maakte het BGH uitdrukkelijk uit dat het criterium is of deze concrete patiënt de informatie heeft kunnen begrijpen. BGH 22 januari 1980, VersR. 1980, 428. Hoezeer er een discrepantie kan bestaan tussen de informatie-verschaffing van de arts en de informatie-ontvangst door de patiënt bleek op het 2. Kongress für klinische Psychologie und Psychotherapie in Berlijn in 1982. Ik citeer daarover D. Giesen, JZ 1982, blz. 392:

„Schon in der Einschätzung des Erfolgs von Aufklärungsgesprächen, die bei schwerkranken Patienten mit Diagnose auf Krebs, Herzinfarkt, Querschnittslähmung, durchgeführt worden waren, zeigten sich zwischen den Ansichten von insgesamt 103 befragten schwerkranken Patienten und 45 befragten Ärzten (darunter 29 Klinikfachärzten) erhebliche Diskrepanzen. Auf der Liste der Patientenwünsche an den Arzt stand der Wunsch nach Ehrlichkeit ganz oben. Immerhin glaubte auch mehr als die Hälfte der befragten Ärzte, dass die Schwerkranken die Wahrheit wissen wollten; aber nur die Hälfte der Patienten fand, dass man ihnen ihre Krankheit verständlich erläutert hatte, während über zwei Drittel der Ärzte meinten, dies getan zu haben. Drei Viertel der Schwerkranken rechneten mit dem Tod, mit eingeschränkter Lebenserwartung bzw. (bei Querschnittslähmung) verminderter Lebensqualität, obwohl fast die Hälfte von ihnen der Meinung war, der Arzt habe keinerlei Prognose mitgeteilt. Die Ärzte waren dagegen davon überzeugt, den Patienten ihre Prognose mitgeteilt zu haben. Ein Fünftel der Patienten wusste auch nichts über die Bedeutung der diagnostischen Untersuchungen und deren einzelne Ergebnisse. Nur die Hälfte der Patienten gab an, mit dem Arzt offen über ihre Krankheit sprechen zu können” (curs. weggelaten).

Zie verder nog: Dekkers, a.w. 1979 (hiervóór noot 81), blz. 172 e.v. en B.-R. Kern/A. Laufs, a.w. (hiervóór noot 81), blz. 117 e.v.

dige informatie dus wel een onderdeel van de prestatie die de arts op zich nam, het is tevens een activiteit die, evenals het stellen van de diagnose en de uitvoering van de behandeling, daarvan een niet af te zonderen onderdeel uitmaakt en dus afhankelijk is van en bepaald wordt door zijn of haar wetenschappelijk inzicht en beoordeling. (...)

Wat nu in het bijzonder de plicht om informatie te geven vóór de aanvang van de behandeling betreft, moet als criterium gelden, dat de patiënt een beschrijving moet krijgen van de te behandelen kwaal, inzicht van (in? – cs) de behandeling die de arts zich voorstelt te geven en in de redelijkerwijs te verwachten gevolgen waarbij de nadruk moet vallen op gevolgen, die voor de patiënt van ingrijpend karakter kunnen zijn, een en ander met inachtneming van de boven-omschreven beperkingen. Wanneer de patiënt zulks wenst behoort tevens medegedeeld te worden, wat de gevolgen zijn van het nalaten van de behandeling en welke alternatieve behandeling mogelijk is. (...)”¹¹⁴⁾.

3.8. MEER INFORMATIE

In zijn dissertatie over de patiënt en het recht op informatie destilleerde Dekkers¹¹⁵⁾ uit Amerikaanse en Duitse rechtspraak het volgende rijtje van omstandigheden die maken dat aan de informatieplicht van de arts hogere eisen mogen worden gesteld

- indien de aard van het risico ernstiger is;
- indien „de algemene incidentie-verwachting” van het risico groter is;
- indien de voorgenomen ingreep minder noodzakelijk is;
- indien er een of meer alternatieven voor de ingreep zijn;
- indien het risico bij het publiek minder bekend is; en
- indien het risico onder de gegeven omstandigheden eerder te verwachten is.

Over een aantal van deze omstandigheden zou ik nog iets willen zeggen.

3.8.1. *De behandeling is niet of minder noodzakelijk*

Indien de behandeling niet noodzakelijk of minder noodzakelijk is, neemt de omvang van de informatieplicht toe. Dat geldt uiteraard het sterkst voor die behandelingen die niet noodzakelijk zijn, behandelingen die evengoed achterwege hadden kunnen blijven. Het is interessant om

114) Zie voor een uitvoerig en fraai overzicht van de uitspraken: J.K.M. Gevers, *De rechter en het medisch handelen*, 1984, blz. 81 e.v.

115) Dekkers, diss. Leiden 1979, (hiervóór noot 81), blz. 119.

daarvoor eens naar het Franse recht te kijken.

In Frankrijk geldt als algemene regel dat

„ ... parmi les risques que peut comporter un traitement, le médecin est tenu d'informer son patient des seuls risques normalement prévisibles et qu'il peut licitement garder le silence sur les risques exceptionnels”¹¹⁶).

In een aantal gevallen legt de Franse wetgever de arts de plicht op álle risico's ten overstaan van de patiënt te noemen. Zo dient de arts bij transplantaties aan de *donor* informatie te verstrekken

„ ... sur toutes les conséquences prévisibles d'ordre physique et psychologique de prélèvement ainsi que sur les répercussions éventuelles de ce prélèvement sur la vie personnelle, familiale et professionnelle du donneur. Elle porte, en outre, sur les résultats qui peuvent être attendus de la greffe pour le receveur”¹¹⁷).

De abortuswetgeving verplicht de arts de patiënt te informeren over

„ ... des risques médicaux qu'elle encourt pour elle-même et pour ses maternités futures et de la gravité biologique de l'intervention qu'elle sollicite”¹¹⁸).

En als het gaat om „la chirurgie esthétique”, dan houdt de rechtspraak de arts voor:

„ ... le chirurgien esthétique doit plus que tout autre informer très exactement son client de tous les risques inhérents à l'opération qu'il conseille et des séquelles qui peuvent en subsister ...”¹¹⁹).

Het gaat hier steeds om operaties of medische behandelingen, waarvoor ongetwijfeld goede argumenten zijn aan te dragen, maar die doorgaans niet noodzakelijk zijn. Welnu, in die gevallen gaat de informatieplicht van de arts dus zeer ver. Argumenten om bepaalde informatie achter te houden of licht te verdoezelen (in bepaalde situaties kan daarvoor reden zijn, maar die bespreek ik hier niet) zijn er niet.

In de Duitse en Amerikaanse rechtspraak zijn vergelijkbare operaties en behandelingen eveneens aan een hoge graad van informatie onderworpen denk aan abortus, kunstmatige inseminatie, castratie, sterilisatie en operaties gericht op geslachtsverandering¹²⁰). Van de arts wordt ver-

116) J. Penneau onder Cour de Cassation 9 mei 1983, D. 1984, blz. 122; dezelfde: Encyclopédie Dalloz (Médecine), no. 648 e.v.; zie verder Ph. le Tourneau, La responsabilité civile, 1982, no. 807 e.v.

117) L. no. 76-1181 van 22 december 1976, D. 1977, blz. 13 en Décret no. 78-501 van 31 maart 1978, art. 1, 2e al., D. 1978, blz. 241. Zie Encyclopédie Dalloz (Médecine), no. 659. Zie ook Giesen, a.w. 1981 (hiervóór noot 41), blz. 242 e.v.

118) C. Santé publ., art. L. 162-3; J. Penneau, Encyclopédie Dalloz (Médecine), no. 660.

119) Lyon, 8 januari 1981, JCP, 81.19699; uitvoerig over deze behandeling: Ph. le Tourneau, La responsabilité civile, 1981, no. 809 e.v.; J. Penneau, Encyclopédie Dalloz (Médecine), no. 657 e.v.; en (al wat ouder) Mazeaud, Responsabilité civile 1965, blz. 592.

120) Zie Giesen, a.w. 1981 (hiervóór noot 41), blz. 177 en de daargenoemde literatuur.

wacht en gevergd dat hij alle ook maar enigszins relevante informatie verstrekt en dat hij zowel aan de fysieke als aan de emotionele aspecten van de behandeling ruime aandacht besteedt.

3.8.2. *Er zijn alternatieven voor de behandeling*

Het Centraal Medisch Tuchtcollege lijkt in zijn uitspraak van 1981 (hiervóór geciteerd) geen algemene plicht tot informatie over mogelijke alternatieven aan te willen nemen:

„Wanneer de patiënt zulks wenst behoort tevens medegedeeld te worden, wat de gevolgen zijn van het nalaten van de behandeling en welke alternatieve behandeling mogelijk is”.

Deze opvatting van de hoogste tuchtrechter (maar wellicht is zij anders bedoeld) lijkt mij minder juist. Want het noemen van alternatieven, inclusief dat van niet-behandelen, maakt een belangrijk deel uit van de te verstrekken informatie. Het voorontwerp noemt zelfs uitdrukkelijk de informatieplicht ten aanzien van „andere methoden van onderzoek en behandeling die in aanmerking komen” (art. 1653b, eerste lid). Nu zal er onder artsen lang niet altijd overeenstemming zijn over de vraag of een bepaald alternatief ook wérkelijk een alternatief is, zodat verschil van mening bestaat over de vraag of het al dan niet moet worden genoemd. Maar dat doet er niet aan af, dat onwenselijk is het bespreken van de mogelijke alternatieven afhankelijk te stellen van eventuele vragen van de patiënt¹²¹).

3.8.3. *Het risico – aard en kans*

Sprekend over de risico's van een medische behandeling lijkt het verstandig goed te onderscheiden tussen enerzijds de aard van het risico (verlamming, verminking, verlies van een zintuig, blijvende hoofdpijn, enzovoorts) en anderzijds de kans dat het risico zich verwezenlijkt.

Het lijkt erop dat de discussie over de vraag of bepaalde risico's nu wel of niet behoren te worden genoemd, meestal gaat over de kans. Zo wijst Dekkers erop dat in Amerikaanse en Duitse rechtspraak verwoede pogingen zijn gedaan om de informatieplicht te koppelen aan het „incidentiepercentage” van het risico¹²²). Men komt dan uit op minimumpercentages van tussen de 5 en 8%.

121) Zie onder meer Giesen a.w. 1981 (hiervóór noot 41), blz. 177 e.v. Geheel anders klinkt het CMT in zijn uitspraak van 28 oktober 1983, TvG 1983, blz. 209 e.v. De feiten lagen daar evenwel wezenlijk anders.

122) Dekkers, a.w. 1979 (hiervóór noot 81), blz. 117.

Toch is naar mijn mening die kans maar één aspect en mag dat andere: de aard van het risico beslist niet buiten beeld blijven. De verschillende aspecten – aard en kans van het risico en de noodzaak van de behandeling – grijpen als het ware in elkaar. Zij vormen omstandigheden op grond waarvan in elk concreet geval moet worden bepaald, welke risico's wél en welke níét behoeven te worden genoemd.

De nadruk te leggen op de kans lijkt mij onjuist, want die kans kan heel klein zijn, terwijl toch een informatieplicht voor de arts hoort te bestaan. Wellicht legt de aard van het risico een nog wel groter gewicht in de schaal dan de kans daarop. Naarmate de aard van het bij een bepaalde behandeling behorende risico ernstiger is, doet de kans erop minder ter zake¹²³⁾.

3.8.4. Informatie over ervaring

Enkele jaren geleden zorgde een uitspraak van het Oberlandesgericht Keulen voor grote opschudding¹²⁴⁾. Een vrouw liet zich aan een limfklier in de hals opereren. Zo'n operatie is niet zonder gevaar want de hals is een kwetsbaar gebied. Er bestaat het risico dat een van de zenuwen wordt geraakt, en dat was ook precies wat gebeurde: de arts raakte de nervus accessorius en sindsdien kon de vrouw haar arm niet meer optillen. Toen bleek dat de arts die haar geopereerd had deze operatie voor het éérst had gedaan, vorderde zij schadevergoeding, onder meer omdat de arts haar had moeten inlichten over zijn gebrek aan ervaring. Het Oberlandesgericht was het met haar eens: het gaat om een risicoverhogende omstandigheid, en die behoort genoemd te worden.

De uitspraak werd min of meer instemmend begroet vanuit de juridische hoek¹²⁵⁾, maar met name van de zijde van de artsen werd ze zwaar bekritiseerd. Centraal in die kritiek stond de angst dat deze uitspraak de opleiding van artsen volledig zou dwarsbomen en dat patiënten nodeloos aan het schrikken zouden worden gebracht.

In cassatie bleek het Bundesgerichtshof wel gevoelig voor deze kritiek¹²⁶⁾. Het gaat hier niet zo zeer, zo vindt het college, om een tekortschieten in de *informatieplicht*, maar veeleer in een tekortschieten in de *behandeling*. Het mag niet zo zijn dat een onervaren arts een extra risico met zich brengt: „Immer muss der Standard eines erfahrenen Chirurgen gewährleistet sein”. En als er dus geen extra risico is, zo

123) Zie ook voet noot 133.

124) OLG Köln 6 augustus 1981, VersR. 1982, blz. 453.

125) Bijv. Kern en Laufs, a.w. 1983, blz. 110; kritischer: Deutsch, NJW 1982, blz. 2585 e.v.

126) BGH 27 september 1983, MedR. 1984, blz. 63.

lijkt de consequente redenering te zijn, dan is er ook geen reden de arts te verplichten van zijn onervarenheid gewag te maken. Aldus wordt veel van de kritiek van de artsen weggenomen. De vraag is wel of uiteindelijk niet toch onervarenheid een risicofactor vormt. Deutsch meende in een artikel, dat hij schreef na de uitspraak van het Oberlandesgericht-Keulen, van niet. Wellicht, zo meende hij, valt van een beginner, al dan niet onder strikte begeleiding, zelfs zorgvuldiger werk te verwachten dan van een ervaren, maar al te routineuse arts¹²⁷).

Dat oordeel lijkt mij juist. Gaat het daarentegen om een nieuw type behandeling waarin de arts nog weinig ervaring heeft, dan geldt in het algemeen een verscherpte informatieplicht waarbij de extra risico's en de eventuele mogelijkheid van alternatieve behandelingen worden uiteengezet. Dit alles geldt nog eens te meer voor experimentele behandelingen.

Als de patiënt nadrukkelijk *vraagt* naar de ervaring die zijn arts heeft met betrekking tot een concrete behandeling, dan hoort de patiënt daarover mijns inziens wel ingelicht te worden.

3.9. *OPPOSITIE TEGEN EEN TE VER GAANDE INFORMATIEPLICHT*

Anders dan in Nederland bestaat in landen als Duitsland en Amerika grote belangstelling voor de civielrechtelijke aspecten van de „Aufklärungspflicht” of de „duty to give information”. Bepalen wij ons even tot Duitsland, dan blijkt dat die belangstelling zich ook uit in een felle strijd tussen voor- en tegenstanders van de rechtspraak van het Bundesgerichtshof. En het moet worden toegegeven dat die rechtspraak *vé*rgaat; een voorbeeld vormt het geval van de mislukte ooroperatie¹²⁸).

H.L. Schreiber wees er op dat tegenwoordig vaak over het gezondheidsrecht wordt gesproken in oorlogstermen:

„ ... dass die Auseinandersetzungen zwischen Recht und Medizin häufig mit Bildern aus dem kriegesischen Bereich beschrieben werden. Da is die Rede von der Aufklärung als zweitem „Hauptkriegsschauplatz” und von „Nebenfronten”. Man spricht vom „Kalten Krieg” zwischen Ärzten und Juristen bzw. (...) von einem „Spannungsfeld, das aus prinzipiellen Gründen keinen Waffenstillstand kennen” könne”¹²⁹).

De arts staat in sommige gevallen voor een dilemma. Een overvloed aan

127) Deutsch, NJW 1982, blz. 2587.

128) Zie voetnoot 133. Zie ook het interview met de scheidende president van het BGH, Gerd Pfeiffer, waarin hij de rechtspraak ter zake van de informatieplicht van de arts als belangrijk en richtinggevend kwalificeert, NJB 1988, blz. 299.

129) H.L. Schreiber, Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin, (Göttinger Universitätsreden) 1983, blz. 30.

informatie over alle mogelijke risico's kan gemakkelijk tot verwarring en angst bij de patiënt leiden¹³⁰). Dat geldt te meer naar mate de behandeling of de ingreep noodzakelijker is. Het is in dat geval ernstig de vraag of de aldus handelende arts het belang van de patiënt wel dient, want het heeft er iets van weg dat de patiënt flink schrik wordt aangejaagd om hem er maar van te weerhouden nadien nog eens zijn arts aan te klagen.

Het Oberlandesgericht Celle formuleerde het enige jaren geleden in een obiter dictum aldus:

„Andererseits gehört es aber auch zu den hohen Berufspflichten des Arztes, nicht nur zu heilen, sondern auch Trost zu spenden, den Genesungswillen des Kranken, diesen wichtigen Heilungsfaktor, nicht zu lähmen, sondern zu stärken und den Patienten nicht in unnötige Ängste zu versetzen. Der Arzt muss deshalb auch Rücksicht nehmen auf die psychosomatische Ausnahmesituation, in der sich der schwer erkrankte Patient gerade während des Klinikaufenthalts regelmässig befindet, und darf diesen Patienten nicht über sein Krankheitsleid hinaus seelisch unnötig belasten und dadurch den Kranken womöglich von der Einwilligung in eine dringend gebotene Behandlung abschrecken”¹³¹).

Men moet zich de kritiek van hen die er voor staan ter harte nemen. Maar, bestudering van de Duitse rechtspraak vestigt bij mij de overtuiging dat dit meestal ook gebeurt. Het is dan ook bepaald niet de bedoeling de arts te dwingen zijn patiënt schrik aan te jagen. Men schiet dan immers voorbij het doel.

Toch mag de arts er ook niet aan voorbijgaan dat het de patiënt is die moet beslissen: wel of geen behandeling. De artsen zullen zich moeten realiseren dat een samenleving die het zelfbeschikkingsrecht van haar leden (en haar patiënten) hoog in het vaandel wil schrijven, dan ook de consequenties daarvan zal moeten aanvaarden. Of zoals Schreiber het kernachtig zegt: „die mit der Aufklärungspflicht verbundene seelische Belastung ... (ist) die Kehrseite freier Selbstbestimmung.” De arts dient de patiënt bij dat beslissen te begeleiden en te helpen; hij kan niet volstaan met het opdreunen van een rijtje risico's, om dan het ja of nee af te wachten; want dan kan met recht worden gezegd dat de patiënt angst wordt aangepraat. Enigszins provocerend formuleert de Belgische ethicus Schotsmans het. Hij merkt op dat het niet nodig is dat de arts zijn patiënt tot in alle details inlicht. Veel belangrijker dan de vraag

130) Vgl. Leenen, a.w. 1978 (hiervóór noot 81), blz. 146 e.v. uitvoerig.

131) OLG Celle van 15 juni 1981, VersR. 1981, blz. 1184; zéér kritisch toonde zich Giesen over deze uitspraak: JZ 1982, blz. 401.

naar de kwantiteit van de informatie lijkt hem de vraag naar de kwaliteit van de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt. De patiënt moet zich volwaardig betrokken voelen bij de bevordering van zijn welzijn. Hij moet partner zijn. „Als hij partner is, kan hij geen heerser zijn. Het zou dan ook een spijtige evolutie kunnen worden genoemd, wanneer het denken omtrent de rechten van de patiënt zou uitlopen op een nastreven van een omgekeerde asymmetrische verhouding van wat men nu heden ten dage wil bestrijden in de medische macht”¹³²⁾.

Het informeren van de patiënt omtrent de mogelijke risico's van een behandeling moet zijn ingebed in een gesprek, afhankelijk van de aard en de kans van het risico en afhankelijk van onder meer de noodzaak van de behandeling, meer of minder uitvoerig¹³³⁾. De (aankomende) arts zal zich daarin moeten oefenen¹³⁴⁾. In de Nederlandse opleiding tot arts ontbreekt het aan dergelijke trainingen vaak¹³⁵⁾.

3.10. *INFORMED CONSENT TOEGESPITST OP DE STERILISATIE-INGREEP*

Wat betekent dit alles voor de sterilisatie-ingreep? Welke graad van informatie-verstrekking moet in dat geval van de arts worden gevegd? Het antwoord rolt min of meer als vanzelf uit het voorafgaande te voorschijn. De sterilisatie van man of vrouw is bijna altijd een niet-noodzakelijke ingreep. Zij is kennelijk gewenst, noodzakelijk is ze niet. In de tweede plaats bestaan er alternatieven voor de ingreep in de anti-conceptiesfeer. In de derde plaats is het risico van mislukking van de ingreep beslist niet wijd en zijd bekend. Zij alle vormen de argumenten om aan de informatieplicht van de arts hogere eisen dan „normaal” te stellen. Ik voel er veel voor om aan te sluiten bij de Franse wetgeving inzake het afstaan van organen en bij de Franse rechtspraak ter zake van de „esthetische” chirurgie. In het eerste geval legt de wet aan de arts de plicht op de donor te informeren over alle voorzienbare conse-

132) A.w. 1984/5 (hiervóór noot 81) blz. 438 resp. 440. Zie ook het boek van H.W. Kan-
ters, Effectiviteit van patiëntenvoorlichting, 1987.

133) Een bijzonder belangwekkende Duitse uitspraak is BGH 22 april 1980, VersR. 1981,
blz. 456, het ging om de kans op een plaatselijke verlamming ten gevolge van een
oöperatie, een kans van 1:2000: „Über solche typische, dem Patienten nicht er-
kennbare Risiken ist dieser grundsätzlich auch dann aufzuklären, wenn sie sehr selten
sind ... dies vor allem dann, wenn ihre Folgen bei Verwirklichung des Risikos
schwerwiegend sind ...” (blz. 457 r.k.).

134) Aldus ook (in wat ruimer verband) Wijshoff-Vogelzang, a.w. (hiervóór noot 81), blz.
200; en J.N. Peterson-Schalken, T. voor Antilliaans Recht Justicia 1985, blz. 196.

135) In sommige ziekenhuizen werken thans in het kader van een experiment van WVC
zogenaamde „coördinatoren patiëntenvoorlichting”; zie daarvoor: K.P. van Ballekom-
Van de Ven en F.J. Grauenkamp, TvZ 1987, blz. 536 e.v.

quenties van lichamelijke en psychische aard die zich kunnen voordoen, alsook over de mogelijke invloeden op het persoonlijke- en gezinsleven van de donor. In het geval van de „chirurgie esthétique” legt de rechter aan de arts de plicht op om de patiënt te informeren „très exactement ... de tous les risques inhérents à l'opération qu'il conseille et des séquelles qui peuvent en subsister” (zie no. 3.8.1.). Dat betekent dat de arts de man of vrouw die wil worden gesteriliseerd behoort te informeren over uiteenlopende aspecten van de sterilisatie als de kans op mislukking, de kans op complicaties en de aard daarvan (zie hoofdstuk 4), over de niet geringe kans dat betrokkene spijt krijgt van zijn of haar beslissing, over de mogelijkheden de sterilisatie weer ongedaan te maken, over mogelijke psychische problemen die uit de ingreep kunnen voortvloeien, enzovoort¹³⁶).

De man of vrouw die om sterilisatie verzoekt behoort naar mijn oordeel in ieder geval te worden geïnformeerd over:

1. de kans op een terugkerende vruchtbaarheid, waardoor nieuwe zwangerschappen tóch weer mogelijk zijn. Dat geldt eens te meer nu de verzoeker met deze wetenschap kan besluiten tot een andere (eventueel aanvullende) vorm van anti-conceptie. Maar bovendien is de vrouw, indien zij op de hoogte is gesteld van de mislukkingen, alerter op een zwangerschap. Een eventuele beslissing om tot abortus over te gaan kan in een vroeg stadium worden genomen. En verder, na een mislukte sterilisatie van de vrouw komt een gevaarlijke buitenbaarmoederlijke zwangerschap betrekkelijk vaak voor, zie hierna hoofdstuk 4. En dan geldt eens te meer dat de goed geïnformeerde vrouw oplettender is dan de vrouw die er vast van overtuigd is dat zwangerschappen te allen tijde zijn uitgesloten. Wat betreft de man, hij behoort te worden ingelicht over de noodzaak van de na-controles na de vasectomie.
2. over de kans op complicaties. Dat geldt voornamelijk voor de sterilisatie van de vrouw. De sterilisatie van de man is wat dat betreft veel ongevaarlijker, waardoor het aantrekkelijk kan zijn dat in plaats van de vrouw de man zich laat steriliseren.
3. bovendien dient de verzoeker op de hoogte te worden gesteld van de „relatieve onomkeerbaarheid” van de ingreep. Omdat dit boek daar niet over gaat, volsta ik met het noemen van enige literatuur¹³⁷).

136) Terughoudender was onlangs het Engelse Court of Appeal, *Gold v. Haringly Health Authority* (1987) 2 All ER 888.

137) De ingreep heet de vaso-vasostomie (hersteloperatie); zie: E.V. van Hall, Ned. T. Geneesk. 1978, blz. 2053 e.v.; H.J. Ubels, F.M.T. Rasker, Ned. T. Geneesk. 1982, blz. 1359 e.v. en H.M. Vemer e.a., NTvG 1986, blz. 410 e.v. Voor aantallen, zie het rapport genoemd hiervoor noot 3, blz. 86.

4. ten slotte, en dat ligt volstrekt voor de hand, zal ruime aandacht moeten worden gegeven aan de gevolgen, lichamelijk en psychisch, van de sterilisatie voor de betrokkene en diens partner. Het valt aan te raden dat beiden worden geïnformeerd.

3.10.1. Eigen wetenschap van de patiënt

Niet zolang geleden werd een mislukte-sterilisatiezaak aan de Rechtbank Leeuwarden voorgelegd. De vraag was onder andere of de gynaecoloog zijn patiënte had ingelicht over de steeds aanwezig kans dat ook een sterilisatie kan mislukken. De arts meende van wel, de vrouw hield vol van niet. Maar de rechtbank meende dat dit verschil van mening verder niet van belang was:

„ ... dat van een algemeen ontwikkelde en behoorlijk geschoolde vrouw, zoals eiseres uit de gedingstukken naar voren komt, moet worden verlangd, dat zij zelve ermede bekend is, dat bij een sterilisatie-ingreep, zoals bij vrijwel iedere medische ingreep, een kans op mislukking bestaat, welke kans overigens ... bij een goed verrichte ingreep zeer gering is”¹³⁸⁾.

Weliswaar behoeft de arts zijn patiënt niet in te lichten over medische feiten van algemene bekendheid („das medizinische Basiswissen der Allgemeinheit”, noemt de Duitser dat), maar ál te gauw mag hij daarvan toch niet uitgaan. Bij twijfel of deze concrete patiënt weet heeft van bepaalde feiten, behoort de arts zich van die wetenschap te vergewissen. Inhoudelijk lijkt het oordeel van de Rechtbank Leeuwarden me toch onjuist. Zeker zal het zo zijn dat „een algemeen ontwikkelde en behoorlijk geschoolde vrouw” weet dat er voor bijna iedere medische ingreep een kans op mislukken bestaat (hetgeen de arts trouwens niet van zijn informatieplicht ontslaat!¹³⁹⁾), maar hier gaat het om iets anders. Waar aan denkt de vrouw-in-kwestie bij „een kans op mislukking”? Aan complicaties of aan andere problemen tijdens de behandeling waardoor de ingreep is mislukt, denk ik. Ze zal er dan vanuit gaan dat ze meteen na de ingreep op de hoogte wordt gesteld van wat er is misgegaan. Maar hier werd de vrouw – „gesteriliseerd” – naar huis gestuurd, zonder dat haar werd verteld van de kans op een spontane rekanalisatie. Mag ze er dán niet vanuit gaan dat de behandeling kennelijk is gelukt? Hoeveel algemeen ontwikkelde en behoorlijk geschoolde vrouwen zou de recht-

138) Rb. Leeuwarden 1 maart 1984, NJ 1986, 334.

139) Aldus ook Vansweevelt, die de vraag stelt „of hier niet al te licht wordt voorbijgegaan aan de informatieplicht van de arts”, Vlaams Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1985/86, blz. 169.

bank op het oog hebben gehad toen ze overwoog dat patiënte van het fenomeen van de spontane rekanalisatie had behoren te weten?

Als de rechtbank de arts in het gelijk had willen stellen had ze de patiënt de bewijslast met betrekking tot de tekort schietende informatie moeten opleggen (zie hierna no. 3.15); of ze had moeten oordelen dat, ongeacht de vraag of de arts tekort was geschoten, sowieso het causaal verband tussen dat tekortschieten en de onstane schade zou hebben ontbroken (zie hierna no. 3.14).

3.11. *DE PRAKTIJK IN NEDERLAND ROND 1978*

In het voorafgaande merkte ik al op dat er, zeker in het buitenland, een ontwikkeling op gang is gekomen van steeds meer schriftelijke informatie. Is dat in Nederland ook het geval? Uit een in 1978 gehouden VARA-onderzoek, dat nadien werd voortgezet en uitgediept door twee gynaecologen, bleek dat het tóen met die schriftelijke informatie niet zo best was gesteld. Het onderzoek had betrekking op 103 gesteriliseerde vrouwen. Het volgende bleek:

„... schriftelijke informatie hadden 10 vrouwen ontvangen; 9 vrouwen (niet per se dezelfde) hebben een verklaring moeten ondertekenen dat zij bekend waren met het onherroepelijke karakter van de ingreep en 1 vrouw heeft schriftelijk moeten verklaren van elke aansprakelijkheidsstelling af te zien. In de door deze 10 personen verkregen informatie stond slechts 2 maal dat naderhand een zwangerschap niet geheel onmogelijk was. Het percentage vrouwen dat vooraf schriftelijk informatie heeft gekregen, is in de loop der jaren niet hoger geworden”¹⁴⁰⁾.

In een brief aan haar leden reageerde de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie, met de volgende aanbeveling:

„Het is wenselijk, dat de behandelend arts aan de cliënt – naast uitvoerige mondelinge toelichting – schriftelijke informatie verschaft, voorafgaande aan de steriliserende ingreep. Daarin moet onder meer worden gewezen op het feit dat er na een sterilisatie een kleine kans op zwangerschap blijft bestaan. De handelwijze om de cliënt te vragen een verklaring te ondertekenen, waarmee hij/zij te kennen geeft de schriftelijke informatie te hebben ontvangen en gelezen, heeft geen enkele juridische consequentie en wordt niet aanbevolen”¹⁴¹⁾.

140) L.C. van Otterlo en W. Vlaanderen, Ned. T. Geneesk. 1982, blz. 241 e.v.

141) Brief van 28 april 1980 van het bestuur van de vereniging aan haar leden; een copie werd gezonden aan de Staatssecretaris van Volksgezondheid en Milieuhygiëne, bij
→

Of deze laatste volzin juridisch juist is, vraag ik mij af. Ik kom daarop nog terug (no. 3.15).

Over de informatieplicht van de arts bestaat een uitspraak van de Raad van Beroep van de KNMG¹⁴²⁾. Een vrouw diende een klacht in tegen een gynaecoloog. Vaststond, dat voorafgaand aan de sterilisatie-ingreep tussen arts en patiënt „een kort gesprek (had) plaatsgevonden, waarbij echter niet is gesproken over de voor- en nadelen van sterilisatie, noch over de kans dat ondanks de sterilisatie toch zwangerschap zou kunnen optreden, noch over het standpunt van de arts met betrekking tot afbreking van de zwangerschap” (de arts weigerde op grond van zijn levensovertuiging iedere vorm van medewerking aan een abortus-ingreep, terwijl hij de vrouw bovendien niet wilde verwijzen naar een andere medicus of instantie – cs).

De Raad van Beroep liet het oordeel van de Districtsraad in stand dat de arts onjuist had gehandeld (onder meer) door de patiënte vóór de sterilisatie niet te wijzen op de kans dat toch een zwangerschap zou kunnen optreden. Dat geldt te meer indien de gynaecoloog ter zake van het afbreken van een zwangerschap het principiële standpunt inneemt dat hij daaraan geen enkele medewerking kan verlenen. De arts kreeg een waarschuwing.

3.12. *DE PRAKTIJK IN NEDERLAND IN 1985*

Omdat het mij niet onwaarschijnlijk leek dat er sinds 1978 het een en ander is veranderd én omdat het onderzoek slechts betrekking had op de sterilisatie van de vrouw, heb ik zelf op beperkte schaal een klein onderzoek verricht. Ik schreef in de zomer van 1985 van 30 ziekenhuizen – verspreid over het land en variërend in grootte – zowel de gynaecologische als de urologische afdelingen aan¹⁴³⁾.

Ik informeerde er naar, waarover bij sterilisaties informatie verschaft? Daartoe werd de informatie onderscheiden in vier categorieën: de gevolgen van de sterilisatie, de mislukningskansen, de risico's/complicaties, de mogelijkheden van ongedaanmaking (hersteloperaties). Vervolgens informeerde ik naar de wijze waarop de informatie wordt verstrekt: mondeling en/of schriftelijk en naar de eventuele volgorde. In het geval dat de informatie (mede) schriftelijk werd verstrekt, verzocht ik om een copie.

← brief van 3 juli 1980.

142) 29 oktober 1980, MC 1980, blz. 1571 e.v.

143) Overigens wordt wel bepleit dat de huisarts voorlichting zou moeten geven: vgl. H.A. van Opstall, *Sequelae of Female Sterilisation*, diss. Utrecht 1984, blz. 166 e.v.

Van de aangeschreven gynaecologen reageerden alle 30; van de urologen ontving ik in 23 van de 30 gevallen een reactie. Ofschoon de respons dus als behoorlijk tot uitstekend kan worden aangemerkt, ben ik mij er terdege van bewust dat aan deze enquête slechts een beperkte waarde kan worden toegekend. Het onderzoek zou aanmerkelijk groter en omvangrijker kunnen worden opgezet; ter informatie: er waren in Nederland toen 225 ziekenhuizen. Toch meen ik dat de uitslag wel een bepaalde indruk geeft van de stand van zaken.

Vergeleken met 1978 lijkt er het een en ander te zijn verbeterd. Was schriftelijke informatie toen nog een uitzondering, nu lijkt het eerder andersom te zijn. Maar eerst iets over de mondelinge informatie.

mondelinge informatie	aan vrouwen		aan mannen	
	ja	nee	ja	nee
- gevolgen van de sterilisatie	30 x	-	23 x	-
- mislukkingskans	30 x	-	16 x	7x
- risico's/complicaties	27 x	3 x *	18 x	5 x ***
- ongedaanmakingsmogelijkheid	27 x	3 x **	23 x	-
* in 2 gevallen alleen „op verzoek patiënte” ** in 2 (andere) gevallen „soms” *** in 1 geval alleen „op verzoek patiënt”				

Van de ondervraagde gynaecologen wordt door 21 van de 30 behalve mondeling ook *schriftelijk* informatie gegeven, variërend in omvang van een half tot zeven velletjes A4. In de 21 gevallen waarin zowel mondeling alsook schriftelijk informatie wordt verstrekt, wordt 16 maal éérst gepraat, 2 maal eerst schriftelijke informatie verstrekt terwijl dat 3 maal tegelijkertijd gebeurde.

Voor dit boek is het meest interessant dat in 18 van de 21 gevallen in min of meer duidelijke bewoordingen op de mislukkingskans wordt gewezen, en 6 maal wordt de patiënte bovendien aangeraden in geval van „over-tijd-zijn” meteen contact op te nemen met de (huis)arts. In 2 gevallen werd ook nog gewaarschuwd voor de kans op een buitenbaarmoederlijke zwangerschap (zie hierna no. 4.2.1.).

De Stichting Excerpta Medica in Amsterdam geeft een serie voorlichtingsfolders uit, waaronder ook een over „sterilisatie van de vrouw”.

Opmerkelijk is dat slechts 2 van de door mij ondervraagde ziekenhuizen deze folder gebruiken. Het is een heldere folder, maar een bezwaar is dat slechts zeer terzijde wordt opgemerkt dat er een kans bestaat dat de operatie mislukt: „ ... de kans om zwanger te worden bestaat praktisch niet meer en dat is een gedachte waaraan u misschien enige tijd zult moeten wennen”.

Door de ondervraagde *urologen* werd in 15 van de 23 gevallen naast mondelinge ook schriftelijke informatie verstrekt. Ook hier kreeg ik een gevarieerd beeld van de wijze waarop de informatie wordt gegeven. In 4 gevallen is er eerst een gesprek, in 2 gevallen eerst schriftelijke informatie, en in 9 gevallen tegelijkertijd. Ook hier is vooral interessant de informatie over de kans op mislukken van de ingreep. In slechts 6 van de 15 gevallen waarin de patiënt schriftelijke informatie kreeg werd hij ook geïnformeerd over de eventuele mislukking. Maar net zoals bij de gynaecologen, blijft er ook in die zes gevallen aan duidelijkheid wel iets te wensen over. Zo is de vraag wat er bij de patiënt blijft hangen van een mededeling als: „theoretisch blijft aangroei mogelijk”.

Wat is nu – met alle voorzichtigheid – het resultaat als ik mij beperk tot de informatie die over de mislukingskans wordt gegeven?

1. In de gevallen waarin een vrouw zich wil laten steriliseren wordt zij mondeling over de mogelijkheid van mislukken geïnformeerd. Daar staat tegenover dat van de mannen die zich laten steriliseren ongeveer 1/3 deel op dit punt niets hoort.

2. Anders dan in 1978 is het geven van schriftelijke informatie door gynaecologen en urologen vrij gewoon geworden (vgl. no. 3.11). In mijn onderzoekje krijgt 70% van de vrouwen en 65% van de mannen schriftelijk materiaal in enigerlei vorm mee naar huis. Als ik mij evenwel beperkt tot die folders die ook waarschuwen voor de kans op hernieuwde vruchtbaarheid, dan liggen de cijfers lager: 60% respectievelijk 26%(!), waarbij nog moet worden aangetekend, dat de ter zake gegeven informatie in lang niet alle gevallen voor de patiënt even duidelijk zal zijn.

3. Slechts in een klein aantal gevallen wordt de te steriliseren vrouw aangeraden om na het uitblijven van de menstruatie haar (huis)arts te raadplegen (20%). De urologen deden nimmer een dergelijk advies aan de partner van de door hen te steriliseren man. Toch is het hier bedoelde advies naar mijn oordeel daarom zo belangrijk, omdat het volstrekt voor de hand ligt dat de man of vrouw door dit advies nadrukkelijker wordt gewaarschuwd voor de altijd bestaande kans op nieuwe vruchtbaarheid. Datzelfde geldt voor de – medisch gezien gevaarlijke – buitenbaarmoederlijke zwangerschappen die met name kunnen optreden na een sterili-

satie van de vrouw. Daarvoor werd door de gynaecologen slechts 2 maal gewaarschuwd.

De conclusie zal duidelijk zijn, zeker in het licht van onder meer de brief van de vereniging van de gynaecologen (zie no. 3.11), de uitspraak van de Raad van Beroep (ook in no. 3.11) en hetgeen ikzelf heb opgemerkt. Er lijkt sinds 1978 beslist veel verbeterd te zijn. Zo wordt schriftelijke informatie veel vaker verstrekt en – voorzover ik dat kan beoordelen – lijkt ze mij over het algemeen helder en duidelijk.

De oogst valt evenwel tegen op het punt van informatieverstrekking over de mislukningskans. Van de mannelijke patiënten wordt geheel ten onrechte een betrekkelijk groot aantal noch mondeling, noch schriftelijk ingelicht. En voor vele patiënten (mannen en vrouwen) geldt dat, als zij al schriftelijk worden ingelicht, de tekst op dit punt te wensen overlaat.

Tot slot laat ik de zinnen volgen die mij het meest konden bekoren. Ze komen uit de informatie-folder die door de gynaecologische afdeling van het Gasthuis te Middelburg wordt verstrekt:

„Bij iedere sterilisatietechniek, ook op de juiste wijze uitgevoerd worden later toch nog zwangerschappen gezien. De kans wordt geschat op 2 à 3 op de 1000 sterilisaties. Wanneer u denkt zwanger te zijn kunt u het beste contact opnemen met uw huisarts en daar een zwangerschapstest laten verrichten.

De kans op een buitenbaarmoederlijke zwangerschap is na sterilisatie veel groter dan in normale omstandigheden”.

In 1985 ook deed de *Consumentenbond* verslag van een onderzoek onder 1005 mannen (58%) en vrouwen die zich in de periode 1980-1984 lieten steriliseren. Anders dan in mijn onderzoek ging dit onderzoek uit van de wederwaardigheden van de *patiënt*. Het blijkt dat de gegeven informatie door de patiënt nog vaak als pover wordt ervaren; soms is er zelfs in het geheel geen informatie. En dat terwijl de behoefte aan zowel mondelinge als schriftelijke informatie groot blijkt te zijn. Slechts één op de vijf patiënten krijgt schriftelijk materiaal mee naar huis.

Hoewel beide onderzoeken niet zonder meer naast elkaar kunnen worden gezet, lijkt in mijn onderzoek de situatie toch iets rooskleuriger: 2/3 van de gynaecologische afdelingen geeft schriftelijke informatie; bij de urologische afdelingen ligt dat percentage lager. Een oorzaak van de verschillen in uitkomst tussen beide onderzoeken kan zijn dat er de laatste jaren het een en ander is verbeterd: het Consumentenbond-onderzoek beslaat de periode van 1980-1984; mijn onderzoek peilde de situatie halverwege 1985.

Hoe zag het Consumentenbond-onderzoek er inhoudelijk uit? 24% van

de geënquêteerden zegt onvoldoende informatie te hebben gekregen op het punt van de mislukningskans. Als het ging om de kans op complicaties was dat percentage 49, terwijl 9% meent onvoldoende te zijn geïnformeerd over de mogelijkheid om de ingreep te herstellen. Legt men deze diverse uitkomsten naast de uitkomsten van mijn bescheiden onderzoek (zie de tabel), dan zou naast de eerder genoemde reden een tweede reden voor het verschil kunnen zijn: een communicatiestoornis tussen arts en patiënt vooral bij de mondelinge informatievoorziening. Dat is een reden te meer om ook schriftelijk informatiemateriaal te verstrekken.

Ten slotte maakt de Consumentenbond melding van het feit dat ziekenhuizen „zich nogal eens indekken tegen aansprakelijkheid” voor een mogelijke zwangerschap, door patiënten een contract te laten ondertekenen. Nader uitgewerkt wordt deze opmerking niet, ofschoon de suggestie wordt gewekt dat de bond zo’n aansprakelijkheidsuitsluiting juridisch mogelijk acht (zie hierna hoofdstuk 7).

3.13. *CIVIELRECHTELIJKE GEVOLGEN VAN HET TEKORTSCHIETEN IN DE INFORMATIEPLICHT*

Als de arts tekortschiet in zijn informatieplicht, maar – dat nemen we gemakshalve even aan – de ingreep zelf correct verricht, kan de arts dan aansprakelijk worden gesteld als, bijvoorbeeld door spontane rekanalisatie, toch een zwangerschap ontstaat?

Eiser zal moeten aangeven dat hij schade lijdt (daarover kom ik hierna nog uitvoerig te spreken) en bovendien dat er een causaal verband bestaat tussen het tekortschieten van de arts (geen of onvoldoende informatie verstrekken) en de schade. Dat causaal verband zal bijzonder lastig aan te tonen zijn. Zou eiser zich op dwaling beroepen, dan moet hij, ten einde de overeenkomst vernietigd te krijgen en schadevergoeding te ontvangen (artt. 1358 j° 1489 BW), aantonen dat hij de overeenkomst niet had gesloten (zijn toestemming niet had verleend) als hij had geweten dat er na sterilisatie altijd een kleine kans op zwangerschap blijft bestaan. Vergelijkbare problemen ontmoet hij als hij zijn vordering baseert op wanprestatie of onrechtmatige daad: dan kan ernstige twijfel bestaan over de vraag of aan het vereiste *condicio sine qua non*-verband is voldaan; want het is zeer de vraag of de schade niet óók zou zijn ontstaan als de vrouw of man door de arts wél op de hoogte zou zijn gesteld. Daarover thans.

3.14. *HET PROBLEEM VAN DE CAUSALITEIT*

Bestaat er voldoende causaal verband tussen het tekortschieten van de arts in zijn informatieplicht en de eventuele schade aan de patiënt?¹⁴⁴⁾ Uitspraken zijn er weinig. Merkwaardig genoeg had de Franse Cour de Cassation in een sterilisatie-uitspraak met deze causaliteitsvraag weinig moeite. In navolging van de Cour d'Appel oordeelde de cassatierechter:

„ ... que le préjudice était „dans une certaine mesure” – c'est-à-dire partiellement – imputable au manquement du médecin à son devoir de conseil, et en allouant dès lors 20.000 F de dommages-intérêts aux époux Coffard, la cour d'appel, sans user de motifs dubitatifs, a légalement justifié sa décision ...”¹⁴⁵⁾.

Penneau, de annotator van het arrest, reageerde verbaasd:

„(d)ans quelle „mesure”, alors, ... peut on décider que la faute du médecin a été la cause du préjudice invoqué? (...) pour que cette solution soit retenue, il faut au moins, établir la certitude du lien causal entre la faute commise et l'événement initial auquel peut être rattaché le dommage dont la réparation est demandée. (...) Pour arriver à cette conclusion, il aurait fallu être certain que si le couple avait été averti du risque résiduel de survenance d'une grossesse, celle-ci ne serait pas produite”¹⁴⁶⁾.

Hoe omzeilt de patiënt deze klip der causaliteit? Hij zal zijn koers moeten afstemmen op dit vaste punt, dat de schade niet zou zijn ontstaan, indien hij naar behoren zou zijn geïnformeerd. Vast moet staan dat de patiënt in dat geval geen toestemming zou hebben verleend voor de behandeling; óf omdat hij het in dat geval zou hebben verkozen in het geheel géén behandeling te ondergaan, dan wel omdat hij voor een alternatief zou hebben gekozen. Of zoiets komt vast te staan zal meer in het algemeen van allerlei omstandigheden afhangen, zoals van de aard en van de noodzaak van de behandeling, van de aard van het risico en de waarschijnlijkheid dat dat risico zich zal voordoen en bovendien, van de vraag of er aantrekkelijker alternatieven voor de behandeling zijn.

In het geval van de sterilisatie-ingreep gaat het (even afgezien van doorgaans betrekkelijk onbelangrijke complicaties) vooral om het risico dat ondanks de sterilisatie-ingreep tóch nog een zwangerschap intreedt.

144) Zie (heel summier) Dekkers, a.w. 1979 (noot 81), blz. 103 e.v.

145) Cour de Cassation 9 mei 1983, Recueil Dalloz Sirey 1984, blz. 121.

Ook de Duitse rechter blijkt weinig moeite te hebben met het causaal verband in dit soort zaken: Giesen, a.w. 1981 (zie hiervoor noot 41), blz. 175.

Zie ook Sluyters, preadvies 1984 (hiervóór noot 16), blz. 26 e.v. en blz. 59; zoals blijkt deel ik zijn opvattingen ter zake.

146) Idem, blz. 123: afwijzend is ook Dorsner-Dolivet, JCP 1984 II 20262, onder II, 2°.

Dat is nu precies wat de patiënt wil voorkomen. De gevolgen in materiële en in ideële zin kunnen groot zijn.

Bovendien kunnen man en vrouw aanvoeren dat de ontbrekende informatie hen ervan heeft weerhouden een gedragslijn te bepalen tegenover het restrisico. Dat kan zijn: sterilisatie van beide partners, gebruik van condooms en andere anti-conceptiemethoden. Als nu in feite de arts voor hen kiest door in strijd met het recht te handelen, kan dat gedrag dan zonder gevolg blijven? Deze omstandigheden zouden dus kunnen pleiten vóór de juistheid van de mogelijke stelling van de patiënt dat er causaal verband bestaat tussen het niet-informereren en de ingetreden schade.

Hiertégen pleit dat de kans op zwangerschap na een goed uitgevoerde ingreep klein is, alsook dat de alternatieven voor de sterilisatie-ingreep doorgaans minder aantrekkelijk worden gevonden. Bovendien blijkt in de praktijk dat man en vrouw maar zelden voor hun beider sterilisatie te kiezen. Weliswaar geeft een nauwkeurig gebruik van de anti-conceptiepil door de vrouw een vergelijkbare (on-)zekerheid, maar voor vrouwen die zéker weten geen kinderen meer te willen krijgen, vormt zij – gelet op de nadelen die aan de anti-conceptiepil verbonden zijn – toch nauwelijks een alternatief. Zo wijst de Franse schrijfster Dorsner-Dolivet er in een noot onder het hiervoor geciteerde arrest op, dat van de vrouw-in-kwestie vaststond dat het slikken van de pil haar slecht afging. In het verleden was ze, met de pil, al vaker zwanger geworden. Welnu, zegt de auteur, het enige wat de arts dan nog kan worden verweten is, het echtpaar de kans te hebben ontnomen d'avoir recours à l'abstinence¹⁴⁷⁾.

Wat moet de conclusie zijn? Ik meen dat één antwoord niet valt te geven. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen of het causaal verband tussen de gebrekkige informatie en de ontstane schade aannemelijk is. Weliswaar zal het in de regel zo zijn dat man en vrouw ook na de correct gegeven informatie voor sterilisatie zullen kiezen; anderzijds is het allerm minst ondenkbaar dat zij *tevens* op een andere wijze het restrisico op een zwangerschap zouden hebben verkleind (zie hiervóór). Met name kan zo'n gedragslijn aannemelijk zijn als er om medische redenen voor de sterilisatie is gekozen: vanwege de gezondheid van de vrouw, of omdat er een reële kans op een gehandicapt kind bestaat.

Als de patiënt evenwel de civielrechtelijke weg vindt afgesloten, heeft hij hooguit tuchtrechtelijk nog een mogelijkheid op genoegdoening. Recht op schadevergoeding heeft hij dan niet.

147) A. Dorsner-Dolivet in een noot onder de uitspraak JCP 1984 II 20262.

3.14.1. Wie bewijst de causaliteit?

Wie moet het causaal verband bewijzen, de arts of de patient? Stel dat een patient verklaart dat hij geen toestemming tot de behandeling zou hebben gegeven als hij goed zou zijn ingelicht. Kan de arts zich dan met succes verweren met de stelling dat een redelijk denkend patient (of hoe men dit type-mens ook wenst aan te duiden) bij voldoende informatie toch zijn toestemming zou hebben gegeven?

Er zijn verschillende standpunten denkbaar; dat blijkt wel uit de *Amerikaanse* rechtspraak. Amerikaanse rechters hebben deze vraag in de loop der tijd op drie verschillende wijzen beantwoord. Soms kon de patient er mee volstaan eenvoudig te stellen dat *hij* de behandeling zou hebben geweigerd als hij de risico's had gekend, de zogenaamde subjectieve test. Het grote nadeel van deze test is dat de patiënt, achteraf op de fout-gelopen behandeling terugziend, er niet aan zal kunnen ontkomen om zo nodig zijn éérdere opvattingen over het al dan niet behandelen enigszins bij te stellen¹⁴⁸). Dat kan hem ook nauwelijks kwalijk worden genomen.

Dit probleem is er niet als de rechter de zogenaamde objectieve test toepast: de arts kan zich verweren door aannemelijk te maken dat een *redelijk denkend mens* de behandeling niet zou hebben geweigerd indien hij vooraf adequaat zou zijn geïnformeerd¹⁴⁹). Ongetwijfeld leidt de toepassing van deze laatste test minder vaak tot aansprakelijkheid dan de subjectieve test. Tenslotte zijn er nog rechters die overtuigd zijn als de patient causaal verband aannemelijk maakt hetzij langs objectieve dan wel langs subjectieve weg.

In *West-Duitsland* heeft het Bundesgerichtshof zich uitvoerig met deze vraag beziggehouden. Voorop staat dat de arts moet bewijzen dat de patient adequaat is ingelicht¹⁵⁰) en, wanneer blijkt dat zulks niet is gebeurd, dat het causaal verband ontbreekt tussen het te kort schieten in de informatieplicht en de onstane schade. Aan het bewijs van een ontbrekend causaal verband behoren de „strengste Anforderungen” ge-

148) Dat is een puur hypothetische vraag „Viewed from the point at which he had to decide, would the patient have decided differently had he known something he did not know” Aldus Waltz en Scheuneman, 64 Nw U.L. Rev. 1970, blz 647.

149) Aldus de rechter in de zeer belangrijke uitspraak *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 777 (1972), afgedrukt in *Law and Medicine*, W. Wadlington, J.R. Waltz en R. Dworkin, University Casebook Series 1980, blz. 484-502.

Zie recent *Hartke v. McKelway*, 707 F.2d 1544 (1983), en uitdrukkelijk: *Wheeldom v. Madison*, 374 N.W.2d 367 (SD 1985) en in *Brown v. Dahl*, 705 P.2d 781. niet „the patient himself”, maar de „reasonably prudent patient in the patient's position” is het criterium. Zie voor verdere literatuur *Law And Medicine*, blz 502 e v.

150) BGH 27 oktober 1981, VersR. 1982, 147. Net zoals de arts dient te bewijzen dat hij zijn patient heeft ingelicht, BGH 10 maart 1981, VersR. 1981, blz 730, zie no 3.14.

steld te worden¹⁵¹⁾. Het staat vast dat de enkele stelling dat een verstandige patiënt in zijn situatie toestemming zou hebben gegeven, onvoldoende is. In de woorden van het Oberlandesgericht Celle:

„... weil es von Verfassungs wegen keinem Patienten zugemutet werden kann, nach Masstäben Dritter vernünftig zu sein”¹⁵²⁾.

In een van zijn uitspraken wijst het Bundesgerichtshof erop dat het niet aangaat de toestemming van de patiënt te veronderstellen op grond van het feit dat „die grosse Mehrzahl der Patienten” of dat alle „verständigen Patienten” wel toestemming zouden hebben verleend¹⁵³⁾. Tegen het licht van de informatieplicht zou deze opvatting zichzelf ook veroordelen, zo lijkt de redenering van het Bundesgerichtshof te zijn. Want als men enerzijds meent dat de redelijk denkende patiënt over bepaalde risico's moet worden geïnformeerd zodat deze inlichtingen een rol kunnen spelen bij de afweging wel of geen behandeling te ondergaan, dan is het toch op zijn minst merkwaardig dat *vervolgens* de patiënt wordt toegevoegd dat een redelijk denkend patiënt hoe dan ook *tóch* besloten zou hebben de behandeling te ondergaan. Dan is niet goed in te zien waarom de patiënt moest worden ingelicht!

Zo komt de Duitse rechter tot een standpunt dat afwijkt van dat van een deel van de hiervóór aangehaalde Amerikaanse rechters: de objectieve test wordt afgewezen, ook als het in een concreet geval zeer waarschijnlijk is dat de patiënt ook bij adequate informatie zou hebben toegestemd in de behandeling. Het is niet anders, meent het BGH:

„Dass dadurch der Arzt, der seiner Aufklärungspflicht nicht nachgekommen ist – of die nakoming niet heeft kunnen bewijzen, voegen twee Duitse auteurs daaraan toe¹⁵⁴⁾ – mitunter in eine fast aussichtslose Beweislage geraten kan, muss um der Selbstbestimmung des Patienten willen in Kauf genommen werden”¹⁵⁵⁾.

Toch is het niet altijd zo dat de patiënt kan volstaan met een „nackte Behauptung ... dass sie die Behandlung unvernünftiger Weise abgelehnt haben würde”. Soms zal het risico, afgezet tegen de ernst van de ziekte, zo gering of onbeduidend zijn, dat het uiterst onwaarschijnlijk is dat de patiënt niet zou hebben toegestemd. In dat geval zal de patiënt zijn standpunt enigszins moeten motiveren. Daartoe kan al voldoende zijn

151) BGH 25 november 1975, VersR 1976, blz. 369 en NJW 1976, blz. 365. Nadrukkelijk herhaald in BGH NJW 1980, 1334. Zie daarover uitvoeriger G. Hirsch en W. Weissauer, MedR. 1983, blz. 43 e.v. en Giesen, a.w. 1984 (hiervóór noot 81) blz. 128 e.v.

152) OLG Celle 15 juni 1981, VersR. 1981, blz. 1184. Instemmend aangehaald door Hirsch en Weissauer, t.a.p.

