

HET MEDISCH ONGEVAL ZONDER AANSPRAKELIJKHEID

REEKS GEZONDHEIDSRECHT

Redactie: Tom Balthazar

Filip Dewallens

Thierry Vansweevelt (Voorzitter)

HET MEDISCH ONGEVAL
ZONDER AANSPRAKELIJKHEID

Wannes BUELENS

Het medisch ongeval zonder aansprakelijkheid
Wannes Buelens

© 2019 Intersentia
Antwerpen – Cambridge
www.intersentia.be

Coverfoto: S_L – Shutterstock

ISBN 978-94-000-0382-8
D/2019/7849/24
NUR 822



Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

Ondanks alle aan de samenstelling van de tekst bestede zorg, kunnen noch de auteurs noch de uitgever aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele schade die zou kunnen voortvloeien uit enige fout die in deze uitgave zou kunnen voorkomen.

WOORD VOORAF

Thierry VANSWEEVELT
Gewoon hoogleraar Universiteit Antwerpen

Dit boek is de handelseditie van het proefschrift waarmee de heer Wannes Buelens op 20 juni 2018 aan de Universiteit Antwerpen de graad van doctor in de rechten verwierf.

Een mooi moment om, als promotor van dit proefschrift, even achterom te kijken.

Wannes was een uitstekend student en behaalde zowel zijn bachelordiploma als het masterdiploma met grote onderscheiding. Hij had blijkbaar al vroeg een interesse voor aansprakelijkheidsrecht. Zijn jaarverhandeling ging over een onderwerp in het aansprakelijkheidsrecht (gebrekkige zaken) en hij volgde ook het Practicum aansprakelijkheidsrecht in 3^o BACH. Zijn practicumpaper was zo uitzonderlijk goed dat die uitmondde in een eerste publicatie (in het *T.Gez./Rev.droit santé*).

Vaak is het zo dat een prof zelf een student aanspreekt met de vraag of hij academische interesses heeft. Maar bij Wannes was dat niet zo. Hij neemt zelf het initiatief: zo kwam hij mij vinden en uitte hij de wens om aspirant-onderzoeker te worden.

Maar zijn talent was ook andere professoren opgevallen. Zo heb ik een mail teruggevonden met als titel “vervelende situatie”. Wannes schrijft mij benaderd te zijn geweest door twee vrouwelijke professoren om in de zomervakantie voor hen te werken als jobstudent, met de bedoeling dit werk te laten uitgroeien tot een doctoraat. Ik antwoordde hem dat er zoiets bestaat als “vrije concurrentie” ... en dat hij dus zou moeten kiezen en ik, in voorkomend geval, dan zou uitkijken naar een ander toekomstig doctorandus. Meteen de volgende dag ontving ik zijn antwoord met als titel: “Minder vervelende situatie”, gevolgd door een smiley. De tekst luidde: “Ik heb besloten om met u verder te gaan, want vind u wel ‘nen toffe prof’. Ik kijk uit naar een fijne en vruchtbare samenwerking”!

Die fijne en vruchtbare samenwerking is er ook gekomen. Zowel als student als nadien als versorser ontpotte Wannes zich al snel tot een zeer gedreven onderzoeker.

Nog tijdens zijn aspirant-periode hadden Filip Dewallens en ik het plan opgevat een omvattend *Handboek Gezondheidsrecht* samen te stellen. Gevraagd of hij hieraan wou meewerken, aarzelde Wannes geen moment en schreef hij een mooie bijdrage over: “Preventie; profylaxe van besmettelijke ziekten, dwangbehandeling en afzondering”.

Nadien hadden Britt Weyts en ik het plan opgevat om een *Handboek Verzeke-
ringsrecht* uit te brengen. Ook toen aarzelde Wannes geen moment om zich in te werken in een hem onbekende materie, de herverzekering, en was het resultaat opnieuw van zeer hoog niveau!

Dat is toch echt wel een van Wannes knapste capaciteiten: de bereidheid, snelheid en grondigheid waarmee hij zich in een totaal nieuwe materie kan inwerken!

Gelukkig kon er voor Wannes financiering worden verkregen voor een doctoraat. Het doctoraat van Wannes is een product van AHLEC, de succesvolle Leerstoel voor Gezondheidsrecht en Gezondheidsethiek. Dankzij de gulle steun van de sponsors die deze Leerstoel financieren, kon dit doctoraat worden geschreven (www.ahlec.be).

Wannes beperkt zijn interesse trouwens niet tot het Belgische recht, ook internationaal is hij present. Onmiddellijk na het afstuderen nam Wannes deel aan het Wereldcongres voor Medisch Recht in Indonesië. Samen met Coralie Herijgers en Steffi Illegems hield hij daar een opgemerkte voordracht over het EHRM en de dwangbehandeling van wilsbekwame patiënten. Deze voordracht resulteerde ook in een Engelstalige publicatie in het *EJHL*.

