

**"ERRARE HUMANUM EST,
ERRATUM PROBARE DIABOLICUM."
EEN OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK INZAKE
MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID 1980-1988.**

Filip Dewallens

*Onder wetenschappelijke begeleiding
van Prof. H. Nys (K.U.L.)*

INLEIDING.

Het opzet van deze verhandeling is een *overzicht* te geven van de Belgische rechtspraak inzake medische aansprakelijkheid gedurende het laatste decennium.

Het is gebruikelijk in een inleiding het te behandelen onderwerp af te bakenen in tijd en ruimte. Het verhelderende karakter hiervan verhult vaak een bewuste en niet zo onschuldige keuze. Enkel de aquiliaanse aansprakelijkheid wordt hier besproken. Medische aansprakelijkheid *sensu lato* bevat naast de aquiliaanse nochtans ook de contractuele, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid en heeft daarenboven tevens belangrijke sociologische consequenties. Men denke maar aan de zogenaamde "samenzwering van de stilte" ¹ i.v.m. de collegialiteit in en buiten de medische tuchtcolleges. Ook de demystificatie van het beroep van geneesheer ² en de stijging van het aantal medische prestaties zijn niet irrelevant. Zonder deze aspecten te willen bagatelliseren, wordt er in dit artikel om evidente redenen abstractie van gemaakt.

Binnen de grenzen van de aquiliaanse aansprakelijkheid wordt enkel de aansprakelijkheid voor eigen daad besproken en dus niet die van werkgemers (ziekenhuizen) voor fouten begaan door hun aangestelden of ondergeschikten. Ook de aansprakelijkheid voor gebrekkig materiaal wordt slechts zijdelings aangeraakt.

Aan de hand van de ontleding van 55 arresten en vonnissen zal worden onderzocht wat een medische onrechtmatige daad of contractuele wanprestatie aan juridische problemen oplevert. Vooral het zorgvuldigheidscrite-

(1) KRUIHOF, R., "Tendenzen inzake medische aansprakelijkheid", *Vl. T. Gez.*, 1982-83, afl. 5, 191.

(2) SLUYTERS, B., *Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland*, Deventer, 1974, 23.

rium zal grondig ontrafeld worden. Dit gebeurt in het tweede hoofdstuk. Het eerste hoofdstuk zal als aanloop de specificiteit van de medische aansprakelijkheid nagaan.

In het derde hoofdstuk wordt het schadebegrip en het oorzakelijk verband tussen de schade en de fout behandeld. Een apart hoofdstuk wordt gewijd aan de verjaring van de aanspraak op schadevergoeding omdat dit voor de medische aansprakelijkheid zeer specifieke en eigenaardige gevolgen heeft.

I. SPECIFICITEIT VAN DE MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID.

De vraag of de medische aansprakelijkheid een bijzondere plaats inneemt in het leerstuk van de onrechtmatige daad, moet genuanceerd beantwoord worden. Vooreerst zal, indien de voorwaarden voldaan zijn, op de contractuele aansprakelijkheid een beroep kunnen gedaan worden (cf. infra). Indien van een overeenkomst geen sprake is, zal de aquiliaanse aansprakelijkheid kunnen gelden. De voorwaarden hiervoor zijn genoegzaam bekend. Voor de medische aansprakelijkheid wordt geen uitzondering gemaakt. Fout, schade en oorzakelijk verband moeten bewezen zijn opdat een geneesheer tot schadeloosstelling zou gehouden zijn t.o.v. zijn patiënt of diens nabestaanden³. Zoals gesteld zijn dus twee vorderingen mogelijk, elk met hun eigen modaliteitenarsenaal. De verschillen tussen deze modaliteiten worden nochtans in de hedendaagse rechtsleer geminimaliseerd. Dit sluit immers aan bij het eigentijdse rechtsdenken dat eerder probleem- dan systeemgericht is en dus meer naar synthese neigt⁴. Ondanks deze poging tot nivellering van de verschillen blijven er cruciale, moeilijk weg te werken verschilpunten bestaan.⁵ De patiënt zal er dus belang bij hebben af te wegen met welke rechtsmiddelen hij zijn "*Kampf ums Recht*"⁶ zal voeren. De keuze is echter niet zo arbitrair als men zou kunnen vermoeden. Immers, telkens de patiënt met voldoende bewustzijn de tussenkomst van de geneesheer vraagt, bestaat tussen hen een contractuele band⁷. De leer inzake contractuele aansprakelijkheid vigeert dus in vele gevallen. Indien er schade ontstaat als gevolg van de contractuele relatie, wordt deze volledig gedragen door de patiënt vermits de patiënt heeft ingestemd met de normale risico's verbonden aan de uitvoering van de behandelingsovereenkomst. Wanneer zal de arts dan wel een contractuele wanprestatie begaan en zodoende scha-

(3) KRUIHOF, R., "Tendenzen inzake medische aansprakelijkheid", *Vl. T. Gez.*, 1982-83, 180.

(4) VAN GERVEN, W., "Algemeen overzicht van en actuele tendensen in het aansprakelijkheidsrecht gezien in verband met de medische sektor", *Acta Hospitalia*, 1972, XII, nr. 3, 22.

(5) VAN GERVEN, W., *l.c.*, 23; contra KRUIHOF, R., *l.c.*, 180.

(6) von JEHRING aangehaald door VAN HECKE, G., "De plaats van het recht in de samenleving", *R. W.*, 1970-71, 681 e.v.

(7) DALQC, R., *Traité de la responsabilité civile*, I, Brussel, Larcier, 1967, 1026 en Cass. fr., 20 mei 1936, *D.P.*, 1937, I, 88.

devergoeding verschuldigd zijn? Ten eerste wanneer hij niet heeft gehandeld zoals het een normaal en voorzichtig geneesheer betaamt en dus een fout begaat in de uitvoering van het contract, bijvoorbeeld door een gebrek aan voorzorg of ontstentenis aan diagnose⁸. Maar zelfs als de arts wel alles heeft gedaan om de schade te vermijden, kan hij aansprakelijk zijn. De schade behoort tot de normale risico's van de ingreep, maar hij had zijn patiënt niet voldoende ingelicht over de mogelijke (normale) gevolgen van die ingreep⁹. Hier komt de aap uit de mouw. Het is de patiënt die moet bewijzen dat hij geen toestemming gegeven had voor dergelijke ingreep, hetgeen een "*probatio diabolica*" is. Vele auteurs schrijven dan ook dat de door iedereen zo geprezen toestemming van de patiënt een inhoudloos beginsel dreigt te worden wegens het gebrek aan afdoende sancties in geval geen toestemming is gevraagd¹⁰. Daarenboven heeft de rechtpraak vaak aangevoerd dat er sprake is van een veronderstelde toestemming. Het Hof van Beroep te Antwerpen onderschreef op 9 november 1987¹¹ de vroegere impliciete uitspraken van het Hof van Cassatie¹² door te stellen dat een patiënt met een routine-onderzoek instemt door het te ondergaan, wetend of ongeveer wetend wat er gaat gebeuren. Deze uitspraak gaat eigenlijk nog verder dan de voormelde cassatierechtspraak, aangezien hier zelfs het geven van "voldoende informatie" als voorwaarde voor de (automatische) toestemming van de patiënt wegvalt. Het "ondergaan" van het routine-onderzoek creëert hier een vermoeden van toestemming, aangezien het arrest de informatieplicht van de arts devalueert tot een vluchtig nagaan of de patiënt "ongeveer weet" wat er gaat gebeuren. Volledigheidshalve moet i.v.m. deze uitspraak van het Hof te Antwerpen wel de aandacht gevestigd worden op de aard van de behandeling waarover het *in casu* ging. Een routine-onderzoek mag o.i. niet zomaar gelijkgesteld worden met een medische ingreep, zeker niet wanneer het een triviaal, risicoloos onderzoek betreft, noodzakelijk om een behoorlijke diagnose te stellen.

