

nécessité qui s'impose à lui de recueillir son consentement libre et éclairé avant de pratiquer cette intervention et que l'arrêt ne lui assigne d'ailleurs pas de fondement distinct;

Attendu que l'arrêt, qui ne constate pas que la cause de justification alléguée par le demandeur est dénuée de toute crédibilité mais repose sur la considération que la preuve de cette cause de justification lui incombe et qu'il n'y satisfait pas, renverse le fardeau de la preuve et viole, partant, toutes les dispositions légales visées au moyen, en cette branche, à l'exception de l'article 149 de la Constitution;

Qu'en cette branche, le moyen est fondé;

Du **14 décembre 2001** – Cour de cassation - 1ère chambre  
R.G.: C.98.0469.F  
Siég.: **Marchal, Echement, Storck, Batselé, Matray**  
M.P.: **du Jardin**

Noot

## De bewijslast van de geïnformeerde toestemming tot een medische ingreep

Caroline TROUET\*

### I. Inleiding

1 Het Hof van Cassatie spreekt zich in het hierboven gepubliceerde arrest op twee punten uit: nl. op het punt van de toestemming van de echtgenoot inzake sterilisatie enerzijds en van de bewijslast i.v.m. de geïnformeerde toestemming tot een medische ingreep anderzijds. Vooral dit tweede aspect van het arrest van het Hof van Cassatie is belangwekkend. Het Hof legt de bewijslast van de geïnformeerde toestemming bij de patiënt en verbreekt een arrest van het Hof van Beroep van Luik dat in navolging van het Franse Hof van Cassatie de bewijslast had omgekeerd. Over de bewijslast van de geïnformeerde toestemming tot een medische ingreep is reeds veel gedebatteerd, verschillende stellingen met verschillende argumenten worden verdedigd. Een analyse van de argumentatie van het Belgische Hof van Cassatie en een vergelijking met de redenering van het Franse Hof van Cassatie dringen zich op.

### II. Toestemming tot zwangerschapsafbreking en sterilisatie

2 Mevrouw L. dient na een jodiumbehandeling een therapeutische zwangerschapsafbreking te ondergaan. Haar gynaecoloog raadt aan tegelijkertijd tot een afbinding van de eileiders ("ligature des trompes") over te

gaan. Mw. L. wil over dit voorstel nadenken en een en ander met haar echtgenoot bespreken. Bij de opname (en zonder voorafgaandelijk de arts nog te zien) krijgt ze een formulier ter ondertekening voorgelegd waarin wordt gesteld dat ze om "la stérilisation tubaire chirurgicale" en "l'interruption thérapeutique de grossesse" verzoekt. De zwangerschapsafbreking en de sterilisatie worden de volgende dag verricht.

3 Voor het Hof van Beroep te Luik<sup>1</sup>, argumenteert mevrouw L. dat ze geen geïnformeerde toestemming heeft gegeven tot de sterilisatie en dit ondanks de ondertekening van een voorgedrukt toestemmingsformulier. Ze stelt dat er geen sprake is van een geïnformeerde toestemming omdat ze niet geïnformeerd was over de exacte draagwijdte van het door haar ondertekende document. Dit document vermeldde immers een "stérilisation tubaire chirurgicale" en niet een "ligature des trompes", de term die tijdens het gesprek met de gynaecoloog werd gebruikt.

### III. Toestemming van de echtgenoot tot sterilisatie en omkering van de bewijslast

4 Volgens het Hof te Luik heeft de arts inderdaad een fout gemaakt wat betreft de toestemming tot de medische handeling: het hof stelt dat de geïnformeerde toestemming van beide echtgenoten vereist is om tot een sterilisatie te kunnen overgaan. Een getrouwd paar beoogt een levensgemeenschap die impliceert dat een beslissing omtrent sterilisatie een gemeenschappelijke beslissing is. Het hof stelt verder "... qu'on peut facilement songer au grief qu'un époux pourrait faire à son épouse d'avoir fait procéder à une stérilisation sans son accord, ce qui pourrait même entraîner un divorce aux torts de l'épouse pour injure grave".

