

5. De eisers hebben ook gevraagd om het vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

In principe schorsen verzet en hoger beroep tegen eindvonnissen daarvan de tenuitvoerlegging (zie art. 1397 Gerech­telijk Wetboek), maar behoudens de uitzonderingen die de wet bepaalt kan de rechter de voorlopige tenuitvoer­legging van de vonnissen toestaan (zie

art. 1398, eerste lid Gerech­telijk Wet­boek).

De eisers hebben echter geen enkele grond of reden aangevoerd om de uit­zonderlijke maatregel, die het toestaan van de voorlopige tenuitvoerlegging is, ook maar enigszins te verantwoorden.

In die omstandigheden moet, voor zo­veel als nodig, worden besloten dat ook

de rechtbank geen enkele grond of re­den ziet om de voorlopige tenuitvoer­legging van het vonnis (zomaar) toe te staan.

OP DEZE GRONDEN,

DE RECHTBANK,

(...)

Duidingsnoot

Bewijslast bij luchtwegbrand na gebruik van laser

In het geannoteerd vonnis van 28 januari 2013 komen de gangbare regels van het aansprakelijkheids- en het bewijsrecht op een duidelijke wijze aan bod. In casu onderging een patiënt in een universitair ziekenhuis een stripping van de linkerstemband met het oog op de verwijdering van een kankerplek door middel van laserchirurgie. Tijdens de ingreep ontstond er echter een luchtwegbrand bij de patiënt waardoor de patiënt verwondingen opliep. De patiënt diende een langdurige nabehandeling te ondergaan. Het ziekenfonds van de patiënt had een groot deel van de medische uitgaven van de patiënt ten laste genomen. De patiënt en het ziekenfonds stelden een aansprakelijkheidsvordering in tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van het ziekenhuis. Zij achtten het ziekenhuis aansprakelijk voor de schade ten gevolge van de luchtwegbrand, omdat hetzij gebrekkig materiaal bij de ingreep zou zijn gebruikt, hetzij het medisch en/of verplegend personeel van het ziekenhuis fouten zou hebben begaan bij de uitvoering van de ingreep.

De rechterlijke uitspraak is vooral een toepassing van het principe dat iedere partij het bewijs moet leveren van de feiten die zij aanvoert (art. 870 Ger.W.; zie ook art. 1315, eerste lid BW). In zoverre de patiënt en diens ziekenfonds als eisende partijen vergoeding vorderen van de schade die zij hebben geleden ten gevolge van de luchtwegbrand rust de bewijslast van de fout of het gebrekkig materiaal, de schade en het oorzakelijk verband tussen beide op hen.¹ In geval van contractuele aansprakelijkheid verschilt de zwaarte van de bewijslast die op de eisers rust naargelang er sprake is van een resultaats- dan wel een middelenverbintenis. In casu betoogden de patiënt en het ziekenfonds dat er sowieso sprake was van een fout in hoofde van het personeel van het ziekenhuis dat de ingreep uitvoerde, omdat er op het ziekenhuispersoneel een resultaatsverbintenis zou rusten om geen luchtwegbrand te veroorzaken. Aangezien er zich bij de patiënt toch een luchtwegbrand had voorgedaan, zou de verweerder, althans volgens de stelling van eisers, moeten aantonen dat er sprake was van een vreemde oorzaak, opdat de

Annotation

La charge de la preuve en cas de brûlure de la trachée suite à l'utilisation du laser

Le jugement annoté du 28 janvier 2013 commente de manière très claire les règles d'usage en matière de droit de la responsabilité et de la preuve. En l'espèce, un patient a subi, dans un hôpital universitaire, un stripping de la corde vocale gauche, en vue de l'ablation d'une tache cancéreuse à l'aide de la chirurgie au laser. Durant l'intervention, une brûlure a été occasionnée à la trachée du patient, lui causant des lésions. Le patient a dû, par la suite, subir un long post-traitement. La mutualité du patient avait couvert une grande partie de ses frais médicaux. Le patient et la mutualité ont intenté une action en responsabilité à l'encontre de l'assureur en responsabilité de l'hôpital. Ils considèrent l'hôpital responsable du dommage résultant de la brûlure de la trachée parce que, soit du matériel défectueux aurait été utilisé pendant l'intervention, soit le personnel médical et/ou soignant de l'hôpital aurait commis des erreurs lors de l'exécution de ladite intervention.

