

MONOGRAFIEËN BW

B87 De geneeskundige behandelingsovereenkomst

Mr. dr. R.P. Wijne

Tweede druk

 Wolters Kluwer

Deventer – 2021

VOORWOORD

In 1995 is Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek verrijkt met een regeling ten behoeve van een bijzondere vorm van opdracht. Gedoeld wordt op de opdracht aan hulpverleners, in het Burgerlijk Wetboek geduid als 'de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling', kortweg de behandelingsovereenkomst. De regeling kenmerkt zich door de beschrijving van een aantal verplichtingen van de hulpverlener ten opzichte van de patiënt.

De regeling en vooral de uitvoering ervan hebben mij van meet af aan geboeid en waren voor mij reden om over dit onderwerp te gaan schrijven. Dit heeft geresulteerd in een promotie op het onderwerp en het schrijven van een handboek, hoewel ik aanvankelijk de wens had een monografie te schrijven. De blijvende wens en de roep vanuit de praktijk om ook met een 'wat dunner boek' te komen, heeft mij ertoe gebracht alsnog een monografie te schrijven. De eerste druk verscheen in 2017 en voor u ligt de tweede druk.

De monografie behelst een beschrijving van alle facetten van de behandelingsovereenkomst inclusief de vraag naar de rechtsgevolgen indien de hulpverlener de behandelingsovereenkomst niet op zorgvuldige wijze nakomt. In deze druk zijn in dat verband de op 1 januari 2020 in werking getreden wijzigingen van Boek 7, titel 7, afdeling 5, Burgerlijk Wetboek meegenomen evenals na 2017 verschenen relevante jurisprudentie en literatuur op dit terrein.

Wat het rechtsvergelijkend deel betreft, heb ik gekozen voor eenzelfde opzet. België en Duitsland hadden mijn voorkeur als onze buurlanden en landen waar de geneeskundige behandeling, net als in Nederland, een onderwerp is dat zo nu en dan veel stof doet opwaaien en tot vrij recente wetswijzigingen heeft geleid.

De tekst heb ik als kopij ingeleverd op 21 mei 2021. Ik wens u veel leesplezier.

R.P. Wijne

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XI

Literatuur / XV

HOOFDSTUK 1

Inleiding / 1

- 1 Het thema / 1
- 2 Plan van behandeling / 1

HOOFDSTUK 2

De rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt / 3

- 3 Inleiding / 3
- 4 De behandelingsovereenkomst / 4
 - 4.1 Het onderwerp van de behandelingsovereenkomst / 4
 - 4.2 De opdrachtgever / 5
 - 4.3 De opdrachtnemer / 8
 - 4.4 De totstandkoming van de behandelingsovereenkomst / 17
 - 4.5 De beëindiging van de behandelingsovereenkomst / 18
 - 4.6 Verplichtingen die uit de behandelingsovereenkomst voortvloeien / 20
- 5 In uitzonderingsgevallen geen behandelingsovereenkomst / 22
 - 5.1 Illustraties van uitzonderingsgevallen / 22
 - 5.2 Verplichtingen die uit de bijzondere rechtsverhouding voortvloeien / 26

HOOFDSTUK 3

De verplichtingen van de hulpverlener nader belicht / 31

- 6 Inleiding / 31
- 7 De informatieplicht / 31
 - 7.1 Doel van de informatieplicht / 31
 - 7.2 De inhoud van de informatie / 35
 - 7.3 Uitzonderingen op de informatieplicht / 40
- 8 De plicht de patiënt te behandelen / 41
 - 8.1 Doel van de behandelplicht / 41

- 8.2 De inhoud van de behandeling / 41
- 8.3 Uitzonderingen op de behandelplicht / 46
- 9 De dossierplicht / 46
- 9.1 Doel van de dossierplicht / 46
- 9.2 De inhoud van het dossier / 48
- 9.3 Uitzonderingen op de dossierplicht / 50
- 10 De geheimhoudingsplicht / 50
- 10.1 Doel van de geheimhoudingsplicht / 50
- 10.2 De inhoud van het geheim / 51
- 10.3 Uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht / 52
- 11 De plicht tot eerbiediging van het recht op privéleven / 57
- 11.1 Doel van de plicht tot eerbiediging van het recht op privéleven / 57
- 11.2 De inhoud van de eerbiediging van het privéleven / 57
- 11.3 Uitzonderingen op de plicht tot eerbiediging van het privéleven / 58
- 12 (Half)dwingend recht / 58

HOOFDSTUK 4

Nakomen van de verplichtingen en het goed hulpverlenerschap / 61

- 13 Inleiding / 61
- 14 Het goed hulpverlenerschap / 62
- 15 Het goed hulpverlenerschap nader belicht / 63
- 16 Invulling van het goed hulpverlenerschap: de professionele standaard / 64
- 17 Invulling van het goed hulpverlenerschap: de kwaliteitsstandaarden / 66
- 18 Invulling van het goed hulpverlenerschap: wet- en regelgeving / 68
- 19 Begrenzing van het goed hulpverlenerschap: het oordeel van de rechter / 70
- 20 Goed hulpverlenerschap als reden om van een verplichting af te wijken / 70
- 21 Goed hulpverlenerschap in de buitencontractuele rechtsverhouding / 71