Tot nu toe hebben we het gehad over het geval dat de patiënt in staat is om zijn wil te uiten. De rechtspraak staat dan op het standpunt dat de geneesheer de (veronderstelde) toestemming van zijn patiënt moet verkrijgen vooraleer hij met de behandeling begint¹³. Zo ontstaat een overeenkomst arts-patiënt. Wat is echter de juridische band indien de patiënt niet in staat is een geldige wilsuiting te verstrekken? Het betreft dan bewuste-

(8) Brussel, 29 juni 1982, R.G.A.R., 1984, 10719.

(9) "... of dit een contractuele dan wel een quasi-delictuele fout is blijft doorgaans buiten beschouwing... het is alleszins een foutieve daad... waardoor de risico's van het handelen bij de arts komen te liggen" aldus NYS, H., "De toestemming van de patiënt", *Vl. T. Gez.*, 1983-84, afl. 6, 257.

(10) NYS, H., *l.c.*, 257 en DALQC, R., noot onder Luik, 23 april 1980, R.G.A.R., 1981, 10294 en 10351.

(11) Antwerpen, 9 november 1987, R. W., 1987-88, 1336 met noot VANSWEEVELT.

(12) Cass., 4 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 132 en *J. T.*, 296 met noot FAGNART; Cass., 8 oktober 1981, R.G.A.R., 1983, 10590.

(13) VANDEPUTTE, R., *Het Aquiliaanse foutbegrip*, Ced-Samsom, 1983, 68.

loze, onmondige en krankzinnige patiënten¹⁴ of eerder hybride relaties zoals tussen de patiënt en een geneesheer van wacht, tussen een geneesheer en een familielid dat hij gratis verzorgt, de gevallen van groeps- en team-geneeskunde, enz.¹⁵ Over de verbintenismatige kwalificatie van deze gevallen bestaan evenveel mogelijke oplossingen als er gevallen zijn¹⁶. Samenvattend kan gezegd worden dat, wanneer geen contract bestaat tussen geneesheer en patiënt en geen quasi-contract kan worden aanvaard, een feitelijke relatie bestaat waarop, bij schadeberokkening, de regels van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid moeten toegepast. Zo zijn we bij de buitencontractuele aansprakelijkheid beland.

Op de vraag of beide "sets" van aansprakelijkheidsregels elkaar uitsluiten dan wel of samenloop toegelaten is in België, is geen duidelijk antwoord voorhanden. De juridische stammentwist is nog steeds aan de gang. De hetze is ontstaan rond de interpretatie van een viertal arresten van het Belgische Hof van Cassatie¹⁷. Het meest recente arrest (1983) lijkt over te hellen naar de restrictieve interpretatie, namelijk dat, als er sprake is van een contractuele fout, geen vordering gebaseerd op de buitencontractuele aansprakelijkheid meer mogelijk is, behalve - en dit is voor ons deelgebied cruciaal - wanneer de contractuele fout tevens een strafrechtelijk beteugelde inbreuk uitmaakt¹⁸. Dit laatste is zo belangrijk omdat bijna iedere medische fout elementen van een strafrechtelijk misdrijf bevat¹⁹. Het onderscheid tussen contractuele en quasi-delictuele aansprakelijkheid is dus in dit verband te verwaarlozen. Typerend voor deze samenloopproblematiek is het arrest van het Hof van Beroep te Brussel van 10 mei 1984.²⁰ Op het argument van de arts-anesthetist dat hij moest beschouwd worden als een uitvoeringsagent²¹ van het chirurgisch contract en niet als een co-contractant van de patiënt, antwoordde het Hof: "Attendu qu'il importe peu à la

(14) NYS, H., "De toestemming van de patiënt", *VI.T.Gez.*, 1983-84, afl. 6, 259.

(15) SCHUTYSER, K., "Juridische kwalificatie van de verhouding geneesheer-patiënt en ziekenhuispatiënt", *Acta Hospitalia*, XII, 1972, 70.

(16) *Ibidem*, 70; BOVIN, S., *De psychiatrische patiënt*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 166-182; VANDEPUTTE, R., *De Overeenkomst*, Brussel, Larcier, 1977, 462.

(17) Cass., 13 februari 1930, *Pas.*, 1930, I, 115; Cass., 4 juni 1971, *R.W.*, 1971-72, 371; Cass., 7 december 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 395, *R.C.J.B.*, 1976, 33 met noot DALQC en GLANSDORFF en *R.W.*, 1973-74, 1597 met noot HERBOTS, J.; Cass., 8 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 163 met noot HERBOTS, J.; Bergen, 4 november 1980, *R.G.A.R.*, 1982, 10467.

(18) VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 1984, I, 163; VANDENBERGHE, H., "Aansprakelijkheid van de geneesheer", in *Onrechtmatige daad. Actuele Tendensen.*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 121; zie evenwel: HERBOTS, J., noot onder Cass., 8 april 1983, *R.W.*, 1983-84, 163 en *T.P.R.*, 1090.

(19) *Vnl. artt.* 418 en 422bis Sw.; zie ook Bergen, 4 november 1980, *R.G.A.R.*, 1982, 10467.

(20) Brussel, 10 mei 1984, *VI.T.Gez.*, 1987, afl. 3, 231 met noot HEYLEN, R. (verboden wegens verzuim van de pleegvormen: Cass., 11 september 1985).

(21) Sinds Cass., 7 december 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 335 is een verregaande immuniteit gecreëerd ten aanzien van uitvoeringsagenten van contractanten.

Cour de savoir si la victime ou les parties civiles *avaient ou non contracté* directement avec le prevenu et étaient ou non tenus de l'honorer. Qu'en effet le dommage n'est pas né de la mauvaise exécution d'un contrat mais bien d'une faute aquilienne commise par un médecin durant une opération chirurgicale. Que réparer les conséquences d'un délit est une obligation qui ne trouve pas sa cause dans une change de consentement...(mais) est une obligation qui s'impose à tous. Que le manquement fautif à cette obligation de prudence ou de précaution est en effet pénalement reprochable à quiconque *co-contractant ou non.*" Door de samenloop te aanvaarden kon het Hof het antwoord op de vraag of er een contract anesthesist-patiënt bestaat, ontwijken.

De voorwaarden om een geneesheer aansprakelijk te stellen, zijn, zoals reeds gezegd, van gemeenrechtelijke aard. Zowel fout (contractuele wanprestatie), schade als oorzakelijk verband worden hierna aan de hand van de recente rechtspraak doorgelicht.

II. DE MEDISCHE FOUT.

1. *Therapeutische vrijheid en medische fout.*

Het medisch aansprakelijkheidsrecht evolueerde van een quasi-immuniteit van de arts naar de onderwerping aan de eenieder opgelegde zorgvuldigheidsplicht, zowel voor medische als voor niet-medische fouten. Het arrest van het Franse Hof van Cassatie van 18 juni 1835²² wordt algemeen beschouwd als de eerste erkenning van een mogelijke burgerlijke aansprakelijkheidsstelling van medici. Men maakte toen echter een onderscheid tussen fouten gemaakt als mens en als geneesheer²³. De aansprakelijkheid kon enkel opgelopen worden in de eerste hoedanigheid en dan nog uitsluitend bij zware of ernstige nalatigheid. De onderliggende visie was natuurlijk dat de rechter zich niet kon mengen in twistpunten van zuiver medisch-technische aard. Geleidelijk verliet de Franse en Belgische rechtspraak het gekunstelde onderscheid tussen medische en niet-medische fouten. Het heeft nochtans ruim honderd jaar geduurd eer datzelfde Franse Hof van Cassatie in 1936²⁴ de "zwarte fout"-vereiste overboord gooide en stelde dat elke fout die een zorgvuldig geneesheer niet zou begaan hebben, het toepasselijke criterium is. In België heeft het Hof van Cassatie pas in 1976²⁵ duidelijk stelling genomen en bekrachtigd dat het algemeen zorgvuldigheidscriterium ook op geneesheren toepasselijk is. Voor sommigen is het blijkbaar toch nog niet zo duidelijk, want regelmatig en zelfs zeer recent worden nog von-

(22) Cass. fr., 18 juni 1835, S., 1835, I, 4Cl.

