

Een verticale haven in een horizontale wereld

Wanneer opent het gezondheidsrecht de sluizen voor het civiele recht?

Tom van Malssen¹

MOTIV DES ANGRIFFS – Man greift nicht nur an, um Jemandem wehe zu tun, ihn zu besiegen, sondern vielleicht auch nur, um sich seiner Kraft bewusst zu werden.
Friedrich Nietzsche

De tijd is rijp voor een herbezinning op de dogmatische aannames die ten grondslag liggen aan het gezondheidsrecht als functioneel rechtsgebied. Aannames die zich primair manifesteren in de kwalificatie van de geneeskundige behandelingsovereenkomst als patiëntenrechtenvehikel en niet als (eerst en vooral) een wederkerige overeenkomst tussen twee partijen. Via een chronologisch gestructureerde bespreking van de relevante academische en parlementaire discussies beoogt de bijdrage de onderliggende assumpties aan de oppervlakte te brengen, zoals deze hun meest recente vertaling hebben gevonden in een wetsvoorstel tot wijziging van Afdeling 5 van Titel 7 van Boek 7 BW. Vervolgens wordt ingezoomd op het juridische potentieel van een wetsartikel waarvan nagenoeg alle gezondheidsrechtjuristen vinden dat het zou moeten worden geschrapt: artikel 7:452 BW, over de verplichtingen van de patiënt. Het artikel sluit af met een korte eindbeschouwing.

1. Inleiding

In 2011 blikte een jubilerende Vereniging voor Gezondheidsrecht terug op veertig jaar academische gezondheidsrechtbeoefening. Het destillaat? 'Het Nederlandse gezondheidsrecht is patiëntenrecht'² – en was dat van begin af aan. Reeds in zijn oratie van 1973 stipuleerde de geestelijk vader van het begrip 'patiëntenrecht', J.F. Rang, dat het gezondheidsrecht alleen 'waarachtig recht' is als het 'primair niet gaat om de zorgverleners maar om de personen voor wie deze zorg bestemd is'.³ Velen zouden zich vervolgens zetten aan de uitvoering van de programmatische opdracht die onmiskenbaar in het betoog van Rang ligt besloten, soms met welhaast missionaire ijver. Het politieke tij deed de rest. Toen via de emancipatiebewegingen. Nu met behulp van identiteitspolitiek.

Nagenoeg parallel aan het programma van Rang zag het programma van H.J.J. Leenen het licht, voor velen een boegbeeld dat af en toe mag worden opgepoetst, maar dat niet van de steven mag worden gehaald om eens grondig te worden geïnspecteerd. Leenen is de auteur intellectuelis van het begrip 'gezondheidsrecht', een begrip dat de Amsterdamse hoogleraar – die was gepromoveerd op een

proefschrift over sociale grondrechten en gezondheidszorg – definieerde niet vanuit het recht, maar vanuit de moraal; niet vanuit (horizontale en/of verticale) regulering van intermenselijk verkeer, maar vanuit bescherming van wat hij 'belangen' noemde: en wel primair vanuit het 'belang' van de 'erkenning van de menselijke persoon'.⁴ Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de eerste druk van het eerste deel van het *Handboek gezondheidsrecht* ruim veertig jaar geleden als onderwerp had: de rechten van de patiënt.⁵ Hiermee was de convergentie van Rang en Leenen een feit.

Feit is ook dat de 'belangen' van Leenen de concentrische principes zijn gebleven in alle latere edities van het *Handboek gezondheidsrecht*.⁶ De term 'Wgbo' valt weliswaar regelmatig, maar over het getrapte civielrechtelijke systeem waarin de geneeskundige behandelingsovereenkomst is ingebed valt op (inmiddels) ruim 850 pagina's betrekkelijk weinig beschouwends te lezen.⁷ Over het meer algemene verbintenissen- en goederenrecht in de zorg nog minder, hoewel de gehanteerde definitie van 'gezondheidsrecht' daar als zodanig wel aanleiding toe had kunnen geven.⁸ Als excuus vermag dan ook alleen bewuste verwaarlozing echt te overtuigen.

En toch verbaast dat excuus, zeker nadat een gezaghebbend civilist als Ton Hartlief ruim een decennium geleden de knuppel vrij gericht in het hoenderhok had gegooid: 'Mijn vrees is dat het gezondheidsrecht "wegdrijft" van het algemene privaatrecht'.⁹ Of misschien toch ook niet. In ieder geval niet als mijn analyse juist is dat het gezondheidsrecht, toen Hartlief zijn vrees uitsprak, alle toevoersluizen reeds definitief had gesloten na te zijn aangemeerd in de haven van zijn zelfgeproclameerde eilandstaat.

De analyse scharniert primair om het concept van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, en gaat uit van het perspectief niet van de hulpvrager, maar van 'de ander'. In die zin is het gekozen gezichtspunt bewust partieel. Een rechtvaardiging hiervoor vind ik in het oude adagium dat het kromme pas recht wordt door het in tegengestelde richting om te buigen. Met het niet belangrijk vinden van het patiëntenperspectief heeft de gemaakte keuze niets te maken. Eerder integendeel.

