

ONDERTEKEND AFSCHRIFT toegezonden overeenkomstig
artikel 792 van het Gerechtelijk Wetboek
VRIJ van EXPEDITIERECHT : art. 280, 2°, W. Reg. 7400

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. C.18.0210.N

ETHIAS nv, met zetel te 4000 Luik, Rue des Croisiers 24,

eiseres,

vertegenwoordigd door **mr. Johan Verbist**, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 2000 Antwerpen, Amerikalei 187/302, waar de eiseres woonplaats kiest,

tegen

1. LANDSBOND DER CHRISTELIJKE MUTUALITEITEN, met zetel te 1030 Schaarbeek, Haachtsesteenweg 579, bus 40,

2. Anna SCHILLEMANS, wonende te 3520 Zonhoven, Rozenkransweg 25, bus 3,

verweersters,

vertegenwoordigd door **mr. Bruno Maes**, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 1000 Brussel, Joseph Stevensstraat 7, waar de verweersters woonplaats kiezen.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 22 januari 2018.

Advocaat-generaal Ria Mortier heeft op 4 december 2018 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Raadsheer Geert Jocqué heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal Ria Mortier heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDEL

De eiseres voert in haar verzoekschrift dat aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

1. Krachtens artikel 870 Gerechtelijk Wetboek moet iedere partij het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert.

Krachtens artikel 1315 Burgerlijk Wetboek moet hij die de uitvoering van een verbintenis vordert het bestaan daarvan bewijzen. Omgekeerd moet hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht.

2. Uit deze bepalingen volgt dat bij een vordering op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid de bewijslast van de tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenis, de schade en het oorzakelijk verband tussen beide in de regel op de benadeelde rust.

3. Wanneer de benadeelde aanvoert dat de door hem geleden schade werd veroorzaakt door de miskennis van de algemene zorgvuldigheidsplicht doordat de aangesprokene hem welbepaalde informatie niet heeft gegeven, moet hij niet al-

leen bewijzen dat de aangesprokene hem deze informatie had moeten geven maar ook dat hij dat niet heeft gedaan.

4. De appelrechters stellen vast en oordelen dat:

- de fout waarvoor een schadeverwekker op basis van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek aansprakelijk is, ook kan bestaan uit een verkeerd optreden dat moet worden beoordeeld naar de maatstaf van de normaal zorgvuldige en omzichtige persoon, die in dezelfde concrete omstandigheden verkeert;
- er een fout is zodra er een afwijking is van de veronderstelde gedraging van de goede huisvader;
- de deskundige terecht benadrukt dat verpleegkundigen, benevens het volgen van de voorschriften die de vaststaande procedure omvat, ook rekening moeten houden met de individuele behoeften van de patiënt, mede in acht genomen hun gezondheidstoestand en ouderdom;
- op verpleegkundigen in dit verband in het bijzonder een informatieverplichting rust met het oog op de veiligheid van de patiënt;
- wanneer de CT-scan is beëindigd en de patiënt rechtop de scantafel werd geholpen, de verpleegkundige de patiënt moet waarschuwen te blijven zitten tot de tafel naar beneden is gehaald en de verpleegkundige hem kan bijstaan bij het afstappen;
- van een patiënt, die zich bevindt in een voor hem vreemde omgeving en ervaring, niet mag en kan worden verwacht dat hij weet wat hij al dan niet mag doen of moet doen, zodat een zeer duidelijke communicatie op dit punt dan ook essentieel is;
- uit de bevindingen van de deskundige blijkt dat de verklaringen van de tweede verweerster en verpleegkundige J. Bogaerts dienaangaande onderling tegenstrijdig zijn;
- het al dan niet naleven door verpleegkundige J. Bogaerts van de op hem rustende informatieplicht betwist wordt en de vraag derhalve is wie op dit punt de bewijslast draagt;
- uit de regels betreffende de bewijslast volgt dat verpleegkundige J. Bogaerts dient te bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekweten om de tweede ver-

weerster in de hierboven bedoelde zin in te lichten, en niet dat laatstgenoemde het negatieve feit dient te bewijzen dat de vereiste informatie haar niet werd gegeven;

- de onzekerheid of de twijfel die blijft bestaan na de bewijsvoering, in aanmerking moet worden genomen tegen degene die de bewijslast draagt.

