

De burgerrechtelijke aansprakelijkheid in het operatiekwartier: nog steeds een controversieel onderwerp

Prof. dr. L. Michel

Ter inleiding vermelden wij dat de wet van 15 mei 2007 - Wet betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg - gepubliceerd werd in het Belgisch Staatsblad van 6 juli 2007. In dit stadium zou het overmoedig zijn te geloven dat deze wet definitief alle problemen oplost van de "no-fault"-aansprakelijkheid! Dit om twee redenen: ten eerste herinnert de wet van 15 mei 2007 in artikel 8 eraan dat de zorgverlener een verzekering moet afsluiten bij een verzekeringsmaatschappij, overeenkomstig de bepalingen van artikelen 9, 10 en 11. Ten tweede is het momenteel riskant deze wet te interpreteren of, meer nog, zich te permitteren talrijke praktische aspecten van de "no-fault"-aansprakelijkheid te regelen aangezien de uitvoeringsbesluiten zich nog in een schemerzone van de wetgeving bevinden. Met andere woorden, op dit ogenblik gebiedt de voorzichtigheid niet verder te gaan dan gewoon vast te stellen dat het probleem in kwestie gevoelig gewijzigd zal worden door de nieuwe wet. En voor de onvoorzichtigen brengt artikel 33 van deze wet overigens enkele onaangename strafrechtelijke bepalingen in herinnering.

Bijgevolg heeft het toch wel zin eens te meer - met de gepaste sereniteit die elke juridische reflectie vereist - in te gaan op de aansprakelijkheid van de betrokken partijen in een operatiekwartier. Het operatiekwartier als een eenheid van plaats, tijd en handeling waar - net als in de klassieke tragedie - karakters met elkaar botsen, ego's zich ontketenen en, idealiter, grootheid in verhouding zou moeten staan tot dienstbaarheid. Hetgeen hier uiteengezet wordt, is in ruime zin geïnspireerd op het werk van de onbetwiste Belgische specialist inzake de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis: Thierry Vansweevel¹. Tevens zal de juridische norm aan de deontologische norm (i.e. bepaalde artikels van de Code van plichtenleer) getoetst worden. In onze korte reflectie zullen wij de patiënt centraal trachten te stellen alsook het vertrouwen dat hij ons schenkt in dit bijzonder kwetsbare moment van een ziekte waarvoor een chirurgische agressie, in naam van het minste kwaad, noodzakelijk is.

Een overeenkomst *intuitu personae*

Voor de patiënt is de identiteit of de persoonlijke hoedanigheid van de andere partij, de arts, vaak beslissend om toe te stemmen in de overeenkomst. In deze omstandigheden spreekt men van een overeenkomst *intuitu personae*. Deze overeenkomst kan - althans in principe - niet overgedragen worden aan noch nagekomen worden door uitvoeringsagenten. Diegene die een "aanbod" tot contracteren doet is niet verplicht om het even wie als contractant te aanvaarden (artikel 49 van de Code van plic-

tenleer²). Door het *intuitu personae*-karakter van de overeenkomst blijft de aanbieder (de arts) vrij de andere partij (de patiënt) als contractant te aanvaarden, behalve in spoedsituatie.

De contractuele aansprakelijkheid van de chirurg voor hulppersonen

A. Het *intuitu personae*-karakter van de overeenkomst

In wellicht de meeste gevallen heeft een patiënt die geopereerd moet worden vooraf een chirurg opgezocht of heeft hij de chirurg meteen in het ziekenhuis leren kennen en met hem de ingreep besproken. Tussen de patiënt en de chirurg kan zo een geneeskundige behandelingsovereenkomst ontstaan. Bij hypothese sluit de patiënt geen overeenkomst met andere teamleden. Het gebeurt wel meer dat hij die zelfs niet kent en evenmin door hen werd onderzocht. De patiënt die met een chirurg een bepaalde operatie heeft afgesproken bekommert zich doorgaans niet om de identiteit van de overige teamleden. Hij vertrouwt erop dat de chirurg de praktische organisatie van de ingreep op zich zal nemen (artikel 50 van de Code van plichtenleer³). Nu voert de chirurg alle operatietaken niet alleen uit. Hij schakelt daarvoor collega-artsen, verpleegkundigen en andere personen in. Tevens maken wij een evolutie mee die gekenmerkt wordt door de systematische pre-anesthesistische raadpleging in goed gestructureerde diensten. De modaliteiten van dit soort van behandeling variëren evenwel van de ene instelling tot de andere en gaan gebukt onder een niet geringe hypotheek, namelijk het chronische tekort aan artsen-anesthesisten.

