



Vrij veilig of verzwijg het niet

**Een onderzoek naar de zorgplicht
van een drager van een soa bij
seksueel contact**

Vrij veilig of verzwijg het niet

Een onderzoek naar de zorgplicht van een drager van een soa bij seksueel contact

Scriptie ter afronding van de Master Nederlands recht aan de Universiteit van Tilburg

verdedigd te Tilburg op 9 augustus 2012
door Nicky Leijtens
(ANR 47.77.06)

Examencommissie:
Prof. dr. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai
mr. C.M.C. van Zegveld

Dankwoord

Mijn dank gaat allereerst uit naar prof. dr. mr. T.F.E Tjong Tjin Tai voor de geboden begeleiding, het sparren en zijn geduld met mij. Ook wil ik mr. C.M.C. van Zegveld bedanken voor het plaatsnemen in de examencommissie. Voor de medische en psychosociale kant van het onderzoek gaat mijn dank uit naar mevrouw N. Verhoef (GGD Hart voor Brabant) voor het geven van inzicht in het test- en preventiebeleid en mevrouw A. de Smul (huisarts bij Dokterpijman.nl) voor het verschaffen van inzicht in hoeverre personen met een soa gestimuleerd worden om hun (seks)partners in te lichten. Mevrouw M. van Veen (epidemiologist bij het RIVM en op 30 juni 2010 gepromoveerd op 'HIV and STI epidemiology in high-risk populations in the Netherlands' aan de UvA) en de heer A. van Sighem (Stichting HIV Monitoring) dank ik voor het geven van inzicht in de cijfers van en statistieken over het aantal HIV- en soa-besmettingen in Nederland. Tot slot wil ik mijn ouders, familie, vrienden en (ex-)collegae bedanken voor de geboden steun tijdens het hele schrijfproces.

Voorwoord

'Liefde kan pijn doen en hartstocht kan ons in het verderf storten.'

Met die woorden sloot Buruma zijn noot bij het laatste HIV-arrest af.¹ Het arrest waarin de Hoge Raad strafrechtelijke aansprakelijkheid voor een HIV-besmetting van de hand wees, mede op grond van volksgezondheidsbelangen. Volgens Buruma terecht. Hij overweegt dat het niet aan de overheid is om zich in persoonlijke relaties te begeven, ook niet wanneer zij haar burgers juist wil beschermen tegen pijn en verderf. Of wil troosten wanneer zij besmet zijn geraakt met de gevreesde ziekte. Het met HIV-besmette slachtoffer staat voor wat betreft het strafrecht dan ook met lege handen. Maar blijft hij ook daarbuiten verstoken van troost?

Dat is de vraag die ik mij stelde naar aanleiding van een concrete zaak waarover ik een advies moest schrijven, toen ik nog werkzaam was bij De Voort Advocaten & Mediators. Een zaak die ik graag met u als lezer wil delen, omdat daaruit de scriptie die nu voor u ligt, is voortgekomen. Hoewel het adviesverzoek zich toespitste op het beroepsgeheim van een arts en de mogelijkheden van doorbreking daarvan wanneer een (ex-)partner van zijn patiënt mogelijk besmet is geraakt met HIV, intrigeerde het onderliggende feitencomplex mij. De patiënt in kwestie had namelijk vaak wisselende, onveilige contacten met mannen, waarop de periode waarin hij nog getrouwd was met zijn vrouw geen uitzondering was. Daarnaast was vast komen te zijn dat hij ongeveer 3 jaar voor het einde van het huwelijk besmet was geraakt, terwijl hij ook in die laatste jaren nog regelmatig seksueel contact had met zijn vrouw. Door het risicovolle gedrag van de man had deze vrouw dus een aanzienlijk risico op een HIV-besmetting gelopen. Wat als zij besmet was geraakt? Zou zij dat dan maar moeten accepteren als 'bijeffect' van de liefde? Of zou zij zich voor genoegdoening kunnen wenden tot de civiele rechter?

Verrassend genoeg was daarover geen één uitspraak te vinden. Reden te meer dus om het te onderzoeken, besloot ik. En aldus geschiedde.

Tilburg, augustus 2012

¹ HR 20 februari 2007, NJ 2007, 313 (concl. A-G Bleichrodt; *HIV IV*; m.nt. Buruma).

Inhoudsopgave

Inleiding		7
Hoofdstuk 1	Soa's: symptomen, behandeling en besmettelijkheid	10
1.1	Inleiding	10
1.2	HIV	10
1.3	Chlamydia	12
1.4	Gonorrhoe	13
1.5	Hepatitis B	13
1.6	Syfilis	14
1.7	De verhoging van de overdrachtskans bij frequenter onveilig contact	15
Hoofdstuk 2	Publiekrechtelijke regelgeving inzake de bescherming tegen gezondheidsschade door soa's	17
2.1	Inleiding	17
2.2	Grondrechtelijke bescherming	18
2.3	Bescherming door de Wet Publieke Gezondheid	20
2.4	Bescherming door het strafrecht	21
2.4.1	Aansprakelijkheid op basis van (zware) mishandeling	22
2.4.2	Aansprakelijkheid op basis van zwaar lichamelijk letsel door schuld	25
2.4.3	Causaal verband en bewijsproblemen	27
2.4.4	(Inter)nationale opvattingen over aansprakelijkheid	27
2.5	Conclusie	31
Hoofdstuk 3	Civiele aansprakelijkheid	32
3.1	Inleiding	32
3.2	Onrechtmatigheid	32
3.2.1	Rechtsinbreuk	33
3.2.2	De betekenis van instemming met onveilig seksueel contact	39
3.2.3	Strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid	42
3.2.3.1	Onverantwoord (besmettings)risico	43
3.2.3.2	De vereiste voorzorgsmaatregelen bij onveilig seksueel contact	47

3.3	Toerekening	49
3.4	Relativiteit	50
3.5	Conclusie	50
Hoofdstuk 4	Schade en de omvang van de vergoedingsplicht	51
4.1	Inleiding	51
4.2	(Vergoedbare) schade	51
4.3	Causaal verband	54
4.4	De invloed van eigen schuld op de vergoedingsplicht	56
4.4.1	Eigen schuld en het uitgangspunt van eigen verantwoordelijkheid	56
4.4.2	De schadebeperkingsplicht van de (mogelijk) besmette sekspartner	58
4.5	Verjaring	60
4.6	Conclusie	60
Hoofdstuk 5	Conclusies en aanbevelingen	62
	Literatuurlijst	65
	Jurisprudentielijst	73
	Bijlage 1 Aantal diagnoses per soa naar geslacht en seksuele voorkeur	77

Inleiding

'Vrij veilig of vrij niet'.

Zo luidde de slogan van de eerste campagne van de Stichting SOA Aids Nederland in 1987.² Hoewel deze slogan inmiddels plaatsgemaakt heeft voor 'Seks zonder soa's. Daar doen we het voor', is de boodschap onveranderd gebleven.³ Dankzij deze, en tal van andere campagnes, kan niemand om het feit heen dat aan onveilig seksueel contact risico's voor de gezondheid verbonden zijn. Risico's die eenvoudig vermeden kunnen worden, en wel door condoomgebruik. Daarin heeft een ieder een eigen verantwoordelijkheid, conform het Nederlandse volksgezondheidsbeleid.⁴

Maar wat als men die verantwoordelijkheid niet neemt? Omdat men erop vertrouwt dat het risico op een soa-besmetting afwezig is? Of ervan uitgaat dat het risico zich toch niet zal verwezenlijken? En men besmet raakt? Vertaalt de zojuist besproken eigen verantwoordelijkheid zich dan ook naar een juridische eigen verantwoordelijkheid, in die zin dat er geen onrechtmatigheid kan worden aangenomen? Of kan deze verkeerde inschatting slechts aan de orde komen in het kader van eigen schuld?⁵

Hoewel ook het recht vereist dat burgers hun eigen belangen in het oog houden en hun verantwoordelijkheid nemen (*ius vigilantibus scriptum*; het recht is voor de waakzamen geschreven),⁶ houdt die verantwoordelijkheid op wanneer iemand tegen zijn eigen onvoorzichtigheid beschermd moet worden.⁷ Vooral daar waar de ander zich bewust is van het risico dat de ander neemt. Het lijdzaam toekijken kan hem dan wel eens duur komen te staan. Zoals wanneer het gaat om de aanschaf van financiële producten door een consument. Alhoewel ook op hem een eigen verantwoordelijkheid rust, om zich te verdiepen in het product en in de risico's die daaraan kleven,⁸ vangt hij niet snel bot wanneer hij toch onvoorzichtig gehandeld heeft. Het is namelijk de bank of de krediet- of effecteninstelling die hem tegen zichzelf had moeten beschermen.⁹ Zelfs als de consument in kwestie juist heel goed wist wat hij op het spel zette, maar toch voor de winst ging.¹⁰ Waar dat hem in het casino duur zou komen te staan, is het in het financiële verkeer de financiële instelling die bestraft kan worden als zij zich niet tot het uiterste heeft ingespannen om haar cliënt te waarschuwen. Terwijl ook de croupier kon voorzien dat het wel eens heel erg mis zou kunnen zijn.

² 'NOVA', VARA Nederland 3, 14 augustus 2007.

³ www.soaids.nl/veilig_vrijen/vrij_veilig_campagne.

⁴ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 4.

⁵ Art. 6:101 BW.

⁶ Van Schilfgaarde 2001, p. 25. Zie ook J.H. Nieuwenhuis 2001.

⁷ Algemene voorbeelden kunnen onder meer gevonden worden in: HR 29 april 2011, *RvdW* 2011, 563, (concl. P-G Lentsch-Kostense; *Van der Heijden/Dexia Bank Nederland*), HR 23 februari 2007, *NJ* 2008, 492 (concl. A-G Wuisman; *De Groot/Vivat Nostrorum Sanitas*; m.nt. Vranken), HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 63 (concl. A-G Wuisman), HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141 (concl. P-G Hartkamp; *Skeeler*; m.nt. Brunner), HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 (concl. A-G Mok; *Bussluis*; m.nt. Van der Brunner) en HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (concl. A-G Hartkamp; *Van Geest/Nederlof*).

⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, nr. 19, p. 321.

⁹ K.J.O. Jansen 2010, p. 623.

¹⁰ K.J.O. Jansen 2010, p. 633.

Hoewel de bijzondere zorgplicht van financiële instellingen de nodige stof heeft doen oplaaien, is deze verdedigbaar vanuit de maatschappelijke positie die de financiële instelling inneemt en diens expertise op dit gebied. Op dezelfde grond kan er ook in alledaagse situaties waarin er gevaar dreigt, een zorgplicht ontstaan.¹¹ En dat brengt mij op de persoon van de drager. Net als de bank is hij als geen ander op de hoogte van de risico's. Om in de casinosferen te blijven: hij weet dat zijn sekspartner zijn gezondheid op het spel zet. En, wanneer het om HIV gaat, terechtkomt in een Russisch roulette-spel. Terwijl de drager aan de andere kant in de positie is om zijn sekspartner te behoeden voor schade, door hem over het risico in te lichten dan wel te zorgen voor veilig seksueel contact. Waar ook nog eens bijkomt dat de sekspartner zich soms niet eens bewust is van zijn inzet, zoals binnen een monogame relatie waarin hij erop vertrouwt dat zijn partner niet vreemdgaat. Of erop vertrouwt dat de ander hem zal behoeden voor een dergelijk ernstig risico, gelijk de bank.

Moet de sekspartner hier altijd de 'waakzame' zijn? Of is hij de 'onvoorzichtige' die tegen zichzelf beschermd moet worden en geleden schade op de drager kan verhalen? Die vragen, die neerkomen op de vraag of er een bijzondere zorgplicht op de drager rust bij seksueel contact, bij schending waarvan hij aansprakelijk is voor de schade die zijn sekspartner hierdoor lijdt, staan centraal in dit onderzoek. De onderzoeksvraag die ik daarvoor hanteer is de volgende:

In hoeverre kan een drager van een soa op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk gehouden worden voor de schade die voortvloeit uit de (mogelijke) besmetting van zijn sekspartner door onveilig seksueel contact?

In het navolgende zal ik daarvoor eerst kort ingaan op de juridisch relevante medische aspecten van soa's, zoals de verschillende overdrachtskansen en de gezondheidsschade die door besmetting kan ontstaan.

In hoofdstuk 2 ga ik in op de publiekrechtelijke regelgeving die dit onderwerp raakt. Meer in het bijzonder zal ik daarbij onderzoeken of daarin aanknopingspunten gevonden kunnen worden voor bescherming van de sekspartner wanneer er een gezondheidsrisico dreigt. In dat kader zal ik allereerst aandacht besteden aan de rechten op gezondheid en lichamelijke en geestelijke integriteit, op grond waarvan burgers onder omstandigheden aanspraak kunnen maken op straf- of civielrechtelijke bescherming wanneer schade is ingetreden. Zoals ik zal beschrijven is het echter ook de drager die bescherming toe kan komen, wanneer zijn rechten op privacy en seksuele zelfbeschikking beperkt worden. In dat kader zal ik beschrijven waar de grenzen van een eventuele zorgplicht liggen. Na deze grondrechtelijke aspecten ga ik in op zowel de Wet Publieke Gezondheid als op het strafrecht, aan de hand waarvan ik zal beschrijven of de sekspartner hieraan bescherming kan ontfangen. Of anders gezegd: of hier een wettelijke zorgplicht voor de drager uit voortvloeit. Een relevante vraag, gezien het feit dat daarmee niet alleen de zorgplicht van de drager ingevuld zou zijn, maar ook de onrechtmatigheid gegeven zou zijn bij schending van deze (wettelijke) plicht. De eigen verantwoordelijkheid van de sekspartner zou dan in principe slechts nog aan de orde kunnen komen in het kader van eigen schuld, waarvan de invloed op de omvang van de schadeverdeling

¹¹ K.J.O. Jansen 2010, p. 632.

zeer beperkt zal zijn vanwege de vaststaande 'afkeurenswaardigheid' van de gedraging van de drager.¹² Ook zal ik in dit hoofdstuk ingaan op de bezwaren die in (inter)nationaal verband geuit zijn tegen een te uitgebreide strafrechtelijke aansprakelijkheid en of die ook in de weg kunnen staan aan civiele aansprakelijkheid.

Na dit bredere kader kom ik in hoofdstuk 3 toe aan de beantwoording van een deel van de onderzoeksvraag. In dit hoofdstuk zal ik beschrijven of de blootstelling aan een besmettingsrisico en/of de besmetting met een soa aangemerkt kan worden als een onrechtmatige gedraging en of deze kan worden toegerekend aan de drager. Aansluitend zal ik daarbij nog ingaan op het vereiste van relativiteit. De voor aansprakelijkheid vereiste aanwezigheid van schade en causaal verband, bespreek ik in hoofdstuk 4, welk hoofdstuk het sluitstuk op de beantwoording van de onderzoeksvraag vormt. In dit hoofdstuk zal ik ook terugkomen op de eigen verantwoordelijkheid in het kader van eigen schuld en eventuele obstakels bespreken die in de weg kunnen staan aan aansprakelijkheid, zoals alternatieve causaliteit en verjaring.

In hoofdstuk 5 sluit ik deze scriptie af met een korte samenvatting van de belangrijkste conclusies en enkele aanbevelingen.

¹² Bij de schadeverdeling wordt namelijk rekening gehouden met de uiteenlopende 'ernst' van de over en weer gemaakte fouten. Bij een strafbare gedraging aan de zijde van de laedens zal er niet snel aanleiding zijn om de schade deels voor rekening van de laedens te laten komen, in ieder geval niet wanneer sprake is van opzet. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-II*), nr. 121. Dat lijdt slechts uitzondering wanneer het slachtoffer die gedraging heeft uitgelokt: HR 31 maart 1995, *NJ* 1997, 592 (concl. A-G Koopmans; *Taams/Boudeling*; m.nt. Brunner).

Hoofdstuk 1 Soa's: symptomen, behandeling en besmettelijkheid

1.1 Inleiding

Soa's, ook wel geslachtsziekten genoemd, zijn infectieziekten die overgedragen kunnen worden door onveilig seksueel contact.¹³ Elk seksueel contact waarbij geen gebruik gemaakt wordt van een mannen- of vrouwencondoom of een beflapje bij oraal seksueel contact, geldt in dit kader als onveilig en kan resulteren in overdracht wanneer de sekspartner besmet is.¹⁴ De hoegrootheid van de kans daarop verschilt per soa. Daarnaast zijn er aanzienlijke verschillen in de mogelijke gezondheidsschade die kan ontstaan door besmetting. Zoals ik in de inleiding beschreef, vallen slechts die soa's die kunnen leiden tot ernstige gezondheidsschade binnen het onderzoeksbestek. In de eerste plaats is dat natuurlijk HIV, maar chlamydia, gonorrhoe, hepatitis B en syfilis kunnen resulteren in ernstige schade. Met name wanneer de soa's niet op tijd behandeld worden, waar de afwezigheid van klachten aan kan bijdragen. In de volgende paragrafen zal ik per soa ingaan op de gevolgen van besmetting en het behandelingsperspectief. Daarnaast zal ik ingaan op de onderscheidenlijke overdrachtskansen, die zoals ik nog zal beschrijven juridische relevantie hebben.¹⁵ Om dezelfde reden zal ik in paragraaf 7 beschrijven in welke de overdrachtskansen verhoogd worden bij frequenter onveilig seksueel contact, welke situatie aan de orde is wanneer sprake is van een relatie.

1.2 HIV

Overdracht met HIV kan plaatsvinden wanneer het sperma, sperma, voorvocht of vaginaal vocht van de geïnfecteerde partner in de bloedbaan van de ander terechtkomt doordat het virus door het slijmvlies van de vagina, anus of de binnenkant van de penis heengaat. De kans daarop is groter wanneer zich in dat gebied al scheurtjes of wondjes bevinden. Dit betekent dat elke vorm van ruw of stroef seksueel contact een groter risico op overdracht oplevert.¹⁶ Onveilig anaal seksueel contact is om die reden risicovoller, aangezien de kans op scheurtjes groter is. De kans op overdracht bij receptief anaal contact is dan ook 3 %, tegen 0,1 % bij insertief anaal of receptief of insertief vaginaal contact.¹⁷

Daarnaast zijn er verschillende factoren aanwijsbaar die de daadwerkelijke overdrachtskans naar boven of naar beneden kunnen invloeden.¹⁸ Zo is de kans op

¹³ Coelho/Deen, Jochems & Joosten 2006, p. 926. HIV, hepatitis B, en syfilis kunnen behalve door onveilig seksueel contact ook worden overgedragen door (rechtstreeks) bloed-bloed-contact en tijdens de zwangerschap van moeder op kind. Het kind kan daarnaast besmet raken bij de geboorte wanneer de moeder besmet is met HIV, hepatitis B, syfilis, chlamydia en gonorrhoe. Zie www.soa aids.nl/soa en www.rivm.nl/cib/themas/soa.

¹⁴ Usdin 2004, p. 77 en 79.

¹⁵ Zie voor de betekenis van de kans in het strafrecht de paragrafen 2.4.1 en 2.4.2 en paragraaf 3.2.3.1 voor wat betreft civiele aansprakelijkheid.

¹⁶ Van Bergen & Prins 2008. In dit artikel wordt een opsomming gegeven van alle thans bekende risicoverhogende en -verlagende omstandigheden.

¹⁷ Bertozzi e.a. 2006, p. 334.

¹⁸ Van Bergen & Prins 2008. Bij aanwezigheid van verschillende risicoverhogende omstandigheden kan het heteroseksuele transmissierisico oplopen tot 10% per keer. Bij onveilig anaal seksueel contact is dat zelfs 30%.

overdracht hoger als iemand al een soa heeft, omdat er dan vaak zweertjes en ontstekingen in het slijmvlies ontstaan zijn, waardoor het virus gemakkelijker kan binnendringen.¹⁹ Ook loopt men meer kans tijdens de menstruatieperiode. Van grote invloed is ten slotte nog de zogenaamde viral load (het aantal virusdeeltjes) van de HIV-geïnfecteerde. Net na besmetting is die het hoogst, waardoor de kans op overdracht hoger is. Door gebruik van HIV-remmers kan de viral load lager zijn en zelfs zodanig verlagen dat het virus niet meer detecteerbaar is in het bloed. De kans op overdracht is dan veel lager, maar blijft ook dan bestaan.²⁰ Aangezien mijn onderzoek slechts betrekking heeft op een theoretisch geval, laat ik dergelijke omstandigheden buiten beschouwing en ga ik slechts uit van de gemiddelde kansen van 0,1 % en 3 %.

HIV is een virus dat het immuunsysteem ernstig aantast, waardoor het vermogen van het lichaam om zichzelf te beschermen tegen virussen en infecties afneemt. Zodanig dat het lichaam vatbaar wordt voor opportunistische infecties, waardoor AIDS ontstaat.²¹ Naast de opportunistische infecties omvat AIDS nog een aantal andere symptomen, zoals Kaposi sarcoom en andere bijzondere vormen van kanker, neurologische aandoeningen, aanzienlijk gewichtsverlies en schimmelinfecties.²² AIDS is het laatste stadium van een HIV-besmetting. In dit stadium is het immuunsysteem zozeer verzwakt dat zelfs griep dodelijk kan zijn.²³

Tot het intreden van AIDS zijn er weinig tot geen symptomen,²⁴ op de griepachtige verschijnselen direct na het besmet raken met HIV na (vermoeidheid, koorts, gezwollen lymfeklieren, diarree, nachtelijk zweten).²⁵ Ook duurt het enige tijd voordat het virus detecteerbaar wordt in het bloed. Meestal is dat pas het geval na het verstrijken van zo'n 4 tot 6 weken, maar in zeldzame gevallen kan dat tot 6 maanden duren.²⁶ Een HIV-test wordt dan ook pas betrouwbaar geacht wanneer deze 3 maanden na de mogelijke besmetting plaatsvindt.²⁷

Tussen het besmet raken met HIV en het ontstaan van AIDS zit gemiddeld zo'n 8 tot 10 jaar. Het gebruik van HIV-remmers kan die periode aanzienlijk oprekken en soms blijvend AIDS voorkomen. Volledige genezing van HIV of AIDS is tot op heden echter niet mogelijk. De HIV-remmers dienen daarnaast levenslang geslikt te worden, op vaste momenten van de dag. De bijwerkingen daarvan op lange termijn kunnen zeer ernstig zijn. Zo kan er botontkalking ontstaan, een verandering in de vetverdeling optreden en wordt het risico op hart- en vaatziekten vergroot.²⁸ Ook kan er ook

¹⁹ Conolly 2003, p. 22.

²⁰ www.hivnet.org. In Zwitserland stelde de federale commissie voor HIV en AIDS zelfs dat de kans op overdracht in een vaste, stabiele relatie nagenoeg nihil is wanneer de HIV-remmers strikt volgens de voorschriften ingenomen worden, er geen sprake is van andere soa's en de hoeveelheid virusdeeltjes in het bloed al minstens een half jaar niet meer meetbaar is. Zie Blom & Hassink 2008.

²¹ Shiripinda 2008, p. 15; Usdin 2004, p. 71. Opportunistische infecties zijn infecties die niet vaak voorkomen bij mensen met een gezond immuunsysteem (denk aan tbc en longontsteking) maar zich juist openbaren bij mensen met een verzwakt immuunsysteem.

²² Conolly 2003, p. 8.

²³ Conolly 2003, p. 4.

²⁴ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/Hivinfectie.

²⁵ Conolly 2003, p. 8.

²⁶ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/Hivinfectie.

²⁷ www.soa aids.nl/hiv_aids/de_hivtest/wanneer en www.ggd.nl.

²⁸ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/Hivinfectie.

resistentie optreden, waardoor het middel geen vat meer op het virus heeft. Langdurig of onjuist gebruik van het middel kan het risico daarop vergroten.²⁹ Daarenboven heeft HIV ook aanzienlijke gevolgen voor de geestelijke gezondheid.³⁰

Wel kan het daadwerkelijk besmet raken met HIV voorkomen worden door direct na een mogelijke besmetting te starten met een preventieve behandeling, de zogenaamde PEP-behandeling. Tot uiterlijk 72 uur na het moment waarop iemand risico gelopen heeft, kan zo besmetting voorkomen worden.³¹

1.3 Chlamydia

Chlamydia is de meest voorkomende soa in Nederland. Chlamydia kan zowel door onveilig seksueel contact als door direct contact van de slijmvliezen van de geslachtsorganen worden overgedragen.³² De overdrachtskans wordt geschat op 28 % bij overdracht van vrouw naar man en op 45 % van man naar vrouw.³³

Bij 70-90 % van de vrouwen verloopt de infectie zonder symptomen. Slechts een klein deel heeft klachten als pijn of een branderig gevoel bij het plassen, veranderde afscheiding (qua geur, kleur of consistentie), bloedverlies tussen de menstruaties, pijn of bloedverlies bij seksueel contact en onderbuikklasten. Bij mannen verloopt de infectie in de helft van de gevallen zonder symptomen. Als er klachten zijn bestaan deze vooral uit een branderig gevoel bij het plassen, waterige tot pusachtige afscheiding en soms pijn in de balzak. Vanwege de vaak afwezige klachten is het lastig om een incubatieperiode aan te geven. Bij het optreden van klachten bedraagt deze evenwel 1 tot 3 weken. Ook daarna blijft men echter besmettelijk.³⁴

De gevolgen van de gezondheid door een chlamydia-infectie zijn bij tijdige behandeling beperkt. Vaak is er slechts sprake van tijdelijk ongemak. Dit ligt anders wanneer tijdige behandeling uitblijft. Bij zowel mannen als vrouwen kan een onbehandelde infectie resulteren in onvruchtbaarheid. Daarnaast kan bij vrouwen chronische onderbuikpijn, een buitenbaarmoederlijke zwangerschap en infecties van het kleine bekken, het buikvlies en de lever ontstaan.³⁵

²⁹ Usdin 2004, p. 84.

³⁰ Mensen met HIV krijgen veelvuldig te maken met stigmatisering en discriminatie. In dit verband wil ik wijzen op een tweetal onderzoeken waarin onderzocht werd hoe de Nederlandse bevolking tegenover HIV staat respectievelijk in welke mate HIV-geïnfekteerden te maken krijgen met negatieve reacties in het privé-, sociale en werklevens: De Heer & Van Diepen 2009 en Stutterheim, Bos & Schaalma 2008. Daarnaast ondervinden Hiv-geïnfekteerden beperkingen op reisgebied, doordat er nog altijd landen zijn die de toegang tot het land geheel of gedeeltelijk ontzeggen door aan het lange- of korte-termijnbezoek beperkingen te verbinden. Zie voor een overzicht van reisbeperkingen en -verboden: www.hivtravel.org. Dergelijke beperkingen zijn door het Europese Hof als discriminerend aangemerkt, zie EHRM 30 maart 2011, nr. 2700/10 (*Kiyutin/Rusland*).

³¹ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/Hivinfectie; www.ggd.nl.

³² www.soaids.nl/soa/meest_voorkomende_soa/chlamydia.

³³ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/Urogenitale_Chlamydia.

³⁴ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/Urogenitale_Chlamydia.

³⁵ www.soaids.nl/soa/meest_voorkomende_soa/chlamydia.

1.4 Gonorroe

Gonorroe kan net als chlamydia worden overgedragen door zowel onveilig seksueel contact als door direct slijmvliescontact van de geslachtsdelen. De overdrachtskans varieert van 77 % (van vrouw naar man) tot 80 % (van man naar vrouw).³⁶

Gonorroe verloopt bij vrouwen vaak zonder symptomen: 30-60 % van de vrouwen merkt nauwelijks iets van de besmetting. Als er al klachten optreden, gaat het meestal om een toegenomen hoeveelheid vaginale afscheiding, tussentijds bloedverlies en pijn en branderigheid bij het plassen. Mannen ervaren in 90 % van de wel klachten, zoals afscheiding of pus uit de penis en pijn bij het plassen.³⁷ De incubatieperiode is 1 tot 14 dagen. Ook hierna blijft men besmettelijk.³⁸

Een infectie is goed te behandelen met antibiotica. Blijft tijdige behandeling uit, dan kan dit bij de man leiden tot een ontsteking van de teelballen, bijballen en de prostaat. Ook kunnen er vernauwingen van de urinebuis ontstaan.³⁹ Bij vrouwen kan de infectie zich via de baarmoeder naar de eileiders verspreiden en leiden tot diverse infecties in het kleine bekken (PID). Op den duur kunnen er verklevingen ontstaan, die tot verminderde vruchtbaarheid en een buitenbaarmoederlijke zwangerschap kunnen leiden.⁴⁰ In zeldzame gevallen kunnen de gonokokken bij zowel mannen als vrouwen in de bloedbaan terecht komen en op andere plaatsen in het lichaam ontstekingen veroorzaken. Een ander zeldzaam maar ernstig gevolg dat gonorroe kan veroorzaken is een ontsteking van het leverkapsel.

1.5 Hepatitis B

De kans op overdracht van hepatitis B is net als bij HIV klein en wordt gemiddeld genomen geschat op 1 %. Hepatitis B is een infectie van de lever, veroorzaakt door het hepatitis B-virus.⁴¹ De omvang van de klachten is erg wisselend. In 60 % van de gevallen treden geen klachten op.⁴² In de andere gevallen treden klachten op als moeheid, 'griep', slechte eetlust, misselijkheid (soms met braken), buikklachten en soms koorts, gewrichtsklachten en/of huidafwijkingen. Deze klachten worden soms gevolgd door een periode van geelzucht: het geel zien van oogwit en huid, in combinatie met donkere urine en ontkleurde ontlasting.⁴³ In beide gevallen, zowel wanneer er klachten optreden als wanneer deze uitblijven, kan er op de lange termijn blijvende schade aan de lever ontstaan.⁴⁴ De incubatieperiode bedraagt doorgaans 2 tot 3 maanden,⁴⁵ waarna het lichaam het virus meestal binnen een half jaar de baas is. Daarmee houdt ook de besmettelijkheid op. Om die reden worden doorgaans geen geneesmiddelen voorgeschreven.

³⁶ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/gonorroe.

³⁷ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/gonorroe.

³⁸ Orde van Medisch Specialisten/Van Everdingen 2002, p. 764.

³⁹ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/gonorroe.

⁴⁰ Orde van Medisch Specialisten/Van Everdingen 2002, p. 764; www.soaaid.nl/soa/meest_voorkomende_soa/gonorroe.

⁴¹ Boukes e.a. 2009, p. 1379.

⁴² www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/HepatitisB.

⁴³ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/HepatitisB;
www.soaaid.nl/soa/meest_voorkomende_soa/hepatitis_b.

⁴⁴ www.soaaid.nl/soa/meest_voorkomende_soa/hepatitis_b.

⁴⁵ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/HepatitisB.