5. De appelrechters die op deze gronden oordelen dat “*wordt aangenomen dat verpleegkundige J. Bogaerts hier zijn informatieplicht niet heeft nageleefd*”, verantwoord hun beslissing niet naar recht.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

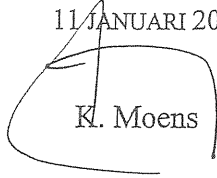
Verwijst de zaak naar het hof van beroep te Gent.

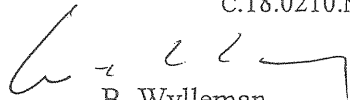
Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, eerste kamer, samengesteld uit sectievoorzitter Alain Smetryns, als voorzitter, en de raadsheren Koen Mestdagh, Geert Jocqué, Bart Wylleman en Koenraad Moens, en in openbare rechtszitting van 11 januari 2019 uitgesproken door sectievoorzitter Alain Smetryns, in aanwezigheid van advocaat-generaal Ria Mortier, met bijstand van griffier Vanessa Van de Sijpe.

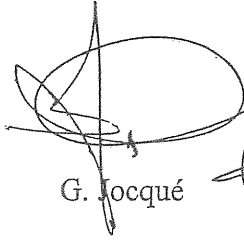
11 JANUARI 2019

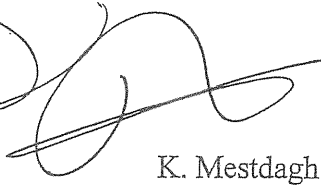
C.18.0210.N/5

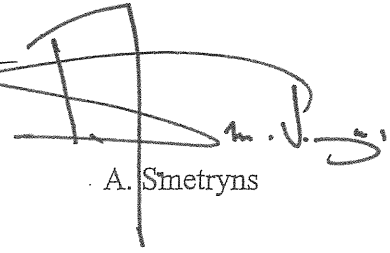

V. Van de Sijpe


K. Moens


B. Wylleman


G. Jocqué


K. Mestdagh


A. Smetryns

VOORZIENING IN CASSATIE

VOOR: de NV **ETHIAS**, met vennootschapszetel gevestigd te 4000 Luik, Rue des Croisiers 24, met KBO-nummer 0404.484.654,

eiseres tot cassatie,

bijgestaan en vertegenwoordigd door ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie Johan Verbist, kantoor houdend te 2000 ANTWERPEN 1, Amerikalei 187/302, alwaar keuze van woonst wordt gedaan.

TEGEN: 1. **DE LANDSBOND DER CHRISTELIJKE MUTUALITEITEN**, met zetel gevestigd te 1031 Brussel, Haachtsesteenweg 579 bus BP 40, met KBO-nummer 0411.702.543,

2. mevrouw **ANNA SCHILLEMANS**, wonende te 3520 Zonhoven, Waardstraat 92,

verweersters in cassatie,

*

* *

Aan de Heren Eerste Voorzitter en Voorzitter van het Hof van Cassatie,

Aan de Dames en Heren Raadsheren in het Hof van Cassatie,

Hooggeachte Heren en Dames,

Eiseres heeft de eer een arrest aan uw beoordeling voor te leggen dat op 22 januari 2018 op tegenspraak tussen de partijen werd gewezen door de B1 kamer van het hof van beroep te Antwerpen (2015/AR/2698).

FEITEN EN PROCEDUREVOORGAANDEN

Eiseres is de verzekeraar BA uitbating van het Jessa Ziekenhuis, campus Virga Jesse, te Hasselt.

Op 24 juli 2009 is tweede verweerster in voornoemd ziekenhuis ten val gekomen. Na op de afdeling radiologie een CT-scan te hebben ondergaan, zou de dienstdoende verpleger de tafel uit de scanner hebben geschoven en tweede verweerster geholpen hebben om in zitstand op de tafel rechtop te komen. Vervolgens zou hij het lokaal verlaten hebben zonder de scantafel in een lagere stand te hebben gebracht, waarna tweede verweerster bij het rechtstaan van de tafel zou zijn geschoven. Zij heeft daarbij een enkelbreuk opgelopen.

Eerste verweerster is de in de rechten van tweede verweerster gesubrogeerde ziekteverzekeraar van tweede verweerster.