B. De contractuele aansprakelijkheid van de arts voor fouten van een teamlid

Principe

Overeenkomstig de algemene regels van de contractuele aansprakelijkheid voor fouten van hulppersonen, moet ook de chirurg instaan voor de personen van wie hij zich bij de uitvoering van zijn verbintenissen bedient. Fouten begaan door hulppersonen van de chirurg worden geacht fouten van de chirurg zelf te zijn. Of de niet-nakoming van de verbintenis te wijten is aan een fout van de hoofdschuldenaar (de chirurg) dan wel van de uitvoeringsagent (een teamlid), is voor de benadeelde patiënt irrelevant. De hoofdovereenkomst werd geschonden en deze wanprestatie, eventueel veroorzaakt door een fout van een hulppersoon, is de *hoofdschuldenaar* (de chirurg) toe te rekenen.

Fouten van andere teamleden, zoals de anesthesist, de cardioloog, de internist, de assistent-arts, de verpleegkundige, begaan in de uitvoering van hun contractuele verbintenissen zijn de chirurg dus toerekenbaar. In die zin spreekt de meerderheid van

1. Vansweevel Th., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Maklu Uitgevers, 1992

2. Artikel 49 van de Code van plichtenleer: De chirurg mag weigeren tot een ingreep over te gaan wanneer de indicatie hem onvoldoende verantwoord lijkt of om een andere gegronde reden.

3. Artikel 50 van de Code van plichtenleer: Om de patiënt met de beste zorgen te omringen, moet de chirurg bevoegde assistenten kiezen. Hij draagt de verantwoordelijkheid voor die keuze.

de Belgische en Franse rechtsleer zich uit. Ook in de Nederlandse rechtsleer gaan er stemmen in die richting op. Deze regel is ook logisch, nu de chirurg de enige persoon is die zich verbonden heeft, die iets beloofd heeft, terwijl de hulpverleners, zonder verbintenissen op te nemen, toch in de uitvoering van de overeenkomst werden ingeschakeld. Zoals J. AMBIALET⁴ schrijft: "Men moet zich er dus wel degelijk van vergewissen dat wanneer een arts aansprakelijk is voor andere artsen, zijn assistent of de nursing, dit *uitsluitend* komt doordat hij als enige een overeenkomst aangegaan is met de patiënt, zich als enige ertoe verbonden heeft zorg toe te dienen, terwijl de assistent of de verpleegkundige, van hun kant, niets beloofd hebben aan de patiënt en toch betrokken werden bij de uitvoering van de ten opzichte van deze laatste aangegane verbintenissen."

Aangezien de chirurg het volledige vertrouwen geniet van de persoon op wie hij een ingreep gaat uitvoeren, is hij, krachtens de overeenkomst die hem aan deze persoon bindt, verplicht hem gedurende de gehele ingreep zorgvuldig en gewetensvol de zorg toe te dienen die strookt met de thans geldende wetenschappelijke kennis (artikel 34 van de Code van plichtenleer⁵). Bijgevolg kan het gebeuren dat hij zich dient te verantwoorden voor fouten die gemaakt kunnen worden door de arts op wie hij een beroep doet voor de anesthesie, aangezien deze laatste in de plaats treedt van de chirurg voor het vervullen van een gedeelte van de taak dat onafscheidelijk verbonden is met zijn oorspronkelijke verplichting. Deze indeplaatsstelling gebeurt soms zonder de persoonlijke of welgerichte toestemming van de patiënt. Zo is bijvoorbeeld de arts-anesthesist die de patiënt op pre-anesthesistische raadpleging zag niet noodzakelijk diegene die de anesthesie zal verrichten. Laten wij er maar meteen aan toevoegen dat het ook almaar meer het geval is voor chirurgen van veeleisende specialismen van wie de gemiddelde leeftijd op onrustwekkende wijze toeneemt en het aantal afneemt.