Geneesmiddelen worden wel voorgeschreven bij een chronische hepatitis B-infectie, waardoor de lever chronisch geïnfecteerd kan raken en er littekenweefsel in de lever kan ontstaan (levercirrose). Dat kan ernstige gevolgen hebben. Naast het minder goed functioneren van de lever, ontstaat een verhoogd risico op leverkanker.⁴⁶ Bij ongeveer 15-25 % van de mensen met een chronische hepatitis B-infectie ontstaat na 5 tot 25 jaar levercirrose en/of leverkanker.⁴⁷ De kans op het ontwikkelen van chronische hepatitis B is echter klein: slechts bij 5 % van het aantal hepatitis B-geïnfecteerden is dat het geval.⁴⁸ Net als bij HIV kan besmetting voorkomen worden na een gelopen besmettingsrisico en wel door toediening van antistoffen. Dat dient bij voorkeur zo mogelijk binnen 24 uur te gebeuren, maar kan tot maximaal 7 dagen na gelopen risico effect sorteren.⁴⁹

1.6 Syfilis

Bij syfilis wordt de kans op overdracht bij onveilig seksueel contact geschat op 30 %, ⁵⁰ maar de besmettelijkheid verdwijnt doorgaans binnen 1-2 jaar na het bereiken van het tweede stadium van syfilis.⁵¹ De incubatieperiode is 10 tot 90 dagen.⁵² Na besmetting kan men last krijgen van een pijnloze vergroting van de lymfeklieren in de lies of hals en een harde, pijnloze en zeer besmettelijke zweer (sjanker) of zweertjes op de penis of in de vagina, anus of mond (afhankelijk van door welke handeling men besmet is geraakt). Die kunnen gemakkelijk onopgemerkt blijven en verdwijnen daarnaast doorgaans na 1 tot 6 weken. Hierna breekt het tweede stadium aan, waarin men klachten kan krijgen als niet-jeukende, besmettelijke uitslag over het gehele lichaam, dikke, grijze of roze, vochtige wratachtige plekken in de huidplooiën van de genitaliën en anus, haaruitval, griepachtige verschijnselen en oogklachten met oogbolontsteking en zichtverlies, welke klachten weer verdwijnen na zo'n 4 tot 12 weken verdwijnen.⁵³ Op dat moment breekt het zogenaamde 'sluimerstadium' aan. Hoewel de ziekte dan nog aanwezig is, hoeft iemand daar niets van te merken.⁵⁴ Voor een aantal van de geïnfecteerden blijft het daarbij. 1 op de 3 mensen ontwikkelt echter binnen 2 tot 30 jaar na besmetting tertiaire syfilis (het derde stadium), soms zonder dat men daarvoor (duidelijke) klachten had.⁵⁵ De schade die hierdoor kan ontstaan wisselt, maar is ernstig. Zo kunnen zowel het hart, de aorta, het ruggenmerg, de hersenen en botten beschadigd raken, met alle gevolgen van dien.⁵⁶ Ook kan tertiaire syfilis persoonlijkheidsveranderingen, hersenvlies- of ruggenmergvliesontsteking, ruggenmergstoring (ontaardingsproces van de achterstrengen van het ruggenmerg) en een verwijding van de aorta tot gevolg hebben.⁵⁷

⁴⁶ www.soa aids.nl/soa/meest_voorkomende_soa/hepatitis_b.

⁴⁷ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/HepatitisB.

⁴⁸ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/HepatitisB;
www.soa aids.nl/soa/meest_voorkomende_soa/hepatitis_b.

⁴⁹ www.soa aids.nl/soa/meest_voorkomende_soa/hepatitis_b.

⁵⁰ www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/Syfilis.

⁵¹ Orde van Medisch Specialisten/Van Everdingen 2002, p. 766

⁵² www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/Syfilis.

⁵³ Orde van Medisch Specialisten/Van Everdingen 2002, p. 766; www.soa aids.nl/soa/meest_voorkomende_soa/syfilis.

⁵⁴ www.soa aids.nl/soa/meest_voorkomende_soa/syfilis.

⁵⁵ Orde van Medisch Specialisten/Van Everdingen 2002, p. 766; www.rivm.nl/cib/infectieziekten-A-Z/infectieziekten/Syfilis; www.soa aids.nl/soa/meest_voorkomende_soa/syfilis.

⁵⁶ www.soa aids.nl/soa/meest_voorkomende_soa/syfilis.

⁵⁷ Orde van Medisch Specialisten/Van Everdingen 2002, p. 766.

Syfilis kan goed behandeld worden met injecties met antibiotica, waarbij er in het eerste en tweede stadium meestal volledig herstel mogelijk is. In het derde stadium kan het opgelopen letsel van blijvende aard zijn.⁵⁸

1.7 De verhoging van de overdrachtskans bij frequenter onveilig contact

In de vorige paragrafen is steeds de gemiddelde overdrachtskans beschreven, waarbij uitgegaan werd van een eenmalig onveilig seksueel contact. Bij frequenter onveilig seksueel contact met een persoon die geïnfecteerd is met een soa, neemt deze kans natuurlijk toe. Van Asperen de Boer heeft daar in het kader van strafrechtelijke aansprakelijkheid terecht op gewezen.⁵⁹ Hoewel het ook dan steeds gaat om onafhankelijke kansen (en dus steeds om de gemiddelde overdrachtskans), neemt de kans op 'succes' uiteindelijk toe, welke kans berekend kan worden met een binomiale verdeling. Van Asperen de Boer heeft die kans in beeld gebracht voor wat betreft HIV, waarbij zij is uitgegaan van 1 op 300:⁶⁰

Aantal keren onveilig contact	Kans op overdracht
1	0,3 %
5	1,7 %
10	3,3 %
20	6,5 %
50	15,4 %
100	28,4 %
150	39,4 %
200	48,7 %

Hoewel de persoon die geïnfecteerd is met een soa niet op de hoogte zal zijn van deze onderscheidenlijke kansen, is hij natuurlijk wel bekend of althans, mag dat worden verondersteld, met de verhoging van de kans dat de ander iets oploopt bij frequenter onveilig seksueel contact. Het vaker nemen van de proef op de som vergroot immers de kans dat de sekspartner daadwerkelijk besmet raakt. Die hogere kans is voor wat betreft aansprakelijkheid niet zonder betekenis en zal op verschillende momenten in de volgende hoofdstukken terugkomen. Om die reden heb ik ook bij de andere soa's uitgerekend wat de daadwerkelijke kans op overdracht is bij frequenter onveilig seksueel contact, waarvan vaak sprake zal zijn binnen een relatie.

Bij chlamydia varieert de kans van 28 tot 45 %, afhankelijk van of de vrouw of de man besmet is. Bij een kans op overdracht van 28 % ontstaat het volgende beeld:

Aantal keren onveilig contact	Kans op overdracht
1	28 %

⁵⁸ Orde van Medisch Specialisten/Van Everdingen 2002, p. 766.

⁵⁹ Van Asperen de Boer 2007a en b.

⁶⁰ Van Asperen de Boer 2007a, p. 861.

5	80,7 %
10	96,3 %
20	99,9 %

Bij 24 keer is de kans op besmetting volgens de binomiale verdeling 100 %. Uitgaande van een kans op 45 % is dat al bij 13 keer het geval. Maar ook bij minder dan 13 keer neemt de kans aanzienlijk toe:

Aantal keren onveilig contact	Kans op overdracht
1	45 %
5	95 %
10	99,7 %

Bij gonorrhoe zijn de overdrachtskansen 77 respectievelijk 80 %. Bij een overdrachtskans van 77 % is er na 5 keer al sprake van een kans op besmetting van 99,9 %, bij 6 keer is dat 100 %. Uitgaande van de kans van 80 % is dat na 5 keer al 100 %.

Bij hepatitis B moet uitgegaan worden van een overdrachtskans van 1 %. Ook daar stijgt de kans op besmetting door frequentie:

Aantal keren onveilig contact	Kans op overdracht
1	1 %
5	4,9 %
10	9,6 %
20	18,2 %
50	39,5 %
100	63,4 %
150	77,9 %
200	86,6 %

Bij syfilis wordt de kans op overdracht geschat op 30 %. Hieronder wederom een overzicht van de kans op daadwerkelijke verwezenlijking bij frequentere onveilige contacten:

Aantal keren onveilig contact	Kans op overdracht
1	30 %
5	83,2 %
10	97,2 %
20	99,9 %

Na 22 keer is daar sprake van een kans op besmetting van 100 %.

Hoofdstuk 2 Bescherming tegen gezondheidsschade door soa's in het publiekrecht

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk ga ik in op de vraag of de sekspartner op basis van het recht bescherming toekomt wanneer er een risico op besmetting met een soa is. Begonnen zal worden met de vraag de sekspartner bescherming kan ontleen aan het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit.⁶¹ Daarbij neem ik art. 8 EVRM als uitgangspunt. Hoewel deze rechten in dezelfde omvang ook beschermd worden door de artt. 10 en 11 Gw, werkt art. 8 EVRM hier door als prevalerend recht op grond van de artt. 93 en 94 GW.⁶² Op grond van dit artikel is de overheid verplicht om zich in te spannen voor een goede gezondheid van haar burgers en hen te beschermen tegen gezondheidsschade.⁶³ Een beschermingsplicht die ook met zich mee kan brengen dat de overheid verplicht is om in te grijpen in horizontale verhoudingen, onder omstandigheden zelfs door strafbaarstelling.⁶⁴ In paragraaf 1 zal ik beschrijven of die plicht zich ook uitstrekt tot horizontale verhoudingen waarin gezondheidsschade door besmettelijke ziekten als soa's dreigt. Daarbij zal ik ook aandacht besteden aan de bescherming die de drager onder omstandigheden kan toekomen, en wel op basis van diens rechten op privacy en seksuele zelfbeschikking, welke van invloed zijn op zijn eventuele zorgplicht.⁶⁵

In de daaropvolgende paragrafen zal ik ingaan op zowel de Wet Publieke Gezondheid (§ 2.3) als op het strafrecht (§ 2.4), waarin opnieuw de vraag centraal staat of de sekspartner hieraan bescherming kan ontleen dan wel er een wettelijke zorgplicht voor de drager uit voortvloeit. Voor wat betreft het strafrecht zijn de HIV-arresten daarvoor bepalend.⁶⁶ Ook zal ik daarbij ingaan op de bezwaren die in (inter)nationaal verband geuit zijn tegen een te uitgebreide strafrechtelijke aansprakelijkheid. Die kunnen immers ook van betekenis zijn voor de invulling van de (contextgebonden) zorgplicht in het civiele recht. In paragraaf 6 sluit ik dit hoofdstuk af met een conclusie, waarin ik in zal gaan op de betekenis van hetgeen ik beschreven heb voor de civiele aansprakelijkheid.

⁶¹ Artt. 2, 3 en 8 EVRM, 17 IVBPR en 10 en 11 Gw. Ook het recht op gezondheid, een sociaal grondrecht dat neergelegd is in de artt. 22 Gw, 11 ESH, 12 IVESCR en 25 UVRM, legt bij de overheid een inspanningsverplichting op het gebied van gezondheid neer. Hoewel één van de belangrijkste inspanningsverplichtingen bestaat uit het waarborgen van toegang tot gezondheidszorg, gaat het om meer dan dat. Zie CESCR 2000, § 11. Het is dus niet juist om te spreken van een 'recht op gezondheidszorg' zoals sommige auteurs plegen te doen. Zie Nieuwenhuis & Hins 2010, p. 22. Zie over de inhoud van het recht op gezondheid ook Toebes 1999a en b. Voor wat betreft (de betrekkelijkheid) van het onderscheid tussen sociale en klassieke grondrechten zie Hendriks, Van de Gronden & Sluijs 2009, p. 20 e.v.; Thomassen 2008, p. 930-935 en Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 445 e.v.

⁶² Koekoek 2000, p. 156. Het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit wordt daarnaast ook beschermd door art. 17 IVBPR, welk artikel juridisch dezelfde status heeft als art. 8 EVRM. In de jurisprudentie wordt echter nagenoeg uitsluitend een beroep gedaan op art. 8 EVRM, vanwege de overeenkomstige inhoud en de doorwerking van de rechtspraak van het Europees Hof. Zie Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008, p. 15 e.v.

⁶³ Het gaat hier dus om een positieve verplichting. Zie voor het onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen Hendriks, Van de Gronden & Sluijs 2010.

⁶⁴ EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98 (*M.C./Bulgarije*).

⁶⁵ Ook hier zal ik slechts ingaan op art. 8 EVRM, door welk artikel beide rechten beschermd worden.

⁶⁶ HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552 (concl. A-G Jörg; *HIV I*; m.nt. Buruma), HR 24 juni 2003, *NJ* 2003, 555 (concl. A-G Vellinga; *HIV II*), HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154 (concl. A-G Vellinga; *HIV III*; m.nt. De Jong) en HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313 (concl. A-G Bleichrodt; *HIV IV*; m.nt. Buruma).

2.2

Grondrechtelijke bescherming⁶⁷

Op grond van art. 8 EVRM is de overheid verplicht om haar burgers te beschermen tegen gezondheidsschade, waaruit ook de verplichting om in te grijpen in horizontale verhoudingen kan voortvloeien,⁶⁸ zoals ten aanzien van kwetsbare personen zoals kinderen.⁶⁹ Maar ook wanneer sprake is van geweldsdaden en seksuele delicten die de lichamelijke, geestelijke of seksuele integriteit van individuen aantasten.⁷⁰ In die gevallen is de overheid gehouden tot het treffen van adequate maatregelen,⁷¹ waarbij de keuze voor de maatregelen in principe bij de overheid ligt. Zolang de maatregel geldt als adequaat, maakt het niet uit of de bescherming via het straf- of het civiele recht geboden wordt.⁷²

De verplichting tot bescherming tegen gezondheidsschade strekt zich ook uit naar besmettelijke ziekten. Op grond daarvan kan de overheid onder omstandigheden gehouden zijn tot vrijheidsontneming, wanneer derden niet op andere wijze tegen besmettingsgevaar beschermd kunnen worden.⁷³ Ook hier staat echter de eigen verantwoordelijkheid van de burger voor diens gezondheid voorop.⁷⁴ Voor wat betreft soa's geldt ingevolge het arrest Enhorn/Zweden dat betwijfeld moet worden of er bij soa's grond tot vrijheidsontneming kan zijn.⁷⁵ Maar ook in andere arresten heeft het Europese Hof de eigen verantwoordelijkheid bij het voorkomen van een HIV-besmetting vooropgesteld. Zo wees hij de claim van Mirosław Zielinski v. Polen af, die zich op het standpunt stelde dat Polen art. 3 EVRM geschonden had doordat hij zijn gevangeniscel moest delen met iemand die HIV-positief was. Het Hof overwoog daartoe:

*'because the applicant is an adult with full mental capacity, he could reasonably be expected to know about risky behaviour and modes of contracting transmissible diseases whether at liberty or in a prison environment.'*⁷⁶

⁶⁷ Dogmatisch heeft de term 'grondrechten' slechts betrekking op de rechten die zijn neergelegd in de Grondwet en spreekt men van 'mensenrechten' wanneer het gaat om de in internationale verdragen vastgelegde rechten. Zie over de betrekkelijkheid van dit onderscheid vanwege de artt. 93 en 94 Gw echter Alkema e.a. 1995, p. 9 e.v. In de literatuur wordt de term 'grondrechten' echter ook gebruikt voor zowel de nationale als de internationale fundamentele rechten, vgl. Nieuwenhuis & Hins 2009, waar ik me bij aansluit.

⁶⁸ EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98 (*M.C./Bulgarije*).

⁶⁹ EHRM 10 mei 2001, nr. 29392/95 (*Z. e.a./Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 23 september 1998, nr. 25599/94 (*A./Verenigd Koninkrijk*).

⁷⁰ Voor wat betreft geweld kan gewezen worden op EHRM 24 april 2012, nr. 57693 (*Kalucza/Hongarije*). Zie ook o.a.: EHRM 5 maart 2009, nr. 38478/05 (*Sandra Janković/Kroatië*) waar het gaat om de geestelijke integriteit, EHRM 10 oktober 2002, nr. 38719/97 (*D.P. en J.C./Verenigd Koninkrijk*), EHRM 25 maart 1993, nr. 13134/87 (*Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk*). Voor wat betreft seksuele delicten kan gewezen worden op ECRM 5 juli 1983, nr. 8978/80 (*X. en Y./Nederland*), EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98 (*M.C./Bulgarije*) en EHRM 12 juni 2008, nr. 71127/01 (*Bevacqua en S./Bulgarije*).

⁷¹ Hendriks, Van de Gronden & Sluijs 2010, p. 41.

⁷² ECRM 5 juli 1983, nr. 8978/80, § 85 (*X. en Y./Nederland*). Dit lijdt uitzondering wanneer het gaat om verkrachting, dan zijn staten verplicht tot de inzet van het strafrecht. Zie EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98 (*M.C./Hongarije*). Kritisch over de verplichting tot 'criminalisering' ingevolge positieve verplichtingen is Van Kempen (2008).

⁷³ EHRM 4 april 2000, nr. 26629/95, § 60 (*Witold Litwa/Polen*); Hendriks, Van de Gronden & Sluijs 2010, p. 24 en 25 waarin verwezen wordt naar EHRM 20 februari 2003, nr. 50272/99 (*Hutchison Reid/Verenigd Koninkrijk*).

⁷⁴ Hendriks, Van de Gronden & Sluis 2010. Zie ook Busstra 2008, p. 345-363 waarnaar verwezen wordt.

⁷⁵ EHRM 25 januari 2005, nr. 56529/00, § 55 (*Enhorn/Zweden*).

⁷⁶ EHRM 20 september 2011, nr. 3390/05, § 66 (*Mirosław Zielinski/Polen*).

Deze eigen verantwoordelijkheid en mogelijkheid om zichzelf te beschermen haalde het Europese Hof ook aan toen hij zich moest uitlaten over de toelaatbaarheid van het stellen van beperkingen op reis- en verblijfsvergunninggebied op grond van de HIV-status. Vanwege die eigen verantwoordelijkheid beantwoordt een beperking van HIV-geïnfekteerden op reis- of verblijfsvergunningengebied niet aan de daarvoor geldende eis van noodzakelijkheid.⁷⁷ De volksgezondheid kon namelijk ook beschermd worden door – de minder ingrijpende maatregel – van vervolging in geval er sprake was van een concrete dreiging door opzettelijke besmetting. Daar komt nog bij, aldus het Hof, dat het stellen van de genoemde beperking juist ook de volksgezondheid zou kunnen schaden, wanneer er een 'schijnveiligheid' gecreëerd zou kunnen worden waardoor burgers zich beschermd zouden wanen en minder geneigd zouden kunnen zijn om ook zelf verantwoordelijkheid te nemen op seksueel gebied. De beperking ontbeert aldus zowel proportionaliteit als subsidiariteit in relatie tot het doel.⁷⁸ Als het geclaimde doel gelegen had in de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, meer in het bijzonder de gezondheidsbelangen van derden, was dat niet anders geweest. Ook dan zou de bescherming gevonden kunnen worden in een minder zwaarwegende maatregel en wel door de genoemde mogelijkheid van vervolging bij opzettelijke besmetting.

De sekspartner kan aldus geen bescherming aan art. 8 EVRM ontleen, daar waar hij zichzelf kan beschermen tegen het risico op overdracht. Slechts wanneer die eigen verantwoordelijkheid ontbreekt door bijvoorbeeld opzettelijke besmetting kan hem bescherming toekomen, waarbij het echter aan de overheid is om te kiezen voor de invulling daarvan, zoals door het strafrecht dan wel het civiele recht. Wordt hem op generlei wijze bescherming geboden, daar waar hij zelf geen verantwoordelijkheid kon nemen, dan kan hij zich mijns inziens op een schending van de verplichtingen onder art. 8 EVRM beroepen. Of dat het geval kan zijn bij een monogame relatie, waarin de eigen verantwoordelijkheid feitelijk ontbreekt, hangt naar mijn mening af van of de in dat verband opgelopen besmetting gekwalificeerd kan worden als een opzettelijke besmetting.

Daarnaast kan de bescherming van de sekspartner nooit zo ver strekken dat daardoor de rechten van de drager in algemene zin beperkt worden. In het bijzonder kan daarbij ook gedacht worden aan diens rechten op privacy en seksuele zelfbeschikking, welke beiden beschermd worden door art. 8 EVRM.⁷⁹ Wanneer de drager in zijn algemeenheid verplicht zou worden om zijn status mede te delen aan zijn sekspartner, ongeacht of er sprake is van veilig of onveilig seksueel contact, zou dit een beperking van diens recht op privacy opleveren.⁸⁰ Datzelfde geldt wanneer de

⁷⁷ Die ligt besloten in het 'necessary in a democratic society' van art. 8 lid 2 BW. Naast het feit dat een beperking slechts gerechtvaardigd kan worden wanneer sprake is van één van de in dat artikel neergelegde doelen, dient ook daaraan altijd voldaan te worden, wil er sprake zijn van een legitieme beperking van één van de door art. 8 EVRM neergelegde rechten. Bij die noodzakelijkheid gaat het daarnaast niet alleen om een proportionaliteitseis, maar ook (impliciet) om subsidiariteit, zie EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z./Finland*).

⁷⁸ EHRM 30 maart 2011, nr. 2700/10, § 68 (*Kiyutin/Rusland*). Daarenboven kwam het Hof ook tot een schending van het in art. 13 EVRM neergelegde verbod van discriminatie.

⁷⁹ De rechten op privacy en seksuele zelfbeschikking worden daarnaast nog beschermd door de artt. 10 Gw en 17 IVBPR respectievelijk de artt. 10 en 11 Gw en 17 IVBPR.

⁸⁰ Ook wanneer deze algemene plicht uit rechtspraak zou voortvloeien, aangezien onder het 'law' van art. 8 lid 2 EVRM ook rechtspraak begrepen wordt. Zie Koekoek 2000, p. 162

drager ter bescherming van zijn sekspartner verplicht zou worden tot veilig seksueel contact, ongeacht van of hij zijn sekspartner heeft ingelicht over het risico.⁸¹ Hoewel het aan de verdragsstaten zelf is om een afweging te maken tussen positieve en negatieve onthoudingsverplichtingen zoals in dit geval, dient daartussen wel een billijk evenwicht te bestaan.⁸²

De beoordelingsvrijheid op dat punt is gering wanneer het gaat om een beperking van het recht op privacy of een beperking van het recht op seksuele zelfbeschikking. Beiden rechten vereisen namelijk de aanwezigheid van een dwingend algemeen belang,⁸³ naast de andere in art. 8 lid 2 EVRM neergelegde vereisten van een legitiem doel en noodzakelijkheid. Bij het recht op seksuele zelfbeschikking geldt daarnaast nog een verzwaarde proportionaliteitstoets, omdat het Europese Hof beperking slechts noodzakelijk acht bij '*particularly serious reasons*'.⁸⁴ Gezien de mogelijkheid van de sekspartner om zelf schade te voorkomen door seksuele contacten veilig aan te gaan en de mogelijkheid van strafbaarstelling van specifieke gevallen van opzettelijke besmetting,⁸⁵ doorstaat een algemene beperking van het recht op seksuele zelfbeschikking de toets der kritiek niet dan ook niet. Maar ook het recht op privacy kan niet in zijn algemeenheid beperkt worden, aangezien ook dan zowel de aanwezigheid van een dwingend algemeen belang als de vereiste proportionaliteit en subsidiariteit ontbreekt.

Geconcludeerd moet dan ook worden dat de verplichting om in te grijpen in horizontale verhoudingen zich niet uitstrekt tot de gevallen waarin schade dreigt door soa's, althans niet wanneer geen sprake is van opzettelijke besmetting. In dat laatste geval zijn er mijns inziens wel aanknopingspunten voor een beschermingsplicht, bij gebreke waarvan de sekspartner zich kan beroepen op een schending van de verplichtingen onder art. 8 EVRM door de overheid. In paragraaf 2.4 zal ik ingaan op de vraag of de sekspartner in Nederland beschermd wordt door het strafrecht, wanneer sprake is van een opzettelijke besmetting.

2.3 Bescherming door de Wet Publieke Gezondheid

In Nederland regelt de Wet Publieke Gezondheid welke maatregelen genomen kunnen worden om infectiegevaar voor derden te voorkomen. Dwangmaatregelen zoals in quarantaine plaatsen, opnemings in een ziekenhuis ter isolatie of de

⁸¹ Let wel: ik heb het hier slechts over algemene zorgplichten. Een concrete, op de omstandigheden van het geval toegesneden zorgplicht tot waarschuwen of veilig seksueel contact, levert geen beperking op.

⁸² EHRM 7 februari 2002, nr. 53176/99, § 58 (*Mikulić/Kroatië*). Zie op dit specifieke punt ook EHRM 26 mei 1994, nr. 16969/90 (*Keegan/Ierland*) en ECRM 6 april 1994, nr. 22920/93 (*M.B./Verenigd Koninkrijk*).

⁸³ EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93, § 97 (*Z./Finland*) respectievelijk EHRM 17 februari 2005, nr. 42758/98 en 45558/99, § 84 (*K.A. en A.D./België*). Dit laatste arrest houdt een koerswijziging in ten opzichte van het eerdere arresten EHRM 19 februari 1997, nr. 21627/93, 21826/93 en 21974/93 (*Laskey, Jaggard and Brown/Verenigd Koninkrijk*), waarin het eveneens ging om de legitimiteit van strafbaarstelling van sadomasochisme. Zie hierover Vandenhoele 2007, p. 1618, De Hert & Gutwirth 2005 en De Hert & Gutwirth 1998.

⁸⁴ EHRM 12 april 2012, nr. 43547/08, §59 (*Stubing/Duitsland*); EHRM 17 februari 2005, nr. 42758/98 en 45558/99, § 84 (*K.A. en A.D./België*). Zie hierover Vandenhoele 2007, p. 1618 en De Hert & Gutwirth 2005, p. 8.

⁸⁵ EHRM 30 maart 2011, nr. 2700/10 (*Kiyutin/Rusland*); EHRM 4 april 2000, nr. 26629/95 (*Witold Litwa/Polen*). Voor beide gevaren wordt specifiek gevreesd bij strafrechtelijke aansprakelijkheid voor besmetting of blootstelling aan een besmettingsrisico, zie hierna paragraaf 2.4.4.

oplegging van een beperking van de bedrijfs- en beroepsuitoefening kunnen echter maar bij een beperkt aantal ziektes worden toegepast. Het leidende beginsel is namelijk dat daarvoor slechts plaats is indien de infectieziekte ernstige schade kan toebrengen aan de volksgezondheid en het gevaar niet op andere wijze effectief kan worden afgewend. Soa's vallen om die reden niet binnen de werkingssfeer van de Wet Publieke Gezondheid.⁸⁶ Het gevaar van besmetting kan immers op eenvoudige en effectieve wijze voorkomen kan worden en wel door condoomgebruik.⁸⁷ De preventie van soa's ligt daarmee in principe in handen van de burger zelf, waarbij het volksgezondheidsbeleid slechts een faciliterende rol vervult, door het maken van gezonde seksuele keuzes te bevorderen door voorlichting en onderwijs over de eigen verantwoordelijkheid en mogelijkheden om jezelf te beschermen.⁸⁸ Wel wordt de drager, wanneer hij positief bevonden is, gewezen op het belang van het inlichten van zijn sekspartners en het voorkomen van overdracht door veilig seksueel contact.⁸⁹ Maar dat op zichzelf levert nog geen aanknopingspunt op voor een eenzijdige verantwoordelijkheid van de drager. De wetgever is ook dan uitgegaan van de mogelijkheid van de sekspartner zelf om zichzelf te beschermen.

2.4 Bescherming door het strafrecht

In deze paragraaf zal ik beschrijven of de belangen van de sekspartner beschermd worden door het strafrecht, door de strafbaarheid van blootstelling aan een besmettingsrisico en/of besmetting. Geen van beiden is echter specifiek strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht, waardoor het in het navolgende draait om de vraag of algemene delicten als (zware) mishandeling of zwaar lichamelijk letsel door schuld basis kunnen bieden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de drager.⁹⁰ Een vraag die ook relevant is voor de civiele aansprakelijkheid. Niet alleen zou met strafrechtelijke aansprakelijkheid de onrechtmatigheid vast staan wegens handelen in strijd met de wet, maar ook zou daarmee de mogelijkheid van vermindering van de schadevergoedingsplicht op grond van eigen schuld van de sekspartner aanzienlijk beperkt worden.⁹¹

Het plan van behandeling voor wat betreft de strafrechtelijke aansprakelijkheid is als volgt. In paragraaf 2.4.1 ga ik allereerst in op de mogelijkheid van aansprakelijkheid

⁸⁶ *Kamerstukken II*, 1996/97 25 336, nr. 3 p. 19; Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 4. Theoretisch valt hepatitis B wel binnen de werkingssfeer, zie onder meer de artt. 22, 24, 27 en 28 Wet PG. De praktische betekenis daarvan is echter nihil, aangezien slechts is vastgelegd dat de arts een meldplicht heeft bij hepatitis B (art. 25 Wet PG) en dwangmaatregelen niet kunnen worden toegepast, zie artt. 30 e.v. Wet PG. Wel biedt art. 38 Wet PG de mogelijkheid tot het opleggen van een beperking van de bedrijfs- en beroepsuitoefening, maar gezien het vereiste van een 'ernstig' verspreidingsgevaar zal daar vrijwel nooit grond zijn voor de oplegging daarvan. Bij de inachtneming van normale hygiënevoorschriften is immers geen sprake van een ernstig besmettingsrisico.

⁸⁷ *Kamerstukken II*, 1996/97 25 336, nr. 3 p. 19 en Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 4.
⁸⁸ www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/infectieziekten/infectieziekten-a-z/seksueel-overdraagbare-aandoeningen; www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/infectieziekten/preventie-en-bestrijding-infectieziekten; Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 4.

⁸⁹ De Feijter & Nuradini 2009.

⁹⁰ Ook bij overdracht van HIV kan slechts sprake zijn van zware mishandeling en niet van een (poging tot) doodslag, zie HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552 (*HIV I*).

⁹¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011 (6-II*), nr. 121. Wanneer er sprake is van een strafbare gedraging, zal er niet snel aanleiding zijn om de schade deels voor rekening van de sekspartner te laten komen, aangezien de 'ernst' van de over en weer gemaakte fouten een bepalende factor is in het kader van de billijkheidscorrectie.

op grond van het opzettelijk (zware) mishandeling.⁹² In de daaropvolgende paragraaf zal ik ingaan op de mogelijkheid van veroordeling wegens het schuld delict zwaar lichamenlijk letsel door schuld.⁹³ In paragraaf 2.4.3 zal ik vervolgens in gaan op het causaal verband, dat bij alternatieve causaliteit in de weg kan staan strafrechtelijke aansprakelijkheid. Ten besluite zal ik in de daaropvolgende paragraaf ingaan op hoe er tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid aangekeken wordt in (inter)nationaal verband, meer in het bijzonder de bezwaren die daartegen bestaan.

2.4.1 Aansprakelijkheid op basis van (zware) mishandeling

Tot op heden heeft de Hoge Raad zich slechts uitgelaten over de strafrechtelijke aansprakelijkheid ten aan aanzien van een (poging tot een) HIV-besmetting, waarbij zware mishandeling centraal stond.⁹⁴ In de zogenaamde HIV-arresten⁹⁵ lag het zwaartepunt steevast bij de voor voorwaardelijk opzet vereiste 'aanmerkelijkheid' van de kans. Daarvan is eerst sprake wanneer de naar algemene ervaringsregels als 'aanmerkelijk' kan worden aangemerkt, waarbij ook betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze verricht is. De ernst of de aard van de gevolgen staan daar echter los van.⁹⁶

In de arresten HIV III en HIV IV overwoog de Hoge Raad dat de kans op overdracht van HIV bij een eenmalig onveilig seksueel contact te klein is om als aanmerkelijk te kunnen gelden,⁹⁷ wat slechts bij aanwezigheid van 'bijzondere, risicoverhogende, omstandigheden' anders zou kunnen zijn.⁹⁸ Wat daaronder verstaan moet worden, is niet duidelijk. In ieder geval valt frequent onveilig seksueel contact, waardoor de kans op overdracht feitelijk hoger is, daar niet onder. De Hoge Raad ziet dit slechts als een 'verhoging van het risico'.⁹⁹ Aan dat oordeel liggen rechtspolitieke overwegingen ten grondslag. De Hoge Raad overwoog namelijk dat er terughoudendheid betracht moest worden bij het aanmerken van de overdrachtskans als aanmerkelijk, op grond van volksgezondheidsbelangen.¹⁰⁰ In dat kader werd een brief van toenmalig Minister van Justitie Donner aangehaald, die zich naar aanleiding van HIV III¹⁰¹ had uitgelaten over de aanvullende strafbaarstelling van het blootstellen van iemand aan de kans op overdracht met HIV.¹⁰²

⁹² Artt. 300 en 302 Sr.

⁹³ Art. 308 Sr.

⁹⁴ In de eerste HIV-arresten was poging tot doodslag ten laste gelegd. De Hoge Raad overwoog echter dat een HIV-besmetting geen poging tot doodslag kan opleveren, vanwege het feit dat het intreden van AIDS en daarmee de dood door de incubatietijd en de remmende werking van medicijnen niet vanzelfsprekend is. Zware mishandeling is derhalve het toepasselijke delict. Zie HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552 (concl. A-G Jörg; *HIV I*; m.nt. Buruma) en HR 24 juni 2003, *NJ* 2003, 555 (concl. A-G Vellinga; *HIV II*).

