ALGEMENE PRAKTISCHE RECHTSVERZAMELING

GENEESKUNDE

RECHT EN MEDISCH HANDELEN

Herman Nys

Gewoon hoogleraar aan
de Katholieke Universiteit te Leuven

2005

story scientia

E. Story-Scientia

In deze verhandeling is de stof bijgehouden tot 1 december 2004.

2671707-100

ISBN 90 4650 108 6
D 2005 2664 040

Verantwoordelijke uitgever: Daniel Lefebvre
Ragheno Business Park
Motstraat 30
B-2800 Mechelen
Tel.: 0800/14500 (gratis oproepnummer)
www.kluwer.be

© 2005, Wolters Kluwer België
Behoudens de uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave verveelvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt worden, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

Inhoud

		Blz.
INHOUD		V
LITERATUURLIJST		XXIX
		Nrs.
TITEL I	**UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE**	1-127
Hfdst. I	**WETTIGE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE**	1-31
Afd. I	KORT HISTORISCH OVERZICHT	1-3
Afd. II	GENEESKUNDE EN GENEESKUNST	4
Afd. III	WETTELIJK MONOPOLIE VAN ARTSEN	5-9
	§ 1. Terminologie	5
	§ 2. Algemeen en uitsluitend karakter van het monopolie	6-9
Afd. IV	VOORWAARDEN TOT WETTIGE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE	10-26
	§ 1. Wettelijk diploma	10-15
	A. Oorsprong van het diplomavereiste	10
	B. Wettelijk karakter van het diploma	11
	C. Stand van zaken in de Vlaamse gemeenschap	12
	D. Wettelijke vrijstelling van het diploma	13
	E. Gelijkstelling op grond van gelijkwaardigheid	14-15
	§ 2. Visum	16-24
	A. Oorsprong en belang van de visumplicht	16
	B. Visumplicht bij verplaatsing van vestiging en bij meerdere vestigingsplaatsen	17
	C. Vrijstelling van de visumplicht	18
	D. Intrekking van het visum	19-23
	E. Voorwaardelijk behoud van het visum	24
	§ 3. Inschrijving op de lijst van de Orde der geneesheren	25-26
Afd. V	ERKENNING VAN HUISARTSEN EN ARTSEN-SPECIALISTEN	27-31
	§ 1. Wettelijke basis	27-28
	§ 2. Erkenning van huisartsen	29
	§ 3. Erkenning van artsen-specialisten	30-31
Hfdst. II	**ONWETTIGE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE**	32-99
Afd. I	DELICTOMSCHRIJVING	32-33
Afd. II	HANDELING OF HANDELINGEN BEHOREND TOT DE GENEESKUNDE	34-83
	§ 1. Algemene beschouwingen	34-37
	§ 2. Specifieke handelingen behorend tot de geneeskunde	38-83

A. Preventieve geneeskunde of het voorkomen van ziekten 38-46
B. Zelfzorg en mantelzorg 47-51
C. Stellen van een diagnose 52-55
D. Onderzoeken van de gezondheidstoestand en het opsporen van ziekte of gebrek 56-67
1. Algemene beschouwingen 56
2. Nemen van bloed. Venapuncties 57-61
3. Maken van een radiografie 62-63
4. Het gebruik van meettoestellen 64-67
a. Bloeddrukmeter en andere eenvoudige meettoestellen 64-65
b. Oogonderzoek en meten van oogafwijkingen door opticien 66
c. Gebruik van een onderzoeksapparaat 67
E. Behandelen van een pathologische toestand 68-83
1. Plaatsen van een prothese(contactlens) door een opticien 69-70
2. Plaatsen van een tandprothese 71-72
3. Psychoanalyse. Psychotherapie. Groepstherapie 73-76
4. Acupunctuur 77-78
5. Chiropraxie. Osteopathie. Manuele therapie. Massage 79-80
6. Geschreven aanbevelingen en raadgevingen. Gezondheidsvoorlichting en -opvoeding 81-83

Afd. III ONBEVOEGDE PERSOON 84

Afd. IV OP GEWOONLIJKE WIJZE 85-93
§ 1. Begrip "gewoonlijk" 85-88
§ 2. Uitzonderingen 89-93
A. Herhaling 89
B. Reclame 90
C. Doen geloven dat men bevoegd is (titelmisbruik) 91-93

Afd. V SANCTIONERING VAN ONWETTIGE UITOEFENING 94-99
§ 1. Strafsancties 94
§ 2. Schadevergoeding (burgerlijke partijstelling) 95-98
A. Orde der geneesheren 96
B. Erkende beroepsverenigingen 97
C. Andere beroepsverenigingen 98
§ 3. Naamlening 99

Hfdst. III UITOEFENING VAN DE NIET-CONVENTIONELE PRAKTIJKEN INZAKE DE GENEESKUNDE 100-121

Afd. I DEFINITIE VAN NIET-CONVENTIONELE PRAKTIJKEN INZAKE DE GENEESKUNDE. AFBAKENING TEGENOVER GENEESKUNDE 100-101

Afd. II SOORTEN VAN NIET-CONVENTIONELE PRAKTIJKEN 102

Afd. III PARITAIRE COMMISSIE EN KAMERS VOOR NIET-CONVENTIONELE PRAKTIJKEN 103-105
§ 1. Paritaire commissie "niet-conventionele praktijken" 103
§ 2. Kamers voor niet-conventionele praktijken 104-105

Afd. IV REGISTRATIE 106-110
§ 1. Registratie van een niet-conventionele praktijk 106
§ 2. Registratie als beoefenaar van een geregistreerde niet-conventionele praktijk 107-110

Afd. V VOORWAARDEN VOOR DE UITOEFENING VAN EEN GEREGISTREERDE NIET-CONVENTIONELE PRAKTIJK 111-119
§ 1. Algemene voorwaarden 111
§ 2. Dossierplicht 112
§ 3. Vraagplicht naar een recente diagnose 113-115
§ 4. Voorzorg- en informatieplicht 116-118
§ 5. Zwijgplicht 119

Afd. VI UITOEFENING VAN EEN GEREGISTREERDE NIET-CONVENTIONELE PRAKTIJK EN TOEPASSING VAN DE W.U.G. 120-121
§ 1. Uitoefening van een geregistreerde niet-conventionele praktijk door een arts 120
§ 2. Uitoefening van een geregistreerde niet-conventionele praktijk door wie geen arts is 121

Hfdst. IV UITOEFENING VAN DE CONTROLEGENEESKUNDE 122-127

Afd. I TOEPASSINGSGEBIED 122

Afd. II VOORWAARDEN VOOR DE UITOEFENING VAN DE CONTROLEGENEESKUNDE 123-125
§ 1. Bevoegdheid de geneeskunde uit te oefenen 123-124
§ 2. Verklaring van onafhankelijkheid 125

Afd. III KLACHTENREGELING 126-127
§ 1. Klachten over beroepsfouten door controleartsen 126
§ 2. Klachten over de organisatie van de controle, de bevoegdheid of een gebrek aan onafhankelijkheid 127

TITEL II ORDE DER GENEESHEREN 128-306

Hfdst. I KORTE HISTORISCHE SCHETS EN ALGEMEEN KADER 128-131

Afd. I KORTE HISTORISCHE SCHETS: DE WET VAN 25 JULI 1938 128

Afd. II ALGEMEEN KADER 129-131
§ 1. K.B. nr. 79 van 10 november 1967 129-130
§ 2. Vooruitblik 131

Hfdst. II INSCHRIJVING OP DE LIJST 132-165

Afd. I VERPLICHTE INSCHRIJVING 132

Afd. II UITZONDERINGEN OP DE VERPLICHTE INSCHRIJVING 133-140
§ 1. Europese onderdanen 133-134
§ 2. Artsen in overheidsdienst 135
§ 3. Legerartsen 136
§ 4. Enige bijzondere categorieën 137-140
A. Artsen-specialisten in de stomatologie 137

B. Artsen tewerkgesteld in de farmaceutische industrie 138
C. Artsen aan boord van een schip varend onder Belgische vlag 139
D. Adviesverlening via internet en telefoon 140

Afd. III VERPLICHTE INSCHRIJVING EN VRIJHEID VAN VERENIGING 141-144

Afd. IV NADERE BESPREKING VAN DE INSCHRIJVING OP DE LIJST 145-165
§ 1. Plaats van inschrijving 146
§ 2. Weigering of uitstel van inschrijving op de lijst 147-152
§ 3. Beroep tegen weigering of uitstel van inschrijving 153-154
§ 4. Herinschrijving op de lijst na schrapping 155-156
§ 5. Weglating van de lijst 157-164
§ 6. Behoud van de inschrijving onder beperkingen 165

Hfdst. III GEZAG EN RECHTSMACHT VAN DE ORDE 166-272

Afd. I ALGEMEEN 166-167

Afd. II TOEZICHT OP DE NALEVING VAN DE REGELS VAN DE MEDISCHE PLICHTENLEER 168-272
§ 1. Algemene omschrijving van de tuchtrechtelijke opdracht 168-173
§ 2. Nadere omschrijving van de tuchtrechtelijke opdracht 174-191
A. Code van medische plichtenleer 175-182
B. Wettelijk omschreven tuchtmisdrijven 183-184
C. Normerende bevoegdheid van de provinciale raden en de raden van beroep 185
D. Precedent werking van tuchtrechtelijke beslissingen (gevestigde rechtspraak) 186-187
E. Adviezen van provinciale raden en Nationale raad 188-191
1. Adviezen van de provinciale raden 188
2. Adviezen van de Nationale raad 189-191
§ 3. Beperkingen aan de beoordelingsvrijheid van de provinciale raden 192-198
A. Verbod van inmenging in bepaalde aangelegenheden 192-196
B. Motiveringsverplichting 197-198
1. Algemeen 197
2. In het licht van de Mededingingswet 198
§ 4. Tuchtsancties 199-207
A. Mogelijke tuchtsancties 199-204
B. Gevolgen van een tuchtsanctie 205-207
1. T.a.v. het kiesrecht voor de raden van de orde 205
2. T.a.v. het recht de geneeskunde uit te oefenen 206
3. Extraterritoriale werking van tuchtsancties 207
§ 5. Tuchtprocedure 208-237
A. Toepasselijkheid van artikel 6 E.V.R.M. in tuchtprocedures 208-209
B. Openbare behandeling van de zaak 210-217
1. Afstand van de openbaarheid 212-214
2. Uitzonderingen op de openbaarheid 215-217
C. Behandeling binnen een redelijke termijn 218-221
D. Eerlijke behandeling van de zaak 222-223
E. Onafhankelijke en onpartijdige behandeling 224-237
1. Provinciale raden van de orde 224-227
2. Raden van beroep 228-231
3. Onttrekking wegens gewettigde twijfel aan de onpartijdigheid 232-234
4. Wraking van een lid van een raad 235-237

§ 6. Procedure en rechtsmiddelen 238-256
A. Optreden van een provinciale raad in tuchtzaken 238-241
B. Onderzoek 242-243
C. Verschijning voor de provinciale raad 244-245
D. Rechtspleging en beslissing 246-248
E. Betekening van de beslissing 249
F. Hoger beroep 250-253
1. Instellen van hoger beroep 250-251
2. Behandeling van het hoger beroep 252
3. Beslissing in hoger beroep 253
G. Verzet 254
H. Betekening van de beslissing 255
I. Voorziening in cassatie 256
§ 7. Kennisgeving van tuchtrechtelijke beslissingen 257-261
§ 8. Verhouding strafvordering tot tuchtvordering en het gezag van gewijsde 262-266
§ 9. Preventief toezicht 267-272

Hfdst. IV ORGANEN VAN DE ORDE DER GENEESHEREN EN HUN BEVOEGDHEDEN 273-306

Afd. I PROVINCIALE RADEN 273-289
§ 1. Samenstelling 273
§ 2. Bevoegdheden 274-288
A. Opmaken van de lijst 274
B. Adviseren over vragen van medische plichtenleer 275
C. Kennisgeven van daden van onwettige uitoefening van de geneeskunde 276
D. Arbitrage inzake honorariumbetwistingen 277-279
E. Adviseren inzake honorariumbetwistingen 280-283
F. Bepalen van de bijdrage 284-287
G. Reglement van orde 288
§ 3. Territoriale bevoegdheid van de provinciale raden 289

Afd. II RADEN VAN BEROEP 290-296
§ 1. Samenstelling 290
§ 2. Bevoegdheden 291-296
A. Hoger beroep 291
B. Betwistingen inzake verkiezingen 292
C. Vervallenverklaringen van verkozen leden 293
D. Laattijdige beslissingen van provinciale raden 294
E. Betwistingen omtrent de woonplaats 295
F. Reglement van orde 296

Afd. III NATIONALE RAAD 297-306
§ 1. Samenstelling van de Nationale raad 297
§ 2. Afdelingen van de Nationale raad 298-300
§ 3. Bevoegdheden 301-305

TITEL III RECHTEN EN PLICHTEN VAN ARTS EN PATIËNT 306-448

Hfdst. I WET BETREFFENDE DE RECHTEN VAN DE PATIËNT 307-413

Afd. I DEFINITIES EN TOEPASSINGSGEBIED 307-323

§ 1. Patiënt 307
§ 2. Gezondheidszorg 308
§ 3. Beroepsbeoefenaar 309-311
§ 4. Rechtsverhoudingen inzake gezondheidszorg 312-323

Afd. II RECHT OP KWALITEITSVOLLE DIENSTVERLENING 324-326

Afd. III RECHT OP VRIJE KEUZE VAN EEN ARTS 327-330

Afd. IV RECHT OP INFORMATIE OVER DE GEZONDHEIDSTOESTAND 331-341
§ 1. Betekenis van het recht op informatie over de gezondheidstoestand 331-333
§ 2. Grondslag van het recht op informatie 334
§ 3. Vormelijke aspecten van het recht op informatie 335-337
§ 4. Recht om niet te weten 338-339
§ 5. Therapeutische exceptie 340-341

Afd. V RECHT OM TOESTEMMING TE GEVEN OF TE WEIGEREN 342-373
§ 1. Recht op voorgelichte, voorafgaande en vrije toestemming 342-365
A. Grondslag van het recht op toestemming 344-345
B. Inhoud van de informatie 346-356
1. Doel, aard, graad van urgentie, duur, frequentie en nazorg 346
2. De voor de patiënt relevante tegenaanwijzingen, nevenwerkingen en risico's verbonden aan de ingreep 347-353
3. Alternatieven 354
4. Financiële gevolgen 355
5. Wettelijke bepalingen 356
C. Wijze en modaliteiten van toestemming 357-360
1. De wijze van toestemmen 357-359
2. Modaliteiten van toestemmen 360
D. Draagwijdte van de toestemming 361
E. Sanctie van het toestemmingsvereiste. Bewijslast 362-365
§ 2. Recht op weigering en intrekking van de toestemming 366-372
A. Actuele weigering van toestemming 366-370
1. Bindend karakter van de actuele weigering 366-368
2. Modaliteiten van de weigering 369
3. Gevolgen van de weigering 370
B. Voorafgaande weigering 371-372
1. Bindend karakter van de voorafgaande weigering 371
2. Modaliteiten van de voorafgaande weigering 372
§ 3. Veronderstelde toestemming ingeval van spoedhulp 373

Afd. VI RECHTEN MET BETREKKING TOT HET PATIËNTENDOSSIER 374-388
§ 1. Recht op een dossier 374-377
§ 2. Recht op toevoeging 378
§ 3. Recht op inzage 379-383
A. *Ratio legis* 379
B. Modaliteiten van inzage 380-383
§ 4. Recht op afschrift 384-386
§ 5. Recht op verzet tegen inzage door nabestaanden 387-388

Afd. VII RECHT OP BESCHERMING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER EN RESPECT VOOR ZIJN INTIMITEIT 389-390

Afd. VIII VERTEGENWOORDIGING VAN DE WILSONBEKWAME PATIËNT 391-402
§ 1. Minderjarige patiënten 391

§ 2. Meerderjarige wilsonbekwame patiënten 392-399
A. Met een beschermingsstatuut 392
B. Zonder een beschermingsstatuut 393-399
1. De door de patiënt benoemde vertegenwoordiger 394-397
2. Samenwonende echtgenoot of partner 398
3. Meerderjarig kind, ouder, meerderjarige broer of zus 399
§ 3. Afwijken van de beslissing van de vertegenwoordiger 400-401
§ 4. Behartigen van de belangen van de wilsonbekwame patiënt door de arts 402

Afd. IX KLACHTRECHT 403-409

Afd. X VERPLICHTINGEN VAN DE PATIËNT 410-413
§ 1. Medewerkingsplicht van de patiënt 411-412
§ 2. Plicht tot het betalen van een honorarium 413

Hfdst. II DERDENBELANGEN IN DE VERHOUDING ARTS-PATIËNT 414-425

Afd. I INLEIDING 414-415

Afd. II MEDISCHE ONDERZOEKEN IN HET KADER VAN ARBEIDSVERHOUDINGEN 416-424

Afd. III MEDISCHE ONDERZOEKEN IN HET KADER VAN VERZEKERINGEN 425

Hfdst. III WETTELIJKE HULPVERLENINGSPLICHT 426-448

Afd. I W.U.G. 426-433

Afd. II ARTIKELEN 422*BIS* EN 422*TER* SW. 434-445
§ 1. Artikel 422*bis* Sw. 434-444
A. Toepasbaarheid op artsen 435-437
B. Constitutieve bestanddelen van artikel 422*bis* 438-442
1. Groot gevaar 438
2. Kennis van het groot gevaar 439
3. Weigering hulp te verlenen of te verschaffen 440-442
C. Rechtvaardigingsgrond 443
D. Sanctie 444
§ 2. Artikel 422*ter* Sw. 445

Afd. III WET DRINGENDE MEDISCHE HULPVERLENING 446-448

TITEL IV ARTS BIJ ZWANGERSCHAP EN GEBOORTE 449-626

Hfdst. I MEDISCHE TUSSENKOMST VOOR EN BIJ ZWANGERSCHAP 449-592

Afd. I VOORKOMEN VAN ONGEWENSTE ZWANGERSCHAP 449-465
§ 1. Niet-heelkundige anticonceptie 449-452
A. Juridisch statuut van anticonceptieve middelen 449
B. Voorschrijven van anticonceptieve middelen 450-452
§ 2. Heelkundige anticonceptie of sterilisatie 453-465
A. Geoorloofdheid van sterilisatie 453-454

B. Aansprakelijkheid bij geboorte van een gezond kind na sterilisatie 455-460
1. Onvruchtbaarheid: resultaat of inspanning? 455-456
2. Informatie over het risico van mogelijke vruchtbaarheid 457-458
3. Zwangerschap en geboorte van een gezond kind als schade *(Wrongful pregnancy)* 459-460
C. Heelkundige anticonceptie bij minderjarigen 461
D. Heelkundige anticonceptie bij mentaal gehandicapten 462-465

Afd. II MEDISCH BEGELEIDE BEVRUCHTING 466-484
§ 1. Geoorloofd karakter van de medisch begeleide bevruchting 466-472
§ 2. Verbod van reproductief kloneren 473
§ 3. Gebruik van gameten afkomstig van een donor 474-482
§ 4. Draagmoederschap 483-484

Afd. III BEEINDIGING VAN EEN ZWANGERSCHAP DOOR EEN ARTS 485-592
§ 1. Overzicht van de wettelijke regels inzake zwangerschapsafbreking 485-491
§ 2. Kort historisch overzicht van de strafwetgeving inzake zwangerschapsafbreking 492-507
A. Van 1867 tot de oprichting van de Staatscommissie voor ethische problemen (1974) 494
B. Moratorium (1974-1980) 495-502
1. "Staatscommissie voor de ethische problemen" 496
2. Opschorting van de behandeling van strafdossiers (moratorium) 497
3. Houding van de Orde der geneesheren 498
4. Parlementaire initiatieven 499
5. Wetswijzigingen in de buurlanden 500-502
C. 1981 tot de Wet van 3 april 1990 503-507
1. Einde van het moratorium 504
2. Decreet van 10 juli 1984 van de Franse Gemeenschapsraad 505
3. Houding van de raden van de Orde der geneesheren 506
4. Parlementaire initiatieven 507
§ 3. Zwangerschapsafbreking (art. 350 Sw.) 508-592
A. Terminologie 508-510
B. Bestanddelen van het misdrijf vruchtafdrijving 511-519
1. Kunstmatige beëindiging van een zwangerschap 512
2. Opzettelijke beëindiging 513
3. Vernietiging van de vrucht 514-515
4. Niet-levensvatbare embryo of foetus 516-518
5. Causaal verband 519
C. Niet-strafbare beëindiging van een zwangerschap (art. 350, tweede lid Sw.) 520-553
1. Noodsituatie 521-528
a. Betekenis en draagwijdte van noodsituatie 521-524
b. Beoordeling van de noodsituatie 525-528
2. Vaste wil en verzoek de zwangerschap af te breken 529-531
3. Tussenkomst van een arts 532-539
4. Plaats van uitvoering 540-541
5. Verplichte opvang en voorlichting. Facultatieve hulp en raad 542-544
6. Tijdstip van uitvoering 545
7. Zwangerschapsafbreking na verloop van 12 weken 546-550
a. Ernstig gevaar voor de gezondheid van de vrouw 547
b. Uiterst zware, ongeneeslijke kwaal bij de foetus 548
c. Medewerking en advies van een tweede arts 549
d. Levensvatbaarheid als uiterste grens 550

8. Zwangerschapsafbreking omwille van de gezondheidstoestand van de foetus 551-553
D. Strafbare handelingen van een arts bij zwangerschapsafbreking 554-556
a. Zwangerschapsafbreking bij een niet-toestemmende vrouw 554
b. Zwangerschapsafbreking bij een toestemmende vrouw 555
c. Reclame door een arts rond zwangerschapsafbreking 556
E. Strafbaarheid van de toestemmende vrouw 557-562
F. Registratie- en rapporteringsverplichtingen 563-571
1. Registratieverplichting in hoofde van de arts 563-567
2. Rapportageverplichting in hoofde van de instelling voor gezondheidszorg 568-569
3. Bescherming van de privacy 570
4. Evaluatieverslag 571
G. Aansprakelijkheid wegens ontnemen van de mogelijkheid een beredeneerde keuze te maken om al dan niet een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren 572-590
1. Aansprakelijkheid wegens ongewenste geboorte *(wrongful birth)* 573-584
a. Informatieplicht over de gezondheidstoestand van het ongeboren kind 573-575
b. Inbreuk op de vrijheid al dan niet een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren 576-579
c. Ontnemen van de mogelijkheid een beredeneerde keuze te maken om al dan niet een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren 580
d. Fout jegens de vader 581
e. Schade van de moeder (ouders) 582-584
2. Aansprakelijkheid wegens ongewenst leven *(wrongful life)* 585-590
a. Fout jegens het ongeboren kind 585-588
b. Schade van het kind 589
c. Causaal verband 590
H. Aansprakelijkheid wegens mislukte zwangerschapsafbreking *(wrongful pregnancy)* 591-592

Hfdst. II MEDISCHE TUSSENKOMST BIJ DE GEBOORTE 593-618

Afd. I OPZETTELIJKE LEVENSBEËINDIGING TIJDENS DE BEVALLING 593-601

Afd. II ONOPZETTELIJKE LEVENSBEËINDIGING TIJDENS DE BEVALLING 602-604

Afd. III WETTELIJKE HULPVERLENINGSPLICHT TIJDENS DE BEVALLING 605-608

Afd. IV ONOPZETTELIJKE LEVENSBEËINDIGING VOOR DE BEVALLING (ONOPZETTELIJKE ZWANGERSCHAPSAFBREKING) 609-615

Afd. V PLICHTEN VAN DE ARTS TEGENOVER MOEDER EN KIND TIJDENS DE BEVALLING 616-618

Hfdst. III ARTS TEGENOVER HET PASGEBOREN LEVEN 619-626

Afd. I OPZETTELIJKE EN ONOPZETTELIJKE LEVENSBEËINDIGING VAN PASGEBOREN LEVEN EN DE HULPVERLENINGSPLICHT 619-621

Afd. II AANGIFTE VAN DE GEBOORTE 622-626
§ 1. Kennisgeving van bevalling. Aangifte van geboorte 622-624
§ 2. Aflevering van de geboorteverklaring 625-626

TITEL V ARTS EN MINDERJARIGE PATIËNT 627-658

Hfdst. I WETTELIJKE BEPALINGEN 627-658

Afd. I BURGERLIJK WETBOEK 627

Afd. II PATIËNTENRECHTENWET 628-644
§ 1. Bevoegdheid van de ouders of voogd 628-631
§ 2. "Mature" minderjarige 632-635
§ 3. Minderjarige die tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat kan worden geacht of mondige minderjarige 636-644

Afd. III ORGAANTRANSPLANTATIEWET 645-654
§ 1. Wegneming van organen bij levende meerderjarigen tussen 18 en 21 jaar 645-646
§ 2. Levende minderjarigen 647-652
§ 3. Overleden minderjarigen 653-654

Afd. IV BIJZONDERE WETTELIJKE BEPALINGEN 655-658

TITEL VI ARTS EN PSYCHIATRISCHE PATIËNT 659-788

Hfdst. I BESCHERMINGSMAATREGELEN JEGENS EEN GEESTESZIEKE 659-776

Afd. I GEDWONGEN OPNAME IN EEN PSYCHIATRISCHE DIENST 659-757
§ 1. Wettelijk kader 659-661
§ 2. Materiële voorwaarden voor gedwongen opname 662-680
A. Beginsel van de subsidiariteit 664-665
B. Geestesziekte 666-672
C. Toestand van de zieke 673-674
D. Ernstig gevaar voor eigen gezondheid en veiligheid 675-676
E. Ernstige bedreiging voor andermans leven of integriteit 677-680
§ 3. Opneming ter observatie 681-732
A. Procedure leidend tot opneming ter observatie 682-722
1. Algemene bepalingen (niet-spoedeisende opneming) 683-714
a. Verzoekschrift 683-685
b. Omstandig geneeskundig verslag 686-700
c. Kennisgeving aan de zieke 701
d. Bijstand van de zieke tijdens de procedure 702
e. Bezoek aan de zieke door de vrederechter 703-704
f. Behandeling van het verzoekschrift 705
g. Uitspraak door de vrederechter 706-707
h. Betekening van de beslissing 708
i. Beroep en verzet tegen de beslissing van de vrederechter 709-713
j. Cassatieberoep 714

2. Opneming in een spoedeisend geval 715-722
a. Ambtshalve optreden door de procureur des Konings of op schriftelijk verzoek 715
b. Medisch advies of medisch verslag 716-717
c. Kennisgeving van de beslissing 718
d. Procedure voor de vrederechter 719-722
B. Aanvang, duur, einde en modaliteiten van de opneming ter observatie 723-732
1. Aanvang 723-727
2. Registratie 728
3. Duur en einde van de observatie 729-730
4. Modaliteiten van de opneming ter observatie 731-732
§ 4. Verder verblijf 733-757
A. Procedure 733-735
1. Bevestiging van noodzaak van verder verblijf 733
2. Beslissing van de vrederechter 734-735
B. Duur, verlenging, modaliteiten en einde van het verdere verblijf 736-757
1. Duur en verlenging 736
2. Modaliteiten 737-746
a. Verblijf buiten de dienst 737
b. Nazorg 738-743
c. Overbrenging naar een andere dienst 744-746
3. Einde van het verder verblijf 747-753
4. Herziening van het verder verblijf 754-757

Afd. II VERPLEGING IN EEN GEZIN 758-769
§ 1. Wettelijk kader 758-760
§ 2. Procedure leidend tot verpleging in een gezin 761-765
A. Observatieperiode 762-764
B. Verder verblijf 765
§ 3. Modaliteiten van de verpleging in het gezin 766-768
§ 4. Opheffing of herziening van de verpleging in het gezin 769

Afd. III JURIDISCHE EN MEDISCHE BIJSTAND VAN DE ZIEKE. TOEZICHT OP DE NALEVING VAN DE WET 770-776
§ 1. Juridische en medische bijstand 770-772
A. Klachtrecht. Recht op briefwisseling 770
B. Recht op bezoek door vrij gekozen raadsman 771
C. Recht op onrechtstreekse inzage van het register en het medisch dossier 772
§ 2. Toezicht op de naleving van de wet 773-775
§ 3. Ontvluchting 776

Hfdst. II DE MEDISCHE BEHANDELING VAN DE GEESTESZIEKE 777-788

Afd. I WETTELIJKE REGELING 777-780

Afd. II JURIDISCHE GRONDSLAG VOOR DE BEHANDELING VAN EEN ONDER DWANG OPGENOMEN GEESTESZIEKE 781-785
§ 1. Handelingsbekwaamheid 782
§ 2. Beslissingsbekwaamheid 783
§ 3. Geen vrije keuze van ziekenhuis en feitelijk beperkte keuze van arts 784
§ 4. Dwangbehandeling 785

Afd. III AANSPRAKELIJKHEID JEGENS GEESTESZIEKEN 786-788

TITEL VII ARTS EN PATIËNT AAN HET LEVENSEINDE. ARTS EN OVERLEDEN PATIËNT 789-1010

Hfdst. I ARTS EN PATIËNT AAN HET LEVENSEINDE 789-953

Afd. I STAKEN OF NALATEN VAN EEN MEDISCH ZINLOZE HANDELING 790-803
§ 1. Artikelen 425 Sw. en 426 Sw. 793-796
§ 2. Artikel 422*bis* Sw. 797-798
§ 3. Betrokkenheid van de patiënt of zijn vertegenwoordiger bij het staken of nalaten van een medisch zinloze behandeling 799-803
A. Algemeen 799-801
B. Staken of nalaten van een medisch kansloze behandeling 802
C. Staken of nalaten van een disproportionele behandeling 803

Afd. II PIJNBESTRIJDING MET MOGELIJK LEVENSVERKORTEND GEVOLG 804-809
§ 1. Eerste opvatting: normaal medisch handelen 806-807
§ 2. Tweede opvatting: opzettelijke doding 808
§ 3. Pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend gevolg en de Euthanasiewet 809

Afd. III PALLIATIEVE SEDATIE 810-812

Afd. IV EUTHANASIE 813-931
§ 1. Korte historiek 813
§ 2. Materiële toepassingsgebied van de Wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie 814-821
A. Definitie van euthanasie 814
B. Bestanddelen van de definitie euthanasie 815-820
1. Handeling 816
2. Handeling door een derde 817
3. Opzettelijke handeling 818
4. Handeling die het overlijden van de betrokkene veroorzaakt 819
5. Betrokkene heeft om de handeling verzocht 820
C. Misdrijf euthanasie 821
§ 3. Wettelijke toelating tot euthanaserend handelen 822-827
A. Wettelijke toelating tot euthanaserend handelen in hoofde van de arts 822-827
§ 4. Verzoek om euthanasie 828-862
A. Verzoek van een patient of actueel verzoek (art. 3) 828-846
1. Voorwaarden verband houdend met de verzoeker 829-832
a. Verzoek afkomstig van een patiënt 829
b. Patiënt is een meerderjarige of een ontvoogde minderjarige (art. 3 § 1, eerste -) 830
c. Patiënt is handelingsbekwaam op het ogenblik van zijn verzoek 831
d. Patiënt is bewust op het ogenblik van zijn verzoek 832
2. Voorwaarden verband houdend met het verzoek 833-845
a. Materiële voorwaarden 833-839
b. Vormvereisten 840-845
3. Herroeping van het verzoek 846

B. Voorafgaande wilsverklaring (art. 4) 847-862
1. Inhoud van een voorafgaande wilsverklaring 848-850
a. Kennisgeving van de wil dat euthanasie wordt toegepast 848
b. Aanduiden van een of meerdere vertrouwensperso(o)n(en) 849-850
2. Voorwaarden verband houdend met de verzoeker 851
3. Voorwaarden t.a.v. het verzoek neergelegd in een voorafgaande wilsverklaring 852-855
a. Materiële voorwaarden 852
b. Vormvereisten 853-855
4. Geldigheidsduur van een voorafgaande wilsverklaring 856-857
5. Opstelling, bevestiging, aanpassing, intrekking, registratie en mededeling van de voorafgaande wilsverklaring 858-862
a. Opstelling van de voorafgaande wilsverklaring 858
b. (Her)bevestiging van de voorafgaande wilsverklaring 859
c. Aanpassing/herziening van de voorafgaande wilsverklaring 860
d. Intrekking van de voorafgaande wilsverklaring 861
e. Registratie en mededeling van de voorafgaande wilsverklaring 862
§ 5. Gezondheidstoestand van de patiënt 863-880
A. Patient is bewust (actueel verzoek) 863-873
1. Aandoening 864-867
a. Begrip aandoening 864
b. Aandoening door ziekte of ongeval veroorzaakt 865
c. Ernstige en ongeneeslijke aandoening 866-867
2. Lijden 868-871
a. Fysiek of psychisch lijden 868
b. Aanhoudend en ondraaglijk lijden 869
c. Lijden dat niet gelenigd kan worden 870-871
3. Medisch uitzichtloze toestand 872-873
B. Patient is buiten bewustzijn (voorafgaande wilsverklaring) 874-880
1. Lijden aan een aandoening 875-876
2. Niet meer bij bewustzijn zijn 877-879
3. Volgens de huidige toestand van de wetenschap onomkeerbaar 880
§ 6. Plichten van de arts die euthanasie toepast 881-916
A. Patient is bewust en zal kennelijk binnen afzienbare tijd overlijden 881-901
1. Zich verzekeren van de voorwaarden aangaande de patiënt, diens verzoek en diens gezondheidstoestand 881
2. Naleven van de in de wet voorgeschreven voorwaarden en procedures 882-901
a. Patiënt informeren over zijn gezondheidstoestand 883
b. Overleg plegen met de patiënt over het verzoek tot euthanasie 884
c. Bespreken van de resterende therapeutische en palliatieve mogelijkheden 885
d. Overtuigd zijn dat er geen redelijke andere oplossing is voor de situatie 886-887
e. Overtuigd zijn van de volledige vrijwilligheid van het verzoek 888
f. Zich verzekeren van het aanhoudend fysiek of psychisch lijden van de patiënt 889
g. Zich verzekeren van het duurzaam karakter van het verzoek 890

h. Andere arts raadplegen 891-895
i. Patiënt op de hoogte brengen van de resultaten van de raadpleging 896
j. Verzoek bespreken met het verpleegkundig team 897
k. Desgevallend het verzoek bespreken met de naasten van de patiënt 898
l. Zich verzekeren van mogelijkheid van dialoog tussen patiënt en derden 899
m. Plicht tot documentatie 900
n. Plicht tot aangifte van euthanasie aan de bevoegde commissie 901
B. Patiënt is bewust en zal kennelijk niet binnen afzienbare tijd overlijden 902-908
1. Raadplegen van een tweede arts 904-907
a. Opdracht en taken van de tweede geraadpleegde arts 905
b. Bekwaamheid van de tweede geraadpleegde arts 906
c. Onafhankelijkheid van de tweede geraadpleegde arts 907
2. Minstens één maand laten verlopen tussen het schriftelijk verzoek en het toepassen van de euthanasie 908
C. Patiënt is buiten bewustzijn 909-916
1. Zich verzekeren van de voorwaarden aangaande de gezondheidstoestand van de patiënt 909
2. Naleven van de in de wet voorgeschreven voorwaarden en procedures 910-916
a. Andere arts raadplegen 911
b. Desgevallend de vertrouwenspersoon op de hoogte brengen van de resultaten van deze raadpleging 912
c. Wilsverklaring bespreken met het verpleegkundig team 913
d. Desgevallend bespreking met de vertrouwenspersoon 914
e. Desgevallend bespreking met de naasten van de patiënt 915
f. Documentatieplicht 916
§ 7. Registratie- en aangifteplicht 917-920
A. Registratieplicht 917-918
B. Aangifteplicht 919-920
§ 8. Controle en evaluatie 921-928
A. Controle 921-927
B. Evaluatie 928
§ 9. Bijzondere bepalingen 929-931
A. Geen medewerkingsplicht 929
B. Natuurlijk overlijden voor de uitvoering van verzekeringsovereenkomsten 930
C. Uitbreiding van artikel 909 B.W. tot verpleegkundigen 931

Afd. V OPZETTELIJKE LEVENSBEËINDIGING ZONDER VERZOEK 932-933

Afd. VI HULP VAN ARTS BIJ ZELFDODING 934-946

Afd. VII AANSPRAKELIJKHEID WEGENS ZELFDODING VAN EEN PSYCHIATRISCHE PATIËNT 947-952

Afd. VIII BEÏNVLOEDEN VAN DE STERVENDE PATIËNT (CAPTATIE) 953

Hfdst. II ARTS EN OVERLEDEN PATIËNT 954-1010

Afd. I VERPLICHTINGEN BIJ HET OVERLIJDEN VAN EEN PATIËNT 954-957

§ 1. Verplichtingen in het kader van de jaarlijkse statistiek der doodsoorzaken 954
§ 2. Aangifte van het overlijden 955
§ 3. Verplichtingen van de arts bij het vaststellen van een niet-natuurlijk overlijden 956-957

Afd. II VERRICHTEN VAN EEN AUTOPSIE OF LIJKSCHOUWING 958-975
§ 1. Definitie van autopsie en soorten 958-962
§ 2. De medisch-wetenschappelijke autopsie 963-969
A. Toestemming 964-968
B. Natuurlijke doodsoorzaak 969
§ 3. Autopsie bij een kind van minder dan 18 maanden 970-975

Afd. III WEGNEMING VAN ORGANEN, WEEFSELS EN CELLEN BIJ OVERLEDEN PERSONEN 976-1010
§ 1. In het kader van de Orgaantransplantatiewet 976-1008
A. Algemene voorwaarden 976-984
1. Wegneming met het oog op de transplantatie voor therapeutische doeleinden 976
2. Geen embryo's of voortplantingsmateriaal 977
3. Wegneming met het oog op bereiding van therapeutische middelen 978
4. Wegneming door een arts in een ziekenhuis 979
5. Verbod van winstoogmerk bij afstand 980
6. Respect voor het lijk 981
7. Geheimhouding identiteit 982
8. Melding van het weggenomen orgaan 983
9. Aflevering aan erkende centra 984
B. Specifieke voorwaarden t.a.v. de overleden persoon 985-1008
1. Overledene is in het bevolkingsregister of sedert meer dan zes maanden in het vreemdelingenregister ingeschreven 985-1006
a. Vaststelling van het overlijden 985-986
b. Geen verzet tegen de wegneming 987-996
c. Verplichtingen in hoofde van de arts die organen wenst weg te nemen 997-1001
d. Uitdrukkelijke toestemming tot wegneming 1002-1006
2. Overledene is niet in het bevolkingsregister ingeschreven of nog geen zes maanden in het vreemdelingenregister 1007-1008
§ 2. Buiten het kader van de Orgaantransplantatiewet 1009-1010

TITEL VIII WETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK. WEGNEMING VAN ORGANEN EN WEEFSELS 1011-1221

Hfdst. I MEDISCHE EXPERIMENTEN OP MENSEN 1011-1116

Afd. I TOEPASSINGSGEBIED VAN DE MEDISCHE EXPERIMENTENWET 1012-1023

Afd. II BESCHERMING VAN DEELNEMERS AAN MEDISCHE EXPERIMENTEN 1024-1116
§ 1. Algemeen geldende beschermingsmaatregelen 1024-1075
A. Naleven van ethische en wetenschappelijke kwaliteitsvereisten 1024
B. Wetenschappelijke aanvaardbaarheid 1025-1028
1. Wetenschappelijke deugdelijkheid 1026
2. Wetenschappelijke noodzaak 1027
3. Wetenschappelijke relevantie 1028

C. Evenredigheidseis (balans voordelen – risico's) 1029-1031
D. Toestemming van de proefpersoon 1032-1035
E. Belang van de deelnemer stellen boven het belang van de wetenschap 1036
F. Gunstig advies van een ethisch comité 1037-1061
1. Definitie van ethisch comité 1039
2. Samenstelling van het ethisch comité 1040
3. Onafhankelijkheid van het ethisch comité 1041-1044
4. Bevoegd ethisch comité 1045-1049
5. Opdracht van het ethisch comité 1050-1051
6. Termijn waarbinnen het advies wordt gegeven 1052-1060
7. Juridische waarde van het advies 1061
G. Geen ministerieel bezwaar 1062-1068
1. In het geval van proeven 1062-1067
2. In het geval van experimenten 1068
H. Ministeriële toelating voor bepaalde proeven 1069
I. Tussenkomst van een gekwalificeerd beroepsbeoefenaar 1070
J. Verzekering en dekking van de aansprakelijkheid van de onderzoeker en de opdrachtgever 1071-1074
1. Foutloze aansprakelijkheid 1072
2. Verzekeringsplicht 1073-1074
K. Gratis terbeschikkingstelling van het geneesmiddel 1075
§ 2. Bijzondere beschermingsmaatregelen 1076-1104
A. Bijzondere bepalingen voor de bescherming van minderjarigen 1076-1088
1. Geïnformeerde toestemming van de ouders of de voogd 1077
2. Naleving van de uitdrukkelijke wil van de minderjarige 1078
3. Rechtstreeks verband met de klinische toestand van de minderjarige 1079
4. Uitvoering enkel mogelijk met minderjarigen 1080-1082
5. Bevestiging van resultaten van klinische proeven met wilsbekwame proefpersonen of van andere onderzoeksmethoden 1083
6. Evenredigheidseis 1084
7. Minimale pijn, ongemak, angst en risico 1085
8. Deskundigheid van het ethisch comité inzake kindergeneeskunde 1086
9. Geen aansporingen of financiële prikkels 1087
10. Volgen van wetenschappelijke richtsnoeren van het Europees Bureau 1088
B. Bijzondere bepalingen voor de bescherming van toestemmingsonbekwame meerderjarigen 1089-1098
1. Geïnformeerde toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger 1090-1092
a. Beginsel 1090
b. Eerbiedigen van een voorafgaande toestemming of weigering 1091
c. Wettelijke vertegenwoordiger 1092
2. Rechtstreeks verband met de klinische toestand van de meerderjarige 1093
3. Bevestiging van resultaten van eerdere experimenten met wilsbekwame personen of van andere onderzoeksmethoden 1094
4. Minimale pijn, ongemak, angst en risico. Evenredigheidseis 1095
5. Specifieke deskundigheid van het ethisch comité 1096
6. Geen aansporingen of financiële prikkels 1097

7. Indien opnieuw wilsbekwaam, geïnformeerde toestemming deelnemer bekomen 1098
C. Bijzondere bepalingen voor de bescherming van personen van wie de toestemming niet kan worden verkregen wegens hoogdringendheid 1099-1104
1. Rechtstreeks verband met de klinische toestand en bevestigen van eerdere experimenten of andere onderzoeksmethoden 1100
2. Minimale pijn, ongemak, angst en risico. Evenredigheidseis 1101
3. Specifieke deskundigheid van het ethisch comité 1102
4. Geen aansporingen of financiële prikkels 1103
5. Zodra mogelijk, toestemming 1104
§ 3. Wijzigingen in de uitvoering van een experiment 1105-1108
§ 4. Opschorting of verbod van het experiment. Overtreding van verplichtingen. Einde van het experiment 1109-1111
§ 5. Rapportage van ongewenste voorvallen en ernstige bijwerkingen 1112-1114
A. Ongewenste voorvallen 1112
B. Ernstig ongewenste voorvallen 1113
C. Ernstige bijwerkingen 1114
§ 6. Toetsing en handhaving 1115-1116
A. Toetsing aan de goede klinische praktijken 1115
B. Handhaving 1116

Hfdst. II ONDERZOEK OP EMBRYO'S *IN VITRO* 1117-1172

Afd. I WETTELIJK KADER VOOR ONDERZOEK OP EMBRYO'S *IN VITRO* 1118-1172
§ 1. Onderzoek op overtallige embryo's 1118-1149
A. Begripsomschrijvingen 1118-1120
B. Toelaatbaarheidsvoorwaarden 1121-1143
1. Algemene voorwaarden 1122-1135
a. Een gunstig advies van het plaatselijk ethisch comité 1122-1124
b. Geen negatief advies van de Federale Commissie voor medisch en wetenschappelijk onderzoek op embryo's *in vitro* 1125-1129
c. Voorafgaande schriftelijke en geïnformeerde toestemming van alle betrokkenen 1130-1133
d. Bezorgen van een voortgangsverslag omtrent het onderzoek aan de Federale Commissie voor medisch en wetenschappelijk onderzoek op embryo's *in vitro* 1134
e. Stopzetten van het onderzoek op bevel van de Federale Commissie 1135
2. Specifieke voorwaarden 1136-1143
a. Therapeutisch doel hebben of bijdragen tot een betere kennis 1136-1138
b. Wetenschappelijkheid 1139
c. Uitvoering in het kader van reproductieve geneeskunde of menselijke erfelijkheid 1140
d. Uitvoering door gekwalificeerde personen onder deskundig toezicht 1141
e. Uitvoering tijdens de eerste 14 dagen van het ontwikkelingsstadium van het embryo 1142
f. Subsidiariteit 1143
C. Verboden onderzoek of handelingen met overtallige embryo's *in vitro* 1144-1149

1. Inplanten bij dieren. Creëren van chimaeren of hybride wezens 1144
2. Na onderzoek inplanten bij mensen 1145
3. Gebruiken voor commerciële doeleinden 1146
4. Onderzoek of behandelingen met een eugenetisch oogmerk (niet-correctieve germinale gentherapie) 1147
5. Onderzoek of behandelingen gericht op geslachtsselectie 1148-1149

§ 2. Onderzoek op aangemaakte embryo's *in vitro* 1150-1157
A. Aanmaken van embryo's *in vitro* 1150-1156
1. Het doel van het onderzoek kan niet worden bereikt door onderzoek op overtallige embryo's 1151-1153
2. Er is voldaan aan de voorwaarden van de wet 1154
3. De voorwaarden voor eicelstimulatie worden nagekomen 1155-1156
B. Verrichten van onderzoek op aangemaakte embryo's *in vitro* 1157

§ 3. Gebruik van gameten 1158-1161
§ 4. Gebruik van embryonale stamcellen 1162
§ 5. Reproductief kloneren 1163
§ 6. Sancties 1164-1170
A. Geldboete en/of gevangenisstraf 1164-1168
1. Jaarverslag 1164
2. Verboden handelingen 1165-1168
B. Beroepsuitoefeningsverbod 1169
C. Bevel tot stopzetting van een onderzoek 1170
§ 7. Federale Commissie voor medisch en wetenschappelijk onderzoek op embryo's *in vitro* 1171-1172

Hfdst. III WETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK MET LICHAAMSMATERIAAL EN GEGEVENS 1173-1189

Afd. I WETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK MET LICHAAMSMATERIAAL 1174-1179
§ 1. Juridisch statuut van lichaamsmateriaal 1174-1177
§ 2. Regulering van wetenschappelijk onderzoek met lichaamsmateriaal 1178-1179

Afd. II WETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK MET MEDISCHE PERSOONSGEGEVENS 1180-1189
§ 1. Gebruik van medische persoonsgegevens voor eigen onderzoek 1180-1181
§ 2. Gebruik van medische persoonsgegevens voor onderzoek door derden 1182-1189
A. Toelaatbaarheid van het terbeschikking stellen 1183
B. Regeling in de wet verwerking persoonsgegevens 1184-1189
1. Wetenschappelijk onderzoek met anonieme gegevens 1185
2. Wetenschappelijk onderzoek met gecodeerde gegevens 1186-1187
3. Wetenschappelijk onderzoek met niet-gecodeerde gegevens 1188-1189

Hfdst. IV WEGNEMING VAN ORGANEN, WEEFSELS EN CELLEN BIJ LEVENDEN 1190-1221

Afd. I WEGNEMING MET HET OOG OP TRANSPLANTATIE MET THERAPEUTISCHE BEDOELINGEN 1190-1211
§ 1. Toepassingsgebied 1191-1194
§ 2. Algemene voorwaarden voor wegneming 1195-1207
A. Door een arts in een ziekenhuis 1195
B. Zonder winstoogmerk 1196-1198

C. Leeftijd van de donor 1199
D. Toestemming van de donor 1200-1206
E. Beoordeling van de voorwaarden door de wegnemende arts 1207
§ 3. Specifieke voorwaarden voor wegneming 1208-1211
A. Wegneming met mogelijk ernstige gevolgen of van een niet-regenereerbaar orgaan 1208-1210
B. Wegneming bij een minderjarige donor (familiedonatie) 1211

Afd. II AFNEMING VAN BLOED 1212-1221

TITEL IX MEDISCH BEROEPSGEHEIM EN MEDISCH GETUIGSCHRIFT 1222-1364

Hfdst. I MEDISCH BEROEPSGEHEIM 1222-1324

Afd. I PERSONEEL TOEPASSINGSGEBIED 1222-1236
§ 1. Artsen 1222-1233
A. Noodzakelijke vertrouwenspersonen 1222-1228
B. Enkele bijzondere gevallen 1229-1233
1. Gerechtsdeskundigen 1229-1230
2. Gevangenisartsen 1231
3. De medisch directeur (hoofdgeneesheer) van een ziekenhuis 1232
4. Leden van de raden van de Orde der geneesheren 1233
§ 2. Andere beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg 1234
§ 3. Beoefenaars van niet-conventionele praktijken 1235
§ 4. Onwettige beoefenaars van de geneeskunde 1236

Afd. II MATERIEEL TOEPASSINGSGEBIED 1237-1241
§ 1. Kennis uit hoofde van het beroep 1238
§ 2. Geheimen 1239-1240
§ 3. Toevertrouwd 1241

Afd. III BEKENDMAKEN VAN GEHEIMEN 1242-1245
§ 1. Opzet 1243
§ 2. Bekendmaken 1244-1245

Afd. IV UITZONDERINGEN 1246-1324
§ 1. In rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis afleggen 1246-1254
A. Toelating van de wet om te spreken. spreekrecht 1246-1248
B. Zwijgrecht 1249-1251
C. Spreken of zwijgen 1252-1254
§ 2. Overleggen van een medisch dossier 1255-1256
§ 3. Wettelijke verplichting geheimen bekend te maken 1257-1271
A. Wet in formele of materiële zin 1257
B. Artikel 150 Z.I.V.-Wet-1994 1258-1260
C. Aangifte van besmettelijke ziekten 1261
D. Kennisgeving van bevalling. aangifte van geboorte 1262-1263
E. Aangifte van arbeidsongevallen 1264
F. Medisch verslag voorafgaand aan gedwongen opname in psychiatrisch ziekenhuis 1265
G. Geen plicht tot aangifte van misdrijven 1266-1269
1. Artikel 20 K.B. 31 mei 1885 1267-1268
2. Artikel 30 Sv. 1269

H. Plicht tot waarschuwing van derden op grond van artikel 422*bis* Sw. 1270-1271
§ 4. Geheimhoudingsplicht en rechtvaardigingsgronden 1272-1301
A. Toestemming van de patiënt 1273-1279
B. Noodtoestand en aangifte van misdrijven 1280-1295
1. Patiënt is dader 1281-1286
2. Patiënt is slachtoffer 1287-1295
a. Algemeen 1287-1289
b. Patiënt is minderjarig (art. 458*bis* Sw.) 1290-1295
C. Wettelijk voorschrift 1296-1298
D. Overheidsbevel (bloedmonsterneming) 1299-1301
§ 5. Andere uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht 1302-1310
A. Dwaling 1302-1303
B. Optreden in rechte 1304-1310
1. Recht op verdediging 1304
2. Optreden als eisende partij 1305-1306
3. Optreden in tuchtzaken en loyauteitsverplichting 1307-1310
§ 6. Geheimhoudingsplicht en het opsporen van misdrijven in de artsenpraktijk 1311-1324
A. Algemeen 1311-1313
B. Arts is geen verdachte 1314-1317
1. Voor beslag vatbare zaken 1315
2. Voorzorgsmaatregelen bij zoeking 1316-1317
a. Bewijzen of zware vermoedens 1316
b. Respect voor gebruiken inzake opsporing en inbeslagneming 1317
C. Arts wordt verdacht 1318-1321
1. "Beroepsmisdrijf sluit beroepsgeheim uit" 1318-1319
2. Voor beslag vatbare zaken 1320
3. Voorzorgsmaatregelen 1321
D. Plaats van bewaring en inbeslagneming 1322
E. Sancties 1323
F. Telefoontap bij een arts verdacht van een misdrijf 1324

Hfdst. II MEDISCH GETUIGSCHRIFT 1325-1364

Afd. I BEGRIP EN INHOUD 1325-1326

Afd. II AFLEVERING AAN DE PATIËNT 1327-1332

Afd. III AFLEVERING AAN DERDEN 1333-1335

Afd. IV GEBRUIK VAN EEN MEDISCH GETUIGSCHRIFT 1336-1342

Afd. V VALSHEID IN MEDISCHE GETUIGSCHRIFTEN 1343-1364
§ 1. Inleiding 1343
§ 2. Valselijk bevestigen van ziekte of gebrek (art. 204 Sw.) 1344-1355
A. Getuigschrift 1345
B. Bevestiging van een ziekte of gebrek 1346
C. Op valselijke wijze 1347
D. Uitgaande van een arts 1348
E. Vrijstelling van een wettelijke dienst of verplichting 1349-1354
F. Giften of beloften 1355
§ 3. Valsheid in geschriften (art. 196 Sw.) 1356-1362
§ 4. Welwillendheidsgetuigschriften (art. 205 Sw.) 1363

§ 5. Wijzigen van een medisch getuigschrift door een onbevoegde (art. 203 Sw.) 1364

TITEL X DIAGNOSTISCHE EN THERAPEUTISCHE VRIJHEID 1365-1408

Hfdst. I DIAGNOSTISCHE EN THERAPEUTISCHE VRIJHEID ALGEMEEN BESCHOUWD 1365-1377

Afd. I WETTELIJKE BEPALINGEN EN BEGRIPSAFBAKENING 1365-1373

Afd. II BETEUGELING VAN HET MISBRUIK VAN DIAGNOSE EN THERAPIE 1374-1377
§ 1. Door de raden van de Orde der geneesheren 1374-1376
§ 2. Door het comité van de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle van het R.I.Z.I.V. 1377

Hfdst. II MISBRUIK BIJ VOORSCHRIJVEN VAN DRUGS 1378-1408

Afd. I MISBRUIKVERBOD 1378-1380

Afd. II BESTANDDELEN VAN HET MISBRUIKVERBOD 1381-1392

Afd. III MISBRUIKVERBOD EN DE BEOORDELING DOOR DE ORDE DER GENEESHEREN 1393-1395

Afd. IV BEHANDELING MET VERVANGINGSMIDDELEN 1396-1408
§ 1. Onttrokken aan het misbruikverbod 1396-1399
§ 2. Na te leven voorwaarden 1400-1408
A. Deskundigheid en registratie van de voorschrijvende arts 1400-1402
B. Aflevering en toediening van het vervangingsmiddel 1403-1405
C. Registratie van de vervangingsbehandelingen 1406-1407
D. Beperking van het aantal patiënten 1408

TITEL XI HONORARIUM VAN DE ARTS 1409-1536

Hfdst. I HONORARIUM VAN DE ARTS EN DE GEZONDHEIDSZORGWETGEVING 1409-1498

Afd. I RECHT OP HONORARIUM OF FORFAITAIRE BEZOLDIGING 1409-1430
§ 1. Onderscheid honorarium en forfaitaire bezoldiging. Afstand van het recht op honorarium 1409-1414
§ 2. Beperkingen aan het recht op honorarium of forfaitaire bezoldigingen 1415-1419
A. Artikel 18 § 2 W.U.G. 1416-1418
B. Medische plichtenleer 1419
§ 3. Recht op honorarium in enkele bijzondere situaties 1420-1430
A. Recht op honorarium tegenover verwanten 1420-1426
B. Recht op honorarium tegenover medewerkers, collega's en hun verwanten 1427-1429
C. Recht op honorarium en vergoeding bij niet-nagekomen afspraak 1430

Afd. II BEDRAG VAN HET HONORARIUM 1431-1471
§ 1. Vrije bepaling 1431-1432
§ 2. Beperkingen aan de vrije bepaling 1433-1471
A. Wettelijke en reglementaire beperkingen 1434-1454
1. Z.I.V.-Wet 1434-1447
a. Vaststelling van de honoraria t.a.v de rechthebbenden van de ziekteverzekering 1435-1440
b. Bindend karakter van de honoraria 1441-1447
2. Ziekenhuiswet 1448-1454
a. Beperkingen aan de honorariumvrijheid van de verbonden ziekenhuisartsen voor patiënten opgenomen in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers en daarmee gelijkgestelde patiënten 1448
b. Beperkingen aan de honorariumvrijheid van de niet-verbonden ziekenhuisartsen voor patiënten opgenomen in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers en daarmee gelijkgestelde patiënten indien er een akkoord is in de zin van artikel 50 Z.I.V.-Wet-1994 1449
c. Beperkingen aan de honorariumvrijheid van de ziekenhuisartsen voor patiënten opgenomen, in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers en daarmee gelijkgestelde patiënten indien er geen akkoord is in de zin van artikel 50 Z.I.V.-Wet-1994 1450
d. Waarborgen van verzorging tegen verbintenistarieven van patiënten opgenomen in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers en daarmee gelijkgestelde patiënten 1451
e. Honorariumvrijheid van verbonden ziekenhuisartsen t.a.v. patiënten op eigen verzoek opgenomen in een individuele kamer 1452
f. Honorariumvrijheid van niet-verbonden ziekenhuisartsen t.a.v. patiënten op eigen verzoek opgenomen in een individuele kamer 1453
g. Honorariumvrijheid van de ziekenhuisartsen t.a.v. patiënten opgenomen in een individuele kamer indien er geen akkoord is in de zin van artikel 50 Z.I.V.-Wet-1994 1454
B. Statutaire of contractuele beperkingen 1455-1457
C. Toetsing en beperking door de rechter 1458-1468
D. Tuchtrechtelijke beperkingen (maxima en minima) 1469-1471

Afd. III GEBRUIKSVERGOEDINGEN EN ERELOONVERDELING 1472-1494
§ 1. Gebruiksvergoedingen tussen artsen en derden 1472-1481
A. Principiële geldigheid van gebruiksvergoedingsregelingen 1472-1474
B. Gebruiksvergoedingsregelingen en artikel 18 § 2 W.U.G. 1475
C. Voorwaarden voor een geldige gebruiksvergoedingsregeling 1476-1478
1. Algemeen 1476
2. Forfaitair vastgestelde gebruiksvergoedingen 1477-1478
D. Instandhoudingsvergoeding 1479-1481
§ 2. Gebruiksvergoedingen en ereloonverdeling tussen artsen 1482-1494
A. Ereloonverdeling tussen artsen 1482-1487
1. Principieel verbod 1482-1485
2. Toegelaten bij groepsgeneeskunde 1486-1487
B. Gebruiksvergoedingsregelingen tussen artsen 1488-1494

Afd. IV ONGEOORLOOFDE VERRIJKING 1495-1498

Hfdst. II BETWISTINGEN IN VERBAND MET ERELONEN 1499-1510

Afd. I BEWIJSLAST 1499-1500

Afd. II AFDWINGEN VAN BETALING 1501-1510
§ 1. Algemene beschouwingen 1501
§ 2. Weigering van afgifte getuigschrift voor verstrekte hulp 1502-1510

Hfdst. III VERJARING VAN DE RECHTSVORDERING VOOR HET HONORARIUM 1511-1519

Afd. I BEVRIJDENDE VERJARING 1511-1513

Afd. II TOEPASSINGSGEBIED VAN ARTIKEL 2277*BIS* B.W. 1514-1518
§ 1. Personeel toepassingsgebied 1514-1515
§ 2. Materieel toepassingsgebied 1516-1518

Afd. III AANVANG VAN DE VERJARING 1519

Hfdst. IV BESLAG OP EN OVERDRACHT VAN HONORARIA 1520-1521

Hfdst. V BESCHIKKING OM NIET DOOR EEN PATIËNT 1522-1536

Afd. I ALGEMEEN 1522-1523

Afd. II TOEPASSINGSVOORWAARDEN 1524-1535
§ 1. Behandeling van de patiënt 1524-1527
§ 2. Behandeling tijdens de ziekte waaraan de patiënt overleed 1528-1532
§ 3. Beschikking tijdens de ziekte waaraan patiënt overleed 1533-1534
§ 4. Ziekte 1535

Afd. III BESCHIKKINGEN DIE NIET ONDER ARTIKEL 909 B.W. VALLEN 1536

TITEL XII ARTS EN ANDERE BEROEPEN EN VOORZIENINGEN IN DE GEZONDHEIDSZORG 1537-1590

Hfdst. I WETTELIJKE REGELING VAN BEROEPEN IN DE GEZONDHEIDSZORG IN RELATIE TOT DE ARTS 1537-1570

Afd. I BEOEFENAARS VAN DE ARTSENIJBEREIDKUNDE (APOTHEKERS) 1537-1547

Afd. II BEOEFENAARS VAN DE TANDHEELKUNDE (TANDARTSEN) 1548-1554

Afd. III BEOEFENAARS VAN DE KINESITHERAPIE 1555-1558

Afd. IV BEOEFENAARS VAN DE VERPLEEGKUNDE 1559-1565

Afd. V BEOEFENAARS VAN PARAMEDISCHE BEROEPEN 1566-1567

Afd. VI VROEDVROUWEN 1568-1570

Hfdst. II WETTELIJKE REGELING VAN DE RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN ARTSEN EN ZIEKENHUIZEN 1571-1590

Afd. I WET OP DE ZIEKENHUIZEN 1571-1582
§ 1. Algemeen 1571
§ 2. Begrip ziekenhuisarts 1572
§ 3. Rechtsverhoudingen tussen het ziekenhuis en de ziekenhuisarts 1573-1582
A. Algemene regeling van de rechtsverhoudingen 1573-1574
B. Schriftelijke regeling van de rechtsverhouding ziekenhuis-individuele ziekenhuisarts 1575-1579
C. Geldelijk statuut van de ziekenhuisarts 1580
D. Verhouding tussen algemene regeling en schriftelijke regeling van de rechtsverhouding ziekenhuis-individuele ziekenhuisarts 1581-1582

Afd. II O.C.M.W.-WET 1583-1587

Afd. III WET PERSOON GEESTESZIEKEN 1588-1590

Blz.

ZAAKREGISTER 701

LITERATUURLIJST

I. ALGEMENE WERKEN, VERHANDELINGEN EN MONOGRAFIEËN

ANRYS, H., *Les professions médicales et paramédicales dans le Marché Commun*, Brussel, Larcier, 1976.

DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998.

DIERKENS, R., *Lichaam en Lijk*, Brugge, Die Keure, 1962.

DIJON, X., *Le sujet de droit et son corps. Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Namen - Brussel, Larcier, 1982

GEENS, K., *Het vrij beroep. Enkele theoretische beschouwingen aan de hand van een vergelijkende studie naar Belgisch recht van de reglementering ter zake van de beroepen van arts, advocaat, architect en bedrijfsrevisor*, Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid, 1986.

HENNAU – HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Brussel - Parijs, Bruylant, 1987.

HEYVAERT, A., KRUITHOF, R. en VANSWEEVELT, T. (ed.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989.

HINNEKENS, M. en RONSMANS, E., *Geneeskunst. Coördinatie van de geldende wetten, besluiten en internationale conventies in verband met verschillende takken van de geneeskunst*, Heule U.G.A., losbl.

LELEU, Y.-H. en GENICOT, G., *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001.

NYS, H., *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.* , Gent, Story-Scientia, 1991.

NYS, H., *La médecine et le droit*, Diegem, Kluwer, 1995.

RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *Les droits et les obligations des médecins ainsi que des dentistes, accoucheuses et infirmières*, Brussel, Larcier, II dln., 1971-72, tweede herwerkte uitgave.

THIRY,Y., "Art de guérir", in *R.P.D.B.*, deel 7, Brussel, Bruylant,1990.

VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, 1997.

II. WERKEN, VERHANDELINGEN, MONOGRAFIEËN, ARTIKELS EN BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN, VOLGENS TITEL

TITEL I. UITOEFING VAN DE GENEESKUNDE

BURG, S., "Controle van de arbeidsongeschiktheid", in X., *Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2001, 59-92.

CALLENS, S. en TER HEERDT, J., "Juridische beschouwingen bij telegeneeskunde", *T. Gez.* 1999-2000, 310-322.

CAUFFMAN, C., "Verpleegkundige opleidingen en beroepen op het kruispunt van de bevoegdheden van de federale staat en de gemeenschappen. Bedenkingen bij het voorontwerp van de wet houdende sociale bepalingen van 22 februari 1998", *T.O.R.B.* 1998-99, 214-224.

DE SMET, J., "Wijzigingen aan de regeling inzake de geneeskundige controle van arbeidsongeschikte werknemers (wet van 13 juli 1999 betreffende de controlegeneeskunde, B.S. 13 juli 1999)", in X., *Recente wetgeving 1998-99*, Gent, Mys & Breesch, 1999, 235-238.

DILLEMANS, R., "De wetgevende besluiten betreffende de uitoefening van de geneeskunst in perspectief", *T.P.R.* 1974, 173-192.

DUVILLIER, G., "Doctor in de genees- heel- en verloskunde of arts?", *Vl. T. Gez.* 1992-93, 319-322.

GROSEMANS, R., "Considérations sur l'exercice illégal de l'art de guérir", *R.D.P.* 1954-55, 159.

GROSEMANS, R., "Onwettig uitoefenen van de chiropraxis", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1969, 251.

HEYE, E., "Le procès de l'ostéopathie; nouvelle médecine hors-la-loi", *Journ. proc.* 1985, nr. 56, 6-8.

HEYLEN, R., "De recente wettelijke evolutie inzake de erkenningscriteria voor geneesheren-specialisten, houders van de bijzondere beroepstitel in de intensieve zorg in vergelijking met de bijzondere beroepstitel in de urgentiegeneeskunde", *T. Gez.* 1995-96, 241-247.

JANVIER, R., "Eindelijk een wettelijk kader voor de uitoefening van de controlegeneeskunde?", *Medi-ius* 1999, nr. 4, 12-22.

JANVIER, R., "Controlegeneeskunde concreet...", *Medi-ius* 2001, nr. 2, 22-25.

LUST A., "De wet van 29 april 1999: een alternatief wetskader voor de alternatieve geneeswijzen", *T. Gez.* 2000-01, speciaal nr. 22-42.

MEERT-VAN DE PUT, R., "Psychothérapie et art de guérir", *R.D.P.* 1968-69, 655-672.

MEERT-VAN DE PUT, R., "De organisatie van de geneeskunst en de controle op activiteiten van de geneesheer", *T.P.R.* 1974, 152.

NIJS, H., "De controlegeneeskunde in een nieuw jasje", *Kijk uit* 2001, nr. 8, 2-6 en nr. 9, 28-29.

NYS, H., "Medische en paramedische beroepsuitoefening. Over oftalmologen en opticiëns", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1989, 467.

NYS, H., "De bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap inzake gezondheidsbeleid, in het bijzonder m.b.t. de uitoefening van de geneeskunst", *T.B.P.* 1990, 160-176.

NYS, H., "Het Arbitragehof en de uitoefening van de kinesitherapie", *R.W.* 1996-97, 1055-1057.

NYS, H., "Naar een grondige herziening van de wetgeving op de beroepen in de gezondheidszorg", in *Liber Amicorum Roger Dillemans*, Deel II: Socialezekerheidsrecht, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 259-272.

NYS, H., "De wet van 29 april 1999 betreffende de uitoefening van de niet- conventionele praktijken in de geneeskunde", *R.W.* 1999-2000, 729-737.

PLETS, I., "De nieuwe wet betreffende de controlegeneeskunde", *Or.* deel 1: 1999, 240-244; deel 2: 2000, 8-11.

PLETS, I., "Nieuwe regels in de controlegeneeskunde", *T.S.R.* 2003, 51-72.

RAES, K., "Staat een politieke erkenning van alternatieve geneeswijzen haaks op de toenemende wetenschappelijke roep om 'evidence based medecine'?", *T. Gez.* 2000-01, speciaal nr., 3-9.

SERRUYS, J.W., *La profession médicale et l'ordre des médecins devant la loi et la jurisprudence*, Brussel, Larcier, 1940.

TER HEERDT, J., "De onwettige uitoefening van de alternatieve geneeskunst: een mijnenveld?", *T. Gez.* 2000-01, speciaal nr., 16-21.

TER HEERDT, J., "Alternatieve geneeskunst: nog steeds de stiefdochter in de geneeskunde?", *T. Gez.* 2000-01, 242-245.

TROUSSE, E., "La magie et les sortilèges dans le droit pénal d'autrefois et d'aujourd'hui", *R.D.P.* 1955-56, 555-588.

VAN REYBROUCK, J., VANDERSCHAEGHE, A., "Nieuwe wet op de controlegeneeskunde en haar uitvoeringsbesluiten", *Personeelszaken* 2003, nr. 1, 23-28.

VERBIEST, D., "Onwettige uitoefening van de geneeskunde in het Belgische recht", *Jura Falc.* 1971-72, nr. 2, 32.

VERMEIREN, R., "Aansprakelijkheid van een homeopaat", *T. Gez.* 1999-2000, 135-138.

VERSTEGEN, R., "Academische graden en bekwaamheidsbewijzen", *Jura Falc.* 1975-76, 167-197.

VERSTEGEN, R., "Opleiding voor en toegang tot de beroepen in de gezondheidszorg", *A. Hosp.* 1998, nr. 4, 27-49; *C.D.P.K.* 1998, 457-497.

TITEL II. ORDE DER GENEESHEREN

AERDEN, R., "De orde van de geneesheren. Het wetsontwerp Busquin", *Vl. T. Gez.* 1990-91, 215-222.

BALTHAZAR, T., "De methadonarresten van de Raad van State en de normatieve bevoegdheid van de Orde der Geneesheren", *T. Gez.* 1993-94, 63- 69.

BALTHAZAR, T., "Opnieuw over de normatieve bevoegdheid van de Orde der Geneesheren", *T. Gez.* 1995-96, 123-125.

BEKAERT, H., "Le criminel tient aussi le disciplinaire en état", *J.T.* 1982, 473-479.

BROECKX, K., "Kan alleen een advokaat een geneesheer bijstaan voor de tuchtoverheid?", *T. Gez.* 1996-97, 112-114.

BROECKX, K., "Het pleitmonopolie van de advokaat voor de raad van beroep van de Orde der geneesheren", *T. Gez.* 1999-2000, 269.

CALLENS, S., "Uitdagingen voor de orde van geneesheren", *A. Hosp.* 1996, nr. 2, 57-58.

CREMONA, J.J., "The public character of trial and judgment in the jurisprudence of the European Court of Human Rights" in MATCHER, F. en PETZOLD, H. (ed)., *Protecting human rights : the European dimension*, Köln, Carl Heymans Verlag, 1988, 110.

DE COCQUEAU DES MOTTES, B., "La procédure disciplinaire à la recherche de son âme?", *J.L.M.B.* 1999, 303-306.

DE GROOT, E., "De orde van geneesheren: tuchtrechtelijke aspecten" in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1989, 449-465.

DE GROOT, E., *De Orde van geneesheren. Een voorstel tot hervorming*, Brussel, VUBPress, 1998.

DEWALLENS F. en ANDRIES, B., "Verboden reclame te verbieden. Het deontologisch reclameverbod na de aanpassing van de code van medische plichtenleer", *T. Gez.* 2003-04, 225-230.

DIERKENS, R., "De orde der geneesheren; kritische beschouwingen omtrent het K.B. nr. 79 dd. 10 november 1967", *Belg. Archief voor Sociale Geneeskunde* 1969, 313.

GOFFIN, L., "L'avocat ou le médecin doit-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire?", *Ann. dr. Louvain* 1984, 365-376.

GRIMONPREZ, K., "Het Hof van Cassatie en 25 jaar E.V.R.M.", *R.W.* 1981-82, 2657- 2673.

GROSEMANS, R., "Une proposition de loi critiquable", *J.T.* 1980, 701-706.

HACHE, R., "De Orde der geneesheren als hoeder van kwaliteit – Marginale toetsing of 'peer review'" in X., *Tuchtrecht voor medische beroepen*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 21-29.

LAMBERT, P., "La procédure disciplinaire et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme", *J.T.* 1981, 625-627.

LAMBERT, P., "Le pouvoir disciplinaire des ordres professionnels après l'arrêt de la Cour de Cassation du 23 mai 1985", *Journ. proc.* 1989, nr. 70, 12.

LAMBERT, P., "Le criminel tient-il le disciplinaire en état?", *J.T.* 1987, 322.

LAMBERT, P., "La Convention Européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire", *J.T.* 1988, 53-58.

LEGROS, P., "Une proposition de loi critiquée", *J.T.* 1981, 425.

LEMMENS, P., "Het geheim karakter van tuchtprocedures", *R.W.* 1979-80, 1665.

LEMMENS, P., "Het einde van de betwisting rond de openbaarheid van tuchtzaken", *R.W.* 1983-84, 86-87.

LEMMENS, P., *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, Antwerpen, Kluwer, 1989.

LEMMENS, P. en D'HOOGHE, D., *Het recht van verdediging in tuchtzaken*, Antwerpen, Kluwer, 1989.

LEMMENS, P., "Een nieuwe tuchtzaak voor het Europees Hof", *R.W.* 1983-84, 119.

LOUVEAUX, C., "Ordres et institutions professionnels", in *R.P.D.B.*, Brussel, Bruylant, 1983.

LUST, A., "Omtrent de preventieve bevoegdheid van de organen van de orde van geneesheren. Een grondslagenonderzoek", in *Liber Amicorum André Prims*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 235-253.

LUST, A., "Arts en publiciteit: ook een kwestie van personele grondrechten", *T.Gez.* 2000-01, 268-279.

MEEUS, A., "Jurisdictionele aspecten van de opdracht van de raden van de orde van geneesheren", *Nationale Raad Orde Geneesheren, Plenaire vergadering van de raden van de orde van de geneesheren*, Brussel, 1978, 56-57.

MULDER, L., "Art. 6, lid 1 E.C.R.M.: De Nederlandse garagehouder en de Belgische artsen", *T.B.P.* 1986, 120-124.

NYS, H., "De orde der geneesheren in het parlement", *R.W.* 1981-82, 1173.

NYS, H., "Tuchtrecht voor geneesheren: overbodig? overnodig?", *Vl. T. Gez.* 1981-82, 2.

NYS, H., "Het bindend karakter van de bepalingen van de code voor medische plichtenleer: een ommekeer in de cassatie-rechtspraak?", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 225-226.

NYS, H., "Twintig jaar code van geneeskundige plichtenleer", *A. Hosp.* 1995, 3, 84-86.

NYS, H., "De finaliteit van het tuchtrecht in de gezondheidszorg", in X., *Tuchtrecht voor medische beroepen*, Gent, Mys en Breesch, 1999, 1-20.

NYS, H., VAN BAEL, I., MOKOS, P., SCHEPERS, R., "Oordelen volgens de eer en de waardigheid van het beroep. Analyse van 'zware' tuchtrechtelijke beslissingen in de periode 1990-1999 door de Raden van Beroep van de Orde van Geneesheren", *R.W.* 2001-02, 1445-1458.

NYS, H., VAN BAEL, I., MOKOS, P., SCHEPERS, R., "De orde der geneesheren en de handhaving van de tucht (1990-1999)", *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2002, 526.

NYSSENS, H., "Concurrence et ordres professionels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?", *T.B.H.* 1999, 475-489.

PANIER, C., "Considérations sur la situation juridique des tiers au regard des procédures disciplinaires dans les ordres professionnels", *Ann. dr. Louvain* 1984, 377.

RASSON-ROLAND, A., "Les procédures disciplinaires devant les ordres professionnels sont-elles soumises à l'article 6 § 1er de la C.S.D.H.", *Adm. Publ. T.* 1983, 205.

RASSON-ROLAND, A., "Les ordres et la vie privée des praticiens de l'art de guérir", *Ann. dr. Louvain* 1984, 315.

RASSON-ROLAND, A., "Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels en matière d'art de guérir", in X, *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1993, 1855-1870.

RENAER, M., "Problemen in en rond de Orde der geneesheren", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 161.

RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., "Les récents arrêtés en matière d'art de guérir", *J.T.* 1968, 141.

SCHEPERS, R., "De orde der geneesheren: belangenverdediging of deontologie", *Politica* 1979, 130.

SCHUTYSER, K., "De orde der geneesheren en de ziekenhuizen", *Hospitalia* 1974, 188.

SCHUTYSER, K., "Code van geneeskundige plichtenleer kritisch doorgelicht", *Kontakten* '76, 1976, nr. 3, 11.

STRAETMANS, G. en BOUTE, T., "De toepassing van de kartelbepalingen op de Orde van geneesheren", *T.Gez.* 2002-03, 136-157.

VANDEN BOSCH, Y., "Le Compte, Van Leuven, De Meyere t. Belgische Staat - Toepassing art. 50 E.C.R.M.", *R.W.* 1982-83, 2362-2365.

VANLERBERGHE, B., "De onpartijdigheid van de Raad van Beroep van de Orde van Geneesheren opnieuw ter discussie", in RIMANQUE, K. (ed.), *Mensenrechten, Jaarboek van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 1994, 225-232.

VAN LIL, M., "De bindende kracht van de code van geneeskundige plichtenleer. Evolutie van de cassatierechtspraak sinds 1975", *T. Orde Geneesh.* 1987, nr. 38, 57-60.

VAN LIL, M., "Het hoger beroep tegen een beslissing van een provinciale raad", *T. Orde Geneesh.* 1987, nr. 35, 31.

VAN LIL, M., "Wordt de tuchtvordering opgeschort door de strafvordering en de burgerlijke vordering?", *T. Orde Geneesh.* 1988, nr. 42, 35-37.

VAN ROOST, W., "Reclame(verbod) en de orde van geneesheren" in X., *Vrije beroepen en klantenwerving. Naar een liberalisering van de regelgeving*, Leuven, Acco, 2000, 17-24.

VERMEERSCH, H., "De orde begon vijftig jaar geleden", *T.Orde Geneesh.* 1997, nr.76, 7-18.

VERBIEST, D., "De orde der geneesheren. Diagnose van een publiekrechtelijke beroepsorganisatie", *T.B.P.* 1978, 208-223.

VIAENE, L., "De orde der geneesheren en de contestatie", *R.W.* 1976-77, 2257.

TITEL III. RECHTEN EN PLICHTEN VAN ARTS EN PATIËNT

AERDEN, R., "Patiëntenrechten in het huidig Belgisch positief recht", *Vl. T. Gez.* 1988-89, 123-128.

ADAMS, M., "De verplichte H.I.V.-test en de zelfbeschikking", in VELAERS, J., *Over Zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 387-416.

ALLEMEERSCH, B., "Het medisch dossier. Nog steeds geen volwaardig recht op bewijs voor de nabestaanden", *R.W.* 2003-04, 278-279.

ALEXANDER, C., "Klachtrecht – mogelijkheden en concrete alternatieven", *T. Gez.* 1997-98, 486-495.

ALEXANDER, C., "Een ombudsfunctie voor de Vlaamse geestelijke gezondheidszorg", *Panopticon* 1992, 186-189.

ALEXANDER, C., "Patiëntenvertrouwenspersoonwerking", in *Handboek Ziekenhuiswetgeving*, Diegem, Kluwer Editorial, losbl., 11.9.64-83.

ANRYS, H., *L'abstention coupable de secours, la réquisition et l'aide médicale urgente*, Braine-l'Alleud, Chambre syndicale des médecins des provinces du Hainaut et de Namur et du Brabant wallon, 1969.

ANRYS, H., *La responsabilité civile médicale*, Brussel, Larcier, 1974.

ARNOU, P., "De strafrechtelijke immuniteit van de medicus. Grondslag en grenzen", *Jura Falc.* 1979-90, 431-436.

ARNOU, P., "De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer" in X., *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 163-190.

BAEKE, A.-M., "Het Belgische gezondheidsrecht en de Nederlandse wet op de behandelingsovereenkomst: een vergelijkende studie", *T. Gez.* 1997-98, 555-569.

BAEKE, A.-M., DEMEYERE, F. en DE SAEDELEER, V., "Het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde: enkele krachtlijnen", *T. Gez.* 1997-98, 247-266.

BAETEMAN, G., "De burgerrechtelijke component van het gezondheidsrecht", *Vl. T. Gez.* 1990-91, 105-109.

BALTHAZAR, T., "Vrijwillige procedures voor klachtenbemiddeling: juridische hinderpalen en mogelijke oplossingen", *T. Gez.* 1997-98, 155-160.

BALTHAZAR, T., "Het recht op gezondheidszorg van gedetineerden", *Vl. T. Gez.* 1992 -93, 204-210.

BERGHS, K., "Wet van 28 januari 2003 betreffende de medische onderzoeken" in X., *Arbeidsrecht*, Brugge, Die Keure, 2004, 30-34.

BEYENS, R., "Responsabilité des établissements hospitaliers", *Bull. Ass.* 1965, 833.

BOONE, I., "Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgisch recht", *T.P.R.* 1996, 91-133.

BOSMANS, A., "Rechten van de ziekenhuispatiënt" in PEERS, J. (ed.), *Het ziekenhuis: een wereld in de wereld*, Leuven, Davidsfonds, 1983, 161-201.

BOSMANS, A., "Het structureel beveiligen van patiëntenrechten in ziekenhuizen. Enkele beschouwingen", *A. Hosp.* 1984, nr. 4, 21.

BOUCKAERT, F., "Over de medicale verantwoordelijkheid", *R.W.* 1962-63, 238.

BOURGOIGNIE, T., "L'approche par le droit de la consommation: le patient en tant que consommateur", *T. Gez.* 1997-98, 480-485.

BRILLON, S. en CALLENS, S., "La conservation du dossier patient", *T. Gez.* 2001-02, 176-182.

BRILLON, S., "The European data protection legislation and the medical records" in CALLENS, S. (ed.), *E-health and the law*, London, Kluwer Law International and International Bar Association, 2003, 87-98.

BRILLON, S., "Le droit d'accès au dossier du patient", in BRILLON, S., CALLENS, S., GAUCHE, N., NOEL, N., SCHAMPS, G., VERHAEGEN, M.-N., *Mémento: Droits du patient et responsabilité médicale*, Brussel, Kluwer, 2003, 69-105.

BRILLON, S., "Le dossier patient et la législation européenne relative à la protection de la vie privée", *J.T.dr. Eur.* 2003, 75-78.

BROUNS, H., "Rechten van de patiënt: realiteit of illusie?", *T. Gez.* 1997-98, 445-447.

CALLENS, S., "La responsabilité 'centrale' et quelques nouvelles tendances en matière de responsabilité médicale" in BRILLON, S., CALLENS, S., GAUCHE, N., NOEL, N., SCHAMPS, G., VERHAEGEN, M.-N., *Mémento: Droits du patient et responsabilité médicale*, Brussel, Kluwer, 2003, 155-167.

CALLENS, S., "Deel IV. Aansprakelijkheid van het ziekenhuis", *T. Gez.* 2003-04, 125-130.

CALLENS, S. en PEERS, J., *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 435-446.

CALLENS, S., "De wet op de privacy", in *Juridische en deontologische aspecten van de jeugdgezondheidszorg*, Leuven, Garant, 1997, 27.

CALLENS, S., "Medical civil liability in Belgium: four selected cases", *European Journal of Health Law* 2003, 124-126.

CALLENS, S., "Gebruik van gezondheidsgegevens voor onderzoek en recht op privacy van patiënten", in *Preventieve Gezondheidszorg. Vlaams Preventiecongres 1997*, Diegem, Kluwer Editorial, 1997, 1071-1079.

CALLENS, S., "Minimale psychiatrische gegevens en privacybescherming", *T. Gez.* 2000-01, 289-290.

CALLEWAERT, V., "Les modifications apportées à la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre par des lois des 2 et 22 août 2002", *R.G.A.R.* 2003, nr. 13733.

CANIVET, J., "La mission du médecin. La responsabilité médicale en droit commun", *B.J.* 1937, 194.

CASTELEYN, H., "Klachtenbehandeling. Ontwikkeling van een procedure A.Z. Maria Middelares Sint-Niklaas", *T. Gez.* 1997-98, 161-165.

CLAESSENS, H., "Verzekering en medische aansprakelijkheid in de gezondheidszorg", *Vl. T. Gez.* 1989-90, 181-200.

CLARYSSE, D., "De modaliteiten en het bewijs van de geïnformeerde toestemming in de relatie zorgverlener-patiënt", *Jura Falc.* 2001-02, 13-38.

COLETTE-BASECQZ, N. en VERHAEGEN, M.-N., "Le devoir d'information du médecin et le consement libre et éclairé du patient", *T. Gez.* 1996-97, 185-190.

COLETTE-BASECQZ, N. en HAUTENNE, N., "Les critères de la faute du médecin et du lien causal avec le dommage dans le cadre de poursuites pénales du chef d'atteinte à la vie et à l' intégrité physique", *T. Gez.* 2000-01, 309-313.

CORBISIER, I., "Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique", *R.G.A.R.* 1990, nr.11682.

COUSY, H. e.a., *Het ziekenhuis en de onrechtmatige daad. De verantwoordelijkheid en zijn verzekeringsvormen,* s.l., 1985.

DAELEMANS, M. en VAES, S., "De toekomst van de patiënt in het medisch recht", *Jura Falc.* 1998-99, 607-618.

DALCQ, R.O., "La responsabilité des professions libérales", *J.T.* 1964, 101.

DALCQ, R.O., *Traité de responsabilité civile*, I, Brussel, Larcier, 1967, nr. 989 e.v.

DALCQ, R.O., "La responsabilité civile et pénale du médecin et de ses aides qualifiés à l'égard des patients", *A. Hosp.* 1972, 101.

DALCQ, R.O., "La responsabilité médicale", *T.P.R.* 1974, 345-362.

DALCQ, R.O., "L'évolution de la responsabilité médicale", *De Verz.* 1981, 633.

DALCQ, R.O., "A propos du consentement du malade" in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Brussel, Bruylant, 1982, 289.

DALCQ, R.O., "Belgium" in DEUTSCH, E. en SCHREIBER, H.L. (ed.), *Medical responsibility in Western Europe*, Berlin, Springer, 1985, 75, B14, 65.

DALCQ, R.O., "Evolutions récentes en matière de droit médicale", *T. Gez.* 1996-97, 83-87.

DALCQ, R.O., "Consentement et information du patient. Accès au dossier médical", *T. Gez.* 1997-98, 467-469.

DALCQ, R.O., "Evolution du droit en matière d'information et de consentement des patients" in *Liber Amicorum Jozef Van Den Heuvel,* Antwerpen, Kluwer, 1999, 589-600.

DALCQ, R.O., "A propos des infections nosocomiales", *T. Gez.* 1999-2000, 3-7.

DE GALAN, M., "De rechten van de patiënt", *T. Gez.* 1997-98, 496-500.

DE BECKER, P., "Internationale en nationale initiatieven ter bescherming van de privacy van de patiënt: enkele beschouwingen", *Vl. T. Gez.* 1985-86, 103-116.

DE BOT, D., *Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer t.o.v de verwerking van persoonsgegevens, Comm. Pers.* , Kluwer, losbl.

DUBRULLE, G., "De informatieplicht van de arts; op wie rust de bewijslast van deze plicht: op de arts of de patiënt?", *T. Gez.* 2002-03, 15-20.

DE HERT, M., MAGIELS, G., THYS, E., *Over mijn lijf. Bijsluiter bij de wet over de rechten van de patiënt*, Antwerpen, Houtekiet, 2003.

DEJONGHE, P., "Charter van de ziekenhuispatiënt – Implementatie in het ziekenhuis", *T. Gez.* 1997-98, 397-399.

DEJONGHE, P., "Klachtenbehandeling in een algemeen ziekenhuis", *Ligament* 1998, nr. 4, 17-24.

DEJONGHE, P., "Plaats en profiel van een ombudsman in een ziekenhuis", *Ligament* 2001, nr. 4, 1-7.

DEJONGHE, P., "Wet betreffende de rechten van de patiënt", *Ligament* 2003, nr. 4, 3-23.

DE KOEKELARE, A., "Geneeskunde, bio-ethiek en recht", *R.W.* 1992-93, 481-505.

DE KOEKELAERE, A., "Ethiek in de nefrologie en orgaanhandel", *T. Orde Geneesh.* 1996, nr. 73, 39.

DEL CARRIL, M., "Le consentement du malade dans le cadre du contrat médical" in *R.G.A.R.* 1966, 7.677.

DE NIJS, J., "Aspects de la responsabilité médicale d'aujourd'hui et de demain", *J.T.* 1949, 225.

DENIS, P., "L'obligation générale de prudence et de diligence du médecin", *R.G.A.R.* 1958, nr. 6.017.

DERCQ, J.P., "Le droit à des soins de qualité", *T. Gez.* 1997-98, 393-394.

DERIDDER, J., "Is verzuim van hulp bieden strafbaar?", *Verplegenden en Gemeenschapszorg* 1965, 181.

DETIENNE, J., "Détention et soins de santé aux détenus", *J.T.* 1999, 526-532.

DE VOS, D., "Het medisch dossier", *Medi-ius* 1999, 21-24.

DE VOS, D., "Het globaal medisch dossier", *Medi-ius* 2000, 21-22.

DEWALLENS, F., "Errare humanum est, erratum probare diabolicum; een overzicht van rechtspraak inzake medische aansprakelijkheid 1980-88", *Jura Falc.* 1989-90, nr. 1, 1.

DEWALLENS, F., "Het publiekrechtelijk instrumentarium ter vrijwaring van de rechten van de patiënt", *T. Gez.* 1997-98, 467-469.

DE WILDE, I., "Medische onderzoeken binnen de arbeidsverhoudingen", *Sociale actualiteit* 2003, nr. 5, 13-17.

DHONDT, J. en POULLET, Y., "Het Algemeen Medisch Dossier: een correcte afweging tussen staatsefficiëntie en de vrijheid van de zorgverlener en de privacy van de patiënt?", *T. Gez.* 1999-2000, 246-254.

DIERICKX, K., "Het menselijk genoom en het recht om niet te weten. Een verkenning van de morele gronden" in NYS, H. (ed.), *De Conventie Mensenrechten en biogeneeskunde van de Raad van Europa*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 173-183.

DIERICKX, K., *Genetisch gezond? Ethische en sociale aspecten van genetische tests en screenings*, Antwerpen, Intersentia, 1999.

DIERKENS, R., "De burgerlijke aansprakelijkheid van de geneesheer", *R.W.* 1962-63, 249-262.

DIERKENS, R., "Réflexions à propos de la responsabilité médicale" in *Responsabilité professionnelle et assurance des risques professionnels*, Brussel, Larcier, 1975, 145.

DIJKHOFFZ, W., "Deel III. Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming", *T. Gez.* 2003-04, 104-124.

DIJON, X., "L'éthique de la reconnaissance des droits", *T. Gez.* 1997-98, 426-433.

DIRIX, E., "Het verlies van genezings- en overlevingskansen", *Vl. T. Gez.* 1981-82, 105-108.

DUBUISSON, B., "l'Assurance de la responsabilité des médecins et des hôpitaux. Entre le marteau et l'enclume", *Bull. Ass.* 1997, 360-422.

DUFAUX, P., "Medische onderzoeken in de arbeidsverhoudingen", *T.V.W.* 2003, nr. 7, 314–315.

DU JARDIN, J., "La jurisprudence et l'abstention de porter secours", *R.D.P.* 1983, 966.

DU JARDIN, J., "Schuldig verzuim", in *Comm. Strafr.*, Antwerpen, losbl.

DU JARDIN, J., "Actuele bedenkingen over het schuldig verzuim bij geneeskundige hulpverlening - art. 422*bis* S.W.", in X., *De wetgeving inzake dringende geneeskundige hulpverlening*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 14-15.

DUPONT, L., "Geïnformatiseerde medische databanken en privacy: is de strafwetgeving gewapend?", *Vl. T. Gez.* 1985-86, 217-229.

ENGLERT, Y. en VAN ORSHOVEN, A. (eds.), *Testaments de vie et autres directives anticipées*, Brussel, De Boeck, 2003.

FAGNART, J.L., "La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance?", *Rapport Belge au Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Montréal, 1990.

FAGNART, J.L., "De vergoeding van medische ongevallen – voorstel voor een hervorming" in X., *Aansprakelijkheid en medische ongevallen*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 11-52.

FAGNART, J.L., "Rapport betreffende het Belgisch medisch aansprakelijkheidsrecht", *T. Gez.* 2000-01, 113-115.

FAGNART, J.L. en VANSWEEVELT, T., "Présentation du projet du groupe de travail inter-universitaire", *T. Gez.* 2000-01, 170-172.

FAGNART, J.L., "Stérilisation et consentement éclairé", *T. Gez.* 2001-02, 239.

FAGNART, J.L., "La charge de la preuve en matière d'information", *T. Gez.* 1997-98, 338-341.

FRASELLE, N., *Du patient au consommateur: la constitution d'un combat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 1996.

GASTMANS, Chr. en DIERICKX, K., *Ethiek in witte jas. Zorgzaam omgaan met het leven*, Leuven, Davidsfonds, 2002.

GAUCHE, V., "Le champ d'application de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient" in BRILLON, S., CALLENS, S., GAUCHE, N., NOEL, N., SCHAMPS, G., VERHAEGEN, M.-N., *Mémento: Droits du patient et responsabilité médicale*, Brussel, Kluwer, 2003, 25-40.

GEVERS, M., "Nature du contrat conclu entre un médecin et une entreprise privée ou une administration publique", *R.C.J.B.* 1952, 153.

GEVERS, M., "La responsabilité médicale, spécialement lorsque le médecin est rémunéré par une entreprise privée ou une administration publique", *Bull. ass.* 1953, 19.

GILOT, P., "De verzekering van de medische aansprakelijkheid", *A. Hosp.* 1972, 155.

GLESENER, A., "Des médecins et des juristes", *J.T.* 1974, 561.

GOOSSENS, C. en MONFILS, P., "La responsabilité médicale des institutions hospitalières et, spécialement, des commissions d'assistance publique", *R.C.J.B.* 1965, 120.

HAUTENNE, N., "Les examens médicaux liés à la relation de travail: bref commentaire de la loi du 28 janvier 2003", *T. Gez.* 2003-04, 220-224.

HEEREN, T., "Het labyrint van de medische aansprakelijkheid", *Limb. Rechtsl.* 1986, 3.

HENNAU-HUBLET, Chr., *L'activité médicale et le droit pénal*, Brussel, Bruylant, 1987.

HENNAU-HUBLET, Chr., "La responsabilité pénale du médecin" in X., *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, Luik, Editions du Jeune Barreau de Liège, 1993, 69.

HENNAU-HUBLET, C., "Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaires", *J.T.* 1994, 369.

HENNAU-HUBLET, Chr., "Le projet de Convention de Bioéthique du Conseil de l'Europe : l'espoir d'une protection élévée des droits de l'homme", *T. Gez.* 1995-96, 25-44.

HEYLEN, R., "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van verpleegkundigen in ziekenhuisverband", *Vl. T. Gez.* 1989-90, 89.

HEYLEN, R. en DEWALLENS, F., "Informed consent en pre-operatieve oppuntstelling: implicaties voor de organisatie van de dienst anesthesie", *T. Gez.* 1997-98, 412-426.

HEYLEN, R., "Deel IIIbis. Het medisch dossier en de wet Patiëntenrechten: vele verduidelijkingen, maar toch enkele nieuwe problemen", *T. Gez.* 2003-04, 94-103.

HERVEG, J., VERHAEGEN, M.-N. en POULLET, Y., "Les droits du patient face au traitement informatisé de ses données dans une finalité thérapeutique: les conditions d'une alliance entre informatique, vie privée et santé", *T. Gez.* 2002-03, 56-84.