Op 27 september 2011 zijn alle partijen vrijwillig verschenen voor de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt.

Bij vonnis van 8 december 2011 werd een deskundigenonderzoek bevolen. Op 23 mei 2013 heeft de deskundige zijn eindverslag ter griffie neergelegd.

Bij vonnis van 1 oktober 2015 werd de vordering van verweersters ontvankelijk en gegrond verklaard. Eiseres werd veroordeeld tot betaling aan verweersters van een provisionele schadevergoeding van telkens 1 euro. Alvorens recht te doen werd andermaal een deskundige aangesteld.

Op 10 december 2015 heeft eiseres hoger beroep ingesteld tegen dit vonnis bij het hof van beroep te Antwerpen.

In het bestreden arrest wordt het hoger beroep van eiseres ontvankelijk doch ongegrond verklaard. De zaak wordt terugverwezen naar de eerste rechter en eiseres wordt tot de kosten van het hoger beroep veroordeeld.

Tegen dit arrest wenst eiseres op te komen met het volgende middel tot cassatie.

ENIG MIDDEL TOT CASSATIE

Geschonden wetsbepalingen

- De artikelen 1315, 1382, 1383 en 1384 van het Burgerlijk Wetboek;
- Artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek.

Aangevochten beslissing

De appelrechters oordelen dat niet wordt bewezen dat de verpleegkundige zijn informatieplicht jegens tweede verweerster heeft voldaan, zodat sprake is van een fout die in oorzakelijk verband staat met het schadegeval, op grond van de volgende motieven: (

“4.2.2. De fout/onzorgvuldigheid waarvoor een schadeverwekker op basis van de artikelen 1382-1383 BW aansprakelijk kan zijn, bestaat in een gedraging die, ofwel, behoudens onoverwinnelijke dwaling of enige andere rechtvaardigingsgrond, een schending inhoudt van een rechtsnorm, waarbij de betrokkene verplicht is iets niet te doen of iets op bepaalde manier wel te doen (artikel 1382 BW), ofwel neerkomt op een verkeerd optreden dat moet worden beoordeeld naar de maatstaf van de normaal zorgvuldige en omzichtige persoon, die in dezelfde concrete omstandigheden verkeert (artikel 1383 BW).

4.2.3. De algemene zorgvuldigheidsnorm bedoeld bij artikel 1383 BW vereist meer bepaald dat men zijn handelswijze niet alleen bepaalt in functie van het eigen belang, maar dat men tevens voorzorgen neemt om schade aan andermans persoon of goederen te voorkomen. De vraag welke mate van voorzorg men moet in acht nemen om anderen niet te schaden, wordt daarbij beantwoord aan de hand van de abstracte vergelijking van de gedraging van de betrokkene met de veronderstelde gedragswijze van een normaal zorgvuldig en omzichtig persoon (de goede huisvader) geplaatst in dezelfde concrete externe omstandigheden. Fout is er zodra er een afwijking is van de veronderstelde gedraging van de goede huisvader (vgl. Cass. 26 juni 1998, Arr. Cass. 1998, 773).

4.2.4. Over wat zich precies op 24 juli 2009 heeft afgespeeld in de afdeling radiologie in het Jessa Ziekenhuis te Hasselt, zijn enkel de verklaringen van [tweede verweerster] en van verpleegkundige J. Bogaerts voorhanden, verklaringen die deskundige G. Nijls in zijn eindverslag weergeeft als volgt:

[...]

4.2.5. Onder de rubriek 'bespreking van de verklaringen' schrijft deskundige G. Nijs vervolgens wat volgt:

[...]

4.2.6. Na een 'vergelijkend onderzoek naar werkwijze in omliggende ziekenhuizen' komt deskundige G. Nijs tot het hiernavolgende 'besluit':

[...]