⁹⁵ HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552 (concl. A-G Jörg; *HIV I*; m.nt. Buruma), HR 24 juni 2003, *NJ* 2003, 555 (concl. A-G Vellinga; *HIV II*), HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154 (concl. A-G Vellinga; *HIV III*; m.nt. De Jong) en HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313 (concl. A-G Bleichrodt; *HIV IV*; m.nt. Buruma).

⁹⁶ HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313 (concl. A-G Bleichrodt; *HIV IV*; m.nt. Buruma).

⁹⁷ HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552, r.o. 3.6 (concl. A-G Jörg; *HIV I*; m.nt. Buruma).

⁹⁸ HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154, r.o. 3.6 (concl. A-G Vellinga; *HIV III*; m.nt. De Jong); HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313, r.o. 4.4 (concl. A-G Bleichrodt; *HIV IV*; m.nt. Buruma).

⁹⁹ HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154, r.o. 3.6 (concl. A-G Vellinga; *HIV III*; m.nt. De Jong).

¹⁰⁰ HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313, r.o. 4.4 (concl. A-G Bleichrodt; *HIV IV*; m.nt. Buruma).

¹⁰¹ HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313, r.o. 4.4 (concl. A-G Bleichrodt; *HIV IV*; m.nt. Buruma).

¹⁰² HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154, r.o. 3.6 (concl. A-G Vellinga; *HIV III*; m.nt. De Jong).

¹⁰² *Kamerstukken II* 2004/05, 29800, nr. 157.

Een verrassende overweging, aangezien Donner in de genoemde brief namelijk juist uitgaat van strafrechtelijke aansprakelijkheid in geval er besmetting gevolgd is, en zich slechts negatief uitspreekt ten aanzien van aanvullende strafbaarstelling voor het blootstellen aan een besmettingskans.¹⁰³ Aan de andere kant levert het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid bij besmetting op grond van zware mishandeling bij een besmetting, natuurlijk wel op dat ook blootstelling strafbaar wordt via een poging tot zware mishandeling.

Maar ook dan blijft overeind dat de belangenafweging die Donner gemaakt heeft in zijn brief, juist toegespitst is op het geval waarin er geen besmetting gevolgd is. Hij stelt slechts dat de belangen van het slachtoffer in dat geval niet opwegen tegen de mogelijke schade die aan de volksgezondheid kan worden toegebracht. Mijns inziens zou die afweging dan ook anders uitpakken in de situatie waarin het slachtoffer wel besmet is geraakt, aangezien zijn belangen dan ernstig aangetast zijn. Mijns inziens had de Hoge Raad de strafrechtelijke aansprakelijkheid dan ook niet enkel op grond van deze brief mogen afwijzen. Hoewel ik me kan vinden in het feit dat de kans op overdracht van HIV – of hepatitis B – op zichzelf te klein is om als aanmerkelijk te gelden, had de Hoge Raad hier moeten komen tot een bewezenverklaring van het voorwaardelijk opzet vanwege de feitelijk hogere overdrachtskans door frequent onveilig seksueel contact.¹⁰⁴

Desalniettemin staat op basis van dit arrest vast dat het bij HIV (of hepatitis B; vanwege de even kleine kans) nooit tot een bewezenverklaring van opzet kan komen. Dat roept de vraag op wat dit betekent voor de situaties waarin iemand (mogelijk) besmet is geraakt met een andere soa dan HIV of hepatitis B. Allereerst kan het daarbij in het kader van opzet slechts gaan om eenvoudige mishandeling in plaats van zware mishandeling, bij opzet bewezen moet worden dat het opzet ook op gevolg gericht was,¹⁰⁵ terwijl eventuele ernstige en onherstelbare gevolgen door een besmetting met één van de andere soa's nooit op voorhand vaststaan. In de meerderheid van de gevallen is namelijk slechts sprake van tijdelijke klachten, die weggenomen kunnen worden met een antibioticakuur. De ernst van de daadwerkelijk veroorzaakte schade kan eventueel wel worden meegenomen worden bij de bepaling van de strafomvang.¹⁰⁶ Het voorgaande heeft tot gevolg dat de blootstelling aan besmetting met één van de andere soa's in ieder geval niet tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden, omdat poging tot mishandeling niet strafbaar is.¹⁰⁷

Voor wat betreft de aanmerkelijkheid van de kans geldt dat de overdrachtskansen bij de andere soa's veel hoger zijn dan bij HIV of hepatitis B en variëren van 28 % tot 80 %. Het behoeft weinig betoog dat aansprakelijkheid dan niet kan worden afgewezen op grond van het ontbreken van een aanmerkelijke kans, zelfs niet wanneer het zou gaan om de laagste kans van 28 %. Dat betekent dat dan nog slechts bewezen zou moeten worden dat de drager deze kans ook welbewust 'aanvaard' heeft, om tot bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet te komen. Ten aanzien van HIV overwoog de Hoge Raad dat het enkele aangaan van onveilig seksueel contact niet

¹⁰³ *Kamerstukken II* 2004/05, 29800, nr. 157, p. 4.

¹⁰⁴ Zie ook paragraaf 1.7; Van Asperen de Boer 2007a en b.

¹⁰⁵ Art. 300 Sr.

¹⁰⁶ Zwaar lichamelijk letsel wordt op basis van art. 300 lid 2 Sr aangemerkt als strafverzwarende omstandigheid.

¹⁰⁷ Art. 300 lid 4 Sr.

voldoende is voor het bewijs van aanvaarding.¹⁰⁸ Ook bij aanvaarding speelt de grootte van de kans echter een rol, in die zin dat het hierin beslotende wilsaspect in samenhang met de kans vastgesteld wordt. De Hullu wijst er in dit kader op dat niet de inschatting van de verdachte over het zich al dan niet verwezenlijken van de kans allesbepalend is, maar ook betekenis toekomt aan of er objectief een aanmerkelijke kans aanwezig was waarmee hij rekening had moeten houden.¹⁰⁹ Bij overdrachtskansen van 28 tot 80 % lijkt mij ook het bewijs van aanvaarding dan ook niet zo'n problemen geven, waardoor aldus voorwaardelijk opzet bewezen kan worden.

De ruimte om alsnog te komen tot een afwijzing van aansprakelijkheid bij andere soa's dan HIV of hepatitis B is hierdoor dan ook beperkt. Hoewel de door de Hoge Raad geuite bezwaren tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid ingevolge de volksgezondheid zich vermoedelijk ook uit zullen strekken naar andere soa's, dient ook hij zich te houden aan het beoordelingsschema van art. 350. Wanneer de ten laste gelegde gedraging bewezen kan worden en matcht met de toepasselijke delictsomschrijving,¹¹⁰ zou slechts de wederrechtelijkheid grond kunnen vormen om alsnog te komen tot een afwijzing van aansprakelijkheid. Aangezien de wederrechtelijkheid onderdeel uitmaakt van de delictsomschrijving bij *mishandeling*, zou dit een vrijspraak betekenen.¹¹¹ Of de rechtspolitieke opvattingen mogen worden meegenomen in het kader van de wederrechtelijkheid, is echter een tweede. In de gevallen waarin geoordeeld werd dat de (materiële) wederrechtelijkheid ontbrak, ging het namelijk steeds om een op de verdachte toegesneden aanwezig geachte rechtvaardiging die gevonden werd in een hoger (en maatschappelijk breed gedeeld) belang.¹¹² De schending van de strafwet door de verdachte werd dan aanvaardbaar geacht, omdat daarmee juist een hoger doel gediend werd. Van het door de verdachte dienen van een hoger doel is hier echter geen sprake. Het 'hogere' doel, de volksgezondheid, is niet een doel dat hijzelf dient door schending van de strafwet. Sterker nog: betoogd kan worden dat hij dat doel juist schaadt, door het aantal besmettingen met in ieder geval 1 uit te breiden. Het 'hogere' doel wordt hier slechts gediend door het niet aannemen van strafbaarheid in zijn algemeenheid. Het alsnog afwijzen van aansprakelijkheid op grond van volksgezondheidsbelangen zou aldus een aanzienlijke oprekking van het ongeschreven beginsel van 'het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid' opleveren, doordat de rechtvaardiging dan gezocht zou worden in gronden die niets van doen hebben met de persoon van de dader.

Buiten deze ongeschreven rechtvaardigingsgrond is in de jurisprudentie ook op andere gronden wel aanvaard dat de wederrechtelijkheid kwam te ontbreken op basis van 'maatschappelijke' opvattingen. Dan bood echter de delictsomschrijving zelf ruimte daarvoor¹¹³ of betrof het een sport- en spelsituatie, waarin het ontbreken van de wederrechtelijkheid gezocht werd in het slachtoffer en wat hij of zij te

¹⁰⁸ HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552 (concl. A-G Jörg; *HIV I*; m.nt. Buruma).

¹⁰⁹ De Hullu 2009, p. 232.

¹¹⁰ Koopmans 2007, p. 55.

¹¹¹ HR 5 juli 2011, *NJ* 2011, 466 (concl. A-G Silvis; m.nt. Keijzer).

¹¹² HR 2 februari 2011, *NJ* 2011, 108, r.o. 11 en 12 (concl. A-G Jörg; *Leerplichtwet*). A-G Jörg geeft hierin een overzicht van recente zaken waarin een beroep gedaan werd op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid en de voorwaarden waaraan een succesvol beroep moet voldoen.

¹¹³ HR 28 november 1978, *NJ* 1979, 93 (concl. A-G R Emmelink; *Deep Throat*; m.nt. Van Veen). Zie hierover Noyon/Langemeijer/R Emmelink 2012, aant. 8 bij wederrechtelijkheid.

verwachten had dan wel waar hij of zij (stilzwijgend) mee ingestemd heeft.¹¹⁴ Van dat laatste kan ieder geval geen sprake zijn wanneer de sekspartner een monogame relatie heeft met de drager. Daarbuiten, bij losse contacten waarbij men rekening heeft te houden met een algemeen risico, kan dat anders liggen. Hoewel er ook dan civielrechtelijk een verplichting op de drager rust om zijn sekspartner in te lichten over zijn status bij onveilig seksueel contact, en er om die reden nooit van instemming – ook niet strafrechtelijk – gesproken kan worden,¹¹⁵ zou in strafrechtelijk verband wellicht geoordeeld kunnen worden tot niet-wederrechtelijkheid tegen de achtergrond van de eerder genoemde rechtspolitieke overwegingen en het feit dat het om een algemeen, ook het slachtoffer bekend risico gaat. Dat zou echter tot gevolg hebben dat het besmetten van iemand binnen een monogame relatie wel als wederrechtelijk zou gelden en daarbuiten niet. Terwijl de gedraging dezelfde is.

Daar komt nog bij dat het zoals ik eerder beschreef de vraag is hoe tegen de door de Hoge Raad aangehaalde rechtspolitieke opvattingen moet worden aangekeken. Donner zegt daarin immers niets over strafrechtelijke aansprakelijkheid bij andere soa's, terwijl hij aan de andere kant uitgaat van strafrechtelijke aansprakelijkheid wanneer daadwerkelijk besmetting is gevolgd. Hoewel hij geen heil zag in een specifieke strafbaarstelling van poging tot besmetting met HIV en hieruit wellicht een afwijzing tegen strafbaarstelling van poging tot besmetting afgeleid zou kunnen worden, speelt dat niet bij andere soa's. Poging tot mishandeling is zoals gezegd namelijk niet strafbaar.

Ten besluite wil ik nog opmerken in dit kader dat het eigenlijk ook niet aan de strafrechter is om rechtspolitieke keuzes te maken die een afweging vergen van de belangen van dader, slachtoffer en volksgezondheid. Die afweging dient voorbehouden te blijven aan de wetgever.¹¹⁶ Op van al het voorgaande ben ik dan ook van mening dat de besmetting met een andere soa dan HIV of hepatitis B resulteert in strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van eenvoudige mishandeling, waaraan slechts nog de te bespreken bewijsproblemen met betrekking tot het causaal verband in de weg kunnen staan. Het is vervolgens aan de wetgever om, als hij aansprakelijkheid ongewenst acht, in actie te komen.

2.4.2 *Aansprakelijkheid op basis van zwaar lichamelijk letsel door schuld*

Zwaar lichamelijk letsel door schuld is de culpoze pendant van zware mishandeling.¹¹⁷ Dit delict vereist de aanwezigheid van 'zwaar' lichamelijk letsel, zodat dit artikel slechts grond tot vervolging kan bieden wanneer het gaat om een HIV-besmetting.¹¹⁸ Daarnaast brengt het feit dat het hier om een schulddelict gaat,

¹¹⁴ HR 31 oktober 2006, *NJ* 2007, 79 (concl. A-G Machielse; *Minerva*; m.nt. Keijzer). In deze uitspraak ging het om zwaar lichamelijk letsel door schuld, doch de overwegingen zijn ook interessant voor de wederrechtelijkheid bij mishandeling in sport- en spelachtige situaties. Zie de noot van Keijzer.

¹¹⁵ Zie paragraaf 3.2.2.

¹¹⁶ Zie ook HR 4 december 2007, *RvdW* 2008, 32, r.o. 23 (concl. A-G Wortel), waarin A-G Wortel de Hoge Raad om dezelfde reden oproept om afstand te doen van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid als ongeschreven rechtvaardigingsgrond.

¹¹⁷ Art. 308 Sr.

¹¹⁸ Tenzij het letsel ten gevolge van een andere soa ook als 'zwaar lichamelijk letsel' gekwalificeerd kan worden.

met zich mee dat strafrechtelijke aansprakelijkheid slechts kan volgen wanneer de sekspartner daadwerkelijk besmet is geraakt. De in art. 45 Sr neergelegde poging vereist namelijk opzet.¹¹⁹ Vraag is of het eerder aangehaalde HIV-arrest ook hier aan strafrechtelijke aansprakelijkheid in de weg staat, zowel op het punt van het niet aanmerkelijk genoeg zijn van de kans op overdracht als in het kader van de rechtspolitieke overwegingen.¹²⁰

Het bestanddeel schuld vereist dat vast komt te staan dat aan de zijde van verdachte sprake is van *'een min of meer grove of aanmerkelijke schuld'*, wat *'aanmerkelijk verwijtbare onvoorzichtigheid'* vereist.¹²¹ Dat betekent dat bewezen dient te worden dat de verdachte zowel anders moest handelen (de zogenaamde vermijdbaarheid) als anders kon handelen (de zogenaamde verwijtbaarheid). Bij de vermijdbaarheid, de objectieve kant van schuld, komt het aan op de vraag of de verdachte, gezien zijn zorgplicht in de concrete situatie, het niet gewenste gevolg of gedrag had kunnen en behoren te voorzien en derhalve had moeten vermijden. Waarbij geschreven of ongeschreven (zorgvuldigheids)normen bepalen of het gevolg ongewenst is en vermeden had dienen te worden. Is daarvan sprake, dan is doorgaans daarmee ook de verwijtbaarheid gegeven: het anders moeten handelen veronderstelt dat daartoe een mogelijkheid was.¹²²

Of een bepaald risico op schade vermeden had dienen te worden, of met andere woorden: ongeoorloofd was, hangt anders dan bij opzet mede af van de rechtsbelangen die daarmee op het spel gezet zijn. Zijn die van zwaarder gewicht, zoals wanneer gevreesd moet worden voor iemands leven, dan is het risico eerder ongeoorloofd.¹²³ Hoewel de schade ten gevolge van een HIV-besmetting voor zich spreekt, is de kans daarop welbeschouwd klein. Te klein om te kunnen spreken van een ongeoorloofd risico mijns inziens, vooral ook gezien HIV IV en het feit dat hier gaat om een normatief oordeel, waarbij er dus juist ruimte is om een afweging te maken tussen de verschillende belangen.¹²⁴ Bij frequenter onveilig seksueel contact ligt dat mijns inziens anders. Maar gezien het feit dat de Hoge Raad die omstandigheid slechts als een *'zekere verhoging'* van de kans op overdracht aanmerkte en niet als een *'bijzondere, risicoverhogende omstandigheid'* aanmerkte, kan betoogd worden dat ook dan geen sprake is van een ongeoorloofd risico, althans niet in de optiek van de Hoge Raad, vermoedelijk mede op grond van de volksgezondheidsbelangen.

Op grond van de vorige paragrafen moet aldus geconcludeerd worden dat de blootstelling aan een besmettingsrisico nimmer strafrechtelijke aansprakelijkheid kan opleveren, ongeacht om welke soa het gaat. Daarnaast is strafrechtelijke aansprakelijkheid uitgesloten wanneer het gaat om een besmetting met HIV of hepatitis B, vanwege het feit dat de kans op overdracht te klein is om een aanmerkelijke kans of een ongeoorloofd risico in het leven te roepen. Hoewel dit mijns inziens anders ligt bij een feitelijk hogere overdrachtskans door frequenter contact, is de Hoge Raad ook in die situatie gekomen tot een afwijzing van

¹¹⁹ Cleiren & Verpalen 2012 (*T&C Sr*), art. 45 Sr.

¹²⁰ HR 20 februari 2007, *NJ 2007*, 313 (*HIV IV*).

¹²¹ De Hullu 2009, p. 255.

¹²² De Hullu 2009, p. 255.

¹²³ De Hullu 2009, p. 255.

¹²⁴ HR 20 februari 2007, *NJ 2007*, 313 (*HIV IV*).

aansprakelijkheid. Dat betekent dat alleen een besmetting met een andere soa dan HIV of hepatitis B zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid, en wel op grond van mishandeling. Alhoewel ook dan afgewacht moet worden hoe de overwegingen omtrent de volksgezondheidsbelangen hierin meegenomen worden. Om die reden zou het gewenst zijn als de wetgever zich zou uitspreken over de (on)wenselijkheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid bij besmetting, aangezien hij zich tot nog toe slechts heeft uitgelaten over (specifieke) strafbaarstelling van blootstelling aan een besmettingsrisico. Dat zou voorkomen dat een besmetting met chlamydia door een eenmalig onveilig seksueel contact wel strafbaar zou zijn en een besmetting met HIV niet, ongeacht van of die kans door frequentie inmiddels opgelopen is tot bijna 50 %.¹²⁵ Of, wanneer ook bij besmetting met een andere soa gekomen wordt tot een afwijzing van aansprakelijkheid, dat de rechter zich in allerlei bochten moet wringen en daarnaast keuzes gaat maken die aan de wetgever voorbehouden zijn.

2.4.3 *Causaal verband en bewijsproblemen*

Los van de in de vorige paragrafen geschetste punten die mogelijk aan strafrechtelijke aansprakelijkheid in de weg staan, kan ook het causale verband voor problemen zorgen, getuige de Groninger HIV-zaak.¹²⁶ Hoewel die zaak zeldzaam is in zijn soort en het aantal alternatieve scenario's doorgaans veel beperkter zal zijn, kunnen dergelijke bewijsproblemen zich voordoen in alle gevallen waarin er sprake is van alternatieve causaliteit. Wil er strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen ontstaan, dan dient bewezen te worden dat een alternatieve wijze van besmetting 'hoogst onwaarschijnlijk' is.¹²⁷ De overweging dat de kans dat deze alternatieve toedracht het gevolg veroorzaakt heeft aanzienlijk geringer is dan de bewezenverklaarde toedracht is daartoe niet voldoende.¹²⁸ De kans daarop moet dusdanig klein zijn dat daaraan als 'hoogst onwaarschijnlijke' mogelijkheid van besmetting voorbij gegaan kan worden.¹²⁹ Wanneer iemand meerdere onveilige seksuele contact heeft gehad in een kort tijdsbestek,¹³⁰ waarbij komt vast te staan dat ook de anderen met wie hij seksueel contact had besmet waren met dezelfde soa, kan dit dan ook in de weg staan aan aansprakelijkheid. Vooral gezien het feit dat de kansen dan nagenoeg gelijk zijn.

2.4.4 *(Inter)nationale opvattingen over aansprakelijkheid*

De overdracht en/of blootstelling van in ieder geval HIV is in veel landen strafbaar gesteld. Voor Europa geldt dat de blootstelling en/of overdracht van HIV in 36 van de

¹²⁵ Zie paragraaf 1.7.

¹²⁶ HR 27 maart 2012, LJV BT 6362 (concl. A-G Silvis; *Groninger HIV*). Zie ook: Rb. Zwolle-Lelystad 3 april 2012, LJV BW0706, waarin het ging om chlamydia.

¹²⁷ HR 27 maart 2012, LJV BT6362, r.o. 2.4.3 (concl. A-G Silvis; *Groninger HIV*).

¹²⁸ Het ging hier om (bewezenverklaarde) injecties met HIV-besmet bloed, waarbij de kans op overdracht zeer hoog is, waarbij er ook onveilig seksueel contact had plaatsgevonden. Het feit dat de kans op overdracht door onveilig seksueel contact veel kleiner was, leverde echter niet op dat deze alternatieve wijze van overdracht gold als 'hoogst onwaarschijnlijk'.

¹²⁹ HR 27 maart 2012, LJV BT6362, r.o. 2.5.2 (concl. A-G Silvis; *Groninger HIV*).

¹³⁰ Als er langere tijd tussen zit, kan de mogelijkheid van een alternatieve wijze van besmetting (door een ander) wel uitgesloten worden. Zie HR 27 maart 2012, LJV BT6362 (concl. A-G Silvis; *Groninger HIV*), Hof Leeuwarden 22 januari 2010, NJFS 2010, 112 (*Groninger HIV*) en Rb. Groningen 12 november 2008, LJV BG4170 (*Groninger HIV*) voor de overwegingen van de virologen.

45 landen strafbaar gesteld is.¹³¹ In de Verenigde Staten is dat in 36 van de 50 staten het geval.¹³² Soms wordt veroordeeld op basis van algemene delicten als poging tot doodslag of zware mishandeling, waar er elders veroordeeld wordt op basis van specifieke delicten. Daarbij kan de blootstelling aan overdracht strafbaar zijn, waar er elders sprake moet zijn van besmetting. Vervolgens zijn er weer verschillen in wat de gedraging precies strafbaar maakt: het enkele verzwijgen van de status of het 'opzettelijk' besmetten. De meeste delictsomschrijvingen gaan daarnaast uit van HIV, maar er zijn er ook die algemener geformuleerd zijn en de overdracht en/of de blootstelling aan alle soa's strafbaar stellen. Het commentaar vanuit de diverse belangenorganisaties die zich bezighouden met HIV is echter minder divers: allen pleiten voor een halt aan de 'criminalisatie' van HIV. De belangrijkste punten van bezwaar zijn dat de oorspronkelijke doelstelling achter de strafbaarstellingen, namelijk het beschermen van personen tegen de overdracht van HIV en daarmee de volksgezondheid, niet bereikt wordt met strafbaarstelling. Sterker nog: zij stellen allemaal dat de strafbaarstelling een tegengesteld effect heeft en juist schade toebrengt aan de volksgezondheid.

De bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht heeft in 2004 een opsomming gegeven van de nadelige effecten die strafbaarstelling van de (kans op) overdracht van HIV door onveilig seksueel contact zou kunnen hebben. Grofweg kunnen de daarin beschreven nadelen samengevat worden in drie 'hoofdeffecten': het niet meer laten testen, het vergroten van de drempel om open te zijn over de status en het verleggen van de verantwoordelijkheid c.q. het creëren van een schijnwerkelijkheid.

Het is eerste mogelijke effect van criminalisering is dat mensen die nog niet getest zijn en een verhoogde kans op een infectieziekte hebben, zich minder snel zullen laten testen. Het op de hoogte zijn van de status is immers een voorwaarde voor aansprakelijkheid. Dit druist in tegen het huidige 'actieve testbeleid', waarin mensen die risico gelopen hebben, aangemoedigd worden om zich te testen. Een beleid dat geacht wordt om het instrument te zijn in de strijd tegen het terugbrengen van het aantal soa's:

*'Naar schatting voorkomt elke vroeg opgespoorde en behandelde hiv-infectie tien tot twintig nieuwe infecties op de lange duur.'*¹³³

Een argument voor deze stelling is dat men, wanneer men zich vroeg laat testen, behandeld wordt.¹³⁴ Voor een aantal soa geldt dat succesvolle behandeling het besmettingsgevaar wegneemt. Bij HIV geldt dat het aantal virusdeeltjes bij behandeling afneemt en daarmee de overdrachtskans.¹³⁵ Daarnaast komt men door het testen in een hulpverleningstraject, waarbij ook voorlichting en steun gegeven wordt ten aanzien van de inrichting van het seksuele leven.¹³⁶ Een ander argument is dat kennis van de eigen status juist resulteert in een grotere bereidheid om veilig seksueel contact te hebben dan voorheen.¹³⁷ Elders in het rapport wordt echter

¹³¹ www.gnpplus.net; www.aidsmap.com/Prosecutions-for-HIV-exposure-and-transmission-on-the-rise-throughout-Europe. Zie ook Van der Wilt 2005a en b.

¹³² Carlson, Faria & Hanssens 2011, p. 202.

¹³³ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 16.

¹³⁴ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 17.

¹³⁵ Zie paragraaf 1.2.

¹³⁶ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 18

¹³⁷ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 16

gesteld dat HIV-positieven net zo veel of even weinig verantwoordelijkheid nemen als mensen die niet met HIV besmet zijn of niet op de hoogte zijn van hun status.¹³⁸

Ten tweede zouden mensen die wel op de hoogte zijn van hun status, minder genegen zijn om deze te delen met derden, sekspartners en hulpverleners.¹³⁹ Voor sekspartners geldt dat de drager minder genegen zal zijn om deze, als het contact onverhoopt onveilig heeft plaatsgevonden heeft, te informeren over het gelopen risico opdat deze zich onder behandeling kan stellen en daadwerkelijke besmetting nog tegengegaan kan worden (zoals bij HIV door PEP en bij hepatitis B door injectie).¹⁴⁰ Ook zullen zij de HIV status bij een beginnende relatie pas veel later mededelen.¹⁴¹ Dit terwijl openheid, niet in de laatste plaats omdat zo een daadwerkelijke besmetting met HIV of hepatitis B nog voorkomen kan worden, belangrijk is.¹⁴² Wat hiermee samenhangt is dat HIV al omgeven is met stigma's en discriminatie, die door criminalisering nog eens vergroot worden. Niet in de laatste plaats door media-aandacht. Een open maatschappelijk klimaat en een zo goed mogelijke bescherming van de burgerrechten worden essentieel geacht voor een effectieve infectieziektenbestrijding.¹⁴³

Een derde en laatste punt is dat de gezamenlijke verantwoordelijkheid verschuift naar een eenzijdige verantwoordelijkheid van de drager van de soa. Mensen zonder HIV zullen er daardoor misschien ten onrechte van uitgaan dat de sekspartner, indien deze drager is, zijn verantwoordelijkheid zal nemen vanwege de strafrechtelijke dreiging.¹⁴⁴ Dat vergroot juist weer de kans op nieuwe infecties,¹⁴⁵ zeker gezien het feit dat veel mensen niet op de hoogte zijn van hun status door een asymptomatisch verloop of de afwezigheid van duidelijke symptomen.¹⁴⁶

Soortgelijke argumenten kunnen ook gevonden worden in het beleidsstuk van UNAIDS.¹⁴⁷ Waar de Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht de inzet van het strafrecht in zijn algemeenheid ongewenst acht ten aanzien van onveilig seksueel contact,¹⁴⁸ is UNAIDS wat genuanceerder. Hoewel ook UNAIDS tegen de inzet van het strafrecht is stelt zij het volgende:

*'The criminal law may appropriately be applied to those who intentionally or recklessly transmit HIV or expose others to a significant risk of infection, as in these cases the person is aware that their conduct risks harming another.'*¹⁴⁹

Desalniettemin ziet UNAIDS de inzet daarvan als ultimum remedium: alleen daar waar het volksgezondheidsbeleid niet slaagt in preventie.¹⁵⁰ De bescherming van de volksgezondheid prevaleert aldus op een algemene bescherming van de sekspartner.

¹³⁸ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 18.

¹³⁹ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 16 en 18.

¹⁴⁰ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 16.

¹⁴¹ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 18.

¹⁴² Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 16.

¹⁴³ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 17.

¹⁴⁴ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 16.

¹⁴⁵ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 16.

¹⁴⁶ Zie paragraaf 1.2.

¹⁴⁷ Elliot 2002.

¹⁴⁸ Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004, p. 22

¹⁴⁹ Elliot 2002, p. 40.

¹⁵⁰ Elliot 2002, p. 39.

Ten aanzien van al te dwingende volksgezondheidsmaatregelen stelt UNAIDS het volgende:

*'Coercive public health measures drive away the people most in need of such services and fail to achieve their public health goals of prevention through behavioural change, care and health support.'*¹⁵¹

Het standpunt van UNAIDS is sindsdien nog strikter geworden, in die zin dat zij erkent dat de inzet van het strafrecht in gevallen van moedwillige besmetting theoretisch gerechtvaardigd kan worden vanuit de bestraffingsgedachte, maar dat een dergelijke maatregel ineffectief is als strategie in de HIV-preventie.¹⁵² Daarnaast heeft zij landen dringend opgeroepen om de inzet van het strafrecht te beperken tot gevallen waarin sprake is van moedwillige besmetting.¹⁵³ Overigens moet hierbij opgemerkt worden dat in alle genoemde onderzoeken vastgesteld wordt dat of dergelijke effecten zich daadwerkelijk voordoen ten gevolge van strafrechtelijke aansprakelijkheid een punt van (nader) onderzoek vormen.

Los van hoe de opvattingen van Donner op dit punt geïnterpreteerd moeten worden,¹⁵⁴ zijn de HIV-arresten¹⁵⁵ aldus in overeenstemming met de opvattingen van UNAIDS en de Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht. De mogelijkheid van een veroordeling op basis van een schuld delict dan wel – waar het de andere soa's betreft – op basis van mishandeling is echter thans niet uitgesloten. Tenzij er sprake zou zijn van een moedwillige besmetting, zou een dergelijke veroordeling onwenselijk zijn en indruisen tegen het voorgaande. Een rechter kan echter niet overgaan tot het eisen dat 'oogmerk' of 'voorbodachten raden' bewezen wordt waar 'opzet' ten laste gelegd is. Dat betekent dat het aangaan van onveilig seksueel contact door iemand die weet van zijn status heeft, nog binnen het bereik van het strafrecht valt.

Hoewel een rechter strafrechtelijke aansprakelijkheid zou kunnen omzeilen op grond van hetgeen ik beschreef in de vorige paragraaf, is het eigenlijk de wetgever die hier van zich moet laten horen. Met het specifiek strafbaar stellen van het moedwillig besmetten, door bijvoorbeeld 'oogmerk' op te nemen in de delictsomschrijving, zou de deur naar een veroordeling op basis van meer algemene delicten daarmee definitief gesloten worden. Hoewel dat feitelijk neerkomt op 'symboolwetgeving', doordat het enkele aangaan van onveilig seksueel contact in de wetenschap dat men besmet is niet voldoende is voor een bewezenverklaring van oogmerk,¹⁵⁶ zou daarmee voorkomen kunnen worden dat de strafrechter zich in allerlei bochten moet wringen om aansprakelijkheid van de hand te wijzen.

¹⁵¹ Elliot 2002, p. 17.

¹⁵² UNAIDS/UNDP 2007, p. 22.

¹⁵³ UNAIDS/UNDP 2008, p. 1.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 2004/05, 29800, nr. 157.

¹⁵⁵ HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552 (concl. A-G Jörg; *HIV I*; m.nt. Buruma), HR 24 juni 2003, *NJ* 2003, 555 (concl. A-G Vellinga; *HIV II*), HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154 (concl. A-G Vellinga; *HIV III*; m.nt. De Jong) en HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313 (concl. A-G Bleichrodt; *HIV IV*; m.nt. Buruma).

¹⁵⁶ Aangezien dat enkele aangaan al niet voldoende oplevert om te komen tot een bewezenverklaring van de voorwaardelijk opzet vereiste 'aanvaarding' van een aanmerkelijke kans. Zie HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552 (concl. A-G Jörg; *HIV I*; m.nt. Buruma).