2. Totstandkoming Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst ('Wgbo')

We pakken de draad weer op waar we hem hadden laten liggen – bij de vakliteratuur van de jaren zeventig –, nemen kennis van de aansporing van Rang tot wetgeving,¹⁰ en stoten door naar de parlementaire stukken van begin/medio jaren tachtig. En ook daar blijkt de kernboodschap van begin af aan niet op een *juridische* argumentatie te zijn gestoeld. Zo wordt het streven naar 'extra wettelijke bescherming van de patiënt' expliciet gelegitimeerd met referentie aan een 'krachtige ontwikkeling' in de publieke opinie.¹¹ Tegelijkertijd echter zou de 'groeiende aandacht voor zelfbeschikking' met zich brengen dat moet worden uitgegaan van de 'mondige patiënt, die een eigen verantwoordelijkheid draagt en zelfstandig beslissingen kan nemen'.¹² Zie hier een treffend voorbeeld van de cirkelredenering die in nagenoeg alle politieke emancipatieprogramma's ligt besloten: verondersteld wordt wat de emancipatiewetgeving nu juist zou moeten bewerkstelligen.

De vragen *waartoe* de patiënt precies dient te worden geëmancipeerd, en *wanneer* die emancipatie als voltooid kan worden beschouwd, lijken in ieder geval primair te zijn gezien als politieke keuzemogelijkheden voor de volgende generatie. Dit terwijl ook literatuurbijdragen uit die tijd¹³ aanleiding zouden hebben kunnen geven tot het doorden-

ken van de onderliggende vraag in hoeverre gelijkheid en ongelijkheid op verschillende niveaus *blijvend* naast elkaar kunnen bestaan, in die zin dat recht wordt gedaan niet alleen aan moreel-politieke keuzes voor concepten als autonomie en zelfbeschikking, maar ook aan feitelijke verschillen in kennis, ervaring en het vermogen tot het geven van een objectief en onafhankelijk oordeel. En natuurlijk aan het feit dat sprake is van een *wederkerige* (rechts)verhouding, waarbij niet alleen een *hulpvrager* is betrokken, maar ook een *hulpverlener* met eigen gerechtvaardigde belangen die niet altijd volledig samenvallen met zijn enige 'afweermogelijkheid'.¹⁴ Een beroep op de professionele standaard (artikel 7:453 BW).

De vragen *waartoe* de patiënt precies dient te worden geëmancipeerd, en *wanneer* die emancipatie als voltooid kan worden beschouwd, lijken primair te zijn gezien als politieke keuzemogelijkheden voor de volgende generatie

In het parlementaire proces is indertijd aandacht gevraagd voor de mogelijke spanning tussen formele wetgeving en de veronderstelde vertrouwensrelatie tussen hulpverlener en hulpvrager. Zo stelt de Centrale Raad voor de Volksgezondheid in een deeladvies enerzijds voorop dat 'terecht' het 'verlangen' bestaat om de rechten en plichten van patiënt en arts 'scherper te profileren'. Anderzijds echter, aldus het adviesorgaan, zal de 'grondslag' van de relatie tussen beiden 'onderling vertrouwen' moeten zijn – een vertrouwen dat zich 'niet geheel' laat 'vangen in' of 'vervangen door' een contractuele regeling.¹⁵ Het door de Centrale Raad geschetste spanningsveld raakt aan de kerneigenaardigheden van de relatie tussen hulpvrager en

Auteur

1. Mr. dr. T. van Malssen is advocaat (bij de Hoge Raad) bij Dirkzwager Legal & Tax.

Noten

2. Aldus H. Nys in Vereniging voor gezondheidsrecht, *Oratiebundel Gezondheidsrecht; verzamelde redes 1971-2011*, Den Haag: Sdu 2012, p. 13.
3. J.F. Rang, 'Patiëntenrecht' (rede van 26 januari 1973), in: *Oratiebundel Gezondheidsrecht*, a.w., p. 64.
4. H.J.J. Leenen, 'Gezondheidsrecht – een poging tot plaatsbepaling', *Tijdschrift voor Geneeskunde* 1968, p. 785.
5. H.J.J. Leenen, *Rechten van mensen in de*

gezondheidszorg – Een gezondheidsrechtelijke studie, Alphen aan den Rijn: Samsom 1978, p. 24-36.

6. Vergelijk H.J.J. Leenen et al., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017, par. 1.3 en hfdst. 2.
7. Symptomatisch is dat het Handboek 'algemene rechtsregels' uitdrukkelijk scheidt van 'gezonderheidsrecht in de strikte zin' en 'specifiek op de gezondheidszorg betrekking hebbende regels,' die de 'kern van het gezondheidsrecht als discipline' uit zouden maken (*ibid.*, par. 1.1.2, p. 33).
8. Gezondheidsrecht wordt gedefinieerd als: 'het geheel van rechtsregels dat betrekking

heeft op de zorg voor de gezondheid en de toepassing van overig burgerlijk, bestuurs- en strafrecht in dat verband' (*ibid.*).

9. T. Hartlief, 'De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht' (Preadvies), in: Vereniging voor Gezondheidsrecht: *Gezondheidsrecht: Betekenis en Positie*, Den Haag: Sdu 2007, p. 57.
10. *Oratiebundel Gezondheidsrecht*, a.w., p. 56; herhaald door Van Wijnen in zijn rede van 7 oktober 1983 'Recht op Kwali-teit', *ibid.*, p. 119.
11. *Kamerstukken II 1980/81, 16771, 1-2*, p. 34, 35. Vergelijk ook *Kamerstukken II 1987/88, 16771, 31*, p. 7.
12. *Kamerstukken II 1982/83, 16771, 14*,

p. 26; *Kamerstukken II 1987/88, 16771, 31*, p. 9.