Hij was tevens aanwezig op het Wereldcongres voor Medisch Recht in Los Angeles waar hij een voordracht verzorgde, samen met Larissa Vanhooff, over het Belgian Compensation Fund for Medical Accidents.

Wannes nam ook deel aan het maatschappelijk debat. Zo publiceerde hij ook columns in de *Juristenkrant* en deelde hij ook zijn opvattingen over de hervorming van het Burgerlijk Wetboek, in het bijzonder wat betreft de samenloopproblematiek, samen met Dimitri Verhoeven.

Intussen begon het Fonds Medische Ongevallen meer en meer adviezen te publiceren en werden sommige adviezen ook al beoordeeld door de gewone rechtbanken. Wannes werd een veelgevraagd auteur: elke belangrijke uitspraak werd door hem geannoteerd in het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* ... en hij werd meer en meer geciteerd, ook in de Franstalige rechtsleer en rechtspraak.

Zijn onderzoek is nu uitgemond in een prachtig doctoraat, rijk gedocumenteerd, waarin hij haarscherp en ongezien grondig de toepassingsvoorwaarden van de

MOZA ontleedt. Het boek bevindt zich op de grens tussen het aansprakelijkheidsrecht en het gezondheidsrecht, altijd vruchtbaar om twee rechtstakken met elkaar te combineren.

Ik voorspel het doctoraat een mooie toekomst ... het is opgenomen in de *Reeks Gezondheidsrecht*, de interuniversitaire reeks die docenten medisch recht van de Vlaamse rechtsfaculteiten groepeerd.

Wannes Buelens is een onderzoeker in hart en nieren, een zeer harde werker. Op de universiteit is hij een van de vorsers die 's morgens het licht aansteekt en 's avonds laat het licht uitdoet ... geen inspanning is hem teveel ... Ook in zijn ontspanning is hij een gedreven sporter en kiest hij voor het harde labeur: Wannes is een verwoed fietser; wekelijks maalt hij zo'n 300 à 400 km af op zijn koersfiets!

Zijn interesse en gedrevenheid zullen hem in zijn verdere carrière ongetwijfeld nog naar andere hoogtepunten leiden ...

WOORD VOORAF

Steven LIERMAN

Hoogleraar KU Leuven

Deeltijds hoofddocent Universiteit Antwerpen

Dit boek is de handelseditie van het proefschrift dat Wannes Buelens met succes verdedigde op 20 juni 2018. Het bevat het eerste doorgedreven en systematische onderzoek na de inwerkingtreding van de Wet Medische Ongevallen van 31 maart 2010. Het resultaat is een boek van om en bij de 500 pagina's over het meest vernieuwende aspect van deze wet, namelijk het medisch ongeval zonder aansprakelijkheid.

Door als eerste de adviespraktijk van het Fonds voor de Medische Ongevallen en de rechtspraak kritisch te analyseren zet Wannes Buelens de toon en ik ben ervan overtuigd dat zijn analyse en voorstellen niet in dovemansoren zullen vallen, binnen het Fonds, maar ook bij de rechter en andere betrokken actoren. Ook voor de publicatie van dit boek drukten de wetenschappelijke bijdragen van Wannes overigens al hun stempel op de rechtspraak.

Als copromotor heb ik Wannes Buelens de voorbije jaren leren kennen als een bijzonder doelgericht en vastberaden onderzoeker. Om het in voetbaltermen te zeggen: Wannes is het type onderzoeker die Lukakugewijs op zijn doel afstormt en zich door niemand van zijn pad laat brengen. De meters die hij aflegde op korte tijd waren ronduit indrukwekkend te noemen. Elke keer opnieuw verraste hij promotoren en leden van de begeleidingscommissie met de omvang van zijn nieuwe teksten, waarin hij kritische reflecties en suggesties met rasse schreden verwerkte.

En Wannes treft wel degelijk doel in zijn proefschrift, meer dan eens. Zijn onderzoek mondt uit in concrete aanbevelingen aan wetgever, rechter en Fonds. Zijn aanbeveling aan de wetgever om een sanctie van 15% te voorzien voor verzekeraars die een advies van het Fonds ten onrechte aanvechten voor de rechter, zou een ontradend effect kunnen hebben en het aantal gerechtelijke procedures kunnen terugdringen.

Een ander voorbeeld zijn de voorstellen tot invulling van sleutelconcepten in de wet op basis van een sterke rechtsvergelijkende insteek, zij het steeds met aandacht voor de evenwichten in onze Belgische context. De wetgever heeft het Fonds voor de Medische Ongevallen en de rechter veel ruimte gelaten bij de invulling van het begrip abnormale schade. De inzichten die Wannes in zijn proefschrift formuleert, bieden een sterke onderbouw voor de adviespraktijk en de rechtspraak die zich de komende jaren verder zal ontwikkelen.