HOOFDSTUK 5

Tekortkomen in het nakomen van de verplichtingen en schadevergoeding / 73

- 22 Inleiding / 73
- 23 Tekortkoming / 74
- 24 Toerekening van de tekortkoming / 78
- 24.1 Schuld, verkeersopvattingen en wet / 78
- 24.2 Toerekening krachtens schuld of verkeersopvattingen / 78
- 24.3 Toerekening krachtens de wet; artikel 6:76 BW / 80
- 24.4 Toerekening krachtens de wet; artikel 6:77 BW / 81
- 25 Condicio sine qua non-verband tekortkoming en schade / 87
- 25.1 Condicio sine qua non-verband en de invloed van de gezondheidssituatie / 87
- 25.2 Toepassing van de 'omkeringsregel' / 87
- 25.3 Proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans / 88
- 25.4 Schending van de informatieplicht en condicio sine qua non-verband / 92
- 26 Een tekortkoming binnen de muren van het ziekenhuis / 96
- 27 Exoneratie niet toegestaan / 100

- 28 Onrechtmatige daad / 102
- 29 De rol van de onrechtmatige daad / 104
- 29.1 De normschending levert onafhankelijk van de tekortkoming een onrechtmatige daad op / 104
- 29.2 Een contractuele rechtsverhouding met de patiënt ontbreekt / 105
- 29.3 Een derde – niet contractspartij – lijdt schade / 107
- 30 Een onrechtmatige daad binnen de muren van het ziekenhuis / 111
- 31 Schadevergoeding / 112

HOOFDSTUK 6

De geneeskundige behandeling in België en Duitsland / 117

- 32 Inleiding / 117
- 33 De rechtsverhouding tussen de Belgische hulpverlener en de patiënt / 117
- 34 De verplichtingen van de Belgische hulpverlener / 119
- 35 Nakomen van de verplichtingen en de zorgvuldigheidsnorm / 120
- 36 Grondslagen voor schadevergoeding / 122
- 36.1 Tekortkoming / 122
- 36.2 Onrechtmatige daad / 125
- 36.3 Schadevergoeding zonder fout / 126
- 37 De rechtsverhouding tussen de Duitse hulpverlener en de patiënt / 129
- 38 De verplichtingen van de Duitse hulpverlener / 131
- 39 Nakomen van de verplichtingen en de zorgvuldigheidsnorm / 133
- 40 Grondslagen voor schadevergoeding / 134
- 40.1 Tekortkoming / 134
- 40.2 Onrechtmatige daad / 139

Trefwoorden / 141

Artikelen / 147

Jurisprudentie / 153

Kamerstukken / 165

Monografieën BW / 167

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1 Het thema

Met € 100 miljard, oftewel 12,9% van het bruto binnenlands product, vormt de gezondheidszorg een belangrijk onderdeel van de Nederlandse economie. De 'sector zorg' is bovendien een van de grootste werkgevers van Nederland; in het derde kwartaal van 2018 betrof één op de zes banen in Nederland een functie in de bedrijfstak 'zorg en welzijn'. De noodzaak van deze omvang is gelegen in de omstandigheid dat jaarlijks een groot aantal geneeskundige behandelingen plaatsvindt, zowel binnen de muren van een ziekenhuis als daarbuiten.

Zie voor de financiële cijfers de informatie van het Centraal Bureau voor de Statistiek aan de hand van verzamelde gegevens voor het onderzoeksprogramma Arbeidsmarkt Zorg & welzijn. Bericht werd ook dat er in het derde kwartaal van 2018 1,4 miljoen werknemersbanen in de bedrijfstak zorg en welzijn waren. Dat is 2,6% meer dan een jaar eerder. Zie voor cijfers ook NVZ, *Brancherapport algemene ziekenhuizen 2018*, hoofdstuk 3.

Zie voorts het Centraal Bureau voor de Statistiek (Statline) in verband met actuele cijfers betreffende het thema gezondheid en welzijn. Uit de cijfers volgt dat in 2019 78,2% van de Nederlandse inwoners minimaal één keer contact had met de huisarts. In 2020 had 36,4% van de Nederlandse inwoners minimaal één keer contact met een medisch specialist. In 2018 waren er 3.088.055 ziekenhuisopnamen. In 2019 waren dat er 3.114.065.

Een aantal van deze behandelingen verloopt niet zoals gewenst en heeft schade tot gevolg. Soms ligt daaraan onzorgvuldig gedrag van een arts ten grondslag. Een en ander is reden om in deze monografie stil te staan bij de rechtsverhouding tussen de patiënten en de artsen en/of ziekenhuizen die zij bezoeken, de plichten die uit die rechtsverhouding voortvloeien en welke rechtsgevolgen aan een schending van de plichten verbonden kunnen worden. De omstandigheid dat patiënten zich voor een geneeskundige behandeling tevens tot België en Duitsland wenden, is reden om in deze monografie ook in te gaan op de rechtsstelsels van genoemde landen.