HUBAUX, J., *Les droits et les obligations du patient*, Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 1998.

JACOBS, K., "Zwijgen is niet altijd goud. Een spanningsveld tussen privacy, beroepsgeheim, recht op informatie en medische hulpverlening bij erfelijkheidsdiagnostiek", *Vl. T. Gez.* 1994-95, 93-106.

JANSON, E., "A propos de la responsabilité du médecin", *J.T.* 1969, 705.

JEGER, N. en CAUWENBERGH, P., "Individuele levensverzekering overlijden en erfelijkheidsonderzoek: een kritische analyse van de art. 5 en 95 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst", *T. Gez.* 1996-97, 330.

KENIS, F., "Een ombudsfunctie in de gezondheidszorg", *Vl. T. Gez.* 1991-92, 376.

KRUITHOF, R., "Tendenzen inzake medische aansprakelijkheid", *Vl. T. Gez.* 1982-83, 177-197.

LALLEMAND, R., "Droits du patient: état de la doctrine et de la jurisprudence", *T. Gez.* 1997-98, 441-444.

LALLEMAND, R., "La valeur juridique des directives anticipées en l'an 2001" in ENGLERT, Y. en VAN ORSHOVEN, A. (eds.), *Testament de vie et autres directives anticipées*, Brussel, De Boeck, 2003, 43-48.

LAMINE, L. en HERMANS, P., "De aansprakelijkheid van het medisch team", *R.W.* 1979-80, 801.

LAVENS, K., "Aids en de juridische bescherming van de werknemers", *T.S.W.* 1992, 137-164.

LELEU, Y.-H., "La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient", *J.T.* 2003, 649-659.

LIEVENS, S., DE THIBAULT DE BOESINGHE, L. en HENDRICKX, F., *De dokter wikt, de baas beschikt. Geschikt of ongeschikt? Medisch-juridische aspecten bij aanwerving*, Brugge, Die Keure, 2002.

LUST, A., "Over depenalisering van de medische aansprakelijkheid", *Vl. T. Gez.* 1989-90, 201.

LUST, A., "Het medisch resultaatsverbintenissenarrest van 28 september 1995: reden tot paniek?", *T. Gez.* 1996-97, 382-387.

LOCOGE, T., "Droits à la consultation du dossier médical", *T. Gez.* 1997-98, 458-466.
MASSION, J., "Les droits des patients: une application des droits de l'Homme à la santé", *T. Gez.* 2000-01, 183-189.
MATTHIJS, J., "Sommige recente problemen van medische aansprakelijkheid in België", *Vl. T. Gez.* 1980-81, nr. 2, 2.
MAYERUS, D. en STAQUET, P., "La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient - médecin", *D.C.C.R.* 2002, 3-48.
MORBE, E., *De wet betreffende de rechten van de patiënt*, Kortrijk - Heule, U.G.A., 2003.
NOEL, N., "Droit de plainte et médiation" in BRILLON, S., CALLENS, S., GAUCHE, N., NOEL, N., SCHAMPS, G., VERHAEGEN, M.-N., *Mémento: Droits du patient et responsabilité médicale*, Brussel, Kluwer, 2003, 107-122.
NYS, H., "De toestemming van de patiënt", *Vl.T. Gez.* 1983-84, 251-261.
NYS, H., "Recht en Aids", *Panopticon*, 1988, 18-19.
NYS, H., "De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunde", in
STORME, M. (ed.), *De overeenkomst vandaag en morgen,* Antwerpen, Kluwer, 1990, 493-542.
NYS, H., "Van afkomst naar toekomst. Over erfelijkheidsonderzoek en verzekeringen", *A. Hosp.* 1991, 4, 62-64.
NYS, H., "Van afkomst naar toekomst? Juridische grenzen van erfelijkheidsonderzoek bij verzekeringen", *De Verz.* 1992, 209-219.
NYS, H., "Legislative developments in patient's rights in Belgium", *European Journal of Health Law*, 1994, 137-147.
NYS, H., "Bio-ethiek en mensenrechten", in PARMENTIER, S. (ed.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit,* Tegenspraak Cahier 14, Gent, Mys & Breesch i.s.m. Liga voor Mensenrechten, 1994, 167-182.
NYS, H., "Minimumnormen door het recht gesteld aan het medisch dossier" in AMY, J.J. e.a. (ed), *Jaarboek 1993,* Vlaamse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie, V.V.O.G., St. Niklaas, 1994, 154-162.
NYS, H., "Naar een Europees verdrag voor bio-ethiek", *A. Hosp.* 1994/4, 50-52.
NYS, H., "Ongelijke toegang tot de gezondheidszorg. Juridisch-ethische aspecten van keuzen in de gezondheidszorg" in LOUCKX, F., *Gevelarchitectuur van de welvaartstaat. Ongelijke toegang tot de gezondheidszorg*, Brussel, VUBPress, 1995, 45-61.
NYS, H., "Patiënt of paria? Medischrechtelijke beschouwingen bij de zaak Bosman" in X., *Fundamentele rechten van de sportbeoefenaar*, Leuven, Peeters, 1996, 64-72.
NYS, H., "De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 1994 en 1995", *T. Gez.* 1996-97, 92-111.
NYS, H., "Le point de vue du juriste sur le consentement du patient", *Ethica Clinica*, 1997, 6, 7-9.
NYS, H., "Juridische problemen rond predictieve geneeskunde" in *Preventieve gezondheidszorg, Vlaams Preventiecongres 1997*, Diegem, Kluwer Editorial, 1997, 833-840.
NYS, H., "Informed consent: Wie draagt de bewijslast?", *R.W.* 1997-98, 1079.
NYS, H., "Rechten van de patiënt in België. Juridische stand van zaken en poging tot verklaring", *T. Gez.* 1997-98, 434-440.
NYS, H., "Het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa", *R.W.* 1997-98, 247-266.
NYS, H., "Wetsontwerp patiëntenrechten miskent recht een behandeling te weigeren", *A. Hosp.* 1998, 4, 107-109.
NYS, H. (ed.), *De Conventie Mensenrechten en biogeneeskunde van de Raad van Europa. Inhoud en gevolgen voor patiënten/en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia, 1998.
NYS, H., "De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 1996 en 1997", *T. Gez.* 1998-99, 111-137.
NYS, H., "Bewijslast van de informatieplicht van de arts jegens de patiënt", *R.W.* 1998-99, 544-546.
NYS, H., "De verklaring van opname in het ziekenhuis en de toestemming in een medische behandeling", *R.W.* 1998-99, 1357-1359.
NYS, H., "De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 1998 en 1999", *T. Gez.* 2000-01, 190-210.
NYS, H. en STRUBBE, E., "Naar een wettelijke bescherming van de rechten van de patiënt, in het bijzonder de wilsonkwame patiënt" in LOOSVELDT, G. en VAN BUGGENHOUT, B. (eds.), *Cliëntgerichte perspectieven in de welzijnszorg*, Leuven, Garant en Antwerpen, Maklu, 2000, 75-103.

NYS, H., *De rechten van de patiënt. Gids voor patiënten en zorgverleners die in deze Eis-tijd voor een vertrouwensrelatie kiezen*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2001.

NYS, H. en BLANCQUAERT, S., "Privaatrechtelijke waarborgen voor de autonomie van de wilsonbekwame patiënt bij het levenseinde", *T.P.R.* 2001, 2237-2283.

NYS, H, "Het recht van de patiënt om toestemming te verlenen of te weigeren", in GASTMANS, K. en DIERICKX, K., *Ethiek in witte jas. Zorgzaam omgaan met het leven*, Leuven, Davidsfonds, 2002, 88-116.

NYS, H., "Het recht op weten en niet-weten bij genetische diagnostiek", in DUTE, J.C.J., GEVERS, J.K.M. en DE GROOT, G.R.J., *Omzien naar de toekomst. 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Houten/ Diegem, Bohn Stafleu Van Loghum, 2002, 263-273.

NYS, H., "De wet betreffende de rechten van de patiënt", *R.W.* 2002-03, 1121-1133.

NYS, H., "Wettelijke hulpverleningsplicht" in DE BAUW, M. e.a., *Recht voor verpleegkundigen en vroedvrouwen*, Mechelen, 2003, 6° herwerkte uitgave, 196-199.

NYS, H., "Juridische geldigheid van voorafgaande wilsverklaringen in de gezondheidszorg", in VAN ORSHOVEN, A. en ENGLERT, Y. (eds.), *"Levenstestament" en andere voorafgaande wilsverklaringen*, Antwerpen, Garant, 2003, 133-149.

NYS, H., "La validité juridique des directives anticipées en matière médicale" in ENGLERT, Y. en VAN ORSHOVEN, A. (eds.), *"Testaments de vie" et autres directives anticipées*, Brussel, De Boeck, 2003, 49-72.

NYS, H., "Wet op de patiëntenrechten", *Tandheelkundige Tijdingen* 2003, 31, 2, 78-86.

NYS, H., "Juridische beschouwingen", in VAN DAMME, J., NYS, H. en VAN DAMME, T., *De patiënt, de huisarts en zijn dossier*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 152- 168.

NYS, H. en VINCK, I., *Nieuwe wetgeving inzake patiëntenrechten*, Mechelen, Kluwer, 2003.

NYS, H. en DREEZEN, I., "De wet betreffende de rechten van de patiënt en de wet betreffende de euthanasie" in X., *Recht in beweging. 10 de VRG-Alumnidag*, Leuven, 2003, 99-112.

NYS, H., "De belangrijkste ontwikkelingen in het medisch recht 2003", in X., *Recht in beweging. 11 de VRG-Alumnidag 2004*, Antwerpen, Maklu, 2004, 297-314.

OSCHINSKY, S. en Y., "La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Conseil de l'Europe)", *J.T.* 1997, 465-474.

PALLEMAERTS, J., "De beroepsaansprakelijkheid van de geneesheer", *R.W.* 1955-56, 1945.

PLETS, I., "Medische onderzoeken op het werk", *N.J.W.* 2003, 618-621.

POULLET, Y., "A propos de la propriété du dossier médical...Quelques considérations autour des notions de propriété, droits subjectifs et intérêts" in X., *Eigendom/Propriété*, Brugge, Die Keure, 1995, 301.

RENAER, M., "Autonomie van de patiënt en levenstestament", *T. Orde Geneesh.* 1992, 72-78

ROGGE, J. en THYS, R., "De verzekering BA medische beroepen. Het hoe en waarom van de crisis", *Cons. M.* 1997, 83-95.

ROUVROY, A., "Informations génétiques et assurance. Discussion critique autour de la position "prohibitioniste" du législateur belge", *J.T.* 2000, 585-603.

QUISTHOUDT, J. en CAEYERS-DE HONDT, A., "De rechten van de patiënt en internationale instellingen", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 434.

QUISTHOUDT, J., "Aspecten van civilerechtelijke aansprakelijkheid bij de uitoefening van de arbeidsgeneeskunde", *Soc. Kron.* 1989, 121.

SCHAMPS, G., "Le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé", in BRILLON, S., CALLENS, S., GAUCHE, N., NOEL, N., SCHAMPS, G., VERHAEGEN, M.-N., *Mémento: Droits du patient et responsabilité médicale*, Brussel, Kluwer, 2003, 41-67.

SCHAMPS, G., "Titre V. Le secret médical et l'assureur: commentaire du nouvel article 95 de la loi du 25 juin sur le contrat d'assurance terrestre", *T. Gez.* 2003-04, 131-150.

SCHOTSMANS, P., "Nog eens de bio-ethiek conventie: een ethische verkenning", *A. Hosp.* 1995/3, 87-89.

SCHOTSMANS, P., "Het advies van het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek. Een verslag en ethische duiding", in NYS, H. (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 111-130.

SCHOUKENS, P. en DEWALLENS, F., "Deel VI. De vrije keuze van beoefenaar", *T. Gez.* 2003-04, 151-159.

SCHUTYSER, K., "De aansprakelijkheid van het ziekenhuis en het ziekenhuispersoneel", *A. Hosp.* 1971, 212.

SCHUTYSER, K., "De juridische kwalificatie van de verhouding geneesheer-patiënt en ziekenhuis-patiënt", *A. Hosp.* 1972, 63-64.

SCHUTYSER, K., "De rechtspositie van de ziekenhuisarts", *T.P.R.* 1974, 297.

SCHUTYSER, K., "Eigendomsrecht en medische dossiers", *R.W.* 1983-84, 3021-3048.

SCHUTYSER, K., "De rechten van de patiënt" in *Juridische aspecten van de geneeskunde,* Antwerpen, Kluwer, 1989, 361-378.

SCHUTYSER, K., "Patients' rights: a national and international quest for basic principles", *T. Gez.* 1997-98, 371-375.

SCICLUNA, H., "La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine et les droits des patients", *T. Gez.* 1997-98, 381-383.

STROOBANT, M., "De grondwettelijke rechten op bescherming van de gezondheid en op geneeskundige bijstand", *T. Gez.* 1997-98, 448-457.

STRUBBE, E., "De vooraf uitgedrukte wil van de patiënt (artikel 9)", in NYS, H. (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa,* Antwerpen, Intersentia, 1998, 151-171.

SWENNEN, F., "Juridische grondslagen voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer i.h.b. de vereiste van het therapeutisch oogmerk", *T. Gez.* 1997-98, 3-21.

SWENNEN, F., *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht,* Antwerpen, Maklu, 2000.

TER HEERDT, J., "De ongeoorloofdheid van een ongevraagde hiv-test bij een aanstellingskeuring en de gevolgen van een hiv-specifiek ontslag", *T. Gez.* 1998-99, 43-50.

TER HEERDT, J., "Het recht om niet te weten en de weigering van een sollicitant om zich bij een aanstellingskeuring aan een HIV-test te onderwerpen", in *Jaarboek Mensenrechten* 1994, 262-270.

THEUNIS, K. en VERCRUYSSEN, W., "Rechten van patiënten en gebruikers in een stroomversnelling. Juridische kanttekeningen bij enkele recente initiatieven", *A. Hosp.* 1998, 434-447.

TRICOT, J.-P., "Relevante risico's en informed consent", *Medi-ius* 1996/2, 9-13.

TRICOT, J.-P., "Missen is menselijk, claimen ook. Voorkoming een dekking van medische aansprakelijkheid", *Con. M.* 2003, 119-131.

TROCH, K., "Art. 95 Landverzekeringsovereenkomst", in *Comm. Verz.* , Kluwer, losbl.

TROUET, C., "Vergelijkende analyse van de artikelen van de ontwerpteksten (1994-1996) en van de Verdragstekst", in NYS, H., *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa,* Antwerpen, Intersentia, 1998, 65-109.

TROUET, C., "De bewijslast van de geïnformeerde toestemming tot een medische ingreep", *T.B.B.R.* 2002, 335-340.

TROUET, C. en DREEZEN, I., "Rechtsbescherming van de patiënt. De wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt", *N.J.W.* 2003, nr. 16, 2-12.

QUERTAINMONT, Ph., "Toegang tot administratieve documenten en transparantie van persoonlijke dossiers in het Belgisch recht", *T.B.P.* 1990, 614-615.

VAN DEN BERGHE, G., "La responsabilité médicale dans le cas du défaut d'assistance à une personne en péril", *J.T.* 1952, 552.

VANDENBERGHE, H., "De aansprakelijkheid der ziekenhuizen" in *Recht in beweging, Liber Amicorum R. Victor,* Antwerpen, 1973, 1087.

VANDENBERGHE, H., "Aansprakelijkheid van de geneesheer" in VANDENBERGHE, H. (ed.), *Onrechtmatige daad. Actuele tendensen,* Antwerpen, 1979, 118.

VANDENBERGHE, H. en GEELEN, K., "Aansprakelijkheid van 'ziekenhuisorganen'", *Vl. T. Gez.* 1989-90, 113.

VANDENBERGHE, H., "De aansprakelijkheid van ziekenhuisbeheerders, ziekenhuisdirecteurs en hoofdgeneesheren", in X., *De aansprakelijkheid in ziekenhuisverband,* Gent, Mys en Breesch, 1994, 93-118.

VAN DEN EYNDE, J. en BOURUET AUBERTOT, C., "La mission des centres publics d'aide sociale en matière d'aide médicale urgente", *T. Gez.* 2000-01, 346-362.

VANDEWEERDT, M. en VIAENE, J., "Mededeling van medische gegevens van persoonlijke aard aan gerechtigden op sociale zekerheid en medische motivering van bestuurshandelingen", *Soc. Kron.* 1996/8, 368.

VAN DORPE, B., "Aansprakelijkheid van de geneesheer tegenover de patiënt voor de medische behandeling en voor de vaststelling van het honorarium", *Jura Falc.* 1968-69, 211-216.

VAN GERVEN, W., "Algemeen overzicht van en actuele tendenzen in het aansprakelijkheidsrecht gezien i.v.m. de medische sector", *A. Hosp.* 1972, 11.

VAN OEVELEN, A. en DE BOECK, A., "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam" in VELAERS, J., *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 305-354.

VANSWEEVELT, T., "De wettelijke opdracht van het O.C.M.W. en de cumulatieve aansprakelijkheid van werkgever en gelegenheidsaansteller voor fouten van aangestelden", *R.W.* 1987-88, 297-298.

VANSWEEVELT, T., *Aids en Recht*, Antwerpen, Maklu, 1989.

VANSWEEVELT, T., "Telefonisch advies en schade wegens verlies van een kans", *Vl. T. Gez.* 1989-90, 216.

VANSWEEVELT, T., "De toestemming van de patiënt", *T.P.R.* 1991, 285-378.

VANSWEEVELT, T., "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van ziekenhuizen en ziekenhuisgeneesheren" in X., *De aansprakelijkheid in ziekenhuisverband*, Gent, Mys en Breesch, 1994, 45-80.

VANSWEEVELT, T., "De privaatrechtelijke positie van de patiënt", *T.P.R.* 1995, 1715-1768.

VANSWEEVELT, T., "Civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van "extended operations" en verlies van het voortplantingsvermogen", *T. Gez.* 1995-96, 61-64.

VANSWEEVELT, T., "De huidige situatie inzake vergoeding van medische ongevallen" in X., *Aansprakelijkheid en medische ongevallen*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 1-10.

VANSWEEVELT, T., "Rechten van de patiënt: de rol van de rechtspraak in België", *T. Gez.* 1997-98, 470-476.

VANSWEEVELT, T. e.a., "Het voorontwerp van de wet 'patiëntenrechten': een kritische analyse", *T. Gez.* 1997-98, 534-554.

VANSWEEVELT, T., "Un revirement de jurisprudence: la charge de la preuve en matière d'information médicale", *T. Gez.* 1998-99, 139-144.

VANSWEEVELT, T, "Le débiteur de l'information, le lien de causalité et le consentement éclairé", *T.Gez.* 1999-2000, 281-282.

VANSWEEVELT, T., "Rechtsvergelijkende aantekeningen bij de medische aansprakelijkheid: evoluties en hervorming", *T. Gez.* 2000-01, 116-123.

VANSWEEVELT, T. en PETITAT, Y., "De erkenning van feiten en fouten door de arts-verzekerde in het raam van de aansprakelijkheidsverzekering: when sorry seems to be the hardest word", *T. Gez.* 2002-03, 306-321.

VANSWEEVELT, T., "Onbekwamen en de wet patiëntenrechten" in SENAEVE, P. en SWENNEN, F. (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 207-223.

VANSWEEVELT, T., "Deel I. Definities en toepassingsgebied van de wet patiëntenrechten", *T. Gez.* 2003-04, 66-73.

VAN QUICKENBORNE, M., "De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie" in X., *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 207-268.

VERCRUYSSEN, W., "Patiëntenrechten" in *Handboek Ziekenhuiswetgeving*, Diegem, Kluwer, losbl.

VERCRUYSSEN, W., *Basisbeginselen inzake ziekenhuiswetgeving*, Brussel, Caritas Verbond der Verzorgingsinstellingen, 2002, 102-110.

VERDEYEN, V. en VAN BUGGENHOUT, B., "Patiëntenrechten, een nieuw wetsontwerp, een stap naar social Governance?", *T. Gez.* 2001-02, 224-238.

VERDEYEN, V., *Patiëntenrechten. Een nieuwe wet: overdreven juridisering van de zorgrelatie*, Mechelen, Kluwer, 2003.

VERHAEGEN, M.-N., "La représentation du patient mineur ou incapable" in BRILLON, S., CALLENS, S., GAUCHE, N., NOEL, N., SCHAMPS, G., VERHAEGEN, M.-N., *Mémento: Droits du patient et responsabilité médicale*, 2003, Brussel, Kluwer, 121-151.

VERHAEGEN, M.-N., "Titre II. L'accès au dossier géré par le praticien professionel", *T. Gez.* 2003-04, 74-93.

VERMEIREN, R., "Het moeilijke onderscheid tussen hulp weigeren en de soevereine beslissing van de arts om al dan niet te handelen", *T. Gez.* 1999-2000, 214-220.

VUYE, H., "Schuldig hulpverzuim. Analyse van art. 422*bis* Sw. in het licht van de algemene leer van de omissie in het strafrecht" in POULLET, Y. en VUYE, H. (ed.), *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Brussel, Kluwer, 2001, 431-480.

WEYTS, B., "Drie knelpunten bij een verkeersongeval door plotse ziekte achter het stuur: de informatieplicht van de arts, de lichaamsgeschiktheid van de bestuurder en overmacht", *T. Gez.* 1998-99, 296-297.

X, "De verklaring van de rechten van de patiënt", *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 77, 6.

TITEL IV. ARTS BIJ ZWANGERSCHAP EN GEBOORTE

a) Anticonceptiva, sterilisatie, medisch begeleide voortplanting, pasgeboren leven

ANDRE, J.J., "De bescherming van de fysische integriteit van het kind in utero bij de geboorte", *Vl. T. Gez.* 1987-88, 46-49.

BALLEUX, A., "L'insémination artificielle et couple homosexuel", *J.T.* 1998, 870.

COLETTE-BAZECQZ, N., DEMARS, S. et VERHAEGEN, M.-N., "L'enfant mineur d'âge dans le contexte de l'activité médicale", *T. Gez.* 1997-98, 166-184.

COLETTE-BASECQZ, N., "Utilisation des techniques de procréation médicalement assistée pour satisfaire le désir d'enfant chez un couple homosexuel. Questions éthiques et juridiques", *T. Gez.* 1998-99, 245-249.

DALCQ, R.O. en J., "Commentaires", *Journ. proc.* 15 december 2000, 11-16.

DE KEZEL, E., "Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken", *N.J.W.* 2004, 546-551.

DELVA, W. en DIERKENS, R., "Enkele civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie", *T.P.R.* 1974, 473-494.

DE MEUTER, S., "Wrongful life-Wrongful birth-Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Gent, Story-Scientia, 1991, 61-74.

DE MEUTER, S., "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap", *T.P.R.* 1990, 645-673.

DENEKENS, J., *Sterilisatie en mentaal gehandicapten: Wie beslist?*, Antwerpen, UIA, Departement geneeskunde, 1992.

DENEKENS, J., NYS, H., STUER, H., "Sterilisation of incompetent mentally handicapped persons: a model for decision making", *Journal of Medical Ethics* 1999, 237-241.

DENIES, N., "Welke juridische legitimiteit voor de postnatale genetische diagnostiek?" in CASSIERS, L. en VERMEERSCH, E., *Erfelijkheid: Genetische tests en maatschappij*, Leuven, Garant, 2000, 83-120.

DENIES, N., "Génétique et procréation assistée en Belgique: état du droit et des pratiques" in MEULDERS-KLEIN, M-Th., DEECH, R. en VLAARDINGERBROEK, P., *Biomedicine, the family and human rights*, The Hague, Kluwer law international, 2002, 165-220.

DE WOLF, A., "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken", in BOELE-WOELKI, K. (ed.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief: Europees personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 89-126.

DIERKENS, R., "De biologische mens in het recht", *T.P.R.* 1972, 183-205.

DIJON, X., "La filiation paternelle de l'enfant né par l'insémination artificielle avec donneur", *T.B.B.R.* 1990, 95-110.

DIJON, X., "Commentaire 2", *T. Gez.* 1996-97, 178-180.

DIRIX, E., "Overeenkomsten en menselijk waardigheid", *R.W.* 1989-90, 686-687.

DIRIX, E., "De schade van het gehandicapt geboren kind", *T.B.B.R.* 2002, 209-211.

FAGNART, J.-L., "To be or not to be", *Journ. proc.* 15 december 2000, 19-24.

FLAUSS-DIEM, J., "Insémination post mortem: droit anglais et droit communautaire" in *Liber Amicorum M.-Th. Meulders-Klein*, Brussel, Bruylant, 1998, 217-230.

GENICOT, G., "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *T.B.B.R.* 2002, 79-98.

GUILLOD, O., "De wet en het menselijk embryo in vitro: de bestaande wetgevingen" in ENGLERT, Y. en VAN ORSHOVEN, A. (red.)., *Het menselijk embryo in vitro*, Leuven, Garant, 1999, 113-126.

GULDIX, E., "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *R.W.* 1993-94, 1104-1128.

GULDIX, E., "Recht en medisch begeleide voortplanting: een stand van zaken", *Vrouwenraad* 1997, nr. 4, 42-54.

GULDIX, E., "Juridische aspecten van medisch begeleide voortplanting", in X., *Internationaal Colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1988, 93.

HAUTENNE, N., "L'application des techniques génétiques à la médecine contemporaire au regard de la Convention de biomédecine", *T. Gez.* 1999-2000, 87-111.

HAUTENNE, N., "Compte rendu de la Conférence bianuelle du Comité Consultatif de bioéthique de Belgique sur l'hérédité: tests génétiques et société", *T. Gez.* 1999-2000, 78.

HENNAU-HUBLET, Chr., "La protection pénale du foetus en droit belge face aux expérimentations bio-médicales", *J.T.* 1983, 333-342

HENNAU-HUBLET, Chr., "Vruchtbaarheidstechnieken en het statuut van het embryo. Juridische benadering" in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, Omega, 1987, 226.

HENNAU-HUBLET, Chr., "Les droits de la personalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaines", *J.T.* 1994, 369-376.

HENNAU-HUBLET, Chr., "De wet en het embryo in vitro: welk juridisch kader voor het menselijk embryo in vitro" in ENGLERT, Y. en VAN ORSHOVEN, A., *Het menselijk embryo*, Leuven, Garant, 1999, 135-146.

HEYVAERT, A., "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987", *Vl. T. Gez.* 1987-88, 227-246.

HEYVAERT, A., "Opmerkingen over 'juridische stellingen' i.v.m. nieuwe procreatietechnieken en afstammingsafspraken" in APOSTEL, L., DEVROEY, P. en CAMMAER, H. (red.), *Beschikken over lijf en leven. Ethische vragen rond vrijheid en geborgenheid*, Leuven, Acco, 1987, 89-97.

HEYVAERT, A., "De menselijke voortplanting, de geneesheer en het gezinsrecht", in X., *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 311-359.

JEGER, N., "Menselijk reproductief kloneren en het recht op menselijke waardigheid", *R.W.* 2002-03, 201-213.

KEULENEER, F., "'Wrongful birth', liability and indemnification: an uneasy fit", *European Review of Private Law* 1999, 241-247.

KRUITHOF, R., "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind", *R.W.* 1986-87, 2748-2754.

LAMPE, M. F. en GULDIX, E., "Het overtallige embryo" in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, Omega, 1987, 265.

LAMPE, M. F. en GULDIX, E., "Procréations assistées. Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon. Statut de l'enfant à naître", *Rev. dr. fam.* 1986, 129.

LAMPE, F., "Le droit à l'enfant" in *Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1988, 49.

LELEU, Y.-H., "Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence 'Perruche'", *R.G.A.R.* 2002, 13466.

LELEU, Y.-H. en DELVAL, S., "Autorité parentale et actes médicaux", *J.Dr.Jeun.* 2002, 29-30.

LELEU, Y.-H., "Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht", *T.P.R.* 2002, 1373-1380.

LELEU, Y-H en LANGENAKEN, E., "Quel statut pour l'embryon et le foetus dans le champ juridique belge?", *J.T.* 2002, 657-666.

MASSAGER, N., *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997.

MASSAGER, N., "L'insémination artificielle avec donneur au profit des femmes formant un couple homosexuel", *J.T.* 1998, 731-733.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "Considerations juridiques sur la stérilisation chirurgicale", *Ann. dr. Louvain* 1967, 3-54.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th. en HENNAU-HUBLET, Chr., "Aspects juridiques de la fécondation in vitro", *Louvain Médical* 1988, 377-378.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et des procréations médicalement assisteés" in *Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, Belgisch Staatsblad, 1988, 147.

NYS, H., "Het medisch recht en het kunstmatig leven", *Kultuurleven* 1986, 263.

NYS, H., "Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie", *R.W.* 1988-89, 1157.

NYS, H., "Medisch begeleide bevruchting. Ontwikkelingen m.b.t. regelgeving in België en Europa" in *Medisch begeleide bevruchting. Preadviezen Leerstoel Rector Dhanis 1990.* Antwerpen, Kluwer, 1991, 3-58.

NYS, H., "Sterilisatie en verstandelijke handicap: een ethisch-juridische benadering", in *Bezorgd voor verstandelijk gehandicapten in de 21ste eeuw*, Antwerpen, Stichting A. Kinsbergen, 1996, Seksualiteit en relaties, H. NYS, 1-4.

NYS, H., ROMEO CASABONA, C.M. en DESMET, C., "Legal aspects of prenatal testing for late-onset neurological diseases", in EVERS-KIEBOOMS, G. e.a. (eds.), *Prenatal testing for late – onset Neurogenetic Diseases*, Oxford, BIOS, 2002, 83-106.

OSCHINSKY, S., "Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la médecine et de la biologie", *J.T.* 1992, 890-892.

OSCHINSKY, S. en Y., "L'interdiction du clonage d'êtres humains", *J.T.* 1998, 449-452.

PAUWELS, J., "Juridische aspecten van contraceptie, seksualiteit en ouderschap bij mentaal gehandicapten" in NIJS, P., CHRISTIAENS, M. (eds), *Seksualiteit bij gehandicapten: (on)gewoon?*, Leuven, Acco, 1981, 193.

RENAER, M., "Medische en deontologische aspecten van de heelkundige sterilisatie", *T. Orde Geneesh.* 1988, nr. 42, 27-40.

ROUVROY, A., "Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées", *J.T.* 1997, 769-777.

SENAEVE, P., "Het juridisch statuut van het na buitenlichamelijke bevruchting en/of embryotransplantatie geboren kind", *Vl. T. Gez.* 1982-83, 59.

SENAEVE, P., "De wet van 30 maart 1984 inzake geboorteaangiften: een kleine wijziging met grote gevolgen", *R.W.* 1984-85, 1539.

SENAEVE, P., "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, 626-651.

SENAEVE, P, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1987-88, 247.

SENAEVE, P., *Compendium Personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2004.

TER HEERDT, J., "Een heropflakkering van de 'Wrongful Pregnancy Claim': enkele bedenkingen", *T. Gez.* 1996-97, 359-365.

TER HEERDT, J., "Wrongful life" en "Wrongful birth", een "never ending story": twee arresten die de controverse rond vorderingen tot schadevergoeding voor de geboorte van een ongewenst of gehandicapt kind weer volop in de schijnwerper plaatsen", *T. Gez.* 2001-02, 250-255.

TRICOT, J., "De sterilisatie-ingreep bij man of vrouw: een middelenverbintenis onder de uitdrukkelijke voorwaarde van 'informed consent'", *Medi-ius*, 1998, nr. 4, 30-36.

TROUET, C., "Wrongful birth en wrongful life: nieuwe risico's bij preconceptioneel en prenataal onderzoek?", *T. Gez.* 1998-99, 284-288.

TROUET, C., *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003.

VANDERMEERSCH, D., "Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie", *T.P.R.* 1983, 839-864.

VAN GERVEN, W., "Ontluikend leven, groeiend recht" in X., *Recht en medisch begeleide bevruchting*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 169-170.

VAN LIL, M., "De geboorte van een kind na een mislukte sterilisatie: wie betaalt de rekening?" *T. Orde Geneesh.* 1989, nr. 45, 42-48.

VAN NESTE, F., "Het geknakte riet niet breken. Sterilisatie van mentaal gehandicapten" in *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 223-234.

VANSWEEVELT, T., "La responsabilité médicale pour une stérilisation non souhaitée et la notion de 'faute lourde'", *T.B.B.R.* 1995, 208.

VANSWEEVELT, T., "Kunstmatige inseminatie en comateuze spermadonor. Commentaar 3", *T. Gez.* 1996-97, 24.

VANSWEEVELT, T., "Wrongful pregnancy in Nederland: enkele rechtsvergelijkende beschouwingen", *N.T.B.R.* , 1997, 320-325.

VERRYCKEN, M., "De juridische aspecten van de familie – planning", *R.W.* 1972-73, 1601.

VELAERS, J., "De rechten van de mens, het huwelijk, het gezin en andere samenlevingsvormen" in X. (ed.), *Gezin: juridische en ethische verkenningen*, Brussel, CEPESS, 1992, 77-78.

VERSCHELDEN, G., *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Kluwer, 2004.
WILS, W., "Bioethiek en recht: het geval van draagmoederschap", *N. Tijd. Pol.* 1989, nr. 5, 7.
WILS, W., "Draagmoederschap: een vergelijkende studie vanuit het recht van de Verenigde Staten van Amerika", *Jura Falc.* 1988-89, 9-33.

b) Zwangerschapsafbreking

BALTHAZAR, T., "De rol van de man bij de zwangerschapsafbreking", *R.W.* 1992-93, 366.
BLOCH, A., "L'avortement: droit social à effet direct", *Journ. proc.* 1985, nr. 67, 2.
CABEAUX, E., "Considérations nouvelles sur l'avortement légalisé", *J.T.* 1972, 21-28.
DE BRUYNE, K., "Abortus en hulpverlening: de innovatie van de wet van 3 april 1990" in VAN ASSCHE, E. (red.), *Ongewenste zwangerschap. Handboek hulpverlening*, Leuven, Acco, 1992, 47-72.
DELPEREE, F., "La Cour d'Arbitrage et l'avortement" in *Annuaire International de Justice Constitutionelle*, Paris, Economica, 1988, 109.
DIJON, X., "Baudouin Ier et l'enfant à venir" in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Brussel, Bruylant, 1998, 181-195.
GULDIX, E., "Is embryoreductie bij een meerlingenzwangerschap strafbaar?" in *Liber Amicorum A. Prims*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 163-174.
KEFER, F., "La naissance d'un enfant après l'échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice?", *J.T.* 1990, 644-646.
LARDINOIS, Ph., "L'avortement du foetus anormal: révélateur privilegié de notre rapport à l'écart 'naturel' à la 'nature'" in GERARD, Ph., OST, Fr. en VAN DE KERCKHOVE, M., *Images et usages de la nature en droit*, Brussel, FUSAL, 1993, 440.
LEGROS, P., "L'interruption de grossesse ordonnée par la loi"?, *Journ. proc.* 1985, nr. 59, 4-5.
LEGROS, P., "Le décret, la loi et la Cour d'Arbitrage", *Journ. proc.* 1985, nr. 60, 5-7.
LEGROS, P., "Le problème de l'avortement et la logique", *Journ. proc.* 1985, 14-23.
LIBIEZ, R., "Réflexions sur l'avortement et l'état de nécessité en droit pénal", *Journ. proc.* 1983, nr. 31, 10-17.
MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "Considérations sur les problèmes juridiques de l'avortement", *Ann. dr. Louvain* 1971, 427-522.
NYS, H., "De nieuwe wetgeving inzake zwangerschapsafbreking", *R.W.* 1990-91, 1189-1197.
NYS, H., "Abortus provocatus. Hoe moet het nu?", *Huisarts Nu*, 5 juli 1990, 284-285.
NYS, H., "De nieuwe wetgeving inzake zwangerschapsafbreking", *Federatie van Centra voor Levens- en Gezinsvragen*, Juridische documenten 2, Brussel, 1991, 32 blz.
NYS, H., "Wettelijk toegelaten abortus", *Kultuurleven* 1992, nr. 1, 66-73.
NYS, H., "De wet zwangerschapsafbreking: een terugblik en evaluatie vanuit juridisch perspectief" in X., *Abortus na de wet*, Leuven, Davidsfonds, 1995, 15-45.
NYS, H., "Zelfbeschikkingsrecht en zwangerschapsafbreking" in VELAERS, J., *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 209-220.
NYS, H., "De wet op de zwangerschapsafbreking" in DUMON, W.A. en VAN ACKER, J., *Gezin, Relaties en Seksualiteit. Documentatie voor hulpverlening en vorming*, nr. 6, Leuven, 1997, 1-7.
NYS, H., "De commissie voor de evaluatie van de wet op de zwangerschapsafbreking" in DUMON, W.A. en VAN ACKER, J., *Gezin, Relaties en Seksualiteit. Documentatie voor hulpverlening en vorming*, nr.7, Leuven, 1999, 1-9.
NYS, H., "Abortus provocatus of zwangerschapsafbreking" in X., *Recht voor verpleegkundigen en vroedvrouwen*, Mechelen, Kluwer, 2003, 6de herwerkte editie, 202-206.
RIGAUX, M. en TROUSSE, P.E., *Les crimes et les délits*, Bruxelles, 1968, 139.
VANDENBOSSCHE, D., "De bestraffing van abortus provocatus: over de oorsprong van de Belgische abortuswetgeving" in *Abortus provocatus*, Gent, Omega, 1987, 9.
VAN LOOK, M., "Abortus provocatus. Juridische status questionis en perspectieven", *T.P.R.* 1974, 424-426.
VERSELE, S.C., "Preventie en repressie van de vruchtafdrijving", *R.W.* 1953-54, 1758-1759.

WITTE, E., "Twintig jaar politieke strijd rond de abortuswetgeving in België (1970-1990)", *Res Publica* 1990, 427-487.
WOUTERS, M., "Het recht op leven en de strafbaarstelling van abortus", *R.W.* 1993-94, 458-463.

TITEL V. ARTS EN MINDERJARIGE PATIËNT

ADRIAENSEN, K., "De rechten van het kind", *R.W.* 1991-92, 1108-1118.
BACQUELAINE, J., "De rechten van het kind. De geneesheer en het kind", *T. Orde Geneesh.* 1990, nr. 47, 35-41.
DEMARS, S., "La convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant et la Belgique", *Ann. dr. Louvain* 1996, 39-69.
De THIBAULT de BOESINGHE, L., "Enkele aspecten van medische deontologie bij het kind" in VERHELLEN, E. e.a. (ed.), *Rechten van kinderen*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 341-343.
GULDIX, E., *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in hun onderling verband*, Brussel, 1986.
LELEU, Y.-H. en DELVAL, S., "Authorité parentale et actes médicaux", *J.Dr.Jeun.* 2002, 24.
LELEU, Y.-H. en GENICOT, G., "La maîtrise de son corps par la personne", *J.T.* 1999, 589-600.
LEROI, B., "Het kind en de persoonlijkheidsrechten en grondrechten: in welke mate kunnen deze rechten geëfectueerd worden?", *Jura Falc.* 1992-93, 289-315.
MAES, C., "Rechten van het kind... en verder" in VERHELLEN, E. e.a. (red), *Kinderrechtengids (KIDS). Commentaren, regelgeving, rechtspraak en nuttige informatie over de maatschappelijke en juridische positie van het kind*, Gent, Mys & Breesch, 1994, Deel 1 – 1., 1-16
MATTHIJS, J., "Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet", *R.W.* 1971-72, 176.
RIGAUX, F., "Du temps des mineurs au temps des majeurs", *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 105-114.
RIMANQUE, K., "Instemming met een medische handeling bij een minderjarige patiënt", *T. Orde Geneesh.* 1992, nr. 57, 39-42.
RIMANQUE, K., *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige; publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Brussel, Bruylant, 1980.
RIMANQUE, K., "Zelfstandige uitoefening van grondrechten door minderjarigen" in COENE, M. (co.), *Statuut van het kind*, Brussel, Bruylant, 1980, 32-84.
SENAEVE, P., "Rechtspositie minderjarigen bij orgaantransplantatie", *F.J.R.* 1988, 183.
SMETS, J., UYTTENDAELE, R. en WYLLEMAN, A., "Burgerlijke meerderjarigheid op achttien jaar (eerste deel)", *R.W.* 1989-90, 1392.
VAN SLYCKEN, L., "Beschikkingsrecht van de minderjarigen over eigen leven en lichaam", in VELAERS, J. (ed), *Over zichzelf beschikken?*, Antwerpen, Maklu, 1996, 244-303.
VANSWEEVELT, T., "Orgaantransplantatiewet, art. 6 – 6", in *Comm. Pers.* , Antwerpen, Kluwer, losbl.
VANSWEEVELT, T., "De rechtspositie van de minderjarige in het gezondheidsrecht, in het bijzonder in het licht van het VN-verdrag inzake de rechten van het kind" in VERHELLEN, E. (ed), *Kinderrechtengids*, Gent, Mys en Breesch, s.d. deel 1.6.
VANSWEEVELT, T., "Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling", *R.W.* 1987-88, 897-912.
VANSWEEVELT, T., "Medische experimenten op minderjarigen", *T.B.R.R.* 1994, 329-343.
VANSWEEVELT, T., "Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling" in X., *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 269-310.
VERHELLEN, E., "The Convention on the Rights of the Child" in VERHELLEN, E. (ed.), *Collected papers presented at the first International Interdisciplinary Course on Children's Rights*, Gent, RUG, Centrum voor de rechten van het kind, 1996.
VERHELLEN, E., "Mensenrechten, jeugdbescherming en jeugdcriminologie: de UNO-conventie voor de rechten van het kind van kracht", *Panopticon* 1991, 1-6.
VERSTRAETE, L., "Het belang van het kind als beleidsnorm voor de rechter", *Jura Falc.* 1974-75, 183-190.

TITEL VI. ARTS EN PSYCHIATRISCHE PATIËNT

ALEXANDER, C. en GUTWIRTH, S., "Pendelbewegingen of schijnbewegingen? De dwangopname van geesteszieken in evolutief perspectief" in *Te gek voor recht ?*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 37-87.

ALEXANDER, C., "Toepassing van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke in Vlaanderen", *Panopticon*, 1996, 193-199.

ALEXANDER, C., "Wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geestezieke. Rechtspraakoverzicht (1990-1997)", *T. Gez.* 1999-2000, 21-36.

ARTEEL, P., "De uitvoeringsbesluiten bij de Wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke", *Panopticon* 1991, 612-613.

ARTS, A., "De nieuwe wet op de bescherming van de persoon van de geesteszieke", *Vl. T. Gez.* 1990-91, 331-337.

BEKAERT, P., "De nieuwe wet betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke", *Liga* 1991, nr. 7, 2-5.

BENOIT, G., "Commentaires relatifs à la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux", *J.J.P.* 1991, 259-295.

BENOIT, G., "La nouvelle compétence des juges de paix en matière de protection de la personne des malades mentaux et de protection des biens des incapables" in *Bevoegdheden van de Vrederechters en Politierechters* 1892-1992, Brugge, Die Keure, 1992, 351-378.

BENOIT, G., "Chronique de jurisprudence (inédits)", in BENOIT, G. e.a., *Malades mentaux et incapables majeurs*, Brussel, Publications FUSAL, 1994, 503-519.

BENOIT, G., "Mini-chronique de jurisprudence, (26 juillet 1991-26 juillet 1993)", *T. Vred.* 1994, 74-82.

BENOIT, G., "Les soins en milieu familial" in BENOIT, G. e.a., *Malades mentaux et incapables majeurs*, Brussel, Publications FUSAL, 1994, 127-138.

BENOIT, G., "Psychiatrie en recht", in *Te Gek voor Recht?*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 107-117.

BOGAERTS, M., "Le maintien (articles 15 à 22)" in BENOIT, G. (ed.), *Malades mentaux et incapables majeurs,* Brussel, Publications FUSAL 1994, 101-125.

BOVIN, S. e.a., *De psychiatrische patiënt*, Antwerpen, Van Loghum Slaterus, 1982.

DE CLERCK, M., "Le bilan de deux ans d'application de la loi" in BENOIT, G. e.a., *Malades mentaux et incapables majeurs*, Brussel, Publications FUSAL, 1994, 167-184.

DE LEVAL, G., "Jurisprudence relative à la protection de la personne des malades mentaux (Loi du 26 juin 1990)", *J.L.M.B.* 1992, 1478-1505.

DELOGNE, F., "La nouvelle loi de protection des malades mentaux", *Rev. not. b.* 1990, 634-643.

DE MEUTER, S., "De maatregelen ten aanzien van de persoon van de geesteszieke", in BAETEMAN, G., *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 33-105.

DE MEUTER, S., "De nieuwe wetgeving m.b.t. de bescherming van de persoon en de goederen van de geesteszieke", *Waarvan Akte* 1991, deel 1: 159-165, deel 2: 182-189.

DEWALLENS, F., "De aansprakelijkheid van de psychiater voor het schadeverwekkend gedrag van zijn ambulant of vrijwillig opgenomen patiënt", *Vl. T. Gez.* 1994-95, 5-18.

DEWALLENS, F., "De omvang en de draagwijdte van de bewakingsplicht voor psychiatrische patiënten die verblijven in een geïsoleerde A-dienst", *Vl. T. Gez.* 1991-92, 295-301.

GILLARDIN, J., "La protection de la personne des malades mentaux", *Journ. proc.* 1990, nr. 169, 8-13.

GILLARDIN, J., "Les droits de l'homme, fondements de la loi du 26 juin 1990" in BENOIT, G. e.a. (ed.), *Malades mentaux et incapables majeurs*, Brussel, FUSAL, 1994, 13-24.

HENNAU-HUBLET, Chr., "Privation de liberté et traitement médical" in *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs : Le droit belge après les réformes*, Diegem, Story-Scientia, 1996, 139-141.

HEYLEN, R., "De aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor geesteszieken", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 441-444.

HEYLEN, R., "De aansprakelijkheid van de psychiater bij zelfmoord in het ziekenhuis", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 446-448.

HERBOTS, K., "De bescherming van de persoon van de minderjarige geesteszieke en de jeugdbescherming" in SENAEVE, P., *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, 81-135.

HOFSTRÖSSLER, P., "Over het respect voor geesteszieken en de procedure", *T.B.B.R* 1993, 316-320.

KEIRSE, W., BRUFFAERTS, R., IGODT, P., VAN DAELE, B., DEMYTTENAERE, K., *Rapport Beleidsondersteunend Onderzoek, BOS 2002/5, "Evaluatie van de wet op de gedwongen opname"*, Leuven, 2003.

KOHL, A., "La loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux" in *Protection des malades mentaux et incapacités majeurs : Le droit belge après les réformes*, Diegem, Story-Scientia, 1996, 15-136.

LAENENS, J., "Wet 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke. Aspecten van Gerechtelijk Recht" in X., *Wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke*, Brussel, Story-Scientia, 1992, 31-65.

LAENENS, J., "De territoriale bevoegdheid van de vrederechter inzake de bescherming van de persoon van de geesteszieke", *T.B.B.R.* 1993, 234-236.

LAENENS, J., "Procesrechtelijke aspecten inzake bescherming van de persoon van de geesteszieke en inzake voorlopig bewind", in SENAEVE, P., *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, 137-155.

MEERT-VAN DE PUT, R., "Les malades et déficients mentaux et leurs soignants. Questions spéciales de droit et de déontologie" in GILLARDIN, J., *Malades mentaux: patients ou sujets de droit?*, Brussel, FUSL, 1985, 69-148.

NYS, H., "De psychiatrische patiënt: afzonderen of behandelen", *A. Hosp.* 1990, 3, 71-73.

NYS, H., "De bescherming van de persoon van de geesteszieke, aanvullende beschouwingen", *R.W.* 1991-92, 357-360.

NYS, H., "The new Belgian law on civil commitment and the position of the treating physician". XVIIth International Congress of the International Academy of Law and Mental Health, Law and mental health toward the year 2000, Leuven, 23-30 May 1991, gepubliceerd in CASSELMAN, J. e.a. *Law and Mental Health*, Leuven, 1992, 104-106.

NYS, H., "Wet betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke", *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer, losbl.

NYS, H., "De bescherming van de persoon van de geesteszieke. Enkele medischrechtelijke problemen" in SENAEVE, P. (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, 57-80.

OSCHINSKY, S. en DUPONT, M., "Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la médecine - Adoption d'une recommandation sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires", *J.T.* 1983, 457-462.

RONSE, H., "Opsluiten, isoleren en binden en de wet betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke", *Vl. T. Gez.* 1991-92, 235-243.

SIMOENS, D., "Recente wetgeving ter bescherming van de persoon en de goederen van fysiek of mentaal gehandicapte personen", *R.W.* 1991-92, 350-356.

SWENNEN, F., "De materiële voorwaarden voor dwangopname van een psychiatrische patiënt", *T. Gez.* , 1996-97, 288.

SWENNEN, F., "Kan alcoholisme een geestesziekte zijn die tot dwangopname leidt?", *R.W.* 1998-99, 1386-1388.

SWENNEN, F., "Geen verval zonder wettekst? Toepassing op de wet Persoon Geesteszieke", *R. Cass.* 1998, 161-169.

SWENNEN, F., *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000.

SWENNEN, F., "Samengaan van internering en inobservatieneming", *R.W.* 2000-01, 1069.

SWENNEN, F., "Samengaan van internering en inobservatieneming", *J. dr. jeun.* 2001, afl. 204, 44.

UYTTENDAELE, I., "De nieuwe wet op de bescherming van de persoon van de geesteszieke", *Vl. T. Gez.* 1991-92, 171-184.

VAN GRUNDERBEECK, D., *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003.

VANLEDE, K., "De opname en behandeling van geestesgestoorden en de bescherming van de mensenrechten" in SENAEVE, P. (ed), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, 17-56.

VANSWEEVELT, T., "Aansprakelijkheid jegens geesteszieken", *R.W.* 1986-87, 1760.

VAN VLASSELAER, M.J., "Procedurele aspecten Wet 26 juni 1990" in BAETEMAN, G. (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken. Wetten van 1990-1991*, Brussel, E. Story-Scientia, 1992, 143-185.

VAN OEVELEN, A., "De aansprakelijkheid jegens psychisch gehandicapten", *R.G.A.R.* 1980, 10.151.

VERBEKE, A., "Nieuwe mogelijkheden voor de bescherming van gehandicapten", *Onze Alma Mater* 1992, 417.

VERBEKE, A., "Protection of mentally handicapped persons. Belgian law follows the general international trend", *European Review of Private Law* 1994, nr. 2, 1-30.

VERRYCKEN, M., "Procedurele waarborgen bij dwangopname van een psychiatrische patiënt", in *Liber Amicorum E. Krings*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 907-920.

VERRYCKEN, M., "De krankzinnigenwet en haar vervanging door de Wetten van 26 juni 1990 en 18 juli 1991: parlementaire voorbereiding - krachtlijnen en eerste bilan" in BAETEMAN, G. (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken. Wetten van 1990-1991*, Brussel, Story-Scientia, 1992, 1-31.

VERRYCKEN, M., "De vrederechter en de geesteszieke", in BAETEMAN, G., *De Vrederechter en het gerechtelijk recht*, Brussel, E. Story-Scientia, 1992, 105-169

VERRYCKEN, M., "De gedwongen psychiatrische opname en het voorlopig bewind na 7 jaar toepassing", *T.Gez.* 1999-2000, 112-120.

WELTERS, P., "De bevoegde Vrederechter in de wet op de bescherming van de persoon van de geesteszieke", *Waarvan Akte* 1994, 59-60.

X., "Welke vrederechter is bevoegd inzake de bescherming van de persoon van de geesteszieke?", *De Gem.* 1993, 536-537.

ZAJTMAN, B., "Beveiligingsmaatregel, de internering versus beschermingsmaatregel" in *Te Gek voor Recht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 119-126.

TITEL VII. ARTS EN PATIËNT AAN HET LEVENSEINDE. ARTS EN OVERLEDEN PATIËNT

ADAMS, M. en GEUDENS, G., "De regulering van euthanasie in België", *R.W.* 1999- 2000, 793-817.

ADAMS, M. en GEUDENS, G., "Euthanasie: er staat veel meer op het spel", *Juristenkrant* 2001, nr. 24, 4-5.

ADAMS, M., "De Raad van State, euthanasie en het E.V.R.M.", *R.W.* 2001-02, 1077-1079.

ADAMS, M., "Het rechtsvormingsproces inzake euthanasie in België. Politieke verklaringen en vergelijkende beschouwingen", *Res Publica* 2002, nr. 4, 599-625.

ADAMS, M. en NYS, H., "Euthanasie in de lage landen. Vergelijkende beschouwingen bij de Belgische euthanasiewet", *T.P.R.* 2003, 11-52.

ADAMS, M. en NYS, H., "Comparative reflections on the Belgian euthanasia Act 2002", *Medical Law Review*, 2003, nr. 3, 353-376.

ADAMS, M. en NYS, H., "De Belgische euthanasiewet in rechtsvergelijkend perspectief" in ADAMS, M., GRIFFITHS, J. en DEN HARTOGH, G. (ed), *Euthanasie. Nieuwe knelpunten in een voortgezette discussie*, Kampen, Kok, 2003, 37-60.

ADAMS, M., GRIFFITHS, J. en DEN HARTOGH, G. (ed.), *Euthanasie. Nieuwe knelpunten in een voortgezette dicussie*, Kampen, Kok, 2003.

ANCIAUX, Ch., "Pour ou contre la 'mort douce': propositions et contre propositions", *Journ. proc.* 1995, nr. 276, 20-22.

BALTHAZAR, T., "Rapportering en controle na euthanasie" in X., *De euthanasiewet doorgelicht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 151-183.

BLANCQUAERT, S., "Recente ontwikkelingen van medisch recht. De stand van zaken van de wetsontwerpen betreffende de euthanasie en de palliatieve zorg" in X., *Recht in beweging*, Leuven, K.U.Leuven, 2002, 253-272.

BLANCQUAERT, S., "Levensbeëindigend handelen bij pasgeborenen in acute medische situaties: wie beslist" in VAN NESTE, F., TAELS, J. en COOLS, A. (eds.), *Van klinische ethiek tot biorecht*, Leuven, Peeters, 2001, 401-426.

BOUCKAERT, B., "Met de dood in het hart van het recht", *Vlaams Jurist Vandaag*, december 1994, 2.

BOUNAMEAU, R., *L'autopsie: acte médico-legal et acte scietifique. Aspects théoriques et pratiques*, Brussel, Story-Scientia, 1988.

BRIELS, M., "Vragen op het terrein van de orgaantransplantatie" in APOSTEL, L. e.a. (ed.), *Beschikken over lijf en leden*, Leuven, Acco,1987, 27-36.

BROECKAERT, B., "Palliatieve zorg en euthanasie: alternatieven?" in ADAMS, M., GRIFFITHS, J. en DEN HARTOGH, G. (ed.), *Euthanasie. Nieuwe knelpunten in een voortgezette discussie*, Kampen, Kok, 2003, 61-86.

CARMELIET, B., "Euthanasie: de 'goede dood' en het recht op leven", *Intercontact (N)* deel 1: 2002, nr. 4, 134-141, deel 2: 2003, nr. 1, 25-30, deel 3: 2003, nr. 2, 56-61, deel 4: 2003, nr. 3, 98-105.

CARMELIET, B., "Palliatieve zorg", *Intercontact (N)* 2003, nr. 4, 129-140.

CLAESSENS, P., DE BLAESER, L. BROECKAERT, B., "Palliatieve sedatie", *A. Hosp.* 2003, 37-47.

CLARA, R., KEIRSE, M., ROMBOUTS, W., SCHRIJVERS, D., VAN NESTE, F., VERHOEVEN, A., *Palliatieve hulpverlening. Zakboekje voor professionelen*, Kapellen, Pelckmans, 1997.

COLLE, J., "Naar een stelsel van een 'systematische' autopsie na het onverwachte en medisch onverklaarde overlijden van kinderen jonger dan 18 maanden", *T.V.W.* 2003, 358- 362.

COOLSAET, A., "Een overzicht van de Belgische wetsvoorstellen inzake euthanasie", *T. Gez.* 1995-96, 262-271.

COSYNS, P., "Hulp bij zelfdoding en euthanasie. Bioethische kanttekeningen", *Panopticon* 1988, 121.

CUMPS, G., "Is de hulp bij zelfmoord strafbaar?", *De Pol.* 1981, 16.

DE BONDT, W., "La nouvelle loi belge relative à l'euthanasie: la consécration de l'autonomie individuelle", *Rev. dr. intern. comp.* 2003, nr. 2, 233-246.

DE GROOT, E., *Leven tot in de dood. Omtrent euthanasie*, Brussel, VUBpress, 1997.

DE KEYSER, E., "Euthanasie. Een medische handeling?", *N.J.W.* 2003, 1067-1073.

DE KEYSER, E., "Diane Pretty v. Verenigd Koninkrijk: En wat met euthanasie?", *T. v. Mensenr.* 2003, nr. 4, 12-15.

DELIENS, L. en BILSEN, J., *Handelingen van Hasseltse artsen rond het levenseinde van hun patiënten*, Brussel, 1998.

DELIENS, F., e.a., "End-of-life decisions in medical practice in Flanders, Belgium: a nationwide survey", *The Lancet* 2000, 1806-1811.

DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998.

DE PAEPE, H., "Situatieschets van de euthanasie problematiek in België" in VANLANDSCHOOT, J. (ed.), *Morele begeleiding en problemen van jongeren, werkloosheid, euthanasie, sterven...*, Brussel, VUB, 1986, 129.

DE SCHUTTER, O., "L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'homme (A propos de l'arrêt Pretty c. le Royaume-Uni du 29 avril 2002)", *Rev. trim. D.H.* 2003, nr. 53, 71-111.

DE WILDE, A., "Euthanasie wettelijk geregeld", *T.V.W.* 2002, nr. 6, 256-260.

D'HAENENS, J., "Euthanasie: nood aan wetgeving? (Een antwoord vanuit rechtsfilosofisch standpunt)", *T. Gez.* 1995-96, 272-277.

DIERICKX, A., "Als sterven 'leven' is... is helpen sterven dan 'doden'", *T. Strafr.* 2003, Dossier 1/2003, 1-40.

DIERKENS, R., *Lichaam en lijk, raakpunten van recht en geneeskunde*, Brugge, Die Keure, 1962.

DIERKENS, R., "Recht in de branding" in *Liber amicorum E. Spanoghe*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 82.

DIJON, X., *Le sujet de droit en son corps*, Namen - Brussel, Larcier, 1982.

DIJON, X., "Propos juridique sur l'arrêt de soins" in *Les aspects de la décision de renoncer aux thérapeutiques de prolongation de la vie*, Brussel, 1984, 29.

DIJON, X., "Entre le droit et la mort", *J.T.* 1985, 33 en 49.

DIJON, X., *La réconciliation corporelle. Une éthique du droit médical*, Namen, Presses Universitaires de Namur, 1998.

EECKLOO, A., "Naar een recht op palliatieve verzorging" in *Liber Amicorum Hubert Claassens*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 321-336.

ENGLERT, M., "Euthanasie: violer la loi ou la changer?", *Journ. proc.* 2001, nr. 407, 22-23.

ENGLERT, Y., "Belgium – Evolution of the debate" in X., *Ethical eye: Euthanasia, Vol. II – National and European Perspectives*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2004, 13-24.

FAVYTS, L., "Recht op menswaardig sterven" in *Mensenrechten in België: een verkenning*, s.l., Gent, Liga voor Mensenrechten, 1984, 140.

FAVYTS, L. (red.) *Euthanasie. Van taboe tot recht*, Berchem, EPO, 1998.

GASTMANS, Ch., VAN NESTE, F. en SCHOTSMANS, P., "Facing requests for euthanasia: a practical guideline", *J. Med. Ethics* 2004, 212-217.

GEUDENS, G., "Het euthanasiedebat ruim bekeken. Juridische en politieke beschouwingen bij de discussie in België en Nederland" in VAN NESTE F., TAELS, J. en COOLS, A. (eds.), *Van klinische ethiek tot biorecht*, Leuven, Peeters, 2001, 427-477.

GHOOS, J., *In de schaduw van de dood*, Leuven, Davidsfonds, 1986.

GILLET, R., "Ethische problemen in verband met euthanasie", in *Verslagen van de Belgische Vereniging voor Medische Ethiek en Moraal*, Brussel, 1985, nr. 10, 193.

GOFFIN, C., LAMBRECHT, L., "Euthanasie in het Belgisch strafrecht: situering, rechtszekerheid en problematiek", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 5-20.

HANSCH, C., "De juridische draagwijdte van het overlijdensattest", *Vervolmakingscyclus voor Verzekeringsgeneeskunde*, 1978-79, 38.

HEYLEN, R., "Het afbouwen van therapie bij een beademde bewusteloze patiënt op een afdeling Intensieve zorg: beschouwingen vanuit de praktijk" in *Liber Amicorum Hubert Claasens*, Antwerpen, Maklu, 1998, 451-466.

HERREMANS, J., "Euthanasie: La Cour d'Arbitrage rejette le recours Pro Vita et de Jurivie", *Journ. proc.* 2004, afl. 473, 30-31.

HOLSTERS, D., "Euthanasie: een antwoord vanuit een medisch-deontologisch standpunt", *T. Gez.* 1995-96, 278-283.

KENIS, Y., "L'euthanasie, le droit, la déontologie et la morale" in *Bioethique et libre - examen*, Brussel, L'université de Bruxelles, 1988, 29.

LEBOUTTE, J.M., *Lijkbezorging en begraafplaatsen*, Brugge, Vanden Broele, 1999, losbl..

LEGEMAATE, J., "Euthanasiewetgeving: een vergelijking tussen Nederland en België" in X., *De euthanasiewetgeving doorgelicht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 185-192.

LEY, A., "Délit d'omission et suicide", *R.D.P.* 1952-53, 28-29.

LUST, A., "Over euthanasie", *R.W.* 1972-73, 1120-1137.

MATTHIJS, J., "Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet", *R.W.* 1971-72, 165 en 218.

MATTHIJS, K., *Zelfdoding en zelfdodingspogingen: een sociologische interpretatie*, Leuven, Universitaire pers Leuven, 1985.

MENTEN J. en VAN ORSHOVEN, A. (red.), *Palliatieve zorg, stervensbegeleiding, rouwbegeleiding*, Leuven, Acco, derde herwerkte uitg., 2004 (eerste uitgave, 1996, tweede, herwerkte uitg. 2000).

MORBE, E. en VAN LIEDEKERKE, C., *Euthanasie & palliatieve zorg. Een actuele stand van zaken*, Heule, UGA, 2002.

NYS, H., "Removal and transplantation of organs in Belgium" in *Reports of the 7th. World Congres on Medical Law*, Gent, World Association for medical law, 1985, vol. 3, 113-120.

NYS, H., "Euthanasie. Reflecties van een jurist" in BAEYENS, J.P. (ed.), *Gerontologie en geriatrie 1992. Proceedings 15th Winter Meeting Oostende*, Leuven, Garant, 1992, 105-110.

NYS, H., "Euthanasie en het Leuvens advies over P.V.S.-patiënten", *A. Hosp.* 1993, nr. 4, 81-83.

NYS, H., "Handelen en nalaten door een arts bij een stervende patiënt", *Panopticon* 1995, 7-24.

NYS, H., "Advice of the Federal Advisory Committee on Bioethics concerning legalisation of euthanasia", *European Journal of Health Law* 1997, 389-393.

NYS, H., "Vier euthanasievoorstellen. Punten van onderscheid en overeenkomst", *Ethische Perspectieven* 1999, nr. 3-4, 202-207.

NYS, H., "Euthanasie is geen medische handeling", *A. Hosp.* 1999, nr. 4, 71-72.

NYS, H., "Physician involvement in a patient's death: a continental European perspective", *Medical Law Review* 1999, 208-246; eveneens in JOST, T.S, *Readings in comparative health law and bioethics*, Durham, Carolina Academic Press, 2001, 300-314.

NYS, H. en STRUBBE, E., "Medisch handelen en nalaten rond het levenseinde bij een wilsbekwame patiënt", *Panopticon* 2000, 423-440.

NYS, H., "Country report Belgium" in TAUPITZ, J., *Regulations of civil law to safeguard the autonomy of patients at the end of their life*, Berlin, Springer, 2000, 135-162.

NYS, H. en BLANCQUAERT, S., "Kanttekeningen bij de amendementen van de meerderheid op haar eigen euthanasievoorstel", *R.W.* 2000-01, 635-639.

NYS, H. en BLANCQUAERT, S., "Privaatrechtelijke waarborgen voor de autonomie van de wilsonbekwame patiënt bij het levenseinde", *T.P.R.* 2001, 2237-2283.

NYS, H. en BLANCQUAERT, S., "Recente ontwikkelingen van medisch recht. Einde-van-het-leven problematiek. De lotgevallen van het wetsvoorstel betreffende de euthanasie" in X., *Recht in beweging*, Leuven, KULeuven, 2001, 149-161.

NYS, H., "A comparative analysis of the law regulating euthanasia in Belgium and the Netherlands", *Ethical Perspectives*, 2002, 73-85.

NYS, H., "Euthanasie in de Caritasziekenhuizen: een juridische verheldering", *Ethische Perspectieven*, 2002, nr. 1, 29-31.

NYS, H., "Euthanasie en therapeutische vrijheid", *A. Hosp.* 2002, nr. 2, 58-60.

NYS, H. en DECKERS, E., *Nieuwe wetgeving inzake euthanasie. Gecoördineerde teksten en uittreksels uit de Parlementaire Werkzaamheden*, Mechelen, Kluwer, 2003.

NYS, H., "A presentation of the Belgian act on euthanasia against the background of Dutch euthanasia law", *European Journal of Health Law* 2003, 239-255.

NYS, H., "Artikel 4 van de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie: levensbeëindiging bij wilsonbekwamen" in X., *De euthanasiewet doorgelicht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 133-149.

NYS, H. en DREEZEN, I., "De wet betreffende de rechten van de patiënt en de wet betreffende de euthanasie" in X., *Recht in beweging*, Leuven, K.U.Leuven, 2003, 99-112.

NYS, H., "Juridische gevolgen van voorafgaande wilsverklaringen in de gezondheidszorg" in VAN ORSHOVEN, A. en ENGLERT, Y. (eds.), *Levenstestament en andere voorafgaande wilsverklaringen*, Antwerpen, Garant, 2003, 55-78.

NYS, H., "Rechten en plichten van artsen in de wet op de euthanasie", *Tijdschrift voor Geneeskunde*, 2004, 182-187.

NYS, H., "De belangrijkste ontwikkelingen in het medisch recht in 2003" in X., *Recht in beweging*, Antwerpen, Maklu, 2004, 299-302.

NYS, H., *De wet op de euthanasie*, Mechelen, Kluwer, 2004.

NYS, H., "Juridische en deontologische beoordeling van levensbeëindigend handelen en nalaten door een arts", in MENTEN, J. en VAN ORSHOVEN, A. (red), *Palliatieve zorg, stervensbegeleiding, rouwbegeleiding*, Leuven, Acco, 2004, 45-64.

PETIT, J., "Kunnen familieleden zich tegen een autopsie verzetten?", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 109-116.

PIETERS, D., "Juridische benadering van de euthanasie", *Vl. T. Gez.* 1981-82, 237-243.

RAVESCHOT, J., "De aangifte van overlijden en de behandelend geneesheer", *R.W.* 1955-56, 575-579.

RENAER, M., "Autonomie van de patiënt en levenstestament", *T. Orde Geneesh.* 1992, nr. 56, 72-78.

RIGAUX, F., "L'avis du Conseil d'Etat belge sur la dépénalisation de l'euthanasie et le droit aux soins palliatifs", *Rev. trim. D.H.* 2002, 274-285.

SCHOTSMANS, P., "De Belgische wet betreffende de euthanasie: een personalistische verheldering", *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2004, nr. 3, 188-195.

SCHOTSMANS, P., "Wat na de legalisering van euthanasie?", *A. Hosp.* 2002, nr. 2, 60-64.

SCHUERMANS, L., "Lijkschouwing en verzekering", *Cons. Man.* 1984, nr. 3-4, 6.

STRUBBE, E., "Naar een wettelijke erkenning van levensbeëindiging bij wilsonbekwamen? Beschouwingen bij advies nr. 9 van het raadgevend comité voor bio-ethiek betreffende het levensbeëindigend handelen bij wilsonbekwamen", *R.W.* 1999-2000, 318-325.

STRUBBE, E., "Towards legal recognition for termination of life without request? Remarks on Advice N° 9 of the Belgian Advisory Committee on Bioethics concerning Termination of Life of Incompetent patients", *European Journal of Health Law* 2000, 51-71.

TOUSSAINT, Ph., "Ethique et fin de vie", *Journ. proc.* 1994, nr. 270, 19.

TROUET, C., "Euthanasie: depenalisering versus noodtoestand", *Juristenkrant* 2000, nr. 3,12.

TROUSSE, E., "L'orthothanasie par omission de secours", *R.D.P.* 1950-51, 1102-1199.

VAN BOL, J.M., *Les funérailles et les sépultures. Aspects civils et administratifs*, Brussel, Larcier, 2003, 89-90.

VANDEKERCKHOVE, L. en HUYSE, L., "Enkele knelpunten in de vorming van de Belgische zelfmoordstatistiek", *Panopticon* 1984, 320.

VANDEKERCKHOVE, L., *Van straffen gesproken. De bestraffing van zelfdoding in het oude Europa*, Tielt, Lannoo, 1985.

VANDEN BERGHE, F., "Palliatieve zorg als alternatief voor euthanasie. Een momentopname van het Belgisch recht", *A. Hosp.* 1995, nr. 2, 17-32.

VAN DEN ENDEN, H., "Euthanasie in België vanuit juridisch en deontologisch oogpunt", in KENTER, E.G.H., *Het leven verlaten: over euthanasie*, Haarlem, De Toorts, 1984.

VAN DE VOORDE, W. en BAR, W., "Taak van de arts bij een ongewoon overlijden", *Tijdschrift voor Geneeskunde* 1997, 880-887.

VAN LANDSCHOOT, J., "Reactie op Van Neste en Van Loon", *R.W.* 1986-87, 758.

VAN LOON, T., "Euthanasie – Rechtsethische beschouwingen. Een reactie", *R.W.* 1986-87, 756.

VAN LOON, T., "Zelfbeschikking als recht. Een onderzoek naar duurzame ontwikkeling tot meer vrijheid, individuele en collectieve verantwoordelijkheid in het raam van preventieve gezondheidszorg en sterven" in *Preventieve gezondheidszorg, Vlaams Preventiecongres 1997*, Diegem, Kluwer Editorial, 1997, 297-312.

VAN NESTE, F., "Euthanasie-rechtsethische beschouwingen", *R.W.* 1986-87, 210-214.

VAN NESTE, F., "Over euthanasie" in *Ouderen in solidariteit, Vlaams Welzijnscongres* 1993, Zaventem, Kluwer Editorial, 1993, 225-236.

VAN NESTE, F., "Euthanasie. Ethische reflecties en beleid", *Streven* 1995, 675-681.

VAN NESTE, F., "Zelfbeschikking bij het naderende levenseinde" in VELAERS, J. (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu,1996, 575-590.

VAN NESTE, F., "Medische beslissingen omtrent het levenseinde" in X., *Ter wille van Mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 155-162.

VAN ORSHOVEN, A. en MENTEN, J., "Wetten betreffende het levenseinde" in MENTEN, J. en VAN ORSHOVEN, A. (red.), *Palliatieve zorg, stervensbegeleiding, rouwbegeleiding*, Leuven, Acco, 2004, 82-90.

VANSWEEVELT, T., "De klinische autopsie als medisch-juridisch probleem", *Vl. T. Gez.* 1988-89, 258-262.

VANSWEEVELT, T., "De euthanasiewet. Toepassingsgebied en krachtlijnen", *N.J.W.* 2002, nr. 13, 444-456.

VANSWEEVELT, T., "De euthanasiewet: de ultieme bevestiging van het zelfbeschikkingsrecht of een gecontroleerde keuzevrijheid?" in X., *De euthanasiewet doorgelicht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 35-132.

VANSWEEVELT, T., "Orgaantransplantatiewet", *Comm. Pers.*, Kluwer Rechtswetenschappen, art. 10-16.

VANSWEEVELT, T., "Onbekwamen: De wet patiëntenrechten en de euthanasiewet" in SENAEVE, P. en SWENNEN, F., *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 207-251.

VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., "De invloed van de Euthanasiewet op de levensverzekering overlijden, de beroepsaansprakelijkheidsverzekering en de ongevallenverzekering", *De Verz.* 2004, 8-28.

VELAERS, J., "Het leven, de dood en de grondrechten. Juridische beschouwingen over zelfdoding en euthanasie" in VELAERS, J. (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 469-574.

VERELST, R., "De wet op het wegnemen en transplanteren van organen", *Vl. T. Gez.* 1988-89, 259.

VERMEULEN, E., "Uit nood geboren. Levensbeëindigend handelen in de Belgische en Nederlandse neonatologie" in ADAMS, M., GRIFFITHS, J. en DEN HARTOGH, G. (eds.), *Euthanasie. Nieuwe knelpunten in een voortgezette discussi* e, Kampen, Kok, 2003, 277-304.

WAUTIER, J., *L'ouverture du débat sur l'euthanasie au Sénat*, C.R.I.S.P. 2000, n° 1672-1673.

X., "Vrijwillige euthanasie en menselijk zelfbeschikkingsrecht" in *Verslagen van de Belgische Vereniging voor medische ethiek en moraal*, 1984, afl. 9, 84.

X., "Euthanasie juridisch bekeken", in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, 1987, 171.

X., *De euthanasiewet doorgelicht*, Mechelen, Kluwer, 2003.

X., "Vragen over euthanasie", *N. Tijd. Pol.* 1999, nr. 6, 3-54.

TITEL VIII. EXPERIMENTEN EN ORGAANWEGNEMING

ACHSLOGH, J., "Problèmes de l'expérimentation humaine. Le point de vue du médecin" in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Brussel, Bruylant, 1982, 299.

ANDRE, A., "Ethische commissies", *T. Orde Geneesh.* 1987, nr. 38, 49.

ANDRE, A., "L'expérimentation humaine et l'Ordre des médecins" in DELFOSSE, M.- L. (ed.), *Les comités de la recherche biomédicale. Exigences éthiques et réalités institutionnelles.* Namen, Presses Universitaires de Namur, 1997, 71-76.

BASSIOUNI, M.C., "Contrôle internationale de l'expérimentation sur l'homme", *R.D.P.* 1981, 997.

BAUDOIN, J.L., "L'expérimentation sur les humains: un conflit de valeurs" in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Brussel, Bruylant, 1982, 171.

BERRISCH, F., "Le rôle des comités d'éthique dans l'expérimentation humaine" in MISSA, J.-N. (ed.), *Le devoir d'expérimenter. Etudes philosophiques, éthiques et juridiques sur la recherche biomédicale*, Brussel, De Boeck Université, 1996, 163-186.

BERRISCH, F., PALERMINI, P., STIEVENARD, J. en MOREAU, D., *Protection du citoyen et expérimentation médicale, Protection juridique du citoyen*, Brussel, Services Fédéraux des Affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996.

BERRISCH, F., "Le rôle des comités d'éthiques dans l'expérimentation médicale sur l'homme", *J.T.* 1994, 561-567.

BERRISCH, F., PALERMINI, P. en STIEVENARD, J., "L'arrêté royal sur les comités d'éthique hospitaliers ou du bon usage du "placébo" en éthique", *J.T.* 1994, 768-769.

BOONE, I., "Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht", *T.P.R.* 1996, 91-133.

BOULANGER, M.-H., CALLENS, S. en BRILLON, S., "La protection des données à caractère personnel relatives à la santé et la loi du 8 décembre 1992", *T. Gez.* 2000-01, 326-345.

BOURGOIGNIE, T., BERT, C. en DEBLONDE, J., *Prélèvement et utilisation des éléments et produits du corps humain, Protection juridique du citoyen*, Brussel, Services Fédéraux des Affaires scientifiques, techniques et culturelles, 1996.

CALLENS, S., *Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*, Antwerpen, Maklu, 1995.

CALLENS, S., "Nader gebruik van in ziekenhuizen bewaard lichaamsmateriaal voor onderzoek", *A. Hosp.* 1995, nr. 3, 43-58.

CALLENS, S., "Vragen bij de toepassing van de Wet verwerking persoonsgegevens in de gezondheidszorg", *T. Gez.* 1995-96, 4-24.

CALLENS, S. en BRILLON, S., "Het omgaan met gezondheidsgegevens in het ziekenhuis en de wetgeving verwerking van persoonsgegevens" in DE BOT, D. e.a., *Privacy en verwerking van gegevens in het ziekenhuis*, Diegem, Kluwer, 2002, 41-58.

CASSIERS, L., "La dignité de l'embryon humain", *Rev. trim dr. tr.* 2003, 403-420.

CLAESSENS, B., "Les comités locaux d'éthique hospitaliers et la responsabilité civile au sein des institutions de soins", *T. Gez.* 1998-99, 339-359.

DALCQ, R.O., "Aspect juridique de l'expérimentation humaine" in MISSA, J.-N. (ed.), *Le devoir d'expérimenter. Etudes philosophiques, éthiques et juridiques sur la recherche biomédicale*, Brussel, De Boeck Université, 1996, 131-144.

DEKELVER, K., "De commissies voor medische ethiek. Een juridische analyse", *Vl. T. Gez.* 1994, 309-344.

DE KOEKELARE, A., "Geneeskunde, bio-ethiek en recht", *R.W.* 1993-94, 481-505.

DELFOSSE, M.L., "L'expérimentation sur l'être humain en droit belge", *R.G.A.R.* 1988, 11.319.

DELFOSSE, M.L., "La création des comités d'éthique en Belgique", *Louvain Médical* 1989, 97-105.

DELFOSSE, M.-L., *Expérimentation médicale sur l'être humain. Construire les normes, construire l'éthique*, Brussel, De Boeck, 1993.

DELFOSSE, M., "Geneeskundig onderzoek en menselijke experimenten: wat zijn de normen?", *N. Tijd. Pol.* 1994, nr. 4, 53-69.

DELFOSSE, M. (ed.), *Les comités de la recherche biomédicale. Exigences éthiques et réalités institutionnelles,* Namen, Presses Universitaires de Namur, 1997.

DELFOSSE, M.-L., "Experiments carried out on human subjects and the physician – patient relationship" in LIE, R.K., SCHOTSMANS, P.T., HANSEN, B. en MEULENBERGS, T., *Healthy thoughts. European perspectives on health care ethics*, Leuven, Peeters, 2002, 113-136.

DEMOOR, A., "Transplantatie van organen. Of: Zal het recht dwingen tot naastenliefde?", *Jura Falc.* 1976-77, afl. 1, 69.

DREESEN, W., "Orgaantransplantatie en mensenrechten", *Jura Falc.* 1984-85, 500.

ENGLERT, Y., "Le débat sur l'institutionnalisation des comités d'éthique locaux hospitaliers ou comment confondre compétence et divergences philosophiques", *J.T.* 1994, 827-282.

ENGLERT, Y., "L'institutionnalisation des comités d'éthique locaux hospitaliers", in M.- L. DELFOSSE (ed.), *Les comités d'éthique biomédicale. Exigences éthiques et réalités institutionelles,* Namen, Presses Universitaires de Namur, 1997, 77-82.

FONTEYN, L., "Groot-Brittannië weet geen raad met 'anonieme' embryo's", *A. Hosp.* 1992, 56-58.

GASTMANS, C., "Het belang van de Conventie voor Commissies Medische Ethiek" in NYS, H., *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 131-150.

GULDIX, E., "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *R.W.* 1993-94, 1104-1128.

HANSEN, B., SCHOTSMANS, P. en NYS, H, "De Belgische Embryowet", *Eth. Persp.* 2004, nr. 1, 55-69.

HENNAU-HUBLET, Chr., "Les projets de réglementation et de l'expérimentation sur les humains" in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Brussel, Bruylant, 1982, 315-339.

HENNAU-HUBLET, Chr., "Réflexion sur un projet de réglementation des expérimentations sur l'homme", *R.D.P.* 1982, 491-495.

HENNAU-HUBLET, Chr., "L'activité médicale et les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes", *R.D.P.* 1986, 577-598.

HENNAU-HUBLET, Chr., "De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissies voor medische ethiek – Enkele beschouwingen", *T. Orde Geneesh.* 1991, nr. 53, 58-63.

HENNAU-HUBLET, Chr., "Les comités d'éthique de la recherche: la bonne conscience des médecins expérimentateurs?" in *Mélanges Roger O. Dalcq. Responsabilités et assurances*, Brussel, Larcier, 1994, 287-292.

HENNAU-HUBLET, Chr., "Le projet de Convention de Bioéthique du Conseil de l'Europe: l'espoir d'une protection élevée des droits de l'homme", *T. Gez.* 1995-96, 25-50.

HENNAU-HUBLET, Chr., "La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Conseil de l'Europe)", *J.T.* 1997, 465-471.

HENNAU-HUBLET, Chr., "L'embryon humain in vitro: à quel titre s'en préoccuper?" in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Brussel, Bruylant, 1998, 335-349.

HOTTOIS, G. en MALHERBE, J.F., "Ethische commissies in ziekenhuizen en biomedische onderzoeksprojecten" in *Bioethica in de jaren '90*, Gent, Omega, 1987, 490-504.

MANNAERTS, G., "Vijf jaar ervaring met de ethische commissie aan de K.U.L.", *T. Orde Geneesh.* 1988, nr. 40, 67.

MISSA, J.-N., *Le devoir d'expérimenter. Etudes philosophiques, éthiques et juridiques*, Parijs en Brussel, De Boeck en Larcier, 1996.

MISSA, J.-N., "The duty to experiment: ethics of experimentation on human beings" in LIE, R.K., SCHOTSMANS, P.T., HANSEN, B. en MEULENBERGS, T., *Healthy thoughts. European perspectives on health care ethics*, Leuven, Peeters, 2002, 137-170.

NYS, H., "Removal and transplantation of organs in Belgium" in *Reports of the seventh World Congress on Medical Law*, III, Gent, 1985, 113-120.

NYS, H., "Medische experimenten met mensen. Juridische benadering" in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, Omega, 1987, 440-458.

NYS, H., VAN LIL, M. en SEGAL, L., "Medische experimenten met mensen. Regulering door middel van deontologische regels" in *Bio-ethica in de jaren '90*, Gent, Omega, 1987, 458-486.

NYS, H., "Advisering, regulering en commissies medische ethiek" in VAN BORTEL, P., NYS, H. en SCHOTSMANS, P., *Commissies medische ethiek. Achtergronden en oriëntaties*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 59-68.

NYS, H., "Therapeutic use of human organs and tissues under the Belgian law" in *Proceedings 9th World Congress on Medical Law*, Gent, 1991, 661-667.

NYS, H., "Therapeutic Use of Human Organs and Tissues under Belgian Law", *The International Journal of Medicine and Law*, 1993, 12, 131-135.

NYS, H., "Klinisch geneesmiddelenonderzoek juridisch in de tang", *R.W.* 1993-94, 1325-1328.

NYS, H., "Naar een Europees Verdrag voor Bio-ethiek", *A. Hosp.* 1994, 50-51.

NYS, H., "Legislation in Belgium concerning animal and human experimentation" in DE DEYN, P., *Animal and Human Experimentation. Ethical considerations regarding biomedical experimental methods and techniques*, London, John-Libbey, 1994, 61-70.

NYS, H., "Rechtsontwikkelingen inzake de bescherming van de privacy bij medisch-wetenschappelijk onderzoek" in STORME, M., *Gezin en recht in een postmoderne samenleving*, Antwerpen, Mys & Breesch, 1994, 27-54.

NYS, H., *Van ethiek naar recht? Het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek en de medisch ethische commissies in ziekenhuizen*, Antwerpen, Maklu, 1995.

NYS, H., "Ethical committees in Belgium", *European Journal of Health Law*, 1995, 2, 175-176.

NYS, H., "Installation en Belgique du Comité Consultatif de Bioéthique", *Receuil Internationale de législation sanitaire*, 1996, 3, 433-434.

NYS, H., "Het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa", *R.W.* 1997-98, 666-674.

NYS, H., "Vers un cadre légal pour les comités d'éthique en Belgique?" in DELFOSSE, M.L. (ed.), *Les comités de la recherche biomédicale. Exigences éthiques et réalités institutionnelles*, Namen, Presses Universitaires de Namur, 1997, 83-92.

NYS, H., "Het nader gebruik van lichaamsmateriaal en biotechnologische uitvindingen" in VAN OVERWALLE, G., *Octrooirecht, ethiek en biotechnologie*, Brussel, Bruylant, 1998, 159-179.

NYS, H., "De wetgever en bio-ethiek in België", *Vlaanderen morgen* 1998, nr. 1, 21-28.

NYS, H., "La directive 2001/20/CE concernant les bonnes pratiques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain. Analyse et commentaire à partir du droit médical", *J.T.* 2002, 353-366.

NYS, H. en COUSY, H., "Belgium. Liability and insurability of biomedical research involving human subjects under Belgian law" in DUTE, J., FAURE, M.G. en KOZIOL, H. (eds), *Liability for and insurability of biomedical research with human subjects in a comparative perspective*, Wien, Springer, 2004, 7-27.

OSCHINSKY, S. en OSCHINKSKI, Y., "La Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et la médecine: Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Conseil de l'Europe)", *J.T.* 1997, 465-471.

OSCHINSKY, S. en Y., "L'interdiction du clonage d'êtres humains", *J.T.* 1998, 449-452.

PALERMINI, P. en DELFOSSE, M.-L., "L' experimentation médicale sur l'être humain. Proposition pour un cadre législatif", *T. Gez.* 1996-97, 333-344.

PALERMINI, P., "L'experimentation humaine: pourquoi une loi?" in MISSA, J.-N. (ed.), *Le devoir d' expérimenter. Etudes philosophiques, éthiques et juridiques*, Parijs & Brussel, 1996, 145-162.

SCHOTSMANS, P., "Een ethisch advies inzake prelevatie van organen bij non heart beating donoren", *A. Hosp.* 1996, nr. 2, 59-60.

TER HEERDT, J., "De wettelijke verplichting tot oprichting van een ethisch comité in ziekenhuizen", *Vl. T. Gez.* 1995, 209-215.

TER HEERDT, J., "Geneesmiddelenonderzoek en bijzondere categorieën van proefpersonen: juridische kanttekeningen" in *Het Geneesmiddel, juridisch bekeken*, Gent, Mys en Breesch,1998, 35-72.

TER HEERDT, J., "Research and development of medicinal products: clinical trials" in CALLENS, S., *Chapters on Pharmaceutical Law*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 17-36.

TER HEERDT, J., *Het experiment beproefd. Een juridische analyse van medische experimenten met mensen*, Antwerpen, Maklu, 2000.

TER HEERDT, J., "Deelname aan een experiment niet zonder risico: het klassieke aansprakelijkheidssysteem als obstakel voor een passende schadevergoeding", *T. Gez.* 2003-04, 257-258.

THIRY, E., "De juridische waarde van de adviezen uitgebracht door de comité"s van ethiek", *Vl. T. Gez.* 1988-89, 229-233.

TROUET, C., "Recente ontwikkelingen van het medisch recht. Statuut van het menselijk lichaam" in X., *Recht in beweging*, Leuven, K.U.Leuven, 2000, 87-97.

TROUET, C., "Octrooien en patiëntenrechten. Wat de gemiddelde patiënt (nog) niet weet", *Juristenkrant 2000*, nr. 17, 12-13.

TROUET, C., *Van Lichaam naar lichaamsmateriaal: recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003.

TROUET, C., "New European guidelines for the use of stored human biological materials in biomedical research", *J. Med. Ethics* 2004, 99-103.

VAN BORTEL, P., NYS, H. en SCHOTSMANS, P., *Commissies medische ethiek. Achtergronden en oriëntaties*, Antwerpen, Kluwer, 1991.

VANDERMEERSCH, D., "Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie", *T.P.R.* 1983, 839-862.

VAN NESTE, F., "Pluralisme en tolerantie in het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-ethiek", *Streven* 1999, 891-897.

VAN OVERWALLE, G., "Klinische proeven en volksgezondheid. Naar een herijking van het algemeen belang in het octrooirecht", *T.P.R.* 2000, 899-968.

VANSWEEVELT, T., "Verplichte ethische comités in ziekenhuizen: who watches the doctor watchers?" in *Liber Amicorum A. Prims,* Gent, Mys & Breesch, 1996, 387-402.

VANSWEEVELT, T., "Medische experimenten op minderjarigen", *T.B.B.R.* 1994, 329-343.

VANSWEEVELT, T., *AIDS en recht*, Antwerpen, Maklu, 1989.

VANSWEEVELT, T., "Orgaantransplantatiewet. Wet van 13 juni 1986 betreffende de wegneming en transplanteren van organen", *Comm. Pers.* 1994, losbl.

VANSWEEVELT, T., "Medical experimentation and informed consent", *Acta Clin. Belgica* 1995, 1-3.

X., "Transplantations d'organes humains", *Vl. T. Gez.* 1991-92, 61-64.

TITEL IX. MEDISCH BEROEPSGEHEIM EN MEDISCH GETUIGSCHRIFT

AERDEN, R., "Het beroepsgeheim in het ziekenhuis", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 343-349.

ANRYS, H., "La protection du secret déposé dans un système d'informatique", *R.D.P.* 1973-74, 581.

ACHSLOGH, J., "Secret médical et certificat post mortem", *J.T.* 1971, 633.

ALLEMEERSCH, B., "Het toepassingsgebied van 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes", *R.W.* 2003-04, 1-19.

ALLEMEERSCH, B., "Medische attesten gebruiken als bewijs in rechte. Hoe relatief is het beroepsgeheim?", *T.B.B.R.* 2003, 58-64.

ARBYN, M., WALLYN, S., VAN OYEN, H., DHONDT, J., SEUTIN, B., "The new privacy law in Belgium: A legal basis for organised cancer screening", *European Journal of Health Law* 1999, 401-407.

ARNOU, P., "De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer" in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 163-190.

BALLEGEER, P., "De strafrechtelijke sanctionering van de verzorgingsverstrekkers bij benadeling van de ziekteverzekering", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1988, 93-94.

BALTHAZAR, T., *Arts, werknemer en sociaal verzekerde. De taak van de arts bij de toepassing van het sociaal recht*, Gent, Proefschrift, onuitg.

BALTHAZAR, T., "De motivering van medische beslissingen" in *Liber Amicorum André Prims*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 71-97.

BALTHAZAR, T., "Het beroepsgeheim in de jeugdgezondheidszorg" in *Juridische en deontologische aspecten van de jeugdgezondheidszorg*, Leuven, Garant, 1997, 39-43.

BALTHAZAR, T., "Het beroepsgeheim ten opzichte van minderjarigen", *Medi-Sfeer,* 1997, 27.

BLANPAIN, R., "Juridische aspecten van het beroepsgeheim", *R.W.* 1965-66, 274-294.

BLANPAIN, R., "Het medisch beroepsgeheim. Maatschappelijke relevantie", *A. Hosp.* 1974, afl. 1, 3.

BLANPAIN, R., "Het medisch beroepsgeheim" in OVERSTEYNS, B. (ed.), *Gezondheid en onderneming*, Brugge, 1989, 69.

BROCHIER, R., "Verzekeraars en geneesheren: voor een rationele en doelmatige samenwerking", *De Verz.* 1977, 491.

BROCHIER, R., "Het medisch beroepsgeheim en de wetgeving betreffende gevoelige persoonsgegevens", *Con. M.* 1995, nr. 3, 53-62.

BULTHE, B., "De gevangenisarts en de rechten van de mens", *Bull. Straf.* 1982, 293-294.

CALLENS, S., "Het omgaan met gezondheidsgegevens; enkele bedenkingen bij de privacyrichtlijn", *T. Gez.* 1997, 455-467.

CALLENS, S., "De wet op de privacy" in *Juridische en deontologische aspecten van de jeugdgezondheidszorg,* Leuven, Garant, 1997, 27-38.

CALLENS, S., "Gebruik van gezondheidsgegevens voor onderzoek en recht op privacy van patiënten, verzoenbare belangen?" in *Preventieve gezondheidszorg, Vlaams Preventiecongres 1997*, Diegem, Kluwer, 1997, 1071-1079.

CARELS, A., "Het beroepsgeheim van de verpleegkundige", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 331-342.

CLAESSENS, H., "Het beroepsgeheim in de verzekeringsmaatschappij", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 357.

CLAESSENS, H., "Le point de vue de l'assureur", *Cons. Man.* 1987, 56.

CLAESSENS, H., "Medische informatie en beroepsgeheim inzake persoonsverzekeringen" in *De nieuwe wet op de verzekeringsovereenkomst. Wat nu in de praktijk?*, Leuven, K.U.Leuven, Centrum voor Verzekeringswetenschap, 1993, 125-137.

COLLE, Ph., "Zelfmoord, medisch beroepsgeheim en levensverzekering", *De Verz.* 1990, 231-240.

COLETTE-BASECQZ, N., "Le secret professionnel face à l'enfance maltraitée", *Ann. dr. Louvain*, 2002, 3-30.

CORBISIER, I., "Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique", *R.G.A.R.* 1990, nr. 116.82.

CHRISTIAENS, A., "Deskundigen en beroepsgeheim", *in Bestendig Handboek Deskundigenonderzoek*, Diegem, Kluwer, 2001, losbl.

DALCQ, R.O., "Réflexion sur le secret professionnel", *R.G.A.R.* 1986, 11.056.

DALCQ, R.O., "Expertises civiles et secret professionnel des médecins" in *Liber Amicorum E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 495-509.

DASSEN, A., "Kindermishandeling en het beroepsgeheim van de geneesheer", *R.W.* 1972-73, 928-942.

DE BEER, W., "Het juridische aspect van het beroepsgeheim van verpleegkundigen", *Hospitalia* 1985, 79-82.

DEBERDT, R., "De geneesheren en de Wet op de landverzekeringsovereenkomst", *T. Orde Geneesh.* 1993, nr. 61, 33-43.

DEBERT, R., "Het medisch beroepsgeheim en de Orde van de Geneesheren" in VAN STEENBERGE, J. (ed.), *Medisch beroepsgeheim en verzekeringen*, Brugge, Die Keure, 1995, 65-95.

DECOSTER, C., "Het medisch beroepsgeheim in en rondom het ziekenhuis", *Vl. T. Gez.* 1980-81, afl.5, 2.

DECOSTER, C., "Het beroepsgeheim en het medisch dossier in het ziekenhuis", *Hospitalia* 1980, 181.

DECOSTER, C., "Het veilig stellen van het beroepsgeheim", *A. Hosp.* 1984, afl.3, 23.

DECOSTER, C., "Rechtsvergelijkende studie inzake het medisch beroepsgeheim en aanbevelingen van de Raad van Europa", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 365.

DELAHAYE, R. en RIGA, J., "Het geneeskundig geheim in het kader van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1990, 309-317.

DELHUVENNE, M., "Juridische dubbelzinnigheden van het medisch beroepsgeheim", *B.T.S.Z.* 1978, 547-563.

DELHUVENNE, M., "Juridische en administratieve publicaties in de medische controles in de ziekteverzekering", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 197.

DELVOYE, G., "Oudergeweld rond wieg en kinderledikant", *R.W.* 1979-80, 2146-2158.

DEMANET, G., "Secret professionel et collaboration entre juristes et thérapeutes dans les secteurs de la toxicomanie et des enfants victimes de mauvais traitements", *Rev. dr. pén.* 1990, 325-338.