13. Zie bijv. F.C.B. van Wijnen, 'Hoe bijzonder is de rechtspositie van de patiënt? De hulpverleningsrelatie in de gezondheidszorg en de overeenkomst van opdracht volgens het Nieuw BW', *NJB* 27 april 1985, afl. 17, p. 542 en 546.
14. *Handboek gezondheidsrecht*, a.w., p. 106.
15. Centrale Raad voor de Volksgezondheid, *Deeladvies betreffende de juridische relatie tussen patiënt en arts, het recht van de patiënt op informatie en het toestemmingsvereiste*, Staatsuitgeverij 's-Gravenhage 1980, p. 7.



hulpverlener, en daarmee aan een kerndilemma van de (voorgestelde) wettelijke regeling: in hoeverre zal onderling vertrouwen het bewegingsprincipe van een verhouding (kunnen) blijven als er een wettelijke regeling ligt die uitgaat van de premisse dat die verhouding in geval van wederzijds wantrouwen ook volledig door de wettelijke regeling kan worden gedefinieerd?

De wetgever – die van begin af aan geen misverstand heeft laten bestaan over de emancipatoire ratio van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst¹⁶ – heeft dit belangwekkende vraagstuk op politieke wijze opgelost. Zo wordt ergens overwogen dat wetgeving niet leidt tot ‘ondermijning van het noodzakelijk vertrouwen tussen de betrokkenen’, omdat ‘voor elke overeenkomst’ vertrouwen tussen partijen ‘noodzakelijk’ is, en anders een overeenkomst niet ontstaat of niet stand houdt.¹⁷ De kernvraag in hoeverre deze redenering ook stand houdt onder de aannahme van interveniërende wetgeving wordt beantwoord door de vraag niet te stellen. Op een andere plaats wordt verondersteld dat relationele horizontaliteit en vertrouwen evenredig plegen op te lopen, opdat kan worden geconcludeerd

dat door dwingendrechtelijke vastlegging van de ‘gelijkwaardige positie van de patiënt’ het onderlinge vertrouwen tussen hulpverlener en patiënt ‘eerder vergroot’ dan ‘verminderd’ zal worden.¹⁸ Elders wordt stilzwijgend de aannahme geponereerd dat mensen niet geneigd zijn rechten die ze hebben ook te gelde te maken, zodat kan worden overwogen dat conflicten een ‘symptoom’ zijn ‘van een defecte vertrouwensband, niet van een overmatige juridische beleving van de relatie tussen arts en patiënt’.¹⁹ En weer op een andere plaats worden twee (fictieve) extremen – een ‘vertrouwensmodel’ en een ‘contractmodel’ – tegenover elkaar gezet, opdat de voorgestelde wetgeving kan worden gepresenteerd als het redelijke alternatief dat geen keuze impliceert en waar iedereen dus tevreden mee kan zijn.²⁰

Op vergelijkbare wijze wordt door de wetgever omgegaan met geuite zorgen over een ‘eenzijdige verdeling van rechten en plichten’ van de betrokken partijen, ten nadele van de hulpverlener. Dit zou namelijk ‘meer schijn dan werkelijkheid’ zijn. De beoogde wetsbepalingen zorgen namelijk juist voor evenwicht.²¹ Voor degenen die deze redenering niet bevredigend vinden omdat ze de realiteit

Opnieuw werd met voorbijgaan aan tot bespiegeling stimulerende vragen vanuit de civielrechtelijke literatuur de vlucht naar voren gekozen: de introductie van een afdwingbaar sociaal (grond)recht op verantwoorde zorg

van het heden rechtvaardigt met een aanname over het verleden, heeft de wetgever nog de bekende cosmetische noodoplossing in de aanbieding: een aanvulling van de considerans met woorden die tot uitdrukking moeten brengen dat de hulpverlener niet zal worden vergeten.²²

3. Academische discussie 'Wgbo'

De 'Wgbo' is een sprekend uitvloeisel van wat Hondius het 'leidend beginsel' van het Nederlandse contractenrecht anno 21^{ste} eeuw noemt, en Langemeijer zelfs de 'enige geheel nieuwe gerechtigheidsgedachte' sinds de totstandkoming van het BW van 1838: de 'bescherming van de zwakke partij'.²³ Na arbeider, huurder en consument, was op enig moment ook de patiënt aan de beurt. De gezondheidsrechtelijke literatuur lijkt dit paradigma nagenoeg stilziggend te hebben omarmd, met voorbijgaan aan de indertijd gevoerde bredere academische discussies over de grenzen van dwingendrechtelijke privaatrechtelijke regelgeving ter bescherming van de zwakkere.²⁴ In ieder geval lijkt door gezondheidsrechtjuristen niet uitvoerig op de onderliggende drijfveer te zijn gereflecteerd, bijvoorbeeld door de vraag op te werpen of een emancipatoire regeling naar haar aard niet tijdelijk zou moeten zijn, althans in ieder geval voor zover ze beoogt ongelijkheden op te heffen die niet in de aard van de rechtsverhouding liggen besloten.