Het voorliggende boek is het resultaat van onderzoek dat niet vanuit een ivoren toren wordt gevoerd, maar onmiddellijk een invloed uitoefent op de dagelijkse rechtspraktijk. Ook dat typeert de onderzoeker, die wars van holle betogen en louter theoretische vraagstukken aandacht heeft voor wat praktisch relevant is. Door die insteek heeft hij substantieel bijgedragen aan de rechtsontwikkeling in dit domein. Een rol die hij, ongetwijfeld, ook in zijn verdere loopbaan zal blijven vervullen.

DANKWOORD

Deze handelseditie van mijn doctoraatsthesis vormt het sluitstuk van één van de hoofdstukken in mijn leven: het leven als student aan de Universiteit Antwerpen. Zoals gebruikelijk bij het einde van een hoofdstuk, biedt dat de gelegenheid om een evaluatie te maken bij wijze van een besluit. In dit geval neemt dit besluit de vorm aan van een woord van dank aan de mensen die hebben bijgedragen aan het schrijven van dit hoofdstuk.

De eerste personen die in dit verband vermeld moeten worden, zijn de sponsors van AHLEC. Zonder hun (financiële) steun was dit onderzoek er waarschijnlijk nooit gekomen. Dank ook aan uitgeverij Intersentia om de handelseditie van dit proefschrift te willen verzorgen.

Ook de leden van de doctoraatscommissie, en later de doctoraatsjury, mogen niet ontbreken. Ondanks het feit dat zij geen deel uitmaakten van de doctoraatscommissie, hebben professor Tack en professor Lemmens van bij de start bijgedragen aan dit onderzoek. Niet alleen door het doorsturen van interessante rechtspraak en adviezen, maar ook door de gesprekken die we hadden over het fonds voor medische ongevallen vóór, tijdens en na de activiteiten van AHLEC. Als expert inzake alternatieve vergoedingssystemen voor medische ongevallen kon professor Schamps niet ontbreken in de doctoraatscommissie. Haar opmerkingen tijdens de jaarlijkse bijeenkomsten van deze commissie hebben het proefschrift enkel beter gemaakt. Professor Weyts heb ik zowel als masterstudent als als doctoraatstudent altijd bijzonder gewaardeerd. Als masterstudent bracht zij mij op heldere wijze de liefde voor het verzekeringsrecht bij, en als doctoraatsstudent las zij mijn teksten altijd grondig na en hield ze me de ‘Cassatieles’. Als er één ding duidelijk is gebleken tijdens mijn parcours als doctoraatsstudent, dan is het dat het fonds voor medische ongevallen en haar werking professor Lierman zeer nauw aan het hart liggen. Na assessor te zijn geweest van mijn thesis over het medisch ongeval zonder aansprakelijkheid, nam hij het copromotorschap van mijn onderzoek op zich. Zijn nauwgezette lectuur van de teksten die ik elk jaar afleverde, leidde stevast tot boeiende discussies, die het proefschrift naar een hoger niveau hebben getild. Het had dan ook werkelijk een verloren kans geweest, mocht hij geen promotor van dit onderzoek zijn geweest. Professor Vansweevelt, ten slotte, is ongetwijfeld de beste promotor die iemand zich kan inbeelden. Zijn deur staat altijd open (en dat mag letterlijk genomen worden), en hij heeft mij bij-

zonder veel kansen gegeven de afgelopen zes jaar. Inderdaad, zes jaar. Professor Vansweevelt begint namelijk al heel vroeg met het zorgvuldig uitkiezen van kandidaten om bij hem te doctoreren. Zo kreeg ik reeds als bachelorstudent de kans om een annotatie te publiceren in het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*. Het jaar erna mocht ik een bijdrage schrijven in de Bijbel van het Gezondheidsrecht. Ook op internationaal vlak zet professor Vansweevelt zijn onderzoekers in de kijker door de deelname aan het wereldcongres voor medisch recht; waar er uiteraard ook ruimte was voor de nodige ontspanning en de mogelijkheid om de leden van ‘team-Thierry’ beter te leren kennen. Ook de leden van dit team verdienen een vermelding in het besluit van dit hoofdstuk. Zij dragen immers bij aan de ideale omgeving die een doctorandus nodig heeft om zijn traject succesvol af te ronden.

Ik heb ook het geluk gehad om steeds goed omringd en gesteund te zijn door familie en vrienden. Het was dan ook werkelijk een genoegen dat zij zo talrijk aanwezig waren op de openbare verdediging van dit onderzoek. Moeke, vake en Jef, dank u om mij te laten studeren en daarvoor thuis het ideale klimaat te creëren. Flor en Evelien, ook jullie hebben hiertoe bijgedragen. Bompa, ook uw steun en schijnbaar onuitputbare interesse in wat mij de afgelopen acht jaar heeft beziggehouden, waren van onschatbare waarde.

Nina. Jouw bijdrage bij het schrijven van dit hoofdstuk was ook bijzonder groot, zeker toen we ruim twee jaar geleden gingen samenwonen. Dank je om zo goed voor mij te zorgen, mij de tijd en de ruimte te geven die ik nodig had, en om elke dag opnieuw voor mij te kiezen.