DE NAUW, A., "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", *R.C.J.B.* 1989, 593.

DE SCHRIJVER, K., "Decreet betreffende de profylaxe van besmettelijke ziekten", *T. Gez.* 1995-96, 338-346.

DE SMET, B., *Deskundigenonderzoek in strafzaken* in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 2001.

DE VOS, D., "Het medisch dossier", *Medi-ius*, 1999, nr. 3, 24-31.

DEWALLENS, F., "Problemen omtrent beroepsgeheim en aansprakelijkheid bij de behandeling van drugsverslaafden" in *Juridische aspecten van druggebruik*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 39-53.

DEWALLENS, F., "De contextualisering van het medisch geheim: een goedbedoelde poging voor meer rechtszekerheid met een omgekeerd effect" in STOCKMAN, R.(ed.), *Het beroepsgeheim in de zorgverleningssector. Een confrontatie tussen recht en praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 73-83.

DIERKENS, R., "Beroepsgeheim en recht", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 261-268.

DUMON, F., "Le secret médical", *Cons. Man.* 1987, 23-24.

DUPONT, L., "Valsheid in geschriften" in DE PEUTER, J. e.a., *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1990.

DUPONT, L., "Valsheid in medische ge(tuig)schriften", *Vl. T. Gez.* 1984-85, 287-298.

FAGNART, J.-L., "SIDA, assurances et vie privée", *Con. M.* 1996, 33-45.

FRERIKS, D., "De aangifte van misdrijven en het medisch beroepsgeheim", *T.Gez.* 1996-97, 26-28.

FRERIKS, D., "De verzekeringswet van 25 juni 1992 en het medisch beroepsgeheim", *Vl. T. Gez.* 1995, 193-207.

GLANSDORFF, F., "Le secret médical et la délivrance d'un certificat 'post mortem' en matière d'assurances sur la vie", *J.T.* 1971, 317.

GLANSDORFF, F. en LAGASSE, D., "Le secret médical administratif et ses prolongements. A propos de l'arrêt Mlle M... du 10 juin 1980 de la Cour de Justice des Communautés européennes", *J.T.* 1981, 317.

GEYS, F., "Het beroepsgeheim van de arts", *LIGA*, 1997, 13.

GOFFIN, L., "L'avocat ou le médecin peut-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire?", *Ann. Dr.* 1984, 365-376.

GORIS, P., "Mededeling van medische gegevens aan privé-verzekeraars", *Medi-ius*, 1996, 2-8.

GOSSERIES, Ph. en PLAS, D., "La vie privée et l'assurance maladie-invalidité", *Ann. dr. Louvain* 1984, 733.

GROSEMANS, R., "Le secret médical en matière d'expertise" in *Archives Belges de médecine sociale, hygiène, médecine du travail et médecine légale*, 1966, 383.

GROSEMANS, R., "Le secret médical", *J.T.* 1970, 484.

GROSEMANS, R., "Le secret professionnel et le droit privé en droit belge" in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Le secret et le droit*, Parijs, Dalloz, 1974, XXV, 7.

GROSEMANS, R., "Beschouwingen over de aansprakelijkheid van de geneesheer-deskundige en vooral van de geneesheer-inspecteur van de dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V.", *Inf. RI.Z.I.V.* 1978, 301.

GROSEMANS, R., "Het medisch beroepsgeheim in het ziekenhuis", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1979, 333.

GUERIAT, J., "A propos du secret médical", *Cons. Man.* 1981, afl. 2-3, 45.

GUILLEMIN, M., LUYCKX, A., MATEEUWS, M., "Politiële informatievergaring bij medische hulpdiensten", *T. Gez.* 1995-96, 352-357.

HAAGDORENS, J., "De discretieplicht van de door de werkgever gemachtigde en betaalde controlegeneesheer", *R.W.* 1985-86, 1234-1235.

HANNEQUART, Y., "L'assureur face au secret médical", *Cons. Man.* 1979, 114.

HENDRICKX, F., "Privacybescherming in social-profitorganisaties", *A. Hosp.* 1999, 142-154.

HENRY, P., "Contre le droit au secret médical", *Jur.Liège* 1980, 129-132.

HENNAU, Chr. en VERHAEGEN, J., "Recherche policière et secret médical", *J.T.* 1988, 165-167.

HENNAU-HUBLET, Chr., "Là oú la preuve en matière d'assurance se heurte à la règle du secret médical", *T. Gez.* 1996-1997, 257-261.

HUTSEBAUT, F., "De bloedproef en het beroepsgeheim van de geneesheer", *Panopticon* 1984, 150-152.

HUTSEBAUT, F., "Kindermishandeling en justitie" in CLARA, R. (ed.), *Kindermishandeling en -verwaarlozing in Vlaanderen*, Leuven, Acco, 1990, 151.

HUTSEBAUT, F., "Ademtest en bloedproef", *Comm. Strafr.*, Antwerpen, Kluwer, losbl.

HUTSEBAUT, F., "Het ambtsgeheim, beroepsgeheim en de meldingsplicht van personeelsleden in het onderwijs", *T.O.R.B.* 1999-2000, 49-54.

HUYBRECHTS, L., "Aangifte van misdrijven", *Comm. Strafr.*, Antwerpen, Kluwer, losbl.

HUYBRECHTS, L., "En een bloedmonster nemen, en verzorgen", *R.W.* 1989-90, 225-227.

JACOBS, K., "Genetische informatie en verzekeringen", *Recht & Kritiek* 1997, 16-38.

JANVIER, R., "Knelpunten in de controlegeneeskunde" in RIGAUX, M. (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1993, 77-144.

JEGER, N. en CAUWENBERGH, P., "Individuele levensverzekeringen 'overlijden' en erfelijkheidsonderzoek: een kritische analyse van de artikelen 5 en 95 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst", *T. Gez.* 1996-97, 239-256.

JUSTAERT, M., "Medisch beroepsgeheim in de sociale verzekeringen" in VAN STEENBERGE, J. (ed.), *Medisch beroepsgeheim en verzekeringen*, Brugge, Die Keure, 1996, 51-63.

KEFER, F., "Le secret médical dans la législation sociale", *R.D.P.* 1992, 631.

KERKHOFS, J., "Het beroepsgeheim van paramedici, verpleegkundigen en personeelsleden van O.C.M.W."s: een pad in de mand van het gerechtelijk onderzoek?", *Limb. Rechtsl.* 2002, 195-204.

LAMBERT, P., *Le secret professionnel*, Brussel, Nemesis, 1985.

LAMBERT, P., "Le secret professionnel et les dossiers de l'aide sociale", *J.T.* 1987, 539-540.

LAMBERT, P., "Secret professionnel et dossier disciplinaire", *J.T.* 1990, 196.

LAMBERT, P., "Enfants maltraités et toxicomanes dans la polémique du secret professionnel", *R.D.P.* 1990, 305-323.

LAMBERT, P. "Le secret médical: questions pratiques" in X., *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, Luik, Editions du jeune Barreau de Liège, 1993, 121-132.

LECLERCQ, J., "Secret professionnel" in *Les Novelles, Droit Pénal, IV*, Brussel, 1989, nr. 7719.

LEGEIN, M., "Le secret professionnel du médecin", *Journ. proc.* 1987, afl. 111, 14.

LUYCKX, J., "Kindermishandeling en medisch beroepsgeheim (art. 458 Sw.)", *Limb. Rechtsl.* 1979, 61-62.

LUCAS, P., "Philosofie des certificats médicaux", *Cons. M.* 1996, 173-197.

LURQUIN, P., *L'expertise médicale*, Brussel, Bruylant, 1989.

LYBAERT, D., "Beroepsgeheim van de hulpverlener in relatie tot de politiediensten", *R.W.* 1996-97, 969-974.

MARNEFFE, C., "Secret professionnel et enfance maltraitée: quand le silence est l'or", *Rev. dr. pén.* 1990, 339-345.

MASSIN, I., "La délivrance des certificats médicaux à un tiers au regard du secret professionel", *T. Gez.* 2003-04, 162-174.

MASSIN, I., "La preuve de l'insanité d'esprit du testateur au moyen de certificats médicaux: violation du secret médical? ", *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 138-150.

MEERT-VAN DE PUT, R., "La confidentialité des données et le sécret médical: aspect juridique", *Louvain Médical,* 1986, 522.

MEERT-VAN DE PUT, R., "Het medisch getuigschrift van geestesbekwaamheid", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 241.

MICHIELS, M., "Lichamelijke kindermishandeling. Enige beschouwingen naar aanleiding van een recent vonnis", *T. Gez.* 1996-97, 369-372.

NYS, H., "De aflevering van medische certificaten", *Vl. T. Gez.* 1981-82, 32.

NYS, H., "Het beroepsgeheim in de gezondheidszorg - Overzicht van rechtspraak 1970-1984", *R.W.* 1985-86, 1249-1274.

NYS, H., "Medisch beroepsgeheim en informatisering in de arbeidsgeneeskunde: enkele juridische aspecten", *Soc. Kron.* 1987, 234-235.

NYS, H., "Getuigenis in rechte", *T. Orde Geneesh.* 1987, nr. 36, 57-61.

NYS, H., "Is aangifte van AIDS wettelijk verplicht?", *R.W.* 1987-88, 1325-1327.

NYS, H., "Kindermishandeling en medisch beroepsgeheim" in EGGERMONT, E., en ADRIANSSENS, P. (red), *Kindermishandeling. Perspectief in interacties*, Leuven, Garant, 1991, 167-173.

NYS, H., "Van afkomst naar toekomst? Juridische grenzen van erfelijkheidsonderzoek bij verzekeringen", *De Verz.* 1992, 209-219.

NYS, H., "Stopt besmettingsgevaar voor de taalgrens?", *Journ. proc.* 1995, 20-21.

NYS, H., "De bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de verwerking van medische persoonsgegevens. Een medischrechtelijke commentaar" in DUMORTIER, J. (ed.), *Persoonsgegevens en Privacybescherming*, Brugge, Die Keure, 1995, 155-175.

NYS, H., "Het beroepsgeheim in de gezondheidszorg" in DE BOT D. e.a., *Privacy en verwerking van gegevens in het ziekenhuis*, Diegem, Kluwer, 2002, 31-40.

NYS, H., "Art. 909 B.W.", *Comm. Erfr.* Antwerpen, losbl.

NYS, H., "Het beroepsgeheim van de deskundige" in W. VAN DE VOORDE e.a. (eds.), *Multidisciplinair forensisch onderzoek. Juridische en wetenschappelijke aspecten*, Brussel, Politeia, 2003, deel I, 57-58.

NYS, H., "Beroepsgeheim van de verpleegkundigen" in DE BAUW, M. e.a., *Handboek Recht voor Verpleegkundigen en Vroedvrouwen*, Mechelen, Kluwer, 2003, 6e herwerkte uitgave, 192-196.

PEETERS, E., "Het beroepsgeheim van de verpleegkundige", *Verpleegkundigen en Gemeenschapszorg*, 1985, 136.

PETIT, J., "De bevoegdheid van de controlerend geneesheer bij geschil nopens de arbeidsongeschiktheid van de werknemer", *Vl. T. Gez.* 1982-83, 3-8.

PIEDBOEUF, F., "Reveil ou déclin des droits de l'homme", *Jur.Liège* 1985, 664-672.

PIETERS, F., "Het jaar van het virus: AIDS-virus in de Belgische gevangenissen", *Panopticon*, 1986, 558-569.

PURNELLE, G., "Het beroepsgeheim in het raam van de geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V.", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1990, 157-167.

QUERTAINMONT, Ph., "Toegang tot administratieve documenten en transparantie van persoonlijke dossiers in het Belgische recht", *T.B.P.* 1990, 614-615.

RENAER, M., "De orde der geneesheren en het probleem van de kindermishandeling" in CLARA, R. (ed.) *Kindermishandeling en -verwaarlozing in Vlaanderen*, Leuven, Acco, 1990, 145-150.

RIGO, G., "Le secret médical et l'accès au dossier dans le cadre d'une expertise dans l'ordre juridique belge", *Acta Medicinae Legalis et Socialis* 1979, 211.

ROZIE, M., "Juridische aspecten van kindermishandeling en kinderverwaarlozing" in COENE, M. (ed.), *Statuut van het kind*, Brussel, Ced. Samsom, 1980, 457.

ROBBEN, F., "De gevolgen van de wet verwerking persoonsgegevens voor de sektor van de gezondheidszorg", *Vl. T. Gez.* 1993-94, 251-277.

RUTTIENS, R., "Getuigenis in rechte en medisch beroepsgeheim", *T. Orde Geneesh.* 1987, nr. 38, 56.

SCHAMPAERT, E., "Medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling: aangifteplicht of -recht?", *De Pol.* 1993, nr. 5, 15-25.

SCHUTYSER, K., *De geneeskundige controle in de sociale zekerheid*, Gent, Story-Scientia, 1973.

SCREVENS, R. en BULTHE, B., "Le médecin témoin ou expert devant les jurisdictions et les droits de l'homme", *R.D.P.* 1982, 107-125.

SCREVENS, R., "Het medisch geheim", *T. Orde Geneesh.* 1989, nr. 48, 58-60.

STEVENS, J., "Het beroepsgeheim van de advokaat en dat van de geneesheer", *T. Gez.* 2002-03, 2-11.

STOCKMAN, R. (ed.), *Het beroepsgeheim in de zorgverleningssector. Een confrontatie tussen recht en praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 1998.

SWENNEN, F., "Alcoholmisbruik, onrechtmatige behandelingsweigering en de bewijsproblemen daaromtrent in de procedure tot echtscheiding", *A.J.T.* 1998-99, 49-56.

THIRY, Y., "Problematiek van het beroepsgeheim. Tuchtrecht orde der geneesheren", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 323-329.

TROCH, K., "Het medisch beroepsgeheim en zijn impact op de levensverzekering", *R.W.* 1993-94, 1257-1301.

VANDEMOORTEL, J., "Beroepsgeheim voor de gezondheids- en welzijnswerker" in STOCKMAN, R. (ed.), *Het beroepsgeheim in de zorgverleningssector. Een confrontatie tussen recht en praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 23-40.

VAN DEN BUSSCHE, A., "Beroepsgeheim en ziekenfonds", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 351-356.

VANDEN DRIESSCHE R., "De adviserend geneesheer, de samenwerking met de behandelend geneesheer, het beroepsgeheim en de arbeidsrechtbank", *B.T.S.Z.* 1977, 773-779.

VAN DER STRAETE, I. en PUT, J., "Het spanningsveld tussen beroepsgeheim en kindermishandeling: Wetgevende initiatieven in België en Nederland", *T. Gez.* 2001-02, 70-84.

VAN DER STRAETE, I., PUT, J. en LEENAERTS, E., "Het beschikkingsrecht over het beroepsgeheim", *T.P.R.* 2003, 1093-1138.

VANDEWEERDT, M. en VIAENE, J., "Mededeling van medische gegevens van persoonlijke aard aan gerechtigden op sociale zekerheid en medische motivering van bestuurshandelingen", *Soc. Kron.* 1996/8, 365-376.

VAN EECKHOUTTE, W., "Juridische aspecten van het gebruik van alcohol op en om het werk", *Soc. Kron.* 1986, 225-237.

VAN HALEWIJN, J., en DUPONT, L., *Valsheid in geschriften*, in *A.P.R.*, Gent/Leuven, Story-Scientia, 1975.

VAN NESTE, F., "Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?", *R.W.* 1977-78, 1282-1303.

VAN NESTE, F., "Het medisch beroepsgeheim", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 191-206.

VAN OVERBEKE, S., "Het beroepsgeheim van de geneesheren en de overlegging van stukken", *R.W.* 1995-96, 1207-1209.

VAN REEPINGHEN, C., "Le secret professionnel du médecin", *R.D.P.* 1955-56, 113.

VAN REGENMORTEL, A., "Actuele knelpunten bij de uitoefening van de arbeidsgeneeskunde" in RIGAUX, M. (ed.), *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, Antwerpen, 1993, 145-194.

VANSWEEVELT, T., *Aids en recht*, Antwerpen, Maklu, 1989.

VERBEKE, R., "De rol van de deskundige, de partijen en de rechter" in GULDIX, E. (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 37-59.

VIAENE, L., *Huiszoeking en beslag in strafzaken, A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1962.

WEYTS, B., "De informatieplicht van de kandidaat-verzekerde en de afgifte van het medisch dossier in het raam van een levensverzekeringsovereenkomst", *T. Gez.* 1997-98, 325-333.

TITEL X. DIAGNOSTISCHE EN THERAPEUTISCHE VRIJHEID

BALTHAZAR, T., "Juridische aspecten" in DE RUYVER, B., VAN BOUCHAUTE, J. en BALTHAZAR, T., *Methadon: hulpmiddel of wondermiddel*, Leuven, Garant, 1994.

BALTHAZAR, T., "Substitutieprodukten: een wijziging van de Drugwet is even moeilijk als noodzakelijk" in DE RUYVER, B., en DE LEENHEER, A., *Drugbeleid 2000*, Antwerpen, Maklu, 1994, 285-294.

BOUTMANS, E., "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak" in CHRISTIAENSENS, S. en GOETHALS, J. (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, Leuven, Acco, 1994, 33-59.

BOUTMANS, E. en LUYTEN, D., *Drugs*, Antwerpen, Van Loghum Slaterus,1981.

BROSENS, W., "De wet en de drugs", *R.W.* 1976-77, 1025.

BROSENS, W., "Drugs: de strafbare feiten" in *Comm. Strafr.* , Antwerpen, losbl.

DECOURRIERE, A., "Le délit d'entretien de toxicomanie", *Journ. proc.* 1984, afl. 36, 23.

DECOURRIERE, A., *Le toxicomane. Criminel et malade?*, Brussel, Presses universitaires de Bruxelles, 1986.

DECOURRIERE, A., "Questions relative à l'usage, à la détention et au trafic des stupéfiants et problèmes liés au traitement des toxicomanes", *R.D.P.* 1985, 625.

DE NAUW, A., "Overzicht van rechtspraak. Tien jaar vernieuwde drugwet", *R.W.* 1986-87, 834-851.

DE NAUW, A., *Drugs*, in *A.P.R.* , Antwerpen, E. Story-Scientia, 1998.

DE NAUW, A., "Tien jaar drugwet (1985-1995)", *R.W.* 1996-97, 449-460.

J.C., "Methadonverstrekking. Enkele bedenkingen naar aanleiding van een recent proces", *Panopticon* 1984, 356.

MAHIEU, H., "Drugs: de straffen", *Comm. Strafr.* Antwerpen, losbl.

MATTON, P. en MALHERBE, Ph., "De geneeskundige verzorging en het verbod op overconsumptie", *T. Gez.* 1997-98, 218-225.

MERCKX, D., "Betreffende art. 3, derde lid Drugwet", *R.W.* 1988-89, 471- 473.

NYS, H., en PRIMS, A., *Ziekenhuiswetgeving in een impasse*, Heule, UGA, 1979.

NYS, H., "Apotheker, arts en drugs. Enkele gezondheidsrechtelijke aspecten van het voorschrijven en afleveren van drugs", *Panopticon* 1986, 339-344.

NYS, H., "Professionele autonomie, vrijheid van medisch handelen en beperking van middelen" in BAERT, H. (ed.), *Welzijn en gezondheid in 2002: kiezen en/of delen*, Leuven, Referatenboek Lucas-Congres, 1995, DI-5-3-5, meervoudig gepagineerd.

NYS, H. en SCHOTSMANS P., "Professional autonomy in Belgium", *Theoretical Medicine*, 2000, 425-439.

NYS, H., "Toedienen van verdovende middelen" in DE BAUW, M. e.a., *Recht voor verpleegkundigen en vroedvrouwen*, Mechelen, Kluwer, 2003, 6de herwerkte editie, 206-209.

PIETERS, F., "Dura lex, sed lex. Minister van Volksgezondheid J. Santkin en methadonverstrekking", *Panopticon* 1995, 69-73.

RENAER, M., "De diagnostische en therapeutische vrijheid in de moderne gezondheidszorg", *T. Orde Geneesh.* 1989, afl. 46, 39.

SCREVENS, R., "Le juge face à la toxicomanie. Répressions et/ou traitement?", *R.D.P.* 1986, 933.

VAN CAUWENBERGHE, K., "Nieuwe wetgeving inzake drugs", *T.V.W.* 2003, nr. 8, 408-413.

VANDEPLAS, A., "Kanttekeningen bij de immuniteit van de geneesheer", *Vl. T. Gez.* 1990-91, 111-136.

VAN DROOGHENBROECK, P., "Le délit d'entretien de toxicomanie", *J.T.* 1973, 189.
VAN EECKHOUTTE, W., PLETS, I., "Alcohol en drugs op de arbeidsplaats: een zichtbaar taboe?", *Soc. Kron.* 2000, 569-584.

TITEL XI. HONORARIUM VAN DE ARTS

ANRYS, H., "Les honoraires médicaux", *J.T.* 1971, 125-126.
RYCKMANS, X. en MEERT-VAN DE PUT, R., *Les récents arrêtés en matière d'art de guérir*, Brussel, Larcier, 1968.
BAEYENS, A. en DERIEUW, S., "Supplementen aanrekenen aan de patiënt: wat kan, wat mag?", *T. Gez.* 1997-98, 68-82.
CALCOEN, P. en CORREMANS, B., "Honorariumsupplementen van arsten bij opname in een ziekenhuis", *R.W.* 1995-96, 377-389.
CLAEYS, A., "Informatieplicht inzake medische honoraria: een nieuw K.B. Ook een nieuwe waarborg voor de patiënt?", *Vl. T. Gez.* 1991-92, 386-390.
CUYPERS, A., "De financiering van de ziekenhuizen door inpandgeving van de schuldvorderingen op de ziekenfondsen", *R.W.* 1992-93, 1050-1053.
DE BOECK, A., "De matiging van het overdreven honorarium van een ziekenhuisarts bij verblijf van een patiënt in een eenpersoonskamer", *R.W.* 1994-95, 755.
DECLERCQ, L., "Enkele beschouwingen i.v.m. het arrest van het arbeidshof Antwerpen dd. 23 sept. 1983", *Vl. T. Gez.* 1984-85, 369-370.
DESMET, C., *Pharmaceutical firms' generosity and physicians: legal aspects in Belgium*, 14th World Congress on Medical Law, Maastricht, Book of Proceedings, II, 2002, 390-391.
DEWALLENS, F., "Ereloonsupplementen kunnen overdreven, maar nooit onredelijk zijn", *Vl. T. Gez.* 1993-94, 216-222.
DEWALLENS, F., "Over de grenzeloze eerloosheid van onbegrensde erelonen", *Vlaams Jurist Vandaag* 1994, nr. 4, 6.
DEWALLENS, F. en VAN GOETHEM, R., "Ereloonafspraken tussen kinesitherapeuten", *T. Gez.* 1998-99, 62-65.
DEWALLENS, F., "Eigendomsrecht en kostenregeling in ziekenhuisverband" in X, *De arts en zijn honorarium*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 89-128.
GEELHAND, N., "Le juge aux prises avec la lettre et l'esprit de l'article 909 du Code civil", *R.C.J.B.*, 1991, 116-141.
GONTHIER, W., "De omvang van het ereloon" in X, *De arts en zijn honorarium*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 1-26.
GOSSERIES, Ph., "La collaboration des médecins et des praticiens de l'art dentaire à l'assurance-maladie obligatoire", *J.T.T.* 1970, 50.
LECLERCQ, M., "Un médecin lié par l'accord national définissant les honoraires est-il obligé d'appliquer à ses patients les tarifs prevus par l'accord non seulement en tant que maxima mais aussi en tant que minima?", *J.T.T.* 1974, 274-275.
LORENT, A., "La notion de dernière maladie en droit des libéralités", *Rev. not. b.* 1979, 622-628.
LUST, A., "Zijn ereloonafspraken steeds verboden?" in X., *De arts en zijn honorarium*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 45-88.
LUST, A., "Gebruiksvergoedingsovereenkomst in de tandartsenpraktijk: verboden dichotomie", *T. Gez*, 1999-2000, 142-146.
MALLEMS, I. en CLAEYS, A., "Art. 34 quater van de wet van 9 aug. 1963: een klein artikel in de branding", *Vl. T. Gez.* 1984-85, 371-374.
MAROY, L., "Wanneer verjaart een ziekenhuisfactuur?", *Medi-ius*, 1994, nr. 4, 7-8.
NYS, H., "Opmerkingen over het bindend karakter van de code van medische plichtenleer en onkostenvergoedingen door ziekenhuisgeneesheren", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 37-39.
NYS, H., "Honorariumverdeling onder artsen", *R.W.* 1988-89, 407-409.
NYS, H., "Art. 909 B.W." in COENE, M. e.a., *Comm. Erf.* , Antwerpen, losbl.
NYS, H., "Artikel 909 B.W. en het gezondheidsrecht. Of hoe ontwikkelingen in de gezondheidszorg rechtsnormen kunnen beïnvloeden" in VANDENBERGHE, H. e.a. (ed.), *Actuele problemen uit het notarieel recht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1985, 121-137.

SENAEVE, P., *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2004.
STEENBERGEN, J., "Professionele vennootschappen, het aanwenden van vennootschapsvormen bij de uitoefening van een vrij beroep", *T.P.R.* 1974, 219-296.
SWENNEN, H., "Concurrentie in het medisch beroep" in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1989, 91-162.
SWENNEN, L., "Over artikel 909 B.W. en feitelijk vermoeden van beïnvloeding en captatie", *R.W.* 1977-78, 1959-1962.
VAN LANGENDONCK, J. en PUT, J., *Handboek Sociale zekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000.
VANSWEEVELT, T., "Overeenkomsten omtrent honorariadeling", *R.W.* 1987-88, 1032-1035.
VANSWEEVELT, T., "De cadeaucultuur in de medische sector: there's no such thing as a free lunch?", *T. Gez.* 1998-99, 12-22.
VUYE, H. en WERY, P., "La prescription de l'action des prestataires de soins: l'article 2277*bis* du Code Civil", *J.T.* 1995, 93-95.
WERY, P. en VUYE, H., "Een voorbeeld van programmawetgeving: artikel 2277*bis* B.W.", *R.W.* 1995-96, 440-444.
WERY, P. en VUYE, H., "Ziekenhuisrekening en bevrijdende verjaring. Een eerste cassatiearrest omtrent art. 2277*bis* B.W. Cassatie 24 januari 1997", *R. Cass.* 1998, 27-32.

TITEL XII. ARTS EN ANDERE BEROEPEN EN VOORZIENINGEN IN DE GEZONDHEIDSZORG

BALTHAZAR, T., "Substitutie van geneesmiddelen", *Vl. T. Gez.* 1994-95, 107-136.
BOES, M., "De ziekenhuisgeneesheer als ambtenaar", *Vl. T. Gez.* 1992-93, 343.
CALLENS, S., "Conflicten tussen ziekenhuisarts en beheerder naar aanleiding van een nieuwe algemene regeling", *T. Gez.* 1996-97, 207-210.
CALLENS, S., "Opzegging van het contract tussen arts en ziekenhuisbeheerder", *T. Gez.* 1999-2000, 276-278.
CALLENS, S., "De verhouding algemene regeling versus individueel contract van de ziekenhuisarts", *T. Gez.* 2002-03, 325-327
CALLENS, S. en PEERS, J., *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 97-100.
CALLENS, S., "Het statuut van de ziekenhuisarts" in X., *Recht in beweging*, Leuven, KUL, Rechtsfaculteit Leuven, 2003, 85-97.
DE BRUYCKERE, L., "Het statuut en de aansprakelijkheid van de apotheker in de rechtsverhouding tot de arts en de patiënt" in X., *Het geneesmiddel juridisch bekeken*, Gent, Mys en Breesch, 1998, 91-124.
DE SMET, J., "Het statuut en de aansprakelijkheid van de officina-apotheker", *Jura Falc.* 1999-2000, 193-235.
DEWALLENS, F., "Over ziekenhuisgeneesheren en andere artsen werkzaam in het ziekenhuis", *Vl. T. Gez.* 1993-94, 48-53.
DEWALLENS, F. en VAN GOETHEM, R., "Kwalificatieproblemen bij het vaststellen van het ondergeschikt verband bij ziekenhuisgneesheren", *Vl. T. Gez.* 1994-95, 145-151.
DEWALLENS, F., "Het nieuwe statuut van de kinesitherapeut en de weerslag ervan op de praktijk van andere beroepen in de gezondheidszorg. Een eerste commentaar", *Vl. T. Gez.* 1995-96, 94-107.
DEWALLENS, F., "Eigendomsrecht en kostenregeling in ziekenhuisverband" in X., *De arts en zijn honorarium*, Gent, Mys en Breesch, 1996, 89-128.
DIEGENANT, A., "Enkele beschouwingen over het statuut van de paramedische beroepen", *Vl. T. Gez.* 1992-93, 173-177.
DILLEMANS, R., "De wetgevende besluiten betreffende de uitoefening van de geneeskunst in perspectief", *T.P.R.* 1974, 173-248.
GEENS, K., "De professionele vennootschap van geneesheren", *Vl. T. Gez.* 1987-88, 83-95.
GEENS, K., "Kan een eenpersoonsvennootschap ziekenhuisgeneesheer zijn?", *T.R.V.* 1990, 374-381.

HEYLEN, R., "Over ziekenhuizen, verpleegkundigen, anesthesiologen en chirurgen", *Vl. T. Gez.* 1984-86, 329-341.

HEYLEN, R., "De marginale toetsingsplicht van de apotheker", *Vl. T. Gez.* 1987-88, 117.

HEYLEN, R., "De arts als orgaan van het O.C.M.W.", *Vl. T. Gez.* 1989, 36-37.

HEYLEN, R., "De civielrechtelijke aansprakelijkheid van verpleegkundigen", *Vl. T. Gez.* 1989-90, 89-111.

HEYLEN, R., "De geneesheer-werknemer in een privaat ziekenhuis", *Vl. T. Gez.* 1989, 305-309.

HEYLEN, R., "Het recente K.B. van 18 juni 1990 en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de anesthesioloog voor anesthesie verpleegkundigen. Medico-legale aspecten van de epidurale analgesie bij de zwangere, toegepast op de vroedvrouwen", *Vl. T. Gez.* 1990-91, 180-190.

HEYLEN, R., "Het K.B. van 18 juni 1990 en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van verpleegkundigen" in X., *De aansprakelijkheid in ziekenhuisverband,* Gent, Mys en Breesch, 1994, 82-92.

HOMBROECKX, L., "Legal issues of the exercise of pharmacists" in CALLENS, S. (ed.), *Chapters on pharmaceutical law*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 181-190.

JANSSENS, Ph., "Het monopolie van de apotheker", *Vl.T. Gez.* 1981-82, 171-184.

LEMMENS, E. en RABAU, P., "De kinesitherapeut werd terecht uitoefenaar van geneeskunde. Een kritische commentaar", *T. Gez.* 1996-97, 67-72.

LIETAERT, B. en NEYT, B., "Geen arbeidsovereenomst wanneer arbeid niet vergoed wordt met loon?", *A.J.T.* 1996-97, 239-242.

MEERT-VAN DE PUT, R., "Le problème de la responsabilité professionnelle dans le cadre de l'exercice en société de la profession médicale" in *L'exercice en société des professions libérales*, Luik, 2001, 157-170.

MEYNTJENS-APERS, M., *Het juridisch statuut van de O.C.M.W.-ziekenhuisgeneesheren*, Brugge, Die Keure, 1991.

MEYNTJENS-APERS, M., "De aard van de rechtsverhoudingen tussen de ziekenhuisarts en het O.C.M.W.-ziekenhuis", *Vl. T. Gez.* 1991-92, 310-314.

MOENS, G. en VAN DER MIJNSBRUGGE, E., "Het juridisch statuut van de tandarts", *Jur. Falc.* 1969-70, 87-99.

NYS, H., "De arts als apotheker. Kan dat nog?", *R.W.* 1977-78, 126-138.

NYS, H., "Reclameregelingen voor de beoefenaars van een paramedisch beroep", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 149-159.

NYS, H. (ed), *Recht en verpleegkunde*, Antwerpen, Kluwer, 1984.

NYS, H., "Apotheker, arts en drugs. Enkele gezondheidsrechtelijke aspecten van het voorschrijven en afleveren van drugs", *Panopticon* 1986, 337-339.

NYS, H., "Bevoegdheid en aansprakelijkheid van (ziekenhuis) verpleegkundigen in recente gerechtelijke uitspraken" in DEVYT, C. en DEFLOOR, T., (ed.), *Verpleegkunde: open venster op de toekomst,* Leuven, Acco, 1987, 175-186.

NYS, H., "Patiëntenvervoer als paramedisch beroep", *A. Hosp.* 1988, nr. 4, 71-72.

NYS, H., "De nieuwe kinesitherapeut is aangekomen", *A. Hosp.* 1995, nr. 2, 66-67.

NYS, H., "Specifieke bepalingen betreffende het statuut van de ziekenhuisarts" in *Handboek Ziekenhuiswetgeving*, Brussel, Kluwer Editorial, losbl.

NYS, H., "Over de bevoegdheid van de vroedvrouw", *R.W.* 2000-01, 1427-1428.

NYS, H., "De relaties tussen de ziekenhuisbeheerder en de ziekenhuisartsen bij fusie" in *Op maat gesneden. Samenwerking tussen ziekenhuizen in Vlaanderen voor de 21ste eeuw*, Brussel, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, 1999, 30-37.

NYS, H., "Medische en paramedische beroepsuitoefening. Over oftalmologen en opticiens" in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 467-488.

NYS, H., "Het Arbitragehof en de uitoefening van de kinesitherapie", *R. W.* 1996-97, 1052.

PHILIPSEN, N.J. en FAURE, M.G., "The regulation of pharmacists in Belgium and the Netherlands: in the public or private interest?", *Journal of Consumer Policy* 2002, 151-201.

PHILIPSEN, N.J., *Regulation of and by pharmacists in the Netherlands and Belgium: an economic approach,* Antwerpen, Intersentia, 2003.

POPELIER, G., "De verkiezing en de samenstelling van de medische raad. Een onderzoek naar de toepasbaarheid van het uitvoeringsbesluit", *Vl. T. Gez.* 1990-91, 37-55.

ROLAND, M., *Pharmacie et Société, I, Législation et déontologie pharmaceutique*, Louvain-la-Neuve, 1997.

SCHUTYSER, K., "De ziekenhuisarts in wetgeving en medische deontologie – Een spanning tussen professie en institutie" in X., *Liber Amicorum André Prims*, Gent, Mys en Breesch, 1995, 301-317.

SIMOENS-DESMET, A., "Evolutie van de toepassing van de wet op de uitoefening van de verpleegkunde", *Vl. T. Gez.* 1990-91, 165-170.

SWENNEN, H., *Juridische organisatie van het vrij beroep*, Antwerpen, Kluwer, 1975.

VAN DAELE, D., "Het juridisch statuut van de medische raad in een ziekenhuis", *Vl. T. Gez.* 1992-93, 347-353.

VANHOVE, M., "Uitoefening van de verpleegkunde. Toepassingsproblemen bij art. 54*bis* van het K.B. nr. 78 betreffende de uitoefening van de geneeskunde, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en het uitvoeringsbesluit van 8 december 1993", *De Gemeente* 1993, 12, 697-699.

VERCAMMEN, C., "Beoordelingsvrijheid in dienstverband: na de geneesheer, ook de advokaat onder arbeidsovereenkomst?", *R.W.* 1992-93, 1354-1358.

VERMAERKE, R., "Het K.B. nr. 407 van 18 april 1986 en het statuut van de ziekenhuisgeneesheer", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 89-93.

VERMEIR, J., "Raakvlakken tussen de OCMW-wet en de ziekenhuiswet", *Vl. T. Gez.* 1991-92, 380.

TITEL I

UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE

HOOFDSTUK I

WETTIGE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE

AFDELING I

KORT HISTORISCH OVERZICHT

1 De uitoefening van de geneeskunde wordt geregeld door het K.B. nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen (*B.S.* 14 november 1967, voortaan geciteerd als W.U.G.).

Artikel 50 § 1, eerste lid W.U.G. heeft de Wet van 12 maart 1818 tot regeling van hetgeen de beoefening van de verschillende takken van de geneeskunst betreft, opgeheven (zie: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Les Droits et les obligations des médecins*, Brussel, 2 vol., 1971-72, nr. 4, hierna geciteerd als *Droits et Obligations*; zie voor een uitvoerige bespreking van de vroegere wetgeving: J.W. SERRUYS, *La profession médicale et la jurisprudence*, Brussel, Larcier, 1940).

2 De W.U.G. is in oorsprong een bijzonder machtenbesluit, genomen op grond van de Volmachtenwet van 31 maart 1967, *B.S.* 4 april 1967. Volgens DILLEMANS is een element van verklaring voor het gebruik van bijzondere machten tot regeling van een op het eerste gezicht niet dringende aangelegenheid als de uitoefening van de geneeskunde te vinden "in de vrees die in regeringsmiddens en ook in vele geneesherenmiddens bestond voor een behandeling in het openbaar, waardoor de geneesherenorganisaties, gewild of ongewild, gebruikmakend van de situatie, aan wederzijds opbod zouden gaan doen" (R. DILLEMANS, "De wetgevende besluiten betreffende de uitoefening van de geneeskunst in perspectief", *T.P.R.* 1974, 175). Zie i.v.m. de verenigbaarheid van de W.U.G. met de Volmachtenwet van 31 maart 1967: R.v.St., Nationaal verbond van de socialistische ziekenfondsen, nr. 15.533, 27 oktober 1972.

Uit de in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerde aanhef van het K.B. nr. 78 betreffende de geneeskunst en het K.B. nr. 79 betreffende de Orde des geneesheren blijkt dat die besluiten zijn genomen na het advies van de Raad van State en van de in de raad vergaderde ministers. Het bestaan van die twee adviezen is het enige bij de wet gestelde vormvereiste en de wet legt geen volgorde op waarin die adviezen moeten worden gegeven (Cass. 13 april 1989, *Arr. Cass.* 1989, 832; *Pas.* 1989, I, 832; *R.W.* 1989-90, 758).

3 De oorspronkelijke benaming van de W.U.G. luidde: "betreffende de geneeskunst, de uitoefening van de daaraan verbonden beroepen en de geneeskundige commissies". De Wet van 20 december 1974 die de uitoefening van de verpleegkunde regelt, wijzigde het opschrift in "betreffende de geneeskunst, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en de geneeskundige commissies". Artikel 27 van de Wet van 10 augustus 2001 (*B.S.* 1 september 2001) heeft aan de wet het huidige opschrift gegeven.

AFDELING II

GENEESKUNDE EN GENEESKUNST

4 Artikel 1 W.U.G. maakt een merkwaardig onderscheid tussen geneeskunst en geneeskunde. Volgens die bepaling omvat de geneeskunst: de geneeskunde, de tandheelkunde inbegrepen, uitgeoefend t.a.v. menselijke wezens, en de artsenijbereidkunde, onder hun preventief of experimenteel, curatief, continu en palliatief voorkomen (continu en palliatief voorkomen toegevoegd door art. 9 Wet 18 juni 2002 betreffende de palliatieve zorg, *B.S.* 26 oktober 2002; experimenteel toegevoegd door art. 34 § 4 Wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon, *B.S.* 18 juni 2004).

Het gebeurt niet zelden dat de wetgever zelf geneeskunst (*art de guérir*) en geneeskunde (*art médical*) door elkaar haalt. Een flagrant voorbeeld vindt men in artikel 2*bis* W. Kh. Daar is sprake van geneeskunde i.p.v. geneeskunst. Naar de letter is het resultaat het omgekeerde van wat de wetgever met die bepaling op het oog had.
De W.U.G. heeft enkel betrekking op de preventieve en de curatieve zorg t.a.v. menselijke wezens. Zie voor de geneeskundige zorg voor dieren: de Wet van 28 augustus 1991 op de uitoefening van de diergeneeskunde, *B.S.* 15 oktober 1991.

AFDELING III

WETTELIJK MONOPOLIE VAN ARTSEN

§ 1. Terminologie

5 In dit werk zal consequent gebruik worden gemaakt van de benaming "arts" of "artsen". Weliswaar heeft de wetgever tot nu toe de voorkeur gegeven aan "geneesheren" (zie: bv. Orde des geneesheren) maar er zijn geen dwingende redenen om aan deze verouderde terminologie de hand te houden. Daarentegen zijn er goede redenen om "arts" i.p.v. "geneesheer" te gebruiken. "Arts" behoort tot het dagelijkse taalgebruik, zeker in combinaties als huisarts, tandarts, kinderarts, schoolarts e.d. Gelet op het groeiend aantal vrouwen die de geneeskunde beoefenen, stemt "geneesheer" al lang niet meer overeen met de maatschappelijke realiteit. Het Arbitragehof besliste dat de bepalingen van de W.U.G. zo moeten worden gelezen dat ze ook de academische graad van "arts" beogen, behaald in overeenstemming met het Decr. Vl. R.van 12 juni 1991 betreffende de universiteiten (Arbitragehof nr. 78/92, 17 december 1992, *B.S.* 19 januari 1993).

§ 2. Algemeen en uitsluitend karakter van het monopolie

6 Niemand mag de geneeskunde uitoefenen die niet aan de daarvoor gestelde voorwaarden (zie verder, nr. 10 e.v.) beantwoordt (art. 2 § 1, eerste lid). Dat monopolie heeft een tweevoudig kenmerk: met uitsluiting van alle andere, zijn artsen bevoegd de geneeskunde uit te oefenen (exclusief karakter van het monopolie). Het monopolie heeft betrekking op "de" geneeskunde (algemeen karakter van het monopolie).

7 Wat het eerste kenmerk betreft: hierop bestaan twee wettelijke uitzonderingen. Zowel de vroedvrouw (art. 2 § 2) als de tandarts (art. 3) zijn bevoegd, ieder op hun beperkt domein, de geneeskunde te beoefenen (zie verder, nr. 1559 e.v. en nr. 1539 e.v.).

8 Het algemeen karakter van het monopolie houdt in dat iedere arts bevoegd is alle handelingen die tot de geneeskunde kunnen gerekend worden, te beoefenen. Van de meest eenvoudige tot de meest gesofistikeerde handeling. Hoewel de W.U.G. nog steeds uitgaat van de algemeenheid van het artsenmonopolie, komt dit kenmerk in de praktijk steeds meer in het gedrang onder de druk van de erkenning van talrijke medische specialismen (zie verder, nr. 27 e.v.).

9 Ook juridisch staat de algemeenheid van het artsenmonopolie steeds meer onder druk. Artikel 11, derde lid W.U.G. geeft aan de Koning de bevoegdheid om het voorschrijven van bepaalde geneesmiddelen voor te behouden aan bepaalde groepen van artsen, houders van een bijzondere beroepstitel, die al dan niet werkzaam zijn in bepaalde medische diensten, erkend krachtens de Wet op de ziekenhuizen. De Koning heeft hiervan tot nu toe geen gebruik gemaakt. In de Memorie van Toelichting bij het ontwerp dat de Wet van 20 december 1995 is geworden, wordt deze bepaling verantwoord door te verwijzen naar Richtlijn 92/26/EG waarin de mogelijkheid is opgenomen om het voorschrijven van geneesmiddelen voor te behouden voor bepaalde beroepsbeoefenaren of voor bepaalde praktijkomstandigheden. Zie: H. NYS, "De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 1994 en 1995", *T. Gez.* 1996-97, 93, noot 8. Artikel 3 Wet 13 juni 1999 betreffende de controlegeneeskunde bepaalt dat de controlegeneeskunde enkel mag worden verricht door een arts die vijf jaar ervaring heeft als huisarts of een daarmee vergelijkbare praktijk (zie verder, nr. 122). Enkel de wetgever kan beperkingen stellen aan de algemeenheid van bevoegdheid. Een verbod de huisartsgeneeskunde te beoefenen in het kader van de ziekteverzekering houdt een zodanige beperking in van het recht de geneeskunde uit te oefenen dat niet de minister maar de wetgever bevoegd is om dat verbod uit te vaardigen (R.v.St., Tichon en Mennes, nr. 59.844, 3 juni 1996).

AFDELING IV

VOORWAARDEN TOT WETTIGE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE

§ 1. Wettelijk diploma

A. OORSPRONG VAN HET DIPLOMAVEREISTE

10 De W.U.G. eist het bezit van het wettelijk diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde, tenzij men van deze verplichting wettelijk is vrijgesteld (art. 2 § 1) of tenzij men gelijkgesteld is met de houder van zo'n wettelijk diploma (art. 44*ter* § 1).

Het wettelijk diploma vereiste is nog relatief recent. Vóór de W.U.G. was die eis niet uitdrukkelijk gesteld. Volgens een advies van de Raad van State kon men in de periode voorafgaand aan de W.U.G. "bezwaarlijk spreken van een activiteit waarvoor het diploma van dr. in de genees-, heel- en verloskunde is vereist. Geen rechtstreekse en formele bepaling van de wet verbiedt de geneeskunst uit te oefenen zonder in het bezit te zijn van het genoemd diploma. Het doel de geneeskunst alleen te laten uitoefenen door personen die daartoe het gewenst diploma bezitten, wordt door de wetgever op onrechtstreekse wijze bereikt waar hij bij artikel 4 a) Wet 12 maart 1818 bepaalt dat de provinciale geneeskundige commissies de titels nagaan en beoordelen van hen die zich op het grondgebied van de provincie vestigen om er een tak van de geneeskunst de beoefenen" (Ontwerp van wet betreffende de Orde der geneesheren, *Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172/1, 42).

B. WETTELIJK KARAKTER VAN HET DIPLOMA

11 Artikel 2 § 1 W.U.G. eist een wettelijk diploma (zie hierover: R. VERSTEGEN, "Academische graden en bekwaamheidsbewijzen", *Jur.Falc.* 1975-76, 167; *id.*, "Wegwijs in de onderwijswetgeving", *R.W.* 1977-78, 701). Een louter wetenschappelijk diploma volstaat dus niet (Luik 14 maart 1950, *Jur. Liège* 1950, 249, bevestigd door Cass. 18 september 1950).

De rechter die een veroordeling uitspreekt wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde dient vast te stellen dat de betrokkene het vereiste diploma niet bezit of althans daarvan niet was vrijgesteld (Cass. fr. 19 december 1974, *Gaz.Palais* 22 maart 1975, 10 noot D.S.). Dit kan echter gebeuren op een impliciete maar zekere wijze (Cass. 7 maart 1978, *Arr. Cass.* 1978, 788; *Pas.* 1978, I, 763).

C. STAND VAN ZAKEN IN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP

12 Het Decreet van 12 juni 1991 betreffende de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap (*B.S.* 4 juli 1991) heeft de academische graad van doctor in de genees-, heel- en verloskunde vervangen door de graad van "arts". De bepalingen van de W.U.G. en de regels met betrekking tot de opleiding van artsenspecialisten waar ze nog verwijzen naar de academische graad van "doctor in de genees, heel- en verloskunde" moeten voor wat de Vlaamse Gemeenschap betreft worden gelezen dat ze ook de academische graad van "arts" beogen, die werd behaald in overeenstemming met het Decreet van 12 juni 1991.

Hetzelfde geldt voor de andere regelingen inzake de toegang tot ambten of opleidingen waarin de academische graad van "doctor in de genees-, heel- en verloskunde" wordt vereist (Arbitragehof nr. 78/92, 17 december 1992, *B.S.* 19 januari 1993; *Vl. T. Gez.* 1992-93, 319-322, noot G. DUVILLIER, "Doctor in de genees-, heel- of verloskunde of arts?").

Vanuit formeel logistiek oogpunt is het wenselijk dat de terminologie die gehanteerd wordt in de formulering van de beroepsuitoefeningsvoorwaarden expliciet zou worden aangepast aan de wetgeving op het toekennen van de academische graden, maar het is aan de nationale wetgever dit te doen (Arbitragehof nr. 78/92, 17 december 1992, *B.S.* 19 januari 1993). Op grond van artikel 49*quater* W.U.G. kan de Koning de benamingen van de diploma's die toegang verlenen tot het uitoefenen van de beroepen of activiteiten vermeld in o.m. artikel 2 aanpassen aan de benamingen van de diploma's afgeleverd door de Gemeenschappen. Zie voor een voorbeeld: artikelen 1 en 2 K.B. 25 november 1991 houdende de lijst van bijzondere beroepstitels voorbehouden aan de beoefenaars van de geneeskunde, met inbegrip van de tandheelkunde, *B.S.* 14 maart 1992.

D. WETTELIJKE VRIJSTELLING VAN HET DIPLOMA

13 Artikel 2 § 1 W.U.G. laat de mogelijkheid open dat iemand wettelijk wordt vrijgesteld van het diplomavereiste, zonder dit nader uit te werken.

Artikel 49*ter* W.U.G. machtigt de Koning om, zelfs aan personen die geen diploma bezitten, op advies van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Geneeskunde van België of van de "Académie royale de Médecine de Belgique", bijzondere vrijstellingen te verlenen voor de uitoefening van zekere delen van de geneeskunst zodat zij in België een beperkte klinische opleiding kunnen volgen en dit in het kader van de medische en wetenschappelijke samenwerking met landen die geen lidstaat zijn van de Europese Unie. Deze vrijstellingen kunnen slechts toepasselijk zijn op wat er uitdrukkelijk op vermeld staat en de begunstigden van deze vrijstellingen mogen in geen enkel geval het beroep waarbinnen zij tot een beperkte activiteit toegelaten werden, op eigen verantwoordelijkheid uitoefenen. Deze werkzaamheden kunnen evenmin een grond vormen voor een erkenning bedoeld in artikel 35*sexies* W.U.G. of voor het uitvoeren van verstrekkingen die aanleiding kunnen geven tot een tussenkomst bepaald bij de Gecoördineerde Wet van 14 juli 1994 betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen.
Artikel 49*ter* kwam tot stand door artikel 206 van de Wet van 22 februari 1998 houdende sociale bepalingen, *B.S.* 3 maart 1998. Artikel 209 van dezelfde wet hief artikel 57 R.B. 31 december 1949 tot coördinatie van de wetten op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens op. Artikel 7 K.B. 20 juli 1971 tot vaststelling van de voorwaarden tot en de procedure van het verlenen van de gelijkwaardigheid van buitenlandse diploma's en getuigschriften (*B.S.* 5 augustus 1971) werd door artikel 208 van de Wet van 22 februari 1998 opgeheven voor wat betreft de beroepen of activiteiten die, in het kader van de W.U.G., geregeld worden op initiatief van de minister die de Volksgezondheid in zijn bevoegdheid heeft.

E. GELIJKSTELLING OP GROND VAN GELIJKWAARDIGHEID

14 Artikel 44*ter* § 1 W.U.G. stelt gelijk met de houder van het wettelijk diploma van arts de Europees onderdaan die houder is van een diploma, certificaat of andere titel van arts dat beantwoordt aan de bepalingen vastgesteld door de minister conform de bepalingen van de Richtlijn "Artsen" en dat werd erkend door de minister conform artikel 44*octies* § 1.

Zie voor de definitie van "Europees onderdaan": artikel 1*bis* W.U.G. Met de Richtlijn "Artsen" wordt bedoeld de Richtlijn 93/16/EEG van de Raad van 5 april 1993 ter vergemakkelijking van het vrij verkeer van artsen en de onderlinge erkenning van hun diploma's, certificaten en andere titels (art. 44*bis*, 4° W.U.G.). Het M.B. 14 januari 1993 stelt de lijst vast van diploma's, certificaten

en andere titels van arts afgeleverd door de lidstaten van de Europese Gemeenschap (*B.S.* 10 maart 1993). Na zich ervan vergewist te hebben dat de ingediende documenten echt zijn en conform aan de bepalingen van het van toepassing zijnde M.B. en uiterlijk drie maanden nadat het dossier volledig werd ingediend, levert de minister een erkenning af. Wanneer de minister oordeelt dat niet aan alle voorwaarden voldaan is om een erkenning te verlenen, deelt hij dit per aangetekende brief aan de belanghebbende mee (art. 44*octies* § 1 en § 2 W.U.G.). Europese onderdanen die houder zijn van een diploma, certificaat of titel bedoeld in het M.B. 14 januari 1993 maar die niet beantwoorden aan de bepalingen van het van toepassing zijnde M.B. en die hun beroep wensen uit te oefenen, dienen aan te tonen dat de tekorten in hun opleiding later werden aangevuld ofwel door een bijkomende opleiding ofwel door een passende beroepservaring in die domeinen waar de tekorten zich voordeden. Hiertoe dienen zij een aanvraag in, gestaafd met de nodige documenten, bij de Directie Geneeskundepraktijk (art. 44*quaterdecies* W.U.G.).
In een resolutie van 24 juli 1997 betreffende migrerende artsen binnen de Gemeenschap verzocht de Raad van de Europese Unie de Commissie om verder onderzoek te doen naar de toepassing in de lidstaten van de bepalingen ter vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vestiging en van vrije dienstverlening wat de werkzaamheden van artsen betreft in het kader van de Richtlijn 93/16/EEG (*PB.* 241/2, 7 augustus 1997).

15 Naast deze gelijkwaardigheid op grond van het Europees recht, dient ook de gelijkwaardigheid op grond van Belgische wetgeving nog te worden vermeld. Artikel 49*bis* § 1 W.U.G. bepaalt dat andere buitenlanders dan Europese onderdanen, wier buitenlands diploma door de bevoegde autoriteiten van een Gemeenschap gelijkwaardig werd verklaard en die in België beroepsactiviteiten wensen uit te oefenen vermeld in artikel 2 W.U.G., hun beroep pas kunnen uitoefenen nadat zij hiertoe door de Koning toegelaten werden en nadat zij bovendien de andere voorwaarden voor het uitoefenen van hun beroep, vermeld in die wet, vervuld hebben. Krachtens § 2 van artikel 49*bis* moeten deze personen een gemotiveerde aanvraag tot uitoefening van hun beroep indienen bij de minister die de Volksgezondheid tot zijn bevoegdheid heeft. Wanneer de aanvraag betrekking heeft op een beroep waarvoor het bezit van een diploma betreffende de geneeskunde is vereist, wordt de aanvraag voorafgaandelijk voor advies voorgelegd aan de Koninklijke Vlaamse Academie voor Geneeskunde van België of aan de "Académie royale de médecine de Belgique".

Artikel 49*bis* werd ingevoegd door artikel 205 Wet 22 februari 1998 houdende sociale bepalingen (*B.S.* 3 maart 1998). Artikel 204 van die wet voegde artikel 1*bis* in de W.U.G. in, dat een definitie geeft van "Europese onderdaan". Artikel 208 Wet 22 februari 1998 hief artikel 2 Wet 19 maart 1971 betreffende de gelijkwaardigheid van de buitenlandse diploma's en studiegetuigschriften op voor wat betreft de beroepen of activiteiten die, in het kader van de W.U.G. geregeld worden, op initiatief van de minister die Volksgezondheid in zijn bevoegdheid heeft.
De opheffing van artikel 2 Wet 19 maart 1971 voor wat betreft de gezondheidszorgberoepen en de invoeging van artikel 49*bis* in de W.U.G. was een reactie op de arresten Talib van de Raad van State (R.v.St., Talib, nr. 52.793, 12 april 1995 en R.v.St., Talib, nr. 58.407, 23 februari 1996). Door deze arresten schorste resp. vernietigde de Raad van State de beslissing van de provinciale geneeskundige commissie van Waals Brabant tot weigering van een visum aan een Marokkaan die in 1993 het diploma van arts in Frankrijk had behaald. De beslissing van de provinciale geneeskundige commissie stelde vast dat de arts voldeed aan de voorwaarden vermeld in artikel 2 Wet 2 maart 1971. De Raad van State oordeelde dat artikel 2 niet van toepassing was op wie houder is van een diploma dat recht geeft op de uitoefening van een beroep en dat als gelijkwaardig is erkend. Volgens de toelichting bij het artikel dat artikel 49*bis* W.U.G. is geworden kan "deze interpretatie van de wetgeving een ernstige bedreiging vormen voor de volksgezondheid. Om het even welke (zelfs niet gekwalificeerde) buitenlander zou – zelfs zonder enig diploma te bezitten – de toelating kunnen krijgen om een wettelijk geregeld beroep in de gezondheidssector uit te

oefenen". Daarom werd de "situatie van voor het arrest ondubbelzinnig terug ingevoerd" en werd aan de minister die de Volksgezondheid in zijn bevoegdheid heeft "gegeven wat hem eigenlijk al jaren had moeten toekomen, namelijk het onderzoek van de dossiers voor aanvragen tot uitoefening van de gezondheidsberoepen en de beslissing over de geldigheid van de motieven die hiervoor aangevoerd worden" (*Parl. St.* Kamer 1996-97, nr.1184/1, 33-34).
Rekening houdende met het ernstig karakter van het verzoek en het ernstig en onomkeerbaar nadeel dat de aangevochten handeling hem riskeert toe te brengen, namelijk het verhinderen om gedurende twee jaar in België de geneeskunde uit te oefenen en de derving van de inkomsten daaruit, werd de schorsing bevolen van de weigering tot gelijkstelling van het buitenlands diploma van verzoeker met het Belgisch diploma van doctor in de geneeskunde (R.v.St., Salovic, nr. 60.365, 28 maart 1996, *J.L.M.B.* 1996, 1518, noot D. LAGASSE, "Le Conseil d'Etat peut-il suspendre un acte administratif négatif?").

§ 2. Visum

A. OORSPRONG EN BELANG VAN DE VISUMPLICHT

16 Overeenkomstig artikel 2 § 1 W.U.G. mag niemand de geneeskunde uitoefenen die, naast het vereiste diploma, bovendien de voorwaarden gesteld bij artikel 7 § 1 of § 2 van deze wet niet vervult. Artikel 7 § 1 legt de verplichting op vooraf de titel te laten viseren door de provinciale geneeskundige commissie, bevoegd overeenkomstig de plaats waar men zich wenst te vestigen. Het visum wordt verleend tegen de betaling van een bijdrage. De Koning bepaalt de bedragen en de betalingsmodaliteiten van deze bijdrage. Artikel 7 § 2 betreft het voorlopig visum, in afwachting van de bekrachtiging van het diploma.

Artikel 44*septiesdecies* W.U.G. legt aan Europese onderdanen die op grond van artikel 44*octies* een erkenning hebben gekregen om het beroep van arts in België uit te oefenen de verplichting op hun erkenningstitel vooraf te laten viseren door de provinciale geneeskundige commissie, bevoegd overeenkomstig de plaats waar zij zich wensen te vestigen.

De visumverplichting werd reeds opgelegd door de Wet van 12 maart 1818 en bevestigd door het nog van kracht zijnde artikel 1 K.B. 31 mei 1885 houdende goedkeuring nieuwe onderrichtingen voor geneesheren. Deze verplichting was voornamelijk van belang toen de W.U.G. nog niet expliciet een diplomavoorwaarde stelde (zie boven, nr. 10). Nu de wet een dergelijke verplichting wel bevat en nu bovendien de diploma's worden gehomologeerd, heeft de visumplicht veel van haar belang verloren. Uit artikel 37 § 1, 2°, a W.U.G. kan men afleiden dat de bedoeling van de visumplicht bestaat in het controleren van de echtheid van het voorgelegde diploma. Volgens RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT strekt de visumplicht ertoe de provinciale geneeskundige commissies in staat te stellen het toezicht, dat hen door de wet wordt opgedragen uit te oefenen (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 51; zie over het visum ook: K. GEENS, *Het vrij beroep. Enkele theoretische beschouwingen aan de hand van een vergelijkende studie naar Belgisch recht van de reglementering ter zake van de beroepen van arts, advocaat, architect en bedrijfsrevisor*, Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid, 1986, nr. 567, noot 6; Y. THIRY, "Art de guérir", in *R.P.D.B.*, deel 7, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 31).
Het visum mag niet worden verward met de registratie in de federale databank van de beoefenaars van de gezondheidszorgberoepen (Wet 29 januari 2003 houdende oprichting van de federale databank van de beoefenaars van de gezondheidszorgberoepen, *B.S.* 29 januari 2003).

B. VISUMPLICHT BIJ VERPLAATSING VAN VESTIGING EN BIJ MEERDERE VESTIGINGSPLAATSEN

17 Het viseren van de titel dient te gebeuren door de provinciale geneeskundige commissie bevoegd overeenkomstig de plaats waar men zich wenst te vestigen. Hieruit kan worden afgeleid dat bij overplaatsing van de praktijk naar een gemeente gelegen binnen de bevoegdheid van een andere provinciale geneeskundige commissie het diploma opnieuw moet worden geviseerd. Artikel 7 § 1 W.U.G. maakt geen onderscheid tussen een beginnende en een gevestigde arts (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 53).

De Minister van Volksgezondheid sprak zich in antwoord op een parlementaire vraag in dezelfde zin uit: "een arts die zijn medische praktijk voor het grootste deel naar een andere plaats overbrengt, moet dit laten weten aan de provinciale geneeskundige commissie van de provincie waar hij zich gaat vestigen. Het eerste toegekende visum is terzelfdertijd een legalisering van het diploma en een inschrijving op de lijst van de orde (*sic*). De naderhand verleende visa dienen slechts om de arts te registreren op het niveau van de provincie waar hij woont" (*Hand.* Senaat 1992-93, 10 juli 1992, 888, Vr. nr. 56 KUIJPERS). In een advies van 15 februari 1992 was de Nationale raad van de Orde der geneesheren van mening dat "bij transfer van een arts naar een andere provinciale raad het door de initieel bevoegde provinciale geneeskundige commissie aangebracht visum volstaat" ("Overschrijving van een geneesheer naar een andere provinciale raad", *T. Orde Geneesh.* 1992, nr. 56, 37). Na kennis te hebben genomen van het standpunt van de Minister voor Volksgezondheid bevestigde de nationale raad "op deontologisch vlak zijn advies van 15 februari 1992. Aan dit standpunt wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat op bestuurlijk vlak een arts die zijn hoofdactiviteit naar een andere plaats overbrengt, een nieuw visum moet vragen aan de provinciale geneeskundige commissie van de provincie waar hij zich gaat vestigen" ("Transfert van een geneesheer naar een andere provinciale raad", *T. Orde Geneesh.* 1993, nr. 59, 27). Anders gezegd: de arts die zich vestigt in een andere provincie dan waar hij voorheen zijn medische activiteiten had, moet zijn diploma laten viseren door de provinciale geneeskundige commissie van deze provincie.

Op de vraag of een arts die zijn medische bedrijvigheid uitoefent in meer dan één provincie, zijn diploma door de provinciale geneeskundige commissies van beide provincies dient te laten viseren, of enkel door de commissie van de provincie waar hij zijn voornaamste bedrijvigheid heeft, wordt uiteenlopend geantwoord. De Minister van Volksgezondheid was in 1982 van mening dat artikel 7 § 1 W.U.G. betekent dat de arts die in meer dan één ambtsgebied een vestigingsplaats heeft, zijn diploma moet laten viseren door elke geneeskundige commissie (*Vr. en Antw.* Kamer 1981-82, 20 juli 1982, 2121, Vr. nr. 109 KUIJPERS). Enkele jaren later antwoordde een andere Minister van Volksgezondheid dat "wanneer een geneesheer zijn beroep uitoefent in verschillende provincies, de geneeskundige commissie van de provincie waar hij zijn voornaamste beroepsactiviteit heeft, het visum verleent" (*Vr. en Antw.* Kamer 1988-89, 18 juli 1989, 5568, Vr. nr. 170, VANHORENBEEK). Deze opvatting treft men ook aan bij RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT met dien verstande dat de arts wel de provinciale geneeskundige commissie op de hoogte moet brengen van zijn vestiging, indien hij in een andere provincie gevestigd blijft (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 54). Gelet op de formulering van artikel 7 § 1 W.U.G. valt niet in te zien waarom slechts een visum moet worden aangevraagd in de provincie waar men zijn hoofdactiviteit heeft. Ervan afgezien dat hoofdactiviteit en nevenactiviteit niet altijd duidelijk van elkaar zijn te onderscheiden en dat bovendien verschuivingen in deze activiteiten zich kunnen voordoen, is voor dit onderscheid geen steun in de wet te vinden.
(Voor de procedure i.v.m. de visering van het diploma, zie: art. 9 K.B. 7 oktober 1976 betreffende de organisatie en de werkwijze van de geneeskundige commissies, *B.S.* 4 februari 1977).

C. VRIJSTELLING VAN DE VISUMPLICHT

18 Volgens artikel 44*decies* W.U.G. mag een Europees onderdaan die in een andere lidstaat dan België, in Noorwegen, in IJsland of in het Vorstendom Lichtenstein gevestigd is als arts, en daar op wettige wijze zijn beroep uitoefent, in België "daden van geneeskunde" verrichten zonder de erkenning te bezitten bedoeld in artikel 44*octies* en zonder te voldoen aan de visumplicht bedoeld in artikel 44*septiesdecies*.

In dat geval moet hij wel vooraf een verklaring indienen bij de Directie Geneeskundepraktijk van het Ministerie van Volksgezondheid aan de hand van een formulier waarvan het model door de minister wordt goedgekeurd. In spoedgevallen dient deze verklaring zo snel mogelijk na de dienstverrichting te worden ingediend. De Directie Geneeskundepraktijk brengt o.a. de bevoegde provinciale geneeskundige commissie op de hoogte (art. 44*decies* W.U.G.).

D. INTREKKING VAN HET VISUM

19 Krachtens artikel 37 § 1, 2°, b W.U.G. heeft de provinciale geneeskundige commissie tot taak in haar ambtsgebied het visum van een arts in te trekken wanneer, op advies van medische deskundigen aangeduid door de Nationale raad van de Orde der geneesheren, vastgesteld wordt dat deze arts niet meer voldoet aan de vereiste fysieke of psychische geschiktheden om, zonder risico's, de uitoefening van zijn beroep voort te zetten.

De wet bepaalt niet om welke risico's het gaat: risico's voor de gezondheid en veiligheid van welbepaalde patiënten? Voor de volksgezondheid?
Bij het uitoefenen van deze opdracht is de provinciale geneeskundige commissie exclusief uit artsen samengesteld, nl. de voorzitter, ondervoorzitter en secretaris van de commissie die allen arts zijn, en de twee artsen-leden van de commissie (art. 37 § 2, tweede lid W.U.G.). De procedure die voor de provinciale geneeskundige commissie moet worden gevolgd bij intrekking van het visum is geregeld in artikel 7 § 2, a en artikelen 11 t.e.m. 23 K.B. 7 oktober 1976 betreffende de organisatie en de werkwijze van de geneeskundige commissies (*B.S.* 4 februari 1977). Tegen de beslissing van de provinciale geneeskundige commissie kan beroep worden ingesteld bij de geneeskundige commissie van beroep (art. 37 § 4, tweede lid W.U.G.). De samenstelling, de organisatie, de werking en de procedure voor deze geneeskundige commissie van beroep is geregeld in de artikel 24 e.v. K.B. 7 oktober 1976 betreffende de organisatie en de werkwijze van de geneeskundige commissies (*B.S.* 4 februari 1977).

20 Het verlenen van het visum is een administratieve formaliteit (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 51). Dit betekent dat het visum niet op voorhand kan worden geweigerd om gezondheidsredenen. Tot de wijziging van de W.U.G. door artikel 186 Wet 25 januari 1999 (*B.S.* 6 februari 1999) kon evenmin worden overgegaan tot intrekking van het visum alvorens de fysieke of psychische ongeschiktheid was vastgesteld.

Een en ander bracht met zich mee dat een provinciale geneeskundige commissie diende te wachten op het advies van de medische deskundigen alvorens over te gaan tot de intrekking van het visum. De voorlopige intrekking van het visum bij wijze van bewarende maatregel was wettelijk niet toegelaten. De provinciale geneeskundige commissie van Luik had voorlopig, in het kader van een spoedprocedure beslist het visum van een arts in te trekken zonder de betrokkene te horen of op te roepen en zonder het vereiste advies van de medische deskundigen af te wachten. Door de Franstalige geneeskundige commissie van beroep werd deze beslissing vernietigd omdat het in de toenmalige stand van de wetgeving niet mogelijk was het visum voorlopig in te trekken, zelfs in

het belang van de volksgezondheid. De commissie van beroep betreurde deze leemte maar legde zich daar bij neer (Commission médicale de recours d'expression française 24 januari 1988, *Jur. Liège* 1988, 755).
Door zich te onttrekken aan het medisch onderzoek door de deskundigen aangeduid door de Nationale raad van de Orde der geneesheren kon een arts de intrekking van het visum dwarsbomen. Zie: Antwerpen 30 juni 1998, *T. Gez.* 2000-01, 14-16.

21 Om hieraan paal en perk te stellen heeft artikel 186 Wet 25 januari 1999 enkele bepalingen toegevoegd aan artikel 37 § 1, 2°, b W.U.G. Krachtens het tweede lid van *littera* b heeft de beroepsbeoefenaar niet de vrijheid om zich aan het onderzoek door de deskundigen te onttrekken. De Nationale raad van de Orde der geneesheren had reeds vroeger de weigering te verschijnen voor het college van deskundigen als een deontologische fout gekwalificeerd, te beoordelen door de provinciale raad van de orde ("Provinciale geneeskundige commissie", *T.Orde Geneesh.* 1990, nr. 48, 15). Onttrekt een arts zich toch aan het onderzoek, dan kan de provinciale geneeskundige commissie op grond van artikel 37 § 1, 2°, b, derde lid bij eenparige beslissing het visum intrekken gedurende de periode die nodig is om het advies van de deskundige(n) in te winnen. Die periode mag nooit meer dan drie maanden bedragen maar is "herhaalbaar".

Op grond van artikel 37 § 1, 2°, b, vierde lid kan de provinciale geneeskundige commissie, bij eenparige beslissing het visum intrekken gedurende de periode die nodig is om het advies van de deskundige(n) in te winnen wanneer de fysieke of psychische ongeschiktheid van een arts dusdanig is dat ernstige gevolgen voor de patiënten kunnen worden gevreesd. In dit geval mag die periode nooit meer dan twee maanden bedragen maar zij is eveneens "herhaalbaar".

Artikel 37 § 1, 2°, b, laatste lid bepaalt dat aan deze "voorlopige intrekking" een einde komt zodra de geneeskundige commissie een definitieve uitspraak heeft gedaan.

Zoals reeds gezegd kan tegen de beslissing tot intrekking van het visum door een provinciale geneeskundige commissie beroep worden ingesteld bij de geneeskundige commissie van beroep. Dit beroep is schorsend (art. 37 § 4, tweede lid W.U.G.). Vermits deze bepaling geen enkel onderscheid maakt tussen een intrekking van een visum na advies van medische deskundigen en een intrekking bij eenparigheid zonder een dergelijk advies (de voorlopige intrekking), is het beroep tegen de intrekking in beide gevallen schorsend.

Het optreden van de provinciale geneeskundige commissie in deze aangelegenheid wordt eveneens bemoeilijkt door onduidelijkheid over het op gang brengen van de procedure tot intrekking van het visum. Artikel 11 K.B. 7 oktober 1976 betreffende de organisatie en de werkwijze van de geneeskundige commissies (*B.S.* 4 februari 1977), bepaalt dat, wanneer een lid van de commissie verneemt dat een arts niet meer voldoet aan de fysieke of psychische geschiktheid, hij de voorzitter hiervan in kennis brengt die de procedure kan starten. Of deze procedure ook kan in werking treden op verzoek van collega's of zelfs derden blijkt niet duidelijk. In het hiervoor besproken geval waarin uitspraak werd gedaan door de Franstalige commissie van beroep bleek dat de procedure was op gang gekomen na klacht (*sic*) van meerdere collega's van de betrokken arts. Hoe dan ook lijkt het uitgesloten dat een arts die een collega in behandeling heeft en bij wie hij

fysieke of psychische ongeschiktheid meent vast te stellen, gegevens hieromtrent meedeelt aan de provinciale geneeskundige commissie. Dergelijke gegevens vallen onder zijn zwijgplicht krachtens artikel 458 Sw. Het probleem stelt zich eveneens wanneer een provinciale raad van de Orde der geneesheren dergelijke gegevens wil overmaken aan de provinciale geneeskundige commissie ("Toxicomanie – Beroepsgeheim", *T. Orde Geneesh.* 1990, nr. 49, 18). In een advies van 12 februari 1992 stelde de Nationale raad van de Orde der geneesheren dat een provinciale raad van de orde "bij vermoeden van ongeschiktheid dit ambtshalve dient mee te delen aan de provinciale geneeskundige commissie voor verder gevolg". Zo mogelijk dient dit te gebeuren met het akkoord van de klager. Krachtens artikel 30 Wet Orde geneesheren zijn de leden van de provinciale raad door het beroepsgeheim gebonden in alle zaken waarvan zij kennis hebben gekregen bij of ter gelegenheid van de uitoefening van hun ambt. Daarom stelt de nationale raad voor dat een provinciale raad die wordt geconfronteerd met een klacht inzake de ongeschiktheid van een arts geen eigen onderzoek zou instellen, maar de klacht onmiddellijk aan de bevoegde provinciale geneeskundige commissie overmaken. Indien de provinciale raad op deontologische gronden toch reeds een onderzoek zou zijn gestart, dan mag de provinciale raad "alleen in die uitzonderlijke omstandigheden waarin het algemeen belang duidelijk zou overwegen op het beroepsgeheim" relevante gegevens uit het dossier aan de geneeskundige commissie kunnen overmaken ("Provinciale geneeskundige commissies", *T. Orde Geneesh.* 1992, nr. 56, 34 en "Toxicomanie", *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 85, 22).

22 Vanaf het ogenblik dat de intrekking van het visum definitief is, verliest de betrokken arts het recht de geneeskunde uit te oefenen (zie: art. 38 § 1, 1e W.U.G.: gewoonlijk beoefenen van de geneeskunde zonder in het bezit te zijn van een visum is strafbaar).

Krachtens artikel 37 § 4 W.U.G. en artikel 23 § 1 K.B. 7 oktober 1976 betreffende de organisatie en de werkwijze van de geneeskundige commissies (*B.S.* 4 februari 1977), dient een definitieve beslissing tot intrekking van het visum onmiddellijk te worden gemeld aan de bevoegde provinciale raad van de Orde der geneesheren. Die raad zal vervolgens overgaan tot de weglating van de naam van de betrokken arts uit de lijst van de Orde der geneesheren (art. 6, 1°, tweede lid Wet Orde geneesheren) (zie verder, nr. 157).

Zowel de intrekking van het visum als de weglating van de naam van de lijst hebben voor gevolg dat de arts niet langer de geneeskunde kan beoefenen. Tussen beide consequenties bestaat er wel een klein verschil. Wie medische handelingen stelt zonder over een visum te beschikken is strafbaar voorzover hij dit gewoonlijk doet (art. 38 § 1, 1° W.U.G.). Wie medische handelingen verricht nadat zijn naam werd weggelaten van de lijst is strafbaar op grond van artikel 31 Wet Orde geneesheren. Dit artikel eist geen gewoonte.

23 Nergens is bepaald of de intrekking van een visum voor bepaalde duur of voor onbepaalde duur kan worden opgelegd en/of deze zelfs een "levenslang" karakter kan hebben. In de praktijk wordt de intrekking van het visum voor bepaalde duur (enkele weken; enkele maanden) opgelegd. Geen enkele wetsbepaling verzet zich daar uitdrukkelijk tegen. Toch kan men zich afvragen of dit strookt met de bedoeling van de wetgever. Vooreerst beschikt de provinciale geneeskundige commissie voor de minder ernstige gevallen van ongeschiktheid over de bevoegdheid om het behoud van het visum te verbinden aan de naleving van voorwaarden (zie verder, nr. 24). Dit lijkt erop te wijzen dat de intrekking van het visum is voorbehouden voor de meer ernstige gevallen waarin een maatregel van kortere duur minder aangewezen is. Dat de provinciale raad van de Orde der geneesheren moet overgaan tot de weglating

van de naam van de betrokken arts van de lijst van de Orde der geneesheren kan eveneens worden beschouwd als een aanwijzing dat de intrekking van het visum is bedoeld om de betrokken arts zoniet permanent dan toch voor een langere duur de bevoegdheid te ontnemen de geneeskunde te beoefenen. Ook al is het zo dat nergens is bepaald dat de weglating een permanent karakter zou dienen te hebben of van onbepaalde duur zou zijn, uit de aard van de maatregel kan toch worden afgeleid dat hij niet is bedoeld om slechts voor enkele weken of maanden te worden toegepast.

Wat de vraag betreft of de intrekking van het visum "levenslang" is of van onbepaalde duur, verdient het tweede antwoord de voorkeur. Indien door een medische behandeling de fysieke of psychische ongeschiktheid kan worden opgeheven, kan het ingetrokken visum opnieuw worden verleend. Vermits het in het algemeen moeilijk voorspelbaar is hoelang deze behandeling zal dienen te duren, kan ook hier een argument worden gevonden voor de stelling dat de intrekking van een visum voor een bepaalde en korte duur niet in overeenstemming is met de bedoeling van deze maatregel.

E. VOORWAARDELIJK BEHOUD VAN HET VISUM

24 Krachtens artikel 37 § 1, 2° b) W.U.G. kan een provinciale geneeskundige commissie het behoud van het visum afhankelijk maken van de aanvaarding door de arts van zekere beperkingen. Vermits dit alszodanig geen invloed heeft op de bevoegdheid medische handelingen te stellen, wordt deze maatregel niet hier behandeld (zie verder, nr. 165).

§ 3. Inschrijving op de lijst van de Orde der geneesheren

25 Voor de inschrijving op de lijst van de Orde der geneesheren, zie verder, nr. 132. Hier wordt slechts aandacht besteed aan de consequenties van het (niet)-ingeschreven zijn op de lijst t.a.v. de bevoegdheid medische handelingen te stellen.

26 Artikel 38 § 1, 1° W.U.G. stelt strafbaar iedereen die gewoonlijk medische handelingen stelt zonder op de lijst van de Orde der geneesheren ingeschreven te zijn. Overeenkomstig artikel 31 Wet Orde geneesheren is strafbaar met de sancties voorzien in artikel 38 § 1, 1° W.U.G., de arts die de geneeskunde uitoefent indien hij niet op de lijst van de orde is ingeschreven terwijl hij daartoe verplicht is. In dit geval is geen gewoonte vereist. Eén feit zou volstaan (voor een voorbeeld van een vervolging en veroordeling wegens overtreding van beide bepalingen, zie: Cass. 28 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1988, 251; *Pas.* 1988, I, 233; *R.D.P.* 1988, 200 noot J.S.).

Artikel 13, vierde lid Wet Orde geneesheren 25 juli 1938 bepaalde dat de overtreders van het definitief verbod de geneeskunde uit te oefenen onder de toepassing vielen van de Strafwet tot beteugeling van de onwettige uitoefening van de geneeskunde. Vermits toen reeds de onwettige uitoefening van de geneeskunde als een gewoontemisdrijf gold, werd hieruit afgeleid dat het beoefenen van de geneeskunde door een arts zonder inschrijving slechts strafbaar was zo dit op

gewoonlijke wijze gebeurde. Het Hof van Cassatie heeft deze interpretatie niet gevolgd: elke handeling is strafbaar (Cass. 10 februari 1960, *Arr. Cass.* 1960, 533; *Pas.* 1960, I, 633; *R.D.P.* 1959-60, 686).
De huidige formulering van artikel 31 Wet Orde geneesheren sluit iedere discussie hierover uit.

AFDELING V

ERKENNING VAN HUISARTSEN EN ARTSEN-SPECIALISTEN

§ 1. Wettelijke basis

27 Artikel 35*ter* W.U.G. draagt de Koning op de lijst van bijzondere beroepstitels en van bijzondere beroepsbekwaamheden vast te stellen voor de beoefenaars van de geneeskunde.

De lijst van bijzondere beroepstitels voor de beoefenaars van de geneeskunde, bedoeld in artikel 35*ter* W.U.G. werd vastgesteld bij K.B. 25 november 1991 houdende de lijst van bijzondere beroepstitels voorbehouden aan de beoefenaars van de geneeskunde, met inbegrip van de tandheelkunde, *B.S.* 14 maart 1992.
Artikel 1 vermeldt als bijzondere beroepstitels deze van "huisarts" en van "arts-specialist in de" (gevolgd door een welbepaald specialisme). Artikel 2 bevat een lijst van bijzondere beroepstitels voorbehouden aan de titularissen van de academische graad van arts die reeds houders zijn van één van de in artikel 1 vermelde bijzondere beroepstitels.

28 Niemand kan een bijzondere beroepstitel dragen of zich beroepen op een bijzondere beroepsbekwaamheid dan na door de minister tot wiens bevoegdheden de Volksgezondheid behoort of de door hem gemachtigde ambtenaar hiertoe te zijn erkend (art. 35*quater*). Deze erkenning wordt toegekend overeenkomstig de door de Koning vastgestelde erkenningsprocedure en voorzover is voldaan aan de erkenningscriteria vastgesteld door de Minister van Volksgezondheid (art. 35*sexies*). Krachtens artikel 35*septies* blijven de erkenningscriteria die van toepassing waren op de datum van inwerkingtreding van de Wet van 19 december 1990 (*B.S.* 29 december 1990) die geleid heeft tot de hier besproken bepalingen behouden, in afwachting dat de nieuwe bepalingen worden vastgesteld overeenkomstig de artikelen 35*ter* en 35*sexies* W.U.G.

§ 2. Erkenning van huisartsen

29 De erkenningsregels en -criteria voor huisartsen zijn vastgesteld in K.B. 21 april 1983 tot vaststelling van de nadere regelen voor erkenning van geneesheren-specialisten en van huisartsen (*B.S.* 27 april 1983) en het M.B. van 3 mei 1999 tot vaststelling van de erkenningscriteria voor huisartsen (*B.S.* 8 juli 1999).

Het Decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 5 april 1995 tot wijziging van het Decreet van de Vlaamse Gemeenschap betreffende de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap om de organisatie van een specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde te organiseren en andere bepalingen betreffende de universiteiten (*B.S.* 29 juli 1995) bepaalt in artikel 4 § 2 dat "de totale studieomvang van de opleiding in de huisartsgeneeskunde drie studiejaren bedraagt, namelijk het vierde

studiejaar van de tweede cyclus van de opleiding tot arts en de twee studiejaren van de opleiding in de huisartsgeneeskunde". Dit betekent dat het vierde studiejaar van de tweede cyclus van de opleiding tot arts meetelt als huisartsopleiding alhoewel de studenten dan nog niet de bevoegdheid hebben zelfstandig de geneeskunde te beoefenen. Na een verzoek tot vernietiging van deze bepaling te hebben ontvangen, stelde het Arbitragehof drie prejudiciële vragen aan het Europees Hof van Justitie betreffende de interpretatie van artikel 31, eerste lid, d van Richtlijn 93/16/EEG ter vergemakkelijking van het vrij verkeer van artsen (Arbitragehof nr. 6/97, 19 februari 1997, *R.W.* 1996-97, 253-255; *J.T.* 1997, 430 noot X. DELGRANGE en P. VAN YPERSELE; *J.L.M.B.* 1997, 864 noot E. COLLA). Deze bepaling schrijft voor dat tijdens de huisartsopleiding de kandidaat persoonlijk aan beroepsactiviteiten dient deel te nemen en in de verantwoordelijkheden van degenen met wie hij werkt dient te delen. Het Arbitragehof legde aan het Hof van Justitie o.m. de vraag voor of deze bepaling betekent dat de specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde pas kan worden aangevat nadat de betrokkene het diploma van arts heeft behaald en/of het persoonlijk deelnemen aan beroepsactiviteiten en het delen in de verantwoordelijkheden van degenen met wie hij werkt, impliceert dat de kandidaat werkzaamheden van arts uitoefent die voorbehouden zijn aan de houders van de graad van arts. In een arrest van 16 juli 1998 heeft het Hof van Justitie deze vraag als volgt beantwoord (H.v.J. 16 juli 1998, *PB.* 10 oktober 1998, 312/1; *Jur. H.v.J.* 1998, I, 4837, concl. COSMAS). De opleiding tot huisarts houdt geenszins de zelfstandige uitoefening van het beroep van arts in en met name de vrijheid een diagnose te stellen en een therapie voor te schrijven. De richtlijn vereist het deelnemen aan de beroepsactiviteiten van een arts die volledig bevoegd is. Dit betekent dat de richtlijn niet het bezit van het basisdiploma van arts oplegt. De richtlijn legt het bezit van het basisdiploma van arts enkel op, op het ogenblik dat de specifieke opleiding tot huisarts wordt afgesloten. Vermits het hier om een minimale eis gaat, zijn de lidstaten wel vrij strengere eisen op te leggen die inhouden dat een kandidaat reeds op een vroeger moment het basisdiploma dient te bezitten. Vervolgens besliste het Arbitragehof dat "wellicht de decreetgever de kandidaat-huisarts toestaat persoonlijk deel te nemen aan de beroepsactiviteit en aan de verantwoordelijkheden van de persoon met wie hij samenwerkt, vermits hij de Europese richtlijn wil uitvoeren" (Arbitragehof nr. 120/98, 3 december 1998, *B.S.* 29 december 1998). Zodoende heeft de decreetgever geen aangelegenheid geregeld die tot het toepassingsgebied van de W.U.G. behoort en bijgevolg tot de bevoegdheid van de federale wetgever: "de opleiding in de huisartsgeneeskunde omvat noodzakelijkerwijze een stage tijdens welke de kandidaat bepaalde handelingen moet leren stellen onder de verantwoordelijkheid van een arts (...). Die organisatie overschrijdt niet de bevoegdheid van de decreetgever vermits gedurende het eerste jaar van de specifieke opleiding in de huisartsgeneeskunde, de student de geneeskunde niet beoefent: hij zal dat pas kunnen doen nadat hij het diploma van arts heeft behaald".

§ 3. Erkenning van artsen-specialisten

30 De erkenningsregels en -criteria voor artsen-specialisten zijn vastgelegd in het K.B. 21 april 1983 tot vaststelling van de nadere regelen voor erkenning van geneesheren-specialisten en van huisartsen (*B.S.* 27 april 1983) en M.B. van 30 april 1999 tot vaststelling van de algemene criteria voor de erkenning van geneesheren-specialisten, stagemeesters en stagediensten (*B.S.* 25 mei 1999). Voor ieder erkend medisch specialisme bestaan daarnaast nog bijzondere erkenningscriteria.

Krachtens artikel 16 K.B. 21 april 1983 tot vaststelling van de nadere regelen voor erkenning van geneesheren-specialisten mogen noch de arts-specialist in opleiding noch de stagemeester eenzijdig veranderingen aanbrengen of voortijdig een einde maken aan de stage-overeenkomst. De stagemeester die in strijd met artikel 16 de stage-overeenkomst voortijdig verbreekt, begaat een fout en moet het hierdoor veroorzaakte inkomensverlies van de stagedoende arts vergoeden (Brussel 15 september 1998, *T. Gez.* 1998-99, 380).

Beantwoordt niet aan de motiveringsplicht de beslissing tot verwerping van een aanvraag tot erkenning als arts-specialist die in de aanhef eenvoudig verwijst naar een advies dat niet in het besluit zelf is opgenomen, die niet vermeldt of dit advies voor verzoeker gunstig of ongunstig was,

en ook niet of de minister er zich al dan niet bij aansluit. De vaststelling dat verzoeker tot op zekere hoogte kennis heeft gehad van het advies doet niet ter zake, wanneer, bij gebrek aan betekening, niet vaststaat dat verzoeker kennis had van de volledige en exacte tekst van het advies. Verzoeker heeft er in die omstandigheden het raden naar welke juridische en feitelijke overwegingen aan de grondslag van de bestreden beslissing hebben gelegen (R.v.St., Mohan, nr. 45.639, 10 januari 1994).
De erkenning als arts-specialist geeft aan de erkende arts geen enkel monopolie op het stuk van de verstrekkingen, die tot zijn specialiteit behoren (R.v.St., Marin en Malfliet, nr. 53.694, 13 juni 1995).

31 Met het oog op het toekennen van dezelfde rechtsgevolgen als deze verbonden aan de Belgische erkenning als geneesheer-specialist, wordt gelijkgesteld met de houder van een dergelijke erkenning, de Europees onderdaan die houder is van een diploma, certificaat of andere titel van geneesheer-specialist, dat beantwoordt aan de bepalingen vastgesteld door de minister conform de bepalingen van de Richtlijn "artsen" en dat werd erkend door de minister conform artikel 44*octies* § 1 W.U.G. (art. 44*ter* § 2 W.U.G.).

HOOFDSTUK II

ONWETTIGE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE

AFDELING I

DELICTOMSCHRIJVING

32 Artikel 38 § 1, eerste lid W.U.G. stelt strafbaar het gewoonlijk stellen van een handeling of handelingen die behoren tot de geneeskunde hetzij zonder houder te zijn van het vereiste diploma of zonder er wettelijk van vrijgesteld te zijn, hetzij zonder te beschikken over het visum van de geneeskundige commissie, hetzij zonder op de lijst van de Orde der geneesheren te zijn ingeschreven.

In deze delictomschrijving kan men drie elementen onderscheiden. Strafbaar is het stellen van eenzelfde of verschillende handelingen die behoren tot de geneeskunde (afdeling II) door een onbevoegde persoon (afdeling III) op gewoonlijke wijze (afdeling IV).

33 Het verbod voor personen die geen arts zijn om gewoonlijk de Chinese acupunctuur uit te oefenen, doet geen afbreuk aan het recht op de eerbiediging van het privé-leven dat door artikel 8.1. E.V.R.M. wordt gewaarborgd. Het is evenmin in strijd met het tweede lid van dat artikel volgens hetwelk inmenging van enig openbaar gezag met betrekking tot de uitoefening van dat recht is toegestaan, voor zover die inmenging bij de wet is voorzien en zij een maatregel is die in een democratische samenleving nodig is o.m. voor de bescherming van de gezondheid (Cass. 20 juni 1990, *Arr. Cass.* 1990, 1342; *Bull.* 1990, 1189; *J.L.M.B.* 1991, 218; *Pas.* 1990, I, 1189).

AFDELING II

HANDELING OF HANDELINGEN BEHOREND TOT DE GENEESKUNDE

§ 1. Algemene beschouwingen

34 Artikel 38 § 1, eerste lid W.U.G. gebruikt de uitdrukking "handeling of handelingen die behoren tot de geneeskunde", zonder hieraan een omschrijving te geven. Elders in deze wet treft men evenmin een omschrijving aan. Ook de Richtlijn "Artsen" bevat geen definitie van activiteiten die beschouwd worden als activiteiten van een arts. In de mate dat er geen communautaire definitie bestaat van medische handelingen, is het de bevoegdheid van de lidstaten om een definitie te geven van deze handelingen (H.v.J. 3 oktober 1990, Bouchoucha, *Jur. H.v.J.* 1990, I., 03551).

35 Artikel 2 § 1, tweede lid en § 2, derde lid W.U.G. bepalen wat wordt beschouwd als onwettige uitoefening van de geneeskunde. Hieruit kan men afleiden dat een handeling behoort tot de uitoefening van de geneeskunde wanneer zij tot doel heeft of wordt voorgesteld tot doel te hebben, bij een menselijk wezen, hetzij het onderzoeken van de gezondheidstoestand, hetzij het opsporen van ziekten en gebreken, hetzij het stellen van de diagnose, hetzij het instellen of uitvoeren van een behandeling van een fysieke of psychische, werkelijke of vermeende pathologische toestand, hetzij de inenting, hetzij het toezicht op de zwangerschap, op de bevalling of op het *postpartum*, alsmede elk ingrijpen dat erop betrekking heeft. Zie in dezelfde zin: Arbitragehof nr. 78/92, 17 december 1992, *B.S.* 19 januari 1993.

36 Artikel 2 § 1 laatste lid W.U.G. geeft aan de Koning de bevoegdheid om, overeenkomstig artikel 46 van deze wet de in het vorige nr. opgesomde handelingen nader te omschrijven. Tot nu toe is dat niet gebeurd. Het ontbreken van die nadere omschrijving verhindert de strafrechter niet een veroordeling uit te spreken wegens inbreuk op artikel 2 W.U.G. (Cass. 10 oktober 1995, *Arr. Cass.* 1995, 867; *Pas.* 1995, I, 894; Gent 5 mei 1997, *T. Gez.* 1997-98, 346).

37 Voorts bestaan er meerdere wetten die het uitvoeren van een of andere handeling voorbehouden aan artsen. Men kan dergelijke handelingen beschouwen als behorend tot de geneeskunde. In sommige gevallen betreft het handelingen die ook reeds op grond van artikel 2 § 1, tweede lid behoren tot de uitoefening van de geneeskunde. In andere gevallen gaat het om handelingen die alszodanig daartoe niet behoren. Bij uitbreiding kunnen zij daar echter toe worden gerekend.

Tot de eerste categorie kan men rekenen de behandeling van een seksueel overdraagbare ziekte (art. 2 Besluitwet 24 januari 1945 profylaxe geslachtsziekten *B.S.* 26 januari 1945) en de transplantatie van een orgaan (art. 3 Orgaantransplantatiewet, *B.S.* 14 februari 1987). In beide gevallen gaat het om een handeling met als doel het behandelen van een pathologische toestand. Ook de Wet van 19 januari 1961 waarbij aan personen die wettig niet bevoegd zijn de geneeskunde te beoefenen, in uitzonderlijke omstandigheden toelating wordt verleend om bepaalde geneeskundige handelingen te verrichten (*B.S.* 31 juli 1961), kan tot deze categorie worden gerekend. Het Uitvoeringsbesluit van 1 augustus 1961 vermeldt twee geneeskundige handelingen, nl. intraveneuze inspuitingen en bloedafnemingen door aderpunctie. Ondanks de uitdrukkelijke aanwijzing als geneeskundige handeling bestaat er niettemin discussie of de bloedafname alszodanig dient te worden beschouwd (zie verder, nr. 57 e.v.).
Tot de tweede categorie behoort het wegnemen van weefsel of een orgaan dat door een arts dient te gebeuren, krachtens artikel 3 Orgaantransplantatiewet. Een zwangerschapsafbreking moet worden uitgevoerd door een arts om aan de strafbaarheid te ontsnappen (art. 350 Sw., zoals gewijzigd door de Wet zwangerschapsafbreking van 3 april 1990, *B.S.* 5 april 1990). Bloed of bloedderivaten mogen alleen door een arts of onder diens toezicht worden afgenomen of gebruikt (art. 3 Wet 5 juli 1994 betreffende bloed en bloedderivaten van menselijke oorspong, *B.S.* 8 oktober 1994). Opdat euthanasie geen misdrijf zou zijn, moet euthanasie worden verricht door een arts (art. 3 en art. 4 Wet 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, *B.S.* 22 juni 2002).

§ 2. Specifieke handelingen behorend tot de geneeskunde

A. PREVENTIEVE GENEESKUNDE OF HET VOORKOMEN VAN ZIEKTEN

38 Kan men het stellen van handelingen die behoren tot de preventieve geneeskunde beschouwen als het uitoefenen van de geneeskunde in de zin van de W.U.G.? Volgens artikel 1 van deze wet omvat de geneeskunst de geneeskunde, de tandheelkunde inbegrepen, uitgeoefend ten aanzien van menselijke wezens en de artsenijbereidkunde, onder hun curatief of preventief voorkomen. Daaruit kan men enkel afleiden dat de preventieve geneeskunde behoort tot de geneeskunde, hetgeen een vanzelfsprekendheid is. Artikel 2 § 1 van dezelfde wet vermeldt evenwel bij de handelingen die beschouwd worden als onwettige uitoefening van de geneeskunde niet handelingen die tot doel hebben het voorkomen van een ziekte.

RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT menen niettemin dat handelingen met een preventief doel zoals inentingen, diëten, hygiënische maatregelen, sanitaire controles tot de uitoefening van de geneeskunde kunnen worden gerekend. (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1017). Ook volgens LELEU en GENICOT behoort de preventieve geneeskunde zonder meer tot de geneeskunde wegens de ruime draagwijdte van de artikelen 1 en 2 W.U.G. (Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 40).
GEENS daarentegen treft in de W.U.G. tekstelementen aan die erop wijzen dat de wetgever niet heeft gedacht aan de preventieve geneeskunde alszodanig. Zo wordt de inenting, bij uitstek een handeling ter voorkoming van ziekte, apart vermeld terwijl slechts sprake is van de behandeling van een pathologische toestand. Wil men bekomen dat de preventieve geneeskunde in haar geheel binnen het monopolie valt van de arts, dan dringt "een ruime interpretatie van een overigens duidelijke strafbepaling" zich op. GEENS ziet een aantal argumenten die pleiten voor een ruime interpretatie. Vooreerst laat artikel 5 § 1 W.U.G. toe dat de uitvoering van maatregelen van preventieve geneeskunde wordt gedelegeerd aan beoefenaars van een paramedisch beroep. Dit impliceert dat deze maatregelen behoren tot het artsenmonopolie. Hierop zou men kunnen repliceren dat artikel 5 enkel betrekking heeft op de inenting. Het argument dat GEENS vervolgens aanhaalt betreft de praktijk van de bevallingen. Hij beschouwt dit als een typische preventieve activiteit die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde, op grond van artikel 2 § 2 W.U.G. GEENS besluit dat het niet duidelijk is of ook in preventieve typesituaties monopoliebescherming wordt verleend. Duidelijkheid bestaat er slechts voor wat betreft de inenting en de bevalling (K. GEENS, *a.w.*, nr. 498).

39 Of het bedrijven van preventieve geneeskunde beschouwd kan worden als het uitoefenen van geneeskunde is een verkeerde vraagstelling. De vraag is of een handeling gericht op het voorkomen van ziekte een handeling is die behoort tot de geneeskunde of, beter nog, of een handeling gericht op het voorkomen van ziekte samenvalt met of gepaard gaat met een handeling vermeld in artikel 2 § 1 W.U.G. Hieronder worden de in dat artikel vermelde handelingen bekeken op hun mogelijk verband met het voorkomen van ziekten.

40 Voor de inenting of vaccinatie stelt zich geen probleem omdat het in wezen juist gaat om een preventief geneeskundige activiteit.

41 Het onderzoeken van de gezondheidstoestand wordt nergens door de W.U.G. beperkt tot het curatief optreden van de arts. Artikel 1 van deze wet definieert de geneeskunst als omvattend de geneeskunde, de tandheelkunde en de artsenijbereidkunde "onder hun curatief, continu en palliatief voorkomen". Dezelfde bepaling en artikel 2 § 1 spreken van "een menselijk wezen", niet van een zieke of een patiënt. Het onderzoeken van iemands gezondheidstoestand in het kader van de preventieve geneeskunde, bv. een preventief kankeronderzoek, kan dan ook beschouwd worden als een handeling die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde.

42 Hetzelfde geldt voor het opsporen van ziekten en gebrekkigheden in het kader van een preventief geneeskundige activiteit. Ook in dit geval is er geen reden om een beperking aan te brengen tot de curatieve geneeskunde.

43 Voorzover het toezicht op de zwangerschap, de bevalling en het *postpartum* gebeuren met het oog op het voorkomen van ziekten kan ook hier worden gesproken van handelingen van preventieve geneeskunde die behoren tot geneeskunde in de zin van de W.U.G.

44 Moeilijker ligt het met het stellen van de diagnose en het instellen of het uitvoeren van een behandeling van een pathologische toestand. Zeker voor het instellen of uitvoeren van een behandeling geldt dat zij in een preventieve context niet voorkomen. Ook de diagnose heeft in het medisch taalgebruik duidelijk een curatieve bijklank. Niettemin meent GEENS dat de diagnose ook mogelijk is in een preventieve situatie (K. GEENS, *a.w.*, nr. 65). De eigenlijke vraag die zich hier aandient is of het vaststellen dat er geen ziekte is (het equivalent van de diagnose bij curatieve geneeskunde) en het aanraden van een bepaalde maatregel ter voorkoming van ziekte of preventieve raadgeving (het equivalent van de therapie) als een handeling behorend tot de uitoefening van de geneeskunde kunnen worden beschouwd.

Wat betreft het vaststellen van de afwezigheid van ziekte, dient een onderscheid te worden gemaakt. Wanneer deze vaststelling het resultaat is van een onderzoek van de gezondheidstoestand of het opsporen van een ziekte, dan gaat het om een handeling die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde. Men zou kunnen spreken van een negatieve diagnose. Wanneer echter geen onderzoek of opsporing heeft plaats gehad dan is er van uitoefening van de geneeskunde geen sprake. Men mag daarbij niet zomaar veronderstellen dat een onderzoek heeft plaats gehad, wanneer iemand vaststelt dat er geen ziekte is. Wanneer het aanraden van een bepaald middel tot voorkoming van een ziektetoestand gebeurt na een onderzoek, dan is eveneens sprake van uitoefening van de geneeskunde. Anders niet (vgl. RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1028). *De lege ferenda* houdt GEENS een pleidooi om de preventieve raadpleging onder het artsenmonopolie te brengen (K. GEENS, *a.w.*, nr. 511).

45 Tot nu toe hebben de hoven en rechtbanken zich niet uitgesproken over de vraag of een handeling gericht op het voorkomen van ziekte een handeling is die behoort tot uitoefening van de geneeskunde in de zin van de W.U.G.

In Nederland dient volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad het begrip uitoefening van de geneeskunde ruim te worden geïnterpreteerd. Het gaat niet uitsluitend om curatieve handelingen. In het zgn. pilarrest van 19 januari 1973 (*N.J.* 1973, 156) stelde de Hoge Raad dat onder genees-

kundig moet worden verstaan "op de geneeskunde betrekking hebbend, zonder onderscheid tussen curatieve en preventieve geneeskunde" (J.H. HUBBEN, *Psychotherapie en recht*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1984, 16).
In Frankrijk omschrijft artikel L 4161-1 Code de la santé publique het misdrijf van onwettige uitoefening van de geneeskunde als volgt: "toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient". Dit lijkt een engere omschrijving dan die in artikel 2 § 1 W.U.G. Enkel het stellen van een diagnose en de behandeling van ziekten en gebreken worden vermeld en beide behoren tot de curatieve geneeskunde. Toch besliste het Hof van Cassatie dat het misdrijf ook de uitoefening van de preventieve geneeskunde omvat. (Cass. fr. Ch. Crim 9 oktober 1973, *Gaz. Palais* 6 januari 1974, noot DOLL; *Rev. Dr. Sanitaire* 1973, 474 noot L. DUBOUIS). Iemand die werd vervolgd wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde beriep er zich op dat hij geen zieken behandelde maar gezonde personen hielp hun gezondheid te bewaren door o.a. het aanraden van dieetvoeding. Het Hof verwierp dit verweer met het argument dat "l'exercice de la médecine, au sens de l'art. 372 Code santé publique s'étend aussi bien de la médecine préventive que de la médecine réparatrice". Zowel DUBOUIS als DOLL vinden dit een gewaagde interpretatie maar toch keuren zij haar niet af omwille van het belang van de volksgezondheid.

46 Uit het voorgaande kan worden besloten dat de preventieve geneeskunde weliswaar deel uitmaakt van de geneeskunde (art. 1 W.U.G.) maar dat handelingen gericht op het voorkomen van ziekten niet zonder meer behoren tot de uitoefening van de geneeskunde in de zin van artikel 2 W.U.G. Van geval tot geval moet worden nagegaan of een maatregel gericht op het voorkomen van ziekten samenvalt met of minstens nauw verbonden is met een van de handelingen opgesomd in artikel 2 § 1 W.U.G.

B. ZELFZORG EN MANTELZORG

47 Een veel weerkerende vraag is of hulp die door familieleden en vrienden wordt verleend aan patiënten (zgn. mantelzorg) en hulp die men zichzelf verleent, vallen onder de handelingen die behoren tot de uitoefening van de geneeskunde. Zie voor een definitie van "mantelzorger": artikel 2, 8° Decreet Vl. Gem. 3 maart 2004 betreffende de eerstelijnsgezondheidszorg en de samenwerking tussen de zorgaanbieders (*B.S.* 20 april 2004): "een persoon die vanuit een sociale en emotionele band één of meerdere personen, niet beroepshalve maar meer dan occasioneel, helpt en ondersteunt in het dagelijkse leven wanneer de zelfzorg ontoereikend blijkt". Artikel 2, 14° definieert "zelfzorg" als "de persoonlijke beslissingen en acties in het dagelijks leven met het oog op het voorzien in de eigen basisbehoeften, en de daarbij aansluitende eigen activiteiten en vaardigheden".

De schaarse literatuur beantwoordt beide vragen negatief. Volgens GEENS helpt het vereiste van artikel 2 § 1 W.U.G. dat de handeling wordt gesteld met het doel te genezen veel problemen uit de wereld. Omwille van dit intentioneel element – en omwille van de eis van de gewoonte – is wat hij noemt familiale zelfhulp niet in strijd met de wet. En de delictomschrijving wil zeker niet beletten dat iemand bij zichzelf een diagnose stelt. (K. GEENS, *a.w.*, nr. 510; zie in dezelfde zin: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1055 en nr. 1085. Maar volgens dezelfde auteurs valt een "remède de bonne femme" met een curatief oogmerk toch onder de wet; zie verder, nr. 1024).
Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde i.v.m. hulp van familie en buren dat het belachelijk zou

zijn te verbieden dat familieleden elkaar wederzijds verzorging verlenen, wanneer die verzorging kalmerend en banaal van aard is en geen bijzondere bekwaamheid vereist vanwege diegene die ze toepast. Het hof noemt het vanzelfsprekend dat er van onwettige uitoefening van de geneeskunde geen sprake kan zijn in hoofde van een huismoeder die regelmatig een laxerend middel toedient aan haar kinderen. Dat zou wel het geval zijn moest zij bij haar kinderen met angina een amydalectomie, d.i. het wegnemen van de amandelen, toepassen. Volgens het hof hebben de hoven en rechtbanken noch onder de vroegere noch onder de huidige W.U.G. enige moeilijkheid ondervonden om uit te maken welke de handelingen zijn die eenvoudige verzorging van familieleden inhouden en welke daadwerkelijk behoren tot de uitoefening van de geneeskunde (Brussel 24 januari 1974, *J.T.* 1974, 249, *vgl.* Corr. Seine 31 maart 1952, *J.T.* 1952, 364). De Arbeidsrechtbank te Huy oordeelde dat het gebruikelijk is dat een huismoeder aspirine geeft aan een kind met koorts. Bovendien is het geen medicamenteuze behandeling vermits aspirine vrij verkrijgbaar is in een apotheek, zonder voorschrift van een arts (Arbrb. Huy 6 mei 1988, *Jur. Liège* 1988, 1191).

48 Er bestaat klaarblijkelijk eensgezindheid om zelfzorg en mantelzorg niet te beschouwen als professionele medische hulpverlening die het monopolie van artsen is. De vraag is wat de argumenten waarop dit steunt waard zijn. GEENS en in mindere mate RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT verwijzen naar het ontbreken van het wettelijk voorziene doel. Doorgaans hebben gezinsleden en vrienden die hulp verlenen aan een patiënt niet de bedoeling hem te genezen; evenmin wenden zij voor die bedoeling te hebben. Wat is dan wel hun bedoeling? Minstens het verzachten van leed en hem gerust stellen. Het verschil met een genezend doel is niet altijd duidelijk.

49 In de geciteerde rechtspraak wordt sterk de nadruk gelegd op de eenvoud van de behandeling die door familie of vrienden werd toegepast. Hiertegenover staat rechtspraak waarin veroordelingen worden uitgesproken wegens het onwettig uitoefenen van de geneeskunde, ook al betrof het eenvoudige handelingen (Gent 6 januari 1970, *R.W.* 1969-70, 1970; Corr. Nijvel 20 oktober 1961, *R.D.P.* 1961-62, 318; Corr. Antwerpen 17 februari 1969, *R.W.* 1968-69, 1571; Corr. Namen 15 mei 1985, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1986, 272; *Journ. proc.* 1985, nr. 64, 27; *Rev. Rég. Dr.* 1985, 294. Zie over deze zaak ook: E. HEYE, "Le procès de l'ostéopathie; nouvelle médicine hors-la-loi", *Journ. proc.* 1985, nr. 56, 7-8).

50 Geen van beide argumenten (zogenaamd ontbreken van een geneeskundig doel en vermeende eenvoud van de handeling) lijken doorslaggevend.

Het argument dat GEENS put uit de afwezigheid van een gewoonte evenmin. Dikwijls zal er feitelijk wel een gewoonte bestaan. Evenmin kan een beroep worden gedaan op het zonder medisch voorschrift verkrijgbaar zijn van een geneesmiddel om het toedienen van dat middel bij een ander niet te beschouwen als een handeling behorend tot de uitoefening van de geneeskunde (anders: Arbrb. Huy 6 mei 1988, *Jur. Liège* 1988, 1191).

51 Een sluitende oplossing zou erin bestaan om onwettige uitoefening van de geneeskunde slechts strafbaar te stellen wanneer medische handelingen worden gesteld "met de bedoeling er zijn beroep van te maken". Een dergelijke bepaling trof men aan in artikel 38*ter*, 1° W.U.G. dat de onwettige uitoefening van de verpleegkunde strafbaar stelt. Artikel 55 Wet 10 augustus 2001 (*B.S.* 1 september 2001) heeft de aangehaalde woorden vervangen door

"met de bedoeling er financieel voordeel uit te halen" hetgeen ook een bruikbare oplossing zou opleveren. In afwachting zal men zich dienen te behelpen met betwistbare argumenten. Naast de reeds vermelde, kunnen ouders zich beroepen op artikel 203 § 1 B.W.: de onderhoudsplicht t.a.v. hun kinderen.

C. STELLEN VAN EEN DIAGNOSE

52 Zowel in het medische als het wettelijke taalgebruik verwijst diagnose naar het vaststellen van een ziekte. Diagnose wordt gedefinieerd als "vaststelling van de aard van een ziekte door geneeskundig onderzoek" (COELHO en KLOOSTERHUIS, *Zakwoordenboek der geneeskunde*, Amsterdam, Elsevier, 1983, 162).

In artikel 2 § 1 W.U.G. is sprake van de diagnose van een pathologische toestand.

Zowel in de rechtsliteratuur als in de rechtspraak treft men ruimere opvattingen aan over het stellen van een diagnose. Zo meent ANRYS dat ook de vaststelling van de afwezigheid van ziekte als een diagnose in de zin van de wet dient te worden beschouwd omdat zij kan leiden tot de afwezigheid van een behandeling. De definitie van diagnose moet de grootst mogelijke bescherming bieden aan de patiënt (H. ANRYS, *Les professions médicales et paramédicales dans le Marché Commun*, Brussel, 1976, nr. 50; zie in dezelfde zin: Corr. Namur 15 mei 1985, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1986, 272; *Rev. Rég. Dr.* 1985, 294; *Journ. proc.* 1985, nr. 64, 27). Aan deze ruime opvatting ligt een verwarring tussen diagnose, d.i. het vaststellen van de aard van de ziekte en het onderzoek, d.i. het vaststellen van de aan- of afwezigheid van een ziekte, ten grondslag. Het is een verwarring die frequent voorkomt.

Het Hof van Beroep te Gent oordeelde dat een priester de geneeskunde onwettig had beoefend door het instellen van een therapie, maar ook wegens het stellen van een diagnose doordat hij tegenover zijn "patiënten" zou hebben gezegd "dat de fenomenen waaraan zij leden niets te maken hadden met de pathologie of met enige medische wetenschap, zelfs in de ruimste zin genomen, maar dat alles blijft binnen de religieuze sfeer van bestrijding van het kwaad en de kwade demonen". Een dergelijke stellingname beschouwde het hof als een diagnose daar zij "in tegenstrijd met reeds uitgedrukte geneeskundige diagnoses, uiterlijk bestaande letsels en ziekten uit het domein van de geneeskunde haalt om deze in het raam van de bestrijding van demonen en kwade geesten te brengen" (Gent 29 september 1980, *R.W.* 1981-82, 2687 noot D. VERBIEST, *Vl. T. Gez.* 1982-83, 39 noot H. NYS). Terecht stelt VERBIEST de vraag of hier geen extensieve interpretatie wordt gegeven aan een reeds zeer ruime strafbepaling. De opinie van het hof van beroep komt er op neer "dat een religieuze stellingname over kwalen en ziekten, in tegenstrijd met de klassieke medische diagnose, zelf een medische diagnose is in de zin van artikel 2 § 1 Wet uitoefening geneeskunde" (D. VERBIEST, "Religie en onwettige uitoefening van de geneeskunde", noot onder Gent 29 september 1980, *R.W.* 1981-82, 2692). Zulks leidt tot bevoogding van de religie door de geneeskunde: "impliciet zegt het arrest dat de godsdienst zich niet vermag uit te spreken over de oorsprong, de ontwikkeling en de genezing van kwalen en ziekten" (D. VERBIEST, *t.a.p.*).

53 Vermits het woord diagnose frequent als metafoor wordt gebruikt in de omgangstaal, bv. de diagnose stellen van een politieke crisis, van een bedrijf in moeilijkheden e.d., bestaat het gevaar dat diagnose in de zin van artikel 2 § 1 W.U.G. te ruim wordt opgevat. Men mag niet uit het oog verliezen dat dit

artikel een handeling vereist met het doel of het voorgewende doel een diagnose te stellen van een pathologische toestand. Iemand die zijn persoonlijke mening uitdrukt over de kwaal waaraan een familielid of kennis lijdt, stelt geen diagnose in de zin van de wet (Antwerpen 6 januari 1978, *R.W.* 1977-78, 2727). Van een diagnose van een pathologische toestand of medische diagnose kan slechts sprake zijn indien zij is gebaseerd op een objectief onderzoek, uitgaande van iemand die een zeker gezag of ontzag inboezemt en waarin de onderzochte vertrouwen stelt (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1032; Antwerpen 6 januari 1978, *R.W.* 1977-78, 2727).

54 Het stellen van een diagnose door een opticien is wettelijk niet toegelaten (Brussel 28 februari 1974, *R.D.P.* 1973-74, 710; Corr. Namen 13 oktober 1982, *Rev. Rég. Dr.* 1983, 72). Artikel 2 § 1 K.B. 30 november 1964 tot bepaling van de voorwaarden tot uitoefening van het beroep van opticien-brillenmaker in de ambachts-, de kleine en middelgrote handels- en de kleine nijverheidsondernemingen (*B.S.* 24 december 1964, laatst gewijzigd door K.B. 2 maart 1988, *B.S.* 17 maart 1988) waardoor de benaming opticien-brillenmaker werd vervangen door opticien, heeft voor enige verwarring gezorgd. *In fine* bepaalt dit artikel dat ingeval van twijfel nopens het karakter van het gebrek, de opticien zijn cliënt dient aan te raden een oogarts te raadplegen. Impliceert dit niet dat de opticien een diagnose heeft gesteld omtrent de ware aard van een door hem geconstateerd gebrek of minstens een poging daartoe heeft ondernomen?

Het Hof van Beroep te Antwerpen wees deze interpretatie af. "Het is duidelijk dat het stellen van een diagnose uitgesloten is en dat elke handeling die zulks tot doel heeft of voorstelt tot doel te hebben, aan de optieker verboden is, zelfs wanneer hij zijn cliënt aanraadt een oogarts te raadplegen; de twijfel waarvan sprake bedoelt de twijfel nopens het karakter of de aard van elk door hem vastgesteld gebrek, n.a.v. een door hem uitgevoerde toegelaten activiteit" (Antwerpen 18 april 1984, *Limb. Rechtsl.* 1985, 158; anders: Corr. Charleroi 6 juni 1965, *J.T.* 1965, 603 dat over het K.B. 30 november 1964 zegt: "que l'on y voit le législateur permettre l'accès et la pratique de la profession à des citoyens non médecins qui sont ainsi légalement autorisés à faire appel à des connaissances somatiques *afin de poser de véritables diagnostics* et prescrire des remèdes mécaniques en l'absence de tout contrôle médicale").

55 Het stellen van een diagnose of het verrichten van een onderzoek d.m.v. een pendel (zgn. radie-esthesie) is frequent beschouwd als (onwettige) uitoefening van de geneeskunde (Cass. 16 juni 1952, *Arr. Cass* 1952, 585; *Pas.* 1952, I, 669; Cass.13 mei 1957, *Arr. Cass.* 1957, 765; *Pas.* 1957, I, 1095; Cass. 7 maart 1978, *Arr. Cass.* 1978, 789; *Pas.* 1978, I, 763; Luik 1 juni 1956, *Pas.* 1957, II, 197; Antwerpen 6 januari 1978, *R.W.* 1977-78, 2727; Corr. Brugge 14 maart 1935, *R.D.P.* 1935, 1212; Corr. Leuven 2 maart 1950, *R.W.* 1950-51, 630; Corr. Antwerpen 1 juni 1955, *R.W.* 1955-56, 410).

Het verrichten van een onderzoek via iriscopie of iriskijken met het oog op het stellen van een diagnose en het instellen van een therapie werd veroordeeld door het Hof te Brussel (Brussel 28 februari 1974, *R.D.P.* 1973-74, 710. Zie voor Nederland: Hoge Raad 19 juni 1979, *N.J.* 1979, nr. 633, noot G.E.M.).

D. ONDERZOEKEN VAN DE GEZONDHEIDSTOESTAND EN HET OPSPOREN VAN ZIEKTE OF GEBREK

1. Algemene beschouwingen

56 Alszodanig roepen beide handelingen weinig problemen op.

Een onderzoek van de gezondheidstoestand veronderstelt geen lichaamsonderzoek (Cass. 13 mei 1957, *Arr. Cass.* 1957, 765; *Pas.* 1957, I, 1095; Corr. Antwerpen 1 juni 1955, *R.W.* 1955-56, 410). De onderzochte persoon hoeft zelfs niet lijfelijk aanwezig te zijn bij het onderzoek wat frequent gebeurt, bv. bij bloedonderzoek (zie voor het pendelen boven een foto van de onderzochte: Corr. Brugge 14 maart 1935, *R.D.P.* 1935, 1212; Corr. Leuven 2 maart 1950, *R.W.* 1950-51, 630). Anderzijds impliceert het betasten van het lichaam (palpatie) een onderzoek (Corr. Namen 15 mei 1985, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1986, 272; *Rev. Rég. Dr.* 1985, 294; *Journ. proc.* 1985, nr. 64, 27; H. ANRYS, *a.w.*, nr. 49). Een onderzoek volstaat: het is niet vereist dat na het onderzoek een diagnose werd gesteld (Corr. Namen 15 mei 1985).

Een aantal activiteiten verdienen evenwel enige bijzondere aandacht omdat zij, zo zij geen onderzoek van de gezondheidstoestand of het opsporen van een ziekte of een gebrek inhouden, zij daarmee toch nauw verbonden zijn.

2. Nemen van bloed. Venapuncties

57 De analyse van bloed is als een onderzoek in de zin van de W.U.G. te beschouwen en valt derhalve onder het monopolie van de arts. Artikel 5 § 2, artikel 53 en artikel 53*bis* W.U.G. laten evenwel aan apothekers en licenciaten in de wetenschappen toe onder bepaalde voorwaarden verstrekkingen van klinische biologie uit te voeren. Of ook de handeling die aan het onderzoek vooraf gaat, nl. het nemen van bloed, daartoe dient te worden gerekend is betwist.

K.B. 1 augustus 1961 dat uitvoering geeft aan de Wet van 19 januari 1961 waarbij aan personen die wettig niet bevoegd zijn de geneeskunde te beoefenen in uitzonderlijke omstandigheden toelating wordt verleend om bepaalde geneeskundige handelingen te verrichten (*B.S.* 31 juli 1961) vermeldt als een dergelijke handeling de bloedafneming door aderpunctie. In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp dat de Wet van 19 januari 1961 is geworden wordt gezegd dat handelingen worden beoogd die, volgens de traditie en de rechtspraak, als geneeskundige handelingen worden beschouwd (*Parl. St.* Senaat 1959-60, nr. 298/1, 2). Overeenkomstig artikel 3 Wet 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong (*B.S.* 22 mei 1964) mochten dergelijke bestanddelen, waartoe artikel 1 van dezelfde wet ook bloed rekende, enkel worden afgenomen door een arts of onder zijn leiding. Deze wet werd opgeheven door artikel 23 Wet 5 juli 1994 betreffende bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong (*B.S.* 8 oktober 1994). Overeenkomstig artikel 3 van deze wet mogen bloed of bloedderivaten alleen door een arts of onder diens toezicht worden afgenomen of gebruikt (zie verder, nr. 1203 en de Wet van 5 juli 1994 betreffende bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong, *B.S.* 8 oktober 1994).

Uit dit overzicht van wettelijke en reglementaire bepalingen mag men besluiten dat het afnemen van bloed door venapunctie een medische handeling is die enkel door een arts of door een verpleegkundige mits het voorschrift van een arts mag gesteld worden.

58 Ook de rechtspraak is geneigd het afnemen van bloed voorafgaand aan bloedonderzoek te beschouwen als een handeling die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde.

Het Hof van Beroep te Antwerpen deed uitspraak over de vraag of een apotheker die gemachtigd is analyses van klinische biologie te verrichten, tevens de daaraan voorafgaande bloedafname via een aderpunctie mag verrichten. Het hof van beroep beantwoordde deze vraag ontkennend, op grond van volgende argumenten. Alszodanig behoort de bloedafname niet tot de klinische biologie. Dat de ziekteverzekering geen aparte vergoeding voorziet voor de bloedafname, naast de bloedanalyse, is om te beletten dat er overbodige of overtallige bloedafnamen zouden gebeuren. Daaruit mag evenwel niet worden afgeleid dat wie bevoegd is voor analyse, dat ook is voor de afname. Evenmin kan de apotheker-klinisch bioloog de afname doen op grond van zijn hoedanigheid als apotheker, want het afnemen van bloed behoort niet tot de artsenijbereidkunde. Het doorslaggevend argument ten slotte was dat een bloedafname steeds gebeurt omdat een analyse van het bloed nodig wordt geacht en dit met het oog op het stellen van een diagnose, opsporen van een ziekte, controleren van een behandeling e.d. Daardoor wordt de afname zelf een behandeling behorend tot de uitoefening van de geneeskunde (Antwerpen 20 januari 1984, *Pas.* 1984, II, 99).

59 Dat een bloedafname steeds gebeurt met het doel een analyse van het bloed te verrichten en op grond daarvan tot diagnosestelling e.d. over te gaan is betwistbaar. Denk aan bloeddonatie. Niettemin lijkt de redenering van het Hof van Beroep te Antwerpen juist. Hoewel bloedafname strikt genomen niet valt onder de opsomming gegeven in artikel 2 § 1 W.U.G. is zij, door de bedoeling waarmee ze wordt verricht, duidelijk verbonden met de daar vermelde handelingen en er moeilijk van te scheiden. Men kan spreken van een medische handeling door doelgebondenheid. Aldus kan men niet enkel op grond van bijzondere wetgeving (zie boven) maar ook op grond van artikel 2 § 1 W.U.G. besluiten dat een bloedafname behoort tot de uitoefening van de geneeskunde (zie: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1032).

Ook de Nationale raad van de Orde der geneesheren heeft zich altijd op het standpunt gesteld dat een bloedafname een handeling is die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde (zie: *T. Orde Geneesh.* 1949, nr. 2, 19: aderpunctie is een medische handeling en de uitvoering ervan mag niet aan een verpleegkundige worden overgelaten; *T. Orde Geneesh.* 1962-63, nr. 20, 12: in het advies over het wetsvoorstel houdende bepaling van sommige handelingen die tot de geneeskunde behoren wordt voorgesteld daaraan toe te voegen de intraveneuze bloedafnemingen; "Klinische biologie – Bloedafnamen", *T. Orde Geneesh.* 1980-81, nr. 29, 69: op grond van een jarenlange praktijk en overeenkomstig art. 5 W.U.G. oordeelt de Nationale raad dat een verpleegkundige bloedafnamen mag verrichten onder de verantwoordelijkheid en onder toezicht van de arts. Het standpunt uit 1949 is daarmee voorbijgestreefd. *Anders*: omdat art. 5 W.U.G. nog niet werd uitgevoerd, Antwerpen 20 januari 1984, *Pas.* 1984, II, 99). Nog volgens het laatst vermelde advies bestaat er geen wettelijke grondslag voor het verrichten van veneuze puncties door apothekers. Dit advies werd later bevestigd ("Bloedafnamen", *T. Orde Geneesh.* 1983-84, nr. 32, 28 en "Bloedafname, *T. Orde Geneesh.* 1985, nr. 33, 44). In een advies uitgebracht op 16 maart 1991 verwees de Nationale raad naar K.B. 18 juni 1990 houdende vaststelling van de lijst van de technische verpleegkundige prestaties op basis waarvan een arts bloedafneming kan toevertrouwen aan een verpleegkundige. Wel moet deze handeling gebeuren "in aanwezigheid van een verantwoordelijke arts" ("Bloedafname – plasmaferese", *T. Orde Geneesh.* 1991, nr. 52, 33).

60 Gebeurt de bloedafname in het kader van bloeddonatie, dan is voorafgaand aan de afname steeds een lichamelijk onderzoek van de donor vereist. Vanzelfsprekend dient dat door een arts te gebeuren (art. 5, derde lid en art.

15 Wet 5 juli 1994 betreffende bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong). Hierom en op grond van artikel 3 van deze wet (zie boven, nr. 57) is ook de bloedafname te beschouwen als behorend tot de uitoefening van de geneeskunde.

61 Een bijzonder geval betreft de bloedafname met het oog op het bepalen van het alcoholgehalte in het bloed. Op grond van artikel 63 § 1, 1° Wet politiewegverkeer dient ook in dit geval de afname door een arts te gebeuren.

3. Maken van een radiografie

62 In de rechtspraak wordt het nemen van een radiografie d.i. het fotograferen d.m.v. röntgenstralen als een louter technische handeling beschouwd, die alszodanig niet behoort tot de uitoefening van de geneeskunde.

Het maken van een radiografie zonder de bedoeling een diagnose te stellen maar om de plaats te bepalen waar massage dient te worden verricht behoort niet tot de uitoefening van de geneeskunde (Corr. Aarlen 19 mei 1967, *Jur. Liège* 1966-67, 290). Het Hof van Beroep te Antwerpen beschouwde een eenvoudige radiografie als een louter technische hulp die niet als (onwettige) uitoefening van de geneeskunde kan worden beschouwd (Antwerpen 23 mei 1985, *Vl. T. Gez.* 1985-86, 85). Het Hof van Cassatie bevestigde deze uitspraak: het maken van een eenvoudige radiografische opname door een verpleegkundige zonder dat die radiografie door de maker gebruikt wordt voor een diagnosestelling is geen medische handeling (Cass. 28 april 1987, *Vl. T. Gez.* 1987-88, 30).

De bedoeling waarmee de radiografie wordt gemaakt is dus doorslaggevend: als dat gebeurt met het oog op onderzoek en diagnose dan wordt deze technische handeling door doelgebondenheid een medische handeling. Vermits bijna steeds een radiografie wordt gemaakt met de bedoeling een onderzoek mogelijk te maken en op basis daarvan een diagnose te stellen kan als regel worden geformuleerd dat, omwille van deze doelgebondenheid, een radiografie door een arts of, onder leiding van een arts, door een technicus dient te worden gemaakt (zie: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1034; K. GEENS, *a.w.*, nr. 494, 339, noot 3; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *a.w.*, nr. 48).

RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT wijzen er nog op dat de interpretatie van een radiografie een gespecialiseerde medische kennis vereist. Zie in dezelfde zin: R. ROSEMANS, "Onwettig uitoefenen van de chiropraxis", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1969, 256.
Ook de Nationale raad van de Orde der geneesheren beschouwt het uitvoeren van een radiografie als een medische handeling. Indien de uitvoering wordt toevertrouwd aan technici, dan moet dit gebeuren onder rechtstreeks toezicht en verantwoordelijkheid van een arts (*T. Orde Geneesh.* 1955, nr. 12, 19).

63 Een radioscopie, d.i. een onderzoek van lichaamsdelen d.m.v. doorlichting met röntgenstralen stelt minder problemen. Het betreft duidelijk een onderzoek van de gezondheidstoestand en dus een handeling die behoort tot de uitoefening van de geneeskunde.

4. *Het gebruik van meettoestellen*

a. Bloeddrukmeter en andere eenvoudige meettoestellen

64 Over het gebruik van een bloeddrukmeter bestaat alszodanig geen rechtspraak.

De Correctionele Rechtbank van Brussel oordeelde dat een oscillografie, d.i. het optekenen via een daartoe bestemd apparaat van schommelingen in de bloeddruk, dus meer dan alleen maar het meten van de bloeddruk, een medische handeling is (Corr. Brussel 2 februari 1949, *J.T.* 1949, 295). In adviezen van de Nationale (toen nog: hoge) raad van de Orde der geneesheren uit dezelfde periode werd de volgende houding aangenomen. De raad meent zich niet te kunnen uitspreken over het gebruik van de bloeddrukmeter door een vroedvrouw maar waarschuwde voor het gebruik van apparaten die steeds werden beschouwd als middelen tot opsporing van pathologische gevallen, door niet-bevoegden. De ernst van het geval of van het diagnosemiddel werd als doorslaggevend beschouwd i.v.m. de bevoegdheid (*T. Orde Geneesh.* 1949, nr. 1, 28). Enkele jaren later nam de Nationale raad duidelijk stelling: het nemen van de bloeddruk is een medische handeling waarvan de uitvoering niet mag worden toevertrouwd aan een verpleegkundige (*T. Orde Geneesh.* 1954, nr. 11, 30).

65 Of het gebruik van een bloeddrukmeter beschouwd kan worden als behorend tot de uitoefening van de geneeskunde hangt voornamelijk af van de bedoeling waarmee dit gebeurt. Hetzelfde geldt trouwens voor andere eenvoudige toestellen om lichaamstemperatuur, lichaamsgewicht, hart- of polsslag e.d. te meten. Juist omwille van hun relatieve eenvoud, worden dergelijke toestellen dikwijls gebruikt voor een "zelf-onderzoek". Dergelijke vormen van "zelf-hulp" vallen evenwel niet onder de uitoefening van de geneeskunde (zie boven, nr. 47 e.v.). Maar zelfs wanneer een dergelijk toestel wordt aangewend bij iemand anders bv. een familielid ontbreekt in het algemeen de bedoeling de gezondheidstoestand te onderzoeken. Wel wil men nagaan of er een afwijking is t.o.v. de gangbare norm wat temperatuur, bloeddruk, gewicht enz. betreft om dan desgevallend een beroep te doen op een arts. Wanneer het gebruik van dergelijke toestellen evenwel gebeurt met de bedoeling een onderzoek naar de gezondheidstoestand te verrichten hetgeen kan blijken uit het gebruik van nog andere instrumenten en apparaten, het daarop volgend voorschrijven van behandelingen e.d., dan kan men ook in dit verband spreken van een doelgebonden medische handeling (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1032; zie hierover ook: Voorstel van wet tot wijziging van het K.B. nr. 78, *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 779/2, 33-34). Het onderscheid valt samen met het onderscheid tussen zelfzorg en mantelzorg enerzijds en professionele hulpverlening anderzijds.

In Nederland bevestigde de Hoge Raad een vonnis dat een veroordeling uitsprak wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde door het met behulp van een apparaat opnemen van de bloeddruk (Hoge Raad 19 juni 1979, *N.J.* 1979, nr. 633, noot G.E.M.).

b. Oogonderzoek en meten van oogafwijkingen door opticien

66 Algemeen wordt aanvaard dat een opticien d.m.v. het zgn. subjectief onderzoek de oogafwijking mag meten. Dit onderzoek gebeurt met behulp van letterproeven en een brillendoos. Tegenover de subjectieve refractiemethode staat de objectieve refractiemethode waarbij de oogafwijking wordt gemeten met behulp van instrumenten als oftalmometer, keratometer, refractometer, sciascoop e.d. Of dergelijke apparaten mogen worden aangewend door een opticien in het kader van de uitoefening van zijn beroep, is een vraag waarop in de rechtspraak uiteenlopend wordt geantwoord (meer uitgebreid wordt hierop ingegaan in: H. J., "Medische en paramedische beroepsuitoefening. Over oftalmologen en opticiens", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 473, nr. 8. e.v.; *adde*, Cass. 3 december 1986, *Arr. Cass.* 1987, 444; *Pas.* 1987, I, 412; Cass. 10 februari 1988, *Arr. Cass.* 1988, 736; *Pas.* 1988, I, 676; Cass. 2 februari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 140; *Pas.* 1994, I, 144).

Artikel 2 § 1, b K.B. 30 oktober 1964 (Opticiensbesluit) bepaalt dat de activiteiten van een opticien enkel de verbetering en/of compensatie van de zuiver optische gebreken van het gezicht tot voorwerp mogen hebben. Volgens een bepaalde interpretatie moet deze bepaling worden gezien in het licht van de W.U.G. en kan zij niet aan de opticien de bevoegdheid toekennen objectief oogonderzoek te verrichten (H. ANRYS, *a.w.*, nr. 174; Antwerpen 18 april 1984, *Limb. Rechtsl.* 1985, 158: het opsporen van gebrekkigheden is geen bevoegdheid van de opticien en elke handeling die dit tot doel heeft of voorgesteld wordt tot doel te hebben is verboden, zelfs wanneer hij aanraadt een oogarts te raadplegen). Volgens de Raad van State daarentegen volgt uit artikel 2 Opticienbesluit "dat de opticien onderzoeken van het gezichtsorgaan mag doen om o.m. na te gaan of de cliënt lijdt aan een zuiver optisch gebrek van het gezicht dan wel aan een pathologisch gebrek" (R.v.St., Vissers, nr. 21.020, 13 maart 1981; vroeger reeds had de Raad dit impliciet aanvaard, R.v.St., Union nationale des opticiens de Belgique, nr. 6320, 30 mei 1958. Zie: H. NYS, "Reclameregelingen voor de beoefenaars van een paramedisch beroep", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 149). Bij de uitlegging van het arrest Vissers dient rekening te worden gehouden met de specifieke juridische vraagstelling die eraan ten grondslag ligt, nl. het vrij verrichten van diensten binnen de E.G. Of deze uitspraak ook relevant is voor het beantwoorden van andere vragen is niet zeker (zie uitgebreider: H. NYS, "Medische en paramedische beroepsuitoefening. Over oftalmologen en opticiens", *t.a.p.*, nr. 11-13). Niettemin beriep het Hof van Beroep te Bergen zich op dit arrest om de vraag of een opticien andere dan subjectieve oogonderzoeken mag doen, positief te beantwoorden (Bergen 20 mei 1987, *J.T.* 1987, 501; *Rev. Rég. Dr.* 1987, 306, noot DE BEAUFFORT; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 111; Bergen 5 oktober 1988, *J.T.* 1988, 663: door een beroep te doen op apparaten zoals de autorefractor, bestemd om het gezichtsvermogen te meten en de oogrefractie, blijft een opticien binnen zijn opdracht, bepaald door het Opticienbesluit en vroegere rechtspraak). Het Hof van Cassatie vernietigde dit arrest. Door de overweging dat een opticien die geen arts is het recht heeft zich een oordeel te vormen over de aard van het gezichtsgebrek dat hij tijdens een oogonderzoek bij een patiënt heeft vastgesteld, over te nemen heeft het arrest het begrip diagnose uit artikel 2 § 1 W.U.G. miskend. De beslissing na afloop van een oogonderzoek dat een bepaald gezichtsgebrek geen pathologische oorsprong heeft is een diagnose en derhalve een geneeskundige handeling (Cass. 28 juni 1989, *Arr. Cass.* 1989, 1293; *Pas.* 1989, I, 1182; *Jur. Liège* 1989, 1223; zie ook: Cass. 2 februari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 140; *Pas.* 1994, I, 144: een opticien die geen arts is, maakt zich schuldig aan onwettige uitoefening van de geneeskunde wanneer hij gewoonlijk "gezichtsgebreken" opspoort door middel van toestellen die dienen om de lichtbreking van het oog te bepalen en om gebreken, zelfs ziekten, op te sporen, waarbij die opsporingen worden voorgesteld tot doel te hebben de gezichtsgebreken te bepalen of gezichtsproblemen te onderzoeken; bevestiging van Brussel 8 september 1993, *J.L.M.B.* 1994, 742).

Zonder nadrukkelijk te verwijzen naar het Opticiensbesluit aanvaardde ook de Correctionele Rechtbank te Hasselt dat een opticien de bevoegdheid heeft objectieve oogonderzoekingen te verrichten (Corr. Hasselt 26 juni 1981, *Limb. Rechtsl.* 1985, 162. Dit vonnis werd evenwel ver-

nietigd door het reeds aangehaalde arrest van Antwerpen 18 april 1984, *Limb. Rechtsl.* 1985, 158). Van oordeel dat twijfels rezen over de overeenstemming van de door het Hof van Cassatie gegeven interpretatie van de Belgische wetgeving met de door het gemeenschapsrecht erkende vrijheden inzake vestiging, dienstverrichting en vrij verkeer van goederen, besloot de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel het Hof van Justitie te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de vraag of een verbod voor optiekers van andere lidstaten om in een lidstaat in het kader van de correctie van zuiver optische gebreken van het gezichtvermogen – dat wil zeggen anders dan door gebruik te maken van een methode waarbij de klant zelf de optische gebreken waaraan hij lijdt, vaststelt en zelf de nodige correctie bepaalt – verenigbaar is met de (toenmalige) artikelen 5, 52 en 59 EG-Verdrag. Na herformulering van de vraag antwoordde het Hof dat in de huidige stand van het gemeenschapsrecht artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, art. 43) zich er niet tegen verzet dat de bevoegde instanties van een lidstaat het nationale recht inzake de uitoefening van de geneeskunde aldus uitleggen, dat in het kader van de correctie van zuiver optische gebreken van het gezichtsvermogen van de klant, het objectief onderzoek van dat gezichtsvermogen, dit wil zeggen anders dan door gebruik te maken van een methode waarbij de klant zelf de optische gebreken vaststelt waaraan hij lijdt, om redenen verband houdend met de bescherming van de volksgezondheid uitsluitend mag worden verricht door een categorie beroepsbeoefenaren met specifieke kwalificaties, zoals oogartsen, met uitsluiting van met name optiekers die niet de hoedanigheid van arts hebben. Het staat de nationale rechter, om met inachtneming van de verdragsbepalingen inzake vrijheid van vestiging en de vereiste van rechtszekerheid en de bescherming van de volksgezondheid te beoordelen of de door de bevoegde instanties gegeven uitlegging van het interne recht een geldige basis blijft vormen voor de strafvervolging (H.v.J. 1 februari 2001, *Jur. H.v.J.* 2001/2, I., 856-871). Volgens het Hof van Justitie kan de technische en wetenschappelijke vooruitgang die sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 28 juni 1989 is geboekt, een wijziging in de beoordeling van het risico voor de volksgezondheid meebrengen. In dit verband verwijst het Hof naar een uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht van 7 augustus 2000 waarin dit rechtscollege vaststelt dat de risico's voor de volksgezondheid geen grond opleveren om optiekers te verbieden om bepaalde onderzoeken van het gezichtsvermogen, zoals drukmeting en geïnformatiseerde meting van het gezichtsveld bij hun klanten uit te voeren.

c. Gebruik van een onderzoeksapparaat

67 Het Hof van Beroep te Antwerpen heeft in het arrest van 18 april 1984, dat hierboven al meerdere malen ter sprake is gekomen, een onderscheid gemaakt tussen "de mogelijkheid om diagnostisch-medische handelingen te stellen (door gebruik of misbruik van het toestel)" en het "effectief stellen van een diagnose" (Antwerpen 18 april 1984, *Limb. Rechtsl.* 1985, 158). Men kan zich afvragen of wat het hof door dit onderscheid lijkt te suggereren, nl. dat het gebruik alszodanig van een onderzoeksapparaat geen uitoefening van de geneeskunde is, juist is.

Artikel 2 § 1 W.U.G. beschouwt als uitoefening van de geneeskunde elke handeling met het doel of voorgesteld doel de gezondheidstoestand te onderzoeken. Het gebruiken van een toestel dat de mogelijkheid inhoudt de gezondheidstoestand te onderzoeken volstaat op zich om als uitoefening van de geneeskunde te worden beschouwd. Met welk ander doel zou men het toestel anders kunnen gebruiken? Het door het hof gemaakte onderscheid lijkt theoretisch aanvaardbaar, maar beantwoordt meestal niet aan een realiteit. Gebruik van het toestel en onderzoek vallen doorgaans samen (H. Nys, "Medische en paramedische beroepsuitoefening. Over oftalmologen en opticiens", *t.a.p.*, nr. 15).

E. BEHANDELEN VAN EEN PATHOLOGISCHE TOESTAND

68 Vanuit het oogpunt van de onwettige uitoefening van de geneeskunde is een behandeling een geheel van therapeutische middelen en hygiënische voorschriften, die gebruikt worden om een ziekte te genezen. Eenvoudige raadgevingen vormen een behandeling wanneer ze een therapeutisch doel nastreven. Het is niet vereist dat de behandeling gezag verwerft of een zekere tijd duurt (Bergen 26 maart 1992, *Pas.* 1992, II, 41).

1. Plaatsen van een prothese(contactlens) door een opticien

69 Gelet op het ruim gestelde artikel 2 § 1 W.U.G. mag een opticien geen therapie instellen ter behandeling van een gebrek van het gezicht. De rechtspraak veroordeelt het op eigen initiatief instellen van een behandeling door een opticien (Brussel 28 februari 1974, *R.D.P.* 1973-74, 710; Luik 24 juni 1986, *Jur. Liège* 1986, 667; Brussel 11 september 1987, *Jur. Liège* 1987, 1439).

Of een opticien, zonder een medisch voorschrift, mag overgaan tot het aanpassen en plaatsen van contactlenzen is wederom een vraag waarop uiteenlopend wordt geantwoord (zie hierover uitgebreider: H. NYS, "Medische en paramedische beroepsuitoefening. Over oftalmologen en opticiens", *t.a.p.*, nr. 24-28).

Het Hof van Beroep te Luik veroordeelde een opticien wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde omdat hij bij een cliënte een oogonderzoek had verricht, een keuze had gemaakt van de te plaatsen lenzen, ze had aangemeten en ten slotte ook nog had geplaatst. Dit alles zonder medisch voorschrift en zelfs tegen het advies in van de oogarts van de cliënte die haar had verboden contactlenzen te dragen (Luik 24 juni 1986, *Jur. Liège* 1986, 667; Corr. Namen 13 oktober 1982, *Rev. Rég. Dr.* 1983, 72). In dit laatste geval had de opticien, zonder medisch voorschrift, brilglazen door contactlenzen vervangen. In een dergelijk geval oordeelde het Hof van Beroep te Bergen daarentegen dat er geen onwettige uitoefening van de geneeskunde was. Contactlenzen en brilglazen zijn optische artikelen bestemd om het gezicht te verbeteren. Het plaatsen van contactlenzen kan dan ook alszodanig niet als een therapeutische handeling worden beschouwd. Het hof noemt het niet verstandig en soms gevaarlijk om zonder de tussenkomst van een oogarts contactlenzen te laten plaatsen. Dat is vergelijkbaar met het kopen van aspirine zonder medisch voorschrift. Gevaarlijk maar niet verboden (Bergen 20 mei 1987, *J.T.* 1987, 501; *Rev. Rég. Dr.* 1987, 306 noot DE BEAUFFORT; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 111).

70 Artikel 2 § 1, a K.B. 30 oktober 1964 (Opticiensbesluit) vermeldt als één van de opdrachten van de opticien "het voorleggen aan de keuze van het publiek, de verkoop, het onderhoud, en de herstelling van optische artikelen bestemd om het gezicht te verbeteren en/of te compenseren". Aanpassen en/of plaatsen worden hier niet vermeld. Artikel 2 § 1, b van hetzelfde besluit draagt de opticien op: "het uitvoeren van de voorschriften afgeleverd door de oogartsen waarbij de verbetering van het gezicht wordt beoogd". Tegen de achtergrond van artikel 2 § 1 W.U.G. lijkt het niet onredelijk dat artikel 2 § 1, b Opticiensbesluit impliceert dat activiteiten die de verbetering van het gezicht beogen, door opticiens slechts op medisch voorschrift mogen worden uitgevoerd. In zoverre het aanpassen en plaatsen van een contactlens een activiteit

is ter verbetering van het gezicht betekent dit dat een medisch voorschrift is vereist voor dergelijke handelingen.

Een oftalmoloog mag evenwel niet weigeren een medisch voorschrift af te leveren aan de patiënt voor de levering van contactlenzen wanneer vaststaat dat hiertegen geen contra-indicaties bestaan. Aldus een advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren ("Contactlenzen", *T. Orde Geneesh.* 1979-80, nr. 28, 28).
Het Franse Hof van Cassatie heeft ondubbelzinnig de stelling aangenomen dat het aanpassen van contactlenzen een medische handeling is, die slechts door een opticien mag worden gesteld op voorschrift van een oftalmoloog (Cass.17 februari 1981, *D.* 1981, 596, noot PENNEAU; *Rev. dr. sanitaire* 1982, 53 noot DUBOUIS; Cass. 10 mei 1988, *Bull. Arrêts Cour de Cass.* 1988, nr. 203 en J.-P. DELMAS-ST. HILAIRE, "Exercice illégal de la médecine par un opticien-lunetier", *Rev. Science Crim. Dr. Pénal* 1988, 775-778; A. VITU, "Exercice illégal de la médecine par des opticiens-lunetiers", *Rev. Science Crim. Dr. Pénal* 1982, 115). Contactlenzen worden rechtstreeks op het oog geplaatst en dit kan irritatie van het oog of andere complicaties voor gevolg hebben. Het beoordelen van de mogelijkheid dat dergelijke complicaties zich zullen voordoen d.m.v. een gepast onderzoek en desgevallend het behandelen ervan zijn medische handelingen die niet door een opticien kunnen worden verricht.

2. *Plaatsen van een tandprothese*

71 De Belgische wetgeving op de uitoefening van de tandheelkunde bevat een aantal bepalingen waaruit kan worden besloten dat het nemen van een mondafdruk met het oog op het vervaardigen van een tandprothese en het plaatsen van een tandprothese behoren tot de bevoegdheid van de beoefenaars van de tandheelkunde. Een tandtechnicus die deze handelingen stelt, pleegt een misdrijf.

Vooreerst moet worden rekening gehouden met K.B. 1 juni 1934 houdende reglement op de beoefening der tandheelkunde (*B.S.* 7 juni 1934). Overeenkomstig artikel 52 W.U.G. is dit K.B. nog van kracht en kan het slechts bij wet worden gewijzigd. De overtreding van de bepalingen van het K.B. zijn door hetzelfde artikel strafbaar gesteld met de straffen voorgeschreven bij artikel 38 § 1, 1° en 2° W.U.G. Artikel 3 K.B. 1 juni 1934 geeft een opsomming van handelingen die tot de tandheelkunde behoren. Daartoe behoren alle zelfs bijkomende bewerkingen uitgevoerd in de mond der patiënten en die tot doel hebben o.a. de kauworganen te vervangen alsook behandelingen en bewerkingen behorend tot de mondprothese. Artikel 4 K.B. 1 juni 1934 verbiedt het nemen van een mondafdruk met het oog op de vervaardiging van een kunstgebit en het plaatsen daarvan door een onbevoegde.
Vervolgens is er de W.U.G. zelf, meer bepaald artikel 3, tweede lid. Als onwettige uitoefening van de tandheelkunde beschouwt deze bepaling "bewerkingen of handelingen, uitgevoerd in de mond der patiënten, die het behoud, de genezing, het herstellen of vervangen van het gebit op het oog hebben, meer bepaald die welke behoren tot de mond- en tandprothese".
Uit de samenlezing van de artikel 3, tweede lid W.U.G. en artikelen 3 en 4 K.B. 1 juni 1934 volgt dat het nemen van een mondafdruk met het oog op het vervaardigen van een kunstgebit behoort tot de uitoefening van de tandheelkunde (Cass. 15 mei 1984, *Arr. Cass.* 1984, 1197; *Pas.* 1984, I, 1120).
Ten slotte is er het K.B. 24 december 1973 tot bepaling van de eisen tot uitoefening van de beroepsbekwaamheid van technicus in tandprothese in de kleine en middelgrote ondernemingen (*B.S.* 29 maart 1974). Overeenkomstig artikel 2 oefent de beroepsbekwaamheid van technicus in tandprothese uit hij die, gewoonlijk en zelfstandig, hetzij apparaten voor tandprothese, voor orthodontische verbeteringen en in het algemeen alle apparaten bestemd om de tanden, delen van tanden of naburige weefsels te vervangen, voorbereidt, monteert en vervaardigt aan de hand van individuele afdrukken genomen door beoefenaars van de tandheelkunde, hetzij de herstellingen of restauratie van die apparaten uitvoert.

72 Waar vóór het K.B. 1 juni 1934 het plaatsen van een tandprothese als een zuiver materiële handeling werd beschouwd, wordt zij sedertdien aangezien als onlosmakelijk verbonden met bewerkingen en onderzoekingen in de mond van de patiënt waarvoor een gespecialiseerde kennis is vereist. Volgens een unanieme rechtspraak behoren al deze handelingen tot de uitoefening van de tandheelkunde (R. GROSEMANS, "Considérations sur l'exercice illégal de l'art de guérir", *R.D.P.* 1954-55, 165-166; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1050).

Ook in Frankrijk bestaat er vaste rechtspraak die teruggaat tot het begin van de vorige eeuw volgens welke een tandtechnicus niet zonder medisch voorschrift een mondafdruk mag nemen of een prothese mag plaatsen (L. DUBOUIS, "La délimitation des professions de chirurgien-dentiste et de prothésiste dentaire", *Rev. dr. sanitaire* 1987, 362). In een arrest van 4 november 1986 heeft het Hof van Cassatie deze rechtspraak bevestigd. (Cass. fr. 4 november 1986, *Gaz.Palais* 24 april 1987, 12). Daarmee wees het Hof een onderscheid af dat door sommige lagere rechtspraak werd gemaakt tussen losse en vaste tandprothesen. Bij het plaatsen van een losse prothese zouden de tanden niet voorafgaandelijk moeten worden voorbereid of behandeld. Van de behandeling van een pathologische toestand zou dan ook geen sprake zijn, te meer omdat de prothesist aan zijn cliënten een medisch getuigschrift vroeg, waarin de goede gezondheid van hun gebit werd bevestigd (in deze zin: Corr. Bergerac 2 december 1986, *Gaz.Palais* 24 april 1987, 12-13).Volgens de Correctionele Rechtbank te Bergerac beoogt het plaatsen van een prothese ter vervanging van definitief verdwenen tanden niet de behandeling van een ziekte. Het uitvallen van de tanden is geen ziekte, maar een gebrek, d.i. het verdwijnen van een functie. Een tandprothese dient vooral esthetische oogmerken, en is in dit opzicht vergelijkbaar met een pruik of een orthopedische schoen. Het nemen van de mondafdruk is even therapeutisch als het nemen van de maat door een kleermaker. Deze originele benadering heeft het Hof van Cassatie niet kunnen overtuigen. Het onderscheid tussen ziekte en gebrek heeft geen wettelijke basis terwijl een medisch certificaat van goede gezondheid van het gebit een onbevoegde niet kan machtigen handelingen te stellen die voor artsen zijn voorbehouden (zie ook nog: Trib. Grande Inst. Versailles 14 november 1985, *Gaz.Palais* 5 april 1986, 13; Parijs 14 januari 1988, *D.* 1988, Informations Rapides, 14e Cahier, 100).

3. Psychoanalyse. Psychotherapie. Groepstherapie

73 Over de vraag of psychoanalyse en psychotherapie deel uitmaken van de geneeskunde lopen de opvattingen sterk uiteen. De meningsverschillen zijn toegespitst op twee problemen. Is psychotherapie en psychoanalyse te beschouwen als een behandeling? Kan men het gebruiken van verbale en nonverbale vormen van communicatie en het stimuleren van zelfredzaamheid alszodanig beschouwen? Een andere vraag is of psychoanalyse en psychotherapie wel gericht zijn op een ziekte, een pathologische toestand zoals artikel 2 § 1 W.U.G. vereist. Gedragsstoornissen, communicatieproblemen, aanpassingsproblemen e.d., beantwoorden zij aan zo'n toestand? Of dient een onderscheid te worden gemaakt naargelang de ernst van het probleem?

De verschillende standpunten vindt men beschreven bij MEERT-VAN DE PUT (R. MEERT-VAN DE PUT, "Psychothérapie et art de guérir", *R.D.P.* 1968-69, 655). In een advies keurde de Nationale raad van de Orde der geneesheren het standpunt goed dat een psychotherapeutische behandeling toegepast door een psycholoog alleen, onaanvaardbaar is en neerkomt op onwettige uitoefening der geneeskunde. Maar op voorschrift en onder toezicht van een bevoegde arts zou een psycholoog wel een ziekte van psychische oorsprong mogen behandelen ("Therapeutische activiteiten van niet-geneesheren", *T. Orde Geneesh.* 1984-85, nr. 33, 67-68).
Het ligt niet op de weg van een jurist om uitspraak te doen over de kwestie of psychoanalyse en

psychotherapie alszodanig al dan niet als uitoefening van de geneeskunde kunnen worden beschouwd. Niettemin stelt MEERT-VAN DE PUT enkele criteria voor die zouden moeten toelaten om geestelijke ondersteuning van werkelijke uitoefening van de geneeskunde te onderscheiden. De pathologische toestand van het behandelde subject, het voorafgaand stellen van een diagnose, het handelen met een therapeutische bedoeling vormen dergelijke criteria die geen van alle op zich doorslaggevend zijn.

74 De enige gepubliceerde uitspraak is een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Charleroi. Daarin werd een psychoanalist vrijgesproken van de beschuldiging de geneeskunde onwettig te hebben uitgeoefend omdat hij zich volgens de rechter tegenover zijn patiënten niet anders had gedragen dan een vriend of een geestelijk raadsman (Corr. Charleroi 9 juni 1965, *J.T.* 1965, 603). De rechtbank hield bovendien rekening met de complexiteit van de uitgevoerde handelingen en de dikwijls tegenstrijdige beoordelingen daarvan zowel nationaal als internationaal. Volgens MEERT-VAN DE PUT heeft de rechter onvoldoende onderzocht of de betrokkene niet met een therapeutisch doel heeft gehandeld. Zij besluit dat psychotherapeuten bevoegde artsen dienen te zijn. Niet-medisch geschoolde psychotherapeuten mogen slechts onder medisch toezicht de psychotherapie beoefenen (R. MEERT-VAN DE PUT, *a.w.*, 660 en 670).

In een enigszins andere context, oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat een therapie, nl. relaxatie- en hypnosesessies, die erin bestond om door zeer sterke overredingskracht de betrokken personen mentaal zodanig op te peppen dat zij beter tegen hun ongemakken bestand werden of hen zelfvertrouwen te schenken wat een heilzame invloed had op hun kwalen, als uitoefening van de geneeskunde dient te worden beschouwd (Gent 30 november 1988, *Pas.* 1989, II, 132). De Nationale raad van de Orde der geneesheren beschouwt de hypnose als "een aanvaarde, alhoewel soms gecontesteerde techniek in de psychiatrie". Indien een psychiater samenwerkt met een hypnotiseur die geen arts is, is de psychiater overeenkomstig artikel 5 § 1 W.U.G. verantwoordelijk voor het toezicht ("Psychiatrie en hypnotiseurs", *T. Orde Geneesh.* 1982, nr. 31, 15).

De Correctionele Rechtbank te Charleroi wees in 1965 al op het stilzitten van de wetgever ter zake. Daarin is intussentijd nauwelijks verandering gekomen. Het M.B. 12 augustus 1988 houdende aanduiding van de paramedische beroepen (*B.S.* 7 oktober 1988) vermeldde wel als een paramedisch beroep de klinische psychologie (art. 1, 15°). Men zou hierin een bevestiging kunnen zien van het standpunt dat psychotherapie en psychoanalyse door niet-medisch opgeleide therapeuten slechts mogen worden beoefend onder het toezicht van een arts (dit besluit werd door de Raad van State vernietigd; R.v.St., Chambres Synd. Dentaires de Wallonie, nr. 33.462, 27 november 1989). Daar tegenover staat dat de klinische psychologie thans niet voorkomt bij de beroepen die als paramedisch zijn erkend.
De opvatting van MEERT-VAN DE PUT treft men eveneens aan in Frankrijk. Het Hof van Cassatie bevestigde een arrest van het Hof te Bordeaux dat een niet-medisch geschoolde psychoanalist wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde veroordeelde. De psychoanalist voerde aan dat hij slechts personen in behandeling had met een goede gezondheid. Dit werd evenwel door de feiten tegengesproken. Bovendien schreef hij remedies voor. In hetzelfde arrest stelde het Hof van Cassatie dat ook preventief ingrijpen tot de uitoefening van de geneeskunde behoort (zie boven, nr. 45) (Cass. 9 oktober 1973, *Gaz.Palais* 1974, 11, noot P. DOLL; *Rev. dr. sanitaire* 1973, 474 noot L. DUBOUIS). Een afwijkende mening treft men aan in een uitspraak van de Correctionele Rechtbank te Nanterre. De beschuldigde ontving in zijn praktijk, individueel of in groep, volwassenen

en kinderen met aanpassings- of communicatiemoeilijkheden. Hij voerde met hen gesprekken en ging over tot een zgn. psychologisch onderzoek d.m.v. een dialoog, zonder de patiënt aan te raken; hij diende evenmin medicatie toe. De beschuldigde, die geen medische opleiding had, ontkende de geneeskunde te beoefenen. Zijn cliënten waren geen geesteszieken, doch verwarde personen door affectieve of karakteriële stoornissen. Hij stelde geen diagnoses, behandelde niet, schreef niets voor. De rechtbank aanvaardde dat de beschuldigde het psychoanalytisch, psychologisch en pedagogisch kader niet was te buiten gegaan en derhalve niet de psychiatrie had beoefend (Corr. Nanterre 9 februari 1978, *Gaz.Palais* 1979, 168, noot D. SOULEZ-LARIVIERE; *Rev. dr. sanitaire* 1979, 348, noot L. DUBOUIS).
SOULEZ-LARIVIERE keurt deze uitspraak goed doch erkent dat hij afwijkt van de vroegere rechtspraak. Volgens deze auteur beoefent een psychoanalyticus of een psycholoog niet de geneeskunde zolang hij geen geesteszieken in behandeling neemt en een door een arts voorgeschreven behandeling niet stopzet. Kritischer staat DUBOUIS, die pleit voor meer duidelijkheid langs wetgevende weg.

75 Psychoanalyse en psychotherapie worden soms bedreven t.a.v. een groep patiënten. Behandeling van meerdere patiënten komt overigens ook voor in andere situaties, terwijl ook onderzoek en diagnose zich kunnen uitstrekken tot meerdere patiënten. Een typisch voorbeeld hiervan is het genetisch testen en de genetische diagnose, terwijl genetic counseling dikwijls niet beperkt blijft tot een individu. Naar aanleiding hiervan duikt de vraag op in hoeverre behandeling in groep, groepstherapie, als uitoefening van de geneeskunde dient te worden beschouwd.

In de, weliswaar reeds oudere literatuur treft men de opvatting aan dat van uitoefening van de geneeskunde slechts sprake kan zijn wanneer de interventie is gericht op één concreet individu. In deze zin GROSEMANS: "la jurisprudence belge ne paraît pas avoir considéré qu'une conférence et même des exercices pratiqués en commun dans un but de thérapeutique collective puissent tomber sous l'application de la loi pénale: celle-ci vise en effet l'action de la personne non qualifiée sur un malade déterminée" (R. GROSEMANS, "Considérations sur l'exercice illégal de l'Art de guérir", *R.D.P.* 1954-55, 163; R. MEERT-VAN DE PUT, *a.w.*, 659; E. TROUSSE, "La magie et les sortilèges dans le droit pénal d'autrefois et d'aujourd'hui", *R.D.P.* 1955-56, 579).

76 Deze opvatting is thans achterhaald. Zij houdt onvoldoende rekening met gewijzigde onderzoeks-, diagnostische en therapeutische methodes in de geneeskunde. In een aantal gevallen, vnl. in de menselijke erfelijkheid, is een groepsbenadering onontbeerlijk. In andere gevallen wordt erkend dat de dynamiek van een groepsgebeuren kan bijdragen tot het therapeutisch handelen. Er is geen doorslaggevende reden waarom handelingen uitgeoefend t.a.v. een individuele patiënt anders zouden moeten worden beoordeeld wanneer zij t.a.v. een groep worden gesteld. Het Hof van Beroep te Brussel beschouwde in 1950 reeds een behandeling t.a.v. een groep als uitoefening van de geneeskunde (Brussel 11 maart 1950, *J.T.* 1950, 526, noot M.R.W. Het ging *in casu* om zgn. groepsuggestie).

In het kader van groepstherapie komt het wel voor dat de medepatiënten op een of andere wijze mee beslissen over de in te stellen therapie voor een patiënt. Vanzelfsprekend is hier dan sprake van onwettige uitoefening van de geneeskunde (zie i.v.m. groepstherapie ook nog: J.H. HUBBEN, "Legal complications arising from group therapy", in F. KOENRAADT en M. ZEEGERS (eds.), *Trends in law and mental health. Proceedings of the 13th International Congress on Law and Mental Health*, Arnhem, Gouda Quint, 1988, 151-155).

4. Acupunctuur

77 De rechtspraak rekent de beoefening van de acupunctuur tot het stellen van daden van geneeskunde zoals bedoeld in artikel 2 § 2 W.U.G. Hierover bestaat eensgezindheid (zie: Cass. 20 juni 1990, *Arr. Cass.* 1990, 1342; *Pas.* 1990, I, 1189: de W.U.G. maakt geen uitzondering voor de chinese acupunctuur). Behalve tot de uitoefening van de geneeskunde behoort de acupunctuur ook tot de niet-conventionele praktijken in de geneeskunde (art. 2 § 1, 2° Wet 29 april 1999 betreffende de niet-conventionele praktijken in de geneeskunde *B.S.* 24 juni 1999, zie verder, nr. 102). Deze wet kan evenwel niet worden ingeroepen zolang men niet voldoet aan de in de wet voorziene registratie en nog vast te leggen voorwaarden (Corr. Gent 14 september 1999, *T. Gez.* 2000-01, 240 noot J. TER HEERDT, "Alternatieve geneeskunst; nog steeds de stiefdochter in de geneeskunde?"). Een kinesitherapeut maakt zich schuldig aan de onwettige uitoefening van de geneeskunde, wanneer hij vanuit de kennis van de Chinese geneeskunde en de acupunctuur tot een eigen diagnose komt en op die basis een behandeling uitvoert (Gent 28 juni 2000, *T. Gez.* 2001-02, 195).

Volgens de Correctionele Rechtbank te Antwerpen valt acupunctuur naar de gebruikte bewoordingen zelf en gezien de praktijken die ermee worden aangeduid onder de toepassing van de W.U.G. Dat de acupunctuur niet wordt gedoceerd aan de Belgische universiteiten is zonder belang, daar het monopolie van de arts, binnen de termen van de Wet uitoefening gezondheidsberoepen geen beperkingen kent (Corr. Antwerpen 27 juni 1974, *R.W.* 1974-75, 1058 noot K. SCHUTYSER; *J.T.* 1974, 659). In zijn noot onder dit vonnis is SCHUTYSER van mening dat *in casu* acupunctuur terecht als geneeskunde in de zin van de W.U.G. werd beschouwd. Maar "inzake de acupunctuur in het algemeen blijven wel enkele vragen hangen". Het Hof van Beroep te Antwerpen bevestigde dit vonnis (Antwerpen 11 juni 1976, *R.W.* 1977-78, 573). Volgens het hof mag een onbevoegde, ongeacht de waarde die de acupunctuur kan hebben, een aangelegenheid waarover het niet te oordelen heeft, geen daden stellen die behoren tot de acupunctuur, wanneer deze overeenstemmen met de handelingen beschreven in artikel 2 § 1 W.U.G. In dezelfde zin het Hof van Beroep te Bergen (Bergen 21 mei 1985, *J.T.* 1986, 716). Vermits de dader in dit geval te goeder trouw handelde, daar artsen zelf hun patiënten naar hem verwezen, werd opschorting van de straf uitgesproken. Ook een kinesitherapeut is onbevoegd om de acupunctuur te beoefenen. Er bestaat geen enkel K.B. tot uitvoering van artikel 5 § 1 W.U.G. waardoor aan een kinesitherapeut deze bevoegdheid wordt toegekend (Gent 28 februari 1989, *R.W.* 1988-89, 1371; zie in dezelfde zin: het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren, "Acupunctuur", *T. Orde Geneesh.* 1978-79, nr. 27, 39 en "Alternatieve geneeswijzen", *T. Orde Geneesh.* 1990, nr. 49, 25). In het eerst vermelde advies is de Nationale raad van mening dat hij zich niet kan uitspreken over de vraag of acupunctuur deel uitmaakt van de geneeskunde. In een ander advies wordt acupunctuur beschouwd "als een experimentele medische techniek", en wordt artikel 34 Code medische plichtenleer geciteerd volgens hetwelk een arts verzorging moet toedienen die strookt met "de thans geldende wetenschappelijke kennis". Een en ander lijkt te suggereren dat een arts zich liefst niet inlaat met de acupunctuur, terwijl niet-artsen onbevoegd zijn ("Acupuntuur", *T. Orde Geneesh.* 1980-81, nr. 29, 23-24).

78 Vergelijkbare standpunten als in België treft men aan in de Franse en Nederlandse jurisprudentie.

Het Hof van Beroep te Parijs beschouwde het plaatsen van naalden in het kader van de uitoefening van de acupunctuur als een handeling met therapeutische bedoelingen. Bovendien werd een diagnose gesteld, nl. het vaststellen d.m.v. het meten van de polsslag van een energetisch (on)evenwicht. In eerste aanleg was nochtans geoordeeld dat er noch een diagnose noch een behandeling

was geweest, eraan toevoegend dat "les médecins n'ont pas le monopole de la santé" (Parijs 21 juni 1973, *Gaz.Palais* 4 december 1973, 7, noot DOLL; *Rev. dr. sanitaire* 1973, 475; in dezelfde zin: Angers 30 maart 1982, *Gaz.Palais* 3 juni 1982, 11 noot S.P. LAGUELLE; *Rev. dr. sanitaire* 1982, 426, noot L.D.).
Volgens de Nederlandse Hoge Raad kan "het verzachten van als gevolg van ziekte, kwalen of verwondingen ondervonden pijn onder omstandigheden worden beschouwd als het verlenen van geneeskundige raad of bijstand". *In casu* ging het om het beoefenen van de acupunctuur, zonder dat de Hoge Raad met zoveel woorden stelt dat acupunctuur alszodanig behoort tot de uitoefening van de geneeskunde (Hoge Raad 9 oktober 1979, *N.J.* 1980, nr. 189, noot G.E.M.). Deze annotator is stellig: "acupunctuur is niet te vergelijken met het toedienen van aspirientjes (...). Acupunctuur ontwikkelt zich tot een echte medische techniek, die ook volgens de gangbare 'westerse' wetenschappelijke inzichten de betiteling geneeswijze verdient".

5. *Chiropraxie. Osteopathie. Manuele therapie. Massage*

79 Manuele therapie is een oude vorm van orthopedische therapie, in het bijzonder toegepast bij lage rugpijn. De meeste medische specialisten in de orthopedie passen geen manuele therapie meer toe omwille van het empirisme van de methode. Manuele therapie wordt nu uitgeoefend door chiropractici, in de Verenigde Staten en ook hier in toenemende mate osteopaten genoemd. Het Hof van Cassatie oordeelde al in 1952 dat, door na onderzoek en diagnose, zonder aanduidingen of bevelen van een arts, gewoonlijk over te gaan tot massage een chiropracticus onbevoegd handelingen stelt die behoren tot de uitoefening van de geneeskunde (Cass. 1 december 1952, *Arr. Cass.* 1953, 179; *Pas.* 1953, I, 199. In dezelfde zin: Corr. Nijvel 20 oktober 1961, *R.D.P.* 1961-62, 318).

Indien een chiropracticus geen enkele handeling stelt die voorkomt in de definitie gegeven in artikel 2 § 1 W.U.G. kan hem niet worden verweten de geneeskunde te beoefenen. Op dit standpunt stelde zich het Hof van Beroep te Gent. Het behandelen van cliënten d.m.v. massage van rug en wervelzuil zonder geneesmiddelen voor te schrijven, zonder zich te laten doorgaan als arts, zonder onderzoek te verrichten op inwendige organen, zonder een diagnose te stellen is geen onwettige uitoefening van de geneeskunde. Temeer niet omdat chiropraxie alszodanig aan de Belgische universiteiten niet wordt gedoceerd, zodat het een "paramedicale wetenschap" is waarvan de uitoefening door een niet-arts niet strafbaar is (Gent 2 februari 1965, *R.W.* 1964-65, 1262; zie in vergelijkbare bewoordingen: Corr. Aarlen 19 mei 1967, *Jur. Liège* 1966-67, 290 en de kritiek van R. GROSEMANS, "Onwettig uitoefenen van de chiropraxis", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1969, 256).
In meer recente uitspraken wordt daarentegen uitgegaan van de opvatting dat chiropraxie een delicate behandeling is die risico's inhoudt. Vertebrale manipulaties, aldus het Hof van Beroep te Brussel zijn geen eenvoudige massagehandelingen, maar delicate handelingen tijdens de uitvoering waarvan de al dan niet te voorziene reacties van de patiënt op ieder ogenblik moeten worden gecontroleerd door een arts. Indien de uitvoering ervan wordt opgedragen aan iemand die geen arts is, bv. een kinesitherapeut, dan mag het medische voorschrift niet zo vaag zijn gesteld dat het initiatiefrecht bij de kinesitherapeut berust (Brussel 18 november 1971, *R.D.P.* 1971-72, 760; Brussel 3 januari 1973, *J.T.* 1973, 352). De Correctionele Rechtbank te Namen beschouwde als behandeling in de zin van artikel 2 § 1 W.U.G. om het even welk procédé dat ertoe strekt een ziekte te genezen of een ziektetoestand of malaise te verzachten. Om die reden behoort de osteopathie tot de uitoefening van de geneeskunde (Corr. Namen 15 mei 1985, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1986, 272; *Journ. proc.* 1985, nr. 64, 27; *Rev. Rég. Dr.* 1985, 294. Zie eveneens: E. HEYE, "Le procès de l'ostéopathie; nouvelle médecine hors-la-loi", *Journ. proc.* 1985, nr. 56, 6-8). De Nationale raad van de Orde der geneesheren stelde in een advies aan de Eerste Auditeur van de Raad van State dat "personen die de ostheopathie uitoefenen buiten het medisch kader, zich schuldig maken aan onwettige uitoefening van de geneeskunde" ("Osteopathie", *T. Orde Geneesh.* 1992, nr. 58, 16). Maar de bekrachtiging van de statuten van de "Belgische Vereniging voor osteopathie" – "Be-

roepsvereniging van de Belgische Osteopaten" door de Raad van State heeft niet tot gevolg "dat de osteopaten een wettelijk georganiseerd beroep uitoefenen (...); de erkenning als beroepsvereniging heeft als dusdanig niets te maken met de behandeling van de patiënten (R.v.St., Het Verbond der Belgische Beroepsverenigingen van Geneesheren-Specialisten, de Belgische Vereniging van Geneesheren-Specialisten in Physische Geneeskunde en Readaptatie, de Belgische Geneeskundige Beroepsunie voor Orthopedische Chirurgie en Traumatologie van het Bewegingsapparaat, de Belgische Reumatologenvereniging, nr. 48.517, 7 juli 1994).
Bij gebreke van communautaire harmonisatie van werkzaamheden die uitsluitend onder uitoefening van medische functies vallen, verzet artikel 52 (thans art. 43) EG-Verdrag zich er niet tegen, dat een lidstaat een paramedische werkzaamheid, zoals met name osteopathie, voorbehoudt aan de houders van een diploma van doctor in de geneeskunde (H.v.J. 3 oktober 1990, *Jur. H.v.J.* 1990, I, 03551).

80 De chiropraxie en de osteopathie behoren bovendien tot de niet-conventionele praktijken in de geneeskunde (art. 2 § 1, 2° Wet 29 april 1999 betreffende de niet-conventionele praktijken inzake de geneeskunde *B.S.* 24 juni 1999; zie verder, nr. 102).

6. Geschreven aanbevelingen en raadgevingen. Gezondheidsvoorlichting en -opvoeding

81 Kan men het beschrijven van de aard van een ziekte en het geven van schriftelijke aanbevelingen en raad om deze ziekte te bestrijden beschouwen als het uitoefenen van de geneeskunde, meer in het bijzonder als zijnde de behandeling van een pathologische toestand?

Men dient een onderscheid te maken tussen de medisch-wetenschappelijke vakliteratuur (wetenschappelijke werken, handboeken, tijdschriftartikelen) die zich uiteraard niet richt naar (potentiële) patiënten of zieken maar tot de beoefenaars van de geneeskunde zelf, en de populaire medische naslagwerken genre "Wegwijs Gezondheid", en de zgn. medische rubrieken in gezinsbladen e.d.
Wat de eerst genoemde werken betreft is het antwoord duidelijk. De bedoeling van deze geschriften is primair de verspreiding van medisch-wetenschappelijke kennis te bevorderen, niet het aansporen tot behandeling. Bovendien gaat deze literatuur doorgaans uit van personen die zelf bevoegd zijn de geneeskunde te beoefenen. Er stelt zich hier geen probleem.

82 Volgens een unanieme rechtsleer kan het verspreiden van geschreven opvattingen over allerhande ziekten en hun behandeling, het geven van raad en het doen van aanbevelingen niet worden beschouwd als het onwettig uitoefenen van de geneeskunde (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1029 en 1031; R. GROSEMANS, "Considérations sur l'exercice illégal de l'art de guérir", *R.D.P.* 1954-55, 163; D. VERBIEST, "Onwettige uitoefening van de geneeskunde in het Belgische recht", *Jur.Falc.* 1971-72, 35; D. VERBIEST, "Religie en onwettige uitoefening van de geneeskunde", *R.W.* 1981-82, 2687).

Als belangrijkste reden hiervoor wordt vermeld dat dergelijke literatuur zich richt tot een zeer brede groep, terwijl om te kunnen spreken over een medische behandeling in de zin van de W.U.G. de tussenkomst moet gericht zijn op één bepaald individu (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *a.w.*, nr. 1029. Zie boven, nr. 73-74 i.v.m. groepstherapie). Men kan hier nog aan toevoegen

dat de W.U.G. de term "handeling" gebruikt (art. 2 § 1 en art. 38 § 1, eerste lid). Spreken, praten, publiceren over ziekten en behandelingen zijn geen handelingen in deze zin.

Rechtspraak is zo goed als onbestaande. Volgens een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Brussel beoefent niet-onwettig de geneeskunde iemand die brochures opstelt, publiceert en verspreidt waarin verschillende ziekten worden beschreven en een bepaalde remedie hiertegen wordt aanbevolen (Corr. Brussel 8 januari 1902, *Pas.* 1902, III, 65). De adviserende taak die is opgedragen aan de apotheker-bioloog in de rubriek "Functies" in punt III, 9de *bis*, a) van de rubriek A. "Algemene normen die al op de inrichtingen toepasselijk zijn" van de bijlage bij K.B. 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd houdt "uiteraard niet het stellen van daden van geneeskunde" in maar betreft enkel de preventieve maatregelen van algemene aard zodat er geen sprake is van onwettige uitoefening van de geneeskunde (R.v. St., Verbond der Belgische Beroepsverenigingen van Geneesheren-Specialisten en de V.Z.W. Belgische vereniging van Apothekers-Specialisten in de Klinische Biologie, nr. 120.537, 12 juni 2003).

Volgens het Franse Hof van Cassatie valt medische literatuur waarin adviezen van didactische aard worden gegeven niet onder de Wet uitoefening geneeskunde (Cass. fr. 7 maart 1973, *J.C.P.* 1973, 17.495 noot P.J. DOLL; *Rev. dr. sanitaire* 1973, 476 noot L. DUBOUIS).

Het Hof van Beroep te Parijs had de fabrikant en de verkoper van een apparaat voor galvanotherapie (een vorm van electrotherapie) veroordeeld wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde. Volgens het Hof hadden zij medische behandelingen met behulp van een bepaald apparaat voorgesteld en daadwerkelijk toegepast, door dat apparaat te koop aan te bieden en door er therapeutische eigenschappen t.a.v. welbepaalde ziekten aan toe te schrijven. Als enig cassatiemiddel werd de schending van artikel 372 Code de la santé publique aangevoerd omdat deze bepaling, hoe ruim ook gesteld, steeds een individueel contact veronderstelt tussen hulpverlener en patiënt. Zo'n contact ontbreekt wanneer een apparaat ter beschikking wordt gesteld en wanneer dit apparaat door de patiënten zelf wordt geplaatst op de zieke lichaamsdelen, rekening houdend met de raadgevingen van algemene aard die hen worden verstrekt op de gebruiksaanwijzing bij het apparaat. Een dergelijke praktijk beoordelen als onwettige uitoefening van de geneeskunde houdt in dat ook raadgevingen in een medisch naslagwerk dat zijn.

Volgens het Hof van Cassatie loopt de vergelijking met een algemeen medisch naslagwerk mank. In het concrete geval ging het om een preciese therapie, nl. galvanotherapie; die therapie werd aangeprezen bij het te koop aanbieden van een apparaat aan een bepaalde cliënt, ter behandeling van een of meerdere, in de reclame genoemde, ziekten; de fabrikant of verkoper nam persoonlijk deel aan de behandeling zowel door het leveren van dit apparaat als door het vermelden van de voordelen van de therapie, waarvan zij de naleving controleerden d.m.v. een soort "bezoekboekje" dat de patiënt moest invullen. Zowel DUBOUIS als DOLL keuren deze uitspraak goed. Maar DUBOUIS merkt toch op dat artikel 372 Code de la santé publique hier wordt begrepen op een wijze die men niet als eng kan aanduiden.

83 Wanneer de schriftelijke aanbevelingen betrekking hebben op een bepaalde therapie ter behandeling van een welomschreven ziekte en zich richten tot een herkenbare groep patiënten en wanneer ook nog de wijze waarop die therapie moet worden aangewend wordt gepreciseerd, dan is het niet uitgesloten dat al deze elementen tesamen genomen de uitoefening van de geneeskunde inhouden (zie reeds in deze zin: Brussel 17 juni 1896, geciteerd door VERBIEST, *t.a.p.*, 34; zie verder, nr. 140).

AFDELING III

ONBEVOEGDE PERSOON

84 Zie boven, nr. 10-25, voor een beschrijving van de bevoegdheidsvoorwaarden. *Mutatis mutandis* kan daaruit worden afgeleid wie een onbevoegde persoon is.

AFDELING IV

OP GEWOONLIJKE WIJZE

§ 1. Begrip "gewoonlijk"

85 Strafbaar is degene die gewoonlijk een handeling of handelingen stelt die behoren tot de geneeskunde zonder de wettelijk gestelde voorwaarden te vervullen (art. 38 § 1, 1° W.U.G.). Onwettige uitoefening van de geneeskunde is een gewoontemisdrijf (Cass. 11 april 1938, *Arr. Cass.* 1938, 83; *Pas.* 1938, I, 141). Gelet op de aard van de verleende diensten is dat begrijpelijk, omdat iedereen al wel eens raad geeft aan een zieke of banale remedies voorschrijft (K. GEENS, *a.w.*, nr. 494).

86 Over de interpretatie van "gewoonlijk" handelen, bestaan uiteenlopende opvattingen.

Volgens de Correctionele Rechtbank te Namen dient de gewoonte niet mathematisch precies te worden geëvalueerd, in functie van het aantal overtredingen. De gewoonte moet in feite worden vastgesteld, rekening houdend met de omstandigheden en de bijzondere elementen van iedere zaak. Wanneer dan blijkt dat de handelingen niet uitzonderlijk of accidenteel waren, is sprake van een gewoonte (Corr. Namen 13 oktober 1982, *Rev. Rég. Dr.* 1983, 72).
Doorgaans wordt de gewoonte toch uitgedrukt op een kwantitatieve wijze. Volgens sommigen geven twee handelingen reeds een gewoonte, wanneer tussen die handelingen een samenhang bestaat (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1081). Het Hof van Cassatie lijkt aan te nemen dat twee bewezen handelingen volstaan (Cass. 20 september 1937, *Arr. Cass.* 1937, 87; *R.W.* 1937-38, 245; *Pas.* 1937, I., 237: voor de gewoonte is niet noodzakelijk een minimum van drie handelingen vereist). Anderen daarentegen eisen drie handelingen (Gent 2 februari 1965, *R.W.* 1964-65, 1263; *R.P.D.B.*, tw. *Art de guérir*, nr. 208; Y. THIRY, *t.a.p.*, nr. 57). Zie voor Frankrijk waar de wet eveneens een gewoonte vereist: P.J. DOLL, "Le traitement par relaxtion psychosomatique, déconditionnement suivi de recondionnement de la personnalité, est-il constitutif du délit d'exercice illégal de la médecine?", *Gaz.Palais* 1974, 9 en de aangehaalde rechtspraak.

87 Het vaststellen van de gewoonte is een taak van de feitenrechter (Cass. 20 september 1937, *Arr. Cass.* 1937, 87; *R.W.* 1937-38, 245; *Pas.* 1937, I, 237; Cass. 10 januari 1949, *R.W.* 1948-49, 1126; *Pas.* 1949, I, 17; Cass. 15 mei 1984, *Arr. Cass.* 1984, 1197; *Pas.* 1984, I, 1120: het arrest dat iemand veroordeelt wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde zonder vast te stellen dat

hij gewoonlijk bedoelde handelingen heeft verricht, verantwoordt deze beslissing niet wettelijk). In een periode van 4 maanden zowat alle handelingen verrichten die tot de geneeskunde behoren maakt onwettige uitoefening op gewoonlijke wijze uit (Corr. Brussel 24 november 1969, *Pas.* 1970, III, 23; *J.T.* 1970, 121).

De handelingen moeten niet noodzakelijk betrekking hebben op meerdere personen. Meerdere handelingen gesteld t.a.v. eenzelfde persoon volstaan (Cass. 20 september 1937, *Arr. Cass.* 1937, 87; *R.W.* 1937-38, 245; *Pas.* 1937, I, 237: de gewoonte wordt gekenmerkt door de meervuldigheid van de handelingen, niet door de meervuldigheid van de behandelde personen; *R.P.D.B.*, tw. *Art de guérir*, nr. 208; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1081; zie voor Frankrijk: Cass. 24 juli 1967, geciteerd door P.J. DOLL, *a.w.*, 10).

Het is evenmin vereist dat het gaat om verschillende medische handelingen; eenzelfde medische handeling volstaat, voorzover de gewoonte bewezen is (art. 38 § 1, 1° W.U.G. spreekt van een handeling of handelingen). Het is zelfs zo dat het bestaan van een gewoonte gemakkelijker kan bewezen worden wanneer dezelfde handeling regelmatig werd herhaald (Corr. Gent 13 november 1954, *R.W.* 1954-55, 986; Corr. Antwerpen 1 juni 1955, *R.W.* 1955-56, 410), dan wanneer het telkens gaat om een andere handeling (zie: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 1080).

88 Strafbaar is het gewoonlijk stellen van handelingen die behoren tot de uitoefening van de geneeskunde. Het is niet vereist dat dit op een beroepsmatige wijze gebeurt (K. GEENS, *a.w.*, nr. 510). Evenmin is een lucratief oogmerk vereist in hoofde van de beklaagde (Rb. Brugge 9 april 1992, *T.B.R.* 1993,106).

§ 2. Uitzonderingen

A. HERHALING

89 De gewoonte is niet vereist voor degene die vroeger wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde werd veroordeeld (art. 38 § 2, 1° W.U.G.).

Vóór de inwerkingtreding van dit artikel, moest na een eerste veroordeling opnieuw het bestaan van een gewoonte, waarvan de eerste handeling aan de veroordeling niet mocht voorafgaan, bewezen worden. De vroegere wetgeving voorzag wel in strafverzwaring bij recidive (K. GEENS, *a.w.*, nr. 494).

B. RECLAME

90 Een gewoonte is evenmin vereist wanneer om het even welk reclamemiddel werd aangewend om de handelingen te kunnen stellen (art. 38 § 2, 2° W.U.G.; Cass. 26 mei 1992, *Arr. Cass.* 1992, 909; *Pas.* 1992, I, 847).

Er dient een verband te worden aangetoond tussen de reclame en het verrichten van de handelingen. Een arrest van het Hof van Beroep te Gent dat oordeelde dat de onwettige uitoefening van *in casu* de tandheelkunde was bewezen en dat "gewoonlijk" niet vereist was omdat de beklaagde om het even welk reclamemiddel had aangewend, werd door het Hof van Cassatie om deze reden vernietigd. Het hof van beroep had niet onderzocht of de reclame was gevoerd om verboden medische handelingen te kunnen verrichten (Gent 1 december 1981, *Vl. T. Gez.* 1984-85, 374). Na verwijzing, oordeelde ook het Hof van Beroep te Antwerpen dat een gewoonte niet moest worden bewezen, maar omwille van de verjaring volgde een vrijspraak (Antwerpen 29 april 1983, *Vl. T.*

Gez. 1984-85, 376 noot B. VAN DORPE). VAN DORPE verdedigt de opvatting dat de restrictieve interpretatieregel, eigen aan het strafrecht, voor gevolg heeft dat wanneer het reclamemiddel niet werd aangewend om de daad van onwettige geneeskunde te stellen, het vereiste van gewoontemisdrijf blijft bestaan (B. VAN DORPE, noot onder Antwerpen 29 april 1983, *Vl. T. Gez.* 1984-85, 376).

C. DOEN GELOVEN DAT MEN BEVOEGD IS (TITELMISBRUIK)

91 Ten slotte is een gewoonte evenmin vereist wanneer degene die handelingen behorend tot de geneeskunde heeft gesteld, in verband met deze handelingen opvallende middelen heeft aangewend of gebruik heeft gemaakt van een titel of van enige benaming, met het doel te doen geloven dat hij wettelijk bevoegd is (art 38 § 2, 3° W.U.G.).

De wet specifieert niet om welke titel het gaat. De titel van dr. in de genees-, heel- en verloskunde komt hier zeker in aanmerking. Wie zich in het openbaar van deze titel bedient, zonder daartoe het recht te hebben wordt gestraft met een geldboete (art. 3, I Wet 11 september 1933 tot bescherming van de titels van het hoger onderwijs, *B.S.* 27 september 1933). De titel van dr. in de geneeskunde is een academische titel die alszodanig is beschermd. Een beschermde beroepstitel als "geneesheer", "arts", "dokter" bestaat niet, hoewel de W.U.G. op diverse plaatsen spreekt van geneesheer. Volgens GEENS worden deze beroepstitels wel op een indirecte wijze beschermd, nl. via de bescherming van de academische titel die zich uitstrekt tot de tekens waaruit het recht de titel te dragen verkeerdelijk zou kunnen worden afgeleid (K. GEENS, *a.w.*, nr. 492).

92 Het voeren van een titel die doet geloven dat men wettelijk bevoegd is, is geen constitutief bestanddeel van het misdrijf onwettige uitoefening van de geneeskunde. Het Hof van Beroep te Gent besliste dat inzake onwettige uitoefening van de geneeskunde het zonder belang is of de beklaagde zich al dan niet heeft uitgegeven voor dr. in de geneeskunde. Tevergeefs voerde de beklaagde aan dat hij zich nooit alszodanig had uitgegeven (Gent 2 maart 1983, *T.B.R.* 1984, 4 noot C. PERSYN; *Vl. T. Gez.* 1983-84, 271 noot H.N.). Maar indien het "titelmisbruik" werd vastgesteld, wordt het wel overbodig de gewoonte te onderzoeken.

Maakt gebruik van opvallende middelen en een titel om te doen geloven dat hij bevoegd is, de onbevoegde die beweert als "docteur" verbonden te zijn aan een ziekenhuis en er zich op beroept belangrijke heelkundige ingrepen te hebben verricht. Dezelfde persoon werd niet enkel beschuldigd van onwettige uitoefening van de geneeskunde maar tevens van het in het openbaar dragen van een academische titel (Corr. Brussel 24 november 1969, *Pas.* 1970, III, 23; *J.T.* 1970, 121).

93 Evenmin is een constitutief bestanddeel voor het misdrijf dat de onbevoegde, *in casu* een arts die was geschrapt van de lijst van de Orde der geneesheren, heeft willen doen geloven, dat hij bevoegd de geneeskunde uitoefende (Cass. 28 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1988, 251; *Pas.* 1988, I, 233; *R.D.P.* 1988, 200 noot J.S. Volgens J.S. ligt deze uitspraak in de lijn van de opvatting dat het doel waarmee de onbevoegde behept is geen rol speelt).

AFDELING V

SANCTIONERING VAN ONWETTIGE UITOEFENING

§ 1. Strafsancties

94 Artikel 38 § 1, 1° W.U.G. straft met gevangenisstraf van 8 dagen tot 6 maanden en/of met geldboete van 500 tot 5.000 EUR hij die gewoonlijk een handeling of handelingen stelt die behoren tot de geneeskunde zonder de wettelijk vereiste voorwaarden te vervullen. In geval van herhaling, binnen drie jaar na een vonnis van veroordeling dat kracht van gewijsde heeft verkregen, kunnen deze straffen verdubbeld worden, zonder een gevangenisstraf van 6 maanden of een geldboete van 50.000 EUR te mogen overschrijden (art. 42 W.U.G.).

In geval van veroordeling wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde kan de rechter, in het belang van de volksgezondheid, de bijzondere verbeurdverklaring uitspreken, zelfs wanneer de veroordeelde niet-eigenaar is van de verbeurdverklaarde voorwerpen (art. 43 W.U.G.; A. VANDEPLAS, "De bijzondere verbeurdverklaring van art. 43, § 1 van het K.B. nr. 78 van 10 november 1967", *R.W.* 1973-74, 931).

§ 2. Schadevergoeding (burgerlijke partijstelling)

95 Onwettige uitoefening van de geneeskunde kan de bevoegde beroepsbeoefenaren raken in hun materiële en morele belangen. De vraag rijst of beroepsorganisaties van artsen zich burgerlijke partij kunnen stellen n.a.v. een strafvordering tegen een onbevoegde beoefenaar van de geneeskunde. Welke schade komt eventueel voor vergoeding in aanmerking?

Uit de jurisprudentie blijkt dat drie soorten beroepsorganisaties worden erkend als burgerlijke partij en die een vergoeding kunnen eisen voor geleden schade wegens onwettige uitoefening.

A. ORDE DER GENEESHEREN

96 De Orde der geneesheren kan vergoeding eisen voor schade die de organisatie zelf lijdt, evenals voor schade veroorzaakt door aantasting van de algemene en collectieve belangen ter bescherming waarvan de orde is opgericht (E. DIRIX, *Het begrip schade*, Antwerpen, Maklu/Kluwer, 1998, tweede ongewijzigde druk, nr. 160 en nr. 163 en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Zowel de morele als de materiële schade komt voor vergoeding in aanmerking.