(23) KRUIHOF, R., "Tendensen inzake medische aansprakelijkheid", *Vl.T.Gez.*, 1982-83, 178.

(24) Cass. fr., 20 mei 1936, D., 1936, I, 88, met concl. Proc. Gen. MATTER.

(25) Cass., 7 september 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 24.

nissen en arresten geveld waarin onomwonden een zware fout vereist wordt. Zo het klassieke voorbeeld van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel op 8 maart 1978 ²⁶. Flagranter is o.i. het arrest van het Hof van Beroep te Brussel op 29 juni 1982 ²⁷. Daar werd zonder blikken of blozen verkondigd dat "de verkeerde diagnose die erin bestaat nagelaten te hebben een baarmoederinversie te overwegen kan niet als grof en derhalve niet als fout worden aangemerkt... Het gaat hier om een intellectuele vergissing die de strafrechtelijke fout uitsluit." De gynaecoloog werd wel aansprakelijk gesteld, evenwel wegens ontstentenis van diagnose en niet wegens het foutieve karakter ervan. Niet alleen hanteert men hier opnieuw het onderscheid medische/niet-medische fout, maar bovendien wordt weer enkel de zware fout als criterium gehanteerd (voor de "medische" fout althans).

Men kan zich afvragen of de arts, gezien het strenge zorgvuldigheids-criterium, nog wel een beoordelingsmarge behoudt? Om hierop te kunnen antwoorden dient het criterium grondig ontrafeld te worden.

2. *Het zorgvuldigheidsbegrip als foutcriterium.*

a. *Resultaats- versus inspanningsverbintenissen.*

Het zorgvuldigheids criterium is niet steeds van toepassing. Het is toepasselijk bij buiten-contractuele verbintenissen en contracten die het karakter hebben van inspanningsverbintenis. We moeten dus eerst nagaan of de relatie arts-patiënt een inspanningsverbintenis betreft, dan wel of het een resultaatsverbintenis uitmaakt. Dit onderscheid zal ook zijn weerslag hebben op de bewijslast.

De geneesheer verbindt er zich niet toe om de patiënt te genezen (hij belooft niet dat het resultaat van de behandeling de genezing van de patiënt zal zijn), maar hij verbindt zich er enkel toe alle middelen aan te wenden om dit gewenste resultaat te realiseren ²⁸. Het gaat duidelijk om een inspanningsverbintenis. Nochtans zijn er heel wat medische ingrepen die een zeer specifiek resultaat beogen en waar de arts dus welbepaalde contractuele verplichtingen op zich neemt. In dat geval spreken we van een resultaatsverbintenis. Voor een aantal van deze resultaats-ingrepen is er consensus in rechtspraak en rechtsleer zoals bij röntgenopnamen en het vervaardigen van prothesen. Een hele casuïstiek heeft zich nochtans geënt op veel minder evident resultaatgerichte handelingen. In een noot onder een arrest van het

(26) Rb. Brussel, 8 maart 1978, R.G.A.R., 1979, 10024 en *Pas.*, 1980, III, 5, geciteerd door VANDEPUTTE, R., *Het Aquiliaans foutbegrip*, Ced-Samsom, 1983, 67, VANDENBERGHE, H., o.c., 117 en PRIMIS, A., *Codex gezondheidsrecht*, Kortrijk-Heule, U.G.A., 1986, 375; KRUIHOF, R., l.c., 179.

(27) Brussel, 29 juni 1982, R.G.A.R., 1984, 10719.

(28) Vrij naar KRUIHOF, R., l.c., 182.

Hof van Beroep te Luik van 18 maart 1985 stelt HEYLEN ²⁹ dat i.v.m. een bloedtransfusie de geneesheer zich enkel tot het gebruik van de juiste middelen verbindt, nl. het verkrijgen van het gepaste bloed door kruisproeven die een gunstig resultaat opleverden. De arts kan echter nooit garanderen dat de patiënt *in vivo* geen ongewenste reacties zal vertonen. RIJKMANS en MEERT-VAN DE PUT ³⁰ daarentegen menen dat er een resultaatverbintenis bestaat voor het bepalen van de kwaliteit en de gepastheid van het bloed bij een bloedtransfusie. DIERKENS ³¹ beweert hetzelfde voor bepaalde ingrepen van esthetische chirurgie. HEYLEN wijst erop dat men wel een resultaatverbintenis heeft bij de belofte om *een* diagnose te stellen, bijvoorbeeld via de radiografie, maar die verbintenis impliceert niet de belofte tot het stellen van een *juiste* diagnose. De radiografie is dus het vereiste middel en niet het resultaat. Volgens hem kan men deze redenering uitbreiden tot bijna alle geneeskundige disciplines. Een veel geciteerd vonnis in dit verband is dat van de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van 17 januari 1980 ³². Volgens dat vonnis is een sterilisatie een resultaatverbintenis wegens het probleemloos uitvoerbare karakter ervan. Men moet echter, aldus het vonnis, een onderscheid maken tussen de definitieve steriliteit als einddoel en de onmiddellijke steriliteit na de ingreep hetgeen een onmogelijkheid is en dus niet kan beloofd worden. De Rechtbank van eerste aanleg te Hasselt volgde de redenering van eiser toen die stelde dat "een geneesheer niet kan verweten worden dat hij de behandelde kwaal (maagziekte) niet heeft genezen (middelverbintenis), maar wel dat hij andere lichaamsdelen (arm) heeft geschonden (resultaatsverbintenis)." ³³ De rechtbank voegde hier wel aan toe dat bij deze schending wel een fout moet begaan zijn want "het gaat niet op een fout af te leiden uit een schadelijk gevolg". Hoe dan ook, uit het voorgaande blijkt dat de verdedigde en toegepaste stelling dat de medicus steeds een inspanningsverbintenis aangaat, op zijn minst genuanceerd moet worden ³⁴. Indien het gaat om een resultaatverbintenis, moet enkel het uitblijven van het resultaat bewezen worden. Het is dan aan de arts om aan te tonen dat de niet-uitvoering te wijten is aan een vreemde oorzaak (art. 1147 B.W.). Bij inspanningsverbintenissen is de op de eiser rustende bewijslast veel zwaarder. Hij moet bewijzen dat de verweerder onzorgvuldig is geweest, d.i. beneden de maat van een nor-

(29) HEYLEN, R., "Over ziekenhuizen, verpleegkundigen, anesthesiologen en chirurgen", *Vl. T. Gez.*, 1986, afl. 6, 332.

(30) RYKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *Les droits et les obligations des médecins*, II, Brussel, Larcier, nr. 230.

(31) DIERKENS, R., "Réflexions à propos de la responsabilité médicale", in *R.P.A.R.P.*, Brussel, 1975, 154.

(32) Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 3, 34 en *De Verz.*, 1981, 183.

(33) Rb. Hasselt, 7 oktober 1980, onuitg.

(34) KRUIHTOF, R., *o.c.*, 183.

male inspanning is gebleven. Slaagt hij daarin, dan is het de beurt aan de verweerder (arts) om overmacht te bewijzen ³⁵.

b. De geneesheer als "Bonus Pater Familias".

Sinds het Hof van Cassatie ³⁶ gezegd heeft dat het algemeen zorgvuldigheidscriterium ook geldt voor geneesheren, moet deze algemene regel dan ook zonder meer toegepast worden. De fout wordt dus *in abstracto* beoordeeld en zodoende vergeleken met een "ideale persoon". Deze in abstracto-beoordeling wordt evenwel in zekere mate geconcretiseerd. De handeling van de geneesheer dient getoetst te worden aan die van een voorzichtige en vooruitziende arts die geplaatst is in dezelfde omstandigheden en professioneel op hetzelfde niveau staat ³⁷. Daarenboven moet hij handelen overeenkomstig de stand van de medische wetenschap ³⁸.

