

bintenis uitmaakt – het bewijs daarvan dient te leveren.

Vermits zulks inhoudt dat op de patiënt de bewijslast van een negatief feit rust, mag de rechter evenwel oordelen dat dit bewijs niet met dezelfde striktheid moet worden geleverd als het bewijs van een bevestigend feit. Dit houdt echter niet in dat de bewijslast mag worden verschoven naar de arts. Aan de arts kan niet worden opgelegd het bewijs te leveren dat hij wél informatie heeft verstrekt.

Appellanten, op wie aldus de bewijslast rust dat geïntimeerde hen niet heeft geïnformeerd van de mogelijkheid van een nieuwe zwangerschap na sterilisatie, slagen er niet in dit bewijs te leveren.

Het dossier bevat geen objectieve gegevens die toelaten te vermoeden dat geïntimeerde tweede appellante daarvan niet heeft geïnformeerd.

De omstandigheid dat tweede appellante opnieuw beroep heeft gedaan op geïntimeerde voor de begeleiding van de zwangerschap en de bevalling van Bram vormt daarentegen een mogelijke aanwijzing dat geïntimeerde hen wel heeft gewezen op het risico van een nieuwe zwangerschap en dat zij de nieuwe zwangerschap om die reden aanvankelijk niet hebben geweten aan een fout van geïntimeerde.

Verder staat vast dat tweede appellante al in december 1995 aan geïntimeerde heeft gevraagd om een sterilisatie tijdens de keizersnede uit te voeren (zie de brief van geïntimeerde aan zijn collega D. dd. 13.12.1995). Uit deze brief

blijkt ook dat geïntimeerde haar heeft voorgesteld om de sterilisatie uit te stellen tot een jaar na de bevalling omdat de vraag tot sterilisatie vaak wordt geïnduceerd door negatieve bevindingen van de zwangerschap. Tweede appellante verklaarde dat ook geïntimeerde haar bij elke consultatie vroeg of zij bij haar beslissing bleef.

Al deze gegevens vormen weliswaar niet het positief bewijs dat geïntimeerde heeft gewezen op het risico van een nieuwe zwangerschap. Zij duiden er echter wel op dat de sterilisatie reeds van bij de aanvang van de zwangerschap herhaaldelijk besproken is geweest. De kans dat geïntimeerde bij deze gesprekken ook heeft meegedeeld dat er een miniem risico op een nieuwe zwangerschap bleef bestaan, is dan zeker niet onbestaande.

De vraag of de vermelding onderaan op de patiëntenfiche “*Pt voldoende ingelicht nopens lig, welke manier ook, =/100%*” eventueel door geïntimeerde werd bijgeschreven op de fiche na de klacht van appellanten, acht het hof zonder belang voor de oplossing van huidig geschil.

Zelfs indien dit het geval zou zijn en geïntimeerde, in de overtuiging verkerend dat de bewijslast bij hem lag, de bewuste vermelding naderhand zou hebben bijgeschreven om zichzelf een bewijs te verschaffen, betekent dit nog niet dat de informatie in werkelijkheid niet werd verstrekt.

Terzake kan derhalve uitspraak worden gedaan zonder rekening te houden met

het van valsheid betichte stuk. Over de incidentele valsheidsvordering hoeft bijgevolg niet te worden gestatueerd.

Tenslotte dient te worden opgemerkt dat, zelfs in de veronderstelling dat geïntimeerde tweede appellante niet zou hebben geïnformeerd over de mogelijkheid van een nieuwe zwangerschap, er alsdan geen zeker causaal verband bestaat tussen deze beweerde fout en de schade waarvan appellanten vergoeding vorderen. Het is in die veronderstelling immers absoluut niet zeker dat, indien tweede appellante wel zou zijn geïnformeerd van de zeer kleine kans op een nieuwe zwangerschap, zij de pil zou zijn blijven nemen of andere anti-ceptiva zou zijn blijven toepassen of dat eerste appellant zich alsdan ook onmiddellijk zou hebben laten steriliseren. Hoogstens zouden appellanten alsdan een kans op het vermijden van een nieuwe zwangerschap hebben verloren. Appellanten vorderen evenwel niet de vergoeding van het verlies van deze kans.