Als morele schade werd aanzien de inbreuk op de rechten die het diploma van dr. in de geneeskunde toekent aan de houder ervan en het ondermijnen van de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt (Brussel 11 maart 1950, *J.T.* 1950, 526 noot M.R.W.); de inbreuk op de eer en de waardigheid van het beroep inherent aan de onwettige uitoefening (Corr. Nijvel 20 oktober 1961, *R.D.P.* 1961-62, 318) alsook het uitoefenen van de geneeskunde in oneerbare, onwaardige en onwettelijke voorwaarden (Corr. Brussel 2 februari 1949, *J.T.* 1949, 295). De materiële schade

wordt meer betwist. Het Hof te Brussel achtte niet bewezen de kosten die zouden zijn gemaakt om gevallen van onwettige uitoefening te signaleren aan de bevoegde overheid (Brussel 11 maart 1950, *J.T.* 1950, 526, noot M.R.W.) terwijl de Correctionele Rechtbank te Nijvel deze kosten wel bewezen achtte en aanvaardde als materiële schade (Corr. Nijvel 20 oktober 1961, *R.D.P.* 1961-62, 318). Ook de kosten verbonden aan de burgerlijke partijstelling werden als materiële schade aanvaard (Corr. Brussel 2 februari 1949, *J.T.* 1949, 295).
Bij het begroten van de morele schade hield het Hof van Beroep te Brussel ermee rekening dat de patiënten door het zgn. onvermogen van de artsen naar de onbevoegde genezer werden gedreven (Brussel 11 maart 1950, *J.T.* 1950, 526, noot M.R.W.).

B. ERKENDE BEROEPSVERENIGINGEN

97 Een beroepsvereniging die werd erkend krachtens de Wet van 31 maart 1898 op de beroepsvereniging (*B.S.* 8 april 1898) is bevoegd om vergoeding te eisen voor de schade die de organisatie zelf heeft geleden. Op grond van artikel 10 van deze wet kunnen dergelijke verenigingen optreden ter verdediging van de individuele rechten van hun leden en schadevergoeding vorderen voor de schade die door onwettelijke praktijken aan de belangen van hun leden is toegebracht (E. DIRIX, *a.w.*, nr. 160 en de aangehaalde rechtspraak die betrekking heeft op de Vereniging van Mond- en Tandartsen van België). Zoals de Orde der geneesheren heeft ook een dergelijke beroepsvereniging de bevoegdheid vergoeding te vragen voor de schade door aantasting van de algemene en collectieve belangen. Daarmee wordt niet bedoeld de som van de individuele belangen van de leden, maar een algemeen belang dat deze individuele belangen overstijgt en ter bescherming waarvan de rechtspersoon werd opgericht. Het is geenszins vereist dat de beroepsvereniging alle beroepsgenoten zou verenigen (E. DIRIX, *a.w.*, nr. 160-164; voor een toepassing zie: Cass. 10 februari 1988; *Arr. Cass.* 1988, 736; *Pas.* 1988, I, 676; Bergen 21 mei 1985, *J.T.* 1986, 716).

C. ANDERE BEROEPSVERENIGINGEN

98 Een beroepsvereniging van artsen die werd opgericht als V.Z.W. kan enkel optreden ter vergoeding van de materiële en morele schade die de vereniging alszodanig heeft geleden ten gevolge van de onwettige uitoefening van de geneeskunde. Voor de schade geleden door de individuele leden van de vereniging of ter verdediging van de algemene of collectieve belangen van deze leden kan zij niet opkomen (E. DIRIX, *a.w.*, nr. 160).

De Correctionele Rechtbank te Brussel was van oordeel dat een artsenorganisatie opgericht als V.Z.W. schadevergoeding kan eisen voor schade veroorzaakt niet enkel aan haar eigen belangen, maar aan de belangen van het medische beroep, omdat een inbreuk op de beroepsbelangen tevens kan worden beschouwd als schade in hoofde van de vereniging zelf (Corr. Brussel 24 november 1969, *Pas.* 1970, III, 23; *J.T.* 1970, 121).

§ 3. Naamlening

99 Het is aan iedere arts verboden op om het even welke wijze zijn medewerking te verlenen aan een derde of als naamlener voor hem op te treden met het doel hem te onttrekken aan de straffen waarmee de onwettige uitoefening

van de geneeskunde gestraft wordt (art. 19 W.U.G.). De sanctie voor naamlening is dezelfde als deze voor onwettige uitoefening van de geneeskunde (art. 38 § 1, 1°, vierde lid W.U.G.).

Artsen-radiologen die attesten ondertekenen voor prestaties van een arts die nog geen erkenningsnummer als radioloog had en zijn opleiding had voleindigd zodat de prestaties evenmin in dat kader geschiedden en die derhalve de geneeskunde onwettig uitoefende, treden op als naamlener nu vaststaat dat bijzonder opzet in hunne hoofde aanwezig is (met name: het doel de onbevoegde zorgverstrekker te onttrekken aan de straffen waarmee de onwettige uitoefening van de geneeskunde gestraft wordt (Arbh. Antwerpen 1 december 1995, *J.T.T.* 1996,193; *R.W.* 1996-97 (verkort) 412)). Het is betwistbaar dat de nog niet als radioloog erkende arts onwettig de geneeskunde uitoefende. Uit het arrest blijkt niet duidelijk of de drie basisvoorwaarden (diploma van arts, visum en inschrijving op de lijst van de orde) waren vervuld maar klaarblijkelijk wel want anders had hij zijn opleiding tot radioloog niet kunnen aanvatten of *a fortiori* voltooien. Als die voorwaarden waren vervuld dan kan van onwettelijke uitoefening van de geneeskunde geen sprake geweest zijn.

HOOFDSTUK III

UITOEFENING VAN DE NIET-CONVENTIONELE PRAKTIJKEN INZAKE DE GENEESKUNDE

AFDELING I

DEFINITIE VAN NIET-CONVENTIONELE PRAKTIJKEN INZAKE DE GENEESKUNDE. AFBAKENING TEGENOVER GENEESKUNDE

100 Artikel 2 § 1, 2° Wet 29 april 1999 betreffende de niet-conventionele praktijken inzake de geneeskunde, de artsenijbereidkunde, de kinesitherapie, de verpleegkunde en de paramedische beroepen (*B.S.* 24 juni 1999) hierna vermeld als Wet niet-conventionele geneeskunde, bepaalt het begrip "niet-conventionele praktijk" als "het gewoonlijk verrichten van handelingen die tot doel hebben de gezondheidstoestand van een menselijk wezen te bevorderen en/of te bewaken, met in achtneming van de in deze wet opgenomen voorschriften en voorwaarden".

101 Opvallend in deze definitie is de sterke gelijkenis met de omschrijving die in artikel 2 § 1, tweede lid W.U.G. wordt gegeven van (onwettige) uitoefening van de geneeskunde (zie boven, nr. 35). Deze omschrijving van (onwettige) uitoefening van de geneeskunde is zo ruim dat een niet-conventionele praktijk zoals gedefinieerd in artikel 2 § 1, 2° Wet niet-conventionele geneeskunde daaronder valt. Dat doet de vraag rijzen naar de verhouding tussen beide wetten.

In zijn advies noemde de Raad van State de definitie van niet-conventionele praktijk "zo ruim, dat ze slaat op handelingen die onder het vigerende recht beschouwd moeten worden als behorend tot de uitoefening van de geneeskunde. Het gaat met andere woorden om praktijken die eveneens geregeld worden in het K.B. nr. 78" (Ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1714/7, 3). Toch was de Raad van State van oordeel dat deze definitie een voldoende onderscheidend element bevatte tussen niet-conventionele en conventionele praktijken inzake geneeskunde. Het "niet-conventioneel" karakter van de praktijken bestaat er dan in, blijkens deze definitie, dat ze beoefend worden "met inachtneming van de in deze wet opgenomen voorschriften en voorwaarden", aldus het advies. De Raad van State leidde hieruit af dat de beoefenaar van de bedoelde praktijken de keuze heeft: ofwel stelt hij de desbetreffende handelingen met in achtneming van de bepalingen van de ontworpen wet, ofwel houdt hij zich aan de bepalingen van het W.U.G. In het eerste geval beoefent hij een niet-conventionele praktijk; in het andere geval een conventionele praktijk. Op die manier wordt volgens het advies in beginsel een strikte scheiding in het leven geroepen tussen de conventionele en de niet-conventionele praktijken.
Of op deze manier de afbakening tussen niet-conventionele en conventionele praktijken inzake de geneeskunde voldoende duidelijk is, valt nog te bezien. Stel dat iemand die niet aan de voorwaarden voldoet om op een niet-conventionele of conventionele wijze de geneeskunde te beoefenen, dit toch doet. Welke wet overtreedt hij dan: de wet niet-conventionele geneeskunde? De W.U.G.? Beide wetten? (in dezelfde zin: J. TER HEERDT, "De onwettige uitoefening van de alternatieve geneeskunst: een mijnenveld?", *T. Gez.* 2000-01, 17). Een andere vraag betreft welke van beide wetten van toepassing is wanneer een arts zowel niet-conventionele als conventionele praktijken inzake geneeskunde wenst uit te oefenen. Zie verder, nr. 120.

AFDELING II

SOORTEN VAN NIET-CONVENTIONELE PRAKTIJKEN

102 Artikel 2 § 1, 2°, tweede lid Wet niet-conventionele geneeskunde beschouwt als niet-conventionele praktijken: de homeopathie; de chiropraxie; de osteopathie en de acupunctuur. Alle vier behoren ze tot de (niet-conventionele) geneeskunde. Worden eveneens als niet-conventionele praktijken beschouwd "de praktijken waarvoor, met toepassing van § 4, een kamer wordt ingesteld" (zie verder, nr. 103). I.v.m. acupunctuur zie boven, nr. 77.

Krachtens artikel 2 § 3 wordt voor de vier met naam genoemde niet-conventionele praktijken een kamer opgericht. De Koning kan op grond van § 4 uit eigen beweging of op verzoek van een door de Koning in toepassing van artikel 2 § 1, 3° erkende beroepsorganisatie voor andere niet-conventionele praktijken een kamer oprichten.

De beoefening van de homeopathie in Nederland door een Belg kan niet als onwettige uitoefening van de geneeskunde worden gekwalificeerd (Antwerpen 16 februari 1998, *T. Gez.* 1999-2000, 133 met noot R. VERMEIREN, "Aansprakelijkheid van een homeopaat").

AFDELING III

PARITAIRE COMMISSIE EN KAMERS VOOR NIET-CONVENTIONELE PRAKTIJKEN

§ 1. Paritaire commissie "niet-conventionele praktijken"

103 Artikel 2 § 2 Wet niet-conventionele geneeskunde richt bij de minister die de Volksgezondheid in zijn bevoegdheid heeft, de paritaire commissie "niet-conventionele praktijken" op. Deze paritaire commissie vervult een centrale rol bij de nadere uitvoering van de Wet niet-conventionele geneeskunde.

Vooreerst is dat in formeel opzicht het geval: de belangrijkste bepalingen van deze wet treden pas in werking zes maanden na de eerste dag van de maand volgend op de inwerkingtreding van de benoeming van de leden van de paritaire commissie (art. 12). Dat is nog niet gebeurd.
Ook inhoudelijk vervult de paritaire commissie een sleutelrol. Zij dient advies te verlenen over de registratie van een niet-conventionele praktijk waarvoor reeds een kamer is ingesteld (art. 3 § 2, eerste lid). Een andere bevoegdheid van de paritaire commissie betreft het uitbrengen van een advies over de voorwaarden waaronder de beoefenaars van een geregistreerde niet-conventionele praktijk individueel kunnen worden geregistreerd (art. 3 § 3, eerste al.). Ten slotte is de paritaire commissie ook bevoegd om een advies uit te brengen over het van toepassing verklaren van één of meer bepalingen van de W.U.G. op de beoefenaars van niet-conventionele praktijken die niet onder de bepalingen van laatst genoemde wet vallen (art. 10 § 2).

De benaming van de commissie houdt verband met haar samenstelling: zij bestaat voor de ene helft uit leden, voorgesteld door de faculteiten van geneeskunde en voor de andere helft uit leden,

voorgesteld door de kamers voor een niet-conventionele praktijk (art. 5 § 1). De leden voorgedragen door de faculteiten van geneeskunde moeten gemachtigd zijn de geneeskunde uit te oefenen en zowel huisartsen als medische specialisten betreffen (art. 5 § 2, eerste lid). De leden benoemd op voordracht van de kamers dienen beoefenaar te zijn van de betrokken niet-conventionele praktijk.

§ 2. Kamers voor niet-conventionele praktijken

104 Vier kamers voor niet-conventionele praktijken worden door artikel 2 § 3 Wet niet-conventionele geneeskunde zelf opgericht voor elk van de vier domeinen die door deze wet als een niet-conventionele praktijk worden beschouwd (zie boven, nr. 102). Daarnaast kan een kamer voor een niet-conventionele praktijk worden opgericht door de Koning uit eigen beweging of op verzoek van een betrokken beroepsorganisatie die een erkenning geniet (art. 2 § 4).

Een erkende beroepsorganisatie is een beroepsorganisatie van beoefenaars van een praktijk die in aanmerking kan komen om als niet-conventionele praktijk gekwalificeerd te worden en die door de Koning is erkend op grond van de door hem bepaalde criteria. Die criteria hebben met name betrekking op de rechtspersoonlijkheid; de ledenlijst en de verbintenis om deel te nemen aan een externe evaluatie. Zie K.B. 4 juli 2001 betreffende de erkenning van beroepsorganisaties van beoefenaars van een niet-conventionele praktijk of van een praktijk die in aanmerking kan komen als niet-conventionele praktijk gekwalificeerd te worden, *B.S.* 19 januari 2002 en de Wet van 22 augustus 2002 tot bekrachtiging van het Koninklijk Besluit van 4 juli 2001 betreffende de erkenning van beroepsorganisaties van beoefenaars van een niet-conventionele praktijk of van een praktijk die in aanmerking kan komen om als niet-conventionele praktijk gekwalificeerd te worden, *B.S.* 28 september 2002.

LUST noemt het "enigzins merkwaardig dat de wet het voorafgaandelijk bestaan vereist van een beroepsvereniging, wat uiteraard veronderstelt een vereniging van mensen die een of andere niet-conventionele praktijk beoefenen, hoewel in de regel *de lege lata* het beroepsmatig 'uitoefenen' van zulke praktijk neerkomt op de onwettige uitoefening van de geneeskunde, wat een misdrijf is. Zulke voorafgaandelijke beroepsvereniging lijkt derhalve maar wettig denkbaar voorzover zij enkel bestaat uit leden die vallen onder en handelen binnen het kader van het K.B. nr. 78 van 10 november 1967. Vermits het *hic et nunc* uitoefenen van niet-conventionele praktijken buiten dit kader neerkomt op onwettige uitoefening van de geneeskunde, lijkt een vereniging van mensen die tot doel heeft zulke onwettige praktijken bekend te maken en te stimuleren, op zich eveneens onwettig te zijn. Het is de vraag hoe zij dan erkend kan worden?" A. LUST, "De wet van 29 april 1999: een alternatief wetskader voor de alternatieve geneeswijzen" *T. Gez.* 2000-01, 25. Wat deze laatste vraag betreft dient evenwel te worden opgemerkt dat "de erkenning van een beroepsvereniging als dusdanig niets te maken heeft met de behandeling van de patiënten". Evenmin heeft die erkenning voor gevolg dat de leden ervan "een wettelijk georganiseerd beroep uitoefenen" (R.v.St., Het Verbond der Belgische Beroepsverenigingen van Geneesheren-Specialisten, de Belgische Vereniging van Geneesheren-Specialisten in Physische Geneeskunde en Readaptatie, de Belgische Geneeskundige Beroepsunie voor Orthopedische Chirurgie en Traumatologie van het Bewegingsapparaat, de Belgische Reumatologenvereniging, nr. 48.517, 7 juli 1994 en zie boven, nr. 79).

105 Een kamer voor een niet-conventionele praktijk heeft een adviserende opdracht bij de registratie van deze praktijk en bij de individuele registratie van de beoefenaars ervan (zie verder, nr. 106 en 108). Voorts stelt iedere kamer de richtlijnen voor inzake de goede beoefening van de betrokken praktijk (art. 6 § 3, eerste lid). Iedere kamer verstrekt de minister een advies over

het organiseren van een systeem van *peer review* en de regels inzake beroepsethiek (art. 6 § 3, tweede lid).

De samenstelling van een kamer wordt geregeld in artikel 6. Een kamer bestaat uit ten minste vijf vaste en vijf plaatsvervangende leden die worden voorgedragen door de faculteiten van geneeskunde en die ertoe gemachtigd zijn de geneeskunde te beoefenen, van wie tenminste één huisarts. En eveneens uit ten minste vijf vaste en vijf plaatsvervangende leden die de betrokken niet-conventionele praktijk beoefenen en die worden voorgedragen door een erkende beroepsvereniging (art. 6 § 1, eerste lid). Indien geen kandidaten worden voorgedragen, wijst de Koning bij een in Ministerraad overlegd besluit de leden van de kamer aan (art. 6 § 1, tweede lid).
Een kamer kan alleen geldig beraadslagen en besluiten indien meer dan de helft van haar leden aanwezig is. De beslissingen worden genomen bij een meerderheid van twee derden van de aanwezige leden (art. 6 § 2, tweede lid).

AFDELING IV

REGISTRATIE

§ 1. Registratie van een niet-conventionele praktijk

106 Naast de oprichting van een kamer vormt de registratie van een niet-conventionele praktijk een noodzakelijke voorwaarde voor het wettelijk bestaan van een dergelijke praktijk. Anders dan voor de kamers die door de wet zelf worden opgericht, voorziet de wet niet in een registratie bij wet voor de vier niet-conventionele praktijken die door de Wet niet-conventionele geneeskunde alsdusdanig worden beschouwd. Ook zij moeten dus de registratieprocedure doorlopen.

Het initiatief voor de registratie van een niet-conventionele praktijk gaat uit van de betrokken kamer. Die stelt een ontwerp van advies op voor de paritaire commissie (art. 5 § 4). De paritaire commissie doet daarover uitspraak binnen de drie maanden na de overzending van het ontwerp. Op verzoek van de paritaire commissie kan die termijn met maximaal drie maanden worden verlengd. Na afloop van die periode wordt het advies geacht te zijn uitgebracht en wordt een verslag betreffende de verschillende, in de paritaire commissie naar voren gebrachte standpunten aan de minister overgezonden (art. 3 § 2, tweede en derde lid). Het door de paritaire commissie uitgebrachte advies heeft betrekking op de gepastheid (opportuniteit) van de registratie van de niet-conventionele praktijk rekening houdend met criteria inzake de kwaliteit en de toegankelijkheid van de zorgverlening, alsook met de positieve invloed ervan op de gezondheidstoestand van de patiënten; daarnaast bevat het advies een omschrijving (definitie) van de praktijk in kwestie (art. 3 § 2, vierde lid).

Op basis van dit advies van de paritaire commissie kan de Koning, zonder daartoe verplicht te zijn, bij een in Ministerraad overlegd besluit de niet-conventionele praktijk registreren (art. 3 § 2, eerste lid). Iedere bepaling waarbij de Koning afwijkt van het door de paritaire commissie uitgebrachte advies moet uitdrukkelijk met redenen worden omkleed (art. 3 § 2, laatste lid). Het K.B. moet voor de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* worden overgezonden aan de voorzitters van de Kamer en de Senaat. Bovendien kan dit besluit geen uitwerking hebben zo het niet bij wet is bekrachtigd voor het einde van de zesde maand na de bekendmaking ervan in het *Staatsblad* (art. 4).

Er is niet voorzien in een procedure om de registratie van een niet-conventionele praktijk te schorsen of in te trekken.

§ 2. Registratie als beoefenaar van een geregistreerde niet-conventionele praktijk

107 De registratie van een niet-conventionele praktijk heeft als belangrijkste juridisch gevolg dat niemand nog deze praktijk mag uitoefenen of handelingen mag stellen die tot die praktijk behoren, dan na voor die praktijk individueel te zijn geregistreerd (art. 8 § 1 Wet niet-conventionele geneeskunde).

Op grond van een door de paritaire commissie uitgebracht advies, bepaalt de Koning, bij in Ministerraad overlegd besluit, de voorwaarden voor de individuele registratie van de beoefenaars van een geregistreerde niet-conventionele praktijk. Elke bepaling waarbij de Koning van dit advies afwijkt, moet uitdrukkelijk met redenen worden omkleed (art. 3 § 3, vierde en vijfde lid). Ten aanzien van dit K.B. geldt artikel 4.

De paritaire commissie kan dit advies maar verlenen voorzover haar een ontwerp van advies is voorgelegd door de kamer van de betrokken praktijk (art. 5 § 4, eerste lid). Binnen de drie maanden nadat deze kamer een ontwerp van advies heeft meegedeeld, brengt de paritaire commissie haar advies uit over de voorwaarden voor de individuele registratie. Die voorwaarden kunnen met name betrekking hebben op de vereisten inzake de opleiding en een getuigschrift waaruit blijkt dat de betrokkene de opleiding met succes heeft afgerond, permanente bijscholing, de lijst van toegestane en/of niet-toegestane handelingen, een regeling inzake de bekendmaking (art. 3 § 3, eerste en tweede lid). Bij de mededeling van het advies wordt het ontwerp van advies van de betrokken kamer hieraan in bijlage gevoegd (art. 5 § 4, derde lid).

Zo de paritaire commissie na afloop van de vastgestelde termijn (die niet op haar verzoek kan worden verlengd) geen advies heeft verstrekt, wordt dat advies geacht te zijn uitgebracht en wordt een verslag betreffende de verschillende, in de paritaire commissie naar voren gebrachte standpunten aan de minister overgezonden (art. 3 § 3, derde lid).

108 De registratie wordt verleend door de minister op advies van de betrokken kamer. Zij wordt toegekend als de betrokkene beantwoordt aan alle voorwaarden bepaald overeenkomstig artikel 3. De kamer kan slechts een negatief advies geven nadat de betrokkene de gelegenheid heeft gehad zijn standpunt voor de kamer uiteen te zetten (art. 8 § 2 Wet niet-conventionele geneeskunde).

Daartoe wordt hij bij aangetekend schrijven opgeroepen. Hij kan zich door een advocaat laten bijstaan of vertegenwoordigen. In haar advies beantwoordt de kamer de middelen van de betrokkene (art. 8 § 2, tweede lid). Terwijl deze procedure loopt en zolang de minister zich niet heeft uitgesproken over de individuele registratie, mag de betrokken beroepsbeoefenaar de desbetreffende niet-conventionele praktijk niet (blijven) uitoefenen. In afwijking hierop kan de beroepsbeoefenaar die een aanvraag tot registratie heeft ingediend binnen een periode van zes maanden na de bekendmaking in het *Staatsblad* van de voorwaarden voor de individuele registratie, de niet-conventionele praktijk blijven uitoefenen. De minister moet zich binnen een termijn van twaalf maanden uitspreken over de aanvraag van registratie (art. 8 § 1, tweede en derde lid).

109 Als een beoefenaar de bepalingen van deze wet of van de besluiten genomen ter uitvoering van deze wet niet naleeft, kan zijn registratie worden geschorst voor een termijn van maximum één jaar, of ingetrokken. De schorsing of de intrekking wordt bevolen door de minister op voorstel van de betrokken kamer. De kamer kan slechts een voorstel tot schorsing of intrekking doen, nadat de betrokkene de gelegenheid heeft gehad zijn standpunt voor de kamer uiteen te zetten. Daartoe wordt hij bij aangetekend schrijven

opgeroepen. Hij kan zich door een advocaat laten bijstaan of vertegenwoordigen. Het voorstel van de kamer is gemotiveerd en bevat een antwoord op de middelen van de betrokkene (art. 8 § 3).

De Koning kan nadere regels bepalen met betrekking tot de toekenning van de individuele registratie evenals de intrekking en de schorsing (art. 8 § 4).

110 Met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met geldboete van 500 tot 5.000 EUR of met één van die straffen alleen, wordt gestraft elkeen die één van de geregistreerde praktijken beoefent of gewoonlijk handelingen stelt die tot deze praktijken behoren, zonder te zijn geregistreerd bij toepassing van artikel 8 of wiens registratie is geschorst of ingetrokken (art. 11 § 1 Wet uitoefening niet-conventionele geneeswijzen).

Het is niet duidelijk waarop het onderscheid tussen het beoefenen van een geregistreerde niet-conventionele praktijk en het gewoonlijk stellen van handelingen die tot een dergelijke praktijk behoren, duidt. Dit onderscheid komt ook voor in artikel 8 § 1 met dit verschil dat daarin geen sprake is van gewoonlijk. Het onderscheid zou kunnen te maken hebben met het beroepshalve beoefenen van een geregistreerde niet-conventionele praktijk en het gewoonlijk stellen van handelingen die tot een dergelijke praktijk behoren, zonder dat sprake is van beroepshalve handelen. Maar zeker is dat niet. De term "gewoonlijk" kan tot interpretatieproblemen aanleiding geven. De rechtspraak over de onwettige uitoefening van de geneeskunde, waarvoor in de regel eveneens een gewoonte vereist is kan inspirerend werken (zie boven, nr. 86).

AFDELING V

VOORWAARDEN VOOR DE UITOEFENING VAN EEN GEREGISTREERDE NIET-CONVENTIONELE PRAKTIJK

§ 1. Algemene voorwaarden

111 Op grond van een door de paritaire commissie niet-conventionele praktijken uitgebracht advies stelt de Koning bij in Ministerraad overlegd besluit de algemene voorwaarden vast die gelden voor de uitoefening van de niet-conventionele geneeswijzen (art. 3 § 1, derde lid).

Dit advies dat binnen zes maanden na haar instelling moet worden uitgebracht door de paritaire commissie heeft met name betrekking op de beroepsverzekering en de minimale dekking; het lidmaatschap van een erkende beroepsorganisatie; een registratiesysteem; een regeling inzake de bekendmaking waarmee wordt bedoeld dat de lijsten van de geregistreerde praktijken en van de geregistreerde beoefenaars ter inzage van het grote publiek worden gelegd, zodat een patiënt zich kan vergewissen of een praktijk of een beoefenaar al dan niet geregistreerd is en een lijst van niet-toegestane handelingen voor beoefenaars die geen arts zijn. Elke bepaling waarbij de Koning afwijkt van het door de paritaire commissie uitgebrachte advies, moet uitdrukkelijk met redenen worden omkleed (art. 3 § 1). Ten aanzien van dit K.B. geldt eveneens artikel 4.

§ 2. Dossierplicht

112 Elke beoefenaar van een geregistreerde niet-conventionele praktijk houdt voor elk van zijn patiënten een dossier bij (art. 9 § 1).

Er is niet voorzien in een specifieke sanctie ingeval deze verplichting niet wordt nageleefd. Wel kan de registratie worden ingetrokken of geschorst op grond van artikel 8 § 3.

§ 3. Vraagplicht naar een recente diagnose

113 Vooraleer hij zijn patiënt begint te behandelen, is elke beoefenaar van een geregistreerde niet-conventionele praktijk die geen houder is van een diploma van arts, verplicht de patiënt te vragen een recente diagnose omtrent zijn klacht over te leggen die schriftelijk werd opgesteld door een arts naar keuze of door een arts die werd aangewezen door de persoon die wettelijk gemachtigd is namens de patiënt met een medische handeling in te stemmen. De patiënt of de persoon die namens hem kan instemmen in een medische handeling, kan met kennis van zaken en op ondubbelzinnige wijze en schriftelijk te kennen geven dat hij voor de behandeling door de niet-conventionele beoefenaar, geen arts naar keuze wenst te raadplegen. De schriftelijk opgestelde diagnose of desgevallend de schriftelijke bevestiging om voorafgaandelijk geen arts te willen raadplegen, wordt toegevoegd aan het dossier (art. 9 § 2).

Het verplicht vragen van de diagnose is bedoeld om "de belangen van de patiënt te beschermen en de risico's op een verkeerde inschatting van zijn klacht maximaal te beperken". De mogelijkheid om schriftelijk af te zien van het raadplegen van een arts werd opgenomen "gelet op de principes die verband houden met de rechten van de patiënt" (*Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1714/3, amendement nr.19).
De niet-naleving van deze verplichting kan worden gestraft met een geldboete van 200 tot 5.000 EUR (art. 11 § 2). Ook kan een schorsing of intrekking van de individuele registratie worden opgelegd op grond van artikel 8 § 3.

114 De vraag of de niet-conventionele beoefenaar de diagnose in twijfel mag of zelfs moet trekken, wordt uiteenlopend beantwoord.

Men is geneigd te denken van niet omdat het in twijfel trekken van de diagnose als een onwettige uitoefening van de (conventionele) geneeskunde kan worden beschouwd. De verantwoording bij het amendement dat tot deze bepaling heeft geleid, zaait echter twijfel: "de naleving van die verplichting ontslaat de beoefenaar niet-geneesheer evenwel niet van zijn eigen verantwoordelijkheid. Hij hoeft immers niet mee verantwoordelijk te zijn voor de diagnose van de arts" (*Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1714/3, amendement nr. 19). Betekent dit dat de niet-conventionele beoefenaar de diagnose van de arts niet altijd moet respecteren? Hoe valt dat te rijmen met zijn door de wetgever veronderstelde onbevoegdheid om een diagnose te stellen? Anders: J. TER HEERDT, *a.w.*, 20. Uit het feit dat de patiënt kan afzien van de verplichting een diagnose te vragen aan een arts, leidt deze auteur af dat de beoefenaar van een geregistreerde niet-conventionele praktijk zelf een diagnose moet/kan stellen.

115 Een andere vraag waarop de wet het antwoord schuldig blijft, is of de aangesproken arts mag weigeren de diagnose mee te delen?

Het valt niet goed in te zien waarop een afdwingbare mededelingsplicht zou kunnen worden gebaseerd. Artikel 13 § 1 W.U.G. verplicht een arts om, op verzoek of met akkoord van de patiënt, aan een ander behandelend beoefenaar door de patiënt aangeduid alle nuttige hem betreffende inlichtingen van geneeskundige aard mede te delen. Zal deze bepaling ook kunnen worden ingeroepen door de niet-conventionele beoefenaars die geen arts zijn om op die manier de diagnose te kennen? Vermits de W.U.G. voor hen niet geldt (art. 10 § 2 Wet niet-conventionele geneeskunde en zie verder, nr. 121), is het antwoord negatief.
In dezelfde zin: J. TER HEERDT, *a.w.*, 20. De toestemming van de patiënt om de diagnose mee te delen, verplicht de arts evenmin om dat te doen.

§ 4. Voorzorg- en informatieplicht

116 Elke beoefenaar van een geregistreerde niet-conventionele praktijk moet alle voorzorgen nemen om te voorkomen dat zijn patiënt een conventionele behandeling wordt ontzegd (art. 9 § 3, eerste lid Wet niet-conventionele geneeskunde).

Uit de verantwoording van het amendement dat ten grondslag ligt aan deze bepaling blijkt dat het enkel gaat om een conventionele behandeling die voor de patiënt noodzakelijk zou zijn (*Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1714/3, amendement nr. 19, verantwoording).
Deze voorzorgplicht is enkel sanctioneerbaar via artikel 8 § 3 (schorsing of intrekking van de individuele registratie), afgezien van de gemeenrechtelijke burgerlijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid.
Een kankerpatiënte die niettegenstaande de verwijzing door een homeopaat, laattijdig een arts raadpleegt, moet zelf voor de gevolgen hiervan instaan (Antwerpen 16 februari 1998, *T. Gez.* 1999-2000, 133 met noot R. VERMEIREN).

117 Met het oog op die voorzorgplicht en onverminderd de toepassing van artikel 458 Sw. (zie: titel IX) is de beoefenaar van een niet-conventionele praktijk die geen houder is van het diploma van arts, verplicht om een arts op diens verzoek informatie te verstrekken over de ontwikkeling van de gezondheidstoestand van zijn patiënt (art. 9 § 3, tweede lid). De uitgewisselde informatie wordt alleen verstrekt op voorwaarde dat de patiënt of de persoon die wettelijk gemachtigd is namens hem in te stemmen met een medische handeling, daarmee akkoord gaat (art. 9 § 3, laatste lid).

Daarnaast kan iedere arts in het belang van zijn patiënt op eigen initiatief bij de beoefenaar van een niet-conventionele praktijk die geen arts is, informatie inwinnen over de ontwikkeling van de gezondheidstoestand van zijn patiënt (art. 9 § 3, derde lid). Ook in dit geval dient de patiënt in te stemmen met de informatieverstrekking (*idem*, vierde lid). Wat artikel 9 § 3, derde lid nog toevoegt aan het tweede lid is niet duidelijk. In deze zin ook: A. LUST, *a.w.*, 42. In het oorspronkelijke amendement hadden het tweede en het derde lid wel een eigen betekenis. Het tweede lid bepaalde dat een beoefenaar van een niet-conventionele praktijk die geen arts is op eigen initiatief informatie kon geven aan een arts over de gezondheidstoestand van de patiënt en tevens bij die arts informatie over de patiënt kon inwinnen. Het derde lid regelde het spiegelbeeld: een arts kon eveneens op eigen initiatief informatie inwinnen bij de niet-conventionele beroepsbeoefenaar (*Parl. St.* Kamer 1997-98, 1714/3, nr.19). Later werd het tweede lid gewijzigd en werd van de mogelijkheid om op eigen initiatief te informeren een verplichting gemaakt te informeren, op verzoek van de arts (*Parl. St.* Kamer 1997-98, 1714/4, nr. 28). Dit amendement werd goedgekeurd maar aan het derde lid werd niet geraakt, hoewel dit tengevolge van de radicale wijziging van het tweede lid, zo goed als zinloos is geworden.

De beoefenaar van een niet-conventionele praktijk die geen arts is, kan aan een andere beoefenaar van een niet-conventionele praktijk die geen arts is, informatie over de ontwikkeling van de

gezondheidstoestand van zijn patiënt verstrekken of bij hem inwinnen (art. 9 § 3, tweede lid, laatste zin).

118 Wat opvalt aan al deze door de wet georganiseerde informatiestromen is dat zij beperkt blijven tot de ontwikkeling van de gezondheidstoestand en bv. niet de ingestelde behandeling en andere elementen omvat.

§ 5. Zwijgplicht

119 De beoefenaars van een niet-conventionele praktijk die geen arts zijn, zijn onderworpen aan artikel 458 Sw. (art. 9 § 3, tweede lid).

Dat deze beoefenaars worden onderworpen aan een geheimhoudingsplicht of minstens een discretieplicht is terecht. Of een uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. daartoe de meest aangewezen manier is, kan worden betwijfeld. De toepassing van deze bepaling dient te worden beperkt tot de zgn. noodzakelijke vertrouwenspersonen (zie: titel IX).

AFDELING VI

UITOEFENING VAN EEN GEREGISTREERDE NIET-CONVENTIONELE PRAKTIJK EN TOEPASSING VAN DE W.U.G.

§ 1. Uitoefening van een geregistreerde niet-conventionele praktijk door een arts

120 Artikel 11 § 1 Wet niet-conventionele geneeskunde stelt strafbaar elkeen die één van de geregistreerde niet-conventionele praktijken beoefent of gewoonlijk handelingen stelt die tot deze praktijken behoren, zonder te zijn geregistreerd bij toepassing van artikel 8 van deze wet. De vraag rijst of een arts die voldoet aan de door de W.U.G. gestelde voorwaarden een geregistreerde niet-conventionele praktijk zal kunnen beoefenen op grond van deze bevoegdheid dan wel of hij zich dient te laten registreren?

Om hierop een antwoord te geven, moet een onderscheid worden gemaakt tussen drie situaties. De eerste situatie is dat een arts een geregistreerde niet-conventionele praktijk wenst uit te oefenen op grond van de Wet niet-conventionele geneeskunde. Dan zal hij vanzelfsprekend de bepalingen van die wet dienen te respecteren en zich dus laten registreren. Wanneer de uitoefening van deze niet-conventionele praktijk onder de omschrijving valt van uitoefening van de geneeskunde – en dat zal bijna altijd het geval zijn – is hij bovendien onderworpen aan alle bepalingen van de W.U.G. Dit is bepaald in artikel 10 § 1 Wet niet-conventionele geneeskunde: voor de beoefenaars van de geregistreerde niet-conventionele praktijken in toepassing van deze wet en die bedoeld worden in (o.m.) artikel 2 W.U.G., gelden de regels van laatst genoemde wet, onverminderd voor zover het hen door of krachtens die wet toegekende bevoegdheden betreft. In dit geval is de arts die een geregistreerde niet-conventionele praktijk uitoefent dus aan beide wettelijke regelingen tegelijkertijd onderworpen.
Een arts die activiteiten wil uitoefenen die behoren tot een geregistreerde niet-conventionele praktijk heeft echter nog een andere uitweg, en dat is de tweede situatie. Er opnieuw van uitgaande dat de uitoefening van de bedoelde praktijk kan worden beschouwd als de uitoefening van de geneeskunde, kan een arts de handelingen die ertoe behoren uitoefenen wanneer hij voldoet aan de voorwaarden gesteld in de W.U.G. Hij dient zich hiervoor niet te laten registreren. Het gevolg

is wel dat hij in juridische zin geen geregistreerde niet-conventionele praktijk uitoefent want daarvoor is vereist dat de Wet niet-conventionele geneeskunde van toepassing is (zie: de definitie van niet-conventionele praktijk, zie boven, nr. 100).
Een derde, en zeer hypothetische situatie is dat een arts een geregistreerde niet-conventionele praktijk wil uitoefenen en dat deze niet kan worden beschouwd als het uitoefenen van de geneeskunde. In dat geval is er geen andere mogelijkheid dan zich individueel te laten registreren. De W.U.G. is dan niet van toepassing en geeft hem bijgevolg niet de bevoegdheid om deze activiteiten als geneeskunde te beoefenen. Op grond van artikel 10 § 2 Wet niet-conventionele geneeskunde kan de Koning, na advies van de paritaire commissie, één of meer bepalingen van de W.U.G. van toepassing verklaren op (o.m.) artsen voorzover het handelingen betreft buiten hen door of krachtens die wet toegekende bevoegdheden.

§ 2. Uitoefening van een geregistreerde niet-conventionele praktijk door wie geen arts is

121 Bij een in Ministerraad overlegd besluit kan de Koning, na advies van de paritaire commissie één of meerdere bepalingen van de W.U.G. van toepassing verklaren op beoefenaars van een geregistreerde niet-conventionele praktijk die geen arts zijn (art. 10 § 2 Wet niet-conventionele geneeskunde).

De toepasselijkheid van de W.U.G. op de beoefening van een niet-conventionele praktijk door een niet-arts heeft voor heel wat verwarring gezorgd. Vermits de meeste van deze praktijken gemakkelijk kunnen worden beschouwd als de uitoefening van de geneeskunde (zie boven, nr. 100) en dus verboden terrein zijn voor niet-artsen zou een uitdrukkelijk voorschrift dat de W.U.G. niet van toepassing is onder bepaalde voorwaarden, niet hebben misstaan. Toch bevat artikel 10 § 2 Wet niet-conventionele geneeskunde ter zake slechts een impliciete regeling. Artikel 9 van het voorontwerp gaf aan de Koning de bevoegdheid om, na advies van de paritaire commissie, bepalingen van de W.U.G. van toepassing te verklaren op de beoefenaars van de niet-conventionele praktijken. Volgens de Raad van State kon uit deze bepaling worden afgeleid dat het "allicht de bedoeling van de stellers van het ontwerp is dat niet-conventionele praktijken in beginsel onttrokken worden aan het toepassingsgebied van het K.B. nr. 78" (*Parl. St.* Kamer 1997-98, nr. 1714/1, 14). Deze interpretatie werd bevestigd in de Memorie van Toelichting. Het voorgestelde artikel 9 is artikel 10 § 2 Wet niet-conventionele geneeskunde geworden.

HOOFDSTUK IV
UITOEFENING VAN DE CONTROLEGENEESKUNDE

AFDELING I

TOEPASSINGSGEBIED

122 De Wet van 13 juni 1999 betreffende de controlegeneeskunde (*B.S.* 13 juni 1999) heeft een enger toepassingsgebied dan het opschrift van de wet laat vermoeden. Controlegeneeskunde wordt gedefinieerd als "de medische activiteit die door een arts wordt verricht in opdracht van de werkgever om de arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval van een werknemer te controleren" (art. 2, 1°). Dit betekent dat de controlegeneeskunde in de verzekeringen niet door de Wet betreffende de controlegeneeskunde wordt geregeld.

AFDELING II

VOORWAARDEN VOOR DE UITOEFENING VAN DE CONTROLEGENEESKUNDE

§ 1. Bevoegdheid de geneeskunde uit te oefenen

123 De controlegeneeskunde mag enkel worden verricht door een arts die gerechtigd is de geneeskunde uit te oefenen en vijf jaar ervaring heeft als huisarts of een daarmee vergelijkbare praktijk (art. 3 § 1). Door deze bepaling wordt de uitoefening van de controlegeneeskunde onttrokken aan de bevoegdheid van artsen die niet de vereiste ervaring als huisarts hebben, hetgeen een (wettelijke) aantasting inhoudt van het algemeen karakter van de bevoegdheid de geneeskunde uit te oefenen door wie aan de wettelijk gestelde vereisten voldoet (zie boven, nr. 7-10).

Op het niet-naleven van deze bepaling staan strafsancties (art. 10 en 11 Wet betreffende de controlegeneeskunde. Zie over deze wet: J. DE SMET, "Wijzigingen aan de regeling inzake de geneeskundige controle van arbeidsongeschikte werknemers (Wet van 13 juli 1999 betreffende de controlegeneeskunde, *B.S.* 13 juli 1999)", in X., *Recente wetgeving* 1998-99, Gent, Mys & Breesch, 1999, 235-238; S. BRUGS, "Controle van de arbeidsongeschiktheid", in X., *Arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2001, 59-92; R. JANVIER, "Controlegeneeskunde concreet ...", *Medi-ius* 2001, afl. 2, 22-25; R. JANVIER, "Eindelijk een wettelijk kader voor de uitoefening van de controlegeneeskunde?, *Medi-ius* 1999, afl. 4, 12-22; H. NYS, "De controlegeneeskunde in een nieuw jasje", *Kijk uit* 2001, afl. 8, 2-6; H. NYS, "De controlegeneeskunde in een nieuw jasje – Vervolg", *Kijk uit* 2002, afl. 9, 28-29; I. PLETS, "De nieuwe wet betreffende de controlegeneeskunde", *Or.* deel 1: 1999, 240-244, deel 2: 2000, 8-11; I. PLETS, "Nieuwe regels in de controlegeneeskunde", *T.S.R.* 2003, afl. 1, 51-72; T. VAN REYBROUCK, A. VANDERSCHAEGHE, "Nieuwe wet op de controlegeneeskunde en haar uitvoeringsbesluiten", *Personeelszaken* 2003, afl. 1, 23-28.

Het is niet duidelijk wat moet worden verstaan onder "een daarmee vergelijkbare praktijk". De Raad van State riep zelfs de vraag op of "er wel artspraktijken bestaan die geen huisartspraktijken zijn maar er wel voldoende vergelijkbaar mee zijn". Op het verzoek van de Raad om hierover de nodige klaarheid te brengen (*Parl. St.* Kamer 1998-99, 2106/1, 12), werd in de wet zelf niet ingegaan. Wel is in de Memorie van Toelichting de volgende verduidelijking opgenomen: "deze vergelijkbare praktijk heeft betrekking op de uitvoering van de algemene geneeskunde buiten een eigenlijke huisartspraktijk (dispensarium ...)" (*Parl. St.* Kamer 1998-99, 2106/1, 2).
De controlearts die niet meer gerechtigd is om de geneeskunde uit te oefenen of die het voorwerp uitmaakt van een tuchtstraf van de Orde der geneesheren, die een rechtstreeks gevolg heeft voor het behoud van het recht om de geneeskunde uit te oefenen, onderbreekt zijn controleopdrachten, die als nietig beschouwd worden en brengt de voorzitter van de opvolgingscommissie hiervan in kennis (art. 10 K.B. 18 juli 2001 betreffende de controleartsen en de artsen-scheidsrechters, *B.S.* 3 augustus 2001).

124 Een persoon die bevoegd is de controlegeneeskunde te beoefenen is een "controlearts" (art. 2, 2° Wet betreffende de controlegeneeskunde). De opdracht van een controlearts bestaat er in na te gaan of de werknemer werkelijk arbeidsongeschikt is, de waarschijnlijke duur van de arbeidsongeschiktheid te verifiëren en, in voorkomend geval, de andere medische gegevens voorzover die noodzakelijk zijn voor de toepassing van de Wet Arbeidsovereenkomsten. Alle andere vaststellingen blijven onder het beroepsgeheim (art. 31 § 3 Wet Arbeidsovereenkomsten zoals gewijzigd door art. 8 Wet betreffende de controlegeneeskunde). Zie verder ook, nr. 1217 in verband met het beroepsgeheim van de controlearts.

§ 2. Verklaring van onafhankelijkheid

125 Bij elke opdracht moet de controlearts een verklaring van onafhankelijkheid ondertekenen die dient als garantie dat de controlearts volledig onafhankelijk is van de betrokken werkgever en werknemer ten aanzien van wie hij de controlegeneeskunde uitoefent. Hij kan ook niet de preventieadviseur/arbeidsgeneesheer zijn van de onderneming (art. 3 § 2). Overtreding van deze bepaling is strafbaar (zie art. 10 en 11).

De wet spreekt over een "onafhankelijkheidsverklaring". Op de suggestie van de Raad van State (*Parl. St.* Kamer 1998-99, 2106/1, 12) om deze term te vervangen door "verklaring van onafhankelijkheid" werd niet ingegaan. Deze verklaring is nader geregeld in artikel 2 K.B. 18 juli 2001 betreffende de controleartsen en de artsen-scheidsrechters (*B.S.* 3 augustus 2001). Zij moet in twee exemplaren worden opgesteld volgens het model dat in bijlage I bij het K.B. 18 juli 2001 is gevoegd. Het eerste exemplaar wordt aan de werknemer overhandigd; het tweede aan de werkgever.

AFDELING III

KLACHTENREGELING

§ 1. Klachten over beroepsfouten door controleartsen

126 Elke klacht met betrekking tot beroepsfouten die de controlearts ten laste worden gelegd, kan worden meegedeeld aan de geneesheer-directeur van de regionale directie van de Medische Arbeidsinspectie van het gebied waar de controle werd uitgevoerd (art. 5 Wet betreffende de controlegeneeskunde en art. 11 K.B. 18 juli 2001 betreffende de controleartsen en de artsen-scheidsrechters, *B.S.* 3 augustus 2001). Wanneer na onderzoek de klacht gegrond werd bevonden, stelt de geneesheer-directeur de Orde der geneesheren ervan in kennis (art. 5 Wet betreffende de controlegeneeskunde). Geen enkele bepaling verhindert de klager zich rechtstreeks te wenden tot de bevoegde provinciale raad van de Orde der geneesheren (zie verder, titel II).

§ 2. Klachten over de organisatie van de controle, de bevoegdheid of een gebrek aan onafhankelijkheid

127 De door artikel 4 Wet betreffende de controlegeneeskunde opgerichte opvolgingscommissie heeft o.m. als opdracht "klachten in verband met de organisatie van de controle, de bevoegdheid of een gebrek aan onafhankelijkheid van een controlearts te behandelen".

Elke klacht betreffende de bevoegdheid of een gebrek aan onafhankelijkheid van een controlearts wordt schriftelijk ingediend bij de voorzitter van deze commissie (zie: K.B. 10 juni 2001 betreffende de samenstelling en de werking van de opvolgingscommissie, *B.S.* 14 juni 2001). De voorzitter laat een onderzoek uitvoeren teneinde na te gaan of de klacht gegrond is. Wanneer de klacht ongegrond is, wordt deze bijgehouden op een lijst die de voorzitter regelmatig meedeelt aan de commissie. Wanneer de klacht gegrond is, maakt hij het dossier over aan de commissie (art. 12 K.B. 18 juli 2001 betreffende de controleartsen en de artsen-scheidsrechters). De commissie verleent ingeval van een gegronde klacht een advies dat wordt overgemaakt aan de minister en aan de Raad van de Orde der geneesheren (art. 13 K.B. 18 juli 2001). Over klachten in verband met de organisatie van de controle is verder niets geregeld.

TITEL II

ORDE DER GENEESHEREN

HOOFDSTUK I

KORTE HISTORISCHE SCHETS EN ALGEMEEN KADER

AFDELING I

KORTE HISTORISCHE SCHETS: DE WET VAN 25 JULI 1938

128 De Orde der geneesheren werd opgericht door de Wet van 25 juli 1938 (*B.S.* 13 augustus 1938). Tengevolge van de Tweede Wereldoorlog zou deze wet niet eerder in werking treden dan in 1947, het jaar waarin de eerste verkiezingen voor de raden van de orde werden georganiseerd (zie hierover de verschillende bijdragen in *T. Orde Geneesh.* 1988, nr. 41 n.a.v. 50 jaar Wet tot oprichting van de Orde der geneesheren; zie ook: H. VERMEERSCH, "De orde begon vijftig jaar geleden", *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 76, 7-18).

In de Memorie van Toelichting werd de oprichting van een Orde der geneesheren als volgt geformuleerd: "De openbare mening en het geneesherenkorps betreuren sinds lang het feit dat er geen maatregelen kunnen genomen worden tegen deze geneesheren – weinig talrijk weliswaar – die onder de dekmantel van hun diploma zich overgeven aan kwakzalverij of aan uitbuiting der zieken (...). Het is niet mogelijk een rechtsgeding in te spannen tegen hen die de regels van de beroepseerlijkheid, welke de eer is van de geneesheren en de waarborg voor de bevolking, met de voeten treden. Alleen een beroepsjurisdictie kan deze noodzakelijke rol vervullen" (*Parl. St.* Senaat 1936-37, nr. 200, 1). De essentie van de wet was de verplichte inschrijving op de lijst van de orde (art. 2) en de drieledige structuur, nl. provinciale raden met tuchtrechtelijke bevoegdheid, raden van beroep en de hoge raad van de orde.
Op 17 maart 1953 diende de Minister van Volksgezondheid een wetsontwerp in tot wijziging van de Wet van 25 juli 1938 (*Parl. St.* Senaat 1952-53, nr. 211). Dit ontwerp werd nooit wet maar diende als basis voor een later wetsontwerp dat op 2 februari 1961 bij de Senaat werd ingediend (*Parl. St.* Senaat 1960-61, nr. 107). De belangrijkste nieuwigheid in het ontwerp betrof de bevoegdheid van de raden van de orde voor fouten begaan buiten de beroepsuitoefening. Ook dit ontwerp werd nooit wet. Op 4 april 1963 werd door de Minister van Volksgezondheid een nieuw wetsontwerp ingediend, dat een geheel nieuwe wettelijke regeling van de Orde der geneesheren inhield (*Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172). Hoewel ook dit ontwerp nooit wet is geworden, zijn de toelichting en het advies van de Raad van State van groot belang omdat het latere K.B. nr. 79 van 10 november 1967, dat de Wet van 25 juli 1938 heeft vervangen, op dit ontwerp is gebaseerd.

AFDELING II

ALGEMEEN KADER

§ 1. K.B. nr. 79 van 10 november 1967

129 De Orde der geneesheren wordt thans geregeld door het K.B. nr. 79 van 10 november 1967 (*B.S.* 14 november 1967), verder aangeduid als Wet Orde geneesheren.

Vergeleken met de Wet van 25 juli 1938 werden door de Wet Orde geneesheren belangrijke, maar geen principiële, wijzigingen aan de orde aangebracht.

De structurering van de orde in drie organen, provinciale raden, raden van beroep en Nationale i.p.v. hoge raad bleef behouden. Zo ook de verplichte inschrijving. Een bijzonder belangrijke verandering was de uitbreiding van de tuchtrechtelijke bevoegdheid tot de zware fouten bedreven buiten de beroepsbedrijvigheid, wanneer die fouten de eer of de waardigheid van het beroep aantasten. De Nationale raad kreeg er een belangrijke bevoegdheid bij, nl. het vaststellen van de Code van medische plichtenleer.

130 Tot nu toe heeft het K.B. nr. 79 twee wijzigingen ondergaan. Door de Wet van 13 maart 1985 (*B.S.* 29 maart 1985) werd artikel 24 § 1 gewijzigd in deze zin dat de openbaarheid van de tuchtprocedure voor de raad van beroep als regel werd opgelegd. Een K.B. van 26 december 1985 (*B.S.* 10 januari 1986) paste vervolgens het K.B nr. 79 aan de Richtlijnen van de Europese Gemeenschap inzake vrije vestiging van artsen, aan.

De Nederlandstalige Raad van Beroep van de Orde der geneesheren verklaarde de tuchtvordering tegen een arts toelaatbaar niettegenstaande het feit dat het K.B. nr. 79 het voorwerp van valsheid in geschrifte zou hebben uitgemaakt. De betrokken arts stelde een cassatieberoep in tegen deze beslissing omdat zij zijn recht op een billijk proces miskende nu zijn tuchtrechtelijke veroordeling was gebaseerd op een regeling die slechts "voorlopig" wettelijk is bevonden en waarvan een strafvordering uiteindelijk zou kunnen uitwijzen dat ze vervalst was. Het Hof van Cassatie verwierp het beroep, overwegende dat het recht op een eerlijk proces niet wordt miskend door de rechter die zijn beslissing grondt op geldende wetsbepalingen, ook al stelt die rechter vast dat de geldigheid van die wetsbepalingen door een partij wordt betwist (Cass. 8 november 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1031; *Bull.* 1996, 1100; *Pas.* 1996, I, 1100; *R.W.* 1996-97, 1295; zie ook: Cass. 17 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, 935; *Bull.* 1996, 999; *Pas.* 1996, I, 999; *R.W.* 1996-97 (verkort), 1343, noot).

§ 2. Vooruitblik

131 Vooral in het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw heeft het niet aan pogingen ontbroken om de Wet Orde geneesheren hetzij fundamenteel te wijzigen hetzij zonder meer op te heffen, samen met de Orde der geneesheren (zie hierover: H. NYS, "De Orde der geneesheren in het Parlement", *R.W.* 1981-82, 1173). Al deze en latere pogingen (zie: R. AERDEN, "De orde van de geneesheren. Het wetsontwerp Busquin", *Vl. T. Gez.* 1990-91, 215-222) zijn tot op niets uitgelopen. In de zomer van 1998 bereidde de Federale Minister van Volksgezondheid twee verstrekkende voorontwerpen van wet voor die evenwel nooit werden voorgelegd aan de Ministerraad. Het eerste voorontwerp richtte administratieve tuchtrechtscolleges in eerste aanleg en in beroep op terwijl het tweede voorontwerp een deontologische code voor de verschillende beroepen in de gezondheidszorg regelde (zie hierover: H. NYS, "De finaliteit van het tuchtrecht in de gezondheidszorg", in *Tuchtrecht voor medische beroepen*, Gent, Mys & Breesch, 1999, Reeks *Recht en Gezondheidszorg*, nr. 11, 8-11; zie ook: S. CALLENS, "Uitdagingen voor de Orde der geneesheren", *A. Hosp.* 1996, nr. 2, 57-58; E. DE GROOT, *De Orde der geneesheren. Een voorstel tot hervorming*, Brussel, VUBPress, 1998, 198 p.).

HOOFDSTUK II
INSCHRIJVING OP DE LIJST

AFDELING I

VERPLICHTE INSCHRIJVING

132 Krachtens de Wet Orde geneesheren dient een arts ingeschreven te zijn op de lijst van de orde om de geneeskunde in België te mogen uitoefenen (art. 2, tweede lid).

Artikel 7 § 1 W.U.G. bevat een gelijkaardige verplichting. Artikel 44*septiesdecies* W.U.G. breidt deze verplichting uit tot de Europese onderdanen. Met de straffen bepaald in artikel 38 § 1, 1° W.U.G. wordt gestraft de arts die de geneeskunde uitoefent indien hij niet op de lijst van de orde is ingeschreven hoewel hij daartoe wettelijk verplicht is (art. 31 Wet Orde geneesheren).

Het gelijktijdig ingeschreven zijn op de lijst van de Orde der geneesheren en van de orde der apothekers leidt ertoe dat een houder van de diploma's die het recht verlenen de beide beroepen uit te oefenen, in strijd met artikel 4*bis* W.U.G., het recht verkrijgt om de twee beroepen gelijktijdig uit te oefenen (Cass. 22 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 91; *Bull.* 1993, 84; *Pas.* 1993, I, 84; *R.W.* 1992-93, 1275).

AFDELING II

UITZONDERINGEN OP DE VERPLICHTE INSCHRIJVING

§ 1. Europese onderdanen

133 Een Europees onderdaan die in een andere lidstaat van de E.G. dan België, in Noorwegen, in IJsland of in het Vorstendom Lichtenstein gevestigd is als arts en aldaar op wettige wijze zijn beroep uitoefent, mag in België daden van geneeskunde verrichten zonder inschrijving op de lijst van de Orde der geneesheren (art. 2, tweede lid waarin wordt verwezen naar art. 44*septies* (thans art. 44*decies*, eerste lid) W.U.G., dat de formaliteiten die een arts die in deze situatie verkeert moet vervullen beschrijft).

Bij een dienstverrichting worden de medische prestaties verricht op een tijdelijke, discontinue, occasionele en accidentele basis, dit in tegenstelling tot een vestiging (zie verder, nr. 134) waarbij de prestaties op een continue wijze in de tijd worden verleend ("Grensoverschrijdende samenwerking tussen Belgische en buitenlandse artsen en ziekenhuizen", *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 79, 10).

Hoewel een arts in dit geval niet is ingeschreven op de lijst van de orde, valt hij niettemin onder het gezag en de rechtsmacht van de provinciale raad van de orde binnen welk ambtsgebied de dienstverrichting werd uitgeoefend (art. 5, eerste lid Wet Orde geneesheren; zie verder, nr. 166).

134 Een Europees onderdaan die in België de geneeskunde wenst uit te oefenen op een permanente wijze, dit is bij wijze van vestiging en niet als dienstverrichting moet, zoals een Belgisch onderdaan, voldoen aan de inschrijving op de lijst.

Zie voor de artsen die hun beroep uitoefenen in het kader van de medische diensten van de E.G. te Brussel: de brief van de Nationale raad van de orde aan de directeur-generaal Personeelszaken en Algemeen Beheer E.G. ("E.E.G.-geneesheren", *T. Orde Geneesh.* 1982-83, nr. 31, 18). Daarin dringt de Nationale raad erop aan dat deze artsen op de lijst van de orde worden ingeschreven. De Europese instellingen bevinden zich op het Belgisch grondgebied, zodat de artsen die aan deze instellingen verbonden zijn en er de geneeskunde willen uitoefenen op de lijst van de orde moeten ingeschreven zijn. Instellingen als ambassades, SHAPE e.d. bevinden zich daarentegen niet op Belgisch grondgebied en derhalve geldt geen verplichting tot inschrijving om de geneeskunde uit te oefenen t.a.v. het personeel van die instellingen en hun familie (*Vr. en Antw.* Kamer 1981-82, 20 juli 1982, 2121, Vr. nr. 28 KUIJPERS).

§ 2. Artsen in overheidsdienst

135 Of artsen-ambtenaren en artsen belast met een volksgezondheidsopdracht moeten zijn ingeschreven op de lijst van de Orde der geneesheren is een vraag die niet eenduidig wordt beantwoord.

De Wet Orde geneesheren bevat geen uitdrukkelijke bepaling die hen van deze verplichting vrijstelt. Artikel 2, derde lid stelt wel de legerartsen vrij van deze verplichting (zie verder, nr. 136). RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT zijn van mening dat dezelfde oplossing zich opdringt voor de artsen-ambtenaren (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et Obligations*, nr. 931). In antwoord op een vraag van de staatssecretaris voor volksgezondheid en leefmilieu heeft de Raad van State op 25 april 1980 het volgende advies geformuleerd (*Adm. Publ. T.* 1985, 97-100). De vraag luidde of artsen-ambtenaren verplicht zijn zich in te schrijven op de lijst van de orde en in hoeverre zij dan onder de rechtsmacht van de orde vallen. In zijn antwoord herinnerde de Raad eraan dat de vraag niet nieuw is. Al tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet van 25 juli 1938 werd hierover uitvoerig gediscussieerd. Uit die discussies volgde dat artsen-ambtenaren ontegensprekelijk verplicht waren zich in te schrijven bij de orde als zij in België de geneeskunde wensten uit te oefenen. In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp dat op 4 april 1963 werd ingediend bij de Senaat (zie boven, nr. 128) werd deze verplichting zeer duidelijk in herinnering gebracht. "De geneesheren die ambtenaar zijn van de Staat, provincie, gemeente of van openbare instellingen moeten op de lijst van de orde zijn ingeschreven, om deze orde in de mogelijkheid te stellen de fouten te bestraffen die op geneeskundig vlak worden bedreven in de uitoefening van hun administratieve functies of in verband met zelfs maar bij gelegenheid verrichte geneeskundige handelingen, buiten hun administratieve functies" (Ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172, 8). Indien een arts-ambtenaar of een arts die belast is met een opdracht in het kader van de volksgezondheid zich louter beperkt tot administratieve taken en dus in geen geval medische handelingen stelt of wenst te stellen dan is hij niet verplicht zich in te schrijven bij de Orde der geneesheren. *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor een arts die werkt in dienst van een private werkgever en die geen medische handelingen stelt of wenst te stellen, zoals bv. de voltijds medisch directeur (hoofdgeneesheer) van een ziekenhuis zonder enige medische praktijk. Maar wanneer een arts-ambtenaar in zijn hoedanigheid van ambtenaar of buiten zijn functie als ambtenaar in het kader van private medische praktijk, gewoonlijk medische handelingen stelt is hij verplicht zich in te schrijven op de lijst van de orde. Uit de aard van de functies waarmee de artsen-ambtenaren belast zijn zal moeten blijken of het gaat om een zuiver administratieve opdracht, dan wel om de uitoefening van de geneeskunde (in deze zin: *Vr. en Antw.* Kamer 1981-82, 20 juli 1982, 2121, Vr. nr. 28 KUIJPERS). Het is dus niet uitgesloten dat een arts-ambtenaar onder een dubbel tuchtrechtelijk regime valt, nl. medisch-deontologisch en administratief. Dubbele tuchtregimes bestaan trouwens nog voor andere categorieën artsen, zoals de geneesheren-inspecteurs van de dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V. en de adviserend geneesheren van de ziekenfondsen

(zie: art. 156 Z.I.V.-Wet 1994; zie ook: R.v.St., Algemeen Belg. Geneesherenverbond, nr. 5745, 5 juli 1957; R.v.St., Landsbond Christelijke Mutualiteiten, nr. 7595, 5 februari 1960. Zie voor de artsen in statutair verband benoemd door een O.C.M.W., voorheen C.O.O.: A. VANDEWEGHE, "De rechtsmacht van de Orde der geneesheren t.o.v. de geneesheren in dienst van de Commissies van Openbare Onderstand" *Gem. en Prov.* 1967, afl. 1, 21-28). Beide tuchtstelsels, het medisch-deontologische en het administratieve, hebben nl. een verschillend voorwerp. Zo kan een O.C.M.W. in het kader van haar tuchtrechtelijke bevoegdheid over statutair benoemde artsen geen sancties treffen indien de tekortkoming die aan een arts wordt verweten verband houdt met een inbreuk op de medische deontologie (C. LOUVEAUX, "Ordres et instituts professionnels", *R.P.D.B.*, nr. 67). Toch moet men zich dit onderscheid niet al te absoluut voorstellen. Zie: R.v.St., C.O.O. TIENEN, nr. 17.491, 10 maart 1976: een arts werd door de C.O.O. gesanctioneerd omdat hij had geweigerd hulp te verlenen aan een persoon in nood.
Legerartsen daarentegen, zo luidt de argumentatie verder, dienen zich niet in te schrijven bij de orde omdat zij ook voor wat betreft het toezicht op de medische deontologie vallen onder het militair tuchtrecht (zie verder, nr. 136). Afgezien van die uitzondering is het toezicht op de eerbiediging van de medische deontologie een monopoliebevoegdheid van de Orde der geneesheren en daarom dienen ambtenaren, als ze de geneeskunde uitoefenen, zich in te schrijven op de lijst van de orde (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*). Inspectieopdrachten dienen te worden beschouwd als de uitoefening van de geneeskunde ("Inschrijving van artsen-ambtenaren op de lijst van de Orde der geneesheren", *T. Orde. Geneesh.* 1999, nr. 85, 17).

§ 3. Legerartsen

136 Legerartsen zijn enkel verplicht zich in te schrijven op de lijst van de orde indien zij de geneeskunde uitoefenen buiten de uitoefening van hun militair ambt (art. 2, derde lid).

Vóór het K.B. nr. 79 vielen ook deze artsen onder de verplichting zich in te schrijven bij de orde. Weliswaar was hierover gediscussieerd tijdens de voorbereiding van de Wet van 25 juli 1938 maar deze wet voorzag geen uitzondering ten voordele van de legerartsen. Daaruit werd dan ook de toepasselijkheid van de verplichting tot inschrijving afgeleid (Cass. 26 april 1965, *Pas.* 1965, I, 886; *R.W.* 1965-66, 675; zie ook het advies van de Raad van State gericht tot de Staatssecretaris voor Volksgezondheid, *Adm. Publ. T.* 1985, 99). De Memorie van Toelichting bij het ontwerp 172 dat aan de basis lag van het K.B. nr. 79 gaf als motief voor de uitzondering op de verplichting zich in te schrijven dat de legerartsen krachtens de vigerende reglementering reeds onderworpen zijn aan een bijzondere tuchtmacht "welke als opdracht heeft de beginselen van de medische plichtenleer in de schoot van het leger te doen eerbiedigen" (Ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172, 8). Deze bijzondere regeling werd op heftige en ernstige kritiek onthaald (zie i.h.b.: R. DIERKENS, "De Orde der geneesheren; Kritische beschouwingen omtrent het K.B. nr. 79 d.d. 10 november 1967", *Belg. Archief voor Sociale Geneeskunde* 1969, 325). Overigens dient in dit verband te worden opgemerkt dat slechts zeer weinig militaire artsen geen enkele medische bedrijvigheid buiten hun militair ambt hebben (*Vr. en Antw.* Kamer 1979-80, 22 januari 1980, Vr. nr. 12 VALKENIERS). De meeste militaire artsen zijn dan ook ingeschreven op de lijst van de orde. In dat geval vallen zij enkel onder het gezag en de rechtsmacht van de provinciale raden voor de bedrijvigheid waarvoor hun inschrijving op de lijst van de orde vereist is (zie: de uitspraak prov. raad Oost-Vlaanderen 23 februari 1977, *T. Orde Geneesh.* 1976-77, nr. 25, 106).

§ 4. Enige bijzondere categorieën

A. ARTSEN-SPECIALISTEN IN DE STOMATOLOGIE

137 Een arts die erkend werd als arts-specialist in de stomatologie bezit de bevoegdheid tot uitoefening van de geneeskunde en van de tandheelkunde (i.v.m. de uitoefening van de tandheelkunde: zie verder, nr. 1539-1545). Wan-

neer deze arts enkel de tandheelkunde zou uitoefenen op grond van zijn erkenning als stomatoloog en geen medische handelingen zou stellen op grond van zijn diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde, dient hij geen inschrijving te bekomen op de lijst van de orde.

Een dergelijke situatie is vrijwel hypothetisch. Stelt hij toch medische handelingen dan is een inschrijving op de lijst van de orde verplicht en strekt de bevoegdheid van de orde zich uit over al zijn activiteiten, ook deze die behoren tot de uitoefening van de tandheelkunde (Cass. 20 maart 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1001; *Pas.* 1986, I, 908; *R.W.* 1986-87, 481; *J.T.* 1986, 711). Overigens moet deze arts zolang hij in opleiding is tot medisch specialist in de stomatologie ingeschreven zijn op de lijst van de Orde der geneesheren (zie: art. 10 K.B. 21 april 1983 tot vaststelling van de nadere regelen voor erkenning van geneesheren-specialisten en van huisartsen, *B.S.* 27 april 1983 waarin als voorwaarde wordt gesteld "gemachtigd de geneeskunde in België uit te oefenen"). Om erkend te worden als stomatoloog moet voorts het bewijs worden geleverd dat men ingeschreven is op de lijst van de orde (art. 21, 3° zelfde K.B.). Oefent onwettig de geneeskunde uit de arts die zonder inschrijving op de lijst van de Orde der geneesheren, de tandheelkunde uitoefent uit kracht van een diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde (Cass. 4 januari 1954, *Arr. Cass.* 1954, 305; *J.T.* 1954, 292; *Pas.* 1954, I, 374).

B. ARTSEN TEWERKGESTELD IN DE FARMACEUTISCHE INDUSTRIE

138 Zie hieromtrent de deontologische regels voor artsen werkzaam in farmaceutische laboratoria, opgesteld door de provinciale raad van Brabant (Franstalig) en na beslissing van de Nationale raad toegezonden naar alle provinciale raden ("Artsen en farmaceutische laboratoria", *T. Orde Geneesh.* 1985-86, nr. 34, 46; "Medisch adviseur van een farmaceutische firma – Inschrijving op de lijst van de orde", *T. Orde Geneesh.* 1992, nr. 58, 28). Volgens deze regels moet een arts die betrokken is bij de zgn. medische voorlichting op de lijst van de orde zijn ingeschreven. Hetzelfde geldt voor de arts die betrokken is bij experimenten met mensen en de arts in dienst van een houder van een vergunning bedoeld in hoofdstuk II K.B. 6 juli 1960 betreffende de fabricage e.d. van geneesmiddelen.

Hierbij moet worden opgemerkt dat de inschrijving op de lijst een voorwaarde is voor de uitoefening van de geneeskunde. Het geven van voorlichting over nieuwe geneesmiddelen aan artsen kan niet alszodanig worden beschouwd. Het loutere feit in dienst van een farmaceutisch bedrijf te werken evenmin (zie hieromtrent ook nog het antwoord van de Nationale raad aan een provinciale raad die van mening was dat een geneesheer-directeur van een farmaceutisch laboratorium niet op de lijst mocht worden ingeschreven terwijl de betrokkene juist wel die inschrijving wenste. De Nationale raad was het oneens met de mening van de provinciale raad. Zie: "Geneesheren van farmaceutische laboratoria", *T. Orde Geneesh.* 1990, nr. 48, 16).

C. ARTSEN AAN BOORD VAN EEN SCHIP VAREND ONDER BELGISCHE VLAG

139 Een (Amerikaanse) arts die, op niet-occasionele wijze, als arts wenst tewerkgesteld te worden aan boord van een schip varend onder Belgische vlag, dient te voldoen aan de voorwaarden die gelden voor de uitoefening van de geneeskunde in België, waaronder ingeschreven zijn op de lijst van de Orde der geneesheren ("Uitoefening van de geneeskunde door een Amerikaanse arts aan boord van een schip varend onder Belgische vlag – Advies-

verlening via telefoon of internet door een buitenlandse arts", *T. Orde Geneesh.* 2000, nr. 91, 9).

D. ADVIESVERLENING VIA INTERNET EN TELEFOON

140 Het gewoonlijk verlenen van mondeling of schriftelijk advies in België wordt door de Nationale raad van de Orde der geneesheren beschouwd als uitoefening van de geneeskunde wanneer dit:
- betrekking heeft op een bepaalde therapie;
- strekt tot behandeling of voorkoming van een welomschreven ziekte;
- gericht is tot één welbepaaald individu of een herkenbare groep patiënten;
- de wijze preciseert waarop de therapie moet worden aangewend (zie ook boven, nr. 83).

Indien een bepaalde vorm van adviesverlening door een (al dan niet buitenlandse) arts aan deze voorwaarden voldoet – en dus kan beschouwd worden als uitoefening van de geneeskunde – en voorzover deze adviesverlening gebeurt door een arts die zijn "medische woonplaats" (zie verder, nr. 146) in België heeft, dient de betrokken arts te voldoen aan de voorwaarden die gelden voor de uitoefening van de geneeskunde in België ("Uitoefening van de geneeskunde door een Amerikaanse arts aan boord van een schip varend onder Belgische vlag – Adviesverlening via telefoon of internet door een buitenlandse arts", *T. Orde Geneesh.* 2000, nr. 91, 9).

AFDELING III

VERPLICHTE INSCHRIJVING EN VRIJHEID VAN VERENIGING

141 De verplichting zich op de lijst van de Orde der geneesheren te laten inschrijven om de geneeskunde in België te mogen uitoefenen gaat de grenzen niet te buiten van de voor de bescherming van de gezondheid nodige beperkingen van de vrijheid van vereniging, die door artikel 11, tweede lid E.V.R.M. worden toegestaan (Cass. 25 april 1975, *Arr. Cass.* 1975, 940; *Pas.* 1975, I, 850; *R.W.* 1975-76, 291, noot K. SCHUTYSER). Een dergelijke verplichting heft niet het recht op vrijheid van vereniging in de zin van deze bepaling op (Cass. 25 juni 1974, *Arr. Cass.* 1974, 1119, concl. Adv. Gen. F. DUMON; *Pas.* 1974, I, 1114; *R.W.* 1974-75, 108; Cass. 15 juni 1979, *Arr. Cass.* 1979, 1232; *Pas.* 1979, I, 1193; *R.W.* 1979-80, 1702, noot).

In Cass. 25 april 1975 hadden de eisers in cassatie tegen een uitspraak van de raad van beroep van de Orde der geneesheren aangevoerd dat "de opdracht van de orde vreemd is aan de bescherming van de gezondheid" en de grenzen van de door artikel 11 E.V.R.M. erkende beperkingen, overschrijdt. Het Hof van Cassatie stelde daarentegen dat de Orde der geneesheren een publiekrechtelijke instelling is met als opdracht te waken over de naleving van de plichtenleer en de instandhouding van de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid en de waardigheid van haar leden. Die opdracht is geenszins vreemd aan de bescherming van de gezondheid en de verplichte in-

schrijving gaat deze beperkingen niet te buiten (zie ook: W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. Cass. 3 mei 1974, *R.W.* 1974-75, 93-94; F. DUMON, concl. Cass. 25 juni 1974, *R.W.* 1974-75, 115).

142 De verplichte inschrijving op de lijst van een orde die zoals de Orde der geneesheren een publiekrechtelijke instelling is welke als opdracht heeft te waken over de naleving van de plichtenleer kan evenmin als onverenigbaar met de vrijheid van vereniging, vastgelegd in artikel 20 G.W. worden beschouwd (Cass. 3 mei 1974, *Arr. Cass.* 1974, 967, concl. Proc. Gen. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH; *Pas.* 1974, I, 910; *R.W.* 1974-75, 77, concl. Proc. Gen. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, noot J. DEMEYER; *J.T.* 1974, 564; *R.C.J.B.* 1975, 209; Cass. 25 juni 1974, *Arr. Cass.* 1974, 1119, concl. Adv. Gen. F. DUMON; *Pas.* 1974, I, 1114; *R.W.* 1974-75, 115; Cass. 15 juni 1979, *Arr. Cass.* 1979, 1232; *Pas.* 1979, I, 1193; *R.W.* 1979-80, 1702, noot).

In zijn conclusies bij Cass. 3 mei 1974 vermeldde Proc. Gen. GANSHOF VAN DER MEERSCH drie redenen waarom de verplichte inschrijving niet strijdig is met de vrijheid van (niet)-vereniging. De vrijheid niet tot een vereniging toe te treden belet niet dat de burger noodgedwongen deel uitmaakt van een Staat, een Gemeenschap, een Gewest, een provincie of een gemeente. Deze publiekrechtelijke instellingen zijn geen verenigingen in de zin van artikel 20 G.W. en artikel 11 E.V.R.M. Verenigingen in de zin van deze bepalingen vormen evenmin de publiekrechtelijke instellingen, opgeleverd door de beroepsorde die de wet heeft opgericht en die precies als reden van bestaan hebben het verplicht verenigen van alle leden van eenzelfde beroep om de activiteit daarvan te controleren. Zie reeds in dezelfde zin: het advies van de Raad van State bij ontwerp 172 (Ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172, 38-39; zie ook: D. VERBIEST, "De Orde der geneesheren. Diagnose van een publiekrechtelijke beroepsorganisatie", *T.B.P.* 1978, 213). Een tweede reden is dat door het oprichten van een beroepsorde de wet het karakter van algemeen belang van de discipline erkent. Dit doel van algemeen belang kan niet bereikt worden, indien de orde niet alle leden van het beroep verplicht verenigt. Ten slotte volgt deze verplichting logischerwijze uit het bestaan zelf van de orde: zij is het essentieel vereiste om de uitspraken van de orde kracht bij te zetten en doelmatig te maken (W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. Cass. 3 mei 1974, *R.W.* 1974-75, 93-94).

143 Zowel n.a.v. Cass. 3 mei 1974 waarin over de verenigbaarheid met artikel 11 E.V.R.M. geen uitspraak werd gedaan als n.a.v. Cass. 25 april 1975 werd door de betrokkenen (dr. LE COMPTE enerzijds en dr. DE MEYERE en dr. VAN LEUVEN anderzijds) een verzoekschrift ingediend bij het Hof Mensenrechten, waarin werd aangevoerd dat de verplichte inschrijving artikel 11 E.V.R.M. schond.

Zowel de Commissie als het Hof Mensenrechten (E.H.R.M., Le Compte, De Meyere en Van Leuven, 23 juni 1981, A, vol. 43) kwamen unaniem tot het besluit dat artikel 11, eerste lid niet werd geschonden omdat de Orde der geneesheren geen vereniging is in de zin van die bepaling. Bovendien belet de verplichte inschrijving niet dat artsen vrij verenigingen oprichten en zich daar al dan niet bij aansluiten (in dezelfde zin: D. VERBIEST, *t.a.p.*, 212; P. LAMBERT, noot onder Hof Mensenrechten 23 juli 1981, *J.T.* 1981, 625). In het tweede arrest Le Compte (E.H.R.M., Albert en Le Compte, 10 februari 1983, A, vol. 58) zag het Hof Mensenrechten geen reden om een ander standpunt in te nemen. Zie i.v.m. deze arresten nog de commentaar van L. DUBOUIS, "L'ordre des médecins, la jurisdiction administrative et la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. dr. sanitaire* 1982, 57 waarin de analyse van het eerste arrest Le Compte geldig wordt verklaard voor de Franse Orde der geneesheren. De auteur verwijst naar een pleidooi van J. MIGNON in *Le Concours Médical* 1981, 4774, tot afschaffing van de verplichte inschrijving. Zie hieromtrent ook: de discussie tussen R. GROSEMANS, "Une proposition de loi critiquable", *J.T.* 1980, 701 en P. LEGROS, "Une proposition de loi critiquée", *J.T.* 1981, 425.

144 Een opmerkelijk verschil in benadering tussen het Hof van Cassatie en het Hof Mensenrechten is dat dit laatste zich richt op artikel 11, eerste lid E.V.R.M. en het Hof van Cassatie op artikel 11, tweede lid. Volgens het Hof Mensenrechten is er van een inbreuk op de vrijheid van vereniging geen sprake vermits de orde geen vereniging is. Een onderzoek naar de toegelaten beperkingen op die vrijheid is dan ook overbodig (zie ook: A. RASSON-ROLAND, "Les procédures disciplinaires devant les ordres professionnels sont-elles soumises à l'article 6, § 1er de la C.S.D.H.", *Adm. Publ.T.* 1983, 212, noot 4).

GRIMONPREZ heeft kritiek geuit op de wijze waarop het Hof van Cassatie in de arresten van 3 mei 1974, 25 juni 1974 en 25 april 1975 de verenigbaarheid van de verplichte inschrijving met artikel 11, tweede lid E.V.R.M. heeft gemotiveerd (K. GRIMONPREZ, "Het Hof van Cassatie en 25 jaar E.V.R.M.", *R.W.* 1981-82, 2670). De auteur noemt die motivering "lakoniek" en "kortweg". "Met zijn bondige of niet-motivering, voornamelijk wat tweede lid betreft, gaat het Hof van Cassatie eigenlijk in tegen de rechtspraak van het Hof Mensenrechten". Volgens dat Hof moet "de motivering betreffende de vervulling van de voorwaarden van het tweede lid om tot beperking van grondrechten over te gaan accuraat, adequaat, pertinent, omstandig en objectief" zijn. In deze gevallen voldoet de motivering niet aan deze vereisten. Het tweede lid van o.a. artikel 11 E.V.R.M. wordt hierdoor een "ontsnappingsclausule" waar o.a. het Hof van Cassatie zonder of zonder veel motivering gebruik van kan maken.

AFDELING IV

NADERE BESPREKING VAN DE INSCHRIJVING OP DE LIJST

145 De voorschriften om een inschrijving op de lijst te bekomen zijn bepaald in artikelen 20 t.e.m. 23 K.B. 6 februari 1970 tot regeling van de organisatie en de werking der raden van de Orde der geneesheren, *B.S.* 14 februari 1970. Zie in verband met de te vervullen formaliteiten: het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren uitgebracht op 21 april 2001, *T. Orde Geneesh.* 2001, nr. 93, 5.

Een inschrijving kan slechts worden bekomen op aanvraag. De ambtshalve inschrijving is niet mogelijk (C. LOUVEAUX, *a.w.*, nr. 64). Een "voorlopige" inschrijving in afwachting dat het dossier van een kandidaat volledig is, is evenmin mogelijk (zie: *T. Orde Geneesh.* 1970-71, nr. 21, 16-17; "Voorlopige inschrijving op de lijst van de orde", *T. Orde Geneesh.* 1990, nr. 49, 33).

§ 1. Plaats van inschrijving

146 De inschrijving gebeurt op de lijst van de orde van de provincie waar de arts zijn woonplaats heeft. Als woonplaats wordt beschouwd de plaats waar de arts zijn voornaamste bedrijvigheid uitoefent. Dit wordt wel eens de "medische woonplaats" genoemd. Niemand mag ingeschreven zijn op meer dan één der provinciale lijsten, die samen de lijst van de orde uitmaken (art. 2).

De Brabantse Raad van de Orde der geneesheren met het Frans als voertaal kan in bepaalde gevallen, op verzoek van een arts die zijn woonplaats heeft in een administratief tweetalige gemeente, hem inschrijven op zijn lijst, zelfs als

die arts reeds is ingeschreven op de lijst van de raad met het Nederlands als voertaal (Cass. 21 oktober 1993, *Arr. Cass.* 1993, 863; *Bull.* 1993, 844; *Pas.* 1993, I, 844; *R.W.* 1993-94 (verkort), 964).

Oorspronkelijk werd als medische woonplaats de woonplaats in de juridische zin van het woord beschouwd. Dat leverde, uitzonderlijk, moeilijkheden op bv. wanneer een arts woonde in één provincie en werkte in een andere. Volgens DIERKENS mag worden betwijfeld of het criterium van de voornaamste bedrijvigheid dat werd ingevoerd door het K.B. nr. 79 deze moeilijkheden oplost. Uit een advies van de Nationale raad blijkt het gelijk van deze auteur. Bij herhaling, aldus dit advies, heeft de Nationale raad vastgesteld dat er conflicten zijn tussen provinciale raden wanneer artsen in verschillende provincies werkzaam zijn ("Onderzoek van de statuten van de Orde der geneesheren", *T. Orde Geneesh.* 1980-81, nr. 29, 54). Bovendien, aldus nog DIERKENS, brengt dit criterium een subjectief element met zich mee waardoor de rechtszekerheid op de helling komt. Op grond van welke criteria zal men bepalen waar de voornaamste activiteit zich situeert? Welk element is hier doorslaggevend: het financiële, het didactische, de gespecialiseerde aard van de activiteit, de tijd die men eraan besteedt? DIERKENS vreest dat de keuze van de woonplaats, in functie van het eigen belang, zal worden gemanipuleerd (R. DIERKENS, *a.w.*, 324-325).
In beginsel is het de betrokkene zelf die zal uitmaken waar zijn medische woonplaats zich bevindt en in welke provincie hij de inschrijving op de lijst zal aanvragen ("Inschrijving op de lijst van de orde. Plaats van de voornaamste medische activiteit", *T. Orde. Geneesh.* 1992, nr. 57, 20, bevestigd op 16 november 1996, *T. Orde Geneesh.* 1996, nr. 76, 23). Maar een controle van de provinciale raden op die keuze is mogelijk. Overeenkomstig artikel 13, derde lid Wet Orde geneesheren wordt ieder geschil tussen provinciale raden omtrent de woonplaats van een arts voorgelegd aan de ene of de andere raad van beroep of aan beide raden van beroep samen wanneer het geschil is gerezen tussen provinciale raden met een verschillend taalstelsel.
Vermits de wet spreekt over "voornaamste bedrijvigheid" aanvaardt zij de mogelijkheid dat een arts nevenactiviteiten ontwikkelt in een andere provincie. Over het toegelaten karakter daarvan, vooral in het licht van de noodzakelijkheid de continuïteit van de hulpverlening te waarborgen, wordt geoordeeld door de provinciale raad van de provincie waar de arts is ingeschreven en niet door de provinciale raad van de provincie waar men een nevenactiviteit heeft. In een advies dat de Nationale raad over deze kwestie heeft uitgebracht wordt wel aangedrongen op overleg tussen beide provinciale raden in deze zin dat de provinciale raad die niet bevoegd is om te oordelen, de betrokken arts zou kunnen uitnodigen en een advies zou kunnen uitbrengen aan de bevoegde provinciale raad ("Spreiding van medische activiteiten", *T. Orde Geneesh.* 1984-85, nr. 33, 28-29; zie ook: "Multipele kabinetten", *T. Orde Geneesh.* 1981-82, nr. 30, 33).
Ingeval van overbrenging van de voornaamste bedrijvigheid naar een andere provincie moet een inschrijving op de lijst van deze provincie worden aangevraagd. Er mag niet tot inschrijving worden overgegaan zolang de provinciale raad van de provincie waar de inschrijving wordt gevraagd niet in het bezit is gekomen van het inschrijvingsdossier dat was aangelegd door de provinciale raad van de provincie waar de arts tot dan toe was ingeschreven. Zulks om te vermijden dat de arts een tijdlang niet zou zijn ingeschreven ("Overplaatsing van artsen van de ene naar de andere provincies", *T. Orde Geneesh.* 1978-79, nr. 27, 23). Het initiatief om zich te laten inschrijven op de lijst van de provinciale raad van de provincie waar men zijn belangrijkste medische activiteit zal uitoefenen dient te worden genomen door de betrokken arts. De provinciale raad waar deze arts inmiddels nog is ingeschreven mag zijn naam niet ambtshalve weglaten en blijft derhalve bevoegd om zich uit te spreken over handelingen door deze arts buiten de provincie waarin hij is ingeschreven. Aldus impliciet Cass. 31 oktober 2003, nr. D. 03.001.N, *onuitg.* (zie verder, nr. 168).
In verband met de overbrenging naar een andere provinciale raad terwijl een disciplinair onderzoek lopende is tegen de aanvrager, zie verder, nr. 160.

§ 2. Weigering of uitstel van inschrijving op de lijst

147 De provinciale raad kan de inschrijving op de lijst weigeren of uitstellen wanneer de aanvrager zich schuldig heeft gemaakt aan een zo zwaarwichtig

feit dat het voor een lid van de orde de schrapping van de lijst tot gevolg zou hebben of aan een zware fout die afbreuk doet aan de eer of de waardigheid van het beroep (art. 6, 1°, eerste lid Wet Orde geneesheren).

Wanneer de aanvrager een Europees onderdaan is kan de inschrijving worden geweigerd of uitgesteld op grond van inlichtingen meegedeeld door de lidstaat van oorsprong of herkomst.

148 LOUVEAUX heeft zich afgevraagd of de bevoegdheid van een provinciale raad om de inschrijving toe te staan, te weigeren dan wel uit te stellen juridisch gerechtvaardigd is. Slechts deze artsen die reeds zijn ingeschreven op de lijst van de orde vallen onder het gezag en de rechtsmacht van haar raden (de enige uitzondering op deze regel zijn de Europese onderdanen die in België sporadisch medische handelingen verrichten, zie boven, nr. 132). De arts die een inschrijving vraagt valt nog niet onder het gezag van de orde en is als een derde te beschouwen. Nu de provinciale raad iemands inschrijving onder bepaalde voorwaarden kan weigeren, kan hij zo iemand beletten de geneeskunde uit te oefenen. Maakt de provinciale raad daardoor geen inbreuk op een burgerlijk recht in de zin van artikel 6 E.V.R.M.? (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 64).

Door LOUVEAUX wordt er voorts op gewezen dat de provinciale raad *in casu* niet optreedt als een disciplinaire overheid maar als een administratieve overheid. De weigering tot inschrijving op de lijst is geen tuchtsanctie maar een maatregel ter vrijwaring van de eer en de waardigheid van de orde (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 64; Cass. 12 april 1954, *Arr. Cass.* 1954, 543; *Pas.* 1954, I, 707, inzake de orde der apothekers). GEENS nuanceert dit onderscheid tussen disciplinaire en administratieve overheid. Het woord "administratief" mag allerminst in zijn dagdagelijkse betekenis begrepen worden als zou de raad enkel controleren of aan zekere formaliteiten voldaan is. De raden beschikken immers inzake de voorwaarde van morele hoedanigheid (eer en waardigheid) ook over een beoordelingsbevoegdheid. GEENS wijst er voorts op dat tegen een weigering van inschrijving dezelfde beroepsmogelijkheden bestaan als tegen een schrapping (K. GEENS, *a.w.*, nr. 716, die trouwens elders spreekt over "sanctioneren" met een inschrijvingsweigering, zie: K. GEENS, *a.w.*, nr. 609). Volgens DIERKENS kan men betwijfelen dat de inschrijvingsweigering geen sanctie is. Weliswaar komt zij niet voor op de lijst van mogelijke sancties maar zij kan worden gesteund op een gedraging die anders de schrapping of schorsing voor gevolg zou hebben (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 336).

149 Nergens is bepaald hoelang de inschrijving mag worden uitgesteld. Als men aanvaardt dat de weigering en het uitstellen van de inschrijving als een sanctie kunnen worden beschouwd of daarmee minstens vergelijkbaar zijn, is het redelijk aan te nemen dat, naar analogie van de schorsing die maximaal twee jaar bedraagt, het uitstellen van de inschrijving eveneens maximaal twee jaar mag duren.

150 Geen enkele beslissing van een provinciale raad i.v.m. de inschrijving mag worden gegrond op redenen i.v.m. ras of op motieven van godsdienstige, wijsgerige, politieke, taalkundige of syndicale aard noch op het feit dat de arts verbonden is aan een instelling die geneeskundige verzorging verstrekt aan leden van een groepering of aan een categorie van personen. Iedere inmenging in die aangelegenheid is verboden (art. 19)(omtrent deze bepaling: zie verder, nr. 192-193).

151 De beslissing waarbij een inschrijving op de lijst wordt geweigerd of uitgesteld moet met redenen zijn omkleed (art. 6, 1° *in fine*).

152 Wanneer een arts die zijn voornaamste bedrijvigheid in een provincie heeft, deze naar een andere provincie overbrengt en daar een inschrijving aanvraagt, mag deze niet worden geweigerd, tenzij zich nieuwe feiten zouden hebben voorgedaan waarvan de provinciale raad waarbij hij aanvankelijk was ingeschreven, niet op de hoogte was (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*).

§ 3. Beroep tegen weigering of uitstel van inschrijving

153 Tegen een beslissing van een provinciale raad die een weigering of een uitstel van de inschrijving inhoudt, kan beroep worden ingesteld bij de raad van beroep (art. 13, eerste lid en art. 21, eerste lid).

De Franstalige Raad van beroep besliste dat geen enkele bepaling van het K.B. nr. 79 of van een ander besluit of wet, beroep voorziet tegen de beslissingen van een provinciale raad genomen in verband met de inschrijving op de lijst (Conseil d'Appel 30 maart 1976, *J.T.* 1976, 466). Hiertegenover staat een duidelijke wettekst en een unanieme opvatting in de rechtsleer (zie: R. DIERKENS, *t.a.p.*, 345, nr. 88 en 351, nr. 104; K. GEENS, *a.w.*, nr. 716; C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 117; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations* nr. 929; D. VERBIEST, *t.a.p.*, 210, nr. 6).

154 De Raad van State is niet bevoegd kennis te nemen van het beroep tot nietigverklaring van de beslissing waarbij een provinciale raad weigert een arts op de lijst van de orde in te schrijven, vermits de Wet Orde geneesheren het beroep tegen een dergelijke beslissing in handen geeft van de raad van beroep en het Hof van Cassatie (R.v.St., Cartitza, nr. 20.030, 10 januari 1980).

§ 4. Herinschrijving op de lijst na schrapping

155 De Wet Orde geneesheren noch enige andere wettelijke bepaling voorziet in een procedure van herinschrijving op de lijst van de orde van een arts wiens naam daarvan werd geschrapt bij wijze van tuchtmaatregel. De raden van beroep van de orde oordeelden daarom dat een verzoek tot herinschrijving op de lijst onontvankelijk was (Conseil d'Appel 30 maart 1976, *J.T.* 1976, 466; Raad van beroep 15 april 1985, aangehaald door E. DE GROOT, "De Orde der geneesheren: tuchtrechtelijke aspecten", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, 456). LOUVEAUX is eveneens van mening dat een aanvraag tot herinschrijving, die volgens hem onrechtstreeks tot eerherstel zou leiden, niet mogelijk is (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 64; in dezelfde zin: "Weglating van een arts van de lijst van de Orde der geneesheren terwijl een disciplinair onderzoek tegen hem lopende is", *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 79, 16: "wanneer ten opzichte van een arts een schrapping wordt uitgesproken, kan dat van groot belang zijn omdat die arts niet opnieuw kan worden ingeschreven aangezien rehabilitatie niet mogelijk is"). Het Hof van Cassatie daarentegen oordeelde dat, zodra de schrapping van een arts van de lijst van de Orde der geneesheren is uitgevoerd, de geschrapte arts een verzoek tot herinschrijving op de lijst mag indienen. Een dergelijk verzoek is alszodanig ontvankelijk en de provin-

ciale raad zal er over te beslissen hebben (Cass. 31 januari 1986, *Arr. Cass.* 1986, 731; *Pas.* 1986, I, 645; *R.W.* 1986-87, 340; *Vl. T. Gez.* 1986-87, 39).

In het advies over het ontwerp van Wet van 4 april 1963 (zie boven, nr. 128) aanvaardde de Raad van State ook de mogelijkheid tot herinschrijving. "Wil men de geschrapte iedere kans ontzeggen om nog de geneeskunde uit te oefenen dan moet aan de orde een verbod van herinschrijving worden opgelegd. De orde is meester van haar lijst en bij gebrek aan een uitdrukkelijk verbod zou zij tot herinschrijving kunnen overgaan wanneer zij oordeelt dat daartoe gronden aanwezig zijn" (*Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172, 45; zie reeds in dezelfde zin, impliciet: het advies van de toenmalige Hoge Raad, *T. Orde Geneesh.* 1956, nr. 14, 19 alsook *Vr. en Antw.* Kamer 1975-76, 3304, Vr. nr. 202 NAMECHE).

156 De Wet Orde geneesheren heeft geen termijnen en andere modaliteiten bepaald om een geschrapte opnieuw in te schrijven (Cass. 31 januari 1986, *Arr. Cass.* 1986, 731; *Pas.* 1986, I, 645; *R.W.* 1986-87, 340; *Vl. T. Gez.* 1986-87, 39).