153) Vgl. BGH 22 januari 1980, NJW 1980, 1333; Zie Giesen, a.w. 1984 (hiervóór noot 81) blz. 128 e.v.

154) Hirsch en Weissauer, t.a.p.

155) BGH, NJW 1980, blz. 1334 r.k.

dat hij stelt dat hij bij juiste informatie naar een beter gekwalificeerde arts of naar een bijzondere universiteitskliniek zou zijn gelopen¹⁵⁶). De rechtspraak in West-Duitsland lijkt dan nog het meest op de subjectieve test van een aantal Amerikaanse rechters.

Ook mij lijkt het goed uit te gaan van deze subjectieve test. Maar daarbij past een aantal kanttekeningen. Vooreerst moet men zich realiseren dat het gevaar dreigt dat patiënten, bij wie een behandeling is mislukt zonder dat de arts een fout valt te verwijten (want daarover praten we), zich in groten getale zullen richten op een mogelijkerwijs tekort schietende informatieplicht als *subsidiäre* aansprakelijkheidsgrond. Deze ontwikkeling doet zich reeds thans in Duitsland voor. Mertens in zijn bewerking van het Münchener Kommentar zegt het kernachtig:

„(d)ie Tendenz der Rechtsprechung, das Problem eines Behandlungsfehlers in die Frage nach genügender Aufklärung zu transformieren, ist zwar im einzelnen verständlich, insgesamt aber bedenklich, weil sie zu einer Strapazierung der Aufklärungspflicht führen kann”¹⁵⁷).

Hoezeer ik ook het belang inzie van een adequate informatieverstrekking van de arts aan zijn patiënt, vrees ik toch voor een zeker misbruik van dat recht op informatie om aldus binnen te halen wat langs de reguliere weg (er is geen behandelfout bewezen) niet binnengehaald kan worden.

Bovendien valt er wel iets af te dingen op de hierboven beschreven opvatting dat als er ten aanzien van een bepaald risico een informatieplicht bestaat, daarmee in feite ook het causaal verband is gegeven tussen het niet bespreken van dat risico en de schade. Met name als het gaat om risico's van kleine ongemakken – klein in verhouding tot de ernst van de ziekte en de noodzaak van de behandeling – is er weinig reden de patiënt daarvoor schadeloos te stellen. Aan een zekere objectivering valt dan niet te ontkomen. Dat erkent ook het Bundesgerichtshof.

Er bestaat denk ik ook het gevaar van een bepaalde reflexwerking: naarmate de causaliteit meer subjectief, door de patiënt, mag worden vastgesteld ontstaat er ook de kans dat de omvang van de informatieplicht afneemt. Want de arts kan dan nog slechts aan aansprakelijkheid ontsnappen, als hij aannemelijk weet te maken dat er ten aanzien van een bepaald risico géén informatieplicht bestaat of hoort te bestaan. Hoe beperkter de informatieplicht des te geringer het risico voor de arts. En daarmee zou het belang van een goede informatievoorziening

156) BGH 24 juni 1980, VersR. 1980, blz. 942 en NJW 1980, blz. 2753. Zie ook BGH 1 oktober 1985, MedR. 1986, blz. 192.

157) Mertens, MünchKomm. Band 3, München 1986, blz. 1628.

van arts naar patiënt, een belang toch waarvan iedereen het gewicht erkent, een onverwachte aanval in de rug krijgen. Ik ben dus zeker geen tegenstander van een zekere mate van objectivering. Maar hoever die precies gaat valt moeilijk in algemene zin te zeggen.

3.14.2. *Een tegenwerping*

Misschien weet de patiënt die niet in het evenbedoelde bewijs slaagt onder bepaalde omstandigheden nog deze laatste tegenwerping te maken. „Indien gij, arts, mij had gewaarschuwd voor de kleine kans van zwangerschap, dan zou ik mij deze zwangerschap eerder hebben gerealiseerd, en zou ik nog de mogelijkheid hebben gehad mij te laten aborteren; nu al een aantal maanden is verstreken kan dat niet meer”.

Het is duidelijk dat deze tegenwerping slechts kan worden gemaakt door de vrouw die er (ondanks het uitblijven van de menstruatie) vast vanuit is gegaan dat de ingreep 100% zou zijn en die pas in een laat stadium achter de zwangerschap is gekomen; op een tijdstip waarop abortus in redelijkheid niet meer mogelijk is. Dit is precies wat een vrouw stelde in de Engelse uitspraak, *Thake v. Maurice*¹⁵⁸). Rechter Pain oordeelde toen dat er voldoende causaal verband bestond tussen het tekortschieten in de informatieplicht en de geleden schade. De arts werd aansprakelijk gehouden voor de schade (zie uitgebreid no. 6.4). Dit oordeel lijkt mij juist.

Tegen de hierboven weergegeven tegenwerping valt, denk ik, juridisch weinig in te brengen: er is een juridisch verband geconstrueerd tussen het niet verstrekken van informatie en de geboorte van het kind met de daaruit voortvloeiende kosten. Dát vrouwen na een mislukte sterilisatie veelvuldig tot een abortus besluiten, ook indien ze op zich bezwaren tegen abortus koesteren, staat uit onderzoek vast. Op de betekenis van een mogelijke abortus in de juridische discussie wil ik hierna (no. 5.2.4) uitvoeriger ingaan.

3.15. *INFORMATIE EN BEWIJS*

Indien niet vaststaat dat de arts voldoende en op een juiste wijze informatie heeft verstrekt, dan rijst de vraag aan de hand van welke feiten en omstandigheden de rechter tot de overtuiging kan geraken of al dan niet de nodige informatie werd verstrekt. Indien de rechter aan een van beide partijen een bewijsopdracht geeft, dan zal dat in de normale ge-

¹⁵⁸) *Thake and another v. Maurice* (1984) All E.R. 513.

vallen er toe leiden dat die partij ook „hangt”. Immers, zo’n bewijs zal maar zelden te leveren zijn.

Ook hier zal voor de rechter de moeilijke taak zijn weggelegd de bewijslast naar billijkheid te verdelen¹⁵⁹⁾. Dekkers merkt terecht op dat soms de omstandigheden van het geval pleiten tegen de arts¹⁶⁰⁾; bijvoorbeeld indien komt vast te staan dat de arts en de patiënt elkaar niet of slechts zeer kort hebben gesproken of wanneer de patiënt aanneemelijk weet te maken dat hij in zijn omstandigheden nooit in een bepaalde ingreep zou hebben toegestemd als hij van bepaalde informatie op de hoogte was geweest, zie no. 3.14.

Maar in alle andere gevallen, wat dan? In West-Duitsland draagt de arts de bewijslast, niet alleen van de door de patiënt gegeven toestemming (zie no. 3.3.), maar ook van door hemzelf verstrekte informatie¹⁶¹⁾. Het Bundesgerichtshof ziet beide in elkaars verlengde liggen. Het valt niet te ontkennen dat de arts aldus zwaar wordt belast. Weliswaar wordt in een toenemend aantal gevallen aan de patiënt een voorgedrukt formulier voorgelegd, maar de rechter pleegt zo’n formulier veelal te zien als hooguit een bewijs van *toestemming*; niet als een bewijs dat ook adequate *informatie* werd verstrekt¹⁶²⁾. Anderzijds blijkt de Westduitse rechter ook weer niet buitengewoon streng: als uit het dossier blijkt dat informatie werd verstrekt en ook welke informatie, dan is de arts al een eind op weg. Als dan ook nog uit bijvoorbeeld getuigenverklaringen blijkt dat de arts zorgvuldig pleegt te zijn in het verstrekken van informatie, dan acht de rechter het bewijs door de arts al spoedig geleverd¹⁶³⁾.

Ik meen dat van de arts gevergd kan worden dat hij nauwkeurig schriftelijk bijhoudt wat de voorgeschiedenis van de patiënt is geweest. Zo wordt – blijkens de Nota Sterilisatiebeleid van een Academisch Ziekenhuis – een gesprek gevoerd met de patiënt waarin aan de hand van een vragenlijst uitvoerige informatie over hem of haar wordt verkregen. Blijkt zo’n verslag niet te kunnen worden overgelegd, dan kan zich het vermoeden dat de patiënt niet is geïnformeerd tegen de arts keren. Anderzijds kan het de rechter aannemelijk voorkomen dat de informatie wél is gegeven, namelijk als de arts erop kan wijzen dat bij dit soort

159) Vgl. J. Penneau, *Encyclopédie Dalloz (Médecine)*, no. 774. Duitsland: Giesen, JZ 1982, blz. 393; dezelfde a.w. 1981 (hiervóór noot 41), blz. 265 e.v.

160) Dekkers, a.w. 1979 (hiervóór noot 81), blz. 108 e.v. Een echt duidelijke keuze voor de patiënt die zou moeten bewijzen, maakt Dekkers niet, anders dan Sluyters, a.w. 1984 (hiervóór noot 16) voetnoot 386 doet voorkomen.

161) BGH 28 februari 1984, NJW 1984, blz. 1807.

162) Vgl. J. Sick, a.w. 1986 (hiervóór noot 89) blz. 190.

163) BGH NJW 1981, blz. 2002. Vgl. ook OLG Celle, VersR. 1982, blz. 500, weergegeven door Sick, a.w. blz. 191/2.

operaties altijd schriftelijk informatie wordt verstrekt. Hiervóór pleitte ik – in navolging ook van buitenlandse literatuur – voor een folder, zeker bij standaardoperaties. Pleegt zo'n folder niet te worden verstrekt, dan zou dat een omstandigheid kunnen zijn (of in de toekomst kunnen worden) die doet vermoeden dat adequate informatie niet werd gegeven¹⁶⁴). Bovendien valt het de arts sterk aan te raden – Leenen deed dat al in 1978 – om zelf een aantekening te maken over welke informatie hij heeft gegeven, op welk moment en met welke motivering¹⁶⁵). Dergelijke gegevens kunnen de arts, net zoals in West-Duitsland, zeer te stade komen. Het is jammer dat in de toelichting op het voorontwerp „patiëntenrechten” met geen woord over deze bewijskwestie wordt gerept.

En een schriftelijke verklaring? De hiervoor geciteerde opmerking van de Nederlandse Vereniging van Obstetrie en Gynaecologie – dat het geen aanbeveling verdient de cliënt te vragen een verklaring te ondertekenen waarin hij te kennen geeft de schriftelijke informatie te hebben ontvangen en gelezen, omdat dit „geen enkele juridische consequentie (heeft)” – deel ik niet ten volle. Als het op aannemelijk maken aankomt, dan kan zo'n verklaring, behelzende dat de informatie is ontvangen, van grote betekenis zijn¹⁶⁶). De Nederlandse gynaecoloog Van Opstall bepleitte in zijn proefschrift zo'n schriftelijke, door de patiënt te ondertekenen verklaring¹⁶⁷).

Uit mijn eigen onderzoek onder 60 afdelingen bleek dat de gynaecologen in 2 (op de 30) gevallen en de urologen in 7 (van de 23) gevallen een verklaring lieten tekenen. De gynaecologen lieten de vrouw verklaren dat ze weet heeft van de geringe kans op ongedaanmaking, dat zij op de hoogte is van andere maatregelen van anti-conceptie, enzovoorts. Slechts in één geval werd de patiënt uitdrukkelijk gevraagd te verklaren op de hoogte te zijn van de mogelijkheid dat de ingreep zou mislukken.

Iets anders is, of het laten tekenen van een formulier in de verhouding patiënt-arts niet storend werkt. Strikt genomen lijkt mij het laten

164) Het kan ook zijn dat de gegeven schriftelijke informatie onvolledig is en bijvoorbeeld wél rept van complicaties, de onomkeerbaarheid van de ingreep, enz., maar niet van de mogelijkheid van een spontane rekanalisatie. Ook al zou in dat geval de arts bij hoog en bij laag beweren dat hij de patiënt in dit opzicht wél - zij het mondeling - heeft ingelicht, bewijsrechtelijk staat hij mijns inziens zwak. Zo ook de arts (Maurice) die een patiënt een inlichtingenformulier liet tekenen: Peter Pain, Jr.:

„This language (nl. van het formulier) contains no warning that the operation may not succeed in its effect. It is the defendant's document, and if there is any doubt about its meaning (and I do not think there is) then it is to be construed against the defendant ...”, in *Thake v. Maurice* (1984) 2 All ER 513, blz. 519.

165) Leenen, a.w. 1978 (hiervóór noot 81) blz. 145.

166) Zie evenwel A. Samuels, *Med Sci Law* 1986, p. 40 die de verklaring niet 'conclusive' acht.

167) H.A. van Opstall, diss. Utrecht 1984, blz. 86/7.

tekenen van een verklaring ook niet nodig indien de schriftelijke informatie standaard pleegt te worden verstrekt¹⁶⁸⁾.

168) Het mag natuurlijk niet zo zijn dat de arts, bang voor een dagvaarding, zich steeds hard-juridisch zal gaan opstellen. Over de taak van de rechter zegt Giesen, a.w. 1981 (hiervóór noot 41), blz. 266: „But if the judge feels satisfied that the explanation which preceded the treatment or operation was not merely formal he should proceed in a way which is not too grudging, in appropriate cases even confiding in the physician his personal belief that the explanation was thorough enough. This can be considered above all in standard medicine cases in which the circumstances of the case make it obvious that it was only the irreparable failure of the treatment which persuaded the patient to find fault later with the information which he had received at the time”.

Hoofdstuk 4

Sterilisatie-ingreep en bewijs van fouten

4.1. DE STERILISATIE VAN DE MAN

De vasectomie is een eenvoudig en snel uit te voeren operatie en wordt verricht om bij de man onvruchtbaarheid te bewerkstelligen¹⁶⁹⁾. Zij geschiedt poliklinisch en duurt zo'n twintig minuten; een handige operateur schijnt er zelfs minder dan tien minuten voor nodig te hebben. Onder plaatselijke anaesthesie wordt de zaadleider (vas deferens) naar bovengehaald en wordt daaruit een stukje, van zeg 2 à 2,5 cm, weggeknipt. De beide uiteinden worden vervolgens afgesloten, waarna ze op enige afstand van elkaar worden „begraven”¹⁷⁰⁾.

Niet altijd echter wordt een blijvende onvruchtbaarheid bereikt. Soms treedt ook na een correct uitgevoerde vasectomie opnieuw vruchtbaarheid in. Men spreekt van spontane rekanalisatie: ondanks de onderbreking die in de zaadleider wordt gemaakt, is het mogelijk dat zich spontaan een nieuwe doorgang vormt, een nieuw kanaaltje waardoor de spermatozoën weer kunnen worden aangevoerd. Zo'n spontane rekanalisatie is een zeldzaamheid¹⁷¹⁾, zeker indien uit de vas deferens een iets groter stukje wordt geknipt, als gezegd van zo'n 2 à 2,5 cm, en wanneer de beide uiteinden in een verschillende weefsellaag worden achtergelaten. Als er al een spontane rekanalisatie optreedt, dan gebeurt dat altijd in de eerste weken of maanden na de ingreep. De oorzaak kan bijvoorbeeld een hechting zijn die loslaat, of juist een hechting die te strak heeft gezeten.

Behalve ten gevolge van een spontane rekanalisatie kan de sterilisatie ook mislukken door een fout van de arts. Meestal bestaat die fout dan hierin, dat niet de zaadleider, maar een naburig weefsel onderhanden is

169) Vgl. J. Kremer en A.A. Haspels, *Geboortenregeling van de mens*, 1986, blz. 63 e.v. J. Kremer, in de bundel: *Sterilisatie van de mens*, De Nederlandse bibliotheek der geneeskunde, deel 90 (1974), blz. 71 e.v.; en bijvoorbeeld: *Sterilisation, Beratung-Operation-Recht*, Stuttgart-New York 1981, blz. 54 e.v. (P. Petersen). Zie voor medisch-juridische literatuur bijvoorbeeld Lee Ann Nicholson, 23 Washburn L.J. (1984), blz. 312 e.v., noot 17 e.v.

170) Kremer en Haspels, a.w. 1980, blz. 61.

171) Bijvoorbeeld het deskundigenrapport in Rb. Arnhem 26 februari 1976, NJ 1977, 281, zie ook: R.W. Stijn, Ned. T. Geneesk. 1979, blz. 851, met literatuur.

genomen. Om nu de zekerheid te krijgen dat die fout niet is gemaakt, heeft de arts twee controle-mogelijkheden.

In de eerste plaats kan de arts na de operatie het stukje vas deferens opsturen naar de patholoog-anatoom. Deze beschrijft het, het zogenaamd macroscopisch aspect, bijvoorbeeld: „wit gekleurd stukje weefsel van 2,5 bij 0,5 cm”. Verder doet hij een microscopisch onderzoek. Hij stelt dan vast of het inderdaad om een stukje vas deferens gaat. Deze pathologische-anatomische beschrijving is één mogelijkheid in de bewijsvoering van de arts. Dit onderzoek wordt overigens steeds minder gedaan¹⁷²⁾.

Vooraf zijn belangrijk de controles achteraf, zo'n 6 à 8 weken na de operatie. Er wordt dan vastgesteld of het ejaculaat geheel vrij is van zaadcellen. Is dat het geval, dan wordt de patiënt steriel verklaard. Worden daarentegen nog wel zaadcellen aangetroffen dan dient de arts de patiënt voor een nieuwe controle terug te laten komen. Blijkt de patiënt na geruime tijd nog steeds vruchtbaar, dan moet de operatie als mislukt worden beschouwd en zal de arts de operatie opnieuw moeten verrichten.

Men neemt aan dat één controle, bijvoorbeeld na 6 weken, al te riskant is. In sommige gevallen blijkt bij een tweede analyse de onvruchtbaarheid kwetsief of is zelfs sprake van hernieuwde vruchtbaarheid¹⁷³⁾. Beter is het daarom om twee maal te controleren, bijvoorbeeld 6 weken en 8 weken na de ingreep. Eén keer kan wel, maar dan bij voorkeur pas na enkele maanden¹⁷⁴⁾.

Met name het na-onderzoek zal van groot belang blijken voor het bewijs (zie no. 4.4).

4.2. DE STERILISATIE VAN DE VROUW

4.2.1. De laparoscopische tubacoagulatie

De sterilisatie-ingreep die althans tot voor kort bij de vrouw verreweg het meest werd toegepast is de laparoscopische tubacoagulatie¹⁷⁵⁾. Het

172) Vaak onderzoekt de uroloog het stukje vas deferens zelf op zijn uiterlijke kenmerken (het macroscopisch aspect). Deze opmerking maakte ik in mijn boek uit 1986. Inmiddels is mij door verschillende urologen bevestigd dat deze vorm van na-onderzoek er uit gaat. Een enigszins ervaren uroloog kan zelf wel vaststellen of hij de vas deferens te pakken had of niet. In opleidings-situaties wordt nog wél gebruik gemaakt van het pathologische-anatomische onderzoek.

173) A.B. van Vugt, P.J.R.O. van Helsdingen en J. te Velde, Ned. T. Geneesk. 1985, blz. 1579 e.v.

174) Aldus een door mij geraadpleegde uroloog.

175) Zie bijvoorbeeld E.V. van Hall, Ned. T. Geneesk. 1978, blz. 2052 e.v. die uitvoerig

afsluiten van beide eileiders (de tubae) bij de vrouw geschiedt doordat zij worden dichtgebrand (gecoaguleerd): ze worden op één of twee plaatsen ondoorgankelijk¹⁷⁶). Een tweede methode die wordt toegepast is het dichtdrukken van de tubae met een ringetje of clipje (zie hierna no. 4.5.2). De operaties zijn ingrijpender dan de vasectomie bij de man en zij wordt uitgevoerd onder gehele of lokale anaesthesie. Voor een dergelijke operatie wordt de vrouw één à twee dagen in het ziekenhuis opgenomen. Bij lokale anaesthesie is één dag opname ook mogelijk. Behalve dat de operatie ingrijpender is en langer duurt dan de vasectomie is ook de kans op complicaties en op mislukkingen groter.

Uit een onderzoek dat Eskes¹⁷⁷) uitvoerde onder 1000 vrouwen die zich hadden laten steriliseren bleek dat van hen 1,3% opnieuw zwanger was geworden. Daarbij zaten twee buitenbaarmoederlijke zwangerschappen. Oorzaken van de mislukkingen waren¹⁷⁸):

- waarschijnlijk slechts één eileider dichtgebrand (3 maal);
- een eileider onvoldoende gecoguleerd (6 maal);
- ligamentum ovarii proprium (de banden waaraan de baarmoeder hangt) gecoguleerd in plaats van de tuba (1 maal)¹⁷⁹);
- uterus duplex (de voor de leek wat kermisachtige, en voor de gynaecoloog soms verwarrende, situatie dat de vrouw twee baarmoeders heeft) niet als zodanig herkend (1 maal);
- zwangerschap die reeds bestond tijdens de ingreep (1 maal)¹⁸⁰);
- buitenbaarmoederlijke zwangerschap, waarbij de tubae wel goed gecoguleerd leken, met waarschijnlijk later fistelvorming¹⁸¹) (2 maal).

Een vergelijkbaar onderzoek voerde Vlaanderen¹⁸²) uit: hij kwam op een

← ingaat op onder meer de indicatiestelling, de spijtoptanten en de mogelijkheden tot herstel; zie over de zogenoemde „vaso-vasotomie” H.J. Ubels en F.M.T. Rasker, Ned. T. Geneesk. 1982, blz. 1359 e.v.; dezelfde in Fertiliteit-informatorium, september 1982; Van Hall en A.P.M. Heinz, MC 1980, blz. 395 e.v. Zie verder H.A. van Opstall, Ned. T. Geneesk. 1982, blz. 2409; en F.B. Lammes, Ned. T. Geneesk. 1977, blz. 384. Ten slotte (voor juristen interessant) Hans A. Hirsch, DA 1981, blz. 1669.

176) Kremer en Haspels, a.w. 1986, t.a.p.; M. Eskens, Ned. T. Geneesk. 1980, blz. 729; A.M.C.M. Schellen, in de bundel: Sterilisatie van de mens (zie hiervóór), blz. 45 e.v. en bijvoorbeeld Sterilisation (zie hiervóór noot 169), blz. 83 (W. Heidenreich).

177) Eskes, Ned. T. Geneesk. 1980, blz. 731 e.v.

178) Eskes, t.a.p.

179) Deze fout was gemaakt in de zaak die het Duitse BGH kreeg te behandelen en die leidde tot een zeer belangrijke „sterilisatie-uitspraak”: 18 maart 1980 VersR. 1980, blz. 555 e.v. (zie uitvoerig hierna no. 6.2).

180) Dat blijkt merkwaardig genoeg vaker voor te komen: zie bijvoorbeeld A. Tadjerouni, O. Flici, G. Soumenkoff, G. Wauters en P.O. Hubinont, Europ. J. Obstet. Gynec. reprod. Biol. 1983, blz. 396, met vermelding van literatuur.

181) W. Vlaanderen wijst erop dat het van het grootste belang is dat aan de kans op buiten- baarmoederlijke zwangerschappen, met de daaraan verbonden risico's, meer bekendheid wordt verleend, Ned. T. Geneesk. 1980, blz. 727. De opmerking is mede van belang voor de informatieplicht van de arts, zie no. 3.9.

182) W. Vlaanderen, Ned. T. Geneesk. 1980, blz. 727 e.v. Het bestuur van de Nederlandse →

percentage van 0,8% (8 op de 1030 vrouwen werden alsnog zwanger). Het aantal buitenbaarmoederlijke zwangerschappen lag daar trouwens hoger: vijf van de acht gevallen. Vlaanderen voegt er aan toe dat twee van de drie gewone zwangerschappen te voorkomen waren geweest bij betere oplettendheid tijdens de sterilisatie:

„(het) coaguleren van respectievelijk een ligamentum rontondum en een mesosalpinxplooi is natuurlijk niet goed te praten”¹⁸³).

Wat leert ons deze beschouwing van de mislukkingen?

In de eerste plaats, dat nooit met 100% zekerheid kan worden beweerd dat na de sterilisatie een zwangerschap is uitgesloten. Het percentage varieert van 0,1 tot 1,6%, waarvan een niet onbelangrijk deel buitenbaarmoederlijk ($\pm 30\%$)¹⁸⁴.

In de tweede plaats, dat in een flink aantal gevallen – zo te zien in meer dan de helft – de sterilisatie bij grotere oplettendheid had kunnen slagen. Ik citeerde in dat verband Vlaanderen al, maar hetzelfde geldt voor de mislukkingen die Eskes in zijn ziekenhuis beschrijft¹⁸⁵). Het is aannemelijk dat het in andere ziekenhuizen niet veel anders zal zijn.

In de derde plaats is het na een laparoscopische sterilisatie, anders dan na vasectomie, in veel gevallen goed mogelijk om na te gaan wat er is misgegaan. Daarvoor is het in de meeste gevallen wel nodig dat de vrouw ten tweeden male onder het mes gaat; maar dat moet tóch, aangenomen dat zij opnieuw wil worden gesteriliseerd (zie hierna no. 4.7.). Verder verdient vermelding dat een anatomisch onderzoek van het gecoaguleerde weefsel niet goed mogelijk is. Er is een kans op bloedingen, terwijl bovendien de kans van slagen van een eventuele hersteloperatie kleiner wordt.

Ten slotte blijkt de ervaring van de arts een zeer belangrijke rol te spelen¹⁸⁶) (zie ook hier no. 2.6. en 3.8.4.).

4.2.2. Ringetjes en clipjes

Behalve door de tubae dicht te branden (te coaguleren) kan sterilisatie ook worden bereikt door de tubae met een ringetje of clipje dicht te

← Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie schatte in 1980, bij een aantal van 50 000 sterilisaties bij de vrouw het aantal zwangerschappen 250 zal bedragen, brief aan de staatssecretaris van Volksgezondheid en Milieuhygiëne van 3 juli 1980.

183) a.w. blz. 728. De mesosalpinxplooi is het buikvliedsdubbelblad, waaraan de eileider is opgehangen. Op de hier besproken vragen wordt ingegaan in DA 1981, blz. 1669 e.v.

184) Zie ook Kremer en Haspels, a.w. blz. 70; E.R. te Velde e.a., NTvG 1986, blz. 191 noemen een percentage van 1%.

185) Eskes, Ned. T. Geneesk. 1980, blz. 729 e.v.

186) Zie Eskes, a.w. blz. 732 en tabel 4.

drukken. Deze methode wint steeds meer veld en lijkt de tuba-coagulatie geheel te gaan verdringen¹⁸⁷⁾. De effectiviteit is gelijk aan die van de coagulatiemethode, mits de operateur voldoende ervaring met de methode heeft. Het grote voordeel van deze ringetjes en clipjes is, dat de kans op een geslaagde hersteloperatie groter is. Bij 70% van de vrouwen ontstaat alsnog een zwangerschap¹⁸⁸⁾.

Vijf gynaecologen van het ziekenhuis van de Vrije Universiteit van Brussel beschreven hun ervaringen met de zogenaamde Hulka-Clemens clips. Het aantal mislukkingen komt ongeveer overeen met het aantal mislukkingen bij de hiervoor besproken sterilisatiemethode. Ook de oorzaken van de mislukkingen waren min of meer te vergelijken. In de meeste gevallen werd de clip bevestigd aan een andere structuur dan aan de tubae. In een klein aantal van de gevallen bleef de oorzaak van de mislukking onduidelijk. Ook bij deze methode geldt – wellicht nog meer dan bij de coagulatie – dat de fouten voorkomen bij onervaren artsen¹⁸⁹⁾. De conclusie van de hiervoor aangehaalde gynaecologen luidt daarom:

„This method is reasonably reliable; most cases of subsequent unwanted pregnancies should be avoided by the accurate control of the material and the correct training of young operators – that is (...) adequate supervision of the procedure while done by a younger operator”¹⁹⁰⁾.

4.3. HET BEWIJS VAN DE FOUT

4.3.1. De bewijslastverdeling volgens artikel 177 Rv.

In het nieuwe bewijsrecht zoals dat 1 april 1988 van kracht werd, zijn ten aanzien van de bewijslastverdeling twee regels neergelegd. De eerste berust op wat wel de objectiefrechtelijke leer wordt genoemd: „De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten ...” (art. 177 Rv.). Wie stelt moet bewijzen. De patiënt die de arts op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad aanspreekt zal – volgens deze regel – moeten bewijzen dat door de arts en eventueel door personen voor wie hij aansprakelijk is fouten zijn gemaakt¹⁹¹⁾.

187) Zie daarover naar aanleiding van de Duitse hoogste rechtspraak: B. Henkel en B. Holpap: *Geburtshilfe Frauenheilkd.* 1983, blz. 127 e.v.

188) Zie Kremer en Haspels, a.w. 1985, blz. 71.

189) Over die onervarenheid: Tadjerouni c.s., *Europ. J. Obstet. Gynec. reprod. Biol.* 1983, blz. 394 en 397; zie ook no. 2.6.

190) t.a.p. (blz. 397); zie ook nos. 2.6. en 3.7.4. Zie ook Kremer en Haspels, a.w. blz. 76.

191) Deze regel geldt ook in het patiënt-vriendelijke West-Duitsland. Vgl. bijv. Giesen,

Vorig jaar heeft onze Hoge Raad dat met betrekking tot het medisch handelen uitdrukkelijk uitgesproken¹⁹²⁾. Daargelaten of het cassatiemiddel wel zo algemeen is bedoeld, leest de Hoge Raad erin

„ ... de stelling dat wanneer een arts, aangesproken tot vergoeding van schade als gevolg van een door hem verrichte operatie, betwist dat hij bij de operatie een kunstfout heeft gemaakt, de bewijslast niet op de patiënt maar op de arts rust. Deze stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard”.

Deze opvatting lijkt me volstrekt voor de hand te liggen. Het *enkele* feit dat de patiënt schade heeft geleden als gevolg van een medische behandeling, maakt nog niet dat op de arts automatisch de bewijslast komt te rusten dat die schade niet het gevolg is van een fout.

Vaker zal het zo zijn dat de schade het gevolg van een fout *kán* zijn, maar dat zulks (nog) niet vaststaat. Ook dan, vervolgt de Hoge Raad, is de stelling in het middel in haar algemeenheid niet juist:

„Hetzelfde geldt in het mede door het onderdeel genoemde geval dat vaststaat dat de oorzaak een kunstfout kan zijn”.

De schrijver van het cassatie-middel heeft misschien geprobeerd de Hoge Raad te verleiden tot de opvatting dat in medische aansprakelijkheidszaken de bewijslast al spoedig naar de arts behoort te verschuiven. Met andere woorden dat het enkele feit dat het om een *mogelijke medische fout* gaat al met zich meebrengt dat de bewijslast behoort te verschuiven van de patiënt naar de arts¹⁹³⁾. Maar aan zo'n algemene stelling wil de Hoge Raad zijn zegen niet geven. Dat laat evenwel onverlet dat er in concreto alle reden kan zijn om in een medische aansprakelijkheidsprocedure de bewijslast uiteindelijk op de arts te leggen. Daartoe laat het arrest van de Hoge Raad alle ruimte.

Bovendien voegde de Hoge Raad aan zijn zoëven geciteerde overweging toe:

„Wel kan van de arts worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijislevering te verschaffen”¹⁹⁴⁾.

← a.w. 1984. Instemmend bijv. Deutsch in zijn Gutachten, a.w. 1981 (hiervóór noot 21) blz. 1070 en 1074.

192) HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (WLH); vgl. ook de kritische noot van P.A. Stein onder HR 11 december 1987, NJ 1988, 339.

193) Dat lijkt ook de conclusie van A.-G. Biegman-Hartogh te zijn.

194) Zie in dit verband reeds HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390 (GJS)-informatiebureau. In zijn noot wijst Scholten erop dat partijen op redelijke wijze behoren te procederen. De redelijkheid kan in een bepaald geval eisen dat een gedaagde niet alleen iets nader meedeelt, maar dat ook documenteert. Documenteren - aldus Scholten - kan minder zijn dan bewijzen, het kan zijn het bijbrengen van een enkel vermoeden. Vgl. →

De tot schadevergoeding aangesproken arts kan derhalve niet gerieflijk achterover leunend wachten tot de patiënt met zijn bewijsvoering is vastgelopen. Hij behoort feitelijke gegevens te verschaffen die aanknopingspunten zouden kunnen zijn voor een eventuele bewijslevering. Dat vordert – aldus al G.J. Scholten in 1966 – de waarachtigheid in de procedure¹⁹⁵⁾. Ik kom daarop hieronder terug.

Als het op een bewijslastverdeling aankomt, dan kan juist in onenigheden over medische behandelingen de regel: wie stelt moet bewijzen, onrechtvaardig uitpakken¹⁹⁶⁾. De patiënt is bijna altijd leek: gebruikte technieken en gehanteerde begrippen zijn hem vreemd en dossiers blijven voor hem gesloten boeken, ook als ze opengaan. Vaak is de patiënt ziek of onder narcose en daardoor nauwelijks of in het geheel niet in staat om te letten op wat er gebeurt. En getuigen zijn moeilijk te vinden. In de Nederlandse en de buitenlandse literatuur is al veel aandacht besteed aan de lastige bewijsrechtelijke positie waarin de patiënt zich bevindt¹⁹⁷⁾. Nu is de regel: wie stelt moet bewijzen, niet het *hele* verhaal. Het zojuist geciteerde artikel 177 Rv. vervolgt namelijk aldus: „... tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit”. Deze regel berust op wat men wel noemt de billijkheidstheorie.

De theorie van de bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid houdt in dat de rechter voor elk geval apart de bewijslast naar billijkheid moet verdelen. De bewijslastverdeling naar redelijkheid en billijkheid wordt wel gezien als de tegenhanger van de objectiefrechtelijke leer waarin het in de regel de partij is die de stelplicht heeft die ook moet bewijzen. Al schijnt het onderscheid tussen beide leren in de praktijk minder groot te zijn dan ze op papier is, het lijkt er toch op dat een bewijslastverdeling naar billijkheid de rechter iets meer ruimte laat. Dat kan er toe leiden dat de rechter de bewijslast uiteindelijk laat rusten op de partij die de schijn tegen zich heeft en door de bewijslast het minst wordt bezwaard¹⁹⁸⁾.

← ook nadien: HR 1 april 1977, NJ 1977, 512; zie met name r.o. 9 van het Hof. Voor West-Duitsland J. Sick, Beweisrecht im Arzthaftpflicht-prozess, 1986, blz. 177 e.v. Zie ook de noot van Haardt onder het arrest NJ 1988, 500. Zie ook HR 19 september 1980, NJ 1981, 131 (PAS) – Los Gatos.

195) Scholten in zijn noot onder HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390; zie vorige voetnoot.

196) Zie bijvoorbeeld B. Sluyters a.w. 1974 (hiervóór noot 44), blz. 47 e.v.; dezelfde, a.w. 1984 (hiervóór noot 16), blz. 49 e.v.

197) Zie de literatuur genoemd door Sluyters, a.w. 1984, (hiervóór noot 16), blz. 16 e.v. en blz. 49 e.v.

198) Bijvoorbeeld P.A. Stein, in de vorige (6e) druk van zijn Compendium van het burgerlijk procesrecht, 1985, blz. 118 e.v.; Den Tonkelaar, a.w. 1982 (hiervóór noot 39), blz. 58 e.v.

Nu zal het in zaken van mogelijke medische beroepsfouten zeker zo zijn dat in het ene geval de schijn van een beroepsfout sterker is dan in het andere. Of, om in de termen van Kleijn c.s. te spreken: in sommige gevallen is het bereiken van een voorspoedige afloop waarschijnlijker dan in andere. Maar daar komt bij, dat de arts veelal meer in de gelegenheid is aan te tonen dat hem geen fout valt aan te wijven, dan de patiënt het omgekeerde. Indien en voor zover hij dat is, zal hij, bijvoorbeeld aan de hand van medische dossiers en deskundigen- en getuigenverklaringen, moeten aantonen dat hij geen fout heeft gemaakt. Bijvoorbeeld door aan te tonen dat de mislukking van de behandeling aan een andere oorzaak te wijten is. Dat geldt ook voor die behandelingen waarvan de goede afloop „slechts mogelijk” is (zo men wil: voor inspanningsverbanden).

Het is goed er op te wijzen dat het lang niet altijd op een werkelijke bewijslastverdeling hoeft aan te komen. Van de arts mag worden verwacht dat hij voordien zoveel als mogelijk is inzicht geeft in de gang van zaken. Zijn dossiers zullen er bovendien behoorlijk moeten uitzien. Want als dat niet geval is, of als er het vermoeden is dat de dossiers niet de ware gang van zaken weergeven, dan kan dat een reden zijn de uiteindelijke bewijslast aan de arts op te dragen. De gemotiveerde stellingen van de patiënt zullen door de arts gemotiveerd moeten worden weersproken¹⁹⁹). Schiet de arts daarin te kort dan kan de patiënt zijn ontheven van de verplichting bewijs te leveren omdat niet dan wel onvoldoende is weersproken hetgeen de patiënt heeft gesteld. Dan heeft de rechter de mogelijkheid in dilemma's een bewijsopdracht aan de wederpartij te geven op grond van het vermoeden dat de door eiser gestelde feiten juist zijn²⁰⁰).

Als gezegd, tot een feitelijke bewijslastverdeling hoeft het veelal niet te komen. Sluyters²⁰¹), in zijn preadvies van 1984, wees er op dat de rechter een ruim gebruik kan maken van het instrument van de comparatie van partijen, alsook van de mogelijkheid deskundigen te benoemen en hen gegevens te laten verzamelen²⁰²).

199) Vgl. HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, zie hiervóór; zie ook de noot van Haardt; vlg. ook HR 11 december 1987, NJ 1988, 339 (te laat teruggekeerde werknemer) met noot van Stein, die „geen grote verwachtingen (koestert) ten aanzien van de hulp, die bijv. de gedaagde door het verschaffen van gegevens aan de in bewijsnood verkerende eiser zal willen bieden”; hij zou er meer in zien dat in „een dergelijke situatie” de bewijslast wordt omgekeerd. Wat „in een dergelijke situatie” precies is, wordt niet helemaal duidelijk uit de noot.

200) Aldus W.D.H. Asser in een artikel geschreven t.b.v. de SSR-cursus Stelplicht, Bewijslast en Bewijsrisico, Zutphen 1986-1987. Schrijver geeft daar een heel helder rechtspraak-overzicht.

201) a.w. 1984, blz. 50.

202) Zie over het inzage-recht van de patiënt: H.J.J. Leenen, Gezondheidsrecht, 1981, blz. →

In literatuur en rechtspraak is veelvuldig geprobeerd tot een meer algemeen geldende omkering van de bewijslast te komen²⁰³). Zo'n verschuiving van de bewijslast kan op verschillende manieren worden bereikt.

4.3.2. *Res ipsa loquitur*

Zo stamt uit Angelsaksische hoek de *res ipsa loquitur*-regel. Het beginsel van *res ipsa loquitur* (in West-Duitsland overgenomen als het Anscheinsbeweis) kan toepassing vinden in geschillen waarin „de zaak voor zichzelf spreekt”²⁰⁴), en de feiten onmiskenbaar wijzen in de richting van een fout of een gebeurtenis die valt toe te rekenen aan gedaagde²⁰⁵). Gedaagde zal in zo'n geval voor de moeilijke taak staan om aannemelijk te maken, dat de schade evenzeer kan zijn terug te voeren op een gebeurtenis waarvoor hij niet aansprakelijk is. De arts zal het vermoeden van zijn aansprakelijkheid moeten ontkrachten, zonder dat hij overigens gehouden is om een volledig tegenbewijs te leveren²⁰⁶).

In de meeste gevallen zal de zaak natuurlijk niet voor zichzelf spreken en zal de rechter moeten onderzoeken of een medische mislukking is te wijten aan de fout van een arts. Als het aankomt op een bewijslastverdeling, dan zal in de regel de bewijslast rusten op de schouders van de patiënt. Maar om de patiënt in zijn eventuele bewijsnood tegemoet te komen hanteren de Engelse, de Amerikaanse en sinds vele jaren ook de West-Duitse rechter²⁰⁷) de *res ipsa loquitur*-regel. Men kan bijvoorbeeld denken aan een geval waarin een patiënt onder narcose aan zijn been werd geopereerd, terwijl hij na het bijkomen uit de narcose enige tanden blijkt te missen of blijkt een brandwond aan de arm te hebben opgelopen of een gebroken vinger. Ook al wordt niet duidelijk hoe zoiets heeft kunnen gebeuren, waarschijnlijk is wel dat het alleen kan zijn gebeurd

← 49; een uitvoerige weergave van civiel- en tuchtrechtelijke uitspraken bij: J.K.M. Gevers, *De rechter en het medisch handelen*, 1984, blz. 77 e.v.; zie ook: K. Schutyser, (Belgisch) *Rechtskundig Weekblad*, 1984, blz. 3025 e.v. Recent Hof Amsterdam 6 augustus 1987, NJ 1988, 567.

203) Sluyters, a.w. 1974 (hiervóór noot 44), blz. 48 e.v.

204) Zie over deze regel uitvoerig: Giesen, a.w. 1981 (hiervóór noot 41), blz. 261 e.v. Een interessante zaak is *Mahon v. Osborne* (1939) 1 All ER 561.

205) J. Sick, *Beweisrecht im Arzthaftpflicht-prozess*, 1986, blz. 139 e.v. spreekt van een „typischer Geschehensablauf ... so treten die Details des Sachverhalts als nicht ausschlaggebend zurück” (blz. 139).

206) Dat geldt althans voor het Westduitse recht: Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, München 1986, blz. 696. Men spreekt ook wel van het „prima facie-Beweis”. Over de precieze inhoud van de *res ipsa loquitur*-regel verschilt men in Engeland nog van mening, Cross on Evidence bespreekt drie varianten, London 1985, blz. 135 e.v.; zie ook uitvoering Charlesworth and Percy on Negligence, London 1983, blz. 349 e.v.

207) Zie het boek van J. Sick, *Beweisrecht im Arzthaftpflicht-prozess*, 1986, blz. 137 e.v.

door een behandel- of verplegingsfout. In zo'n geval nu kan de patiënt volstaan met het stellen en bewijzen van de relevante feiten²⁰⁸⁾, waarna het bewijs dat de verwonding *niet* werd veroorzaakt door een fout aan de arts is.

Giesen, in navolging van Charlesworth and Percy on Negligence²⁰⁹⁾, onderscheidt drie voorwaarden waaraan een situatie moet voldoen wil toepassing van de *res ipsa loquitur* mogelijk zijn:

„The maxim of *res ipsa loquitur*, then, comes into operation (1) on proof of the happening of an unexplained occurrence; (2) when the occurrence is one which could not have happened in the ordinary course of things without negligence on the part of somebody other than the plaintiff himself; and (3) the circumstances point to the negligence in question being that of the defendant rather than that of any other person”²¹⁰⁾.

Past een medische fout in dit kader dan schuift de bewijslast in een keer naar de arts²¹¹⁾, tenzij de arts een andere oorzaak aannemelijk maakt²¹²⁾. In Nederland kennen we de *res ipsa loquitur*-regel *als zodanig* niet. Zaken die bijvoorbeeld in West-Duitsland met behulp van deze regel worden aangepakt, zullen in Nederland in de „voorfase” van het gemotiveerd stellen en verweren met een vergelijkbaar resultaat worden opgelost (vgl. no. 4.3.1.), of leiden tot een omkering van de bewijslast.

4.3.3. De drie typen van verbintenissen en het bewijs

In het tweede hoofdstuk²¹³⁾ bleek dat de verbintenissen die voortvloeien uit overeenkomsten veelal worden onderscheiden in resultaats- en inspanningsverbintenissen. Voor de medische overeenkomst stelden Kleijn, (Mellema-)Kranenburg en Hijma²¹⁴⁾ nog een tussentype voor: de resultaat-onder-voorbehoud-verbintenis (zie no. 2.3.).

Aan deze driedeling wordt de bewijslast gekoppeld. Bij de *resultaats-verbintenis* ligt het bewijs van overmacht als oorzaak voor het uitblijven van resultaat geheel bij de arts. De patiënt zou in dat geval kunnen volstaan met het aantonen van een bepaald feit: een achteruitgang in zijn gezondheid of een zwangerschap-ondanks-sterilisatie. Eenzelfde verdeling van de bewijslast zou in beginsel moeten gelden voor de *resul-*

208) zoals de verwonding, en dat de patiënt zonder die verwonding aan de behandeling is begonnen.

209) a.w. blz. 350.

210) Citaat ontleend aan Giesen, a.w., blz. 262.

211) Zie Sluyters, a.w. 1974 (hiervóór noot 44), blz. 22, met een voorbeeld.

212) Zie Giesen, a.w. 1984 (hiervóór noot 81) blz. 104 e.v.

213) Zie blz. 19.

214) Kleijn, c.s., TvG 1979, blz. 147 e.v.

taat-onder-voorbehoud-verbintenis. Waarom? Kleijn en de zijnen menen: omdat arts en patiënt ongelijkwaardige partijen bij de overeenkomst zijn en de patiënt een contract afsluit met betrekking tot iets waarvan hij in de meeste gevallen weinig of niets afweet. Daartegenover staat dan de arts (en eventueel het ziekenhuis) die, afgezien van zijn beroepsplicht, veel vrijer is al dan niet een contract af te sluiten. Hij is emotioneel lang niet zo bij de zaak betrokken en weet bovendien veel meer van de zaak af²¹⁵⁾.

Ik kan ermee instemmen dat bij dit type verbintenis de bewijslast wellicht behoort te rusten op de schouders van de arts, maar de argumentatie overtuigt mij niet. Dat de arts bij de zaak minder emotioneel betrokken is, dat hij meer weet, enzovoorts, zal allemaal ongetwijfeld waar zijn, maar die omstandigheden brengen deze bewijslastverdeling toch nog niet mee? Bovendien, al deze overwegingen zijn óók van toepassing op de (zuivere) inspanningsverbintenis, en daar geldt niet – volgens Kleijn cum suis – dat de bewijslast geheel op de patiënt rust²¹⁶⁾. Neen, dan meen ik dat overtuigender is dat bij een resultaat-onder-voorbehoud-verbintenis die niet wordt uitgevoerd zoals verwacht werd, de schijn tegen de arts is, terwijl hij bovendien waarschijnlijk gemakkelijker in staat is het bewijs van zijn juiste handelen te leveren. Al was het maar door aan te geven waaraan het misgaan van de behandeling waarschijnlijk wél te wijten was.

En als de verbintenis als een *inspanningsverbintenis* moet worden gekwalificeerd? Dan rust – aldus de schrijvers – de bewijslast volledig op de patiënt: hij moet bewijzen dat de arts onvoldoende inspanning, zorg of toewijding heeft betracht²¹⁷⁾. Of zulke een bewijslastverdeling in zo'n geval in al haar eenvoud en rigorisiteit wel juist is, daarover aarzel ik.

Het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen wordt door Schoordijk²¹⁸⁾ verworpen. Waarom, dat gaf ik hiervóór in no. 2.4 kort aan. Het ligt voor de hand dat hij behalve het onderscheid zelf, ook de daaraan gekoppelde bewijslastverdeling afwijst. Iets dergelijks zegt ook Den Tonkelaar²¹⁹⁾, die Schoordijk partij gaf, ofschoon hij van

215) a.w., blz. 152.

216) a.w., blz. 151.

217) t.a.p.

218) H.C.F. Schoordijk, onder meer in zijn: Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, 1979, blz. 182 e.v.

219) J.D.A. den Tonkelaar, Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen, 1982, blz. 53 e.v. In positieve zin over de bruikbaarheid van het onderscheid bijvoorbeeld: J.F. Rang, Sterilisatie van de mens (zie noot 1); H.J.J. Leenen, TvG 1983, blz. 236; en J.C.M. Lubbers, op de vergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking gehouden in Utrecht op 21 september 1984. Anders Sluyters, a.w. 1984 (hier-
→

mening is (net als Kleijn c.s.) dat het onderscheid zeer wel bruikbaar is bij het zinvol interpreteren van overeenkomsten. Wel waarschuwt hij er terecht tegen dat men de bewijslastverdeling (kennelijk anders dan Kleijn c.s.) klakkeloos ophangt aan een bepaalde kwalificatie van de verbintenis.

4.3.4. *Het voorstel van Sluyters*

Sluyters heeft in zijn tweede preadvies een nieuw voorstel gedaan dat past in de sleutel van de bewijslastverdeling naar billijkheid²²⁰). Hij wil naar een algemene regel toe, zonder dat de rechter met vermoedens werkt. Want het verschuiven van de bewijslast op grond van een vermoeden bevordert – naar het oordeel van Sluyters – de helderheid niet²²¹).

Al eerder, in zijn preadvies van 1974, had hij een bewijslastverschuiving van patiënt naar arts bepleit, nu tracht hij haar evenwel aan voorwaarden te binden²²²). Zij moet in de eerste plaats worden beperkt tot de ziekenhuispatiënt, omdat hij ten opzichte van het ziekenhuis in bewijsnood verkeert²²³). In de tweede plaats moet het om een korte ziekenhuisopname gaan die bovendien niet te lang geleden heeft plaatsgevonden. Men mag – aldus Sluyters – van het ziekenhuis niet verlangen dat het aantoon dat gedurende een lange tijd (bijvoorbeeld enkele maanden) geen fouten zijn gemaakt²²⁴). Bovendien – en dat is een derde voorwaarde – moet de schade zijn geleden tijdens een periode van klinische behandeling²²⁵). Zou immers de algemene regel van bewijslastverschuiving ook gelden voor poliklinische behandelingen (een behandeling zonder opname in het ziekenhuis), dan houdt men er onvoldoende rekening mee dat ook andere factoren, buiten de sfeer van de constitutie van de patiënt en zijn behandeling liggend, als mogelijke schadeoorzaken in aanmerking komen. Een uitzondering moet evenwel worden gemaakt voor het geval dat de patiënt heeft aangetoond dat zijn gezondheid „tijdens een concreet aangegeven poliklinische diagnose of therapie” is achteruit

← vóór noot 16), blz. 36 e.v. Zie nog Wijshoff-Vogelzang, a.w. (hiervóór noot 81), blz. 120 e.v.

220) Sluyters, a.w. 1984 (hiervóór noot 16), blz. 49.

221) Idem, blz. 52.

222) Sluyters, a.w. 1974 (hiervóór noot 44), blz. 47 e.v.

223) Negatief over dat deel van het voorstel blijkt Deutsch te zijn: hij wijst erop dat tegenwoordig vele doodzieke patiënten in het ziekenhuis worden opgenomen om daar te sterven. Om in die gevallen de bewijslast steeds op de arts te leggen vindt hij té belastend, Gutachten, a.w. 1981 (hiervóór noot 21) blz. 1087.

224) Sluyters, a.w. 1984, blz. 52.

225) Idem.

gegaan. In dat geval ligt het wél op de weg van de arts om te bewijzen dat behoorlijke zorg is betracht.

Of het voorstel van Sluyters ten aanzien van de sterilisatie-ingreep een duidelijke oplossing biedt, zie ik hierna in no. 4.5.2.

4.4. EVALUATIE

Vooreerst verdient het opmerking dat het lang niet altijd tot een werkelijke bewijslastverdeling hoeft te komen. De rechter kan al tot een oordeel komen op basis van hetgeen de patiënt heeft gesteld en van hetgeen de arts als verweer aanvoert en de wijze waarop hij dat doet. De gedaagde arts behoort een correct bijgehouden dossier te kunnen overleggen, terwijl de rechter zich bovendien bijvoorbeeld door deskundigen kan laten voorlichten.

En als het wél op een bewijslastverdeling aankomt? Zowel van het onderscheid in typen met daaraan gekoppeld de bewijslast, als van de theorie van de bewijslastverdeling naar billijkheid wordt gezegd dat ze weinig oplossen. De aanhanger van het typen-onderscheid meent dat billijkheid te vaag is, te weinig houvast biedt²²⁶). En de aanhanger van de billijkheidstheorie meent dat het onderscheid in typen te weinig duidelijkheid biedt: échte resultaatsverbintenissen bestaan niet of nauwelijks, terwijl bovendien de keuze om een bepaalde medische behandeling als een resultaat-onder-voorbehoud-verbintenis te kwalificeren dubieus is en weinig overtuigend²²⁷).

Toch denk ik dat, als het er voor de bewijslastverdeling op aankomt, aanhangers van beide theoriën betrekkelijk dicht bij elkaar komen. Terecht merkt Den Tonkelaar op dat er een wisselwerking bestaat tussen de indeling bij één der typen, de interpretatie van het contract en de redelijkheid en de billijkheid bij de bewijslastverdeling²²⁸).

Maar als het in een concreet geval onduidelijk blijft waarin de oorzaak van de mislukking moet worden gezocht, dan kan het alleszins redelijk zijn om het risico daarvan op de patiënt te laten rusten en de arts vrijuit te laten gaan. Tot die conclusie komt terecht Sluyters in zijn jongste preadvies:

„Indien het ziekenhuis tot tevredenheid van de rechter volledig inzicht in de gang van zaken heeft gegeven en daaruit niet van een beroepsfout blijkt, doch niettemin duister blijft wat dan wél de

226) Bijvoorbeeld Kleijn, c.s., t.a.p.

227) Bijvoorbeeld Sluyters, a.w. 1984 (hiervóór noot 16), blz. 36 e.v.

228) Den Tonkelaar, a.w. 1982 (hiervóór noot 219), blz. 63. Zie ook: H.A.M. Aaftink, NJB 1977, blz. 875.

oorzaak van de schade was, zal de rechter de onzekerheid niet voor risico van het ziekenhuis (of arts) moeten laten, maar de vordering moeten afwijzen”²²⁹⁾.

4.5. HET BEWIJS TOEGESPITST OP DE STERILISATIE-INGREEP

4.5.1. De vasectomie

Met betrekking tot de vasectomie (zie no. 4.1.1.) zijn er weinig problemen te verwachten. Als de vasectomie blijkt te zijn mislukt, dan blijkt dat altijd in de periode onmiddellijk volgend op de ingreep. Het is daarom absoluut noodzakelijk dat de arts in de periode na de vasectomie het sperma van de man controleert om vast te stellen of de fertiliteit inderdaad is opgeheven. Eventueel kan nog een tweede onderzoek volgen. In sommige ziekenhuizen gebeurt dat zelfs als regel (zie no. 4.1.). Heeft de arts zijn patiënt niet zorgvuldig gecontroleerd, dan zal het in een procedure aan hem zijn te bewijzen dat de rekanalisatie niet aan zijn handelen is toe te schrijven. Dat zal hem doorgaans niet lukken, zodat hij de procedure verliest.

Als de arts na de controle(s) voor zijn patiënt het sein op veilig heeft gezet, dan is de kans op hernieuwde vruchtbaarheid door spontane rekanalisatie uitgesloten te achten²³⁰⁾. Uit een Nederlands onderzoek bleek dat een spontane rekanalisatie *nadien* slechts één maal voorkwam op een totaal van 3150 patiënten (=0,3 promille). Of deze rekanalisatie aan een fout van de arts was te wijten bleef onduidelijk.

Conclusie: de arts behoort na een zorgvuldig uitgevoerde vasectomie zijn patiënt na de ingreep te onderzoeken. Wordt de man naar aanleiding van dat onderzoek onvruchtbaar verklaard, dan kan hij er (nagenoeg) zeker van zijn dat hij voor de rest van zijn leven steriel zal zijn. Als het op een civiele procedure aankomt, dan behoort de arts betrouwbare gegevens te kunnen overleggen ten aanzien van dat na-onderzoek. Het lijkt mij niet noodzakelijk dat hij ook nog kan wijzen op het onderzoek van de patholoog-anatoom. Een dergelijk onderzoek blijkt steeds minder te worden gedaan (vgl. no. 4.1.1.)²³¹⁾.

229) Aldus ook Sluyters, a.w. 1984 (zie hiervóór noot 16), blz. 53 e.v. Anders dezelfde, a.w. 1974, blz. 50.

230) Inzoverre mag de sterilisatie-ingreep ná de controles als een resultaatsverbintenis worden beschouwd. In mijn boek van 1986 was ik daarover nog wat voorzichtiger, naar ik thans meen té voorzichtig. Toegespitst op de sterilisatie: Rb. Leeuwarden 1 maart 1984, NJ 1986, 334. Zie ook de Française Dorsner-Dolivet, JCP 1984, no. 20262, onder 1, die terecht wijst op de kans op spontane rekanalisatie. Anders Rechtbank Antwerpen 17 januari 1980, De Verz., 1981, blz. 189, in navolging van Delva en Dierkens, TPR 1974, blz. 480.