Zie bijvoorbeeld het onderzoek van het Secretariaat-Generaal van de Benelux Unie 'Patiënten zonder grenzen – grensoverschrijdende patiëntenstromen in de Benelux', januari 2016. Zie voorts in dit verband Richtlijn 2011/24/EU inzake grensoverschrijdende zorg.

2 Plan van behandeling

Hoofdstuk 2 vangt aan met een beschrijving van de rechtsverhouding tussen de arts, het ziekenhuis en de patiënt. Doorgaans betreft dit een overeenkomst, maar uitzonderingen zijn mogelijk. Hoofdstuk 3 gaat vervolgens in op de plichten van de arts en het ziekenhuis ten

opzichte van de patiënt. Dit betreft de plichten uit overeenkomst, die via een schakelbepaling van overeenkomstige toepassing zijn op andersoortige rechtsverhoudingen. Hoofdstuk 4 beschrijft de wijze waarop de verplichtingen moeten worden nagekomen. Het 'goed hulpverlenerschap' neemt daarbij een centrale positie in. Hoofdstuk 5 beziet vervolgens welke civiele acties kunnen volgen indien de verplichtingen niet worden nagekomen en de patiënt schade lijdt. Hoofdstuk 6 beschrijft het rechtsstelsel van België en Duitsland. Waar toepasselijk, wordt ingegaan op de overeenkomsten dan wel verschillen met het Nederlandse rechtsstelsel.

HOOFDSTUK 2

De rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt

3 Inleiding

Van oudsher wordt ervan uitgegaan dat tussen de patiënt en de arts tot wie de patiënt zich met een hulpverzoek wendt, een contractuele rechtsverhouding ontstaat. De overeenkomst tussen arts en patiënt werd vroeger getypeerd als een overeenkomst tot het verrichten van diensten, waarop artikel 1637 e.v. Burgerlijk Wetboek (oud) van toepassing waren. Een groot deel van de twintigste eeuw gaven de door de arts bedongen voorwaarden, de voor de arts geldende gedragsregels, de gewoonte en de eisen van goede trouw invulling aan de verplichtingen die uit de contractuele rechtsverhouding voortvloeiden; door de medische beroepsgroep werd gestreefd naar een eigen invulling van de maatschappelijke en ethische normen. Tegelijkertijd werden de verplichtingen van de arts bepaald door publiekrechtelijke wetgeving op het gebied van de gezondheidszorg, waarmee de ruimte voor eigen invulling door de beroepsgroep werd ingeperkt.

Sinds de inwerkingtreding van Boek 7, titel 7, afdeling 5, Burgerlijk Wetboek (BW) op 1 april 1995, is de contractuele rechtsverhouding als uitgangspunt gehandhaafd en heeft zij een plaats gekregen als een bijzondere overeenkomst van opdracht: de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling, kortweg de behandelingsovereenkomst. Het eerste deel van dit hoofdstuk bevat dan ook een beschrijving van de contractuele rechtsverhouding tussen de arts, het ziekenhuis en de patiënt. Ter inleiding wordt ook kort ingegaan op de in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW beschreven verplichtingen uit overeenkomst (nr. [4]).

Omstandigheden kunnen met zich brengen dat de relatie tussen de arts en de patiënt of het ziekenhuis en de patiënt niet kan worden geduid als een overeenkomst inzake geneeskundige behandeling. Er doen zich uitzonderingssituaties voor, die voornamelijk zijn terug te voeren op het onvrijwillige karakter van een geneeskundige behandeling. Zonder wilsovereenstemming is het bestaan van een overeenkomst niet aannemelijk. Desalniettemin zijn op deze verhoudingen ingevolge een schakelbepaling de in Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW geregelde verplichtingen van overeenkomstige toepassing voor zover de aard van de (bijzondere) rechtsbetrekking tussen de arts en de patiënt of het ziekenhuis en de patiënt zich niet tegen toepassing ervan verzet. Het tweede deel van dit hoofdstuk wordt daarom gewijd aan een beschrijving van de bijzondere situaties waarin een overeenkomst inzake geneeskundige behandeling ontbreekt, evenals aan de schakelbepaling (nr. [5]).

4 De behandelingsovereenkomst

4.1 Het onderwerp van de behandelingsovereenkomst

Artikel 7:446, eerste lid, BW bepaalt dat de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling de overeenkomst is waarbij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, de hulpverlener, zich in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf tegenover een ander, de opdrachtgever, verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, rechtstreeks betrekking hebbende op de persoon van de opdrachtgever, of van een bepaalde derde. Anders gezegd, onderwerp van de behandelingsovereenkomst is *het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst*.

Wat onder handelingen op het gebied van de geneeskunst wordt verstaan, is omschreven in artikel 7:446, tweede lid, BW. Het betreft ten eerste alle verrichtingen die van oudsher tot de geneeskunst worden gerekend, namelijk alle verrichtingen – het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen – rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende hem van een ziekte te genezen, hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden of zijn gezondheidstoestand te beoordelen, dan wel deze verloskundige bijstand te verlenen (a). Alternatieve geneeswijzen zijn hiervan niet uitgezonderd. Het betreft ten tweede andere handelingen die rechtstreeks betrekking hebben op een persoon en die worden verricht door een arts of tandarts in die hoedanigheid (b).