Wel is in de literatuur gediscussieerd over de vraag naar de noodzaak of wenselijkheid van een *bijzondere* regeling. Onder het oude recht werd de relatie tussen patiënt en arts immers gewoon beschouwd als een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten als bedoeld in artikel 1637 BW (oud) – de huidige overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 e.v. BW). Bood dit kader, in samenhang met het commune privaatrecht, niet gewoon alles wat nodig was?

Volgens sommigen wel. Zo merkt Bergkamp kernachtig op:

'de algemene regels van het overeenkomstenrecht en de komende wettelijke regeling voor het geven van een opdracht voorzien vrijwel geheel in wat de wetgever voor ogen staat; daarom is de WGBO een overbodig gedetailleerde regeling en wordt de verhouding arts patiënt in een keurslijf gedrongen.'²⁵

Bestudering van de algemene privaatrechtelijke dogmatiek rondom de overeenkomst van opdracht biedt de nodige ondersteuning voor dit standpunt.²⁶

Ook Kortmann was van oordeel dat een aantal van de kernrechten en -verplichtingen in de nieuw voorgestelde regeling gewoon voortvloeien 'uit de aard van de overeenkomst en de redelijkheid en billijkheid'.²⁷ De Nijmeegse hoogleraar kreeg bijval van zijn illustere collega Van der Grinten, die de voorgestelde bijzondere regeling een 'afschrikwekkend' voorbeeld noemde van een 'drang' die zich uitte via de monden van belangenorganisaties en politici die in een 'door de overheid maakbare samenleving' geloven, om vervolgens te worden opgetekend door op hun taak bedachte wetgevingsjuristen.²⁸

Anderen signaleerden op meer rechtspolitiek niveau dat de keuze voor de privaatrechtelijke overeenkomst als juridisch kader 'enigszins toevallig' lijkt te zijn geweest, bijvoorbeeld omdat aandacht 'voor enige verplichtingen aan de zijde van de patiënt' bij de wetgever 'nauwelijks te bespeuren' is.²⁹ In dezelfde geest is wets- en rechtssystematische kritiek geuit, bijvoorbeeld op het punt van de bewijslastproblematiek in het kader van informed consent.³⁰ Vanuit artsenzijde is de vraag opgeworpen of de eed van Hippocrates niet méér tegemoet komt aan het gestelde doel van de 'Wgbo' dan de 'Wgbo' zelf.³¹ En ten slotte is de omvattende vraag gesteld of de wetgever, indachtig diens uit de parlementaire stukken blijkende 'attitude', niet beter 'het hele wetsvoorstel' door

16. Kamerstukken II 1989/90, 21561, 3, p. 1, 6 en 23; Kamerstukken II 1990/91, 21561, 6, p. 18.

17. Kamerstukken II 1992/93, 21561, 15, p. 3.

18. Kamerstukken II 1990/91, 21561, 6, p. 3.

19. Kamerstukken II 1991/92, 21561, 11, p. 12; Kamerstukken II 1990/91, 21561, 6, p. 20. Vergelijk ook Kamerstukken II 1990/91, 21561, 6, p. 18 met Kamerstukken II 1989/90, 21561, B, p. 3.

20. Kamerstukken II 1991/92, 21561, 11, p. 10-11.

21. Kamerstukken II 1990/91, 21561, 6,

p. 2 en 19; Kamerstukken II 1992/93, 21561, 15, p. 10-11.

22. Kamerstukken II 1992/93, 21561, 15, p. 12 en nr. 16.

23. G.E. Langemeijer (bijg. door E.J.H. Schrage), *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 90; E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigma van het privaatrecht', in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387 en 393.

24. Zie bijv. W.C.L. van der Grinten, 'Boek 7

BW', in: *In het nu: wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer: Kluwer 1991, p. 87-95; R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, Deventer: Kluwer 1994, p. 239 e.v.

25. P. Bergkamp in C.H.M. Kleemans, 'Nieuw Burgerlijk Wetboek en Gezondheidsrecht', *TvGr* 1993, p. 149-154.

26. Zie bijv. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/18-20, 23, 29-30, 83-84, 93-102, 105-107, 108-110.

27. S.C.J.J. Kortmann, 'De overeenkomst van opdracht, de lastgeving en de geneeskundige behandelingsovereenkomst',

WPNR 1990/5982, p. 745-746.

28. Van der Grinten, a.w., p. 94.

29. E.H. Hondius & C.C.M. Nadorp-van der Borg, 'De geneeskundige behandelingsovereenkomst in het burgerlijk wetboek', *TvGr* januari 1988, p. 5, 23-24.

30. J.A.M. Strens-Meulemeester, 'Past de Wgbo in het systeem van het algemeen vermogensrecht?', *NTBR* 1995/4, p. 88.

31. J. B. Maathuis: 'De WGBO: Weinig doeltreffende en slecht hanteerbare symboolwetgeving', *Medisch Contact*, jaargang 49/3 juni 1994, p. 743-44.

een bestuursrechtelijke regeling zou kunnen vervangen.³²

Maar al met al zijn dit toch stemmen in de marge gebleven. Opnieuw was de stem van Leenen (c.s.) het luidst, wiens beschouwingen voor en na inwerkingtreding van de 'Wgbo' nagenoeg identiek waren aan de visie van de wetgever zelf.³³ De bevindingen van de begin deze eeuw uitgevoerde wetsevaluatie sluiten aan bij de woorden van Leenen en de wetgever: de wet draagt bij aan de versterking van de rechtspositie en de rechtszekerheid van de patiënt.³⁴

4. Van 'Wgbo' naar Wcz en weer terug

Meer is echter niet gauw genoeg bij emancipatieprogramma's waarvan beweging de drijvende kracht is. Reeds een jaar na de positieve wetsevaluatie merkt Leenen namelijk het volgende op: 'Nodig is een fundamentele kanteling van het hele stelsel van hulpverlening naar het perspectief van de patiënt'.³⁵ Opnieuw werd Leenen op zijn wenken bediend.