Het eerste element, nl. de voorzichtige en vooruitziende arts geplaatst in dezelfde omstandigheden, houdt rekening met de gegeven situatie waarin de arts zich bevindt, zoals tijd, plaats (veldhospitaal of academisch ziekenhuis), enz. Zo werd door de Burgerlijke Rechtbank te Leuven op 6 juni 1973 ³⁹ geoordeeld dat "het een normaal verschijnsel was dat een algemeen chirurg (zoals dokter X was) in een provinciestad overging tot de desbetreffende ingreep". De Burgerlijke Rechtbank te Turnhout ⁴⁰ hield in het geval waarbij een patiënte wegens intens bloedverlies overleed, rekening met het feit dat de behandelende arts zich bevond in een ziekenhuis waar het nodige instrumentarium voor vaatchirurgie niet aanwezig was. Nochtans oordeelde de rechter dat de omstandigheden waarin de patiënt werd vervoerd naar het A.Z. te Leuven onverantwoord waren en er hiervoor meerdere alternatieven bestonden. Het Hof van Beroep te Gent ⁴¹ hield daarentegen geen rekening met de plaats waar een psychiatrische patiënt met zelfmoordneigingen zich bevond. Een neurologische dienst van een algemeen ziekenhuis is wel geen afdeling van een psychiatrische kliniek, maar dat ontslaat het algemeen ziekenhuis niet van de verplichting bijzondere bewaking uit te oefenen. Kan ze dat niet, dan moest de patiënt uit het ziekenhuis ontslagen worden. Het is duidelijk dat de vraag omstreden blijft hoever men bij de concretisering mag gaan, m.a.w. welke omstandigheden wel en welke niet in acht mogen worden genomen.

(35) VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 1984, 84.

(36) Cass., 7 september 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 24.

(37) Zie o.a. Bergen, 29 september 1986, *R.G.A.R.*, 1987, 11282.

(38) Zie o.a. Rb. Antwerpen, 24 juni 1988, *VI.T.Gez.*, 1988-89, afl. 2, 93.

(39) Rb. Leuven, 6 juni 1973, *R.G.A.R.*, 1973, 9101.

(40) Rb. Turnhout, 4 juni 1984, *R.W.*, 1986-87, 2646 met noot VANSWEEVELT.

(41) Gent, 18 april 1985, *VI.T.Gez.*, 1985, 557, nr.6; contra: Luik, 26 maart 1986, *VI.T.Gez.*, 1987, afl. 6, 444.

Het tweede element van concretisering van het criterium van de *bonus pater familias* is het niveau van professionele kennis en specialisatie. Een huisarts is niet verplicht de nodige raad te geven na een heelkundige ingreep; hij mag er op rekenen dat de chirurg de gevolgen van zijn ingreep toelicht⁴². Het bewijs dat een orthopedist die nalaat een pre-operatief onderzoek te doen van de nierbekkens, een fout begaat, is niet geleverd als hij vergeleken wordt met een zorgvuldig uroloog, geplaatst in dezelfde omstandigheden⁴³. Een anesthesist handelt niet als een normaal voorzichtig geneesheer wanneer hij, voorafgaand aan het onder volledige narcose brengen van een patiënte, zich vergenoegt met een vluchtige ondervraging van de patiënte en de huisarts⁴⁴. HEYLEN⁴⁵ merkt in een noot onder een uitspraak van het Hof van Beroep te Brussel op dat anesthesisten in België meer op hun tellen moeten passen dan in het buitenland. Deskundigen en de rechter vertrekken bij hun toetsingscriterium vanuit de ideale situatie om de omstandigheden *in casu* te vergelijken. Zo is België volgens HEYLEN het eerste land ter wereld waar simultane anesthesie door de rechter als fout wordt aanzien omdat het niet de ideale situatie weerspiegelt. Die zou zijn: één anesthesist voor elke patiënt⁴⁶. In andere landen is het criterium aanzienlijk milder, nl. het gebruikelijk zijn in gelijkaardige omstandigheden elders.

Het derde en laatste element van toetsing betreft het handelen overeenkomstig de huidige stand van de medische wetenschap. VANDENBERGHE⁴⁷ en DALCQ⁴⁸ zien hierin een "permanente bijscholingsverplichting" voor de geneesheer. De rest van de rechtsleer en de rechtspraak volgen hen. De gynaecoloog, die een sterilisatiemethode onder algemene anesthesie gebruikt, terwijl een lokale verdoving volstond, handelt niet zoals het een normaal voorzichtig geneesheer past⁴⁹. De fout van de geneesheer kan immers, naast de wijze van uitvoering, ook bestaan in de keuze van de ingreep⁵⁰. De rechter kan nochtans niet oordelen over de keuze die een arts maakt i.v.m. de behandelingsmethode wanneer blijkt dat hij gehandeld heeft als een normaal en voorzichtig geneesheer⁵¹. Hij mag

(42) Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, *VI. T. Gez.*, 1980-81, 34 en *De Verz.*, 1981, 183.

(43) Rb. Turnhout, 6 februari 1984, *VI. T. Gez.*, 1987, afl. 5, 356 met noot VANSWEEVELT.

(44) Antwerpen, 27 mei 1980, *VI. T. Gez.*, 1980-81, afl. 3, 38.

(45) HEYLEN, noot onder Brussel, 10 mei 1984, *VI. T. Gez.*, 1987, afl. 3, 231-237.

(46) Zie ondermeer: Rb. Charlerloi, 23 mei 1986, *VI. T. Gez.*, 1986-98, 4, 299 en Rb. Brugge, 10 januari 1986, *VI. T. Gez.*, 1987, afl. 4, 284, met noot HEYLEN en R. W., 1987-88, 293, met noot VANSWEEVELT.

(47) VANDENBERGHE, H., *o.c.*, 124.

(48) DALCQ, R., "L'évolution de la responsabilité médicale", *De Verz.*, 1981, 635.

(49) Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, *VI. T. Gez.*, 1980-81, afl. 3, 34 en *De Verz.*, 1981, 183.

(50) Rb. Turnhout, 24 februari 1981, *R.G.A.R.*, 1982, 10480.

(51) Rb. Bergen, 4 november 1980, *R.G.A.R.*, 1982, 10467 met noot en *J. T.*, 1981, 212.