4.2.7. Uit de bevindingen van deskundige G. Nijs blijkt aldus in eerste orde dat hier door verpleegkundige Bogaerts geen fout/nalatigheid werd begaan door te werk te gaan volgens de procedure die hij op 24 juli 2009 heeft gevolgd. Het betreft immers de vaststaande procedure die sinds jaar en dag geldt in het Jessa Ziekenhuis te Hasselt. Die procedure is ingegeven door overtuigende motieven inzake veiligheid van de patiënt (verpleegkundige achter de rug van de patiënt met het oog op het vermijden van het – groter – risico op achterover vallen met zware letsels tot gevolg) en inzake ergonomie van de verpleegkundige (scantafel op voldoende hoogte houden bij het rechtzetten van de patiënt met het oog op het vermijden van rugletsels van de verpleegkundige), mede in acht genomen de architectuur van de ruimte waarin de CT-scan hier plaatsvond. Dat in omliggende en/of andere ziekenhuizen veelal (maar niet altijd) een andere procedure wordt toegepast (waarbij de scantafel vlugger naar beneden wordt gehaald en/of waarbij er constant of minstens meer oogcontact met de patiënt mogelijk is), doet daaraan geen afbreuk. Het feit dat bij het volgen van die andere procedure het onderhavige schadegeval zich niet of minder gemakkelijk had kunnen voordoen, verandert daaraan niets. Aan elke procedure zijn (val)risico's en voor- en nadelen verbonden. Dat maakt de standaardprocedure van het Jessa Ziekenhuis te Hasselt nog niet foutief. In deze omstandigheden kan aan verpleegkundige J. Bogaerts alvast niet worden verweten de in het Jessa Ziekenhuis geldende procedure te hebben gevolgd. In dat verband wordt de motivering van de eerste rechter dus niet gevolgd.

4.2.8. In tweede instantie blijkt dat verpleegkundige J. Bogaerts die vaststaande procedure hier formeel correct heeft nageleefd. De voorschriften inzake opeenvolgende handelingen werden nauwgezet nageleefd. Ook in dat verband valt aan verpleegkundige J. Bogaerts niets te verwijten.

4.2.9. Terecht benadrukt deskundige G. Nijs evenwel dat verpleegkundigen, benevens het volgen van de voorschriften die de vaststaande procedure omvat, ook rekening moeten houden met de individuele behoeften van de patiënt, mede in acht genomen hun gezondheidstoestand en ouderdom. Op verpleegkundigen rust in dit verband in het bijzonder een informatieverplichting met het oog op de veiligheid van de patiënt.

Wanneer de CT-scan is beëindigd en de patiënt rechtop de scantafel werd geholpen, moet de verpleegkundige de patiënt waarschuwen te blijven zitten tot de tafel naar beneden is gehaald en de verpleegkundige hem kan bijstaan bij het afstappen. Van een patiënt, die zich bevindt in een voor hem vreemde omgeving en ervaring, mag en kan niet worden verwacht dat hij weet wat hij al dan niet mag doen of moet doen. Een zeer duidelijke communicatie op dit punt is dan ook essentieel.

4.2.10. Uit de bevindingen van deskundige G. Nijs blijkt dat de verklaringen van [tweede verweerster] en verpleegkundige J. Bogaerts dienaangaande onderling tegenstrijdig zijn. Verpleegkundige J. Bogaerts beweert dat hij [tweede verweerster] wel degelijk heeft gewaarschuwd dat zij moest blijven zitten tot hij zich aan de andere kant van de tafel had begeven om aldaar de tafel naar beneden te halen en haar te helpen van de tafel te stappen. Maar, dat wordt formeel ontkend door [tweede verweerster] (een zwaarlijvige dame van 74 jaar) die betwist dat haar door verpleegkundige J. Bogaerts enige waarschuwing in die zin zou zijn gegeven. Er zou haar integendeel niets medegedeeld zijn, behalve dan dat het onderzoek gedaan was, dat zij zich mocht aankleden en dat zij naar huis mocht gaan. Het al dan niet naleven door verpleegkundige J. Bogaerts van de op hem rustende informatieplicht wordt hier dus betwist. De vraag is derhalve wie op dit punt de bewijslast draagt.

4.2.11. Uit de regels betreffende de bewijslast (artikel 1315 BW en artikel 870 Ger.W.) volgt dat verpleegkundige J. Bogaerts (en met hem [eiseres]) dient te bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekwetend om [tweede verweerster] in de hierboven bedoelde zin in te lichten, en niet dat laatstgenoemde het negatieve feit dient te bewijzen dat de vereiste informatie haar niet werd gegeven (vgl. Cass. 25 juni 2015, Arr. Cass. 2015, 1763).