En opnieuw werd met voorbijgaan aan tot bespiegeling stimulerende vragen vanuit de civielrechtelijke literatuur³⁶ de vlucht naar voren gekozen: de introductie van een afdwingbaar sociaal (grond)recht op verantwoorde zorg. Opstapje was een Kamerbrief van medio 2008, waarin naar analogie van populaire managementliteratuur 'zeven rechten voor de cliënt in de zorg' werden geformuleerd.³⁷ De aansprakencatalogus zou moeten worden neergelegd in een omvattende nieuwe wet, een 'Wet cliëntenrechten zorg', die ook de 'Wgbo' in zich op zou moeten nemen en verder uit zou moeten bouwen. Het wetsvoorstel uit 2010 pakte het groots aan, en met gebruik van Kuhnianaans vocabulaire werd zelfs een heuse 'paradigmashift' aangekondigd: alles moest worden ingericht 'vanuit het perspectief van de cliënt en dus ook daadwerkelijk zoveel mogelijk als positief recht op een bepaalde wijze van behandeling geformuleerd'.³⁸ Het overkoepelende advies van de Raad van State – 'Wetgeving is niet de oplossing' – werd, zoals wel vaker bij sterk politiek geladen wetsvoorstellen, geheel in de wind geslagen.³⁹ Ook werd geen acht geslagen op een meer fundamentele beschouwing van het adviescollege over de wisselwerking tussen de zelfpositionering van rechts-subjecten en het gebruik van concepten als 'rechten' en 'verplichtingen'.⁴⁰

We weten allemaal wat het lot van de Wcz is geweest: de moderne toren van Babel is niet afgebouwd, en zijn bestanddelen zijn heengezonden – onder andere terug naar de wet die de Wcz oorspronkelijk als een van zijn fundamentele zou gebruiken. Van daaruit kon op kleinere schaal verder worden gewerkt aan versteviging van de onderbouw, zo blijkt uit het recente wetsvoorstel tot wijziging in Afdeling 5 van Titel 7 van Boek 7 BW, opnieuw vanuit de intentie om de positie van de patiënt verder te versterken.⁴¹ Ik pik er één element uit: de aanvulling van de informatieverplichting van de hulpverlener (ex artikel 7:448 BW) met een overlegverplichting, een voorstel dat met niet al te veel overdrijving zou kunnen worden gezien als een indirecte heteronomisering van de professionele autonomie van de hulpverlener. Verondersteld wordt namelijk dat in de huidige situatie het 'advies van de hulpverlener' leidend zou zijn, en niet de 'wensen van

de patiënt'. En dat moet anders. We moeten toe naar een 'relatiemodel' dat 'samen beslissen' ('shared decision making') mogelijk maakt, en wel nagenoeg op voet van professionele gelijkheid. Zo zal de hulpverlener zich er rekenschap van moeten geven dat de patiënt 'zelf ook steeds meer informatie vergaart over aandoeningen en (andere) behandelopties', bijvoorbeeld via 'het internet, onderzoek of literatuur'. De door de patiënt aldus vergaarde inzichten moeten betrokken worden 'in het overleg'⁴² – op basis waarvan de patiënt uiteindelijk een beslissing zal nemen.

Toch is het de vraag of artikel 7:452 BW per se aan Ockhams scheermes ten prooi zou moeten vallen

In reactie op een consultatieversie van het wijzigingsvoorstel had de Raad voor de rechtspraak de wetgever in overweging gegeven om niet 'samen beslissen' tot uitgangspunt te maken, maar te (blijven) werken met goed zorgverlenerschap en onderling vertrouwen, ook omdat de voorgestelde constructie de hulpverlener (nog) verder zou doen afdriven van zijn primaire taak (hulpverlening), en het gevaar van juridisering en defensieve geneeskunde op de loer zou liggen.⁴³ De wetgever heeft niets gedaan met dit wijze advies.

5. Artikel 7:452 BW

Evenmin wordt in de praktijk iets gedaan met het wetsartikel waarin het volgende staat te lezen:

'De patiënt geeft de hulpverlener naar beste weten de inlichtingen en de medewerking die deze redelijkerwijs voor het uitvoeren van de overeenkomst behoeft.'