5 Het Hof van Cassatie oordeelt echter terecht dat in beginsel de enige toestemming die is vereist voor de geldigheid van een medische handeling die een inbreuk uitmaakt op de lichamelijke integriteit van een persoon, de toestemming van de betrokkene zelf is. Geen enkele wettelijke bepaling vereist de toestemming van de echtgenoot voor het uitvoeren van een sterilisatie, zelfs als die niet therapeutisch noodzakelijk is. Het hof stelt verder dat het feit dat het nemen van een dergelijke beslissing door de vrouw zonder het akkoord of zonder medeweten van de echtgenoot een tekortkoming kan uitmaken aan de plichten van de echtgenoten irrelevant is voor de beoordeling van het bestaan van een fout in hoofde van de arts.

6 Het Hof van Beroep te Luik stelde niet enkel dat de arts de toestemming van beide echtgenoten diende te verkrijgen om tot sterilisatie over te kunnen gaan, maar ook dat het aan de arts is (en niet aan de patiënt) te

\* Aspirant F.W.O.-Vlaanderen; K.U. Leuven Centrum voor biomedische ethiek en recht

1. Luik 30 april 1998, *T. Gez.* 1998-99, noot T. VANSWEEVELT.

bewijzen dat hij deze toestemming heeft verkregen: “attendu qu’une intervention chirurgicale, spécialement lorsqu’elle est ni urgente ni indispensable sur le plan thérapeutique, constitue un acte illégitime si le médecin n’a pas obtenu au préalable le consentement éclairé du patient; qu’il en résulte que le médecin qui est légalement et contractuellement tenu de l’obligation d’informer, puis d’obtenir le consentement libre et éclairé de son patient, a la charge de prouver l’exécution de cette obligation”.

7 Het laatste zinsdeel van dit citaat is letterlijk overgenomen uit een arrest van het Franse Hof van Cassatie van 25 februari 1997 (arrest Hédreul).<sup>2</sup> Het Franse Hof gaat in dit arrest in tegen haar vroegere rechtspraak<sup>3</sup> en keert de bewijslast van de geïnformeerde toestemming tot een medische behandeling om. Dit arrest heeft zowel in Frankrijk als in België heel wat stof doen opwaaien. Zouden de Belgische rechters die traditioneel de bewijslast bij de patiënt legden<sup>4</sup> zich door het Franse Hof van Cassatie laten beïnvloeden?<sup>5</sup> Toen in 1998 het Luikse (en het Antwerpse<sup>6</sup>) Hof van Beroep de bewijslast van de geïnformeerde toestemming bij de arts legden, leek de Franse invloed groot te zijn.

#### IV. De bewijslast volgens het Belgische Hof van Cassatie

Het Belgische Hof van Cassatie heeft het arrest van het Hof van Beroep te Luik op 14 december 2001 echter ook omwille van deze omkering van de bewijslast verbroken. De redenering van het Hof van Cassatie is gebaseerd op het oordeel van het hof van beroep dat de arts die een medische handeling verricht die een inbreuk uitmaakt op de lichamelijke integriteit van de patiënt zonder diens geïnformeerde toestemming, een ongeoorloofde handeling stelt en dat de verplichting van de arts de toestemming te vragen geen verband houdt met de contractuele relatie tussen arts en patiënt. Het Hof van Cassatie besluit daarop “qu’il résulte de ces considérations qu’aux yeux de la cour d’appel, la demande en réparation dont elle était saisie était fondée sur un acte illicite consistant en une atteinte à l’intégrité physique de la défenderesse et dès lors de nature à constituer l’infraction prévue aux articles 392 et 398 du Code pénal mais que cet acte eût été justifié si la défenderesse y avait donné son consentement

2. Cass. Fr. 25 februari 1997, *T. Gez.* 1997-98, 337, noot J.-L. FAGNART. Ook de stelling dat “la preuve à fournir par le médecin du consentement libre et éclairé du patient peut être rapportée par toutes voies de droit, y compris les témoignages et présomptions” is door een arrest van het Franse Hof van Cassatie (14 oktober 1997, *J.C.P.* 97-2, 22242), geïnspireerd.