231) Iets anders nog in mijn boek van 1986.

En wat tenslotte als de man van 0,3 promille zich meldt? Stel dat vaststaat dat de arts voldoende na-onderzoek heeft gedaan, ontloopt hij dan de aansprakelijkheid? Het komt mij – na aarzeling – voor, dat in dat geval de bewijslast van een fout op de patiënt hoort te rusten. Overigens is niet ondenkbaar dat de rechter de arts voordien vraagt om gegevens op tafel te leggen over het aantal keren dat hij bij de na-controles van door hem uitgevoerde vasectomieën met rekanalisaties wordt geconfronteerd. Blijkt dat „zijn methode” kennelijk een hogere dan normale kans op mislukkingen geeft, dan zou de rechter de bewijslast alsnog aan die arts kunnen opdragen (vergelijk hiervóór no. 2.6.2. slot).

4.5.2. De tubacoagulatie, de clips en de ringetjes

In het voorafgaande schreef ik dat bij deze twee methodes van steriliseren niet goed te achterhalen is wat is misgegaan. Als de vrouw voor een nieuwe sterilisatie wordt geopereerd, dan blijkt veelal meteen of de mislukking aan een fout van arts is te wijten.

Wat betekent dit voor de bewijslastverdeling in het concrete geval van een vrouw die na een sterilisatie toch zwanger blijkt te zijn geworden? In veel gevallen ontkent de arts tegenover de patiënte dat de mislukking aan hem te wijten is. In verklaringen waaraan de mislukking dan wel te wijten is blijken sommige artsen overigens inventief: u hebt een derde eileider gehad, er zat nog een zaadje, of: u bent te vruchtbaar²³²⁾.

Er is hier geen sprake van een werkelijke resultaatsverbintenis. Want ook na een volkomen correct uitgevoerde sterilisatie kan een zwangerschap voorkomen door spontane rekanalisatie. De rechter zal proberen de waarheid boven tafel te krijgen. De arts zal openheid van zaken moeten geven en de rechter zal zich door deskundigen kunnen laten voorlichten. Als evenwel de arts naar tevredenheid van de rechter inzicht in de gang van zaken heeft gegeven, en niettemin onduidelijk blijft wat de oorzaak van de mislukking is geweest, dan kan het redelijk zijn om die mislukking voor risico van de vrouw te laten komen. In het voorstel van Sluyters kan het niettemin de arts zijn die de bewijslast krijgt toegeschoven²³³⁾. Hij wil een algemene regel van bewijslastverschuiving. Evenwel slechts in die gevallen waarin de patiënt heeft aangetoond dat zijn gezondheidstoestand is achteruitgegaan tijdens een niet te lange periode van ziekenhuisopname of (in geval van poliklinische ziekenhuis-

232) Zie: L. C. van Otterlo en W. Vlaanderen, Ned. T. Geneesk. 1982, blz. 243.

233) Zie hierover no. 4.3.5.

behandeling) tijdens een concreet aangegeven behandeling, steeds mits de opname of de behandeling niet te lang geleden heeft plaatsgevonden. In andere gevallen dient de rechter in het algemeen²³⁴⁾ het bewijs niet op te dragen aan gedaagde²³⁵⁾, de arts dus. Als het om de vraag gaat, dan kan met name de voorwaarde van de niet te lange periode van ziekenhuisopname problemen geven. Immers, een spontane rekanalisatie bij de vrouw kan heel wel pas na jaren optreden. In zoverre zou het voorstel van Sluyters te knellend kunnen zijn. Dat is de uiteraard voor de hand liggende kritiek op een voorstel om een verschuiving van de bewijslast te koppelen aan strikte voorwaarden.

Nu kan veelal pas worden vastgesteld wat de oorzaak van de mislukking is geweest, als de vrouw opnieuw (door een ander dan de eerste arts) wordt geopereerd. Kan de vrouw daartoe worden verplicht? Daarover gaat no. 4.6.

Tenslotte verdient nog opmerking dat een na-controle, zoals bij de vasectomie noodzakelijk is, na de sterilisatie van de vrouw niet goed mogelijk is²³⁶⁾.

4.5.3. *Garantie van definitieve steriliteit*

Als de arts aan zijn patiënt een garantie van succes geeft, wordt alles aanmerkelijk eenvoudiger. Met zo'n garantie maakt de arts zelf van zijn verbintenis een resultaatsverbintenis²³⁷⁾.

In het medische bedrijf vallen garanties af te raden²³⁸⁾. In Amerika werden artsen herhaaldelijk aansprakelijk gesteld voor niet-waargemaakte garanties als zou een litteken na de behandeling zijn verdwenen²³⁹⁾, een bepaalde röntgenbehandeling volmaakt risicoloos zijn²⁴⁰⁾, of een elec-

234) In „het algemeen”, want als eiser buiten de genoemde gevallen „concrete aanwijzingen aantoont dat de schade is veroorzaakt door een gebeurtenis waarvoor gedaagde aansprakelijk is, kan het eveneens rechtvaardig zijn de gedaagde met het bewijs te belasten, ook indien de aanwijzingen niet zover gaan dat werkelijk gesproken kan worden van een vermoeden dat een beroepsfout is gemaakt” (a.w. blz. 53). Maar van een algemene regel kan men dan niet spreken. Zie hiervoor no. 4.3.1.

235) Sluyters, a.w. 1984, blz. 53. De Rb. Leeuwarden, 1 maart 1984, NJ 1986, 334 had te maken met het geval dat een clipje in „enige adhaesies op de tuba” lag. Na deskundigenbericht kon de Rb. kennelijk tot de conclusie komen dat de mislukking niet aan een fout van de arts te wijten was, want de vorderingen werden afgewezen (blz. 1328).

236) Ofschoon bij de laparoscopische sterilisatie-methode wel een patholoog-anatoom kan worden ingeschakeld, aldus H.A. Hirsch, DA 1981, blz. 1672; de kans op complicaties acht men evenwel te groot.

237) Vgl. Parl. Gesch. boek 6, blz. 264/5.

238) Aldus ook met betrekking tot de sterilisatie van de vrouw, de gynaecoloog H.A. van Opstall, diss. Utrecht 1984, blz. 84 e.v.

239) Crawford v. Duncan, 61 Cal App. 647, 215 P. 573 (1923), voor zover bekend was dat de eerste toewijzing.

240) Bailey v. Larmon, 74 Colo 390, 222 P. 393 (1924).

trische shock-therapie „perfectly safe”²⁴¹). In al die gevallen achtte de rechter de eisende patiënt ontslagen van het bewijs dat de arts onzorgvuldig had gehandeld.

In de praktijk zal het niet altijd eenvoudig zijn om uit te maken of in een concreet geval de arts heeft beoogd een garantie te geven. Zo werd aan de Engelse rechter het geval voorgelegd waarin de arts zijn patiënt had meegedeeld dat de sterilisatie-ingreep „onomkeerbaar” zou zijn. Mag uit die mededeling worden opgemaakt dat de arts steriliteit *garandeert*? Neen, meende de rechter terecht:

„ ... in the absence of any express warranty, the court should be slow to imply against a medical man an unqualified warranty as to the results of an intended operation, for the very simple reason that, objectively speaking, it is most unlikely that a responsible medical man would intend to give a warranty of this nature. Of course, objectively speaking, it is likely that he would give a guarantee that he would do what he had undertaken to do with reasonable care and skill; but is quite another matter to say that he has committed himself to the extent suggested in the present case”²⁴²).

De zaak ligt misschien anders als de arts, zonder enige relativering, gesproken zou hebben van „definitieve steriliteit”. In dat geval lijkt het mij bepaald niet helemaal uitgesloten dat de mededelingen van de arts als een garantie kunnen worden verstaan. Hieruit blijkt nog eens hoe belangrijk het is dat de arts zijn patiënt correct informeert, met name over de kans op mislukken²⁴³).

4.6. *KNOEIEN IN DOSSIERS*

Als een arts wordt geconfronteerd met de kans op een schadevergoedingsvordering of met de kans voor de tucht- of strafrechter gedaagd te worden, dan kan hij in de verleiding komen een dossier achteraf en valselijk aan te vullen of te veranderen. In een artikel merken twee

241) Johnston v. Rodis, 102 App.D.C. 209, 251 F.2d 917 (1958). Twee recentere zaken zijn Cirafici v. Coffen, 85 III App 3d 1102, 407 N.E.2d 633, 11 A.L.R.4th 740 (1980) over een tandarts die toezeggingen had gedaan en Scarzella v. Saxon, 436 A.2d 358 (1981, Dist. Col. App.) over de garanties die een uroloog - naar bleek ten onrechte - had gegeven. Zie voor enkele andere gevallen: Curran & Shapiro, a.w. 1982 (hiervóór noot 50) blz. 395: „After this operation, you can throw your pill box away”; „There is no danger at all in this operation”; „You will be out of work three or four weeks at the most” enz.

242) Eyre v. Measday (1986) 1 All ER 488 CA (blz. 495). Slade LJ voegde daaraan toe: „...if they had wanted a guarantee of the nature which they now assert, they should have specifically asked for it”. (blz. 496). De Belgische auteur Vansweevelt noemt de uitspraak, maar ziet haar naar mijn mening toch te veel als een „informed consent”-zaak, terwijl het toch gaat om de vraag of de arts een resultaat had gegarandeerd.

243) Vgl. hiervóór no. 3.10.

Westduitse auteurs op, Harald en Dietmar Franzki, dat zoiets niet zelden voorkomt:

„Leider ist nicht ganz selten zu beobachten, dass Krankenpapiere später ergänzt oder frisiert worden sind. Aufzeichnungen, die nach ihrem äusseren Erscheinungsbild nachträglich oder von anderer Hand gefertigt sind, müssen Gegenstand besonderer Aufmerksamkeit und erläuternder Erörterung mit dem beklagten Arzt und dem Sachverständigen sein. Deshalb darf sich der Richter mit der Vorlage von Abschriften oder Auszügen nicht begnügen. Im übrigen zeigt die Erfahrung, dass in aller Regel die Vorlage von Krankenpapieren oder Röntgenaufnahmen nicht verweigert wird, wenn der Beklagte den Hinweis erhält, dass dies zu seinen Lasten gewertet werden kann, und einem am Prozess nicht beteiligten Arzt in Aussicht gestellt wird, dass er bei Nichtvorlage an Hand seiner Krankenpapiere als Zeuge vernommen werden muss (..)“²⁴⁴).

De rechtspraak van het Bundesgerichtshof terzake is duidelijk: aan het bijhouden van patiëntegegevens worden hoge eisen gesteld. Twijfel strekt ten nadele van de arts²⁴⁵). Medische dossiers worden in gerechtelijke procedures alras juridische stukken.

De Amerikaan Hirsch vermeldt (zonder bronvermelding: „it has been estimated”) dat in 10% van de Amerikaanse medische aansprakelijkheidszaken dossiers valselijk worden veranderd²⁴⁶). Anders dan vroeger is men thans veel beter in staat om door wetenschappelijk onderzoek dergelijke vervalsingen aan het licht te brengen. En als aldus kwam vast te staan dát een arts had geknoeid, leidde dat veelal tot „fantastic sums ... awarded by juries”²⁴⁷). Dat geldt ook voor die veranderingen die volstrekt te goeder trouw waren gemaakt. Daarom is het van het allergrootste belang dat eventuele wijzingen of aanvullingen duidelijk als zodanig herkenbaar zijn²⁴⁸).

Een extra stimulans voor *Amerikaanse* artsen zal ongetwijfeld nog zijn dat verzekeraars weigeren uit te keren in aansprakelijkheidszaken, als vast komt te staan dat de arts op een niet correcte wijze gegevens

244) Harald Franzki en Dietmar Franzki, NJW 1975, blz. 2227. Op de najaar 1984 gehouden vergadering van de Ned. Ver. voor Rechtsvergelijking werden deze geluiden ook wel gehoord. Overigens stelle men zich van de „status” niet te veel voor: in de praktijk wordt hij na de operatie in steno opgemaakt en pas uitgewerkt als daarom wordt gevraagd. Die uitwerking zal nog wel eens defensief uitvallen.

245) Zie daarover uitvoeriger met vermelding van rechtspraak: D. Giesen, a.w. 1984 (hiervóór noot 81), blz. 110 e.v. Vgl. ook uitdrukkelijk het wetsvoorstel van Deutsch zijn Gutachten, a.w. 1981 (hiervóór noot 21) blz. 1108 en 1112, onder § 9.

246) H.L. Hirsch, Med. Law 1987, blz. 81.

247) t.a.p.

248) Hirsch t.a.p.

heeft veranderd. De arts kan daarom niet voorzichtig genoeg zijn. In de Amerikaanse praktijk blijkt dat de beslissing van een advocaat om wel of niet voor een patiënt op te treden al bepaald wordt aan de hand van de staat van de dossiers. Valt op het eerste gezicht daarop al iets aan te merken, dan dreigt voor de arts al meteen een civiele procedure.

De conclusie moet ook voor ons land zijn dat slecht bijgehouden, onduidelijke dossiers of dossiers waarvan de juistheid aan twijfel onderhevig is, zich tegen de arts keren²⁴⁹). Het kan er toe leiden dat in een concreet geval de bewijslast verschuift en dat de arts de procedure waarin hij is verwickeld verliest²⁵⁰).

4.7. MEDEWERKING DOOR DE VROUW EN DOOR DE MAN?

Stel dat de rechter van mening is dat de enige manier om de waarheid boven water te krijgen, een onderzoek van de vrouw is, dan zal hij een deskundigenbericht gelasten. Voor de vrouw rijst dan de vraag of zij in moet stemmen met een nieuwe operatie, een inspectio corporis. Door gaans zal zij haar medewerking (eventueel na het uitdragen van de zwangerschap) niet weigeren, al was het maar omdat zij opnieuw wil worden gesteriliseerd²⁵¹). Maar stel dat ze wel weigert, om haar move-rende redenen? Er is een oud arrest van de Hoge Raad over een bloed-proef.

In een vaderschapsactie verlangde de gedaagde die voor de verwekker van een kind werd aangezien, dat de moeder en het kind voor wie alimentatie werd gevorderd, zich aan een bloedproef zouden onderwerpen. De man hoopte dat op die manier zou blijken dat hij niet de verwekker van het kind zou zijn. Rechtbank en hof weigerden bloedonderzoek te gelasten. Het Hof overwoog daarbij dat aldus van een procespartij zou worden verlangd aan diens wederpartij gegevens te verschaffen voor bewijs tegen zichzelf. De Hoge Raad verwierp dat oordeel²⁵²): het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verzet zich er niet tegen dat van een wederpartij medewerking aan een bloedproef wordt verlangd, ook

249) Zie Leenen, a.w. 1981, blz. 182.

250) Zie uitvoeriger: H. Schmid, NJW 1987, blz. 681 e.v.

251) Dit gebeurde bijvoorbeeld in alle gevallen van mislukte sterilisaties die Tadjerouni c.s. beschrijven, a.w. (hiervóór noot 180), blz. 394.

In de groep die Van Otterlo en Vlaanderen beschrijven werd van de 86 vrouwen bij 51 van hen opnieuw een sterilisatie-ingreep verricht. Voor de vasectomie geldt iets vergelijkbaars. In enkele gevallen lieten zowel de man als de vrouw zich steriliseren (zekerheid voor alles), blz. 242. In twee gevallen werd een vrouw na een tweede sterilisatie wéér zwanger!

252) HR 12 juni 1953, NJ 1954, 61 DJV (Bloedproef).

al zou die bloedproef in het nadeel van diezelfde wederpartij kunnen uitvallen.

Naar alle waarschijnlijkheid speelde in deze zaak ook een rol de omstandigheid dat het om een heel kleine medische ingreep ging, van een zo weinig ingrijpende aard dat de vrouw daartegen redelijkerwijs geen bezwaar kon maken²⁵³). De vrouw kan natuurlijk desondanks haar medewerking weigeren, maar de rechter kan zo'n houding tot haar nadeel laten strekken²⁵⁴).

De vraag is nu of de zaak anders ligt wanneer het gaat om medewerking bestaande uit een operatieve ingreep. Een werkelijke *verplichting* tot medewerking is er natuurlijk niet. Maar zou de weigering tot medewerking leiden tot het verlies door gedaagde van de procedure, dan kan er gezien de belangen die er voor haar op het spel staan, *in feite* toch wel zoiets als een verplichting ontstaan²⁵⁵).

Er is over de vraag naar het verplicht dulden van een medische behandeling al vaker nagedacht. Maar het ging dan doorgaans om andere gevallen dan het geval dat hier aan de orde is²⁵⁶). Bijvoorbeeld of een slachtoffer jegens de veroorzaker van de schade een schadebeperkingsplicht heeft, in die zin dat in redelijkheid van hem zou kunnen worden gevergd dat hij zich onder medische behandeling laat stellen²⁵⁷). Thans gaat het om een heel andere vraag – medewerking in een civiele procedure –, maar het criterium dat geldt voor de schadebeperkingsplicht (kunnen van het slachtoffer redelijkerwijs bepaalde schadebeperkingsmaatregelen worden gevergd?) kan hier dienst doen. Het criterium zou moeten zijn of van de patiënt gelet op de omstandigheden *redelijkerwijs kan worden gevergd* dat hij/zij medewerking verleent. Relevante omstandigheden zouden in het algemeen kunnen zijn:

- de aard van de behandeling,
- de aard van en de kans op risico's,
- de relatieve pijnloosheid²⁵⁸),
- de grootte van de kans dat de fout is te wijten aan de arts,

253) Aldus de A.-G. Eggens in de conclusie voor het arrest (NJ blz. 116 halverwege).

254) Vgl. ook Stein, Compendium van het Burgerlijk Procesrecht, 1987, blz. 115.

255) het Duitse begrip „Obiegenheit”. Zie daarover in ander verband voetnoot 298, hierna.

256) Over deze problematiek gaat de dissertatie van de arts W.F. Tordoir, Het verplicht dulden van medische behandelingen, 1969, Serie Medisch Recht no. 2. Zie ook Leenen a.w. 1978, blz. 157 e.v. onder „Dwang en drang”.

257) Tordoir, a.w. blz. 47 e.v.

258) Een factor genoemd door Tordoir in zijn diss. blz. 53, waar hij opmerkt dat men moeilijk van iemand kan eisen, dat hij (in dat geval) terwille van de financiële belangen van de verzekeraar ernstige pijnen of ongemakken zal verduren. Overigens merkt Tordoir op dat de moderne narcose-techniek alsmede de post-operatieve pijnbestrijding het criterium van de pijnloosheid veel van haar betekenis hebben ontnomen. Daargelaten de volledige juistheid van deze opvatting, speelt dan de factor „aard van en de kans op risico” een belangrijke rol. Zie hierna.

- de mate waarin verwacht mag worden dat de ware toedracht zal worden achterhaald,
- de mate van belasting die de behandeling voor de patiënt met zich meebrengt,
- of partijen in de procedure al dan niet een begin van bewijsvoering hebben kunnen leveren,
- alsook de specifieke situatie waarin de patiënt zich bevindt²⁵⁹).

Nu gaat het bij een laparoscopie om een ingreep die doorgaans onder narcose wordt uitgevoerd. Want de ingreep kan zeer pijnlijk zijn. Dáár ligt naar mijn mening toch een grens: of een ingreep al dan niet onder narcose pleegt te worden verricht. Van zo'n ingreep kan men naar ik meen niet zeggen dat zij in het kader van een deskundigenbericht aan de patiënt kan worden „opgelegd”. Het lijkt me dan ook onjuist om de weigering van de vrouw om mee te werken in haar nadeel uit te leggen. Want het gaat om een tamelijk ingrijpende operatie.

Daar pleit tegen dat de waarheid niet op een andere wijze boven water kan komen en dat bovendien in de praktijk blijkt dat vrouwen in een groot aantal gevallen wél kiezen voor een nieuwe sterilisatie. Daarbij kan worden vastgesteld wat tijdens de eerste operatie mogelijk is fout gegaan. Ook de specifieke situatie waar in de vrouw zich bevindt zou als gezegd een rol kunnen spelen. Hoe reageerde zij destijd op de operatie? Gaat het om een éérste mislukte sterilisatie, of is dit al de tweede keer dat de ingreep mislukt? Alleen op deze wijze meen ik dat de rechter tot een bevredigende oplossing kan komen. Alles afwegende zou ik menen dat in dit geval (een laparoscopie) de medewerking van de vrouw in redelijkheid niet kan worden verlangd. Wil zij meewerken – zoveel te beter; zo niet, dan mag haar weigering niet zonder meer in haar nadeel strekken.

Als het daarentegen gaat om de vraag of de *man* medewerking „moet” verlenen, dan is het antwoord mijns inziens betrekkelijk eenvoudig te geven. Het zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat de arts weigert te geloven dat de man opnieuw vruchtbaar is geworden (aldus natuurlijk wel suggererend dat de vrouw zwanger moet zijn geworden van een ander). Toetsend aan de gegeven criteria, meen ik dat van de man redelijkerwijs kan worden gevergd dat hij zijn medewerking verleent. Misschien zal het onderzoek „belastend” zijn in die zin dat inderdaad

259) Tordoir, a.w. blz. 56 spreekt van subjectieve criteria, bijvoorbeeld de beleving door de patiënt van het missen van een lichaamsdeel. Zie ook Leenen, a.w. 1978, blz. 161 die nog toevoegt dat de kwantiteit van de te ondergane medische behandelingen binnen redelijke grenzen moet blijven.

komt vast te staan dat de man nog steeds onvruchtbaar is, maar die „belasting” heeft dan niet zozeer betrekking op het onderzoek zelf, maar op de mogelijke gevolgen in de relatie tussen de man en de vrouw. Dat mag evenwel geen reden zijn om de man van zijn „verplichting” te ontslaan.

Hoofdstuk 5

Bezwaren tegen vergoeding van opvoedingskosten

5.1. INLEIDING

Als eenmaal vaststaat dat de sterilisatie-ingreep is mislukt door een fout van de arts en tegen de bedoeling in tóch een kind wordt geboren, dan rijst de vraag of en zo ja in hoeverre de arts moet opdraaien voor de financiële gevolgen van die geboorte.

Om welke schadeposten gaat het? Ik denk dat het het helderste is de mogelijke schadeposten ruwweg als volgt te groeperen:

1. de kosten van en rond een nieuwe sterilisatie-ingreep, de medische kosten, de inkomstenderving die daaruit voortvloeit;
2. de kosten van en rond de bevalling, de medische kosten, de kraamhulp, baby-uitzet, de inkomstenderving gedurende deze tijd;
3. de kosten van een nieuwe behuizing, of de kosten van het aanpassen van de woning, eventueel de verhuiskosten;
4. de inkomstenderving gedurende de jaren na de bevalling;
5. kosten van het grootbrengen en opvoeden van het kind tot op een bepaalde leeftijd, inkomstenderving van één van de ouders;
6. ideële schade.

De eerste twee categorieën leveren, zo blijkt ook uit de buitenlandse rechtspraktijk niet al te veel moeilijkheden op. En ook voor ons land geldt, zeker waar het gaat om categorie 1, dat toepassing van de normale regels van het privaatrecht tot een schadevergoedingsverplichting leiden. De schadeposten genoemd onder categorie 3 en 4 liggen al iets moeilijker; maar ronduit omstreden zijn de kosten van het grootbrengen van het kind. Wat tenslotte de ideële schade betreft, op dit punt kent Nederland een terughoudende opstelling²⁶⁰).

Als gezegd, de meeste omstreden en daarom meest boeiende vordering is verreweg die, waarin de ouders de arts aanspreken voor de opvoedingskosten van het ongeplande kind. Die post wil ik daarom in de volgende pagina's centraal stellen²⁶¹). Eerst volg ik de aanvallen die

260) Zie hierna no. 6.9 onder 5.

261) In de buitenlandse literatuur blijkt men zich daarop nagenoeg geheel te concentreren.

vanuit alle hoeken op de vordering zijn ingezet. Daarna, als is gebleken dat die aanvallen maar weinig of geen succes opleveren, bespreek ik de vraag naar de omvang van de schadevergoedingsverplichting. In no. 6.9 besteed ik veel korter aandacht aan de overige categorieën²⁶²⁾.

De vraag of de opvoedingskosten wel of niet voor vergoeding in aanmerking komen is lastig te beantwoorden. Het recht moet nog worden gevormd. De één zal menen dat dit soort schadevergoedingsclaims nimmer gehonoreerd dient te worden. Daarachter zit dan waarschijnlijk ook een zeker gevoel van weerzin over de erkenning van schade als gevolg van de geboorte van een kind²⁶³⁾. Een ander zal daarentegen menen dat geen verschil behoort te worden gemaakt tussen deze fout – de mislukte sterilisatie – en allerlei andere medische fouten waarvoor wél een schadevergoedingsverplichting wordt aangenomen.

Het zijn twee opvattingen – en meer zijn denkbaar – die voeren tot twee geheel verschillende resultaten. Hangen we de ene opvatting aan dan kan de gedupeerde zijn schade (of een deel daarvan) vergoed krijgen; hangen we de andere aan dan blijft de gedupeerde met lege handen staan, tenminste, in financieel opzicht.

Zoals vaker bij nieuwe schadevergoedingsvorderingen wijzen de juridische regels van aansprakelijkheid en causaliteit de ene noch de andere richting uit. Zij vormen niet veel meer dan een voertuigje dat ons naar een oplossing brengt. Het is de rechter, of wie dan ook, die eerst zal moeten uitmaken welke kant het op moet: in casu wel of geen vergoeding van verzorgings- en opvoedingskosten?

Zetten wij de zaak eens op scherp²⁶⁴⁾. Een dertigjarige man is getrouwd en heeft twee kinderen, van 6 en 7 jaar oud. Hij raakt buiten zijn schuld werkloos en moet nu zien rond te komen van een kleine uitkering. Om puur financiële redenen moet hij er niet aan denken vader te worden van nog een derde kind. Met zijn uitkering en op weg naar de Bijstand is dat naar zijn oordeel niet op te brengen. Zijn huisarts raadt hem daarom aan zich te laten steriliseren. Maar dat gaat mis. Vast komt te staan dat de sterilisatie-ingreep mislukt door een fout van de opererende arts. Enige tijd later dient zich een boreling aan. De vader vordert schadevergoeding: de kosten van het verzorgen en opvoeden van het kind.

Wat is wijsheid? Het is zeker het eenvoudigst dát pad te volgen dat leidt naar het *niet*-vergoeden van de kosten. Dat pad is kort en strak. Daarentegen is een keuze voor het wél-vergoeden, een keuze voor een

262) Zie no 6.9

263) Zie hierna no 5.2.1

264) Een niet „bedacht” geval is te vinden in no 6.4 Thake v Maurice (1984) 2 All ER 513

pad met vaak onverwachte hobbels en kuilen. Laat ons eens bezien welke juridische argumenten kunnen worden gehanteerd door hem, die van oordeel is dat géén vergoeding van verzorgings- en opvoedingskosten mogelijk dient te zijn. Ik put die argumenten voor een deel uit de grabbelton van de nationale en internationale jurisprudentie.

5.2. *BEZWAREN TEGEN SCHADEVERGOEDING*

Vaak wordt tegen schadevergoeding in een sterilisatiezaak het verweer gevoerd dat eiseres door het optreden van de arts „rechts (geen) vergoedbare schade heeft geleden”.

Dit zeer algemene verweer kan in enkele soms verschillende richtingen worden gebogen:

- a) Zo oordeelde in de jaren vijftig het Supreme Court van Pennsylvania in de zaak *Shaheen v. Knight*²⁶⁵:

„We are of the opinion that to allow damages for the normal birth of a normal child is foreign to the universal public sentiment of the people”.

- b) Maar het verweer kan ook aldus worden gelezen dat de geboorte van een kind zo’n wonderbare gebeurtenis is, dat over „schade” al niet meer gesproken kan worden. In dezelfde zaak *Shaheen v. Knight* oordeelde het Hof:

„To allow damages in a suit such as this would mean that the physician would have to pay for the fun, joy and affection which plaintiff Shaheen will have in rearing and educating of this, defendant’s (ik mag voor de arts hopen dat bedoeld is: plaintiff’s) fifth child”.

- c) Ofschoon principieel anders, lijkt bovenstaand verweer enigszins op dat van voordeelstoerekening. In *Tropi v. Scarf*²⁶⁶ overwoog het Court of Appeals van Michigan dat

„... the benefits of the unplanned child may be weighed against all the elements of claimed damage.”

- d) Ook kan het verweer worden gebogen in de richting van „eigen schuld van de ouders”: waarom – zo verweerde zich onlangs een Nederlandse arts – hebben appellanten hun schade niet beperkt door het kind te laten aborteren?²⁶⁷

- e) Een iets sympathieker maar vergelijkbaar verweer luidt, dat de ouders het kind toch ter adoptie zouden kunnen afstaan²⁶⁸.

265) *Shaheen v. Knight*, 11 Pa. D. & C.2d, 41 (1975).

266) *Tropi v. Scarf*, 187 N.W.2d, 511 (1971).

267) Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 1983, NJ 1984, 240 en in TvG 1983, blz. 327 e.v.

268) Bijvoorbeeld in de Duitse zaak beslist door het BGH 18 maart 1980, VersR. 1980, blz. →

- f) Een zesde bezwaar tegen vergoeding van de opvoedingskosten is te vinden in de uitspraak van de Rechtbank Arnhem uit 1974:
- „Wel merkt de Rb reeds thans op dat niet de gewone kosten van verzorging en opvoeding van dit kind als te vergoeden schade aangemerkt kunnen worden. Naar het oordeel van de Rb. kunnen buiten de bijzonder in de wet geregelde gevallen de ouders van een kind volgens de in onze samenleving heersende opvattingen die kosten niet ten laste van anderen brengen, ook als wanprestatie bij de uitvoering van een overeenkomst tegenover die ouders (mede) de geboorte van dat kind heeft veroorzaakt; een andere oplossing past ook niet in *het systeem* van onze wet, in het bijzonder boek 1, BW” (mijn cursivering cs)²⁶⁹).
- g) Als een ander bezwaar – minder juridisch van aard – wordt wel geopperd, dat het kind psychische schade kan oplopen wanneer het, groter geworden, hoort van de fout-gelopen sterilisatie en van de daaruit voortvloeiende schadevergoeding²⁷⁰).
- h) Verder kan met het hiervóór gegeven algemene verweer op juridische wijze uitdrukking zijn gegeven aan de zeer begrijpelijke verzuchting: waar blijven we als we eenmaal dit soort schade gaan vergoeden? Staan ons geen Amerikaanse toestanden te wachten?²⁷¹)
- i) Ten slotte besteed ik aandacht aan de relatie die er hoort te bestaan tussen het motief voor de sterilisatie en de gevorderde schade.
- In elk van de hier aangeduide richtingen wil een eindje met de arts oplopen.

5.2.1 *Public policy*

Het public policy-argument is vooral in Amerika meermalen gebruikt, maar werd veelal verworpen²⁷²). Sommigen vinden dat het niet aangaat

← 555 e v of in de Engelse zaak *Thake v Maurice* (1984), 2 All ER 513 En in Rechtbank Leeuwarden 1 maart 1984, NJ 1986, 334

269) Rb Arnhem 28 november 1974 en 26 februari 1976, NJ 1977, 281

270) R.J. Bryan, 46 NCL Rev 949 (1968), zie voor literatuur en rechtspraak verder *Wilbur v Kerr*, 628 S W 2d, 568 (Ark 1982)

271) Vgl bijvoorbeeld *Zepeda v Zepeda*, 41 III App 2d, 240, 190 NE 2d, 849 (1963), op dit verweer ga ik in dit boek niet verder in Ik hoop de kwestie van de „Amerikaanse toestanden” later nog eens uitvoerig te bestuderen

272) Over de precieze inhoud van het public policy-argument in dit verband, wordt heel verschillend gedacht zie uitvoeriger L.A. Nicholson, Washb LJ 1984, blz 328 e v, en K.F. Hardt, U Rich L Rev 1983, blz 409 e v Overigens zijn er recentelijk toch ook nog uitspraken geweest waarin schadevergoeding voor opvoedingskosten in strijd met de public policy werd geoordeeld zie *Fulton - DeKalb Hospital Authority v Graves*, 252 Ga 441, 314 SE 2d, 653 (1984) en bijv *O'Toole v Greenberg*, 64 NY 2d 427, 488 NY S 2d, 143, 477 NE 2d, 445 (1985) en *Byrd v Westley Medical Center*, 237 Ks 215, 699, P 2d, 459 (1985) Zie t a v het Engelse recht uitvoerig C.R. Symmons, →

dit soort schade te vergoeden, of überhaupt als schade te beschouwen. Soms zitten daar achter gedachten als:

„ ... many consider the sole purpose of marriage a union for having children”, of ook wel:

„ ... it goes without saying that the human race will not survive unless children are born”²⁷³).

Zo ook het Oberlandesgericht Bamberg nog in 1978:

„Die Geburt und die Existenz eines Menschen stellen keinen Schaden dar. Ein Kind als Schaden anzusehen, hiesse unser Bild vom Menschen und seinem Wesen völlig verkennen. Kinder gelten nach den christlich-humanistischen Kulturvorstellungen, wie sie unserer Rechts- und Gesellschaftsordnung zugrunde liegen, als besonders hohe Werte, mögen sie aus persönlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Erwägungen im Einzelfall auch noch so unerwünscht sein; die Geburt und die Existenz eines Kindes kann nicht als Schadensfall angesehen werden, denn eine Wertverwirklichung lässt sich nicht zugleich als Schaden qualifizieren”²⁷⁴).

Welnu, als dan bovendien nog het kind als de schadepost wordt gezien (schertsend is al wel voorgesteld het kind „damnatus” te noemen²⁷⁵), dan zal duidelijk zijn dat tegen schadevergoeding in dit soort situaties grote bezwaren kunnen bestaan.

Het lijkt mij evenwel dat de bezwaren nauwelijks tellen, ofschoon ze er op het eerste gezicht zeker zijn. In de eerste plaats omdat sterilisatie als methode van geboorteregeling in zeer brede kring is aanvaard en in nagenoeg alle ziekenhuizen wordt uitgevoerd, zonder dat daar – anders dan bij abortus en euthanasie – in grotere of in kleinere kring tegen wordt geopponeerd. Algemeen is de vrijheid van mensen erkend voortplanting te voorkomen of haar te reguleren²⁷⁶). Een teken van de brede

← Mod. L. Rev. 1987, blz. 269 e.v.

273) Shaheen v. Knight 11 Pa. D & C 2d, 41 (1957).

274) Oberlandesgericht Bamberg, 6 februari 1978, NJW 1978 blz. 1685. Inmiddels is deze opvatting door het Bundesgerichtshof verworpen.

275) F. Bosch, FamRZ. 1969, 91; een andere Duitser, L. Michalski, gaf zijn artikel de titel mee „Des Apothekers Kind” (naar aanleiding van Tropfi v. Scarf, zie no. 6.3), JA 1979, blz. 186. In dezelfde zin O. Gritschneider, Geburtshilfe Frauenheilkd. 1983, blz. 469 e.v. De Zwitserse schrijver K. Oftinger verklaarde zich al in 1975 tegen vergoeding van opvoedingskosten, „denn die Geburt eines Kindes ist kein Schaden, sondern einer der Zwecke der Ehe”. Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Allgemeiner Teil 1975, blz. 62. Tegen vergoeding van deze post verklaarde zich ook P. Weimar, Festschrift für Cyril Hegnauer, 1986 blz. 652 e.v.

276) Over de ethische kanten van de sterilisatie-ingreep, waarop ik hier niet inhoudelijk zal ingaan, uitvoerig: J. de Graaf a.w. (zie hiervóór noot 1); H.J.J. Leenen, Rechten van mensen in de gezondheidszorg, 1978, blz. 78 e.v.

De Rooms-Katholieke Kerk wijst de sterilisatie-ingreep volstrekt af wanneer zij ge- →

maatschappelijke aanvaarding van de sterilisatiegreep is, dat de kosten ervan worden vergoed door het Ziekenfonds. En in de tweede plaats is het onjuist het te doen voorkomen alsof *het kind* als de schadepost is te beschouwen. Niet het kind zelf maar de gevolgen van zijn komst veroorzaken kosten, kosten die zijn ouders in een aantal gevallen hadden willen voorkomen. Zo oordeelde dan ook het Bundesgerichtshof

„ .. dass der Schadencharacter – was allerdings oft durch emotional gefarbte Ausserungen der Gegenmeinung verwischt wird – nicht dem Kind selbst, sondern dem mit ihm verbundenen Unterhaltsaufwand seiner Eltern beizulegen ist, den diese durch eine wirtschaftliche Familienplanung gerade hatten vermeiden wollen“²⁷⁷⁾.

← schiedt uit oogpunt van gezinsplanning (Encyclicle Humanae Vitae) Deze opvatting ligt geheel in de lijn van de traditionele Rooms-Katholieke zedenleer Zie John P. Kenny o.p., Principles of Medical Ethics, vertaald door P.S. Gribling o.f.m., Medische Praktijk en Moraal, Pax, 1954, blz 134 e.v. Sterilisatie is in deze leer slechts toelaatbaar wanneer er medische noodzaak toe bestaat. Het is overigens op zijn minst de vraag of katholieken in Nederland zich überhaupt bewust zijn van de kerkelijke opvattingen ter zake. De rechter zal zich, gelet op de algemene acceptatie van de sterilisatiegreep als anti-conceptiemethode, daaraan aanpassen (vgl. in dit verband artikel 3.1.1.15 Nieuw BW).

Zie over de ethische aspecten ook de uitvoerige literatuurlijst van P. Petersen, Sterilisation, Stuttgart/New York 1981, blz 30.

Zie voor het standpunt van een Amerikaanse rechter omtrent sterilisatie met als doel gezinsplanning: Carey v. Population Servs. Int'l, 431 U.S. 678 (1977), Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). Verder bijvoorbeeld het Supreme Court van Arkansas in Wibur v. Kerr, 628 SW 2d, 568 (Ark. 1982). „Should parents in this sophisticated day and time not have a right to plan their family and avoid the economic hardship of raising a child they chose not to have?“

Aldus ook uitvoerig: Sherlock v. Stillwater Clinic, 260 NW 2d, 169 (Minn. 1977), aangehaald in (1984) 2 All ER, 524.

In Engeland: Watkins J. in Scuriaga v. Powell, Sol J. 1979, blz 406; Jupp J. in Udale v. Bloomsbury (1983) 2 All ER, 522, (1983) 1 W.L.R., 1098; Pain J. in Thake v. Maurice (1984) 2 All ER, 513.

Zie voor Duitsland bijvoorbeeld BGH 19 juni 1984, NJW 1984, blz 2625 e.v.

Voor het Belgische recht: Kruithof, RW 1987, 2758. De Rechtbank te Antwerpen 17 januari 1980, De Verz. 1981, 188 verwijst naar een folder, in 1974 uitgegeven door de minister van Volksgezondheid, waarin de sterilisatie als een middel van „verantwoord ouderschap“ wordt aangemerkt. De rechtbank vindt sterilisatie niet indruisen tegen de „huidige goede zeden van de meerderheid van de bevolking“.

Zie voor het Franse recht onder meer de noot van Dorsner-Dolivet, JCP 1984, nr 20262 onder Cour de Cassation 9 mei 1983. „Ne reconnaît-elle pas ainsi le droit à la femme de refuser de donner la vie, en la laissant seule juge des raisons qui lui dictent son attitude? Plus que d'un droit, il s'agit même d'une véritable liberté à la disposition de son corps, qui est inhérente à la nature de l'homme et à travers laquelle s'affirme l'autonomie de la personne humaine. La naissance non désirée, dans ces conditions, matérialise l'atteinte à cette liberté et constitue de plano un préjudice, quelles que soient les difficultés d'appréciation pécuniaire de celui-ci“ (onder II, 1°).

277) BGH 18 maart 1980, VersR 1980, blz 559 en BGH 18 maart 1980, VersR 1980, blz 555. Vanuit de medische stand is de uitspraak fors bekritiseerd: zie O. Gritschneider, a.w. 1983 (hiervóór noot 000). Nadien heeft het BGH zijn uitspraak herhaald, 19 juni 1984, NJW 1984, blz 2625 e.v.

Recent: Peter Pain J., Thake v. Maurice (1984) 2 All ER, 513.

„In approaching this problem I firmly put sentiment on one side. A healthy baby is →

Juist is ook de overweging van de Rechtbank Arnhem:

„Aangenomen mag worden dat eiser mede met het oog op het voorkomen van die kosten de onderhavige opdracht heeft gegeven. Het valt niet in te zien waarom dat financiële nadeel geen schade in de zin van de wet zou kunnen opleveren ...”²⁷⁸⁾.

Overigens ontkent de Rechtbank in een op dit citaat volgende overweging de mogelijkheid van vergoeding van bijvoorbeeld de opvoedingskosten²⁷⁹⁾.

5.2.2. *Overriding benefit theory*

Een aantal keren hebben Amerikaanse rechters overwogen dat de blijde gebeurtenis van de geboorte van een kind van dien aard is dat de eventuele nadelen die „blessing event” in de schaduw zetten.

Een mooi voorbeeld van zo’n uitspraak levert het Supreme Court van Winconsin in de zaak *Terrell v. Garcia*. Niet zonder gevoel voor drama overweegt het hof:

„The satisfaction, joy and companionship which normal parents have in rearing a child make such economic loss worthwhile. These intangible benefits, while impossible to value in dollars and cents, are undoubtedly the things that make life worthwhile. Who can place a price tag on a child’s smile or the parental pride in a child’s achievement? ... Rather than attempt to value these intangible benefits, our courts have simply determined that public sentiment recognizes that these benefits to the parents outweigh their economic loss in rearing and educating a healthy, normal child”²⁸⁰⁾.

In de Amerikaanse literatuur²⁸¹⁾, maar ook in de rechtspraak²⁸²⁾, is

← so lovely a creature that I can well understand the reaction of one who asks: how could its birth possibly give rise to an action for damages? But every baby has a belly to be filled and a body to be clothed. The law relating to damages is concerned with reparation in money terms and this is what is needed for the maintenance of a baby.” (blz. 526)

En ook Holt, 33 S.C.L. Rev. 1982, blz. 787: „The smile of a child may be priceless, but the braces that may be needed to keep that smile perfect carry a very concrete price tag”.

278) Rb. Arnhem 28 november 1974, NJ 1977, 281.

Zie voor het Belgisch recht, waar deze vraag in de rechtspraak nog niet eerder is beslist, Kruithof, RW 1987, 2755/6. Zijn precieze bezwaren tegen mijn opvatting begrijp ik niet goed (blz. 2757).

Zie ook T. Vansweevelt, *Vlaams Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1985, blz. 168 onder 8.

279) Zie hierna no. 6.8.

280) (Vandaar: „overriding benefit”) *Terrell v. Garcia*, 496 SW 2d, 124 (Tex. Civ. App. 1973). De overriding-benefit of blessings-doctrine werd gevolgd in *Mason v. Western Pennsylvania Hospital*, 453 A.2d, 974 (Pa. 1982).

281) J.S. Kashi, *U. Miami L. Rev.* 1977, blz. 1411 e.v. G.B. Robertson, *Am. J. Law & Med.* →

deze „overriding benefit” of „blessings doctrine” naar mijn mening terecht al enkele malen verworpen. Want iedere persoon kan voor zich weliswaar van oordeel zijn dat tegenover de geboorte van een kind eventuele financiële of andere nadelen niet tellen; toch, gelet op de schaal waarop aan geboortebeperving²⁸³) en regulering²⁸⁴) wordt gedaan – in dit geval sterilisatie – kan niet worden volgehouden dat de aanstaande geboorte van een kind steeds een blijde gebeurtenis of een zegening is. Want waarom zou men haar dan ontlopen?

„It is arguable that the birth of a healthy child confers so substantial a benefit as to outweigh the expenses of his birth and support. In the great majority of cases, this is no doubt true.... But can we say, as a matter of law, that a healthy child always confers such an overriding benefit?” aldus een rechterlijk college in Michigan²⁸⁵).

5.2.3. Voordeelstoerekening

Het verweer gebaseerd op voordeelstoerekening ligt soms nogal dicht aan tegen het vorige, hoewel het er principieel van verschilt. Want luidde het verweer dat op de vorige bladzijden werd besproken dat er in het gehéél geen schade is ontstaan, in het voordeelstoerekeningsverweer is de gedachte dat de schade gedeeltelijk (heel soms: geheel) wordt gecompenseerd door de voordelen die de gebeurtenis óók bracht.

In sommige Amerikaanse uitspraken worden de verweren ten onrechte niet goed uit elkaar gehouden²⁸⁶) en dat gebeurt des te sneller als de rechter van oordeel is dat de voordelen de nadelen gehéél dekken. Eigenlijk hoort het verweer van voordeelstoerekening dan ook niet in dit hoofdstuk thuis waarin immers de stelling centraal staat: „er is rechtegens geen schade geleden”. Het feit echter dat beide verweren vaak in een adem worden genoemd, rechtvaardigt een korte bespreking op deze plaats²⁸⁷).

Naar Nieuw BW wordt de voordeelstoerekening als volgt geformuleerd (art. 6.1.9.5):

←

1978, blz 149

282) Bijvoorbeeld *Troppi v Scarf*, 187 NW 2d, 511 (Mich 1971), *Cockrum v Baumgartner*, Ill App, 425 NE 2d, 968 (1981)

283) Zie hiervoor noot 3

284) Zie hiervoor noot 276

285) *Troppi v Scarf*, 187 NW 2d, 511 (Mich App 1971) Zo ook Peter Pain J, in de Engelse zaak *Thake v Maurice* (1984), 2 All ER, 513

„ I do not accept that it is part of our culture that the birth of a healthy child is always a blessing It may have been the assumption in the past I feel quite satisfied that it is not the assumption today” (blz 527)

286) G B Robertson, *Am J Law & Med* 1978, blz 150 e v

287) Zie ook in no 63

"Heeft een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht."

De stelling van de arts is nu, dat de immateriële voordelen die voortvloeien uit de geboorte van een kind, geheel of ten dele opwegen tegen de materiële schade²⁸⁸). Die stelling lijkt mij onjuist, zeker wanneer het besluit tot de sterilisatie juist om financieel-economische redenen is genomen, bijvoorbeeld omdat de kosten voor nóg een kind niet meer kunnen worden opgebracht. Het past dan niet de *materiële* schade die de ouders lijden te compenseren met het *immateriële* voordeel dat uit de gebeurtenis evenééns voortvloeit. In antwoord op het verweer van een arts en zijn ziekenhuis „dat de voordelen van het moederschap de bevreemdelyk geleden schade ten volle compenseren" overwoog het Hof 's-Hertogenbosch terecht als volgt:

„Bij de belangenafweging welke geïntimeerde heeft toegepast vóór zij zich door Y liet behandelen, heeft zij duidelijk de voordelen van het moederschap en de opnemng in het gezin van een derde kind lager gewaardeerd dan de mogelijkheden, die het leven, haar en haar gezin bood zonder verdere gezinsuitbreiding. Deze zeer persoonlijke afweging is in het huidige cultuurpatroon niet onredelijk te achten. Dat geïntimeerde haar moederschap van haar derde kind thans positief weet te beleven, betekent niet dat zij desondanks geen schade in materiële zin, in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind gelegen, ervaart door dit kind"²⁸⁹).

Iets anders is dat de eventuele ideële schade geheel of ten dele kan worden gecompenseerd door immateriële voordelen die uit de geboorte voortvloeien. In dat geval zijn er wel te vergelijken „grootheden"²⁹⁰).

288) Voordeelstoerekening wordt in de Amerikaanse rechtspraak (ook in recente uitspraken) veelvuldig toegepast: *Tropi v. Scarf*, 187 N.W.2d, 511 (Mich. App. 1971); zie bijvoorbeeld *Anonimous v. Hospital*, 366 A.2d, 204 (Conn. 1976); *Cockrum v. Baumgartner*, 447 N.E.2d, 385 (Ill. 1983). Zie verder vrij uitvoerig: J.L. Milsteen, *Emory L. Rev.* 1983, blz. 1179 e.v.; vóór de voordeelstoerekening, M.C. Gregerson, *De Paul L. Rev.* 1982, blz. 427 e.v.; en K.F. Hardt, *U. Rich. L. Rev.* 1983, blz. 403 e.v.

289) Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 1983, NJ 1984, 240 en in T.v.G. 1983, blz. 327. Nog directer was de Rb. Maastricht in dezelfde zaak:

„... dat een beroep op voordeelstoerekening ... geen doel treft ... omdat de gestelde materiële schade nimmer kan worden gecompenseerd met immaterieel welzijn ...".

In geheel gelijke zin: Het Appellate Court of Illinois in *Cockrum v. Baumgartner*:

„The rewards of parenthood should not be allowed in mitigation of rearing costs because „these rewards are emotional in nature and, great though they may be, do nothing whatever to benefit the plaintiff's injured financial interest". Ill. App., 425 N.E.2d, 968 (1981).

Het Hof citeert J.S. Kashi, 31 U. Miami L. Rev. 1977, blz. 1415. Aldus ook in de Engelse zaak *Thake v. Maurice* (1984) 2 All ER, 513. Afwijzend ook BGH 19 juni 1984, NJW 1984, blz. 2625 e.v.

290) Zie terecht Rb. Maastricht 17 juni 1982, gepubliceerd in TvG 1983, blz. 329. Heel

5.2.4. *Abortus als schadebeperking*

Het burgerlijk recht kent als algemene regel dat op de benadeelde de verplichting rust de schade te beperken, voorzover dit redelijkerwijze van hem kan worden verlangd. Voorzover de schade valt toe te rekenen aan het stilzitten of het handelen van de benadeelde, waar deze niet had mógen blijven stilzitten of niet zo had mógen handelen, dient de benadeelde daarvoor op te draaien. Wat gemoedelijker gezegd: de benadeelde heeft in zo'n geval de schade of een deel daarvan te wijten aan eigen schuld.

In een aantal procedures dat werd gevoerd over foutief uitgevoerde sterilisaties, verweerde de arts zich met de stelling dat de schade voor een zeer belangrijk deel had kunnen worden beperkt als de vrouw abortus provocatus had laten plegen²⁹¹). De kosten van die ingreep wegen immers ruimschoots op tegen de kosten van een bevalling en de kosten van verzorging en opvoeding van het kind. Ook een Nederlandse arts voerde dit verweer²⁹²).

Het moet de arts worden toegegeven dat de schade door die ingreep ongetwijfeld wordt beperkt. Toch stuit het verweer tegen de borst. De Amerikaan J.S. Kashi merkte in de *University of Miami Law Review* op:

„The very suggestion carries a pungent odor of moral depravity”²⁹³).

Het verweer, in Amerika „the avoidable consequences rule” genoemd²⁹⁴), werd dan ook in bijna alle mij bekende gevallen afgewezen²⁹⁵). Toch wil

← recent ook oordeelde aldus Peter Pain J. in *Thake v. Maurice* (1984) 2 All E.R., 513: „As I see it, the birth of a healthy child should be set off against their disappointment and the ... pains so that they cancel each other out. The joy they have for Samantha (het kind) is largely of their own making in the way they have met their difficulties” (blz. 527).

In zoverre is ook juist het vonnis van de Rechtbank te Antwerpen 17 januari 1980, *De Verz.* 1981, blz. 193: „Dat de schade, die enkel bestaat in een frustratie wegens de - voorlopige - mislukking van hun familieplanning, later gecompenseerd wordt door de vreugde van de geboorte zoals de geboorteaankondiging het zeer uitbundig verkondigt”. Omgekeerd zullen materiële voordelen (b.v. speciale uitkeringen, aftrekposten) de mogelijk materiële schade kunnen compenseren. Zie Kruithof, *RW* 1987, 2763. Vgl. ook *Rb. Alkmaar* 25 juni 1985, *TvG* 1986, blz. 56 (ad 2).

291) Zo het verweer in de procedure voor *Rb. Leeuwarden* 1 maart 1984, *NJ* 1986, 334; in de zaak die leidde tot *Hof 's-Hertogenbosch* 17 mei 1983, *NJ* 1984, 240, werd het uitdrukkelijk verworpen. Evenzo in bijvoorbeeld *Wilbur v. Kerr*, 628 SW 2d, 568 (Ark. 1982).

292) Uitdrukkelijk tegen, zij het zonder nadere motivering, de Nederlandse gynaecoloog H.A. van Opstall, diss. Utrecht 1984, blz. 84/4. Zie ook R.M. Schoonenberg, in: *Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid*, 1986, blz. 66.

293) J.S. Kashi, *U. Miami L. Rev.* 1977, blz. 1418.

294) *Restatement (second) of Torts* § 918 (1979). Zie uitvoeriger Susan D. Sayre, *W.S.U.L.Rev.* 1985, blz. 783 e.v.

295) Bijvoorbeeld in: *Troppi v. Scarf*, 187 N.W.2d, 511 (App. Mich. 1971); *Cockrum v. Baumgartner*, 425 N.E.2d, 968 (Ill. App. 1981); *Boone v. Mullendore*, 416 So. 2d, 718 Ala. 1982).

ik er een korte bespiegeling aan wijden, al was het maar omdat het verweer steeds weer opduikt. Bovendien werd het verweer in sommige Amerikaanse uitspraken gehonoreerd²⁹⁶): schadevergoeding voor de opvoedingskosten werd niet mogelijk geacht indien de gedupeerde de schade door een abortus nog had kunnen voorkomen. En ook in de literatuur verwoorden althans twee stemmen deze opvatting²⁹⁷): de Amerikaan J. Milsteen meent dat het schadebeperkingsverweer niet in alle gevallen automatisch mag worden afgewezen, want de vrouw wordt niet gedwongen tot een abortus, maar zij heeft een keuze om daartoe al dan niet te besluiten. Kiest ze ervoor het kind te laten komen, dan kan het (mede gelet op de bijzondere omstandigheden van ieder geval) redelijk zijn haar de vordering te ontzeggen. Dus geen dwang tot abortus, maar een dwang tot het maken van een keuze. Mij overtuigt dit verhaal allerm minst. Het gaat bij de schadebeperking toch steeds om de vraag: had de gedupeerde behoren te handelen, en zo ja, dan had hij dat ook moeten doen²⁹⁸). In zoverre is de gedupeerde „gedwongen” te handelen. Maar misschien is er iets anders aan de hand, want Milsteen vervolgt aldus:

„Since abortions have become relatively commonplace in our society, it seems unjust to impose a rule that, as a matter of law, this form of mitigation is unreasonable in all cases”²⁹⁹).

Een tweede Amerikaanse auteur, Susan D. Sayre, bepleit eveneens abortus en adoptie onder bepaalde omstandigheden als schadebeperkingsverplichting te erkennen³⁰⁰). Zij wijst erop dat uit psychologische en uit sociologische literatuur zou blijken dat een aantal argumenten dat door rechters wordt gehanteerd om de schadebeperkingsplicht af te wijzen van twijfelachtig kaliber is. Zo zouden vrouwen die tot een abortus besluiten achteraf slechts in geringe mate psychisch nadeel ondervinden van hun besluit³⁰¹). Sterker nog, er is

„ ... evidence that term patiënts who give birth to unwanted children

296) Bijvoorbeeld *Robak v. United States*, 658 F.2d, 471 (1981): schadebeperkingsplicht indien de ouders de zwangerschap in het eerste trimester herkennen (abortus is dan namelijk toegestaan *Roe v. Wade*, 410 US, 113 (1973)).

Zie ook *Ziemba v. Sternberg*, 45 AD 2d, 230, 357 N.Y.S.2d, 265 (1974) waar werd geoordeeld dat abortus als schadebeperking toelaatbaar kan zijn, afhankelijk van het tijdstip waarop de vrouw haar zwangerschap ontdekt.

297) J.L. Milsteen, *Emory L.J.*, 1983, blz. 1184, e.v.

298) Weliswaar is de verplichting tot schadebeperking geen rechtsplicht waarvan nakoming kan worden gevorderd, maar men zal de verplichting wel moeten zien als een (aan de Duitse doctrine ontleende term) „Obliegenheit” ook wel als „rechtsdwang” omschreven, vgl. Asser-Hartkamp I (1988) no. 11.

299) a.w., blz. 1188.

300) Susan D. Sayre, *W.S.U.L.Rev.* 1985, blz. 781 e.v.

301) A.w. blz. 786. Zij verwijst naar de studie van N.E. Adler, *Emotional Responses of Women following Abortion*, 45 *Am. J. Orthopsychiatry* 446 (1975).

consistently show a far higher incidence of subsequent psychological disturbances than those aborting their pregnancies"³⁰²).