In het licht van alle voorgaande elementen en overwegingen is een persoonlijke verschijning van de partijen, overigens meer dan elf jaar na de feiten, niet meer dienend.

5.

Uit het voorgaande volgt dat het hoger beroep ongegrond is en dat het bestreden vonnis dient te worden bevestigd.

**OP DEZE GRONDEN**

(...)

## Noot

De zaak waarover het besproken arrest uitspraak doet is een typisch geval van een rechtsvordering wegens *wrongful conception and birth*. Naar aanleiding van een bevalling met keizersnede vraagt een moeder om gesteriliseerd te worden. Volgens het arrest werd dit verzoek meerdere keren geuit. Er werd gekozen voor de “methode van Pomeroy”, dit is een eileidersterilisatietechniek (gedeeltelijke salpingectomie) die naar verluidt frequent wordt toegepast en waarbij de fallopische buis of eileidertrompet (via laparotomie) wordt doorgeknipt en vervolgens wordt gehecht door een boog te vormen op de eileider waarna het bovenste deel wordt doorgesneden. Het is een methode die als veilig, doeltreffend en gemakkelijk te beheersen wordt beschouwd<sup>1</sup>. Kort daarna wordt de patiënte echter zwanger en anderhalf jaar na de ingreep bevalt zij van een gezonde zoon. De ouders proberen de gynaecoloog vervolgens aansprakelijk te stellen en eisen van hem een bedrag van € 58.500 in hoofdsom voor alle kosten die gekoppeld zijn aan de geboorte en de opvoeding van het kind, en voor een inko-

1. Zie <http://www.gynweb.fr/sources/contraception/essure/autres.htm> en <http://apps.who.int/rhl/fertility/contraception/smcom2/fr/index.html> (ge raadpleegd op 18 juni 2012).

## Note

L'affaire tranchée par l'arrêt commenté est un cas typique d'action en *wrongful conception and birth*. A l'occasion d'un accouchement par césarienne, une maman demande – l'arrêt relève que cette requête fut présentée à plusieurs reprises – à être stérilisée. C'est la “méthode de Pomeroy” qui est choisie, soit une technique de stérilisation tubaire (salpingectomie partielle) que l'on dit fréquemment utilisée et qui consiste à sectionner puis suturer les trompes de Fallope (par laparotomie) en formant une petite boucle sur la trompe pour en couper ensuite la partie supérieure. Il s'agit d'une méthode considérée comme sûre, efficace et facile à maîtriser<sup>1</sup>. Toutefois, une grossesse survient peu après et, un an et demi après l'intervention, la patiente donne naissance à un fils en bonne santé. Les parents recherchent ensuite la responsabilité du gynécologue et lui réclament un montant de 58.500 € en principal couvrant les coûts liés à la naissance et à l'éducation de l'enfant, ainsi qu'une perte de revenus pour

1. Voir <http://www.gynweb.fr/sources/contraception/essure/autres.htm> et <http://apps.who.int/rhl/fertility/contraception/smcom2/fr/index.html> (accès le 18 juin 2012).

mensverlies voor de moeder. Zij verwijten de gynaecoloog dat hij de sterilisatie niet volgens de regels van de kunst heeft uitgevoerd, dat hij gekozen heeft voor een niet-doeltreffende methode en dat hij hen niet geïnformeerd heeft over het blijvende risico op een zwangerschap. De eerste rechter (Bur. Kortrijk, 7e kamer, 9 december 2002) verwerpt de rechtsvordering: het gaat volgens hem om een middelenverbintenis en niet om een resultaatsverbintenis en het werd niet bewezen geacht dat de regels van de kunst niet werden nageleefd, dat de gekozen techniek niet doeltreffend was of dat het koppel niet op de hoogte werd gebracht van het blijvende risico, hoe klein dat ook is.