3. Cass. Fr. 29 mei 1951, *D.* 1952, 53, noot SAVATIER.

4. Zie b.v. Brussel 6 januari 1951, *R.W.* 1950-51, 944; Antwerpen 9 november 1987, *R.W.* 1987-88, 1136, noot T. VANSWEEVELT.

5. J.-L. FAGNART, noot onder Cass. fr. 25 februari 1997, *T. Gez.* 1997-98, 337.

6. Antwerpen 22 juni 1998, *T. Gez.* 1998-99, 144. Dit arrest dient nochtans genuanceerd te worden in de zin dat de omkering van de bewijslast erin wordt verbonden met de aard en de risico’s van een medische ingreep. Zie ook H. NYS, noot onder Antwerpen 21 december 1997, *R.W.* 1997-98, 1078.

libre et éclairé”.

9 Omdat de (burgerlijke) vordering tot schadevergoeding gebaseerd is op een misdrijf (nl. opzettelijke slagen en verwondingen), moet de partij die de vordering heeft ingesteld aantonen dat alle bestanddelen van het misdrijf aanwezig zijn en dat een door de tegenpartij aangevoerde en niet volkomen ongeloofwaardige rechtvaardigingsgrond niet voorhanden is.<sup>7</sup> In strafzaken wordt het bewijs van het misdrijf immers door het openbaar ministerie geleverd met inachtneming van het vermoeden van onschuld van de verdachte. Het Hof van Cassatie besluit daaruit dat, vermits het hof van beroep niet constateert dat de rechtvaardigingsgrond die door de eiser wordt ingeroepen volkomen ongeloofwaardig is, de geïnformeerde toestemming door de patiënt dient bewezen te worden.

#### V. De medische ingreep als een misdrijf

10 Het Hof van Cassatie legt er sterk de nadruk op dat het Hof van Beroep te Luik de (geïnformeerde) toestemming ziet als een niet-contractuele toestemming. Het hof van beroep stelde inderdaad dat de verplichting om de toelating (“assentiment”) van de patiënt te verkrijgen niet voortvloeit uit het contract, maar vereist wordt door het respect voor de menselijke persoon en dat door deze plicht te schenden de arts een zware inbreuk maakt op de rechten van de patiënt, tekortkomt wat betreft zijn medische taken, hetgeen een persoonlijke fout uitmaakt. Dit onderscheid in de betekenis van “toestemming”, nl. de (contractuele) toestemming tot de medische behandelingsovereenkomst enerzijds en de (niet-contractuele) toestemming tot het verrichten van een inbreuk op de lichamelijke integriteit anderzijds, wordt in het gezondheidsrecht vaak benadrukt. Het is niet omdat de patiënt zijn toestemming heeft gegeven tot het sluiten van de medische behandelingsovereenkomst, dat de arts geen toestemming meer moet vragen wanneer hij de lichamelijke integriteit van de patiënt wil schenden. Anderzijds geldt het toestemmingsvereiste ook buiten het bestaan van een contractuele relatie.<sup>8</sup> Om al te veel verwarring te vermijden worden daarom soms verschillende termen gebruikt: “toestemming” voor de klassieke contractuele toestemming enerzijds en “toelating” anderzijds. Deze laatste “toestemming” is geen toestemming in de zin van artikel 1108 B.W., al ligt die meestal wel binnen het kader van een contractuele relatie.<sup>9</sup> Over de preciese aard van de toelating bestaat discussie binnen

7. Cass. 8 september 1960, *Pas.* 1961, I, 29; Cass. 7 februari 1974, *Pas.* 1974, I, 589; Cass. 23 januari 1981, *Pas.* 1981, I, 550; Cass. 4 december 1992, *Pas.* 1993, I, 775; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 413.