Vergelijkbare uitkomsten registreert zij als het gaat om adoptie. En ook het argument dat rechters wel gebruiken als zouden abortus en adoptie een negatieve invloed hebben op „the very stability of the family”³⁰³), zou in de gedragswetenschappelijke literatuur geen grond vinden³⁰⁴).

Welke argumenten vallen dan wél aan te voeren waarom het schadebeperkingsverweer niet kan slagen? Argumenten met een „psycho-sociale inslag” zouden kwetsiefus zijn; ik kan dat niet beoordelen, maar wil daarvan wel uitgaan. Evenmin telt het argument dat abortus als zodanig strafbaar is, zodat reeds op die grond het verweer moet worden afgewezen (dat was een argument van het Hof 's Hertogenbosch, toen zeker geldig³⁰⁵). Sinds 1 november 1984 is abortus onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar³⁰⁶). Toch is een schadebeperkingsplicht door abortus in strijd met de nieuwe wettelijke regeling. De belangrijkste reden lijkt mij te zijn dat het besluit om de zwangerschap af te breken de verantwoordelijkheid is van hen die rechtstreeks bij de voorbereiding ervan zijn betrokken: de vrouw en de arts. Een plicht om dit besluit te nemen staat haaks op die gedeelde verantwoordelijkheid. In artikel 5, tweede lid onder b van de wet staat met zoveel woorden dat de geneeskundige zich ervan heeft te vergewissen dat de vrouw haar verzoek heeft gedaan en gehandhaafd in *vrijwilligheid*³⁰⁷).

Bovendien dient de situatie waarin de vrouw zich bevindt een abortus-ingreep onontkoombaar te maken. De arts moet de vrouw bijstaan in haar besluitvorming, in het bijzonder door haar te wijzen op mogelijke alternatieven voor de abortusingreep³⁰⁸). Nog daargelaten de vraag of de financiële positie van de vrouw een abortus onontkoombaar maakt, één alternatief voor de ingreep zou in een aantal gevallen nu juist schadevergoeding kunnen zijn. Dat leidt weer tot de ietwat merkwaardige situatie dat de arts de plicht heeft de vrouw te wijzen op de mogelijkheid van een schadevergoedingsvordering aan het adres van de opererende arts. Tussen haakjes: ik mag hopen dat die twee figuren nimmer in één persoon verenigd zullen zijn.

302) L. Olson, Social and Psychological Correlatives of Pregnancy Resolution among Adolescent Women: a Review, 50 Am. J. Orthopsychiatry 432 (1980); verwijzing van Sayre, blz. 786.

303) *Uit Custodio v. Bauer*, 59 Cal. Rptr. 463 (App. 1967), blz. 477.

304) Susan D. Sayre, a.w. 1985, blz. 788/9.

305) Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 1983, NJ 1984, 240.

306) Wet Afbreking Zwangerschap 1 mei 1981, Stb. 157; te vinden in S&J 25S.

307) Memorie van Toelichting, S & J 25S, blz. 46 e.v.

308) Idem, blz. 47.

Een ander argument, niet direct ontleend aan de wet, kan nog zijn dat de sterilisatie-ingreep waartoe de ouders besloten, gericht was op een verantwoorde gezinsplanning; een abortus-ingreep dient daartoe mijns inziens niet. Dit was ook het argument waarmee het Duitse Bundesgerichtshof het schadebeperkingsverweer kort maar krachtig afwees:

„Die Vernichtung werdenden Lebens ist keine selbstverständliche Alternative für Empfängnisverhütung. Jedenfalls ist insoweit die persönliche Gewissensentscheidung der Kl. zu respektieren”³⁰⁹⁾.

De Amerikaanse rechtspraak blijkt nagenoeg gelijkgestemd: ook hier geldt op een enkele uitzondering na abortus niet als schadebeperkingsplicht³¹⁰⁾.

Aan hetgeen hierboven aan argumenten werd gegeven doen twee tegenwerpingen naar mijn mening niet af. De eerste is, dat de vrouw om wie het gaat in het verleden wél overging tot abortus. Toch lijkt één Engelse uitspraak aan deze tegenwerping wél enig gehoor te geven³¹¹⁾. Eén van de omstandigheden van dit geval was dat de vrouw in kwestie, die niet goed was gesteriliseerd, enige maanden tevoren wél tot een zwangerschapsafbreking had besloten; na die ervaring had zij zich toen laten steriliseren. Rechter Park oordeelde dat kennelijk het vooruitzicht op schadevergoeding én het wenkend perspectief niet meer te hoeven „werken” haar beslissing geen abortus te laten plegen hadden bepaald. Naar het oordeel van Park was hier sprake van een „novus actus interveniens”³¹²⁾. Naar Nederlands recht lijkt een dergelijke uitspraak niet mogelijk, hoezeer wellicht ook in sommige gevallen de omstandigheden tegen de vrouw zullen pleiten. Alleen al de wet verzet zich ertegen.

Evenmin zal – het spreekt bijna vanzelf – de tegenwerping baten dat in een groot aantal gevallen van foutgelopen sterilisaties de vrouw uit eigen beweging wél tot afbreking van de zwangerschap besluit. Zo blijkt uit een onderzoekje dat Van Otterlo en Vlaanderen uitvoerden onder 86 vrouwen die ondanks een sterilisatie toch zwanger werden, dat in 41 gevallen de vrouw tot abortus overging³¹³⁾. In slechts 33 gevallen werd de zwangerschap uitgedragen en in de overige 12 gevallen trad een spontane abortus op. Maar al zou in de toekomst in vergelijkbare situaties 90% van de vrouwen tot een abortus overgaan, tot een schadebeperkingsplicht door middel van abortus zal dat nimmer leiden.

309) BGH 18 maart 1980, VersR. 1980, blz. 557.

310) Zie de jurisprudentie gegeven in noot 295.

311) Emeh v. Kensington Area Health Authority (1985) 2WLR 233.

312) Zie D. Brahams, New Law Journal 1983, blz. 644, Uitvoerder: L. Hilliard, Mod. L. Rev. 1985, blz. 277/8; zie ook Symmons, Mod. L. Rev. 1987, blz. 287 e.v.

313) L.C. van Otterlo en W. Vlaanderen, Ned. T. Geneesk. 1982, blz. 242 (en tabel 2).

5.2.5. „Adoptie” als schadebeperking

Evenmin kan van de ouders worden verlangd dat zij het kind – bij wijze van schadebeperkingsmaatregel – afstaan ter adoptie.

Adoptie is alleen mogelijk, indien zij zowel uit het oogpunt van verbreking van de banden met de ouders als uit dat van bevestiging van de banden met de adoptanten, in het kennelijk belang van het kind is (aldus art. 1:227 lid 1 B.W.). Van adoptie kan pas sprake zijn, als de eigen ouders kennelijk niet in staat of niet bereid zijn het kind te verzorgen of op te voeden. Een verplichting tot afstand ter zake is reeds hierom ondenkbaar.

Daar komt nog dit bij: het verweer als zou de schade door afstand van het kind moeten worden beperkt, miskent dat het kind – aldus een Amerikaanse uitspraak – niet is „unwanted or onloved ... but unplanned”³¹⁴). Bovendien, de afwijzende houding van man en vrouw ten opzichte van het in de toekomst (opnieuw) krijgen van kinderen, op grond waarvan zij tot sterilisatie besloten, kan geen enkele indicatie zijn voor hun houding indien desondanks een kind in aantocht is respectievelijk geboren is. Naar Nederlands recht is adoptie als schadebeperkingsplicht reeds niet mogelijk op grond van de wet, zoals ik hiervoor al aangaf.

De buitenlandse rechtspraak is nagenoeg unaniem in haar oordeel³¹⁵). De Amerikaanse uitspraken gaan vaak op de toer dat deze schadebeperkingsplicht redelijkerwijze niet van de ouders kan worden verlangd³¹⁶). En het Duitse Bundesgerichtshof rekent als volgt met dit verweer af:

„... denn den Eltern kann nicht gegen ihren Willen die Trennung von einem trotz seiner ungewollten Geburt geliebten Kind angesonnen

314) Jackson v Anderson, 230 So 2d, 503 (Fla 2d Dist 1970)

315) Anders de Zwitserse auteur P Weimar, Festschrift für Cyril Hegnauer, 1986, blz 652 e v

316) Troppt v Scarf, 31 Mich App, 240, 187 NW 2d, 511 (1971) Cockrum v Baumgartner, Ill App 425 NE 2d, 968 (1981) Boone v Mullendore, 416 So 2d, 718 (Ala 1982) Wilbur v Kerr, 628 SW 2d, 568 (Ark 1982) Literatuur bijvoorbeeld JS Kashi, U Miami L Rev 1977, blz 1414 e v, P J Kelley, W U L Q 1979, blz 950 Anders Rieck v Medical Protective Co., 219 NW 2d, 242 (Wis 1974) Anders ook J L Milsteen, Em LJ 1983, blz 1196 e v, althans in het geval dat het motief voor de sterilisatie „is socially motivated In either case, placing the child for adoption is a viable alternative that should be considered Healthy children are in great demand by would-be parents, and appropriate agency supervision could serve to evaluate the best interests of the child”

Sommigen lezen in Shaheen v Knight (hiervóór noot 273) een verplichting tot schadebeperking via adoptie Ik vraag me af of dat ook zo bedoeld is

„Many people would be willing to support this child were they given the right of custody and adoption, but according to the plaintiff's statement, the plaintiff does not want such He wants to have the child and wants the doctor to support it In our opinion such damages would be against public policy”

werden. Auch entspricht das Aufwachsen im natürlichen Familienverband im Zweifel dem Wohl des Kindes am besten. Dass dies unter Umständen erst durch die Ersatzpflicht desjenigen wirtschaftlich tragbar wird, der durch seine Fehlleistung die Familienplanung gestört hat, kann selbstverständlich nicht wiederum das Kind nachträglich in dem Sinne zu einem „erwünschten“ machen, dass diese Ersatzpflicht wegfiel“³¹⁷⁾.

De Amerikaanse Sayre, ik haalde haar hiervóór uitvoeriger aan, bepleit het tegenovergestelde. Naar haar oordeel mag onder bepaalde omstandigheden het schadebeperkingsverweer wel worden gevoerd. Zij verwijst ten ondersteuning van haar stelling naar gedragswetenschappelijke literatuur, waaruit zou blijken dat adoptie en abortus „may be reasonable under the circumstances of the case and may even be in the best interest of the child and its parents ... even ... in the best interest of society as a whole“³¹⁸⁾.

5.2.6. *Schadevergoeding past niet in het systeem van de wet*

In boek 1 BW, dat van het personen- en familierecht, wordt een aantal onderhoudsplichten vastgesteld. Van ouders jegens hun kinderen bijvoorbeeld, en andersom. Deze onderhoudsbetrekkingen zijn gegrond in het familierecht. Een onderhoudsplicht bestaat slechts in een aantal nauwkeurig omschreven gevallen. Nu was de opvatting van de Rechtbank Arnhem, dat de kosten van verzorging en opvoeding van de kinderen niet als te vergoeden schade kunnen worden aangemerkt onder meer omdat een dergelijke vergoedingsplicht buiten het systeem van de wet, boek 1 BW, valt³¹⁹⁾. Dit „systematische“ argument bevredigt nauwelijks. De vordering die de Rechtbank te beoordelen kreeg staat buiten boek 1: zij is gegrond op wanprestatie of op onrechtmatige daad. Het gaat om een schadevergoedingsverplichting en niet om een familierechtelijke onderhoudsverplichting; het is geen vraag van boek 1 maar van boek 4 BW³²⁰⁾.

Dat wil overigens niet zeggen dat bij het vaststellen van de schadevergoedingsverplichting geen rekening kan worden gehouden met de bijzondere aard van de schade: de vordering heeft een sterk alimentatiekarakter. Dat bijzondere element wil ik laten doorspelen bij het bepalen

317) BGH 18 maart 1980, VersR. 1980, blz. 560. Uitdrukkelijk ook BGH 19 juni 1984, NJW 1984, blz. 2625: „Die Person des Kindes darf unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zum Objekt von Vermögensdispositionen gemacht werden...“ (blz. 2626).

318) Susan D. Sayre a.w. 1985, blz. 788 e.v.

319) Rb. Arnhem 28 november 1974, NJ 1977, 281, geciteerd in no. 5.2.

320) In die zin Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 1983, NJ 1984, 240; TvG 1983, blz. 327 e.v.

van de omvang van de schadevergoedingsplicht (zie hoofdstuk 6). Maar de vordering is en blijft een schadevergoedingsvordering voortvloeiend uit de beroepsfout van een arts. Op haar zijn de algemene regels van ons schadevergoedingsrecht van toepassing.

5.2.7. *Schadevergoeding leidt tot psychische schade bij het kind*

In Amerika heeft de „emotional damage”-theorie enig opgeld gedaan³²¹). Zij komt er op neer dat het toekennen van schadevergoeding aan de ouders kan leiden tot psychische schade bij het kind als dit op latere leeftijd verneemt dat zijn komst ongewenst was en dat zijn opvoeding werd gefinancierd door een aansprakelijk gestelde arts. (De Amerikaan Kashi merkte (in iets ander verband) monter op dat de arts geen bezoekreht heeft, „for his negligence does not confer any rights upon him”).

Maar, zo zal men tegenwerpen: de zogenoemde „nakomertjes” komen er vroeger of later óók achter dat ze buiten alle planning om werden geboren; en van schade aan het kind wordt in dfe gevallen toch nooit gehoord? Daarop zullen de verdedigers van de theorie aanvoeren, dat de kwestie aanzienlijk ernstiger is als een kind erachter komt dat voor zijn komst een schadevergoeding van zoveel duizend gulden werd betaald.

„(A) child is less likely to become an „emotional bastard” when he may have some vague notion that his parents’ family planning scheme went astray, than when he discovers that he is a 50,000 dollar judicially declared burden”, aldus de Amerikaanse schrijver Bryan³²²).

In dit debat kan ik niet met stelligheid stelling nemen. Ik heb het gevoel dat het gevaar van psychische schade bij het kind wordt overschat³²³). Al eerder is opgemerkt dat het kind niet onbemind, maar ongepland was. Wordt aan dit verschil, hemelsbreed in benadering, bij het eventuele inlichten van het kind alle aandacht besteed, dan lijkt er weinig gevaar te duchten voor schade aan het kind.

Misschien is het verhelderend een parallel te trekken met de adoptie van een kind. Ook dan wordt wel gevreesd voor psychische schade wanneer het op zekere dag wordt verteld van zijn afkomst. Nota heeft erop gewezen dat, mits deze voorlichting geleidelijk en tactvol wordt gegeven

321) Afkomstig van de uitdrukking „emotional bastard”: *Zepeda v. Zepeda*, 41 Ill. App. 2d, 240, 190 N.E.2d, 849 (1963).

322) R.J. Bryan, *NCL Rev.* 1968, blz. 952. Zie voor verdere literatuur en rechtspraak: *Wilbur v. Kerr*, 628 S.W.2d, 568 (Ark. 1982).

323) Anders ligt dat wellicht bij onwettige kinderen; vergelijk het Engelse rapport *Illegitimate - The experiment of people born outside marriage*, ed. by D. Derrick, National Council for One Parent Families, London 1986.

en mits de ouderbeleving van het kind gezond is, voor schade aan kind of aan de verhouding niet hoeft te worden gevreesd³²⁴⁾.

Nog wat verder gaat het Duitse Bundesgerichtshof. Ofschoon ook in de Duitse rechtspraak en literatuur wel is blijk gegeven van bezorgdheid voor „Seelische Schaden des Kindes”³²⁵⁾, oordeelde het Bundesgerichtshof daarentegen dat het toekennen van schadevergoeding juist kan bijdragen aan een psychisch gezonde ontwikkeling van het kind³²⁶⁾. Schadevergoeding aan de ouders versnelt de acceptatie van het kind, zo luidt ongeveer de redenering. Maar, zo vraag ik mij af, wordt zo aan het vermogensrecht niet te veel invloed toegedacht?

Naar mijn gevoelen, maar dat terzijde, ligt de zaak wel iets anders als het gaat om een fout uitgevoerde abortus. Dan is er immers een duidelijk aanwijsbaar kind in wording, waarvan het de bedoeling was dat het door de arts van het leven zou worden beroofd. In dát geval is schade aan het kind wellicht eerder te verwachten.

5.2.8. *Het motief voor sterilisatie*

Een laatste bezwaar tegen schadevergoeding betreft een aspect waaraan in de nationale en internationale rechtspraak en literatuur nog maar nauwelijks aandacht is besteed³²⁷⁾. Het gaat om het ontbreken van het verband tussen aan de ene kant het motief van de gedupeerde voor zijn of haar sterilisatie en aan de andere kant de schade die hij of zij zegt te lijden. Ik bedoel dit: aan het besluit zich te laten steriliseren ligt of liggen een of meer motieven ten grondslag, zoals financiële, sociale

324) J A Nota, De adoptie, diss Nijmegen 1969, blz 85, zie verder bijvoorbeeld de Engelse rechter Peter Pain J in *Thake v Maurice* (1984) 2 All ER 513

„I do not think that if I award damages here it will lead little Samantha to feel rejection She is surrounded by a happy, albeit somewhat poverty-stricken, family life It is this that must make her feel wanted and not rejected She may learn in years to come that her conception was unwanted But there is nothing exceptional about this What matters to a child is how it is received when it enters life It so often happens that parents reconcile themselves to an unwelcome conception and accept the child with joy If Samantha is as bright as her father thinks, by the time she comes to consider this judgement (if she ever does) she will, I think, welcome it as a means of having made life somewhat easier for her family” (blz 526)

Afwijzend in Amerika bijvoorbeeld *Custodio v. Bauer*, 59 Cal. Rptr 463 (App 1967), en verder bijvoorbeeld *JS Kashi, U Miami L Rev* 1977, blz 1419 e v, G Robertson, *Am J Law & Med* 1979, blz 1153

325) Zie daarover Deuchler, *Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes* (‘wrongful birth’), 1984, blz 156 e v

326) BGH 18 maart 1980, VersR 1980, blz 555 Zie ook de Belgische schrijver Kruithof, a w 1987 (hiervóór noot 276) blz 2758 e v

327) J L Milsteen, *Em LJ* 1983, blz 1189, Deuchler, a w 1984 (zie hiervóór noot 16), blz 153 e v Aandacht aan de motieven werd gegeven in de Amerikaanse zaak *Jones v Malinowski*, 299 Md 257, 473 A 2d 429 (1984)

(gezin is voltooid) of medische. Stel nu dat vaststaat dat man en vrouw tot sterilisatie hebben besloten alleen omdat haar gezondheid bij een (nieuwe) zwangerschap ernstig gevaar zou lopen. Stel vervolgens dat door de fout van de arts toch een gezond kind wordt geboren, terwijl de vrouw de zwangerschap uitstekend heeft doorstaan. Zouden zij nu de arts kunnen aanspreken voor de opvoedings- en verzorgingskosten, ofschoon vaststaat dat die kosten niet het motief voor de sterilisatie vormden? Ik zou denken dat een dergelijke vordering – de ouders proberen uit de fout van de arts kennelijk een slaatje te slaan – behoort te worden afgewezen omdat het motief voor de sterilisatie en de als schade gevorderde kosten niet corresponderen.

Ik meen dat wij hier raken aan het leerstuk der relativiteit of van de Schutznorm, die speeltuin voor dogmatici. In ons land is dit leerstuk eigenlijk alleen ontwikkeld – bedacht en bestreden – als één van de voorwaarden voor aansprakelijkheid bij *onrechtmatige daad*. En in het Nieuw BW heeft de Schutznorm dan ook een plaats gevonden in de titel „onrechtmatige daad”. Artikel 6.3.1.2 luidt aldus:

„Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden”.

Nu rijst de vraag of dit beginsel niet evenzeer behoort te gelden in het geval de geschonden norm een *contractuele* is. Die vraag wordt doorgaans bevestigend beantwoord door schrijvers en rechters in Duitsland³²⁸). Het leerstuk van de „Schutzzweck der Norm” is oorspronkelijk zelfs ontworpen voor toepassing in het contractenrecht. Ik citeer een passage uit „Schadensersatz” van Hermann Lange:

„Im Vertragsrecht hat der Schuldner nach der Schutzzwecklehre nicht für die Folgen des Vertragsbruchs schlechthin einzustehen, sondern nur für die Einbussen, die die durch den Vertrag geschützten Interessen betreffen”³²⁹).

Men moet scherp onderscheiden tussen deze regel en die van de causaliteit. Zo zijn in Duitsland pogingen om de Schutznorm in de plaats van de causaliteitsregels te stellen vruchteloos gebleven. Náást elkaar verdragen beide zich evenwel best. Zoals bij de onrechtmatige daad algemeen wordt erkend dat in een aantal gevallen de regels der causaliteit te kort schieten omdat zij tot een té ruime aansprakelijkheid zouden leiden, zo lijkt het mij dat ook in het contractenrecht de relativiteitsleer soms een eigen functie kan vervullen.

328) Zie de schrijvers genoemd in Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 1987, blz. 441 e.v.; verder: H. Brox, Allgemeines Schuldrecht, 1980, blz. 187 e.v.

329) H. Lange, Schadensersatz, 1979, blz. 79.

Nu zal er in de contractuele sfeer nóg minder vaak sprake zijn van het ontbreken van relativiteit dan al het geval is bij de onrechtmatige daad. Schending van een tussen partijen geldende contractuele norm zal – buiten de regels van causaal verband – slechts zelden leiden tot schade vallend buiten de beschermingsomvang van die norm. Een van de weinige voorbeelden is een oud geval ontleend aan de Oostenrijkse jurisprudentie³³⁰⁾. Iemand had aan een stationswaag een wagon brandhout aangeboden ten einde de vervoersprijs vast te laten stellen. Het wegen van het hout gebeurde evenwel niet goed; de weegschaal gaf minder aan dan het werkelijke gewicht. Toen de eigenaar – uitgaande van het verkeerde gewicht – vervolgens de partij hout *verkocht* leed hij schade. Die schade probeerde hij te verhalen op de man die verkeerd had gewogen. De Oostenrijkse rechter wees de vordering toe, maar het is ernstig de vraag of dat oordeel juist was. Zou zij immers niet veeleer behoren te worden afgewezen, omdat de norm „gij zult die-en-die lading zorgvuldig wegen ten einde de juiste vervoersprijs vast te stellen” niet tevens de benadeelde beschermt in zijn financiële belang als verkoper? Ook zou men van deze zaak misschien kunnen volhouden dat naar Nederlands recht toepassing van de causaliteitsregels tot hetzelfde, voor de verkoper negatieve, resultaat zou hebben geleid.

Duidelijker nog is er sprake van een relativiteitsvraag in de zaak waarom het in deze paragraaf draait: een sterilisatie met uitsluitend het motief dat een nieuwe zwangerschap voor de vrouw levensbedreigend zou kunnen zijn, waarop de ouders, als door een foutieve sterilisatie toch en probleemloos een kind wordt geboren, verzorgings- en opvoedingskosten vorderen.

Nu kan men twee kanten uit. Als het niet gaat om een wettelijke of contractuele geschreven norm, dan zal de rechter die ongeschreven contractuele norm, naar aanleiding van het te beslissen geval en rekening houdend met alle daarbij betrokken belangen, moeten vaststellen. Voor de relativiteit bij onrechtmatige daad omschreef Nieuwenhuis de keuze waarvoor de rechter staat aldus:

„Hierbij kan hij de norm zo omschrijven dat daarin de beschermingsomvang reeds ligt besloten. Hij kan echter ook hetgeen in het maatschappelijk belang betaamt meer algemeen formuleren en zich vervolgens afvragen of de benadeelde bescherming kan ontleen aan de aldus omschreven norm”³³¹⁾.

Zo zou het naar mijn mening ook in het contractenrecht moeten zijn. Vastgesteld kan worden dat de norm in casu aldus luidt dat de arts, met

330) OeOGH/SVZ, 267 (1923), zie Lange, a.w. blz. 80.

331) J.H. Nieuwenhuis, Hoofdstukken Nieuw Vermogensrecht, 1983, blz. 97.

het oog op de gezondheid van de vrouw, op zorgvuldige wijze dient te steriliseren. In deze norm ligt de beschermingsomvang opgesloten³³²⁾.

De norm kan daarentegen ook meer algemeen worden geformuleerd: de arts dient zijn patiënt op zorgvuldige wijze te steriliseren. Vervolgens moet de rechter zich afvragen of de benadeelde aan deze norm bescherming kan ontnemen. Welke weg wordt gekozen maakt geen verschil. In beide gevallen zal de beschermingsomvang van de norm door uitleg moeten worden vastgesteld.

Het voert voor dit boek te ver om op dit interessante probleem verder in te gaan, maar ik kan niet nalaten de vraag op te werpen of in het nieuwe BW niet eenzelfde regel als die van artikel 6.3.1.2 had moeten worden opgenomen in afdeling 6.1.8 („De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis”). Overigens wordt de vraag naar het relativiteitsvereiste binnen het contractenrecht in de parlementaire geschiedenis wel opgeworpen³³³⁾. Het Driemanschap merkt daar op dat „er geen reden is” toepassing van het relativiteitsvereiste te beperken tot het terrein van de onrechtmatige daad. Tot een aparte bepaling heeft deze opvatting evenwel niet geleid.

Veelal zal de rechter onder meer aan de hand van de weergave van het gesprek dat tussen arts en patiënt heeft plaatsgevonden, kunnen vaststellen of het motief voor de sterilisatie en de gevorderde schade corresponderen, en of de arts van dit motief op de hoogte is geweest of kon zijn. Dat zal vooral dán het geval zijn als aan het besluit één duidelijk herkenbaar motief ten grondslag heeft gelegen: bijvoorbeeld de gezondheidstoestand van de vrouw, een verhoogd risico op kinderen met aangeboren en/of erfelijke afwijkingen, of de financieel krappe omstandigheden waarin het echtpaar leeft. Maar ook kan het zijn dat er voor het echtpaar een waaier van motieven is geweest om tot sterilisatie te besluiten. Dan wordt het moeilijk. Ik bedenk twee gevallen.

Een echtpaar besluit tot sterilisatie uit „ideële” motieven (er zijn te veel mensen; er is hier op aarde nauwelijks een toekomst meer), terwijl ook een rol speelt dat man en vrouw beiden willen blijven werken. Zij waarderen vrijheid en ongebondenheid hoger dan het hebben van kinderen. Zij reizen veel en besteden daaraan een zeer groot deel van hun inkomen. Het tweede echtpaar heeft al drie kinderen en vindt dat voldoende. Het is inmiddels uit de kleine kinderen en eindelijk is dan voor de vrouw het moment aangebroken om de door haar zo gewenste aanvang te maken met een dure en veel tijd vergende studie. Een mogelijk vierde kind zou die plannen geheel doorkruisen.

332) Instemmend G.H. Lankhorst, AA 1987, blz. 378.

333) Enigszins verscholen in de toelichting op art. 6.1.9.4, Parl. Gesch. boek 6, blz. 341.

In deze twee gevallen is er niet één duidelijk motief aan te wijzen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of en waarvoor schadevergoeding moet worden toegekend. In beide gevallen wellicht zullen de ouders met klem aanvoeren dat voor hen een financieel motief (eventueel naast allerlei andere minder belangrijke motieven) bepalend voor hun besluit is geweest, zodat een vergoeding van de schade die wordt geleden gepast is. Misbruik ligt om de hoek. Een beetje „handig” echtpaar kan wat verder vooruitzien door reeds bij het aangaan van de overeenkomst de arts duidelijk te maken dat voor hun besluit tot sterilisatie het financiële motief het belangrijkste is. Het lijkt mij wel (conform de regel van art. 177 Rv.) dat de bewijslast terzake bij de ouders ligt.

Het is hier de plaats eens wat beter te bekijken welke motieven aan een besluit tot sterilisatie ten grondslag kunnen liggen. Een Duits onderzoek geeft een interessant beeld, te meer omdat in dat onderzoek ook is nagegaan of en hoe vaak méér motieven het besluit hebben geschraagd³³⁴⁾. Het onderzoek betreft 2159 vrouwen die tot 1971 zijn gesteriliseerd. Het blijkt dat in ongeveer 1/3 van de gevallen één motief werd genoemd; in de overige gevallen hebben meer motieven een rol gespeeld. Hoe de combinaties van motieven zijn geweest, valt uit het onderzoek niet te leren. Voor de rechter wordt het maken van een oordeel het lastigst als zowel motieven met een financiële als bijvoorbeeld motieven met een medische inslag worden genoemd. Eenvoudiger is het uiteraard dán, wanneer de motieven eenzelfde inslag hebben. Wille, aan wie ik deze tabel ontleen, concludeert dat grofweg op de volgende gronden tot sterilisatie wordt besloten:

- in 60% van de gevallen telden overwegingen van gezinsplanning,
- in 30% van de gevallen overwegingen de geestelijke of de lichamelijke gezondheid betreffend, en
- in 10% van de gevallen ging het over andere motieven, de relatie of de gezinstoestand betreffend, motieven van psycho-sociale aard, de angst gehandicapte kinderen te zullen krijgen enzovoort.

Een andere conclusie die kan worden getrokken is, dat in ongeveer 1/3 van de gevallen er één motief heeft bestaan; terwijl maar in een hoogst enkel geval uitdrukkelijk de financiële situatie als argument werd opgegeven³³⁵⁾. Dat betekent dat in die toch vrij grote groep van gevallen waarschijnlijk nogal eenvoudig kan worden vastgesteld of de schade die men zegt te hebben geleden ook valt onder de beschermingsomvang van

334) R. Wille, *Nachuntersuchungen an sterilisierten Frauen*, Medizin und Recht, bd. 5, 1978, geciteerd door P. Petersen, in *Sterilisation, Beratung-Operation-Recht* (Stuttgart-New York) 1981, blz. 26.

335) H.J.J. Leenen ziet niet veel in een onderzoek naar motieven, NTvG 1986, blz. 1536, TvG 1986, blz. 314. Hij is te somber gelet op het Duitse onderzoek.

de contractuele norm. In de overige gevallen (ongeveer 2/3) geldt meer dan één motief; zij het dat in een aantal gevallen de motieven wel in elkaars verlengde zullen liggen, zodat ook dán vrij gemakkelijk een oordeel kan worden gevormd over de vraag of bepaalde schadeposten wel of niet behoren te worden vergoed.

	Mehrfach-		Allein.	
	Antw.		Grund	
	abs.	%	abs.	%
Wir wollten eigentlich überhaupt keine Kinder mehr haben	38	2,3	16	2,1
Die gewünschte Kinderzahl war erreicht	895	55,1	446	58,2
Die gewünschte Kinderzahl war schon überschritten	446	27,4	152	19,8
Für weitere Kinder fühlten wir uns zu alt	110	6,8	16	2,1
Wir fürchteten, ein krankes Kind zu bekommen	101	6,2	14	1,8
Meine Gesundheit war angegriffen	346	21,3	29	3,8
Eine weitere Schwangerschaft hätte meine Gesundheit ernstlich gefährdet	225	13,8	36	4,7
Das geld hätte sonst nicht mehr gereicht	278	17,1	8	1,0
Die Wohnung war zu klein und ungeeignet	271	16,7	9	1,2
Ehe und Familie hätten unter weiteren Kindern gelitten	252	15,5	11	1,5
Der Ehemann kümmerte sich nicht genug um die Familie	45	2,8	3	0,4
Die Ehe war zerrüttet	44	2,7	9	1,2
Andere Gründe	111	6,8	17	2,2
Keine Angaben	6			

Zo kom ik tot enkele algemene regels.

- Wanneer een puur financiële motivering achter het besluit tot de sterilisatie heeft gezeten, dan heeft de gedupeerde in beginsel recht op een vergoeding van de opvoedingskosten, eventueel de kosten van een aangepaste behuizing, enzovoorts.
- Wanneer puur de gezondheidstoestand van de vrouw aan het besluit tot sterilisatie ten grondslag heeft gelegen, dan bestaat er in beginsel alleen recht op vergoeding van die schade die betrekking heeft op een

verslechtering van haar gezondheid, en op vergoeding van de ideële schade.

- Als de motivering louter er een is geweest van „ideële aard” (de wereld is vol, slecht en gevaarlijk), dan zal de schadevergoeding zich beperken tot de kosten van de nieuwe sterilisatie.
- Was het motief te kunnen (blijven) werken of om carrière te maken, dan zal in beginsel en uiteraard mits aantoonbaar, de schadevergoeding betrekking hebben op de inkomensderving, eventueel de gezins-hulp, crèches, enzovoorts.
- En was de motivering er een van genetische aard, dan zal er slechts dán een verplichting tot schadevergoeding bestaan, indien inderdaad een gehandicapt kind wordt geboren; en alleen die schade komt dan voor vergoeding in aanmerking, die betrekking heeft op de handicap van het kind.

Deze opsomming van wat algemene regels is als gezegd niet compleet. Ze dient er vooral toe illustratie te zijn van het noodzakelijke verband tussen motief en schade³³⁶).

Om dit hoofdstuk af te sluiten, nog een heel merkwaardig Engels geval³³⁷). Een vrouw besloot zich na haar derde kind te laten steriliseren omdat ze niet meer kinderen wenste. De sterilisatie mislukte en ze kreeg een vierde. Vervolgens sprak ze de arts aan tot betaling van de opvoedingskosten. In oktober 1984 begon ze een procedure, maar kort daarop, in november kreeg ze een vijfde kind. De advocaten wezen niet op dit nogal tegenstrijdige gedrag en in de procedure speelde het verder geen rol. Als daar geen redelijke verklaring voor gegeven zou kunnen worden, dan zou ik mij kunnen vinden in een afwijzing van de vordering op de grond dat, gelet op het gedrag van de vrouw, kennelijk een ander dan een financieel motief de vrouw tot sterilisatie had aangezet³³⁸).

336) In de Duitse rechtspraak wordt weliswaar het belang van toepassing van de Schutznorm in dit soort gevallen onderkend, maar in feite speelt de Schutznorm nauwelijks een rol; zie hierna no. 6.2.

337) Gold v. Haringey Health Authority (1987) 2 All ER 888.

338) Vgl. Symmons, MLR 1987, blz. 289, die de oprechtheid van de vrouw in twijfel trekt.

Hoofdstuk 6

Causaal verband en schadevergoeding

6.1. INLEIDING (ALGEMEEN)

In dit hoofdstuk ga ik ervan uit dat de arts tekort is geschoten in zijn verplichtingen jegens de patiënt. Bovendien ga ik ervan uit dat de hiervóór geopperde bezwaren (met uitzondering van het „bezwaar” onder no. 5.2.8.) geen wezenlijke invloed hebben op het antwoord op de vraag of vergoeding van de opvoedingskosten in beginsel mogelijk moet zijn.

Dan moet nog altijd een belangrijke vraag worden beantwoord: of er in sterilisatiegevallen causaal verband bestaat tussen het handelen van de arts en de schade die de man of vrouw heeft geleden. Die vraag naar het causaal verband valt in tweeën uiteen:

1. is het handelen van de arts *condicio sine qua non* voor het ontstaan van de schade?
2. zo ja, is die schade aan de arts in redelijkheid toe te rekenen?

6.1.1. *Het condicio sine qua non-vereiste*

Is de schade uiteindelijk terug te voeren op een fout van de arts? Als de schade ook zou zijn ingetreden zonder het nalatig handelen van de arts dan ontbreekt het verband reeds op die grond. Men zegt dat het handelen *condicio sine qua non* voor de schade moet zijn.

Een mooi voorbeeld waarbij aan die eis niet werd voldaan is te vinden in de Engelse jurisprudentie, in de zaak *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee*³³⁹). Het volgende was kort gezegd het geval: drie nachtwakers bezochten in de eerste ochtend van 1966 om ongeveer 8 uur de EHBO van het hospitaal. Alle drie klaagden zij bij de daar aanwezige zuster over ernstige buikklachten: na het drinken van een kop thee om ongeveer 5 uur moesten zij hevig over geven. Omdat de zuster aarzelde een arts te waarschuwen – zij veronderstelde dat het overgeven het gevolg was van een te veel aan alcohol – werd een van

339) *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee*, (1968) 2 WLR blz. 422.

hen boos. Ene Weighall, die het kennelijk het meest te kwaad had, vroeg nadrukkelijk om een dokter. De zuster belde vervolgens de arts met de mededeling „There are three men complaining of vomiting after drinking tea”. De arts antwoordde: „Well, I am vomiting myself and I have not been drinking. Tell them to go home and go to bed and call their own doctors ...”. De mannen gingen en die middag rond 2 uur overleed Weighall, naar bleek aan een arsenicum-vergiftiging. De weduwe van Weighall diende een schadevergoedingsvordering in. De rechter die over de zaak moest oordelen, rechter Nield, oordeelde dat het gedrag van de arts laakbaar was. Toch zou hij de vordering van de weduwe niet honoreren, want er kwam vast te staan dat ook als de arts wél zijn bed zou zijn uitgekomen en gedaan zou hebben wat hij behoorde te doen, de patiënt toch zou zijn gestorven. Daarvoor was de vergiftiging bij Weighall té ernstig. Nield wees daarom de vordering af, omdat de dood niet door de arts was veroorzaakt.

Is bij een foutief uitgevoerde sterilisatie aan het *condicio sine qua non*-verband voldaan? Vloeit de schade uiteindelijk voort uit het onzorgvuldig handelen van de arts? Zeer waarschijnlijk wel, maar een volledige 100%-zekerheid hebben we niet. In het voorafgaande werd duidelijk dat er altijd een – overigens zeer kleine – kans bestaat dat na een goed uitgevoerde sterilisatie een spontane rekanalisatie optreedt. Maar een zó grote zekerheid hoeven we ook niet te hebben. Streng genomen staat eiser voor een bewijs dat niet te leveren is³⁴⁰⁾. Het gaat bij de *condicio sine qua non*-test om een veronderstelling. Er wordt een hypothetische situatie gecreëerd: wat zou er zijn gebeurd als de normschendende handeling niet zou hebben plaatsgevonden? Het is daarom, dat de rechtspraak aan dat bewijs niet té strenge eisen stelt. Een wiskundige of natuurwetenschappelijke zekerheid mag niet worden geëist. Zo oordeelde bijvoorbeeld het Hof 's-Gravenhage (in een geheel andere zaak), dat een naar ervaringsregelen aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid voldoende is. Soms ook wordt een redelijke mate van waarschijnlijkheid geëist³⁴¹⁾. In België spreekt men wel van „gerechtelijke zekerheid”.

Of aan de *condicio sine qua non*-eis is voldaan, zal rekening houden met de gezondheidstoestand en de overige lichamelijke omstandigheden van de patiënt veelal volgens objectieve criteria en aan de hand van ervaringsregels zijn vast te stellen³⁴²⁾. Toch doet zich bij medische be-

340) E.M. Meijers onder HR 5 november 1936, NJ 1937, 250; OD I-I (Bloembergen/De Groot), no. 303 e.v.

341) Hof 's-Gravenhage 15 april 1943, NJ 1943, 502.

342) Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten, 1982, blz. 108 e.v. wijst daarop.

roepsfouten en de *condicio sine qua non*-eis iets vreemds voor. Van Schellen in navolging van Wolfsbergen³⁴³⁾ wijst daarop,

„De CSQN, die normaliter tot een veel te ver voerende aansprakelijkheid leidt, schijnt hier juist beperkende werking te hebben en de „adequate” aansprakelijkheid te temperen!”³⁴⁴⁾.

Het lijkt mij dat bij medische fouten (maar soms ook bij andere beroepsfouten) er voor moet worden gewaakt de *condicio sine qua non*-eis te zeer aan te schroeven. Wat zou bijvoorbeeld het antwoord in het volgende geval moeten zijn?

Een patiënt wordt met een ernstig ziek been door een arts onderzocht. Deze maakt – dat staat vast – een fout bij de diagnose en meent het been ogenblikkelijk te moeten amputeren, hetgeen gebeurt. Naderhand blijkt de fout; bij een juiste diagnose waren de kansen op genezing van het been 50% of, om het voorbeeld nog iets sprekender te maken, 30% geweest. De kans dat de schade (verlies van het been) ook zonder de doktersfout zou zijn ingetreden, bedraagt in dit voorbeeld 50, respectievelijk 70%. We stuiten hier op de, wat de Fransen noemen, doctrine van de „perte d'une chance”, het verlies van een kans. Ofschoon dit bijzondere probleem niet speelt bij de foutief uitgevoerde sterilisatie, zou ik er toch aandacht aan willen besteden.

6.1.2. *Het verlies van een kans*

In Frankrijk en in België heeft men deze vraag al van oudsher willen oplossen met de doctrine van de „perte d'une chance”, de leer van de gemiste kans³⁴⁵⁾. Die leer houdt dit in. Stel dat een patiënt zich onderwerpt aan een medische behandeling, met een kans op genezing van 50%. Omdat de arts bij de behandeling een fout maakt, ziet de patiënt zijn kansen op genezing geheel vervliegen. Wat is zijn schade? Zijn schade bedraagt het verlies van 50% kans op genezing. Welnu, zo oordeelden de Belgische en Franse rechters veelvuldig³⁴⁶⁾, dan moet de kans op genezing worden getaxeerd, in casu op 50%, en op basis daarvan moet een bedrag aan schadevergoeding worden vastgesteld. Aldus wordt voorkomen dat de rechter voor de keuze komt te staan tussen alles of niets. En in feite wordt zo een causaliteitsprobleem (het ontbreken van het *condicio*-

343) R. Wolfsbergen, WPNR 3655 (1940).

344) J. v. Schellen, *Juridische Causaliteit*, diss. Amsterdam 1972, blz. 45; Van Schellen houdt van afko's.

345) Zie voor zowel Franse als Belgische literatuur en jurisprudentie T. Vansweevelt, RGAR 1986, 11084 (1 e.v.); specifiek voor België L. Schuermans, TPR 1984, blz. 54 e.v.

346) Voor België, nog uitdrukkelijk: Cour de Cassation, 19 januari 1984, afgedrukt in RGAR 1986, 11084 (1). Frankrijk: Cour de Cassation 17 november 1982, J.C.P. 1983.II.20056; D. 1983 IR 132, met noot Penneau en D. 1984, 305 met noot Dorsner-Dolivet.

sine-qua-non-vereiste) opgelost niet via de causaliteit, maar via het schadebegrip. Met name in de Franse literatuur stuitte de leer van de verloren kans ook op bezwaren: „Paradis des juges indécis! C'est bien en cela que la tentation est dangereuse!” schreef in 1970 Savatier³⁴⁷). Maar zijn, mijns inziens, niet overtuigende bezwaren³⁴⁸) brachten in de rechtspraak geen verandering te weeg. De gemiste kans wordt als schadepost aangemerkt, en dán is er wel voldaan aan het condicio-vereiste: immers, de kans op volledig herstel zou niet zijn verloren als de arts geen fout zou hebben gemaakt.

In de Franse en Belgische jurisprudentie zijn tal van voorbeelden te vinden van de gemiste kans als schadepost. Veelal ging het daarbij om beroepsfouten van advocaten waardoor een procedure met een onzekere afloop bij voorbaat al werd verloren. Ook in Engeland erkende een rechter het verlies van een kans als schadepost³⁴⁹). Het ging om een medische fout. Een 13-jarige jongen was op school uit een boom gevallen. Hij brak zijn heup, maar die diagnose werd niet gesteld: met een elastische zwachtel om de knie werd hij huiswaarts gezonden. De dagen daarop had de jongen erg veel pijn, terwijl zijn behandelende arts meende dat de jongen enorm overdreef „and that his real problem was a profound dislike of school”. Pas een aantal dagen later werd de juiste diagnose gesteld: avascular necrosis van de femurkop (dat wil zeggen het afsterven van de kop van het bovenbeen) leidend tot levenslange invaliditeit. De arts, tot schadevergoeding aangesproken, verweerde zich zeggende dat weliswaar een fout was gemaakt, maar dat bij juist handelen de kans op invaliditeit nog altijd 75% zou zijn geweest³⁵⁰). Maar de rechter stelde de jongen in het gelijk en veroordeelde de arts tot een schadevergoeding naar rato van de gemiste kans op volledig herstel.

In West-Duitsland ten slotte is het „alles of niets”³⁵¹). Een leer van

347) Aldus ook de Franse rechtspraak: zie de uitspraken vermeld door Vansweevelt. Zie ook Onrechtmatige Daad IIA (Bloembergen) no. 154 die het probleem terecht onder „schade” plaatst.

348) Zo vergelijkt R. Savatier de toepassing van de leer van de perte de chance bij medisch handelen, met het verliezen van loten na de loterij:

„Il ne s'agit plus de chances, mais de faits accomplis. Quand la loterie nationale est tirée, les billets perdus par la faute d'autrui ne représentent plus des chances, mais, selon les cas, des droits acquis, ou des droits inexistants. On sait quelle est la cause de la perte des chances disparues: c'est le tirage”. (a.w. 1970, blz. 124).

349) Hotson v. Fitzgerald (1985) 1WLR, 1036; (1985) 3 All ER 167. In hoger beroep bij unanimité bevestigd: (1987) 2WLR 287 CA; (1987) 1 All ER 210 CA.

350) De arts verweerde zich principieel in de woorden van Brown:

„The problem here is one of causation. That must be proved on the balance of probabilities. Since the plaintiff has failed to discharge the burden of establishing that his disability is attributable to the defendants' breach of duty rather than to an untreatable condition resulting from his fall, the claim fails in limine. Questions of chance and contingency relate to quantum and do not arise unless and until liability is established”. (blz. 1041)

351) Zie E. Deutsch, Unerlaubte Handlungen und Schadenersatz 1987, blz. 203 e.v.

de „Verlust oder Entgang einer Chance” is daar nimmer aanvaard. Door- gaans pakt dat slecht uit voor de patiënt, want op hem rust de bewijs- last van het causaal verband tussen de fout en de schade. In dat bewijs zal hij doorgaans niet slagen, omdat hij niet kan aantonen dat de schade bij correct handelen niet zou zijn ingetreden. Anderszijds is het zo dat in de West-Duitse rechtspraak de regel is ontwikkeld dat bij een ernstige fout („schwerer Fehler”) de bewijslast van het causaal verband ver- schuift van de patiënt naar de arts. In dat geval staat de árts voor de zeer moeilijke taak te bewijzen dat de schade zonder de fout evengoed zou zijn ontstaan. Maar ook in dat geval is het alles of niets. Meestal dus „alles” voor de arts en „niets” voor de patiënt. Deutsch, in zijn meest recente boek, pleit er daarom voor dat ook in zijn land „der Entgang einer Chance als Schaden anerkannt wird”³⁵²).

In Nederland vormde de beroepsfout van een advocaat de aanleiding tot de vraag naar het verlies van een kans als schadepost. Even was er discussie, die ondertussen al weer jaren is verstomd. Een man verliest door nalatigheid van zijn advocaat een proces. De Rechtbank Utrecht overweegt – nogal gemakkelijk – dat „de kans van slagen ... in het algemeen en bij het ontbreken van verdere gegevens moet worden ge- steld op 50%”³⁵³). Dat is er „met de baret naar gooien”, zou Wolfsber- gen vier jaar later in 1946 schrijven,

„ ... de rechter is in deze materie zelf deskundig, en kan dus even- tueel ontbrekende gegevens b.v. bij comparitie doen aanvullen, om ver- volgens de kansen, welke voor de benadeelde cliënt verloren zijn gegaan, zelf te taxeren”³⁵⁴).

Maar het principe is lang niet slecht, zo vond ook Schut enkele jaren later³⁵⁵). En ook Duynstee lijkt veel minder negatief te zijn over ver- goeding van kansverlies dan hij in de juridische literatuur sindsdien wordt afgeschilderd³⁵⁶). Hij geeft een voorbeeld van mijnheer A die mijnheer B doodt, terwijl de laatste naar een schat graaft. De erven B spreken A tot schadevergoeding aan ter zake van die schat. Moeten we

352) Deutsch a.w. blz. 204.

353) Rb. Utrecht 28 oktober 1942, NJ 1943, 231. Zie voor meer rechtspraak en literatuur Bloembergen a.w. (zie hiervoor noot 347) no. 154; zie voor een ander voorbeeld Rb. 's-Hertogenbosch 2 juni 1978, r.o. 58 te kennen uit HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 (C.J.H.B.) Heesch/Reijs; zijdelings: HR 25 september 1981, NJ 1982, 555 (C.J.H.B.)- fout advocaat, en het rechtspraakoverzicht bij L.H. Pals, Onrechtmatige Doodslag 1983, blz. 183 e.v.

354) A. Wolfsbergen, Onrechtmatige Daad, 1946, blz. 172. In gelijk zin Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten 1982, blz. 86.

355) G.H.A. Schut, Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid, diss. Vrije Universiteit te Amsterdam, 1963, blz. 160.

356) F.J.F.M. Duynstee, NJB 1944, blz. 184 e.v. in een reactie op een artikel van F.J. de Jong die instemde met het beginsel dat aan het vonnis van Rb. Utrecht ten grondslag lag, NJB 1944, blz. 87 e.v.

nu – zo vraagt Duynstee zich af, de kans dat A een schat gevonden had van een waarde X in percenten gaan uitdrukken? Dat lijkt hem onzinnig, zolang het bestaan van de schat niet vaststaat. Daarin heeft Duynstee ongetwijfeld gelijk. Terecht wordt in de Belgische literatuur en rechtspraak geëist dat het bij de perte d'une chance, om meer moet gaan dan om de laatste hoop³⁵⁷). De rechter zal dat moeten uitmaken. Schut spreekt in dat verband, in navolging van Ronse³⁵⁸), van een *ernstige kans*³⁵⁹). Maar dan lijkt ook Duynstee niet zonder meer negatief.

Wanneer is er sprake van een ernstige kans? Dat zal in de praktijk soms lastig zijn uit te maken. Is 10 à 15% kans op succes nog een ernstige kans? Ik neig er toe dat te vinden. Terecht schrijft Pals in zijn dissertatie dat niet „iedere theoretische kans” telt³⁶⁰). Hij noemt een percentage van 25-30%. Nu is ieder percentage per definitie uit de lucht gegrepen, maar als het gaat om „medische kansberekening” vind ik bijvoorbeeld 10% à 15% een kans om mee rekening te houden. Mogelijke lagere percentages zullen voor de arts die een fout maakt niet dramatisch zijn, want de schadevergoedingsplicht zal naar rato dalen; zo men met dergelijke kleine percentages al rekening wil houden.

Omgekeerd zal de aansprakelijk gestelde arts zich niet er mee kunnen verweren dat niet voor 100% vast staat dat de schade niet zou zijn ingetreden. Zekerheid is bij de beantwoording van causaliteitsvragen niet vereist³⁶¹). Het gaat erom of de schade met voldoende waarschijnlijkheid toch zou zijn ingetreden. Terecht merkt Vansweevelt op dat de rechter, om de kansen op genezing of overleving als ernstig en dus het verlies van die kansen als zekere schade te kwalificeren, zich meestal op de medische statistieken en literatuur baseert. Die laten het toe met een

357) Zie Vansweevelt, RGAR 1986, 11084 (1 e.v.). Daarom lijkt mij ook onjuist de opvatting van de Franse auteurs L. Mélenec en G. Mémeteau, *Traité de droit médical*, Tome 2, Maloine, Paris 1982, blz. 140:

„Parler de préjudice constitué par la perte d'une chance est un sophisme. Il n'y a pas de préjudice, car il n'y a pas de privation d'un bien certainement existant: une chance n'est pas davantage qu'une idée, un espoir. Et après tout, pourquoi abandonner le principe de la réparation intégrale? Ou bien la chance est vraiment perdue, et il faut accorder au créancier tout ce dont il a été privé; ou bien la chance n'est pas perdue (soit qu'elle existe encore, soit qu'elle n'ait jamais existé) et alors il n'y a pas la moindre indemnisation concevable !”.

358) J. Ronse, o.a. in diss. nr. 214.

359) Schut, a.w. 1963 (zie hiervóór noot 70) blz. 160.

360) Pals, a.w. 1983 (hiervóór noot 353) blz. 196; hij is een voorstander van de perte d'une chance-leer.

361) Heel juist merkt Wolfsbergen, a.w. 1946, blz. 172, voetnoot 6 op dat het vaststellen van causaal verband altijd kansrekening is. Aldus ook Pals, a.w. 1983, blz. 188: „Het is een illusie te veronderstellen, dat schadevergoeding en de in feite geleden of te lijden schade elkaar exact dekkende begrippen kunnen zijn. Het streven kan er slechts op gericht zijn, te komen tot een zo goed mogelijke compensatie van de schade op basis van op het moment van de vaststelling der vergoeding te schatten ontwikkelingen, zoals die zonder ongeval zouden zijn geweest”.

wetenschappelijke waarschijnlijkheid uit te maken of de overleving (of de genezing) naar alle redelijkheid kon worden verwacht. Aangezien de schade ter zake niet precies berekend kan worden, zal de schadebegroting steeds *ex aequo et bono* gebeuren³⁶²). Aldus Vansweevelt.

De Nederlandse rechter wordt bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding een grote vrijheid gelaten. Wat de begroting van de schade betreft, in casu de begroting van de grootte van een kans, is hij ook niet gebonden aan de wettelijke regels van stelplicht en bewijslast³⁶³). Aldus ga ik ervan uit dat de Nederlandse rechter, daartoe geroepen, bereid is de doctrine van de gemiste kans te omarmen in gevallen die daarvoor in aanmerking komen. Wel past hier enige voorzichtigheid, nu de zaak nog betrekkelijk open ligt.

6.1.3. *Toerekening naar redelijkheid*

Staat eenmaal vast dat aan het *condicio sine qua non*-verband is voldaan, dan rijst de vraag of de schade in redelijkheid aan de arts kan worden toegerekend³⁶⁴). Dat is geen vraag die zomaar te beantwoorden is. Een belangrijk en in veel gevallen doorslaggevend criterium is, of de schade het redelijkerwijze te verwachten of te voorziene gevolg van de wanprestatie of van de onrechtmatige daad van de arts is. Bovendien kunnen een rol spelen de aard van de schade, de aard van de aansprakelijkheid, en de aard van de overtreden norm³⁶⁵).

Om met de voorzienbaarheid te beginnen: het zal altijd wel voorzienbaar zijn dat het foutieve handelen van de arts bij sterilisaties kan leiden tot kosten die samenhangen met de zwangerschap van de vrouw en met de geboorte van het kind. In een wat andere terminologie: het gevolg ligt niet buiten de lijn der normale verwachtingen; of: is karakteristiek voor een foutief uitgevoerde sterilisatie³⁶⁶). En wat betreft de opvoedingskosten, het is voor de arts voorzienbaar dat de man of vrouw die zich om financiële redenen laat steriliseren schade lijdt bestaande in de verzorgings- en opvoedingskosten van het kind. Over de „precieze” omvang van de schadevergoeding wil ik nog even zwijgen. Vaststaat,

362) Vansweevelt, RGAR 1986, 11084 (3).

363) Zie de rechtspraak genoemd door Bloembergen, a.w. no. 167, 168; verder: Pals, a.w. blz. 197.

364) Artikel 6.1.9.4.; zie Asser-Hartkamp I (1988), no. 429 e.v. Vgl. voor causaal verband in medische zaken: Wijshoff-Vogelzang, a.w. (hiervóór noot 81), blz. 126 e.v.

365) Ik ga er in het navolgende vanuit dat de leer der toerekening naar redelijkheid ook geldt voor de causaliteit bij overeenkomst, vgl. art. 6.1.9.4 nieuw BW.

366) Zie het overzicht van C.J.H. Brunner, VR 1981, blz. 213; Asser-Hartkamp I, no. 435 e.v.; J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid, 1985, pleitte voor een spoedig aannemen van causaal verband. Zijn opvatting is niet onomstreden gebleven.

meen ik, dat het causaliteitscriterium der voorzienbaarheid rechtstreeks leidt tot aansprakelijkheid van de arts.

Ook de aard van de norm wijst in de richting van een ruime toerekening. In een heel andere zaak heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat bij overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen een ruimere aansprakelijkheid gerechtvaardigd kan zijn dan bij overtreding van andere normen³⁶⁷). Wijshoff-Vogelzang heeft in haar dissertatie mijns inziens terecht gewezen op een analogie met de normen die aan het medisch handelen worden gesteld³⁶⁸). Want ook dan moet, in de woorden van de Hoge Raad, rekening worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen³⁶⁹).