Wannes Buelens
1 januari 2019

INHOUD

<i>Woord vooraf</i>	
Thierry VANSWEEVELT	v
<i>Woord vooraf</i>	
Steven LIERMAN	ix
<i>Dankwoord</i>	xi
DEEL I.	
INLEIDING	1
Hoofdstuk I.	
Een alternatief vergoedingssysteem	3
Afdeling 1. Tekortkomingen van een enkel op het aansprakelijkheidsrecht gebaseerd vergoedingssysteem.	4
§ 1. De patiënt	4
A. Bewijsproblemen	5
1. Identificatie van de zorgverlener	5
2. Bewijs van de fout	6
3. Bewijs van het oorzakelijk verband.	8
4. Factoren die de bewijsmoeilijkheden versterken	9
B. Problemen van procedurele aard	9
§ 2. De zorgverlener	10
A. Stijging van het aantal aansprakelijkheidsclaims	11
B. ‘Ontaarding’ van het aansprakelijkheidsrecht	12
C. Toename van de rechtsonzekerheid	16
D. Defensieve geneeskunde.	16
1. Begrip.	17
2. Bestaat defensieve geneeskunde echt?	19
§ 3. De verzekeraar	20
A. Weigering om te verzekeren of verzekeren tegen hoge premies	21
B. Beperkte omvang van de dekking.	22
Afdeling 2. Doelstellingen en krachtlijnen van de Wet Medische Ongevallen	23

Hoofdstuk II.

Afbakening en opzet van het onderzoek, onderzoeksmethode en structuur van het onderzoek 27

Afdeling 1. Afbakening van het onderzoek en onderzoeksvraag 27

 § 1. Analyse van de materieelrechtelijke vergoedingsvoorwaarden en evaluatie in het licht van de door de wetgever vooropgestelde doelstellingen 28

 § 2. Geen alomvattende analyse of evaluatie van het vergoedingssysteem. 28

 § 3. Geen analyse van de rol van het FMO inzake preventie van medische ongevallen 31

Afdeling 2. Onderzoeksmethode 31

 § 1. Rechtsvergelijkende analyse van de vergoedingsvoorwaarden . . 31

 § 2. Evaluatie van de vergoedingsvoorwaarden 32

Afdeling 3. Structuur van het onderzoek 34

DEEL II.

HET TOEPASSINGSGBIED VAN DE WET MEDISCHE ONGEVALLEN . . 37

Hoofdstuk I.

Materieel toepassingsgebied 41

Afdeling 1. Verstrekking van gezondheidszorg. 41

 § 1. Algemeen. 41

 A. Zorgverlener. 43

 1. Beroepsbeoefenaars 43

 2. Verzorgingsinstellingen 45

 a. Algemeen 45

 b. Woonzorgcentra 46

 3. Producenten, leveranciers en de Wet Productaansprakelijkheid. 47

 a. Voorafgaande overwegingen 48

 b. De zorgverlener is producent 51

 c. De zorgverlener is leverancier 51

 d. De meerwaarde om de producent te kunnen betrekken is beperkt. 54

 B. Patiënt 55

 1. Zorgen op vraag van derden 56

 2. Enkel natuurlijke personen, geen overledenen of niet-geborenen 57

 3. Ook donoren *sensu stricto* 61

 § 2. Andere specifieke toepassingen en vraagtekens 63

A.	Verzuimen om zorg te verlenen	63
B.	(Gebrekkige) producten	65
C.	Verhouding met een schending van de Wet Patiënten- rechten	67
1.	Wil van de wetgever	67
2.	Autonoom vergoedingsrecht	68
3.	Evolutie in de Franse rechtspraak	69
4.	Belgische rechtspraak en rechtsleer	74
D.	Incidenten binnen en buiten de ziekenhuismuren	76
§ 3.	Uitsluitingen	78
A.	Medische experimenten en klinische proeven	79
1.	De uitsluiting en haar rechtvaardiging	79
2.	Wat wordt er niet uitgesloten?	80
3.	Noodzaak tot afschaffing van de uitsluiting	82
a.	Toegang tot de FMO-procedure	82
b.	Recht op vergoeding	82
c.	Besluit	84
B.	Niet-terugbetaalde esthetische ingrepen	85
1.	De uitsluiting	85
2.	Noodzaak tot afschaffing van de uitsluiting	89
a.	Het gelijkheidsbeginsel	90
b.	Coherentie	92
c.	Rechtszekerheid en praktische toepasbaarheid	92
Afdeling 2.	Het oorzakelijk verband tussen gezondheidszorgverstre- king en schade	92
§ 1.	Gemeenrechtelijke invulling	93
§ 2.	Nalaten van zorgverleners en therapeutisch falen	95
§ 3.	Schadegevallen (mede) veroorzaakt door niet-zorgverleners	98
§ 4.	<i>De facto</i> ruime invulling van het oorzakelijk verband moet <i>de jure</i> navolging krijgen	99
Hoofdstuk II.		
	Personeel toepassingsgebied	101
Hoofdstuk III.		
	Territoriaal toepassingsgebied	103
Hoofdstuk IV.		
	Temporeel toepassingsgebied	105
Hoofdstuk V.		
	Besluit	107