8. Zie ook G. MÉMETEAU, *Droit médical*, Parijs, Les cours de droit, 1996, 186.

9. Zie ook M. VAN QUICKENBORNE, “De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie”, in A. HEYVAERT, R. KRUTHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 222.

de rechtsleer. Sommigen zien haar als een eenzijdige rechtshandeling, anderen als een louter materiële handeling.<sup>10</sup>

11 De toestemming tot het schenden van de lichamelijke integriteit dient steeds een geïnformeerde toestemming te zijn. De patiënt moet met kennis van zaken toestemmen. Ook voor wat de informatie betreft dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de algemene informatieplicht (of begeleidingsplicht<sup>11</sup>) die voortvloeit uit de medische behandelingsovereenkomst en de toestemmingsgerichte informatieplicht. Deze laatste informatieplicht heeft dezelfde grondslag als de toestemming tot de schending van de lichamelijke integriteit. Zo stelt het Hof van Cassatie dat: “attendu que l’obligation du médecin d’informer le patient sur l’intervention qu’il préconise s’explique par la nécessité qui s’impose à lui de recueillir son consentement libre et éclairé avant de pratiquer cette intervention et que l’arrêt ne lui assigne d’ailleurs pas de fondement distinct”.

12 Het Hof van Cassatie stelt dat, door de toestemming van de patiënt niet als een contractuele toestemming te zien en te stellen dat een arts die een medische ingreep verricht zonder de toestemming van de patiënt een ongeoorloofde handeling stelt, “aux yeux de la cour d’appel” de vordering van mevrouw L. gebaseerd is op een misdrijf. Deze benadrukking van de interpretatie van de woorden van het hof van beroep (b.v. ook “attendu que l’arrêt considère en substance que ... commet un acte illicite”) valt onmiddellijk op en blijkt niet onbelangrijk. De conclusies van Procureur-generaal du Jardin bevestigen dit. Hoewel het juist is dat “cette règle qui concerne la charge de la preuve devant le juge pénal, est également applicable devant le juge civil, lorsque l’action y est exclusivement portée”<sup>12</sup>, werd de vordering *in casu* niet effectief gebaseerd op een misdrijf. Vermits de verweerders noch in hun gedinginleidende acte, noch in hun conclusies hun vordering baseren op een misdrijf en ook het hof van beroep de constitutieve elementen van een misdrijf niet heeft geconstateerd, kon het Hof van Cassatie volgens het Openbaar Ministerie niet oordelen, zonder zich in de plaats te stellen van de rechter ten gronde, dat de nalatigheid waarop het hof van beroep

wees een misdrijf uitmaakt. De Procureur-generaal volgt hier het oordeel van het Hof van Cassatie dat in 1995 stelde dat: “attendu que le moyen repose sur l’affirmation que la faute retenue par l’arrêt dans le chef du préposé de la demanderesse constitue une infraction à la loi pénale; attendu que l’arrêt se borne à qualifier cette faute d’imprudence; que la Cour ne pourrait décider que cette imprudence est une infraction à la loi pénale sans se substituer au juge du fond”.<sup>13</sup> Voorafgaandelijk aan dit arrest uit 1995 had het Openbaar Ministerie nochtans geconcludeerd dat de motivering van het hof van beroep impliceerde dat de fout die door het Hof werd weerhouden een misdrijf uitmaakte.<sup>14</sup> In de zaak die in 2001 aan het Hof van Cassatie werd voorgelegd, besloot de Procureur-generaal, verwijzend naar het arrest uit 1995, tot de onontvankelijkheid van het tweede cassatiemiddel.

13 De Procureur-generaal stelt in zijn conclusies bij de zaak in 2001 wel dat: “cet arrêt contient à mon sens une double illégalité: ... c’est d’autre part, à tort, me paraît-il également, que les juges d’appel font reposer la charge de la preuve de l’obtention du consentement libre et éclairé de la patiente sur le chirurgien, et cela qu’on se situe au niveau de l’administration de la preuve au pénal comme au civil”. Hij wijst dan ook op een mogelijke uitweg om de bovengenoemde onontvankelijkheid van het middel te vermijden. De onontvankelijkheid kan enkel worden tegengegaan via een andere lezing van het arrest van het hof van beroep, nl. een lezing volgens dewelke het hof van beroep *impliciet* wel degelijk zou hebben gesteld dat de ongeoorloofde handeling van de arts een misdrijf uitmaakte.