En essence, la décision judiciaire est une application du principe selon lequel chaque partie a la charge de prouver les faits qu'elle allègue (art. 870 C. jud. ; voir aussi art. 1315, alinéa premier, C. civ.). Dans la mesure où le patient et sa mutualité exigent, en tant que parties demanderes, l'indemnisation du préjudice qu'ils ont subi en conséquence de la brûlure de la trachée, la charge de prouver la faute ou l'utilisation d'un matériel défectueux, le dommage et le lien de causalité entre eux leur incombe¹. En cas de responsabilité contractuelle, le poids de la charge de la preuve qui repose sur les demandeurs varie selon qu'il est question d'une obligation de résultat ou d'une obligation de moyen. En l'espèce, le patient et la mutualité ont estimé qu'une faute pouvait, de toute façon, être imputée au personnel de l'hôpital qui a exécuté l'intervention, arguant qu'une obligation de résultat – ne pas causer de brûlure de la trachée – reposait sur ce personnel. Étant donné que le patient a, malgré tout, subi une brûlure de la trachée, le défendeur devrait, tout au moins du point de vue des demandeurs, démontrer que les faits sont imputables à une cause étran-

1. Cass. 16 décembre 2004, T.Gez. 2004-05, afl. 4, 298, noot S. LIERMAN.

1. Cass., 16 décembre 2004, Rev. dr. santé, 2004-2005, liv. 4, 298, note S. LIERMAN.

contractuele aansprakelijkheid van het ziekenhuis niet in het gedrang zou komen.

Rechters hebben in het verleden pogingen ondernomen om rekening te houden met die zware bewijslast voor de patiënt. Zo is er in de rechtspraak een tendens waar te nemen om het foutbewijs soms vrij soepel te aanvaarden. Wanneer patiënten een contractuele vordering tegen het ziekenhuis of de arts indienen, omdat er bijvoorbeeld gebrekkig materiaal zou zijn gebruikt, dan aanvaarden rechters soms een contractuele fout alleen al omdat er een fout is gemaakt in de keuze van of bij de controle van het materiaal.² Daar komt nog bij dat bepaalde rechters de verplichting voor een arts of ziekenhuis om veilig materiaal te gebruiken als een veiligheidsverbintenis beschouwen.³ Deze veiligheidsverbintenis wordt dan als een resultaatsverbintenis gecatalogeerd die krachtens artikel 1135 BW als een bijkomende verbintenis op het ziekenhuis of de arts rust. Die bijkomende verbintenis houdt in dat er veilig materiaal wordt gebruikt en dat het ziekenhuis of de arts de patiënt bijgevolg dient te vrijwaren van de risico's die zijn fysieke integriteit bedreigen. De toepassing van de veiligheidsverplichting is volgens die rechtspraak verantwoord omwille van het feit dat het ziekenhuis of de arts ten opzichte van de patiënt in een feitelijke machtspositie staat.⁴ S. ILLEGEMS pleit voor een strikt aansprakelijkheidsregime voor gebrekkige zaken, ook in een contractuele relatie.⁵ Er is volgens haar behoefte aan een veiligheidsverplichting die bij voorkeur een resultaatsverbintenis is. Aansprakelijkheid kan men dan nog ontlopen ingeval kan worden aangetoond dat er geen sprake was van een gebrekkige zaak of dat de schade gelinkt kan worden aan een vreemde oorzaak.⁶

In voorliggend dossier oordeelde de rechter dat er geen wettelijke of reglementaire bepaling bestaat die verplicht om geen schade te veroorzaken, noch was dit contractueel voorzien. Er kon aldus enkel sprake zijn van een middelen- of inspanningsverbintenis⁷ en het was volgens de rechter dan ook aan eisers om aan te tonen dat niet de nodige inspanningen werden geleverd door het betrokken ziekenhuispersoneel om een tracheabrand te voorkomen. Het bestaan van het schadever-

gère, afin que la responsabilité contractuelle de l'hôpital ne soit pas engagée.