Volgens de toelichting (*Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 28*) heeft de verruiming sub b met name betrekking op de handelingen die een arts of tandarts ten behoeve van een gezond persoon verricht. Te denken valt aan handelingen met een zuiver cosmetisch oogmerk, orgaandonatie, medische experimenten of aan voorlichting over zwangerschapspreventie. Zie ook H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch, achtste druk, 2020, p. 108, evenals *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/393*.

In de literatuur is beschreven dat zich gevallen kunnen voordoen waarin de door een arts verrichte handelingen niet onder artikel 7:446, tweede lid, BW kunnen worden begrepen. Zie J.K.M. Gevers, 'De WBG in a-typische situaties', *TvGR 1996, nr. 1, p. 8-15*. Het afnemen van een intelligentietest door een psycholoog zou bijvoorbeeld niet aan de definitie voldoen, net zomin als het geven van een sportmassage door een fysiotherapeut. Ik kan mij daarin vinden, met dien verstande dat, gezien het beschermingsbelang, een zo ruim mogelijke opvatting over het begrip 'handelingen op het gebied van de geneeskunst' op haar plaats lijkt.

Onder handelingen op het gebied van de geneeskunst vallen tevens handelingen op het gebied van de artsenijsbereidkunst, zoals het bereiden van geneesmiddelen, daaronder begrepen het in een farmaceutische vorm brengen, alsmede het verpakken en het etiketteren van de verpakking en het afleveren van geneesmiddelen, ook wanneer deze handelingen door een apotheker zijn verricht.

De hierna nog te bespreken verplichtingen zijn dus ook van toepassing op de overeenkomst die tussen een patiënt en een openbare apotheker tot stand komt, ook al wordt deze overeenkomst eerder als een koopovereenkomst (Boek 7, titel 1, BW) gezien, althans kent deze relatie in elk geval elementen van de koopovereenkomst. Zie J.A. Rendering, *Patiënt en recht in de apotheek*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2009. Zie in dat verband artikel 6:215 BW (gemengde overeenkomsten), welk artikel bepaalt dat, indien een overeenkomst voldoet aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere soorten van overeenkomsten, de voor elk van die soorten gegeven bepalingen naast elkaar op de overeenkomst

van toepassing zijn, behoudens voor zover deze bepalingen niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet.

Tot de handelingen op het gebied van de geneeskunst worden ingevolge artikel 7:446, derde lid, BW mede gerekend het, *in het kader van een geneeskundige behandeling*, verplegen en verzorgen van de patiënt en het overigens rechtstreeks ten behoeve van de patiënt voorzien in de materiële omstandigheden waaronder die handelingen kunnen worden verricht. Deze handelingen worden ook wel 'aanpalende handelingen' genoemd. Onder artikel 7:446, derde lid, BW vallen daarentegen niet de handelingen die betrekking hebben op de verzorging van gezonde bejaarden in een verzorgingstehuis of verpleeghuis en evenmin de handelingen die betrekking hebben op de verzorging van in een instelling geplaatste verstandelijk gehandicapten (de zogeheten 'care'-sector). Er is dan immers niet voldaan aan het vereiste dat de handelingen in het kader van een geneeskundige behandeling moeten hebben plaatsgevonden.

Zie voor uitzonderingen Rb. 's-Hertogenbosch 1 oktober 2007, *TvGR* 2008, 39 en Rb. Utrecht 16 mei 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW6298 (de overeenkomst voor woon- en zorgvoorzieningen die ten behoeve van de verstandelijk en lichamelijk gehandicapte is gesloten, werd beschouwd als een geneeskundige behandelingsovereenkomst). Zie voor het hoger beroep van eerstgenoemde uitspraak Hof 's-Hertogenbosch 29 april 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD2282 (het hof liet beantwoording van de vraag wat voor soort overeenkomst het betrof in het midden). Zie voorts Rb. Utrecht 14 juni 2002, *KG* 2002/196 (de overeenkomst tussen partijen strekkende tot het verlenen van 24-uurs ADL-assistentie werd aangemerkt als een behandelingsovereenkomst). Zie eveneens Rb. Oost-Brabant 15 april 2015, *GZR* 2015-0171 (24-uurs ADL-assistentie in combinatie met het zetten van klymsa's werd aangemerkt als een behandelingsovereenkomst).

Het vereiste dat de handelingen op het gebied van de geneeskunst *rechtstreeks betrekking hebben op de persoon van de opdrachtgever of van een bepaalde derde* (de patiënt) brengt met zich dat sprake moet zijn van individuele gerichtheid; het gaat om een bepaalde, kenbare, patiënt. Individuele gerichtheid houdt echter niet in dat er rechtstreeks contact moet plaatsvinden met de patiënt; ook het verrichten van onderzoek naar stoffen afkomstig van een patiënt en het beoordelen van de resultaten van zodanig onderzoek door een klinisch chemicus, behoren tot de handelingen op het gebied van de geneeskunst.