14 Het Hof van Cassatie kiest uiteindelijk voor deze tweede mogelijkheid: het interpreteert het arrest van het hof van beroep uitdrukkelijk en leest het zodanig dat het impliciet de vordering op een misdrijf baseert. Het Hof van Cassatie trekt hier de gevolgen van het onderscheid toestemming-toelating consequent door. Wanneer wordt gesteld dat de toestemming van de patiënt de toelating is tot het plegen van een inbreuk op diens lichamelijke integriteit, en het wetens en willens plegen van een inbreuk op iemands lichamelijke integriteit gekwalificeerd moet worden als het misdrijf slagen en verwondingen<sup>15</sup>, dan is een vordering wegens het ontbreken van de toestemming van de patiënt (minstens impliciet) gebaseerd op een misdrijf.

10. Zie b.v. F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 482 e.v. die zelf meent dat de toestemming als uitoefening van een persoonlijkheidsrecht een feitelijke handeling is.

11. “De medische behandelingsovereenkomst doet een vertrouwensrelatie ontstaan tussen arts en patiënt die de arts verplicht de patiënt te informeren, te adviseren en te begeleiden (counseling) tijdens de duur van de overeenkomst. Deze algemene informatieplicht of begeleidingsplicht heeft betrekking op zeer uiteenlopende aangelegenheden zoals informatie over in acht te nemen leefregels, over bijwerkingen van geneesmiddelen e.d.”, H. NYS, *Medisch recht*, Leuven, Acco, 2000, 101-102.

12. Cass. 14 december 2001, Conclusies Procureur-generaal, elders in dit nummer.

13. Cass. 15 mei 1995, *Pas.* 1995, I, n° 235.

14. *Ibid.*

15. Voor het misdrijf slagen en verwondingen volstaat algemeen opzet, de (preventieve of curatieve) bedoeling van de arts is irrelevant. Het opzet is aanwezig zodra de arts de bedoeling had de door de wet verboden handeling te stellen, zie Cass. 6 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 3; C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Maklu, 1998, p. 223.

## VI. De toestemming tot de medische handeling een rechtvaardigingsgrond?

15 Daar waar de redenering van het Hof van Cassatie m.b.t. de medische ingreep als misdrijf duidelijk uit het arrest blijkt, is dat niet het geval voor de toepassing van de regel dat de partij die de vordering heeft ingesteld moet aantonen dat alle bestanddelen van het misdrijf aanwezig zijn en dat een door de tegenpartij aangevoerde en niet volkomen ongeloofwaardige *rechtvaardigingsgrond* niet voorhanden is. Het Hof van Cassatie lijkt hier de toestemming van de patiënt (het slachtoffer) als een rechtvaardigingsgrond te zien terwijl deze optie door de Belgische rechtspraak en rechtsleer radicaal wordt afgevoerd.<sup>16</sup>

16 Een medische ingreep die een inbreuk inhoudt op de lichamelijke integriteit van de patiënt beantwoordt aan de constitutieve elementen van het misdrijf opzettelijke slagen of verwondingen. De rechtvaardiging voor deze slagen en verwondingen is volgens de rechtsleer gelegen in de toelating van de wet (nl. het K.B. nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen).<sup>17</sup> Door de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen te organiseren en te reglementeren laat de wet de artsen toe de lichamelijke integriteit van hun patiënten aan te tasten. De toestemming van de patiënt vormt geen rechtvaardigingsgrond<sup>18</sup>, overeenkomsten tussen privé-personen mogen geen afbreuk doen aan wetten die van openbare orde zijn.<sup>19</sup> Dit betekent niet dat de toestemming van de patiënt onbelangrijk is, ze is geen voldoende, maar wel een noodzakelijke voorwaarde voor immuniteit voor de arts. De arts moet om te genieten van immuniteit (door toepassing van de rechtvaardigingsgrond die bestaat in de toelating door de wet) aan een aantal bijkomende voorwaarden voldoen: de ingreep moet een voldoende curatief of preventief doel hebben, de patiënt moet hebben toegestemd en de ingreep moet noodzakelijk zijn.<sup>20</sup>