zich immers niet wagen aan overwegingen van wetenschappelijke of technische aard die het voorwerp van controverse zijn in de medische wereld ⁵². In een recent vonnis van de Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen ⁵³ stond te lezen dat "een oogchirurg geen fout kan worden verweten wanneer hij een keuze maakt tussen twee gelijkwaardige behandelingen waarover een scholensrijd heerst, ook niet wanneer die keuze tot een schadegebeuren aanleiding geeft." Het handelde hier over de keuze tussen een *cryocoagulatie* (d.i. een heelkundige ingreep aan het oog onder lokale anesthesie) en een laser-therapie (*zonder anesthesie*), twee therapieën waarover "in het internationaal wetenschappelijk forum een scholensrijd heerst." De vordering was gesteund op een beweerde fout in de therapeutische keuze, maar uit het verslag van een specialist van de R.U.Gent, die de verweerder-arts had geconsulteerd alvorens tot de behandeling over te gaan, "kon niet worden afgeleid dat aan verweerder enige onzorgvuldigheid bij de therapeutische keuze kan worden verweten." In dit verband spreken sommigen van een marginaal toetsingsrecht van de rechter, wanneer een controverse bestaat over de geschiktheid van deze of gene behandeling. De rechter zal dan veelal oordelen dat de geneesheer geen onredelijke beslissing genomen heeft ⁵⁴. Meestal zal dus een kern van beoordelingsvrijheid erkend worden ⁵⁵. Een ander probleem is vaak hoe het begrip "actuele stand" van de medische wetenschap moet worden geïnterpreteerd. Deze problematiek situeert zich in het geval dat de "scholensrijd" beslecht is in het voordeel van de betwiste medische behandeling. Maar ook indien een nieuwe en daarenboven onbetwist superieure therapie zich aanmeldt. Dat is dan duidelijk de meest actuele stand van de medische wetenschap. Betekent dit dan ook dat elke arts die meteen moet toepassen? HEYLEN onderscheidt hier vier mogelijke houdingen voor de arts: "*innovators*", "*early adaptors*", "*early majority*" en "*late majority*". Volgens hem kan enkel de houding van de "*early majority*" en in het ruimste geval die van de "*late majority*" aanvaard worden als de houding van de "*ideale arts*" ⁵⁶. Het is evident dat de feiten van iedere zaak moeten getoetst worden aan het criterium van een normaal voorzichtig en vooruitziend geneesheer op het ogenblik van die feiten en niet op het ogenblik van de uitspraak door de rechter. Het bovenvermelde oogchirurgvonnis werd uitgesproken op 24 juni 1988, maar de feiten hadden plaats op 4 september 1984. Een gelijkaardige casus op het moment van de uitspraak zou zich waarschijnlijk anders juridisch vertaald hebben, daar de scholensrijd inmiddels beslecht was in het voordeel van

(52) Bergen, 29 september 1986, R.G.A.R., 1987, 11282.

(53) Rb. Antwerpen, 24 juni 1988, *Vl.T.Gez.*, 1988-89, afl. 2, 93.

(54) KRUIHOF, R., *l.c.*, 183; VANDENBERGHE, H., *l.c.*, 125.

(55) VAN GERVEN, W., *De overheid in het verbintenissenrecht. Hoe blauw is het bloed van de prins?*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 27.

(56) HEYLEN, R., "Een analyse van drie procedures aanhangig voor een Belgische rechtbank", *Vl.T.Gez.*, 1987, afl. 3, 236.

de laser-therapie. Achterblijvers of zelfs discipelen van de "late majority" hebben echter vrijwel zeker ongelijk.

De appreciatie van het foutbegrip bij medische aansprakelijkheid wordt door de pijlsnelle evolutie van de medische wetenschap en de beoordelingsvrijheid van de medicus, uiteraard een zeer pragmatische zaak. Naar aanleiding van ons onderzoek van de gepubliceerde rechtspraak i.v.m. medische aansprakelijkheid vanaf 1980 tot en met 1988 hebben we vastgesteld dat 41% van deze uitspraken te maken hadden met pre-operatieve fouten, 37% met post-operatieve en slechts 16% met eigenlijke operatieve fouten. De resterende 6% handelde over voorschriften voor verdovende middelen en verkeerde voorschriften allerlei. De pre-operatieve fouten kunnen worden opgesplitst in drie categorieën: de hoofdmoot betreft het gebrek aan voorlichting van de patiënt⁵⁷. Een tweede categorie handelt over verkeerde diagnose of zelfs een totaal gebrek eraan⁵⁸. Een derde en laatste categorie pre-operatieve fouten betreft de ontstentenis of overbodigheid van onderzoeken⁵⁹. Inzake post-operatieve fouten, kan zonder te veralgemenen gezegd worden dat het gaat om gebrekkige nazorg en bewaking⁶⁰. Tenslotte zijn er de fouten gemaakt in de uitvoering van de ingreep zelf⁶¹. Het aandeel van dit soort fouten is, in verhouding tot de pre- en postoperatieve fouten, klein omdat nalatigheden in de uitvoering van de behandeling meestal gekwalificeerd worden als gebrek aan voldoende diagnose of onderzoek. Men gaat dus vaak de dieperliggende oorzaak van de schade na.

III. SCHADE EN OORZAKELIJK VERBAND MET DE FOUT.

1. Aard en kenmerken van de schade.

Schade bestaat in het verlies van een patrimoniaal of extrapatrimoniaal recht of belang (voordeel) of, omgekeerd, in een aan het slachtoffer berokkend nadeel. Het volstaat dat het slachtoffer een persoonlijk belang heeft bij het behoud van het voordeel⁶². Zo kan een broer schadevergoeding eisen voor de door een derde veroorzaakte dood van zijn zuster die voor hem de huishouding deed, ook al bestaat er tussen broer en zuster geen

(57) Zie o.a. Cass., 8 oktober 1981, R.G.A.R., 1983, 10590; Luik, 23 april 1980, R.G.J.B., 1980, 386; Rb. Antwerpen, 17 januari 1980, Vl.T.Gez., 1980-81, afl. 3, 34; Luik, 26 maart 1986, Vl.T.Gez., 1987, afl. 6, 444; Antwerpen, 9 november 1987, R.W., 1987-88, 1336.

(58) Zie o.a. (het fel omstrepen) Brussel, 29 juni 1982, R.G.A.R., 1984, 10719; Bergen, 29 september 1986, R.G.A.R., 1987, 11282.

(59) Zie o.a. Antwerpen, 9 november 1987, R.W., 1987-88, 1336; Antwerpen, 27 mei 1980, Vl.T.Gez., 1980-81, afl. 3, 38.

(60) Zie o.a. Bergen, 14 oktober 1985, R.G.A.R., 1986, nr. 11093; Rb. Turnhout, 4 juni 1984, R.W., 1986-87, 2646; Rb. Turnhout, 6 februari 1984, Vl.T.Gez., 1987, afl. 5, 386; Corr. Brussel, 13 december 1985, R.G.A.R., 1986, 11092.

(61) Rb. Brussel, 1 april 1985, Vl.T.Gez., 1985, afl. 1, 28.

(62) VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 1984, 195.

onderhoudsverplichting⁶³. Het belang moet wel rechtmatig zijn. Aan de voorgaande voorwaarden is bij de medische aansprakelijkheid meestal voldaan. Problemen ontstaan er pas bij de bijkomende voorwaarde dat de schade zeker moet zijn, d.w.z. vaststaan en niet gesteund zijn op louter veronderstellingen. Deze voorwaarde belet niet dat ook een toekomstig nadeel in aanmerking komt voor schadevergoeding; het toekomstig nadeel moet wel zeker zijn. Aldus kan het verlies van een kans schade veroorzaken waarvoor schadevergoeding kan worden geëist⁶⁴. Uiteraard wordt niet het verlies van de winst waarop men rekende vergoed, alleen het verlies van de kans op winst⁶⁵. Deze kans moet evenwel ernstig of reëel zijn. Om dit uit te maken wordt door de rechtspraak meestal nagegaan of de verwezenlijking van de kans volgens de gewone gang van zaken zeker genoeg is, m.a.w. of de kans zich naar alle redelijkheid, zonder de fout, had gerealiseerd⁶⁶. Met het arrest van het Hof van Cassatie van 19 januari 1984⁶⁷ werd het leerstuk inzake het verlies van genezings- of overlevingskansen definitief in het Belgische recht binnengehaald. Aan de arts wordt niet het overlijden of de niet-genezing van de patiënt verweten, maar wel het door een medische fout teloorgaan van de kansen van de patiënt op overleving of genezing. Om de kansen op genezing of overleving als ernstig, en dus het verlies van die kansen als zekere schade te kwalificeren, baseert de rechter zich meestal op de medische statistieken en literatuur die toelaten met een wetenschappelijke waarschijnlijkheid uit te maken of de overleving (of genezing) naar alle redelijkheid kon worden verwacht⁶⁸. Hoewel door de rechtspraak terzake zelden percentages worden vermeld, kan uit die rechtspraak wel worden opgemaakt dat meestal een vrij hoog percentage kansen op succes wordt vereist vooraleer de benadeelde wordt schadeloos gesteld⁶⁹.