2.5

Conclusie

Op basis van dit hoofdstuk staat vast dat de sekspartner grondrechtelijk of wettelijk geen algemene bescherming toekomt. Zowel bij art. 8 EVRM als in het kader van de Wet Publieke Gezondheid staat zijn eigen verantwoordelijkheid voorop. Het strafrecht kan hem slechts beschermen wanneer er sprake was van opzet of, wanneer het gaat om HIV, schuld aan de zijde van de drager. Thans moet echter betwijfeld worden of strafrechtelijke aansprakelijkheid mogelijk is, gezien de rechtspolitieke overwegingen van de Hoge Raad in het laatste HIV-arrest. Die kunnen ook aan een veroordeling wegens mishandeling dan wel zwaar lichamelijk letsel door schuld in de weg staan, waarvoor de rechter zich bij de andere soa's wel in bochten zal moeten wringen, gezien de hogere overdrachtskans. Is er ook nog sprake van alternatieve causaliteit, dan kan helemaal betwijfeld worden of strafrechtelijke aansprakelijkheid mogelijk is. Dit betekent dat de onrechtmatigheid niet gebaseerd kan worden op handelen in strijd met een wettelijke plicht, waardoor een zelfstandige beoordeling van onrechtmatigheid zal moeten plaatsvinden aan de hand van de categorieën rechtsinbreuk en handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Daarop ga ik in het volgende hoofdstuk in. Op het punt van alternatieve causaliteit in het civiele recht kom ik terug in paragraaf 4.3.

Hoofdstuk 3 Civiele aansprakelijkheid

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk beschrijf ik of de drager van een soa civielrechtelijk aansprakelijk gehouden kan worden voor de schade die zijn sekspartner lijdt door besmetting of blootstelling aan een besmettingsrisico, waarvoor art. 6:162 BW het beoordelingskader vormt. Hoewel het recht op seksuele zelfbeschikking¹⁵⁷ vereist dat er sprake is van wilsovereenstemming met betrekking tot het (onveilige) seksuele contact, kan daardoor geen overeenkomst ontstaan omdat de gerichtheid op rechtsgevolg ontbreekt.¹⁵⁸ Seksueel contact is en blijft een feitelijke handeling, die geen juridische relatie tussen drager en sekspartner kan doen ontstaan.¹⁵⁹ Art. 6:74 BW kan daarom niet als grondslag voor vergoeding van schade dienen.

In art. 6:162 BW liggen vier eisen voor aansprakelijkheid besloten: onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, schade en causaal verband. Een vijfde eis ligt besloten in art. 6:163 BW: het vereiste van relativiteit tussen de normschending en de schade zoals die door de benadeelde is geleden. In de navolgende paragrafen zal ik ingaan op zowel de onrechtmatigheid, de toerekenbaarheid als de relativiteit. Aangezien schade en causaal verband geregeld zijn in afdeling 6.1.10 BW,¹⁶⁰ zal ik die vereisten in het volgende hoofdstuk bespreken dat over schadevergoeding gaat. In de navolgende zal ik dan ook slechts ingaan op de onrechtmatigheid (§ 3.2), de toerekenbaarheid (§ 3.3) en de relativiteit (§ 3.4), waarna ik in paragraaf 5 dit hoofdstuk afsluit met een conclusie.

3.2 Onrechtmatigheid

Het zwaartepunt van de beoordeling van onrechtmatigheid ligt in de navolgende paragrafen bij de onrechtmatigheidscategorieën rechtsinbreuk en de maatschappelijke zorgvuldigheid. Van handelen in strijd met een wettelijke plicht kan namelijk – getuige het vorige hoofdstuk – geen sprake zijn. Hoewel er theoretisch strafrechtelijke aansprakelijkheid aangenomen zou kunnen worden bij besmetting met andere soa's dan HIV of hepatitis B, of bij HIV of hepatitis B wanneer er sprake is van frequent onveilig seksueel contact, is die praktisch niet aanvaard. Daarnaast kent ook het Burgerlijk Wetboek geen (wettelijke) plichten in dit verband. Ook de 'getrouwheid' van art. 1:81 BW behelst slechts een ideële verplichting voor gehuwden en geregistreerd partners,¹⁶¹ waarvan de schending niet kan resulteren in aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW. Het recht op seksuele zelfbeschikking, dat beschermd wordt door de artt. 10 en 11 Gw, 17 IVBPR en 8 EVRM, verzet zich daartegen.¹⁶²

¹⁵⁷ Artt. 10 en 11 Gw, 8 EVRM en 17 IVBPR.

¹⁵⁸ Artt. 6:213 jo. 217 jo. 3:33 BW.

¹⁵⁹ Het rechtsgevolg van instemming is slechts dat de onrechtmatigheid wordt weggenomen, die zonder instemming zou bestaan door de inbreuk op de seksuele respectievelijk lichamelijke integriteit. Daarom wordt instemming gekwalificeerd als een eenzijdige rechtshandeling. Zie Bloembergen 1971, p. 7 e.v.

¹⁶⁰ Asser/Hartkamp

¹⁶¹ Van Mourik & Nuytinck 2009, p. 80.

¹⁶² Rb Arnhem 15 april 2009, *NJ* 2009, 392. In deze zaak had de man een vordering uit onrechtmatige daad ingesteld tegen zijn vrouw, waarbij de 'getrouwheid' van art. 1:88 BW als grondslag voor onrechtmatigheid gold. De vrouw had overspel gepleegd, waaruit een zoon was voortgekomen. De man stelde daardoor immateriële schade te hebben geleden, waarvoor hij vergoeding vorderde. De Rechtbank wees de vordering af, overwegende dat er ingevolge het recht op seksuele zelfbeschikking geen (rechtens

Bij rechtsinbreuk gaat het om de inbreuk op een subjectief recht van een ander. Hoewel een precieze definitie van het begrip 'subjectief recht' ontbreekt, vallen persoonlijkheidsrechten als het recht op lichamelijke en het recht op geestelijke integriteit daar in ieder geval onder.¹⁶³ Hoewel de aantasting van die rechten natuurlijk het meest in het oog springt bij besmetting, kan het recht op geestelijke integriteit evengoed aangetast worden door de enkele blootstelling en wel wanneer de sekspartner in angst komt te verkeren over het al dan niet besmet zijn. Uiteraard doet die situatie zich alleen voor wanneer de sekspartner erachter komt dat hij risico gelopen heeft. Want *'wie zijn leed niet kent, lijdt niet.'*¹⁶⁴ Maar ook als hij er wel achter komt, zal de aantasting van zijn geestelijke integriteit niet altijd even ernstig zijn. Het maakt immers veel verschil of gevreesd moet worden voor een besmetting met een met antibiotica behandelbare soa of voor een HIV-besmetting. Daarnaast kan bij de andere soa's meteen altijd meteen getest worden, waar dat bij HIV af hangt van het aanbreken van de windowfase.¹⁶⁵

Daar kan nog aan toegevoegd worden dat ook het recht op seksuele zelfbeschikking, welk recht evengoed een subjectief (persoonlijkheids)recht is, aangetast kan worden. En wel wanneer kennis over de status van de drager en daarmee over de risico's verbonden aan onveilig seksueel contact ontbreekt, waardoor er niet gesproken kan worden van een 'informed' consent en daarmee niet van zelfbeschikking.¹⁶⁶ Ook dan dient er echter sprake te zijn van schade, wil er aansprakelijkheid kunnen ontstaan. Dat betekent dat de sekspartner ofwel besmet dient te zijn geraakt, dan wel schade dient te lijden door blootstelling, waardoor er altijd ook een – meer in het oog springende – aantasting van de lichamelijke en/of geestelijke integriteit is. Om die reden zal ik in het navolgende dan ook slechts op de aantastingen van die rechten ingaan, waarbij ik wil opmerken dat ook de aantasting op de seksuele integriteit door verzwijging zowel in de opvatting van Sieburg als in de opvatting van K.J.O. Jansen een rechtsinbreuk zou opleveren.¹⁶⁷

Met de aantasting van de lichamelijke en/of geestelijke integriteit staat echter nog niet vast dat er sprake is van een 'rechtsinbreuk' en daarmee van onrechtmatigheid. Wil er sprake zijn van een 'rechtsinbreuk', dan dient de aantasting in een bepaald verband te staan met de gedraging. Welk verband daartussen dient te bestaan, levert al sinds jaar en dag stof tot discussie op. Aangezien de verschillende

afdwingbare) plicht tot seksueel contact binnen het huwelijk aangenomen kan worden, zoals er evenmin een verbod tot seksueel contact buiten het huwelijk aangenomen kan worden.

¹⁶³ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-IV*), nr. 46.2 voor een overzicht van literatuur met betrekking tot het begrip 'subjectief' recht. Algemeen aanvaard is dat daaronder in ieder geval persoonlijkheidsrechten en absolute vermogensrechten onder vallen. Zie ook Blok 2002, p. 12 e.v.

¹⁶⁴ *'(...)en kent geen smart'*. Levine & Stolker 1996, p. 888.

¹⁶⁵ Zie hoofdstuk 1. Het virus wordt pas in de windowfase detecteerbaar, waardoor het enige maanden duurt voordat men betrouwbaar kan testen.

¹⁶⁶ Zie hierna paragraaf 3.2.2.

¹⁶⁷ Bij de andere, nog te bespreken vereisten voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW zal ik om dezelfde reden niet ingaan op het recht op seksuele zelfbeschikking. Wat ik in deze en de volgende paragrafen opmerk ten aanzien van de rechtsinbreuk door aantasting van de lichamelijke en/of geestelijke integriteit, geldt ook voor de aantasting van de seksuele zelfbeschikking. De relativiteit is daarop geen uitzondering, aangezien het bij seksuele zelfbeschikking per definitie gaat om het maken van keuzes waarin de (geestelijke of lichamelijke) gezondheid een rol speelt.

opvattingen over de uitleg van wanneer er sprake is van een inbreuk van invloed zijn op de beoordeling van of de aantasting ook gekwalificeerd kan worden als inbreuk, ga ik hierna eerst in op deze discussie. De kern daarvan ligt in de betekenis die men men toedicht aan de rechtsinbreuk als zelfstandige grond van onrechtmatigheid.¹⁶⁸

Ook na de codificatie van de zorgvuldigheidsnorm als grond voor onrechtmatigheid in HR Lindenbaum/Cohen,¹⁶⁹ bleef men rechtsinbreuk ruim uitleggen. Vooral de aanwezigheid van schade werd bepalend geacht; naar de schadeveroorzakende gedraging zelf werd pas in tweede instantie gekeken. Om die reden was er bij letsel- en zaakschade al snel sprake van een rechtsinbreuk.¹⁷⁰ Om te voorkomen dat het enkele feit van (letsel- of zaaks)schade al tot onrechtmatigheid zou leiden, werd gevreesd voor een te vergaande aansprakelijkheid waardoor de behoefte ontstond om het criterium in te perken.¹⁷¹

Hoewel er ook bij de 'objectieve' vaststelling van een rechtsinbreuk nog subjectieve factoren aanwijsbaar zijn die van invloed zijn op het aansprakelijkheidsoordeel, werd die beperking voornamelijk gezocht in een meer subjectieve invulling van het inbreukcriterium.¹⁷² Smits betoogde om die reden dat een rechtsinbreuk eerst onrechtmatig is, indien er ook gehandeld is in strijd met een zorgvuldigheidsnorm. Hoewel de zelfstandige betekenis van de rechtsinbreuk daarmee geheel lijkt te verdwijnen, stelt hij dat het subjectieve recht en de beschermwaardigheid van de belangen die daarachter ligt, als factor kan meegenomen worden in het oordeel met betrekking tot de onrechtmatigheid.¹⁷³ Met K.J.O. Jansen ben ik het eens dat die aanvullende toetsing aan de zorgvuldigheid miskent dat er bij subjectieve rechten sprake is van een door de wetgever als fundamenteel aangemerkt belang. Hij geeft daarbij het voorbeeld van een messteek. In de opvatting van Smits zou het slachtoffer dan nog moeten aantonen dat de messteek ook een handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid oplevert, waarvan de stelplicht en bewijslast op hem zouden rusten.¹⁷⁴ Terwijl hij bij rechtsinbreuk zou kunnen volstaan met het stellen van (en zo nodig bewijzen) van de aantasting van zijn lichamelijke integriteit.¹⁷⁵ Deze benadering wordt ook afgewezen door Sieburgh. Sieburgh stelt dat een subjectief recht in de benadering van Smits niet meer of minder is dan een norm die wordt meegenomen in de zorgvuldigheidstoets, waarbij uiteindelijk ook de overige omstandigheden van het geval bepalen of er in strijd met de zorgvuldigheid

¹⁶⁸ Zie voor een goed en vrijwel uitputtend literatuur- en jurisprudentieoverzicht van de verschillende benaderingen van het begrip rechtsinbreuk en diens voor- en tegenstanders: K.J.O. Jansen 2012 (Groene Serie Onrechtmatige daad), art. 6:162 lid 2 BW, aant. 3 en 62 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-IV*), nr. 46.2 e.v. In 2007 zijn nog een tweetal artikelen verschenen waaruit blijkt dat de discussie nog altijd actueel is. Zie K.J.O. Jansen 2007 en Van der Wiel 2007. De Hoge Raad lijkt wel kleur bekend te hebben, ten faveure van Sieburgh en Hartkamp. Zie hierover Van der Wiel 2007 en HR 12 maart 2004, *RvdW* 2004, 46 (*XS4ALL/Ab.Fab*) en HR 14 oktober 2005, *NJ* 2007, 270 (*Unocal/Conoco*).

¹⁶⁹ HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 (Lindenbaum/Cohen).

¹⁷⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-IV*), nr. 47.

¹⁷¹ Sieburgh 1997, p. 631.

¹⁷² K.J.O. Jansen 2012, p. 352 en 355. Zie ook C.H.M. Jansen 2009, p. 29. Jansen (2012, p. 383) stelt dat de 'informatie context' waaronder hij zowel de wetenschap van mogelijke schade bij de dader, diens eventuele mededelingsplicht en de eventuele eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer bij uitstek bij de toerekening aan de orde kan komen.

¹⁷³ Smits 1940, p. 375 welke overwegingen ook door K.J.O. Jansen (2012, p. 354) aangehaald worden.

¹⁷⁴ K.J.O. Jansen 2012, p. 355.

¹⁷⁵ K.J.O. Jansen 2012, p. 351. De voor toerekening vereiste 'schuld' van de dader zou daarbij zeer waarschijnlijk aangenomen worden, waardoor de bewijslast van het ontbreken daarvan bij de dader komt te liggen. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-IV*), nr. 107.

gehandeld is.¹⁷⁶ Dat holt deze subjectieve rechten uit, terwijl deze juist strekken tot bescherming van bepaalde belangen en de sterkere bewijspositie die een slachtoffer daaraan terecht mag ontleen.¹⁷⁷

Anderen zoeken de beperking van het criterium in weer in de wijze waarop inbreuk gemaakt: opzettelijk, rechtstreeks of direct. Zo stelt Scholten zich op het standpunt dat alleen een 'gewilde' aantasting zou kunnen resulteren in onrechtmatigheid op grond van rechtsinbreuk, waar dat bij een 'niet gewilde' aantasting af zou hangen van de maatschappelijke betamelijkheid van die handeling.¹⁷⁸ De gedachte daarbij is dat wanneer gevolgen opzettelijk zijn veroorzaakt of het rechtstreeks gevolg zijn van bepaald gedrag, het gedrag over het algemeen als laakbaar zal worden gekwalificeerd, aangezien het opzettelijk veroorzaken van schade in de vorm van een inbreuk op een recht vrijwel altijd ook in strijd zal zijn met geschreven of ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.¹⁷⁹ Die uitleg geldt als omstreden, zowel in de literatuur als in de rechtspraak.¹⁸⁰ Daardoor ontstaat namelijk de situatie dat de opzettelijke, materiële aantasting van een zaak wel gekwalificeerd zou kunnen worden als een rechtsinbreuk, waar dat bij onachtzaamheid niet het geval zou zijn, waarop ook Hartkamp & Sieburgh wijzen.¹⁸¹ Ook C.H.M. Jansen doet hier uitdrukkelijk afstand van. Hij stelt – mijns inziens terecht – dat 'de mentaliteit van de inbreukmaker' eerder thuishoort bij de toerekenbaarheid en schuld van art. 6:162 lid 3 BW.¹⁸²

Rutten zoekt de beperking in de vraag of er sprake is van een rechtstreekse inbreuk, waarvan sprake is als de gedraging en de inbreuk met elkaar vereenzelvigd kunnen worden. Is daarvan geen sprake, dan geldt de inbreuk als 'indirect' en hangt het onrechtmatigheidsoordeel af van de zorgvuldigheidstoets.¹⁸³ 'Rechtstreeksheid' kan ook teruggevonden worden bij Sieburgh, zij het op een andere manier. In haar optiek kan van rechtsinbreuk slechts sprake zijn als de gedraging zelf, los van de gevolgen, een inbreuk oplevert.¹⁸⁴ Die benadering heeft tot gevolg dat er bijvoorbeeld bij letselschade een nuancering mogelijk is, terwijl de 'echte' aantastingen van de lichamelijke integriteit als onrechtmatig op grond van rechtsinbreuk blijven gelden. Waar de eerder genoemde messteek tot onrechtmatigheid op grond van rechtsinbreuk zou leiden, zou voor het oplopen van hetzelfde letsel door bijvoorbeeld een zwiepende tak de zorgvuldigheidstoets bepalend zijn.¹⁸⁵ De te strikte scheiding tussen de gedraging en de gevolgen kan echter geforceerd aan doen, waarop K.J.O Jansen wijst. Treffend is het voorbeeld dat hij noemt:

'Wanneer iemand bijvoorbeeld een steen door andermans ruit gooit, kan men volhouden dat dit geen rechtsinbreuk oplevert, omdat het gooien van een steen als

¹⁷⁶ Sieburgh 1997, p. 631.

¹⁷⁷ Sieburgh 1997, p. 631.

¹⁷⁸ Scholten 1911, p. 139.

¹⁷⁹ Aanhangers van deze benadering zijn onder meer Drion, Rutten en Scholten. Zie Sieburgh 1997, p. 631; Spier e.a. 2009, p. 36.

¹⁸⁰ Zie voor een literatuur- en jurisprudentieoverzicht Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-IV*), nr. 47.

¹⁸¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-IV*), nr. 47.

¹⁸² C.H.M. Jansen 2009, p. 27.

¹⁸³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-IV*), nr. 47.

¹⁸⁴ Sieburgh 1997, p. 632.

¹⁸⁵ HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; *Zwiepende tak*; m.nt. Brunner).

*zodanig, afgezien van de gevolgen daarvan, niet een aantasting van andermans recht vormt.*¹⁸⁶

K.J.O Jansen pleit om die reden voor een uitleg waarbij het niet zozeer aankomt op om de vraag of de gedraging zelf de aantasting van het subjectieve recht oplevert, maar op de vraag of de gedraging deze aantasting noodzakelijkerwijs veroorzaakt. Leidt de gedraging niet welhaast onvermijdelijk of naar ervaringsregelen tot de aantasting, maar is het meer een *'kwestie van weging van goede en kwade kansen'* voor de dader, dan dient getoetst te worden aan de maatschappelijke zorgvuldigheid.¹⁸⁷ In deze zin kan ook C.H.M. Jansen genoemd worden die de zelfstandige betekenis van de rechtsinbreuk wil behouden voor de gevallen waarin de schending van het subjectieve recht *'als kern van de gewraakte handeling in het oog springt, waarin met andere woorden de onbevangen toeschouwer juist het schenden van een subjectief recht als de in geschil zijnde gedraging onderkent.'*¹⁸⁸ Als voorbeeld noemt hij de autoschade die door een verkeersongeval ontstaat. Het meest wezenlijke is zijns inziens dan de schending van de verkeersregels door de ander, niet de inbreuk van het eigendomsrecht ten aanzien van de auto. Het verband van de gedraging met de schade aan het subjectieve recht dient zijns inziens te bepalen of er sprake is van rechtsinbreuk.¹⁸⁹ Hoewel daarmee niet duidelijk wordt wanneer er voldoende verband tussen gedraging en de aantasting van het subjectieve recht bestaat, is dat mijns inziens wel de benadering die het meeste recht doet aan de opvattingen van de wetgever. Zowel waar het aankomt op de zelfstandige betekenis rechtsinbreuk als afzonderlijke onrechtmatigheidsgrond, als in relatie tot de door hem als fundamenteel aangemerkte belangen die besloten liggen in de subjectieve rechten.

Daarbij kan ik me het meeste vinden in de benadering van K.J.O. Jansen waarbij er niet zozeer gekeken wordt naar de gedraging zelf, maar naar de belangenaantasting. Op die manier behouden de subjectieve rechten namelijk hun betekenis, zonder dat er al te snel tot onrechtmatigheid geoordeeld wordt. Slechts in geval de belangenaantasting in voldoende verband met de verweten gedraging staat, waarvan sprake is als deze aan te merken is als een noodzakelijk gevolg daarvan, is de onrechtmatigheid gegeven.¹⁹⁰ Is de aantasting een wat onzekerder gevolg van de gedraging, dan dient getoetst te worden aan de maatschappelijke zorgvuldigheid.¹⁹¹ Als de steen van Jansen bijvoorbeeld niet gegooid zou zijn, maar zich op een volle kruiwagen had bevonden die – helaas – recht voor de voordeur omkieperde, waardoor dezelfde ruit brak, zou er nog steeds sprake zijn van een aantasting van het eigendomsrecht van de bewoner doch zou aan de hand van de maatschappelijke zorgvuldigheid beoordeeld dienen te worden of er ook aansprakelijkheid voor die schade kan worden aangenomen.

Welke uitleg de Hoge Raad voorstaat, is niet met zekerheid te zeggen. Wel heeft hij benadrukt dat hij rechtsinbreuk als een zelfstandige onrechtmatigheidsgrond ziet en

¹⁸⁶ K.J.O. Jansen 2007, p. 227.

¹⁸⁷ K.J.O. Jansen 2007, p. 227.

¹⁸⁸ C.H.M. Jansen 2009, p. 25.

¹⁸⁹ C.H.M. Jansen 2009, p. 29.

¹⁹⁰ K.J.O. Jansen 2012, p. 357.

¹⁹¹ K.J.O. Jansen 2012, p. 358.

dat hij daarbij uitgaat van een beperkte uitleg.¹⁹² Of hij daarin Sieburgh of K.J.O. Jansen volgt, is niet duidelijk. Hoewel aangenomen wordt dat de Hoge Raad de benadering van Sieburgh volgt,¹⁹³ wordt de uitleg van Jansen door de aangehaalde arresten niet uitgesloten.¹⁹⁴ Voor wat betreft de door blootstelling dan wel besmetting ontstaande aantasting van het recht op lichamelijke en/of geestelijke integriteit, zal ik dan ook aan de hand van zowel de uitleg van Sieburgh als die van Jansen beoordelen of er sprake is van een inbreuk.

De gedraging waar het om gaat is de blootstelling aan een besmettingsrisico, meer in het bijzonder door onveilig seksueel contact. De gevolgen van die handeling kunnen uiteenlopen. Treedt er besmetting op, dan wordt de lichamelijke en mogelijk geestelijke integriteit aangetast. Blijft besmetting uit, dan zijn er slechts gevolgen voor zover men achter het gelopen risico komt en in angst komt te verkeren. In dat geval gaat het om een aantasting van de geestelijke integriteit. Zoals ik hiervoor beschreef dient deze gedraging – wil er sprake zijn van een rechtsinbreuk – op zichzelf inbreuk te maken (Sieburgh) dan wel noodzakelijkerwijs inbreuk te maken (Jansen). De blootstelling aan een besmettingsrisico maakt op zichzelf geen inbreuk. De inbreuk is slechts aanwezig voor zover de overdrachtskans zich verwezenlijkt dan wel er angst over de verwezenlijking daarvan ontstaat. In de benadering van Sieburgh levert de blootstelling aan een besmettingsrisico of de besmetting door onveilig seksueel contact dan ook geen rechtsinbreuk op.

In de benadering van Jansen is echter wel sprake van een rechtsinbreuk, aangezien zowel de aantasting van de lichamelijke als de geestelijke integriteit niet los gezien kunnen worden van de blootstelling aan een besmettingsrisico door onveilig seksueel contact. Het feit dat de aantasting ook achterwege kan blijven, doordat besmetting of besmettingsangst achterwege blijft, doet daaraan niet af. Op dit punt wil ik nog een teruggrijpen naar het voorbeeld van het gooien van een steen. Wat als deze steen misgegooid wordt? De gedraging is dan hetzelfde: er wordt nog steeds een steen gegooid. Het zijn de gevolgen die afwijken: door het misgooien blijft de ruit heel en wordt het eigendomsrecht niet aangetast. Dat neemt echter de noodzakelijke aantasting en rechtsinbreuk bij een rake gooi niet weg.

Wel kan men twisten over de invloed van de overdrachtskans. Vooral waar het aankomt op HIV en hepatitis B, aangezien de kans op niet verwezenlijking van het besmettingsrisico dan groter is. Bij de invulling van de 'noodzakelijkheid' spelen immers ervaringsregels een rol, waarbij betekenis toekomt aan de 'weging van goede en kwade kansen'. Of de inbreuk naar ervaringsregels aan te merken is als een noodzakelijk gevolg van de gedraging, moet naar mijn mening objectief vastgesteld te worden. Het uitgangspunt dient te liggen bij de 'onbevungen toeschouwer' en hoe die tegen het verband tussen gedraging en inbreuk aankijkt.¹⁹⁵ Dat wijkt enigszins af van de opvatting van Jansen, die hierin mede de persoon van de dader betreft.¹⁹⁶ Wat de dader beoogde dan wel welke afweging hij gemaakt heeft en of dat een juiste afweging is, hoort naar mijn mening echter thuis bij de

¹⁹² HR 12 maart 2004, NJ 2009, 549 (XS4ALL/Ab.Fab); HR 14 oktober 2005, NJ 2007, 270 (Unocal/Conoco).

¹⁹³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-IV*), nr. 47; Van der Wiel 2007, § 2.1.

¹⁹⁴ K.J.O. Jansen 2012, p. 358 e.v.

¹⁹⁵ C.H.M. Jansen 2009, p. 25.

¹⁹⁶ K.J.O. Jansen 2012, p. 358.

toerekenbaarheid. Ter illustratie nogmaals het voorbeeld van het gooien van de steen: voor de aantasting van het eigendomsrecht maakt het niet uit dat de gooier eigenlijk beoogde om de huiseigenaar te treffen en ervan uitging dat die kans groter was dan dat hij het raam zou raken. Dit betekent dat niet van belang is dat de drager ervan uitging dat het risico op besmetting zich niet zou verwezenlijken, onafhankelijk van of hij met HIV of met chlamydia besmet is.

Hoewel ik moet onderkennen dat de verwezenlijking van een kans van 0,1 % nu niet bepaald als een naar ervaringsregels aan te merken noodzakelijk gevolg oplevert,¹⁹⁷ zou het maken van onderscheid op basis van overdrachtskansen resulteren in de situatie dat een chlamydia-infectie wel aangemerkt zou kunnen worden als een rechtsinbreuk en een HIV-infectie niet. Terwijl de besmettingsangst ten gevolge van HIV weer wel als een rechtsinbreuk zou gelden, omdat de kans daarop groot is, zij het dat de grootte daarvan deels afhangt van de drager zelf.¹⁹⁸ Die situatie acht ik onwenselijk. Naar mijn mening dient hier dan ook geabstraheerd te worden van de overdrachtskansen, in die zin dat beoordeeld moet worden of een besmetting is aan te merken als een naar ervaringsregels noodzakelijk gevolg van onveilig seksueel contact waarbij sprake is van een besmettingsrisico. Het verdient geen betoog dat ik maar ook de onbevangen toeschouwer van mening ben dat daarvan inderdaad sprake is. Het besmet raken is ook bij HIV geen 'toevalstreffer',¹⁹⁹ maar de verwezenlijking van een door de drager in het leven geroepen kans.

Dit betekent dat de aantasting van de lichamelijke en geestelijke integriteit bij besmetting alsook de aantasting van de geestelijke integriteit bij besmettingsangst gekwalificeerd kunnen worden als een 'rechtsinbreuk', onafhankelijk van de soa in kwestie. Zowel wanneer de drager op de hoogte was van zijn status, als wanneer hij dat niet was. Of er ook in dat laatste geval aansprakelijkheid voor de veroorzaakte schade bestaat, is een vraag die beantwoord dient te worden aan de hand van de toerekenbaarheid.²⁰⁰ Wel is voor de uiteindelijke onrechtmatigheid van betekenis hoe men aankijkt tegen de instemming van de sekspartner met het onveilige seksuele contact. Denkbaar is immers dat de drager betoogd dat deze daardoor ingestemd heeft met het risico op een soa-besmetting. Is daarvan sprake, dan wordt daarmee de onrechtmatigheid weggenomen.²⁰¹ Hierop zal ik aan het einde van deze paragraaf terugkomen, waarbij ik uit zal gaan van hetgeen geldt in het kader van informed consent bij medische handelingen.

¹⁹⁷ Zie ook paragraaf 2.4.1 voor wat betreft het oordeel van de Hoge Raad over de aanmerkelijkheid van de kans in het kader van voorwaardelijk opzet.

¹⁹⁸ Het al dan niet ontstaan van besmettingsangst ligt namelijk vooral binnen de invloedssfeer van de drager, aangezien de sekspartner zonder een mededeling zijnerzijds niet snel op de hoogte zal raken van een gelopen besmettingsrisico.

¹⁹⁹ K.J.O. Jansen 2012, p. 358. Hij noemt als 'toevalstreffer' het voorbeeld van de vrouw die geraakt werd door een kogel via haar slaapkamerraam, nadat de kogel eerst ook nog afgeketst was door een lantaarnpaal (Rb. Utrecht 23 februari 2011, *NJF* 2011, 241).

²⁰⁰ K.J.O. Jansen 2012, p. 352. Zie ook HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 (concl. A-G Bloembergen; *Taxusstruik*; m.nt. Brunner), alhoewel er discussie bestaat over het feit of aansprakelijkheid hier inderdaad kwam te ontbreken op grond van de toerekenbaarheid, zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-IV*), nr. 53. Op de toerekenbaarheid kom ik terug in paragraaf 3.3.

²⁰¹ Toestemming is een ongeschreven rechtvaardigingsgrond. Zie voor een literatuuroverzicht met betrekking tot instemming (of: toestemming) in onrechtmatige daadsverband ook K.J.O. Jansen 2012 (Groene Serie Onrechtmatige daad), art. 6:162 lid 2 BW, aant. 189 e.v.

Het voorgaande leidt ook tot de conclusie dat er bij een aantasting van de lichamelijke en/of geestelijke integriteit door het scheuren van een condoom bij veilig seksueel contact geen sprake kan zijn van rechtsinbreuk. Het scheuren van het condoom is naar mijn mening een tussenkomende schakel die niet per se hoeft voort te komen uit het handelen van de drager. Hoewel de lichamelijke en/of geestelijke integriteit ook dan aangetast kan worden, dient de onrechtmatigheid daarvan beoordeeld te worden aan de hand van de maatschappelijke zorgvuldigheid.

De volgers van Sieburgh zullen zich echter niet kunnen vinden in deze gevolgtrekking en stellen dat er in deze situatie altijd aan de hand van maatschappelijke zorgvuldigheid beoordeeld moet worden of de gedraging onrechtmatig is. Mijns inziens ontkent dat deels de beschermwaardigheid van het recht op lichamelijke en geestelijke integriteit van de sekspartner doordat hij niet kan volstaan met het stellen van een besmetting of besmettingsangst, wat vooral bij HIV toch een enorme aantasting van diens lichamelijke en geestelijke integriteit betekent. Aangezien uit de rechtspraak van de Hoge Raad echter niet af te leiden is welke benadering hij voorstaat, zal ik in de vorige paragraaf dan ook ingaan op de maatschappelijke zorgvuldigheid, waarbij de wetenschap van de drager wel meeweegt bij het onrechtmatigheidsoordeel en niet slechts bij toerekening.