Par le passé, des juges ont tenté de tenir compte du poids de cette charge de la preuve pour le patient. On observe ainsi, dans la jurisprudence, une tendance à accepter la preuve de faute avec, parfois, une certaine souplesse. Lorsque des patients intentent une action contractuelle à l'encontre de l'hôpital ou du médecin parce que, par exemple, du matériel défectueux aurait été utilisé, les juges concluent parfois à une faute contractuelle, simplement parce qu'une erreur a été commise lors du choix ou du contrôle du matériel². Qui plus est, certains juges considèrent l'obligation, pour un médecin ou un hôpital, d'utiliser du matériel fonctionnel comme une obligation de sécurité³. Cette obligation de sécurité est alors assimilée à une obligation de résultat qui, selon l'article 1135 C. civ., forme une obligation supplémentaire incombant à l'hôpital ou au médecin. Cette obligation supplémentaire implique que du matériel fonctionnel doit être utilisé et, par conséquent, que l'hôpital ou le médecin doit préserver le patient des risques qui menacent son intégrité physique. Cette jurisprudence justifie l'application de l'obligation de sécurité par le fait que l'hôpital ou le médecin occupe, par rapport au patient, une position dominante de fait⁴. S. ILLEGEMS plaide en faveur d'un régime de responsabilité strict pour les choses défectueuses, y compris dans le cadre d'une relation contractuelle⁵. Une obligation de sécurité qui soit, de préférence, une obligation de résultat est, selon elle, une nécessité. La responsabilité pourra toujours être évitée s'il peut être prouvé qu'il n'était pas question de chose défectueuse ou que le dommage peut être imputé à une cause étrangère⁶.

Dans le présent dossier, le juge a estimé qu'il n'existait aucune disposition légale ou réglementaire obligeant à n'occasionner aucun dommage, ni aucune disposition contractuelle en ce sens. Il ne pouvait donc être question que d'une obligation de moyen⁷. Selon le juge, il appartenait donc aux demandeurs de prouver que le personnel hospitalier concerné n'avait pas fourni les efforts nécessaires afin d'éviter une brûlure de la trachée. Le juge gantois est donc d'avis que l'existence du fait

2. H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid" in H. VANDENBERGHE (éd.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 86; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 631.

3. Zie Luik 29 september 1998, RGAR 2000, 13234. (Luik 24 mei 2004, T.Ge. 2005, 301).

4. Zie Luik 29 september 1998, RGAR 2000, 13234.

5. S. ILLEGEMS, "Contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak: nood aan een veiligheidsverplichting van arts en ziekenhuis", T.Ge. 2014-15, 37.

6. C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocoriale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", T.Ge. 2007-08, 383; T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS, *Handboek gezondheidsrecht*, I, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1492.

7. De contractuele verplichtingen van de arts en het ziekenhuis vormen in principe een inspanningsverbintenis. Zie bv. Brussel 19 januari 1965, Pas. 1966, II, 13; Bergen 12 mei 1997, RGAR 1998, nr. 12.937 en T.Ge. 1998-99, 216; Gent 6 april 2000, *Intercontact* 2000, 81 (weergave); Antwerpen 7 mei 2007, T.Verz. 2008, afl. 2, 193; Gent (1e k.) 9 februari 2012, T.Ge. 2013-14, afl. 1, 26, noot I. VRANCKEN; Rb. Antwerpen 3 april 2006, T.Ge. 2014-15, afl. 1, 24, noot S. ILLEGEMS; Rb. Brussel 11 juni 2012, Con.M. 2012, afl. 4, 153.