2. Oorzakelijk verband en bewijslast.

Hoger werd reeds impliciet gewezen op het onderscheid tussen ingrepen die als dusdanig geoorloofd zijn, maar die door de geneesheer niet op gewetensvolle en nauwgezette wijze, overeenkomstig de huidige stand van de medische wetenschap, werden uitgevoerd en medische ingrepen die on-

(63) Cass. 16 januari 1939, *Pas.*, 1939, I, 25.

(64) Cass., 30 november 1981, *R. W.*, 1982-83, 1688; Cass., 23 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 97. In het strafrecht geldt dit niet, d.w.z. dat het veroorzaken van het verlies van een kans als zodanig geen slagen en verwondingen oplevert.

(65) VAN GERVEN, W., o.c., 196.

(66) RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1984, 83, nr. 103.

(67) Cass., 19 januari 1984, *R.G.A.R.*, 1986, 11084 met noot VANSWEEVELT.

(68) VANSWEEVELT, T., "Schade wegens verlies van een kans: een toepassing op de medische aansprakelijkheid", (noot onder Cass., 19 januari 1984), *R.G.A.R.*, 1986, 11084.

(69) VANQUICKENBORNE, M., *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, Brussel, Elsevier-Sequia, 1972, 145.

geoorloofd zijn, bijvoorbeeld omdat de vereiste toestemming van de patiënt niet werd bekomen of omdat de medische ingreep geen curatief doel beoogde ⁷⁰. Bij de geoorloofde ingrepen moet enkel de schade voortspuitend uit niet-normale risico's vergoed worden. Zo is de geneesheer aansprakelijk voor de schade, door zijn patiënt geleden tijdens het wegnemen van een pen uit het dijbeen, wanneer uit de expertise blijkt dat die schade, nl. het beschadigen van een zenuw, geen normaal risico betreft ⁷¹. Voor de normale risico's is de geneesheer niet aansprakelijk, want de patiënt heeft bij de toestemming die onvermijdelijke risico's aanvaard. Voor de ongeoorloofde medische ingrepen daarentegen is de arts tevens aansprakelijk voor de normale medische risico's. Op de patiënt rust dan wel het zeer zware bewijs van (ten eerste) de ongeoorloofdheid van de ingreep, d.w.z. het gebrek aan toestemming. Dit bewijs mag met alle middelen geleverd worden, ook met getuigen en vermoedens. De rechtspraak ⁷² gaat nochtans vaak uit van de veronderstelde toestemming wat het bewijs in de praktijk diabolisch maakt. Ten tweede moet de schade bewezen worden. Deze moet zeker zijn, hoewel het verlies van een kans ook voor vergoeding in aanmerking komt ⁷³. Het derde en vaak moeilijkste bewijselement is het oorzakelijk verband tussen die schade en de fout.

Indien de patiënt er, niettegenstaande het vermoeden van toestemming, in slaagt de fout van de arts te bewijzen door aan te tonen dat deze arts hem niet voldoende ingelicht had over de ingreep en zodoende de instemming van de patiënt niet verkregen had, rest hem nog te bewijzen dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen het niet geven van inlichtingen en de opgelopen schade. Uit de rechtspraak blijkt dat vele rechters beseffen dat dit bewijs geen sinecure is. Ze omzeilen de vraag of de patiënt zou geweigerd hebben indien hij de risico's had gekend, op de meest uiteenlopende manieren. Het Hof van Beroep te Antwerpen ⁷⁴ grondde de aansprakelijkheid van de arts op het overbodig karakter van het onderzoek (ingreep). Zo'n onderzoek maakt, aldus het Hof, een fout uit die in oorzakelijk verband staat met de door de patiënt geleden schade. De patiënt was inderdaad niet ingelicht over de gevaren van het onderzoek en moest dus normaal gezien het oorzakelijk verband bewijzen. Het Hof zag het probleem: "Overwegende dat het gebrek aan behoorlijke voorlichting en het verrichten van een ingreep zonder toestemming, moeilijkheden oplevert i.v.m. het causaal verband... Overwegende dat het Hof daarop echter niet verder moet ingaan nu appelante (patiënte) ook, en terecht, als fout heeft ingeroepen het uit-

(70) KRUIHOF, R., *l.c.*, 190.

(71) Rb. Turnhout, 24 februari 1981, R.G.A.R., 1982, 10480.

(72) Zie o.a. Cass., 4 oktober 1973, *Arr.Cass.*, 1974, 132 en *J.T.*, 1974, 296; Cass., 8 oktober 1981, R.G.A.R., 1983, 10590; Antwerpen, 9 november 1987, R.W., 1987-88, 1336 met noot.

(73) KRUIHOF, R., *l.c.*, 191.

(74) Antwerpen, 9 november 1987, R.W., 1987-88, 1336 met noot.

voeren van een overbodig onderzoek." ⁷⁵ DALCQ ⁷⁶ wijst erop dat, indien de rechtbanken en hoven toch het moeilijke oorzakelijkheidsverband eisen, hun beoordeling of het verband gelegd is steeds arbitrair en zonder veel argumentatie zal zijn. DALCQ zegt tevens dat deze arbitraire uitspraken de fundamentele rechten van de patiënt miskennen.

Er kan een rechtstreeks of onrechtstreeks causaal verband bestaan tussen fout en schade. Het aanvaarden van een onrechtstreeks causaal verband met de fout zal vooral belangrijk zijn bij schade door verlies van een kans ⁷⁷. Ons Hof van Cassatie heeft de equivalentieer impliciet aanvaard. Deze leer houdt in dat elke fout zonder dewelke de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich in werkelijkheid voordoet, als de oorzaak van de schade moet worden beschouwd ⁷⁸. M.a.w., de fout was noodzakelijk voor het ontstaan van de schade zoals ze in concreto is voorgekomen ⁷⁹. Of het causaal verband dan een rechtstreeks of onrechtstreeks karakter heeft, doet niet terzake. De rechtbank van Turnhout oordeelde er op 4 juni 1984 ⁸⁰ nochtans anders over. Van de drie tekortkomingen, nl. het te vertikaal inbrengen van een triocart, de afwezigheid van specifieke instrumenten in het ziekenhuis en het vervoeren van de patiënt naar een ander ziekenhuis in het besef daar niet de geschikte middelen voor te hebben, werd alleen de laatste weerhouden om de aansprakelijkheid van de arts te gronden. De twee eerste nalatigheden hadden "slechts" een onrechtstreeks causaal verband met de schade. De rechtbank heeft hier o.i. de theorie van de efficiënte oorzaak gevolgd en aldus enkel die omstandigheden weerhouden die op voorzienbare wijze tot de schade kunnen leiden.

Kan de voorbeschiktheid tot schade in hoofde van het slachtoffer tot verminderde aansprakelijkheid van de arts leiden? Men denke aan een pathologische toestand (zwak hart) of een allergie ten overstaan van een, naar aanleiding van de fout, toegepaste behandeling. In het eerste geval zal men tot een verminderde aansprakelijkheid besluiten, evenwel niet omdat het causaal verband gedeeltelijk is verbroken maar wel omdat, op het vlak van de schadevereiste, de geleden schade geringer was, aangezien de voorbeschiktheid de patiënt in elk geval reeds tot een zekere schade voorbestemde ⁸¹. Deze oplossing geldt uiteraard niet indien de arts weet had van de pathologische toestand van zijn patiënt ⁸². In het tweede geval zal men de arts

(75) *Ibidem.*, 1338.

(76) DALCQ, R., noot onder Luik, 23 april 1980, R.G.A.R., 1981, 10294 en 10351 en R.C.J.B., 1980, 386.

(77) Rb. Brussel, 1 april 1985, *VI.T.Gez.*, 1986, afl. 1, 28.

(78) Cass., 11 mei 1956, *Pas.*, 1956, I, 962; Cass., 8 september 1983, R.W., 1983-84, 2033.