Ook de aard van de schade kan een belangrijk gezichtspunt vormen. Onzorgvuldig medisch handelen zal vaak leiden tot letselschade, een schadesoort die al gauw voor vergoeding in aanmerking komt. In samenhang met de aard van de overtreden norm zal dat waarschijnlijk ook gelden voor andere posten als de ideële, en (in wat mindere mate) voor de inkomensschade en de zaakschade. En de opvoedingskosten, vraag ik opnieuw?

Het is de vraag of ook dan een ruime aansprakelijkheid gerechtvaardigd en gewenst is. In de buitenlandse jurisprudentie is men zich het gevaar bewust dat de schadevergoedingen ten gevolge van dit soort „wrongful birth-claims” zowel in omvang als in aantal volstrekt uit de hand zouden kunnen lopen. Ieder jaar vinden zeer vele sterilisatie-ingrepen plaats, terwijl de omvang van het te vergoeden bedrag gemakkelijk zeer snel kan oplopen³⁷⁰).

Ook in Nederland, waar velen toch nog enigszins gereserveerd staan tegenover de mogelijkheid van civiele aansprakelijkheid van de arts, kan dit gevaar niet worden genegeerd. Als al eerder gezegd, het eenvoudigst is het de medische aansprakelijkheid in „wrongful birth”-zaken geheel of op een enkele uitzondering na, af te wijzen. In hoofdstuk 5 besprak ik een aantal mogelijkheden waarop zo'n afwijzing zou kunnen worden gegrond, maar geen van die gronden achtte ik stevig genoeg. Ook in West-Duitsland, in Amerika, in Engeland en in Canada (voor zover de rechter in die laatste drie landen niet grijpt naar het radicale middel van een totale afwijzing), moest men zich – de gevaren van een vloed van hoge claims bewust – bedenken hoe die vloed kon worden ingedamd; niet: gekeerd. Het is daarom van belang en boeiend om te zien hoe het bij-

367) HR 2 november 1979, NJ 1980, 77.

368) Wijshoff-Vogelzang, a.w. 1985 (hiervóór noot 81) blz. 130; aldus ook I.N. Peterson-Schalken, T. voor Antilliaans Recht-Justicia 1985, blz. 188.

369) Zie o.a. het in no. 6.1.4 geciteerde arrest „Traumatische depressie”.

370) Zie de opgegeven schadeposten in Rb. Leeuwarden 1 maart 1984, NJ 1986, 334.

voorbeeld de Duitsers verging. Daarna, wat korter, de Amerikanen, de Engelsen en de Canadezen. Maar eerst komt de vraag aan de orde wie het bewijs van causaal verband moet leveren: de arts of de patiënt?

6.1.4. *Het bewijs van causaal verband*

In de regel rust de bewijslast van het causaal verband met betrekking tot een behandelfout op de schouders van de patiënt. Dat geldt zowel voor het bewijs dat is voldaan aan het *condicio-sine-qua-non*-vereiste, als voor het bewijs dat de schade redelijkerwijs aan de dader kan worden toegerekend³⁷¹⁾. De patiënt zal dus moeten stellen en bewijzen dat er oorzakelijk verband bestaat tussen het handelen of nalaten van de arts en de schade. Vaak zal dat niet moeilijk zijn, bijvoorbeeld in het geval een patiënt zijn gebit heeft beschadigd na een val van de operatietafel. Maar soms zal het bewijs van causaal verband veel moeilijker te leveren zijn. Dat geldt vooreerst in het geval dat niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld of de behandeling, indien correct uitgevoerd, tot genezing zou hebben geleid (zie hiervóór³⁷²⁾), maar dat geldt ook in de „toerekeningsfase”, als de schade minder voorzienbaar of ver verwijderd is.

Wie stelt moet bewijzen. Maar net zoals bij het bewijs van de behandelingsfout (zie hoofdstuk 4), zijn er ook hier uitzonderingen of wordt die regel enigszins verzacht. Als bijvoorbeeld de schade door het onrechtmatig handelen van twee of meer personen is ontstaan, zonder dat duidelijk is wiens daad nu precies de oorzaak was, kan men komen tot een volledige omkering van de bewijslast. Andersoortige problemen kunnen worden opgelost met de „doctrine” van de verloren kans, zie no. 6.1.3. En bovendien mag men voor de vaststelling van het *condicio-sine-qua-non*-verband geen absolute zekerheid eisen³⁷³⁾. Een redelijke mate van waarschijnlijkheid kan voldoende zijn. De rechter mag daarbij genoeg nemen met het *vermoeden* dat aan het *condicio-sine-qua-non*-verband is voldaan. Soms ligt het oorzakelijk verband zeer voor de hand: ik noemde al de val van een operatietafel en het beschadigen van een gebit³⁷⁴⁾; soms minder³⁷⁵⁾. Soms wordt zelfs uit de omstandigheid dat

371) Zie de literatuur en rechtspraak vermeld in Onrechtmatige Daad I-I (Bloembergen) no. 302.

372) Het zogenoemde 'verlies van een kans'.

373) E.M. Meijers onder HR 5 november 1936, NJ 1937, 250; zie verder Onrechtmatige Daad I-I (Bloembergen) no. 304; zie no. 6.1.1.

374) Vgl. met andere feiten: Hof 's-Gravenhage 28 juni 1937, NJ 1937, 1136.

375) Zie voor een geheel ander geval uit de jurisprudentie: eiseres stelt met haar bromfiets ten val te zijn gekomen doordat zij tegen een op de weg liggen electriciteitskabel was opgereden; de ontkenning van deze oorzaak baat gedaagde niet, nu eiseres

de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg is van de daad het vermoeden geput dat dan ook wel aan het *condicio-sine-qua-non*-vereiste zal zijn voldaan³⁷⁶).

Ook in de toerekeningsfase geldt dat wie stelt, in de regel moet bewijzen³⁷⁷). Bijvoorbeeld dat de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de daad is geweest, of dat de schade niet te ver verwijderd is van de daad om niet te kunnen worden toegerekend. Toch geldt ook dan de regel niet onverkort. In het befaamde geval van de traumatische depressie overwoog de Hoge Raad:

„dat het middel dit oordeel terecht bestrijdt; dat toch, indien voor iemand als gevolg van een aan de schuld van een ander te wijten aanrijding een – lichamelijk of psychisch – letsel ontstaat, die ander voor de daardoor veroorzaakte schade in de regel over de gehele met de genezing van dat letsel gemoeide tijd als een door zijn daad veroorzaakte schade aansprakelijk is;

dat daaraan de omstandigheid dat de genezing van het letsel langer duurt dan in de normale lijn van de verwachtingen ligt, op zich zelf niet afdoet en dit slechts anders is, indien de genezing van het letsel is of wordt belemmerd door bepaalde omstandigheden van zodanige aard, dat het uitblijven van de genezing niet meer als gevolg van de aanrijding aan de dader kan worden toegerekend;

dat ten aanzien van het bestaan van zodanige omstandigheden het bewijsrisico echter op de *aanrijder* rust” (mijn curs.)³⁷⁸).

Maar doorgaans zal het de patiënt zijn die moet bewijzen.

In West-Duitsland is de rechter de patiënt nog op een andere manier te hulp geschoten. Als eenmaal vast staat dat de arts „grob sorgfalt-widrig” heeft gehandeld, en het is op zichzelf denkbaar dat deze grove fout de schade heeft veroorzaakt, dan verschuift de bewijslast van de patiënt naar de arts³⁷⁹). Het is dan aan hém om aannemelijk te maken dat de schade niet (meer) kan worden toegerekend. Deze bewijslastverschuiving is overigens aan enkele grenzen gebonden³⁸⁰).

← ter hoogte van de kabel is gevallen en gedaagden geen andere oorzaken hebben aangevoerd (Rb. Haarlem 15 december 1970, VR 1973, 34).

376) Hofmann-Drion-Wiersma, Het Nederlands Verbintenissenrecht, tweede gedeelte, 1959, blz. 124; Onrechtmatige Daad I-I (Bloembergen) no. 305.

377) Zie de rechtspraak genoemd bij Bloembergen, a.w. no. 327.

378) HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360 (GJS) - post-traumatische neurose.

379) Bijv. BGH 13 maart 1962, VersR. 1962, blz. 541. Zie uitvoerig, met rechtspraak, bijv. Giesen, a.w. 1984 (hiervóór noot 81) blz. 106 e.v.; Mertens, a.w. 1986 (hiervóór noot 157) blz. 1644/no. 415, onder andere over de vraag wanneer er sprake is van grove fouten. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I (1987) blz. 517 e.v., die er op wijst dat het bewijs van een grove fout op de patiënt rust, blz. 518.

380) Zo is het bewijs dat de arts grove fouten heeft gemaakt niet eenvoudig, zie Giesen, a.w. 1984 (hiervóór noot 81), blz. 107 e.v. Bovendien valt de zgn. „Sekundärschade” →

Dan thans het beloofde onderzoek naar de stand van zaken in rechtspraak en literatuur in een aantal landen.

6.2. DE SITUATIE IN WEST-DUITSLAND

6.2.1. De Westduitse oplossing

De verschillende Duitse rechterlijke colleges hebben van het begin af aan geoordeeld, dat de foutief-gesteriliseerde man of vrouw rechtens vergoedbare schade kan lijden. Daarop bestaat voor zover nu valt na te gaan eigenlijk maar één uitzondering: het Oberlandesgericht Frankfurt bleek in een uitspraak van 1982 van mening dat het toewijzen van een schadevergoedingsvordering impliciet het bestaansrecht van het geboren kind in twijfel doet trekken³⁸¹⁾ (zie daarover no. 5.2.1.). Maar voor het overige bleek de Duitse rechter de benadeelde tegemoet te willen komen. Evenmin als in Nederland bestaat er in Duitsland een wettelijke regeling ter zake van de „fehlgeschlagene Sterilisation“. Ook daar moest en moet de rechter op zoek naar een oplossing.

Een standaard-arrest is geweest de uitspraak van 18 maart 1980 van het Bundesgerichtshof³⁸²⁾. Dit was het geval: in 1974, na de geboorte van het zesde kind, besluit een echtpaar tot sterilisatie van de vrouw. Daarin spelen de financiën kennelijk een grote rol: de man verdient in die tijd 1100 DM per maand. De sterilisatie-ingreep mislukt, naar later blijkt omdat de opererende arts in plaats van de eileiders de banden van de baarmoeder coaguleerde (zie no. 4.2.). Begin 1976 wordt een zevende kind geboren. Het echtpaar spreekt de arts aan, onder meer ter vergoeding van de opvoedings- en verzorgingskosten van het kind. Het Bundesgerichtshof vindt dat het eigenlijk de wetgever moet zijn die zich over deze delicate zaak moet uitspreken, maar zolang dat niet is gebeurd gaat het niet aan het gedupeerde echtpaar in de kou te laten staan.

„Das wird besonders in den Fallgruppen deutlich, in denen etwa bei einer kinderreichen Familie angesichts geringer Einkünfte oder Behin-

← (verder verwijderde schade) doorgaans niet onder deze bewijslastverschuiving; daar blijft het de patiënt die moet bewijzen; zie Mertens, a.w. 1986 (hiervóór noot 157) blz. 1645 no. 415.

381) OLG Frankfurt 1 december 1982, NJW 1983, blz. 341. Negatief tegen over schadevergoedingsvorderingen lijkt men ook in Zwitserland te staan: vgl. P. Weimar, Festschrift für Cyril Hegnauer, 1985, blz. 641 e.v. Niet lang geleden wees voor de eerste maal een Zwitserse rechter een vordering tot vergoeding van opvoedingskosten af: Bezirksgericht Arbon 16 oktober 1985 in de zaak R. gegen M., vermeld door Weimar, a.w. voetnoot 10a (de publikatie van het vonnis ben ik nog niet tegengekomen). Vgl. ook K. Oftinger, a.w. 1975 (hiervóór noot 275) blz. 62.

382) BGH 18 maart 1980, VersR. 1980, blz. 558 en in NJW 1980, blz. 1452, alsook in JZ 1980, blz. 409.

derung der haushaltführenden Ehefrau durch Siechtum die durch Verschulden des Arztes vereitelte Familienplanung eine echte Notlage hatte verhindern sollen. Hier darf ein Rechtsschutz nicht unter Berufung auf das Fehlen der an sich erforderlichen gesetzlichen Regelung verweigert werden³⁸³⁾.

Toch verwerpt het Bundesgerichtshof de gedachte om het bestaan van *eine echte Notlage* tot criterium te maken voor het al dan niet toekennen van een vergoeding voor onderhouds- en opvoedingskosten. Daarvoor zijn, vindt het college, twee redenen te geven. In de eerste plaats omdat het erg moeilijk is om vast te stellen wanneer zo'n financiële noodtoestand bestaat en in de tweede plaats omdat ook buiten het geval van een dreigende financiële noodtoestand het voorkómen van dit soort kosten een gerechtvaardigd doel kan zijn.

Het Bundesgerichtshof stelt zich een *andere* vraag: is de komst van het kind een „Durchkreuzung einer Familienplanung”? Als dát het geval is, dan is een vergoeding van de verzorgings- en opvoedingskosten mogelijk.

De uitspraak is voor de verdere ontwikkeling van de „wrongful birth”-problematiek buitengewoon belangrijk. De deuren naar de schadevergoeding worden wagenwijd opengezet. Want in zeer veel gevallen van mislukte sterilisaties vormt de geboorte van tóch een kind een doorkruising van de gezinsplanning. Daar vallen doorgaans eigenlijk maar twee categorieën van gevallen buiten, namelijk die waarin tot sterilisatie werd besloten louter om gezondheidsredenen van de vrouw en die waarin op grond van genetische adviezen werd besloten tot sterilisatie van een van de echtelieden (zie over die laatste categorie no. 5.2.8.).

Maar zélfs als om gezondheidsredenen een sterilisatie werd uitgevoerd, maken de ouders toch nog kans op vergoeding van de verzorgings- en opvoedingskosten. Negen maanden na de hierboven geciteerde uitspraak kreeg het Bundesgerichtshof te oordelen over een geval waarin een vrouw, moeder van twee kinderen, zich liet steriliseren op aanraden van haar artsen³⁸⁴⁾. Deze vonden nieuwe zwangerschappen slecht voor haar gezondheid. Toen zij ondanks de sterilisatie tóch zwanger werd, vorderde zij onder meer schadevergoeding voor verzorgings- en opvoedingskosten. Onder verwijzing naar zijn uitspraak van maart eerder dat jaar, overweegt het Bundesgerichtshof dat zo'n schadevergoeding onder bepaalde omstandigheden succes kan hebben, maar

„(d)as ist im vorliegenden Fall jedenfalls deshalb nicht selbstverständlich, weil hier die Sterilisation offenbar nicht primär von Frau D.

383) t.a.p., blz. 561.

384) BGH 2 december 1980, VersR. 1981, blz. 278 en in NJW 1981, blz. 630.

gewünscht, sondern ihr in ihrem Gesundheitsinteresse von den Ärzten angeraten worden war. Ein Gesundheitsrisiko hat sich indessen im Zuge der auf ausdrücklichen Wunsch der Mutter ausgetragenen Schwangerschaft nicht verwirklicht, ist jedenfalls nicht Grundlage des Klageanspruchs”.

Kansloos is de vordering evenwel niet:

„Das schliesst aber nicht aus, dass die Ehegatten die vermeintlich erfolgreiche Sterilisation in der Form in ihre Familienplanung eingebaut hatten, dass sie um ihretwillen auf eine andere Methode der Empfängnisverhütung verzichteten, die sie sonst angewandt haben würden. Aber auch dafür ist der Kl. beweispflichtig, wobei der Tatrichter indessen nicht kleinlich verfahren soll ...”³⁸⁵⁾.

Het motief tot de sterilisatie blijkt nauwelijks van belang. Het resultaat telt: wordt de gezinsplanning doorkruist of niet?³⁸⁶⁾ Zo kon het Bundesgerichtshof in een geval waarin de gezondheidstoestand van de vrouw het motief van de sterilisatie had gevormd, tóch tot aansprakelijkheid van de arts voor opvoedings- en verzorgingskosten concluderen, omdat de ouders nadien zich zó op het niet meer zullen krijgen van kinderen hadden ingesteld, dat het aanvankelijk motief daardoor in de schaduw werd gesteld. De ouders ervoeren het nieuwe kind als een doorkruising van hun gezinsplanning³⁸⁷⁾.

Evenmin is van belang of de gedupeerde ouders zich in „eine echte Notlage” bevinden. Of de ouders vermogend zijn of niet is voor de vraag óf de arts gehouden is schadevergoeding te betalen niet relevant. Kortom, zó enige terughoudendheid gewenst is, dan zal die gevonden moeten worden in de omvang van de schadevergoedingsplicht.

Dat is ook wat gebeurt. Er zit – aldus het Bundesgerichtshof – iets tweeslachtigs in die schadevergoedingsverplichting voor verzorging- en opvoedingskosten voor kinderen. Ik citeer het college uitvoerig omdat zijn redenering mij van belang lijkt (zie hierna no. 6.6.2.):

„Die Gegensätzlichkeiten der beiden Rechtsbereiche bewirken, dass ein familienrechtlich bedingter Unterhaltsaufwand nicht *slechthin* einem Schaden gleichgesetzt werden kann, der von einem für die fehlgeschlagene Empfängnisverhütung verantwortlichen Dritten zu ersetzen ist; denn von einer gewissen Grenze ab wird es schwer verständlich, dass

385) t.a.p. (VersR.), blz. 279 e.v.

386) Zie daarover Deuchler, a.w. 1984 (hiervóór noot 16), blz. 122 e.v. Hij concludeert dat aansprakelijkheid in de ogen van het BGH slechts dán is beperkt, „wenn die Parteien bestimmte Folgen ausdrücklich vom Vertragszweck ausgeschlossen hätten” (blz. 125). Dat gaat schrijver te ver.

387) Zie daarover nog: Deuchler, a.w. 1984 (hiervóór noot 16), blz. 126 e.v.; Giesen, JZ 1982, blz. 355; Sluyters, a.w. 1984 (noot 16), blz. 30.

familienrechtlich sonst bedingslos hinzunehmende Belastungen unter Umständen *voll* auf einen Dritten sollten abgewälzt werden können. Auf der anderen Seite aber erschiene es ebenso untragbar, dass aus solchen Erwägungen eine unter Umständen nur allzu berechtigste Familienplanung haftungsrechtlich schutzlos bleiben sollte; deshalb kann, wie schon eingangs dargelegt wurde, auch ein familienrechtlich geschuldeter Unterhaltsaufwand durchaus ein ersatzfähiger Schaden sein.

Daher bedarf es bei dieser Sachlage nach Auffassung des Senats einer gewissen Einschränkung der grundsätzlich bejahten Ersatzfähigkeit auf den eigentlichen Planungsschaden, der sich in der wirtschaftlichen *Belastung* der Familiengemeinschaft durch das Kind ausdrückt, also ihrer begrenzten Bereinigung um solchen Unterhaltsaufwand, der weniger von den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Kindes als vorrangig von seiner *Teilhabe* an der Familiengemeinschaft bestimmt wird. Ob diese Beschränkung ihre dogmatische Rechtfertigung aus einem verfeinerten Schadenbegriff oder aber aus hier massgeblichen Grenzen der haftungsrechtlichen Zurechnung erhält, mag dahinstehen³⁸⁸⁾.

Voor die begrenzing is het Bundesgerichtshof op zoek gegaan naar een „ergens” vastgesteld bedrag dat als een minimum-bedrag kan worden beschouwd. Dat „ergens” werd gevonden in § 1615f BGB, het „Regelunterhalt für ein nichteheliches Kind”³⁸⁹⁾. Dat bedrag is een minimum en wordt van tijd tot tijd opnieuw vastgesteld. Thans leidt het tot bedragen in de orde van grootte van rond DM 200,- per maand, afhankelijk van de leeftijd van het kind.

Door aldus bij de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding aansluiting te zoeken bij een in het Bürgerliches Gesetzbuch geregelde onderhoudsverplichting, maakt het Bundesgerichtshof het de rechters in den lande gemakkelijk. Zij kunnen met de vinger langs een lijstje met cijfers gaan³⁹⁰⁾, zonder acht te hoeven slaan op allerlei bijzonderheden van het geval. Niet relevant is de vermogenspositie van de ouders of van de arts.

6.2.2. *Kritiek van Deuchler*

Deuchler heeft de oplossing waarvoor het Bundesgerichtshof heeft geko-

388) BGH 18 maart 1980, VersR. 1980, blz. 560 e.v. De uitspraak werd herhaald: BGH 19 juni 1984, NJW 1984, blz. 2625.

389) Vgl. onze „onwettige kinderen”: zie Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, München 1987 (bearb.: Diederichsen) bij art. 1705 BGB. Uitvoerig: K. Waibl, NJW 1987, blz. 1513.

390) De Verordnung zur Berechnung des Regelunterhalts; zie voor de precieze bedragen waarom het dan gaat: Palandt, a.w. 1987 (hiervóór noot 389), Anhang zu § 1615f, 1615g (blz. 1615/6).

zen bestreden. Zijn principiële kritiek is vooral dat deze oplossing strijdt met de beginselen die aan het schadevergoedingsrecht ten grondslag liggen.

„Diese vom BGH gewählte Haftungsbegrenzung lässt sich nur schwer mit den schadensrechtlichen Grundsätzen des BGB vereinbaren. Anstelle einer subjektiven Schadensbemessung nach dem Grundsatz, dass der gesamte im Einzelfall entstandene Schaden zu ersetzen ist, hat der BGH den Ersatzanspruch auf einen objektiven Mindestschaden begrenzt und ist damit vom Prinzip der Totalreparation abgewichen. Der BGH hat diese Durchbrechung schadensrechtlicher Grundsätze damit begründet, dass sich zwei verschieden strukturierte Rechtsgebiete in diesem Haftungsbereich überlagern. Dabei folgt aber die Notwendigkeit einer Begrenzung des Schadensersatzanspruches nicht aus der familienrechtlichen Natur des Unterhaltsanspruches“³⁹¹).

Als voorbeeld noemt Deuchler het geval van § 844 lid 2 BGB, onrechtmatige doodslag³⁹²). De pleger van de onrechtmatige daad is jegens een derde die door de overledene in zijn levensonderhoud werd voorzien schadevergoeding verschuldigd. De omvang van dat bedrag is niet vastgelegd in de wet (zoals in § 1615f BGB, zie hierboven), maar wordt bepaald op het bedrag dat de overledene verplicht was aan die derde te verstrekken. Was de overledene voor zijn dood vermogend dan zal het schadevergoedingsbedrag ook hoger zijn dan wanneer de overledene armlastig was. In zoverre bestaat er dus een direct en vloeiend verband tussen de schadevergoedingsverplichting en de in het familierecht geïmponeerde onderhoudsverplichting.

6.2.3. *Het voorstel van Deuchler*

Eerst valt – aldus Deuchler – te onderzoeken of de sterilisatie-ingreep ten doel heeft gehad de financiële gevolgen van de geboorte van (nog) een kind te vermijden. Golden andere motieven – de gezondheid van de vrouw of meer ideële motieven – dan vormen de verzorgings- en opvoedingskosten geen rechtens vergoedbare schade³⁹³). In zoverre speelt in het voorstel van Deuchler kennelijk het motief voor de ingreep een belangrijke rol, hoewel hij eerder te kennen geeft dat het vaststellen van één motief vaak nauwelijks mogelijk zal zijn. Staat eenmaal vast dat het motief een financieel karakter heeft gehad, dan staat nog allerminst vast dat de ouders de arts met succes zullen kunnen aanspreken.

391) W. Deuchler, a.w. 1984 (hiervóór noot 16), blz. 151.

392) t.a.p.

393) Dat zal vaak moeilijk uit te maken zijn: a.w., blz. 170 e.v.

Deuchler stelt voor een onderscheid te maken tussen twee groepen van gedupeerde ouders:

„Es muss hier ein Unterschied gemacht werden zwischen den Interessen der Eltern, die durch die Unterhaltspflicht wirtschaftlich nachhaltig betroffen sind, und den Interessen von Eltern, die lediglich einen Ausgleich für eine vereitelte wirtschaftliche Planung beanspruchen”.

Dat komt hierop neer:

„Ein Schadensersatzanspruch steht daher nicht bereits demjenigen zu, der die Unterhaltsverpflichtung nicht wollte. Er kann vielmehr erst dann Ersatz verlangen, wenn seine materiellen Interessen in erheblichem Mass berührt sind”³⁹⁴).

Zie ik het goed, dan moet in het voorstel van Deuchler de rechter een blik werpen op de vermogenspositie en ook op de bestedingsmogelijkheden van de gedupeerde ouders. Daarbij zal het veelal wel zo zijn dat meervermogende ouders veel minder kans maken op (volledige) vergoeding van de schade dan mindervermogende ouders. Want bij deze laatsten zal het vaker een zaak zijn van eventueel wel *willen*, maar niet *kunnen*; meer dan bij de eersten die wel kunnen betalen maar niet willen, bijvoorbeeld omdat ze het geld in plaats van aan een kind liever aan reizen of aan kunst besteden. Kan dit voorstel dogmatisch gezien door de beugel? Deuchler erkent

„(d)iese Abgrenzung kann nicht mehr aus dem Schadensbegriff des BGB hergeleitet werden”³⁹⁵).

Hij rechtvaardigt dit uit de pas lopen met een beroep op de eigenaardige verplichtingen waarom het hier gaat. Enerzijds de op het familierecht gebaseerde verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud. Voor de schadevergoedingsverplichting geldt dat zij in beginsel de gehele schade dekt, ongeacht de vermogenspositie van de schade-toebrenger en de schade-lijdende³⁹⁶). De verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud wordt anderzijds vooral bepaald door de draagkracht van de verplichte. Welnu, zegt Deuchler:

„(d)ieser Gedanke muss auf eine schadensrechtliche Lösung durchgreifen”³⁹⁷).

Zodat, voor de vraag of de arts schadevergoeding verschuldigd is, beslissend is of gelet op de draagkracht de ouders in een financieel benarde positie komen te verkeren.

394) a.w. blz. 173 respectievelijk blz. 175.

395) a.w. blz. 173.

396) a.w., blz. 173.

397) a.w., blz. 174.

6.3. DE SITUATIE IN AMERIKA

De Amerikaanse rechtspraak blijkt geheel verdeeld en elke uitspraak kent steeds weer haar dissenting en concurring opinions³⁹⁸).

Voor al in de wat oudere jurisprudentie werd de vordering van de ouders eenvoudig van de hand gewezen, op de grond dat „such damages are not cognizable”, „too speculative” of omdat ze een „unrealistic burden for the physician” zijn. Vaak werd de vordering afgewezen op grond van de „blessing-doctrine”³⁹⁹). Het is opmerkelijk te zien dat sinds kort in ten minste twee staten door recente wetgeving wrongful birth-vorderingen kennelijk worden uitgesloten; en één van die twee is de staat Minnesota, waar het allemaal is begonnen (zie no. 1.2.)⁴⁰⁰).

De wat recentere rechtspraak blijkt de patiënt wat meer ter wille te zijn. Ruwweg worden drie verschillende koersen gevaren. Ik wil ze kort bespreken, beginnend met de koers die voor de patiënt het minst gunstig is en eindigend met diè, waarbij de gedupeerde patiënt de wind vol in de zeilen krijgt.

In sommige uitspraken koos de rechter voor de zogenaamde „wrongful pregnancy-approach”. Een voorbeeld is *Boone v. Mullendore*, waarin het Supreme Court van Alabama

„ ... believes that damages should be limited to the actual expenses and the injury attending the unexpected pregnancy. Thus, the damages

398) Een uitvoerig (maar onderdehand niet zeer recent) overzicht van de rechtspraak is te vinden bij G.G. Sarno, 83 A.L.R. 3d 15 (1978).

399) Zie hiervóór no. 5.2.2.

400) Het verst gaat de wetgeving in South-Dakota: „Action or damages for birth of another is prohibited. There shall be no cause of action or award of damages on behalf of any person based on the claim that, but for the conduct of another, a person would not have been permitted to have been born alive”. 7 South-Dakota Codified Laws, sec 21- 55-2 (1984 Pocket Supp., blz. 129).

Iets minder rigoreus lijkt te zijn de wetgeving in de staat Minnesota, waar kennelijk de aansprakelijkheid voor mislukte sterilisaties met een therapeutisch doel wél blijft bestaan:

„Subd. 2. Wrongful birth action prohibited.

No person shall maintain a cause of action or receive an award of damages on the claim that but for the negligent conduct of another, a child would have been aborted”.

„Failure or refusal to prevent a live birth.

Nothing in this section shall be construed to preclude a cause of action for intentional or negligent malpractice or any other action arising in tort based on the failure of a contraceptive method or sterilization procedure or on a claim that, but for the negligent conduct of another, tests or treatment would have been provided or would have been provided properly which would have made possible the prevention, cure, or amelioration of any disease, defect, deficiency, or handicap; (...). 11 Minnesota Statutes Ann. § 145, 424 (1984 Cum. Supp., blz. 119). Nieuwe wetgeving in vergelijkbare zin is op komst in Kansas: zie L.A. Nicholson, *Washburn LJ* 1984, blz. 338. De teksten zijn overigens verre van duidelijk. Dat gebeurt wel vaker bij wetgeving op het niveau van een staat. Veel Amerikaanse juristen klagen er steen en been over.

recoverable would include: (1) The physical pain and suffering, and mental anguish of the mother as a result of her pregnancy; (2) the loss to the husband of the comfort, companionship, services, and consortium of the wife during her pregnancy and immediately after the birth; and (3) the medical expenses incurred by the parents as a result of the pregnancy. Any additional damages would tend to be extremely speculative in nature, and awarding such damages could have a significant impact on the stability of the family unit and the subject child"⁴⁰¹).

Alléén de schade dus die in direct verband staat met de zwangerschap komt voor vergoeding in aanmerking, de overige kostenposten zoals de opvoedingskosten behoren niet te worden vergoed.

Een tweede koers die wordt gevaren, is die waarbij de schade wordt beperkt aan de hand van de „benefit-rule”. Deze - zeg maar - regel van voordeelstoerekening wordt gebaseerd op § 920 van de „Restatement of the Law of Torts”, die aldus luidt:

„Where the defendant's tortious conduct has caused harm to the plaintiff or to his property and in so doing has conferred upon the plaintiff a special benefit to the interest which was harmed, the value of the benefit conferred is considered in mitigation of damages to the extent that this is equitable”.

Een veel geciteerde uitspraak is die van het Court of Appeals of Michigan in de zaak *Troppi v. Scarf*⁴⁰²). Apotheker Frank Scarf had een vrouw per ongeluk een kalmeringsmiddel mee gegeven in plaats van een anticonceptiepil. Toen de vrouw alzo rustig zwanger werd en een kind kreeg, vorderde zij schadevergoeding van Scarf, onder meer bestaande in de kosten van levensonderhoud van het kind. Het College oordeelde dat in deze zaak de „benefit rule” van toepassing is. Dat hoeft nog niet te betekenen dat de ouders in het geheel geen schade vergoed krijgen. Wat dient te gebeuren is, dat

„ ... the benefits of the unplanned child may be weighed against all the elements of claimed damage”.

Kortom een toerekening van immateriële voordelen aan materiële schade. Met deze „benefit rule”, zo vindt het college, kan de noodzakelijke differentiatie worden bereikt, want de gevallen kunnen heel verschillend zijn.

401) *Boone v. Mullendore*, 416 So. 2d, 718 (Ala. 1982); *Coleman v. Garrison*, 327 A.2d, 757 (Del. Super Ct. 1974), bevestigd: 349 A.2d, 8 (Del. 1975). Zie over deze uitspraak P.J. Kelley, W.U.L.Q. 1979, blz. 949 e.v.

402) *Troppi v. Scarf*, 187 N.W.2d, 511 (App. Mich. 1971). De tekst van § 920 ken ik niet uit origineel. In de (recente) literatuur circuleren verscheidene versies. Ze komen evenwel op hetzelfde neer.

„Consider, for example, the case of the unwed college student who becomes pregnant due to a pharmacist's failure to fill properly her prescription for oral contraceptives. It is not likely that she has suffered far greater damage than the young newlywed who, although her pregnancy arose from the same sort of negligence, had planned the use of contraceptives only temporarily, say, while she and her husband took an extended honeymoon trip? Without the benefits rule, both plaintiffs would be entitled to recover substantially the same damages”⁴⁰³).

De uitspraak is sindsdien door vele rechters aangehaald en gevolgd⁴⁰⁴).

Door anderen werd de oplossing verworpen, met het argument dat § 920 uitdrukkelijk spreekt van „the same interest” (zie hiervoor no. 5.2.3.)⁴⁰⁵). Het zou derhalve niet mogelijk zijn om materiële schade tegen immaterieel voordeel weg te schrappen. Dat men evenwel op een sierlijke (maar volkomen oncontroleerbare!) wijze tot een billijke oplossing kan komen, wordt ook door de tegenstanders wel erkend. Een enkele keer is wel voorgesteld om dan toch maar een dogmatisch sprongetje te maken⁴⁰⁶).

Een gát in de lucht moeten Berdella en Braulo Custodio hebben gesprongen. In hun zaak tegen dr. Bauer overwoog het Court of Appeal van California dat de „benefit rule” slechts kan worden toegepast wanneer – ik zeg het in eigen woorden – de aard van de schade en de aard van het voordeel corresponderen⁴⁰⁷). In dit geval had Berdella tot de sterilisatie besloten op medisch advies, de toestand van haar nieren en blaas maakten een zwangerschap tot een riskante affaire. Toepassing van de „benefit rule” betekent – aldus het college – dat wel voordeels-toerekening kan plaatsvinden tussen enerzijds de angst die de vrouw had uitgestaan voor haar lichamelijke gezondheid en anderzijds het plezier vanwege het nieuwe kind. Tot eenzelfde uitspraak kwam (op twee

403) t.a.p., blz. 518.

404) Bijvoorbeeld *Stills v. Gratton*, 127 Cal. Rptr., 652 (App. 1976); *Sherlock v. Stilwater Clinic*, 260 N.W.2d, 169 (Minn. 1977); *Mason v. Western Pennsylvania Hospital*, 453 A.2d, 974 (Pa. 1982) en *Cockrum v. Baumgartner*, 447 N.E.2d, 385 (Ill. 1983).

405) Bijvoorbeeld *J.S. Kashi, U. Miami L. Rev.* 1977, blz. 416. Een voorstandster daarentegen is bijvoorbeeld *M.C. Gregerson, De Paul L. Rev.* 1982, blz. 428 e.v.: „the flexible, case-by-case approach... permits determination of the true injury, thereby providing just compensation in wrongful birth actions” (blz. 429).

406) *Faulkner J. (concurring specially) in Boone v. Mullendore*, 416 So. 2d, 718 (Ala. 1982), blz. 726.

407) *Custodio v. Bauer*, 59 Cal. Rptr. 463 (1976):

„If the failure of the sterilisation operation and the ensuing pregnancy benefited the wife's emotional and nervous make-up, and any infirmities in her kidney and bladder organs, the defendants should be able to offset it” (blz. 476).

Nogal wat schrijvers bepleiten volledige schadevergoeding; zie bijvoorbeeld *D.J. Mark, Colum. L. Rev.* 1976, blz. 1198 e.v.

rechters na) de Appellate Court van Illinois⁴⁰⁸⁾, daarmee bewust afwijkend van een twee jaar eerder gedane uitspraak door een andere „kamer” van hetzelfde Hof.⁴⁰⁹⁾ Vervolgens werd de uitspraak door de Supreme Court van Illinois weer vernietigd, daarbij een keuze makend voor de „Troppi-koers”⁴¹⁰⁾. Twéé rechters uit het college keerden zich weer af van déze uitspraak⁴¹¹⁾. Deze laatste uitspraken demonstreren fraai het zwalken binnen de Amerikaanse rechtspraak.

Tenslotte, bij wijze van curiositeit; twee maal werd door een Amerikaanse rechter uitgemaakt dat de eerder-geboren kinderen geen recht op schadevergoeding hebben jegens de arts voor het feit dat zij – met een niet-gewenst broertje of zusje – thans hun opvoeding moeten delen. Weliswaar mogen zij van de ouders opvoeding, bescherming aandacht, en wat al niet verwachten, maar een afdwingbaar recht op een deel van die zorg hebben zij niet⁴¹²⁾.

6.4. DE SITUATIE IN ENGELAND EN CANADA

Sinds enige tijd is ook in Engeland belangstelling gewekt voor wrongful birth-acties, vooral naar aanleiding van een aantal rechtszaken. In de literatuur is – anders dan in Duitsland en de Verenigde Staten – bij mijn weten nog geen fundamenteel onderzoek gedaan; de schrijvers beperken zich nog veelal tot het beschrijven van de uitspraken⁴¹³⁾.

De eerste zaak waarover een Engelse rechter te oordelen kreeg was die van *Sciuriaga v. Powell*⁴¹⁴⁾. Het ging hier niet om een foutief uitgevoerde sterilisatie, maar om een foutief uitgevoerde abortus⁴¹⁵⁾. De jonge ongehuwde vrouw die dit overkwam baarde enkele maanden later een gezond kind. Anders dan een mislukte sterilisatie komt een geval als dit maar weinig voor; de gevolgen van beide zijn evenwel krek dezelfde. Zo rijzen dezelfde vragen naar schade en oorzakelijk verband, zij het

408) *Cockrum v. Baumgartner*, 425 N.E.2d, 961 (Ill App. 1981). Zie over deze uitspraak uitvoerig M.C. Gregerson, *De Paul L. Rev.* 1982, blz. 409 e.v.

Een andere vergelijkbare zaak moet zijn *Betancourt v. Gaylor*, 344 A.2d, 336, N.J. Super Ct. (1975) genoemd door V.R. Greenfield, *J.A.M.A.* 1982, blz. 927.

409) *Wilczynski v. Goodman*, 391 N.E.2d, 479 (Ill. App. 1979).

410) *Cockrum v. Baumgartner*, 447 N.E.2d, 385 (Ill. 1983).

411) Clark, J. en Simon, J. die kozen voor de Troppi-koers (blz. 391 e.v.).

412) *Miller v. DuHart*, 637 S.W.2d, 183 (Mo 1982) en *Blash v. Glisson*, 173 GaA 104; 325 S.E.2d, 607.

413) D. Brahams, *NLJ* 1983, blz. 643 e.v.; dezelfde in *Lancet* 1982, blz. 691 e.v. Ch. Lewis, *L.S. Gaz.* 1981, blz. 827 e.v.; dezelfde, *L.S. Gaz.* 1983, blz. 1045 e.v. G. Douglas, *SJ* 1982, blz. 58 e.v.; G. Robertson, *Med. Sci. Law* 1983, blz. 2 e.v.; L. Hilliard, *NLJ* 1985, blz. 224.

414) *Sciuriaga v. Powell* 18 mei 1979, 76 *L.S. Gaz.*, blz. 567 en in *SJ* 1979, blz. 406; zie over deze uitspraak G. Robertson, *Mod. L. Rev.* 1981, blz. 215 e.v.

415) Zie over deze zaak: G. Robertson, *Mod. L. Rev.* 1981, blz. 215 e.v.

dat in het geval van abortus de causale lijn wat korter is. Vergelijkbaar – maar dat ter zijde – is de situatie waarin een arts de fout maakt een zwangerschap niet te onderkennen, waarna de tijd verstrijkt nog tot abortus over te gaan. Maar voor eventuele aansprakelijkheid moet dan wel vaststaan dat de moeder, bij een juiste informatie door de arts, ook werkelijk tot abortus zou zijn overgegaan, alsook, dat de arts daarvan wist.

Terug naar de jonge juffrouw Sciuriaga. Zij vorderde vergoeding voor gederfd arbeidsinkomen en voor in de toekomst nog te derven inkomen en bovendien een vergoeding van de door haar geleden immateriële schade. Het draaide er op uit dat de vrouw aanvankelijk £ 14 500 aan materiële en £ 4250 aan vergoeding van immateriële schade kreeg, waarvan £ 3500 voor verminderde huwelijkskansen. In beroep werden die bedragen weliswaar verlaagd tot £ 14 000 in totaal, maar de uitspraak bleef principieel dezelfde. Omdat de vrouw geen opvoedingskosten had gevorderd bleef de vraag naar een mogelijke vergoeding dáárvan onbeantwoord.

Enkele jaren later werd in de zaak van mevrouw Udale v. Bloomsbury uitspraak gedaan⁴¹⁶). Een moeder van vier dochters had zich laten steriliseren, maar omdat de opererende arts één van de clips niet aan de eileider had bevestigd maar aan het ligamentum (zie no. 4.2.1.), raakte de vrouw wederom zwanger. Een gezonde jongen werd geboren. De vrouw stelde de arts aansprakelijk voor de schade die zij leed: immateriële schade en materiële schade met betrekking tot de kosten rond de geboorte, de inkomstenderving en de kosten die gemaakt moesten worden om het kind tot zijn zestiende op te voeden.

Gedaagde verzette zich er niet tegen schadevergoeding te betalen voor gederfde inkomsten gedurende de zwangerschap, maar hij verzette zich met kracht tegen de gedachte dat de overige schadeposten voor vergoeding in aanmerking zouden komen. Bijna de gehele scala van bezwaren tegen schadevergoeding in dit soort gevallen (zie hoofdstuk 5) werd de rechter voor de ogen getoverd. En niet zonder succes, want rechter Jupp oordeelde dat

„ ... on the ground of public policy the plaintiff's claims in this case, in so far as they are based on negligence which allowed David Udale to come into this world alive, should not be allowed”⁴¹⁷).

In het bijzonder oordeelde Jupp relevant de kans op psychische schade bij het kind als deze er achter zou komen dat ooit een rechter zijn geboorte als „een fout” had gezien. Verder, dat bij toekenning van de

416) Udale v. Bloomsbury Health Authority (1983) 2 All ER 522, (1983) 1 WLR 1098.

417) t.a.p., blz. 1109.

gevorderde schadevergoeding in de toekomst artsen zich gedwongen zullen voelen in gevallen als deze tot abortus te adviseren. En ten slotte, we hoorden het al vaker, dat het krijgen van een kind een „blessing” is; in dit geval nog te meer nu na vier dochters een zóón werd geboren! Toch, vrij onverwacht, blijkt de vrouw niet geheel met lege handen naar huis te hoeven gaan. Want, aldus kort samengevat, erkend moet worden dat de komst van de jonge David de financiële huishouding van de familie Udale in de war heeft gestuurd⁴¹⁸).

Als we – met enige voorzichtigheid – de balans opmaken, dan komt het er op neer dat in dit geval, waarin de komst van David leidde tot een „disturbance to the family finances”⁴¹⁹), die schadeposten geheel of ten dele voor vergoeding in aanmerking komen die te maken hebben met de te kleine behuizing van het gezin, alsook die posten, die direct samenhangen met de geboorte van het kind, zoals de baby-uitzet. Daarnaast worden vergoed de gederfde inkomsten van de vrouw tijdens en direct na de zwangerschap, maar daartegen had de gedaagde zich niet verzet. Voor het overige, de inkomstenderving voor de toekomst, de kosten van David’s opvoeding, is de arts niet aansprakelijk. Vooral omdat bij wél-aansprakelijkheid de rechter door het toekennen van schadevergoeding impliciet of expliciet een oordeel zou moeten uitspreken over het bestaansrecht van David.

Udale v. Bloomsbury is niet de enige uitspraak waarin de rechter zich uitliet over de post van de opvoedingskosten van het kind. Zo kwam de zaak van Thake v. Maurice voor rechter Peter Pain⁴²⁰). Mevrouw Thake en haar man („a railway guard”) woonden met hun vijf kinderen in een huis met drie slaapkamers; „... they were having the greatest difficulty in managing on his pay”. Om te voorkomen dat nog een kind zou worden geboren, liet de man zich steriliseren. Daaraan voorafgaand had de arts, dr. Maurice, hen beiden geïnformeerd over de sterilisatie-ingreep en hij had hen beiden ook een formulier laten tekenen waarin zij toestemming tot de ingreep gaven en waarin zij verklaarden op de hoogte te zijn gesteld van de aard en de onomkeerbaarheid van de ingreep. De arts verrichtte de ingreep geheel zorgvuldig, maar tóch werd de vrouw weer zwanger ten gevolge van een spontane rekanalisatie. Daar kwam ze pas laat achter, te laat om nog tot een abortus over te gaan. Nadat Pain had vastgesteld dat de arts de vrouw niet had gewezen op de kans van een spontane rekanalisatie, achtte hij de arts aansprakelijk voor de schade die het echtpaar had geleden. Alle argumenten die tegen zo’n vergoeding

418) t.a.p.

419) t a p, 527.

420) Thake and another v. Maurice, (1984) 2 All ER 513.

van de schade kunnen pleiten werden van tafel geveegd; daaronder ook het blessing-argument van zijn collega Jupp in de Udale-zaak van 1983. Alleen de vordering voor de immateriële schade werd afgewezen op grond van voordeelstoerekening.

„I confine myself to the costs of Samantha's birth and upkeep. The plaintiffs have claimed for this on a moderate base. They have made their calculations on the basis of the supplementary benefit scales. This is right. Samantha has been born into a humble household and the defendant should not be expected to do more than to provide her with necessities.

Happily, the net figures have been agreed between the parties, subject to liability. (Dan volgen de bedragen die in compromis werden bereikt.)

As soon as Samantha goes to school Mrs Thake will resume her part-time domestic work. It is not contended that she should have done so sooner. The agreed figure for her loss ...”⁴²¹).

Ook hier, net zoals in Duitsland en veelal in Amerika, weliswaar vergoeding van de opvoedingskosten, maar met een zekere terughoudendheid. In dit geval werd de omvang van de schadevergoeding gekoppeld aan de „supplementary benefit scales”.

Met deze uitspraak na de Udale-zaak, ligt de zaak van de erkenning van de wrongful birth-claim weer geheel open. Net zoals in Amerika is er dus ook hier grote onzekerheid. In de Engelse literatuur is nog niet gereageerd op de Thake-zaak. Het lijkt me waarschijnlijk dat in elk geval een aantal schrijvers de uitspraak van Pain te ver vindt gaan. Vóór deze uitspraak werd immers veelal instemmend verwezen naar een *Canadese* zaak *Cataford v. Moreau*⁴²²) waarin in 1978 het Quebec Superior Court uitspraak deed. Een Indiaanse van 29 jaar oud en moeder van tien kinderen had zich door dr. Moreau laten steriliseren. Toen ze korte tijd later weer zwanger werd, bleek uit een nadien uitgevoerde tweede sterilisatie dat dr. Moreau zijn werk niet naar behoren had gedaan. Toen vervolgens een gezonde jongen, Michel, werd geboren, stelde het echtpaar-Cataford de arts aansprakelijk voor de ideële schade en voor de schade bestaande uit de opvoedingskosten van Michel. Deschênes C.J. had geen moeite met vergoeding van de immateriële schade, waarbij nogal opvallend is de vergoeding voor „the loss of enjoyment of life for the interruption of sexual relations for four months after the operation of dr. Moreau”.

Meer moeite had Deschênes met vergoeding van de opvoedingskosten:

421) blz. 527.

422) *Cataford v. Moreau*, 1 juni 1978, 114 D.L.R. (3d) 585.

„The Court is hesitant to convince itself that the parents are able in this way to cash in on their healthy child. But even if at law the proposition must be accepted that the cost of maintaining this child during 18 years constitutes a damage for which the defendant must assume the burden – a proposition upon which the Court does not express itself – it arises, in the particular context of the instant case, that this burden is more than compensated for by the benefits on various levels which the plaintiffs will derive from the presence of their son, the youngest in the family.

The plaintiffs are in very humble circumstances (...)⁴²³⁾.

Uitgaande van deze hypothetische situatie, oordeelt het hof dat Michel zo'n \$ 1000 per jaar kost. Dit bedrag wordt weer verminderd ten gevolge van de „benefits on various levels”, zodat de uiteindelijke schade maar klein is. En dan, vrij verrassend, overweegt Deschênes:

„Independently of the question of principle, the Court therefore arrives at the practical conclusion that, in the circumstances revealed by the evidence, the payments which the plaintiffs will have to effect for the maintenance of their child Michel up until his majority are and will be more than compensated for in their favour by the moral and financial benefits which they will derive by his presence in the home⁴²⁴⁾.

Ofschoon de rechter dus geen uitsluitsel wil of kan geven over de principiële vraag naar de vergoeding van de opvoedingskosten, gebeurt dat in zekere zin tóch⁴²⁵⁾. Want het kleine bedrag aan schadevergoeding waarom het kennelijk nog ging, wordt aan het gezin Cataford onthouden, vooral vanwege de immateriële voordelen die de komst en aanwezigheid van Michel brengen. Al gaat het dan om een klein bedrag, in dit opzicht wordt naar meen ik (misschien onbedoeld) wél een min of meer principiële uitspraak gedaan. Naar mijn oordeel is het belang dat sommige Engelse en Canadese schrijvers aan de uitspraak toekennen en de soms grote waardering („The Cataford situation (for Quebec), is placed before a dynamic jurist willing to explore the issues in depth⁴²⁶⁾) licht overdreven.

6.5. DE SITUATIE IN BELGIE

In 1980 moet voor de eerste maal een Belgische rechter, de Rechtbank

423) t.a.p., blz. 598.

424) t.a.p., blz. 600.

425) Tot dan toe waren dit soort vorderingen afgewezen als 'grotesque', Doiron v. Orr, (1978), 86 D.L.R. (3d), 719.

426) R.P. Kouri, The Can. B. Rev. 1979, blz. 89 e.v.

Antwerpen, oordelen over een vordering tot vergoeding van de opvoedings- en verzorgingskosten⁴²⁷). De vordering wordt op een niet geheel duidelijke wijze afgewezen. Vooreerst meent de rechtbank

„dat die kosten de normale gevolgen zijn van het ouderschap en geen schade doen ontstaan; dat deze kosten niet het herstel van schade uitmaken, maar de kosten die de ouders voor de opvoeding van hun kinderen verplicht zijn uit te keren”.

Kennelijk betreft het hier een redenering à la de Nederlandse Rechtbank Arnhem, een aantal jaren eerder. Heeft zij de Antwerpse rechter tot voorbeeld gediend?⁴²⁸)

Maar bovendien lijkt de rechtbank van mening dat kinderen, puur financieel gezien, meer kunnen opleveren dan ze kosten:

„dat, zonder te spreken van de liefde en vriendschap die de ouders van hun kind mogen verwachten, het niet uit te maken is of de ouders uiteindelijk uit het bestaan van een kind al dan niet materieel voordeel zullen halen (kinderbijslag, belastingonthefving, allerlei premies bij het bouwen, enz., en bizonder de steun die zij van hun kind mogen eisen indien zij in hun ouden dag het minder goed moesten hebben en hulpbehoevend werden (geldelijk of moreel)”⁴²⁹).

In de Belgische literatuur is aan het probleem van de opvoedingskosten nog maar weinig aandacht besteed. Kruithof schreef onlangs een helder artikel over o.a. de wrongful birth-vordering, maar een standpunt, en zeker een „pasklaar antwoord”, heeft hij niet⁴³⁰). Vansweevelt, in een uitvoerige boekbespreking, is het in grote lijnen met de opvattingen die ik in dit boek voorsta eens⁴³¹).

Wel is er een andere zaak die sterk de aandacht trok. Ook daarin stonden de opvoedings- en verzorgingskosten centraal, maar de aanleiding was bepaald geen medische fout. Een personeelslid dat in een Belgisch kliniek was belast met het ronddelen van geneesmiddelen aan patiënten, maakte hiervan gebruik om aan een patiënte een slaapmiddel toe te dienen en haar vervolgens te verkrachten. Zij werd zwanger en bracht een kind ter wereld. Van de kliniek vorderde zij opvoedings- en verzorgingskosten. De rechter wees de vordering, gegrond op onrechtmatige daad (art. 1384 Belgisch BW), toe:

„Qu'il s'agit d'une action – étrangère au droit de la famille – tendant à la réparation d'un dommage subi en nom personnel par la jeune C...,

427) Rechtbank Antwerpen 17 januari 1980, De Verz. 1981, blz. 183 e.v.

428) Zie hiervoor no. 5.2.6.

429) a.w. blz. 193.

430) R. Kruithof, RW 1987, 2777/8. Wel merkt hij op dat de Rechtbank in haar laatste door mij geciteerde overweging „te ver” ging (2765).

431) T. Vansweevelt, VTvG 1985/6, blz. 167 e.v. met recente rechtspraak en literatuur.

dommage consistant dans le fait qu'elle se trouve, par la faute du prévenu, dans l'obligation de subvenir à l'entretien de son enfant; (...)

Attendu que la mère violée a droit à réparation intégrale, basée sur la responsabilité aquilienne, du préjudice considérable que les infractions commises lui ont causé, en ce compris le préjudice matériel résultant du coût de l'entretien et de l'éducation de l'enfant né du viol;

Que ce dommage doit être réparé, par application de l'article 1382 du Code civil, par le prévenu"⁴³²).

Hoewel het hier dus om een geheel andere zaak ging dan die, welke in dit boek centraal staat, is het wellicht toch mogelijk te veronderstellen dat de Belgische rechter in mislukte sterilisatiezaken in de toekomst een wat andere koers zal gaan varen.

6.6. *DE SITUATIE IN FRANKRIJK*

Ofschoon er in Frankrijk vergeleken met ons land al veel is geprocedeerd in medische aansprakelijkheidszaken, is bij mijn weten nog nimmer de vraag expliciet aan de orde geweest of en in hoeverre de opvoedings- en verzorgingskosten van het ongewenste kind voor vergoeding in aanmerking komen. Dat betekent niet dat Frankrijk ook overigens vanuit rechtsvergelijkend oogpunt oninteressant zou zijn; dat dat niet het geval is bleek wel uit de rest van dit boek.

6.7. *EVALUATIE*

Als het gaat om de vergoeding van de opvoedingskosten dan blijken de buitenlandse rechterlijke colleges, voor zover niet geheel afwijzend, toch in meerdere of in mindere mate *terughoudend*. Volledige schadevergoeding komt, met uitzondering van enkele uitspraken in Amerika, eigenlijk niet voor. Het Duitse Bundesgerichtshof gaat weliswaar vrij ver, maar weet toch enige terughoudendheid te bereiken door het schadevergoedingsbedrag te objectiveren. De rechterlijke colleges in Amerika zijn onderling en intern verdeeld. In de meeste gevallen wordt hier een beperking gevonden via de voordeelstoerekening. De Engelse rechters variëren van gul tot terughoudend of afwijzend. De Canadese rechter is terughoudend; de Belgische vooralsnog afwijzend. En de Nederlandse?

432) Brussel, 8 mei 1985, J.T. 1986, blz. 252 e.v. met noot van Van Gysel.

6.8. DE SITUATIE IN NEDERLAND

Eénmaal heeft voor zover bekend in Nederland een rechter zich uitgelaten over schadevergoeding voor de opvoedingskosten. De Rechtbank Arnhem meende dat de gewone kosten van verzorging en opvoeding van een kind niet als te vergoeden schade kunnen worden aangemerkt (zie voor de gehele overweging no. 5.2.6.)⁴³³⁾. In de meest recente uitspraken – die van de Rechtbank Maastricht⁴³⁴⁾ en in hoger beroep van het Hof 's-Hertogenbosch⁴³⁵⁾ – kwam deze schadepost niet aan de orde, eenvoudig omdat hij niet gevorderd werd. Weliswaar wijdt de rechtbank een zéér algemeen luidende overweging aan de mogelijkheid van schadevergoeding, maar het is twijfelachtig of daaruit een oordeel over de opvoedingskosten mag worden gedestilleerd:

„Niet valt in te zien waarom een beroepsfout, onmiskenbaar geleid hebbende tot het niet intreden van het door partijen beoogde resultaat, niet zou kunnen leiden tot vergoeding van alle daaruit voortgevloeide schade, indien de beroepsfout werd gemaakt tijdens een sterilisatie beogende medische ingreep.” (mijn cursivering).

Het draaide er in deze uitspraak op uit dat de drie gevorderde schadeposten: inkomstenderving gedurende vier jaren, de kosten van bevalling en de ideële schade voor vergoeding in aanmerking kwamen. In hoger beroep bleek het hof de opvatting van de rechtbank te delen, daarbij zijn overwegingen wat meer toespitsend op de drie zojuist genoemde posten. Alleen vergoeding van ideële schade werd afgewezen (zie daarvoor no. 6.9).