Tijdens de parlementaire behandeling werd de komst van deze bepaling – het latere artikel 7:452 BW – begroet met de argumentatie dat 'in verband met de gewenste evenwichtigheid' niet alleen verplichtingen van de hulpverlener, maar ook de 'uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende' verplichtingen van de patiënt uitdrukkelijk in de wet moesten worden opgenomen.⁴⁴ Volgens wetsgeschiedenis en literatuur zien deze verplichtingen vooral op adequate informatieverstrekking, het hebben van een coöperatieve grondhouding en het zich houden aan afspraken. Niet-nakoming door de patiënt zou ertoe kunnen leiden, aldus de wetgever, dat de patiënt zijnerzijds de hulpverlener niet uit wanprestatie aan kan spreken – een en ander geheel afhankelijk van de omstandigheden van het geval.⁴⁵

We hebben het hier, met andere woorden, over een zogenaamde 'Obliegenheit', een verplichting tot het verrichten of nalaten van bepaalde gedragingen op straffe van verval of beperking van recht.⁴⁶ De wetgever over-

weegt ook met zoveel woorden dat de bepaling niet zelfstandig afdwingbaar is door de hulpverlener, hoewel ze evenmin 'vrijblijvend' zou zijn, bijvoorbeeld omdat niet-nakoming onder omstandigheden een gewichtige reden op kan leveren voor beëindiging van de overeenkomst door de hulpverlener (ex artikel 7:460 BW).⁴⁷

In de wetsgeschiedenis wordt benadrukt dat voldoende is dat de patiënt zich 'naar vermogen inspant' om zich te kwijten van de verplichtingen waarmee artikel 7:452 BW hem belast.⁴⁸ De lat ligt niet bepaald hoog, althans als we enige indicatieve waarde mogen toekennen aan de wetsgeschiedenis bij de Wcz, waarin wordt overwogen dat 'zeer moeilijk' vast zal zijn te stellen wanneer sprake is van een 'verwijtbare niet-naleving van een verplichting door de cliënt, zo dat al te controleren zal zijn.' Ook lezen we dat exact die zaken waarop artikel 7:452 BW eigenlijk primair zou moeten zien – het in acht nemen van algemeen geldende omgangsvormen, het zich niet agressief gedragen, het geen onredelijke eisen stellen, en het op tijd op afspraken verschijnen – zich 'niet goed' zouden lenen 'voor het opleggen van een wettelijke verplichting'. Dat een gebrek aan medewerking gezondheidsrisico's met zich brengt, zou voor de patiënt 'voldoende stimulans' moeten zijn om aan de behandeling mee te werken.⁴⁹

Ook in de gezondheidsrechtelijke literatuur wordt artikel 7:452 BW bij voorkeur zo minimaliserend mogelijk geïnterpreteerd. Zo noemen sommigen het artikel 'symboolwetgeving', niet meer dan een 'hart onder de rien'.⁵⁰ Anderen zeggen dat de bepaling 'prima gemist' had kunnen worden.⁵¹ En weer anderen menen dat artikel 7:452 BW 'in de WGBO niet thuishoort',⁵² of dat er een 'verkeerd signaal' van zou uitgaan, namelijk dat 'negatieve gevolgen' verbonden kunnen worden 'aan een handelwijze van patiënten waaruit blijkt dat zij de hun toebedeelde verantwoordelijkheden veronachtzamen'.⁵³

De aan dit soort stellingen ten grondslag liggende argumentaties zijn weinig overtuigend, vooral omdat ze geheel plegen te ontbreken, niet juridisch van aard zijn, of niet zijn gebaseerd op een serieuze analyse van het getrapte civielrechtelijke systeem waar de besproken

bepaling in is ingebed. Toch lijkt de literatuur het *feitelijk* gelijk wel aan haar zijde te hebben: uit de wetsevaluatie uit 2000 blijkt dat artikel 7:452 BW in de praktijk geen rol speelt,⁵⁴ en ook in de 'Nota goed patiëntschap' van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ) uit 2008 wordt opgemerkt dat de patiënt in de praktijk 'niet of nauwelijks' op zijn gedrag wordt aangesproken.⁵⁵ In de jurisprudentie zijn de voorbeelden eveneens op de vingers van één hand te tellen. De uitspraken zijn meestal tuchtrechtelijk van aard en betreffen de reikwijdte van de inspanningsverplichtingen van de hulpverlener, die dan mede wordt bepaald door de wijze waarop de hulpvrager zich feitelijk heeft gedragen.⁵⁶ En als er bij wijze van hoge uitzondering al eens een uitspraak wordt gewezen waarin artikel 7:452 BW met succes door een hulpverlener wordt ingeroepen, dan wordt die uitspraak in een hogere instantie subiet teruggedraaid.⁵⁷

Toch is het de vraag of artikel 7:452 BW, zelfstandig bezien en ontdaan van alle negatieve connotaties, per se aan Ockhams scheermes ten prooi zou moeten vallen. Zo biedt het normatieve criterium 'redelijkerwijs' bepaald ruimte voor een – om in de stijl te blijven – meer geëmancipeerde invulling dan door de meerderheid van gezondheidsrechtelijke auteurs wenselijk wordt geacht.⁵⁸ De rechtspraak heeft hier veel vrijheid, ook omdat de wetsgeschiedenis bij de 'Wgbo' zelf de bepaling vrij open en tijdsbestendig heeft uitgelegd, met een beslissende rol voor de omstandigheden van het geval.