(79) Cass., 8 september 1983, R.W., 1983-84, 2033.

(80) Rb. Turnhout, 4 juni 1984, R.W., 1986-87, 2646 met noot.

(81) VAN GERVEN, W., *o.c.*, 204.

(82) Antwerpen, 27 mei 1980, *VI.T.Gez.*, 1980-81, 38-39.

volledig aansprakelijk stellen omdat zonder zijn fout de behandeling en de daarmee gepaard gaande allergie niet zou zijn voorgekomen ⁸³.

IV. VERJARING VAN DE SCHADEVERGOEDINGSEIS.

Art. 26 Voorafgaande Titel Wetboek van Strafvordering bepaalt : "De burgerlijke rechtsvordering uit een misdrijf, verjaart door verloop van vijf jaren te rekenen van de dag waarop het misdrijf is gepleegd ; zij kan echter niet verjaren voor de strafvordering." Dit artikel heeft voor de patiënt, die zijn arts aansprakelijk wil stellen voor zijn medische fout(en), verstrekkende gevolgen. Medische fouten vallen immers meestal binnen het toepassingsgebied van het strafrecht (art. 418 e.v. Sw.). De verjaringstermijn van de burgerlijke rechtsvordering, voortspruitend uit een strafrechtelijk misdrijf, belooft 5 jaar. Zowel rechtsleer als rechtspraak vinden deze zeer korte termijn op zijn zachtst uitgedrukt onbillijk voor de patiënt. De Commissie tot herziening van het Strafwetboek heeft deze kritiek kernachtig als volgt uitgedrukt : "Het is weinig billijk dat de dader van een misdrijf slechts gedurende vijf jaar voor de schadelijke gevolgen van zijn handeling aangesproken kan worden, terwijl hij zich slechts op de dertigjarige verjaring kan beroepen wanneer het enkel om een burgerlijk misdrijf gaat. Omgekeerd is het even stuitend dat het slachtoffer gestraft wordt omdat het feit waaruit de aansprakelijkheid voorkomt, een misdrijf is." ⁸⁴ Maar "*dura lex, sed lex*" en zolang geen wetwijziging wordt doorgevoerd, moet de patiënt met de moed der wanhoop alle mogelijke interpretaties uitproberen die hij kan bedenken. De recente rechtspraak staat dan ook bol van de juridische bochtenwringery. Men kan twee types onderscheiden. Ten eerste zijn er de pogingen om het tijdstip waarop de verjaring begint te lopen, uit te stellen. Dit probeert men door bijvoorbeeld de artt. 418 en 420 Sw. te omschrijven als voortdurende misdrijven i.p.v. ogenblikkelijke misdrijven ⁸⁵. Dit zou betekenen dat de arts zich zolang aan het misdrijf schuldig maakt als het letsel bestaat. De verjaringstermijn begint dan pas te lopen als de oorzaak van het leed is weggenomen. Het Hof van Beroep te Gent ⁸⁶ heeft deze zienswijze verworpen en stelde : "Het wanbedrijf van onopzettelijke slagen en verwondingen is een ogenblikkelijk misdrijf en derhalve voltrokken zodra het gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid aanwezig en het lichamelijk letsel erdoor veroorzaakt is, ook al blijft dat letsel voortduren door het niet wegnemen van de oorzaak ervan." Een ander vaak voorkomend middel om het aanvangstijdstip van de verjaringstermijn uit te stellen is het geven van

(83) VAN GERVEN, W. (*o.c.*, 204) vraagt zich af of men ook in dit geval de schade niet moet verminderen.

(84) "Stand van de werkzaamheden van de Commissie tot herziening van het Strafwetboek", R. W., 1978-79, 116.

(85) Rb. Dendermonde, 14 april 1978, onuitgeg.

(86) Gent, 19 mei 1980, *Vl. T. Gez.*, 1980-81, afl. 4, 38, met noot KRUIHOF (verkeerd geciteerd in *Vl. T. Gez.*).

een brede interpretatie aan het voorhanden zijn van een lichamelijk letsel als constitutief element van het misdrijf. Immers, de termijn begint pas te lopen als alle constitutieve elementen van het misdrijf verenigd zijn. Welnu, als pijn noodzakelijk is om een lichamelijk letsel te constitueren, is het een koud kunstje om de 5-jarige termijn veel later dan de eigenlijke ingreep te doen aanvangen. Het Hof te Gent heeft voor deze optie gekozen in het voormelde arrest. Dit is volgens KRUITHOF⁸⁷ nochtans moeilijk te verzoenen met de definitie die het Hof van Cassatie⁸⁸ gegeven heeft van het begrip lichamelijk letsel: "... alle uitwendig of inwendig letsel, hoe licht het ook zij, dat aan het menselijk lichaam (...) wordt toegebracht." KRUITHOF wijst er overigens op dat, indien pijn en leed als constitutief bestanddeel van het lichamelijk letsel zou weerhouden worden, dat konsekwent tot absurde toestanden zou leiden. Iemand die ingevolge een zware aantasting van zijn fysische integriteit, in coma valt, zal geen pijn gevoeld hebben (en misschien zelfs nooit meer) en aldus zou de veroorzaker van het incident nooit strafrechtelijk vervolgd kunnen worden.

Moet het letsel zich geopenbaard hebben of is het veroorzaken van het letsel het moment waarop het misdrijf voltrokken is? "Het is het ogenblik dat het letsel in kiem veroorzaakt werd dat het misdrijf voltrokken werd" stelde het Hof van Beroep in Gent⁸⁹ een maand na haar "pijn en leed"-slippertje.

Het tweede type van pogingen om art. 26 V.T.Sv. te omzeilen, is door een fout van de arts als contractueel te kwalificeren en niet als misdrijf (naast de contractuele of buitencontractuele fout, die tevens als misdrijf gekwalificeerd wordt)⁹⁰. Het blijft evenwel een krampachtige poging, want hoe de tekortkoming van de arts ook omschreven wordt, de eis tot gedwongen uitvoering van een overeenkomst is een burgerlijke eis die voortvloeit uit een strafrechtelijk misdrijf en die derhalve verjaart door verloop van vijf jaren te rekenen de dag waarop het misdrijf gepleegd werd⁹¹.

In een recent vonnis van de rechtbank te Leuven op 17 juni 1987⁹² kwam een derde visie op de problematiek te voorschijn. De verweerdsters wierpen voor de burgerlijke rechter op dat "nu de fout kan gedefinieerd worden als een misdrijf in de zin van de artt. 418-420 Sw." ze zich op de verjaring van de vordering konden beroepen. De rechtbank verwierp deze zienswijze en zei dat "opdat art. 26 V.T. Sv. van toepassing zou zijn,

(87) KRUITHOF, R., "De korte verjaringstermijn van civielrechtelijke vorderingen die uit strafrechtelijke misdrijven voortvloeien", *Vl.T.Gez.*, 1980-81, afl. 4, 42.

(88) Cass., 28 november 1949, *Arr.Cass.*, 1950, 181; Cass., 23 april 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 801.

(89) Gent, 9 juni 1980, *R. W.*, 1980-81, 456 met noot DEPUYDT; zie ook Rb. Doornik, 27 mei 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1039.

(90) Zie o.a. Rb. Gent, 14 mei 1980, onuitgeg., *A.R.*, nr. 1267/79; Gent, 19 mei 1980, *Vl.T.Gez.*, 1980-81, afl. 4, 38; Gent, 15 mei 1987, *Vl.T.Gez.*, 1987, afl. 2, 107 met noot LUST; Rb. Doornik, 27 mei 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1039.

(91) KRUITHOF, R., *l.c.*, 45.