2. H. VANDENBERGHE, « Medische aansprakelijkheid » in H. VANDENBERGHE (éd.), *De professionele aansprakelijkheid*, Bruges, die Keure, 2004, 86 ; Th. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Anvers, Maklu, 1992, 631.

3. Voir Liège, 29 septembre 1998, R.G.A.R., 2000, 13234. (Liège, 24 mai 2004, *Rev. dr. santé*, 2005, 301).

4. Voir Liège, 29 septembre 1998, R.G.A.R., 2000, 13234.

5. S. ILLEGEMS, « Contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak: nood aan een veiligheidsverplichting van arts en ziekenhuis », *Rev. dr. santé*, 2014-2015, p. 37.

6. C. LEMMENS, « Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocoriale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis? », *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 383 ; T. VANSWEEVELT et F. DEWALLENS, *Handboek gezondheidsrecht*, I, Anvers, Intersentia, 2014, p. 1492.

7. Les obligations contractuelles du médecin et de l'hôpital constituent en principe une obligation de moyen. Voir, par ex., Bruxelles, 19 janvier 1965, *Pas.*, 1966, II, 13 ; Mons, 12 mai 1997, R.G.A.R., 1998, n° 12.937 et *Rev. dr. santé*, 1998-1999, 216 ; Gand, 6 avril 2000, *Intercontact*, 2000, 81 (présentation) ; Anvers, 7 mai 2007, *T. Verz.*, 2008, liv. 2, 193 ; Gand (1^{re} ch.) jeudi 9 février 2012, *Rev. dr. santé*, 2013-2014, liv. 1, 26, note I. VRANCKEN ; Trib. Anvers, 3 avril 2006, *Rev. dr. santé*, 2014-2015, liv. 1, 24, note S. ILLEGEMS ; Trib. Bruxelles, 11 juin 2012, *Con. M.*, 2012, liv. 4, 153.

wekkend feit op zichzelf volstaat volgens de Gentse rechter niet als sluitend bewijs van een fout of gebrekkig materiaal. Eisers slaagden er niet in om te bewijzen dat er gebrekkig materiaal was gebruikt tijdens de ingreep, noch dat het ziekenhuispersoneel een fout had gemaakt bij de uitvoering van de ingreep. De vordering werd dan ook afgewezen.

Wat de keuze van de beademingstechniek in het bijzonder betrof, met name via een tube in brandbaar kunststof beschermd door vochtig te houden cottonoïden, tevens in kunststof, is de redenering die de rechtbank volgt om aan te tonen dat de techniek op zichzelf beschouwd niet onverantwoord was, het vermelden waard. De rechter benadrukt hier dat het enkele feit dat een bepaalde techniek een verhoogd risico met zich meebrengt op een bepaalde complicatie, *in casu* de tracheabrand, niet *per se* impliceert dat de keuze voor die beademingstechniek onverantwoord was in het licht van de stand van de medische wetenschap ten tijde van de ingreep. Zo stelde de rechter vooreerst dat het niet zo was dat een normale, redelijke en behoedzame anesthesist en/of NKO-chirurg, geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden, op het ogenblik van de ingreep eind 2004, sowieso gekozen zou hebben voor een andere beademingstechniek. Daarenboven zou geen enkele beademingstechniek feilloos zijn en bestaat er steeds een risico op tracheabrand bij laserchirurgie. De rechter wees er nog op dat in zoverre de beademingstechniek op zichzelf beschouwd toch als foutief bestempeld zou moeten worden, het bewijs van het oorzakelijk verband niet geleverd wordt, aangezien de oorzaak van de ontbranding onbekend was.