Wat de termijn betreft waarna een geschrapte opnieuw zijn herinschrijving kan vragen met een redelijke kans op succes, kan worden verdedigd dat minimum 2 jaar moet zijn verstreken sedert de schrapping werd uitgevoerd. Twee jaar is de maximale duur van een schorsing en vermits de betrokken arts werd geschrapt had de provinciale raad of de raad van beroep klaarblijkelijk de bedoeling hem gedurende meer dan 2 jaar te verbieden de geneeskunde uit te oefenen. Deze zienswijze werd door de Nationale raad van de Orde der geneesheren onderschreven ("Herinschrijving na schrapping van een arts op de lijst van de Orde der geneesheren", 16 november 2002, *T. Orde Geneesh.* 2003, nr. 99, 5-6).
Uiteindelijk komt het toe aan de bevoegde provinciale raad om zich uit te spreken over de aanvraag tot herinschrijving. Die raad is geenszins verplicht de aanvraag zonder meer in te willigen. Weigering of uitstel ervan zijn mogelijk om dezelfde redenen als bij een eerste aanvraag. Tegen de weigering of het uitstel kan beroep worden ingesteld bij de raad van beroep.

§ 5. Weglating van de lijst

157 De Wet Orde geneesheren laat de weglating van de naam van een arts van de lijst van de orde toe in de volgende gevallen. Wanneer de bevoegde provinciale geneeskundige commissie of desgevallend de geneeskundige commissie van beroep heeft vastgesteld dat een arts niet meer voldoet aan de voorwaarden om de geneeskunde uit te oefenen zonder gevaar voor de gezondheid van de patiënten en om die reden het visum van deze arts heeft ingetrokken (over deze procedure: zie boven, nr. 18) laat de provinciale raad van de orde waar de arts is ingeschreven, zijn naam weg van de lijst (art. 6, 1°, tweede lid).

158 Vervolgens kan een arts de provinciale raad verzoeken zijn naam weg te laten van de lijst (art. 6, 1°, derde lid).

Hoewel de wet de ambtshalve weglating bij overlijden of om een andere reden niet uitdrukkelijk voorziet, wordt die mogelijkheid in de praktijk toch aanvaard. Volgens de Nationale raad van de Orde der geneesheren zijn de uitdrukkelijk in de wet opgenomen gevallen van weglating slechts voorbeelden van een algemene regel i.v.m. de weglating. Die regel wordt afgeleid uit artikel 20 K.B. 6 februari 1970 (*B.S.* 14 februari 1970) dat de provinciale raden opdraagt de lijst bij te houden. Op grond hiervan zou een provinciale raad ambtshalve kunnen overgaan tot weglating van de naam van een arts, bv. bij overlijden, en, meer in het algemeen wanneer de inschrijving "niet meer gerechtvaardigd is" (zie: de adviezen van de nationale raad, *T. Orde Geneesh.* 1975-76,

nr. 24, 59 en "Weglating van de lijst van de orde", *T. Orde Geneesh.* 1980-81, nr. 29, 27; anders: behalve bij overlijden: C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 63). Op de vraag van een provinciale raad of de naam van een arts die van ambtswege uit de bevolkingsregister werd geschrapt op de lijst van de orde mocht worden weggelaten antwoordde de Nationale raad, met een beroep op artikel 20 K.B. 6 februari 1970 dat de provinciale raden "de macht hebben om de naam van een arts van de lijst te schrappen (*sic*) indien zijn inschrijving niet langer gerechtvaardigd is" ("Weglating van de lijst van de orde van de naam van een arts wiens inschrijving niet langer meer gerechtvaardigd is", *T. Orde Geneesh.* 1976-77, nr. 25, 27). De Nationale raad adviseerde de provinciale raden in een dergelijk geval de volgende procedure te volgen. Als wordt vastgesteld dat de inschrijving van een arts niet meer gerechtvaardigd is omdat hij bv. zijn voornaamste activiteit niet meer in de provincie heeft, dan kan de provinciale raad deze arts verzoeken zelf de weglating van zijn naam aan te vragen. Gaat hij daar niet op in, dan kan de raad een procedure starten die tot de weglating zal leiden van deze arts. Daarbij moet dezelfde procedure worden gevolgd als in tuchtzaken. Maar het feit dat deze procedure wordt gevolgd heeft niet tot gevolg dat de weglating een sanctie is. "Het is een voorlopige maatregel, die verdwijnt met de oorzaak die ertoe aanleiding heeft gegeven" (*T. Orde Geneesh.* 1974-75, nr. 24, 59. Zie ook: het advies van de Nationale raad i.v.m. de weglating van de naam van een arts die naar het buitenland vertrok "Weglating van de lijst van de orde", *T. Orde Geneesh.* 1980-81, nr. 29, 27). Het is de vraag of deze zienswijze met betrekking tot de ambtshalve weglating nog wel wordt gevolgd door de Nationale raad van de Orde der geneesheren. In zijn grieven tegen een beslissing die op 18 november 2002 werd gegeven door de Raad van Beroep van de Orde der geneesheren met het Nederlands als voertaal en waarin werd geoordeeld dat de provinciale raad van Antwerpen niet bevoegd was de tenlasteleggingen te beoordelen jegens een arts die nog steeds was ingeschreven op de lijst van de provinciale raad van Antwerpen terwijl hij zijn belangrijkste medische activiteit uitoefende in de provincie Limburg, argumenteerde de Nationale raad dat "de provinciale raad overeenkomstig artikel 6, enig lid, 1°, derde lid K.B. nr. 79 slechts bevoegd is de naam van de geneesheer weg te laten van de lijst, wanneer hij daarom verzoekt". Het is aan de arts zonodig een wijziging van zijn inschrijving op een lijst van de orde van een andere provincie door te voeren wanneer hij oordeelt dat zijn voornaamste bedrijvigheid zich heeft verplaatst binnen de grenzen van een andere provincie.

159 Het wordt algemeen aanvaard dat de tuchtrechtelijke overheid bevoegd blijft om na de weglating van de lijst een uitspraak te doen over tuchtrechtelijke vervolgingen wegens feiten gepleegd vóór de beslissing tot weglating (zie: advies Nationale raad "Weglating van de lijst van de orde", *T. Orde Geneesh.* 1977-78, nr. 26, 45-47; "Weglating van een arts van de lijst van de Orde der geneesheren terwijl een disciplinair onderzoek tegen hem lopende is", *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 79, 16). Voor de rechtvaardiging van deze mogelijkheid wordt verwezen naar Cass. 9 februari 1891, *Pas.* 1891, I, 72 en artikel 461 Ger. W. De Nationale raad is van mening dat het inzetten van een tuchtvervolging n a de weglating van belang kan zijn bij het beoordelen van een aanvraag tot (her)inschrijving uitgaande van deze arts (zie voor een concrete toepassing: de uitspraak van de provinciale raad West-Vlaanderen, 31 december 1976, aangehaald door A. RASSON-ROLAND, "Les ordres et la vie privée des praticiens de l'art de guérir", *Ann. dr. Louvain* 1984, 326, noot 34). LOUVEAUX achtte de oplossing die door de Nationale raad werd voorgesteld *de lege ferenda* interessant maar moeilijk toepasbaar (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 63).

160 In het hierboven vermelde advies (zie boven, nr. 159) van de Nationale raad wordt ook de vraag behandeld of de weglating kan worden geweigerd, met name wanneer het verzoek uitgaat van een arts tegen wie reeds een tuchtrechtelijke vervolging werd ingesteld. Algemeen wordt aanvaard dat de weglating moet worden uitgesproken omdat er geen wettekst bestaat die

weigering of uitstel van weglating toelaat en voorts omdat het niet in het belang van de orde noch in het algemeen belang is dat een arts die tuchtrechtelijk vervolgd wordt nog blijft ingeschreven (zie in dezelfde zin: C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 63 die er wel op wijst dat het uitstel van weglating in zekere zin wel mogelijk is, omdat de provinciale raad binnen 6 maanden op het verzoek moet antwoorden). Volgens de Nationale raad dient de bevoegde provinciale raad te preciseren dat hij zich het recht voorbehoudt om naderhand uitspraak te doen over de tuchtrechtelijke vervolgingen die bij hem aanhangig zijn. De arts moet van dit voorbehoud op de hoogte worden gesteld op het ogenblik van de weglating. Toegepast op de arts die om zijn weglating verzoekt om te kunnen ontsnappen aan een nog niet ingestelde vervolging betekent dit advies dat deze weglating niet kan worden geweigerd. Niets staat echter volgens de Nationale raad het instellen van een tuchtvervolging in de weg.

Wat het probleem van de overgang van een arts naar een andere provinciale raad tijdens het disciplinair onderzoek betreft, oordeelde het Hof van Cassatie dat de provinciale raad waarbij een klacht is ingediend tegen een arts die op zijn lijst is ingeschreven, bevoegd is om de klacht te behandelen en daarover uitspraak te doen, zelfs als de arts vervolgens wordt ingeschreven op de lijst van een andere provinciale raad (Cass. 21 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, 632; *Bull.* 1996, 681; *Pas.* 1996, I, 681; *R.W.* 1996-97, 757). Ook volgens de Nationale raad dient de zaak disciplinair verder te worden behandeld door de provinciale raad die de procedure inzette. Het is immers het tijdstip van de aanvang van de procedure en niet het tijdstip waarop de feiten gepleegd werden dat ter zake doorslaggevend is. De andere provinciale raad "schort de inschrijving op" omdat hij van oordeel is dat hij geen disciplinaire bevoegdheid heeft voor feiten die zich hebben voorgedaan op het ogenblik dat de betrokken arts ingeschreven was op de lijst van de provinciale raad die hij nu wenst te verlaten ("Weglating van een arts van de lijst van de Orde der geneesheren terwijl een disciplinair onderzoek tegen hem lopende is", *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 79, 17 bevestigd op 21 augustus 1999, "Transfer van een arts naar een andere provinciale raad terwijl een disciplinair onderzoek tegen hem lopende is", *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 86, 17).

161 De vraag of een beroep bij de raad van beroep kan worden ingesteld tegen de beslissing van een provinciale raad tot weglating van de naam van een arts wordt niet eensgezind beantwoord.

Volgens LOUVEAUX is een beroep tegen de weglating als gevolg van de intrekking van het visum en tegen de weglating op verzoek van de betrokken arts niet mogelijk (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 63 *in fine*). LOUVEAUX lijkt te suggereren dat het hier niet gaat om voor beroep vatbare beslissingen van de provinciale raad. In het eerste geval voert de provinciale raad een definitief geworden maatregel van de provinciale geneeskundige commissie uit terwijl in het tweede geval slechts het recht van ieder arts zijn weglating te vragen wordt geëerbiedigd. Wat de weglating na intrekking van het visum aangaat, wordt LOUVEAUX door GEENS bijgetreden (K. GEENS, *a.w.*, nr. 627) en ook RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT zitten op deze golflengte (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 929: de provinciale raad is ter zake onderworpen aan de beslissing van de provinciale geneeskundige commissie).

162 De mening van LOUVEAUX *c.s.* wordt evenwel tegengesproken door de toelichting bij het ontwerp 172 dat aan de basis heeft gelegen van het K.B. nr. 79. Volgens deze toelichting nemen de raden van beroep kennis van het beroep tegen de beslissingen betreffende de inschrijving op de lijst "ook die waarbij een geneesheer van de lijst wordt weggelaten. De taak van de raad van beroep is inzake weglating van de lijst beperkt tot het verbeteren van eventuele

feitelijke vergissingen begaan door een provinciale raad, want de organen van de orde zijn gebonden door de beslissingen die ter zake door de provinciale geneeskundige commissie werden genomen" (*Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172, 14). Ook de wettekst zelf schraagt deze interpretatie. Artikel 6, 1° laatste lid noemt de maatregel tot weglating van de naam een "beslissing" terwijl op grond van artikel 21 beroep mogelijk is "tegen de beslissingen door een provinciale raad gewezen". Hoger beroep staat open tegen alle beslissingen van de provinciale raden tenzij de wet bepaalt dat zij in laatste aanleg gewezen zijn. *Quod non* (Cass. 4 februari 1975, *Arr. Cass.* 1975, 633; *Pas.* 1975, I, 575; Cass. 5 januari 1989, *Arr. Cass.* 1989, 535; *Pas.* 1989, I, 481).

Uit een en ander kan worden besloten dat tegen een beslissing tot weglating wel beroep mogelijk is.

163 Ook tegen de ambtshalve weglating van de naam van de lijst wanneer een arts geen bekende woon- of verblijfplaats meer heeft in België is beroep mogelijk. Het gaat om een "beslissing" van een provinciale raad.

LOUVEAUX erkent die mogelijkheid. Weliswaar voorziet de wet niet in de ambtshalve weglating, maar de Nationale raad adviseerde de provinciale raden de tuchtrechtelijke procedure toe te passen (zie boven, nr. 157). Dat brengt met zich dat een beroep tegen een beslissing van een provinciale raad mogelijk is, als ware het een beslissing in een tuchtzaak.

164 Zie voor de strafsancties ingeval de geneeskunde wordt uitgeoefend na weglating van de naam van de lijst, artikel 31 Wet Orde geneesheren.

§ 6. Behoud van de inschrijving onder beperkingen

165 Indien de bevoegde provinciale geneeskundige commissie of desgevallend de geneeskundige commissie van beroep beslist heeft en er de orde in kennis van heeft gesteld dat aan een arts een beperking van de uitoefening van de geneeskunde moet worden opgelegd wegens lichamelijke of geestelijke gebreken, maakt de provinciale raad het behoud van de naam van de arts afhankelijk van de naleving van de opgelegde beperking (art. 6, 1°, tweede lid).

De vraag of beroep mogelijk is tegen deze beslissing van de provinciale raad kan op analoge wijze worden beantwoord als bij weglating. Het betreft hier een "beslissing" waartegen beroep openstaat bij de raad van beroep.

De provinciale geneeskundige commissie kan het behoud van het visum afhankelijk maken van aan een arts opgelegde beperkingen wanneer, op advies van artsen-deskundigen aangeduid door de Nationale raad van de Orde der geneesheren vastgesteld wordt dat de betrokken arts niet meer voldoet aan de vereiste fysieke of psychische geschiktheden om, zonder risico's, de uitoefening van zijn beroep voort te zetten (art. 37 § 1, 2° b W.U.G.). Het opleggen van een dergelijke beperking aan de beroepsuitoefening is geen sanctie maar een maatregel die wordt uitgevaardigd om reden van verzoekers (*in casu* psychische) gesteldheid en van de risico's die deze gesteldheid voor zijn patiënten meebrengt (R.v.St., Limage, nr. 23.375, 17 juni 1983). De W.U.G. schrijft niet voor dat de beperkingen eerst door de betrokkene moeten worden aanvaard; integendeel dient de betrokkene de beperkingen in acht te nemen als hij zijn visum wil behouden (*idem*).

HOOFDSTUK III
GEZAG EN RECHTSMACHT VAN DE ORDE

AFDELING I

ALGEMEEN

166 De arts die overeenkomstig artikel 2 Wet Orde geneesheren op de lijst van de orde is ingeschreven alsook de arts, Europees onderdaan, die in een andere lidstaat dan België gevestigd blijft en die een dienstverrichting uitoefent in België, valt onder het "gezag" en de "rechtsmacht" van de Orde der geneesheren, meer bepaald van de provinciale raad op wiens lijst die arts is ingeschreven of binnen wiens ambtsgebied de dienstverrichting gebeurt. T.o.v. de legerartsen worden het gezag en de rechtsmacht slechts uitgeoefend voor de bedrijvigheid waarvoor hun inschrijving op de lijst van de orde is vereist (zie boven, nr. 136)(art. 5, eerste lid).

167 Wat het gezag en de rechtsmacht van de provinciale raden juist inhoudt, wordt alsdusdanig niet in de wet omschreven. Die inhoud kan evenwel worden afgeleid uit de bevoegdheden van de provinciale raden, in het bijzonder het waken over het naleven van de regelen van de medische plichtenleer en over de handhaving van de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid en de waardigheid van de op de lijst ingeschreven artsen. Die bevoegdheid wordt in de volgende afdeling besproken. De overige bevoegdheden van de provinciale raden en van de andere organen van de Orde der geneesheren alsook de samenstelling van deze organen worden in hoofdstuk IV van deze titel besproken.

AFDELING II

TOEZICHT OP DE NALEVING VAN DE REGELS VAN DE MEDISCHE PLICHTENLEER

§ 1. Algemene omschrijving van de tuchtrechtelijke opdracht

168 De provinciale raden zijn bevoegd om te waken over het naleven van de regels van de medische plichtenleer en over de handhaving van de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid en de waardigheid van de artsen die onder hun gezag en rechtsmacht vallen (art. 6, 2° Wet Orde geneesheren). De bevoegdheid van de provinciale raad zich uit te spreken over handelingen gesteld door een op haar lijst ingeschreven arts buiten de provincie waarin hij is ingeschreven geldt onverminderd en wordt niet aangetast in het geval een arts zijn woonplaats buiten de provincie waarin hij is ingeschreven verplaatst

zonder hiervoor de nodige regularisatie van inschrijving te hebben aangevraagd en verkregen (Cass. 31 oktober 2003, nr. D. 03.0001, *onuitg.*).

De in artikel 6, 2° vermelde beginselen treft men ook aan in artikel 15 § 1 waar de Code van medische plichtenleer wordt omschreven. Het is GEENS opgevallen dat er "zo weinig correlatie of althans zoveel verwarring vast te stellen is bij vergelijking tussen artikel 15 § 1 en artikel 6, 2°". De "toewijding" en de "zedelijkheid" worden vermeld in artikel 15 § 1, niet in artikel 6, 2°. Allicht vallen ook zij onder de regels van de medische plichtenleer waarover de provinciale raden dienen te waken (K. GEENS, *a.w.*, nr. 675; zie ook: R. DIERKENS, *t.a.p.*, 331; K. SCHUTYSER, "De Orde der geneesheren en de ziekenhuizen", *Hospitalia* 1974, 188).

169 Om deze toezichthoudende opdracht te vervullen zijn de provinciale raden belast met het treffen van tuchtmaatregelen wegens fouten die artsen in de uitoefening van hun beroep of naar aanleiding ervan begaan, alsook wegens zware fouten bedreven buiten de beroepsbedrijvigheid, wanneer die fouten de eer of de waardigheid van het beroep kunnen aantasten (art. 6, 2°). Over de juiste interpretatie van deze bepaling bestaat geen eensgezindheid (K. GEENS, *a.w.*, nr. 675).

170 Een eerste moeilijkheid betreft de interpretatie van "fouten" en met name de al dan niet technische betekenis die daaraan wordt gegeven. Er bestaat eensgezindheid over dat "fout" meer betekent dan enkel een technische fout of een beroepsfout (K. GEENS, *a.w.*, nr. 675; H. NYS, "Tuchtrecht voor geneesheren: overbodig? overnodig?", *Vl. T. Gez.* 1981-82, 12-13). Wel kan men zich afvragen of een beroepsfout die niet de eer en de waardigheid van het beroep aantast doordat er bv. geen enkele ruchtbaarheid aan wordt gegeven, wel als een fout kan worden beschouwd (zie verder, nr. 171). Hoe dan ook is de term "fout" op zijn minst slecht gekozen.

171 Een tweede interpretatieprobleem is of de slotzin van artikel 6, 2° enkel slaat op de zware fouten bedreven buiten de beroepsbedrijvigheid of op al wat voorafgaat.

Zelf verdedigde ik de opvatting dat de eer en de waardigheid slaat op het geheel van de in artikel 6, 2° vermelde fouten op basis van de volgende redenering (H. NYS, "Tuchtrecht voor geneesheren", *t.a.p.*, 12). In de Wet Orde geneesheren van 25 juli 1938 kwam het foutbegrip niet voor. De raden van de orde waren "gelast de regelen van de geneeskundige plichtenleer, de eer, de kiesheid en de waardigheid van de leden van de orde te handhaven in de uitoefening of naar aanleiding van de uitoefening van hun beroep" (art. 4 Wet 25 juli 1938). Artikel 6, 2° K.B. nr. 79 introduceerde het foutbegrip zowel in, bij gelegenheid van, als buiten de beroepssfeer. Artikel 4 Wet 25 juli 1938 had enkel betrekking op de zgn. deontologische fout, d.i. de gedraging die werd omschreven als in strijd met de eer en de waardigheid, en niet de technische beroepsfout alszodanig. Nergens zijn aanduidingen te vinden dat het K.B. nr. 79 heeft beoogd een verschuiving door te voeren van de deontologische fout die de eer en de waardigheid in het gedrang brengt naar de technische beroepsfout. Vandaar het besluit dat "fout en zware fout in artikel 6, 2° K.B. nr. 79 inhoudelijk eenzelfde betekenis hebben, nl. het schenden van de eer en de waardigheid". Andere auteurs geven de indruk dat zij de toevoeging enkel betrokken achten op de zware fout buiten de beroepssfeer (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 932). De opvatting van DIERKENS is op dit punt niet uitgesproken maar er zijn aanwijzingen dat ook hij de eer en de waardigheid betrekt op het geheel van artikel 6, 2° (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 332, waar in het algemeen wordt gesteld dat de orde geen sanctie kan treffen indien niet de waardigheid van het beroep in het gedrang werd gebracht).

GEENS heeft in zijn proefschrift mijn opvatting verworpen vanuit de "systematische uitleggingsmethode" (K. GEENS, *a.w.*, nr. 675-677). "Het zou volstrekt onlogisch zijn, aldus GEENS, dat de wetgever zowel in de aanhef van artikel 6, 2° als in artikel 15 § 1 de orde zou belast hebben met het vaststellen en sanctioneren van de regelen van de medische plichtenleer die hun grondslag moeten vinden in 6 of 4 beginselen, nl. eer, bescheidenheid, eerlijkheid, waardigheid, zedelijkheid en toewijding, terwijl anderzijds de sanctioneringsbevoegdheid van de orde zou beperkt worden tot inbreuken op de 2 beginselen die het meest aan de oppervlakte blijven, met name de eer en de waardigheid". Het belangrijkste praktische besluit dat hieruit voortvloeit betreft de technische fouten die uiteraard fouten zijn begaan in de uitoefening van het beroep. "Het is onjuist te beweren dat zij slechts tot tuchtmaatregelen kunnen leiden wanneer ze de eer en de waardigheid van het beroep in gevaar brengen, bv. ingevolge het strafrechtelijk of burgerlijk aansprakelijkheidsproces dat n.a.v. de technische fout gevoerd werd". Daarentegen is de toevoeging "eer en waardigheid" wel relevant voor de zware fouten buiten de beroepssfeer: zware fouten in het privéleven verdienen slechts te worden bestraft zo zij de eer en de waardigheid in het gedrang (kunnen) brengen.

172 Met deze laatste opmerking kan men zonder moeite instemmen. Dat beroepsfouten die op geen enkele wijze de eer en de waardigheid van het beroep in het gedrang brengen, kunnen beteugeld worden is een opvatting die moeilijker kan worden aanvaard. Wellicht is het juist dat louter taalkundig bekeken de toevoeging waarin wordt verwezen naar de eer en de waardigheid slechts betrekking heeft op de zware fouten buiten de beroepssfeer. Maar zoals GEENS zelf opmerkt worden de raden van de orde er mee belast de regelen van de medische plichtenleer te handhaven. Die regelen vinden hun grondslag in een aantal beginselen waaronder de eer en de waardigheid. Het is moeilijk aan te nemen dat bij het toepassen van tuchtmaatregelen wegens fouten in of bij gelegenheid van de beroepsuitoefening deze beginselen niet meer als ultieme toetssteen gelden.

173 Fouten bedreven buiten de beroepsbedrijvigheid zijn slechts strafbaar voorzover zij "zwaar" zijn en zij de eer en de waardigheid van het beroep kunnen aantasten. De zwaarte moet door de provinciale raad worden aangetoond. Uit het arrest van het Hof van Cassatie van 13 februari 1975 kan men afleiden dat het onderscheid tussen een fout buiten de beroepsbedrijvigheid en een fout bij of ter gelegenheid van de uitoefening van het beroep minder vanzelfsprekend is dan men geneigd is aan te nemen op grond van het gewone taalgebruik. Het Hof noemde wettig de beslissing die een tuchtstraf oplegt aan een arts wegens fouten die verband houden met de beroepsuitoefening, nl. deelname aan een betoging voor de liberalisering van zwangerschapsafbreking, zonder zich uit te spreken over de ernst ervan. Dit is enkel vereist voor fouten begaan buiten de beroepsuitoefening (Cass. 13 februari 1975, *Arr. Cass.* 1975, 658; *Pas.* 1975, I, 598). Terecht meent RASSON-ROLAND dat een dergelijke interpretatie van fouten in of ter gelegenheid van de beroepsuitoefening de grondwettelijke vrijheden van artsen in het gedrang brengt (A. RASSON-ROLAND, "Les ordres et la vie privée des praticiens de l'art de guérir", *Ann. dr. Louvain* 1984, 332-333).

§ 2. Nadere omschrijving van de tuchtrechtelijke opdracht

174 In deze paragraaf wordt de bevoegdheid van de provinciale raden om te waken over de naleving van de regels van de medische plichtenleer nader onderzocht. Meer bepaald wordt nagegaan op welke regels de provinciale raden en, in beroep, de raden van beroep steunen bij het nemen van tuchtmaatregelen. Nog anders uitgedrukt wordt in deze paragraaf gezocht naar de bronnen van het medisch tuchtrecht.

Zie voor een overzicht van de meest voorkomende tuchtfouten en sancties alsmede van de in de tuchtrechtelijke uitspraken gehanteerde gedragsregels: H. NYS, I. VAN BAEL, P. MOKOS, R. SCHEPERS, "Oordelen volgens de eer en de waardigheid van het beroep. Analyse van 'zware' tuchtrechtelijke beslissingen in de periode 1990-99 door de Raden van Beroep van de Orde der geneesheren", *R.W.* 2001-02, nr. 39, 1445-1458 en H. NYS, I. VAN BAEL, P. MOKOS, R. SCHEPERS, "De Orde der geneesheren en de handhaving van de tucht (1990-1999)", *Tijdschrift voor Geneeskunde* 2002, 526.

A. CODE VAN MEDISCHE PLICHTENLEER

175 De Nationale raad van de Orde der geneesheren is ermee belast de algemene beginselen en de regels vast te stellen betreffende de zedelijkheid, de eer, de bescheidenheid, de eerlijkheid, de waardigheid en de toewijding die onontbeerlijk zijn voor de uitoefening van het beroep. Deze beginselen en regelen vormen de Code van medische plichtenleer (art. 15 § 1, eerste lid).

Op 19 november 1975 overhandigde het toenmalige bureau van de Nationale raad officieel de Code van geneeskundige plichtenleer aan de Minister van Volksgezondheid (zie: *T. Orde Geneesh.* 1975-76, nr. 24, 3). Dit document werd ten onrechte wel eens als "ontwerp"-Code gekwalificeerd (zie hierover: H. NYS, "Opmerkingen over het bindend karakter van de code van medische plichtenleer en onkostenvergoedingen voor ziekenhuisgeneesheren", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 37; Cass. 17 maart 1978, *R.D.P.* 1982, 899 noot C. LOUVEAUX). Wellicht gebeurt dit omdat deze Code tot nu toe door de Koning niet bindend werd verklaard (zie verder, nr. 176). Toch is dit document geen ontwerp of voorstel meer, maar de Code zelf. Tot op heden werden aan de Code talrijke wijzigingen aangebracht.

176 De Code bevat inzonderheid regels betreffende de continuïteit van de hulpverlening, met inbegrip van het inrichten van een wachtdienst, het beroepsgeheim, het doorgeven van bescheiden of medische inlichtingen aan confraters, meer bepaald in het kader van de uitoefening van de preventieve geneeskunde alsmede betreffende de individuele betrekkingen tussen de arts enerzijds en de zieken, collega's, tandartsen, apothekers en paramedici anderzijds. In de Code worden de beginselen geformuleerd op grond waarvan de sociale verplichtingen van de arts worden vastgesteld. Als daartoe redenen zijn kan de Code de bedingen aanwijzen die, wegens hun onverenigbaarheid met de beginselen van de plichtenleer en inzonderheid met de therapeutische vrijheid van de arts, verboden zijn in de overeenkomsten die artsen sluiten betreffende de uitoefening van hun beroep (art. 15 § 1, derde, vierde en vijfde lid).

177 De Koning kan, bij een in ministerraad overlegd besluit, bindende kracht verlenen aan de Code van medische plichtenleer en aan de aanpassingen die door de nationale raad zouden gedaan worden (art. 15 § 1, tweede lid). Volgens LOUVEAUX kan de bindendverklaring slaan op alle bepalingen van de Code, of op sommige bepalingen daarvan (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 43). Tot nu toe heeft de Koning deze bevoegdheid niet gebruikt.

Daarvoor kunnen meerdere redenen worden aangewezen. Artikel 86 van de Code bevat een bepaling die het uitvoeren van een zwangerschapsafbreking overlaat aan het oordeel van artsen. Tot vóór de Wet van 3 april 1990 was deze bepaling in strijd met de Strafwet. Volgens HOUBEN is dat "inzonderheid" de reden waarom de Code niet bindend werd verklaard (R. HOUBEN, "De ethische problemen in het medisch ingrijpen", *Vl. T. Gez.* 1980-81, afl. 1, 24). Voorts drong de Nationale raad van de orde zelf in het geheel niet aan op deze bindendverklaring omdat zij voor een daadwerkelijke uitvoering van de tuchtrechtelijke opdracht helemaal niet vereist is. Zoals in nr. 179 wordt uiteengezet hebben de provinciale raden de Code niet nodig om hun toezichthoudende opdracht uit te voeren. Wel hield de toen pas benoemde Nederlandstalige ondervoorzitter van de Nationale raad in 1988 een opgemerkt pleidooi voor de bindendverklaring van de Code. Dat deze Code "geen kracht van wet" had, noemde hij "de zwakke schakel in een effectief deontologisch werk" (R. DEBERDT, *T. Orde Geneesh.* 1988, nr. 42, 9).

Uit de deontologische beginselen van plichtsbesef en zin voor ethiek vloeit voort dat een dienstverlenend intellectueel beroep met integerheid en waardigheid moet uitgeoefend worden. Deze beginselen bestaan los van elke vastlegging in een formele tekst (Cass. 30 november 2001, *A.J.T.* 2001-02, 841, noot G. BALLON; *T. App.* 2002, nr. 3, 12).

178 Vermits tot nu toe de Code van medische plichtenleer niet bindend werd verklaard, zijn de bepalingen ervan niet van kracht en mogen zij door de provinciale raden van de Orde der geneesheren niet worden toegepast (Cass. 29 april 1983, *Arr. Cass.* 1983, 1073; *Pas.* 1983, I, 978; *R.W.* 1983-84, 1299; *J.T.* 1984, 299; *Vl. T. Gez.* 1983-84, 244 noot H. NYS; Cass. 3 februari 1986, *Arr. Cass.* 1986, 746; *Pas.* 1986, I, 654; Cass. 2 december 1993, *Arr. Cass.* 1993, 1020; *Bull.* 1993, 1023; *J.L.M.B.* 1994, 293; *Pas.* 1993, I, 1023; *R.W.* 1994-95 (verkort), 99, noot). De niet-bindendverklaarde bepalingen van de Code kunnen geen rechtsgevolgen hebben (R.v.St., Peers, nr. 16.205, 18 januari 1974; in dezelfde zin R.v.St., Vereniging der coöperatieve apothekers van België, nr. 23.811, 16 december 1983; R.v.St., Beckers, nr. 37.835, 10 oktober 1991. Anders: Rb. Brugge 14 maart 1983, *Vl. T. Gez.* 1983-84, 30, noot H. NYS; de bepalingen van de Code zijn bindend voor alle geneesheren, alhoewel er tot op heden geen K.B. werd uitgevaardigd ter bekrachtiging van de Code; Vred. Antwerpen 3 juni 1986, *R.W.* 1986-87, 963 noot A.M. CAEYERS-DEHONDT: het feit dat de Code van medische plichtenleer niet bij K.B. verbindend is verklaard, doet *in se* niets af aan de principiële toepasbaarheid ervan).

179 De Nationale raad van de Orde der geneesheren heeft geen verordenende bevoegdheid aangezien deze uitsluitend in handen is gelegd van de Koning bij artikel 15 § 1 Wet Orde geneesheren. De Nationale raad overschrijdt zijn bevoegdheid wanneer hij in de Code van medische plichtenleer een bepaling opneemt die gebiedend is gesteld, zodat de tekst verplichtingen oplegt aan een arts en zichzelf zodoende tot een verordening maakt (R.v.St.,

Picard, nr. 45.471, 23 december 1993, *A.P.T.* 1994, 48 met advies van B. HAUBERT, "De la nature du code de déontologie médicale en l'absence de A.R. délibéré en conseil des Ministres"; zie ook: A. RASSON-ROLAND, "Le pouvoir réglementaire des orders professionnels en matière d'art de guérir", in X, *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Brussel, Bruylant, 1993, 1866).

180 Dat de bepalingen van de Code van medische plichtenleer niet kunnen worden toegepast en afgedwongen nu zij rechtens niet van kracht zijn (K. GEENS, *a.w.*, nr. 697) betekent niet dat deze Code voor de tuchtrechtelijke opdracht van de provinciale raden in feite zonder betekenis zou zijn. Dat aan de Code geen bindende kracht werd verleend, verhindert volgens het Hof van Cassatie niet dat een raad van de orde de bepalingen ervan citeert en ze beschouwt als regels van medische deontologie (Cass. 17 maart 1978, *R.D.P.* 1982, 899, noot LOUVEAUX). Voorts achtte het Hof het noch dubbelzinnig noch tegenstrijdig vast te stellen dat de Code geen bindende kracht heeft maar dat de regel welke erin vervat ligt een deontologische regel is die alszodanig geldt voor *in casu* artsen die een therapeutische zwangerschapsafbreking uitvoeren (Cass. 19 juni 1980, *Arr. Cass.* 1980, 1309; *Pas.* 1980, I, 1290; *Vl. T. Gez.* 1981-82, 116). In een ander arrest oordeelde het Hof dat de raad van beroep een tuchtstraf kan opleggen aan een arts wanneer deze het beroepsgeheim heeft geschonden, zelfs al verwijst die beslissing bovendien naar de Code van geneeskundige plichtenleer, waaraan de Koning geen verbindende kracht heeft verleend (Cass. 19 mei 1988, *Arr. Cass.* 1988, 1235; *Pas.* 1988, I, 1147; *R.W.* 1988-89, 645).

Men kan hieruit als regel afleiden dat de raden van de orde de bepalingen van de Code niet mogen toepassen maar dat het hen niet is verboden in hun beslissingen bepalingen uit de Code te citeren of daarnaar te verwijzen (H. NYS, "Het bindend karakter van de bepalingen van de code voor medische plichtenleer: een ommekeer in de cassatierechtspraak?", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 225; M. VAN LIL, "De bindende kracht van de code van geneeskundige plichtenleer. Evolutie van de cassatierechtspraak sinds 1975", *T. Orde Geneesh.* 1987, nr. 38, 57).

Dit gebrek aan toepasbaarheid of afdwingbaarheid van de niet-bindend verklaarde Code van medische deontologie verliest veel aan juridisch en praktisch belang omwille van de niet-inroepbaarheid van het beginsel *nullum crimen sine lege* in (medische) tuchtzaken (K. GEENS, *a.w.*, nr. 698). Het begrip "strafbaar feit" in artikel 7 E.V.R.M. omvat niet de inbreuken in tuchtzaken (Cass. 12 juni 1975, *Arr. Cass.* 1975, 1081; *Pas.* 1975, I, 978; Cass. 3 september 1998, *Arr. Cass.* 1998, 837; *Pas.* 1998, II, 899; *Bull.* 1998, 899: "de art. 7.1. E.V.R.M. en 15.1 B.U.P.O. zijn niet toepasselijk in tuchtzaken). Bovendien wordt in artikel 6, 2° Wet Orde geneesheren niet verwezen naar de Code van medische plichtenleer maar krijgen de provinciale raden een zeer ruim geformuleerde bevoegdheid, nl. te waken over het naleven van de regels van de medische plichtenleer. Hieruit leidt het Hof van Cassatie af dat de bevoegdheid van de provinciale raden niet beperkt is tot de enkele tekortkomingen in de door de Nationale raad vastgestelde regels m.a.w. de Code (Cass. 9 maart 1971, *Arr. Cass.* 1971, 658; *Pas.* 1971, I, 623). Die opvatting vindt men ook terug in de Memorie van Toelichting bij het ontwerp 172. De regels van medische plichtenleer waarvan sprake in artikel 6, tweede lid reiken verder dan die welke zullen worden vastgesteld in de Code van medische plichtenleer, doordat zij kunnen berusten op sommige niet-gecodificeerde gebruiken (*Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172, 11). Evenmin wordt aan de algemene bevoegdheid van de raden van de orde tot het treffen van tuchtmaatregelen telkens als regels van de medische plichtenleer worden overtreden afbreuk gedaan door artikel 38 § 3 W.U.G. dat aan die raden de bevoegdheid verleent om, in afwachting van de inwerkingtreding van de Code, ingeval van niet-naleven van de

in die bepaling vermelde voorschriften, op hun leden tuchtmaatregelen toe te passen (Cass. 26 september 1986, *Arr. Cass.* 1987, 121; *Pas.* 1987, I, 114; *R.W.* 1986-87, 1967; Cass. 25 november 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1021; *Bull. Cass.* 1994, 1014; *Pas.* 1994, I, 1014; *R.W.* 1994-95 (verkort), 1303, noot). Zie ook nog: Cass. 19 mei 1988: de regels van de plichtenleer van alle vrije beroepen bestaan ongeacht of zij in een formele tekst zijn neergelegd (*Arr. Cass.* 1988, 1235; *Pas.* 1988, I, 1147; *R.W.* 1988-89, 645). Zie in dit verband ook nog: C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 80; A. MEEUS, "Jurisdictionele aspecten van de opdracht van de raden van de Orde der geneesheren", *Nationale raad Orde Geneesheren, Plenaire vergadering van de raden van de orde van de geneesheren*, Brussel, 1978, 56-57; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 962; anders: K. SCHUTYSER, *t.a.p.*, 187 die voorhoudt dat zolang geen bindend verklaarde Code bestaat, er een "vacuum" is. Zie evenwel voor een nuancering: K. SCHUTYSER, noot onder Cass. 25 april 1975, *R.W.* 1975-76, 299. Zie over deze problematiek in het algemeen ook: Y. HANNEQUART, "Les normes deontologiques et leurs caractères spécifiques", in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Brussel, Bruylant, 1985.

De niet-gelding van het beginsel geen misdrijf zonder wet mag niet verkeerd worden begrepen. Door DE DOELDER is er op gewezen dat in het legaliteitsbeginsel twee aspecten kunnen worden onderscheiden nl. de gelding van een norm en het gecodificeerd zijn van die norm. Meestal denkt men slechts aan het tweede aspect. Volgens deze auteur zijn voor het strafrecht beide aspecten van het beginsel van belang terwijl "voor het tuchtrecht wel degelijk de geldingseis geldt". Ook in het tuchtrecht geldt dus dat men slechts op grond van een geldende, al dan niet verwoorde, regel mag worden veroordeeld (H. DE DOELDER, *Terrein en beginselen van tuchtrecht*, Alphen a.d. Rijn, Tjeenk Willink, 1981, 83). Dit onderscheid tussen beide aspecten van het legaliteitsbeginsel treft men ook aan bij GEENS. Die heeft het over het zgn. bewijscriterium d.w.z. dat de inbreuk moet kunnen worden vastgesteld door derden wat overeenstemt met de geldingseis van DE DOELDER, en het interpretatiecriterium, d.w.z. de verwoording of de codificatie van de regel (K. GEENS, *a.w.*, nr. 557). Hier gaat het over het tweede aspect van het legaliteitsbeginsel, nl. de verwoording of de codificatie van de regel. Op de vraag of de provinciale raden gebonden zijn aan de geldingseis wordt later ingegaan. Een andere reden om de niet-gelding van het legaliteitsbeginsel te relativeren vindt men bij GEENS. Hij wijst erop dat de niet-gelding van het legaliteitsbeginsel wel eens kan te maken hebben met de "historische achterstand en dus lagere ontwikkelingsgraad van het tuchtrecht" en daarom veeleer een "accidenteel kenmerk van het disciplinair recht" is dan een structureel (K. GEENS, *a.w.*, nr. 559).

181 Over de gevolgen van de bindendverklaring door de Koning van de bepalingen van de Code van medische deontologie lopen de meningen uit elkaar.

Volgens sommigen wordt de Code van medische plichtenleer door de bindendverklaring bij K.B. "een materieelrechtelijke tekst die ook voor derden verbindend is" (in deze zin: D. VERBIEST, *t.a.p.*, 214). Daartegenover staat de opvatting die de gevolgen van de bindendverklaring beperkt tot de artsen die zijn ingeschreven op de lijst. De bindendverklaring zal slechts effect hebben voor de leden van de orde: door derden zal de Code niet moeten worden gerespecteerd (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 43, in dezelfde zin: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 962; K. SCHUTYSER, *t.a.p.*, 187). De tweede opvatting vindt steun in de Memorie van Toelichting bij het ontwerp 172: de Code dient door de uitvoerende macht verplicht gemaakt te worden "voor al de op de lijst van de orde ingeschreven geneesheren" (*Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172, 5).

182 De bindendverklaring van de Code zal niet alleen gevolgen hebben t.a.v. de artsen, maar ook voor de provinciale raden. Volgens LOUVEAUX zal door

de bindendverklaring de appreciatievrijheid van de provinciale raden en desgevallend de raden van beroep inzake het al dan niet overeenstemmen van bepaalde gedragingen met de medische deontologie minder groot zijn. Gedragingen die in de Code als ondeontologisch worden beschouwd zullen moeten worden gesanctioneerd als ze bewezen zijn. De beoordelingsvrijheid slaat dan nog slechts op de pertinentie van het bewijs en de zwaarte van de sanctie (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 43; in dezelfde zin: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 962).

Voor de aangelegenheden welke niet zijn geregeld in de Code, behouden de provinciale raden echter hun beoordelingsvrijheid (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 43).

B. WETTELIJK OMSCHREVEN TUCHTMISDRIJVEN

183 In de W.U.G. worden een aantal verplichtingen geformuleerd waarvan de niet-naleving door de wetgever zelf met een tuchtsanctie strafbaar wordt gesteld.

Dit is het geval voor de continuïteitsverplichting (art. 8); het misbruik van de diagnostische en therapeutische vrijheid (art. 11); het meedelen van inlichtingen van geneeskundige aard aan collega's, op verzoek of met akkoord van de patiënt (art. 13); het meedelen van de resultaten van preventief-geneeskundig onderzoek aan de behandelend arts (art. 14); de ongeoorloofde honorariumverdeling (art. 18 *j°* art. 38 § 3 d W.U.G.). Artikel 38 § 3 dat bepaalt dat de raden van de orde, in afwachting van de inwerkingtreding van de Code van medische plichtenleer tuchtmaatregelen toepassen ingeval van niet-naleving van de hiervoor vermelde voorschriften, doet geen afbreuk aan de algemene bevoegdheid van die raden tot het treffen van tuchtmaatregelen telkens als andere regels van de medische plichtenleer worden overtreden (Cass. 26 september 1986, *Arr. Cass.* 1987, 121; *Pas.* 1987, I, 114; *R.W.* 1986-87, 1967). Ook het niet-betalen van de bijdrage wordt uitdrukkelijk als een tuchtmisdrijf bepaald (art. 18 Wet Orde geneesheren: zie voor een toepassing: Provinciale Raad Orde der geneesheren Oost-Vlaanderen 26 november 1997, *T. Gez.* 1998-99, 213).

Volgens LUST daarentegen ziet men niet in wat "in afwachting" overeenkomstig het normaal spraakgebruik anders zou kunnen betekenen dan wat het zegt, nl. dat ondertussen of inmiddels en totdat de in het vooruitzicht gestelde Code van plichtenleer er komt, de raden van de orde alvast dienen op te treden tegen inbreuken op de w e t t e l i j k vastgelegde gedragsregels. Indien, zoals het Hof van Cassatie aanneemt, i n a f w a c h t i n g van de inwerkingtreding van de Code, de raden van de orde ook inbreuken op niet-reglementair gecodeerde gedragsregels zouden mogen sanctioneren, welke kan dan wel de bestaansreden van artikel 38 § 3 W.U.G. geweest zijn? Indien het de bedoeling mocht geweest zijn van de volmachtwetgever om de raden van de orde meteen bij de inwerkingtreding van de Wet Orde geneesheren volle disciplinaire bevoegdheid toe te kennen, dit wil zeggen zowel omtrent inbreuken op de reeds wettelijk vastgestelde gedragsregels als op de nog niet reglementair goedgekeurde gedragsregels, waarom dan een bepaling als deze van artikel 38 § 3 voorzien? (A. LUST, "Omtrent de preventieve bevoegdheid van de organen van de Orde der geneesheren. Een grondslagenonderzoek", in *Liber Amicorum André Prims*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 245). Men kan de woorden "in afwachting" ook zo begrijpen dat de raden van de orde in de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Code van medische plichtenleer in ieder geval kunnen – de Franse versie gebruikt de term "compétents" – optreden wanneer

een van de wettelijk vastgelegde gedragsregels wordt overtreden. Maar dat laat de algemene bevoegdheid om te waken over het naleven van de regelen van de medische plichtenleer zoals die is bepaald in artikel 6, 2°, eerste lid Wet Orde geneesheren onverlet.

184 De beoordelingsvrijheid van de raden van de orde is beperkt wanneer vaststaat dat een wettelijk bepaald tuchtmisdrijf werd gepleegd (zie boven, nr. 181: de beoordelingsvrijheid ingeval van overtreding van een bindend verklaarde bepaling in de Code van medische plichtenleer).

C. NORMERENDE BEVOEGDHEID VAN DE PROVINCIALE RADEN EN DE RADEN VAN BEROEP

185 De Wet Orde geneesheren kent aan de provinciale raden en de raden van beroep geen bevoegdheid toe om zelf deontologische regels te stellen. Zowel het Hof van Cassatie als de Raad van State hebben zich in die zin uitgesproken.

Een arts die zowel door de provinciale raad als de raad van beroep was verplicht een einde te maken aan de spreiding van zijn medische activiteit over meerdere praktijken, beriep zich op de schending van het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten, met toepassing waarvan hetzelfde orgaan niet tegelijk regelgevend en rechtsprekend mag optreden. Hij bracht naar voor dat inzake de spreiding van de activiteiten over meerdere praktijken, de raden van de orde terzelfdertijd bepalen wat tot de medische plichtenleer behoort en maatregelen treffen tot sanctionering van deze plichten. Het Hof van Cassatie wees dit middel af: door te oordelen dat de maatregel tot beperking van de medische activiteit verantwoord is ten einde te voorkomen dat een regel van de medische plichtenleer die de continuïteit van de verzorging waarborgt, zou worden overtreden roept de raad van beroep deze regel niet in het leven maar erkent hem alleen als bestaande en waakt ervoor dat hij in een bepaald geval wordt nageleefd (Cass. 26 september 1986, *Arr. Cass.* 1987, 121; *Pas.* 1987, I, 114; *R.W.* 1986-87, 1967).
Men zou kunnen opmerken dat het onderscheid tussen in het leven roepen van een regel en als bestaand erkennen van een (ongeschreven) regel niet groot is. Dat mag in het algemeen juist zijn, maar *in casu* gaat deze kritiek niet op. De continuïteitsverplichting is nl. een door de wetgever erkende verplichting (zie boven, nr. 183) zodat een provinciale raad moeiteloos die regel als bestaand kan erkennen. Een gelijkaardige opmerking kan worden gemaakt bij Cass. 19 mei 1988. Daarin keurde het Hof een uitspraak goed van een raad van beroep die een tuchtstraf oplegde aan een arts wegens schending van het medisch beroepsgeheim. In die beslissing werd verwezen naar enige artikelen uit de Code van medische plichtenleer, hoewel deze niet algemeen bindend is verklaard. Ook in dit geval kon de beslissing staande worden gehouden omdat het beroepsgeheim een wettelijk opgelegde verplichting is (art. 458 Sw.) (Cass. 19 mei 1988, *Arr. Cass.* 1988, 1235; *Pas.* 1988, I, 1147, *R.W.* 1988-89, 645).

De Raad van State vernietigde een rondschrijven van de Raad van de Orde der geneesheren van Brabant met het Frans als voertaal waarin uitdrukkelijk werd gesteld dat hij "dwingend is voor de collega's" en gedreigd werd met tuchtsancties tegen artsen die de richtlijnen niet zouden respecteren (R.v.St., Picard, nr. 41.825, 23 januari 1993, *A.P.T.*, 1993, 36; *Vl. T. Gez.* 1993-94, nr. 1, 53 met noot T. BALTHAZAR, "De methadonarresten van de Raad van State en de normatieve bevoegdheid van de Orde der geneesheren").

Eerder vernietigde de Raad van State de beslissing van de voorzitter en de secretaris van de provinciale raad van de orde der apothekers van Oost-Vlaanderen, genomen namens deze raad, om op zaterdagvoormiddag de apotheken in "Groot-Gent" te sluiten. Volgens de Raad van State is een dergelijke beslissing "een maatregel van normatieve of regelende aard", terwijl artikel 6 K.B. nr. 80 dat de bevoegdheid regelt van de provinciale raden van de orde der apothekers aan deze raden geen normatieve of regelende bevoegdheid heeft toebedeeld (R.v.St., De Block-Bury, nr. 20.831, 19 december 1980). Vermits artikel 6 K.B. nr. 80 en artikel 6 K.B. nr. 79 gelijkluidende

bepalingen bevatten, gaat deze conclusie ook op voor de provinciale raden van de Orde der geneesheren (vgl.: R.v.St., Rauis, nr. 21.653, 11 december 1981: een omzendbrief van de gewestelijke raad van de orde van dierenartsen die geen andere strekking heeft dan commentaar te leveren en de aandacht te vestigen op de gevolgen van het niet-naleven van de Code van plichtenleer is geen door de Raad van State vernietigbare handeling).

D. PRECEDENT WERKING VAN TUCHTRECHTELIJKE BESLISSINGEN (GEVESTIGDE RECHTSPRAAK)

186 De Wet van 25 juli 1938 op de Orde der geneesheren en het K.B. nr. 79 hechten een verschillend belang aan de invloed van de tuchtrechtelijke beslissingen op de totstandkoming van de regels van medische deontologie.

Artikel 10 Wet 25 juli 1938 gaf aan de hoge raad van de orde, thans de Nationale raad, opdracht over te gaan tot het samen ordenen van de vonnissen van de verschillende raden van de orde met het oog op het vestigen van een "deontologische rechtspraak". De hoge raad overschreed zijn bevoegdheid door op voorhand regelen van medische plichtenleer vast te leggen en ze verplicht te maken voor iedere arts (R.v.St., Union nat. des mut. socialistes, nr. 1069, 6 oktober 1951). De provinciale raden en de raden van beroep speelden dus via hun tuchtrechtelijke beslissingen de belangrijkste rol bij de totstandkoming van de medische deontologie. In de Memorie van Toelichting was sprake van de "pandecten" van de medische deontologie (*Parl. St.* Senaat 1936-37, nr. 200, 5; zie ook: K. SCHUTYSER, *t.a.p.*, 1974, 187 die het "vestigen van de medische deontologie" onder de Wet van 1938 als een opdracht zag van de provinciale raden).

187 Artikel 15 § 1 Wet Orde geneesheren geeft aan de Nationale raad uitdrukkelijk de bevoegdheid een Code van medische deontologie vast te stellen. Wat de mogelijke invloed betreft van de tuchtrechtelijke beslissingen van de raden van de orde op de totstandkoming van de regels van medische deontologie, dient men een onderscheid te maken. Artikel 15 § 2, 1° K.B. nr. 79 draagt de Nationale raad op een repertorium bij te houden van de door de provinciale raden of door de raden van beroep in tuchtzaken gewezen beslissingen die niet meer voor beroep vatbaar zijn. Dit lijkt op het "vestigen van een deontologische rechtspraak" zoals bedoeld in artikel 10 Wet 25 juli 1938. Daarnaast draagt diezelfde bepaling de Nationale raad nog op de Code van medische plichtenleer aan te passen op basis van die rechtspraak, zo daartoe redenen bestaan. Hoewel de wetgever klaarblijkelijk de bedoeling heeft gehad de totstandkoming van de regels van medische deontologie prioritair aan de Nationale raad tot te vertrouwen, leidt DIERKENS niettemin uit deze bepaling af dat "de wet zelf de rechtsscheppende kracht erkent en zelfs de prioriteit van de provinciale raden en van de raden van beroep in tuchtrechtelijke aangelegenheden ook in het kader van de medische plichtenleer" (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 339). Deze mening van DIERKENS vindt steun in artikel 6, 3° Wet Orde geneesheren volgens hetwelk de provinciale raden bevoegd zijn advies te verlenen aan hun leden over vragen van medische plichtenleer die geen oplossing krijgen in de Code "of in de rechtspraak gevestigd bij toepassing van artikel 15 § 2, 1°", dit is het repertorium. Zij wordt echter tegengesproken door de Raad van State die aan de provinciale raden iedere normerende of rechtscheppende bevoegdheid heeft ontzegd (R.v.St., Picard, nr. 41.825, 23 januari 1993, zie boven, nr. 184).

E. ADVIEZEN VAN PROVINCIALE RADEN EN NATIONALE RAAD

1. Adviezen van de provinciale raden

188 De provinciale raden hebben geen normerende bevoegdheid (zie boven, nr. 185). Hun adviezen kunnen niet als deontologische regels worden beschouwd. Bovendien zijn de provinciale raden bij het uitoefenen van hun adviserende opdracht veel minder soeverein dan wanneer zij hun tuchtrechtelijke opdracht uitoefenen.

De adviserende opdracht van de provinciale raden is van inhoudelijke en vormelijke beperkingen afhankelijk. Inhoudelijk heeft de adviserende opdracht betrekking op vragen van medische plichtenleer die geen oplossing krijgen in de Code of in de "gevestigde" rechtspraak. De interpretatie van een bestaande regel of van die rechtspraak valt daarbuiten. Voorts kunnen de provinciale raden slechts hun leden adviseren, en niet bv. de overheid. Ten slotte moet een advies ter goedkeuring worden gezonden aan de Nationale raad; pas na die goedkeuring wordt het advies aan de betrokken arts(en) overgemaakt (art. 6, 3° Wet Orde geneesheren).
DIERKENS heeft gewezen op een aantal positieve aspecten die verbonden zijn aan de goedkeuring van de adviezen van de provinciale raden door de Nationale raad, m.n. de eenduidigheid en de rechtszekerheid worden hierdoor gediend. Maar hij heeft ook bedenkingen bij die goedkeuring. Zij kan leiden tot verwarring omdat de goedkeuring van de Nationale raad de provinciale raden geenszins bindt zodat zij in tuchtrechtelijke aangelegenheden beslissingen treffen die afwijken van een goedgekeurd advies (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 337).

2. Adviezen van de Nationale raad

189 Overeenkomstig artikel 15 § 2 Wet Orde geneesheren heeft de Nationale raad tot taak op eigen initiatief of op aanvraag van de openbare overheid, van openbare instellingen of van beroepsverenigingen van artsen, een gemotiveerd advies te geven over algemene vragen, over beginselvraagstukken of over regelen van medische plichtenleer.

In vergelijking met de adviesbevoegdheid van de provinciale raden valt op dat hier uitsluitend "collectiviteiten" (overheid, beroepsverenigingen) en geen individuele artsen worden vermeld als adviesvrager. "Openbare overheid" of "openbare instellingen" blijkt in de praktijk ruim te worden begrepen. Ook de provinciale raden kunnen om een advies verzoeken (zie bv.: R.v.St., Wouters, nr. 16.196, 11 januari 1974). Voorts is de inhoud waarop de adviezen betrekking kunnen hebben ruimer, zij het niet klaar, geformuleerd dan voor de provinciale raden en moeten die adviezen gemotiveerd zijn.

190 Een advies dat de Nationale raad overeenkomstig deze bepaling heeft gegeven op verzoek van een provinciale raad is geen beslissing met een dwingend karakter en is niet vatbaar voor vernietiging door de Raad van State (R.v.St., Wouters, nr. 16.196, 11 januari 1974; R.v.St., Source Informatics Belgium, nr. 90.026, 4 oktober 2000).

Een advies van de Nationale raad, ook al vermeldt het expliciet dat de niet-naleving ervan een tuchtmisdrijf is zoals bv. inzake orgaantransplantaties en medische experimenten heeft geen rechtskracht en bindt noch de leden van de orde noch de provinciale raden.
Zelfs wanneer een provinciale raad dient te oordelen over de gedraging van een arts die is opgetreden tegen het advies van de Nationale raad, is het het recht en de plicht van de provinciale raad om na te gaan, niet of de handelwijze van die arts conform was aan het advies van de Nationale raad maar wel of zij op zichzelf al dan niet in overeenstemming is te brengen met de regels van de

medische plichtenleer. Het advies van de Nationale raad mag slechts de waarde hebben van een element bij de beoordeling (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 338). Volgens LOUVEAUX mag een provinciale raad in een tuchtrechtelijke beslissing verwijzen naar een advies van de Nationale raad om de beslissing te motiveren (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 42). Hij steunt hiervoor op het cassatiearrest van 17 maart 1978 (Cass. 17 maart 1978, *R.D.P.* 1982, 899 noot C. LOUVEAUX). Dit arrest heeft betrekking op de niet-bindend verklaarde Code en niet op een advies van de Nationale raad. Volgens LOUVEAUX kan de niet-bindend verklaarde Code met een advies worden gelijk gesteld (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 43). In artikel 15 § 1 is sprake van regels en algemene beginselen, vastgesteld door de Nationale raad. In artikel 15 § 2, tweede lid gaat het om adviezen. Beide zijn niet identiek. Ook de Raad van State ziet een verschil tussen beide (R.v.St., Vereniging der coöperatieve apotheken van België, nr. 23.811, 16 december 1983).
De adviezen van de Nationale raad van de Orde der geneesheren zijn geen wetten. Artikel 2 B.W. noch het adagium *lex posterior derogat priori* zijn van toepassing op een dergelijk advies (Cass. 15 april 1995, D.93.0026.N/4 inzake Peeters t. Orde der geneesheren, *onuitg.*).

191 Indien een advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren opgesteld is op een dwingende wijze en verplichtingen en verboden bevat, is dit geen advies, maar een richtlijn die vatbaar is voor vernietiging door de Raad van State wegens bevoegdheidsoverschrijding (R.v.St., Picard, nr. 43.258, 9 juni 1993, *A.P.T.* 1993, 199 advies B. HAUBERT, "A propos d'une circulaire relative au traitement de patients toxicomanes. De l'incompétence du conseil national de l'ordre des médecins en la matière"; *Vl. T. Gez.* 1993-94, nr.1, 56 noot T. BALTHAZAR).

Hetzelfde geldt voor een zgn. omzendbrief van de Nationale raad waarin op een dwingende wijze een interpretatie wordt gegeven aan een wetsbepaling en op even dwingende wijze deontologische richtlijnen worden uitgevaardigd (R.v.St., Brochier, nr. 54.133, 30 juni 1995, *J.T.* 1996, 27; *T. Gez.* 1995-96, 118 noot T. BALTHAZAR, "Opnieuw over de normatieve bevoegdheid van de Orde der geneesheren"; zie hieromtrent ook: de "mededeling" van de Nationale raad van de Orde der geneesheren, *T. Orde Geneesh.* 1996, nr. 71, 5).

§ 3. Beperkingen aan de beoordelingsvrijheid van de provinciale raden

A. VERBOD VAN INMENGING IN BEPAALDE AANGELEGENHEDEN

192 Overeenkomstig artikel 19, eerste lid Wet Orde geneesheren mag geen enkele beslissing genomen ter voldoening aan artikel 6, eerste lid (inschrijving op de lijst) en artikel 6, tweede lid (tuchtmaatregelen) worden gegrond op redenen i.v.m. ras, of op motieven van godsdienstige, wijsgerige, politieke, taalkundige of syndicale aard noch op het feit dat de arts verbonden is aan een instelling die geneeskundige verzorging verstrekt aan leden van een groepering of aan een categorie van personen. Het tweede lid van artikel 19 verbiedt iedere inmenging in die aangelegenheid.

Het tweede lid van artikel 19 heeft een veel ruimere draagwijdte dan het eerste lid dat enkel betrekking heeft op een beslissing. Het tweede lid daarentegen verbiedt bv. ook het instellen van een onderzoek waardoor een van de in het eerste lid vermelde rechten en vrijheden wordt gekrenkt. Volgens de Vrederechter te Brussel had de orde op grond van artikel 19, tweede lid moeten weigeren standpunt te kiezen tijdens de artsenstaking in 1980 en zich moeten beperken tot het stellen van algemene beginselen en regels betreffende de zedelijkheid e.d. (Vred. Brussel 22 januari 1985, *Vl. T. Gez.* 1984-85, 559, vernietigd door Cass. 6 juni 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1364; *Pas.* 1986, I, 1225; *R.W.* 1986-87, 1213; *Vl. T. Gez.* 1986-87, 225; *J.T.* 1986, 710).

193 Artikel 19 wordt niet geschonden door de beslissing van de raad van beroep die aan een arts een tuchtstraf oplegt wegens zijn weigering deel te nemen aan de verkiezingen van de orde, op grond dat een arts die, om zijn grieven t.a.v. de orde te doen gelden, weigert deel te nemen aan de verkiezingen van de orde, in strijd met de wet handelt. De motieven waarop de beslissing van de raad van beroep is gegrond houden geen verband met de door artikel 19 uitgesloten motieven en kunnen niet worden beschouwd als een van de inmengingen die, ingevolge die beperking, aan de raden van de orde zijn verboden (Cass. 15 maart 1984, *Arr. Cass.* 1984, 919; *Pas.* 1984, I, 836; *Journ. proc.* 1984, afl. 42, 29).

Een beslissing van een raad van de orde die steunt op een veroordeling, uitgesproken op grond van een bij de Strafwet strafbaar gesteld misdrijf, ook al is dat misdrijf van politieke aard, is geen beslissing die steunt op een reden van politieke aard (Cass. 26 januari 1953, *Arr. Cass.* 1953, 355; *Pas.* 1953, I, 397; *R.W.* 1952-53, 1540).

194 Artikel 19 bevestigt een aantal grondwettelijke bepalingen (A. RASSON-ROLAND, "Les ordres et la vie privée des praticiens de l'art de guérir", *Ann. dr. Louvain* 1984, 317) zoals de vrijheid van vereniging en de vrijheid van mening. Men is het er over eens dat een arts niet tuchtrechtelijk mag worden gesanctioneerd omdat hij lid is van een bepaalde (artsen)vereniging, omdat hij een bepaalde mening heeft geuit, omdat hij een bepaalde religieuze of levensbeschouwelijke overtuiging aanhangt enz. (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 333, die deze bepaling een "vanzelfsprekendheid" noemt). De moeilijkheid die zich hier voordoet is de beteugeling van bepaalde gedragingen die worden gesteld met een beroep op één van deze vrijheden. Er worden twee interpretaties verdedigd.

Volgens een strikte opvatting verbiedt artikel 19 het opleggen van een tuchtmaatregel telkens een van die vrijheden in het geding is, omdat zo'n maatregel noodzakelijk een oordeel inhoudt over de ingeroepen vrijheid en dus een inmenging hierin inhoudt. Zowel DIERKENS als RASSON-ROLAND wijzen deze opvatting af omdat iedere tussenkomst, beoordeling en vooral normering door de raden van de orde erdoor wordt belemmerd. Daartegenover stelt DIERKENS een meer realistische opvatting. Artikel 19 moet worden bekeken in het licht van de opdracht van de orde. Dit artikel bedoelt in feite dat het de orde ontzegd is zich te mengen in aangelegenheden die buiten de deontologie of de waardigheid van het beroep liggen en die alleen de arts als individu betreffen. Als individu is de arts zoals ieder burger vrij: hij mag er om het even welke overtuiging op nahouden en ze beleven. Als arts moet hij zich gedragen naar regels die hem door de algemeenheid worden opgelegd omdat ze door een meerderheid van zijn gelijken als imperatief worden aanvaard. Doet hij dat niet, dan valt hij onder de jurisdictie van de orde, zelfs wanneer zijn handelwijze ingegeven en gemotiveerd was door godsdienstige, filosofische of politieke ideeën (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 335). Men kan zich hierbij afvragen of het door DIERKENS gemaakte onderscheid tussen de arts handelend als individu en de arts handelend als arts geschraagd wordt door de wet. Vermits de bevoegdheid van de provinciale raden zich uitstrekt tot de zware fouten gepleegd buiten de uitoefening van het beroep, lijkt dit niet het geval. Overigens heeft artikel19 weinig zin, en bevat het een vanzelfsprekendheid, wanneer het is geschreven voor aangelegenheden die volledig buiten de bevoegdheid van de orde vallen. In dat geval dient de orde zich niet enkel te onthouden van een inmenging in de in artikel 19 genoemde vrijheden, maar van iedere inmenging zonder meer. Het is daarom aangewezen artikel 19 te begrijpen als een verbod van inmenging in aangelegenheden die op zichzelf wel onder de bevoegdheid vallen van de orde. Artikel 19 moet met andere woorden niet worden begrepen als een bevestiging van onbevoegdheid, maar als een beperking van de beoordelingsvrijheid in aangelegenheden t.a.v. de welke op zichzelf wel een bevoegdheid bestaat. Nog anders: artikel 19 wil het misbruik van bevoegdheid

tegengaan (zie in dezelfde zin: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 933). RASSON-ROLAND lijkt de realistische opvatting van DIERKENS te onderschrijven maar zij maant toch aan tot voorzichtigheid. Bij het beoordelen van een mogelijk misbruik van een van deze vrijheden mag men niet alleen maar verwijzen naar de meerderheidsopvatting in het medisch beroep, maar ook naar de zedelijke opvattingen, de evolutie van de samenleving en de openbare mening enz.

195 In het kader van artikel 19 rijst de vraag naar de verenigbaarheid van tuchtmaatregelen met de vrijheid van meningsuiting (art. 10 E.V.R.M.; art. 14 G.W.). Volgens RASSON-ROLAND geniet de arts van de vrijheid van meningsuiting maar bij de uitoefening daarvan dient hij zich te onthouden van inbreuken op de eer en de waardigheid van het beroep. Dit wordt de "obligation de réserve" genoemd (A RASSON-ROLAND, *t.a.p.*, 329).

De praktische toepassing van dit beginsel verloopt niet zonder moeilijkheden. Een arts die gebruik maakt van zijn vrijheid van meningsuiting zal doorgaans de aandacht willen vestigen op kwesties die verband houden met de beroepsuitoefening. Zelden zal het om louter persoonlijke aangelegenheden gaan. Betreft het dan een mogelijke fout in of buiten de beroepsuitoefening? Dat is van belang voor de zwaarte van de fout (zie boven, nr. 172). Alles beoordelen als ware het gebeurd in of naar aanleiding van de beroepsuitoefening zou neerkomen op een ernstige inperking van de constitutionele vrijheden van de arts in het kader van zijn privé-leven. De "obligation de réserve" dient daarom in enge zin te worden begrepen. Deze verplichting vindt men ook terug in artikel 9 Code van geneeskundige plichtenleer. Zie over de verenigbaarheid van het vroegere artikel 10 Franse Code medische plichtenleer dat inhoudelijk overeenstemt met artikel 9 Belgische Code: Conseil d'Etat, Fr. 13 mei 1974, *Rev. dr. sanitaire* 1975, 34, met noot "Education sexuelle et pouvoirs disciplinaires de l'Ordre des médecins". De eerbiediging van de vrijheid van meningsuiting kan ook vragen doen rijzen m.b.t. artikel 16 Code van geneeskundige plichtenleer (verlenen van medewerking aan een interview, zie: "Reklame", *T. Orde Geneesh.* 1977-78, nr. 26, 23) en artikel 137 (belasteren van collega's).

196 Volgens het Hof van Cassatie kan een schending van artikel 9 en artikel 10 E.V.R.M. niet worden afgeleid uit de enkele omstandigheid dat de raad van beroep van de orde in hoofdzaak heeft geoordeeld dat de uitoefening door een arts van het recht zijn mening te uiten – welke mening hij vrij kan uiten op een andere wijze dan door te weigeren deel te nemen aan de verkiezingen voor de raden van de orde – beperkt werd door de vereisten van de goede werking van die publiekrechtelijke instelling (Cass. 15 maart 1984, *Arr. Cass.* 1984, 919; *Pas.* 1984, I, 836; *Journ. proc.* 1984, afl. 42, 29).

Zie inzake de verenigbaarheid van tuchtsancties met artikel 10 E.V.R.M. ook nog: Hof Mensenrechten, Le Compte, Van Leuven en De Meyere. Wegens niet-uitputting van de interne rechtsmiddelen werd dit middel verworpen.

B. MOTIVERINGSVERPLICHTING

1. Algemeen

197 De Wet Orde geneesheren geeft aan de Koning de bevoegdheid bepalingen vast te stellen i.v.m. de verplichting de beslissingen te motiveren (art. 24 § 1, derde lid; zie: art. 26, vierde lid K.B. 6 februari 1970 tot regeling van de organisatie en de werking der raden van de Orde der geneesheren, *B.S.* 14 februari 1970).

Niet naar recht verantwoord is de beslissing van de Raad van beroep van de Orde der geneesheren die niet nader omschrijft op welke grond de spreiding van de medische activiteiten van een arts zou kunnen leiden tot enige overtreding van de plichtenleer (Cass. 18 januari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 76; *Bull.* 1996, 83; *J.T.* 1996, 523; *Pas.* 1996, I, 83; *R.W.* 1996-97 (verkort), 309; *T. Gez.* 1997-98, 30).

2. *In het licht van de Mededingingswet*

198 Dat de Orde der geneesheren geen economisch doel nastreeft maar een wettelijke taak vervult belet niet dat zij een ondernemingsvereniging is in de zin van artikel 2 § 1 van de Mededingingswet waarvan de besluiten, in de mate dat zij ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt aangetast, door de tuchtorganen van de orde getoetst moeten worden aan de eisen van de Mededingingswet (Cass. 2 mei 2002, *T. Gez.* 2002-03, 176).

Eerder sprak het Hof van Cassatie zich al in identieke bewoordingen uit over de orde der apothekers (Cass. 7 mei 1999, *Arr. Cass.* 1999, 631; *T.B.H.* 1999, 490; *R.W.* 1999-2000, 115 met noot MONTAIGNIE en concl. Adv. Gen. DUBRULLE). Zie over deze problematiek: F. DEWALLENS en B. ANDRIES, "Verboden reclame te verbieden. Het deontologisch reclameverbod na de aanpassing van de Code van Medische Plichtenleer", *T. Gez.* 2003-04, 225-230; A. LUST, "Arts en publiciteit: ook een kwestie van personele grondrechten", *T. Gez.* 2000-01, 268-279; J. NOTERMAN, "Mededelingen aan de media, zelfpromotie en medische deontologie. Aanbevelingen van de Orde der geneesheren", *L'Hôp. b.* 2000, 7-9; H. NYS, "Reclame toegelaten voor artsen en apothekers", *A. Hosp.* 1999, afl. 1, 61-62; H. NYSSENS, "Concurrence et ordres professionels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?", *T.B.H.* 1999, 475-489; G. STRAETMANS en T. BOUTE, "De toepassing van de kartelbepalingen op de Orde der geneesheren", *T. Gez.* 2002-03, 136-157; W. VAN ROOST, "Reclame(verbod) en de Orde der geneesheren" in X, *Vrije beroepen en klantenwerving. Naar een liberalisering van de regelgeving*, Leuven, Acco, 2000, Reeks *PAV-Cahier*, nr. 4, 17-24.

§ 4. Tuchtsancties

A. MOGELIJKE TUCHTSANCTIES

199 Een provinciale raad of een raad van beroep kan de volgende sancties opleggen: waarschuwing, censuur, berisping, schorsing in het recht de geneeskunde uit te oefenen gedurende een termijn die twee jaar niet mag te boven gaan en schrapping van de lijst van de orde (art. 16, eerste lid).

De schrapping van de lijst wordt vervangen door het definitief verbod om de geneeskunde in België uit te oefenen wanneer zij getroffen wordt tegen een arts, Europees onderdaan, die in België een dienstverrichting uitoefende en daarom niet op de lijst was ingeschreven (art. 16, tweede lid).

200 De raden van de orde zijn gebonden door het *nulla poena, sine lege*-beginsel in deze zin dat zij geen andere sancties kunnen opleggen dan deze vermeld in artikel 16 (Cass. 8 januari 1951, *Arr. Cass.* 1951, 225; *Pas.* 1951, I, 274; *R.W.* 1951-52, 718; *J.T.* 1951, 98; *R.D.P.* 1950-51, 893; Raad van beroep 7 december 1962, *R.W.* 1962-63, 1.600, noot J.M.W.; *J.T.* 1963, 388).

Toch geldt het *nulla poena sine lege*-beginsel slechts gedeeltelijk doordat nergens is bepaald welke van de tuchtsancties moet worden toegepast bij welk tuchtmisdrijf. De raden van de orde kunnen slechts de wettelijk voorziene tuchtsancties opleggen, maar voor het overige bepalen zij soeverein de straf-

maat (Cass. 8 juni 1973, *Arr. Cass.* 1973, 972; *Pas.* 1973, I, 929; *J.T.* 1973, 727; Cass. 25 april 1975, *Arr. Cass.* 1975, 940; *Pas.* 1975, I, 850; *R.W.* 1975-76, 291 noot K. SCHUTYSER; zie hierover ook: C. LOUVEAUX, *t.a.p.* nr. 111; A. RASSON-ROLAND, *t.a.p.*, 228).

De spreuk "wie het meerdere kan, kan ook het mindere" is geen algemeen rechtsbeginsel. Geen wetsbepaling verschaft aan de tuchtrechtscolleges van de Orde der geneesheren de mogelijkheid om een tuchtstraf met uitstel of een voorwaardelijke tuchtstraf op te leggen (Cass. 25 november 94, *Arr. Cass.* 1994, 1023; *Bull.* 1994, 1016; *Pas.* 1994, I, 1016; *R.W.* 1994-95 (verkort), 1279).

De zgn. "vaderlijke vermaning" is geen tuchtsanctie. De Nationale raad heeft geen bezwaar tegen een bepaling in het reglement van een provinciale raad die als volgt luidt: "Zo de raad in bepaalde zaken meent geen tuchtstraf te moeten toepassen kan hij nochtans de voorzitter gelasten, als preventieve maatregel, de betrokken arts te wijzen op de deontologische verplichtingen en aan te manen tot het aannemen van een voorzichtige houding in de betrokken materie" (advies Nationale raad van 17 januari 1998, "Huishoudelijk reglement van een provinciale raad", *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 80, 34).

201 De grief dat de straf evenredig moet zijn met de zwaarte van de feiten is vreemd aan artikelen 6.1 en 14 E.V.R.M. (Cass. 3 september 1998, *Arr. Cass.* 1998, 837; *Bull.* 1998, 899).

Als uit de vaststellingen en overwegingen van de bestreden beslissing niet blijkt dat de ten laste van eiser uitgesproken sanctie duidelijk buiten verhouding staat tot de ernst van de feiten, is het beginsel van de evenredigheid dat is vastgesteld in artikel 3 E.V.R.M. niet miskend (Cass. 17 september 1992, *Arr. Cass.* 1992, 1121; *Bull.* 1992, 1043; *Pas.* 1992, I, 1043).

202 De soevereine straftoemeting die de rechter toepast, rekening houdend met alle omstandigheden eigen aan de zaak, doet geen afbreuk aan het grondwettelijk gelijkheidsvoorschrift (Cass. 27 november 1967, *Arr. Cass.* 1968, 442; *Pas.* 1968, I, 412). Meer bepaald belet het gelijkheidsbeginsel de tuchtrechter niet, rekening houdend met de omstandigheden eigen aan elk individueel geval, aan verschillende overtreders, voor dezelfde inbreuk, verschillende sancties of voor verschillende inbreuken eenzelfde sanctie op te leggen (Cass. 25 april 1975, *Arr. Cass.* 1975, 940; *Pas.* 1975, I, 850; *R.W.* 1975-76, 291 noot K. SCHUTYSER).

Een algemeen rechtsbeginsel van evenredigheid van de straf bestaat niet in tuchtzaken (Cass. 19 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 968; *Bull.* 1993, 972; *Pas.* 1993, I, 972).
De Raad van Beroep van de Orde der geneesheren vermag, bij de bepaling van een op te leggen sanctie, rekening te houden met het "belangrijk tijdsverloop sedert de feiten" (Cass. 3 september 1998, *Arr. Cass.* 1998, 837; *Bull.* 1998, 899).

203 Wanneer de ten laste gelegde feiten het karakter vertonen van een voortdurende inbreuk, kan de provinciale raad slechts één tuchtsanctie opleggen (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 111; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 932).

204 Volgens het Europees Hof is de schrapping van de lijst niet in strijd met artikel 3 E.V.R.M. dat onmenselijke en degraderende sancties verbiedt. Het verbod het beroep verder uit te oefenen is bestemd om de arts te treffen wiens zware fouten duidelijk maken dat hij niet meer de noodzakelijke voorwaarden vervult om het beroep uit te oefenen. Het Hof zag geen reden om de legitimiteit van deze maatregelen die trouwens in de meeste lidstaten van de Raad van Europa bestaat, in twijfel te trekken. Evenmin voelde het Hof zich geroepen om zich uit te spreken over de vraag of die maatregel *in concreto* gerechtvaardigd was. Op zichzelf beschouwd had de schrapping tot doel de betrokken arts te sanctioneren wegen de hem ten laste gelegde gebreken en niet om hem in zijn persoonlijkheid te raken. Beschouwd naar zijn gevolgen, heeft de sanctie zijn persoonlijkheid niet geraakt op een wijze die onverenigbaar is met artikel 3 E.V.R.M. (E.H.R.M., Albert en Le Compte, 10 februari 1983, A, vol. 58, 21).

Het Europees Hof verklaarde zich niet bevoegd om van de Belgische Staat de uitwissing van de opgelopen tuchtrechtelijke sancties te eisen, in de veronderstelling dat deze hieraan kan voldoen (zie: Y. VANDEN BOSCH, "Le Compte, Van Leuven, De Meyere t. Belgische Staat – Toepassing art. 50 E.C.R.M.", *R.W.* 1982-83, 2362-2365).

B. GEVOLGEN VAN EEN TUCHTSANCTIE

1. T.a.v. het kiesrecht voor de raden van de orde

205 Een arts die een andere tuchtsanctie dan een waarschuwing heeft opgelopen, m.a.w. een censuur, een berisping, een schorsing of een schrapping, is niet meer verkiesbaar als gewoon of plaatsvervangend lid van een provinciale raad (art. 8 § 1, eerste lid), van een raad van beroep (art. 12 § 1, 1°) of de Nationale raad (art. 14 § 1, 1°). Voor de schorsing wordt dit herhaald in artikel 16, derde lid. Dezelfde bepaling ontneemt aan een geschorste arts het recht om deel te nemen aan de verkiezingen van de provinciale raad. De andere tuchtsancties hebben geen gevolgen t.a.v. dit recht.

2. T.a.v. het recht de geneeskunde uit te oefenen

206 De schorsing in het recht de geneeskunde uit te oefenen en de schrapping van de lijst van de orde brengen met zich dat de betrokken arts niet meer voldoet aan alle voorwaarden om de geneeskunde op wettelijke wijze te beoefenen.

Met de straffen bepaald in artikel 38 § 1, 1° W.U.G., wordt gestraft de arts die de geneeskunde uitoefent wanneer hij van de lijst werd geschrapt of tijdens de duur van de hem opgelegde schorsing (art. 31 Wet Orde geneesheren; zie boven, nr. 24).

Artikel 158 § 1 Code medische plichtenleer bepaalt dat een arts die door een gerechtelijke of disciplinaire beslissing het recht om de geneeskunde uit te oefenen is ontzegd, zich gedurende

de straftijd niet mag doen vervangen. In een advies van 14 januari 1989 preciseerde de Nationale raad dat de geschorste arts op de voordeur van zijn kabinet de naam moet vermelden van tenminste twee collega's die voor de continuïteit van de verzorging kunnen instaan, en dat telefonisch dezelfde informatie moet worden verstrekt. Het kabinet van de geschorste arts moet evenwel gesloten blijven. Op 16 november 1991 besliste de Nationale raad hierop aanvullend dat principieel de geschorste arts zijn partner(s) in de associatie niet mag aanduiden om voor de continuïteit van de zorg in te staan. In een advies van 19 november 1994 verduidelijkte de Nationale raad dat de collega's die instaan voor de continuïteit van de zorg niet de vervangers zijn van de geschorste collega's en dat de vrije keuze van de patiënt uiteraard moet worden geëerbiedigd. Aangezien het kabinet van de geschorste arts dient gesloten te blijven gedurende de duur van de schorsing mag daarenboven de eventueel gezamenlijke consultatieruimte waarbinnen de geassocieerde artsen patiënten ontvangen niet worden in gebruik genomen tijdens de dagen en uren waarop de consultaties van de geschorste arts normaliter plaatsgrijpen. Tijdens de schorsing verliest de geschorste arts zijn recht op ereloon (advies Nationale raad van 19 november 1994, "Disciplinaire schorsing – Geassocieerde artsen", *T. Orde Geneesh.* 1994, nr. 67, 24). Dat houdt in dat een geschorste ziekenhuisarts in geen geval door herverdeling, met inbegrip van de forfaitaire honoraria, deel mag hebben in de inkomstenpool van de activiteit van zijn dienst. Aangezien in talrijke ziekenhuizen gebruik wordt gemaakt van het toekennen van een volmacht voor de ondertekening van de prestaties, o.m. voor de ondertekening van de R.I.Z.I.V.-getuigschriften voor verstrekte hulp, dient de geschorste arts de arts die volmacht heeft om voor hem te tekenen op de hoogte te brengen (advies Nationale raad van 29 januari 1994, "Disciplinaire schorsing – Inkomstenpool", *T. Orde Geneesh.* 1994, nr. 64, 27).

3. Extraterritoriale werking van tuchtsancties

207 Richtlijn 93/16/EEG beoogt het recht van vrije vestiging en dienstverlening in de lidstaten te vergemakkelijken. Het uitgangspunt van deze richtlijn is dat een arts die op grond van zijn in een bepaalde lidstaat behaald diploma (*in casu* België) bevoegd is de geneeskunde in die lidstaat uit te oefenen, op gelijke wijze bevoegd is in de andere lidstaten de geneeskunde uit te oefenen. Het strookt met dit uitgangspunt dat de bevoegdheid de geneeskunde uit te oefenen in het ontvangende land (*in casu* Nederland) komt te vervallen wanneer deze bevoegdheid in het land van herkomst (*in casu* België) door een tuchtrechtelijke maatregel – al dan niet tijdelijk – werd ontnomen (Gerechtshof 's Gravenhage 24 augustus 1995, *T. Gez.* 1996-97, 115 met noot A.M. VAN DEN BOSSCHE, "Het vrij verkeer van artsen en onderlinge erkenning. Ook van tuchtstraffen?"; (*Ndl.) Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1996, 172 met noot B. SCHULTZ).

In zijn noot onder deze uitspraak stelt SCHULTZ dat deze "in feite" inhoudt dat "Nederland de equivalentie (van tuchtmaatregelen) aanvaardt en de automatische acceptatie van tuchtuitspraken gedaan in andere EU-landen". Toch ziet hij nog een mogelijkheid voor uitzonderingen "in gevallen van een veroordeling op grond van een gedraging die in Nederland niet of allang niet meer tot een tuchtrechtelijke veroordeling leidt, bv. het verrichten van abortus, in Ierland nog volstrekt anathema". Maar wat bij twijfelgevallen: "het is toch hachelijk wanneer een bestuursorgaan (de minister) rechterlijke uitspraken kan gaan wegen en dan, op grond van die weging, terzijde kan stellen". Slechts harmonisatie in Europees verband van regels van medische ethiek en van daarop geënt tuchtrecht zal een einde kunnen stellen aan het probleem van het al dan niet erkennen van elkaars medische tuchtuitspraken.

In een advies van 30 oktober 1999 lijkt de Nationale raad van de Orde der geneesheren zich op het standpunt te stellen dat per geval moet worden uitgemaakt of een schorsing opgelegd door een raad van de Belgische Orde der geneesheren "doorwerkt" in een andere lidstaat. Op de vraag "kan een in België geschorste arts verder praktiseren in een buurland, *i.c.* Nederland?" antwoordde de

Nationale raad: "De mogelijkheid voor een in België geschorste arts om in een ander land, te dezen Nederland te praktiseren zal door Nederland worden beoordeeld". Dit vereist dat dit land kennis heeft van de schorsing. De Nationale raad handhaafde zijn vroeger ingenomen standpunt "dat het niet mogelijk is systematisch en regelmatig de lijst mede te delen van de artsen aan wie tuchtrechtelijke sancties opgelegd werden". Wel besliste de Nationale raad "dat telkens wanneer hij kennis heeft van een werkzaamheid van een arts in een andere lidstaat en deze arts in België een tuchtstraf oploopt, de in kracht van gewijsde begane beslissing aan de lidstaat waar de arts werkzaam is, zal worden medegedeeld, ongeacht enig verzoek van die Staat die niet noodzakelijk kennis heeft van het in België gevoerde tuchtrechtelijk proces" (advies Nationale raad van 30 oktober 1999, "In België geschorste arts – Uitoefening van de geneeskunde in een buurland tijdens de periode van schorsing", *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 87, 23). Meedelen of er al dan niet een onderzoek loopt tegen een arts is een gegeven van persoonlijke aard onderworpen aan de wettelijke bepalingen aangaande eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Dit is volgens de Nationale raad niet in tegenspraak met artikel 12 Richtlijn 93/16/EEG van 5 april 1993 (advies Nnationale raad van 14 november 1998, "Mededeling van disciplinaire sancties aan buitenlandse tuchtrechtelijke overheden", *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 83, 12).

In de overwegingen die voorafgaan aan de resolutie van de Raad van de Europese Unie van 24 juli 1997 betreffende migrerende artsen binnen de Gemeenschap (Resol. Raad E.G. 24 juli 1997, *PB. C.* 241, 7 augustus 1997,1) constateert de Raad dat het reeds is voorgevallen dat artsen die wegens beroepsmatig falen en/of disfunctioneren tuchtrechtelijk of strafrechtelijk in een lidstaat waren veroordeeld of anderszins waren gesanctioneerd, dan wel hangende de juridische procedures in een lidstaat waren geschorst, desalniettemin in een andere lidstaat onbelemmerd hun beroep uitoefenen. Volgens de Raad kan dit schadelijke gevolgen hebben voor de volksgezondheid. Ook komt het voor dat artsen die op een andere wijze door de bevoegde autoriteit van een lidstaat in hun medisch handelen beperkt zijn, onbelemmerd in een andere lidstaat hun beroep kunnen uitoefenen waardoor het recht van de patiënt op goede zorg in het gedrang kan komen. In de resolutie zelf wordt de Commissie verzocht na te gaan welke mogelijkheden er zijn om de informatie-uitwisseling tussen de lidstaten onderling te optimaliseren (zie over deze resolutie: H.D.C. ROSCAM ABBING, "Vrij verkeer van artsen binnen de EU en verantwoorde beroepsuitoefening", *(Ndl.) Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1997, 468-476).

§ 5. Tuchtprocedure

A. TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 6 E.V.R.M. IN TUCHTPROCEDURES

208 Volgens het Hof van Cassatie heeft een tuchtprocedure in de regel geen betrekking op noch geeft zij aanleiding tot het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van artikel 6, eerste lid E.V.R.M.

In bepaalde gevallen kan dit anders zijn. Indien de tuchtprocedure tot gevolg heeft of volgens de nationale wet kan hebben de betrokkene tijdelijk of definitief een burgerlijk recht te ontnemen, met name het recht om nog langer een beroep uit te oefenen dat geen openbaar ambt is, dan moet zij worden beschouwd als een procedure met als voorwerp "het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen" in de zin van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. en waarvan de afloop rechtstreeks bepalend is voor zodanig recht (Cass. 14 april 1983, *Arr. Cass.* 1984, 968; *Pas.* 1984, I, 866; *R.W.* 1983-84, 83 noot P. LEMMENS.; *Adm. Publ. T.* 1983, 210 noot A. RASSON-ROLAND; *J.T.* 1983, 607; *Jur. Liège* 1983, 401 noot; *R.D.P.* 1984, 115. Zie over de toepasselijkheid van art. 6 E.V.R.M. in tuchtzaken i.h.b.: P. LEMMENS, *Geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1989; P. LEMMENS en D. D' HOOGHE, *Het recht van verdediging in tuchtzaken*,

Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1989; A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995, nr. 289 en de daar aangehaalde literatuur).

In het arrest van 14 april 1983 kwam het Hof van Cassatie terug op zijn vroegere rechtspraak waarin werd beslist dat "zowel uit de betekenis en de draagwijdte van het begrip 'vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen' als uit de aard en het doel zelf van de tuchtprocedure valt af te leiden dat het niet in de bedoeling lag van de ontwerpers van het E.V.R.M. dat die procedures openbaar zouden worden gehouden, zoals voorgeschreven bij artikel 6, eerste lid E.V.R.M." (Cass. 21 januari 1982, *Arr. Cass.* 1982, 647; *Pas.* 1982, I, 623; *R.W.* 1982-83, 2546). Zie hieromtrent: K. LENAERTS, "Les rapports entre jurisdictions 'suprêmes' dans l'ordre juridique institué par la convention Européenne des droits de l'homme", *Cahiers de Droit Européen*, 1983, 186-206. Aldus weigerde het Hof van Cassatie zich neer te leggen bij de rechtspraak van het Europees Hof in de eerste zaak Le Compte van 23 juni 1981. Bij arrest van 10 februari 1983 bevestigde het Europees Hof over de gehele lijn zijn beslissingen in de zaak Le Compte, Van Leuven en De Meyere. Die tweede uitspraak deed het Hof van Cassatie om gaan (P. LEMMENS, "Het einde van de betwisting rond de openbaarheid van tuchtzaken", *R.W.* 1983-84, 86; *id.*, "Een nieuwe tuchtzaak voor het Europees Hof", *R.W.* 1983-84, 119; P. LAMBERT, "La convention Européenne des droits de l'homme et le droit disciplinaire", *J.T.* 1988, 53; A. RASSON-ROLAND, *t.a.p.*, *A.P.T.* 1983, 211).

209 Als een tuchtprocedure valt onder artikel 6, eerste lid E.V.R.M. heeft de betrokkene recht op de diverse waarborgen van dat artikel. Voor de toepasselijkheid van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. is niet vereist dat een schorsing of schrapping effectief is opgelegd; het volstaat dat zulke sanctie mogelijk is. In de praktijk betekent dit, gelet op het ontbreken van een schaal van inbreuken en straffen in het medisch tuchtrecht (zie boven, nr. 198) dat de tuchtprocedures voor de raden van de orde steeds onder artikel 6, eerste lid vallen (P. LEMMENS en D. D'HOOGHE, *a.w.*, nr. 6; zie ook: L. MULDER, "Art. 6, eerste lid E.C.R.M.: De Nederlandse garagehouder en de Belgische artsen", *T.B.P.* 1986, 120-124). Indien deze procedure moet worden gevolgd door een tuchtrechtscollege zoals de provinciale raad van de Orde der geneesheren, dat onderworpen is aan de controle van een hogere rechterlijke, al dan niet tuchtrechtelijke, instantie, moet dat rechtscollege niet noodzakelijk zelf aan de vereisten van dat artikel voldoen. Dan moet evenwel de rechterlijke instantie met volle rechtsmacht die bevoegd is om de beslissingen van het tuchtrechtscollege in feite en in rechte te toetsen, te weten de raad van beroep, aan die vereisten voldoen (E.H.R.M. 23 juni 1981, *t.a.p.*, 22-23, 51; E.H.R.M. 10 februari 1983, *t.a.p.*, 16, nr. 29; Cass. 14 april 1983, *Arr. Cass.* 1984, 968; *Pas.* 1984, I, 866; *R.W.* 1983-84, 83 noot P. LEMMENS; *Adm. Publ. T.* 1983, 210 noot A. RASSON-ROLAND; *J.T.* 1983, 607; *Jur. Liège* 1983, 401 noot; *R.D.P.* 1984, 115).

B. OPENBARE BEHANDELING VAN DE ZAAK

210 De provinciale raden van de orde houden zitting met gesloten deuren. De zittingen van de raden van beroep zijn openbaar, tenzij de verdachte arts uitdrukkelijk afziet van de openbaarheid. Van de openbaarheid kan door de raad van beroep ook worden afgeweken in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of 's lands veiligheid in een democratische samenleving,

wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé-leven van partijen bij het proces dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bepaalde omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarmaking de belangen van de rechtspraak zou schaden (art. 24, tweede en derde lid Wet Orde geneesheren).

Artikel 24, tweede en derde lid kwamen tot stand door de Wet van 13 maart 1985 betreffende de openbaarheid van de tuchtprocedures voor de raden van beroep van de Orde der geneesheren en van de orde der apothekers (*B.S.* 29 maart 1985). Die wet was een rechtstreeks gevolg van de arresten Le Compte van het Europees Hof en het cassatiearrest van 14 april 1983. "In het belang van de rechtszekerheid lijkt het dan ook dringend noodzakelijk de artikelen die bepalen dat de zittingen van voormelde tuchtorganen met gesloten deuren moeten worden gehouden, aan te passen aan de rechtspraak van het Hof van Cassatie" (Wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1983-84, nr. 875/1, 2). Alleen het vrijwaren van de rechtszekerheid lag aan de basis van deze wet. Omwille van de rechtstreekse werking van het E.V.R.M. konden de raden van beroep zich aan de openbaarheid houden, ook zonder wetswijziging (Wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1983-84, nr. 875/3, 3). Om deze reden bekritiseerde LAMBERT deze wet. Voorzover zij de openbaarheid van de zittingen van de raden van beroep voorschrijft, is zij niet onontbeerlijk. Voorzover zij de beslotenheid van de zittingen van de provinciale raden oplegt, is zij niet opportuun (P. LAMBERT, *t.a.p.*, 54). Het oorspronkelijk voorstel was anders geformuleerd dan de goedgekeurde tekst in die zin dat voor de uitzonderingen op de openbaarheid rechtstreeks werd verwezen naar de uitzonderingen vermeld in artikel 6, eerste lid E.V.R.M. In plaats van te verwijzen naar deze uitzonderingen, werden zij in de definitieve versie overgenomen (*Hand.* Kamer 1984-85, 7 november 1984, 407-408).

211 Uit een vergelijking tussen artikel 24, derde lid Wet Orde geneesheren en artikel 6, eerste lid E.V.R.M. blijkt dat er drie verschilpunten bestaan tussen beide bepalingen.

Een eerste verschil betreft de formulering van de regel die de openbaarheid voorschrijft. Artikel 24, derde lid schrijft voor dat "de zittingen openbaar" zijn; volgens artikel 6, eerste lid E.V.R.M. heeft ieder recht op een openbare behandeling van zijn zaak en moet het vonnis in het openbaar worden gewezen. Vervolgens laat artikel 24, derde lid toe dat van de openbaarheid wordt afgeweken op uitdrukkelijk verzoek van de verdachte arts; deze uitzondering op de openbaarheid op verzoek van de verdachte wordt in artikel 6, eerste lid E.V.R.M. niet uitdrukkelijk vermeld (zie verder, nr. 212). Ten slotte laat artikel 24, derde lid uitzonderingen toe op de openbaarheid zonder dat een onderscheid wordt gemaakt tussen de zitting en de uitspraak, terwijl artikel 6, eerste lid E.V.R.M. de uitzonderingen lijkt te beperken tot de zitting, terwijl de uitspraak steeds openbaar dient te zijn (zie verder, nr. 216).