De Franse rechtspraak heeft meermaals uitspraak gedaan over de vraag of een chirurg als *hoofdschuldenaar* moet opdraaien voor de fouten van de teamleden fungerend als hulpverleners. De Belgische rechtspraak heeft zich over deze vraag nooit uitdrukkelijk uitgesproken, op één uitzondering na. In 1992 heeft de correctionele rechtbank van Leuven uitgesproken dat een chirurg aansprakelijk kan worden gesteld voor fouten van de anesthesist en van eender welke andere hulpverzorger⁶. Advocaten vervolgen vaak rechtstreeks de persoon die de fout begaan heeft. Deze praktijk heeft echter het nadeel dat de identiteit van de schadeverwekker met zekerheid gekend moet zijn. Dit is echter niet altijd mogelijk wanneer de patiënt geopereerd wordt door een medisch team.

De rechtspraak die de chirurg contractueel aansprakelijk stelt voor fouten van de anesthesist en van eender welke andere hulpverzorger wordt bekritiseerd. Er wordt geen rekening gehouden met de evolutie in de geneeskunde, namelijk anesthesie wordt beschouwd als een volwaardige discipline. De specifieke taakverdeling tussen de chirurg en de anesthesist dient zich te weerspiegelen in een verdeling van de verantwoordelijk-

heden. Tegen deze kritiek kan worden ingebracht dat de zienswijze die de anesthesist als een uitvoeringsagent kwalificeert, geenszins afbreuk doet aan de bekwaamheid of de zelfstandigheid van de anesthesist. De anesthesist wordt immers niet - zoals vroeger weleens ten onrechte gebeurde - als een aangestelde van de chirurg beschouwd. Hij treedt op als een zelfstandig uitvoeringsagent. Het is immers juist omdat de chirurg de anesthesietechniek niet beheerst dat hij een beroep doet op een anesthesist. Van een ondergeschiktheidpositie van de anesthesist lijkt in het algemeen trouwens geen sprake.

Dit neemt echter niet weg dat het noodgedwongen de chirurg is die een algemene opdracht aanvaardt en die contractueel aansprakelijk is voor de fouten van de teamleden (bv. de anesthesist). Maar hij kan zich daarvan, zelfs impliciet, vrijtekenen door overeen te komen dat bepaalde taken door andere personen zullen worden uitgevoerd. In dat geval staat de chirurg niet meer in voor de fouten van andere teamleden. Wellicht is het juist te stellen dat de chirurg zich niet zozeer exoneert, maar wel aangeeft, impliciet of expliciet, dat hij deze verbintenissen niet opneemt.

C. De totstandkoming van een overeenkomst met een teamlid

Soms gebeurt het dat de patiënt wel een geneeskundige overeenkomst sluit met andere teamleden (een anesthesist, een instrumentist, enz.) dan de behandelend arts (de chirurg). Hun aansprakelijkheid is dan in principe contractueel omdat ze eigen contractuele verbintenissen opnemen. De chirurg kan, in deze hypothese, niet meer als hoofdschuldenaar worden aangesproken omdat het betrokken teamlid niet meer handelt als zijn hulpverzorger.

Er bestaat echter betwisting omtrent het antwoord op de vraag wanneer zo'n overeenkomst met een teamlid tot stand komt. De wilsovereenstemming tussen partijen kan volgens sommigen blijken uit een preoperatief bezoek door de arts (a). Anderen zetten een stap verder en menen dat haast altijd een overeenkomst tussen de patiënt en de andere teamleden gesloten wordt. Zij doen daarvoor een beroep op rechtsfiguren zoals het beding ten behoeve van een derde (b) en de stilzwijgende lastgeving(c). Deze drie mogelijkheden worden achtereenvolgens geanalyseerd.⁷

a) Een preoperatief onderzoek

De jurisprudentie stelt dat wanneer de anesthesist gekozen wordt door de chirurg of door het ziekenhuis deze keuze uitdrukkelijk of *stilzwijgend* bekrachtigd kan worden door de patiënt; dat een dergelijke bekrachtiging afgeleid wordt uit de feitelijke omstandigheden, en dat ze plaatsvindt wanneer de patiënt zich vrijwillig en met kennis van zaken onderwerpt aan een door de anesthesist uitgevoerd onderzoek en preoperatieve zorg; dat door deze bekrachtiging dan een afzonderlijke overeenkomst tussen de patiënt en deze beoefenaar tot stand komt. De meest voorkomende situatie is deze waarin een teamlid (de anesthesist) juist vóór de ingreep of de avond voordien een preoperatief *bezoek* brengt aan de patiënt. Een belangrijk deel van de Belgische en Franse rechtsleer beschouwt dit bezoek als een stilzwijgende toestemming van de patiënt en er ontstaat tussen hen een overeenkomst.