4.2.12. De eigen verklaringen van verpleegkundige J. Bogaerts hebben in dat verband geen bewijswaarde. Niemand kan zichzelf immers een bewijs verschaffen. Het hof kan verder niets anders of niets meer vaststellen dat andere bewijsmiddelen niet worden aangewend. Verpleegkundige J. Bogaerts (en met hem [eiseres]) blijft derhalve in gebreke een afdoende bewijsvoering te doen van de beweerde uitvoering van zijn informatieplicht.

4.2.13. De onzekerheid of de twijfel die blijven bestaan na de bewijsvoering moet in aanmerking worden genomen tegen degene die de bewijslast draagt (vgl. o.a. Cass. 20 maart 2006, Arr. Cass. 2006, 645). Bijgevolg wordt aangenomen dat verpleegkundige J. Bogaerts hier zijn informatieplicht niet heeft nageleefd.

4.2.14. Om oordeelkundige redenen die het hof tot de zijne maakt, wordt bij het bestreden vonnis verder geoordeeld dat het schadegeval, zoals het zich concreet heeft voorgedaan, niet zou hebben plaatsgegrepen, mocht verpleegkundige J. Bogaerts zijn

informatieplicht wel hebben nageleefd, dat bijgevolg de fout/onzorgvuldigheid van verpleegkundige J. Bogaerts in oorzakelijk verband staat met het schadegeval, waardoor het Jessa Ziekenhuis als aansteller van verpleegkundige J. Bogaerts aansprakelijk is op grond van artikel 1384, derde lid BW en dat [verweersters] bijgevolg beschikken over een rechtstreekse vordering tot schadeloosstelling tegen [eiseres] op grond van artikel 150 Verz. W. van 4 april 2014.” (bestreden arrest, p. 5-14)

Grieven

Krachtens artikel 1315 van het Burgerlijk Wetboek moet hij die de uitvoering van een verbintenis vordert, het bestaan daarvan bewijzen. Omgekeerd moet hij die beweert bevrijd te zijn, het bewijs leveren van de betaling of van het feit dat het tenietgaan van zijn verbintenis heeft teweeggebracht.

Krachtens artikel 870 van het Gerechtelijk Wetboek moet iedere partij het bewijs leveren van de feiten die zij aanvoert.

Uit deze bepalingen volgt dat de partij die het bestaan van een fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek aanvoert, het bestaan van deze fout moet aantonen.

Dat geldt ook wanneer de fout bestaat in een niet-handelen, inzonderheid in het niet-voldoen aan een uit de algemene zorgvuldigheidsnorm afgeleide informatieverplichting. De rechter vermag weliswaar te oordelen dat een negatief feit niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigend feit behoeft te worden geleverd, maar vermag niet de eisende partij van dit bewijs te ontslaan en de tegenpartij het bewijs van het tegengestelde positief bewijs op te leggen.

De appelrechters oordelen dat op verpleegkundigen een informatieverplichting rust met het oog op de veiligheid van de patiënt, een plicht die er concreet in bestaat de patiënt na een CT-scan te waarschuwen om te blijven zitten tot de tafel naar beneden is gehaald. Zij leiden deze informatieverplichting af uit de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek (bestreden arrest, randnrs. 4.2.2.-4.2.3. en 4.2.9.) en oordelen dat het Jessa Ziekenhuis op grond van artikel 1384, derde lid van het Burgerlijk Wetboek hiervoor aansprakelijk is bij niet-naleving van deze plicht door haar aangestelde.

De appelrechters stellen vast dat het al dan niet naleven van deze informatieverplichting wordt betwist, en dat “*uit de regels betreffende de bewijslast (artikel 1315 BW en artikel 870 Ger.W.) volgt dat verpleegkundige J. Bogaerts (en met hem [eiseres])*

dient te bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekweten om [tweede verweerster] in de hierboven bedoelde zin in te lichten, en niet dat laatstgenoemde het negatieve feit dient te bewijzen dat de vereiste informatie haar niet werd gegeven” (bestreden arrest, randnr. 4.2.11.).

Door aldus verweersters te ontslaan van het bewijs van de fout die zij aanvoeren in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, en eiseres het bewijs van het tegengestelde positief bewijs op te leggen, miskennen de appelrechters de regels inzake bewijslastverdeling bij onrechtmatige daad (schending van alle in het middel aangehaalde wetsbepalingen).