Deze interpretatie wordt bevestigd in hoger beroep. Ook de Gentse rechters zijn in eerste instantie van oordeel dat de verbintenis van de gynaecoloog bij een sterilisatie van een vrouw geen resultaatsverbintenis maar een middelenverbintenis is, rekening houdende met het feit dat er steeds een (zij het dan uiterst klein) risico bestaat op een spontane rekanalisatie na de ingreep. Zij benadrukken dat het feit dat het uitsluiten van een nieuwe zwangerschap het doel is dat de arts en de patiënte nastreven, niet toelaat om te concluderen dat er een resultaatsverbintenis bestaat. Doorslaggevend hierbij is immers niet het nagestreefde doel, maar de vraag of dit doel met zekerheid kan worden gewaarborgd, *quod non*, en dat er in onderhavig geval geen enkel bewijs is dat de gynaecoloog een dergelijke garantie heeft gegeven aan het koppel.

De becommentarieerde zaak onderscheidt zich in dit opzicht van een Luiks precedent waarbij, met betrekking tot een eileidersterilisatie bij een vrouw (in dit geval door het plaatsen van "clips" op de fallopische buis), geoordeeld werd dat de gynaecoloog een resultaatsverbintenis was aangegaan<sup>2</sup>. In deze zaak, waarin eerst werd geoordeeld dat "de verbintenis van de arts over het algemeen beschouwd wordt als een middelenverbintenis, rekening houdend met de onzekere aard van medische behandelingen", maar "dat het kan gebeuren dat een arts een resultaatsverbintenis aangaat, met name wanneer de impliciete wens van de partijen om een resultaat te behalen kan worden afgeleid uit het bijna volledig ontbreken van de onzekere aard van het resultaat van de verbintenis", werd bij het arrest rekening gehouden met deze impliciete wens "in afwezigheid van een uitdrukkelijke garantie die zou zijn gegeven met betrekking tot de betrouwbaarheid van de gebruikte methode en over het volledige succes van de ingreep". Hierbij werd de aandacht gevestigd op het feit dat de gynaecoloog enerzijds heeft toegegeven dat hij vóór de omstreden ingreep persoonlijk geen mislukkingen had meegemaakt noch daarvan op de hoogte was, en dat hij anderzijds niet betwist heeft dat hij geen andere vorm van contraceptie heeft aanbevolen tijdens de periode na de ingreep, rekening houdende met de doeltreffendheid van de gebruikte methode en het misluktingspercentage vermeld in de vakliteratuur. Op basis van deze vaststellingen heeft het Hof van Cassatie beslist om het arrest niet te betwisten, omdat het Hof van Beroep van Luik hieruit volgens hem kon afleiden dat de arts ermee had ingestemd "om een resultaatsverbintenis aan te gaan die (de patiënten) verwachtten"<sup>3</sup>. In dezelfde zin als

la maman. Ils lui reprochent de ne pas avoir pratiqué la stérilisation selon les règles de l'art, d'avoir opté pour une méthode non adéquate et de ne pas les avoir informés à propos du risque subsistant d'une grossesse. Le premier juge (Civ. Courtrai, 7<sup>e</sup> ch., 9 décembre 2002) rejette l'action: il s'agit selon lui d'une obligation de moyens et non de résultat, et il n'est pas prouvé que les règles de l'art n'ont pas été suivies, que la technique choisie n'était pas adéquate ou que le risque subsistant, fût-il minime, n'a pas été porté à la connaissance du couple.

Cette appréciation est confirmée en degré d'appel. Les juges gantois considèrent tout d'abord, eux aussi, qu'en présence d'une stérilisation féminine, l'obligation du gynécologue n'est pas de résultat mais de moyens, motif pris de ce qu'il existe toujours un risque, fût-il extrêmement faible, d'une recanalisation spontanée après l'intervention. Ils soulignent que la circonstance que l'exclusion d'une nouvelle grossesse soit le but poursuivi par le médecin et la patiente ne permet pas de conclure à l'existence d'une obligation de résultat, car ce qui est déterminant à cet égard n'est pas le but poursuivi mais la question de savoir si ce but peut être garanti avec certitude, *quod non*, et qu'il n'existe en l'espèce aucune preuve que le gynécologue a donné une telle garantie au couple.