Het rechtsvergelijkende onderzoek leerde ons dat volledige schadevergoeding slechts bij uitzondering plaatsvindt. Daarachter zit onder andere de vrees voor een lawine van hoge claims. Op die grond, maar ook omdat het hier om een geheel eigen-aardige schade gaat, voel ook ik wel voor een voorzichtige opstelling waar het gaat om de opvoedingskosten.

Enerzijds bepleit ik oplettendheid bij het vaststellen van het motief (zie no. 5.2.8.); daarmee wordt het aantal vorderingen al teruggedrongen. De Duitse coulance op dit punt verwerp ik ten enenmale. Anderzijds bepleit ik terughoudendheid bij het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding. De Duitse oplossing gaat me te ver, evenmin weet ik

433) Rb. Arnhem 28 november 1974, NJ 1977, 281.

434) Rb. Maastricht 17 juni 1982, gepubliceerd in TvG 1983, blz. 327 e.v. Anders R.M. Schoonenberg, a.w. 1986 (hiervóór noot 292) blz. 66, die terecht opmerkt dat niet valt in te zien waarom deze kosten niet voor vergoeding in aanmerking zouden kunnen komen.

435) Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 1983, NJ 1984, 240; TvG 1983, blz. 327 e.v., tenzij wellicht zijdelings.

daarvoor een goede grondslag te geven. De Amerikaanse oplossingen lijken me om dogmatische en om andere redenen onjuist (zie no. 6.3.).

Maar, op welke manier zou naar Nederlands recht de schadevergoedingsvordering van de ouders in haar omvang kunnen worden beperkt? Er zijn twee mogelijkheden denkbaar: matiging door de rechter en beperking van de schadevergoedingsplicht via het leerstuk van de causaliteit.

6.8.1. *Rechterlijke matiging*

Leenen, in een bespreking van mijn boek, suggereerde matiging door de rechter. Maar naar geldend recht heeft de rechter niet zo'n algemeen matigingsrecht⁴³⁶). Alleen in het kader van een vordering gebaseerd op artikel 1406 of 1407 kan bijvoorbeeld de wederzijdse stand en fortuin van beide partijen een reden zijn tot matiging. Maar kan de mislukte sterilisatie als „letsel” worden gezien? Over de vraag wat letsel precies is, is weinig geschreven. Knol spreekt van iedere tijdelijke of blijvende aantasting van de lichamelijke of geestelijke integriteit van de mens⁴³⁷). Mag het ten onrechte niet-steriliseren van een mens waar dat wel was overeengekomen als een aantasting van de lichamelijke integriteit worden aangemerkt? Is dit juist niet het spiegelbeeld van een lichamelijke aantasting? Hiervóór in no. 2.1 beantwoordde ik die vraag ontkennend: de vordering van de benadeelde kan worden gebaseerd op zowel wanprestatie als op onrechtmatige daad. Als dat zo is, is dan niet het logische gevolg dat de patiënt zijn vordering beter op grond van wanprestatie kan instellen dan op grond van onrechtmatige daad? Want in het eerste geval kan de rechter niet matigen, in het tweede eventueel wel. Een dergelijk verschil lijkt zeker in gevallen van medische aansprakelijkheid moeilijk te verdedigen⁴³⁸).

De fout van de arts kan natuurlijk ook leiden tot *psychisch letsel*. Niet zelden blijken met name vrouwen, die tegen hun wens in verwachting zwanger zijn geworden, in psychische nood te raken⁴³⁹). De schade die dááardoor ontstaat is sowieso als letselschade aan te merken. Ook voor dat deel zou eventueel gematigd kunnen worden.

Overigens realisere men zich dat op grond van een eventueel beperkte draagkracht van de arts matiging niet kan plaatsvinden voor zover de

436) Zie voor literatuur: Onrechtmatige Daad II A (Bloembergen) no. 60, voor wat betreft de vordering van onrechtmatige daad; en Asser-Rutten I, 1981, blz. 189 voor de vordering op grond van wanprestatie.

437) P.C. Knol, Vergoeding van letselschade, 1986, blz. 4 e.v.

438) Vgl. J.J.M. Macijer, diss. Nijmegen 1962, blz. 48 e.v., die een verschil in uitkomst afwijst. Vgl. ook de éne titel 6.1.9 in het Nieuwe B.W.

439) Zie no. 6.9.

aansprakelijkheid door een verzekering is gedekt⁴⁴⁰). En zo'n verzekering zal er bijna altijd wel zijn. In het nieuwe B.W. krijgt de rechter wel een algemene matigingsbevoegdheid. Artikel 6.1.9.12a bepaalt dat indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden – waaronder de aard van de aansprakelijkheid, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht – tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden, de rechter een wettelijke verplichting tot schadevergoeding kan matigen. Een dergelijke bevoegdheid staat dus los van de vraag of het gaat om letselschade of niet. Maar erg veel bescherming zal deze bepaling de arts niet bieden. Want de rechter mag niet matigen tot een lager bedrag dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken (lid 2). In zoverre is er geen verschil met het geldende recht. Als het gaat om schade waarvoor een arts aansprakelijk is, dan zal er bijna altijd een WA-verzekering in het spel zijn.

En wat als de arts zich *niet* heeft verzekerd? Kan hij daaruit voordeel halen? Een verplichting tot verzekeren in de strikte zin van het woord is er niet⁴⁴¹). Weliswaar wordt de arts alom gevraagd of aangeraden zich te verzekeren, maar als hij dat niet doet kan hij niet worden gedwongen. Hier wordt duidelijk dat voor het nieuwe BW baat had kunnen brengen de toevoeging, dat matiging evenmin mogelijk is als het sluiten van een aansprakelijkheidsverzekering van een zekere omvang *gebruikelijk* is. Meijers was een voorstander van een dergelijke toevoeging⁴⁴²). Abas valt hem daar jaren later in bij⁴⁴³).

Voor artsen bestaat er geen verplichting zich te verzekeren. Velen vinden zo'n verplichting niet nodig omdat verreweg de meeste artsen zich van hun verantwoordelijkheid bewust zijn. Dat moge zo zijn, maar het zou hoe dan ook ongelukkig zijn als slachtoffers in een slechtere positie zouden komen verkeren ten opzichte van artsen die zich niet verzekerden.

6.8.2. *Beperking door toerekening naar redelijkheid*

Matiging blijkt aldus een wankele grondslag om een „beperking” van de aansprakelijkheid van de arts te bereiken. Het valt op dat zowel het

440) HR 20 februari 1936, NJ 1936, 420 (E.M.M.) Zwaantje van Delft; zie verder: Onrechtmatige Daad IIC (De Groot) no. 334. Wel kan de draagkracht van eiser nog een rol spelen.

441) Vgl. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Beroepsfouten 1982, blz. 58 e.v. en 107 e.v.; en R.L.M. Wijshoff-Vogelzang, a.w. 1984, blz. 181 e.v.

442) Zie het overzicht dat P. Abas geeft, Mon. Nieuw BW A-16 1984, blz. 45 e.v.

443) P. Abas, a.w. blz. 53.

Duitse Bundesgerichtshof als de hierboven uitvoerig aangehaalde Duitse schrijver Deuchler, de verwantschap benadrukken die bestaat tussen de vordering van de ouders en de vordering tot het verstrekken van levensonderhoud op basis van het familierecht.

Het Bundesgerichtshof oordeelde onder meer op grond van die verwantschap dat het schadevergoedingsbedrag voor de ouders in haar omvang moet worden beperkt tot de bedragen van § 1615f BGB. Deuchler gaat een andere kant op. Hij wijst erop dat het – in mijn woorden – een centrale notie van het alimentatierecht is, dat voor de omvang van de plicht tot het verstrekken van levensonderhoud niet relevant is of de ouders *willen* betalen, maar of ze *kunnen* betalen. Ouders kunnen zich geheel noch ten dele afmaken van hun verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud met het argument dat ze hun geld liever aan andere zaken uitgeven. Niet het willen, maar het kunnen, de *draagkracht*, telt.

Misschien kan deze notie, die ook wij in ons familierecht kennen, baat brengen⁴⁴⁴). Aldus, dat zij leidt tot vermindering van de aansprakelijkheid van de arts. Maar staat zo'n oplossing niet haaks op de beginselen van ons schadevergoedingsrecht?

De gedachte van de draagkracht ligt ook ten grondslag aan ons alimentatierecht. De omvang van de onderhoudsverplichting van ouder jegens kind wordt mede bepaald door de draagkracht van die ouder. Ruwweg: naarmate de ouder vermogender is, nemen de aanspraken van het kind toe. Weliswaar is de rechter bij het vaststellen van de financiële middelen in hoge mate vrij en mogen de ouders om opvoedkundige redenen kiezen voor een eenvoudiger opvoeding dan waartoe hun financiële positie ruimte laat – niettemin: draagkracht is een belangrijke factor⁴⁴⁵).

Welnu, gelet op van het alimentatie-karakter van de vordering van de ouders jegens de arts voor de opvoedingskosten van het kind, kán ik mij indenken dat de financiële draagkracht van de ouders ook nu een belangrijke rol speelt bij het bepalen van de omvang van de schadevergoedingsplicht van de arts, als gevolg van een verkeerd uitgevoerde sterilisatie, zie uitvoerig no. 6.2.

Maar wat vormt de *grondslag* van zulk een beperking van de schadevergoedingsplicht? Want op het eerste gezicht lijkt zij, net zoals dat in het West-Duitse recht het geval is, in strijd met één van de regels van ons schadevergoedingsrecht: volledige schadevergoeding voor de gelaedeerde. Ergens anders in ons burgerlijk recht komt weliswaar een beperking voor: artikel 1406 en 1407 BW (schadevergoeding bij doodslag en

444) Asser-De Ruiters II (1982), blz. 342 e.v.

445) t.a.p.

verwonding), maar dáár vindt die beperking haar grondslag in diezelfde wetsartikelen.

Misschien kan voor de schadevergoedingsvordering van de ouders de grondslag worden gevonden in de causaliteit⁴⁴⁶), zie uitvoerig no. 6.1.3. hiervóór. Artikel 6.1.9.4 Nieuw BW dat, zo mag men aannemen, onder het huidige recht ook al geldt, bepaalt dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt de schade die naar redelijkheid aan de laedens kan worden toegekend. Bij de bepaling van wat redelijk is kan de *aard van de schade* een rol spelen. In ons geval: de schade bestaande in het moeten betalen van levensonderhoud voor het niet-geplande kind; een schadepost met sterke *alimentatie-trekken*. Biedt nu de bijzondere aard van de schade de rechter niet een mogelijkheid in bepaalde gevallen enigszins beperkt tot zeer beperkt toe te rekenen?

Over de omvang van de schadevergoedingsplicht valt hier en in het algemeen weinig te zeggen. De rechter heeft een grote vrijheid maar hij zal moeten motiveren, anders leidt de toepassing van het leerstuk van de toerekening naar redelijkheid tot wat Schut noemde ongesanctioneerde willekeur⁴⁴⁷). Hartkamp merkt over de formulering „mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade” op dat het

„ ... zó vaag en algemeen (is) dat men er in twijfelgevallen alle kanten mee uit kan. Dit wordt duidelijk gedemonstreerd door de vele onderling tegenstrijdige meningen omtrent bepaalde gevallen ...”⁴⁴⁸).

Naar de vraag wat een kind kost is in Nederland nog maar weinig onderzoek gedaan. Ze wordt dan ook in een sterke mate bepaald door de omstandigheden waaronder het kind wordt geboren. Zo is bijvoorbeeld een relevant verschil of het gaat om een eerste of om een tweede kind. Ik volsta hier met een verwijzing naar een tweetal recente onderzoeken⁴⁴⁹).

Aldus meen ik in het leerstuk van de toerekening naar redelijkheid voldoende theoretische grondslag te hebben gevonden voor een desgewenst enigszins terughoudende tekening van vergoeding van de opvoedings- en

446) Schut heeft op de jaarvergadering van de NJV terecht nog eens een pleidooi gehouden voor de causaliteit als instrument ter beperking van aansprakelijkheid voor beroepsfouten, zie daarvoor NJB 1987, blz. 848.

447) Schut, diss. 1963, blz. 95/6. Bloembergen, diss. 1965, blz. 180/1, ziet hier een taak voor rechter én wetenschap.

448) Asser-Rutten-Hartkamp I (1984), no. 433. In de nieuwe druk wordt deze passage wat afgezwakt: „aan de formulering is uiteraard eigen dat men er in twijfelgevallen verschillende kanten mee uit kan”, 1988, no. 433.

449) Zie de rapporten van Wetenschappelijk Raad voor het Regeringsbeleid, en van de Nederlandse Gezinsraad (beide 1987). Zie voor de West-Duitse oplossing en de daarbij behorende bedragen no. 6.2 en voetnoot 317. In de Leeuwardense zaak werd f.93.137 gevorderd, NJ 1986, 334.

verzorgingskosten⁴⁵⁰). Eenvoudiger is het natuurlijk om de vordering in zijn geheel af te wijzen of juist in zijn geheel toe te wijzen. Ik besef terdege dat mijn oplossing niet de gemakkelijkste is, en ik heb dan ook wel moeten denken aan Bloembergen's ontboezeming:

„Wij zullen er in de rechtswetenschap altijd naar moeten streven de problemen zo eenvoudig mogelijk op te lossen. Theoretisch is dat gewenst, want een eenvoudige theorie laat zich gemakkelijker beheersen en doceren. Praktisch is dat misschien nog meer gewenst, want te ingewikkelde theorieën zal de rechtstoepasser, de gewone jurist in de praktijk, niet kunnen beheersen en dus ook niet kunnen toepassen. Met name bij onrechtmatige daad is het gevaar niet denkbeeldig, dat de theorie zo gecompliceerd wordt, dat de praktijkjurist haar niet meer kan beheersen en er dan maar met een schouderophalen aan voorbijgaat. Daar komt nog bij, dat ingewikkelde theorieën, gesteld, dat men ze beheerst, vaak ook in hun toepassing ingewikkeld zijn”⁴⁵¹).

Toch meen ik dat in de kwestie die hier thans aan de orde is, de vergoeding van de verzorgings- en opvoedingskosten voorzichtigheid gepast is. Ik denk dat het ook past in het tegenwoordige denken over aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren. Dat bleek wel heel duidelijk tijdens de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging in juni 1987⁴⁵²).

6.9. VERGOEDING VAN OVERIGE SCHADEPOSTEN

Niet alleen de kosten van het grootbrengen van het kind behoeven bespreking. Er is nog een aantal schadeposten, dat misschien zelfs vaker gevorderd zal worden. Hiervóór in no. 5.1 verdeelde ik de verschillende schadeposten in zes categorieën. De vier nog niet bekeken posten leveren naar ik meen minder moeilijkheden op, althans in principieel opzicht. Vóóraf wil ik nog eens benadrukken dat er naar mijn mening steeds een relatie moet bestaan tussen het motief voor de sterilisatie en de gevorderde schade (zie no. 5.2.8.). Daarvan uitgaande houd ik de eerder gekozen volgorde aan.

450) Zie in dit verband nog het artikel van M.M. Olthof, BW-krant Jaarboek 1988, blz. 37 over de vraag naar causaliteit bij wanprestatie. Zij laat zien dat ook naar geldend recht de causaliteitsvraag bij wanprestatie opgaat in een aansprakelijkheidsregel.

451) Bloembergen, diss. 1965, blz. 85. Zie ook J. van Schellen, Toerekening naar redelijkheid, 1985, blz. 1 die met name van de toerekening naar redelijkheid vindt dat de verwarring (voor de advocaat) almaar groter wordt.

452) alwaar de preadviezen van F.H.A. Arisz en J.G.C. Kamphuisen centraal stonden, Hand. Ned. Jur. Ver. 1987 deel I, eerste stuk. Ik voel me in mijn opvatting gesteund door de mondelinge bijdrage van Schut met een pleidooi voor de toerekening naar redelijkheid; zie daarover het verslag van D. Pesser, NJB 1987, blz. 848.

1. *De kosten van en rond een nieuwe sterilisatie-ingreep*

Wat die ingreep betreft, de patiënt heeft natuurlijk de keuze: om een nieuwe ingreep te ondergaan door nakoming te eisen; of om verder maar af te zien van een nieuwe sterilisatie-ingreep, bijvoorbeeld na ontbinding van de overeenkomst. Laat hij een nieuwe ingreep toe, dan komt de eventuele inkomensderving ongetwijfeld voor vergoeding in aanmerking. Dat geldt vooral voor de vrouw, bij wie de ingreep iets meer tijd vergt. Daarover kan nauwelijks verschil van mening bestaan⁴⁵³).

2. *De kosten van en rond de bevalling*

Ook de kosten van de bevalling komen voor vergoeding in aanmerking. Datzelfde geldt voor de kosten voor de uitzet, kleding, kraamhulp enzovoorts. Ook voor deze categorie geldt dat men over volledige schadevergoeding nauwelijks kan aarzelen⁴⁵⁴). Zo de Rechtbank Maastricht, die deze kosten als het rechtstreeks en onvermijdelijk gevolg van de zwangerschap aanmerkte⁴⁵⁵).

In het algemeen krijgt de gedupeerde de kosten die hij maakt vergoed voor zover die redelijk zijn, gegeven de omstandigheden waarin hij verkeert⁴⁵⁶). Dat zal er veelal toe leiden dat tot dan toe kinderloze ouders méér aan schadevergoeding kunnen vorderen, dan ouders die al één of meer kinderen (met het daarbij behorende materieel) hebben. Een van de omstandigheden abstraherende schadeberekening lijkt in casu onredelijk⁴⁵⁷).

Wat betreft de inkomstenderving rond de bevalling, ook die komt voor vergoeding in aanmerking, tenzij zij geheel of ten dele wegvalt tegen het zogenaamde zwangerschapsverlof.

3. *Kosten rond de aanpassing of verandering van de behuizing*

Voor deze schadeposten geldt, nóg meer dan voor de hierboven behandelde, dat de te maken kosten redelijk moeten zijn. De „nood” moet min of meer concreet zijn vast te stellen. Men zal uiteraard niet de gelegenheid te baat mogen nemen om mooier of beter te gaan wonen, althans, dat mag wel, maar die méérkosten vormen natuurlijk geen schade. Aan

453) Zie bijvoorbeeld de jurisprudentie genoemd door L.A. Nicholson, Washburn LJ 1984, blz. 331, noot 116.

454) Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 1983, NJ 1984, 240. Dit alles – het zij herhaald – mits motief en schade met elkaar corresponderen.

455) Te kennen uit TvG 1983, blz. 327.

456) Zie OD II (Bloembergen) no. 148 e.v.; dezelfde in zijn diss. 1965, no. 79.

457) In mijn boek Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties 1986 zag ik deze vraag als een schadebeperkingsvraag. Bij nader inzien meen ik toch dat het veeleer een vraag is van schadeberekening (zie over die onjuiste term: Bloembergen, diss. blz. 37 e.v.).

de noodzaak van verhuizen naar een grotere woning komt men uiteraard pas toe als intern geen aanpassingen mogelijk zijn. Verhuizing naar een grotere woning is in dat geval noodzakelijk en het komt mij voor dat de extra kosten die dát meebrengt (zoals bijvoorbeeld rente, financiering, notariskosten en overdrachtsbelasting, eventuele huurverhoging, verhuiskosten) voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Ook hier geldt – ik zou bijna zeggen: eens te meer – dat het om redelijke kosten moet gaan. Rechtspraak over deze schadeposten heb ik niet aangetroffen⁴⁵⁸).

4. *De inkomstenderving*

„Werkende” vrouwen vormen allerminst een uitzondering en in veel gevallen zal de vrouw haar werk moeten opgeven om zich aan de verzorging van haar kind te kunnen wijden. Ook voor die inkomensderving zal de arts in vele gevallen aansprakelijk moeten worden gehouden.

„Immers de inkomstenderving is in het onderhavige geval – eiseres had op het moment van de zwangerschap een baan – te beschouwen als een direct en voorzienbaar gevolg van de mislukte sterilisatie en de daardoor ingetreden zwangerschap. Voortzetting van haar dienstbetrekking was voor eiseres onmogelijk omdat zij het noodzakelijk vond zelf haar kind te verzorgen en op te voeden zolang het nog klein was...”⁴⁵⁹).

Aldus de vaker aangehaalde Rechtbank Maastricht. In dat geval vorderde de moeder de inkomensschade gedurende een periode van vier jaar; een iets langere periode lijkt mij evenzeer mogelijk, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In een aantal gevallen zou een grens kunnen zijn het tijdstip waarop het kind schoolgaand wordt. Een (veel) langere periode zou allicht kunnen strijden met de eisen van redelijkheid, tenzij natuurlijk de vrouw de noodzaak van haar aanwezigheid thuis aannemelijk weet te maken.

Zou de arts nog kunnen betogen dat de benadeelde verplicht is de schade te beperken door een oppas te nemen in plaats van te stoppen met werken? Dat zou naar mijn mening te ver gaan. De zojuist geciteerde rechtbank gaat kennelijk ook uit van het subjectieve oordeel van de vrouw: omdat zij het noodzakelijk vond haar werk op te geven. Het is aan de gelaedeerde om in alle vrijheid dit soort beslissingen te nemen. Dat is misschien alleen anders, wanneer de vrouw bij „eerdere” kinderen wél was blijven doorwerken, terwijl ze dat nu, zonder een aannemelijke reden, niet meer van plan is.

In dit verband en trouwens evenzeer met betrekking tot de andere

458) Zie wel *Udale v. Bloomsbury*, (1983) 2 All ER (1983) 1 WLR 1098.

459) Te kennen uit TvG 1983, blz. 329.

categorieën rijst de vraag of de vordering zou kunnen worden vermindert op grond van de verplichting van het kind zijn ouders zonodig te onderhouden (art. 1:392 BW). Deze vorm van voordeelstoerekening (zie no. 5.2.3.) is evenwel zó onzeker, zowel waar het betreft de vraag of deze verzorgingsplicht ooit daadwerkelijk aan de orde komt, als waar het gaat om de eventuele omvang daarvan (afhankelijk van tal van in de verre toekomst gelegen omstandigheden), dat zij niet behoort plaats te vinden.

5. *Ideële of niet-vermogensschade*

Het gaat bij ideële schade voornamelijk om:

- de schrik en het ongenoegen over de in het geheel niet verwachte zwangerschap, voor zover die uitmondt in geestelijk of lichamelijk letsel;
- de angst voor en het ongemak van een nieuwe sterilisatie;
- het ongenoegen en de ergernis over de gedwongen verandering in het persoonlijke leven van de vrouw (verandering in de leefstijl, de onderbreking van een carrière).

Elk geval is anders, maar het is waarschijnlijk dat in veel gevallen de emoties ten gevolge van de totaal onverwachte zwangerschap hoog oplopen. Zó hoog zelfs, dat in een aantal gevallen de vrouw zich onder behandeling van een psycholoog of psychiater stelt, zo blijkt uit Nederlands onderzoek⁴⁶⁰).

Ook de onverwachte en ongewilde wijziging in het leven van de man en de vrouw (maar vooral van de vrouw) kan tot een flinke vermindering van de levensvreugde leiden. Want het besluit tot het ondergaan van een sterilisatie-ingreep is in een aantal gevallen voor de vrouw het begin van een „nieuw leven”. De inbreuk die een zwangerschap dáárop maakt kan naar blijkt hard aankomen. Zo stelde de vrouw in de zaak die uitliep op het inmiddels bekende arrest van het Hof 's-Hertogenbosch⁴⁶¹) dat de plannen voor een toekomstige levenswijze zo drastisch waren verstoord, dat bij haar ernstige psychische spanningen ontstonden.

De angst en de pijn ten gevolge van een nieuwe sterilisatie respectievelijk de bevalling spreken voor zichzelf.

Nu kent het geldende Nederlandse recht – anders dan sommige buitenlandse rechtsstelsels – grote terughoudendheid als het gaat om vergoeding van ideële schade. Slechts in enkele gevallen, zoals bij verwonding, heeft de gedupeerde recht op vergoeding. Vaststaat dat de Hoge

460) Aldus het onderzoek van L.C. van Otterlo en W. Vlaanderen, Ned. T. Geneesk. 1982, blz. 243. De kosten van die deskundige vormen uiteraard gewone vermogensschade.

461) Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 1983, NJ 1984, 240.

Raad – anders dan enkele lagere rechters – niet aan een ruimere toekenning wil; bijvoorbeeld door te anticiperen op het nieuw BW dat iets meer mogelijkheden biedt⁴⁶²).

Naar geldend recht is de arts daarom wél aansprakelijk voor de ideële schade die is ontstaan ten gevolge van een verwonding van de patiënt. Dat geldt zowel voor het geestelijk als voor het lichamelijk letsel. Datzelfde geldt denk ik voor de angst en pijn ten gevolge van de tweede sterilisatie.

Maar naar ik meen niet voor de pijn en angst ten gevolge van de bevalling. In dat geval is er, anders dan bij de mislukte behandeling zelf, geen sprake van letsel. Ook voor de „schrikschade” en andere ideële schade die ontstaat ten gevolge van een verkeerd uitgevoerde sterilisatie met de daarop volgende zwangerschap is hij niet aansprakelijk. Tot die laatste conclusie kwam dan ook terecht het Hof 's-Hertogenbosch, overwegende dat het hier niet meer gaat om letsel. De Rechtbank Maastricht, in eerste instantie oordelend, was eerder tot een ander oordeel gekomen, daarbij wél anticiperend op het nieuwe BW artikel 6.1.9.11 sub b. Daar staat dat de benadeelde recht heeft op vergoeding van de ideële schade, niet alleen als hij lichamelijk letsel heeft opgelopen, maar ook als hij „... op andere wijze in zijn persoon is aangetast”⁴⁶³). Na 1990 zal de vordering daarom misschien wél gehonoreerd worden.

462) HR 4 februari 1984, NJ 1984, 631. Vgl. ook R.M. Schoonenberg, a.w. 1986 (hiervóór noot 292), blz. 66/7.

463) Artikel 6.1.9.11, lid 1 sub c.

Hoofdstuk 7

Uitsluiting en beperking van aansprakelijkheid

7.1. NEDERLAND

Kan de arts bij het sluiten van een overeenkomst met de patiënt zijn aansprakelijkheid voor de schade beperken tot een bepaald bedrag of wellicht zelfs helemaal uitsluiten? Dergelijke „exoneratie-clausules” komen in het handelsverkeer veelvuldig voor; of dat voor de medische behandelingsovereenkomst ook zo is, is niet bekend, maar waarschijnlijk is het niet. Het is evenwel niet onwaarschijnlijk dat bijvoorbeeld bij overeenkomsten ter zake van sterilisatie-ingrepen de arts (na lezing van dit boek) zijn aansprakelijkheid zou willen uitsluiten. Het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie heeft zich hierover al eens uitgelaten. De vereniging vond dit soort clausules ongewenst en kennelijk – maar de passage is cryptisch – ook juridisch „irrelevant”⁴⁶⁴). Ik kan daarom niet om de vraag heen of aansprakelijkheid beperkende of uitsluitende bedingen, inderdaad „irrelevant” zijn. Dat zijn ze in ieder geval niet in het normale handelsverkeer. Maar als het gaat om de geneeskunde dan blijkt er, merkwaardig genoeg, grote onduidelijkheid én een geringe belangstelling te bestaan. Dat is daarom merkwaardig, omdat de arts, door zich vrij te tekenen voor de eventuele schade die door zijn fout kan ontstaan, de aansprakelijkheidsdans wellicht kan ontspringen.

Een exoneratie-clausule wordt van twee kanten bedreigd. In de eerste plaats kan ze eenvoudig nietig zijn wanneer ze strijdt met de openbare orde of de goede zeden. In de tweede plaats kan, als eenmaal vaststaat dat de clausule geldig is, een beroep op de clausule niet slagen wanneer de goede trouw zich tegen zo’n beroep verzet⁴⁶⁵). Of dat in een bepaald geval zo is, is afhankelijk van tal van omstandigheden.

Nietigheid vormt de ernstigste bedreiging voor de exoneratie-clausule. Voor die nietigheid valt wel iets te zeggen: de medische behandeling als onderwerp van de overeenkomst is bijna altijd een ingrijpende aangele-

464) Zie no. 3.11. hierboven.

465) HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (GJS) Saladin/HBU; HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (GJS) pseudo-vogelpest. Vgl. Asser-Hartkamp I (1988) no. 345.

genheid, waarbij de patiënt, veelal omdat het niet anders kan, toelaat dat in of aan zijn lichaam wordt gewerkt. Bovendien moet de patiënt risico's aanvaarden ten aanzien van het meest belangrijke wat hij heeft: zijn gezondheid en zijn welzijn. Soms staat zelfs zijn leven op het spel. Het is dan ook verdedigbaar dat de uitsluiting of beperking van de aansprakelijkheid van de arts voor fouten waarvoor hem een verwijt kan worden gemaakt, ontoelaatbaar en dus nietig is. Dat was ook het oordeel van Maeijer, vele jaren geleden:

„Mijns inziens kan de geneesheer zich niet tevoren contractueel ontlasten van de aansprakelijkheid voor dergelijke fouten (hij bedoelde: „karakteristieke beroepsfouten”). Zulks zou ingaan tegen de eisen van de goede zeden ... Juridisch uitgedrukt, zou zulk een beding, aangegaan uit een ongeoorloofde oorzaak, krachteloos zijn. In begrijpelijker terminologie wil dit zeggen dat de geneesheer bij het aanbieden van zijn hoogst belangrijke diensten niet tegelijkertijd de verantwoordelijkheid aan zijn beroepsuitoefening verbonden, kan ontwijken of ontvluchten”⁴⁶⁶).

Aan deze opvatting werd veelal nog toegevoegd dat exonerationen in de gezondheidszorg in strijd zijn met het vertrouwenskarakter van de relatie arts-patiënt. Maar in de literatuur is er op gewezen dat die speciale relatie (als die er ten minste in onze tijd nog zo duidelijk is) op zichzelf nog geen argument tegen exoneren is⁴⁶⁷). Want het is weliswaar juist dat de noodzaak tot exoneren ontbreekt zolang vaststaat dat de patiënt zijn arts tóch niet tot schadevergoeding zal aanspreken, maar op het moment dat die zekerheid van alle aanspraken gespaard te blijven er niet meer is, vormt de exoneration-clausule daarop een op zichzelf logisch antwoord.

Een categorische afwijzing van de exoneration-clausule – altijd nietig! – mag dan verreweg de gemakkelijkste weg zijn, als gezegd kan men de exoneration-clausule ook op een andere manier benaderen. In die benadering speelt de *goede trouw* een zeer grote rol. Niet het grove zwaard van de nietigheid, maar het scherpe mesje van de goede trouw: een exoneration-beding is weliswaar geldig, maar een beroep daarop is onder

466) J.M.M. Maeijer, De geneesheer en het recht, Serie Medisch Recht no. 1, 1968, blz. 15 e.v.; aldus ook: L. Salomonson, preadvies NJV 1957, blz. 173 met een beroep op de vertrouwenspositie tussen arts en patiënt. Minder overtuigd van de „onzedelijkheid” van medische exonerationen lijkt H. Drion, HNJV II 1957, blz. 91 e.v. In het befaamde Röntgenbehandelingsarrest, HR 14 april 1950, NJ 1951, 17 (PhANH) ging het om grove schuld en exoneration dáárvoor wordt tegenwoordig nietig geacht; zie ook de rechtsvergelijkende conclusie van P.-G. Berger vóór het arrest. In algemene zin, zonder ter plaatse een standpunt in te nemen, Michiels van Kessenich - Hoogendam, Beroepsfouten 1982, blz. 55 e.v.

467) Zie voor de discussie hierover: G.J. Rijken, Exoneratieclausules, diss. Utrecht 1983, blz. 55 e.v.

de gegeven omstandigheden in strijd met de goede trouw. Aan welke omstandigheden moet men dan denken? Ik noem wat *mogelijkheden*, toegespitst op het medische bedrijf. De exoneratieclausule is eenzijdig aan de patiënt „opgelegd”, zonder dat hij daarop enige invloed heeft kunnen uitoefenen; bij het totstandkomen van de overeenkomst is de patiënt zich niet of onvoldoende bewust geweest van (de strekking van) de clausule; er bestaat onevenwichtigheid in de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen; er bestaat een onevenwichtigheid in de aard en in de ernst van de betrokken belangen van respectievelijk arts en patiënt; de arts valt grove schuld te verwijten bij de ondeugdelijke uitvoering van de overeenkomst⁴⁶⁸). Het zijn allemaal omstandigheden die het ieder voor zich en alle te samen de arts heel moeilijk kunnen maken om een geslaagd beroep op zijn exoneratie te doen.

De exoneratie-clausule maakt moeilijke tijden door⁴⁶⁹). Zeer bedreigend is de tendens in de rechtspraak en literatuur om de clausule niet toelaatbaar te achten (bedoeld wordt meestal dat het beroep erop niet toelaatbaar is) in het geval dat de exonerant zich tegen de schade waarvoor hij de exoneratie in het leven riep heeft verzekerd, dan wel had kunnen *verzekeren*⁴⁷⁰). Zet deze tendens door en bepaalt derhalve de verzekeerbaarheid van de schade de toelaatbaarheid van de exoneratie, dan heeft het voor artsen en ziekenhuizen voorlopig bijzonder weinig zin in hun contracten exoneratie-clausules op te nemen. „Voorlopig”, immers totdat blijkt dat de risico's niet meer adequaat te verzekeren zijn. Maar als dat al zou gebeuren, dan kan men nog denken aan exoneraties boven een bepaald schadebedrag. Bovendien is ernog het feit dat de exoneratie-clausule deel zal uitmaken van een wijder complex van algemene voor-

468) Zie voor een uitvoerige bespreking van deze en andere omstandigheden: Rijken, a.w. en CR IV (Makkinga), no. 397 e.v.

469) In de totstandkomingsgeschiedenis van het Nieuwe BW leek het er zelfs even op dat de exoneratieclausule geheel in de ban zou worden gedaan. Zie daarover Rijken, NJB 1984, blz. 1415. Zo ver is het niet gekomen.

470) Rijken, a.w. blz. 50 e.v. Iets minder ver ging Sluyters, a.w. 1974 (hiervóór noot 44), blz. 39, noot 122. Overigens meent de schrijver dat „een clausule tot uitsluiting van aansprakelijkheid voor geringe fouten en tot beperking van aansprakelijkheid tot een bepaald gedrag ... waarschijnlijk door de rechter geaccepteerd zou worden” (blz. 50, ook in 1974 dus). Anders: I.N. Peterson-Schalken, T. voor Antilliaans Recht - Justicia 1985, blz. 193 die meent dat uitsluiting of beperking ook voor geringe fouten ongeldig is: „Het zou niet behoorlijk zijn wanneer een arts zich kan onttrekken aan aansprakelijkheid indien hij onzorgvuldig heeft gehandeld.”

Zie in het kader van het ontwerp Algemene Voorwaarden (16 1983) de opmerking in de toelichting: „Zo zal de redelijkheid van een aansprakelijkheidsbeperking mede afhankelijk kunnen zijn van de vraag of het risico had kunnen worden verzekerd, op wiens weg dit had gelegen, of een redelijk aanbod daartoe van de hand is geweest ...”. T.K. zitting 1981, nr. 3, blz. 24.

waarden. En ook deze algemene voorwaarden worden steeds kritischer gezien⁴⁷¹⁾.

Tot een zeer terughoudend standpunt kwamen P.A. Stein en R.M. Lodeizen-Schoonenberg⁴⁷²⁾, namelijk dat de aard en de ernst van de belangen van de patiënt en de aard en de ernst van de schade alsmede de onderlinge verhouding tussen patiënt en medicus respectievelijk het ziekenhuis van een zodanig gewicht zijn bij de beoordeling van medische exoneration, dat alleen al op grond van deze factoren een beroep op uitsluiting van medische aansprakelijkheid over het algemeen ongeoorloofd moet worden geacht. Mogelijk, zo voegen ze daaraan toe, kan men hierover in een enkel geval anders denken, wanneer de schade van de patiënt betrekkelijk gering is en nagenoeg door diens eigen verzekering gedekt of wanneer de patiënt beschikt over een ruime mate van algemene eruditie en ook overigens van een aanvaarding van een exoneration-clausule onder de druk van omstandigheden niet kan worden gesproken.

Daaraan doet volgens de schrijvers niet af dat de arts slechts een geringe beroepsfout heeft gemaakt. In deze opvatting wordt nagenoeg hetzelfde resultaat bereikt als in de opvatting dat medische exoneration-clausules nietig zijn. Immers zij is slechts „in een enkel geval” toelaatbaar. Met alle problemen vanden, want in het concrete geval kan over de toepasselijkheid van de gegeven uitzondering nog eindeloos lang worden geredetwist; over de „mate van algemene eruditie” bijvoorbeeld.

7.2. WEST-DUITSLAND

Een uitstapje naar Duitsland blijkt min of meer eenzelfde resultaat op te leveren. Onze oosterburen zijn (überhaupt) terughoudend in het aanvaarden van exoneration-clausules („Haftungsfreistellungen”), en dat geldt zeker voor medische behandelingsovereenkomsten⁴⁷³⁾.

Men maakt een onderscheid tussen exonerationen die voor een apart geval worden gemaakt en exonerationen die deel uitmaken van algemene voorwaarden, in bijvoorbeeld de zogenaamde „Krankenhausaufnahmbedingungen”. In het eerste geval toetst de rechter aan § 138 BGB (de goede zeden) en § 242 (de goede trouw). In het tweede (verreweg het meest

471) Ik volsta met enige verwijzingen naar rechtspraak en literatuur:

HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (G) Smilde en HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (G) Tilburgsche Hypotheekbank; zie daarover uitvoerig E.H. Hondius, Kw. ber. NBW 1986, blz. 92 e.v. en in Kw. ber. NBW 1987, blz. 63 e.v. met literatuur. Zie Asser-Hartkamp I (1988), no. 344.

472) P.A. Stein en R.M. Lodeizen-Schoonenberg, TvG 1983, blz. 171; NJB 1985, blz. 715 (J.E.M. Akveld).

473) Dát Duitse klinieken steeds meer hun (voorlopige) toevlucht zoeken tot exoneration-clausules, melden A. Eser en H.G. Koch, DA 1981, blz. 1676.

voorkomende geval) toetst de rechter aan § 9 AGB-Gesetz (strijd met de goede trouw, nader bepaald in lid 2) en aan § 11, onder 7 AGB-Gesetz (een exoneration voor grove schuld is nietig).

De vooralsnog schaarse rechtspraak staat afwijzend tegenover het gebruik van exoneration-clausules door artsen⁴⁷⁴). Belangrijk argumenten vormen de geringe keuzevrijheid voor de patiënt indien exonerationen op grotere schaal worden toegepast, en ook dat medische behandelingen in de meeste gevallen noodzakelijk zijn; ook in dit opzicht heeft de patiënt geen keuze. Ten slotte is de verzekering van de arts een belangrijke factor in de afwijzing van de exoneration-clausules.

In 1983 schreef Deutsch een artikel over dit netelige probleem en het zou mij niet verwonderen dat (mede) daarmee voor de exonerationclausule het doek valt:

„Die Haftungsbeschränkung von Arzt und Klinik ist deswege unwirksam, weil sie überraschend und überwältigend gegenüber einem Kranken erscheint, der auf eine Behandlung nach den anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft angewiesen ist“⁴⁷⁵).

Slechts in enkele gevallen kan een exoneration-clausule toelaatbaar zijn, aldus Deutsch⁴⁷⁶). Eén van die gevallen is de níet-noodzakelijke behandeling, waarvan de patiënt desondanks zelf graag wil dat ze wordt uitgevoerd. Deutsch noemt als voorbeeld de operatie met een zuiver cosmetisch doel. Meer voorbeelden geeft hij niet, maar uit zijn woorden lijkt te volgen dat hij de uitzondering op de regel („exonerationen zijn ontoelaatbaar”) als een hoge uitzondering wil zien⁴⁷⁷). Hoe hij over sterilisatie-ingrepen zou denken, weet ik niet.

7.3. AMERIKA

Men kan zich afvragen waarom artsen – met name in Amerika (zie hier-vóór no. 6.3) en ziekenhuizen niet vóóraf hun aansprakelijkheid uitsluiten. Dat zou schriftelijk kunnen of mondeling of eventueel zelfs met een duidelijk zichtbaar uithangbord. Op die manier zou men zich een hoop ellende besparen.

Maar ook daar worden dergelijke exoneration-clausules („releases”) met terughoudendheid bekeken. Dat geldt al in het gewone handelsver-

474) OLG Stuttgart 7 december 1977, NJW 1979, blz. 2355.

475) E. Deutsch, NJW 1983, blz. 1353; zie van dezelfde schrijver (in ruimere zin): VersR. 1974, blz. 301 e.v.

476) Ofschoon hij al eerder had gezegd dat „eine Differenzierung” naar behandeling „unangemessen erscheint”, Gutachten 1981, blz. 1067. Deutsch adviseert in een aparte wet op te nemen: „Die Haftung kann nicht im voraus ausgeschlossen oder beschränkt werden” (blz. 1113).

477) Deutsch, NJW 1983, blz. 1358.

keer, waar deze clauses reeds als nietig worden aangemerkt als partijen niet in een „equal bargaining position” verkeren⁴⁷⁸). Dat geldt eens te meer voor exonerationen in de gezondheidszorg. In de jurisprudentie werden zijn steeds gezien als „against public policy”.

Toonaangevend is een uitspraak geweest van het Supreme Court van California uit 1963⁴⁷⁹). Patiënt Hugo Tunkl, die tijdens de procedure overleed en blijkens de stukken al in een slechte gezondheidstoestand verkeerde toen hij het ziekenhuis inkwam (zo zou hij al niet meer in staat zijn geweest te lezen), had bij binnenkomst een papier getekend waarin hij het ziekenhuis „releases from any and all liability for the negligent or wrongful acts or omissions of its employees ...”. Na een BOVAG II-achtige redenering⁴⁸⁰) vonniste het Hof:

„In insisting that the patient accept the provision of waiver in the contract, the hospital certainly exercises a decisive advantage in bargaining. The would-be patient is in no position to reject the proffered agreement, to bargain with the hospital, or in lieu of agreement to find another hospital. *The admissionroom of a hospital contains no bargaining table where, as in a private business transaction, the parties can debate the terms of their contract*” (voegde het Hof daar in mijn curs. plastisch aan toe)⁴⁸¹).

De schaarse jurisprudentie sinds Tunkl is gelijkkluidend. Zo oordeelde in 1977 het Supreme Court van Tennessee in een geval waarin een arts een abortus ondeskundig uitvoerde zodat een 23-jarige ongehuwde vrouw toch tegen haar wens in een kind kreeg, dat de exoneration-clausule die de arts haar vooraf had laten tekenen „against public policy” is⁴⁸²). Het Hof overwoog, nadat het met instemming Willeston on Contracts had geciteerd⁴⁸³):

„some relationships are such that once entered upon they involve a status requiring of one party *greater responsibility than that required of the ordinary person*, and, therefore a provision avoiding liability is peculiarly obnoxious” (curs. Hof): „A professional person should not be permitted to hide behind the protective shield of an exculpatory contract and insist that he or she is not answerable for his or her own negligence. We do not approve the procurement of a licence to commit negligence in professional practice”.

In de discussie over het terugdringen van het aantal en de omvang van

478) Zie Prosser and Keeton on Torts 1984, blz. 482 e.v.

479) Tunkl v. The Regents of the University of California, 383 P.2d 441 (Cal. 1963).

480) HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37 (HB).

481) A.w., blz. 447.

482) Olzen v. Molzen, 558 S.W.2d 429 (Tenn. 1977).

483) Williston on Contracts § 1751 (1972).

de schadevergoedingen komt men tegenwoordig nog maar zelden een pleitbezorger van de exonerationeclausule tegen. Een enkele keer heeft de wetgever zelfs uitdrukkelijk een verbod uitgesproken⁴⁸⁴).

7.4. EIGEN MENING

We zien, zowel in Nederland als in Duitsland en Amerika, dat de exonerationeclausule zeker in medische zaken met veel argwaan of zelfs met afkeer wordt bekeken. Datzelfde geldt voor Frankrijk⁴⁸⁵) en Spanje⁴⁸⁶). In Italië bestaat er in zoverre een beperking van de aansprakelijkheid, dat in geval van technisch zeer moeilijke handelingen *grave* onzorgvuldigheid wordt vereist voordat de arts aansprakelijk kan worden gehouden (art. 2236 Codice Civile). Op deze regel zou al door sommige chirurgen en röntgenologen met succes een beroep zijn gedaan⁴⁸⁷).

Hoe luidt mijn oordeel? Het nietigheidsoordeel van bijvoorbeeld Maeijer spreekt mij, een enkele uitzondering misschien daargelaten, niet erg aan. In het geval van sterilisatie-ingrepen zou nietigheid als sanctie zéker overdreven voorkomen: daar neemt de patiënt als het goed is een weloverwogen beslissing ter zake van een operatie die (zeker voor de man) lichamelijk niet zeer ingrijpend is en die ook niet noodzakelijk is⁴⁸⁸). Het voordeel van de goede trouw-benadering is, dat per geval kan worden nagegaan of een beroep op de exonerationeclausule geoorloofd is.

Juridisch gesproken meen ik dat exonerationen in medische overeenkomsten maar zelden zullen vallen onder het nietigheidszwaard (zie hetgeen hieraan voorafging). Naar mijn oordeel kan van de meeste exonerationen niet worden volgehouden dat zij „in zichzelf” ontoelaatbaar zijn. Dat geldt naar ik meen ook voor de exoneration bij de sterilisatie-ingreep. Maar ook al is de exoneration op zichzelf toelaatbaar, dan zal nog altijd

484) Bijv. in Illinois, III. Ann. Stat. ch. III, 4478: „Releases from liability as condition of medical treatment is against public policy. Any contract or agreement signed by any person prior to or as a condition of such person receiving medical treatment in any form, which releases from liability any physician, hospital or other health care provider for any malfeasance, misfeasance or nonfeasance in the course of administering any medical treatment or service is void and against the public policy of the State of Illinois”. Ook in Nederland zullen we binnenkort zo'n wettelijk verbod kennen: artikel 1653s BW, zie hierna.

485) Zie Mazeaud-Tunc, Tome III, blz. 24.

486) „Se considera generalmente ilícita, por se contraria a la moral y al orden publico ...”. Aldus J. Santos Briz, RDP 1984, blz. 672. „Generalmente”, maar niet duidelijk wordt of er in de rechtspraak dan ook anders over wordt gedacht. In zijn bijdrage aan Medical Responsibility, a.w. 1982, blz. 656 laat hij die nuancering achterwege. Zie ook J.M. Fernández Hierro, a.w. 1984 (hiervóór noot 81), blz. 150 e.v.

487) Zo meldt Deutsch, Gutachten 1981, blz. 1086; cass. 18 april 1966 Giust. Civ. Cass. 1966, 555; Cass. 6 december 1951, Foroit 1952, I, 190.

488) Lodeizen-Schoonenberg en Stein, TvG 1983, blz. 179/80 over sterilisatie-ingrepen en exonerationen begrijp ik niet goed.

het *beroep* van de arts daarop moeten worden getoetst aan de goede trouw. Wil zo'n beroep slagen, dan zal de exoneration in elk geval uitdrukkelijk en in heldere, voor de patiënt begrijpelijke, bewoordingen moeten worden overeengekomen. Want de kans is groot dat een beroep in strijd met de goede trouw wordt geoordeeld, als bijvoorbeeld blijkt dat de wederpartij de strekking van het beding niet heeft kunnen begrijpen, laat staan heeft kunnen overzien.

Ook zal de exoneration-clausule doorgaans schriftelijk moeten worden overeengekomen, niet omdat dat een vormvereiste zou zijn, maar omdat de arts in het geval van een mondeling overeengekomen exoneration zal moeten bewijzen dat zij deel uitmaakt van de overeenkomst, alsook dat de patiënt haar strekking kon begrijpen. Het zou me in het licht van het bovenstaande, en nu een lijn in de jurisprudentie nog moet worden uitgezet, niet verbazen als de rechter „streng” zal toetsen. Gelet op het bijzondere karakter van de medische behandelingsovereenkomst en met het oog op de veelal bijzondere omstandigheden van het geval, lijkt dat zelfs waarschijnlijk.

Hoe een rechter zal oordelen over de mate van schuld in combinatie met een beroep op een exoneration-clausule is de vraag. Vaststaat in elk geval dat een exoneration niet beschermt tegen grove schuld⁴⁸⁹). Bepaald waarschijnlijk acht ik het, dat die kwalificatie „grove schuld” wordt gehecht aan bijvoorbeeld het achterwege laten van een na-onderzoek na een vasectomie. En ten slotte, als al deze hindernissen zijn genomen, kan nog een onoverkomelijk obstakel blijken te zijn de omstandigheid dat het risico gemakkelijk te verzekeren valt. Kortom: juridisch beschouwd leidt de exoneration-clausule arts en ziekenhuis in een veld vol voetangels en klemmen. Daarom zullen artsen en ziekenhuizen zich, hoe dan ook, goed moeten verzekeren.

Een andere vraag is of een ontwikkeling naar meer exonerationen een *wenselijke* is. Het zou mij niet verwonderen als het maken en dus uitdrukkelijk overeenkomen van een exoneration-clausule in veel gevallen een storende uitwerking zou hebben op de relatie patiënt-arts. Bovendien zal er, zeker ten aanzien van sommige behandelingen, concurrentie of zelfs een concurrentieslag kunnen ontstaan tussen artsen die zich wél, die zich niet of die zich beperkt exoneren. Het is de vraag of dat wenselijk is. Zeker is het dat het ernstig te betreuren zou zijn, indien we bij gebruik van exoneration-clausules op ruimere schaal, verzeild zouden raken in mijns inziens onontkoombare juridische problemen en procedures rond vragen als wel/niet nietig, wel/niet in strijd met de goede trouw,

489) Wellicht moet anders worden geoordeeld in het geval de arts in dienst van het ziekenhuis is. Zie de literatuur en rechtspraak vermeld in CR II (Wuisman), no. 175 e.v.

wel/niet grove schuld. Dat is *mutatis mutandis* ook mijn bezwaar tegen de opvattingen van Stein en Schoonenberg.

Zolang het huidige medisch-verzekeringssysteem niet uit de hand dreigt te lopen, valt er dus veel voor te zeggen om de artsen via de premies en de patiënten via de rekening te laten opkomen voor de geleden schade⁴⁹⁰). In de gezondheidszorg komt de exoneratie nog maar net om de hoek kijken. We doen er goed aan de deur tijdig dicht te gooien.

7.5. HET VOORONTWERP

Met deze zin eindigde ik in 1986 mijn boek. En inderdaad kent het inmiddels bekend geworden voorontwerp een verbod op exoneratieclausules. In artikel 1653s wordt bepaald dat de aansprakelijkheid van de hulpverlener en van het ziekenhuis niet kan worden beperkt of uitgesloten. De toelichting wijst op de belangen van leven en gezondheid die bij geneeskundige verrichtingen betrokken zijn, op de overwichtspositie die medische beroepsbeoefenaren en ziekenhuis als regel innemen en op de mate van schuld. Dit alles maakt dat de medische behandelingen en de exoneratie-clausule zich niet met elkaar verdragen. Een geldig beroep op de exoneratie zal niet spoedig worden aanvaard, meent de schrijver van de toelichting terecht⁴⁹¹).

Uit het voorgaande zal blijken dat ik het hiermee eens ben. Toch één opmerking.

Niet alleen het uitsluiten, maar ook het *beperken* van de aansprakelijkheid wordt verboden. Ik vraag me af of zo'n beperking onder bepaalde omstandigheden niet tóch van pas zou kunnen komen⁴⁹²). Ik denk aan gevallen waarin de mogelijke schade de verzekeringsdekking aan de arts zou kunnen overschrijden. Stel, een sterspeler van Ajax wil zich laten behandelen aan een hardnekkige enkelblessure, of een zeer succesvolle Duitse tennister wil zich laten behandelen aan haar schouder. Een fout van de behandelende artsen zou kunnen leiden tot het einde van de

490) De premies zijn niet erg hoog. Ik kreeg gegevens van Nationale Nederlanden. Zo betalen de anaesthesisten en de gynaecologen en verloskundigen: f 725 per jaar. Chirurgen betalen f 625, net zoals de neurochirurgen, die in Amerika aan de top staan. Een cardioloog betaalt f 475 net zoals een huisarts met apotheek. Een huisarts zonder apotheek is minder kwijt: f 325. Als specialisten al onder de dekking van een ziekenhuis vallen en ze willen zich nog eens, maar dan zelfstandig, verzekeren dan krijgen ze bepaalde kortingen ($\pm 40\%$). Zo'n extra verzekering dekt dan tegen aansprakelijkheid voor fouten gemaakt buiten de muren van het ziekenhuis, bijvoorbeeld in de eigen privépraktijk. Het verzekerd bedrag is dan f 1.000.000,- per gebeurtenis. Zie voor literatuur OD VIII (Michiels van Kessenich-Hoogendam), no. 59; Rijken a.w. 1983, blz. 54 e.v.

491) Artikelsgewijze toelichting, blz. 19.

492) Ik heb me dat eerder afgevraagd in het BW-krant Jaarboek 1988, blz. 236.

carrière van beide spelers. Een miljoenenschade kan het gevolg zijn. Is er nu in zo'n geval – en er zijn er meer te bedenken – niet iets voor te zeggen een exoneratie bóven een bepaald bedrag wél toe te laten? De hoogte van dat bedrag zou kunnen samenvallen met de maximumdekking die de verzekeraar aan arts en ziekenhuis pleegt te geven: 1 miljoen resp. 2½ miljoen⁴⁹³). Toen ik hem daarnaar vroeg vertelde een woordvoerder van een grote medische aansprakelijkheidsverzekeringsmaatschappij mij, dat hem geen gevallen bekend waren waarin de maximum-dekking werd overschreden. Maar al zou men de grens van 1 miljoen gulden waarboven exoneraties toelaatbaar zijn te *laag* vinden, dan legt men de grens wat hoger. Zou, gelet op de geringe premies die artsen hoeven te betalen, een hogere dekking dan een probleem opleveren?

EINDE

493) Aldus ook voor het geldende recht in het kader van de goede trouw-toetsing Schoonenberg en Stein, a.w. 1983, blz. 178. Anders E.H. Hondius en C.C.M. Nadorp-Van der Borg, TvG 1988, blz. 20 die een dergelijke beperking (in elk geval vooralsnog) „niet noodzakelijk” vinden. Zij verwijzen naar de geruststellende woorden van F.H.A. Arisz en J.G.C. Kamphuisen, a.w. 1987, blz. 58 e.v. en 79 e.v.

Samenvatting

Dit boek gaat over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties. Zijn mislukte sterilisaties niet een al te „specialistisch” onderwerp? Mijn antwoord luidt ontkennend. Door een *bepaalde* medische behandeling als onderwerp te kiezen loopt men als onontkoombaar op tegen vele civielrechtelijke vragen. Bovendien is juist de sterilisatie-ingreep zo interessant, omdat daarbij ingeval van een fout onverwachte schadeposten kunnen ontstaan. Met name valt te denken aan de schade bestaande uit de opvoedingskosten van een niet-gewenst kind. De vraag die in dit boek centraal staat is of *die* kosten voor vergoeding in aanmerking komen.

Het boek is sterk rechtsvergelijkend van aard. De belangrijkste landen waarvan ik het recht heb bestudeerd, zijn West-Duitsland, Amerika, Engeland, Canada, België, Frankrijk en Spanje. Waar nodig bespreek ik een Nederlands wetsvoorstel inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Dat civielrechtelijke wetsvoorstel zou binnen enkele jaren ingevoerd moeten zijn.