3.2.2 *De betekenis van instemming met onveilig seksueel contact*

Instemming kan de onrechtmatigheid van een inbreuk wegnemen. De arts die een patiënt opereert maakt weliswaar inbreuk op diens lichamelijke integriteit, doch handelt niet onrechtmatig doordat de patiënt met de operatie heeft ingestemd. Vraag is of de instemming met onveilig seksueel contact waaraan algemeen bekende risico's verbonden zijn, ook een instemming oplevert met de eventuele aantasting van de lichamelijke en/of geestelijke integriteit die daaruit voortvloeit en om die reden de onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk opheft.

Instemming vergt een wilsverklaring.²⁰² De vormvrijheid van deze verklaring brengt met zich mee dat dit niet uitdrukkelijk hoeft te gebeuren. Een stilzwijgende instemming voldoet in dit verband.²⁰³ Een belangrijk punt is dat de persoon die zijn instemming dient te geven zijn wil in vrijheid kan bepalen.²⁰⁴ Of daarvan sprake kan zijn bij het ontbreken van wetenschap over de status van de drager, is de vraag. Het in vrijheid kunnen beslissen vergt immers een zekere kennis over de risico's, vooraleer er een afgewogen beslissing genomen kan worden. In het navolgende zal ik dan ook beschrijven of er om die reden een mededelingsplicht op de drager rust, waarin ik hetgeen geldt in het kader van 'informed consent' met betrekking tot medische handeling zal betrekken.

²⁰² Bloembergen 1971, p. 7 en 8. Zie voor een literatuuroverzicht met betrekking tot instemming (of: toestemming) in onrechtmatige daadsverband ook Jansen (Groene Serie Onrechtmatige daad), aant. 189 e.v.

²⁰³ Artt. 3:35 en 37 BW; K.J.O. Jansen 2012 (Groene Serie Onrechtmatige daad), art. 6:162 lid 2 BW, aant. 198.

²⁰⁴ Art 3:44 BW en de daarin genoemde wilsgebreken zijn ook van toepassing op toestemming. Dwaling is dat – vanwege de plaatsing in afdeling 6.5.2 BW – niet rechtstreeks. In de jurisprudentie wordt dwaling echter ook bij eenzijdige rechtshandelingen analoog toegepast. Zie Hijma 2012 (Groene Serie Vermogensrecht), art. 3:44 lid 1 BW, aant. 7 en 8.1 en HR 10 januari 1992, NJ 1992, 606 (*Gemeente Maastricht/Taxicentrale Crals*).

Ten aanzien van medische ingrepen is er de nodige jurisprudentie over de uitoefening van zelfbeschikkingsrechten in relatie tot de daarvoor benodigde informatie. De instemming ziet daarop de lichamelijke integriteit van de patiënt. Voor het uitoefenen van zijn zelfbeschikkingsrecht en de daarmee samenhangende instemming, dient de patiënt in ieder geval geïnformeerd te zijn over de *redelijkerwijze* te verwachten gevolgen en risico's van de behandeling.²⁰⁵ Ook als deze gevolgen of risico's algemeen bekend of zelfs normaal voorzienbaar zijn.²⁰⁶ De informatieplicht van een arts is erg vergaand. Alleen voor zeer onwaarschijnlijke complicaties hoeft hij niet te waarschuwen, waarbij geldt dat 'zeer onwaarschijnlijk' erg streng wordt uitgelegd. Een kans van 2 tot 5 % valt daar bijvoorbeeld niet onder.²⁰⁷ Naast de genoemde waarschijnlijkheid spelen ook de aard en ernst van het risico of de gevolgen een rol bij de invulling van de omvang van de informatieplicht van de arts.²⁰⁸ Als vast komt te staan dat de arts de patiënt niet voldoende geïnformeerd heeft over een bepaald risico dat zich verwezenlijkt heeft, betekent dit niet meteen dat de geneeskundige behandeling zonder toestemming is verricht. En de arts bijgevolg aansprakelijk is voor de opgetreden schade die zonder de ingreep achterwege gebleven zou zijn.²⁰⁹ Het komt dan aan op de vraag of een *redelijk* handelende patiënt ingestemd zou hebben indien hij vooraf wel over het risico geïnformeerd was.²¹⁰

Het voorgaande is niet rechtstreeks toepasbaar op de relatie tussen sekspartners, omdat deze relatie verschilt van de relatie tussen arts en patiënt. Hetgeen geldt in het kader van de op informatie gebaseerde beslissing (informed consent) van een patiënt, wordt daar immers ook door gekleurd. Tussen een arts en een patiënt is er immers altijd een ongelijke relatie: de arts is deskundig waar de patiënt leek is. Van een dergelijke ongelijke relatie is tussen sekspartners niet altijd sprake. Hoewel dat wel gezegd kan worden ten aanzien van een exclusief contact, is dat bij een niet-exclusief contact niet zo waar het aankomt op de algemene kennis over de risico's. Ook de sekspartner is of behoort op de hoogte te zijn van het algemene risico op een soa-besmetting door onveilig seksueel contact. Beiden zijn wat dat betreft 'even' deskundig op seksueel gebied. Dat ligt uiteraard anders met betrekking tot de kennis over het concreet aanwezige risico voor de gezondheid. Het is enkel de drager die over deze informatie beschikt. In die zin is het verdedigbaar dat de sekspartner, doordat hij niet beschikt over deze informatie, steeds in een ongelijke positie verkeert ten opzichte van de drager en de relatie op dit punt niet afwijkt van die tussen een arts en zijn patiënt.

Een ander verschil laat zich minder makkelijk uitvlakken. De arts handelt namelijk uit hoofde van zijn beroep, bij de uitoefening waarvan het (gezondheids)belang van de

²⁰⁵ Art. 7:448 lid 2 aanhef en sub b BW; Asser/Tjong Tjin Tai 2012 (7-IV*), nr. 418.

²⁰⁶ Rb. Maastricht 13 december 2010, *LJN* BO7650 (*Stichting Reinaert Kliniek*); Biesaat (Groene Serie Bijzondere overeenkomsten), art. 7:448 BW, aant. 2.

²⁰⁷ Hof Arnhem 27 juli 1999, *NJ* 2000, 96.

²⁰⁸ Biesaat 2012 (Groene Serie Bijzondere overeenkomsten), art. 7:448 BW, aant. 2; Kastelein 1998.

²⁰⁹ Het gaat namelijk niet om het beschermen van de patiënt tegen risico's, maar om het hem in staat stellen om adequaat – dat wil zeggen op basis van juiste en voldoende informatie – te kunnen beslissen over het instemmen met de ingreep. Zie onder meer HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense) en 387 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. Vranken).

²¹⁰ Het zogenaamde 'informed consent'-beginsel. Zie Asser/Tjong Tjin Tai 2012 (7-IV*), nr. 418; Hendrix 2007; De Ridder 2000. Dit sluit aan bij de werking van de wilsgebreken.

patiënt voorop staat. Waar de arts verantwoordelijk is voor zijn patiënt, zijn beide sekspartners in principe zelf verantwoordelijk voor het treffen van voorzorgsmaatregelen ter voorkoming van gezondheidsschade. Dat is uitgangspunt van het volksgezondheidsbeleid. Hoewel een drager door zijn behandelaar gevraagd zal worden om zijn sekspartner(s) in te lichten en risico's te vermijden door seksuele contacten veilig aan te gaan,²¹¹ is hij ingevolge het volksgezondheidsbeleid niet wettelijk (eenzijdig) verantwoordelijk voor zijn sekspartner. Dit verschil staat echter mijns inziens niet in de weg aan het van toepassing zijn van de eisen die ook gelden in het kader van 'informed consent'. Feit blijft dat de drager zich in een bijzondere verhouding bevindt ten opzichte van zijn sekspartner door de beschikking over informatie die van belang is voor het uitoefenen van het zelfbeschikkingsrecht door de sekspartner. De relevantie daarvan is ook de drager bekend, aangezien het weinig toelichting behoeft dat de sekspartner bij wetenschap niet in zou stemmen met onveilig seksueel contact.

Mijns inziens zijn de eisen voor een 'informed consent' ten aanzien van medische handelingen dan ook toepasbaar op de instemming in het kader van onveilig seksueel contact. Dat roept de vraag wanneer er dan sprake is van een 'informed' consent. Daarbij komt mijns inziens betekenis toe aan de aard van de relatie tussen de drager en de sekspartner. Is er sprake van een monogame relatie, dan is de sekspartner immers niet beducht op een risico op een soa-besmetting. In dat geval kan er dan ook nooit sprake zijn van een informed consent. Zonder de inlichtingen van de drager over zijn status en derhalve over het risico dat aan het aangaan van onveilig seksueel contact verbonden is, kan de sekspartner geen afgewogen beslissing maken. Dit betekent dat er in dat geval nooit sprake van instemming kan zijn.²¹²

Buiten monogame relaties is de sekspartner wel bekend of behoort dat te zijn met het (algemene) risico van een soa-besmetting bij onveilig seksueel contact. Hoewel weinig mensen buiten een risicogroep een HIV-besmetting zullen incalculeren als een reëel risico, zijn ze ook met het theoretische risico daarop wel bekend. Een besmetting met welke soa is wat dat betreft dan ook 'normaal voorzienbaar'. Dat geldt nog sterker ten aanzien van contacten binnen risicogroepen. Deze normale voorzienbaarheid betekent echter niet dat de sekspartner daarom in staat is om een afgewogen beslissing te maken. Een arts dient zijn patiënt ook te informeren over algemeen bekende of voorzienbare risico's. Dat is voor een drager mijns inziens niet anders, gezien de ernst en omvang van de risico's waaraan de sekspartner zich blootstelt. Risico's waaraan hij zich, bij wetenschap, niet zo snel zou blootstellen, hetgeen ook de drager bekend is. De op grond van het volksgezondheidsbeleid geldende eigen verantwoordelijkheid en het verwijt dat de sekspartner gemaakt kan worden op dit punt, ontheft de drager niet van deze informatieplicht. Ook 'onvoorzichtigen' komt immers bescherming toe.²¹³

²¹¹ De Feijter & Nuradini 2009.

²¹² Overigens wil ik hierbij opmerken dat het hier slechts gaat om een mededelingsplicht in het kader van instemming. Dit levert geen ontoelaatbare beperking op van het recht op privacy van de drager, aangezien de schending daarvan niet leidt tot aansprakelijkheid, maar slechts tot het niet kunnen ontkomen daaraan omdat de schending in de weg staat aan instemming. Zie over de mededelingsplicht in het kader van gevaarzetting paragraaf 3.2.3.2.

²¹³ HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 63 (concl. A-G Wuisman). In dit arrest gaat het overigens om de mededelings- en onderzoeksplichten in het kader van de precontractuele fase. Als gezichtspunt vind ik dit arrest echter ook in dit kader relevant.

De onderscheidenlijke overdrachtskansen spelen daarbij slechts een beperkte rol. Hoewel een hoge overdrachtskans eerder een mededelingsplicht op de drager vestigt, vrijwaart een kleine(re) overdrachtskans hem niet van deze plicht. De overdrachtskansen van HIV en hepatitis B schommelen weliswaar tussen 0,1 tot 3 % maar zijn niet onwaarschijnlijk of klein genoeg om daaraan in de weg te staan.²¹⁴ Zeker niet wanneer daarbij ook de ernst van mogelijke gezondheidsschade in aanmerking genomen wordt, wat natuurlijk het sterkst naar voren komt bij HIV. Op grond daarvan rust er dus ook bij losse seksuele contacten een mededelingsplicht op de drager, onafhankelijk van welke soa het betreft. Het ontbreken van kennis over het concrete risico resulteert erin dat van de sekspartner niet gezegd kan worden dat hij tot een afgewogen beslissing heeft kunnen komen omtrent het aangaan van het onveilig aangaan van het seksuele contact. Ook in deze situatie kan niet van instemming gesproken worden.

Voor wat betreft de situatie waarin de drager niet op de hoogte is van zijn status, ligt dat niet anders. Ook dan heeft hij de plicht om de ander in te lichten over het mogelijke risico, waarvan hij wel weet heeft. Elk onveilig seksueel contact roept een risico op een besmetting met een soa in het leven, waardoor bij elk voorgaand onveilig seksueel contact de plicht ontstaat om de ander hierover in te lichten, wil er sprake van instemming kunnen zijn. Het feit dat het risico dat de drager genomen heeft onder omstandigheden nagenoeg even hoog is als het risico dat hijzelf en zijn sekspartner nemen bij onveilig seksueel contact, zoals wanneer er sprake was van een éénmalig seksueel contact, doet daaraan niet af. Feit is dat hij daardoor het algemene risico nader geconcretiseerd heeft en hij weet heeft van de mogelijkheid dat hij besmet geraakt kan zijn en zodoende de sekspartner kan besmetten.

Bij informed consent in het kader van medische handelingen geldt tot slot nog dat er, na het vaststellen van de schending van de informatieplicht, getoetst wordt aan het criterium van de 'redelijke' patiënt en waartoe die beslist zou hebben indien hij wel op de hoogte was geweest van het risico dat zich verwezenlijkt heeft. Alleen dan is de arts aansprakelijk voor de ontstane schade. Bij onveilig seksueel contact behoeft het weinig betoog dat een ieder anders beslist zou hebben bij wetenschap over het concrete risico. Niemand wil tenslotte besmet raken met een ziekte of risico lopen op besmetting.

3.2.3 *Strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid*

Bij strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, gaat het om de vraag of gehandeld is in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen. Die zorgvuldigheidsnormen zijn altijd contextgebonden.²¹⁵ Of iets betamelijk is of niet, hangt immers af van de context waarin de schade is ontstaan. Hoewel de jurisprudentie sterk casuïstisch is,²¹⁶ kan deze wel onderverdeeld worden naar type onbetamelijkheid. Één van die typen is gevaarstelling,²¹⁷ wat gedefinieerd wordt als het in het leven roepen van een bepaald

²¹⁴ Hof Arnhem 27 juli 1999, *NJ* 2000, 96. Zie de paragrafen 1.2 en 1.5.

²¹⁵ C.H.M. Jansen 2009, p. 33.

²¹⁶ Groene Serie Onrechtmatige Daad, aant. 86.1.1.

²¹⁷ C.H.M. Jansen 2009, p. 33.

gevaar dan wel het achterwege laten van voorzorgsmaatregelen met betrekking tot een bepaald gevaar.²¹⁸ Bij dit type betamelijkheid gaat het om de vaststelling van of er een veiligheidsnorm gold, bij schending waarvan onrechtmatigheid wordt aangenomen.²¹⁹ Van die situatie is per definitie sprake bij het in het leven roepen van een besmettingsrisico door onveilig seksueel contact. In het navolgende zal dan ook beoordeeld worden of dit een schending van een veiligheidsnorm jegens de sekspartner oplevert. Of anders gezegd: of sprake is van onrechtmatige gevaarzetting.

Daarvoor gelden twee vereisten.²²⁰ Allereerst moet de dader een – in de gegeven omstandigheden – onverantwoord risico genomen hebben. Er moet een risicodrempel overschreden zijn.²²¹ Daarnaast dient de dader tekortgeschoten te zijn door toch zo te handelen en geen (adequate) voorzorgsmaatregelen te treffen.²²²

3.2.3.1 Onverantwoord (besmettings)risico

Niet elk in het leven geroepen risico is onrechtmatig. Vereist is dat een bepaalde risicodrempel overschreden is,²²³ waarvan sprake is als de ander blootgesteld is aan een groter risico dan redelijkerwijs verantwoord was in de gegeven omstandigheden.²²⁴ Bij het bepalen van de risicodrempel komt belangrijke betekenis toe aan de context waarbinnen deze gedraging plaatsvindt. Volgens vaste jurisprudentie is er bij sport- en spelsituaties en huis-, tuin- en keukenongevallen sprake van een 'verhoogde drempel voor aansprakelijkheid'.²²⁵ Hartlief merkt hierover op:

*'Wij moeten ons als normale mensen kunnen gedragen. Het aannemen van aansprakelijkheid in dit soort situaties zou aanzetten tot geforceerd en dus abnormaal gedrag.'*²²⁶

De invloed van de context op de risicodrempel doet de vraag rijzen of het ten aanzien van onveilig seksueel contact uitmaakt of dit contact zich binnen een monogame relatie of samenlevingsverband plaatsvindt, dan wel daar buiten. Een vraag die mijns inziens ontkennend beantwoord moet worden. Ook binnen een

²¹⁸ K.J.O. Jansen 2012 (Groene Serie Onrechtmatige Daad), art. 6:162 lid 2 BW, aant. 87.1.1.

²¹⁹ C.H.M. Jansen 2009, p. 34; K.J.O. Jansen 2012 (Groene Serie Onrechtmatige Daad), art. 6:162 lid 2 BW, aant. 87.1.1. Hartkamp & Sieburgh behandelen dit type zorgvuldigheidsnormen dan ook onder de categorie 'verkeers- en veiligheidsnormen', zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-IV*), nr. 58 e.v.

²²⁰ Tjong Tjin Tai 2005, § 1. Hartlief hanteert eenzelfde onderscheid al gaat hij daarbij uit van de vragen 'was er een zorgplicht?' en 'tot hoeveel zorg was men verplicht?'. Zie Hartlief 2004. In de literatuur worden de eisen van gevaarzetting door sommige auteurs anders ingedeeld, in navolging van het Kelderluik-arrest (HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (concl. A-G Van Oosten; Kelderluik; m.nt. Scholten)). Dan gaat het om vier eisen, zie C.H.M. Jansen 2009, p. 34 en 35. Diezelfde eisen komen echter ook terug in de door Hartlief en Tjong Tjin Tai gehanteerde onderverdeling.

²²¹ Hieronder vallen de eerste twee Kelderluik-factoren (de kans dat uit een bepaalde gedraging schade voortkomt en de mate van waarschijnlijkheid dat het slachtoffer niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid in acht neemt, die samengevat worden als de 'kans op ongevallen', zie C.H.M. Jansen, p. 35.

²²² Het nemen van adequate voorzorgsmaatregelen bij een onverantwoord risico kan namelijk bevrijden van aansprakelijkheid, ook als het gevaar zich alsnog verwezenlijkt heeft. Zie Tjong Tjin Tai 2005, § 5.1.

²²³ Tjong Tjin Tai 2005, § 3.1.

²²⁴ Hartlief 2004, p. 868.

²²⁵ Sieburgh 2004, p. 87.

²²⁶ Hartlief 2004, p. 868.

samenlevingsverband gelden in beginsel de normale aansprakelijkheidsregels.²²⁷ Ik zie geen aanleiding om daarvan af te wijken op het punt van seksueel contact. Wel is het bestaan van een monogame of duurzame relatie of samenlevingsverband relevant voor de verantwoordheid van het genomen risico, en wel op het punt van de mate van waarschijnlijkheid dat de ander niet de vereiste oplettendheid of voorzichtigheid in acht neemt. Daarop kom ik zo dadelijk nog terug.

Voor het oordeel of een risicodrempel overschreden is, is de mate van waarschijnlijkheid van schade bepalend. Die mate moet dusdanig groot geweest zijn dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.²²⁸ Dit betekent dat de verwezenlijking van een risico op zichzelf niet betekent dat er sprake was van een onverantwoord risico.²²⁹ Daarvan is pas sprake als die kans zodanig groot was, dat de ander daaraan niet blootgesteld had mogen worden. Dit oordeel wordt ingevuld aan de hand van factoren als de aard van het gedrag, de aard en ernst van het mogelijke gevaar en de mate van waarschijnlijkheid dat de ander niet de vereiste oplettendheid of voorzichtigheid in acht neemt.²³⁰ Bij dit alles geldt dat het voor de dader wel voorzienbaar moet zijn geweest dat er gevaar uit zijn gedrag voortvloeide, welke voorzienbaarheid objectief vastgesteld wordt. Het gaat erom of hij kon of behoorde te voorzien dat zijn gedraging een – naar ervaringsregels – algemeen gevaar opleverde, niet om of hij de concreet opgetreden schade of de wijze waarop deze intrad kon of behoorde te voorzien.²³¹

Na deze theoretische overwegingen kan ik ingaan op de vraag of het in het leven geroepen besmettingsrisico kan worden aangemerkt als een onverantwoord risico. De kansen op verwezenlijking van het besmettingsrisico variëren daarbij per soa, evenals de ernst van de mogelijke schade. Hoewel de schade bij gonorrhoe, syfilis, en chlamydia aanzienlijk beperkter is dan die ten gevolge van HIV, althans bij tijdige behandeling, leveren de overdrachtskansen die uiteenlopen van 28 tot 80 % mijns inziens een dermate grote kans op schade op, dat de drager zich had moeten onthouden van het daaraan blootstellen van zijn sekspartner. Bij HIV en hepatitis B zijn die kansen zoals gezegd veel kleiner: (0,1 tot 3%).²³² Bij HIV is ernst en omvang

²²⁷ HR 11 april 1975, *NJ* 1975, 373 (concl. A-G Berger; *Zopp/Mijnwerkersfonds*; m.nt. Scholten). Zie ook HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011, 465 (concl. A-G Spier; *Hangmat*; m.nt. Hartlief), waarin het gaat om aansprakelijkheid ex art. 6:174 BW tussen echtgenoten. Zie over dit laatste arrest Schoordijk 2011 alsook Engelhard, Hartlief & Van Maanen 2004.

²²⁸ Du Perron 2000, p. 116.

²²⁹ HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; *Zwiepende tak*; m.nt. Brunner). Als de mate van waarschijnlijkheid van schade te klein is, is geen sprake van een onverantwoord maar van een verantwoord risico. Dan kan er geen aansprakelijkheid aangenomen worden, ook niet als het risico zich verwezenlijkt heeft. Zie Du Perron 2000, p. 117. Voorbeelden van 'verantwoorde' risico's kunnen gevonden worden in de gevallen van 'een ongelukkige samenloop van omstandigheden', waarbij in de meeste gevallen ook sprake was van de eerder genoemde risicodrempel. Zie K.J.O. Jansen 2012 (Groene Serie Onrechtmatige daad), art. 6:162 lid 2 BW, aant. 92.2.1 voor een overzicht van jurisprudentie en literatuur.

²³⁰ Tjong Tjin Tai 2005, §3.3; HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (concl. A-G Van Oosten; *Kelderluik*; m.nt. Scholten). Daarbij wordt uitgegaan van de 'normale' mens, zie K.J.O. Jansen 2012 (Groene Serie Onrechtmatige Daad), art. 6:162 BW, aant. 87.1.2.

²³¹ Tjong Tjin Tai 2005, §3.2; HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 (concl. A-G Verkade; *Legionella-besmetting*; m.nt. Vranken).

²³² Zie de paragrafen 1.2 en 1.5. De overdrachtskans kan bij HIV oplopen tot 10-30 %, maar ook dusdanig afnemen dat de kans bijna nihil is. Zijn er echter risicoverhogende omstandigheden aanwezig waarmee de drager daarnaast ook bekend is, dan is dat van invloed op zijn zorgplicht. De geobjectiveerde maatstaf

van de schade echter enorm. Op grond van die omstandigheid meen ik dat blootstelling ook dan een onverantwoord risico oplevert. Onafhankelijk van de frequentie van het seksuele contact en de aard van het contact in kwestie (los of binnen een monogame relatie).

Bij hepatitis B kan men daarover twisten. De kans is daar even klein, en de schade in de meerderheid van de gevallen gering, omdat de infectie meestal binnen een half jaar geneest. Slechts bij 5 % van de mensen met hepatitis B ontstaat een chronische hepatitis B-infectie. Zonder een frequentie van contact waardoor er sprake is van een hogere overdrachtskans, zou slechts gesproken kunnen worden van een 'onverantwoord' risico wanneer de mate van waarschijnlijkheid dat de ander niet de vereiste oplettendheid of voorzichtigheid in acht neemt zo groot is dat de drager de ander daar als het ware tegen moet beschermen. De gedachte daarachter is dat tegen al te grote onvoorzichtigheid niet beschermd hoeft te worden. Daarop zal ik nu ingaan, welke overwegingen uiteraard ook relevant zijn voor de andere soa's. Al ben ik van mening dat bij die soa's reeds sprake is van een 'onverantwoord' risico wegens de hoge(ere) overdrachtskans.

Voor wat de mate van waarschijnlijkheid dat de sekspartner niet de vereiste oplettendheid of voorzichtigheid in acht neemt, is allereerst de aard van de relatie tussen drager en sekspartner relevant. Is dat een monogame relatie, dan is die mate hoog: de sekspartner zal er dan doorgaans op vertrouwen dat het onveilige seksueel contact zonder risico's is en geen noodzaak zien tot condoomgebruik. Maar ook factoren als de duurzaamheid van de relatie en de (wettelijke) vorm van de relatie (huwelijk, samenwonen, etc.) kunnen van betekenis zijn bij de te verwachten oplettendheid of voorzichtigheid. De sekspartner kan er ook dan op vertrouwen dat er geen risico is, althans dat de drager hem daaraan niet zal blootstellen vanwege de verhouding waarin zij tot elkaar staan. Hij zal 'zorg' verwachten. Op basis van de jurisprudentie geldt dat die relatie ook met zich mee kan brengen dat hij zorg mag verwachten.²³³ In de bovengenoemde situaties mag de drager er dan ook niet vanuit gaan dat zijn sekspartner de nodige oplettendheid of voorzichtigheid in acht zal nemen, omdat voor hem het gevaar niet (voldoende) kenbaar is.

Buiten relaties, zoals bij losse contacten, ligt dat iets anders. Hoewel het ook dan mogelijk is dat hij erop vertrouwt dat de drager zijn belangen behartigt, is er geen grond op basis waarvan hij aan mag nemen dat het algemene risico op soa's afwezig is bij onveilig seksueel contact. Ook de sekspartner heeft dan rekening te houden met dit risico. Daaruit volgt echter nog niet dat ook de drager ervan uit mag gaan dat de sekspartner daar ook rekening mee houdt. De drager heeft namelijk met een zekere mate van onoplettendheid en onvoorzichtigheid van zijn sekspartner rekening te houden.²³⁴ Waar nog bij komt de sekspartner slechts weet heeft van een algemeen risico op soa's, terwijl er een concreet risico op een besmetting met een bepaalde soa aanwezig is, waarvan hij geen weet heeft door toedoen van de drager. Had hij wel weet gehad van dit concrete risico, dan mag worden aangenomen dat hij

van de voorzienbaarheid van gevaar wordt op grond van zijn speciale kennis dan gesubjectieerd. Zie Tjong Tjin Tai 2005, §3.2.

²³³ HR 22 november 1974, NJ 1975, 149 (concl. A-G Berg; *Struikelende Broodbezorger*; m.nt. Scholten). Daarbij ging het om zuiver nalaten, zie K.J.O. Jansen 2012 (Groene Serie Onrechtmatige daad), art. 6:162 lid 2 BW, aant. 89.1 e.v.

²³⁴ K.J.O. Jansen 2012, p. 419.

dat risico vermeden zou hebben. Hoewel de drager geen rekening hoeft te houden met roekeloosheid,²³⁵ mag hij er – bij het ontbreken van concrete kennis bij de sekspartner – ook niet vanuit gaan dat de sekspartner de vereiste oplettendheid en zorg voor de eigen belangen in acht zal nemen.²³⁶ Zonder bekendheid met dat concrete risico mag de drager er niet vanuit gaan dat de sekspartner het risico voldoende onderkent. In dit kader wil ik ook wijzen op het Skeelerarrest.²³⁷ Hoewel ook de skeeleraar bekend was met het algemeen bekende gevaar van vallen, had de skeelerinstructeur haar moeten waarschuwen tegen het specifieke gevaar van hoofdletsel, door het niet dragen van een helm. Ook hij mocht er niet vanuit gaan dat de cursist ook met dit concrete gevaar bekend was, en dat zij op basis daarvan in staat was om een afweging te maken omtrent het al dan niet dragen van een helm. Dat zou pas anders zijn, wanneer hij die kennis met haar gedeeld had.²³⁸ Die bijzondere kennis (en positie) vergroot aldus de mate waarin men rekening te houden heeft met onvoorzichtigheid of onoplettendheid van de ander, waardoor welbeschouwd een bijzondere zorgplicht ontstaat.

Van eenzelfde situatie is hier sprake: de drager weet welk specifiek gevaar er dreigt bij onveilig seksueel contact, waar de sekspartner slechts rekening houdt met een algemeen risico en geen weet heeft van het feit dat de ander besmet is. Dit brengt met zich mee dat de drager rekening heeft te houden met een grote mate van onvoorzichtigheid van de sekspartner, hetgeen betekent dat er ook bij hepatitis B sprake is van een onverantwoord risico.

Maar wat nu als de specifieke kennis over het concreet aanwezige risico ook bij de drager ontbreekt, doordat hij niet op de hoogte is van zijn status? Allereerst geldt hierbij dat het niet beslissend is of het concrete gevaar of de concrete schade voor hem voorzienbaar was. Het gaat erom of de drager objectief kan voorzien of het onveilige seksuele contact een algemeen gevaar opleverde.²³⁹ Dat betekent dat niet vereist is dat hij weet met welke specifieke soa hij besmet is, noch dat hij bekend is met de concrete overdrachtskans.²⁴⁰ Het gaat erom of hij wist er 'enig' gevaar dreigde²⁴¹ en het algemene potentiële risico op gezondheidsschade bij zijn sekspartner kon voorzien.²⁴² Het onderzoeken van de grootte daarvan (zoals door een test) komt daarbij voor zijn rekening.²⁴³ Zoals gezegd weet een ieder, of althans, mag verondersteld worden te weten, dat men besmet kan raken met een soa door onveilig seksueel contact. Op grond daarvan weet de drager dat hij bij elk voorgaand onveilig seksueel contact besmet geraakt kan zijn, ook als dat maar eenmalig was. En dat hij, als hij besmet is geraakt, daardoor een besmettingsrisico voor een ander in het leven roept bij een volgend onveilig seksueel contact. Dat is mijns inziens voldoende om voorzienbaarheid van het gevaar aan te nemen, wat natuurlijk nog

²³⁵ Hartlief 2004, p. 871.

²³⁶ Op de situatie waarin de drager niet bekend is met zijn situatie kom ik later nog terug.

²³⁷ HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141 (concl. P-G Hartkamp; *Skeeler*; m.nt. Brunner).

²³⁸ K..J.O. Jansen 2012, p. 425.

²³⁹ Tjong Tjin Tai 2005, § 3.2; HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 (concl. A-G Verkade; *Legionella-besmetting*; m.nt. Vranken).

²⁴⁰ De daadwerkelijke mate van gevaar wordt door de rechter naar billijkheid vastgesteld, waarbij ervaringsregels een rol spelen. Zie Van Dam 2000, p. 184.

²⁴¹ HR 23 juni 1989, *VR* 1991, 154, r.o. 3.3 (concl. A-G Asser; *Surfplank*).

²⁴² HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 (concl. A-G Verkade; *Legionella-besmetting*; m.nt. Vranken).

²⁴³ K.J.O. Jansen (2012, p. 411) spreekt hier van een 'onderzoeksplicht', onder verwijzing naar HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 (concl. A-G Franx; *Natronloog*; m.nt. Brunner). Vgl. Van Dam 2000, p. 820.

sterker geldt wanneer de drager ook klachten heeft dan wel hij veel vaker de proef op de som genomen heeft door onveilige seksuele contacten. Ik realiseer me dat die voorzienbaarheid, ook bij een éénmalig voorgaand onveilig seksueel contact, haaks staat op hetgeen ik hiervoor beschreef aangaande de voorzienbaarheid van het risico door de sekspartner. Feit is echter dat die twee los van elkaar staan: het gaat allereerst om of het gevaar voorzienbaar was voor de drager, en pas in tweede instantie om wat voorzienbaar was voor de sekspartner,²⁴⁴ waarbij de voorzienbaarheid van de laatste ook kan ontbreken, zoals bij een monogame relatie. Daarbij is het nog steeds de drager die het risico – voorzienbaar – in het leven heeft geroepen, en niet de sekspartner. Het ontbreken van wetenschap omtrent de status komt daarmee voor rekening van de drager en neemt de onverantwoordelijkheid van het risico waaraan hij zijn sekspartner blootstelt niet weg.