4. Ambialet J. *Responsabilité du fait d'autrui et droit médical*, p. 63. (Geciteerd door Vansweevelt Th.)

5. Artikel 34 (gewijzigd op 18 augustus 2001) van de Code van plichtenleer:

§ 1. Zowel voor het stellen van een diagnose als voor het instellen en voortzetten van de behandeling, verbindt de geneesheer er zich toe zijn patiënt zorgvuldig en gewetensvol de zorgen toe te dienen die stroken met de thans geldende wetenschappelijke kennis.

§ 2. Een slachtoffer van een medische fout heeft recht op vergoeding van de door die fout veroorzaakte schade en elke geneesheer dient hiervoor verzekerd te zijn.

6. Correctionele rechtbank van Leuven, 30 juni 1992, *Vlaams Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (geciteerd door Vansweevelt Th.)

7. Cf. Vansweevelt Th., *passim*

b) Het beding ten behoeve van een derde

Volgens een deel van de Franse en Belgische rechtsleer is de afwezigheid van een rechtstreeks cont(r)act tussen een teamlid en de patiënt geen beletsel om de aansprakelijkheid van het teamlid op contractuele leest te schoeien. Hiervoor wordt een beroep gedaan op het *beding ten behoeve van een derde*. Daaronder verstaat men het beding waarbij een partij - de stipulant -, in eigen naam en voor eigen rekening, van een andere partij - de belover - een recht stipuleert ten gunste van een derde, die nochtans totaal vreemd is gebleven aan die overeenkomst. In casu stipuleert de chirurg van een ander teamlid (de belover) de specifieke medische verzorging waarop de patiënt (de begunstigde) recht heeft. Door zich tot de chirurg te wenden zou de patiënt dit derdenbeding impliciet aanvaarden. Deze juridische constructie maakt het voor de patiënt mogelijk om het belovend teamlid, in geval van een fout, op contractuele basis aan te spreken.

De gelijkstelling van de relatie tussen de chirurg, het teamlid en de patiënt met een derdenbeding is echter niet overtuigend. Aan de theorie van het derdenbeding kan een zeker *fictief* karakter immers niet worden ontzegd. Er kan inderdaad aan worden getwijfeld of aan de intentie om niet in eigen belang maar ten gunste van een derde te bedingen, is voldaan. De chirurg organiseert persoonlijk al het nodige voor de operatie, maar lijkt in werkelijkheid geen recht aan de patiënt te willen verlenen. Bovendien zijn in het ziekenhuis in het algemeen en in het operatiekwartier in het bijzonder de logistieke interferenties talrijk. Deze interferenties staan absoluut niet langer onder controle van de chirurg. Zeer concreet heeft de chirurg vaak niet langer controlerecht, en nog minder beslissingsrecht, over de keuze van de anesthesist die de patiënt verdooft en over de instrumentist die hem bijstaat.

Bovendien heeft men zich afgevraagd of het derdenbeding wel verenigbaar is met de plicht van elke arts-schuldeiser - van elke zelfstandig optredende arts-schuldenaar - om de voorgelichte toestemming van de patiënt te verkrijgen. Meer nog, heel wat aspecten van het derdenbeding zijn - met betrekking tot de voorlichting en de toestemming van de patiënt - strijdig met de Patiëntenrechtenwet van 2002. Het derdenbeding lijkt dus niet langer een geschikte algemene grondslag om de contractuele aansprakelijkheid van een teamlid op te steunen, temeer daar de dagelijkse realiteit voldoende aantoont dat de chirurg en de anesthesist niet langer persoonlijk instaan voor de organisatie van al het nodige voor de operatie, of het nu de materiële infrastructuur betreft (lokalen, apparatuur, dienstregelingen) dan wel het paramedische personeel (departement nursing). Vandaar het ontstaan van het begrip "Institution Litigation" in de Angelsaksische wereld, waarbij het ziekenhuis en de beheerders ervan betrokken worden bij het delen van de aansprakelijkheid. De zwakte van de rechtsfiguur "derdenbeding" vormt meteen de reden waarom sommige auteurs een andere constructie voorgesteld hebben, namelijk de stilzwijgende lastgeving.