In *hoofdstuk 2* wordt eerst de grondslag van de aansprakelijkheidsvordering besproken: wanprestatie en/of onrechtmatige daad. Echt belangrijke verschillen lijken er niet te zijn (2.1). De verbintenis waartoe de arts zich jegens de patiënt verplicht wordt wel verdeeld in resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen. Aan de hand van dit onderscheid wordt (veelal) de bewijslast verdeeld. Het is de vraag of dit onderscheid ook theoretisch valt te maken (2.2-2.4). Van de arts wordt verwacht dat hij handelt als een „redelijk bekwame geneesheer” (2.5.). De arts kan zijn aansprakelijkheid niet afweren met een beroep op zijn onervarenheid. Het gaat niet aan in dat geval een lichtere norm te hanteren, want zo zou de arts worden opgeleid letterlijk op kosten van de patiënt (2.6). De aansprakelijkheid van de arts is een schuldaansprakelijkheid, geen risico-aansprakelijkheid. Een risico-aansprakelijkheid zou op een wettelijke bepaling moeten berusten en die is er niet. Wel kan de aansprakelijkheid de trekken van een risicoaansprakelijkheid krijgen,

door de norm waaraan de arts moet voldoen in sterke mate te objectiveren. (2.7).

Hoofdstuk 3 is gewijd aan „informed consent”. De overeenkomst tussen arts en patiënt komt tot stand na wederzijdse toestemming. Voor verichtingen ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst telkens de toestemming van de patiënt vereist. (3.1–3.2) Een probleem is wie moet bewijzen, als niet duidelijk is of de patiënt toestemming heeft gegeven – arts of patiënt? Een harde regel is niet te geven. De West-Duitse rechtspraak lijkt gunstiger voor de patiënt dan bijvoorbeeld de Franse. Het laten ondertekenen door de patiënt van een schriftelijke verklaring kan helpen, al kan zo de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt onder druk komen staan. De patiënt kan pas gefundeerd toestemming geven als hij adequaat is geïnformeerd. In het wetsvoorstel is die plicht als volgt geformuleerd:

„De hulpverlener licht de patiënt op duidelijke wijze en, desgevraagd, schriftelijk in over de aard en het doel van het onderzoek of de behandeling die hij noodzakelijk acht, over de te verwachten gevolgen en risico's daarvan voor de gezondheid van de patiënt, over andere methoden van onderzoek of behandeling die in aanmerking komen, alsmede over de staat van en de vooruitzichten met betrekking tot diens gezondheid voor wat betreft het terrein van het onderzoek of de behandeling.”

Het informeren van een patiënt moet zijn ingebed in een gesprek, afhankelijk van bijvoorbeeld de aard van en de kans op risico, meer of minder uitvoerig. Het geven van schriftelijke informatie, náást mondelinge, is aan te raden. (3.5).

Een bijzonder probleem is of de arts gehouden is om de patiënt te informeren over zijn gebrek aan ervaring (bij sterilisaties een risico-verhogende factor). Naar mijn oordeel is die verplichting er alleen als de patiënt erom vraagt (3.7.4).

Ten aanzien van de sterilisatie-ingreep behoort de arts zijn patiënt in elk geval in te lichten over: de kans op een mislukking, of complicaties, de betrekkelijke onomkeerbaarheid van de ingreep en de lichamelijke en psychische gevolgen voor patiënt en partner (3.9). Uit een eigen onderzoek én uit onderzoek van een organisatie van consumenten (Consumentenbond) blijkt dat de informatie inhoudelijk én qua presentatie lang niet altijd adequaat is (3.10–3.11).

Als is vastgesteld dat de arts ten aanzien van zijn informatie te kort schoot, moet nog komen vaststaan of tussen dat tekort schieten en de schade causaal verband bestaat. In gevallen van mislukte sterilisaties zal

dat verband doorgaans ontbreken (3.13). Vervolgens wordt de lastige vraag besproken wie dat moet bewijzen en hoe (3.13.1). No. 3.14 gaat tenslotte over de vraag wie moet bewijzen dat de patiënt al dan niet adequaat is geïnformeerd.

In *Hoofdstuk 4* bespreek ik de techniek van de sterilisatie-ingreep bij de vrouw en de man (4.1–4.2). Daar komen ook gemaakte fouten ter sprake. Wie moet bij onenigheid de oorzaak van de fout bewijzen. In Nederland geldt als regel: „De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van de redelijkheid en de billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit”. Deze regel geeft de rechter voldoende speelruimte. Hij doet er goed aan niet te snel één der partijen het bewijs op te dragen. Hij kan bijvoorbeeld deskundigenbericht bevelen. In 4.5 bespreek ik het bewijs toegespitst op de sterilisatie-ingreep. Slecht bijgehouden dossiers strekken in het nadeel van de arts (4.6). Tenslotte is het de vraag of van de vrouw medewerking aan het leveren van duidelijkheid kan worden verlangd door opnieuw te worden geopereerd. Naar mijn oordeel kan dat in redelijkheid niet van haar worden gevergd. In 4.7 formuleer ik relevante omstandigheden aan de hand waarvan dat kan worden vastgesteld.

In *hoofdstuk 5* staan centraal de bezwaren die kunnen worden ingebracht tegen de vergoeding van de opvoedingskosten.

- het „public policy”-argument. Erkenning van de vordering zou er op neerkomen dat de geboorte van een kind een schadepost zou zijn. Ten onrechte, want niet het kind zelf, maar de financiële gevolgen van zijn geboorte vormen de schade (5.2.1);
- het „overriding benefit”-argument. Het werd en wordt vooral door Amerikaanse rechters aangehangen: de geboorte van het kind zou de schade in het niets doen verdwijnen. De vraag is dan wel, waarom de ouders voor de sterilisatie hebben gekozen (5.2.2);
- het voordeelstoerekening-argument. De immateriële voordelen van de geboorte zouden de materiële nadelen (schade) doen verminderen of zelfs geheel compenseren. Ten onrechte, omdat deze onvergelijkbaar zijn (5.2.3);
- abortus als schadebeperking. Dit vaak gehanteerde verweer is onjuist, omdat naar Nederlands recht abortus weliswaar wordt toegestaan, maar alleen indien de beslissing door de vrouw in volledige vrijwilligheid wordt genomen. Een schadebeperkings

plicht

 past daarin niet (5.2.4);
- adoptie als schadebeperking. Ook dit verweer is onjuist, al was het

maar omdat deze schadebeperkingsplicht in redelijkheid niet van de ouders kan worden gevergd. Bovendien zou ze in strijd komen met de Nederlandse wet (5.2.5);

– schadevergoeding zou later leiden tot psychische schade bij het kind („emotional bastard-theory”). Dat gevaar wordt overdreven. Wellicht zelfs kan schadevergoeding aan de ouders de acceptatie van kind, en dus zijn opvoeding ten goede komen (5.2.7);

– het motief voor de sterilisatie. In sommige situaties een belangrijk bezwaar: schadevergoeding is alleen mogelijk als het motief voor de sterilisaties overeenstemt met de schade die de patiënt zegt te lijden. Is bijvoorbeeld het motief geweest de gezondheid van de vrouw of van het kind, en wordt na een mislukte sterilisatie het kind toch gezond geboren, dan gaat het niet aan de ouders de *opvoedingskosten* te vergoeden. Motief en schade stemmen dan niet overeen. Naar mijn oordeel dient de rechter daarom acht te slaan op het motief, om vervolgens aan de hand van de Schutznorm-leer vast te stellen of er recht op schadevergoeding bestaat (5.2.8).

Hoofdstuk 6 gaat over causaal verband en schadevergoeding. Een voorwaarde voor aansprakelijkheid is het bestaan van causaal verband tussen fout en schade. Een bijzonder probleem is, of de arts zich (in een bepaald geval) aan aansprakelijkheid kan onttrekken met de stelling dat ook zónder zijn fout er een bepaalde kans zou zijn geweest dat de schade zou intreden. Naar mijn oordeel moet in zo’n geval de kans op genezing worden begroot (voorbeeld 40%) en de omvang van de schadevergoedingsplicht naar rato worden vastgesteld. Aldus bestaat de schade in de kans op herstel; naar een Franse term: de „perte d’une chance”-doctrine (6.1.2).

Het bewijs van het causaal verband rust op de patiënt. Wel is er iets te zeggen voor de Duitse opvatting in de rechtspraak om de bewijslast om te keren als de arts „grob sorgfaltwidrig” heeft gehandeld (6.5.4).

Hoe staat het nu met de vergoeding van de opvoedingskosten? In West-Duitsland bepaalde het Bundesgerichtshof dat de rechter bij het vaststellen van de schadevergoeding moet kijken naar het „Regelunterhalt für ein nichteheliches Kind”, althans als de geboorte van het kind een „Durchkreuzung einer Familienplanung” is (6.2). In Amerika heeft men te maken met sterk wisselende uitspraken: van volledige toewijzingen, via gedeeltelijke toewijzingen, tot algehele afwijzingen (6.3). Ook in Engeland heeft de gedupeerde een onzekere claim (6.4), de Canadese rechter is terughoudend, in België, Nederland en Frankrijk ligt de zaak nog open (6.5–6.6).

Naar mijn oordeel past op de vraag naar de vergoeding van met name de opvoedingskosten een genuanceerd antwoord. Die nuance kan worden aangebracht met behulp van de causaliteit. Volledige schadevergoeding in alle gevallen lijkt mij onwenselijk. In *Nederland* geldt sinds ongeveer 20 jaar de leer van de toerekening naar redelijkheid, voor de vraag naar de omvang van de schadevergoedingsplicht is niet alleen van belang of de schade redelijkerwijze te voorzien was, maar of zij aan de dader redelijkerwijs kan worden toegerekend. Daarbij is van belang of de schade redelijkerwijze te voorzien was, maar ook om welk type aansprakelijkheid het gaat (schade gevorderd op grond van een schuld-aansprakelijkheid wordt gemakkelijker toegerekend dan in geval van een risico-aansprakelijkheid); van belang is ook de aard van de schade (zo wordt letselschade gemakkelijker toegerekend dan bijvoorbeeld inkomensschade); en verder: de aard van de gedraging van de dader (opzet en grove schuld leidt tot gemakkelijker toerekening dan lichte schuld). Kortom de causaliteitsleer is in feite een aansprakelijkheidsleer geworden.

Hoe staat het nu met de toerekening van de arts van de opvoedingskosten? Naar mijn oordeel heeft de rechter voldoende mogelijkheden om aan de hand van de bovengeschetste leer per geval tot een redelijke uitkomst te komen. Zo hij dat wenst kan hij de omvang van de schadevergoeding matigen, zij het op een andere - en dogmatisch bevredigender wijze - dan zijn buitenlandse collegae. Van groot gewicht acht ik het dat hij zich rekenschap geeft van de aard van de schade: de opvoedingskosten hebben gemeenschappelijke trekken met een alimentatie-vordering. Van die laatste vordering staat vast dat ze mede afhankelijk is van de *draagkracht* van de betalings-plichtige. Die notie stelt de rechter in de gelegenheid om de omvang van de schadevergoedingsverplichting te laten afhangen van de financiële situatie waarin de ouders zich bevinden(6.8).

In 6.9 worden de *overige schadeposten* besproken: de kosten van en rond een mogelijk nieuwe sterilisatie-ingreep; rond de bevalling, rond de aanpassing en verandering van de behuizing en verder de inkomstenderving van de vrouw en de ideële schade van de vrouw. Deze posten komen, mits ze redelijk zijn, voor vergoeding in aanmerking.

Hoofdstuk 7 gaat over de vraag of de arts zijn aansprakelijkheid kan uitsluiten of beperken. Het is omstreden - ook buiten Nederland - of dergelijke exonerationen ten aanzien van een medische behandeling toelaatbaar zijn. Sommige schrijvers menen dat deze clausules nietig zijn. Anderen menen dat exoneration-clausules weliswaar mogen worden overeengekomen, maar dat onder bepaalde omstandigheden een beroep op de clause in strijd is met de goede trouw. Omstandigheden die van belang

kunnen zijn, zijn bijvoorbeeld de wijze waarop het beding is overeengekomen, de maatschappelijke positie van partijen, of de patiënt de clausule heeft begrepen, de mate van schuld bij de arts. Toepasselijke rechtspraak is er nog niet. In de literatuur is een tendens om de exoneratie-clausule niet toelaatbaar te achten als de partij die zich op haar beroept zich adequaat tegen aansprakelijkheid kan verzekeren. Op dat punt zijn er vooralsnog geen problemen: artsen kunnen zich in Nederland gemakkelijk verzekeren tegen premies variërend per specialisme van f 300,- tot f 900,- per jaar. In het wetsontwerp wordt de exoneratie-clausule geheel verboden: artsen kunnen hun aansprakelijkheid noch uitsluiten noch beperken. Ten aanzien van dat laatste punt meen ik dat de regel te hard is: waarom is niet toelaatbaar een exoneratie *vanaf* het maximale bedrag waarvoor de arts verzekerd pleegt te zijn?

Summary

Liability of the doctor, especially with respect to unsuccessful sterilisation.

This book deals with the civil-law liability of the doctor, especially with respect to unsuccessful sterilisations. Are unsuccessful sterilisations not too specialised a subject? My answer is the negative. By choosing a *specific* medical operation as a subject one inevitably encounters many civil-law questions. Moreover, the sterilisation operation is particularly interesting because in the event of an error unexpected damage claims may arise. This relates specifically to the damage consisting of the costs of bringing up an unwanted child. The central question in this book is whether *those* costs should qualify for compensation.

The book is very much of a comparative law nature. The most important countries whose laws I have studied are West Germany, America, England, Canada, Belgium, France and Spain. Where necessary, I discuss a Dutch parliamentary proposal relating to the medical treatment contract. This civil-law bill should be introduced within a few years' time.

In *chapter 2* the basis for the liability action is first discussed: default and/or tort. There do not seem to be any really major differences (2.1). The contracts which are binding on the doctor towards the patient are, however, subdivided into „results contracts” and „best efforts contracts”. The burden of proof is (frequently) allocated on the basis of this distinction. The question is whether this distinction can also be made in theory (2.2–2.4). The doctor is expected to act as „a reasonably capable physician” (2.5). The doctor cannot repudiate his liability by appealing to his inexperience. In such a case it is not a question of applying a less strict standard, as that would mean that the doctor would be receiving training literally at the patient's expense (2.6).

The doctor's liability is a liability in tort, not strict liability. Strict liability would have to be set by statute and such a statutory provision does not exist. However, the liability may assume the characteristics of

strict liability if the standard which the doctor has to comply with is judged on a highly objective basis (2.7).

Chapter 3 is devoted to „informed consent”. The contract between doctor and patient is created after mutual consent. The patient's consent is required each time for acts performed to implement a treatment contract (3.1–3.2). One problem is: who bears the burden of proof – doctor or patient – if it is not clear whether the patient has given consent? No hard and fast rule can be given. West German jurisprudence seems more favourable to the patient than, say, that in France. Having the patient sign a written declaration may be of help, but this may also bring pressure to bear on the relationship of trust between doctor and patient. The patient can only give well-founded consent if he has been adequately informed. In the parliamentary bill this obligation is worded as follows:

„The person providing help shall inform the patient clearly and, if requested, in writing about the nature and purpose of the examination or treatment which he considers necessary, about the expected consequences and their risks for the patient's health, about other appropriate methods of examination or treatment, and also about the patient's state of health and prospects of health as regards the area of the examination or the treatment.”

The informing of a patient must be incorporated in a talk of greater or less detail depending on, say, the nature of and the possibility of risk. Providing written information in addition to oral information is advisable (3.5).

One particular problem is whether the doctor is obliged to inform the patient about his lack of experience (a risk-increasing factor in the case of sterilisations). In my opinion, this obligation only exists if the patient asks about it (3.7.4).

With regard to the sterilisation operation the doctor should in any event inform his patient about: the risk of failure, or complications, the comparative irreversibility of the operation and the physical and psychological consequences for the patient and his or her partner (3.9). My own research as well as research by a Dutch consumers association („Consumentenbond”) show that as regards both content and presentation this information is by no means always adequate (3.10–3.11).

If it is found that the doctor was inadequate in the information he provided, it still has to be established whether a causal link exists between that inadequacy and the damage. In cases of unsuccessful sterilisations that link will normally not exist (3.13). This followed by a

discussion of the difficult question of who has to prove what and how (3.13.1). Finally, section 3.14 deals with the question of who has to prove whether or not the patient was adequately informed.

In *chapter 4* I discuss the technique of the sterilisation operation in women and men (4.1–4.2). The errors that are made are also discussed. In the event of a dispute who has to prove the cause of the error? The rule applied in the Netherlands is: „The party who appeals to the legal consequences of facts or rights claimed by him shall bear the burden of proof in respect of such facts or rights, except where a different allocation of the burden of proof arises from any special rule or from the demands of reasonableness and equity.” This rule gives the judge sufficient latitude. His best approach is not to impose the burden of proof on one of the parties too quickly. For instance, he can first recommend an expert report. In section 4.5 I discuss the evidence specifically in relation to the sterilisation operation. Badly kept dossiers work to the doctor’s disadvantage (4.6). Lastly, it is questionable whether the woman can be required to cooperate in providing evidence by undergoing a new operation. In my view this cannot be reasonably demanded of her. In section 4.7 I have formulated the relevant conditions on the basis of which this can be determined.

Chapter 5 focuses on the objections that can be made to the compensation of the costs of the child’s upbringing.

- the „public policy” argument. Recognising the claim would mean that the birth of a child is the item of damage. This is wrong, because it is not the child itself but the financial consequences of its birth which constitute the damage (5.2.1);
- The „overriding benefit” argument. This view was and still is held mainly by American judges: the birth of the child is claimed to neutralise the damage entirely. If this is so, then the question is: why did the parents opt for sterilisation? (5.2.2);
- the „benefit allocation” argument. The non-material benefits of the birth are said to reduce the material drawbacks (damage) or even compensate for them completely. Wrong, as these are two incomparable factors (5.2.3);
- abortion as limitation of the damage. This frequently used defence is incorrect since, though abortion is indeed permitted under Dutch law, this is only the case if the decision is taken by the woman in complete freedom. A damage limitation *obligation* does not tally with this (5.2.4);
- adoption as damage limitation. This defence is also incorrect if only

for the reason that this damage limitation obligation cannot reasonably be demanded of the parents. Moreover, it would conflict with the Dutch law (5.2.5);

- damage compensation is said to cause psychological harm to the child at a later stage („emotional bastard theory”). This risk is exaggerated. Compensation of the parents might even be beneficial to their acceptance of the child and hence to its upbringing (5.2.7);

- the motive for the sterilisation. In some situations this is a major objection: damage compensation is only possible if the motive for the sterilisation corresponds to the damage which the patient claims to have suffered. For example, if the motive was the health of the woman or of the child and if the child is born healthy after an unsuccessful sterilisation, then it is not a matter of compensating the parents for the costs of the child's *upbringing*. In such a case the motive and the damage do not correspond. In my opinion the judge should therefore pay attention to the motive, so that he can then apply the „Schutznorm” doctrine to decide whether there is an entitlement to compensation of damage (5.2.8).

Chapter 6 deals with causation and damage compensation. One precondition for liability is the existence of a causal link between error and damage. A specific problem here is whether the doctor can (in a particular case) avoid liability by asserting that, even without his error, there would still have been some risk of the damage occurring. In my opinion the chance of a recovery (for instance, 40%) must be estimated in such a case and the level of the compensation obligation must be determined proportionately. In this way the damage represents the chance of recovery; to use a French expression, the „perte d'une chance” doctrine (6.1.2).

The onus of proof for the causal link lies with the patient. But there is something to be said in favour of the view taken in German jurisprudence that the burden of proof should be reversed if the doctor has acted „grob sorgfaltwidrig” (with gross neglect of his duty of care) (6.5.4).

How do things stand as regards the compensation of the costs of the child's upbringing? In West Germany the Bundesgerichtshof ruled that, in determining the damages, the judge should consider the „Regelunterhalt für ein nichteheliches Kind” (standard maintenance payment for an illegitimate child), at least in those cases where the child's birth was a „Durchkreuzung einer Familienplanung” (thwarting of a planned family) (6.2). In America the rulings differ widely: from full allocations, via

partial allocations, to complete rejections (6.3). In England, too, the victim's claim is also uncertain (6.4), whilst the Canadian judge is reticent and the matter is still undecided in Belgium, France and the Netherlands (6.5-6.6).

In my opinion the question as to the compensation of the costs of upbringing in particular requires a nuanced answer. That nuance can be achieved with the aid of causation. Full compensation in all cases would, I feel, be undesirable. In the Netherlands the doctrine of allocating the blame according to reasonableness has been applied for some 20 years now. As regards the question of the level of the compensation obligation, it is not only important whether the damage could reasonably have been expected, but whether it can reasonably be attributed to the perpetrator. Of importance here is whether the damage could reasonably have been foreseen, but also the type of liability that is involved (damage claimed on the basis of liability in tort is allocated more readily than strict liability); likewise of importance is the nature of the damage (for example, physical injury damage is more readily allocated than, say, loss of income); and, moreover: the nature of the perpetrator's behaviour (intention and gross negligence result more readily in allocation than minor negligence). In brief, the causation doctrine has essentially been turned into a liability doctrine.

What then is the situation with regard to the allocation to the doctor of the costs of upbringing? In my opinion the judge has sufficient possibilities for arriving at a reasonable result in each individual case on the basis of the doctrine outlined above. If he so wishes, he can moderate the level of the damages, albeit in a different – and dogmatically more satisfying way – than his foreign colleagues. I attach great significance to the fact that he makes allowance for the nature of the damage: the costs of upbringing have features in common with a claim for maintenance payments. As regards the latter claim it is true to say that it also depends on the *financial means* of the person obliged to pay it. This concept gives the judge the opportunity to make the obligation to pay damages dependent on the financial situation of the parents (6.8).

In section 6.9 the *other damage items* are discussed: the direct and auxiliary costs of a possible new sterilisation operation; the costs of the confinement, of adapting and changing the living accommodation and also the loss of income of the woman and the psychological harm to the woman. These items qualify for compensation, provided they are within reason.

Chapter 7 deals with the question of whether the doctor can preclude

or limit his liability. It is the subject of debate – also outside the Netherlands – whether such exonerations are permissible with regard to medical treatment. Some authors believe that such clauses are null and void. Others believe that agreement may be reached on exoneration clauses but that under certain circumstances an appeal to the clause is in conflict with good faith. Circumstances which may be of importance, for instance, are the way in which the provision was agreed, the social position of the parties, whether the patient understood the clause, and the degree of blame attributable to the doctor. As yet there is no applicable jurisprudence. In my opinion the medical exoneration is as a rule not null and void, though it usually is in conflict with good faith. In any event such clauses are absolutely undesirable. In the literature there is a tendency to regard the exoneration clause as inadmissible if the party who appeals to it is able to obtain adequate insurance against liability. In this respect there are provisionally no problems: doctors in the Netherlands can easily insure themselves in return for premiums which, depending on their specialisation, vary between f 300,- and f 900,- a year (approx. f 2 = 1 US\$). In the Dutch parliamentary bill the exoneration clause is completely banned: doctors can neither preclude nor limit their liability. As regards that latter point, I feel that the rule is too harsh: why is an exoneration not admissible for amounts *in excess* of the maximum amount for which the doctor is normally insured?

This summary has necessarily been kept short. Further, more detailed information is available from me: c/o Afdeling Burgerlijk Recht, Rapenburg 38, 2311 EX Leiden, Holland.

Zusammenfassung

Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, insbesondere für fehlgeschlagene Sterilisation.

Dieses Buch ist eine Verhandlung über die zivilrechtliche Haftung des Arztes, insbesondere für fehlgeschlagene Sterilisation. Ist die fehlgeschlagene Sterilisation nicht ein zu spezialisiertes Thema? Meine Antwort lautet verneinend. Wenn man eine *bestimmte*, medizinische Behandlung als Thema wählt, begegnet man unvermeidlich vielen zivilrechtlichen Fragen. Ausserdem ist gerade der Sterilisationseingriff so interessant, weil dabei im Falle eines Fehlers unerwartete Verlustposten entstehen können. Dabei kann man vor allem an die Kosten der Erziehung eines unerwünschten Kindes denken. In diesem Buch ist die Hauptfrage, ob *diese* Kosten für Entschädigung in Betracht kommen.

Das Buch ist in seiner Art stark rechtsvergleichend. Die wichtigsten Rechtssysteme, die ich untersucht habe, sind die der Bundesrepublik Deutschland, der Vereinigten Staaten und die von Grossbritannien, Kanada, Belgien, Frankreich und Spanien. Wo es erforderlich ist, werde ich einen niederländischen Gesetzentwurf besprechen, der den ärztlichen Behandlungsvertrag betrifft. Der zivilrechtliche Entwurf müsste innerhalb einiger Jahre eingeführt sein.

Im 2. *Kapitel* befasse ich mich zuerst mit der Grundlage des Schadenersatzanspruches: Nichterfüllung und/oder unerlaubte Handlung. Wirklich wichtige Unterschiede scheinen nicht vorzuliegen (2.1). Die Verpflichtung, die der Arzt dem Patienten gegenüber eingeht, kann man entweder als Dienstvertrag oder als Werkvertrag bezeichnen. Aufgrund dieses Unterschieds wird (oft) die Beweislast verteilt. Es ist die Frage, ob dieser Unterschied auch theoretisch existiert (2.2–2.4). Von einem Arzt erwartet man, dass er so handelt wie ein „leidlich fähiger Arzt“ (6.2). Der Arzt kann sich der Haftung nicht entziehen, indem er sich auf seine Unerfahrenheit beruft. In diesem Fall kann man nicht eine leichtere Norm hantieren, weil dann die Ausbildung des Arztes buchstäblich auf Kosten der Patienten geschieht (2.6). Die Haftung des Arztes ist eine

Schuldhaftung und nicht eine Gefährdungshaftung. Eine Gefährdungshaftung muss auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen, und die gibt es nicht. Die Haftung kann aber die Züge einer Gefährdungshaftung annehmen, wenn die Norm, nach der sich der Arzt richten muss, in starkem Masse objektiviert wird (2.7).

Kapitel 3 ist dem „informed consent“ gewidmet. Der Vertrag zwischen Arzt und Patient kommt nach gegenseitigem Einverständnis zustande. Für jede Verrichtung bei der Ausführung des Behandlungsvertrages ist die Einwilligung des Patienten erforderlich (3.1–3.2). Wenn nicht klar ist, ob der Patient seine Einwilligung gegeben hat, entsteht ein Problem: Wer muss den Beweis liefern, der Arzt oder der Patient? Eine feste Regel dafür kann ich nicht geben. Die Rechtsprechung in der Bundesrepublik scheint patientfreundlicher zu sein als die französische Rechtsprechung. Es könnte nützlich sein, den Patienten eine schriftliche Erklärung unterschreiben zu lassen, allerdings kann das dem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient schaden. Der Patient kann erst wohlbegründet zustimmen, wenn er adäquat informiert worden ist. In dem Gesetzentwurf ist diese Aufklärungspflicht des Arztes wie folgt formuliert:

„Derjenige, der einem Patienten Hilfe leistet, klärt diesen deutlich und, wenn nötig, schriftlich auf über die Art und den Zweck der Untersuchung oder der Behandlung, die er für notwendig hält; über die zu erwartenden Folgen und die Gefahren für die Gesundheit des Patienten; über andere in Betracht kommende Untersuchungs- oder Behandlungsmethoden, und auch über den Gesundheitszustand und die Voraussichten hinsichtlich dieses Zustandes, was das Gebiet der Untersuchung oder der Behandlung betrifft.“

Die Aufklärung des Patienten kann am besten in einem Gespräch stattfinden. Dieses Gespräch ist mehr oder weniger ausführlich, je nachdem, ob die Art des Risikos und die Aussicht darauf es verlangt. Ich kann dazu raten, den Patienten nicht nur mündlich aufzuklären, sondern ihm auch schriftliche Information zu erteilen (3.5).

Ein besonderes Problem ist, ob der Arzt dazu verpflichtet ist, seinen Patienten über seinen Erfahrungsstand aufzuklären (bei Sterilisationen ist das ein risikobestimmender Faktor). Meiner Ansicht nach besteht diese Verpflichtung nur, wenn der Patient danach fragt (3.7.4).

Im Hinblick auf den Sterilisationseingriff soll der Arzt den Patienten auf jeden Fall informieren über: das Operationsrisiko; die möglichen Komplikationen; die relative Unumkehrbarkeit des Eingriffes und die körperlichen und psychischen Folgen für den Patienten und dessen Partner (3.9). Aus eigener Forschung und aus Forschung einer Konsu-

mentenorganisation (de Consumentenbond) ergibt sich, dass die Aufklärung inhaltlich und von der Präsentation her bestimmt nicht immer adäquat ist (3.10–3.11).

Wenn feststeht, dass der Arzt seine Informationspflicht nicht gehörig erfüllt hat, muss festgestellt werden, ob zwischen der unzulänglichen Aufklärung und dem Schaden ein Kausalzusammenhang besteht. In dem Fall einer fehlgeschlagenen Sterilisation wird dieser Zusammenhang gewöhnlich fehlen (3.13). Sodann wird die schwierige Frage behandelt, wer diesen Zusammenhang beweisen muss und wie (3.13.1). Zum Schluss handelt Nr. 3.14 über die Frage, wer beweisen muss, dass der Patient adäquat informiert worden ist oder nicht.

Im 4. Kapitel wird die Technik des Sterilisationseingriffes bei der Frau und bei dem Mann besprochen (4.1–4.2). Dabei werde ich einige Kunstfehler zur Sprache bringen. Wer muss die Ursache des Fehlers beweisen, falls es Uneinigkeiten gibt? In den Niederlanden gilt die Regel „Die Partei, die sich auf die Rechtsfolgen der von ihr selbst angetragenen Tatsachen oder Ansprüche beruft, trägt die Beweislast dieser Tatsachen und Ansprüche, es sei denn, dass aus einer besonderen Regel oder aus den Ansprüchen der Billigkeit eine andere Verteilung dieser Last hervorgeht.“ Diese Regel lässt dem Richter genügend Spielraum. Der Richter tut gut daran, nicht zu schnell eine der Parteien mit der Beweisermittlung zu beauftragen. Er kann zum Beispiel lieber erst einen Sachverständigen hören. In Nr. 4.5 werde ich mich mit dem Problem des Beweises beschäftigen, zugespißt auf den Sterilisationseingriff.

Mangelhaftigkeit der Dokumentation ist im Nachteil des Arztes (4.6.). Zum Schluss ist es die Frage, ob man von dem Patienten verlangen kann, dass er sich noch einmal operieren lässt, um Klarheit zu bekommen. Meiner Meinung nach ist das nicht zumutbar. In Nr. 4.7. formuliere ich wesentliche Umstände, mit deren Hilfe das festgestellt werden kann.

Im 5. Kapitel stehen die Beschwerden, die man gegen Entschädigung der Erziehungskosten einheben kann, im Mittelpunkt.

– das Argument des „public policy“. Anerkennung dieser Forderung würde bedeuten, dass die Geburt eines Kindes einen Verlustposten darstellt. Zu Unrecht, denn nicht das Kind selbst, sondern die finanziellen Folgen seiner Geburt ergeben den Schaden (5.2.1);

– das Argument des „overriding benefit“. Diese Argument war und ist vor allem bei amerikanischen Richtern populär: Die Geburt des Kindes würde den Schaden einfach in nichts auflösen. Die Frage ist dann, weshalb die Eltern eigentlich eine Sterilisation gewollt haben (5.2.2);

- das Argument des Vorteilsausgleichung. Die immateriellen Vorteile der Geburt würden die materiellen Nachteile (den Schaden) teilweise oder gar völlig wegnehmen. Zu Unrecht, da diese beiden Argumente nicht vergleichbar sind (5.2.3);
- Abtreibung als Schadenbeschränkung. Dieses oft gebrauchte Argument ist unzutreffend, da nach niederländischem Gesetz Abtreibung zwar erlaubt ist, aber nur, wenn die Frau ihre Entscheidung völlig freiwillig trifft. Eine Schadenbeschränkungspflicht entspricht diesem Gesetz nicht (5.2.4);
- Adoption als Schadenbeschränkung. Auch dieses Argument trifft nicht zu, allein schon, weil man diese Art von Schadenbeschränkung nicht mit Recht von den Eltern verlangen kann. Ausserdem wäre es im Widerspruch zum niederländischen Gesetz (5.2.5);
- Schadenersatz würde später bei dem Kind psychischen Schaden verursachen („emotional bastard-theory“). Diese Gefahr wird übertrieben. Vielleicht begünstigt der Schadenersatz an die Eltern sogar die Akzeption des Kindes und somit dessen Erziehung (5.2.7);
- das Motiv für die Sterilisation. In mancher Situation ein wichtiges Argument: Schadenersatz ist nur möglich, wenn das Motiv für die Sterilisation mit dem angeblichen Schaden des Patienten übereinstimmt. War das Motiv zum Beispiel die Gesundheit der Frau oder des Kindes, und sind beide nach der Geburt gesund, dann kommt Erstattung der *Erziehungskosten* nicht in Betracht. Das Motiv stimmt nicht mit dem Schaden überein. Meiner Meinung nach sollte der Richter deshalb das Motiv beachten, um sodann mit Hilfe der Schutznormlehre zu bestimmen, ob ein Recht auf Schadenersatz besteht (5.2.8).

Kapitel 6 befasst sich mit der Kausalität und mit der Haftpflicht. Eine Voraussetzung für diese Haftung ist die Existenz eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Fehler und dem Schaden. Ein besonderes Problem ist, ob der Arzt sich (in einem bestimmten Fall) der Haftung mit der Behauptung entziehen kann, dass auch ohne seinen Fehler eine bestimmte Aussicht auf das Auftreten des Schadens bestünde. Meiner Meinung nach muss in einem solchen Fall die Aussicht auf Heilung eingeschätzt werden (zum Beispiel 50%), wonach der Umfang der Haftpflicht entsprechend bestimmt wird. Auf diese Weise besteht der Schaden aus der Aussicht auf Heilung; auf französisch: die Doktrin der „perte d'une chance“ (6.1.2).

Der Patient trägt die Beweislast des Kausalzusammenhangs. Die deutsche Auffassung in der Rechtsprechung hinsichtlich der Beweislastumkehr, wenn der Arzt „grob sorgfaltwidrig“ gehandelt hat, hat etwas für sich (6.5.4).

Wie steht es mit dem Schadenersatz der Erziehungskosten? In der Bundesrepublik bestimmte der Bundesgerichtshof, dass der Richter bei der Bestimmung des Schadenersatzes nach dem „Regelunterhalt für ein nicht-eheliches Kind“ zu verfahren hat, jedenfalls, wenn die Geburt des Kindes eine „Durchkreuzung einer Familienplanung“ ist (6.2). In den Vereinigten Staaten sieht man stark wechselnde Entscheidungen: von vollständigen Zuerkennungen, über teilweise Zuerkennungen, bis zu vollständigen Ablehnungen (6.3). Auch in Grossbritannien hat der Geschädigte einen unsicheren Rechtsanspruch (6.4), der kanadische Richter ist zurückhaltend, und in Belgien, Frankreich und den Niederlanden ist die Sache noch unentschieden (6.5–6.6).

Meiner Meinung nach passt zu der Frage nach der Erstattung der Erziehungskosten eine differenzierte Antwort. Diese Nuance kann man mit der Hilfe der Kausalität anbringen. Vollständiger Schadenersatz in alle Fällen erscheint mir nicht erwünscht. In der gleichen Weise sprach der deutsche Bundesgerichtshof von der Gefahr „einer bedenklichen Ausweitung des ärztlichen Haftungsrisikos“. In den Niederlanden gilt seit ungefähr zwanzig Jahren die Lehre der Zurechnung nach Billigkeit („toerekening naar redelijkheid“): Für die Frage nach dem Umfang der Erstattungspflicht ist nicht nur wichtig, ob der Schaden billigerweise vorauszusehen war, sondern auch, ob der Schaden dem Täter billigerweise zugeschrieben werden kann. Wichtig dabei ist die Art der Haftpflicht (der Schaden, der aufgrund einer Schuldhaftung gefordert wird, wird leichter zuerkannt als der Schaden, der auf einer Gefährdungshaftung beruht); die Art des Schadens (Körperverletzung wird leichter zuerkannt als finanzieller Schaden); und weiterhin die Art des Verhaltens des Täters (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit führen eher zu einer Anrechnung als leichte Fahrlässigkeit). Kurz, die Kausalitätslehre ist faktisch zu einer Haftungslehre geworden.

Wie steht es nun bei den Erziehungskosten, die man dem Arzt zur Last legen will? Meiner Ansicht nach hat der Richter genügend Möglichkeiten, um mit Hilfe der obenbeschriebenen Lehre in jedem Fall zu einem angemessenen Ergebnis zu kommen. Er kann den Umfang des Schadenersatzes mässigen, wenn auch in einer anderen – dogmatisch befriedigenderen – Weise als seine ausländischen Kollegen. Ich halte es für sehr wichtig, dass er sich Rechenschaft über die Art des Schadens gibt: Die Erziehungskosten haben etwas mit dem Anspruch auf Unterhalt gemein. Von der letzten Forderung steht fest, dass sie von der finanziellen Belastbarkeit des Zahlungspflichtigen abhängig ist. So ist der Richter in der Lage, den Umfang der Haftung von der finanziellen Situation der Eltern abhängen zu lassen (6.8).

In nr. 6.9. werden die *übrigen Verlustposten* behandelt: die Kosten eines eventuellen neuen Sterilisationseingriffs; die Kosten der Entbindung, der Anpassung und Änderung der Wohnung, und ferner der Lohnausfall und der immaterielle Schaden der Frau. Die Posten kommen für Erstattung in Betracht, wenn sie angemessen sind.

Kapitel 7 beugt sich über die Frage, ob der Arzt seine Haftung beschränken oder ausschliessen kann. Die Zulässigkeit einer Exonerationsklausel in Hinsicht auf eine medizinische Behandlung ist auch ausserhalb der Niederlande umstritten. Mancher Autor meint, dass derartige Klauseln nichtig sind. Andere sind der Meinung, dass die Klausel zwar vereinbart werden kann, dass aber die Berufung darauf unter Umständen mit Treu und Glauben in Widerspruch gerät. Manche Umstände können wichtig sein: zum Beispiel die Weise, in der die Klausel vereinbart worden ist; die gesellschaftlichen Stellungen der Parteien; ob der Patient die Klausel verstanden hat; der Schuldgrad des Arztes. Es besteht noch keine entsprechende Rechtsprechung. In der Fachliteratur macht sich eine Tendenz bemerkbar, die Exonerationsklausel für nicht zulässig zu halten, wenn die Partei, die sich darauf beruft, sich adäquat gegen Haftung versichern kann. An dem Punkt gibt es vorläufig noch keine Probleme: in den Niederlanden können Ärzte sich leicht versichern. Die Prämien variieren mit den Fachrichtungen von f 300,- bis f 900,- pro Jahr (1 DM = $\pm$ f 1,15). In dem Gesetzentwurf wird die Klausel ganz verboten. Ärzte können ihre Haftung weder ausschliessen noch beschränken. Hinsichtlich des Letzteren finde ich diese Regel zu streng: Weshalb ist die Exoneration nicht zulässig von dem Maximumbetrag an, für den der Arzt normalerweise versichert ist?

Diese „Zusammenfassung“ muss notgedrungen kurz sein. Sie können jedoch ausführlichere Information von mir bekommen: Afdeling Burgerlijk Recht, Rapenburg 38, 2311 EX Leiden, Niederlande.

Sommaire

La responsabilité civile du médecin, notamment pour les stérilisations chirurgicales non-réussies.

Cet ouvrage traite de la responsabilité civile du médecin, plus particulièrement pour les stérilisations chirurgicales non réussies. On peut se demander si les stérilisations non-réussies ne sont pas un sujet trop spécialisé ? La réponse est négative. En choisissant un traitement médical *spécifique* comme sujet, on bute forcément sur de nombreuses questions de droit civil.

En outre, l'intervention de stérilisation est d'autant plus intéressante, qu'elle crée en cas de faute des préjudices imprévus, comme par exemple le préjudice qui consiste en des dépenses d'éducation d'un enfant non-voulu. La question centrale, examinée dans cet ouvrage est de savoir si ces dépenses entrent en ligne de compte dans l'indemnisation.

Cet ouvrage a été réalisé par la méthode du droit comparé. Les principaux pays dont j'ai étudié le droit en la matière sont : la R.F.A., les Etats Unis, l'Angleterre, le Canada, la Belgique, la France et l'Espagne. Dans les endroits appropriés je cite un projet de loi sur la convention de traitement médical. Ce projet de loi civile devrait être adopté d'ici quelques années.

Dans le 2ème chapitre nous examinons d'abord le fondement de l'action en responsabilité : inexécution d'un contrat et/ou violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui par son fait personnel. Il semble que les différences sont peu importantes (2.1). La convention par laquelle le médecin s'engage envers le malade peut être analysée soit en une obligation de résultat soit en une obligation de moyens. La charge de la preuve est (souvent) répartie en fonction de cette distinction. On peut se demander si on peut également faire cette distinction dans la théorie (2.2-2.4). On attend du médecin qu'il agisse comme un «médecin raisonnablement compétent» (6.5). Le médecin ne peut pas rejeter sa responsabilité en invoquant son manque d'expérience. Il serait injuste d'appliquer dans ce cas une norme moins sévère, car ce faisant la forma-

tion du médecin se ferait littéralement aux dépens du malade (2.6). La responsabilité du médecin est une responsabilité pour faute et non pas une responsabilité pour risque. La responsabilité pour risque doit être basée sur une disposition légale, or une telle règle n'existe pas. Pourtant la responsabilité du médecin peut pendre les caractéristiques d'une responsabilité pour risque, par «l'objectivation» poussée de la norme à laquelle le médecin doit satisfaire (2.7).

Le chapitre 3 est consacré au consentement fondé sur la connaissance des faits («informed consent»). Le contrat entre le médecin et le malade est formé après consentement mutuel. Les actes d'exécution d'un contrat de traitement nécessitent à chaque fois le consentement du malade (3.1-3.2). Le problème est de savoir à qui incombe la charge de la preuve quand il n'est pas clair que le malade a donné son consentement : le médecin ou le malade ? Aucune règle concrète ne peut être discernée. La jurisprudence ouest-allemande semble être plus en faveur du malade que la jurisprudence française, par exemple. Il peut être utile de faire signer une déclaration écrite au malade, bien que cela puisse mettre la relation de confiance entre le médecin et le malade «sous tension». Pour que le malade puisse donner un consentement fondé sur la connaissance des faits, il faut qu'il soit informé de façon adéquate. Dans le projet de loi ce devoir est formulé de la façon suivante :

«La personne traitante informe le malade d'une façon claire et, sur demande par écrit, sur la nature et l'objectif de l'examen ou du traitement qu'il estime nécessaire, sur les conséquences et les risques à prévoir pour la santé du malade, et sur d'autres méthodes d'examen ou de traitement à considérer, ainsi que sur l'état de santé du malade et les pronostics pour la santé du malade dans le domaine de l'examen ou du traitement.»

La mise au courant du malade doit faire partie d'un entretien, qui peut être plus ou moins élaboré en fonction de la nature du danger et le risque que celui-ci se produise. Outre les informations verbales, il est conseillé de donner des informations écrites (3.5).

Un problème particulier est de savoir si le médecin est tenu d'informer le malade de son manque d'expérience (un facteur qui augmente le risque en matière de stérilisations). J'estime qu'une telle obligation existe uniquement dans le cas où le malade pose la question (3.7.4).

En ce qui concerne l'intervention de stérilisation, le médecin doit de toute façon informer le malade sur le risque d'échec ou de complications, sur l'irréversibilité relative de l'intervention et sur les conséquences physiques et psychiques pour le malade et son partenaire (3.9). Il ressort

de mes propres recherches et de celles d'une organisation de consommateurs (le Consumentenbond) que ces informations sont loin d'être toujours adéquates, ni en ce qui concerne leur contenu, ni en ce qui concerne la façon dont elles sont présentées (3.10-3.11).

Quand on a établi que le médecin a manqué à son devoir de fournir des informations, il faut encore établir s'il y a un rapport de causalité entre ce manque et le préjudice. Dans les cas de stérilisations non-réussies ce rapport sera généralement absent (3.13). Ensuite nous examinons la question difficile: qui doit fournir la preuve et comment (3.13.1). Enfin, le paragraphe 3.14 traite la question : qui doit prouver que le malade a été informé de façon adéquate ou non-adéquate.

Dans le *chapitre 4* la technique de l'intervention de stérilisation chez la femme et chez l'homme est examinée (4.1.-4.2). Les fautes qui ont été commises sont également mentionnées dans ce chapitre. Est-ce au médecin de prouver qu'il n'a commis aucune faute ? Ou est-ce au malade d'en rapporter la preuve ? Aux Pays Bas la règle suivante est appliquée : «La partie qui invoque les effets juridiques des faits ou des droits allégués, doit prouver ces faits ou ces droits, sauf si une règle spéciale ou les exigences de ce qui est raisonnable et équitable, donnent lieu à une autre répartition de la charge de la preuve.» Cette règle donne suffisamment de marge de manoeuvre au juge. Il serait bon qu'il n'impose pas trop vite l'une des parties de fournir la preuve. Il pourrait par exemple, d'abord ordonner une expertise.

Dans le paragraphe 4.5 la preuve concernant l'intervention de stérilisation elle-même est examinée. Des dossiers mal tenus tournent au désavantage du médecin (4.6). Finalement, on peut se demander si on peut exiger de la femme sa coopération pour clarifier la situation cela impliquant qu'elle se fasse opérer de nouveau. J'estime qu'il n'est pas raisonnable de lui demander une telle chose.

Dans le paragraphe 4.7. nous examinons les circonstances dans lesquelles on peut demander la coopération de la femme et de l'homme.

Le chapitre 5 est axé sur les motifs qui peuvent être invoqués contre la réparation des dépenses d'éducation.

- l'intérêt public («public policy»). Reconnaître l'action reviendrait à admettre que la naissance d'un enfant serait un préjudice. Ce serait injuste, car ce n'est pas l'enfant lui-même, mais les conséquences financières de sa naissance qui constituent le préjudice (5.2.1) ;

- l'avantage prédominant («overriding benefit»). Cet argument a surtout été utilisé, et l'est toujours, par les juges américains : la naissance d'un

enfant le préjudice perd toute son importance. Reste néanmoins à savoir, pourquoi les parents ont choisi la stérilisation (5.2.2) ;

– l'attribution de l'avantage. Les avantages moraux diminueraient les inconvénients matériels (préjudice) ou les compenseraient même entièrement. A tort, car ces grandeurs ne sont pas comparables (5.2.3) ;

– l'avortement comme moyen de limiter les dommages. Ce moyen de défense, souvent invoqué, n'est pas fondé, car même si le droit néerlandais permet l'avortement, c'est uniquement dans le cas où la décision de la femme est prise en toute liberté. Le devoir de limiter les dommages n'entre pas dans ce système (5.2.4) ;

– l'adoption comme moyen de limiter les dommages. Ce moyen de défense est également pas fondé. On ne peut pas raisonnablement exiger une telle chose des parents. De plus, ce serait une infraction à la loi néerlandaise (5.2.5) ;

– réparation de dommages risque de provoquer des dommages psychiques chez l'enfant à l'avenir («emotional bastard theory»). Ce danger est exagéré. Il est même possible que l'indemnisation des parents favorise l'acceptation de l'enfant et donc son éducation (5.2.7) ;

– le motif pour la stérilisation. Celui-ci peut être un obstacle important : réparation est uniquement possible si le motif pour la stérilisation correspond au préjudice que le malade déclare subir. Si par exemple la santé de la femme ou de l'enfant en est le motif et si après une stérilisation ratée l'enfant est néanmoins né en bonne santé, il ne conviendrait pas d'indemniser les parents pour les dépenses d'éducation. Dans ce cas le motif et le préjudice ne correspondent pas. C'est la raison pour laquelle j'estime que le juge doit prendre en considération le motif, avant de déterminer par la suite en fonction de la théorie du droit à protéger («Schutznorm»), s'il existe un droit à la réparation (5.2.8).

Le chapitre 6 traite du rapport de causalité et de la réparation. Une condition pour la responsabilité est qu'il doit y avoir un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Un problème particulier est de savoir si le médecin peut se soustraire à sa responsabilité (dans un cas spécifique) en alléguant que même sans sa faute il y aurait eu un certain risque que le préjudice se produise.

A mon avis il faut évaluer dans un tel cas la possibilité de guérison (disons 40%) et déterminer l'étendue de l'obligation de réparation proportionnellement. Le préjudice consiste alors en la possibilité de guérison ; selon la doctrine française la «perte d'une chance» (6.1.2).

Le malade doit prouver le rapport de causalité. Bien que l'on puisse avancer des arguments dans le sens de la jurisprudence allemande qui est

d'inverser la charge de la preuve dans les cas où le médecin a agit avec grave négligence («grob sorgfaltwidrig») (6.5.4).

Quelle est donc la situation quant à la réparation des frais de l'éducation?

En R.F.A. «das Bundesgerichtshof» a décidé que pour déterminer les dommages-intérêts le juge doit se baser sur le coût normal de l'éducation d'un enfant né hors du mariage («Regelunderhalt für ein nichteheliches Kind»), tout au moins si la naissance de l'enfant va à l'encontre du planning familial («Durchkreuzung einer Familienplanung»). (16.2)

Aux Etats Unis on trouve des jugements très variés qui vont du complet accord des dommages-intérêts, en passant par des accords partiels jusqu'au refus total (6.3).

En Angleterre la victime ne peut pas être sûre du résultat de son action non plus, le juge canadien est réservé, en Belgique, en France et aux Pays Bas la question reste encore ouverte (6.5-6.6).

A mon avis il convient de donner une réponse nuancée à la question de la réparation notamment des coûts d'éducation. Cette nuance peut être obtenue à l'aide de la causalité. Réparation intégrale dans tous les cas me semble peu souhaitable. Aux Pays Bas on applique depuis une vingtaine d'années la théorie de l'imputation selon l'équité. Pour la question de l'étendue de l'obligation de réparation il est non seulement important que le préjudice soit raisonnablement prévisible, mais aussi qu'il puisse raisonnablement être imputé à l'auteur de l'acte. En outre, il est non seulement important que le préjudice soit raisonnablement prévisible, mais aussi de quel type de responsabilité il s'agit (des dommages demandés sur la base d'une responsabilité pour faute sont plus facilement accordés, que ceux demandés sur la base d'une responsabilité pour risque) ; la nature des dommages est également importante (car un préjudice physique est plus facilement attribué qu'une perte de revenus, par exemple) ; et puis le type de comportement de l'auteur de l'acte (l'intention et la faute grave mènent plus facilement à l'attribution qu'une faute légère). Bref, la théorie de la causalité est au fait devenue une théorie de responsabilité.

Quelle est la situation en ce qui concerne l'imputation au médecin des coûts d'éducation ? A mon avis le juge a suffisamment de possibilités d'arriver dans chaque cas à une conclusion raisonnable à l'aide de la théorie exposée ci-dessus. S'il le souhaite il peut mitiger l'étendue des dommages-intérêts, d'une autre manière, plus satisfaisante d'un point de vue dogmatique, que ses collègues à l'étranger. J'estime très important qu'il se rende compte de la nature du préjudice : les coûts d'éducation ont des traits en commun avec une demande de pension. Pour cette

dernière demande il a été établi qu'elle dépend, entre autres, des moyens de celui qui est tenu à payer. Cette notion permet au juge de laisser dépendre l'obligation d'indemnisation de la situation financière des parents. (6.8).

Dans le paragraphe 6.9 nous parlons des autres préjudices : les coûts d'une éventuelle nouvelle intervention de stérilisation ; les coûts de l'accouchement, les coûts de l'adaptation et du changement de l'habitation, puis la perte des revenus de la femme ainsi que le préjudice moral subi par la femme. Ces postes donnent lieu à une indemnisation, pourvu qu'ils soient raisonnables.

Le chapitre 7 traite de la question de l'exonération ou de limitation de responsabilité par le médecin. Il y a controverse, non seulement aux Pays Bas, sur l'admissibilité de ce genre d'exonérations pour un traitement médical. Certains auteurs estiment que ces clauses sont nulles. D'autres pensent que, même si on a le droit de convenir des clauses d'exonération, il ira à l'encontre de la bonne foi de faire valoir cette clause dans certaines circonstances. Les circonstances qui peuvent être importantes sont par exemple la manière dont la clause a été contractée ; la position sociale des parties ; la bonne compréhension de la clause par le malade ; le degré de faute du médecin. Jusqu'ici il n'y a pas encore de jurisprudence sur ce point. La tendance doctrinale est de réfuter la clause d'exonération dans les cas où la partie qui l'invoque a la possibilité de s'assurer de façon adéquate contre cette responsabilité. Sur ce point il n'y a pour l'instant pas encore de problèmes : aux Pays Bas les médecins peuvent s'assurer facilement en payant des primes qui varient par spécialisation et qui vont de Nfl 300 à Nfl 900 par an ($\pm$ Nfl 1,- = FF 3,-). Dans le projet de loi la clause d'exonération est expressément interdite : les médecins ne peuvent ni exonérer ni limiter leur responsabilité. Sur ce dernier point j'estime que la règle est trop sévère : pourquoi ne pourrait-on pas admettre une exonération à partir du montant maximum pour lequel le médecin est normalement assuré ?

Ce résumé doit forcément être bref. Pour des informations plus détaillées veuillez vous adresser à l'auteur : p/a Afdeling Burgerlijk Recht, Rapenburg 38, 2311 EX Leiden, Pays Bas.

Lijst van aangehaalde werken

- Aaftink, H.A.M.*, Boekbespreking, NJB 1977, blz. 875-876.
- Abas, P.*, Rechterlijke matiging van schulden, Mon. Nieuw BW A-16, Kluwer Deventer 1984.
- Akveld, J.E.M.*, Verslag van de jaarvergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht, NJB 1985, blz. 715-716.
- Anema, A.*, De bronnen van het privaatrecht, rede 1913, opgenomen in Redevoeringen van mr A. Anema, H.D. Tjeenk Willink, Haarlem 1952, blz. 212-235.
- Ataz Lopez, J.*, Los medicos y la responsabilidad civil, Ed. Montecorvo, Madrid 1985.
- Argent, V.P.*, Failed Female Sterilization and the Law, Med. Sci. Law 1985, blz. 136-142.
- Arisz, F.H.A.*, Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging, deel I, eerste stuk 1987, blz. 1 e.v.
- Ballekom-Van de Ven, K.P. van* (samen met Grauenkamp), Patiëntenvoorlichting, Zo kan het! TvZ 1987, blz. 536-539.
- Biegman-Hartogh, A.*, Conclusie vóór HR 20 november 1987, NJ 1988, 500.
- Bloembergen, A.R.*, Onrechtmatige Daad I-IIA, losbladig.
dezelfde, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. Utrecht 1965, Kluwer Deventer.
dezelfde, Schadevergoeding: algemeen, deel 1 Mon. Nieuw BW, B-34, Kluwer Deventer 1982.
- Bosch, F.*, FamRZ. 1969, blz. 91.
- Brahams, D.*, Lancet 1982, blz. 691.
dezelfde, Damages for Unplanned Babies - A Trend to be Discouraged? NLJ 1983, blz. 643-645.
dezelfde, Inexperience is no Defense to Negligent Medical Treatment, NLJ 1987, blz. 60-61.
- Brands-Bottema, G.W.*, De rechtspositie van de minderjarige in de gezondheidszorg, NJB 1987, blz. 1385-1387.
- Brau, P.J.W. de*, Beschouwingen over de samenwerking in de genees-

- kundige behandeling en verzorging van patiënten, Preadvies voor Vereniging voor gezondheidsrecht 1982.
- Broekhuijsen-Molenaar, A.M.L.* (samen met Stolker), Geneesmiddelen en aansprakelijkheid, Serie Gezondheidsrecht no. 18 Kluwer Deventer 1986.
- Brox, H.*, Allgemeines Schuldrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987.
- Brunner, C.J.H.*, Boekbespreking, RMTh. 1977, blz. 369-372.
- dezelfde, Causaliteit en toerekening van schade, VR 1981, blz. 210-217 en 233-236.
- Bryan, R.J.*, Damages - The Not So „Blessed Event”, NCL Rev. 1968, blz. 948-956.
- Consumentenbond*, Consumentengids 1985.
- Cross, R.* (samen met Tapper), Cross on Evidence, London Butterworth, 1985.
- Cuisinier, M.C.J.* (samen met Jonkers), Onderzoek en protocolontwikkeling bij patiëntenvoorlichting, Tijdschrift voor Sociale Gezondheidszorg 1986, blz. 34-38.
- Curran, W.J.* (samen met Shapiro), Law, Medicine, and Forensic Science, Little, Brown and Company, Boston and Toronto 1982.
- Dekkers, A.F.M.*, De patiënt en het recht op informatie (diss.), Samson Uitgeverij, Alphen aan den Rijn 1979.
- Delva, W.* (samen met Dierkens), Enige civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie, TPR 1974, blz. 473-493.
- Derrick, D. (ed.)*, Illegitimate, the experience of people born outside marriage, One Parent Families, London, 1986.
- Deuchler, W.*, Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes („wrongful birth”), Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 1984.
- Deutsch, E.*, Medizinischer Behandlungsvertrag, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band II, Bundesanzeiger Verlags mbH., Köln 1981, blz. 1051-1113.
- dezelfde, Tendenzen des Modernen Arztrecht, Arzt und Recht 1981, blz. 818-820.
- dezelfde, Neue Aufklärungsproblemen in Arztrecht, NJW 1982, 2585-2588.
- dezelfde, Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Verzicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten, NJW 1983, blz. 1351-1354.
- dezelfde, Unerlaubte Handlungen und Schadensersatz, Carl Heymans Verlag KG, Berlin 1987.