De actieve medewerkingsplicht die ligt besloten in artikel 7:452 BW impliceert bovendien dat de hulpvrager als zodanig kan wanpresteren,⁵⁹ wat de vraag rechtvaardigt in hoeverre de hulpverlener zelf nog toerekenbaar tekort kan schieten als diens gewraakte handelen of nalaten zijn grond vindt in een voorafgaande wanprestatie van de hulpvrager.⁶⁰ Het betekent in ieder geval dat – via de band van schuldeiserswanprestatie – ruimte bestaat voor een beroep op opschorting (artikel 6:52 BW) en ontbinding (artikel 6:265 BW) door de hulpverlener. De mogelijkheid van ontbinding van een geneeskundige behandelingsovereenkomst door een hulpverlener wordt

32. B. Sluyters, 'De geneeskundige behandelingsovereenkomst', *WPNR* 1990/5982, p. 764.

33. Zie bijv. H.J.J. Leenen, 'De WGBO ter discussie?', *TvGr* 1991, p. 126-128; en: 'Kader en reikwijdte van de wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst', in: J. Legemaate (red.): *De WGBO: Van tekst naar toepassing*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum, 1998, derde druk, p. 5 en 6.

34. J.C.J. Dute (et al.), *Evaluatie Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst*, Den Haag: Zorg Onderzoek Nederland 2000, p. 30, 32.

35. H.J.J. Leenen, 'Het patiëntenperspectief aan het begin van de 21e eeuw', *TvGr* nr. 1/2001, p. 5.

36. Hartlief, a.w., p. 75 en 116.

37. *Kamerstukken II* 2007/08, 31476, 1,

p. 4-9.

38. *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, 3, p. 19.

39. *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, 4, p. 3.

40. *Ibid.*, p. 6-8.

41. *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, 3, p. 2.

42. *Ibid.*, p. 3-6, 23.

43. Raad voor de rechtspraak, *Advies wijziging van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Den Haag, 2016, p. 2-3.

44. *Kamerstukken II* 1991/92, 21561, 11, p. 42.

45. *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, 3, p. 33; *Kamerstukken II* 1990/91, 21561, 6, p. 59-60; vergelijk ook: *Deeladvies*, a.w., p. 22-23; R.P. Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 19.

46. *Asser/Sieburgh* 6-I 2016/11.

47. *Kamerstukken II* 1991/92, 21561, 11, p. 42; *Kamerstukken II* 1990/91, 21561, 6, p. 59-60; vergelijk *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, 8, p. 13.

48. *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, 3, p. 33.

49. *Kamerstukken II* 2010/11, 32402, 6, p. 16; *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, 3, p. 4-6.

50. F.C.B. van Wijnen, 'Goed patiëntschap als spiegelbeeld van verantwoorde zorg' (rede van 18 oktober 1996), in: *Oratiebundel Gezondheidsrecht*, a.w., p. 230-231.

51. B. Sluyters & M.C.I.H. Biesart, *De Geneeskundige Behandelingsovereenkomst na invoering van de WGBO*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 54; zie ook 122-125.

52. *Handboek gezondheidsrecht*, p. 106-107 en 184.

53. J. Legemaate, 'Patiëntveiligheid en Patiënt-

tenrechten' (rede van 10 mei 2006), in: *Oratiebundel Gezondheidsrecht*, a.w., p. 394.

54. *Evaluatie wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst*, a.w., p. 117.

55. Raad voor de Volksgezondheid en Zorg, *Vertrouwen in de spreekkamer*, Den Haag, 2008, p. 9-13.

56. Zie bijv. RTG Zwolle 18 oktober 2013, ECLI:NL:TGRZWO:2013:35, r.o. 5.5; CTG 6 februari 2014, *TvGr* 2014/19, r.o. 4.6; RTG Zwolle 13 februari 2017, ECLI:NL:TGRZWO:2017:38, r.o. 5.4 e.v.

57. CTG 26 maart 2013, ECLI:NL:TGRZWO:2013:YG2757, *GJ* 2013/59.

58. Vergelijk HR 27 maart 1993, *NJ* 1993/188.

59. *Asser/Sieburgh* 6-I 2012/289 e.v.

60. *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014/718.

We hebben een ontwikkeling gezien van emancipatie naar wat Leenen in 2001 nog ‘participatie’ noemde, maar wat inmiddels op sommige punten vrij dicht in de buurt lijkt te komen van prescriptie door de patiënt

ook door verschillende auteurs met zoveel woorden genoemd.⁶¹ Wel is onduidelijk of de hulpverlener kan ontbinden met voorbijgaan aan het criterium van de ‘gewichtige redenen’ als bedoeld in de beëindigingsregeling van artikel 7:460 BW.⁶² De ratio van artikel 7:460 BW lijkt hiertegen te pleiten. De systematiek van het Burgerlijk Wetboek pleit er echter vóór, zoals ook een simpele vergelijking leert met de leerstukken van goed werknemerschap (artikel 7:611 BW) en goed huurderschap (artikel 7:213 BW), analoge doctrines die eveneens de positie van de zwakkere partij beogen te beschermen, maar die desalniettemin volwaardige ontbindingsmogelijkheden kennen.