DEEL III.	
DE VERGOEDINGSVOORWAARDEN	111
Hoofdstuk I.	
Het medisch ongeval met aansprakelijkheid.	117
Afdeling 1. De zorgverlener is niet (voldoende) verzekerd	117
Afdeling 2. De zorgverlener betwist zijn aansprakelijkheid of doet een kennelijk ontoereikend vergoedingsvoorstel	119
Afdeling 3. Terughoudendheid bij het vaststellen van de aansprakelijk- heid van de zorgverlener door de rechtspraak?	120
Hoofdstuk II.	
Het medisch ongeval zonder aansprakelijkheid.	127
Afdeling 1. Het algemene vergoedingscriterium: schade in oorzakelijk verband met de verstrekking van gezondheidszorg die niet voortvloeit uit de toestand van de patiënt	131
§ 1. Het ongeval houdt verband met de verstrekking van gezondheidszorg.	132
§ 2. Het ongeval mag niet voortvloeien uit de toestand van de patiënt	137
A. Het ongeval mag niet zijn oorsprong vinden in de evolutie van de gezondheidstoestand van de patiënt.	137
1. Therapeutisch falen	139
a. Draagwijdte van de uitsluiting	139
b. Verantwoording van de wetgever voor de uitsluiting overtuigt niet	142
2. Niet-foutieve verkeerde diagnose	143
a. Draagwijdte van de uitsluiting	143
b. Verantwoording van de wetgever voor de uitsluiting overtuigt niet	145
B. Voorbeschikbaarheid en aanverwante hypothesen	146
1. Voorbeschikbaarheid	147
2. Verergering van een reeds verslechterde toestand	148
3. Verhaasting van schade	149
§ 3. De verhouding tussen beide causaliteitscriteria	151
A. Het nalaten van de gezondheidszorgverstrekking is geen MOZA	151
B. (Enkel) de (mede) door de gezondheidszorgverstrekk- king veroorzaakte complicatie(s) en/of gevolgen ervan kunnen een MOZA zijn	153
C. Toepassing: bevallingsgerelateerde schadegevallen	156
D. Beoordeling	161

§ 4.	Naar een aanpassing van de causaliteitsbeoordeling?	167
A.	Wetenschappelijke vs. juridische causaliteit	168
B.	Nuancering van de causaliteitsproblematiek in geval van een MOZA.	173
1.	‘Gezondheidszorgverstrekking’ is een ruim begrip.	173
a.	Standpunt van de patiënt.	173
b.	Standpunt van de zorgverlener.	175
2.	Inquisitoire aard van de procedure.	176
3.	Ruimte voor meer openheid als remedie tegen onzekerheden?	176
4.	Soepelere beoordeling door de rechter.	178
C.	Naar een wettelijk causaliteitsvermoeden of bewijslast- verlichting?	179
1.	Verlies-van-een-kans-leer is enkel van toepassing op een ‘nalaten’ van de gezondheidszorgverstrekking.	180
2.	Budgettaire problemen	181
3.	Evenwichtige verdeling van het risico.	181
4.	Bewijslastverlichting	182
§ 5.	Besluit.	185
Afdeling 2.	Het ongeval mag geen aanleiding geven tot de aansprake- lijkheid van een zorgverlener	188
§ 1.	Gehoudenheid van het FMO wanneer een zorgverlener aansprakelijk is.	190
A.	Foutloos medisch ongeval gevolgd door een tot een aansprakelijkheid van de zorgverlener aanleiding gevend feit.	190
B.	Tekortkoming aan de informatieverplichting gevolgd door een foutloos medisch ongeval	193
C.	Wanneer is co-existentie tussen MOMA en MOZA mogelijk?	197
§ 2.	Gehoudenheid van het fonds wanneer een niet-zorgverlener aansprakelijk is.	200
A.	Foutaansprakelijke derde en MOZA	204
B.	Foutloos aansprakelijke derde en MOZA	207
C.	Naar een algemeen verhaalsrecht tegen aansprakelijke derden	208
§ 3.	Invloed van het gedrag van de patiënt op de gehoudenheid van het fonds.	210
A.	De patiënt verstrekt geen, onvolledige of verkeerde informatie.	211
B.	De patiënt weigert een behandeling of kiest voor een risicovolle(re) behandeling.	212