Zie ditzelfde bij de gewone overeenkomst van opdracht, geregeld in Boek 7, titel 7, afdeling 1, BW en besproken in *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2018/19. Het gaat om een op de persoon gerichte dienst. Zie ook *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2018/22-23. Tjong Tjin Tai spreekt van een persoonsgerichte dienstverlening (hoofdtype 1) door een beroepsbeoefenaar (subtype a).

4.2 De opdrachtgever

4.2.1 De patiënt

Ingevolge artikel 7:446, eerste lid, BW verbindt de hulpverlener zich tegenover zijn opdrachtgever tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst. De handelingen op het gebied van de geneeskunst dienen rechtstreeks betrekking te hebben op de persoon van de opdrachtgever of van een bepaalde derde, zo werd hiervoor reeds

beschreven. Degene op wiens persoon de handelingen rechtstreeks betrekking hebben, wordt aangeduid als de *patiënt*, aldus artikel 7:446, eerste lid, tweede volzin, BW.

Degene die opdracht geeft tot het verrichten van een geneeskundige handeling is doorgaans degene op wiens persoon de geneeskundige handeling betrekking heeft. De opdrachtgever is in dat geval de patiënt.

Bijzondere vermelding verdient de vrouwelijke patiënt die wordt begeleid bij haar zwangerschap en bevalling. Zij is opdrachtgever en de geneeskundige behandeling ziet op haar persoon. Gezien de verbondenheid van moeder en kind ziet de geneeskundige behandeling echter mede op de toestand van het nog ongeborn kind. Toch wordt het kind niet als contractspartij gezien. De partner van de vrouw, vader van het kind, wordt evenmin contractspartij, hoewel hij wel een belang heeft bij de inachtneming van de zorgplicht jegens de vrouw en het kind. Zie HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken (*Baby Kelly*). In oudere lagere rechtspraak werd nog wel eens anders geoordeeld, zie Hof Amsterdam 4 november 2004, *TvGR* 2005, 9 (*de moeder heeft in het licht van artikel 1:2 BW mede voor haar dochter een behandelingsovereenkomst gesloten*); Rb. Arnhem 7 maart 2002, *L&S* 2002, 6 (*moeder is de geneeskundige behandelingsovereenkomst zowel voor haarzelf als voor haar kind aangegaan*) en Rb. Arnhem 15 maart 2001, *Njkort* 2001/28 (*een vrouw die een behandelingsovereenkomst sluit ter zake van een bevalling, doet dat zowel voor zichzelf als voor haar kind, 'omdat een bevalling zich nu eenmaal niet laat denken zonder betrokkenheid van de moeder'*).

Vanaf de geboorte (het verlaten hebben van het moederlichaam) komt de positie van het kind anders te liggen. Zie over geboorte H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch, achtste druk, 2020, p. 355. Zie ook volledigheidshalve het eerdergenoemde artikel 1:2 BW: het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.

Een probleem bij het geven van de opdracht doet zich voor wanneer de patiënt wilsonbekwaam en/of (tevens) handelingsonbekwaam, dan wel handelingsonbevoegd is. Deze patiënten zijn niet zelfstandig bevoegd tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst of niet in staat hun wil daaromtrent te uiten. Zij hebben daarom doorgaans een (wettelijk) vertegenwoordiger die feitelijk als opdrachtgever optreedt.

4.2.2 *Situaties van vertegenwoordiging*

De meest voorkomende situatie waarin een vertegenwoordiger als feitelijk opdrachtgever optreedt, is die waarin de *minderjarige* patiënt wordt vertegenwoordigd door zijn wettelijk vertegenwoordigers, meestal de (gezaghebbende) ouders. Hoewel hij niet per definitie wilsonbekwaam is, is een minderjarige zonder toestemming van zijn wettelijk vertegenwoordiger niet handelingsbekwaam om een behandelingsovereenkomst te sluiten, wat volgt uit artikel 1:234 BW. Minderjarig in de zin van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW is de patiënt die de leeftijd van zestien nog niet heeft bereikt, aldus artikel 7:447, eerste lid, BW. De bepaling maakt hiermee een uitzondering op de gebruikelijke leeftijd van achttien jaren, neergelegd in artikel 1:233 BW.

Zoals blijkt uit de toelichting op het wetsvoorstel van Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW, is de ontwikkeling dat minderjarigen op steeds jongere leeftijd feitelijk zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnemen redengevend geweest voor de uitzondering in artikel 7:447, eerste lid, BW. Bij het bereiken van de leeftijd van zestien jaar mag in het algemeen het noodzakelijke inzicht worden verondersteld, zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3,

p. 19 (MvT). Naast bekwaam tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst is de zestienjarige ook bekwaam tot het aangaan van overeenkomsten die daarmee onmiddellijk verband houden. Gedacht kan worden aan de aanschaf van hulpmiddelen die noodzakelijk zijn in het kader van de behandeling en genezing van de patiënt, zoals medicatie, zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 30 (MvT) en *Kamerstukken II* 1990/91, 21561, nr. 6, p. 52 (MvA). De uitbreiding van de handelingsbekwaamheid mag niet te ruim worden uitgelegd, zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 30 (MvT) en *Kamerstukken II* 1990/91, 21561, nr. 6, p. 52 (MvA). Zie in zijn algemeenheid over minderjarigheid en wils(on)bekwaamheid *Asser/Sieburgh 6-III* 2018/110-112.