L'affaire commentée se distingue à cet égard d'un précédent liégeois qui, à propos d'une stérilisation tubaire féminine (ici par pose de "clips" sur les trompes de Fallope), conclut que le gynécologue a contracté une obligation de résultat<sup>2</sup>. Dans cette affaire, après avoir énoncé qu'"en règle générale, l'obligation du médecin est qualifiée d'obligation de moyens, compte tenu du caractère aléatoire des traitements médicaux", mais qu'"il peut arriver qu'un médecin contracte une obligation de résultat, notamment lorsque la volonté implicite des parties d'atteindre un résultat peut se déduire de la presque absence de caractère aléatoire du résultat de l'obligation", l'arrêt, "en l'absence de garantie expresse qui aurait été donnée quant à la fiabilité de la méthode utilisée et quant au succès complet de l'intervention", a recherché cette volonté implicite. Ce faisant, il relève que le gynécologue, d'une part, a admis qu'avant l'intervention litigieuse, il n'avait personnellement éprouvé ni eu connaissance d'échecs et, d'autre part, ne conteste pas qu'il n'a préconisé aucune autre forme de contraception pendant la période post-opératoire, eu égard au caractère efficace de la méthode utilisée et au faible taux d'échecs renseigné par la littérature spécialisée. Ces constatations ont permis à la Cour de cassation de ne pas censurer l'arrêt, dès lors qu'à ses yeux la cour d'appel de Liège a pu en déduire que le médecin avait accepté "de contracter une obligation de résultat à laquelle s'attendaient (les patients)"<sup>3</sup>. Dans le même sens que l'arrêt commenté, une autre décision récente estime en revanche, en présence de l'échec d'une stérilisation induisant chez un couple la fausse croyance d'une stérilité totale et définitive, que "c'est

2. Luik, 17 april 2008, R.G.A.R., 2009, nr. 14.460, R.R.D., 2008, p. 34, nota Q. VAN ENIS. Voor andere hypothesen over rechtsvorderingen betreffende *wrongful conception* en/of *wrongful birth*, zie G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 561-572.

3. Cass., 15 januari 2010, J.L.M.B., 2010, p. 728, nota G. GENICOT, R.C.J.B., 2010, p. 507, nota J. KIRKPATRICK (Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens, pp. 513-529), R.G.A.R., 2010, nr. 14.622, dit *tijdschrift*, 2011-2012, p. 230, nota S. PANIS.

2. Liège, 17 avril 2008, R.G.A.R., 2009, n° 14.460, R.R.D., 2008, p. 34, note Q. VAN ENIS. Pour d'autres hypothèses d'actions en *wrongful conception* et/ou *wrongful birth*, voy. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Larcier, 2010, pp. 561-572.

3. Cass., 15 janvier 2010, J.L.M.B., 2010, p. 728, note G. GENICOT, R.C.J.B., 2010, p. 507, note J. KIRKPATRICK (Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens, pp. 513-529), R.G.A.R., 2010, n° 14.622, cette revue, 2011-2012, p. 230, note S. PANIS.

in het becommentarieerde arrest, stipuleerde een ander recent vonnis over een mislukte sterilisatie waarbij een koppel ten onrechte dacht dat er sprake was van een volledige en definitieve onvruchtbaarheid echter dat “de (ouders) tevergeefs volhouden dat (de gynaecoloog) gebonden was door een resultaatsverbintenis aangezien ze geen enkel medisch document voorleggen dat het bestaan van een dergelijke plicht aantoonde voor de arts die een vasectomie uitvoert”<sup>4</sup>.