	C.	De patiënt leeft de adviezen en instructies niet na	218
	D.	Bedrog	218
Afdeling 3.		Bijzondere vergoedingscriteria	220
§ 1.		Het vermijdbaarheids criterium	222
	A.	Retrospectieve evaluatie	224
	1.	Onderscheid met het gemene aansprakelijkheidsrecht	224
	2.	Link met het ontwikkelingsrisicoverweer uit de Wet Productaansprakelijkheid	225
	B.	Voorwaarden waaronder de schade vermijdbaar is	229
	1.	Een alternatieve behandelingstechniek	229
	a.	De verstrekte behandeling op een andere manier uitvoeren	229
	b.	Een andere behandeling	234
	2.	De alternatieve behandelingstechniek moest bestaan op het ogenblik van de gezondheidszorg- verstrekking	236
	3.	De alternatieve behandelingstechniek moest toe- pasbaar zijn op het ogenblik van de gezondheids- zorgverstrekking	238
	a.	De gezondheidstoestand van de patiënt	238
	b.	De houding van de patiënt	241
	c.	Middelen en organisatie van de gezondheids- zorgverstrekking	242
	4.	Vergelijkbare succesratio en met een aan de zekerheid grenzende waarschijnlijkheid minder risicovol: <i>ex post</i> gerechtvaardigd karakter van de verstrekte behandeling	244
	a.	Minder risicovol	245
	b.	Vergelijkbare succesratio	249
	c.	<i>Ex ante</i> gerechtvaardigde gezondheidszorg sluit vermijdbare schade niet uit	251
	d.	Met een aan de zekerheid grenzende waar- schijnlijkheid	256
	1)	Verlies-van-een-kans-leer	257
	2)	<i>Avoidable classes of events of accelerated- compensation events</i> (ACE's)	259
	C.	Verkeerde diagnose	261
	1.	Schade als gevolg van de negatieve evolutie van de gezondheidstoestand van de patiënt is niet vergoedbaar	262
	a.	Scandinavische beoordeling	262
	b.	Vergelijking met het Belgische aansprakelijk- heidsrecht en Nieuw-Zeeland	265

c.	Schade als gevolg van een complicatie van de behandeling is wel vergoedbaar: belang om oog te hebben voor de concrete complicatie	268
2.	Schade door de behandeling van een 'spookziekte' . . .	270
3.	Schade als gevolg van een laattijdig opgemerkte complicatie van een behandeling op basis van een juiste diagnose	271
4.	De complicatie is (mede) te wijten aan een voorbeschiktheid van de patiënt	273
5.	Complicaties bij diagnoseonderzoeken	274
D.	Aanpassingen de lege ferenda: ontdebbling van het oorzakelijk verband gekoppeld aan een bewijslastverlichting	275
1.	Ontdebbling van het oorzakelijk verband	275
2.	Bewijslastverlichting	277
a.	De bezwaren tegen een wettelijk causaliteitsvermoeden	277
b.	De verlies-van-een-kans-leer	278
c.	Een bewijslastverlichting geniet de voorkeur op de verlies-van-een-kans-leer	281
E.	Besluit: het vermijdbaarheids criterium biedt bijna geen meerwaarde t.o.v. de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvoorwaarden	284
§ 2.	Het onvoorzienbaarheids criterium	287
A.	Algemene beschouwingen	287
B.	Het redelijkerwijze onverwachte karakter van het schadeverloop	291
1.	Beoordeling van het onverwachte karakter van de schade op 'directe' wijze	292
a.	Voorbeelden	292
b.	Waardering van het criterium	293
2.	Beoordeling van het onverwachte karakter van de schade op basis van het concrete schadeverloop	296
a.	De voorzienbaarheid van de complicatie die de schade heeft veroorzaakt	296
1)	'Klassieke risico's' van de behandeling	298
2)	De complicatie is/wordt voorzienbaar in het licht van de gezondheidstoestand van de patiënt	302
3)	De omstandigheden waarin de behandeling wordt uitgevoerd	312
4)	Waardering van het criterium	312

b.	De voorzienbaarheid van de evolutie van de gezondheidstoestand na de (voorzienbare) complicatie.	314
1)	Wel abnormale schade	315
2)	Geen abnormale schade	318
3)	Invloed van een behandelingsweigering door de patiënt.	324
4)	Enkel bij onvoorzienbare complicaties als de onvoorzienbare complicatie een voorzienbare variant heeft, niet wanneer de patiënt de behandeling ervan weigert.	324
5)	Waardering van het criterium	326
3.	Het onverwachte karakter van de schade is onplitsbaar.	328
a.	‘Gedeeltelijk abnormale schade’ bestaat niet	328
b.	De schade kan wel ‘gedeeltelijk abnormaal’ zijn wanneer zij voortvloeit uit verschillende medische ongevallen	331
4.	De (objectieve) gezondheidstoestand van de patiënt op het ogenblik van de gezondheidszorgverstrekking, ongeacht wanneer deze toestand aan het licht komt, ongeacht of de patiënt een fout heeft gemaakt	333
5.	Vanaf welk percentage is een risico (on)voorzienbaar?	338
a.	Vanaf welk percentage is een risico redelijkerwijze voorzienbaar?	340
1)	Het FMO, de Belgische rechtspraak en rechtsleer.	341
2)	Buitenlandse wetgeving, rechtspraak en rechtsleer m.b.t. alternatieve vergoedings-systemen ter vergoeding van onvoorzienbare schade.	343
3)	Onvoorzienbaarheid van de complicatie in het kader van de (achterhaalde) theorie van de normale en voorzienbare risico’s.	346
4)	Medische opvattingen over onvoorzienbare risico’s: wetenschappelijke artikelen en bijsluiters van geneesmiddelen	347
5)	Tussenkost bijzonder solidariteitsfonds voor ‘zeldzame aandoeningen’	348
6)	Statistiek	349