Een andere situatie is die waarin een meerderjarige wilsonbekwame patiënt vertegenwoordigd wordt door een curator of mentor, zulks op basis van artikel 1:378 BW, respectievelijk artikel 1:450 BW. Onder curatele gestelde personen worden door de uitspraak van de rechter handelingsonbekwaam. Personen die een mentor toegewezen krijgen worden door de uitspraak van de rechter handelingsonbevoegd ten aanzien van rechtshandelingen die betrekking hebben op verzorging, verpleging, behandeling of begeleiding. De curator of mentor treedt feitelijk op als opdrachtgever.

Bovendien is het mogelijk dat de patiënt een persoonlijk gemachtigde heeft aangewezen om een behandelingsovereenkomst te sluiten voor het geval hij niet meer in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen inzake de noodzaak tot het ondergaan van geneeskundige zorg; aanwijzing kan bij schriftelijke machtiging of een levenstestament zijn gebeurd. De wettelijke basis voor deze vorm van vertegenwoordiging ligt in artikel 3:60, eerste lid, BW (volmacht). Als voorbeeld van een situatie waarin een persoonlijk gemachtigde door de patiënt wordt aangewezen, kan worden gedacht aan een patiënt met beginnende tekenen van dementie.

Bij afwezigheid van een wettelijk vertegenwoordiger of een persoonlijk gemachtigde kan een familielid als 'vertegenwoordiger' optreden en de overeenkomst sluiten op grond van artikel 6:198 BW in samenhang gelezen met artikel 6:201 BW (zaakwaarneming). Een voorbeeld van een situatie waarin een dergelijke 'vertegenwoordiging' aan de orde kan komen, is de situatie waarin een meerderjarige persoon als gevolg van een ongeval of (plotselinge) aandoening bewusteloos of comateus is, maar dringend geneeskundige hulp behoeft.

Onder familielid wordt ingevolge artikel 7:465, derde lid, BW verstaan een ouder, kind, broer of zus van de patiënt alsmede – met ingang van 1 januari 2020 – de grootouder of het kleinkind van de patiënt. Deze laatste toevoeging is het gevolg van het op 4 juni 2019 aanvaarde wetsvoorstel tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, zie Wet van 5 juni 2019 tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Jeugdwet en enkele andere wetten ter verbetering van patiëntgerichte zorg en het opnemen van een wettelijke regeling voor het inzagerecht in het medisch dossier van een overleden patiënt, *Stb.* 2019, 224. De reden van de toevoeging is gelegen in de omstandigheid dat uit de reacties op het voorontwerp van de wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek was gebleken dat daaraan in de praktijk behoefte zou bestaan. Zowel grootouders als kleinkinderen zouden meer dan eens optreden als vertegenwoordiger, temeer omdat er niet altijd een van de andere in artikel 7:465, derde lid, BW genoemde personen aanwezig is. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 28 (MvT).

Is ook geen familielid aan te wijzen, dan blijft een opdracht tot het sluiten van een overeenkomst achterwege en wordt aangenomen dat de hulpverlener (in spoedeisende gevallen) als zaakwaarnemer moet optreden en de belangen van de patiënt moet behartigen zonder de bevoegdheid daartoe aan een rechtshandeling of een elders in de wet geregelde

rechtsverhouding te ontlenen. Nu de hulpverlener niet met zichzelf namens de patiënt een overeenkomst kan sluiten, wordt hij niet als (feitelijk) opdrachtgever aangemerkt.

(Wettelijk) vertegenwoordigers worden geen partij bij de behandelingsovereenkomst. Zij sluiten de behandelingsovereenkomst *in naam van* de patiënt. De patiënt blijft dus formeel juridisch opdrachtgever.

Het voorgaande neemt niet weg dat het op zichzelf mogelijk is dat (wettelijk) vertegenwoordigers formeel juridisch als contractspartij optreden en de behandelingsovereenkomst (mede) sluiten met het oog op een eigen belang. Dat wettelijk vertegenwoordigers als contractspartij optreden, zal echter alleen in bijzondere omstandigheden worden aangenomen. Uit de jurisprudentie volgt bijvoorbeeld dat een eigen belang van ouders daarvoor niet voldoende is, ook al sluiten zij de behandelingsovereenkomst ter uitvoering van de zorgplicht voor hun kind en hebben zij zowel een materieel als een immaterieel belang bij de goede nakoming ervan. Zie HR 8 september 2000, NJ 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*). Zie ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/404.