Vergelijking met deze leerstukken, die volgens de wetgever een zelfstandige meerwaarde hebben boven de algemene artikelen 6:2 en 6:248 BW waar ook artikel 7:452 BW aan is ontsproten,⁶³ is overigens ook om andere redenen leerzaam. Zo vloeit uit goed werknemerschap voort dat de werknemer in beginsel gehouden is tot ‘discretie en loyaliteit’.⁶⁴ Analooog geïnterpreteerd zou op goede gronden kunnen worden bepleit dat uit artikel 7:452 BW voortvloeit dat de patiënt in beginsel gehouden is rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de hulpverlener, bijvoorbeeld bij het doen van uitlatingen via openbare kanalen waar de hulpverlener zich niet goed tegen kan verweren in verband met zijn beroepsgeheim. Waarbij het dan wel weer de vraag is of het feit dat de hulpverlener geen nakoming van artikel 7:452 BW kan vorderen, ook betekent dat hij geen aanspraak zou kunnen doen gelden op een ‘contractuele’ schadevergoeding – met mogelijk een lichtere beoordelingsmaatstaf dan bij reguliere onrechtmatige daad – als nakoming reeds blijvend onmogelijk is en (bijvoorbeeld reputatie)schade is geleden. Verder zijn interessante analogieën denkbaar met de gevaarzettingssystematiek in het huurrecht, waarbij de gehuurde zaak dan zijn geneeskundige pendant geacht moet worden te hebben in het lichaam van de patiënt.⁶⁵ Dit is echter niet de plaats om dergelijke analogieën verder uit te werken. Ik volsta met het aanstippen ervan.

Ten slotte is er nog het leerstuk van het schuldeisersverzuim (artikel 6:58 e.v. BW),⁶⁶ dat verder gaat dan de in de wetsgeschiedenis bedoelde en eerder genoemde ‘Obliegenheit’. In geval van schuldeisersverzuim kan de schuldenaar (in casu de hulpverlener) namelijk *als uitgangspunt* niet in verzuim komen (artikel 6:61 lid 2 BW), daar waar het bestaan van een afweermogelijkheid van een wanpresterende hulpverlener tegen een voordien wanpresterende patiënt volgens de wetsgeschiedenis afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Wel is de vraag, mede indachtig recente jurisprudentie van de Hoge Raad,⁶⁷ welke mate van zorg de hulpverlener in een situatie van schuldeisersverzuim in acht dient te

nemen opdat hij alsnog kan nakomen als het schuldeisersverzuim eindigt en een eventuele tijdelijke of blijvende onmogelijkheid tot nakoming hem niet zal worden toegerekend, althans in ieder geval door zal werken in de schadeverdeling (artikel 6:101 BW). De rechtspraak zal hier de weg moeten wijzen.

6. Slotbeschouwing

Ik kom tot een afronding. We hebben een ontwikkeling gezien van emancipatie naar wat Leenen in 2001 nog ‘participatie’ noemde,⁶⁸ maar wat inmiddels op sommige punten vrij dicht in de buurt lijkt te komen van prescriptie door de patiënt. Vanuit gezondheidsrechtelijke hoek bespeur ik weinig kritische aandacht voor de gerechtvaardigde belangen van de hulpverlener in dit krachtenveld, en meer in het algemeen, voor de notie van wederkerigheid in de relatie tussen hulpvrager en hulpverlener. Toen de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ) in 2008 bijvoorbeeld over ‘goed patiëntschap’ schreef en probeerde een lans te breken voor meer verantwoordelijkheid aan patiëntzijde,⁶⁹ werd de discussie hierover vanuit de gezondheidsrechtelijke burelen vlot en gedecideerd afgekap.⁷⁰ En de schaarse stukken die zeggen wél aandacht te besteden aan de rechtspositie van de hulpverlener, doen dat feitelijk in de vorm van een betoog dat de zorgen van de hulpverlener over die positie onterecht zijn.⁷¹

Op een meer fundamenteel niveau lijkt er bij gezondheidsrechtjuristen niet bijzonder veel interesse te bestaan voor (de beginselen van) het commune privaatrecht, evenmin als er echt ruimte lijkt te zijn voor een taboevrije doordenking van noodzaak en invulling van een beschermende privaatrechtelijke regeling in het licht van de voltooiing van de opdracht die ooit haar bestaansrecht vormde. Maar wat niet is, kan wellicht nog komen. Bij het juiste getij kunnen de sluizen altijd weer open. •

61. Zie bijv. B. Sluyters, ‘De WGBO, onderdeel van het burgerlijk recht’, *TvGr* 1996, p. 5; Sluyters & Biesart, a.w., p. 125.

62. Vergelijk Asser/*Tjong Tjin Tai* 7-IV 2018/166 en 180.

63. *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, 3, p. 15. Zie ook HR 8 april 1994, *NJ* 1994/704 (*Agfa/Schooldeman*).

64. HR 26 oktober 2012, *JAR* 2012/313.

65. Asser/*Rossel & Heisterkamp* 7-II 2017/105.

66. Asser/*Tjong Tjin Tai* 7-IV 2018/125 en 444; HR 24 februari 2012, *NJ* 2012/144.

67. HR 7 december 2018, *ECLI:NL:HR:2018:2255*, r.o. 3.4.4. Zie ook

art. 6:64 BW en Asser/*Sieburgh* 6-I 2012/303.

68. ‘Het patiëntenperspectief aan het begin van de 21e eeuw’, a.w., p. 7.

69. Zie over ‘goed patiëntschap’ ook F.C.B. van Wijnen, *Een kleine mooie ritselende revolutie: Over de effectiviteit van 35 jaar patiëntenrechten in Nederland* (afscheidsrede), Universiteit Maastricht, 2005, p. 36 e.v.

70. M.A.J.M. Buijssen, ‘Goed patiëntschap volgens de RVZ. Een slecht idee’, *TvGr* 2008, p. 328-336.

71. J. Legemaate, ‘Rechtstekorten in het gezondheidsrecht’, *TvGr* 2018(42) 3, p. 198-199.