17 Ook de Procureur-generaal wijst in zijn conclusies op de moeilijkheid de toestemming als een rechtvaardigingsgrond te beschouwen: “le moyen pourrait donc être fondé s’il apparaissait que l’action en réparation était effectivement fondée sur l’infraction, *quod non!* Il faudrait admettre de surcroît que le consentement de la victime constitue en matière pénale une cause de justification!” Hij verwijst daarbij naar het arrest van het Hof

van Cassatie uit 1998 i.v.m. sadomasochistische praktijken.<sup>21</sup> In dit arrest stelde het Hof van Cassatie dat: “overwegende dat opzettelijke verwondingen of slagen, indien ze weliswaar door de instemming van het slachtoffer niet gerechtvaardigd worden, ook niet wanneer ze gepleegd worden in de context van sadomasochistische seksualiteitsbeleving, niettemin krachtens artikel 8.1. E.V.R.M. verschoonbaar zijn, dat zulks het geval is wanneer ze niet van aard zijn de gezondheid van degene aan wie ze worden toegebracht aan te tasten en wanneer ze gepleegd worden ten aanzien van een persoon die er op wettige wijze mee instemt; dat onder deze voorwaarden sadomasochistische praktijken moeten worden geacht te behoren tot het privé-leven, waarvan de eerbiediging vereist dat, hoewel ze beantwoorden aan de constitutieve elementen van opzettelijke verwondingen of slagen, ze tot uitsluiting van straf moeten leiden”. Het Hof van Cassatie bevestigde in dit arrest het onderscheid dat door het hof van beroep werd gemaakt nl. dat tussen een rechtvaardigingsgrond (hetgeen de toestemming niet is) en een verschoningsgrond (hetgeen de toestemming wel kan zijn). Een rechtvaardigingsgrond ontnemt de wederrechtelijkheid aan een gedraging die aan een omschrijving van een misdrijf beantwoordt en heft de strafbaarheid ervan op.<sup>22</sup> Verschoningsgronden zijn omstandigheden die met zich mee brengen dat de straf hetzij verminderd, hetzij uitgesloten wordt; ze hebben geen betrekking op het bestaan van het misdrijf zelf.<sup>23</sup> Het Hof van Cassatie herneemt in zijn arrest de redenering van het hof van beroep dat stelt dat tot het niet strafwaardig karakter van feiten die die constitutieve elementen opleveren van het misdrijf slagen en verwondingen kan gekomen worden via twee invalshoeken. Ofwel vallen de feiten onder de (expliciete of impliciete) toelating van de wet, zoals het geval is voor een medische handeling en dan is er sprake van een rechtvaardigingsgrond. Ofwel vallen de feiten onder het toepassingsgebied van artikel 8.1. E.V.R.M. dat het recht op privacy beschermt (*in casu* de private beleving van de seksuele vrijheid) zodat sprake is van een verschoningsgrond.

18 Hoewel de toestemming als dusdanig dus geen rechtvaardigingsgrond is, kan ze op twee manieren een rol spelen in het wegnemen van het strafwaardig karakter van het misdrijf slagen en verwondingen. Dat het in het geval van een medische ingreep gaat om een voorwaarde om van de impliciete toelating van de wet te kunnen spreken (die zelf als rechtvaardigingsgrond fungeert) en niet om een verschoningsgrond, is belangrijk onder meer vanuit het oogpunt van de burgerlijke gevolgen. Wanneer een misdrijf gerechtvaardigd is, kan het uit zichzelf geen burgerlijke gevolgen hebben, omdat de rechtvaardigingsgrond het misdrijf opheft. Het Hof van

16. C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, p. 220.

17. P. ARNOU, “De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer”, in A. HEYVAERT, R. KRUIHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 167 e.v.; D. CLARYSSE, “De modaliteiten en het bewijs van de geïnformeerde toestemming in de relatie zorgverlener-patiënt”, *Jura Falc.* 2001-02, nr. 1, 19; L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, I, Leuven, Acco, 2000, 149; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, p. 210-211.