1. Afstand van de openbaarheid

212 De vraag of de betrokkene het recht heeft af te zien van de openbaarheid gewaarborgd door artikel 6, eerste lid E.V.R.M. heeft behoudens de openbaarheid van de uitspraak een duidelijk antwoord gekregen in de rechtspraak van het Hof Mensenrechten (zie: P. LEMMENS en D. D'HOOGHE, *a.w.*, nr. 2; P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag, Kluwer, 1998, 3de ed., 438-442).

213 Het Hof van Cassatie heeft meerdere malen aanvaard dat van de regel van de openbaarheid van de behandeling en van de uitspraak, zoals deze is neergelegd in artikel 6, eerste lid E.V.R.M. kan worden afgeweken als zulks de wil is van de betrokkene en wanneer deze vrijwillig en ondubbelzinnig van de openbaarheid afziet en wanneer deze afstand verenigbaar is met het nationale recht (Cass. 14 april 1983, *Arr. Cass.* 1984, 968; *Pas.* 1984, I, 866; *R.W.* 1983-84, 83 noot P. LEMMENS; *Adm. Publ. T.* 1983, 210 noot A. RASSON-ROLAND; *J.T.* 1983, 607; *Jur. Liège* 1983, 401 noot; *R.D.P.* 1984, 115; Cass. 3 november 1983, *Arr. Cass.* 1984, 247; *Pas.* 1984, I, 230; *R.W.* 1983-84, 2260; Cass. 13 november 1986, *Arr. Cass.* 1987, 343; *Pas.* 1987, I, 317; *R.W.* 1986-87, 2022). Aldus aanvaardt het Hof dat de afstand van de openbaarheid mogelijk is zonder onderscheid te maken tussen de terechtzittingen en de uitspraak (zie in dezelfde zin: P. LAMBERT, *t.a.p.*, 1988, 54). Aangezien de afstand van de openbaarheid ondubbelzinnig moet zijn, dient elke twijfel ter zake geïnterpreteerd te worden als een ontbreken van geldige afstand. Zo impliceert een afstand van de openbaarheid van de "behandeling" op zichzelf niet dat ook de uitspraak met gesloten deuren moet plaatsvinden (Cass. 2 juni 1983, *Arr. Cass.* 1983, 1212; *Pas.* 1983, I, 1101; Cass. 3 november 1983, *Arr. Cass.* 1984, 247; *Pas.* 1984, I, 230; *R.W.* 1983-84, 2260; Cass. 20 december 1984, *Arr. Cass.* 1985, 577; *Pas.* 1985, I, 508; P. LEMMENS en D. D'HOOGHE, *a.w.*, 22, noot 103).

214 In de lijn van de rechtspraak van het Hof Mensenrechten en het Hof van Cassatie aanvaardt artikel 24, derde lid Wet Orde geneesheren dat de verdachte arts uitdrukkelijk afziet van de openbaarheid.

Uit deze formulering zonder specifiëring kan worden afgeleid dat zowel de afstand van een openbare behandeling als van een openbare uitspraak mogelijk is. De verdachte arts dient zijn afstand niet te motiveren en de raad van beroep is verplicht met die afstand rekening te houden (P. LEMMENS en D. D'HOOGHE, *a.w.*, nr. 32). Anderen betwisten echter het recht om afstand te doen van de openbaarheid door de verdachte omdat de openbaarheid niet alleen een waarborg voor de betrokkene inhoudt maar ook een meer algemeen belang dient (A. RASSON-ROLAND, *t.a.p.*, 234, 66).

2. Uitzonderingen op de openbaarheid

215 Artikel 24, tweede lid Wet Orde geneesheren neemt de uitzonderingen vermeld in artikel 6, eerste lid E.V.R.M. zonder meer over. Over het geoorloofd karakter van deze uitzonderingen kan dan ook geen discussie bestaan.

Zowel uit artikel 6, eerste lid E.V.R.M. als uit artikel 24 § 1, derde lid Wet Orde geneesheren blijkt dat de behandeling met gesloten deuren voor de raad van beroep niet de regel is maar de uitzondering. Het recht om af te zien van de openbaarheid van de behandeling is een waarborg waarvan het nut en de perken door de betrokkene moeten worden beoordeeld en geen substantiële rechtsvorm. De verdachte arts die gevraagd en verkregen heeft dat de behandeling van zijn zaak met gesloten deuren zou geschieden, moet erop toezien dat dit ook werkelijk gebeurt (Cass. 16 februari 1995, *Arr. Cass.* 1995, 184; *Bull.* 1995, 185; *Pas.* 1995, I, 185; *R.W.* 1995-96, 228, noot).

216 De uitzonderingen op de openbaarheid slaan zeker op de terechtzittingen. Betwist is of ze ook kunnen betrekking hebben op de uitspraak.

In het arrest in de eerste zaak Le Compte wekt het Hof Mensenrechten de indruk dat de uitzonderingen vermeld in artikel 6 enkel slaan op de terechtzittingen, niet op de uitspraak, door de toevoeging "tenminste voor de debatten" (E.H.R.M. 23 juni 1981, *t.a.p.* 25, § 59). In het arrest in de tweede zaak Le Compte komt deze toevoeging niet meer voor. Mag dit zo worden begrepen dat de uitzonderingen ook kunnen worden ingeroepen t.a.v. de openbaarheid van de uitspraak? In de Campbell-Fell-case die dateert van na het tweede arrest Le Compte, oordeelde het Hof dat de uitzonderingen niet mogen worden uitgebreid tot de uitspraak. Zie in dezelfde zin: P. VAN DIJK en G.J.H. VAN HOOF, *a.w.*, 440: "as to the grounds of restriction, it is striking that article 6 permits restrictions exclusively with respect to the public nature of the proceedings, not with respect to the judgment"; zie ook: P. LEMMENS, "Het geheim karakter van tuchtprocedures", *R.W.* 1979-80, 1669; L. GOFFIN, *t.a.p.*, 371; A. RASSON-ROLAND, *t.a.p.*, 234-235 en de door haar geciteerde auteurs.
Het Hof van Cassatie lijkt geneigd om de uitzonderingen uit te breiden tot de uitspraak. Van de regel van de openbaarheid van de behandeling en van de uitspraak door de raad van beroep kan worden afgeweken indien dit de wil is van de arts en wanneer deze vrijwillig en ondubbelzinnig van die openbaarheid afziet en zulks verenigbaar is met het nationale recht; dat geval doet zich voor wanneer de verdachte arts verschijnt voor de raad van beroep van de Orde der geneesheren (Cass.16 februari 1995, *Arr. Cass.* 1995, 184; *Bull.* 1995, 185; *Pas.* 1995, I, 185; *R.W.* 1995-96, 228, noot; Cass. 15 september 1995, *T. Gez.* 1995-96, 358; Cass. 21 september 1995, *Arr. Cass.* 1995, 811; *Bull.* 1995, 840; *Pas.* 1995, I, 840; *R.W.* 1995-96, 1054; *T. Gez.* 1996-97, 112, noot K. BROECKX; Cass. 3 september 1998, *Arr. Cass.* 1998, 847; *Bull.* 1998, 910).

217 Tot het cassatiearrest van 14 april 1983 werd de beslotenheid in tuchtzaken gemotiveerd door het algemeen rechtsbeginsel dat discretie bij de behandeling en de uitspraak in tuchtzaken voorschrijft. Volgens LEMMENS en D'HOOGHE lijkt het erop dat het beginsel van de discretie in tuchtzaken onder invloed van de rechtspraak van het Europees Hof uit het arsenaal van geldende rechtsbeginselen verdwenen is (P. LEMMENS en D. D'HOOGHE, *a.w.*, nr. 33).
Voorzover het beginsel van de discretie in tuchtzaken is ingegeven door de eerbiediging van het beroepsgeheim van de verdachte arts blijft het nog verder doorwerken via de uitzonderingen op de openbaarheid. Een van die uitzonderingen is het belang van de openbare orde bij een besloten procedure. Dit motief is voldoende ruim opdat het ook de bescherming van het beroepsgeheim zou omvatten (Cass. 5 november 1987, *Arr. Cass.* 1988, 308; *Pas.* 1988, I, 289). De raden van beroep oordelen in feite en dus op onaantastbare wijze dat het recht op een openbare behandeling van een tuchtzaak moet wijken voor de zorg voor het beroepsgeheim (Cass. 23 december 1988, *Arr. Cass.* 1989, 522; *Pas.* 1989, I, 468; *R.W.* 1988-89, 1086).

C. BEHANDELING BINNEN EEN REDELIJKE TERMIJN

218 Er bestaat geen algemeen rechtsbeginsel "inzake de redelijke termijn in tuchtzaken" (Cass. 21 juni 2001, *R.W.* 2001-02, 814, noot I. OPDEBEEK). Wanneer een provinciale raad niet beslist heeft binnen een door de Koning vastgestelde termijn die aanvangt met de datum hetzij van de aanvraag om inschrijving op de lijst, hetzij van een klacht of een verzoekschrift, wordt het geheel van de zaak aanhangig gemaakt bij de raad van beroep, op verzoek van ofwel de betrokken arts, ofwel de bijzitter-magistraat van de provinciale raad ofwel de voorzitter van de Nationale raad samen met een ondervoorzitter (art. 24 § 2 Wet Orde geneesheren).

Door artikel 28 K.B. 6 februari 1970 houdende organisatie en werking van de raden van de orde (*B.S.* 14 februari 1970), werd die termijn op 6 maanden vastgesteld ingeval van een klacht of verzoekschrift. Gaat het om een aanvraag tot inschrijving dan bedraagt die termijn conform

artikel 23 één maand. Onder "betrokken arts" kan enkel worden verstaan de arts tegen wie een zaak aanhangig werd gemaakt. De arts die een klacht indiende tegen een collega kan dus enkel de zaak aanhangig maken bij de raad van beroep via de bijzitter van de provinciale raad of de voorzitter en ondervoorzitter van de Nationale raad (*Vr. en Antw.* Kamer 1975-76, 2 september 1975, 3007, Vr. nr. 188 VALKENIERS).

219 Bij de beoordeling van de redelijke termijn waarbinnen krachtens artikel 6, eerste lid E.V.R.M. een tuchtzaak dient te worden behandeld moet o.m. worden gelet op de concrete gegevens van de zaak en op de onzekerheid waarin de betrokkene gedurende de tegen hem gevoerde procedure verkeerde omtrent de weerslag ervan op de verdere uitoefening van zijn beroep. De omstandigheid dat de betrokkene gedurende de procedure zijn beroepsactiviteiten heeft kunnen voortzetten is relevant (Cass. 22 juni 1984, *Arr. Cass.* 1984, 1392; *Pas.* 1984, I, 1291; *R.W.* 1984-85, 1029).

Artikel 6, eerste lid E.V.R.M. bepaalt niet dat in tuchtzaken de sanctie wegens overschrijding van de redelijke termijn het verval van de tuchtvordering is (Cass. 21 juni 2001, *R.W.* 2001-02, 814, noot I. OPDEBEEK).

Het middel dat tegen de tuchtbeslissing en -vervolging aanvoert dat de strafprocedure voorafgaand aan de tuchtprocedure het recht op een behandeling binnen een redelijke termijn heeft miskend, heeft geen betrekking op de bestreden beslissing en is inzoverre niet ontvankelijk (Cass. 22 juni 1984, *Arr. Cass.* 1984, 1392; *Pas.* 1984, I, 1291; *R.W.* 1984-85, 1029).

220 Geen enkele wettelijke bepaling schrijft voor dat uitzonderlijke redenen zijn vereist opdat de zaak rechtstreeks door de raad van beroep zou worden behandeld. Het volstaat dat de wettelijk vastgestelde voorwaarden voor doorverwijzing zijn vervuld. Nog minder dienen dergelijke uitzonderlijke redenen in de beslissing te worden vermeld (Cass. 12 maart 1976, *Arr. Cass.* 1976, 803; *Pas.* 1976, I, 764).

221 Door de doorverwijzing van de zaak naar de raad van beroep gaat de eerste aanleg verloren. Een "algemeen rechtsbeginsel van de dubbele aanleg" bestaat echter niet (Cass. 21 januari 1983, *Arr. Cass.* 1982, 1061; *Pas.* 1982, I, 933; *R.W.* 1983-84, 181).

D. EERLIJKE BEHANDELING VAN DE ZAAK

222 Het recht van een beklaagde op een eerlijke behandeling van zijn zaak wordt niet miskend wanneer alleen de rechter in eerste aanleg dat recht heeft miskend. Het recht van hoger beroep is ingesteld om de onwettigheden die door de rechter in eerste aanleg mochten zijn begaan, te verhelpen en zij worden hersteld door het in acht nemen van de wet door de rechter in hoger beroep (Cass. 21 januari 1983, *Arr. Cass.* 1983, 675; *Pas.* 1983, I, 594; *R.W.* 1982-83, 2546; Cass. 13 september 1984, *Arr. Cass.* 1985, 81; *Pas.* 1985, I, 69; Cass. 23 mei 1985, *Arr. Cass.* 1985, 1315; *Pas.* 1985, I, 1194; *R.W.* 1985-86, 1441; *T. Not.* 1986, 27, noot; *Vl. T. Gez.* 1984-85, 135; *Journ. proc.* 1985, afl. 68, 29 noot B. DAYEZ; *J.T.* 1986, 705 noot P. LAMBERT; *R.C.J.B.* 1987, 331 noot J. VERHOEVEN; *R.D.P.* 1986, 210).

In de noot onder het laatst vermelde cassatiearrest heeft LAMBERT deze opvatting bestreden. Het is verdedigbaar dat het Europees Hof zich op dit standpunt stelt gezien de eis eerst de interne remedies uit te putten. Maar men mag die opvatting niet naar het nationale recht overplaatsen (in dezelfde zin: P. LAMBERT, *t.a.p.*, 1988, 55).

223 Uit de enkele omstandigheid dat een lid-magistraat van de raad van beroep ermee belast is de zaak te onderzoeken en daarover verslag uit te brengen valt geen schending af te leiden van het in artikel 6 E.V.R.M. neergelegde recht op een eerlijk proces (Cass. 1 december 1988, *Arr. Cass.* 1989, 389; *Pas.* 1989, I, 353; *R.W.* 1989-90, 510).

Het recht op een eerlijk proces wordt niet miskend door de rechter die zijn beslissing grondt op geldende wetsbepalingen, ook al stelt die rechter vast dat de geldigheid van de wetsbepalingen door een partij wordt betwist (Cass. 8 november 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1031; *Bull.* 1996, 1100; *Pas.* 1996, I, 1100; *R.W.* 1996-97, 1295).
Ook al zijn de feiten op grond waarvan in hoger beroep een tuchtstraf wordt opgelegd dezelfde als die waarvoor een arts wordt vervolgd, toch wordt zijn recht van verdediging miskend wanneer hij niet de gelegenheid heeft gehad verweer te voeren en voor de raad van beroep geen verweer heeft gevoerd op grond van de nieuwe hem ten laste gelegde omschrijving (Cass. 4 maart 1999, *Arr. Cass.* 1999, 132; *Pas.* 1999, I, 132).

E. ONAFHANKELIJKE EN ONPARTIJDIGE BEHANDELING

1. Provinciale raden van de orde

224 De tuchtrechtelijke opdracht wordt in eerste aanleg uitgeoefend door de provinciale raden van de orde als zodanig. Iedere provinciale raad is samengesteld uit een even aantal gewone en plaatsvervangende leden verkozen door de artsen die op zijn lijst zijn ingeschreven en niet geschorst zijn. Voorts maakt deel uit van een provinciale raad een gewoon en een plaatsvervangend bijzitter die voor een termijn van zes jaar door de Koning benoemd worden en die een raadgevende stem hebben. Die bijzitters worden gekozen uit de werkende magistraten van de rechtbanken van eerste aanleg, met uitzondering van de onderzoeksrechters en van de leden van de parketten, alsook uit de ere-magistraten van die rechtbanken. Het gewoon lid van de Nationale raad, of bij ontstentenis zijn plaatsvervanger, verkozen door de provinciale raad buiten zijn midden, neemt van ambtswege met raadgevende stem deel aan de zittingen van de provinciale raad (art. 7 § 1 en § 2 Wet Orde geneesheren).

De waarborgen vermeld in artikel 6 E.V.R.M. moeten volgens het Hof Mensenrechten niet reeds in eerste aanleg worden vervuld (E.H.R.M. 23 juni 1981, *a.w.*, 22-23, § 51; E.H.R.M. 10 februari 1983, *t.a.p.* 16, § 29; Cass. 22 maart 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 946; *Bull.* 1990, 848; *Pas.* 1990, I, 848; *R.W.* 1990-91 (verkort), 28; Cass. 4 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 143; *Bull.* 1993, 135; *J.L.M.B.* 1993, 1048; *Pas.* 1993, I, 135). Volgens het Hof van Cassatie geldt de eis van onpartijdigheid en van onafhankelijkheid ook voor de provinciale raden. De regel volgens welke een rechtscollege onafhankelijk en onpartijdig moet zijn maakt een algemeen rechtsbeginsel uit dat op alle jurisdictionele instanties toepasselijk is (Cass. 15 juni 1979, *Arr. Cass.* 1979, 1232; *Pas.* 1979, I, 1193; *R.W.* 1979-80, 1702, noot P. LEMMENS; *T.B.P.* 1980, 60; *J.T.* 1980, 387; Cass. 30 april 1982, *Arr. Cass.* 1982, 1061; *Pas.* 1982, I, 933; *R.W.* 1983-84, 181). In het arrest van 23 mei 1985 paste het Hof van Cassatie deze regel nadrukkelijk toe op de provinciale raden van de orde (Cass. 23 mei 1985, *Arr. Cass.* 1985, 1315; *Pas.* 1985, I, 1194; *R.W.* 1985-86, 1441; *T. Not.* 1986, 27, noot; *Vl.*

T. Gez. 1984-85, 135; *Journ. proc.* 1985, afl. 68, 29 noot B. DAYEZ; *J.T.* 1986, 705 noot P. LAMBERT; *R.C.J.B.* 1987, 331 noot J. VERHOEVEN; *R.D.P.* 1986, 210).

225 Uit het feit dat een rechtscollege geheel of gedeeltelijk is samengesteld uit leden die hetzelfde of een gelijkaardig beroep uitoefenen of eenzelfde professionele hoedanigheid hebben als de personen die voor hen verschijnen kan niet worden afgeleid dat dit college niet onafhankelijk en onpartijdig is (Cass. 21 december 1979, *Arr. Cass.* 1980, 494; *Pas.* 1980, I, 493; Cass. 30 april 1982, *Arr. Cass.* 1982, 1061; *Pas.* 1982, I, 933; *R.W.* 1983-84, 181).

De omstandigheid dat de magistraat-assessor die de beraadslaging heeft bijgewoond maar niet heeft deelgenomen aan de beslissing, hoger beroep kan instellen tegen deze beslissing, houdt niet in dat de provinciale raad zelf niet onpartijdig zou kunnen beslissen (Cass. 15 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 48; *Bull.* 1993, 47; *Pas.* 1993, I, 47; *R.W.* 1992-93, 1381.).

226 Het algemeen beginsel van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid wordt geschonden wanneer een of meer leden van de provinciale raad die hebben deelgenomen aan de beslissing van die raad waarbij een tuchtsanctie is opgelegd, vóór de beslissing de zaak mee hebben onderzocht, omdat terecht kan worden gevreesd dat deze rechter(s) niet de waarborgen van onpartijdigheid bieden (Cass. 23 mei 1985, *Arr. Cass.* 1985, 1315; *Pas.* 1985, I, 1194; *R.W.* 1985-86, 1441; *T. Not.* 1986, 27, noot; *Vl. T. Gez.* 1984-85, 135; *Journ. proc.* 1985, afl. 68, 29 noot B. DAYEZ; *J.T.* 1986, 705 noot P. LAMBERT; *R.C.J.B.* 1987, 331 noot J. VERHOEVEN; *R.D.P.* 1986, 210; Cass. 25 september 1987, *Arr. Cass.* 1988, 118; *Pas.* 1988, I, 113; Cass. 10 maart 1988, *Arr. Cass.* 1988, 908; *Pas.* 1988, I, 835; *R.W.* 1988-89, 59). Sedert die rechtspraak hebben de raden van de orde zich zo georganiseerd dat de leden die het onderzoek gedaan hebben, zich onthouden van deelneming aan de berechting ten gronde.

227 Uit de enkele omstandigheid dat de leden van het bureau van de provinciale raad kennis hebben genomen van het dossier aangaande de aan een arts ten laste gelegde feiten en dat zij dat dossier aan de provinciale raad hebben overgezonden, valt niet af te leiden dat zij niet de vereiste onpartijdigheid bezaten om uitspraak te doen over de tuchtrechtvordering tegen die arts (Cass. 17 maart 1988, *Arr. Cass.* 1988, 941; *Pas.* 1988, I, 866; *R.W.* 1988-89, 464).

Het feit dat de plaatsvervangend magistraat-assessor in de provinciale raad aanwezig is geweest toen de arts door het bureau van de raad is gehoord, zitting heeft gehad in de onderzoekscommissie die de arts opnieuw heeft gehoord en aanwezig is geweest zowel op de terechtzitting van de provinciale raad waarop de zaak is behandeld, als bij de beraadslaging zonder aan de stemming deel te nemen, levert voor de tuchtrechtelijk vervolgde arts geen wettige reden op om hem eraan te doen twijfelen dat de leden van de provinciale raad, die hebben deelgenomen aan de beslissing waarbij hem een tuchtsanctie werd opgelegd, over zijn zaak op onpartijdige wijze uitspraak kunnen doen (Cass. 22 maart 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 946; *Bull.* 1990, 848; *Pas.* 1990, I, 848; *R.W.* 1990-91 (verkort), 28).

De omstandigheden dat een gewoon lid van de provinciale raad door het bureau van die raad is aangewezen om het door andere artsen ten aanzien van de betrokken arts aangevatte onderzoek voort te zetten, dat hij verslag heeft uitgebracht bij de provinciale raad; dat hij is gehoord op de zitting van die raad waar de zaak is behandeld en de beslissing is gewezen, en dat hij heeft

deelgenomen aan de beraadslaging maar niet aan de stemming, leveren voor de tuchtrechtelijk vervolgde arts geen wettige reden op om eraan te twijfelen dat de leden van de provinciale raad, die hebben deelgenomen aan de beslissing waarbij hem een tuchtsanctie werd opgelegd, over zijn zaak onpartijdig uitspraak kunnen doen (Cass. 17 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 161; *Bull.* 1992, 132; *J.T.* 1992, 276; *Pas.* 1992, I, 132; *R.W.* 1991-92, 858).

Een miskenning van het algemeen rechtsbeginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan niet worden afgeleid uit de omstandigheid dat leden van een provinciale raad die mede de beslissing hebben gewezen waarbij tegen een arts een tuchtsanctie is uitgesproken, hebben deelgenomen aan de beslissing alvorens recht te doen om die arts voor die raad te doen verschijnen (Cass. 4 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 143; *Bull.* 1993, 135; *J.L.M.B.* 1993, 1048; *Pas.* 1993, I, 135.). Als uit niets blijkt dat een of meer rechters die hebben deelgenomen aan de beslissing waarbij aan een arts een tuchtstraf werd opgelegd, voor de beslissing om de betrokkene te doen verschijnen, de zaak mede hebben onderzocht, kan het middel gebaseerd op het algemeen rechtsbeginsel van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechter niet hard worden gemaakt. De aanwezigheid van een lid van de Nationale raad van de orde, met raadgevende stem of om het advies van de Nationale raad uit te brengen, doet geen vermenging van functies ontstaan waardoor de onpartijdigheid of de onafhankelijkheid van de organen die de tuchtrechtspraak uitoefenen, in het gedrang komt (Cass. 26 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 994; *Bull.* 1993, 998; *Pas.* 1993, I, 998; *R.W.* 1993-94 (verkort), 829).

De aanwezigheid van de klager, die lid is van de Orde der geneesheren, op meerdere zittingen tijdens dewelke de zaak werd onderzocht, namelijk tijdens dewelke de voorlopige hechtenis is gebeurd, doet in hoofde van de beroepsbeoefenaar die tuchtrechtelijk wordt vervolgd en bij derden, een wettig vermoeden rijzen wat betreft de objectiviteit en de onpartijdigheid, zelfs als de klager zelf niet heeft deelgenomen aan de beslissingen (Cass. 10 december 1992, *Arr. Cass.* 1992, 1410; *Pas.* 1992, I, 1359-1360).

Het beginsel van de onpartijdigheid van de tuchtrechter is niet geschonden wanneer de magistraat-assessor bij de provinciale raad zowel tijdens het onderzoek als tijdens de behandeling en de beraadslaging aanwezig is geweest, maar niet heeft deelgenomen aan de stemming (Cass. 9 december 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1096; *Bull.* 1994, 1085; *Pas.* 1994, I, 1085; *R.W.* 1994-95 (verkort), 1414).

Uit de omstandigheid dat de leden van een provinciale raad van de orde een brief sturen naar de voorzitter van de provinciale geneeskundige commissie waarin diens aandacht wordt gevestigd op de gezondheidstoestand van een arts die zijn geschiktheid om de geneeskunde te beoefenen in het gedrang lijkt te brengen, blijkt niet dat bij hen een vooroordeel bestaat waardoor hun geschiktheid om aan de arts ten laste gelegde tuchtfouten onpartijdig te beoordelen, wordt aangetast (Cass. 15 maart 2002, nr. C.02.0028.F., *onuitg.*).

De voorzitter van de provinciale raad van de Orde der geneesheren die in persverklaringen over de later te beoordelen inbreuk reeds een mening heeft geuit nopens de uit te spreken sanctie, creëert een zweem van twijfel nopens de noodzakelijke onpartijdigheid van de raad die de bestreden beslissing nam (Cass. 22 december 2003, *N.J.W.* 2004, 493 met noot E.B.).

2. Raden van beroep

228 Hoger beroep tegen de beslissingen die genomen zijn door de provinciale raden in tuchtaangelegenheden wordt door de raden van beroep behandeld. Iedere raad van beroep (waarvan er twee zijn, de ene met het Nederlands als voertaal en de andere met het Frans als voertaal) bestaat uit vijf gewone en vijf plaatsvervangende leden die artsen zijn. Zij worden verkozen door de provinciale raden: iedere provinciale raad verkiest één van de vijf leden van de raad van beroep van zijn taalstelsel. Verder bestaat een raad van beroep uit vijf gewone en vijf plaatsvervangende leden, raadsheren in het hof van beroep,

door de Koning benoemd. Voorts maakt van de raad van beroep deel uit een door de Koning benoemd griffier. De Koning benoemt uit de leden-magistraten de voorzitter en de verslaggevers van elke raad.

Een niet-verkozen lid van de Nationale raad, dat daartoe is afgevaardigd, woont van rechtswege de zittingen bij van elke raad van beroep om er het advies van de Nationale raad uit te brengen over beginselkwesties of over regelen van de plichtenleer, die ter gelegenheid van een onderzocht geval worden opgeworpen (art. 12 § 1 en § 2 Wet Orde geneesheren). Dit afgevaardigd lid van de Nationale raad maakt geen deel uit van de raad van beroep (Cass. 4 februari 1988, *Arr. Cass.* 1988, 697; *Pas.* 1988, I, 648).

229 In de eerste zaak Le Compte kwam het Hof Mensenrechten tot het besluit dat de samenstelling van de raad van beroep noch de eis van onafhankelijkheid noch die van onpartijdigheid schond. De raad van beroep beantwoordt aan de eis van onafhankelijkheid omdat hij is samengesteld uit evenveel artsen als magistraten terwijl een van de magistraten voorzitter is en een doorslaggevende stem heeft. De beperkte duur van het mandaat van de leden, nl. zes jaar, biedt in dit verband een bijkomende waarborg (E.H.R.M. 23 juni 1981, *t.a.p.* 25, § 57). Wat de onpartijdigheid betreft, deze was door de Commissie in haar rapport in twijfel getrokken. Het Hof Mensenrechten was het daar niet mee eens. De aanwezigheid van magistraten die de helft van de leden uitmaken garandeert de onpartijdigheid. Het feit dat de leden-artsen worden aangeduid via verkiezingen volstaat niet als bewijs voor hun partijdigheid. De persoonlijke onpartijdigheid moet worden verondersteld tot bewijs van het tegendeel; geen van de beklaagde artsen had zijn wrakingsrecht gehanteerd (E.H.R.M. 23 juni 1981, *t.a.p.* 25, § 58). In de tweede zaak Le Compte bevestigde het Hof Mensenrechten dit standpunt inzake de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de raad van beroep en de individuele leden ervan. Het Hof Mensenrechten voegde daar in dit arrest nog aan toe dat in het bijzonder de wijze van aanduiding van de leden-artsen in de raad van beroep niet van aard is om de raad van beroep als afhankelijk te beschouwen: hoewel deze leden verkozen worden door de provinciale raden zetelen zij niet als vertegenwoordigers van de orde, maar ten persoonlijke titel, net zoals de magistraten (E.H.R.M. 10 februari 1983, *t.a.p.* 18, § 32).

De afwezigheid van een rechtsmiddel dat kan aangewend worden tegen de beslissing van de raad van beroep volstaat niet om te besluiten tot een gebrek aan onpartijdigheid of onafhankelijkheid (Hof Mensenrechten, Debled, 22 september 1994, *Publ. Eur. Court H.R.* 1995, Serie A, nr. 292-B; *Jaarboek Mensenrechten* 1994-95, 225, noot B. VANLERBERGHE, "De onpartijdigheid van de Raad van Beroep van de Orde der geneesheren opnieuw ter discussie"; *J.T.* 1994, 755, noot P. LAMBERT, "Les récusations conjointes dans les procédures disciplinaires"; *J.L.M.B.* 1995, 345).

Het algemeen rechtsbeginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter is op alle rechtscolleges toepasselijk en met name op de raad van beroep van de Orde der geneesheren. Dit beginsel wordt miskend wanneer de beslissing mede wordt gewezen door een rechter van wie terecht kan worden gevreesd dat hij niet de waarborgen biedt waarop de rechtzoekende recht heeft. Zulks is het geval wanneer een lid van die raad van beroep mede een tuchtsanctie uitspreekt terwijl dat lid tevens deel uitmaakt van het controleorgaan, het Comité van de Dienst voor Geneeskundige Controle van het R.I.Z.I.V., dat het onderzoek heeft gevoerd op grond waarvan

die tuchtsanctie is genomen (Cass. 7 mei 1999, *Arr. Cass.* 1999, 629; *Pas.* 1999, I, 650; *Bull.* 1999, 648; *J.T.* 2000, 147).
Uit de omstandigheid dat de arts, die kennis heeft genomen van de zaak als lid van de provinciale raad na beraadslaging mede heeft beslist over de verwijzing naar een onderzoekscommissie, zelf deelnam aan de behandeling, de beraadslaging en de uitspraak over de zaak door de raad van beroep, valt af te leiden dat de beslissing van de raad van beroep gewezen is met schending van het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid van de rechter (Cass. 25 februari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 282; *Bull.* 1999, 289; *Pas.* 1999, I, 289).

230 Hoewel de raad van beroep is samengesteld uit vijf verkozen artsen en vijf raadsheren in het hof van beroep kan hij wettig beraadslagen en beslissen ook al zijn er maar drie verkozen leden en drie raadsheren aanwezig. Artikel 12 K.B. 6 februari 1970 dat bepaalt dat de raden van beroep wettig op deze wijze kunnen beraadslagen en beslissen is wettig genomen op grond van artikel 28 § 1 Wet Orde geneesheren (Cass. 21 december 1979, *Arr. Cass.* 1980, 494; *Pas.* 1980, I, 493; Cass. 21 januari 1982, *Arr. Cass.* 1982, 647; *Pas.* 1982, I, 623; *R.W.* 1982-83, 2546). Terecht heeft A. RASSON erop gewezen dat de waarborgen voor de onpartijdigheid die het Europees Hof in de samenstelling van de raden van beroep van de Orde der geneesheren vaststelt, nl. de paritaire samenstelling en de doorslaggevende stem van de voorzitter, niet steeds vervuld zijn. Het is niet uit te sluiten dat in een concreet geval de raad van beroep bestaat uit vijf verkozen leden en drie magistraten en dat de beslissingen worden genomen door een meerderheid van verkozen leden (A. RASSON-ROLAND, *t.a.p.*, 232). Daartegenover staat wel de rechtspraak van het Hof van Cassatie volgens welke uit de enkele omstandigheden dat een tuchtrechtscollege ten dele of zelfs geheel uit beroepsgenoten bestaat, niet afgeleid kan worden dat dit rechtscollege niet onpartijdig is (Cass. 21 december 1979, *Arr. Cass.* 1980, 494; *Pas.* 1980, I, 493; Cass. 30 april 1982, *Arr. Cass.* 1982, 1061; *Pas.* 1982, I, 933; *R.W.* 1983-84, 181). Nog volgens het Hof van Cassatie maakt de wet geen onderscheid tussen de vaste en de plaatsvervangende leden en stelt zij enkel een minimumquorum vast zodat de raden van beroep ook rechtsgeldig beraadslagen en beslissen wanneer zij uit een groter aantal leden zijn samengesteld (Cass. 29 mei 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1329; *Pas.* 1986, I, 1194; *R.W.* 1986-87, 1027, anders: C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 124 volgens wie op de plaatsvervangers pas een beroep mag worden gedaan als het minimum aantal leden niet is bereikt). Het standpunt van het Hof van Cassatie kan in een concreet geval aanleiding geven tot een grotere invloed van verkozen leden dan geoorloofd kan zijn uit een oogpunt van onpartijdigheid.

231 Wanneer de beslissing van een provinciale raad en de onderzoekshandelingen gesteld door die raad nietig zijn wegens de schending van het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid van de rechter dan is eveneens nietig de beslissing van de raad van beroep die, na de beslissing van de provinciale raad te hebben vernietigd, de zaak aan zich trekt en opnieuw uitspraak doet maar niettemin rekening houdt met de nietige onderzoekshandelingen van deze provinciale raad (Cass. 25 september 1987, *Arr. Cass.* 1988, 118; *Pas.* 1988, I, 113). Weigert de raad van beroep een beslissing van een

provinciale raad te vernietigen die het algemeen rechtsbeginsel betreffende de onpartijdigheid van de rechter heeft miskend, dan is de beslissing van die raad van beroep eveneens nietig (Cass. 10 maart 1988, *Arr. Cass.* 1988, 908; *Pas.* 1988, I, 835; *R.W.* 1988-89, 59). Wanneer daarentegen de beroepen tuchtrechtelijke beslissing nietig is wegens schending van het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid van de rechter, wordt die nietigheid door de beslissing in beroep niet overgenomen als deze die beslissing niet bevestigt, maar enkel op eigen gronden steunt (Cass. 4 februari 1988, *Arr. Cass.* 1988, 697; *Pas.* 1988, I, 648; Cass. 1 december 1988, *Arr. Cass.* 1989, 389; *Pas.* 1989, I, 353; *R.W.* 1989-90, 510).

De omstandigheid dat een provinciale raad een nietige beslissing zou hebben genomen omdat bepaalde van haar leden ook zouden hebben meegewerkt aan het vooronderzoek, heeft niet tot gevolg dat de raad van beroep die deze beslissing van de provinciale raad vernietigt, geen rekening zou mogen houden met verklaringen die tijdens het vooronderzoek werden afgelegd voor een regelmatig samengestelde onderzoekscommissie (Cass. 15 april 1994, *Arr. Cass.* 1994, 379; *Bull.* 1994, 374; *Pas.* 1994, I, 375; *R.W.* 1994-95, 435).

3. Onttrekking wegens gewettigde twijfel aan de onpartijdigheid

232 De Wet Orde geneesheren voorziet nergens uitdrukkelijk in de mogelijkheid tot het instellen van een vordering "tot onttrekking van de zaak aan de rechter wegens wettige verdenking" (art. 648, 2° Ger. W.).

Overeenkomstig artikel 650 Ger. W. kan iedere partij op grond van wettige verdenking vorderen dat de zaak aan de rechter wordt onttrokken. Een dergelijke vordering wordt ingesteld bij een met redenen omkleed en ondertekend verzoekschrift dat ter griffie van het Hof van Cassatie wordt ingediend (art. 653 Ger. W.).

233 Het Hof van Cassatie aanvaardde dat een vordering tot verwijzing van een provinciale raad naar een ander provinciale raad wegens gewettigde twijfel aan de onpartijdigheid van de raad ontvankelijk kan zijn. *In casu* was dat evenwel niet het geval omdat de vordering alleen hierop was gegrond dat de voorzitter van de provinciale raad t.o.v. wie de verdachte arts een wrakingsgrond had kunnen opwerpen, door de andere leden van de raad was verkozen. Een dergelijke omstandigheid is geen voldoende reden om het rechtscollege van de provinciale raad te verdenken (Cass. 17 augustus 1977, *Arr. Cass.* 1977, 1137; *Pas.* 1977, I, 1121; *J.T.* 1978, 364).

Het Hof van Cassatie verklaarde de vordering tot onttrekking wegens wettige verdenking wel ontvankelijk en gegrond in een zaak waarin ieder lid van de provinciale raad in het bijzijn van de verdachte arts de mening had geuit dat zijn houding formeel in strijd was met de regels van de raad inzake de behandeling van drugverslaafden waardoor de verdachte arts, die zelf lid was van de provinciale raad, zich automatisch zou hebben uitgesloten uit de raad. Sedertdien werd rechtgesproken zonder deze arts uit te nodigen. Die omstandigheden konden zowel bij de arts als bij derden een wettige verdenking doen ontstaan over de strikte onpartijdigheid (Cass. 14 februari 1985, *Arr. Cass.* 1985, 817; *Pas.* 1985 I, 732; *R.W.* 1985-86, 1842). De omstandigheid dat een plaatsvervangend magistraat-bijzitter zowel zitting heeft genomen in de on-

derzoekscommissie die eiser heeft ondervraagd als aanwezig is geweest op de terechtzitting van de provinciale raad waarop zijn zaak werd behandeld zonder dat die bijzitter aan de stemming heeft deelgenomen, kon bij eiser geen gewettigde twijfel doen ontstaan nopens de geschiktheid van de provinciale raad om over zijn zaak een onpartijdig oordeel te vellen. Het middel dat de schending inroept van artikel 6 E.V.R.M. kan in dit opzicht niet worden aangenomen (Cass. 22 maart 1990, *R.W.* 1990-91, 28).

234 Het Hof van Cassatie oordeelde dat niet ontvankelijk was het verzoekschrift tot onttrekking van de tuchtvervolging aan de Franstalige raad van beroep omdat er in de Orde der geneesheren slechts één dergelijke raad bestaat. Verwijzing naar een andere Franstalige raad van beroep is derhalve wettelijk onmogelijk en de onttrekking zonder verwijzing zou met rechtsweigering gelijk staan. Niettegenstaande de voorrang van internationale verdragsnormen, m.n. artikel 6 E.V.R.M. oordeelde het Hof nog dat het niet bevoegd is de bepalingen te wijzigen van het K.B. nr. 79 dat in zijn artikel 12 één enkele Franstalige raad van beroep opricht (Cass. 21 mei 1987, *Arr. Cass.* 1987, 1291; *Pas.* 1987, I, 1163; *R.W.* 1987-88, 470; P. LEMMENS en D. D'HOOGHE, *a.w.*, nr. 18).

De omstandigheid dat bepaalde leden van de raad van de orde, die een arts een door de raad van beroep tenietgedane tuchtstraf hebben opgelegd, moeten kennisnemen van nieuwe vervolgingen tegen die arts, kan geen gewettigde verdenking doen ontstaan over de geschiktheid van dat rechtscollege om die arts een eerlijk proces te verzekeren (Cass. 15 maart 2002, nr. C. 02.0028.F, *onuitg.*).

4. Wraking van een lid van een raad

235 Op grond van artikel 24 § 1 Wet Orde geneesheren bepaalt de Koning regels i.v.m. het uitoefenen van het recht van wraking met daarbij de rechtsmiddelen tegen de ter zake gewezen beslissingen. De regel van artikel 831 Ger. W. betreffende de wraking geldt ook t.a.v. de leden van een tuchtrechtelijk college (Cass. 4 maart 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 706; *Bull.* 1991, 628; *J.T.* 1992 (verkort), 276; *Pas.* 1991, I, 628; *R.W.* 1990-91 (verkort), 1446).

Zie artikel 40 tot artikel 43 K.B. 6 februari 1970 (*B.S.* 14 februari 1970), meer bepaald artikel 41 waarin wordt verwezen naar artikel 828 Ger. W. voor de wrakingsgronden. De wraking van leden van de raad van beroep is geregeld in de artikelen 40 tot 43 K.B. 6 februari 1970 en niet door artikel 837 Ger. W. (Cass. 13 april 1989, *Arr. Cass.* 1989, 928; *Pas.* 1989, I, 832; *R.W.* 1989-90, 758).

De redenen tot wraking worden op beperkende wijze opgesomd in de wet, zodat schending van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. en van het algemeen rechtsbeginsel inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter niet bij wege van wraking kunnen worden aangevoerd (Cass. 24 november 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1016; *Bull.* 1994, 1009; *Pas.* 1994, I, 1009; *R.W.* 1995-96, 86; *Jaarboek Mensenrechten* 1996-97, 336, noot B. VANLERBERGHE).

Een beslissing tot verwijzing van een arts naar de provinciale raad die uitspraak moet doen over de tuchtvervolging is een beslissing alvorens recht te doen in de zin van artikel 828, 8° Ger. W. Die wetsbepaling kan derhalve niet worden aangevoerd tot staving van een verzoek om een lid van een raad te wraken op grond dat hij voordien heeft meegewerkt aan de beslissing van verwijzing

(*idem*).
De beslissing van de provinciale raad om een arts voor zijn gerecht te doen verschijnen is niet van dien aard dat zij gewettigde twijfel kan doen ontstaan omtrent de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de leden van die raad (Cass. 24 december 1993, *Arr. Cass.* 1993, 1117; *Bull.* 1993, 1118; *Pas.* 1993, I, 1118).
Niet ontvankelijk is de wraking van de magistraat-assessor van de provinciale raad, daar deze slechts een raadgevende stem heeft en niet beslist (*idem*). Wanneer het advies van de magistraat-assessor verband houdt met juridische vragen, kan het belang ervan niet worden ontkend. Om deze reden vindt VAN ORSHOVEN dit arrest niet geheel overtuigend (P. VAN ORSHOVEN, "De zin van de column", *TRD&I* 1994,102).

236 De wraking gericht "tegen de raad van beroep zelf van de Orde der geneesheren als dusdanig, in zijn geheel, is geen wraking zoals bepaald in artikel 41" (Cass. 7 november 1975, *Arr. Cass.* 1976, 312; *Pas.* 1976, I, 302). Wanneer de raad van beroep een verzoek tot wraking wegens laattijdigheid niet-ontvankelijk verklaart en de zaak zelf verwijst naar de provinciale raad voorgezeten door de gewraakte persoon wordt artikel 6 E.V.R.M. niet geschonden (Cass. 9 februari 1984, *Arr. Cass.* 1984, 706; *Pas.* 1984, I, 651). Het is aan het gewraakte lid van de provinciale raad niet verboden om bij de debatten tegenwoordig te zijn of deel te nemen aan de beslissing over de vraag of het verzoek tot wraking ontvankelijk is (*idem*).

237 De argumenten tot wraking van de individuele leden van de raad van beroep die berusten op identieke, algemene en abstracte elementen, zonder gewag te maken van concrete en bijzondere gegevens die ten aanzien van hen hadden kunnen doen blijken van een persoonlijke wrok of vijandigheid ten overstaan van de verdachte, vormen een onvoldoende bewijs om het vermoeden van onpartijdigheid in hoofde van deze leden te weerleggen (Hof Mensenrechten, Debled, 22 september 1994, *Publ. Eur. Court H.R.* 1995, Serie A, nr. 292-B; *Jaarboek Mensenrechten* 1994-95, 225, noot B. VANLERBERGHE; *J.T.* 1994 (verkort), 755, noot P. LAMBERT; *J.L.M.B.* 1995, 345). Ter verantwoording van zijn beslissing dat er geen schending was van artikel 6, eerste lid E.V.R.M. legt het Hof grote nadruk op de concrete omstandigheden van de zaak en met name op het feit dat indien alle gewraakte leden uitgesloten zouden worden van de beraadslaging over de wraking, het gehele tuchtrechtelijk apparaat lamgelegd zou worden (B.VANLERBERGHE, *t.a.p.*, 228).

§ 6. Procedure en rechtsmiddelen

A. OPTREDEN VAN EEN PROVINCIALE RAAD IN TUCHTZAKEN

238 De provinciale raad van de orde op wiens lijst een arts is ingeschreven is, in de regel, bevoegd om tegen hem tuchtvervolgingen in te stellen en de vervolgde arts kan zich, gedurende de procedure, niet aan dat rechtscollege onttrekken, tenzij om taalkundige redenen en binnen de grenzen van de artikelen 36 en 38 K.B. 6 februari 1970 (Cass. 27 oktober 1994, *Arr. Cass.* 1994, 890; *Bull.* 1994, 871; *Pas.* 1994, I, 871; *R.W.* 1994-95, 1121).

Noch artikelen 20, 21 en 25 Wet Orde geneesheren en artikel 24 K.B. 6 februari 1970, noch het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging vereisen dat de beslissing van de provinciale raad tot tuchtrechtelijke vervolging van een arts of zijn oproeping om voor de raad te verschijnen een concrete inhoudelijke precisering van de erin omschreven telastleggingen bevatten (Cass. 20 december 2001, nr. D.01.0009 N).

239 Een provinciale raad kan optreden hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek, hetzij op klacht (art. 20 § 1 Wet Orde geneesheren; zie voor het ambtshalve optreden: Cass. 29 mei 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1329; *Pas.* 1986, I, 1194; *R.W.* 1986-87, 1027).

240 Een verzoek tot optreden kan uitgaan van de Nationale raad, de minister tot wiens bevoegdheid de Volksgezondheid behoort, de procureur des Konings of de provinciale geneeskundige commissie (art. 20 § 1 Wet Orde geneesheren).

Nieuw en derhalve niet-ontvankelijk is het niet voor de feitenrechter voorgedragen middel ten betoge dat het meedelen door de procureur des Konings aan de provinciale raad van vonnissen en strafdossiers ten laste van eiser een schending is van artikel 8 E.V.R.M. (Cass. 19 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 968; *Bull.* 1993, 972; *Pas.* 1993, I, 972).
Geen wetsbepaling verhindert de provinciale raad op te treden wanneer de procureur des Konings stukken doet geworden zonder om een optreden te verzoeken (*idem*).

241 Ten slotte kan een provinciale raad optreden op klacht van een arts of van een derde. De bepaling dat de provinciale raad optreedt o.m. op klacht van een derde, beperkt het begrip "derde" niet (Cass. 20 december 2001, *Pas.* 2001, I, 2188-2201).

De Dienst voor Geneeskundige Controle van het R.I.Z.I.V. kan bij de "betrokken tuchtrechtelijke instanties" de feiten, verzameld tijdens zijn onderzoeken, aanklagen in zoverre die inlichtingen deze laatsten kunnen aanbelangen bij de uitoefening van het toezicht waarmee ze belast zijn (art. 146, zesde lid Z.I.V.-Wet 1994).

De klacht van een arts tegen een collega doet vragen rijzen i.v.m. de geheimhoudingsplicht van de klagende arts wanneer zijn klacht betrekking heeft op een gegeven dat hij vernam in het kader van de uitoefening van zijn beroep (zie verder, nr. 1307). De derde die klacht kan indienen kan om het even wie zijn (C. PANIER, "Considérations sur la situation juridique des tiers au regard des procédures disciplinaires dans les ordres professionnels", *Ann. dr. Louvain* 1984, 380).

B. ONDERZOEK

242 Het bureau van de provinciale raad stelt de zaak in onderzoek. Het bureau doet zelf het onderzoek of het duidt een of meerdere personen van de raad aan om samen met de bijzitter-magistraat het onderzoek te doen (art. 20 § 1, tweede lid Wet Orde geneesheren). De bepaling dat het bureau van de provinciale raad van de Orde der geneesheren de tuchtzaak ten laste van een arts in onderzoek stelt en niet de provinciale raad, is niet van dwingend recht en raakt evenmin de openbare orde (Cass. 9 september 1994, *Arr. Cass.* 1994, 729; *Bull.* 1994, 712; *Pas.* 1994, I, 712).

Sedert het Hof van Cassatie het algemeen rechtsbeginsel van de onpartijdigheid van de rechter ook toepast op de provinciale raden wordt het onderzoek steeds verricht door een speciaal daartoe samengestelde onderzoekscommissie. De leden die hiervan deel uitmaken mogen niet deelnemen aan de berechtiging (Cass. 22 december 2003, *N.J.W.* 2004, 493, noot E.B.).

Nieuw en derhalve niet ontvankelijk is het niet voor de feitenrechter aangevoerde middel ten betoge dat de onderzoekscommissie niet rechtsgeldig werd belast met het onderzoek van een tuchtzaak ten laste van een arts (Cass. 9 september 1994, *Arr. Cass.* 1994, 729; *Bull.* 1994, 712; *Pas.* 1994, I, 712).

Ingeval de provinciale raad een klacht ontving, tracht het bureau de partijen te verzoenen en maakt het eventueel een proces-verbaal van verzoening op (art. 20 § 1, derde lid). De afwezigheid van een verzoeningspoging tast de rechtsgeldigheid van de vervolging voor de provinciale raad niet aan (Conseil d'Appel fr. 16 april 1973, *T. Orde Geneesh.* 1973-74, nr. 23, 67). De poging tot verzoening van de partijen is niet op straffe van nietigheid voorgeschreven. Het ontbreken van dergelijke poging heeft niet tot gevolg dat de rechtspleging en de eruit volgende veroordeling nietig is (Cass. 3 september 1998, *Arr. Cass.* 1998, 837; *Pas.* 1998, I, 910; *Bull.* 1998, 899).

Wanneer het onderzoek is beëindigd brengt het bureau of de verslaggever aangewezen door het bureau verslag uit bij de provinciale raad (art. 20 § 1, vierde lid). Daarop beslist de provinciale raad ofwel de zaak zonder gevolg te laten, ofwel een aanvullend onderzoek te laten verrichten ofwel de arts te doen verschijnen voor de raad (art. 24 K.B. 6 februari 1970). Als de zaak zonder gevolg wordt gelaten, dient de klager hiervan niet te worden in kennis gesteld. Dat is te betreuren (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 104). Volgens LOUVEAUX kan in dat geval de voorzitter van de raad aan de aangeklaagde arts een vaderlijke vermaning geven. Volgens artikel 24, eerste lid K.B. 6 februari 1970 moet de arts tegen wie een onderzoek werd bevolen daarvan zo spoedig mogelijk op de hoogte worden gebracht. Dat is geen op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste (*Vr. en Antw.* Kamer 25 mei 1982, 1241, KUYPERS, Vr. nr. 140).

De beklaagde moet tijdens een vooronderzoek in tuchtzaken niet bijgestaan worden door een raadsman, wanneer hij de bevindingen gedaan tijdens dat vooronderzoek mag betwisten en bespreken tijdens het debat ter terechtzitting (Cass. 3 september 1998, *Arr. Cass.* 1998, 837; *Bull.* 1998, 899).

Het verslag van het verhoor in het kader van een onderzoek dient aan de gehoorde arts te worden meegedeeld. Indien het verslag onmiddellijk na het verhoor werd opgesteld, wordt de gehoorde arts verzocht de tekst van zijn verklaring te lezen, mogelijke opmerkingen te formuleren waarvan akte wordt genomen en het verslag te ondertekenen (indien hij weigert het verslag te ondertekenen wordt deze weigering vermeld). Een kopie van het verslag van het verhoor wordt aan de betrokkene afgeleverd of wordt hem binnen de 15 dagen na zijn verhoor toegezonden. Indien het verslag niet onmiddellijk na het verhoor wordt opgesteld, wordt het verslag van het verhoor aan de gehoorde arts in twee exemplaren toegezonden binnen de 15 dagen na zijn verhoor. De arts wordt verzocht een ondertekend exemplaar terug te zenden, desgevallend met opmerkingen. Om moeilijkheden te voorkomen in geval van betwisting, wordt aanbevolen over te gaan tot een audio-opname van het verhoor. In dat geval wordt de gehoorde arts vooraf ingelicht van deze opname; hij kan zich hiertegen niet verzetten. In geval van betwisting kan de gehoorde arts een gezamenlijke beluistering van de opname en desgevallend een letterlijke overschrijving van de betwiste passage vragen ("Tuchtrechtelijke onderzoeksprocedure – Verhoor", *T. Orde Geneesh.* 2001, nr. 93, 9).

Artikel 6 E.V.R.M noch artikel 24 § 1 Wet Orde geneesheren worden geschonden door de beslissing van de provinciale raad tot verwerping van een verzoek van een arts door zijn advocaat te worden bijgestaan tijdens een "onderhoud" met de onderzoekscommissie. In deze fase van de procedure is nog geen sprake van een "verdachte" arts zoals bedoeld in artikel 24 § 1, eerste lid (raad van beroep met het Frans als voertaal 26 februari 1991, *J.T.* 1991, 374). In toepassing van artikel 20 § 1 Wet Orde geneesheren is wel de aanwezigheid van de magistraat-assessor vereist tijdens het verhoor van de arts door de onderzoekscommissie (*idem*).

De bepalingen van het Ger. W. betreffende het getuigenverhoor dat in burgerlijke zaken wordt bevolen, zijn niet toepasselijk op het verhoor van getuigen tijdens het onderzoek in tuchtzaken (Cass. 3 september 1998, *Arr. Cass.* 1998, 837; *Bull.* 1998, 899).

243 Vermits het onderzoek geheim is, mag het disciplinair dossier niet worden meegedeeld aan gerechtelijke of administratieve overheden (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 100).

De verplichting tot geheimhouding waardoor de leden van de raden van de Orde der geneesheren krachtens artikel 30 Wet Orde geneesheren gebonden zijn, raakt de openbare orde en berust inzonderheid op de noodzaak degenen die hun vertrouwelijke mededelingen kunnen doen over feiten die geheim moeten blijven, volledige veiligheid te waarborgen. Het staat aan de rechter om, op grond van de specifieke gegevens van de zaak, na te gaan of de weigering van de raad van de provinciale raad van de Orde der geneesheren een klacht van de echtgenote van een arts tegen haar man over te leggen op een dergelijke verplichting rust dan wel of ze integendeel het geheim niet afwendt van het bij de instelling ervan beoogde oogmerk (Cass. 18 juni 1992, *Arr. Cass.* 1992, 993; *Bull.* 1992, 924; *J.L.M.B.* 1992, 1463; *J.T.* 1993, 106; *Pas.* 1992, I, 924; *R.G.A.R.* 1994, nr. 12.314; *R.W.* 1992-93, 616).

C. VERSCHIJNING VOOR DE PROVINCIALE RAAD

244 De oproeping tot het verschijnen voor de provinciale raad wordt bij aangetekend schrijven aan de betrokken arts gestuurd, minstens vijftien dagen vóór de vergadering (art. 25, eerste lid K.B. 6 februari 1970). Niet-ontvankelijk is het middel waarin de onregelmatige oproeping vóór de provinciale raad wordt aangevoerd als het niet aan de raad van beroep is voorgelegd vóór ieder verweer, over de zaak zelf (Cass. 13 september 1984, *Arr. Cass.* 1985, 78; *Pas.* 1985, I, 62). Na de oproeping hebben de arts en zijn raadsman het recht op het secretariaat van de provinciale raad kennis te nemen van het dossier (art. 25, tweede lid K.B. 6 februari 1970). Noch de artikelen 20, 21 en 25 Wet Orde geneesheren en artikel 24 K.B. 6 februari 1970 noch het algemeen rechtsbeginsel inzake het recht van verdediging vereisen dat de beslissing van de provinciale raad tot tuchtrechtelijke vervolging van een arts of zijn oproeping om voor de raad te verschijnen een concrete inhoudelijke precisering van de erin omschreven tenlasteleggingen bevatten (Cass. 20 december 2001, AR D.01.0009. N, *onuitg.*)

245 Zie in verband met de verplichting van de arts die disciplinair wordt vervolgd om blijk te geven van oprechtheid tegenover de tuchtoverheid: Cass. 21 maart 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1008; *Pas.* 1986, I, 915 en Cass. 29 mei 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1329; *Pas.* 1986, I, 1194; *R.W.* 1986-87, 1027; zie verder, nr. 1307.

Volgens DIERKENS moet de verplichting van de vervolgde arts om de waarheid te spreken minstens worden gerelativeerd. Enkel het feit dat de vervolgde arts zich mag laten bijstaan door een of meerdere raadslieden wijst op de mogelijkheid die waarheid vanuit verschillende hoeken te belichten (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 336). Zowel DIERKENS als GOFFIN vragen zich af of die plicht de waarheid te spreken wel verenigbaar is met de geheimhoudingsplicht (L. GOFFIN, "L'avocat ou le médecin doit-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret

dont il est professionnellement le dépositaire?", *Ann. dr. Louvain* 1984, 365). Zolang tuchtprocedures een besloten karakter hadden konden beide plichten nog met elkaar worden verzoend. Nu tuchtprocedures in toenemende mate openbaar (kunnen) verlopen is dat moeilijker. Dat zou volgens GOFFIN kunnen leiden tot een vermindering van het belang van de verplichting de waarheid te spreken.

Zie in deze zin: Prov. raad Luik 27 april 2000: het feit dat men het liegen in het kader van een tuchtonderzoek tegen de organen van de orde verheft tot een misdrijf, komt erop neer dat men het vermoeden van onschuld ontkent en de bewijslast omkeert. Elke beklaagde heeft het recht bij zijn verhoor door onderzoekers of door een rechtbank een systematisch ontkennende houding aan te nemen (Provinciale raad Orde der geneesheren Luik 27 april 2000, *Journ. proc.* 2002, afl. 434, 26, noot J.-M. DERMAGNE).

D. RECHTSPLEGING EN BESLISSING

246 Zie voor de rechtspleging voor een provinciale raad: artikel 24 § 1 Wet Orde geneesheren en artikel 26 K.B. 6 februari 1970, *B.S.* 14 februari 1970. Overeenkomstig artikel 24 § 1, eerste lid Wet Orde geneesheren mag de verdachte arts zich laten bijstaan door één of meer raadslieden. Het Hof van Cassatie besliste dat deze bepaling zo moet worden begrepen dat de verdachte arts zich enkel door een advocaat en niet door een arts (zelfs al is die tevens jurist) mag laten bijstaan. Artikel 440, eerste lid Ger. W. dat een pleitmonopolie voor advocaten instelt, is volgens het Hof ook van toepassing op de procedures gevoerd voor de raad van beroep (Cass. 23 mei 1997, *Arr. Cass.* 1997, 566; *Bull.* 1997, 587; *Pas.* 1997, I, 587; *T. Gez.* 1999-2000, 266, noot K. BROECKX; zie ook: K. BROECKX, "Kan alleen een advocaat een geneesheer bijstaan voor de tuchtoverheid?", noot onder Cass. 21 september 1995, *T. Gez.* 1996-97, 112-114). Vermits artikel 24 § 1, eerste lid Wet Orde geneesheren geen onderscheid maakt tussen de provinciale raden en de raden van beroep, geldt de interpretatie die het Hof van Cassatie heeft gegeven aan deze bepaling ook voor de procedures gevoerd voor de provinciale raden. Zie in die zin ook: BROECKX in haar noot onder het arrest van 23 mei 1997: "Het is derhalve duidelijk dat een geneesheer zich voor de tuchtrechtelijke overheden voortaan alleen nog door een advocaat kan laten bijstaan" (in andere zin: "Tuchtzaken – Raadslieden van de verdachte geneesheren", *T. Orde Geneesh.* 1991, nr. 52, 23).

De regels van het Ger. W. zijn toepasselijk op tuchtprocedures, voorzover de tuchtoverheid geen andere, daarmee strijdige bepalingen heeft uitgevaardigd. Hieruit volgt dat, behoudens andersluidende beschikkingen in de reglementen betreffende de Orde der geneesheren, de bepalingen van artikel 877 e.v. Ger. W. inzake het overleggen van stukken toepasselijk zijn op de rechtspleging voor tuchtrechtelijke rechtsmachten van die orde (Brussel 7 april 1998, *Pas.*, II, 65).
Artikel 40 Taalwet Gerechtszaken dat bepaalt dat de regels van de wet op straf van nietigheid zijn voorgeschreven, is niet toepasselijk op de rechtspleging voor de raden van de orde (Cass. 26 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 994; *Bull.* 1993, 998; *Pas.* 1993, I, 998; *R.W.* 1993-94 (verkort), 829; *TRD&I* 1994, 44; Cass. 13 mei 1994, *Arr. Cass.* 1994, 486; *Bull.* 1994, 472; *Pas.* 1994, I, 472; *R.W.* 1994-95 (verkort), 893).

247 De beslissingen van de provinciale raad worden genomen bij meerderheid van stemmen. De beslissingen houdende schrapping van de lijst van de orde of de schorsing van het recht de geneeskunde uit te oefenen voor langer dan één jaar moeten evenwel worden gewezen bij meerderheid van minstens tweederde der stemmen (art. 26, derde lid K.B. 6 februari 1970; Cass. 12 december 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1359; *Bull.* 1997, 1433; *Pas.* 1997, I, 1433; *T. Gez.* 1998-99, 212). Ingeval van staking van stemmen beslist de stem van de voorzitter (art. 28 § 2 Wet Orde geneesheren).

I.v.m. de verplichting de beslissing te motiveren, zie boven, nr. 197.

248 Wanneer, volgens de vermeldingen van het proces-verbaal van de vergadering van de provinciale raad waarop een tuchtzaak is onderzocht enerzijds en volgens de beslissing die in die zaak door die provinciale raad is uitgesproken anderzijds, de leden van die raad niet dezelfde waren, moet die beslissing worden vernietigd (Cass. 31 januari 1985, *Arr. Cass.* 1985, 716; *Pas.* 1985, I, 635).

De vaststelling in de beslissing van een tuchtraad dat één van de leden van die raad de beslissing heeft goedgekeurd is weliswaar in strijd met het beginsel dat de beraadslaging van de rechters geheim is maar maakt op zichzelf de beslissing waarin zij is vervat niet nietig (Cass. 29 mei 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1329; *Pas.* 1986, I, 1194; *R.W.* 1986-87, 1027). Het bewijs van de aanwezigheid van een juridisch bijzitter op de terechtzitting van een provinciale raad kan zowel volgen uit de vaststellingen van de genomen beslissing als uit de niet-tegenstrijdige vermeldingen van het proces-verbaal (Cass. 1 december 1977, *Arr. Cass.* 1978, 385; *Pas.* 1978, I, 372).

Ingevolge artikel 779 Ger. W. dat in tuchtzaken toepasselijk is, dienen de leden van de raad van beroep die hebben meegewerkt aan de beslissing, noodzakelijkerwijs de terechtzitting bij te wonen waarop zij is uitgesproken, tenzij toepassing is gemaakt van het tweede lid van voornoemd artikel (Cass. 19 november 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1336; *Bull.* 1992, 1292; *P.&B.* 1993, 69, noot E. BREWAEYS, "Het beraad, de uitspraak en de onderkenning (lees: ondertekening) van het vonnis"; *Pas.* 1992, I, 1292; *R.W.* 1992-93, 1036).

E. BETEKENING VAN DE BESLISSING

249 De beslissing van de provinciale raad wordt binnen acht dagen bij aangetekende brief bekendgemaakt aan de beklaagde arts. (art. 26, vierde lid K.B. 6 februari 1970). Artikel 26, laatste lid van dit K.B. bepaalt dat een afschrift van iedere beslissing van een provinciale raad "in dezelfde tijd" wordt gestuurd aan de voorzitter van de Nationale raad evenals aan de overheid die de zaak aanhangig heeft gemaakt bij de provinciale raad, overeenkomstig artikel 20 § 1 Wet Orde geneesheren. Het in dit artikel voorkomende "de minister tot wiens bevoegdheid de Volksgezondheid behoort" is te lezen in het licht van de Staatshervorming zodat "de minister" evenzeer de voor de volksgezondheid bevoegde Ministers van de Gemeenschappen betreft ("Mededeling van een tuchtrechtelijke beslissing", *T. Orde Geneesh.* 1993, nr. 62, 22).

I.v.m. de kennisgeving van definitief geworden beslissingen, zie verder, nr. 256.

F. HOGER BEROEP

1. Instellen van hoger beroep

250 Tegen de beslissing door een provinciale raad in tuchtzaken gewezen kan hoger beroep worden ingesteld hetzij door de betrokken arts, hetzij door de voorzitter van de Nationale raad samen met een ondervoorzitter hetzij door de bijzitter van de provinciale raad. Het hoger beroep schorst de tenuitvoerlegging van de aangevochten beslissing. Hoger beroep tegen voorbereidende beslissingen of onderzoeksbeslissingen kan alleen ingesteld worden samen met hoger beroep tegen de eindbeslissing (art. 21 Wet Orde geneesheren).

Zie i.v.m. hoger beroep ingesteld door de bijzitter: Cass. 7 november 1985, *Arr. Cass.* 1986, 317; *Pas.* 1986, I, 270; *R.W.* 1985-86, 2244. Een zaak is wettig aanhangig gemaakt bij de raad van beroep als de magistraat-assessor de provinciale raad verzocht heeft het dossier bij de raad van beroep aanhangig te maken en de voorzitter van de provinciale raad, met een aangetekende brief waarbij de brief van de magistraat-assessor gevoegd was, het dossier naar de raad van beroep heeft gezonden.

Zie i.v.m. de beroepstermijn: artikel 25 § 1 Wet Orde geneesheren; zie ook: Cass. 14 februari 1985, *Arr. Cass.* 1985, 814; *Pas.* 1985, I, 730; *R.W.* 1985-86, 1842; *J.T.* 1985, 448: de in artikelen 22 en 25 Wet Orde geneesheren vastgestelde termijn voor hoger beroep tegen een beslissing van de provinciale raad gaat in vanaf de kennisgeving van die beslissing bij aangetekende brief, zelfs als de provinciale raad heeft bevolen dat de beslissing bij deurwaardersexploot zal worden betekend.

251 Krachtens artikel 25 § 1 Wet Orde geneesheren wordt hoger beroep ingesteld, hetzij door de arts binnen 15 dagen vanaf de kennisgeving van de beslissing, hetzij door de assessor van de provinciale raad, hetzij door de voorzitter van de Nationale raad samen met een ondervoorzitter, binnen 30 vrije dagen vanaf die kennisgeving. Indien de beslissing bij verstek is gewezen vangt de termijn van hoger beroep krachtens artikel 25 § 2, tweede lid eerst aan na het verstrijken van de termijn van verzet. Die verlenging van termijn geldt slechts voor de arts maar niet voor de orde, tegen wie een beslissing bij verstek niet kan worden gewezen. De langere termijn die voor het instellen van hoger beroep aan anderen dan de arts is toegestaan, is redelijk verantwoord als de zaak bij verstek wordt behandeld aangezien de arts, nu zij kan verhinderen dat de arts verzet aantekent terwijl de overige mogelijke appellanten in dezelfde termijn hoger beroep zouden instellen. Er is echter geen redelijke verantwoording om aan de assessor van de provinciale raad of aan de voorzitter van de Nationale raad samen met een ondervoorzitter een bijkomende termijn van 15 dagen te verstrekken als de beroepen beslissing op tegenspraak is gewezen, vooral nu de zaak in elk geval in haar geheel gebracht wordt voor de raad van beroep indien alleen de arts hoger beroep instelt. De raad van beroep die voor de arts een kortere termijn van hoger beroep toepast dan die welke geldt voor andere personen die hoger beroep kunnen instellen, schendt de artikelen 10, 11 en 159 G.W. (Cass. 20 juni 1997, *Arr. Cass.* 1997, 685; *Bull.* 1997, 721; *Pas.* 1997, I, 721; *J.T.* 1998, 255; *R.W.* 1997-98, 851).

2. *Behandeling van het hoger beroep*

252 Overeenkomstig artikel 25 § 4 Wet Orde geneesheren neemt de raad van beroep kennis van het geheel van de zaak zelfs indien enkel hoger beroep werd ingesteld door de arts (Cass. 5 december 1960, *Arr. Cass.* 1961, 312; *Pas.* 1961, I, 363; Cass. 9 oktober 1967, *Arr. Cass.* 1968, 188; *Pas.* 1968, I, 177; Cass. 14 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 933; *Pas.* 1978, I, 915; *R.W.* 1978-79, 216; Cass. 5 mei 1989, *Arr. Cass.* 1988-89, 1038; *Pas.* 1989, I, 933). Terzake van artikel 25 § 4 vindt artikel 1068 Ger. W. toepassing, overeenkomstig artikel 2 van hetzelfde wetboek (Cass. 21 januari 1983, *Arr. Cass.* 1983, 657; *Pas.* 1983, I, 594; *R.W.* 1982-83, 2546).

De raad van beroep belast één van de verslaggevers met het onderzoek van de zaak; deze brengt verslag uit bij de raad; op diens verzoek doet hij alle bijkomende onderzoeksverrichtingen (art. 20 § 2, eerste lid Wet Orde geneesheren; Cass. 1 december 1977, *Arr. Cass.* 1978, 387; *Pas.* 1978, I, 374: verhindering en vervanging van de magistraat belast met het onderzoek). De raad van beroep mag de verslaggever van de provinciale raad die deelgenomen heeft aan het onderzoek in eerste aanleg horen (art. 20 § 2, tweede lid; Cass. 13 september 1984, *Arr. Cass.* 1985, 78; *Pas.* 1985, I, 62 noot): uit de enkele omstandigheid dat deze verslaggever, niettegenstaande de behandeling met gesloten deuren, de debatten voor de raad van beroep heeft bijgewoond, kan niet worden afgeleid dat de zaak niet eerlijk is behandeld door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 E.V.R.M. Zie i.v.m. de oproeping van de betrokken arts en de inzage in het tuchtdossier: artikel 31 K.B. 6 februari 1970 (Cass. 12 maart 1976, *Arr. Cass.* 1976, 803; *Pas.* 1976, I, 764: geen wettelijke of verordenende bepaling verplicht de raad van beroep aan de betrokken arts op een andere wijze dan door inzage van het dossier voor de terechtzitting, kennis te geven van de stukken die vóór het sluiten van de debatten bij het dossier worden gevoegd).
Ook al zijn de feiten op grond waarvan in hoger beroep een tuchtstraf wordt opgelegd dezelfde als die waarvoor een arts wordt vervolgd, toch wordt zijn recht van verdediging miskend wanneer hij niet de gelegenheid heeft gehad verweer te voeren en voor de raad van beroep geen verweer heeft gevoerd op grond van de nieuwe hem ten laste gelegde omschrijving (Cass. 4 maart 1999, *Arr. Cass.* 1999, 317; *Pas.* 1999, I, 325; *Bull.* 1999, 325).
De toevoeging van de disciplinaire vervolging aan het dossier schendt de rechten van de verdediging van de beklaagde. Ze moet dus uit de debatten worden geweerd (Raad van Beroep Orde der geneesheren met het Frans als voertaal 25 november 1997, *J.L.M.B.* 1999, 301, noot B. DE COCQUEAU DES MOTTES).

3. *Beslissing in hoger beroep*

253 De beslissingen van de raad van beroep worden getroffen bij meerderheid van stemmen (art. 12, tweede lid K.B. 6 februari 1970). Ingeval van staking van stemmen beslist de stem van de voorzitter-magistraat (art. 28 § 2 Wet Orde geneesheren). Ingevolge artikel 779 Ger. W. dat in tuchtzaken toepasselijk is, dienen de leden van de raad van beroep die hebben meegewerkt aan de beslissing, noodzakelijkerwijs de terechtzitting bij te wonen waarop zij is uitgesproken, tenzij toepassing is gemaakt van het tweede lid van voornoemd artikel (Cass. 19 november 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1336; *Bull.* 1992, 1292; *P.&B.* 1993, 69, noot E. BREWAEYS; *Pas.* 1992, I, 1292; *R.W.* 1992-93, 1036).

Een meerderheid van tweederde is vereist om de schrapping van de lijst van de orde of een schorsing van meer dan één jaar uit te spreken (art. 32 K.B. 6 februari 1970). Een tweederde meerderheid is eveneens vereist om een sanctie toe te passen wanneer de provinciale raad er geen

heeft uitgesproken of om de door de provinciale raad uitgesproken sanctie te verzwaren (art. 25 § 4 tweede lid Wet Orde geneesheren; deze bepaling is niet onverenigbaar met de vereisten van een eerlijk proces die in art. 6 E.V.R.M. zijn vastgesteld; de regels volgens welke op het enkel beroep van degene die wordt vervolgd zijn toestand niet mag worden verzwaard is gegrond op art. 202 Sv. en is niet van toepassing op de bij K.B. nr. 79 geregelde materie (Cass. 13 september 1984, *Arr. Cass.* 1985, 81; *Pas.* 1985, I, 69; Cass. 1 juni 1989, *Arr. Cass.* 1989, 1164; *Pas.* 1989, I, 1050; Cass. 30 november 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 362; *Bull.* 1991, 326; *Pas.* 1991, I, 326; *R.W.* 1990-91 (verkort), 1069)). Deze bepaling is evenmin onverenigbaar met de vereisten van een eerlijk proces en het recht van een veroordeelde om zijn schuldigverklaring en zijn veroordeling te onderwerpen aan een hoger gerecht (Cass. 25 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 628; *Bull.* 1993, 617; *Pas.* 1993, I, 617; *R.W.* 1993-94 (verkort), 550, noot).
Noch het beginsel van het recht van verdediging, noch artikel 6, eerste lid E.V.R.M. worden geschonden door de raad van beroep die zonder vooraf de arts-appellant te hebben verwittigd, de door de provinciale raad uitgesproken tuchtsanctie verzwaart (Cass. 30 november 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 362; *Bull.* 1991, 326; *Pas.* 1991, I, 326; *R.W.* 1990-91 (verkort), 1069).
De bepalingen van artikel 14, 1° en 5° B.U.P.O. worden niet geschonden door de raad van beroep, die op het enkel hoger beroep van de betrokken arts, de door de provinciale raad uitgesproken sanctie verzwaart (Cass. 10 september 1993, *Arr. Cass.* 1993, 688; *Bull.* 1993, 684; *Pas.* 1993, I, 684).

G. VERZET

254 De arts tegen wie een beslissing werd gewezen bij verstek, kan hiertegen in verzet komen binnen de termijn van vijftien vrije dagen vanaf de kennisgeving van de beslissing. De zaak wordt opnieuw gebracht voor de raad die de uitspraak heeft gedaan. De eiser in verzet die een tweede maal verstek laat gaan, kan niet meer in verzet komen (art. 22 Wet Orde geneesheren; art. 27 en 34 K.B. 6 februari 1970).

Wanneer de raad van beroep bij verstek een tuchtstraf heeft opgelegd met de daartoe vereiste tweederde meerderheid van stemmen en op verzet van de niet-verschijnende eiser tegen deze beslissing dit verzet ongedaan verklaart, vereist deze laatste beslissing geen tweederde meerderheid van de stemmen, ook al stelt ze vast dat de beslissing bij verstek haar volle uitwerking zal hebben (Cass. 7 november 1975, *Arr. Cass.* 1976, 312; *Pas.* 1976, I, 302). Wanneer de raad van beroep de door de provinciale raad uitgesproken sanctie met de vereiste meerderheid van tweederde van de stemmen, bij verstek heeft verzwaard en hij, op het verzet van de verstekdoende eiser tegen die beslissing, dat verzet ontvankelijk maar ongegrond verklaart, moet hij uitspraak doen met een tweederde meerderheid (Cass. 12 januari 1989, *Arr. Cass.* 1989, 573; *Pas.* 1989, I, 512; *R.W.* 1988-89, 1296).

H. BETEKENING VAN DE BESLISSING

255 Overeenkomstig artikel 33 K.B. 6 februari 1970 moeten de beslissingen van de raad van beroep binnen de 8 dagen na de uitspraak aan de betrokken arts worden betekend. In dezelfde tijd wordt kennis ervan gegeven aan de provinciale raad die in eerste aanleg de uitspraak heeft gedaan, aan de voorzitter van de Nationale raad evenals aan de in artikel 20 § 1 Wet Orde geneesheren bedoelde overheid.

I. VOORZIENING IN CASSATIE

256 De beslissing van de raad van beroep in tuchtzaken kan voor het Hof van Cassatie worden gebracht wegens overtreding van de wet of schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven formaliteiten. Dit kan gebeuren door de minister tot wiens bevoegdheid de Volksgezondheid behoort, door de voorzitter van de Nationale raad samen met een ondervoorzitter of door de betrokken arts (art. 23, eerste lid Wet Orde geneesheren). De Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie kan zich in cassatie voorzien in het belang van de wet (art. 23, vijfde lid).

Zolang de bepalingen van de Code van medische plichtenleer niet bindend zijn verklaard kan de schending ervan geen aanleiding geven tot een voorziening in cassatie (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 136).
De voorziening in cassatie schorst de tenuitvoerlegging (art. 23, derde lid). Ingeval van cassatie wordt de zaak verwezen naar de raad van beroep anders samengesteld. Die raad is verplicht zich te voegen naar het arrest van het Hof van Cassatie wat betreft het daarin gesproken recht (art. 23, vierde lid).

Zie voor de procedure in cassatie: artikel 26 Wet Orde geneesheren (Cass. 3 maart 1952, *Arr. Cass.* 1952, 346; *Pas.* 1952, I, 396: verzoekschrift dient door een advocaat bij het Hof van Cassatie ondertekend te zijn; Cass. 14 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 739; *Pas.* 1970, I, 691: cassatiemiddel dat enkel betrekking heeft op een van de ten laste gelegde tekortkomingen terwijl de uitgesproken straf wettelijk verantwoord blijft door een andere tekortkoming is niet ontvankelijk; Cass. 4 februari 1975, *Arr. Cass.* 1975; 633; *Pas.* 1975, I, 575: niet-ontvankelijk is de voorziening tegen een in eerste aanleg genomen beslissing van de provinciale raad; Cass. 13 februari 1976, *Arr. Cass.* 1976, 689; *Pas.* 1976, I, 657: het middel hieruit afgeleid dat de bestreden beslissing van de raad van beroep de rechten schendt welke de eiser beweert te hebben bekomen door een vroegere beslissing van de provinciale raad kan niet voor het eerst voor het Hof worden voorgedragen; Cass. 6 november 1980, *Arr. Cass.* 1981, 259; *Pas.* 1981, I, 284: een enkele tuchtstraf wegens meerdere tekortkomingen waarbij de raad van beroep in het midden heeft gelaten of deze straf verantwoord werd door de tekortkomingen waarvan de cassatiemiddelen niet gewagen; ontvankelijkheid van die middelen; Cass. 30 april 1982, *Arr. Cass.* 1982, 1061; *Pas.* 1982, I, 933; *R.W.* 1983-84, 181; Cass. 6 november 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1285; *Bull.* 1992, 1239; *Pas.* 1992, I, 1239; *R.W.* 1992-93 (verkort), 997: Cass. 24 december 1993, *Arr. Cass.* 1993, 1122; *Bull.* 1993, 1122; *Pas.* 1993, I, 1122: wanneer een beslissing van de raad van beroep een enkele tuchtrechtelijke straf uitspreekt wegens verscheidene tekortkomingen, is niet ontvankelijk het middel dat enkel betrekking heeft op sommige van deze tekortkomingen, indien de straf wettelijk gerechtvaardigd blijft door een andere tekortkoming; Cass. 13 september 1984, *Arr. Cass.* 1985, 78; *Pas.* 1985, I, 62: niet ontvankelijk is het middel waarin de onregelmatige oproeping voor de provinciale raad wordt aangevoerd als het niet aan de raad van beroep is voorgelegd voor elk verweer over de zaak zelf; Cass. 14 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 46; *Bull.* 1993, 44; *Pas.* 1993, I, 44: de raad van beroep die, op het enkele beroep van de vervolgde arts, de beslissing van de provinciale raad wijzigt en bij een feitelijke beoordeling van de gegevens van de zaak beslist dat de in de tenlasteleggingen aangegeven feiten niet bewezen zijn gebleven, behoeft de gegevens van het onderzoek van de zaak en die van het medisch dossier waarop hij zijn beslissing steunt, niet aan te wijzen; Cass. 19 november 1993, *Arr. Cass.* 1993, 968; *Bull.* 1993, 972; *Pas.* 1993, I, 972: ook al is de beslissing van de provinciale raad nietig omdat zij o.m. werd genomen door een arts die deel uimaakte van de onderzoekscommissie, dan nog is de kennisneming van het strafdossier door de onderzoekscommissie geen nietige onderzoeksverrichting; Cass. 24 december 1993, *Arr. Cass.* 1993, 1116; *Bull.* 1993, 1116; *Pas.* 1993, I, 1116: ook al zou de beroepen tuchtrechtelijke beslissing nietig zijn, het rechtscollege in hoger beroep neemt die nietigheden niet over als op grond van een eigen motivering en zonder de redenen van de beroepen beslissing over te nemen of ernaar te verwijzen, de beroepen beslissing wordt bevestigd: Cass. 9 mei 1996, *Arr. Cass.* 1996, 426; *Bull.* 1996, 450; *Pas.* 1996, I, 450; *R.W.* 1996-97 (verkort), 549: nietig is de beslissing van de raad van beroep, die niet

alleen steunt op eigen redenen maar ook op redenen van een nietig beroepen beslissing. Zie i.v.m. de kosten na vernietiging in cassatie: Cass. 14 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 933; *Pas.* 1978, I, 915; *R.W.* 1978-79, 216; zie ook: Cass. 18 november 1994, *Arr. Cass.* 1994, 992; *Bull.* 1994, 986; *Pas.* 1994, I, 986).

§ 7. Kennisgeving van tuchtrechtelijke beslissingen

257 Krachtens artikel 27 § 2 Wet Orde geneesheren moeten alle definitief geworden beslissingen houdende schrapping van de lijst, schorsing in het recht de geneeskunde uit te oefenen alsook weglating van de lijst en beperking van de uitoefening van de geneeskunde (beide laatste zijn geen tuchtmaatregelen, zie boven, nr. 157 e.v.) ter kennis worden gebracht van de bevoegde provinciale geneeskundige commissie en de Procureur-generaal bij het hof van beroep binnen welk rechtsgebied de bevoegde provinciale raad zitting houdt. De kennisgeving moet gebeuren binnen de 30 dagen na de datum waarop de maatregel definitief is geworden (art. 35 K.B. 6 februari 1970). Krachtens artikel 27 § 3, eerste lid moeten alle tuchtbeslissingen (dus niet weglatingen en beperkingen van de uitoefening van de geneeskunde) in laatste aanleg genomen door een provinciale raad of door de raad van beroep ter kennis worden gebracht van de Minister voor Volksgezondheid. Dit dient te gebeuren door de voorzitter van de betrokken raad binnen 30 dagen na de datum waarop zij definitief zijn geworden.

DIERKENS heeft gewezen op een anomalie in artikel 27 § 3, eerste lid: door een provinciale raad in laatste aanleg genomen tuchtbeslissingen bestaan niet. De door sommigen aangevoerde motivering voor artikel 27 § 3, eerste lid, nl. de minister in staat te stellen desgevallend cassatieberoep in te stellen houdt ter zake geen steek (zie in deze zin: het antwoord op een parlementaire vraag *Vr. en Antw.* Kamer 1981-82, 27 april 1982, 1109, Vr. nr. 85 VAN GREMBERGEN). Wellicht wordt ook hier, zoals in artikel 27 § 2, bedoeld de definitief geworden tuchtbeslissingen van de provinciale raden. Dat noemde DIERKENS evenwel "een juridisch onaanvaardbare interpretatie" omdat op die manier de Minister voor Volksgezondheid op de hoogte zou zijn van alle tuchtbeslissingen in eerste aanleg getroffen. Hij stelde daarom voor in artikel 27 § 3 de verwijzing naar de provinciale raden te schrappen (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 348).

258 Zonder afbreuk te doen aan het traditioneel tuchtrecht en aan het (destijds, maar thans niet meer) in wezen geheim karakter van de procedure voor tuchtcolleges heeft de Koning kunnen voorschrijven dat de in laatste aanleg door een provinciale raad of een raad van beroep gewezen beslissingen ter kennis van de Minister voor Volksgezondheid moeten worden gebracht. De wetgever is immers niet op absolute wijze gebonden door de beginselen van de burgerlijke rechtspleging wanneer hij een materie buiten de organisatie van hoven en rechtbanken bestrijkt. Bovendien is die minister door artikel 30 Wet Orde geneesheren tot geheimhouding verplicht op dezelfde gronden als eenieder die bij de werking van de orde betrokken is (R.v.St., Lorthoir, nr. 15.512, 17 oktober 1972).

In een advies van de Nationale raad wordt de draagwijdte van de geheimhoudingsplicht van de minister als volgt verduidelijkt. "Alhoewel het door de wet is toegestaan een tuchtstraf mee te delen aan de betrokken minister mag deze laatste deze mededeling niet aan derden bekendmaken maar uitsluitend de diensten van zijn departement waarvan de opdracht rechtstreeks verband houdt met deze straf ervan op de hoogte te stellen" ("Mededeling van disciplinaire beslissingen",

T. Orde Geneesh. 1977-78, nr. 26, 31). De bepalingen van artikel 27 § 3 laten de minister niet toe persoonlijke gegevens bekend te maken omtrent de artsen tegen wie tuchtbeslissingen werden genomen. Evenmin biedt die wettekst een wettelijke basis om vanuit de overeenkomstig artikel 27 § 3 meegedeelde gegevens verbanden na te speuren met andere gegevens omtrent personen tegen wie tuchtbeslissingen werden genomen, zoals de aansluiting bij een bepaalde artsenorganisatie (*Vr. en Antw.* Kamer 1981-82, 27 april 1982, 1109, Vr. nr. 85 VAN GREMBERGEN).

259 LOUVEAUX onderscheidt de kennisgeving van de gehele akte en de kennisgeving van het beschikkend gedeelte. Indien de overheid tot wie de kennisgeving is gericht het recht heeft in hoger beroep te gaan of zich te voorzien in cassatie, zoals de Minister voor Volksgezondheid voor de beslissingen in laatste aanleg gewezen door de raden van beroep, dan dient de gehele akte te worden meegedeeld. Maar wanneer de kennisgeving enkel ter informatie geschiedt, zoals aan de provinciale geneeskundig commissie of de Procureur-generaal bij het hof van beroep, dan volstaat de mededeling van het beschikkend gedeelte (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 147).

Kennisgeving van een tuchtrechtelijke beslissing aan de advocaat van de beklaagde arts is niet voorzien. Het behoort alleen aan de betrokken arts om de beslissing aan zijn advocaat mee te delen; zij mag door de provinciale raad niet aan de advocaat worden meegedeeld (zie: "Tuchtrecht", *T. Orde Geneesh.* 1987, nr. 36, 29, bevestigd door "Disciplinaire beslissingen", *T. Orde Geneesh.* 1994, nr. 64, 19). Zie i.v.m. de vraag van de advocaat van een veroordeelde arts om de tuchtrechtelijke beslissing niet te publiceren: het antwoord van de Nationale raad "Publicatie van disciplinaire beslissingen – Eerbiediging van het privé-leven van de gesanctioneerde arts", *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 84, 19.

260 De "betrokken tuchtrechtelijke instanties" brengen de Dienst voor Geneeskundige Controle van het R.I.Z.I.V. op de hoogte van de definitieve beslissingen die zij hebben uitgesproken betreffende de feiten die de verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen schade hebben toegebracht. De provinciale raden en de raden van de Orde der geneesheren delen in het bijzonder aan de voormelde dienst de straffen mee, die werden uitgesproken wegens misbruiken van de diagnostische en therapeutische vrijheid. Deze mededelingen vermelden de motivering en het beschikkend gedeelte van die beslissingen tot sanctie (art. 146, lid 7, 8 en 9 Z.I.V.-Wet 1994).

Deze bepaling is enkel van toepassing op de beslissingen genomen na het van kracht worden op 16 februari 1999 van artikel 144 van de Wet van 25 januari 1999 houdende sociale bepalingen (*B.S.* 6 februari 1999) waaruit de geciteerde bepaling is voortgekomen; zie: advies Nationale raad van 29 mei 1999, *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 85, 15).

261 Overeenkomstig artikel 37 § 1, 2°, e, eerste lid W.U.G. heeft de provinciale geneeskundige commissie tot taak, in haar ambtsgebied, de belanghebbende personen van publiek recht of privaat recht in te lichten omtrent de o.a. door de Orde der geneesheren genomen beslissingen inzake de uitoefening van zijn activiteit door een beoefenaar van de geneeskunde.

Overeenkomstig het tweede lid van dezelfde bepaling worden de aanwijzing van deze belanghebbende personen en de modaliteiten volgens welke zij worden ingelicht, bepaald door de Koning, op voorstel van de Nationale raad van de orde. Dit voorstel moet worden gedaan binnen een door de Minister van Volksgezondheid vastgestelde termijn. Dit laatste is tot op heden niet gebeurd. Wel heeft deze minister aan de Nationale raad gemeld dat de diensten voor medische en

administratieve controle van het R.I.Z.I.V. door de provinciale geneeskundige commissies wensen te worden ingelicht omtrent de door de raden van de orde genomen tuchtstraffen houdende schorsingen in het recht de geneeskunde uit te oefenen "zoals bepaald wordt bij de beschikkingen van artikel 37 § 1, 2° K.B. nr. 78". In zijn antwoord wees de Nationale raad erop dat het R.I.Z.I.V. belang heeft bij de mededeling van tuchtstraffen. Maar die mededeling zou aan die straffen een ruchtbaarheid geven die niet strookt met principes van het tuchtrecht, m.n. de discretie ("Mededeling van disciplinaire beslissingen", *T. Orde Geneesh.* 1977-78, nr. 26, 30). In een later advies nam de Nationale raad een wat soepeler houding aan. Op 19 mei 1984 onderzocht de Nationale raad de vraag van de Minister van Ssociale Zaken om in het vervolg de dienst voor geneeskundige verzorging van het R.I.Z.I.V. in kennis te stellen van iedere wijziging in het persoonlijk dossier van de artsen aangaande het recht tot uitoefening van de geneeskunde. De Nationale raad antwoordde dat het inderdaad wenselijk zou zijn dat deze dienst kennis zou krijgen van het beschikkend gedeelte van alle definitief geworden beslissingen houdende weglating, beperking van de uitoefening, schorsing of schrapping. In de praktijk veronderstelt dat wel een uitbreiding van de opdracht van de provinciale geneeskundige commissies geregeld in artikel 37 § 1, 2°, e W.U.G. tot die dienst ("Tuchtstraffen van schorsing en schrapping", *T. Orde Geneesh.* 1983-84, nr. 32, 53).

§ 8. Verhouding strafvordering tot tuchtvordering en het gezag van gewijsde

262 Krachtens artikel 417 Ger. W. staat de tuchtvordering los van de strafvordering en de burgerlijke vordering. De tuchtrechter moet niet zijn beslissing opschorten tot na de uitspraak van de strafrechter bij wie de strafvordering aanhangig is. Door die uitspraak te doen vóór de strafrechter bij wie de strafvordering aanhangig is schendt de tuchtrechter niet "het algemeen rechtsbeginsel betreffende het gezag van gewijsde in strafzaken" (Cass. 21 maart 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1008; *Pas.* 1986, I, 915; Cass. 15 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1988, 188; *Pas.* 1988, I, 175, *R.W.* 1987-88, 992; *J.T.* 1988, 104; zie over dit arrest: M. VAN LIL, "Wordt de tuchtvordering opgeschort door de strafvordering en de burgerlijke vordering?", *T. Orde Geneesh.* 1988, nr. 42, 35-37; zie ook: P. LAMBERT, "Le criminel tient-il le disciplinaire en état?", *J.T.* 1987, 332, die het bestaan van een algemeen rechtsbeginsel als zou de strafvordering voorrang hebben op de tuchtvordering afwijst). In het cassatiearrest van 29 mei 1986 vindt hij steun voor die opvatting (Cass. 29 mei 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1329; *Pas.* 1986, I, 1194; *R.W.* 1986-87, 1027; *J.T.* 1987, 331, noot P. LAMBERT; anders: H. BEKAERT, "Le criminel tient aussi le disciplinaire en état", *J.T.* 1982, 473-479. Voor kritische bemerkingen bij de opvatting van BEKAERT, zie: C. PANIER, *t.a.p.*, 379, noot 5).

Artikel 4 V.T.Sv. dat, onder de voorwaarden die het stelt, de schorsing van de burgerlijke vordering oplegt zolang niet definitief is beslist over de strafvordering, heeft geen uitstaans met de tuchtvordering (Cass. 10 mei 1996, *Arr. Cass.* 1996, 428; *Bull.* 1996, 453; *Pas.* 1996, I, 453; *T. Gez.* 1996-97, 261; Cass. 17 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, 935; *Bull.* 1996, 999; *Pas.* 1996, I, 999; *R.W.* 1996-97 (verkort), 1343).

263 Een tuchtvordering vormt geen beletsel voor een strafvordering wegens dezelfde fouten (Brussel 7 november 1985, *J.T.* 1986, 371; zie voor kritiek op de mogelijkheid van een dubbele vervolging, tuchtrechtelijk en strafrechtelijk, voor dezelfde feiten die niets met de beroepsuitoefening te maken hebben: A. RASSON-ROLAND, *a.w.*, 214).

264 De tuchtoverheid voor dewelke een arts tuchtrechtelijk wordt vervolgd, is gebonden door hetgeen de strafrechter zeker en noodzakelijk heeft beslist (Cass. 21 maart 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1008; *Pas.* 1986, I, 915; Cass. 15 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1988, 188; *Pas.* 1988, I, 175; *R.W.* 1987-88, 992; C. PANIER, *t.a.p.*, 379).

Het gezag van gewijsde van welke beslissing ook kan niet worden miskend door een rechter die in tuchtzaken geen uitspraak doet over feiten die het voorwerp uitmaken van een nog niet-definitief afgesloten tuchtvervolging (Cass. 21 januari 1983, *Arr. Cass.* 1983, 657; *Pas.* 1983, I, 594; *R.W.* 1982-83, 2546).

265 De beslissing van de raad van beroep die een beslissing van een provinciale raad bevestigt, is een jurisdictionele uitspraak met gezag van gewijde, binnen de perken van de door de wetgever aan de jurisdictie toegewezen bevoegdheid (Cass. 20 maart 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1001; *Pas.* 1986, I, 908; *R.W.* 1986-87, 481; *J.T.* 1986, 711). Het gezag van gewijsde van zo'n beslissing is beperkt tot het tuchtrechtelijke (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 71). De inhoud ervan is niet-tegenstelbaar op burgerlijk vlak en, *a fortiori*, op strafrechtelijk vlak (K. GEENS, *a.w.*, 562, noot 2; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 934).

Het Hof van Beroep te Brussel vernietigde het vonnis van de correctionele rechtbank waarbij geweigerd werd aan een arts een verbod op te leggen de geneeskunde te beoefenen omdat deze arts reeds was geschrapt van de lijst van de orde door de tuchtrechter. Volgens het hof van beroep mocht de strafrechter zijn verantwoordelijkheid niet overdragen aan een ander. Er mag geen gezag van gewijsde worden toegekend aan de tuchtrechtelijke beslissing op strafrechtelijk gebied (Brussel 7 november 1985, *J.T.* 1986, 371).