In het geval van een middelenverbintenis in plaats van een resultaatsverbintenis volstond het niet om vast te stellen dat de ingreep niet geslaagd is om de arts aansprakelijk te stellen: de ouders moesten aantonen dat de sterilisatie niet werd uitgevoerd volgens de regels van de kunst. Het becommentarieerde arrest verwijst *expressis verbis* naar de duidelijke en strikte les die blijkt uit het belangrijke arrest van het Hof van Cassatie van 16 december 2004<sup>5</sup>, met betrekking tot “technische” fouten (keuze van de gebruikte techniek en uitvoering van de ingreep) en tot inbreuken op de informatieplicht. Op basis van “de voorgelegde medische literatuur” beslisten de magistraten dat de ouders niet aantonen dat de gynaecoloog niet de meest adequate sterilisatietechniek heeft gekozen (hieruit blijkt dat de methode volgens Pomeroy frequent wordt gebruikt bij sterilisaties tijdens een keizersnede en weinig risico’s inhoudt, zodat de gynaecoloog “zeker geen fout heeft begaan” door te opteren voor deze techniek, en dat hem ook niet verweten kan worden dat hij bij de patiënte geen controles heeft uitgevoerd na de sterilisatie).

In het becommentarieerde arrest wordt het belang benadrukt van de informatieplicht waaraan de gynaecoloog onderworpen is, met name wegens het feit dat na een sterilisatie een risico (zij het dan uiterst klein) bestaat op een zwangerschap. In het eerder vermelde arrest van het Hof van Beroep van Bergen werd de gynaecoloog aansprakelijk gesteld wegens de ontoereikende informatie over de noodzaak om een spermogram uit te voeren of te laten uitvoeren twee maanden na de ingreep en werd dientengevolge gedebatteerd over de omvang van de schade die hieruit voortvloeide. In deze zaak zijn de ouders er niet in geslaagd te bewijzen dat zij niet geïnformeerd werden over de mogelijkheid van een nieuwe zwangerschap. Het Hof van Beroep steunt hierbij op diverse vermoedens afkomstig uit het dossier en op feitelijke omstandigheden van de zaak, en benadrukt daarbij het verschil tussen een vasectomie en een chirurgische eileidersterilisatie vanuit het oogpunt van de postoperatieve controle. Ten slotte moet men hierbij nogmaals<sup>6</sup> betreuren dat in de laatste considerans van het arrest opnieuw een misleidende semantische en juridische vergelijking wordt gemaakt: bij de verklaring dat, zelfs indien men er vanuit gaat dat de gynaecoloog de vrouw niet geïnformeerd zou hebben over de mogelijkheid van een nieuwe zwangerschap, er volgens hen geen duidelijk oorzakelijk verband bestaat tussen deze vermeende fout en de schade waarvoor een vergoeding wordt

vainement que les (parents) soutiennent que (le gynécologue) était tenu à une obligation de résultat dès lors qu’ils ne produisent aucun document médical de nature à démontrer l’existence de pareille obligation dans le chef du médecin pratiquant une vasectomie”<sup>4</sup>.

En présence d’une obligation qui est de moyens et non de résultat, il ne suffit pas de constater que l’intervention n’a pas réussi pour que le médecin soit déclaré responsable: les parents devaient établir que la stérilisation n’avait pas été effectuée selon les règles de l’art. L’arrêt commenté rappelle *expressis verbis* l’enseignement clair et strict qui se dégage de l’important arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 2004<sup>5</sup>, lequel vaut tant à propos des fautes “techniques” (choix de la technique mise en œuvre et exécution de l’intervention) que des manquements à l’obligation d’information. C’est en s’appuyant sur “la littérature médicale présentée” que les magistrats décident que les parents n’établissent pas que le gynécologue n’a pas choisi la technique de stérilisation la plus adéquate – il en ressort que la méthode de Pomeroy est d’usage fréquent en cas de stérilisation au cours d’une césarienne et peu risquée, de sorte que le gynécologue n’a “certainement pas commis de faute” en optant pour cette technique –, ni qu’il pourrait lui être reproché de n’avoir pas soumis la patiente à des contrôles après la stérilisation. L’arrêt commenté insiste sur l’importance de l’obligation d’information qui pèse sur le gynécologue, précisément en raison du fait qu’après une stérilisation, il subsiste un risque, fût-il minime, de grossesse. Dans l’arrêt précité de la cour d’appel de Mons, c’est le caractère inadéquat de l’information sur la nécessité de (faire) réaliser un spermogramme deux mois après l’intervention qui a conduit à ce que la responsabilité du gynécologue soit retenue et, partant, à ce que l’étendue du dommage en lien causal avec cette faute soit débattue. En l’espèce, les parents ne sont pas parvenus à rapporter la preuve qu’ils n’avaient pas été informés de la possibilité d’une nouvelle grossesse. La cour d’appel s’appuie ici sur diverses présomptions tirées du dossier et des circonstances de fait de la cause, non sans épinglez la différence, sur le plan du contrôle post-opératoire, entre une vasectomie et une stérilisation tubaire chirurgicale.