4.3 De opdrachtnemer

4.3.1 Natuurlijk persoon of rechtspersoon

Ingevolge artikel 7:446, eerste lid, BW verbindt de *hulpverlener* zich tegenover de patiënt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst. De hulpverlener is dus de contractuele wederpartij van de patiënt en gezien de aard van de overeenkomst als opdrachtnemer te kwalificeren. Let wel, hulpverlener kan (alleen) een *natuurlijk persoon* of een *rechtspersoon* zijn die een *geneeskundig beroep of bedrijf* uitoefent. Bij een natuurlijk persoon die een geneeskundig beroep uitoefent kan worden gedacht aan een arts, tandarts, verloskundige, psychotherapeut, paramedicus of alternatieve genezer (hierna wordt alleen de term 'arts' gebruikt). Bij een rechtspersoon die een geneeskundig bedrijf uitoefent kan worden gedacht aan een ziekenhuis, verpleeghuis of andere zorginstelling (hierna wordt alleen de term 'ziekenhuis' gebruikt). Ziekenhuizen zijn doorgaans in de (rechts)vorm van een stichting of vereniging gegoten.

De omstandigheden van het geval zijn bepalend voor het antwoord op de vraag of in een concreet geval sprake is van de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf. Het min of meer regelmatig verrichten van geneeskundige handelingen, het zich naar buiten toe kenbaar maken als beroepsbeoefenaar en het bedingen en verkrijgen van betaling voor de verrichte handelingen zijn daarvoor aanwijzingen, zie *Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 27 (MvT)*. In de literatuur is beschreven dat de vader die een pleister plakt geen geneeskundige behandelingsovereenkomst sluit, maar dat het kruidenvrouwje met een bordje op de deur dat wel doet, zie B. Sluijters en M.C.H.I. Biesaat, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer, tweede druk, 2005, p. 5.

In de praktijk verrichten hulpverleners (hun) handelingen op het gebied van de geneeskunst in verscheidene rechtsvormen, samenwerkingsverbanden, en/of netwerken. Dit maakt het niet altijd even inzichtelijk wie in een concreet geval hulpverlener is in de zin van artikel 7:446, eerste lid, BW en mitsdien wie contractspartij is. In beginsel hangt dit af van hetgeen de hulpverlener tegenover de patiënt heeft verklaard en hetgeen hulpverlener en patiënt over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden.

Dit betreft een vaste regel om vast te stellen wie contractspartij is, zie HR 11 maart 1977, NJ 1977/521, m.nt. G.J. Scholten (*Kribbebijter*) en HR 8 september 2000, NJ 2000/734, m.nt. A.R. Bloembergen (*Baby Joost*). Zie in dezelfde zin *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/77*. In het *Baby Joost*-arrest dat zag op de geneeskundige behandeling van een minderjarige jongen (hij had een liesbreuk, maar liep bij de behandeling ernstige hersenschade op) overwoog de Hoge Raad in dat verband als volgt: “3.4 De eerste grief in het principaal appel was gericht tegen het oordeel van de Rechtbank dat W. c.s. de in geding zijnde overeenkomst (tot medische behandeling van Joost) niet alleen met de ouders zijn aangegaan in hun hoedanigheid van wettelijk vertegenwoordigers van Joost, doch eveneens met de ouders pro se. Het Hof overweegt dienaangaande dat dient te worden vastgesteld of in het licht van de algemene regels met betrekking tot het tot stand komen van overeenkomsten, grond bestaat voor het oordeel dat de ouders pro se met W. c.s. hebben gecontracteerd. Daarbij gaat het Hof klaarblijkelijk en terecht ervan uit dat het antwoord op de vraag of iemand jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam – dat wil zeggen als wederpartij van die ander – is opgetreden dan wel in naam van een derde – in welk geval deze derde wederpartij van evenbedoelde ander wordt – afhangt van hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden.”

Onder de paraplu van de algemene regel zijn op basis van de wetsgeschiedenis, oude en hedendaagse verkeersopvattingen in het kader van de geneeskundige behandeling enkele vuistregels te geven.

4.3.2 Een eerste vuistregel

Een eerste vuistregel is dat een arts als hulpverlener – en dus contractspartij – wordt beschouwd, indien hij als *zelfstandig ondernemer* de praktijk uitoefent, dus anders dan in (loon)dienst van een (rechts)persoon. Een voorbeeld betreft de huisarts met een eigen praktijk.

Sommige huisartsen hebben zich aangesloten bij een coöperatie. Deze coöperaties staan bekend als de ‘huisartsenposten’ (kortweg ‘HAP’s’), doorgaans toegelaten instellingen als bedoeld in de Wet toelating zorginstellingen. In de praktijk worden deze coöperaties niet zonder meer als contractspartij aangemerkt, zie Rb. Utrecht 8 december 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO6888. Het is echter mogelijk dat in een individueel geval uit hetgeen de huisarts heeft verklaard en uit hetgeen de huisarts en de patiënt over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden, een andere conclusie moet worden getrokken. Zie voor voorbeelden waarin een huisartsenpost, coöperatie U.A., aansprakelijk werd gesteld Rb. Arnhem 16 mei 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5849; Rb. Arnhem 10 maart 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL8529 en Rb. Arnhem 11 januari 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP5033 (steeds dezelfde eisende partij, zelfde geschil). Zie over coöperaties in het algemeen ook *Asser/Rensen 2-III 2017/227* en W.E. Kuiper en C.Ph. van der Winden, ‘De coöperatie in de zorgsector’, in: R.C.J. Galle, *Handboek coöperatie*, Dordrecht: Convoy uitgevers B.V., 2010, p. 667.