- Diederichsen*,., *Bewerking van Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1984.
- Dorsner Dolivet, A.*, noot onder Trib. gr. inst. Bobigny, 3^e Ch. civ., 9 februari 1983, J.C.P. II 1984, 20149.
dezelfde, noot onder Cass. Civ. 9 mei 1983, J.C.P. II 1984, 20262.
- Douglas, G.*, *Damages for Unwanted Birth*, SJ 1982, blz. 58-59.
- Drion, H.*, HNJV 1957, blz. 91 e.v.
- Duynstee, F.J.F.M.*, *Het verliezen van een kans en het verliezen van een proces als schadefactor*, NJB 1944, blz. 184-185.
- Engelen, B.J.*, TPR 1987, blz. 810/811.
- Eser, A.* (samen met Koch), *Schwangerschaft nach fehlgeschlagener Sterilisation: Wofür muss der Arzt haften?*, DA 1981, 1673-1677.
dezelfde (samen met Koch), *Aktuelle Rechtsprobleme der Sterilisation*, MedR. 1984, blz. 6-13.
- Eskes, M.*, *Sterilisatie per laparoscopie*, Ned. T. Geneesk. 1980, blz. 729-734.
- Fernández Hierro, J.M.*, *Responsabilidad civil medico-sanitaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1984.
- Franzki, D.* (samen met H. Franzki), *Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess*, NJW 1975, blz. 2225-2228.
- Franzki, H.*, *Der Arzthaftungsprozess*, VVW Karlsruhe 1984.
dezelfde, *Rechtsfragen der Anfängeroperation*, MedR. 1984, blz. 186-189.
dezelfde, Zie D. Franzki.
- Gevers, J.K.M.*, *De rechter en het medisch handelen*, Kluwer, Deventer 1984.
- Giesen, D.*, *Arzthaftungsrecht/Medical malpractice law*, Gieseking Verlag, Bielefeld 1981.
dezelfde, *Arzthaftung im Umbruch (I) en (II)*, JZ 1982, blz. 345-356 en 391-403.
dezelfde, *Wandlungen des Arzthaftungsrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1984.
dezelfde, noot onder BGH 27 september 1983, JZ 1984, blz. 331-332.
- Gysel, A.-C. van*, noot onder Bruxelles (8^e ch.) 8 mei 1985, JT 1986, blz. 252-256.
- Goss, E.J.*, *Strict Liability: A „Lady in Waiting” for Wrongful Birth Cases*, Cal. W.L. Rev. 1974, blz. 136-159.
- Graaf, J. de*, *Sterilisatie van de mens*, De Nederlandse Bibliotheek der Geneeskunde, deel 40, Stavleu Leiden 1974.
- Gregerson, M.C.*, *Resolving the conflict in wrongful birth actions*, *Cockrum v. Baumgartner*, De Paul L. Rev. 1982, blz. 409-431.

- Groot, G.J. de*, Onrechtmatige Daad I-I, losbladig.
- Haardt, W.L.*, Noot onder HR 20 november 1987, NJ 1988, 500.
- Hall, E.V. van*, Sterilisatie van de vrouw, Ned. T. Geneesk. 1978, blz. 2052-2055.
- dezelfde (samen met Heintz), Zwangerschap na sterilisatie, MC 1980, blz. 395-396.
- dezelfde, Sterilisatie van de vrouw, Fertiliteitsinformatorium 1982, losbladig, 1-13.
- Hardt, K.F.*, Physicians Negligence Giving Rise To The Birth Of A Healthy But Unplanned Child, enz. U. Rich. L. Rev. 1983, blz. 403-420.
- Hartkamp, A.S.*, Asser-Hartkamp I, Verbintenissenrecht Deel I, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1988.
- dezelfde, Asser-Rutten-Hartkamp III, Verbintenissenrecht Deel III, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1986.
- Haspels, A.A.* (samen met Kremer), Geboortenregeling bij de mens, De Tijdstroom, Lochem-Gent, 1986.
- Heidenreich, W.*, in: Sterilisation-Beratung-Operation-Recht, Georg Thieme Verlag Stuttgart-New York 1981, blz. 83-103.
- Henkel, B.* (samen met Holpap), Geburtshilfe Frauenheilkd. 1983, blz. 127 e.v.
- Hirsch, G.* (samen met Weissauer), Kausalitätsprobleme beim Aufklärungsmangel, MedR. 1983, blz. 41-45.
- Hirsch, H.A.*, Schwangerschaften nach fehlgeschlagener Tubensterilisation, DA 1981, blz. 1669-1672.
- Hirsh, H.L.*, Physicians and Medical Records - a Necessary Evil? Med. Law 1987, blz. 79-90.
- Hofmann, L.C.* (bew. S.N. van Opstall), Het Nederlands Verbintenissenrecht I, eerste gedeelte, H.D. Tjeenk Willink B.V. Groningen 1976.
- dezelfde, (bew. H. Drion, K. Wiersma) Het Nederlands Verbintenissenrecht, tweede gedeelte, J.B. Wolters, Groningen 1959.
- Holt, A.*, S.C.L. Rev. 1982, blz. 787 e.v.
- Hondius, E.H.*, Anticiperen op het wetsvoorstel algemene voorwaarden - of niet? Kw. ber. NBW 1986, blz. 92-98.
- dezelfde, Anticiperen op het wetsvoorstel algemene voorwaarden II - of toch niet? Kw. ber. NBW 1987, blz. 63-64.
- dezelfde (samen met Nadorp-van der Borg), De geneeskundige behandelingsovereenkomst in het burgerlijk wetboek, TvG 1988, blz. 3-24.
- Hijmans, I.H.*, Preadvies voor de Nederlandsche Juristen Vereniging, 1913, blz. 201 e.v.
- Jansen, C.H.M.*, Onrechtmatige Daad I-G (losbladig).

- Jong, F.J. de*, Het verlies van een kans als schadefactor, NJB 1944, blz. 87-91.
- Kamphuisen, J.G.C.*, Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging, Deel 1, eerste stuk 1987, blz. 63 e.v.
- Kanters, H.W.*, Effectiviteit van patiëntenvoorlichting, Uitg.: Landelijk Centrum Dienstverlening GVO, Utrecht 1986.
- Kashi, J.S.*, The Case of The Unwanted Blessing: Wrongful Life, U. Miami L. Rev. 1977, blz. 1409-1432.
- Kelley, P.J.*, Wrongful Life, Wrongful Birth, And Justice In Tort Law, Wash.U.L.Q. 1979, blz. 919-963.
- Kenney, J.P.*, Principles of Medical Ethics, vertaald door P.S. Gribbling, Medische Praktijk en Moraal, Pax 1954.
- Kern, B.-R.* (samen met Laufs), Die Arztliche Aufklärungspflicht, Springer-Verlag Berlin 1983.
- Kisch, E.S.*, „Informed Consent”, Kisch-bundel, 't Exempel dwinght, Zwolle 1979, blz. 263-274.
- Kleijn, W.M.* (samen met Hijma en Kranenburg), Het karakter van de medische behandelingsovereenkomst, TvG 1979, blz. 147-154.
- Knol, P.C.*, Vergoeding van letselschade, Tjeenk Willink Zwolle 1986.
- Kouri, R.P.*, Comments/Commentaires, Can. B. Rev. 1979, blz. 89-105.
- Kremer, J.* (samen met Haspels), Geboortenregeling bij de mens, De Tijdstroom Lochem-Gent, 1986.
- Kruithof, R.*, Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind? RW 1987, kolom 2737-2778.
- Lammes, F.B.*, (zonder titel), Ned. T. Geneesk. 1977, blz. 384.
- Lange, H.*, Schadensersatz, J.C.B. Mohr Tübingen 1979.
- Langemeijer, G.E.*, De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, Tjeenk Willink Zwolle 1985.
- Lankhorst, G.H.*, De relativiteitseis in het aansprakelijkheidsrecht, AA 1987, blz. 375-379.
- Larenz, K.*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band/Algemeiner Teil, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1987.
- Laufs, A.*, Arztrecht, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1984.
dezelfde, Die Entwicklung der Arztrechts 1985/86, NJW 1986, blz. 1515-1521.
- Leenen, H.J.J.*, Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Samson Uitgeverij, Alphen a/d Rijn/Brussel 1978.
dezelfde, Gezondheidsrecht, Samson Uitgeverij, Alphen a/d Rijn 1981.
dezelfde, Gezondheidszorg en recht, Een gezondheidsrechtelijke studie, Samson Uitgeverij, Alphen a/d Rijn/Brussel 1981.
dezelfde, Boekbespreking, TvG 1986, blz. 313-314.

- dezelfde, Wetsontwerp over de rechten van de patiënt, NJB 1987, blz. 1381 – 1385.
- Lehr, G.M.* (samen met Hirsh), Wrongful Conception, Birth and Life/A Question of Viability, Med. Law 1983, blz. 199–208.
- Leeuwen, H.J. van*, Preadvies voor de Nederlandsche Juristen Vereniging, 1913, blz. 151 e.v.
- Lewis, Ch.*, Damages for Wrongful Birth, L.S. Gaz. 1981, blz. 826–827.
- dezelfde, The Quality of Life, L.S. Gaz. 30–6–1982.
- dezelfde, Damages for Wrongful Birth (1983), L.S. Gaz. 1983, blz. 1045–1046.
- Linzbach, M.*, Informed Consent, Die Aufklärungspflicht des Arztes im Amerikanischen und im Deutschen Recht, Verlag Peter Lang Frankfurt a.M. 1980.
- Maanen, G.E. van*, Onrechtmatige Daad, diss. Groningen 1986, Kluwer Deventer.
- Makkinga, K.M.*, Contractenrecht IV, losbladig nos. 395 e.v.
- Maeijer, J.M.M.*, Matiging van schadevergoeding, diss. Nijmegen 1962.
- dezelfde, De geneesheer en het recht, Serie Medisch Recht 1, Kluwer Deventer 1968.
- Manchini, H.L.*, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil del médico, LL (Argentina), blz. 1377–1382.
- Markesinis, B.S.*, A Comparative Introduction to the German Law of Tort, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- Mason, J.K.* (samen met McCall Smith), Law and Medical Ethics, Butterworths London 1983.
- McCall Smith, R.A.*, zie Mason.
- Mélenec, L.* (samen met Mémeteau), Le Contrat Medical; La responsabilité civile du médecin, Maloine Paris 1982.
- Mémeteau, G.*, zie Mélenec.
- dezelfde, Droit Medical, Litec Paris 1986.
- Mertens, H.-J.*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1986, nrs. 358–368.
- Meijers, E.M.*, noot onder HR 5 november 1936, NJ 1937, 250.
- Michalski, L.*, Des Apothekers Kind, JA 1979, blz. 186 e.v.
- Michiels van Kessenich-Hoogendam, I.P.*, Onrechtmatige Daad VIII, losbladig.
- dezelfde, Beroepsfouten – in het bijzonder van advocaten, artsen en notarissen, Tjeenk Willink Zwolle, 1982.
- Milsteen, J.P.*, Recovery of Childrearing Expenses In Wrongful Birth Cases: A Motivational Analysis, Em. L.J. 1988, blz. 1167–1197.

- Morris, K.L.*, Note/Wrongful Birth in the Abortion Context - Critique of Existing Case Law and Proposal for Future Actions, *Denver L.J.* 1976, blz. 501-520.
- Mijn, W.B. van der*, Wie stelt de dokter de wet? Rede Rotterdam, 1983.
- Nationale Raad voor de Volksgezondheid*, Advies geneeskundige behandelingsovereenkomst, 1987.
- Nicholson, L.A.*, Damages: Recovery of Damages in Actions for Wrongful Birth, Wrongful Life and Wrongful Conception, *Washb. L.J.* 1984, blz. 309-341.
- Nieuwenhuis, J.H.*, Anders en Eender, rede Leiden, Kluwer Deventer 1983.
- dezelfde, Hoofdstukken Nieuw Vermogensrecht, Kluwer Deventer 1983.
- Nota, J.A.*, De adoptie, diss. Nijmegen, Kluwer Deventer 1969.
- Oftinger, K.*, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, Allgemeiner Teil, Schuldhess Polygraphischer Verlag Zürich 1975.
- Olthof, M.M.*, Causaliteit bij wanprestatie, *BW-krant Jaarboek* no. 4, Leiden 1988, blz. 37-42.
- Opstall, H.A. van*, Na-onderzoek van gesteriliseerde vrouwen, *Ned. T. Geneesk.* 1982, blz. 2409.
- dezelfde, *Sequelae of Female Sterilisation*, diss. Utrecht 1984.
- Otterlo, L.C. van* (samen met Vlaanderen), Het verloop van de zwangerschap na sterilisatie van de vrouw, *Ned. T. Geneesk.* 1982, blz. 241-244.
- Pals, L.H.*, Onrechtmatige Doodslag, diss. Groningen, Kluwer Deventer 1983.
- Parlementaire Geschiedenis* Van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, boek 6, Kluwer Deventer, 1981.
- Percy, R.A.*, Charlesworth & Percy on Negligence, London Sweet & Maxwell 1983.
- Penneau, J.*, *Encyclopédie Dalloz (Médecine)*, losbladig/Mise à Jour 1988, blz. 80 e.v.
- dezelfde, noot onder *Cour de Cassation* 9 mei 1983, *D.* 1984, blz. 122-123.
- dezelfde, in *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer Verlag Berlijn enz. 1985, blz. 163-210.
- Petersen, P.*, in: *Sterilisation, Beratung-Operation-Recht*, Stuttgart-New York 1981, blz. 1-54.
- Peterson-Schalken, I.N.*, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de arts voor beroepsfouten, *Tijdschrift voor Antilliaans Recht-Justicia*, 1985, blz. 177-197.
- Rang, J.F.*, in: *Sterilisatie van de mens*, Leiden 1974, blz. 116-155.
- Robertson, G.B.*, Civil Liability Arising from „Wrongful Birth” Following

- an Unsuccessful Sterilisation Operation, *Am. J. Law & Med.* 1978, blz. 131-156.
- Ronse, J.*, Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad, diss. Leuven 1954.
- Roscam Abbing, H.D.C.*, Wettelijke regeling van de rechtspositie van de patiënt, *Vlaams Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1987, sept.-okt., blz. 15-23.
- dezelfde, Boekbespreking, *TvG* 1987, blz. 359-361.
- Rosenberg, L.*, (bew. door Schwab) *Zivilprozessrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1986.
- Ruiter, J. de*, Asser-De Ruiter-Moltmaker, *Personen- en Familierecht II*, Tjeenk Willink Zwolle, 1982.
- Rutten, L.E.H.*, Asser-Rutten, *Verbintenissenrecht Deel I*, W.E.J. Tjeenk Willink-Zwolle 1981.
- Royal Commission*, On Civil Liability and Compensation for Personal Injury, Vol. 1, Cmnd. 7054-I.
- Rutten, L.E.H.*, Asser-Rutten III *Verbintenissenrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1983.
- Rijken, G.J.*, *Exoneratieclausules* (diss. Utrecht) Kluwer Deventer 1983.
- Salomonson, L.*, *Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging* 1957.-
- Samuels, A.*, What the Doctor Must Tell the Patient, *Med. Sci. Law* 1982, blz. 41-46.
- dezelfde, Medical Negligence Today - An Appraisal, *Med. Sci. Law* 1983, blz. 31-36.
- dezelfde, When Things Go Wrong, *Med. Sci. Law* 1986, blz. 39-47.
- Santos Briz, J.*, La responsabilidad civil de los medicos en el derecho Español, *Rev. D. P.* 1984, blz. 643-681; en in *Medical Responsibility in Western Europe*, Ed. by Deutsch & Schreiber, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg New York Tokyo, 1985.
- Sarno, G.G.*, Annotation/Tort Liability For Wrongfully Causing One To Be Born, *ALR* 1978, blz. 15-110.
- Sayre, S.D.*, Abortion or Adoption: A Rational Application of the Avoidable Consequences Rule to the Computation of Wrongful Conception Damages, *W.S.U.L. Rev.* 1985, blz. 781-191.
- Savatier, R.*, noot onder Cour de Cassation 29 mei 1951, *D.* 1952, blz. 53-55.
- dezelfde, *D.* 1970, blz. 124 e.v.
- Schellen, A.M.C.M.*, Sterilisatie van de vrouw, in: *Sterilisatie van de mens*, Stafleu Leiden 1974, blz. 45-71.

- Schellen, J. van*, Juridische Causaliteit, diss. Universiteit van Amsterdam, Kluwer Deventer 1972.
- Schmid, H.*, Über notwendigen Inhalt ärztlicher Dokumentation, NJW 1987, blz. 681-687.
- Schoonenberg, R.M.* (samen met P.A. Stein), Uitsluiting van medische beroepsaansprakelijkheid, TvG 1983, blz. 165-185.
dezelfde, Zijn „wrongful birth” en „wrongful life” acties naar Nederlands recht toewijsbaar? in: Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid, Serie Gezondheidsrecht no. 19, Deventer 1986, blz. 61-78.
- Schoordijk, H.C.F.*, Inspanningsverbintenis en Resultaatverbintenis, BR 1969, blz. 65-77.
dezelfde, Het algemeen gedeelte van het verbintenisrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Kluwer Deventer 1979.
- Schotsmans, P.*, Informed consent. Een ethische verkenning van het recht op informatie en toestemming in de arts-patiënt-relatie, VTvG 1984/1985, blz. 433-440.
- Schreiber, H.-L.*, Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin (Göttinger Universitätsreden) 1983.
- Schut, G.H.A.*, Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid, diss. VU Amsterdam 1963.
dezelfde, Schuld en risico, WPNR 1969, blz. 269-273.
dezelfde, Onrechtmatige daad, Tjeenk Willink Zwolle, 1985.
- Shapiro, D.E.* (samen met Curran), Law, Medicine, and Forensic Science Little, Brown and Company, Boston and Toronto 1982.
- Sick, J.*, Beweisrecht im Arzthaftpflicht-prozess, Verlag Peter Lang, serie Recht & Medizin, 1986.
- Slagter, W.J.*, De rechtsgrond van de schadevergoeding wegens onrechtmatige daad, diss. Leiden 1952.
- Sluyters, B.*, Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland, Serie Medisch Recht 7, Kluwer Deventer 1974.
dezelfde, De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, 1984.
- Sommer, W.*, Comparison of Informed Consent in English and German Law, Med. Law 1986, blz. 353-364.
- Spier, J.*, Contractenrecht VIII, losbladig.
dezelfde, Overheidsaansprakelijkheid in een stroomversnelling, Kw. ber. NBW 1987, blz. 98-102.
- Stein, P.A.*, Compendium van het Burgerlijk Procesrecht, Kluwer Deventer, 1985 (6e druk) en 1987 (7e druk).
dezelfde, noot onder HR 11 december 1987, NJ 1988, 339.

- Stichting NIVEL*, Continue Morbiditeits registratie, 1985, Uitgave van het NIVEL.
- Stolker, C.J.J.M.*, Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties, Serie Gezondheidsrecht 17, Kluwer Deventer 1986.
- dezelfde (samen met Broekhuijsen-Molenaar), Aansprakelijkheid voor geneesmiddelen, Serie Gezondheidsrecht no. 18, Kluwer Deventer 1986.
- dezelfde, Patiëntenrechten in de wet vastgelegd, Cicero (een uitgave van Academisch Ziekenhuis en Medische Faculteit Leiden) 1987, blz. 252-258.
- dezelfde, De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling, BW-Krant Jaarboek, Leiden 1988, blz. 231-238.
- Stijn, R.W.*, Wanneer steriel na vasectomie? Ned. T. Geneesk. 1979, blz. 851.
- Symmons, C.R.*, Policy Factors In Actions For Wrongful Birth, M.L.R. 1987, blz. 269-306.
- Tadgerouni, A.* (samen met Flici, Soumenkoff, Wauters, Hubinont), Failures of Laparoscopic sterilisation by Hulka-Clemens Clips, Europ. J. Obstet. reprod. Biol. 1983, blz. 393-398.
- Tonkelaar, J.D.A. den*, Resultaatsverbintenissen en Inspanningsverbintenissen, Tjeenk Willink Zwolle 1982.
- Tordoir, W.F.*, Het verplicht dulden van medische behandelingen, (diss.) Serie Medisch Recht 2, Kluwer Deventer 1969.
- Tourneau, Ph. le*, La responsabilité civile, Dalloz Paris 1982.
- Ubels, H.J.* (samen met Rasker), Vaso-vasostomie: resultaten over de jaren 1975-1981 van hersteloperaties na sterilisatie van de man, Ned. T. Geneesk. 1982, blz. 1359-1363.
- Vandermeersch, D.*, Medische Fout, Sterilisatie en Medische Experimentatie, TPR 1984, blz. 839-862.
- Vansweevelt, T.*, Boekbespreking VTvG 1985/6, blz. 167-170.
- dezelfde, noot onder Cour de Cassation 19 januari 1984, RGAR 1986, 11084 (1) e.v.
- Veegens, D.J.*, Conclusie vóór HR 12 juni 1953, NJ 1954, 61.
- Velde, E.R. te* (samen met M. Boer-Meisel en H.M. Vemer), Sterilisatie van de vrouw, NTvG 1986, blz. 191-192.
- Vemer, H.M.* (samen met P. Colla, B.C. Schoot, W.M.P. Willemsen, P.B. Bierkens en R. Rolland), Spijt na sterilisatie van de vrouw, NTvG 1986, blz. 410-413.
- Vlaanderen, W.*, Zwangerschap na Laparoscopische sterilisatie, Ned. T. Geneesk. 1980, 727-729.
- Vriesendorp, J.J.*, Is vergoeding van ideële schade na wanprestatie nu al mogelijk? NJB 1985, blz. 116-117.

- Vugt, A.B.* (samen met Van Helsdingen en te Velde), Sperma-analyse na vasectomie: wanneer revasectomie? Ned. T. Geneesk. 1985, blz. 1579-1582.
- Wagner, G.*, Boekbespreking, MedR. 1984, 101-102.
- Waibl, K.*, Kindesunterhalt als Schaden („Wrongful Birth”) NJW 1987, blz. 1513-1521.
- Weimar, P.*, Schadenersatz für den Unterhalt des unerwünschten Kindes, Festschrift Cyril Hegnauer, Verlag Stämpfli & Cie Bern 1986.
- White, N.L.*, *Flowers v. District of Columbia: Another Court Refuses To Settle The Question Of Damages In Wrongful Conception Cases*, C.U.L. Rev. 1985, blz. 1209-1224.
- Wieberdink, E.A.M.*, Patiëntenfolders: gebruik ze effectief, Praktijkmanagement voor de huisarts 1986, blz. 25-27.
- Wille, H.*, Nachuntersuchungen an sterilisierten Frauen, Ferdinand Enke Verlag Stuttgart 1978.
- Windsor, F.*, The Emerging Status of Wrongful Life and Wrongful Birth, UMKC Law Rev. 1985, blz. 161-174.
- Wolfsbergen, A.*, Aansprakelijkheid voor beroepsfouten I en II, WPNR 1940, blz. 1-6 en 13-18.
- dezelfde, Onrechtmatige Daad, Universitaire Pers Leiden, 1946.
- Wuisman, J.B.M.M.*, Contractenrecht III, losbladig.
- Wijmen, F.C.B. van*, Recht op kwaliteit, rede R.U. Limburg 1983.
- Wijshoff-Vogelzang, R.L.M.*, Arts-Patiënt, diss. Nijmegen 1985, Serie Gezondheidsrecht 14, Kluwer Deventer.
- dezelfde, Boekbespreking, Advocatenblad 1986, blz. 867-868.

Personenregister

- Aaftink, H.A.M. 4.4
Abas, P. 6.8.1
Akveld, J.E.M. 7.1
Anema, A. 2.7
Arisz, F.H.A. 6.8.2; 7.5
Asser, W.D.H. 4.3.1
Ataz Lopez, J. 2.7; 3.1; 3.3;
Auby, J.M. 3.3
Ballekom-Van de Ven, K.P. van
3.9
Berger P.-G. 7.1
Biegan-Hartogh, A.M. 4.3.1
Bloembergen, A.R. 6.1.1; 6.1.2;
6.1.4; 6.8.1; 6.8.2; 6.9
Bosch, F. 5.2.1
Brahams, D. 2.6; 5.2.4; 6.4
Brau, P.J.W. de 3.1
Broekhuijsen-Molenaar, A.M.L.
2.1; 2.7
Brox, H. 5.2.8;
Brunner, C.J.H. 2.5; 6.1.3
Bryan, R.J. 5.2; 5.2.7
Clark J. 6.3
Consumentenbond 3.12
Cross, R. 4.3.2
Cuisinier, M.C.J. 3.1
Curran, W.J. 2.6.1
Dekkers, A.F.M. 3.1; 3.5; 3.6;
3.8; 3.8.3; 3.14; 3.15
Delva, W. 4.5.1
Derrick, D. (ed.) 5.2.7
Deuchler, W. 2.1; 5.2.7; 6.2; 6.2.
1; 6.2.2
Deutsch, E. 2.1; 3.3; 3.8.4; 4.3.4;
6.1.2; 7.2; 7.4
Diederichsen, U. 6.2
Dierkens, R. 4.5.1
Dorsner-Dolivet, A. 2.3; 3.14;
4.5.1; 5.2.1; 6.1.2;
Drion, H. 6.1.4; 7.1
Douglas, G. 6.4
Dworkin, R. 3.14.1
Duynstee, F.J.F.M. 6.1.2
Eggens, J. 4.7
Engelen, B.J. 2.1
Eser, A. 7.2
Eskes, M. 2.6.2; 4.2.1
Fernández Hierro, J.M. 3.1; 3.
3; 7.4
Flici, O. 4.2.1
Fourastié, J. 1.1
Franzki, D. 4.6
Franzki, H. 2.6.1; 2.6.3; 3.3;
4.6
Gasthuis Middelburg 3.12
Gevers, J.K.M. 3.7; 4.3.1
Giesen, D. 2.5; 2.6; 2.6.2; 3.1;
3.2; 3.3; 3.4; 3.7; 3.8.1; 3.8.2;
3.9; 3.14; 3.15; 4.3.2; 6.1.4; 6.2
Goss, E.J. 2.1
Graaf, J. de 1.1
Grauenkamp, F.J. 3.9
Greenfield, V.R. 6.3
Gregerson, M.C. 5.2.3; 6.3
Gribling, P.S. 5.2.1
Gritschneider, O. 5.2.1

- Groot, G.J. de 2.1; 6.1.1
 Gysel, A.-C. van 6.5
 Haardt, W.L. 4.3.1
 Hall, E.V. van 3.10; 4.2.1
 Hardt, K.F. 5.2.1; 5.2.3
 Hartkamp, A.S. 2.1; 2.6; 2.7; 5.2.4; 6.1.3; 6.8.2
 Haspels, A.A. 2.6.3; 4.1; 4.2.1; 4.2.2
 Heidenreich, W. 4.2.1
 Heinz, A.P.M. 4.2.1
 Helsdingen, P.J.R.O. van 4.1
 Henkel, B. 4.2.2
 Hilliard, L. 5.2.4; 6.4
 Hirsch, G. 3.14.1
 Hirsch, H.A. 4.2.1; 4.5.2
 Hirsh, H.L.
 Hofmann, L.C. 2.1
 Holpap, B. 4.2.2
 Holt, A. 5.2.1
 Hondius, E.H. 3.2; 7.1; 7.4
 Hubinont, P.O. 4.2.1
 Hijma, Jac. 2.3; 4.3.3
 Hijmans, I.H. 2.7
 Jansen, C.H.M. 2.7
 Jong, F.J. de 6.1.2
 Jonkers, R. 3.1
 Jupp J. 5.2.1; 6.4
 Kamphuisen, J.G.C. 6.8.2; 7.5
 Kanters, H.W. 3.1; 3.9
 Kashi, J.S. 1.1; 5.2.2; 5.2.3; 5.2.4; 6.3
 Kelley, P.J. 6.3
 Kenney, J.P. 5.2.1
 Kern, B.-R. 3.1; 3.5; 3.7; 3.8.4
 Kisch, E.S. 3.1
 Kleijn, W.M. 2.3; 4.3.3; 4.4
 Knol, P.C. 2.1; 6.8.1
 Koch, H.G. 7.2
 Kouri, R.P. 6.4
 Kremer, J. 2.6.3; 4.1; 4.2.1; 4.2.2
 Kruithof, R. 5.2.1; 5.2.3; 5.2.7; 6.5
 Lammes, F.B. 4.2.1
 Lange, H. 5.2.8
 Langemeijer, G.E. 2.7
 Lankhorst, G.H. 5.2.8
 Larenz, K. 5.2.8
 Laufs, A. 3.1; 3.5; 3.7; 3.8.4
 Leenen, H.J.J. 3.1; 3.2; 3.3; 3.4; 3.9; 3.15; 4.3.1; 4.3.3; 4.7; 5.2.1; 5.2.8
 Leeuwen, H.J. van 2.7
 Lewis, Ch. 6.4
 Linzbach, M. 3.1
 Lodeizen-Schoonenberg, R.M. 7.1; 7.4
 Lubbers, J.C.M. 4.3.3;
 Maanen, G.E. van 2.1; 2.7
 Maeijer, J.M.M. 6.8.1; 7.1
 Makkinga, K.M. 7.1
 Manchini, H.L. 2.2; 2.7
 Meer, M. van der 2.7
 Mélenec, L. 2.7; 3.1; 3.3; 6.1.2
 Mellema-Kranenburg, T.J. 2.3; 4.3.3
 Mémeteau, G. 2.2; 2.3; 3.1; 3.3; 6.1.2
 Mertens, H.-J. 3.14.1; 6.1.4
 Meijers, E.M. 6.1.1; 6.1.4
 Michalski, L. 5.2.1
 Michiels van Kessenich-Hoogendam, I.P. 2.1; 2.5; 2.6; 2.7; 3.1; 6.1.1; 6.8.1; 7.1; 7.4
 Milsteen, J.L. 1.2; 5.2.3; 5.2.4; 5.2.5; 5.2.8
 Mijn, W.B. van der 2.1
 Nadorp-Van der Borg, C.C.M. 3.2; 7.1; 7.5
 Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie 3.11; 7.1

- Nicholson, L.A. 4.1; 6.9
 Nieuwenhuis, J.H. 2.1; 5.2.8
 Nota, J.A. 5.2.7
 Oftinger, K. 5.2.1; 6.2
 Olthof, M.M. 2.1; 6.8.2
 Opstall, H.A. van 3.12; 3.15; 5.2.4
 Opstall, S.N. van 2.1; 2.6.1
 Otterlo, L.C. van 1.1; 3.11; 4.5.2; 4.7; 5.2.4; 6.9
 Pain J. 5.2.1; 5.2.2; 5.2.3; 5. 2.7
 Palandt (Diederichsen) 6.2
 Pals, L.H. 6.1.2
 Penneau, J. 1.2; 3.6; 3.8.1; 3.15 e.v.
 Pequignot, H. 3.3
 Pesser, D. 6.8.2
 Petersen, P. 4.1; 5.2.1; 5.2.8
 Peterson-Schalken, J.N. 3.9; 6.1.3; 7.1
 Rang, J.F. 1.1; 2.2; 2.3; 4.3.3
 Rasker, F.M.T. 3.10; 4.2.1
 Robertson, G.B. 5.2.3; 5.2.7; 6.4
 Ronse, J. 6.1.2
 Roscam Abbing, 2.7
 Rosenberg, L. 4.3.2
 Rooms-Katholieke Kerk 5.2.1
 Ruiter, J. de 6.8.2
 Rutten, L.E.H. 6.8.1; 6.9
 Rijken, G.J. 7.1
 Salomonson, L. 7.1
 Samuels, A. 2.5; 3.15
 Santoz Briz, J. 7.4
 Sarno, G.G. 6.3
 Savatier, J. 3.3
 Savatier, R.J. 3.3; 6.1.2
 Sayre, S.D. 5.2.4; 5.2.5
 Schellen, A.M.C.M. 4.2.1
 Schellen, J. van 6.1.1; 6.8.2
 Schmid, H. 4.6
 Scholten, G.J. 4.3.1
 Schoonenberg, R.M. 5.2.4; 6.8; 6.9; 7.1; 7.4
 Schoordijk, H.C.F. 2.4; 4.3.3
 Schotsmans, P. 3.1
 Schreiber, H.-L. 3.9
 Schut, G.H.A. 2.7; 6.1.2; 6.8.2
 Shapiro, E.D. 2.6.1
 Sick, J. 3.3; 3.15; 4.3.1; 4.3.2
 Simon, J. 6.3
 Slade LJ 4.5.3
 Slagter, W.J. 2.7
 Sluyters, B. 2.1; 2.5; 3.1; 3.3; 3.5; 3.14; 3.15; 4.3.1; 4.3.2; 4.3.4; 4.4; 6.2; 7.1
 Soumenkoff, G. 4.2.1
 Spier, J. 2.1
 Stein, P.A. 4.3.1; 4.7; 7.1
 Stolker, C.J.J.M. 2.1; 3.2; 3.3; 7.5
 Stijn, R.W. 4.1
 Symmons, C.R. 5.2.1; 5.2.4; 5.2.8
 Tadjerouni, A. 2.6.2; 4.2.1; 4.2.2; 4.7
 Tonkelaar, J.D.A. den 2.4; 4.3.3; 4.4
 Tordoir, W.F. 4.7
 Tourneau, Ph. le 3.8.1
 Ubels, H.J. 3.10; 4.2.1
 Vansweevelt, T. 3.10.1; 4.5.3; 5.2.1; 6.1.2; 6.5
 VARA 3.11
 Veegens, D.J. 4.7
 Velde, E.R. te 4.2.1
 Velde, J. te 4.1
 Vemer, H.M. 3.10
 Vlaanderen, W. 1.1; 3.11; 4.2.1; 4.5.2; 4.7; 5.2.4; 6.9
 Vocos, F. 2.7
 Vriesendorp, J.J. 2.1
 Vugt, A.B. 4.1

- Wadlington, W. 3.14.1
Waltz, J.R. 3.14.1
Watkins J. 5.2.1
Wauters, G. 4.2.1
Weimar, P. 5.2.1; 5.2.5; 6.2
Weissauer, W. 3.14.1
Wieberdink, E.A.M. 3.5
Wiersma, K. 6.1.4
Wille, H. 5.2.8
Wolfsbergen, A. 6.1.1; 6.1.2
Wuisman, J.B.M.M. 7.4
Wijmen, F.C.B. van 2.1
Wijshoff-Vogelzang, R.L.M.
2.3; 2.7; 3.1; 4.3.3; 6.1.3; 6.8.1

Rechtspraakregister

Nederland

- HR 20 februari 1936, NJ 1936, 420 (EMM) Zwaantje van Delft 6.8.1
HR 5 november 1936, NJ 1937, 250 (EMM) 6.1.1; 6.1.4
Rb Utrecht 22 oktober 1942, NJ 1946, 447 6.1.2
Hof 's-Gravenhage 15 april 1943, NJ 1943, 502 6.1.1
HR 14 april 1950, NJ 1951, 17 (PhANH) 7.1
HR 12 juni 1953, NJ 1954, 61 (DJV) 4.7
HR 9 december 1955, NJ 1956, 157 (LEHR) 2.1
HR 11 januari 1957, NJ 1957, 37 (HB) 7.3
Hof 's-Gravenhage 14 januari 1960, NJ 1961, 79 2.1
HR 10 juni 1966, NJ 1966, 390 (GJS) informatiebureau 4.3.1
HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (GJS) Saladin/HBU 7.1
HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360 (GJS) 6.1.4
Rb Arnhem 28 november 1974 en 26 februari 1976, NJ 1977, 281 1.1;
5.2; 5.2.6; 6.8
HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (GJS) pseudo-vogelpest 7.1
HR 1 april NJ 1977, 1977, 512 4.3.1
Rb 's Hertogenbosch 2 juni 1978, te kennen uit NJ 1981, 456 6.1.2
HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (GJS) Vader Versluis 2.7; 6.1.3
Rb Maastricht 22 november 1979, NJ 1980, 655 1.1
HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 (CJHB) Heesch/Reijs 6.1.2
HR 25 september 1981, NJ 1982, 555 6.1.2
Rb Maastricht 17 juni 1982, TvG 1983, 327 5.2.3; 6.8
HR 4 februari 1983, NJ 1984, 631 6.9
Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 1983, NJ 1984, 240; TvG 1983, blz. 327 e.v.
1.1; 5.2; 5.2.4; 5.2.6; 6.8; 6.9
HR 11 november 1983, NJ 1984, 331 Meppelse ree 2.1; 2.7
Rb Leeuwarden 1 maart 1984, NJ 1986, 334 1.1; 3.10.1; 4.5.1; 5.2; 5.2.4;
6.1.3
Rb Alkmaar 25 juni 1985, TvG 1986, blz. 55 3.1; 5.2.3
HR 25 april 1986, NJ 1986, 714 (G) Smilde 7.1
HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (G) Tilburgsche Hypotheekbank 7.1
HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (WLH) 4.3.1

HR 11 december 1987, NJ 1988, 339 (PAS) 4.3.1
 Hof Amsterdam 6 augustus 1987, NJ 1988, 567 4.3.1

Tuchtrechtspraak

Raad van Beroep van de KNMG 29 oktober 1980, MC 1980, blz. 1571
 3.11
 Centraal Medisch Tuchtcollege 19 maart 1981, TvG 1981, blz. 252 e.v. en
 254 e.v. 3.7
 Centraal Medisch Tuchtcollege 28 oktober 1983, TvG blz. 209 e.v. 3.8.2

Amerika

Crawford v. Duncan, 61 Cal. App. 642, 215 P 573 (1923) 4.5.2
 Bailey v. Larmon, 74 Colo 390, 222 P 393 (1924) 4.5.2
 Christensen v. Thornby, 255 N.W. 620 (Minn. 1934), 93 ALR 570 1.2
 Shaheen v. Knight, 11 Pa D.&C.2d, 41 (1957) 1.2; 5.2; 5.2.5
 Johnston v. Rodis, 102 App. D.C. 209, 251 F.2d 917 (1958) 4.5.2
 Zepeda v. Zepeda, 41 III.App. 2d, 240, 190 N.E.2d, 849 (1963) 5.2; 5.2.7
 Tunkl. v. The Regents of the University of California, 383 P.2d 441 (Cal.
 1963) 2.6.1; 7.3
 Custodio v. Bauer, 59 Cal.Rptr. 463 (App. 1967) 1.2; 5.2.4; 5.2.7; 6.3
 Jackson v. Anderson, 130 So. 2d, 503 (Fla. 2d Dist. 1970) 5.2.4
 Robak v. United States, 658 F.2d 511 (App. Mich. 1971) 5.2.4
 Troppi v. Scarf, 187 N.W.2d, 511 (1971) 5.2; 5.2.2; 5.2.3; 5.2.4; 6.3
 Canterburg v. Spence, 464 F.2d 777 (1972) 3.14.1
 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) 5.2.1; 5.2.4
 Terell v. Garcia, 496 S.W.2d, 124 (Tex. Civ. App. 1973) 5.2.2
 Rieck v. Medical Protective Co., 219 N.W.2d, 242 (Wis. 1974) 5.2.5
 Ziemba v. Sternberg, 45 A.D.2d, 230, 357 N.Y.S.2d, 265 (1974) 5.2.4
 Coleman v. Garrison, 327 A.2d, 757 (Del Super Ct. 1974), bevestigd: 349
 A 2d, 8 (Del. 1975) 6.3
 Anonimous v. Hospital, 366 A.2d, 204 (Conn. 1976) 5.2.3
 Stills v. Gratton, 127 Cal. Rptr. 652 (App. 1976) 6.3
 Carey v. Population Servs. Int'l, 431 U.S. 678 (1977) 5.2.1
 Sherlock v. Stillwater Clinic, 260 N.W.2d, 169 (Minn. 1977) 5.2.1
 Olzen v. Molzen, 588 S.W.2d 429 (Tenn. 1977) 7.3
 Wilczynski v. Goodman, 391 N.E.2d, 479 (III. App. 1979) 6.3
 Cockrum v. Baumgartner, III. App. 425 NE 2d, 968 (1981) 5.2.3; 5.2.4;
 5.2.5; 6.3
 Scarzella v. Saxon, 436 A.2d, 358 (1981, Dist. Col. App.) 4.5.2
 Miller v. DuHart 637 S.W.2d, (Mo 1982) 6.3
 Boone v. Mullendore, 416 So. 2d, 718 (Ala. 1982) 5.2.4; 5.2.5; 6.3

- Mason v. Western Pennsylvania Hospital, 453 A.2d, 974 (Pa. 1982) 5.2.2;
6.3
Wilbur v. Kerr, 628 S.W.2d, 568 (Ark. 1982) 5.2.1; 5.2.4; 5.2.5; 5.2.7
Cockrum v. Baumgartner, 447 N.E.2d, 385 (Ill. 1983) 5.2.3; 6.3
Hartke v. McKelway, 707 F.2d, 1544 (1983) 3.14.1
Fulton-DeKalb Hospital Authority v. Graves 314 S.E.2d, 653 (Ga 1984)
5.2.1
Wheeldom v. Medison, 374 N.W.2d, 367 (SD 1985) 3.14.1
O'Toole v. Greenberg, 64 N.Y.2d 427, 488 N.Y.S.2d 143, 477 N.E.2d 445
(1985) 5.2.1
Bird v. Westley Medical Center, 237 Ks 215, 699 P.2d 459 (1985) 5.2.1

België

- Rechtbank Antwerpen 17 januari 1980, De Verz. 1981, blz. 183 1.2;
4.5.1; 6.5
Cour de Cassation 19 januari 1984, RGAR 1986, 11084 (1) 6.1.2
Brussel, 8 mei 1985, J.T. 1986, blz. 252 6.5

Canada

- Doiron v. Orr, (1978), 86 DLR (3d) 719 6.4
Cataford v. Moreau, (1981), 114 DLR (3d) 585 6.4

Engeland

- Mahon v. Osborne (1939) 1 All ER 561 4.3.2
Jones v. Manchester Corp. (1952) 2 QB 852 2.6.1
Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee
(1968) 2 WLR, 422 6.1.1
Sciuraga v. Powell, 76 L.S. Gaz., blz. 567, (1979) 123 SJ 406 5.2.1; 6.4
Udale v. Bloomsbury Area Health Authority (1983) 2 All ER 522; (1983)
1 WLR 1098 1.2; 5.2.1; 6.4; 6.9
Emeh v. Kensington Area Health Authority (1985) 2 WLR 233 5.2.4
Thake and another v. Maurice (1984) 2 All ER 513; ten dele vernietigd in
hoger beroep: (1986) 1 All ER 497; (1986) 2 WLR 337 1.2; 3.14.2; 5.2;
5.2.1; 5.2.3; 5.2.7; 6.4
Hotson v. Fitzgerald (1985) 1 WLR 1036; (1985) 3 All ER 167, bevestigd
in hoger beroep: (1987) 1 All ER 210; (1987) 2 WLR 287 CA. 6.1.2
Eyre v. Measday (1986) 1 All ER 488 CA. 4.5.2
Wilsher v. Essex Area Health Authority (1986) 3 All ER 801, (1987) 2
WLR 425 2.6.1
Gold v. Haringey Health Authority (1987) 2 All ER 888 3.10; 5.2.8

Frankrijk

Cour de Cassation 29 mei 1951, D. 1952, blz. 53 3.3

Cour de Cassation 17 november 1982, J.C.P. 1983.II.20056 6.1.2

Cour de Cassation 9 mei 1983, Recueil Dalloz Sirey 1984, blz. 121; J.C.P. 1984, II, 20262 1.2; 3.8.1; 3.14; 5.2.1

Cour de Cassation 17 november 1982, J.C.P. 1983, II. 20056; D. 1983, Inf. rap. 380 6.1.2

Cour de Cassation 8 januari en 27 maart 1985, D. 1986, blz. 390.

Oostenrijk

OeOGH/SVZ, 267 (1923) 5.2.8

West-Duitsland

BGH 13 maart 1962, VersR. 1962, blz. 541 6.1.4

BGH 24 november 1970, VersR. 1971, 251 2.6.1

BGH 25 november 1975, VersR. 1976, blz. 369; NJW 1976, blz. 365 3.14.1

OLG Stuttgart 7 december, NJW 1979, blz. 2355 7.2

OLG Bamberg 6 februari 1978, JZ 1978, blz. 1685 5.2.1

BGH 22 januari 1980, VersR. 1980, blz. 428 2.6.2; 3.7

BGH 18 maart 1980, VersR. 1980, blz. 555, NJW 1980, blz. 1452, JZ 1980, blz. 409 1.2; 5.2; 5.2.4; 5.2.7; 6.2

BGH 18 maart 1980, VersR. 1980, blz. 559 1.2; 5.2.1; 5.2.5; 6.2

BGH 22 april 1980, VersR. 1981, blz. 456 3.9

BGH 24 juni 1980, VersR. 1980, blz. 942 3.14.1

BGH 2 december 1980, VersR. 1981, blz. 278, NJW 1981, blz. 630 6.2

BGH 10 maart 1981, VersR 1981, blz. 730 3.14.1

BGH 14 april 1981, VersR 1981, blz. 677 3.3

OLG Celle 15 juni 1981, VersR. 1981, blz. 1184 3.9; 3.14.1

OLG Köln 6 augustus 1981, VersR. 1982, blz. 453 2.6.2; 3.8.4

BGH 27 oktober 1981, VersR. 1982, blz. 147 3.14.1

OLG Frankfurt, 1 december 1982, NJW 1983, blz. 341 1.2; 6.2

BGH 27 september 1983, MedR. 1984, blz. 63 2.6.1; 3.8.4

BGH 19 juni 1984, NJW 1984, blz. 2625 5.2.1; 5.2.3; 5.2.5

BGH 28 februari 1984, NJW 1984, blz. 1807 3.15

BGH 7 mei 1985, MedR. 1986, blz. 39 2.6.1

Zakenregister

- aard van de schade 5.2.6; 5.8.2
- aantal claims 1.1; 6.1.3
- abortus-ingreep 3.14.2; 5.2.4
 - als schadebeperking 5.2.4
- adoptie 5.2.5
 - als schadebeperking 5.2.5
- alimentatiekarakter 5.2.6, 6.2.2; 6.8.2
- alternatieve behandeling 3.7.2; 3.13
- anti-conceptie 3.13
- assistenten 2.6
- Aufklärungspflicht 3.8
- beginselen in het schadevergoedingsrecht 6.2.1
- benefit-rule 5.2.2; 6.3
- bewijs
 - assistenten 2.6.2
 - bewijslast 4.3 e.v.
 - bewijslastverschuiving 2.6.2; 4.3 e.v.
 - bewijsnood 4.3.1
 - bewijsopdracht 3.14; 4.3 e.v.
 - bewijsrisico 4.4; 4.5.1; 4.5.2
 - causaliteit 3.13; 3.13.1; 6.1.4
 - comparitie 4.3.1
 - deskundigen- en getuigen 4.3.1
 - ervaring arts 2.6.1; 2.6.2; 4.5.1; 4.5.2
 - garanties 4.5.3
 - informatieplicht 3.14
 - inspanningsverbintenis 4.3.3; 4.4; 4.5.1; 4.5.2
 - medewerkings„plicht” patiënt 4.7
 - medisch dossier 3.14; 4.3.1; 4.6
 - „vervalsing” 4.6
 - reputatie arts 2.6.2
 - res-ipsa-loquitur-regel 4.3.2 e.v.
 - resultaat-onder-voorbehoud-verbintenis 2.3; 4.3.3; 4.4; 4.5.1; 4.5.2
 - resultaatsverbintenis 2.3; 4.3.3; 4.4; 4.5.1; 4.5.2
 - toestemming 3.3
 - verdeling naar billijkheid 4.3.1
 - voorstel Sluyters 4.3.4; 4.5.2
- „blessing”-doctrine 5.2.2; 6.3
- bloed- en urineonderzoek 2.2
- buitenbaarmoederlijke zwangerschap 3.9
- beschermingsomvang der norm 5.2.8
- carrière 6.9
- concurring opinions 6.3
- causaliteit
 - bewijs 6.1.4
 - gemiste kans 6.1.2
 - en informatie 3.14
- clipjes 4.2.2; 4.5.2

- complicaties 3.9; 4.2.1
- condicio-sine-qua-non 3.13; 6.1.1; 6.1.2
- dissenting opinions 6.3
- dossiers
 - bewijslastverdeling 3.14; 4.3.1
 - knoeien 4.6
 - wijzigen 4.6
- draagkracht ouders 6.2 e.v.; 6.8.2
- dwaling 3.12
- eileiders 4.2 e.v.
- ervaring 2.6 e.v.; 4.5.1; 4.5.2
- exoneratieclausule 7.1.1 e.v.
- fietsenmaker 2.2
- garanties 2.2; 4.5.3
- geboortebeperving 1.1; 5.2.1
- geestelijke instorting 6.9
- gemiste kans 6.1.2
- grondslag van de aansprakelijkheid 2.1
- gesprek 3.5; 3.10; 3.11
- hartklep-operatie 2.3
- herstel-operaties 3.9
- huisarts 3.12
- informatie (algemeen)
 - abortus 3.7.1; 3.13.2
 - alternatieve behandeling 3.7.2; 3.13
 - begrijpelijke taal 3.5
 - belasting voor patiënt 3.8
 - bewijs 3.15
 - bewijslastverdeling naar billijkheid 3.14
 - bewijsopdracht 3.14
 - getuigen 3.14
 - schriftelijke informatie 3.14
 - castratie 3.7.1
 - condicio-sine-qua-non 3.13
 - dwaling 3.12
 - eigen wetenschap van patiënt 3.9.1
 - ervaring arts 3.7.4
 - folder 3.10; 3.11; 3.14
 - geslachtsverandering 3.7.1
 - incidentie verwachting 3.7; 3.7.3
 - cosmetische ingrepen 3.7.1
 - kunstmatige inseminatie 3.7.1
 - mondelinge informatie 3.5; 3.10; 3.11
 - noodzakelijke behandeling 3.10; 3.11
 - oöroperatie 3.7.3; 3.8
 - oppositie 3.8
 - risico's 3.8
 - aard 3.7.3; 3.9
 - kans 3.7.3; 3.9
 - schriftelijke informatie 3.5; 3.10; 3.11
 - transplantaties 3.7.1
- informatie (m.b.t. sterilisatie)
 - buitenbaarmoederlijke zwangerschap 3.9
 - causaal verband 3.13
 - complicaties 3.9
 - condicio-sine-qua-non 3.13
 - consumentenbond-onderzoek 3.10
 - enquête 3.10; 3.11
 - folder 3.5; 3.10; 3.11
 - herstel-mogelijkheden 3.9
 - mislukkingen 3.9 e.v.
 - mondelinge informatie 3.10; 3.11

- omvang en inhoud 3.9; 3.10; 3.11
- risico's 3.9
- schriftelijke informatie 3.10; 3.11
- informed consent 3.1 e.v.
- inspanningsverbintenis 2.2 e.v.; 4.3.3; 4.5.1 e.v.
- inzagerecht 4.3.1
- laparoscopische tubacoagulatie 4.2.1; 4.5.2
- letsel 2.1; 6.8.1; 6.9
- levensovertuiging arts 5.2.1
- macro- (micro-)scopisch aspect 4.1; 4.2.1; 4.5.1
- mate van zorg 2.5
- matiging 6.8.1
- medewerkings„plicht” 4.7
- misbruik 5.2.8
- mislukkingen 4.1; 4.2.1; 4.2.2
- motieven
 - erfelijkheids- 5.1; 5.2.8
 - financiële 5.1 e.v.; 5.2.8
 - gezondheids- 5.1 e.v.; 5.2.8
 - ideële 5.1 e.v.; 5.2.8
 - onderzoek naar 5.1 e.v.; 5.2.8
- na-onderzoek 4.1; 4.2.1; 4.5.1
- nietigheid 7.1.1 e.v.
- noodzakelijke behandeling 3.7.1
- omvang der schadevergoeding 6.1 e.v.
- onrechtmatige daad 2.1; 2.7; 6.8.1
- oorlogsterminologie 3.8
- opvoedingskosten 5.1 e.v.; 6.1 e.v.
- overeenkomst 2.1; 2.7; 6.8.1
- overmacht 2.1
- patholoog-anatoom 4.1; 4.5.1
- plastische chirurgie 3.7.1
- perte d'une chance 6.1.2
- psychiater 6.9
- psychische schade
 - kind 5.2.7
 - vrouw 6.9
- psycholoog 6.9
- public policy 5.2.1
- redelijk bekwame arts 2.5
- relativiteit 5.2.8
- reputatie arts 2.5; 2.6.2
- resultaat-onder-voorbehoud-verbintenis 2.3 e.v.; 4.3.3; 4.5.1 e.v.
- resultaatsverbintenis 2.2; 2.4; 4.3.3; 4.5.1 e.v.
- revasectomie 4.1
- ringetjes 2.6.1; 4.2.2; 4.5.2
- risico-aansprakelijkheid 2.7
- samenloop 2.1
- schadebeperking 5.2.4; 5.2.5; 6.9
- schadeposten
 - baby-uitzet 6.9
 - bevalling 6.9
 - crèche 6.9
 - gezinshulp 6.9
 - ideële schade 2.1; 6.9
 - en wanprestatie 2.1
 - inkomensderving 6.9
 - kind als schade? 5.2.1 e.v.
 - kraamhulp 6.9
 - opvoedingskosten ganse boek
 - sterilisatie-ingreep 6.9
 - verhuiskosten, behuizing 6.9
- schuldaansprakelijkheid 2.7
- Schutznorm 5.2.8

- spontane rekanalisatie 4.1; 4.2; 4.5
- standaardoperaties 3.5
- systeem van de wet 5.2.6
- toelaatbaarheid van de sterilisatie-ingreep 5.2.1
- toerekening naar redelijkheid 6.1.3; 6.8.2
 - aard van de schade 6.8.2
- toestemming 3.1 e.v.
- bewijs 3.3
- transplantaties 3.7.1
- tubae 4.2; 4.5.2
- tuchtrecht 3.6
- uitsluiting van aansprakelijkheid
 - goede trouw 7.1; 7.4
 - Haftungsfreistellungen 7.2
 - nietigheid 7.1; 7.4
 - ongeldig beroep 7.1; 7.4
 - en verzekeringen 7.1; 7.4
- uroloog 4.1; 4.5.1
- vas deferens 4.1; 4.5.1
- vasectomie 4.1; 4.5.1
- verlies van een kans 6.1.2
- vertrouwen arts-patiënt 3.8; 3.15; 7.1
- verzekering(spremies) 7.4
- verzekeringsplicht 6.8.1
- voordeelstoerekening 5.2.3; 6.9
- voorzienbaarheid 6.1.3
- vruchtbaarheid 3.9 e.v.; 4.1 e.v.
- vullen van kies 2.2
- wanprestatie 2.1; 2.7; 6.1; 6.8.1
- wrongful birth 1.2
- wrongful pregnancy 1.2
- wrongful sterilisation 1.2
- zaadleider 4.1 e.v.
- ziekenfonds 5.2.1
- zwangerschapsverlof 6.9

Curriculum vitae

1954	geboren in Leiden
1974	eindexamen gymnasium A aan het Bonaventura College te Leiden
1974-1979	rechtenstudie aan de Rijksuniversiteit te Leiden
1975-1976	militaire dienst (soldaat te Schaarsbergen)
1978-1979	student-assistent bij de afdeling burgerlijk recht van de RU Leiden
1979-heden	wetenschappelijk medewerker/universitair docent aldaar