7)	Een risicofrequentie van 1% zal naar verwachting redelijkerwijze voorzienbaar zijn	349
b.	Een zuiver kwantitatieve beoordeling of enkel een element in de beoordeling van de voorzienbaarheid: naar een wettelijk bepaald risicopercentage?	350
C.	De (relatieve) ernst van de schade	357
1.	De ernst van de te verwachten toestand na de behandeling	357
a.	Gebruik door het FMO	357
b.	Waardering van het criterium	360
2.	De ernst van de behandelde ziekte of toestand zonder behandeling	363
a.	Frankrijk: de te verwachten gezondheidstoestand zonder behandeling	363
1)	Termijn waarbinnen de toestand van de patiënt wordt beoordeeld	366
2)	Gevallen waarin er geen abnormale schade is	367
3)	Gevallen waarin er wel abnormale schade is	369
b.	Scandinavische landen: de ernst van de behandelde ziekte	370
1)	Algemene regel in Denemarken, Finland, Noorwegen en IJsland	370
2)	Bijzondere regel voor ziekenhuisinfecties in Zweden	372
c.	Waardering van het criterium	374
1)	Link met het onwaarschijnlijke karakter van het risico	375
2)	Mogelijkheden en wenselijkheid naar Belgisch recht	377
D.	Schade als gevolg van een nalaten van de gezondheidszorgverstrekking	380
1.	Verkeerde diagnose zonder fout	380
2.	Therapeutisch falen	380
3.	Belang van het verschil in benadering tussen het vermijdbaarheidscriterium en het onvoorzienbaarheidscriterium	382
E.	Besluit: de beoordeling van de (on)voorzienbaarheid van de schade in de WMO	383
§ 3.	De bijzondere vergoedingsvoorwaarden in het licht van het gelijkheidsbeginsel	388

Hoofdstuk III.

Ernst van de schade	395
Afdeling 1. Het nut en de pertinentie van de ernstcriteria in de WMO	395
§ 1. MOZA	396
§ 2. De aansprakelijkheid van de zorgverlener wordt betwist	398
Afdeling 2. Ernstige schade en de invloed van de met het MOZA samenlopende feiten	403
§ 1. Letsel, invaliditeit, ongeschiktheid en schade	406
§ 2. Invloed van de voorafbestaande toestand van de patiënt	408
§ 3. Besluit.	410
Afdeling 3. De ernstcriteria van de WMO	411
§ 1. Blijvende invaliditeit van minimaal 25%	411
A. Draagwijdte	411
B. Kritiek	413
C. Verhouding met een reeds verslechterde gezondheids- toestand.	414
1. De toestand waarin de patiënt zich zou bevinden zonder het MOZA	415
2. De wijze waarop de hypothetische toestand in rekening kan worden gebracht.	416
a. Rechtsleer en rechtspraak m.b.t. reeds bestaande invaliditeit.	417
b. Concrete verergering van de situationele toestand als gevolg van het MOZA	420
§ 2. Tijdelijke arbeidsongeschiktheid van minimaal zes maanden op één jaar	422
A. Draagwijdte	422
B. Kritiek	426
C. Verhouding met een reeds verslechterde gezondheids- toestand.	427
1. De toestand waarin de patiënt zich zou bevinden zonder het ongeval.	427
2. De wijze waarop de hypothetische toestand in rekening moet worden gebracht	428
§ 3. Bijzonder zware verstoring van de levensomstandigheden, ook economisch	428
A. Draagwijdte	428
1. Levensomstandigheden	429
2. Bijzonder zware verstoring.	429
B. Kritiek	431
§ 4. Overlijden	433
Afdeling 4. Besluit.	434