18. Zie ook H. NYS, “De toestemming van de patiënt”, *Vl. T. Gez.* 1983-84, 253-254.

19. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *o.c.*, 233, nr. 392.

20. C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, p. 211.

21. Cass. 6 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 3; *Rev. dr. pén.* 1999, p. 562, noot A. DE NAUW.

22. L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 213, nr. 346.

23. C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, p. 192.



Cassatie stelde in het hier besproken arrest dat: “attenué que ce consentement eût été de nature à ôter tout caractère culpeux à un acte relevant de l’art de guérir<sup>24</sup> et poursuivant un but curatif ou préventif d’ordre thérapeutique”.<sup>25</sup> Hoewel de toestemming tot de medische ingreep op zichzelf geen rechtvaardigingsgrond uitmaakt, is ze wel noodzakelijk voor de immuniteit van de arts, zodat de patiënt wanneer de arts zich beroept op de rechtsvaardigingsgrond toelating door de wet (en hiervoor op de toestemming van de patiënt), moet bewijzen dat deze niet werd verkregen. Deze tussenstap in de redenering wordt door het Hof van Cassatie niet vermeld, maar moet wel worden verondersteld (zie ook voetnoot 24). De rechtvaardigingsgrond gebaseerd op de impliciete toelating door de wet lijkt meer algemeen ook eerder een kunstgreep te zijn die deels samenhangt met het feit dat de toestemming van het slachtoffer als rechtvaardigingsgrond juist wordt afgewezen.<sup>26</sup> Het bewijs van de toestemming maakt dan ook een belangrijk onderdeel uit van het bewijs van de rechtvaardigingsgrond die ligt in de toelating door de wet.

## VII. Frankrijk en de wettelijke informatieverplichting

19 Het Franse Hof van Cassatie dat door het Luikse Hof van Beroep werd gevolgd, hanteerde een heel andere redenering dan de hierboven geanalyseerde argumentatie van het Belgische Hof van Cassatie. Het Franse arrest keerde de bewijslast, die traditioneel bij de patiënt lag, om. Het Hof baseerde zich hiervoor op artikel 1315 alinéa 2 Code civil<sup>27</sup> en stelde dat: “attenué que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d’une obligation particulière d’information doit rapporter la preuve de l’exécution de cette obligation”.

20 Een arrest van 29 mei 1951 (arrest Martin/Birot)<sup>28</sup> oordeelde voor de eerste keer dat de patiënt moest bewijzen “que le médecin avait manqué à son obligation contractuelle et ne l’informant pas”. Het Franse Hof van Cassatie zag de geïnformeerde toestemming hier als een contractuele toestemming. Het vertrok van het algemeen beginsel “*actori incumbit probatio*” (art. 1315 al. 1 B.W.). Niet alleen moest de patiënt de medische behandelingsovereenkomst bewijzen, maar ook de gebrekkige

uitvoering ervan.<sup>29</sup> In 1997 benadrukt het Hof echter het bestaan van een bijzondere informatieplicht in hoofde van de arts waardoor die moet bewijzen dat hij aan die verplichting heeft voldaan. In deze verdeling van de bewijslast speelt de tweede alinea van artikel 1315 een belangrijke rol. Het Hof spreekt over een contractuele of wettelijke verplichting. Volgens CLARYSSE stelt het Hof dat eenmaal de patiënt het bestaan van een overeenkomst heeft bewezen, het aan de arts toekomt de goede uitvoering ervan te bewijzen.<sup>30</sup>