(92) Rb. Leuven, 17 juni 1987, *R. W.*, 1987-88, 1441 met noot NYS.

er een strafvordering moet geweest zijn en er tevens een misdrijf in de strafrechtelijke betekenis van het woord moet gepleegd zijn". Het feit dat de door verweerder beweerde inbreuken kunnen worden gekwalificeerd als een misdrijf, is niet voldoende om de verjaring van de vordering, gegrond op art. 26 V.T. Sv., in te roepen. NYS stelt zich in een noot onder dit vonnis de vraag welk van de drie omstandigheden onder art. 26 V.T. Sv. valt: dienen de feiten daadwerkelijk als misdrijf te worden gekwalificeerd, moet er een aanzet zijn gegeven tot een strafvordering of moet er misschien een klacht worden ingediend? Over het feit dat de enkele mogelijkheid om als misdrijf te kunnen worden gekwalificeerd niet voldoende is, lijkt echter consensus te bestaan. De rechtbank van Leuven gaat nog verder wanneer ze eist dat er zowel een strafvordering moet geweest zijn als het bewijs dat er een misdrijf is geweest. WILMS⁹³ is genuanceerder en stelt dat de strafbaarheid *in abstracto* volstaat. VANDENBERGHE en NYS wijzen erop dat hierdoor aan het vermoeden van onschuld tot dat de schuld bewezen is, wordt geraakt en dat dat strijdig zou kunnen zijn met art. 6 E.V.R.M. DALCQ⁹⁴ verwoordt het standpunt van het peloton van de rechtsleer als hij zegt dat alleen de wetgever het probleem kan oplossen. Die wetswijziging zou er in kunnen bestaan voor ogenblikkelijke misdrijven te bepalen dat de verjaring van de burgerlijke vordering niet kan lopen vooraleer het slachtoffer zich rekenschap heeft kunnen geven van het bestaan van de schade.

BESLUIT.

Hoewel de laatste decennia de aansprakelijkheid van de geneesheer in de literatuur veel aandacht heeft gekregen en daarenboven een verhoogde aansprakelijkheid ten aanzien van medici in de rechtspraak manifest erkend wordt, kan toch bezwaarlijk van een fenomeen als de Amerikaanse "*mal-practice boom*" gesproken worden. De soms ongecontroleerde angst van het medisch corps hiervoor is o.i. volledig irrationeel. Er zijn in ons Belgisch rechtssysteem verschillende belangrijke hinderpalen voor een escalatie op zijn Amerikaans. De belangrijkste rem is de zwakke positie van de patiënt. Hij moet in het beste geval, nl. wanneer de arts een ongeoorloofde medische ingreep uitvoerde, nog steeds de volledige bewijslast dragen wat geenszins gemakkelijk is. Hij moet zijn verhaal doen voor een professioneel magistratencorps, dat zich bij de minste techniciteit zal indekken door een beroep te doen op deskundigen-collega-artsen. De rechter is natuurlijk niet gebonden door deze expertises, maar uit het onderzoek van 55 arresten en vonnissen bleek er slechts één de expertise naast zich neer te leggen⁹⁵. KRUITHOF wijst er daarenboven op dat de staande en zittende magistratuur er ook in de toekomst over zal waken dat geneesheren strafrechtelijk

(93) WILMS, W., *De verjaring van de burgerlijke vordering voortspruitend uit een misdrijf*, Proefschrift, Leuven, 1985, aangehaald door NYS, R. W., 1987-88, 1443.

(94) DALCQ, R., "La responsabilité médicale", T.P.R., 1974, 348.

(95) Rb. Turnhout, 6 februari 1984, *Vl.T.Gez.*, 1987, afl. 5, 386 met noot.

slechts voor ernstige beroepsfouten vervolgd en veroordeeld zullen worden ⁹⁶.

Een onderwerp dat in het kader van dit artikel niet werd behandeld, is het beroepsgeheim van de arts. Nochtans is dit vaak hét grote struikelblok voor de patiënt in zijn zoektocht naar het te leveren bewijsmateriaal.

Kortom, men kan zich in België makkelijker in het standpunt van de verdedigers van patiëntenrechten inleven dan in dat van de angstige praktizijnen. Men mag zich echter niet bezondigen aan eenzijdigheid. De dokters voelen zich nu eenmaal gevisieerd en dat merkt men. VANSWEEVELT ⁹⁷ bijvoorbeeld ziet terecht één van de oorzaken van het probleem van de overbodige onderzoeken in de defensieve geneeskunde. De arts zal door het uitvoeren van niet noodzakelijke onderzoeken mogelijke nalatigheidsverwijten voor de rechtbank kunnen afweren.

Waar ligt de scheiding tussen zorgvuldige en defensieve geneeskunde? De eerste probeert de hoogst mogelijke zekerheid te bereiken door veel onderzoeken te verrichten, de tweede is gebaseerd op de aansprakelijkheidsvrees. De arts bevindt zich aldus in een aansprakelijkheidstang: weinig onderzoek kan leiden tot de verkeerde diagnose en aldus nalatigheid, uitgebreid onderzoek verhoogt het risico op schade (uit die onderzoeken) en de rechter zal ze vaak als overbodig kwalificeren, zodat de arts niet gedekt is door het "normale risico"-principe. VANSWEEVELT pleit voor de toepassing van het evenredigheidsbeginsel om dit dilemma op te lossen. Het nut van de ingreep op het onderzoek moet evenredig zijn met of opwegen tegen de eventuele risico's.

Men zou de hele problematiek van de medische aansprakelijkheid kunnen herleiden tot twee standpunten. De patiënten willen de bewijslast vergemakkelijken, zodat zonder heksentoeren de fout kan bewezen worden. Het standpunt van de geneesheren is dat, paradoxaal genoeg, een golf van aansprakelijkheidsclaims regelrecht tegen de belangen van de patiënten zelf zou ingaan (cfr. defensieve geneeskunde). Daarenboven stellen zij dat, inherent aan het medisch beroep, de morele verantwoordelijkheid reeds zeer zwaar is, daar de kleinste vergissing grote gevolgen kan hebben. Dit dan nog civiel- en strafrechtelijk sanctioneren, betekent volgens hen de doodsteek voor een hoogstaande medische wetenschap. Enkel beproefde, quasi risicoloze therapieën zouden nog aangewend worden.

De synthese van deze twee standpunten zou erin kunnen bestaan de bewijslast te vereenvoudigen of zelfs om te draaien en tevens niet elke medische fout te weerhouden maar enkel de zware of lichte repetitieve fout

(96) KRUIJTHOF, R., "Tendensen inzake medische aansprakelijkheid", *VI. T. Gez.*, 1982-83, 195.

(97) VANSWEEVELT, T., "Het aansprakelijkheidsrecht als mogelijke remedie tegen overconsumptie en defensieve geneeskunde", *R. W.*, 1987-88, 1338.

(analogie met art. 18 W.A.O.) De patiënt hoeft in ons sociaal zekerheidsstelsel immers niet voor lichte schadevergoedingen naar de rechter (het regres vanwege de R.S.Z. ten aanzien van de schadeverwekker zou in deze hypothese wel wegvallen). Een andere, meer gedurfde oplossing komt er als we het foutcriterium overboord gooien en naar Zweeds en Fins model een, door de zorgenverstrekkers gefinancierde, patiëntenverzekering invoeren ⁹⁸. Een nadeel hiervan is uiteraard dat de socialisering van het risico tevens inhoudt dat de kosten maatschappelijk gezien vrij hoog worden. Zowel in Zweden als in Finland wordt in dit systeem trouwens enkel rechtstreekse causale schade vergoed, wat betekent dat de schadevergoeding wegens verlies van een kans mogelijkwijze uit de boot valt.

Het "assurance oblige"-beginsel, dat in deze foutloze aansprakelijkheid gehanteerd wordt, kent in België enkel toepassing in de arbeidsongevallenwetgeving. Het is wellicht niet oninteressant te onderzoeken of het ook in de relatie arts-patiënt van nut kan zijn.

(98) DE COCK, J., "Het Zweedse "no fault" model ter vergoeding van medische schade", *VI. T. Gez.*, 1982, 51.