TOELICHTING

Uw Hof heeft geoordeeld dat de patiënt die aanvoert dat de arts niet aan zijn informatieplicht heeft voldaan, en dat hij daardoor schade heeft geleden, het bewijs daarvan dient te leveren. De rechter vermag weliswaar te oordelen dat een negatief feit niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigend feit behoeft te worden geleverd, maar vermag niet de eisende partij van dit bewijs te ontslaan en de tegenpartij het bewijs van het tegengestelde positief bewijs op te leggen (Cass. 16 december 2004, AR C.03.0407.N, *Arr.Cass.* 2014, afl. 12, 2081; Cass. 16 december 2004, *T.Gez.* 2004-05, 298, noot S. LIERMAN).

De appelrechters verwijzen evenwel naar een recent arrest van Uw Hof, waarin werd geoordeeld dat uit de regels betreffende de bewijslast volgt dat de advocaat dient te bewijzen dat hij zich van zijn plicht heeft gekweten om zijn cliënt in te lichten, en niet dat laatstgenoemde het negatieve feit dient te bewijzen dat de vereiste informatie hem niet werd gegeven (Cass. 25 juni 2015, *Arr.Cass.* 2015, afl. 6-8, 1763)

Sinds dit arrest heerst grote onduidelijkheid over de bewijslastverdeling bij informatieverplichtingen. Sommige auteurs maken gewag van een fundamentele ommekeer in de rechtspraak van Uw Hof, anderen wijzen op het feit dat voornoemde arresten door verschillende kamers zijn gewezen en dat het te vroeg is om de draagwijdte van de nieuwe rechtspraak te bepalen. Ook de lagere rechtspraak is verdeeld. “*Op dit moment bestaat in de rechtsleer dus enkel eensgezindheid over het feit dat het nog te vroeg is om definitieve uitspraken te doen over de mogelijke draagwijdte van het arrest*” (B. ALLEMEERSCH en W. VANDENBUSSCHE, “Stand van zaken en actuele ontwikkelingen op het stuk van het bewijsrecht”, in *Themis 100 gerechtelijk recht*, Brugge, die Keure, 2017, 42-43, met verwijzing naar o.m. C. LEMMENS, “Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt”, *T.Gez.* 2016, 352-367; D. MOUGENOT, “La charge de la

preuve du devoir d'information du professionnel: procession d'Echternach ou clarification définitive?", *TBH* 2016, 655-661; zie ook C. CORNELIS, "The story continues: de bewijslast inzake informed consent van de patiënt", *T.Gez.* 2017, 57-62).

Eiseres is in ieder geval van mening dat het arrest van Uw Hof van 25 juni 2015 niet onverminderd kan worden toegepast op voorliggende casus.

Zo is *in casu* sprake van een buitencontractuele aansprakelijkheid voortvloeiend uit de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, en niet van een contractuele aansprakelijkheid zoals in de relatie tussen advocaat en cliënt. Uit de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek kunnen in hoofde van de professionele beroepsbeoefenaar inderdaad informatieverplichtingen worden afgeleid, afhankelijk van de omstandigheden van de zaak (B. WEYTS en T. VANSWEEVELT, *Handboek aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 130-131, nr. 181).

Welnu, de partij die het bestaan van een fout in de zin van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek aanvoert, moet het bestaan van deze fout aantonen (Cass. 18 november 1997, *Arr.Cass.* 1997, 1157; Cass. 23 september 1997, *Arr.Cass.* 1997, 847).

Dat geldt ook indien de fout bestaat in de niet-naleving van een uit de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek afgeleide informatieplicht. Weliswaar vermag de rechter te oordelen dat een negatief feit niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigend feit behoeft te worden geleverd, maar hij vermag niet de eisende partij van dit bewijs te ontslaan en de tegenpartij het bewijs van het tegengestelde positief bewijs op te leggen.