3.2.3.2 *De vereiste voorzorgsmaatregelen bij onveilig seksueel contact*

De onrechtmatigheid van een gedraging doordat deze een onverantwoord risico in het leven riep, kan weggenomen worden door het treffen van adequate voorzorgsmaatregelen.²⁴⁵ Hoeveel of welke voorzorgsmaatregelen de laedens dient te treffen, is afhankelijk van een aantal factoren, zoals de grootte van het gevaar, de mate van oplettendheid die van de gelaedeerde verwacht mag worden en de aard en het nut van de gedraging.²⁴⁶ In principe is er de plicht om het gevaar tot toelaatbare hoogte terug te brengen.²⁴⁷ Dit leidt slechts uitzondering als het nemen van voorzorgsmaatregelen bezwaarlijk is in termen van kosten, tijd en moeite.²⁴⁸ Is het nemen van bepaalde voorzorgsmaatregelen, zowel op zichzelf beschouwd als in relatie tot de mogelijke schade, qua kosten, tijd en moeite weinig bezwaarlijk, dan zal is er al snel een gehoudenheid tot het treffen van deze maatregelen.²⁴⁹

Dat geldt met name ook voor de situatie waarin gewaarschuwd kan worden. Als het gevaar afgewend kan worden door een waarschuwing, ontstaat daartoe al snel een plicht. Vooral als moet worden aangenomen dat de ander geen weet heeft van het aanwezige risico of zich dat onvoldoende realiseert.²⁵⁰ Wel moet die waarschuwing dan voldoende specifiek zijn²⁵¹ en daarnaast ook effectief, zodanig dat het bij een normaal persoon zou leiden tot een handelen of nalaten ter vermijding van het specifieke gevaar.²⁵² Daarbij moet ook enige onvoorzichtigheid van de 'normale' mens ingecalculeerd zijn.²⁵³

²⁴⁴ Hierop kom ik in paragraaf 4.4.1 nog terug in het kader van eigen schuld.

²⁴⁵ Tjong Tjin Tai 2005, § 5.1.

²⁴⁶ Tjong Tjin Tai 2005, § 5.1 en § 5.2; Van Dam 2000, p. 173.

²⁴⁷ Tjong Tjin Tai 2005, § 5.1.

²⁴⁸ HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (concl. A-G Van Oosten; *Kelderluik*; m.nt. Scholten); Spier e.a. 2009, p. 45.

²⁴⁹ Spier e.a. 2009, p. 45.

²⁵⁰ Van Dam 2000, p. 213.

²⁵¹ HR 27 mei 1988, *NJ* 1989, 29 (concl. A-G Asser; *Veenbroei*; m.nt. Van der Grinten).

²⁵² HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 (concl. P-G Hartkamp; *Jetblast*; m.nt. Brunner). Zie over de effectiviteit van de waarschuwing Van Boom, Giesen & Verheij 2008; Giesen 2005. Genoemde auteurs benaderen het onderwerp interdisciplinair, dat wil zeggen met gebruikmaking van inzichten uit de psychologie.

²⁵³ Tjong Tjin Tai 2005, § 5.3. Voor wat betreft aanbieders van effectenleaseproducten geldt zelfs dat zij op grond van de redelijkheid en billijkheid verplicht zijn om particulieren te beschermen tegen gebrek aan inzicht of onvoorzichtigheid, door ook te waarschuwen voor het te lichtvaardig op zich nemen van onnodige risico's. Zie HR 29 april 2011, *RvdW* 2011, 563, (concl. P-G Lentsch-Kostense; *Van der Heijden/Dexia Bank Nederland*).

De hiervoor beschreven waarschuwingsplicht beperkt de laedens echter niet in zijn keuze voor een andere voorzorgsmaatregel, wanneer ook daardoor het gevaar tot toelaatbare hoogte wordt ingeperkt.²⁵⁴ Ook dan heeft hij immers aan zijn (zorg)plicht in dit kader voldaan. In casu kan het gevaar zowel worden weggenomen door condoomgebruik als door waarschuwing. Beiden gelden daarbij als effectief. Het feit dat een condoom kan scheuren doet daaraan niet af. De kans daarop is klein (bij latexcondooms varieert de kans van 0,4 tot 2 % bij juist gebruik),²⁵⁵ terwijl voor de daadwerkelijke verwezenlijking van het gevaar ook nog vereist is dat de overdrachtskans zich verwezenlijkt. Ter illustratie: de kans op besmetting met HIV bij veilig contact doordat het condoom scheurt is, uitgaande van een 'scheurkans' van 2 %, is 0,002 tot 0,06 %. Bij gonorrhoe, de meeste besmettelijke soa, is dat 1,02 tot 1,54 %. Hoewel die laatste kans nagenoeg gelijk is aan de kans op overdracht bij HIV of hepatitis B, geldt mijns inziens ook dan dat het gevaar op besmetting ook dan tot toelaatbare hoogte is ingeperkt. Het ook dan aannemen van een waarschuwingsplicht zou daarnaast ook op gespannen voet kunnen staan met het recht op privacy van de drager.²⁵⁶ Bij juist condoomgebruik is er mijns inziens dan ook altijd sprake van een adequate voorzorgsmaatregel, waardoor de onrechtmatigheid wordt weggenomen.

Bij onjuist gebruik van het condoom kan men daarover twisten. Mijns inziens moet de drager zich inspannen voor en toezien op een juist gebruik van het condoom en de deugdelijkheid van het condoom zelf,²⁵⁷ onafhankelijk of hij de gebruiker van het condoom is of niet. Zonder dat kan er niet van een adequate voorzorgsmaatregel gesproken worden. Laat hij dit na, dan handelt hij alsnog onrechtmatig. In die zin is hij 'beter' af als hij zijn sekspartner waarschuwt. Bij het toezien op een juist gebruik mag echter van hem ook niet het onmogelijke gevraagd worden. Handelingen van de ander die buiten de lijn der normale verwachtingen of buiten zijn invloedssfeer liggen en leiden tot onjuist gebruik komen dienen niet voor zijn rekening te komen.

Wel geldt hierbij dat het scheuren van het condoom met zich meebrengt dat er alsnog een risico op besmetting ontstaat. Onafhankelijk of er sprake is van juist gebruik of onjuist gebruik, ontstaat mijns inziens op dat moment alsnog de plicht voor de drager om zijn sekspartner in te lichten over het aanwezige risico. Daardoor kan immers eventuele schade weggenomen worden, doordat de sekspartner kan starten met preventieve medicatie bij HIV en hepatitis B dan wel zich kan laten testen en behandelen, waardoor (ernstige) schade door soa's als chlamydia en gonorrhoe voorkomen kan worden. Ook dan blijft echter overeind dat hij bij juist gebruik dan wel bij onjuist gebruik dat buiten zijn invloedssfeer ligt, niet onrechtmatig handelt. Voor besmetting of de schade door besmettingsangst kan hij dan niet aansprakelijk gehouden worden, tenzij deze voorkomen had kunnen worden door een inlichting van hem op het moment waarop het besmettingsrisico alsnog ontstond.

Bij condoomgebruik geldt voorts nog dat het enkel aansturen daarop niet voldoende is. Daardoor wordt het gevaar immers nog niet weggenomen. Wil de sekspartner van

²⁵⁴ Bij de 'bezwaarlijkheid' van voorzorgsmaatregelen is ook ruimte voor de belangen van de laedens, zie K.J.O. Jansen 2012, p. 402; Van Dam 2000, p. 206.

²⁵⁵ Bodemeier, Hill & White 2008.

²⁵⁶ Zie paragraaf 3.2.2.

²⁵⁷ Gedacht kan worden aan de houdbaarheid van het condoom en het in tact zijn van het condoom.

het gebruik van condooms afzien, dan dient de drager alsnog te waarschuwen. Bij de beslissing om van condoomgebruik af te zien van de sekspartner ontbreekt immers de relevante kennis omtrent het risico. Althans, hij onderkent dat risico niet voldoende. Zoals gezegd speelt namelijk ook de te verwachten oplettendheid en onvoorzichtigheid bij de adequaatheid van de voorzorgsmaatregelen een rol.²⁵⁸

Kiest de drager ervoor om zijn sekspartner te waarschuwen, dan vereist dit mijns inziens dat de drager ook mededeelt met welke soa hij besmet is. Weet hij dit zelf niet, dan zou hij kunnen mededelen dat hij mogelijk besmet is met een soa. Of dat geldt als een voldoende effectieve waarschuwing, kan betwist worden. Zelf denk ik echter dat een dergelijke mededeling een normaal mens wel zal aanzetten tot veilig seksueel contact.

3.3 Toerekening

Voor wat betreft de toerekening geldt dat de daad aan de dader moet kunnen worden toegerekend op basis van schuld of op basis een van oorzaak die op grond van de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de dader komt.²⁵⁹ Voor toerekening op basis van schuld is plaats indien de gedraging de dader verweten kan worden.²⁶⁰ Bij deze verwijtbaarheid gaat het om wat de dader in casu verweten kan worden en niet om wat een ander in soortgelijke omstandigheden verweten zou kunnen worden, hoewel deze objectivering natuurlijk wel een indicatie vormt voor de concrete, subjectieve verwijtbaarheid.²⁶¹

Wanneer de dader gehandeld heeft in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid is deze verwijtbaarheid doorgaans gegeven.²⁶² De schending van een zorgplicht jegens een ander impliceert immers dat er anders gehandeld kon worden en dat er anders gehandeld had moeten worden. Voor wat betreft de in de vorige paragraaf beschreven schending van de zorgplicht van de drager kan er dan ook toegerekend worden op basis van schuld.

Voor wat betreft de rechtsinbreuk geldt dat niet anders. De onrechtmatige aantasting van de lichamelijke en/of geestelijke integriteit van de sekspartner had hij kunnen voorkomen door enerzijds het contact veilig aan te gaan, dan wel door de sekspartner in te lichten over het mogelijke risico. Door beide na te laten handelt hij verwijtbaar. Ook wanneer hij zelf niet op de hoogte is van het feit dat hij besmet is, in het kader waarvan ik wil verwijzen naar hetgeen ik overwoog in de paragrafen 3.2.2 en 3.2.3.1. Dit betekent dat er ook dan op basis van schuld kan worden toegerekend.

²⁵⁸ Tjong Tjin Tai 2005, § 5.2.

²⁵⁹ Art. 6:162 lid 3 BW.

²⁶⁰ K.J.O. Jansen 2012 (Groene Serie Onrechtmatige daad), art. 6:162 lid 3 BW, aant. 6.

²⁶¹ Asser/Hartkamp & Sieburg (6-IV*), nr. 106.

²⁶² Spier e.a. 2009, p. 87; K.J.O Jansen (Groene Serie Onrechtmatige daad), aant. 7.3 bij art. 6:162 lid 3 BW. In deze aantekening wordt een overzicht gegeven van de discussie in de literatuur over of schuld zelfstandige betekenis heeft in geval het gaat om handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Zie Asser/Hartkamp & Sieburg 2012 (6-IV*), nr. 104 e.v.

3.4 Relativiteit

De relativiteit geeft evenmin problemen. Zowel de rechten op lichamelijke en geestelijke integriteit als de geschonden zorgplicht strekken immers per definitie tot zowel de bescherming van de sekspartner als tegen de schade die deze bij schending daardoor lijdt.²⁶³ Zowel in geval er sprake is van (angst)schade door blootstelling als in geval er sprake is van besmetting.

3.5 Conclusie

In de vorige paragrafen is vast komen te staan dat het blootstellen van iemand aan een besmettingsrisico zowel op grond van rechtsinbreuk als op grond van strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid kan worden aangemerkt als onrechtmatig. Ook wanneer de drager zelf niet op de hoogte is van zijn status. Daarnaast kan de bekendheid van de sekspartner met een algemeen risico de onrechtmatigheid niet wegnemen. Het risico dat door de drager in het leven geroepen wordt, blijft daarmee onverantwoord. Daarnaast kan de algemene bekendheid met een risico niet leiden tot een 'rechtmatige' rechtsinbreuk vanwege instemming.

Wil de drager aan aansprakelijkheid ontkomen, dan zal hij zijn sekspartner moeten waarschuwen voor het risico dan wel het risico weg moeten nemen door condoomgebruik. Ontstaat er een besmettingsrisico doordat bij veilig seksueel contact het condoom scheurt, dan kan de gedraging slechts onrechtmatig zijn op grond van strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Zoals beschreven komt het daarbij aan op de vraag of er sprake was van juist dan wel onjuist gebruik van het condoom. Is er sprake van juist gebruik of valt het onjuiste gebruik buiten zijn invloedssfeer, dan dient hij zijn sekspartner alsnog te waarschuwen voor het ontstane risico ter voorkoming van verdere schade. Laat hij dit na, dan handelt hij onrechtmatig en kan hij aansprakelijk gehouden worden voor de schade die uit dit nalaten voortvloeit.

Aansluitend heb ik beschreven dat noch de toerekenbaarheid noch de relativiteit aan aansprakelijkheid in de weg kunnen staan. In het volgende hoofdstuk zal ik ingaan op de vereisten van schade en causaal verband. Als ook daaraan voldaan is, staat de aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW van de drager vast.

²⁶³ C.H.M. Jansen 2009, p. 50.

Hoofdstuk 4 Schade en de omvang van de vergoedingsplicht

4.1 Inleiding

Naast de in het vorige hoofdstuk beschreven onrechtmatigheid, toerekenbaarheid en relativiteit, dient er sprake te zijn schade en causaal verband, wil er aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW kunnen ontstaan. In paragraaf 2 ga ik allereerst in op de schade, waarbij ik meteen ook in zal gaan op welke schade op grond van de wet voor vergoeding in aanmerking komt en in welke omvang de schade vergoed dient te worden. In paragraaf 3 ga ik in op het vereiste van causaal verband tussen de schade en de onrechtmatige gedraging, waarbij ik ook aandacht zal besteden aan de eventuele bewijsproblemen die hier kunnen ontstaan. In paragraaf 4 kom ik vervolgens terug op het in de inleiding besproken beginsel van eigen verantwoordelijkheid, en of dat beginsel van invloed is op de omvang van de schadevergoedingsplicht van de drager. Ook zal ik in dit hoofdstuk nog aandacht besteden aan of de incubatietijd problemen kan geven bij aansprakelijkstelling, vanwege verjaring van de vordering (§ 4.5). In paragraaf 6 sluit ik dit hoofdstuk af met een korte conclusie.

4.2 (Vergoedbare) schade

In het vorige hoofdstuk heb ik vastgesteld dat zowel de daadwerkelijke besmetting als de blootstelling aan een besmettingsrisico kan worden aangemerkt als een onrechtmatige gedraging. Het spreekt voor zich dat in de eerste situatie voldaan is aan het vereiste van schade. In principe komt dan alle vermogensschade en immateriële schade die hij door de besmetting geleden heeft of lijdt, voor vergoeding in aanmerking. Voor dat laatste, de vergoeding van immateriële schade wegens het lichamelijk en/of geestelijk letsel,²⁶⁴ maakt het natuurlijk wel verschil met welke soa de sekspartner besmet is geraakt alsook op welk moment hij daarachter is gekomen. Hoewel het chlamydia-besmetting in principe slechts om tijdelijk ongemak gaat, dat kan worden weggenomen door een antibioticakuur, kan niet-behandeling leiden tot ernstige schade zoals onvruchtbaarheid. In dat geval is er uiteraard plaats voor een hogere smartengeldvergoeding. En natuurlijk springt HIV op dit punt in het oog, vanwege het aanzienlijke lichamelijke en geestelijke letsel. De vergoeding voor immateriële schade zal bij HIV dan ook het hoogst zijn, waarbij op grond van de jurisprudentie uitgegaan kan worden van een bedrag ad € 136.134,--,²⁶⁵ behoudens de omstandigheden van het geval waaronder de aard van de aansprakelijkheid en de zwaarte van het verwijt dat de drager treft.²⁶⁶

²⁶⁴ Lichamelijk letsel wordt in tegenstelling tot geestelijk letsel uitdrukkelijk genoemd in art. 6:106 lid 1 sub b BW. De vergoeding van schade op basis van geestelijk letsel wordt gebaseerd op aantasting van de persoon op 'andere wijze' van art. 6:106 lid 1 sub b BW. Zie M. Jansen 2005, p. 7.

²⁶⁵ Pres. Rb. Amsterdam 31 januari 1991, *KG* 1991, 79 welke vaststelling tevergeefs bestreden werd in Hof Amsterdam 27 juni 1991, *VR* 1991, 142 en HR 8 juli 1992, *NJ* 1992, 714. Met indexering zou dit bedrag thans nog hoger uit kunnen komen, zie M. Jansen 2005, p. 10. Aan de andere kant was het behandel- en levensperspectief in 1991, doordat de kans op AIDS en de dood vele malen groter was, minder goed dan nu. Dit is een omstandigheid die van (negatieve) invloed kan zijn op de bepaling van de uiteindelijke hoogte.

²⁶⁶ In de bewoordingen 'naar billijkheid' van art. 6:106 lid 1 BW ligt een discretionaire bevoegdheid besloten, die het de rechter zelfs mogelijk maken om te besluiten om geen schadevergoeding toe te kennen, zie HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. Brunner). Zie voor wat betreft de factoren die hierbij een rol spelen ook HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61 (concl. A-G; *Wrongful birth II*; m.nt. Wissink).

Maar ook in het geval van blootstelling kan er sprake zijn van schade, en wel wanneer de sekspartner door de blootstelling in onzekerheid komt te verkeren over het al dan niet besmet zijn. Levine & Stolker spreken hier van 'angstschade'.²⁶⁷ Daarbij maakt het uiteraard wel verschil met welke soa men mogelijk besmet is geraakt. Niet alleen vanwege de specifieke gezondheidsschade waarvoor men moet vrezen, maar ook vanwege het moment waarop betrouwbaar getest kan worden. Waar er bij de andere soa's meteen betrouwbaar getest kan worden, is dat bij HIV niet altijd zo, vanwege het feit dat het virus in de eerste maanden nog niet detecteerbaar is in het bloed. Ook bij blootstelling kan er om die reden aansprakelijkheid zijn, tenzij 'angstschade' ontbreekt. Bijvoorbeeld wanneer iemand pas achter een gelopen besmettingsrisico komt nadat hij uit eigener beweging al een soa-test ondergaan heeft en weet dat hij niet besmet is geraakt. Dan kan er geen sprake zijn van schade. Want: *'Want wie zijn leed niet kent, lijdt niet.'*²⁶⁸

Bij (zuiver) geestelijk letsel als angstschade, geldt er wel een ondergrens, wil men aanspraak kunnen maken op vergoeding. Het letsel moet naar objectieve maatstaven vast te stellen en daarnaast meer omvatten dan alleen psychisch ongemak.²⁶⁹ Wanneer de sekspartner meteen kan testen of hij besmet is geraakt, of wanneer hij achter het gelopen risico komt op het moment dat er betrouwbaar getest kan worden, kan betwijfeld worden of dat beantwoordt aan de ondergrens. De Rechtbank Middelburg wees evenwel in 2010 een bedrag ad € 750,-- toe aan immateriële schadevergoeding voor een bijtewond waaruit angst voor een hepatitis- of HIV-besmetting was voortgekomen.²⁷⁰ Terwijl in dat geval ook meteen preventieve medicatie had kunnen worden toegediend, waardoor besmetting voorkomen had kunnen worden. De uitspraak zegt daar helaas niets over. Op het punt van preventieve medicatie alsook het laten voortduren van angstschade door niet te testen, kom ik in paragraaf 4.2.2 nog terug in het kader van de schadebeperkingsplicht van de sekspartner. Voor nu wil ik nog opmerken dat zuiver geestelijk letsel niet slechts kan lijden tot immateriële schade, maar ook tot materiële schade. Zoals door de kosten van de test. Of door tijdelijk inkomensverlies (bijvoorbeeld bij freelancers), wanneer hij ten gevolge van de angst verminderd functioneert. Als die schade in voldoende mate verband houdt met de angst vanwege de blootstelling, komt ook deze schade voor vergoeding in aanmerking.²⁷¹ Daarnaast geldt dat de kosten voor vaststelling van schade en aansprakelijkheid (zoals de test) vergoed dienen te worden, onafhankelijk van of de sekspartner besmet is geraakt.²⁷²

Denkbaar is voorts nog dat de sekspartner niet zozeer schade lijdt vanwege angst omtrent het al dan niet besmet zijn, bijvoorbeeld omdat hij meteen kan testen, maar juist vanwege het feit dat de drager hem relevante informatie onthouden heeft, als gevolg waarvan hij besmet had kunnen raken. Ik doel daarbij op het ontbreken van informed consent in het kader van zijn recht op seksuele zelfbeschikking. Erkend is dat ook de schending van een fundamenteel recht aanleiding kan geven tot

²⁶⁷ Levine & Stolker 1996.

²⁶⁸ Levine & Stolker 1996, p. 888.

²⁶⁹ M. Jansen 2005, p. 6, waarin verwezen wordt naar HR 9 mei 2003, *NJ* 2005, 168 (Beliën/Noord-Brabant) en HR 29 december 2003, *NJ* 2004, 348 (S.J./Staat).

²⁷⁰ Rb. Middelburg 23 augustus 2010, *NJF* 2011, 164.

²⁷¹ Zie de volgende paragraaf over het causaal verband tussen schade en de onrechtmatige gedraging.

²⁷² HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 50 (concl. P-G Hartkamp; *Bravenboer/London*; m.nt. Vranken). Zie hierover onder meer Tjong Tjin Tai 2003, p. 184-185.

vergoeding van immateriële schade, ook wanneer er géén lichamelijk of geestelijk letsel is ontstaan.²⁷³ Wel geldt dient de aard van het aangetaste recht en de ernst van de inbreuk dan van voldoende gewicht te zijn.²⁷⁴ Mijns inziens kan de aantasting van het recht op seksuele zelfbeschikking door de schending van de informatieplicht binnen een monogame relatie daar zeker wel onder gerekend worden, op grond waarvan ook dan eventuele geleden immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt. Buiten het verband van een monogame relatie vind ik dat twijfelachtiger, aangezien de sekspartner dan wel op de hoogte was van een algemeen risico, zij het dat de drager hem dan had moeten voorlichten over het concrete risico.

In alle bovengenoemde gevallen is er aldus schade, die op grond van de wet voor vergoeding in aanmerking komt. Dit betekent dat de drager in beginsel verplicht is om de geleden schade volledig te vergoeden.²⁷⁵ Slechts het ontbreken van voldoende causaal verband dan wel eigen schuld van de sekspartner kan daaraan in de weg staan, waarop ik in de volgende paragrafen nog in zal gaan. Voor nu wil ik nog wijzen op een omstandigheid die mogelijk kan leiden tot matiging van de vergoedingsplicht op grond art. 6:109 BW. Veel verzekeraars hanteren namelijk een uitsluitingsclausule ten opzichte van seksuele handelingen, waardoor de schade die de drager verplicht is te vergoeden bij aansprakelijkheid, mogelijk niet gedekt wordt.²⁷⁶ Hoewel slechts bedoeld is om dekking uit te sluiten ten aanzien van voor het slachtoffer ongewenste seksuele handelingen (zoals verkrachting en misbruik, welk waarbij immers ook sprake is van (voorwaardelijk) opzet), is het de vraag hoe dit uitpakt bij een soa-besmetting. Dan is de seksuele handeling immers ook op te vatten als 'ongewenst' voor het slachtoffer.²⁷⁷ Of de drager daarbij een succesvol beroep kan doen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid voor wat betreft de uitleg van de clausule,²⁷⁸ moet afgewacht worden. Temeer nu de belangen van het slachtoffer bij die afweging geen rol spelen en verzekeraars daarnaast vrijheid toekomt bij het afbakenen van de dekkingsomschrijving.²⁷⁹ Het zal daarbij aankomen op welk gewicht er wordt gehecht aan de maatschappelijke en persoonlijke belangen van de drager,²⁸⁰ maar ook op grond daarvan moet betwijfeld worden of de clausule niet overeind blijft. Ingevolge het arrest van 23 april 2010

²⁷³ M. Jansen 2005, p. 7 en de noot van Wissink bij HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 62 (concl. A-G Hartkamp; *Wrongful birth II*; m.nt. Wissink).

²⁷⁴ Zie de noot van Wissink bij HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 62 (concl. A-G Hartkamp; *Wrongful birth II*; m.nt. Wissink), waar hij ook verwijst naar de conclusie van A-G Hartkamp bij HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (concl. P-G Hartkamp; *Kelly*; m.nt. Vranken).

²⁷⁵ Klaassen 2007, p. 5.

²⁷⁶ HR 23 april 2010, *NJ* 2010, 454 (concl. A-G Rank-Berenschot; *Jansen/Fortis*; m.nt. Mendel). Voor wat betreft opzetclausules geldt dat deze beperkt uitgelegd worden. Slechts die schade die de verzekerde met zijn handelen beoogde of waarvan hij zich bewust was dat deze het gevolg van zijn handelen zou zijn, kan uitgesloten worden van dekking. Zie HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 220, r.o. 3.4 (concl. A-G Strikwerda; *AEGON/Van der Linden*; m.nt. Mendel) en HR 18 oktober 1996, *NJ* 1997, 326 (concl. A-G Bloembergen; *Nationale Nederlanden/Veerman*; m.nt. Mendel), waarnaar de Hoge Raad expliciet verwijst in eerstgenoemd arrest. Dit heeft tot gevolg dat de uitsluiting van dekking op grond van een opzetclausule niet snel zal spelen, omdat voorwaardelijk opzet of culpa niet voldoende is om dekking uit te sluiten. Zie Van Dam 2000, p. 266. Overigens is in de Groninger HIV-zaak 'opzettelijk en met voorbedachten rade' ten laste gelegd (HR 27 maart 2012, *LJN* BT6362 (concl. A-G Silvis; *Groninger HIV*)). Mocht er een veroordeling volgen, dan zou dit kunnen betekenen dat de dekking in dit specifieke geval wel uitgesloten kan worden.

²⁷⁷ Wansink 2006, p. 296.

²⁷⁸ Art. 6:248 lid 2 BW.

²⁷⁹ HR 9 juni 2006, *NJ* 2006, 326 (concl. A-G Spier; *Zweeftoestel*).

²⁸⁰ HR 23 april 2010, *NJ* 2010, 454, r.o. 3.27 (concl. A-G Rank-Berenschot; *Jansen/Fortis*; m.nt. Mendel).

moet de dekkingsuitsluiting, wil zij beperkt uitgelegd worden in het kader van de redelijkheid en billijkheid in die zin dat de schade wel gedekt wordt, 'onaanvaardbaar' zijn op grond van de redelijkheid en billijkheid.²⁸¹ Gezien het door A-G Berenschot aangehaalde art. 3:12 BW zouden de maatschappelijke belangen, en meer in het bijzonder de volksgezondheidsbelangen, wellicht een opening bieden voor een beperkte uitleg van de clause, waarbij enkel de schade die opgelopen wordt door handelingen waarbij de vrijwilligheid door dwang ontbreekt, wordt uitgesloten.²⁸² Mocht dat niet het geval zijn, en dekking aldus uitgesloten zijn, zou dit aanleiding kunnen geven tot matiging van de verplichting tot schadevergoeding van de drager. Uiteraard hangt het daarbij van de hoogte van de schade alsook de persoonlijke financiële omstandigheden van de dader af.²⁸³

4.3 Causaal verband

In het 'dientengevolge' van art. 6:162 lid 2 BW ligt besloten dat er sprake moet zijn van een oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade, het zogenaamde *condicio sine qua non*-verband. Daarbij gaat het om de vraag of het aannemelijk is dat de schade ook zonder de onrechtmatige daad zou zijn ontstaan.²⁸⁴ Zonder dat verband kan er geen aansprakelijkheid bestaan, omdat de schade dan niet door de dader veroorzaakt is. Anders dan bij art. 6:98 BW, waarin is neergelegd dat slechts de schade die in voldoende causaal verband staat tot de gedraging voor vergoeding in aanmerking komt, gaat het daarbij om een feitelijk oordeel.²⁸⁵ Aangezien ook bij art. 6:98 BW de vraag naar het zogenaamde *conditio sine qua non*-verband aan de orde komt, alvorens toekomt aan de vraag of de schade in redelijkheid kan worden toegerekend,²⁸⁶ maak ik in het navolgende geen onderscheid tussen art. 6:162 BW en art. 6:98 BW.

Bij onveilig seksueel contact door een drager van een soa is het *conditio sine qua non*-verband tussen zowel besmetting als de schade door blootstelling in principe gegeven. Ook wanneer de onrechtmatigheid gegrond wordt op de rechtsinbreuk op de lichamelijke en/of geestelijke integriteit. Het gaat dan niet zozeer om de bescherming tegen gezondheidsschade, doch om de bescherming van de zelfbeschikking van de sekspartner in dat kader. Tegen dat licht moet ook de mededelingsplicht van de drager geplaatst worden, gelijk die van de arts in het kader van medische handelingen waarvoor toestemming vereist is. Voor causaal verband tussen schade en de schending van de mededelingsplicht, komt het daarbij aan op de vraag of een *redelijk* handelende sekspartner ook ingestemd zou met het onveilige seksuele contact, wanneer hij vooraf wel over het risico geïnformeerd

²⁸¹ HR 23 april 2010, *NJ* 2010, 454, r.o. 3.6 (concl. A-G Rank-Berenschot; *Jansen/Fortis*; m.nt. Mendel). Welbeschouwd ging het in dit arrest om een beroep van het slachtoffer op de redelijkheid en billijkheid in relatie tot de uitsluitingsclausule. De vordering was namelijk aan haar gecedeerd. Hoewel aan het slachtoffer een dergelijk beroep niet toekomt, overwoog de Hoge Raad wel hoe een beroep van de verzekerde zelf uitpakkt zou hebben.

²⁸² HR 23 april 2010, *NJ* 2010, 454, r.o. 3.27 (concl. A-G Rank-Berenschot; *Jansen/Fortis*; m.nt. Mendel).

²⁸³ Art. 6:109 lid 1 BW.

²⁸⁴ C.H.M. Jansen 2009, p. 50.

²⁸⁵ Boonekamp 2012 (Groene Serie Schadevergoeding), art. 6:98 BW, aant. A2; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-II*), nr. 51.

²⁸⁶ Boonekamp 2012 (Groene Serie Schadevergoeding), art. 6:98 BW, aant. 4.

was.²⁸⁷ Of anders gezegd: of de schade ook ontstaan zou zijn wanneer de drager hem wel ingelicht had. Een vraag waarop het antwoord voor zich spreekt.

Wel kunnen er problemen met betrekking tot het causaal verband ontstaan wanneer de sekspartner kort voor of kort na de drager onveilig seksueel contact heeft gehad met een ander of anderen, die met dezelfde soa als de drager besmet is of zijn.²⁸⁸ In die situatie is er sprake van alternatieve causaliteit: de schade kan het gevolg zijn van twee (of meer) gebeurtenissen waarvoor steeds een andere persoon aansprakelijk is.²⁸⁹ Hartkamp & Sieburgh spreken hier van 'afzonderlijk werkende oorzaken'.²⁹⁰ Hoewel dergelijke scenario's wellicht wat tot de verbeelding spreken, bewijst de jurisprudentie dat deze zich wel degelijk voor kunnen doen.²⁹¹ In strafrechtelijk verband stonden deze zelfs aan aansprakelijkheid in de weg, omdat niet was vast komen te staan dat de alternatieve scenario's 'hoogst onwaarschijnlijk' waren.²⁹² Dat roept de vraag op of eventuele alternatieve oorzaken ook in het civiele recht aan aansprakelijkheid in de weg kunnen staan.

Het antwoord daarop luidt ontkennend. Het *conditio sine qua non*-verband vergt geen absolute maar een redelijke mate van zekerheid dat de schade door de onrechtmatige gedraging veroorzaakt is.²⁹³ Is daarvan sprake, dan komt art. 6:99 BW het slachtoffer tegemoet bij alternatieve causaliteit. In casu brengt dit artikel met zich mee dat als vaststaat dat de schade tenminste door één van deze contacten is ontstaan, de vergoedingsplicht op ieder der mogelijke besmetters rust.²⁹⁴ Waarbij het aan de onderscheidenlijke besmetters is om te bewijzen dat de schade niet door hem veroorzaakt is.²⁹⁵ Het causale verband zal om die reden niet snel aan aansprakelijkheid in de weg staan.