Oefent de arts als zelfstandig ondernemer zijn beroep uit in een ziekenhuis, dan is de arts evenzeer hulpverlener als bedoeld in artikel 7:446, eerste lid, BW en partij bij de behandelingsovereenkomst.

In dat verband is relevant dat het tot 1 januari 2015 in veel perifere ziekenhuizen gangbaar was dat medisch specialisten op basis van een individuele toelatingsovereenkomst in het ziekenhuis werkten, de zogenoemde ‘arts out-situatie’. Doorgaans waren deze specialisten tevens maat in een maatschap. Maatschappen konden ziekenhuisoverstijgende clusters

vormen, 'regiomaatschappen' genoemd. Dit had het doel de samenwerking te verbeteren en voordelen te behalen door schaalvergroting. Mogelijk was voorts de constructie van een 'zorg-bv', waarbij de maatschap de directie vormde.

Een maatschap zelf kan overigens niet worden aangemerkt als hulpverlener in de zin van artikel 7:446 BW. Een maatschap is geen rechtspersoon, maar ingevolge artikel 7A:1655 BW een overeenkomst waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstane voordeel met elkaar te delen. Aangenomen wordt dan ook dat bij een openbare maatschap tot gezamenlijke beroepsuitoefening de gezamenlijke maten de opdracht aannemen (pluraliteit van opdrachtnemers, artikel 7:407, tweede lid, BW), tenzij er aanwijzingen zijn dat de overeenkomst met een bepaalde persoon is gesloten. Dit laatste zal het geval zijn wanneer door de patiënt aan één (of meer) kenbare hulpverlener(s) een opdracht tot geneeskundige behandeling heeft gegeven (anders dan bijvoorbeeld het geval is bij een advocatenmaatschap). Bovendien treden artsenmaatschappen doorgaans niet naar buiten als voor patiënten herkenbare samenwerkingsvormen en contractspartijen. In dat kader wordt ook gewezen op artikel 7:404 BW. Hierin is bepaald dat, indien de opdracht is verleend met het oog op een persoon die met de opdrachtnemer of in zijn dienst een beroep of een bedrijf uitoefent, die persoon gehouden is de werkzaamheden, nodig voor de uitvoering van de opdracht, zelf te verrichten, behoudens voor zover uit de opdracht voortvloeit dat hij deze onder zijn verantwoordelijkheid door anderen mag laten uitvoeren; alles onverminderd de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer. Oftewel, de hulpverlener zal in beginsel gehouden zijn de geneeskundige behandeling zelf te verrichten. Toch is in de literatuur ook beschreven dat het niet ondenkbaar is dat onder omstandigheden wel met de gezamenlijke medisch specialisten een overeenkomst wordt gesloten; medisch specialisten kunnen gehouden zijn voor elkaar in te springen of meerdere medisch specialisten van een en dezelfde maatschap kunnen gelijktijdig dezelfde patiënt behandelen. De praktijkvoering is aldus zo ingericht dat ervan moet worden uitgegaan dat de verantwoordelijkheid voor de patiënt in feite collectief wordt gedragen.

Zie in zijn algemeenheid over de maatschap *Asser/Van Olffen 7-VII 2017/5-7*. Zie over de maatschap tegen de achtergrond van de geneeskundige behandeling *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/78*; 396.

Bovenstaande zou tevens betekenen dat ingevolge artikel 7:407, tweede lid, BW, in samenhang gelezen met artikel 6:6, tweede lid, BW, de maten (persoonlijk) gehouden zijn tot nakoming en dat zij hoofdelijk aansprakelijk zijn voor een tekortkoming, tenzij de maat in kwestie aantoonde dat de tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend, zie HR 15 maart 2013, *NJ 2013/290*, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Biek Holdings/A. c.s.*). Dit betekent dientengevolge ook dat verhaal mogelijk is op het maatschapsvermogen, zulks naast de aanspraak op het persoonlijke vermogen van de maten. Wel is een vereiste dat de opdracht in zo'n geval als 'gezamenlijke opdracht' kan worden aangemerkt. Is gespecificeerd wie de opdracht uitvoert, dan is aan dat vereiste niet voldaan. Hoewel ik deze gedachtegang kan volgen, zeker als onduidelijk is op welk moment in de behandeling een fout is gemaakt en de patiënt verschillende, niet altijd kenbare, willekeurige medisch specialisten van eenzelfde maatschap heeft gezien, lijkt de aansprakelijkheid van de gezamenlijke maten meer theoretisch van aard. Uitspraken in die zin zijn mij niet bekend en in de praktijk waren tot 2015 aansprakelijkstellingen niet gericht jegens de verschillende maten van een maatschap, maar jegens een individuele medisch specialist of het ziekenhuis als centraal adres. Zie voor één uitspraak in 2015 waarbij een (ontbonden) maatschap was betrokken en één maat Rb. Rotterdam 17 juni 2015, *GZR 2015-0269* (orthodontiepraktijk en orthodontist in rechte betrokken).