Het was voor eisers mogelijk om te argumenteren dat er sprake was van een fout of nalatigheid van het ziekenhuispersoneel, maar dat bewijs van een fout werd evenwel niet geleverd. Het was ook evengoed mogelijk dat het ging om de uitzonderlijke manifestatie van een niet te vermijden risico dat inherent is aan laserchirurgie in de keel. De oprichting van het Fonds voor Medische Ongevallen voor schade als gevolg van zorg zonder medische aansprakelijkheid, was in voorliggende zaak geen oplossing voor de betrokken patiënt, vermits het fonds enkel bevoegd is voor schade veroorzaakt vanaf 2 april 2010. Daarenboven kan de vraag gesteld worden of er wel sprake geweest zou zijn van een abnormale schade: was het wel redelijkerwijze onvoorzienbaar dat de complicatie (de luchtwegbrand) zich zou kunnen voordoen?⁸

Laura BODDEZ
Advocaat te Brussel

Stefaan CALLENS
Advocaat te Brussel, deeltijds gewoon hoogleraar gezondheidsrecht
KU Leuven

générateur du dommage ne constitue pas, en soi, une preuve concluante qu'une faute a été commise ou que du matériel défectueux a été utilisé. Les demandeurs ne sont pas parvenus à démontrer que du matériel défectueux avait été utilisé durant l'intervention, ni que le personnel hospitalier avait commis une faute durant l'exécution de ladite intervention. La demande a donc été rejetée.

En ce qui concerne, en particulier, le choix de la technique d'insufflation, à savoir l'utilisation d'un tube en plastique combustible protégé par des cotonnoïdes à garder humides, également en plastique, le raisonnement que suit le tribunal pour démontrer que la technique n'était, en soi, pas injustifiable mérite d'être signalé. Le juge souligne ici que le seul fait qu'une certaine technique implique un risque accru d'une complication déterminée, en l'espèce la brûlure de la trachée, ne signifie pas pour autant que le choix de cette technique d'insufflation était injustifiable à la lumière de l'état de la science médicale au moment de l'intervention. Ainsi, il a tout d'abord jugé que rien ne permettait d'affirmer qu'un anesthésiste ou chirurgien ORL normal, raisonnable et prudent, se trouvant dans les mêmes circonstances concrètes au moment de l'intervention, à la fin 2004, aurait opté pour une autre technique d'insufflation. Ensuite, aucune technique d'insufflation ne serait sans faille et il y a toujours un risque de brûlure de la trachée lors d'une chirurgie au laser. Le juge a encore estimé que, même dans la mesure où la technique d'insufflation aurait pu être considérée comme fautive en soi, la preuve du lien de causalité n'est pas fournie, étant donné que la cause de la brûlure était inconnue.

Les demandeurs pouvaient invoquer une faute ou négligence dans le chef du personnel de l'hôpital mais la preuve d'une telle faute n'a toutefois pas été fournie. Il était tout aussi possible qu'il s'agisse d'une manifestation exceptionnelle d'un risque inévitable inhérent à la chirurgie au laser dans la gorge. La création du Fonds des accidents médicaux pour les dommages résultant de soins sans responsabilité médicale n'a été d'aucun secours pour le patient concerné dans la présente affaire, étant donné que le Fonds n'est compétent que pour les dommages occasionnés depuis le 2 avril 2010. En outre, on peut se demander s'il eût été question d'un dommage anormal : la possibilité que la complication (brûlure de la trachée) survienne était-elle vraiment raisonnablement prévisible ?⁸

Laura BODDEZ
Avocate à Bruxelles

Stefaan CALLENS
Avocat à Bruxelles
Professeur ordinaire droit de la santé à temps partiel KU Leuven

8. Zie i.v.m. het begrip 'abnormale schade': W. BUELENS, "Abnormale schade in de Wet Medische Ongevallen: een eerste commentaar bij een advies van het Fonds voor Medische Ongevallen", *T.Gez.* 2015-16, afl. 1, 66-71.

8. Voir, concernant la notion de « dommage anormal » : W. BUELENS, « Abnormale schade in de Wet Medische Ongevallen: een eerste commentaar bij een advies van het Fonds voor Medische Ongevallen », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, liv. 1, 66 à 71.