DEEL IV.	
DE OMVANG VAN DE SCHADEVERGOEDING	439
Hoofdstuk I.	
Vergoeding overeenkomstig het gemene recht	443
Afdeling 1. Integrale schadeloosstelling	443
Afdeling 2. Kosten verbonden aan juridische en technische bijstand tijdens de FMO-procedure	446
Hoofdstuk II.	
Cumul met andere vergoedingen en uitkeringen.....	451
Afdeling 1. De cumulregeling van artikel 25, § 4 WMO	452
§ 1. Vergoeding van een MOMA	453
§ 2. Vergoeding van een MOZA	453
Afdeling 2. Vergoedingen en uitkeringen buiten de cumulregeling van artikel 25, § 4 WMO	455
Hoofdstuk III.	
Naar een beperkte(re) schadevergoeding?	461
Hoofdstuk IV.	
Besluit	465
DEEL V.	
ALGEMEEN BESLUIT	467
Hoofdstuk I.	
De potentiële meerwaarde van de WMO t.o.v. het gemene aansprake- lijksheidsrecht is groot vanwege zijn ruime toepassingsgebied	471
Hoofdstuk II.	
De beperkte tussenkomst van het FMO in het geval van een MOMA brengt de belangrijkste doelstellingen van de wetgever in het gedrang.....	475
Hoofdstuk III.	
De vergoedingsvoorwaarden buiten aansprakelijkheid van een zorgver- lener bieden maar een beperkte meerwaarde t.o.v. de gemeenrechtelijke vergoedingsvoorwaarden	477
Afdeling 1. Verhouding met het aansprakelijkheidsrecht	478
§ 1. De terughoudendheid bij het vaststellen van de aansprake- lijkheid van een zorgverlener zal maar beperkt zijn.....	478

§ 2.	De aansprakelijkheid van een zorgverlener voor een kansverlies verhindert de integrale vergoeding van de lichamelijke schade als gevolg van een abnormaal medisch ongeval: het MOMA en het MOZA zijn niet geheel coherent.	480
§ 3.	Aansprakelijke niet-zorgverleners kunnen in bepaalde gevallen bevoordeeld worden wanneer het FMO tussenkomt voor schade als gevolg van een MOZA: nood aan algemeen verhaalsrecht van het FMO tegen aansprakelijke derden	481
Afdeling 2.	Het oorzakelijk verband	482
§ 1.	De uitsluiting van schade als gevolg van de evolutie van de gezondheidstoestand van de patiënt is incoherent met het vermijdbaarheidscriterium.	482
§ 2.	Een bewijslastverlichting verdient de voorkeur op een wet- telijk causaliteitsvermoeden om tegemoet te komen aan de gemeenrechtelijke bewijsproblemen m.b.t. het bewijs van het oorzakelijk verband.	484
Afdeling 3.	Enkel het onvoorzienbaarheidscriterium biedt een noe- menswaardige meerwaarde t.o.v. de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvoorwaarden	486
§ 1.	De potentiële meerwaarde van het vermijdbaarheidscrite- rium wordt sterkt beperkt vanwege de grote overlap met de gemeenrechtelijke zorgvuldigheidsnorm en de getrapte wijze waarop het oorzakelijk verband wordt beoordeeld	487
A.	Analyse van het vermijdbaarheidscriterium en evaluatie van de meerwaarde ervan als vergoedingscriterium	487
B.	Een bewijslastverlichting geniet de voorkeur op de verlies-van-een-kans-leer en een causaliteitsvermoe- den om tegemoet te komen aan de gemeenrechtelijke bewijsproblemen m.b.t. de gevolgen van een alterna- tieve behandeling.	489
§ 2.	Het onvoorzienbaarheidscriterium heeft wel een meer- waarde t.o.v. de gemeenrechtelijke vergoedingsvoorwaarden . .	491
A.	Beoordeling op basis van het onverwachte karakter van het schadeverloop	491
B.	Beoordeling op basis van de relatieve ernst van de schade . .	493
C.	Beoordeling op basis van de relatieve ernst van de schade moet worden afgewezen in het licht van de structuur van de WMO en het evenwicht tussen flexi- bilititeit, praktische toepasbaarheid en rechtszekerheid	495
Afdeling 4.	De ernstcriteria hebben tot nog toe maar een beperkte invloed op de vergoedbaarheid van een MOZA, maar blij- ven pertinent.	496

Afdeling 5. De vergoedingsvoorwaarden zijn verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel	498
§ 1. De abnormaliteitscriteria	498
§ 2. Het ernstcriterium m.b.t. arbeidsongeschiktheid	499
Hoofdstuk IV.	
Integrale schadevergoeding: naar een beperkte(re) schadevergoeding?	501
Afdeling 1. De noodzakelijke kosten voor bijstand tijdens de FMO- procedure moeten voor vergoeding in aanmerking komen wanneer een MOMA voorligt	501
Afdeling 2. Een beperktere vergoeding met een uitbreiding van het aantal vergoedingsgerechtigden geniet de voorkeur boven een integrale vergoeding voor enkelen	502
Hoofdstuk V.	
De materieelrechtelijke vergoedingsvoorwaarden op grond waarvan het FMO moet tussenkomen, bieden een beperkte meerwaarde ten opzichte van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsvoorwaarden	505
<i>Selectieve bibliografie</i>	<i>507</i>
<i>Trefwoordenregister</i>	<i>547</i>