Daarenboven zou ook de omkeringsregel hier de sekspartner weleens tegemoet kunnen komen ter zake van het bewijs van het *conditio sine qua non*-verband.²⁹⁶ Voor toepassing daarvan is vereist dat de schending van de norm moet strekken tot het voorkomen van een specifiek gevaar, welk gevaar door de normschending

²⁸⁷ Bij medische handelingen gaat het hier om het criterium van de 'redelijke' patiënt. Zie Asser/Tjong Tjin Tai 2012 (7-IV*), nr. 418 en 454; Hendrix 2007; De Ridder 2000. Dit sluit ook aan bij de werking van de wijsgebreken.

²⁸⁸ Hoewel het precieze tijdstip van overdracht niet kan worden vastgesteld, kan wel vastgesteld worden hoe lang men ongeveer besmet is. Zie daarvoor de overwegingen van de deskundigen in HR 27 maart 2012, LJV BT6362 (concl. A-G Silvis; *Groninger HIV*) en Hof Leeuwarden 22 januari 2010, NJFS 2010, 112 (*Groninger HIV*). Als er langere tijd tussen de verschillende contacten zit, speelt dit probleem dan ook niet, omdat dan 'vast' staat dat de drager verantwoordelijk is voor de besmetting. Het feit dat de besmetting ook later door een ander veroorzaakt zou kunnen zijn (hypothetische causaliteit), onthefte hem niet van aansprakelijkheid. Zie Asser/Hartkamp & Sieburg 2012 (6-II*), aant. 89.

²⁸⁹ Spier e.a. 2009, p. 282. Een sprekend voorbeeld van alternatieve causaliteit kan gevonden worden in HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 (concl. A-G Hartkamp; *DES-dochters*; m.nt. Brunner).

²⁹⁰ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-II*), aant. 87.

²⁹¹ Rb. Zwolle-Lelystad 3 april 2012, LJV BW0706; HR 27 maart 2012, LJV BT6362 (concl. A-G Silvis; *Groninger HIV*).

²⁹² HR 27 maart 2012, LJV BT6362 (concl. A-G Silvis; *Groninger HIV*). Zie paragraaf 2.4.3.

²⁹³ Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-II*), aant. 87.

²⁹⁴ Daarbij geldt natuurlijk wel dat ten aanzien van deze personen aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid moet zijn voldaan. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-II*), nr. 92. Hartkamp & Sieburg verwijzen hier naar HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 (concl. A-G Hartkamp; *DES-dochters*; m.nt. Brunner).

²⁹⁵ Art. 6:99 BW; Van Dam 2000, p. 189. Zie ook Boonekamp 2012 (Groene Serie Schadevergoeding), art. 6:98 BW, aant. 13.

²⁹⁶ Dit is een uitzondering op de hoofdregel van art. 150 Rv. Zie Klaassen 2007, p. 58 e.v.

aanmerkelijk vergroot wordt.²⁹⁷ Als dat gevaar zich verwezenlijkt heeft, is daarmee het causaal verband tussen de normschending en de schade gegeven, waarbij het aan de laedens is om te bewijzen dat de schade ook zonder zijn gedraging zou zijn ontstaan.²⁹⁸ Aangezien de zorgplicht van de drager, onafhankelijk van of deze op basis van rechtsinbreuk dan wel de maatschappelijke zorgvuldigheid wordt aangenomen, juist strekt tot bescherming van de sekspartner tegen besmetting, welk risico concreet werkelijkheid wordt door een schending daarvan, zie ik wel grond voor toepassing daarvan. Met name ook gezien het Skeeler-arrest, waarin de omkeringsregel ook werd toegepast ten aanzien van het nalaten van het dringend adviseren tot het dragen van een helm, ter voorkoming van hoofdletsel.²⁹⁹ Mijns inziens kan het door de drager in het leven geroepen gevaar ook zo opgevat worden dat daaronder ook de kans op schade door blootstelling begrepen wordt, aangezien ook dat gevaar voorzienbaar is voor de drager, waardoor ook dan ruimte voor toepassing van de omkeringsregel zou bestaan.

Art. 6:98 BW vereist vervolgens dat de schade naar redelijkheid kan worden toegerekend aan de laedens, waarbij de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade een rol spelen. Andere factoren die op grond van de Memorie van Antwoord bij art. 6:98 BW en de jurisprudentie genoemd kunnen worden zijn de voorzienbaarheid of waarschijnlijkheid, de aard van de overtreden norm, de aard van de gedraging, de verwezenlijking van een in het leven geroepen risico en de vraag of de schade niet in een te ver verwijderd verband met de onrechtmatige gedraging staat.³⁰⁰ Het feit dat het bij besmetting gaat om de verwezenlijking van het door de drager in het leven geroepen besmettingsrisico, brengt met zich mee dat in beginsel alle daaruit voortvloeiende schade in beginsel aan de drager valt toe te rekenen.³⁰¹ Maar ook voor wat betreft de schade door blootstelling zie ik, gezien de aard van de mogelijke schade en de ernst van de door hem geschonden zorgplicht, geen reden op basis waarvan deze schade niet in redelijkheid aan de drager zou kunnen worden toegerekend.

4.4 De invloed van eigen schuld op de vergoedingsplicht

4.4.1 Eigen schuld en het uitgangspunt van eigen verantwoordelijkheid

Omstandigheden die voor rekening van de het slachtoffer kunnen de omvang van de vergoedingsplicht beïnvloeden, in die zin dat een deel van de schade voor zijn rekening kan komen.³⁰² Tenzij de billijkheid anders eist, wordt de schade verdeeld over het slachtoffer en de drager, naar evenredigheid van ieders aandeel in de schade.

²⁹⁷ Klaassen 2007, p. 67.

²⁹⁸ Klaassen 2007, p. 59.

²⁹⁹ Zie over dit arrest ook de volgende paragraaf. Klaassen (2007, p. 65) wijst in dit verband ook nog op de overschrijding van een alcoholnorm in het verkeer.

³⁰⁰ Boonekamp 2012 (Groene Serie Schadevergoeding), art. 6:98 BW, aant. 26. Boonekamp geeft hierin een overzicht van de omvangrijke literatuur en jurisprudentie over de toerekening naar redelijkheid.

³⁰¹ Boonekamp 2012 (Groene Serie Schadevergoeding), art. 6:98 BW, aant. 29.5. Boonekamp wijst hier onder meer op HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 (concl. A-G Mok; *Dicky Trading I*; m.nt. Luijten), HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 (concl. A-G Vranken; *Wrongful birth I*; m.nt. Brunner) en de jurisprudentie op het gebied van effectenleaseproducten.

³⁰² Art. 6:101 BW.

Bij onveilig seksueel contact is zoals gezegd sprake van een algemeen risico op soa's, hetgeen ook de sekspartner buiten een monogame relatie bekend is. Die bekendheid levert echter geen instemming met dat risico op voor wat betreft de rechtsinbreuk, noch heft deze de zorgplicht van de drager op. Voor wat betreft aansprakelijkheid zijn er dan ook geen gevolgen verbonden aan de bekendheid met het algemene risico van de sekspartner. Daarmee is echter niet gezegd dat daaraan geen gevolgen dienen verbonden te worden in het kader van eigen schuld. Met name kan hierbij gedacht worden aan de oude figuur van risicoaanvaarding. Van risicoaanvaarding is sprake indien een iemand zichzelf vrijwillig in een gevaarvolle situatie brengt.³⁰³ Of anders gezegd: als men het risico dat in het leven geroepen wordt door een bepaalde gedraging aanvaardt. Een sprekend voorbeeld hiervan is het Circusezel-arrest.³⁰⁴ In deze zaak was Spekman ten val gekomen nadat hij op de ongezadelde circusezel van Mullens was gestapt. Mullens had daarop naar voren gebracht dat Spekman zich vrijwillig had blootgesteld aan een risico van algemene bekendheid, namelijk het gevaar van vallen, waardoor hij niet aansprakelijk zou zijn voor de veroorzaakte schade. De Hoge Raad overweegt echter dat Mullens Spekman uitnodigde om het dier ongezadeld te berijden, waarbij hij er rekening mee had te houden dat Spekman onervaren was en Mullens daarnaast van de grote risico's die dat met zich meebracht op de hoogte was. Mullens kan zich dan ook niet aan aansprakelijkheid onttrekken door te stellen dat Spekman de aan het berijden van een dier verbonden risico's aanvaard heeft, nu hij zelf op de hoogte was van deze risico's en Spekman uitgelokt heeft om deze te nemen.³⁰⁵ Het door Spekman genomen risico kan dan ook hoogstens leiden tot een vermindering van de vergoedingsplicht. Thans geldt dat risicoaanvaarding als rechtvaardigingsgrond verlaten is.³⁰⁶ Wel spelen de door een slachtoffer genomen risico's, gelijk de slotoverweging in het Circusezel-arrest, een rol in het kader van de bepaling van de mate van eigen schuld en daarmee de omvang van de vergoedingsverplichting.³⁰⁷

Dat blijkt ook uit het al eerder genoemde Skeeler-arrest. In die zaak ging het om een vrouw die tijdens het skeeleren op haar hoofd viel, waaraan zij overleed. Hoewel de skeeleraar in kwestie bekend mocht worden verondersteld met algemene gevaar van vallen en het belang van het dragen van beschermingsmateriaal, had de cursusleider haar echter moeten waarschuwen tegen het aan het niet dragen van een helm verbonden gevaar van hoofdletsel. Pas dan had zij een afgewogen beslissing kunnen maken omtrent het dragen van een helm. En had het niet dragen ervan aan haar toegerekend kunnen worden.³⁰⁸

Op grond van hetgeen ik eerder overwoog in het kader van de maatschappelijke zorgvuldigheid ben ik dan ook van mening dat het afzien van condoomgebruik door de sekspartner hem niet aangerekend kan worden dan wel zou kunnen leiden tot een vermindering van de vergoedingsplicht in het kader van eigen schuld.³⁰⁹ Dat zou pas

³⁰³ Smits 1997, p. 217.

³⁰⁴ HR 21 oktober 1988, *NJ* 1989, 729 (concl. A-G Biegman-Hartogh; *Circusezel*; m.nt. Brunner).

³⁰⁵ HR 21 oktober 1988, *NJ* 1989, 729, r.o. 3.3 (concl. A-G Biegman-Hartogh; *Circusezel*; m.nt. Brunner).

³⁰⁶ K.J.O. Jansen 2012 (Groene Serie Onrechtmatige daad), art. 6:162 lid 2 BW, aant. 190.2.

³⁰⁷ HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 622 (concl. A-G Biegman-Hartogh; *Dekker/Van der Heide*; m.nt. Brunner). Zie ook HR 25 oktober 2002, *NJ* 2004, 556 (concl. A-G Spier; *Paardrijles*; m.nt. Hijma) waarin het gaat om iemand die ten val komt tijdens een paardrijles.

³⁰⁸ HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141, r.o. 3.3 (concl. P-G Hartkamp; *Skeeler*; m.nt. Brunner).

³⁰⁹ Anders: Vansweevelt 1989, die stelt dat het feit van '*it takes two to tango*' kan leiden tot vermindering van aansprakelijkheid.

anders zijn als de drager hem gewaarschuwd heeft voor het concreet aanwezige risico. Dat geldt nog sterker waar het niet veel voorkomende soa's betreft of HIV, vanwege de ernst van het letsel bij besmetting. Het feit dat de sekspartner wel rekening heeft te houden met het algemeen bekende gevaar van soa's bij onveilig seksueel contact, doet daaraan niet af. Het is de drager die hem op het concrete risico moet wijzen dan wel de veiligheidsmaatregelen dient te treffen om dit gevaar af te wenden. Daarbij geldt dat zelfs als de sekspartner wel een verwijt gemaakt zou kunnen worden, de billijkheidscorrectie, in relatie tot de ernst van het verwijt dat de drager gemaakt kan worden, naar mijn mening met zich meebrengt dat de vergoedingsplicht volledig op de drager blijft rusten. Ik wil hierbij verwijzen naar de gevallen waarin een beroep gedaan werd op eigen schuld wegens het niet dragen van een autogordel³¹⁰ en het meerijden met een dronken bestuurder.³¹¹

4.4.2 *De schadebeperkingsplicht van de (mogelijk) besmette sekspartner*

Art. 6:101 BW omvat naast de zojuist beschreven eigen schuld-correctie ook een plicht voor het slachtoffer om de schade te beperken. Anders dan bij de zojuist genoemde 'gewone' eigen schuld gaat het daarbij - kort door de bocht gezegd - niet zozeer om een aandeel in het ontstaan van de schade, maar om een aandeel in de omvang van de schade.³¹² Net zoals bij eigen schuld geldt dat het nalaten van de maatregelen ter beperking van schade door het slachtoffer wel in causaal verband moet staan tot de ingetreden schade en dient deze (vergroting van de) schade in redelijkheid aan het slachtoffer te kunnen worden toegerekend.³¹³

Wanneer de sekspartner op de hoogte is geraakt van een mogelijke besmetting met een soa, is het zaak dat hij zich laat testen en, bij een positieve testuitslag, laat behandelen. Met antibiotica of - waar het HIV betreft - met HIV-remmers. Stilzitten kan immers leiden tot ernstige gezondheidsschade. Denk aan onvruchtbaarheid bij een niet-tijdig behandelde chlamydia- of gonorrhoe-infectie. Of de ontwikkeling van AIDS bij HIV. Vraag is dan ook wat er van de sekspartner verwacht mag worden in relatie tot de schadebeperkingsplicht. Of met andere woorden: komt de verergering van de schade door (te lang) stilzitten voor zijn rekening?

Allereerst moet daarbij vooropgesteld dat de sekspartner dankzij de drager in deze positie is komen te verkeren.³¹⁴ Door toedoen van de drager wordt hij voor de keuze

³¹⁰ Rb. Utrecht 8 juli 2009, VR 2010, 82. De Rechtbank stelde hier vast dat de gelaedeerde weliswaar had bijgedragen aan het ontstaan van de schade door het niet-dragen van de autogordel, maar kwam op grond van de billijkheidscorrectie vanwege de ernst van de door de bestuurder gemaakte fouten toch tot een 100% vergoedingsplicht.

³¹¹ Hof Den Haag 19 juni 2007, VR 2010, 38 (*Titiheru/ZLM*). In deze zaak ging het zowel om het meerijden met een dronken bestuurder als het niet-dragen van een autogordel. Hier werd 10% eigen schuld aanwezig geacht, maar werd op grond van de billijkheid toch een vergoedingsplicht van 100 % vastgesteld vanwege de ernst van de door de bestuurder gemaakte fouten en diens gedrag. De jeugdigheid van de gelaedeerde speelde hier ook een rol. Zie ook HR 12 oktober 1992, NJ 1992, 620 (concl. A-G Strikwerda; *Geerts/Ten Dam*; m.nt. Brunner). Hartlief (2007, p. 2672 e.v.) is kritisch over deze correctie.

³¹² Boonekamp 2012 (Groene Serie Schadevergoeding), art. 6:101 BW, aant. 37.1. Boonekamp nuanceert deze stelling door nog een tussencategorie te noemen die wel betrekking heeft op het moment van ontstaan van de schade doch vooral bepalend is geweest voor de omvang van de schade (zoals het niet dragen van een veiligheidsgordel).

³¹³ Boonekamp 2012 (Groene Serie Schadevergoeding), art. 6:101 BW, aant. 38.2.

³¹⁴ Boonekamp 2012 (Groene Serie Schadevergoeding), art. 6:101 BW, aant. 40.2.

geplaatst om zich te laten testen en/of behandelen. Ten tweede gaat het hier om een medische behandeling, waar niemand toe verplicht kan worden. Om die redenen is voorzichtigheid geboden bij het verbinden van gevolgen aan het weigeren van een medische behandeling in het kader van de omvang van de schadevergoedingsplicht. Het weigeren van een test of een behandeling kan de sekspartner in dit kader dan ook slechts worden toegerekend indien hij in redelijkheid niet tot deze beslissing kon komen. Bij de invulling van deze redelijkheid bij het weigeren van een medische behandeling spelen factoren als de leeftijd van het slachtoffer, zijn gezondheid en medische voorgeschiedenis, de waarschijnlijkheid dat de behandeling tot herstel of tot een aanzienlijke verbetering zal leiden, de risico's die aan behandeling verbonden zijn en de pijn die daarmee samengaat een rol. Het uitgangspunt is dat iemand de gebruikelijke behandelingen wel dient te ondergaan, bij gebreke waarvan de schade die door het weigeren daarvan ontstaat, voor zijn rekening komt. Een operatie wordt in dat verband niet gezien als 'gebruikelijk', aangezien deze een fundamentele inbreuk op de integriteit van het lichaam maakt. In dat geval 'mag' het slachtoffer eerder weigeren.³¹⁵ Hem komt in dat verband ruimte toe om een afweging maken tussen enerzijds de risico's en mogelijke complicaties die op kunnen treden en anderzijds het afzien van de ingreep en het daarmee laten voortduren van de klachten.³¹⁶ Daarnaast maakt het verschil of het een aanbevolen operatie betreft of een operatie die tracht een levensbedreigende situatie te beëindigen. In het laatste geval kan het afzien daarvan en de schade die dientengevolge optreedt volgens Keirse wel (deels) voor rekening van het slachtoffer komen.

Voor wat betreft de situatie dat de sekspartner er achter komt dat hij mogelijk besmet is geraakt met een soa, geldt dat van hem verwacht mag worden dat hij zich laat testen. Doet hij dit niet, dan kan de verergering van de schade door het hieraan inherente niet-behandelen, voor zijn rekening komen. Daarbij is uiteraard wel vereist dat hij ervan op de hoogte is dat hij mogelijk besmet is geraakt met een soa door wetenschap over de status van de drager. Het door een asymptomatisch verloop of slechts vage symptomen niet op de hoogte zijn van een besmetting kan hem niet toegerekend worden als hij niet op de hoogte is van de status van de drager. Heeft hij echter kenbare of ernstige symptomen, ter zake waarvan hij het nalaat om een dokter te bezoeken, dan ligt het uiteraard anders. Het niet laten testen of behandelen kan dan wel gevolgen hebben.

Laat hij zich testen en komt vast te staan dat hij een soa heeft, dan maakt het voor wat betreft de schadebeperkingsplicht verschil of de aangewezen medische behandeling een antibioticakuur of het slikken van HIV-remmers betreft. Een antibioticakuur is een gangbare behandeling van relatief korte duur, welke doorgaans weinig bijwerkingen heeft. Het afzien daarvan – waardoor bijvoorbeeld onvruchtbaarheid optreedt – is een beslissing die de toets der redelijkheid niet snel zal doorstaan. Dit brengt met zich mee dat de gevolgen van de weigering (deels) voor rekening van het slachtoffer komen.

Bij HIV-remmers ligt dat anders. HIV-remmers strekken ertoe om te voorkomen c.q. te vertragen dat AIDS intreedt, wat tot de dood leidt. In die zin zou men dit als een

³¹⁵ Keirse 2002, p. 77.

³¹⁶ Keirse (2002, p. 77) verwijst op dit punt naar Rb. Amsterdam 24 oktober 1984, VR 1986, 60 (*Dreseler/Van Rijn*) en Hof Arnhem 9 maart 1982, NJ 1983, 109 (*Ruijsenaars/Van der Meulen*).

beëindiging van een levensbedreigende situatie kunnen zien, tot welke behandeling de besmette sekspartner gehouden is in het kader van de schadebepenkingsplicht. Feit is echter dat de ontwikkeling van AIDS niet altijd worden tegengegaan en er ook resistentie kan optreden. Daarnaast moeten de HIV-remmers dagelijks geslikt worden op gezette tijden, waarbij de bijwerkingen aanzienlijk en ernstig kunnen zijn. In aanmerking nemende dat het de drager is die de sekspartner in deze positie gebracht heeft, ben ik dan ook van mening dat een slachtoffer niet verplicht kan worden tot het slikken van HIV-remmers dan wel dat daaraan gevolgen verbonden mogen worden in het kader van art. 6:101 BW. Datzelfde geldt voor de situatie waarin er resistentie ontstaat ten gevolge van slordige inname van de HIV-remmers. Dit zou mijns inziens slecht uitzondering leiden indien HIV in de toekomst volledig te genezen is.

4.5 Verjaring

Voor het aanvangen van de 5-jarige verjaringstermijn bij letselschade is het tijdstip waarop iemand bekend is geraakt met zowel de schade als met de dader bepalend.³¹⁷ Zoals ik beschreven heb in hoofdstuk 2 kan het bij soa's enige tijd duren voordat iemand erachter komt dat hij besmet is.³¹⁸ De incubatietijd speelt daarbij een rol, maar ook de soms onduidelijke of uitblijvende symptomen. De eisen die gelden voor het 'bekend geworden met' zijn dezelfde als die van art. 3:310 lid 1 BW,³¹⁹ hetgeen betekent dat een vermoeden van schade niet volstaat.³²⁰ Het negeren van vage symptomen heeft om die reden geen gevolgen voor de genoemde termijn. Bepalend is of iemand er voldoende zeker van is dat hij schade geleden heeft.³²¹ Bij lichamelijke klachten is dat pas het geval wanneer de herkomst van deze klachten duidelijk is, wat doorgaans pas het geval is als wanneer deze door een deskundig arts is gediagnosticeerd.³²² Het moment van vaststelling van de soa-besmetting geldt derhalve als het moment waarop iemand bekend raakt met de schade, welk moment doorgaans samenvalt met het bekend raken met de dader vanwege het feit dat daarbij vastgesteld kan worden wanneer men ongeveer besmet is geraakt. De termijn van 5 jaar gaat op dat moment lopen. Indien er meerdere mogelijke daders zijn, zoals bij wisselende contacten ten tijde van het tijdstip van besmetting, geldt hetzelfde. De termijn gaat ook dan op dat moment lopen, jegens ieder der mogelijke daders.³²³

4.6 Conclusie

Met dit laatste hoofdstuk is vast komen te staan dat aan alle vereisten van aansprakelijkheid voldaan is. Zowel het blootstellen van iemand aan een besmettingsrisico door onveilig seksueel contact als het overdragen van een soa door

³¹⁷ Art. 3:310 lid 5 BW. De in het eerste lid van dit artikel opgenomen absolute verjaringstermijn van 20 jaar na het plaatsvinden van de schadeveroorzakende gebeurtenis geldt niet bij letselschade.

³¹⁸ Bij blootstelling speelt deze termijn geen rol. Indien iemand er later achterkomt dat hij blootgesteld is aan besmetting door een toenmalige sekspartner, geldt dat er in dat geval geen sprake is van (geestelijke) schade omdat hij zich meteen (betrouwbaar) kan laten testen.

³¹⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 29414, nr. 3, p. 32 en 33.

³²⁰ Stolker 2012 (*T&C BW*), art. 3:310 BW, aant. 2.

³²¹ HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 377 (concl. A-G Verkade; *Gemeente Geldermalsen/Plameco*; m.nt. Brunner).

³²² HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 300, r.o. 3.4.2 (concl. A-G Spier; *BASF Drukinkt/Rensink*).

³²³ *Kamerstukken II* 1999/00, 26824, nr. 3, p. 4.

onveilig seksueel contact resulteert derhalve in een verplichting tot vergoeding van de daardoor geleden schade op de voet van art. 6:162 BW. Dat betekent dat in beginsel alle door de sekspartner geleden materiële en immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt. Vanwege het feit dat het ingevolge het volksgezondheidsbeleid geldende beginsel van eigen verantwoordelijkheid van weinig betekenis is in het kader van art. 6:101 BW, betekent dit dat de drager met een aanzienlijke schadeclaim geconfronteerd kan worden, die mogelijk niet gedekt zal worden door de schadeverzekeraar. Dat betekent niet alleen de zorgplicht vergaand is, maar ook de gevolgen bij schending daarvan bepaald niet licht zijn.

Voor de sekspartner zullen er aan de andere kant weinig complicaties zijn bij aansprakelijkstelling. De verjaringstermijn gaat namelijk pas lopen op het moment dat hij bekend raakt met de besmetting, ook wanneer hij er bijvoorbeeld pas na 8 jaar achter komt dat hij HIV-besmet is. Daarnaast wordt hij niet snel getroffen door bewijsproblemen, die zich – als ze zich voordoen – met name rondom het causaal verband concentreren. Art. 6:99 BW en de omkeringsregel bieden hem daar echter de helpende hand.

Hoofdstuk 5 Conclusies en aanbevelingen

In deze scriptie heb ik onderzocht of er zorgplichten gelden op seksueel gebied. In hoofdstuk 2 heb ik beschreven dat die er wettelijk niet zijn. Zowel de Wet Publieke Gezondheid als het strafrecht beschermen de sekspartner niet. Althans, voor nu. Bij andere soa's dan HIV en hepatitis B zou een strafrechtelijke veroordeling wel mogelijk zijn. Datzelfde geldt theoretisch voor de situatie waarin de feitelijke overdrachtkans van HIV of hepatitis B dusdanig is opgelopen door frequent onveilig seksueel contact, dat deze niet meer in de weg staat aan een bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet. Maar gezien het feit dat de Hoge Raad de frequentie in het laatste HIV-arrest slechts zag als een 'verhoging van het risico', moet betwijfeld worden of een besmetting met HIV of hepatitis B ooit zal resulteren in strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zoals ik beschreef zou het wenselijk zijn als de wetgever zich zou uitspreken over de (on)wenselijkheid van strafrechtelijke aansprakelijkheid bij besmetting met een soa door onveilig seksueel contact. Daarmee wordt voorkomen dat de strafrechter zich in allerlei bochten moet wringen om aansprakelijkheid af te wijzen, terwijl hij daarnaast een aan de wetgever voorbehouden afweging van belangen maakt.

Bij de civiele rechter blijft het 'slachtoffer van de liefde'³²⁴ echter niet verstoken van troost. Op de drager rust een zorgplicht om zijn sekspartner te behoeden voor overdracht, ook wanneer zelf niet op de hoogte is van zijn status. Schendt hij deze zorgplicht, dan is hij aansprakelijk voor de schade die zijn sekspartner daardoor lijdt. Bij besmetting, maar ook bij de enkele blootstelling aan een besmettingsrisico wanneer zijn sekspartner daardoor schade lijdt. Of hij zelf op de hoogte is van zijn status, dat redelijkerwijze zou moeten zijn of in het geheel niet is, maakt daarbij niet uit. Dat is een omstandigheid die voor zijn rekening komt, doordat hij het risico op besmetting over zichzelf heeft afgeroepen. Dat ook de sekspartner dat – bewust of onbewust; afhankelijk van zijn relatie met de drager – doet, doet daaraan niet af. Het op grond van het volksgezondheidsbeleid geldende beginsel van eigen verantwoordelijkheid op seksueel gebied, is in het civiele recht zonder betekenis. De onrechtmatigheid kan erdoor niet weggenomen worden, noch kan de omvang van de schadevergoedingsplicht erdoor aangetast worden.

Op de drager rust een vergaande zorgplicht, die hij slechts kan invullen door het contact veilig aan te gaan dan wel door zijn sekspartner in te lichten over zijn status, of als hij niet op de hoogte is van zijn status maar wel risico gelopen heeft, over het mogelijke besmettingsrisico. De 'gezamenlijke' verantwoordelijkheid is daarmee verschoven naar een eenzijdige verantwoordelijkheid. Die ook gedurende een veilig seksueel contact blijft bestaan. Want als er dan alsnog een besmettingsrisico ontstaat doordat het condoom scheurt, mag hij niet achteroverleunen en dient hij zijn sekspartner in te lichten over het ontstane risico. Laat hij dit na, dan kan hij alsnog aansprakelijk worden voor een HIV- of hepatitis B-besmetting, aangezien deze door preventieve medicatie voorkomen had kunnen worden wanneer de sekspartner op de hoogte van het risico was geweest. Datzelfde geldt voor de schade die kan ontstaan bij niet tijdige behandeling.

³²⁴ Zie het voorwoord.

Of aansprakelijkheid en een verschuiving van verantwoordelijkheid wenselijk is, is een tweede. Als ik die vraag moet beantwoorden naar aanleiding van de in het voorwoord beschreven casus, zeg ik ja. Maar het feit dat één voorgaand onveilig seksueel contact al een waarschuwingsplicht dan wel een plicht tot veilig seksueel contact ontstaat, zelfs bij een one night stand, vind ik ver gaan. Het risico dat de drager heeft genomen en zich ongelukkigerwijs verwezenlijkt heeft, is dan immers bijna even groot als het risico dat de sekspartner neemt. Aan de andere kant zou het stellen van grenzen aan het aantal keren dat de drager onveilig seksueel contact had, niet alleen bewijstechnische beslomeringen opleveren, evengoed onrechtvaardig uitpakken. Want waar leg je dan de grens? Wat nu als de in het voorwoord beschreven man niet veelvuldig onveilig contact had met verschillende mannen, maar slechts één slippertje gemaakt had met een andere vrouw? Moet dat uitmaken? Terwijl één onveilig seksueel contact al voldoende is om besmet te raken en een besmettingsrisico voor de volgende sekspartner in het leven te roepen? Naar mijn mening moet dat niet uitmaken. Niet waar het een monogame relatie betreft, en niet waar het een los contact betreft. Daar komt nog bij dat ook de drager zijn vorige sekspartner kan aanspreken voor de schade. Voor een floodgate aan claims hoeft echter mijns inziens niet gevreesd te worden. Bij de meeste soa's is de schade beperkt, op basis waarvan men niet snel genegen zal zijn om een vordering in te stellen. Denkbaar is dat de bereidheid daartoe groter zal zijn bij wraakgevoelens, zoals wanneer de partner is vreemdgegaan, maar ook dan moet men een heel proces doorlopen en daarnaast ook de vuile was buitenhangen om een beperkt bedrag aan schadevergoeding te krijgen.

Vraag is ook op welke wijze aansprakelijkheid de volksgezondheid zou kunnen beïnvloeden. In ieder geval hoeft hier mijns inziens niet gevreesd te worden voor de afname van de bereidheid om zich te laten testen of behandelen. Het zich niet laten testen of behandelen sorteert namelijk geen enkel effect voor wat betreft aansprakelijkheid. Alleen de eigen gezondheid kan daarmee geschaad worden, terwijl het zonder behandeling blijven bestaan van een besmettingsrisico het gevaar op aansprakelijkheid daarnaast alleen maar in stand houdt. Aansprakelijkheid zou zo bezien juist een positief effect kunnen hebben, in die zin dat men zich eerder laat testen (en behandelen). Daarnaast zie ik nog een ander positief effect. Wanneer aansprakelijkheid erin zou resulteren dat niet alleen dragers (eerder) hun verantwoordelijkheid gaan nemen, maar een ieder die risico gelopen heeft om het 'zekere voor het onzekere' te nemen, zou dat eveneens een positief effect voor de volksgezondheid inhouden. Per saldo zou het aantal soa-besmettingen dan immers moeten dalen. Tot het nulpunt zal dat evenwel niet zijn. Waar de al sinds jaar en dag gevoerde campagnes over veilig seksueel gedrag niet geresulteerd hebben in 100 % veilig seksueel gedrag, betwijfel ik of aansprakelijkheid dat effect wel zou sorteren. Feit is nu eenmaal dat mensen niet altijd de meest rationele keuzes maken, ook niet wanneer zij op de hoogte zijn van een bepaald risico. Als dat anders was, zou de Altria Group (voorheen Philip Morris) haar fabrieken wel kunnen sluiten. Hoewel aldus een deel van de mensheid ook bij aansprakelijkheid niet anders zal handelen, wordt daardoor de mogelijk preventieve werking van aansprakelijkheid niet gebagatelliseerd. Hoe dan ook zal ook pas in de praktijk blijken welk effect aansprakelijkheid daadwerkelijk sorteert. Mijns inziens is het dan ook interessant om – als het ook in rechte tot aansprakelijkheid komt – de effecten daarvan te monitoren.