c) De stilzwijgende lastgeving

De totstandkoming van een overeenkomst tussen een teamlid en de patiënt kan ook gebaseerd zijn op een stilzwijgend mandaat. Lastgeving kan worden omschreven als een overeenkomst waarbij een partij (de lastgever) een andere partij (de lasthebber die dit aanvaardt) belast met het verrichten van één of meer handelingen in zijn naam en voor zijn rekening. Vertaald naar de medische problematiek moet worden vastgesteld dat dit stilzwijgend mandaat op twee verschillende wijzen geïnterpreteerd kan worden.

Enerzijds wordt verdedigd dat de verschillende teamleden een stilzwijgend mandaat geven aan diegene onder hen die met de patiënt in contact staat om in hun naam een overeenkomst te sluiten. Deze redenering oogstte bijval in de Franse rechtsleer. Het voornaamste bezwaar tegen deze theorie is wellicht het fictief karakter van de veronderstelde toestemmingen. Niet alleen zouden alle teamleden de chirurg mandateren, maar bovendien zou de patiënt alle teamleden (stilzwijgend?) als contractpartners aanvaarden. Bovendien wordt het intuïtu personae-karakter van de behandelingsovereenkomst dan opzij gezet.

Anderzijds gaat men ervan uit dat de patiënt de chirurg stilzwijgend mandateert om alle beslissingen te nemen die het succes van de behandeling bevorderen, en *in casu* om zich te laten bijstaan door alle personen die hij nodig acht.

Op het eerste gezicht valt voor deze redenering wel iets te zeggen. Het sluiten van een overeenkomst door de chirurg-lasthebber met andere teamleden in naam en voor rekening van de patiënt, zou dan als een gevolg beschouwd kunnen worden die het in artikel 1135 BW bedoelde 'gebruik' aan de behandelingsovereenkomst verbindt. Anderzijds kan men zich afvragen of de aard zelf van de geneeskundige overeenkomst er zich eigenlijk niet tegen verzet dat de stilzwijgende toestemming van de patiënt te soepel geïnterpreteerd wordt. Wij wijzen er nogmaals op dat de arts-patiëntovereenkomst in de eerste plaats een intuïtu personae overeenkomst is gebaseerd op persoonlijk vertrouwen. Deze persoonlijke vertrouwensband kan (of men dat nu wilt of niet) niet zomaar aan een andere arts of aan een andere persoon worden doorgegeven omdat de arts dan zijn verantwoordelijkheid uit handen geeft zonder de toestemming van de patiënt verkregen te hebben en zonder hem voorgelicht te hebben. Tenslotte is de ethische grondslag van de relatie tussen verzorger en verzorgde "de samenloop van een *vertrouwen* -van de verzorgde- en een *geweten* -van de verzorger-."

Besluit

De zaken zijn ver van duidelijk en de juridische controverses nog lang niet uitgeput, zelfs na de bekendmaking van de wet van 15 mei 2007 waarvan de uitvoeringsbesluiten met ongeduld afgewacht worden. **Vanuit deontologisch standpunt bestaat er echter geen twijfel over de individuele verantwoordelijkheid van de chirurg en van de anesthesist.** De juridische theorie die de behandelend arts (in het operatiekwartier de chirurg) beschouwt als hoofdschuldenaar en de teamleden als diens uitvoeringsagenten lijkt niet alleen de meest realistische, ze biedt ook de meeste waarborgen aan de patiënt. De patiënt kan immers altijd *rekenschap vragen van en/of een vervolging instellen tegen die persoon die hij het beste kent*, namelijk diegene die hij duidelijk geïdentificeerd heeft en met wie hij zowel een vertrouwensrelatie als een overeenkomst aangegaan is. Dus diegene die zijn *hoofdschuldenaar* geworden is. Deze kan op zijn beurt eventueel een regresvordering instellen tegen de onzorgvuldige hulppersoon. Met andere woorden, de aansprakelijkheid in het operatiekwartier rijst niet - of niet langer - in termen van superieuren en ondergeschikten maar wel degelijk in termen van een onvermijdelijke hiërarchie van klinische verantwoordelijkheden ten aanzien van een kwetsbare patiënt.