Il faut enfin regretter, à nouveau<sup>6</sup>, la subreptice apparition d’une approximation sémantique et juridique dans le dernier attendu de l’arrêt: pour expliquer que, selon eux, même en supposant que le gynécologue n’ait pas informé la femme de la possibilité d’une nouvelle grossesse, aucun lien causal certain n’existerait entre cette faute prétendue et le dommage dont l’indemnisation est réclamée, les magistrats relèvent que, tout au plus, les parents auraient ainsi perdu une

4. Bergen, 28 oktober 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, nota G. GENICOT. Het ging in dit geval om een vasectomie, waarbij de mislukking met name bleek uit het histologisch protocol waaruit blijkt dat één van de twee zaadleiters doorgeknipt en afgebonden werd.

5. Cass., 16 december 2004, *Pas.*, 2004, nr. 616, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *dit tijdschrift*, 2004-2005, p. 299, nota S. LIERMAN, R.W., 2004-2005, p. 1553, nota H. Nys, *R.G.A.R.*, 2006, nr. 14.161.

6. Zie recente kennisgeving Luik, 9 september 2010 en 31 maart 2011, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1076 en volgende, en onze nota “Deux illustrations en demi-teinte du maniement délicat du concept de perte d’une chance”, pp. 1087-1091 en de geciteerde referenties.

4. Mons, 28 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1091, note G. GENICOT. Il s’agissait en l’espèce d’une vasectomie, dont la réalité de l’échec résultait notamment du protocole histologique établissant qu’un seul des deux canaux déferents avait été sectionné et ligaturé.

5. Cass., 16 décembre 2004, *Pas.*, 2004, n° 616, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1168, *cette revue*, 2004-2005, p. 299, note S. LIERMAN, R.W., 2004-2005, p. 1553, note H. Nys, *R.G.A.R.*, 2006, n° 14.161.

6. Voy. not. récemment Liège, 9 septembre 2010 et 31 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 1076 et suiv., et notre note “Deux illustrations en demi-teinte du maniement délicat du concept de perte d’une chance”, pp. 1087-1091 et les réf. citées.

geëist, merken de magistraten op dat de ouders hierdoor ten hoogste de mogelijkheid ontnomen werd om een nieuwe zwangerschap te voorkomen. Deze considerans is ten overvloede gegeven, want het Hof van Beroep benadrukt dat de ouders echter geen schadevergoeding vragen voor het verlies van deze kans; het getuigt echter toch wel van een verwarring tussen het concept van het verlies van een kans, wat een speciaal soort schade is, en de noodzaak van een oorzakelijk verband, waarover altijd zekerheid moet bestaan<sup>7</sup>.

G.G.

chance d'éviter une nouvelle grossesse. Cette considération est surabondante, car la cour d'appel s'empresse de préciser que les parents ne réclament toutefois pas l'indemnisation de la perte de cette chance; il n'empêche qu'elle témoigne à tout le moins d'une confusion entre la notion de perte d'une chance, qui est un type particulier de dommage, et l'exigence d'un lien causal, qui doit toujours être certain<sup>7</sup>.

G.G.

7. Zie hierover G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, eerder aangehaald, pp. 478-496; van dezelfde auteur, L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin, nota Luik, 22 januari 2009, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1165-1182.

7. Voy. à ce propos G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, précité, pp. 478-496; du même auteur, L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin, note sous Liège, 22 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1165-1182.