Meer fundamenteel rijst de vraag of elke informatieverplichting – contractueel dan wel buitencontractueel, voortvloeiend uit een specifieke wetsbepaling dan wel uit de gemeenrechtelijke zorgvuldigheidsnorm – wel over dezelfde kam kan worden geschoren. Eiseres meent dat dit niet het geval is en dat er in elk geval geen reden is om, wanneer een informatieverplichting wordt afgeleid uit de gemeenrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, af te wijken van de bewijslastverdeling bij onrechtmatige daad zoals die voortvloeit uit de artikelen 870 van het Gerechtelijk Wetboek en 1315 van het Burgerlijk Wetboek. Een dergelijke 'omkering van de bewijslast' kan desgevallend aan de orde zijn wanneer de informatieverplichting uitdrukkelijk voortvloeit uit een specifieke wetsbepaling, doch niet wanneer de informatieverplichting (zoals *in casu*) wordt afgeleid uit de gemeenrechtelijke zorgvuldigheidsnorm. Immers, als houder van een uitdrukkelijke wettelijke informatieverplichting kan men anticiperen op bewijsproblemen door o.m. het gebruik van ondertekende standaardformulieren (zie daarover C. CORNELIS, "Het bewijs van 'informed consent' door een toestemmingsformulier", *T.Gez.* 2017, 48-53). Een dergelijke 'oplossing' is evenwel quasi onmogelijk wanneer zelfs het *bestaan* of de *omvang* van een informatieplicht niet op voorhand vaststaat doordat zij door de rechter wordt afgeleid uit een algemene

zorgvuldigheidsnorm, van geval tot geval en rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak. Op die manier is elke anticipatie uitgesloten en dreigt het recht op bewijslevering in het gedrang te komen.

Bovendien doemt dan de vraag op waarom ook *andere* schendingen van de algemene zorgvuldigheidsnorm niet in aanmerking zouden komen voor een omkering van de bewijslast. Daarmee dreigt hetzij een verre gaande erosie – *contra legem* – van de gemeenrechtelijke bewijslastverdeling, hetzij een verschil in behandeling dat bezwaarlijk gerechtvaardigd lijkt. De oplossing van Uw Hof in zijn arresten van 16 december 2004 sluit in elk geval het best aan bij de bestaande bewijsregels zoals die zijn neergelegd in het Gerechtelijk en het Burgerlijk Wetboek (C. LEMMENS, “Het pleit dan toch niet beslecht. De implicaties van het arrest van het Hof van Cassatie van 25 juni 2015 op de bewijslast van de geïnformeerde toestemming van de patiënt”, *T.Gez.* 2016, 360; C. CORNELIS, “The story continues: de bewijslast inzake informed consent van de patiënt”, *T.Gez.* 2017, 59, nr. 8).

In dat licht weze opgemerkt dat de wetgever in bepaalde gevallen reeds uitdrukkelijk in een afwijkende bewijslastverdeling voor informatieplichten heeft voorzien (zie bv. artikel III.73 Wetboek van Economisch Recht, krachtens hetwelk elke onderneming de plicht heeft aan te tonen dat aan de eisen voorzien in de artikelen III.74 tot III.77 is voldaan en dat de verstrekte informatie juist is; zie ook voor vrije beroepers de artikelen XIV.27, § 5, XIV.36 en XIV.39, § 5 Wetboek van Economisch Recht; zie daarover W. VANDENBUSSCHE, *Bewijs en onrechtmatige daad*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 174-175, nr. 208). Deze uitdrukkelijke wettelijke bewijslast(her)verdelingen vormen een bevestiging van het feit dat in *andere* gevallen de algemene bewijslastverdeling geldt, zoals wettelijk vastgelegd in de artikelen 870 van het Gerechtelijk Wetboek en 1315 van het Burgerlijk Wetboek.

*

* *

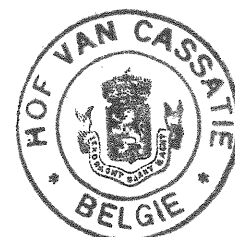
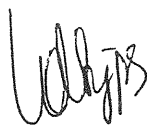
Op deze gronden en overwegingen besluit ondergetekende advocaat bij het Hof van Cassatie voor eiseres, Johan Verbist dat het U, Hooggeachte Dames en Heren, moge behagen het bestreden arrest te vernietigen, de zaak en de partijen te verwijzen naar een ander hof van beroep en uitspraak te doen over de kosten als naar recht.

Antwerpen, 24 april 2018



Johan Verbist

Voor eensluidend afschrift,
De Griffier,



Bij de indiening ter griffie wordt bij deze voorziening het exploit van betekening van deze voorziening aan de verwerende partijen gevoegd.