21 Is het nochtans niet vreemd dat het Franse Hof van Cassatie, zomaar de bewijslast omgooit en artikel 1315 Code civil anders toepast dan voorheen? Is het niet eerder zo dat het Hof van Cassatie de geïnformeerde toestemming nu als een wettelijke en niet als een contractuele verplichting ziet?<sup>31</sup> Tussen 1951 en 1997 werden niet enkel de Bio-ethiekwetten goedgekeurd (1994) waardoor artikel 16-3 Code civil nu de voorafgaande toestemming van de patiënt vereist<sup>32</sup>, ook bekrachtigde een decreet in 1995 de nieuwe deontologische code. Artikel 35 van deze code bepaalt dat: “le médecin doit à la personne qu’il examine, qu’il soigne ou qu’il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu’il lui propose ...”. In tegenstelling tot 1951 is er in Frankrijk nu sprake van een bijzondere (wettelijke) informatieplicht van de arts. Het lijkt deze (nieuwe) wettelijke plicht te zijn die het Hof van Cassatie tot een andere toepassing van artikel 1315 Code civil heeft gebracht.

## VIII. Besluit

22 Het Belgische Hof van Cassatie werkt in zijn arrest van 14 december 2001 zijn rechtspraak inzake de bewijslast in burgerlijke zaken van feiten die als een misdrijf kunnen gekwalificeerd worden uit. De rechter of de partijen hoeven niet expliciet de feiten als een misdrijf aan te duiden opdat de bewijsregels uit de strafrechtelijke procedure van toepassing zouden zijn. Voor de bewijslast van de toestemming tot een medische ingreep betekent dit dat de patiënt, wanneer de arts inroept dat hij de toestemming heeft gevraagd en dit niet geheel ongeloofwaardig is, zelf zal moeten bewijzen dat de arts géén geïnformeerde toestemming heeft verkregen.

23 Hoewel het Hof nogal snel heengaat over de toestemming als rechtvaardigingsgrond voor een misdrijf (de toestemming als dusdanig is immers geen rechtvaardigingsgrond, maar een voorwaarde opdat de rechtvaar-

24. Hiermee refererend naar het K.B. nr. 78 inzake de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen.

25. Het Hof van Cassatie heeft het hier over “tout caractère culpeux” en lijkt nu te verwijzen naar de schuldsluitingsgronden. Deze hebben in tegenstelling tot de rechtvaardigingsgronden geen betrekking op de wederrechtelijkheid van de gedraging, maar enkel op de schuld van de dader. Zij heffen enkel de schuld van de dader op. Dit onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schuldsluitingsgronden heeft geen uitdrukkelijke basis en de rechtspraak maakt het nog steeds niet. Zie C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, p. 191.

26. C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, p. 208.

27. Wie beweert bevrijd te zijn, moet het bewijs leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van de verbintenis heeft teweeggebracht.

28. Cass. Fr. 29 mei 1951, *D.* 1952, 53, noot SAVATIER.

29. Zie ook D. CLARYSSE, *l.c.*, 31.

30. D. CLARYSSE, *l.c.*, 33.

31. Zie ook J.-L. FAGNART, noot onder Cass. fr. 25 februari 1997, *T. Gez.* 1997-98, 338-339.

32. Art. 16-3 C. civ.: “il ne peut être porté atteinte à l’intégrité du corps humain qu’en cas de nécessité thérapeutique pour la personne. Le consentement de l’intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n’est pas à même de consentir”.

digingsgrond die ligt in de toelating door de wet zou gelden), biedt het een gemotiveerde oplossing voor het probleem van de bewijslast. Of de geïnformeerde toestemming van de patiënt van contractuele aard is, een eenzijdige of een feitelijke handeling uitmaakt, de vordering die de patiënt instelt, is en blijft gebaseerd op een misdrijf. Of dit uitdrukkelijk tijdens het proces wordt gesteld of slechts impliciet maakt geen verschil uit. Ook in burgerlijke zaken speelt dan het vermoeden van onschuld zodat het aan de patiënt zal toekomen te bewijzen dat de arts hem niet of onvoldoende heeft geïnformeerd. De oplossing die het Franse Hof aan het probleem van de bewijslast geeft, kan misschien verklaard worden vanuit het groeiende belang dat aan patiëntenrecht wordt gehecht en vanuit de wensen van patiënten, maar roept vanuit dit perspectief van de medische ingreep als een misdrijf juridisch toch bedenkingen op.