Wat daar ook van zij, feit is dat met het voorgaande vaststaat dat het recht er ook is voor de 'onvoorzichtige' sekspartner. Door de aanwezigheid van een besmettelijke ziekte verschuift de verantwoordelijkheid naar de drager. Die lijn mag evenwel niet zomaar doorgetrokken worden naar andere (ernstige) besmettelijke ziekten. Los van het feit dat andere ziekten zoals TBC en MRSA wel onder het bereik van de Wet Publieke Gezondheid vallen, zal bij elke besmettelijke ziekte zelfstandig beoordeeld moeten worden of door besmetting of blootstelling een rechtsinbreuk gemaakt wordt dan wel gehandeld wordt in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. De omstandigheden bij andere infectieziekten verschillen namelijk te veel om tot een algemene zorgplicht te komen. Zo kunnen TBC en MRSA bijvoorbeeld ongemerkt verspreid worden. En kan er daarnaast niet eenvoudigweg een condoom gebruikt worden om het risico af te wenden.

Literatuurlijst

Akkermans, Bax & Verhey 2005

P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.F.M. Verhey, *Grondrechten: grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: Kluwer 2005.

Alkema e.a. 1995

E.A. Alkema e.a., *De reikwijdte van fundamentele rechten. NJV Preadviezen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995.

Van Asperen de Boer 2007a

C.M.I. van Asperen de Boer, 'Statistische kans op HIV-besmetting', *DD* 2007, p. 851-864.

Van Asperen de Boer 2007b

C.M.I. van Asperen de Boer, 'Kans bij rechter niet', *NJB* 2007, p. 2306.

Asser/Hartkamp 2012 (3-I*)

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-II*)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 2012 (6-IV*)

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Tjong Tjin Tai 2012 (7-IV*)

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Opdracht incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2012.

Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008

T. Barkhuysen, M.L. Van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-Verdragen*, Nijmegen: Ars Aequi Libris 2008.

Van Bergen & Prins 2008

J. van Bergen & J. Prins, '**De kans op hiv-transmissie per seksueel contact: wat weten we (niet)?**', *Soa Aids Magazine Online* 2008-4.

Bertozzi e.a. 2006

A. Bertozzi e.a., *HIV/AIDS Prevention and Treatment*, Washington: World Bank 2006.

Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht 2004

Bestuurscommissie Aidsbeleid & Strafrecht, '*Penitentie of preventie?*' *Over de gevolgen van de toepassing van het strafrecht voor de volksgezondheid en de positie van mensen met hiv* (advies van 16 maart 2004), Amsterdam: Soa Aids Nederlands 2004.

Biervliet & Snel 2011

N. Biervliet & N. Snel, *Samenvatting 'Hiv op de werkvloer 2011'*, Amsterdam: TNS NIPO 2011.

- Biesart 2012 (Groene Serie Bijzondere overeenkomsten)
M.C.I.H. Biesart, *Groene Serie Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2012.
- Blok 2002
P.H. Blok, *Het recht op privacy. Een onderzoek naar de betekenis van het begrip 'privacy' in het Nederlandse en Amerikaanse recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.
- Blom & Hassink 2008
C. Blom & E. Hassink, 'Het Zwitserse standpunt: dagboek van een debat', *Soa Aids Magazine Online* 2008-4.
- Bodemeier, Hill & White 2008
S. Bodemeier, D.M. Hill & N.D. White, 'Male condoms that break in use do so mostly by a "blunt puncture" mechanism', *Contraception* 2008, p.360-365.
- Van Boom 2007
W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007, p. 982-991.
- Van Boom, Giesen & Verheij 2008
W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, *Gedrag en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
- Van Boom & Lindenbergh 2010
W.H. van Boom & S.D. Lindenbergh, 'Effectenlease: dwaling, zorgplicht en schadevergoeding', *AA* 2010, p. 188-196.
- Boonekamp 2012 (Groene Serie Schadevergoeding)
R.J.B. Boonekamp, *Groene Serie Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012.
- Boukes e.a. 2009
Boukes e.a., *NHG-Standaarden voor de huisarts*, Utrecht: Nederlands Huisartsen Genootschap 2009.
- Busstra 2008
M. Busstra, 'Eigen verantwoordelijkheid bij mensenrechten: een verkenning binnen het EVRM-systeem', *NJCM-bulletin* 2008, p. 345-363.
- Campbell 2005
A. Campbell, *HIV en AIDS*, Leidschendam: Biblion Uitgeverij 2005.
- Carlson, Faria & Hanssens 2011
R.B. Carlson, D. Faria & C. Hanssens, *Ending & Defending against HIV criminalization. A manual for advocates. Vol. 1. State and federal laws and prosecutions*, New York: The Center for HIV Law and Policy 2011.
- CESCR 2000
Committee on Economic, Social and Cultural rights, *The right to the highest attainable standard of health* (General Comments E/C.12/2000/4), Geneva: 2000.
- Christiaan & Hengeveld 2008
S.M. Christiaan & W.J. Hengeveld, 'Februari-arresten: de patiëntenkaart; partijen wikken, de deskundige beschikt', *TvP* 2008-2, p. 51- 56.
- Cleiren & Verpalen 2012 (T&C Sr)
C.P.M. Cleiren & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012.
- Coelho/Deen, Jochems & Joosten 2006

- H. Deen & A.A.F. Jochems & F.W.M.G. Joosten, *Coëlho. Zakwoordenboek der geneeskunde*, Doetinchem: Elsevier Gezondheidszorg 2006.
- Connolly 2003
S. Connolly, *HIV en AIDS*, Harmelen: Corona, 2003.
- Van Dam 2000
C.C. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
- Deen 2010
E.M. Deen, 'Letselschade en de patiëntenkaart: een bewijsrechtelijke beschouwing', *TvGR* 2010, p. 98.
- Deen 2009
E.M. Deen, 'De patiëntenkaart en de beschikkingen van de Hoge Raad van 22 februari 2008', *TvP* 2009-2, p. 41.
- Van Dijk 2006
C.H. van Dijk, 'Ter beschikking stellen van de patiëntenkaart: aan wie?', *TvP* 2006-1, p. 8-17.
- Van Dunné 2004
J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.
- Elliot 2002
R. Elliot, *Criminal Law, Public Health and HIV Transmission: A Policy Options Paper*, Geneva: UNAIDS 2002.
- Elzinga, De Lange & Hoogers 2006
D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.
- Engelhard, Hartlief & Van Maanen 2004
E. Engelhard, T. Hartlief & G. van Maanen (red.), *Aansprakelijkheid in gezinsverband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
- De Feijter & Nuradini 2009
E. de Feijter & B. Nuradini, *Draaiboek Partnerwaarschuwing bij soa*, Bilthoven: Landelijke Coördinatie Infectieziektenbestrijding 2009.
- Giesen 2005
I. Giesen, *Handle with care!*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- Den Harder 2006
W. den Harder, 'Redelijke en onredelijke toerekening van causaliteit', *DD* 2006, p. 486-501.
- Hartlief 2007
T. Hartlief, 'Ernstig letsel en eigen schuld: billijkheid of smartengeld?', *NJB* 2007, p. 2672-2675.
- Hartlief 2006
T. Hartlief, 'Actualiteiten Aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2005-2006', *NTBR* 2006, p. 64.
- Hartlief 2004

- T. Hartlief, *'Kelderluik revisited. De kracht van een waarschuwing. Onrechtmatige gevaarstelling. Wanneer is een waarschuwing afdoende? HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 76', AA 2004*, p. 866-873.
- Hartlief 2003
T. Hartlief, 'De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief & S. Kosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-76.
- Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996
J. Rommelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.
- De Heer & Van Diepen 2009
F. de Heer & M. van Diepen, *Hiv en stigmatisering in Nederland. Cognities, houding en gedragsintenties omtrent hiv en aids* (rapport van 19 mei 2009), Amsterdam: TNS NIPO 2009.
- Van der Helm 2009
I. van der Helm, *De privacybescherming van de zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 2009.
- Hendriks 1999
A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, Deventer: Kluwer 1999.
- Hendriks, Van de Gronden & Sluijs 2009
A.C. Hendriks, J.W. van de Gronden & J.J.M. Sluijs, *Gezondheidszorg en Europees recht. Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Den Haag: SDU 2009.
- Hendrix 2007
L.G.J. Hendrix, 'Causaliteitonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van Chester v. Afshar, TvGR 2007, p. 498-515.
- De Hert & Gutwirth 1998
P. de Hert & S. Gutwirth, 'Privacy, seksuele vrijheid en sadomasochisme', *Panopticon* 1998, p. 279-286.
- De Hert & Gutwirth 2005
P. de Hert & S. Gutwirth, 'De seks is hard maar seks (dura sex sed sex). Het arrest K.A. en A.D. tegen België', *Panopticon* 2005-3, p. 1-14.
- Hijma 1991
J. Hijma, 'Van Geest/Nederlof', *AA* 1991, p. 661-664.
- Hijma e.a. 2004
J. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2004.
- Hijma 2012 (Groene serie Vermogensrecht)
J. Hijma, *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2012.
- De Hullu 2009
J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009.
- C.H.M. Jansen 2009
C.H.M. Jansen, *Monografieën BW. Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Deventer: Kluwer 2009.
- K.J.O Jansen 2007

- K.J.O. Jansen, 'Het subjectieve element van onrechtmatigheid. Over de structuur van art. 6:162 BW', *NTBR* 2007, p. 222-228.
- K.J.O. Jansen 2010
K.J.O. Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *WPNR* 2010, p. 623-633.
- K.J.O. Jansen 2012 (*Groene Serie Onrechtmatige daad*)
K.J.O. Jansen, *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2012.
- M. Jansen 2005
M. Jansen, *Smartengeld. Uitspraken van de Nederlandse rechter over de vergoeding van immateriële schade*, Den Haag: ANWB 2005.
- Kastelein 1998
W.R. Kastelein, 'Informed consent en medische aansprakelijkheid; jurisprudentie 1994-1998', *TvGR* 1998, p. 134-146.
- Keirse 2002
A.L.M. Keirse, 'Wie is bang voor de schadebeperkingsplicht? Over de grenzen die de schadebeperkingsplicht stelt aan (te) ruime toerekening bij personenschade', *TvP* 2002, p. 69-79.
- Van Kempen 2008
P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.
- Klaassen 2007
C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007.
- Koekkoek 2000
A.K. Koekkoek, *De Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
- Kolder 2008
A. Kolder, 'Praktijk - 1021 De Hoge Raad en de patiëntenkaart: een gemiste kans', *NJB* 2008, p. 1278-1282.
- Koopmans 2007
F.A.J. Koopmans, *Het beslissingsmodel van 348/350 Sv*, Deventer: Kluwer 2007.
- Kortmann 2011
C.A.J.M. Kortmann, 'Boekbeschouwingen. B.J. de Vos, Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek', *RMThemis* 2011, p. 131-132.
- Vande Lanotte & Haeck
J. vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 2. Artikelsgewijze Commentaar. Volume I*, Antwerpen: Intersentia 2004.
- Levine & Stolker 1996
D.I. Levine & C.J.J.M. Stolker, 'AIDS-phobia. Schadevergoeding voor angst', *NJB* 1996, p. 882-891.
- Lindenbergh 2004
S.D. Lindenbergh, 'Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *WPNR* 2004, p. 977-985.

- Lindenbergh 2009
S.D. Lindenbergh, 'Ore stabit' in: A.G. Castermans e.a., *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 573-581.
- Mak 2008
C. Mak, *Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan de Rijn: Kluwer Law International 2008.
- Van Mourik & Nuytinck 2009
M.J.A. van Mourik & A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Deventer: Kluwer 2009.
- Nieuwenhuis & Hins 2010
A.J. Nieuwenhuis & A.W. Hins, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010.
- J.H. Nieuwenhuis 2001
J.H. Nieuwenhuis, 'Nomos, logos, mythos. Recht, rede, raadsel', *WPNR* 2001, p. 2-5.
- Noyon/Langemeijer/Rommelink 2012
T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Rommelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012.
- Orde van Medisch Specialisten/Van Everdingen 2002
J.E. van Everdingen, *Orde van Medisch Specialisten. Het Medisch Handboek*, Utrecht: Kosmos Uitgevers 2002.
- Du Perron 2000
C.E. du Perron, 'Niet iedere gevaarstelling is onrechtmatig (HR 12 mei 2000, C98/283HR, RvdW 2000, 125C)', *Bb* 2000-12, p. 115-118.
- De Ridder 2000
M.J.J. de Ridder, 'Causaal verband bij informed consent', *TvGR* 2000, p. 353-361.
- Rozemond 2006
K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006.
- Van Schilfgaarde 2001
P. van Schilfgaarde, 'Ius vigilantibus scriptum', *WPNR* 2001, p. 21-27.
- Scholten 1911
P. Scholten, 'Burgerlijk onrecht. Aansprakelijkheid van de overheid. Wenschelijke wetswijziging', *WPNR* 2011, p. 2149-2158.
- Schoordijk 2011
H.C.F. Schoordijk, 'Privaatrecht Actueel - Een goede beslissing, zwak onderbouwd - Als de vraag of tussen echtgenoten immuniteit van aansprakelijkheid vooraf aan de orde gesteld zou zijn, zouden veel omtrekkende bewegingen van het arrest vermeden zijn', *WPNR* 2011, p. 177.
- Shiripinda 2008

- I. Shiripinda, *Leven met HIV in Nederland*, Utrecht: Pharos 2008.
- Sieburgh 1997
C.H. Sieburg, 'Wat is rechtsinbreuk?', *NJB* 1997, p.628-635.
- Sieburgh 2004
C.H. Sieburg, 'Schade naar aanleiding van sport en spel (HR 20 februari 2004, *RvdW* 2004, 38)', *Bb* 2004-25, p. 85-88.
- Sieburg 2008
C.H. Sieburg, 'Wetenschap - L'art de la distinction. 'Alle oordeel is dat des onderscheids.', *NJB* 2008, p. 3-13.
- Sluijters 2003
B. Sluijters, Medische aansprakelijkheid, ontwikkelingen in: Kastelein 2003, W.R. Kastelein, Medische aansprakelijkheid, Den Haag: Koninklijke Vermande 2003.
- Smits 1997
J.M. Smits, 'Van risico-aanvaarding en toestemming naar eigen schuld' in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), Tussen 'Alles' en 'Niets', Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 213-227.
- Spier e.a. 2009
J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009.
- Stolker 2012 (*T&C BW*)
J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2012.
- Stutterheim, Bos & Schaalma 2008
S. Stutterheim, A. Bos & H. Schaalma, *HIV-Related Stigma in the Netherlands* (rapport Aidsfonds), Enschede: Printpartners Ipskamp 2008.
- Thomassen 2008
W.M.E. Thomassen, 'Het kleine verschil en de grote gevolgen', *NJCM-Bulletin* 2008, p. 930-935.
- Tjong Tjin Tai 2003
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schadebegroting: wettelijke rente en vaststellingskosten', *Bb* 2003-22, p. 184-185.
- Tjong Tjin Tai 2005
T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Gevaarzetting en risicoverhoging', *WPNR* 2005, p. 364-374.
- Toebes 1999a
B.C.A. Toebes, 'Het recht op gezondheid: geen recht om gezond te zijn', *AA* 1999, p. 912-915.
- Toebes 1999b
B.C.A. Toebes, *The right to health as a human right in international law*, Antwerpen: Intersentia 1999.
- Trienekens e.a. 2012
S.C.M. Trienekens e.a., *Sexually transmitted infections, including HIV, in the Netherlands in 2011*, Bilthoven: RIVM 2012.
- UNAIDS/UNDP 2008
UNAIDS/UNDP 2008, *Criminalization of HIV Transmission. Policy brief*, Geneva: Joint United Nations Programme on HIV/AIDS 2008.

UNAIDS/UNDP 2007

UNAIDS/UNDP, *Summary of main issues and conclusions. International Consultation on the Criminalization of HIV Transmission. Joint United Nations Programme on HIV/AIDS United Nations Development Programme 31 October - 2 November 2007, Geneva, Switzerland*, Geneva: Joint United Nations Programme on HIV/AIDS 2007.

Usdin 2004

S. Usdin, *De feiten over HIV/AIDS*, Rotterdam: Lemniscaat 2004.

Vandenhole 2007

W. Vandenhole, 'E.H.R.M. 17 februari 2005', *RW* 2007, p. 1617-1619.

Vansweevelt 1989

T. Vansweevelt, *AIDS en recht: een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie*, Antwerpen: Maklu 1989.

Verbond van Verzekeraars 2009

Verbond van Verzekeraars, *Verzekeerbaarheid HIV uitgebreid*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2009.

Verhey 1992

L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (dissertatie Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992

De Vos 2010

B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten: een kritiek*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010.

Wansink 2006

J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006.

Van der Wiel 2003

B.T.M. van der Wiel, *Verbintenissenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Van der Wiel 2007

B.T.M. Van der Wiel, 'Kroniek algemeen deel aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2007-4, p. 1-7.

Van der Wilt 2005a

C.J. van der Wilt, 'Voorwaardelijk opzet op HIV-infectie in rechtsvergelijkend perspectief', *NJB* 2005, p. 1328-1332.

Van der Wilt 2005b

C.J. van der Wilt, 'Een apart delict voor onveilige seksuele contacten?', *DD* 2005, p. 875-893.

Witjens 2011

E.M. Witjens, 'Causale relaties en het recht: living apart together? Enkele opmerkingen over empirische causaliteit en redelijke toerekening', *AA* 2011, p. 840-844.

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

- HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*)
- HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (concl. A-G Van Oosten; *Kelderluik*; m.nt. Scholten)
- HR 11 april 1975, *NJ* 1975, 373 (concl. A-G Berger; *Zopp/Mijnwerkersfonds*)
- HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 (concl. A-G Berg; *Struikelende Broodbezorger*; m.nt. Scholten)
- HR 12 september 1978, *NJ* 1979, 60 (concl. A-G Mok; *Letale longembolie*, m.nt. Van Veen)
- HR 28 november 1978, *NJ* 1979, 93 (concl. A-G Remmelink; *Deep Throat*; m.nt. Van Veen)
- HR 8 januari 1982, *NJ* 1982, 614 (concl. A-G Franx; *Natronloog*; m.nt. Brunner)
- HR 26 juni 1987, *NJ* 1988, 538 (concl. A-G Biegman-Hartogh; *Nieuw Rotterdam/Bedrijfsvereniging*; m.nt. Vranken)
- HR 27 mei 1988, *NJ* 1989, 29 (concl. A-G Asser; *Veenbroei*; m.nt. Van der Grinten)
- HR 21 oktober 1988, *NJ* 1989, 729 (concl. A-G Biegman-Hartogh; *Circusezel*; m.nt. Brunner)
- HR 23 december 1988, *NJ* 1989, 700 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. Luijten)
- HR 23 juni 1989, *VR* 1991, 154, r.o. 3.3 (concl. A-G Asser; *Surfplank*)
- HR 21 december 1990, *NJ* 1991, 251 (concl. A-G Hartkamp; *Van Geest/Nederlof*)
- *HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622* (concl. A-G Biegman-Hartogh; *Dekker/Van der Heide*; m.nt. Brunner)
- HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 606 (concl. A-G Asser; *Gemeente Maastricht/Taxicentrale Cral's*; m.nt. Mendel)
- HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 (concl. A-G Mok; *Bussluis*; m.nt. Van der Brunner)
- HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535 (concl. A-G Hartkamp; *DES-dochters*; m.nt. Brunner)
- HR 12 oktober 1992, *NJ* 1992, 620 (concl. A-G Strikwerda; *Geerts/Ten Dam*; m.nt. Brunner)
- HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 91 (concl. A-G Mok; *Dicky Trading I*; m.nt. Luijten)
- HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347 (concl. A-G Koopmans; *Verplichte Aids-test*; m.nt. Brunner en Alkema)
- HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 624 (concl. A-G Bloembergen; *Taxusstruik*; m.nt. Brunner)
- HR 7 oktober 1994, *NJ* 1995, 59 (concl. A-G Leijten)
- HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; *Zwiepende tak*; m.nt. Brunner)
- HR 31 maart 1995, *NJ* 1997, 592 (concl. A-G Koopmans; *Taams/Boudeling*; m.nt. Brunner)

- HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997, 199 (concl. A-G Meijers; *Porsche*; m.nt. 't Hart)
- HR 18 oktober 1996, *NJ* 1997, 326 (concl. A-G Bloembergen; *Nationale Nederlanden/Veerman*; m.nt. Mendel)
- HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (concl. A-G Vranken; *Wrongful birth I*; m.nt. Brunner)
- HR 24 maart 1998, *NJ* 1998, 534 (concl. A-G Van Dorst; *Slaapdronken slachtoffer*; m.nt. De Hullu)
- HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 (concl. A-G Langemeijer; *Offringa/Vinck&Rosberg*; m.nt. Kleijn)
- HR 6 november 1998, *NJ* 1999, 220, r.o. 3.4 (concl. A-G Strikwerda; *AEON/Van der Linden*; m.nt. Mendel)
- HR 12 mei 2000, *NJ* 2001, 300 (concl. A-G Hartkamp; *Verhuizende zusjes*; m.nt. Hijma).
- Hof Arnhem 27 juli 1999, *NJ* 2000, 96
- HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437 (concl. A-G Spier; *Van Sas/Interpolis*; m.nt. Brunner)
- HR 12 mei 2000, *NJ* 2001, 300 (concl. A-G Hartkamp; *Jansen/Jansen*; m.nt. Hijma)
- HR 27 april 2001, *NJ* 2002, 91 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. Brunner)
- HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense)
- HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 (concl. A-G Hartkamp; m.nt. Vranken)
- HR 9 augustus 2002, *NJ* 2010, 61 (concl. A-G Hartkamp; *Wrongful birth II*; m.nt. Wissink)
- HR 25 oktober 2002, *NJ* 2004, 556 (concl. A-G Spier; *Paardrijles*; m.nt. Hijma)
- HR 29 november 2002, *NJ* 2003, 549 (concl. A-G Verkade; *Legionella-besmetting*; m.nt. Vranken)
- HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 300 (concl. A-G Spier; *BASF Drukinkt/Rensink*)
- HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552 (concl. A-G Jörg; *HIV I*; m.nt. Buruma)
- HR 24 juni 2003, *NJ* 2003, 555 (concl. A-G Vellinga; *HIV II*)
- HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 50 (concl. P-G Hartkamp; *Bravenboer/London*; m.nt. Vranken)
- HR 30 september 2003, *NJ* 2005, 69 (concl. A-G Machielsem.nt. Knigge)
- HR 12 december 2003, *NJ* 2004, 117 (concl. P-G Hartkamp)
- HR 12 maart 2004, *NJ* 2009, 549 (concl. A-G Huydecoper; *XS4ALL/Ab.Fab*; m.nt. Hugenholtz)
- HR 30 maart 2004, *LJN* AO3231 (concl. A-G Jörg; *Nalaten inschakelen medische hulp*)
- HR 18 mei 2004, *NJ* 2004, 512 (concl. P-G Fokkens)
- HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 (concl. P-G Hartkamp; *Jetblast*; m.nt. Brunner)
- HR 18 januari 2005, *NJ* 2005, 154 (concl. A-G Vellinga; *HIV III*; m.nt. De Jong)
- HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (concl. P-G Hartkamp; *Kelly*; m.nt. Vranken)
- HR 20 september 2005, *NJ* 2006, 86 (concl. A-G Vellinga; *Causaal verband tussen overval en overlijden bejaard en ziek slachtoffer*)
- HR 14 oktober 2005, *NJ* 2007, 270 (concl. A-G Spier; *Unocal/Conoco*)

- HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141 (concl. P-G Hartkamp; *Skeeler*; m.nt. Brunner)
- HR 24 maart 2006, *NJ* 2007, 377 (concl. A-G Verkade; *Gemeente Geldermalsen/Plameco*; m.nt. Brunner)
- HR 7 april 2006, *NJ* 2006, 244 (concl. P-G Hartkamp; *Koprot*)
- HR 9 juni 2006, *NJ* 2006, 326 (concl. A-G Spier; *Zweeftoestel*)
- HR 13 juni 2006, *NJ* 2007, 48, r.o. 3.4 (concl. A-G Wortel; m.nt. Buruma)
- HR 31 oktober 2006, *NJ* 2007, 79 (concl. A-G Machielse; *Minerva*; m.nt. Keijzer).
- HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 49 (concl. A-G Machielse)
- HR 19 december 2006, *NJ* 2007, 423 (concl. A-G Knigge; m.nt. Mevis)
- HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 63 (concl. A-G Wuisman)
- HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 263 (concl. A-G Knigge; m.nt. Reijntjes)
- HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313 (concl. A-G Bleichrodt; *HIV IV*; m.nt. Buruma)
- HR 23 februari 2007, *NJ* 2008, 492 (concl. A-G Wuisman; *De Groot/Vivat Nostrorum Sanitas*; m.nt. Vranken)
- HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 353 (concl. A-G Huydecoper; *Waterschappen/Milieutech*)
- HR 4 december 2007, *RvdW* 2008, 32, r.o. 23 (concl. A-G Wortel)
- HR 26 september 2008, *NJ* 2009, 40 (concl. A-G Wesseling-Van Gent; m.nt. Verstappen)
- HR 28 januari 2008, *NJ* 2008, 274 (concl. A-G Huydecoper; m.nt. Dommering)
- HR 5 juni 2009, *NJB* 2009, 1204 (concl. A-G Dede Vries Lentsch-Kostense; *Levob/B*)
- HR 5 juni 2009, *NJB* 2009, 1205 (concl. A-G Dede Vries Lentsch-Kostense; *GeSp/Spaarbeleg*)
- HR 5 juni 2009, *NJB* 2009, 1206 (concl. A-G Dede Vries Lentsch-Kostense; *X/Dexia*)
- HR 18 september 2009, *RvdW* 2009, 1049 (concl. A-G Langemeijer; *Stichting Ostade Blade/Staat*)
- HR 23 april 2010, *NJ* 2010, 454 (concl. A-G Rank-Berenschot; *Jansen/Fortis*; m.nt. Mendel)
- HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011, 465 (concl. A-G Spier; *Hangmat*; m.nt. Hartlief)
- HR 5 juli 2011, *NJ* 2011, 466 (concl. A-G Silvis; *Besnijdenis en (zware) mishandeling*; m.nt. Keijzer)
- HR 29 april 2011, *RvdW* 2011, 563, (concl. P-G Lentsch-Kostense; *Van der Heijden/Dexia Bank Nederland*)
- HR 27 maart 2012, *LJN* BT6362 (concl. A-G Silvis; *Groninger HIV*)

Gerechtshoven

- Hof Arnhem 9 maart 1982, *NJ* 1983, 109 (*Ruijssenaars/Van der Meulen*)
- Hof Arnhem 10 maart 1997, *VR* 1997, 191 (*Vervolg op Porsche*)
- Hof 's-Gravenhage 19 juni 2007, *VR* 2010, 38 (*Tititheru/ZLM*)
- Hof Leeuwarden 22 januari 2010, *NJFS* 2010, 112 (*Groninger HIV*)
- Hof 's-Gravenhage 26 oktober 2011, *LJN* BV7598

Rechtbanken

- Rb. Amsterdam 24 oktober 1984, VR 1986, 60 (*Dreseler/Van Rijn*)
- Rb. Groningen 12 november 2008, LJN BG4170 (*Groninger HIV*)
- Rb. Arnhem 15 april 2009, NJ 2009, 392
- Rb. Utrecht 8 juli 2009, VR 2010, 82
- Rb. Middelburg 23 augustus 2010, NJF 2011, 164
- Rb. Maastricht 13 december 2010, LJN BO7650 (*Stichting Reinaert Kliniek*)
- Rb. Zwolle-Lelystad 3 april 2012, LJN BW0706

Jurisprudentie Europa

- EHRM 13 juni 1976, nr. 6833/74 (*Marckx/België*)
- EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76 (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*)
- ECRM 5 juli 1983, nr. 8978/80 (*X. en Y./Nederland*)
- EHRM 26 oktober 1988, nr. 10581/83 (*Norris/Ierland*)
- EHRM 25 maart 1993, nr. 13134/87 (*Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk*)
- ECRM 6 april 1994, nr. 22920/93 (*M.B./Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 26 mei 1994, nr. 16969/90 (*Keegan/Ierland*)
- EHRM 19 februari 1997, nr. 21627/93, 21826/93 en 21974/93 (*Laskey, Jaggard en Brown/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z./Finland*)
- EHRM 23 september 1998, nr. 25599/94 (*A./Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 4 april 2000, nr. 26629/95 (*Witold Litwa/Polen*)
- EHRM 10 mei 2001, nr. 29392/95 (*Z. e.a./Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 7 februari 2002, nr. 53176/99 (*Mikulić/Kroatië*)
- EHRM 18 juni 2002, nr. 48939/99 (*Öneryildiz/Turkije*)
- EHRM 10 oktober 2002, nr. 38719/97 (*D.P. & J.C. v. Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 20 februari 2003, nr. 50272/99 (*Hutchison Reid/Verenigd Koninkrijk*)
- EHRM 4 december 2003, nr. 39272/98 (*M.C./Bulgarije*)
- EHRM 29 januari 2004, nr. 46117/99 (*Tasking e.a./Turkije*)
- EHRM 25 januari 2005, nr. 56529/00 (*Enhorn/Zweden*)
- EHRM 17 februari 2005, zaken 42758/98 en 45558/99 (*K.A. en A.D./België*)
- EHRM 9 juni 2005, nr. 55723/00 (*Fadeyeva/Rusland*)
- EHRM 16 juni 2005, nr. 61603/00 (*Storck/Duitsland*)
- EHRM 12 juni 2008, nr. 71127/01 (*Bevacqua en S./Bulgarije*)
- EHRM 27 januari 2009, nr. 67021/01 (*Tatar/Roemenië*)
- EHRM 5 maart 2009, nr. 38478/05 (*Sandra Janković/Kroatië*)
- EHRM 23 maart 2010, nr. 4864/05 (*Oyal/Turkije*)
- EHRM 16 december 2010, nr. 25579/05 (*A., B. en C./Ierland*)
- EHRM 30 maart 2011, nr. 2700/10 (*Kiyutin v. Russia*)
- EHRM 20 september 2011, nr. 3390/05 (*Mirosław Zielinski/Polen*)
- EHRM 12 april 2012, nr. 43547/08 (*Stubing/Duitsland*)
- EHRM 24 april 2012, nr. 57693 (*Kalucza/Hongarije*)

Figuur 1. Aantal diagnoses per soa, naar geslacht en seksuele voorkeur³²⁵

Table 2.6a Number of STI diagnoses and percentage of positive tests by gender and sexual preference, 2011.

Diagnosis	Heterosexual men	MSM	Women	Total
	n (% pos.)	n (% pos.)	n (% pos.)	n (% pos.)
Chlamydia	4496 (12.1)	2284 (10.5)	6133 (11.4)	12,913 (11.5)
Gonorrhoea	713 (1.9)	1957 (9.0)	905 (1.7)	3575 (3.2)
Syphilis, infectious*	26 (0.1)	429 (2.0)	21 (0.04)	476 (0.4)
HIV	34 (0.1)	351 (2.0)	30 (0.1)	415 (0.4)
Hepatitis B, infectious	86 (0.4)	49 (0.6)	68 (0.3)	203 (0.4)
Genital warts	965 (14.8)	504 (4.8)	911 (10.1)	2380 (9.1)

* Infectious syphilis includes primary and secondary infection and latens recens.

Table 2.6b Number of STI diagnoses by gender and sexual preference, 2011.

Diagnosis	Heterosexual men	MSM	Women	Total
	n	n	n	n
Syphilis				
primary	7	132	10	149
secondary	6	123	1	130
latens recens	13	174	10	197
latens tarda	27	68	39	134
not specified	6	11	4	21
Genital herpes				
primary: HSV1	75	28	137	240
primary: HSV2	114	64	118	296
primary: HSV unknown	21	1	34	56
recurrent	11	4	18	33
Hepatitis B, recovered	562	639	549	1750
Hepatitis C	0	3	0	3
Non specified urethritis	848	523	1	1372
Candidiasis	308	83	883	1274
Bacterial vaginosis	8	0	1257	1265
Trichomoniasis	11	2	170	183
Scabies	6	14	0	20
Pubic Lice	0	1	0	1
Ulcus e.c.i.	28	50	39	117
Lymphogranuloma venereum	0	69	0	69
Proctitis	1	267	6	274

³²⁵ Trienekens e.a. 2012, p. 33.