266 Een definitief geworden tuchtrechtelijke veroordeling tot schorsing of schrapping kan als basis dienen voor een strafvordering wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde door de geschorste of geschrapte arts (zie: art. 31 Wet Orde geneesheren). De strafrechter die in een dergelijk geval oordeelt over de onwettige uitoefening van de geneeskunde mag niet de gegrondheid van de opgelegde tuchtsanctie controleren maar mag wel nagaan of de sanctie definitief is en uitvoerbaar (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 71; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations* nr. 934). Ook de burgerlijke rechter is niet bevoegd om een definitief geworden beslissing in tuchtzaken te wijzigen (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 303).

§ 9. Preventief toezicht

267 Krachtens artikel 5 Wet Orde geneesheren hebben de provinciale raden gezag en rechtsmacht over de artsen die op hun lijst zijn ingeschreven. Het gezag en de rechtsmacht komen o.a. tot uiting in de bevoegdheid te waken over het naleven van de regelen van de medische plichtenleer (art. 6, 2°). Daartoe zijn zij belast met het treffen van tuchtmaatregelen.

Deze bewakingsopdracht is evenwel niet beperkt tot het nemen van repressieve maatregelen, *post factum*. Het toezicht kan tevens leiden tot een preventieve tussenkomst van een provinciale raad om een inbreuk op de regels van de medische plichtenleer te voorkomen of om een einde te stellen aan dergelijke inbreuk.

Volgens DIERKENS bestaat de fundamentele opdracht die artikel 6, 2° aan de provinciale raden heeft toevertrouwd niet in het opleggen van sancties, maar wel in het waken over de naleving van de medische ethiek. Daarom mogen de provinciale raden in het kader van hun preventieve opdracht eisen dat bv. contracten met ziekenhuizen worden voorgelegd (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 332; zie in dezelfde zin: C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, 552, nr. 70; K. SCHUTYSER, *t.a.p.*, 188).

268 Reeds onder de Wet van 25 juli 1938 had het Hof van Cassatie het preventief toezicht van de raden van de orde aanvaard (Cass. 13 oktober 1969, *Arr. Cass.* 1970; 156; *Pas.* 1970, I, 137).

Dit kan merkwaardig genoemd worden omdat artikel 3 van deze wet slechts de rechtsmacht over de artsen vermeldde, niet het gezag terwijl artikel 4 niet sprak over het preventief getinte "waken" maar enkel het repressief klinkende "handhaven" gebruikte.

269 Na de inwerkingtreding van het K.B. nr. 79 werd deze rechtspraak bevestigd (Cass. 18 februari 1972, *Arr. Cass.* 1972, 566; *Pas.* 1972, I, 564). In tegenstelling tot de vroegere rechtspraak, verwijst dit arrest uitdrukkelijk naar een wettelijke bepaling, nl. artikel 6, 2° Wet Orde geneesheren, waarop die bevoegdheid steunt. Uit die bepaling wordt afgeleid dat de provinciale raden bevoegd zijn bepaalde geïndividualiseerde maatregelen te bevelen teneinde een inbreuk op de regelen van de medische plichtenleer te voorkomen of daaraan een einde te stellen (Provinciale raad 11 oktober 1993, *Vl. T. Gez.* 1993-94, 279).

In zijn advies over een wetsvoorstel tot oprichting van een orde der tandartsen (*Parl. St.* Senaat 1991-92, nr. 427) dat een bepaling bevatte dat aan de raden van die orde de bevoegdheid gaf om "individuele maatregelen te nemen die tot doel hebben de overtreding van de regels van de plichtenleer te voorkomen, de gevolgen ervan te herstellen of de herhaling ervan te beletten, stelde de Raad van State dat "ogenschijnlijk deze bepaling nieuw is in vergelijking met het K.B. nr. 79. In werkelijkheid echter bevat het tweede lid van 2° niet meer dan een explicitering van een bevoegdheid die de provinciale raden van de Orde der geneesheren thans putten uit artikel 6, 2° K.B. nr. 79. Volgens die bepaling hebben die raden de bevoegdheid om te waken over o.m. het naleven van de regels van de plichtenleer. Het Hof van Cassatie heeft die bepaling zo geïnterpreteerd dat de raden de bevoegdheid hebben, niet enkel om tuchtmaatregelen op te leggen wegens begane inbreuken, maar ook om bepaalde individuele maatregelen te bevelen teneinde een inbreuk op de voormelde regels te voorkomen of daaraan een einde te stellen" (*Parl. St.* Senaat 1994-95, nr. 427-2).

Deze rechtspraak houdt meestal verband met het verbod opgelegd aan een arts zijn medische activiteit te spreiden over meerdere medische praktijken, omdat hij zich daardoor in de onmogelijkheid plaatst de continuïteit van de verzorging van zijn patiënten te waarborgen. Bovendien is zo'n wijze van handelen oncollegiaal (zie: Cass. 21 februari 1975, *Arr. Cass.* 1975, 700; *Pas.* 1975, I, 636; Cass. 6 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1979, 150; *Pas.* 1979, I, 168; *R.W.* 1978-79, 1448; Cass. 6 december 1984, *Arr. Cass.* 1985, 487; *Pas.* 1985, I, 434; *R.W.* 1985-86, 1276; Cass. 20 maart 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1001; Cass. 26 september 1986, *Arr. Cass.* 1987, 121; *Pas.* 1987, I, 114; *R.W.* 1986-87, 1976; Cass. 25 november 1994, *Arr. Cass.* 1994, 1021; *Bull.* 1994, 1014; *Pas.* 1994, I, 1014;

R.W. 1994-95 (verkort), 1303; Cass. 25 mei 2001, *Pas.* 2001, I, 972; *T. Gez.* 2002-03, 30; Cass. 25 mei 2001, *T. Gez.* 2002-03, 108; Cass. 18 oktober 2001, *T. Gez.* 2002-03, 109).

Volgens LUST is een dergelijke interpretatie van artikel 6, 2° Wet Orde geneesheren "een toevoeging aan de wet die er niet in te lezen staat en die niet-bestaanbaar is met genoemde grondwetsbepaling (art. 145) vermits de toewijzing van jurisdictionele bevoegheid omtrent subjectieve rechten aan andere dan de gewone rechtbanken uit een uitdrukkelijke tekst moet blijken en niet uit een impliciete – en mitsdien neerkomt op een niet-grondwetsconforme interpretatie" (A. LUST, *a.w.*, 245).

Het opleggen van een bepaalde individuele maatregel die niet het karakter heeft van een tuchtsanctie, is geen geschil over een subjectief burgerlijk recht in de zin van artikel 144 G.W. (Cass. 9 mei 2003, *T. Gez.* 2003-04, 194; anders: A. LUST, *a.w.*, 245).

270 De artikelen 6, 2° en 13 Wet Orde geneesheren worden geschonden door de beslissing die een arts verbiedt zijn activiteit te spreiden over twee ziekenhuizen, op grond van redenen die ook gelden voor een arts die slechts in één ziekenhuis werkt (Cass. 2 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 292; *Bull.* 1992, 248; *Pas.* 1992, I, 248; *R.W.* 1991-92, 1086). Een beslissing die niet nader omschrijft op welke grond de spreiding van de medische activiteiten over meer dan twee kabinetten zou kunnen leiden tot enige overtreding van de medische plichtenleer, is geen geïndividualiseerde maatregel die van aard is een handeling te voorkomen die de bescheidenheid, de eerlijkheid of waardigheid van de betrokken arts zou aantasten (Cass. 25 mei 2001, *T. Gez.* 2002-03, 108; Cass. 2 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 292; *Bull.* 1992, 248; *Pas.* 1992, I, 248; *R.W.* 1991-92, 1086).

271 Een dergelijke individuele maatregel is geen tuchtsanctie (Cass. 26 september 1986, *Arr. Cass.* 1987, 121; *Pas.* 1987, I, 114; *R.W.* 1986-87, 1976). Artikel 38 § 3 W.U.G. dat aan de raden van de orde bevoegdheid verleent om, in afwachting van de inwerkingtreding van de Code van medische plichtenleer, ingeval van het niet-naleven van de in die bepaling vermelde voorschriften, tuchtmaatregelen toe te passen doet geen afbreuk aan de algemene bevoegdheid van deze raden tot het nemen van bepaalde individuele maatregelen, telkens als de naleving van de regels van medische plichtenleer in gevaar wordt gebracht (*idem*).

I.v.m. deze bepaling, zie boven, nr. 183.

272 De beslissing van een provinciale raad waarbij een individuele maatregel wordt bevolen ter voorkoming van een overtreding van de regels van de medische plichtenleer of om deze overtreding te doen eindigen is vatbaar voor hoger beroep (Cass. 10 mei 1965, *Pas.* 1965, I, 954; *R.W.* 1965-66, 680; Cass. 13 oktober 1969, *Arr. Cass.* 1970, 156; *Pas.* 1970, I, 137). De verplichting voor de raad van beroep om met een tweederde meerderheid uitspraak te doen, geldt enkel voor het opleggen van een tuchtsanctie en niet wanneer een in-

dividuele maatregel wordt opgelegd (Cass. 15 februari 1991, *Arr. Cass.* 1990-91, 653; *Bull.* 1991, 579; *Pas.* 1991, I, 579; *R.W.* 1991-92, 98).

Het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter geldt niet enkel bij het opleggen van een tuchtsanctie door een provinciale raad maar ook wanneer deze een individuele maatregel oplegt, namelijk de beperking van de medische activiteit (Cass. 26 september 1986, *Arr. Cass.* 1987, 119; *Pas.* 1987, I, 111; *R.W.* 1986-87, 2089).

Ook wanneer de raad van beroep een individuele maatregel beveelt die niet het karakter van een tuchtsanctie heeft, wordt het taalgebruik bij de procedure geregeld op grond van artikel 24 § 3 Wet Orde geneesheren en is artikel 4 van die wet niet van toepassing (Cass. 13 mei 1994, *Arr. Cass.* 1994, 486; *Bull.* 1994, 472; *Pas.* 1994, I, 472; *R.W.* 1994-95 (verkort), 893).

HOOFDSTUK IV

ORGANEN VAN DE ORDE DER GENEESHEREN EN HUN BEVOEGDHEDEN

AFDELING I

PROVINCIALE RADEN

§ 1. Samenstelling

273 Zie boven, nr. 224.

§ 2. Bevoegdheden

A. OPMAKEN VAN DE LIJST

274 Zie boven, nr. 132 e.v.

B. ADVISEREN OVER VRAGEN VAN MEDISCHE PLICHTENLEER

275 Zie boven, nr. 188.

C. KENNISGEVEN VAN DADEN VAN ONWETTIGE UITOEFENING VAN DE GENEESKUNDE

276 Artikel 6, 4° Wet Orde geneesheren draagt de provinciale raden op kennis te geven aan de bevoegde overheden van de daden van onwettige uitoefening van de geneeskunde, waarvan zij kennis hebben.

Vermits het gaat om een misdrijf, is de bevoegde overheid in principe de procureur des Konings van de plaats waar de handeling werd gesteld of van de plaats waar de dader woont of is aangetroffen (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 73).

D. ARBITRAGE INZAKE HONORARIUMBETWISTINGEN

277 Op gezamenlijk verzoek van de belanghebbenden beslissen de provinciale raden in laatste aanleg over alle geschillen betreffende de door de arts aan zijn cliënt gevraagde honoraria, behoudens bedingen tot toekenning van bevoegdheid die zijn neergelegd in de overeenkomsten of verbintenissen gesloten inzake de Z.I.V. (art. 6, 5° Wet Orde geneesheren).

In andere aangelegenheden hebben de provinciale raden geen arbitragebevoegdheid ("Optreden van een provinciale raad als scheidsrechter", *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 85, 8).

278 Deze opdracht houdt *in se* geen enkel tuchtrechtelijk optreden in; het gaat om arbitrage (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 342). Artikel 6, 5° belet vanzelfspre-

kend niet het tuchtrechtelijk optreden ingeval van een klacht inzake het honorarium (*ibid.*; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 936).

De provinciale raden zijn niet verplicht op te treden als arbiter inzake honorariumbetwistingen. Dit is een vrijwillige aangelegenheid (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 74). De arbitrage is beperkt tot het bedrag van de gevraagde honoraria en mag geen betrekking hebben op de waarde van de uitgevoerde prestaties of de professionele aansprakelijkheid (*t.a.p.*).

Door het gezamenlijk verzoek tot arbitrage, wordt de betwisting inzake het bedrag van het honorarium onttrokken aan de bevoegdheid van de gewone rechtbanken. Een teleurgestelde partij kan dezelfde betwisting niet meer aanhangig maken bij de gewone rechtbank. Wel kan, op grond van artikel 1704 Ger. W. een vordering tot nietigverklaring voor de rechtbank van eerste aanleg worden ingesteld (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 74).

Overigens zijn de bepalingen uit het Ger. W. inzake arbitrage niet van toepassing. Zie hierover uitvoerig: het advies van de Nationale raad van 17 november 1979 inzake "de provinciale raden van de Orde der geneesheren en de arbitrage" ("De provinciale raden van de Orde der geneesheren en arbitrage", *T. Orde Geneesh.* 1979-80, nr. 28, 65-69).

279 Wat de uitzondering betreft die artikel 6, 5° vermeldt op de mogelijkheid van arbitrage, komen thans in de overeenkomsten of akkoorden gesloten inzake de Z.I.V. geen bedingen voor tot toekenning van bevoegdheid.

Het wetsontwerp 172 voorzag in een ruimere en ook meer logische uitzondering op de arbitragemogelijkheid, nl. met uitzondering van betwistingen omtrent honoraria bepaald in de aangegane overeenkomsten of door reglementaire beschikkingen inzake de verzekering van gezondheidszorgen (*Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172, 11). Als motivering werd erop gewezen dat voor een scheidsrechtelijke procedure geen plaats is wanneer een betwisting is gerezen tussen een zieke en een arts die aanvaard heeft zijn zorgen te verstrekken in de voorwaarden bepaald in het kader van de Z.I.V.

E. ADVISEREN INZAKE HONORARIUMBETWISTINGEN

280 De provinciale raden zijn bevoegd gevolg te geven aan elk verzoek om advies vanwege de hoven en rechtbanken omtrent betwistingen betreffende honoraria (art. 6, 6° Wet Orde geneesheren).

Volgens RYCKMANS moet een provinciale raad gevolg geven aan een dergelijk verzoek (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 936). Volgens DIERKENS is een provinciale raad bevoegd, niet verplicht (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 343). Het standpunt van DIERKENS verdient de voorkeur, gelet op de gebruikte formulering.

281 Volgens LOUVEAUX is de provinciale raad die het advies geeft, niet gehouden de partijen te horen indien uit de meegedeelde stukken voldoende informatie blijkt (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 74).

Of de raad aan wie advies wordt gevraagd de advocaten van arts en patiënt dient te horen indien de rechter dit in het vonnis dat de adviesaanvraag bevat heeft gestipuleerd, werd betwist. De Vrederechter van Jette meende dat dit het geval diende te zijn. Door een vonnis van 3 oktober 1984 had deze vrederechter een honorariumbetwisting voor advies verstuurd naar de provinciale raad van Brabant. Die raad wenste beide partijen te horen buiten de aanwezigheid van beide advocaten. Bij vonnis van 13 maart 1985 besliste de vrederechter dat het advies diende te worden voorafgegaan door het horen van beide advocaten, omdat dit een "natuurlijk recht" is van de partijen. Niettemin bracht de provinciale raad een advies uit zonder de advocaten noch de partijen te hebben gehoord. De vrederechter beschouwde dit als een miskenning van het gezag van gewijsde van het vonnis van 13 maart 1985 en aanzag het advies als niet-geldig wegens schending van de rechten van de verdediging (Vred. Jette 5 december 1985, *J.T.* 1986, 95, noot; op dezelfde plaats is een uittreksel van het vonnis van 13 maart 1985 te vinden).

282 Het advies dat de provinciale raad verstrekt dient niet te worden gevolgd (Gent 3 oktober 1968, *R.W.* 1968-69, 744 inzake orde der architecten; Vred. Antwerpen 22 maart 1951, *R.W.* 1950-51, 1427-1428; C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 74).

283 Volgens LOUVEAUX kan de provinciale raad door de rechtbank slechts om advies worden gevraagd op verzoek van de beide partijen en met hun instemming (C. LOUVEAUX, *t.a.p.*, nr. 74). Dit standpunt lijkt ingegeven door een verwarring met de voorgaande bevoegdheid van de provinciale raden, nl. arbitrage inzake honorariumbetwistingen.

F. BEPALEN VAN DE BIJDRAGE

284 De provinciale raden zijn bevoegd ieder jaar de bijdrage te bepalen die mag worden geëist van de op de lijst ingeschreven artsen, met inbegrip van de bedragen die door de Nationale raad voor ieder ingeschreven lid werden vastgesteld (art. 6, 7° *j°* art. 3 Wet Orde geneesheren).

De niet-betaling van deze bijdrage kan tuchtrechtelijk worden bestraft (art. 18).

Uit artikel 3 vierde lid Wet Orde geneesheren leidt DIERKENS af dat de bijdrage alleen gerechtvaardigd is voorzover ze noodzakelijk is om de orde toe te laten haar opdracht te vervullen (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 343). Een provinciale raad kan beslissen bepaalde artsen (bv. werkzaam bij Artsen zonder Grenzen; buitenlandse artsen die in België een beperkte klinische opleiding volgen) vrij te stellen van het betalen van de bijdrage, in het besef dat dit de provinciale raad er niet zal van ontslaan de bijdrage te betalen aan de Nationale raad ("Vrijstelling van het betalen van bijdragen aan de provinciale raden", *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 80, 28).

285 De verplichting bijdragen te betalen aan de Orde der geneesheren is niet strijdig met artikel 9 E.V.R.M. of artikel 18 B.U.P.O. (gewetensvrijheid en vrijheid van meningsuiting) (Cass. fr. 26 april 1983, *J.C.P.* 1983, 4, 208; *Gaz.Palais* 8 november 1983 noot A. DORSNER-DOLIVET en M. SCEMAMA; *Rev. dr. sanitaire* 1984, 49 noot L. DUBOUIS, "L'ordre des médecins, la Convention Européenne des droits de l'homme et le Pacte International relatif aux droits civils et politiques").

286 De verplichte betaling van een bijdrage aan de Orde der geneesheren heeft aanleiding gegeven tot juridische betwistingen. Deze betwistingen hadden betrekking op twee elementen. Vooreerst werd de vraag gesteld of de mogelijke onwettigheid van bepaalde aspecten van de procedure voor de raden van de orde, met name wat het besloten karakter ervan betreft, geen invloed kon hebben op de bevoegdheid de betaling van de bijdrage tuchtrechtelijk af te dwingen. Voorts of de inning van de bijdrage langs de gewone rechter kon worden gevorderd.

287 De Vrederechter te Sint-Niklaas oordeelde dat ondanks het mogelijke beroep op de burgerlijke rechtbank de kwestie van de niet-betaling van bijdragen aan de Orde der geneesheren toch een tuchtrechtelijke aangelegenheid is. Vermits een schending van artikel 6 E.V.R.M. mogelijk blijft mag de orde niet worden toegelaten deze onwettigheid te omzeilen door via de gewone rechter te doen afdwingen wat tuchtrechtelijk niet zou kunnen (Vred. St.-Niklaas 20 juli 1983, *Vl. T. Gez.* 1983-84, 89, noot H. NYS). Het Hof van Cassatie vernietigde deze uitspraak wegens schending van artikel 3, laatste lid Wet Orde geneesheren (Cass. 7 juni 1984, *Arr. Cass.* 1984, 1325; *Pas.* 1984, I, 1233; *R.W.* 1984-85, 1025; *Vl. T. Gez.* 1984-85, 316, zie ook: Vred. St.-Gillis 27 september 1983, *T. Vred.* 1984, 273, noot). Op de vraag of de inning van de bijdrage afdwingbaar is voor de burgerlijke rechter werd tot nog toe door de rechtspraak unaniem positief geantwoord (Vred. Beveren 8 maart 1983, *Vl. T. Gez.* 1983-84, 88 noot H. NYS; Vred. Marchienne-au-Pont 6 april 1984, *Journ. proc.* 1984, afl. 41, 29, Vred. Herentals 18 december 1984, *Turn. Rechtsl.* 1988, 16; Vred. Mol 22 oktober 1985, *Turn. Rechtsl.* 1988, 15) (zie: H. NYS, "De weigering tot betaling van de bijdrage door leden van de Orde der geneesheren", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 89). Vermits alleen de Nationale raad van de orde rechtspersoonlijkheid bezit kan hij alleen, met uitsluiting van de provinciale raden, eventueel de invordering van de bijdrage vervolgen en te dien einde, in rechte optreden (*Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172, 9).

G. REGLEMENT VAN ORDE

288 Elke provinciale raad maakt zijn reglement van orde op; het wordt voorgelegd aan de Nationale raad die zijn tekst voorgoed vaststelt (art. 5, laatste lid Wet Orde geneesheren. Volgens DIERKENS is deze werkwijze te gebiedend (R. DIERKENS, *t.a.p.*, 343).

§ 3. Territoriale bevoegdheid van de provinciale raden

289 In iedere provincie wordt een provinciale raad van de Orde der geneesheren opgericht die "gezag en rechtsmacht" heeft over de artsen die op de lijst van de orde van die provincie zijn ingeschreven, alsook over de Europese onderdanen die als arts in een andere lidstaat dan België gevestigd zijn en die een dienstverrichting uitoefenen in het ambtsgebied van deze provincie (art. 5, eerste lid Wet Orde geneesheren).

Wat de provincie Brabant betreft bestaan er twee provinciale raden, de ene met het Nederlands en de andere met het Frans als voertaal. De eerste heeft gezag en rechtsmacht over de artsen die woonachtig zijn in de gemeenten waarvan de bestuurstaal het Nederlands is; de tweede over de artsen die woonachtig zijn in de gemeenten waarvan de bestuurstaal het Frans is. In de Wet Orde geneesheren van 25 juli 1938 werd aan de artsen woonachtig in de administratief tweetalige gemeenten van Brabant de keuze gelaten om zich bij de ene of de andere raad aan te sluiten (art. 3, vierde lid Wet 25 juli 1938). Die bepaling werd vervangen door artikel 5 tweede lid K.B. nr. 79 dat de keuzevrijheid beperkte tot de artsen woonachtig in de gemeenten van het administratief arrondissement Brussel-Hoofdstad. Die bepaling werd door de Raad van State vernietigd omdat de Koning niet de nodige bevoegdheid kon halen uit de Wet van 31 maart 1967 om de taalregeling te wijzigen die voorzien was door de Wet van 25 juli 1938 (R.v.St., Sacré en Vandenbroeck, nr. 15.513, 17 oktober 1972).

AFDELING II

RADEN VAN BEROEP

§ 1. Samenstelling

290 Zie boven, nr. 228.

§ 2. Bevoegdheden

A. HOGER BEROEP

291 De raden van beroep nemen kennis van het hoger beroep tegen de beslissingen die zijn genomen door de provinciale raden en die betrekking hebben op het opmaken van de lijst (zie boven, nr. 156) of werden genomen in het kader van hun tuchtrechtelijke bevoegdheid (zie boven, nr. 248; art. 13, eerste lid Wet Orde geneesheren).

Hoger beroep staat bovendien open tegen alle beslissingen van de provinciale raden, ook die genomen buiten hun bevoegdheid, tenzij de wet bepaalt dat zij in laatste aanleg gewezen zijn (Cass. 4 februari 1975, *Arr. Cass.* 1975, 633; *Pas.* 1975, I, 575; Cass. 5 januari 1989, *Arr. Cass.* 1989, 535; *Pas.* 1989, I, 481).

B. BETWISTINGEN INZAKE VERKIEZINGEN

292 De raden van beroep doen in eerste en laatste aanleg uitspraak over de bezwaren inzake de regelmatigheid van de verkiezingsverrichtingen; indien deze bezwaren slaan op feiten die de uitslag van de stemming zouden kunnen wijzigen kan de raad van beroep deze verkiezing nietigverklaren (art. 13, tweede lid, 1°).

C. VERVALLENVERKLARINGEN VAN VERKOZEN LEDEN

293 De raden van beroep doen in eerste en laatste aanleg uitspraak over de vervallenverklaringen van verkozen leden van de provinciale raden, de raden van beroep en de Nationale raad die, zonder wettige reden drie achtereenvolgende zittingen niet hebben bijgewoond of aan wie een tuchtstraf werd opgelegd die niet meer vatbaar is voor beroep of die strafrechtelijk werden veroordeeld door een in kracht van gewijsde begane beslissing waaruit de morele of beroepsonwaardigheid van de arts blijkt om zijn mandaat uit te oefenen (art. 13, tweede lid, 2°; zie ook: art. 25 § 2).

Enkel verkozen leden kunnen worden vervallenverklaard van hun mandaat. Door de Koning benoemde leden kunnen door de Koning van hun mandaat worden ontheven (*Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172, 13).

D. LAATTIJDIGE BESLISSINGEN VAN PROVINCIALE RADEN

294 De raden van beroep doen in eerste en laatste aanleg uitspraak over de aanvragen om inschrijving op de lijst of de klachten of verzoekschriften waarover de provinciale raden niet-tijdig hebben beslist (art. 13, tweede lid, 3°; zie boven, nr. 217).

E. BETWISTINGEN OMTRENT DE WOONPLAATS

295 Ieder geschil tussen provinciale raden omtrent de woonplaats van een arts wordt, naargelang het geval, voorgelegd aan de ene of aan de andere raad van beroep of aan beide raden samen wanneer het geschil is gerezen tussen provinciale raden met een verschillend taalstelsel (art. 13, derde lid; zie ook: art. 25 § 3).

F. REGLEMENT VAN ORDE

296 Analoog met reglement van orde van de provinciale raden (art. 12 § 6) (zie boven, nr. 288).

AFDELING III

NATIONALE RAAD

§ 1. Samenstelling van de Nationale raad

297 De Nationale raad is samengesteld uit een voorzitter (zie verder, nr. 298), tien verkozen leden, zes leden door de Koning benoemd en een griffier (art. 14 § 1 Wet Orde geneesheren).

De verkozen leden worden door de provinciale raden verkozen. Iedere provinciale raad verkiest uit zijn midden of daarbuiten, een gewoon lid en een plaatsvervangend lid. De benoemde leden worden voorgedragen door de geneeskundige faculteiten van de Universiteiten van Brussel (V.U.B. en U.L.B.) Gent, Leuven, Luik en Louvain.

§ 2. Afdelingen van de Nationale raad

298 De Nationale raad van de orde omvat twee afdelingen: de ene met het Nederlands, de andere met het Frans als voertaal (art. 14 § 1, eerste lid). Beide afdelingen worden voorgezeten door dezelfde magistraat, benoemd door de Koning onder de (ere)raadsheren bij het Hof van Cassatie. Iedere afdeling kiest één ondervoorzitter, die ook ondervoorzitter is van de Nationale raad (art. 14 § 2).

299 Artikel 14 § 1, bepaalt dat de beide afdelingen "samen kunnen beraadslagen en beslissen inzonderheid over de bij artikel 15 § 1 en § 2, 2°, 3° en 4° voorgeschreven onderwerpen". Dit zijn een aantal van de onderwerpen die tot de bevoegdheid van de Nationale raad als zodanig behoren.

De interpretatie van artikel 14 § 1, eerste lid en meer bepaald van het "kunnen" samen beraadslagen en beslissen heeft aanleiding gegeven tot meningsverschillen. Een parlementslid was het opgevallen dat deze bepaling niet verwees naar artikel 15 § 2, 1° dat betrekking heeft op het bijhouden van het repertorium van de tuchtrechtspraak. Betekent zulks, zo vroeg hij de minister, dat elke afdeling op basis van de tuchtrechtspraak de Code van medische plichtenleer kan aanpassen? Mag hieruit worden afgeleid dat het mogelijk wordt een afzonderlijke Code van medische plichtenleer in beide landsgedeelten op te stellen? In zijn antwoord gaf de minister toe dat de bevoegdheden van de Nationale raad en van zijn afdelingen onvoldoende afgebakend waren. In afwachting van een wetswijziging diende de afdelingen maar zelf een regeling uit te werken (*Vr. en Antw.* Kamer 20 juli 1982, 2122, Vr. nr. 29 KUYPERS). Rond deze periode besliste de meerderheid van de leden van de Nederlandstalige afdeling afzonderlijk zitting te houden, waarbij die meerderheid de nadruk legde op het woord "kunnen" om daaruit af te leiden dat de afzonderlijke beraadslagingen en beslissingen de regel zijn. In een omzendbrief van de voorzitter van de Nationale raad gericht aan de voorzitters van de provinciale raden werd deze beslissing getoetst aan de Wet Orde geneesheren. In die omzendbrief wees de voorzitter erop dat uit artikel 15 blijkt dat het de Nationale raad als zodanig is die de algemene principes van de medische plichtenleer bepaalt en eventueel aanpast. "Men is het erover eens dat slechts één Code van deontologie mag bestaan voor alle geneesheren van het land". De andere taken van de Nationale raad worden door artikel 15 § 2 bepaald. Daaruit volgt, volgens de voorzitter, dat in die aangelegenheden de Nationale raad de beslissingen moet nemen. Voorts verwees hij naar artikel 28 Wet Orde geneesheren dat bepaalt dat bij staking van stemmen in de Nationale raad, de stem van de voorzitter doorslaggevend is. Hier is geen sprake van afdelingen. Uit één en ander kan worden afgeleid dat, gelet op de beslissing van de Nederlandstalige afdeling, de problemen die rijzen in aangelegenheden die specifiek een afdeling aanbelangen, door haar kunnen worden voorbereid om daarover haar verslag aan de Nationale raad voor te leggen. "Het is echter de Nationale raad die uiteindelijk moet beslissen, overeenkomstig de wettelijke regels". Deze omzendbrief maakte het voorwerp uit van een verzoek tot vernietiging door de Raad van State. De Orde der geneesheren wierp de exceptie van niet-ontvankelijkheid op omdat deze omzendbrief geen uitvoerbaar karakter had. De Raad van State volgde dit standpunt. De omzendbrief had geen bindend karakter. Het feit dat de tekst later werd verstuurd naar de voorzitters van de provinciale raden kan in rechte niet voor gevolg hebben dat de tekst achteraf een bindend karakter heeft verkregen, dat hij aanvankelijk niet had (R.v.St., Steeno, nr. 27.156, 20 november 1986).

300 De in artikel 14 § 1, eerste lid gebruikte formulering is ingegeven door een suggestie van de Raad van State bij het wetsontwerp 172. In het vooront-

werp was enkel bepaald dat de afdelingen samen kunnen "beraadslagen". De Raad van State stelt voor daaraan toe te voegen "beslissen" want "wanneer men de bevoegdheid van de Nationale raad nagaat is het duidelijk dat de twee afdelingen samen niet alleen zullen *moeten* beraadslagen maar ook beslissen" (Wetsontwerp, *Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 172, 47).

Hieruit mag worden besloten dat artikel 14 § 1, eerste lid in de eerste plaats is bedoeld om de benadrukken dat de beide afdelingen gezamenlijk als Nationale raad kunnen beraadslagen en beslissen. Uit deze bepalingen kunnen geen verregaande conclusies worden getrokken t.a.v. de autonome bevoegdheden van de beide afdelingen afzonderlijk.

Wel is de wijze waarop artikel 14 § 1, eerste lid werd geformuleerd allerminst duidelijk. In het advies bij het voorontwerp heeft de Raad van State dat eveneens opgemerkt. "Het voorschrift van artikel 15 (thans nog art. 14 § 1, eerste lid) moet blijkbaar zo worden verstaan dat het voor de afdelingen niet een faculteit maar een verplichting is om samen te beraadslagen en te beslissen wanneer het gaat om onderwerpen bedoeld in artikel 16 (thans nog art. 15)". Men dient dus te schrijven "Zij beraadslagen en beslissen samen over ..." i.p.v. "Zij kunnen samen beraadslagen en beslissen over ...".

§ 3. Bevoegdheden

301 De belangrijkste bevoegdheden van de Nationale raad hebben betrekking op de totstandkoming van de medische deontologie. Zie boven, nr. 175 (Code medische plichtenleer), nr. 187 (repertorium van tuchtrechtelijke beslissingen) en nr. 189 (eigen adviesbevoegdheid en de bevoegdheid adviezen van de provinciale raden goed te keuren).

302 Verder is de Nationale raad bevoegd de nodige maatregelen te treffen voor de verwezenlijking van het doel van de orde (art. 15 § 2, 3° Wet Orde geneesheren).

303 De Nationale raad bepaalt het jaarlijks bedrag dat, naast de bijdrage voor de provinciale raad, wordt geëist van de artsen als bijdrage voor de orde (art. 15 § 2, 4°).

304 De Nationale raad is het bevoegde orgaan om in toepassing van artikel 12 Richtlijn 93/16/EEG een verklaring af te geven aan artsen die de uitoefening van hun beroep in een andere E.U.-lidstaat wensen aan te vangen, waaruit blijkt dat aan de voorwaarden inzake goed gedrag en betrouwbaarheid die vereist zijn voor de toegang tot de geneeskundige beroepsuitoefening is voldaan (art. 15 § 2, 5° Wet Orde geneesheren).

Alvorens deze verklaring af te geven, wint de Nationale raad inlichtingen in bij de betrokken provinciale raad of de gedragingen van de arts die in het buitenland een praktijk wenst te hebben, al of niet in overeenstemming zijn met de regels van de geneeskundige plichtenleer. Wat moet vermeld worden, zijn de beslissingen die in kracht van gewijsde zijn gegaan. Als een onderzoek aan de gang is, moet dit voortgezet worden en als er een tuchtsanctie op volgt, moet deze meegedeeld aan de vragende lidstaat, nu de feiten zich hebben voorgedaan terwijl de betrokken arts was ingeschreven op een lijst van de orde in België ("Verklaringen van de nationale raad ten behoeve van artsen die de uitoefening van hun beroep in een andere lidstaat van de Europese Unie wensen aan te vangen", *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 81, 12).

305 De Nationale raad doet voorts mededeling van de consequenties die hij trekt uit de beoordeling van ernstige en nauwkeurige feiten die van invloed kunnen zijn op de toegang tot of de uitoefening van de geneeskunde en die werden meegedeeld door een andere E.U.-lidstaat die op haar grondgebied een Belgische arts of een uit België afkomstige arts ontvangt en die de uitoefening van zijn beroep in die andere lidstaat wenst te beginnen of verder te zetten (art. 15 § 2, 6° Wet Orde geneesheren).

TITEL III

RECHTEN EN PLICHTEN VAN ARTS EN PATIËNT

306 De rechten en plichten van arts en patiënt worden sedert de inwerkingtreding van de Wet betreffende de rechten van de patiënt hoofdzakelijk geregeld in de gelijknamige Wet van 22 augustus 2002 (*B.S.* 26 september 2002, *err. B.S.* 20 december 2002), hierna vermeld als Patiëntenrechtenwet.

Zie over deze wet S. BRILLON, "Le droit d'accès au dossier du patient", in S. BRILLON, S. CALLENS, N. GAUCHE, N. NOEL, G. SCHAMPS, M.-N. VERHAEGEN, *Memento: Droits du patient et responsabilité médicale*, Mechelen, Kluwer, 2004, 69-105; S. CALLENS, "La responsabilité 'centrale' et quelques nouvelles tendances en matière de responsabilité médicale", in S. BRILLON, S. CALLENS, N. GAUCHE, N. NOEL, G. SCHAMPS, M.-N. VERHAEGEN, *Memento: Droits du patient et responsabilité médicale*, Mechelen, Kluwer, 2004, 155-167; S. CALLENS, "Deel IV. Aansprakelijkheid van het ziekenhuis", *T. Gez.* 2003-04, 125-130; S. CALLENS en J. PEERS, *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 467 p.; M. DE HERT, G. MAGIELS, E. THYS, *Over mijn lijf. Bijsluiter bij de wet over de rechten van de patiënt*, Antwerpen, Hautekiet, 2003, 135 p.; P. DEJONGE, "Wet betreffende de rechten van de patiënt", *Ligament* 2003, afl. 4, 3-23; W. DIJKHOFFZ, "Deel III. Het recht op informatie en geïnformeerde toestemming", *T. Gez.* 2003-04, 104-124; J.-L. FAGNART, "Regards sur les droits des patients", in *Fédération belge contre le cancer*, Brussel, 2 oktober 2002; V. GAUCHE, "Le champ d'application de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient", in S. BRILLON, S. CALLENS, N. GAUCHE, N. NOEL, G. SCHAMPS, M.-N. VERHAEGEN, *Memento: Droits du patient et responsabilité médicale*, Mechelen, Kluwer, 2004, 25-40; R. HEYLEN, "Deel II*bis*. Het medisch dossier en de Wet Patiëntenrechten: vele verduidelijkingen, maar toch enkele nieuwe problemen", *T. Gez.* 2003-04, 94-103; Y. LELEU, "La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient", *J.T.* 2003, afl. 6109, 649-659; D. MAYERUS en P. STAQUET, "La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin", *D.C.C.R.* 2002, afl. 57, 3-48; E. MORBE, *De wet betreffende de rechten van de patiënt*, Kortrijk-Heule, UGA, 2003, 236 p.; N. NOEL, "Droit de plainte et médiation", in S. BRILLON, S. CALLENS, N. GAUCHE, N. NOEL, G. SCHAMPS, M.-N. VERHAEGEN, *Memento: Droits du patient et responsabilité médicale*, Mechelen, Kluwer, 2004, 107-122; H. NYS, "De Wet betreffende de rechten van de patiënt", *R.W.* 2002-03, 1121-1133; H. NYS en I. VINCK, *Nieuwe wetgeving inzake patiëntenrechten*, Mechelen, Kluwer, 2003, 210 p.; H. NYS en I. DREEZEN, "De wet betreffende de rechten van de patiënt en de wet betreffende de euthanasie", in X., *Recht in beweging*, 2003, 99-112; G. SCHAMPS, "Le droit à l'information et le droit au consentement libre et éclairé", in S. BRILLON, S. CALLENS, N. GAUCHE, N. NOEL, G. SCHAMPS, M.-N. VERHAEGEN, *Memento: Droits du patient et responsabilité médicale*, Mechelen, Kluwer, 2004, 41-67; G. SCHAMPS, "Titre V. Le secret médical et l'assureur: Commentaire du nouvel article 95 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre", *T. Gez.* 2003-04, 131-150; P. SCHOUKENS en F. DEWALLENS, "Deel VI. De vrije keuze van beoefenaar", *T. Gez.* 2003-04, 151-159; J.-P. TRICOT, "Missen is menselijk, claimen ook. Voorkoming een dekking van medische aansprakelijkheid", *Con. M.* 2003, 119-131; C. TROUET en I. DREEZEN, "Rechtsbescherming van de patiënt. De Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt", *NjW* 2003, afl. 16, 2-12; T. VANSWEEVELT, "Deel I. Definities en toepassingsgebied van de wet patiëntenrechten", *T. Gez.* 2003-04, 66-73; T. VANSWEEVELT, "Onbekwamen en de wet patiëntenrechten", in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 207-223; V. VERDEYEN, *Patiëntenrechten. Een nieuwe wet: overdreven juridisering van de zorgrelatie*, Mechelen, Kluwer, 2003, 108 p.; W. VERCRUYSSEN, "Patiëntenrechten", in *Handboek Ziekenhuiswetgeving*, Mechelen, Kluwer Editorial, losbl., Bijz. Bep. 109/1; M.-N. VERHAEGEN, "La représentation du patient mineur ou incapable", in S BRILLON, S. CALLENS, N. GAUCHE, N. NOEL, G. SCHAMPS, M.-N. VERHAEGEN, *Memento: Droits du patient et responsabilité médicale*, Mechelen, Kluwer, 2004, 125-151; M.-N. VERHAEGEN, "Titre II. L'accès au dossier géré par le practicien professionel", *T. Gez.* 2003-04, 74-93.

De discussies die zijn voorafgegaan om de totstandkoming van de Patiëntenrechtenwet zijn in belangrijke mate geïnspireerd geworden door ontwikkelingen op Europees niveau (H. NYS, *De rechten van de patiënt. Gids voor patiënten en zorgverleners die in deze Eis-tijd voor een vertrouwensrelatie kiezen*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2001, 184 p. In een speciaal daartoe belegde "Consultation" van het Regionaal Bureau voor Europa van de World Health Organisation in Amsterdam op 28-30 maart 1994 werd de "Declaration on the Promotion of Patients' Rights in

Europe" met algemene stemmen en zonder amendementen aangenomen. Aanwezig waren 36 lidstaten uit Oost- en West-Europa waaronder België. In deze Declaration is een document opgenomen, getiteld: "Principles of the Rights of Patients in Europe: a Common Framework", dat een catalogus van rechten van de patiënt bevat. De "Declaration" verbindt formeel de lidstaten niet, maar zij aanvaarden hem wel als richtlijn voor nationaal beleid en wetgeving, zie G. PINET, "Vers la Déclaration sur la promotion des droits des patients en Europe – Les années d'enthousiasme et d'obstination", in *Liber Amicorum André Prims*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 277-287; X, "De Verklaring van de Rechten van de Patiënt", *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 97, 6). In juli 1994 werd door de Raad van Europa een ontwerpverdrag gepubliceerd inzake de bescherming van de rechten en de waardigheid van de mens in verband met de toepassing van de biomedische wetenschappen, afgekort de Bio-Ethiek Conventie (zie voor commentaar: Chr. HENNAU-HUBLET, "Le projet de Convention de Bio-éthique du Conseil de l'Europe: l'espoir d'une protection élévée des droits de l'homme", *T. Gez.* 1995-96, 25-44; H. NYS, "Bio-ethiek en mensenrechten" in S. PARMENTIER, (ed.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Tegenspraak Cahier 14, Gent, Mys & Breesch i.s.m. Liga voor Mensenrechten, 1994, 167-182; H. NYS, "Naar een Europees verdrag voor bio-ethiek", *A. Hosp.* 1994/4, 50-52; P. SCHOTSMANS, "Nog eens de bio-ethiek conventie: een ethische verkenning", *A. Hosp.* 1995/3, 87-89). Met dit ontwerp werd voortgebouwd op de activiteiten die de Raad van Europa reeds vroeger ondernam inzake de bioethiek. Meer bepaald werd uitvoering gegeven aan de Aanbeveling 1160 (1991) van de Parlementaire Vergadering tot voorbereiding van een bio-ethiek conventie. Het ontwerp heeft ook de belangstelling voor het E.V.R.M. als bron van rechtsbescherming voor patiënten doen groeien (zie o.m.: J.K.M. GEVERS (ed.), *Het E.V.R.M. en de gezondheidszorg*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994). In juni 1996 werd door het C.D.B.I. (Comité Directeur de Bio-éthique) van de Raad van Europa een herwerkt ontwerp goedgekeurd.

Op 19 november 1996 heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa de tekst van het Verdrag inzake de Rechten van de Mens en de Biogeneeskunde goedgekeurd. Het Verdrag werd op 4 april 1997 te Oviedo (Spanje) ondertekend door 21 van de (op dat ogenblik) 40 lidstaten van de Raad van Europa (H. NYS, "Het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa; enkele krachtlijnen", *R.W.* 1997-98, 247-266; zie ook: het advies nr. 2 van 7 juli 1997 van het raadgevend Comité voor Bio-Ethiek over de Conventie, *R.W.* 1996-97, 683-686; *Bioethica Belgica* 1998, nr. 2, 6; zie over dit advies: P. SCHOTSMANS, "Het advies van het Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek. Een verslag en ethische duiding", in H. NYS (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 111-130; S. en Y. OSCHINSKY, "La convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Conseil de l'Europe)", *J.T.* 1997, 465-474; zie over de totstandkoming van het verdrag: J.H.W. KITS NIEUWENKAMP, "Totstandkoming en opzet", in H. NYS (ed.)., *a.w.*, 17-32; zie ook: C. TROUET, "Vergelijkende analyse van de artikelen van de ontwerpteksten (1994-1996) en van de Verdragstekst", in H. NYS, *a.w.*, 65-109; H. SCICLUNA, "La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine et les droits des patients", *T. Gez.* 1997-98, 381-383. In een advies over "informed consent bij verwarde patiënten stelde de Nationale raad van de Orde der geneesheren dat de artikelen van het verdrag in verband met informed consent "als deontologische leidraad dienen te fungeren en dit onafgezien van de al dan niet ratificatie door België", *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 82, 7.

HOOFDSTUK I
WET BETREFFENDE DE RECHTEN VAN DE PATIËNT

AFDELING I

DEFINITIES EN TOEPASSINGSGEBIED

§ 1. Patiënt

307 Patiënt is "de natuurlijke persoon aan wie gezondheidszorg wordt verstrekt, al dan niet op eigen verzoek" (art. 2, 1° Patiëntenrechtenwet).

De prototypische situatie is deze waarin gezondheidszorg wordt verstrekt op verzoek van diegene die deze zorg ontvangt, de patiënt. Ook "patiënt" is de persoon die niet in staat is zijn rechten als patiënt uit te oefenen en aan wie gezondheidszorg wordt verstrekt op verzoek van zijn vertegenwoordiger (art. 12-15 Patiëntenrechtenwet). Verder is sprake van "patiënt" wanneer iemand gezondheidszorg ontvangt zonder enig verzoek van wie ook, omdat hij zich bevindt in een situatie waar spoedhulp aangewezen is (art. 8 § 5 Patiëntenrechtenwet). In al deze gevallen sluit dit aan bij het normale spraakgebruik. Minder gebruikelijk is dat ook "patiënt" wordt genoemd degene die een onderzoek van zijn gezondheidstoestand ondergaat in opdracht van een derde, bv. een werkgever of een verzekeraar (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 14; advies Nationale raad Orde der geneesheren 16 februari 2002, *T. Orde Geneesh.* 2002, nr. 95, 3). Het uitgangspunt van de wet is inderdaad dat personen die in opdracht van een derde medisch worden onderzocht door een arts, ook al hebben zij deze arts niet altijd vrij kunnen kiezen, dezelfde rechten hebben als patiënten ten opzichte van de arts die enkel in hun opdracht handelt (zie verder, nr. 414).

Dat uitgangspunt moet worden gezien in het licht van artikel 3 § 2 Patiëntenrechtenwet. Deze bepaling geeft aan de Koning de bevoegdheid om bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad en na advies van de Federale commissie voor de rechten van de patiënt "nadere regels te bepalen inzake de toepassing van de wet op door Hem te omschrijven rechtsverhoudingen, teneinde rekening te houden met de nood aan specifieke bescherming". Op grond hiervan kan de Koning o.m. de rechten van wie in opdracht van een derde een medisch onderzoek ondergaat, nader regelen. Deze bevoegdheid is beperkt tot het concretiseren van de wettelijke regeling. Zij kan niet worden gebruikt om het wettelijke beschermingsniveau te verlagen of om niet in de wet geregelde rechten toe te kennen (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 16-17). Tot op heden werd nog geen gebruik gemaakt van deze bevoegdheid.

§ 2. Gezondheidszorg

308 Onder gezondheidszorg wordt begrepen "diensten verstrekt door een beroepsbeoefenaar met het oog op het bevorderen, vaststellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van een patiënt of om

de patiënt bij het sterven te begeleiden" (art. 2, 2°). Dit is een gebruikelijke definitie van gezondheidszorg.

Het wegnemen van een orgaan bij een donor, het verrichten van een zwangerschapsafbreking, en het toepassen van euthanasie zijn activiteiten die als dusdanig geen gezondheidszorg in de zin van de Patiëntenrechtenwet zijn (*Hand.* Kamer 2001-02, 8 juli 2002, 53 en 15 juli 2002, 33). Zij worden geregeld door andere wetten (resp. Wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *B.S.* 14 februari 1987 (zie: titel VII en VIII), Wet van 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking, *B.S.* 5 april 1990 (zie: titel IV) en Wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, *B.S.* 22 juni 2002 (zie: titel VIII)). In deze gevallen berust de wettelijke toelating van de arts die een orgaan wegneemt, een zwangerschapsafbreking uitvoert of een euthanasie verricht op de resp. vermelde wetten en niet op de W.U.G.

De Nationale raad van de Orde der geneesheren noemde het "merkwaardig dat de Wet patiëntenrechten niet van toepassing zou zijn bij orgaanafstand door een levende donor alsof de Wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen reeds alle garanties biedt die in de voorliggende tekst worden voorzien" (advies van 16 februari 2002, *T. Orde Geneesh.* 2002, nr. 95, 3) Het is inderdaad zo dat de Patiëntenrechtenwet niet van toepassing is op de wegneming van een orgaan bij een levende donor omdat een wegneming geen "gezondheidszorg" is voor wie deze wegneming ondergaat. Dat neemt evenwel niet weg dat de Patiëntenrechtenwet wel van toepassing is in de mate dat aan het wegnemen van een orgaan een medisch onderzoek voorafgaat en dat de wegneming wordt gevolgd door behandeling en na-zorg. De donor van een orgaan is dus tegelijk ook patiënt en zal zich om die reden steeds kunnen beroepen op alle rechten die de Patiëntenrechtenwet hem toekent. De suggestie dat de orgaandonor uitgesloten zou worden van de toepassing van de Patiëntenrechtenwet (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 71) geeft onze opvatting niet juist weer. Wat de eigenlijke wegneming betreft geldt enkel de (verdergaande) bescherming van de Orgaantransplantatiewet. Indien een orgaan wordt weggenomen omdat dit door een ziekte is aangetast en de gezondheid van de betrokkene bedreigt, valt de wegneming uiteraard wel onder het toepassingsgebied van de Patiëntenrechtenwet (V. GAUCHE, *a.w.*, 31). Ook de receptor van een orgaan valt onder het toepassingsgebied van de Patiëntenrechtenwet (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 70).

Ook het medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (medische experimenten) valt als dusdanig niet onder het toepassingsgebied van de Patiëntenrechtenwet (zie: titel VIII). In de mate dat dergelijk onderzoek gepaard gaat met de zorg voor de gezondheid van de proefpersoon is die wet wel van toepassing wat het aspect gezondheidszorg betreft (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 16).
Het is op aanbeveling van de Raad van State dat de Memorie van Toelichting verduidelijkt dat de wegneming van een orgaan en een medisch experiment als dusdanig niet onder het toepassingsgebied vallen. Volgens de Raad is het onderscheid met een medische keuring (controle) subtiel. Indien een experiment en een orgaanwegneming niet de gezondheid van resp. de proefpersoon en de donor dient, wat is dan het verschil met een keuring die evenmin de gezondheid van de betrokkene dient, zo vraagt de Raad van State zich af (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 65-66). Het verschil is dat een keuring, ook al dient zij niet direct de gezondheid van de betrokkene, uit de aard van de activiteit zelf een vaststelling van de gezondheidstoestand inhoudt. Dat is niet het geval met een orgaanwegneming of een medisch experiment.

§ 3. Beroepsbeoefenaar

309 Beroepsbeoefenaar voor de toepassing van de Patiëntenrechtenwet is vooreerst iedereen die valt onder het toepassingsgebied van de W.U.G. (art. 2, 3°).

In de huidige stand van de wetgeving gaat het om de volgende beroepsgroepen: artsen, tandartsen, vroedvrouwen, apothekers, kinesitherapeuten, verpleegkundigen, paramedici en zorgkundigen (zie: titel XII).
Artsen die *qualitate qua* geen gezondheidszorg verstrekken (zoals de hoofdgeneesheer en de medische diensthoofden in een ziekenhuis, medische directeurs in centra voor geestelijke gezondheidszorg, coördinerende artsen in rust- en verzorgingstehuizen) en meer algemeen alle artsen die een leidinggevende of een administratieve niet-medische functie uitoefenen (bv. ambtenaren) vallen niet onder het toepassingsgebied van de Patiëntenrechtenwet (Advies van de Nationale raad over het voorontwerp van wet betreffende de rechten van de patiënt 16 februari 2002, *T. Orde Geneesh.* 2002, nr. 95, 3). Volgens VANSWEEVELT moet dit worden gerelativeerd, zeker in ziekenhuisverband. Artikel 17*novies* Ziekenhuiswet, ingevoegd door artikel 17 Patiëntenrechtenwet bepaalt dat elk ziekenhuis, binnen zijn wettelijke mogelijkheden, de bepalingen van de Patiëntenrechtenwet naleeft. Ofschoon de hoofdgeneesheer en de medische diensthoofden die geen gezondheidszorg verstrekken in beginsel niet onder het toepassingsgebied vallen van de Patiëntenrechtenwet, wordt dit opgevangen door het ziekenhuis als entiteit te verplichten ervoor te zorgen dat binnen het ziekenhuis de wet wordt nageleefd. Aangezien het ziekenhuis verplicht is de Patiëntenrechtenwet te doen naleven, geldt dit ook voor de aldaar werkzame ziekenhuisorganen (T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 72). Studenten in de geneeskunde verstrekken weliswaar gezondheidszorg maar zijn (nog geen) beroepsbeoefenaar en vallen dus niet onder de Patiëntenrechtenwet. Huisartsen in opleiding (H.I.B.O.'s) en medische specialisten in opleiding (G.S.O.'s) daarentegen wel omdat zij reeds arts zijn. Personen die mantelzorg verstrekken (familieleden, vrienden van de patiënt) verstrekken weliswaar gezondheidszorg maar vallen niet onder het toepassinggebied van de W.U.G. (zie: titel I) en dus ook niet onder de Patiëntenrechtenwet.
In het voorontwerp van wet was er geen sprake van beroepsbeoefenaars maar van zorgverleners, waarmee niet alleen de beroepsbeoefenaars maar ook de gezondheidszorgvoorzieningen werden bedoeld. Ingevolge het advies van de Raad van State (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 65-66) en rekening houdende met de bevoegdheidsverdeling tussen de Federale Staat en de Gemeenschappen, is de tekst beperkt tot beroepsbeoefenaars.

310 Krachtens artikel 4 leeft een beroepsbeoefenaar "de bepalingen van deze wet na binnen de perken van de hem door of krachtens de wet toegewezen bevoegdheden". Via deze schakelbepaling wordt een band gelegd naar de W.U.G. Voor ieder van de vermelde beroepsbeoefenaren moet worden nagegaan in welke mate de bevoegdheden die de W.U.G. hem toekent de naleving van de Patiëntenrechtenwet mogelijk maakt. In deze titel worden uitsluitend de rechten van de patiënt tegenover de arts besproken.

Over de toepassing van de Patiëntenrechtenwet op de apotheker wordt met geen woord gerept in de parlementaire voorbereiding. De bevoegdheid van de apotheker is beperkt tot de artsenijbereidkunde, zijnde alle handelingen die tot doel hebben de bereiding, het te koop aanbieden, de detailverkoop en de terhandstelling van geneesmiddelen (art. 4 § 1 W.U.G.). Door de terhandstelling van geneesmiddelen verstrekt een apotheker diensten met het oog op het bevorderen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand. Hij dient derhalve, binnen het kader van zijn bevoegdheid, de rechten van de patiënt na te leven.

311 Beroepsbeoefenaar is ook de beoefenaar van een niet-conventionele praktijk bedoeld in de Wet van 29 april 1999 betreffende dergelijke praktijken (art. 2, 3° Patiëntenrechtenwet) (zie boven, nr. 100).

§ 4. Rechtsverhoudingen inzake gezondheidszorg

312 De Patiëntenrechtenwet is van toepassing op alle privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtverhoudingen inzake gezondheidszorg die door een

arts wordt verstrekt aan een patiënt (art. 3 § 1). De Wet patiëntenrechten regelt wel de inhoud van deze rechtsverhoudingen, maar niet de juridische vorm ervan. Het "medisch contract" of de "geneeskundige behandelingsovereenkomst" is geen benoemde overeenkomst geworden. De rechten van de patiënt dienen te worden nageleefd ongeacht de aard van de rechtsverhouding tussen arts en patiënt.

313 De rechtsverhoudingen tussen een patiënt en een ziekenhuis vallen ook onder het toepassingsgebied van de Patiëntenrechtenwet voorzover het gaat om de medische, verpleegkundige en andere gezondheidszorgberoepsmatige aspecten van die rechtsverhouding (art. 17*novies*, eerste lid Ziekenhuiswet, ingevoegd door art. 17 Patiëntenrechtenwet). Andere aspecten zoals voeding, huisvesting, administratie enz. blijven buiten het toepassingsgebied van de wet.

314 Krachtens artikel 4 dient een arts de bepalingen van de Patiëntenrechtenwet na te leven. Op zich gaat het meer om een beginselverklaring dan een bepaling met een concrete draagwijdte voor een welbepaalde arts. De vraag is dan ook onder welke voorwaarde(n) een arts de rechten van de patiënt dient te respecteren? Het antwoord moet worden gezocht in artikel 3 § 1 en artikel 4. Op grond van artikel 3 § 1 is de wet van toepassing op rechtsverhoudingen inzake gezondheidszorg verstrekt door een arts aan een patiënt. Dat betekent dat de plicht om de rechten van de patiënt te eerbiedigen pas geldt wanneer een zodanige rechtsverhouding is ontstaan tussen arts en patiënt. Zolang een dergelijke verhouding onbestaande is, is een beroepsbeoefenaar niet gehouden de rechten van de patiënt te respecteren. Wellicht dient dit te worden genuanceerd in die zin dat voor sommige patiëntenrechten, en met name wat betreft het recht op vrije keuze, moet worden aangenomen dat dit recht ook al bestaat voor de eigenlijke rechtsverhouding is ontstaan (zie verder). Het beëindigen van de rechtsverhouding door een of beide partij(en) brengt met zich dat aan de verplichting om de rechten van de patiënt te eerbiedigen eveneens een einde komt. Ook dit moet echter worden genuanceerd. Zo blijft het recht op inzage in en afschrift van het patiëntendossier bestaan, ook na de beëindiging van de rechtsverhouding tussen de arts en de patiënt (zie verder).

315 In de rechtspraak wordt de kwestie van de aard van de rechtsverhouding tussen arts en patiënt op een veeleer pragmatische wijze benaderd, meestal in samenhang met het antwoord op de aansprakelijkheidsvraag in een concreet geval (zie: Rb. Tongeren 6 oktober 1999, *T. Gez.* 2001-02, 51; Rb. Brugge 24 september 1996, *T. Gez.* 1998-99, 223; Rb. Leuven 7 november 1997, *T. Gez.* 1998-99, 226.). Aangezien een medische fout dikwijls als een misdrijf kan worden gekwalificeerd en de patiënt in dat geval zijn vordering zowel *ex contractu* als op een onrechtmatige daad kan steunen is de vraag naar de al dan niet contractuele aard van die relatie niet zo belangrijk (K. GEENS, *Het vrij beroep*, nr. 362; zie voor meer details: H. NYS, "De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunde. Gisteren, vandaag en morgen", in M. STORME, Y. MERCHIERS en J. HERBOTS (eds.), *De overeenkomst*

vandaag en morgen. XVI Postuniversitaire cyclus W. Delva, Antwerpen, Kluwer, 1990, 496-509; T. VANSWEEVELT, *De aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Brussel, Bruylant, 1992, 48).

De formulering die het Franse Hof van Cassatie in het arrest Mercier gebruikte (Cass. fr. 20 mei 1936, *D.P.* 1936, 1, 88 concl. MATTER) werd door Belgische hoven en rechtbanken maar niet door het Belgische Hof van Cassatie overgenomen (zie bv.: Rb. Turnhout 24 februari 1981, *R.G.A.R.* 1982, 10.480; Rb. Bergen 4 november 1980, *R.G.A.R.* 1982, 10.467). Het Belgische Hof van Cassatie heeft deze formulering nooit overgenomen. Maar in zijn conclusies bij het arrest van 16 mei 1974 liet Procureur-generaal W. GANSHOF VAN DER MEERSCH duidelijk verstaan dat de relatie arts-patiënt contractueel van aard is: "De geneesheer die met de zieke verbonden is door een medisch contract, dat wil zeggen een contract waarbij de geneesheer zich ertoe verbindt de patiënt met normale zorgvuldigheid en voorzichtigheid te behandelen en hem overeenkomstig de gegevens van de wetenschap te verzorgen" (Cass. 16 mei 1974, *Arr. Cass.* 1974, 1039, concl. W.G.; *Pas.* 1974, I, 967). De gelijkenis met de overweging in het arrest "Mercier" valt wel op.

316 Ook de rechtsleer spreekt zich in meerderheid en sedert lang uit voor de contractuele aard van de arts-patiënt relatie (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 219; X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, nr. 584 en de door hem aangehaalde rechtsleer; H. NYS, "De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunsde", *t.a.p.*, nrs. 1-18, I. CORBISIER, "Pouvoirs et transparence dans la relation thérapeutique", *R.G.A.R.* 1990, nr. 11682, nrs. 8-9; T. VANSWEEVELT, *a.w.*).

Merkwaardig is dat nog niet zo lang geleden enkele gezaghebbende auteurs twijfels hebben geuit over het bestaan van een "werkelijk contract" tussen arts en patiënt. Het meest uitgesproken is DIJON, die weliswaar op vele plaatsen spreekt over een "contrat médical", maar deze uitdrukking steeds tussen aanhalingstekens plaatst (X. DIJON, *a.w.*, nr. 584). Op die manier drukt hij de ontoereikendheid uit van de contractformule om de realiteit van de arts-patiënt relatie te duiden. Volgens DIJON zijn de voorwaarden voor de geldige totstandkoming van een overeenkomst (toestemming, bekwaamheid, voorwerp en oorzaak) nauwelijks vervuld en te vervullen. Slechts via allerlei kunstgrepen en uitzonderingen kan men nog een contract herkennen. VAN QUICKENBORNE begrijpt de twijfels van DIJON: "De arts is eerder belast met een ministerium, met een wettelijke opdracht dan met een contractuele verbintenis. Wegens zijn functie als arts is hij gehouden aan zijn patiënt de best mogelijke zorgen te verlenen, moet hij diens instemming vragen, en is hij gehouden tot het beroepsgeheim. Het contract is er eigenlijk alleen maar nodig om de verplichting van de patiënt te verklaren om het honorarium te betalen (en in Frankrijk te ontsnappen aan de verkorte verjaringstermijn), ofschoon moet worden erkend dat slechts weinig patiënten met hun arts over het honorarium onderhandelen" (M. VAN QUICKENBORNE, *a.w.*, nr. 15; zie i.v.m. deze discussie uitgebreider: H. NYS, "De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunde", 498-501).

317 Het B.W. kent geen overeenkomst tot het verrichten van medische handelingen en de Wet patiëntenrechten heeft daarin geen verandering gebracht. Ofwel past men de overeenkomst tussen arts en patiënt in één van de benoemde overeenkomsten, ofwel besluit men tot het bestaan van een op zichzelf staande, onbenoemde overeenkomst of een overeenkomst *sui generis*. De rechtspraak heeft zich met deze kwestie nauwelijks ingelaten. De praktische relevantie van deze discussie is overigens gering (zie: K. SCHUTYSER, "De juridische kwalificatie van de verhouding geneesheer-patiënt en ziekenhuispatiënt", *A. Hosp.* 1972, 63-64).

Wat de benoemde overeenkomsten betreft, komen voornamelijk de volgende in aanmerking: de lastgeving (mandaat) (art. 1984 B.W.) en de aannemingsovereenkomst (huur van werk, huur van diensten) (art. 1779 B.W. e.v.). Lastgeving moet worden afgewezen: de arts (lasthebber) handelt inderdaad niet in naam van de patiënt (lastgever) maar handelt voor eigen rekening. Hoewel de lastgeving als zodanig ongeschikt is om de arts-patiëntrelatie te duiden, kan er niet aan worden voorbij gegaan dat de lastgevingsidee de realiteit van de arts-patiëntrelatie kan dekken. Er zijn patiënten die hun lot in handen leggen van de arts, die zelf geen beslissingen willen of kunnen nemen en die verlangen dat hun arts, voor en namens henzelf beslist over de medische handelingen die zich opdringen (M. VAN QUICKENBORNE, *a.w.*, nr. 35). Vanzelfsprekend betreft het hier beslissingen m.b.t. materiële handelingen, zoals het al dan niet ondergaan van een heelkundige ingreep, het nemen van een geneesmiddel en geen rechtshandelingen. Vermits lastgeving krachtens de wet uitsluitend rechtshandelingen (en daaraan duidelijk accessoire materiële handelingen) kan betreffen, is ook in deze gevallen de arts-patiëntrelatie niet onder te brengen in de lastgevingsovereenkomst.
Huur van arbeid (art. 1779, 1° B.W.) komt evenmin in aanmerking als kwalificatie van de overeenkomst tussen arts en patiënt, omdat er geen sprake is van enig ondergeschikt verband tussen arts en patiënt.
Huur van diensten (art. 1779, 3° B.W.), ook wel aannemings- of ondernemingsovereenkomst genoemd, komt volgens sommige auteurs wel in aanmerking (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 225), maar wordt door anderen afgewezen (K. SCHUTYSER, *t.a.p.*, 64). Meestal wordt dan ook besloten dat het gaat om een contract *sui generis*, een onbenoemde overeenkomst, ook wel overeenkomst tot het verrichten van medische handelingen genoemd.

318 In de prototypische situatie komt de overeenkomst tot verrichten van medische handelingen tot stand tussen de hulpverlener, de arts, en de hulpvrager, de patiënt. In het algemeen wordt probleemloos aanvaard dat een dergelijke overeenkomst tot stand kan komen tussen een ziekenhuis en de patiënt die wordt opgenomen (zie: L. DE BRUYCKERE, noot onder Vred. Brasschaat 26 maart 1996, *T. Gez.* 1999-2000, 293-294; T. VANSWEEVELT, *a.w.*, nr. 26 e.v.; R. KRUITHOF, "Tendenzen inzake medische aansprakelijkheid", 181; H. VANDENBERGHE, "De aansprakelijkheid der ziekenhuizen", in *Recht in beweging, Liber Amicorum R. Victor*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1973, 1087).

Niet iedereen deelt deze mening zonder meer. Volgens SCHUTYSER is voor het sluiten van een "volwaardig medisch contract" een "handelingsbekwaamheid van publiekrechtelijke aard vereist" (K. SCHUTYSER, *t.a.p.*, 65). Met name de hulpverlenende partij moet voldoen aan de in de wetgeving op de Uitoefening van de Gezondheidszorgberoepen gestelde voorwaarden. Nu enkel de arts zich kan beroepen op die bijzondere handelingsbekwaamheid, lijkt het uitgesloten dat een medische behandelingsovereenkomst kan worden gesloten tussen een niet-arts, bv. een ziekenhuis en een patiënt, behalve in het louter denkbeeldige geval dat ziekenhuis en arts één en dezelfde (rechts)persoon zouden zijn. In zijn rede over "Leven en dood van het contract" handelt KRUITHOF over "de steeds talrijker wordende wettelijke maatregelen die het sluiten van bepaalde contracten aan bepaalde personen voorbehouden. Deze personen bezitten als het ware een wettelijk monopolie; aan de overige burgers wordt verbod opgelegd om er zich contractueel toe te verbinden ... diensten ... te verstrekken. Men denkt bv. aan de uitoefening van de geneeskunde die voorbehouden is aan geneesheren" (R. KRUITHOF, "Leven en dood van het contract", *R.W.* 1985-86, 2746). Personen die niet de bevoegdheid hebben om de geneeskunde uit te oefenen, zouden derhalve geen overeenkomsten tot het verrichten van medische handelingen kunnen afsluiten. Zie voor een uitgebreide bespreking van dit standpunt: H. NYS, "De overeenkomst in het kader van de uitoefening van de geneeskunde", nr. 21-24.

319 Zoals reeds gezegd, heeft de rechtsleer er doorgaans geen moeite mee dat een patiënt, die werd opgenomen in een ziekenhuis, enkel met dit laatste een contract afsluit, en niet met de arts die de medische handelingen stelt.

Men zegt dan dat het om zgn. "gesloten ziekenhuizen" gaat, dit zijn "inrichtingen, waarin de opgenomen zieken uitsluitend en alleen behandeld worden door daartoe door het ziekenhuis aangestelde geneesheren" (H. VANDENBERGHE, *a.w.*, 1097, noot 3). Tegenover de "gesloten" ziekenhuizen, plaatst men dan de zgn. "open ziekenhuizen", d.w.z. "inrichtingen, waarin geneesheren, die daarvoor de toelating van het ziekenhuis hebben bekomen, hun patiënten doen opnemen en behandelen; de bestaande overeenkomst geneesheer-zieke wordt voortgezet" (H. VANDENBERGHE, *a.w.*, 1097, noot 10). In een gesloten ziekenhuis bestaat er geen contractuele relatie tussen arts en de patiënt, enkel tussen de patiënt en het ziekenhuis. De overeenkomst tot het verrichten van medische handelingen zou dan bestaan tussen patiënt en ziekenhuis.

Het lijkt voorbarig om deze conclusie zonder meer te verbinden aan het zgn. gesloten karakter van het ziekenhuis.

Als men onder "gesloten" ziekenhuis verstaat een ziekenhuis met een vaste medische staf, zodat niet iedere arts er toegang toe heeft, dan is op dit ogenblik ieder Belgisch ziekenhuis een gesloten ziekenhuis, met uitzondering van de M-diensten (materniteiten). Het is ondenkbaar dat een arts zich met zijn patiënt zou aanmelden in een ziekenhuis, als ware het een hotel, en verzoekt om een operatiekamer en verplegend personeel om een heelkundige ingreep uit te voeren. Zowel de ziekenhuisdirectie als de zittende medische specialisten zouden zo'n verzoek, om uiteenlopende redenen (organisatie en planning; risico's; inkomstenverlies) niet willen honoreren. Het onderscheid tussen "gesloten" en "open" ziekenhuis, zoals het traditioneel wordt gemaakt in de literatuur, beantwoordt niet meer aan de sociale werkelijkheid, als dat ooit al het geval is geweest. Wel is het zo dat in veel ziekenhuizen waar een vaste medische staf ter beschikking staat van de patiënten, de artsen over de mogelijkheid beschikken om nog een medische praktijk buiten het ziekenhuis te beoefenen. Zo beschouwd, is in vele gesloten ziekenhuizen tevens een element aanwezig van de definitie van open ziekenhuis, nl. het voortzetten van een buiten het ziekenhuis aangegane arts-patiënt relatie binnen het ziekenhuis.

320 Vermits alle Belgische ziekenhuizen thans een gesloten karakter hebben zou hieruit, volgens de klassieke opvatting, dienen te volgen dat nagenoeg steeds de overeenkomst tot het verrichten van medische handelingen tot stand komt tussen patiënt en ziekenhuis. Een dergelijk besluit miskent de werkelijkheid en in recente rechtspraak wordt daar ook rekening mee gehouden. "De wezenlijke vraag om te weten wie zich verbonden heeft is niet te onderscheiden of het een open dan wel gesloten kliniek betreft, maar wel te bepalen of de zieke zijn keuze op de arts dan wel op het ziekenhuis liet vallen" (Brussel 14 januari 1982, *R.G.A.R.* 1983, 10688; vgl. Rb. Brugge 10 november 1986, *R.W.* 1987-88, 293).

Richtinggevend maar niet doorslaggevend bij het beantwoorden van de vraag naar wie de keuze van de patiënt is uitgegaan, is de aard van de rechtsverhoudingen tussen de ziekenhuisarts en het ziekenhuis. Wanneer de arts in het ziekenhuis voltijds werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst of op basis van een statutaire benoeming is er nauwelijks nog ruimte voor een contractuele relatie tussen patiënt en arts. In een arrest van 2 mei 1989 liet het Hof van Beroep te Antwerpen nochtans duidelijk de mogelijkheid open dat, zelfs indien er een arbeidsovereenkomst bestaat tussen het ziekenhuis en de arts, er toch nog ruimte is voor een contractuele relatie tussen patiënt en arts (Antwerpen 2 mei 1989, *R.W.* 1989-90, 260, noot H. NYS; *Vl. T. Gez.* 1988-89, 301 noot R. HEYLEN). M.a.w. de overeenkomst tot het verrichten van medische handelingen kan ook in die omstandigheden tot stand komen tussen arts en patiënt, en niet tussen patiënt en ziekenhuis. Zulks lijkt toch wel fundamenteel in strijd met de *ratio* van een arbeidsovereenkomst, nl. het verrichten van arbeid onder gezag van een werkgever. De werknemer, *in casu* de arts, beschikt dan

niet meer vrij over zijn arbeid (vgl.: K. GEENS, "Kan een éénpersoonsvennootschap ziekenhuisgeneesheer zijn?", *T.R.V.* 1990, 377).

321 Betwist wordt of tussen een ziekenhuis dat wordt beheerd door een O.C.M.W. en een patiënt een overeenkomst tot verrichten van medische handelingen kan tot standkomen (zie: T. VANSWEEVELT, "De wettelijke opdracht van het O.C.M.W. en de cumulatieve aansprakelijkheid van werkgever en gelegenheidsaansteller voor fouten van aangestelden", *R.W.* 1987-88, 297-298).

Vroeger werd door een unanieme rechtsleer die mogelijkheid aanvaard. Wanneer O.C.M.W.-ziekenhuizen betalende patiënten opnemen, en deze patiënten vormen thans de overgrote meerderheid, dan treden zij buiten hun wettelijke opdracht. In dat geval handelt een O.C.M.W.-ziekenhuis zoals een ziekenhuis dat wordt beheerd door een V.Z.W. Tussen patiënt en ziekenhuis kan dan een overeenkomst tot stand komen. Voorzover dit besluit gebaseerd is op het al dan niet optreden van het O.C.M.W. binnen zijn wettelijke opdracht, wordt het door VANSWEEVELT bestreden om twee redenen. Het onderscheid tussen een overheid optredend als "overheid" en als "particulier" is niet zonder moeite toe te passen en kan tot ernstige betwistingen aanleiding geven. Bovendien is het onderscheid niet ter zake: de overheid wordt immers geacht steeds te handelen in het kader van één alomvattende opdracht, nl. de behartiging van het algemeen belang. Voorts vindt het gelijkstellen van de O.C.M.W.-ziekenhuizen met private ziekenhuizen wanneer zij niet optreden binnen hun wettelijke opdracht, nl. het verzorgen van behoeftigen, geen steun in de wet. Die wettelijke opdracht is nl. veel ruimer dan alleen maar het verzorgen van behoeftigen. Ook wanneer het betalende patiënten opneemt, blijft een O.C.M.W.-ziekenhuis binnen zijn wettelijke opdracht.
Moet nu hieruit worden afgeleid dat niet alleen de behoeftige patiënten, maar alle patiënten die opgenomen worden in een O.C.M.W.-ziekenhuis een beroep doen op een openbare dienst en zich dus in een reglementaire en buitencontractuele situatie bevinden? Op die vraag geeft VANSWEEVELT een ontkennend antwoord. Wat ook zijn situatie is, uiteindelijk beslist de patiënt zelf of hij een bepaalde ingreep in een O.C.M.W.-ziekenhuis wil ondergaan. Hieruit kan worden besloten dat in alle gevallen een contractuele relatie tussen patiënt en O.C.M.W.-ziekenhuis tot stand kan komen (zie ook: I. CORBISIER, *t.a.p.*, noot 27; DALCQ stelt dat de relatie tussen een O.C.M.W.-ziekenhuis en een patiënt door het administratief recht wordt beheerst; R.O. DALCQ, "Belgium", in E. DEUTSCH en H.L. SCHREIBER (eds.) *Medical responsibility in Western Europe*, Berlijn, Springer, 1985, 75, B14; zie ook: Rb. Tongeren 6 oktober 1999, *T. Gez.* 2001-02, 51).

322 Doorgaans ontstaat er tussen arts (of eventueel ziekenhuis) en patiënt een medische behandelingsovereenkomst. Het is ook mogelijk dat er geen overeenkomst tot stand komt o.m. wanneer de patiënt niet in staat is te contracteren om feitelijke redenen. Zo wanneer het voor een patiënt onmogelijk is vrije en volwaardige toestemming te geven omdat deze bijvoorbeeld bewusteloos is en niemand voor hem kan optreden (Rb. Antwerpen 5 december 1991, *T. Gez.* 1995-96, 313; Gent 10 september 1997, *T. Gez.* 1999-2000, 128).

Naast deze met concrete omstandigheden verbonden onmogelijkheid tot het sluiten van een overeenkomst tussen arts en patiënt, kunnen ook juridische redenen het sluiten van een overeenkomst verhinderen. Met name wordt hierbij gedacht aan situaties waarin iemand zich verplicht dient te onderwerpen aan een medisch onderzoek of behandeling, al dan niet bij een arts van zijn keuze, enerzijds en situaties waarin weliswaar geen verplichting is zich te onderwerpen aan een onderzoek of behandeling maar waar van een vrije keuze van arts geen sprake is.

323 Wanneer de rechtsverhouding tussen arts en patiënt niet van contractuele aard is, kan een rechtsverhouding bestaan op andere dan contractuele grondslag.

Zo ontstaat er een niet-contractuele rechtsverhouding tussen een patiënt en de arts die krachtens zijn wettelijke hulpverleningsplicht (art. 422*bis*, zie verder, nr. 434) medische spoedhulp verstrekt aan de bewusteloze patiënt. In deze omstandigheden is er sprake van een rechtsverhouding in de zin van artikel 3 § 1 Patiëntenrechtenwet en bijgevolg dient deze arts deze wet na te leven.

Of er een rechtsverhouding ontstaat tussen een arts die door een arbeidsovereenkomst verbonden is met een werkgever (bv. een rust- en verzorgingstehuis of verzekeringsmaatschappij) en een patiënt is betwist. Een rechtsverhouding op contractuele basis wordt in het algemeen afgewezen (zie boven, nr. 320). Volgens sommige auteurs ontstaat in dergelijk geval toch een rechtsverhouding tussen de arts en de patiënt, nl. een niet-contractuele rechtsverhouding. De band die bestaat tussen arts en patiënt, bij hypothese zonder dat een contract tussen hen ontstond, wordt beheerst door een rechtsregel (art. 1382 B.W.) die effectief moet worden nageleefd en waarvan de miskenning in rechte kan worden gesanctioneerd (T. VANSWEEVELT, "Definities en toepassingsgebied ...", *t.a.p.*, 69). De juistheid van deze opvatting kan worden betwijfeld. De auteur beroept zich op de omschrijving die CORNELIS heeft gegeven van de notie "rechtsverhouding": "de rechtsverhouding impliceert dat 'de band' of 'het verband' waarnaar wordt verwezen, in rechte (d.w.z. binnen de grenzen van de definitie van het positief (en objectief recht) relevant is. Daartoe is noodzakelijk dat die verhouding wordt beheerst door een (of meer) rechtsregel(s), waarvan de toepassingsvoorwaarden *in concreto* (cursief toegevoegd HN) vervuld zijn (zodat de rechtsregel effectief moet worden nageleefd) en waarvan de miskenning in rechte kan worden gesanctioneerd en afgedwongen (nl. door sanctie en dwang)" (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 7-8). De rechtsregel die de verhouding tussen de in dienstverband werkende arts en de patiënt beheerst, zou volgens VANSWEEVELT artikel 1382 B.W. zijn. Volgens CORNELIS echter moeten de toepassingsvoorwaarden van de rechtsregel in het concrete geval zijn vervuld. Indien de arts niet foutief heeft gehandeld tegenover de patiënt of indien zijn fout geen schade heeft berokkend aan de patiënt geldt artikel 1382 B.W. in het concrete geval niet en is van een rechtsverhouding geen sprake. Ook CORNELIS heeft zich in die zin uitgesproken: "Verhoudingen tussen individuen onderling waarop als dusdanig geen rechtsregels toepasselijk zijn (bv. omdat de toepassingsvoorwaarden ervan niet vervuld zijn) behoren evenmin tot het privaatrecht" (L. CORNELIS, *a.w.*, 8). Als voorbeelden citeert hij sociale contacten, sport en spel. Niemand zal tegenspreken dat ook in de sport de zorgvuldigheidsplicht neergelegd in artikel 1382 B.W. moet worden nageleefd. Toch leidt dat niet tot de conclusie dat *a priori* rechtsverhoudingen ontstaan tussen de deelnemers. Weliswaar kan de relatie tussen arts en patiënt niet worden gelijkgesteld met sociale contacten. Waar het echter om gaat is dat ook de verhouding tussen een arts in dienstverband en de patiënt niet *a priori* (d.w.z. zonder dat alle toepassingsvoorwaarden zijn vervuld) en in het algemeen wordt beheerst door artikel 1382 B.W. Pas wanneer de toepassingsvoorwaarden van deze bepaling zijn vervuld, ontstaat er een verbintenis van de arts jegens de patiënt. Het belang van deze discussie moet evenwel niet worden opgeschroefd. De overgrote meerderheid van artsen, zowel binnen als buiten ziekenhuizen, werkt op zelfstandige basis zodat er bijna steeds een contractuele rechtsverhouding zal bestaan tussen arts en patiënt. Artsen die in dienstverband van een ziekenhuis zijn tewerkgesteld, dienen de rechten van de patiënt te respecteren op grond van artikel 17*novies* Ziekenhuiswet. Wanneer de werkgever geen ziekenhuis is kan deze een bepaling opnemen in de arbeidsovereenkomst die de arts in dienstverband verplicht de bepalingen van de Patiëntenrechtenwet na te leven.

AFDELING II

RECHT OP KWALITEITSVOLLE DIENSTVERLENING

324 Krachtens artikel 5 Patiëntenrechtenwet heeft de patiënt, met eerbiediging van zijn menselijke waardigheid en zijn zelfbeschiking en zonder enig onderscheid op welke grond ook, tegenover de arts recht op kwaliteitsvolle dienstverstrekking die beantwoordt aan zijn behoeften.

Kwaliteitsvolle dienstverstrekking houdt volgens de Memorie van Toelichting o.m. in dat de geldende standaarden zoals die voortvloeien uit de stand van de wetenschap worden nageleefd. Het kan daarbij gaan om standaarden uitgewerkt door wetenschappelijke verenigingen maar is daartoe niet beperkt. De beroepsbeoefenaar moet zich met andere woorden gedragen als een goede huisvader die handelt in overeenstemming met de zorgvuldigheidsnorm zoals die in het aansprakelijkheidsrecht tot ontwikkeling is gekomen (Y. LELEU, *t.a.p.*, 651; *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 18). De verplichting als een zorgvuldig beroepsbeoefenaar te handelen wordt in artikel 5 als het recht van de patiënt op kwaliteitsvolle dienstverlening geformuleerd. Dat dit recht "manifest de aansprakelijkheid van elke dienstverstrekker verhoogt" is betwistbaar (zie in die zin: *Hand.* Senaat 2001-02, 18 juli 2002, 77).
Dit recht op kwaliteitsvolle dienstverlening doet geen afbreuk aan de therapeutische vrijheid van de arts: hij mag beslissen een medische handeling die hij nutteloos acht, niet voort te zetten (Y. LELEU, *t.a.p.*, 652). De minister onderstreept bovendien dat een arts nooit verplicht is tegen zijn geweten te handelen. De patiënt moet dan een andere arts raadplegen (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/012, 64). Zie i.v.m. de therapeutische vrijheid tegenover de patiënt ook: nr. 346 en 354.
Zie ook: artikel 3 § 1 Decreet Vl. Gem. 3 maart 2004 betreffende de eerstelijnsgezondheidszorg en de samenwerking tussen de zorgaanbieders, *B.S.* 20 april 2004, derde uitgave: "iedere persoon, zonder onderscheid van leeftijd of geslacht, van ideologische, filosofische of godsdienstige overtuiging, van ras of geaardheid en zonder onderscheid van zijn vermogenstoestand, heeft recht op een kwaliteitsvolle eerstelijnsgezondheidszorg en op een respectvolle behandeling en begeleiding" en artikel 3 § 2: "de zorgverstrekkers bieden kwaliteitsvolle eerstelijnsgezondheidszorg aan".

325 Het gaat in deze bepaling om de behoeften van de patiënt, niet zijn verlangens of zijn wensen. De patiënt kan geen recht laten gelden op een onderzoek of behandeling waarvoor geen medische indicatie bestaat (zie: *Hand.* Kamer 2001-02, 8 juli 2002, 64). Ook dient benadrukt dat dit recht maar bestaat in de mate dat er reeds een rechtsverhouding is ontstaan tussen de beroepsbeoefenaar en de patiënt (zie daarover: vrije keuze van patiënt door de arts, nr. 330).

326 Het recht op kwaliteitsvolle dienstverlening is een individueel recht van de patiënt tegenover de arts met wie hij in een rechtsverhouding staat. Dit individueel recht op kwaliteitsvolle dienstverlening mag niet worden verward met het sociaal (grond) recht op gezondheidszorg (zie: art. 23 G.W.; zie over het recht op gezondheidszorg: H. NYS, "Ongelijke toegang tot de gezondheidszorg. Juridisch-ethische aspecten van keuzen in de gezondheidszorg", in F. LOUCKX (ed.), *Gevelarchitectuur van de welvaartstaat. Ongelijke toegang tot de gezondheidszorg*, Brussel, VUBPress, 1995, 45-64; R.v.St., "Advies bij K.B. 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong", *B.S.* 23 december 1997, *err. B.S.* 26 mei 1998; art. 12, tweede lid, d Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele

rechten; art. 11, 1 Europees Sociaal Handvest en art. 3 E.V.R.M.B.; F. DEWALLENS, "Het publiekrechtelijk instrumentarium ter vrijwaring van de rechten van de patiënt", *T. Gez.* 1997-98, 467-469; M. STROOBANT, "De grondwettelijke rechten op bescherming van de gezondheid en de geneeskundige bijstand", *T. Gez.* 1997-98, 448-457; T. BALTHAZAR, "Het recht op gezondheidszorg van gedetineerden", noot onder Rb. Oudenaarde 23 januari 1992, *Vl. T. Gez.* 1992-93, 204-210; J. DETIENNE, "Détention et soins de santé aux détenus", *J.T.* 1999, 526-532). Eenieder heeft recht op gezondheidszorg. Aan dit recht beantwoordt de verplichting van de overheid om passende maatregelen te nemen, rekening houdend met de gezondheidsbehoeften en de beschikbare middelen, om aan eenieder een billijke toegang tot de gezondheidszorg te verzekeren. Het recht op kwaliteitsvolle dienstverlening is geen claimrecht t.o.v. de arts waarmee de patiënt in een rechtsverhouding staat. De woorden "die beantwoordt aan zijn behoeften" betekenen niet dat de patiënt van de arts alle medische zorg kan eisen die aan zijn behoeften beantwoordt, zelfs wanneer de arts niet de technische mogelijkheden heeft om die zorg zelf te verlenen of zelfs wanneer de patiënt niet over de financiële mogelijkheden beschikt om die zorg te betalen. Eerder als een verruiming van dit patiëntenrecht, moeten deze woorden worden begrepen als een inperking: de patiënt heeft "slechts" recht op kwalitatieve dienstverlening die beantwoordt aan zijn behoeften.

De medische activiteit in een ziekenhuis moet kwalitatief getoetst worden en dit zowel intern als extern. Daartoe moet o.m. voor elke patiënt een medisch dossier worden aangelegd en in het ziekenhuis bewaard. Tevens moet een interne registratie in het ziekenhuis worden opgezet op basis waarvan een rapport dient te worden opgesteld over de kwaliteit van de medische activiteit voor de door de Koning aangewezen diensten of functies (art. 15 § 1 Ziekenhuiswet). Deze interne en externe kwaliteitstoetsing is nader uitgewerkt in K.B. 15 februari 1999 betreffende de kwaliteitstoetsing van de medische activiteit in de ziekenhuizen (*B.S.* 25 maart 1999). Benadrukt moet worden dat deze interne en externe kwaliteitstoetsing van de medische activiteit betrekking heeft op het geheel van de activiteit in een zorgprogramma en niet op de medische activiteit van een individuele arts kan slaan. Zie ook: het Vlaams Decreet van 17 oktober 2003 betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen (*B.S.* 10 november 2003). Op grond van artikel 3 § 1 is een voorziening verplicht aan iedere gebruiker verantwoorde zorg te verstrekken, zonder onderscheid van leeftijd of geslacht, van ideologische, filosofische of religieuze overtuiging, van ras of geaardheid en zonder onderscheid van de vermogenstoestand van de betrokkene. Verantwoorde zorg voldoet aan de vereisten van doeltreffendheid, doelmatigheid, continuïteit, maatschappelijke aanvaardbaarheid en gebruikersgerichtheid. Bij het verstrekken van die zorg zijn respect voor de menselijke waardigheid en diversiteit, de bejegening, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het zelfbeschikkingsrecht, de klachtenbemiddeling en -behandeling, de informatie aan en inspraak van de gebruiker en iedere belanghebbende uit zijn leefomgeving gewaarborgd (art. 3 § 2).

AFDELING III

RECHT OP VRIJE KEUZE VAN EEN ARTS

327 Overeenkomstig artikel 6 heeft de patiënt recht op vrije keuze van de arts en recht op wijziging van deze keuze, behoudens, in beide gevallen, be-

perkingen opgelegd krachtens de wet (zie over dit recht: H. NYS, "Patiënt of paria? Medischrechtelijke beschouwingen bij de zaak Bosman", in X., *Fundamentele rechten van de sportbeoefenaar*, Leuven, Peeters, 1996, 64-72; P. SCHOUKENS en F. DEWALLENS, *t.a.p.*).

Volgens de Memorie van Toelichting dient dit recht op vrije keuze beschouwd te worden als een specifieke toepassing van het recht op zelfbeschikking (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 18). Niemand dient zich te laten behandelen en zeker niet door een arts die men niet vrij heeft gekozen. De vrije keuze valt dan samen met het recht om al dan niet toe te stemmen (art. 8) en heeft dan geen zelfstandige betekenis. Wellicht verklaart dit waarom het recht op vrije keuze niet werd opgenomen in het E.V.R.M.B. en ook wel eens het "vergeten patiëntenrecht" wordt genoemd (in die zin: P.C. IPPEL, "Het vergeten patiëntenrecht: vrije keuze van de hulpverlener", in K. BLANKMAN en J.E. DOEK (red.), *Recht en Gezondheid. Liber amicorum mr. Oscar P.F. Oldenburg*, Amsterdam, VU uitgeverij, 1992, 95-104).
Toch kan aan het bestaan van dit recht niet worden getwijfeld. In verschillende wetsbepalingen wordt het recht van de patiënt op vrije keuze van zijn arts erkend. Aldus in artikel 127 § 1 Z.I.V.-Wet 1994; artikel 29 Arbeidsongevallenwet; artikel 138 Landverzekeringsovereenkomst en het K.B. van 3 mei 1999 betreffende het algemeen medisch dossier (art. 3 § 1).
De Raad van State leidt het bestaan van een recht op vrije artsenkeuze af uit het recht om een leven te leiden dat beantwoordt aan de menselijke waardigheid dat krachtens artikel 1 O.C.M.W.-Wet aan de grondslag dient te liggen van elke dienstverlening door het O.C.M.W. (R.v.St. nr. 64554, 17 februari 1997, *Dr. Q. M.* 1998, nr. 21, 29 advies M. QUINTIN; *Pas.* 1997, IV, 6; *Rev. dr. commun.* 1998, 65; *T.B.P.* 708). Uiteraard geldt de menselijke waardigheid ook voor medische hulpverlening buiten een O.C.M.W. context en heeft de vrije artsenkeuze een algemene draagwijdte.
Zie ook: artikel 3 § 1, tweede lid Decreet Vl. Gem. 4 maart 2004 betreffende de eerstelijnsgezondheidszorg en de samenwerking tussen de zorgaanbieders, *B.S.* 20 april 2004, derde uitgave: "De vrijheid van keuze van zorg en zorgverstrekker wordt in hoofde van de gebruiker geëerbiedigd".

328 Op zoek naar een zelfstandige betekenis van het recht op vrije artsenkeuze rijst de vraag door wie dit recht op vrije keuze moet worden nageleefd. De rechten van de patiënt dienen te worden nageleefd door de arts die in een rechtsverhouding staat tot de patiënt met het oog op het verstrekken van gezondheidszorg. Het ontstaan van een rechtsverhouding tussen een patiënt die vrij voor hem heeft gekozen en een arts impliceert dat deze laatste de vrije keuze van de patiënt respecteert. Voor artsen tot wie de patiënt zich niet wendt en met wie er dus ook geen rechtsverhouding ontstaat, stelt de vraag of zij het recht op vrije keuze moeten naleven, zich niet eens. Wat is dan nog de betekenis van dat recht? Zoals gezegd: als een patiënt zich uit vrije wil wendt tot een arts van zijn keuze, die aanvaardt, dan is het recht op vrije keuze gerespecteerd. Er is wel een probleem wanneer een patiënt te maken krijgt met een arts die hij niet vrij heeft gekozen en met wie deze patiënt niets te maken wenst te hebben. Het kan dan gaan om een medische controle of een andere situatie van dwang of drang (gevangenis; gedwongen opname in een psychiatrische dienst; zie in dit kader: Rb. Brussel 1995, *T. Gez.* 1995-96, 368-372: "De keuze van een eigen arts door een beklaagde of een beschuldigde kan slechts om redenen van orde en veiligheid geweigerd worden"). Dat is niet noodzakelijk zo; denk aan een heelkundige ingreep waarbij men vaak de anesthesist niet echt zelf kiest. Juist in dergelijke situaties krijgt het recht op vrije keuze een reële dimensie. Dat recht houdt in dat de arts deze keuze respecteert behalve wanneer een wettelijke bepaling daaraan in de weg staat.

In de Memorie van Toelichting wordt verwezen naar beperkende wettelijke regelingen in het kader van de arbeidsgeneeskunde, de arbeidsongevallenwetgeving, de medische behandeling van gedetineerden en geïnterneerden en de gedwongen opname van geesteszieken (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 19).

Voor het vertrouwen van de patiënt in zijn arts is het essentieel dat dit recht op vrije keuze wordt gerespecteerd. Niet-onderzocht en/of behandeld moeten worden door een beroepsbeoefenaar waarin men geen vertrouwen heeft, maakt de essentie uit van het recht op vrije keuze. Terecht erkent de wet dit als een volwaardig patiëntenrecht.

Het recht op vrije keuze mag niet verkeerd begrepen worden: het houdt niet in dat aan de overheid de verplichting wordt opgelegd om feitelijke beperkingen van dit recht op te heffen. Het recht op vrije keuze geldt niet tegenover de overheid, wel jegens artsen. Vooreerst die artsen met wie de patiënt reeds in een rechtsverhouding staat. Hier betekent het recht op vrije keuze voornamelijk het recht om die keuze te wijzigen. Bovendien moet worden aangenomen dat het recht op vrije keuze reeds bestaat in de fase die voorafgaat aan het al dan niet totstandkomen van een rechtsverhouding omdat anders dat recht weinig betekenis zou hebben.

329 Naast artikel 6 Patiëntenrechtenwet is de belangrijkste juridische grondslag voor het keuzerecht van de patiënt gelegen in de behandelingsovereenkomst met de arts. Voor de patiënt is de identiteit of de persoonlijke hoedanigheid van de andere contractspartij in veel gevallen van doorslaggevend belang om toe te stemmen in de overeenkomst. Bijgevolg blijft de patiënt vrij om al dan niet de arts van zijn keuze als contractant te aanvaarden. Het keuzerecht en de wilsautonomie vallen hier samen (P. SCHOUKENS en F. DEWALLENS, *t.a.p.*, 152-153).

330 Hoewel niet uitdrukkelijk opgenomen in de Patiëntenrechtenwet heeft ook de arts de vrijheid van keuze van patiënt. De wilsautonomie brengt met zich dat hij niet met iedereen die zich in zijn praktijk aanmeldt, een behandelingsovereenkomst moet afsluiten. Ook aan deze vrijheid kunnen wettelijke beperkingen worden gesteld, zoals de hulpverleningsplicht van artikel 422*bis* Sw.

AFDELING IV

RECHT OP INFORMATIE OVER DE GEZONDHEIDSTOESTAND

§ 1. Betekenis van het recht op informatie over de gezondheidstoestand

331 De patiënt heeft tegenover de arts recht op alle hem betreffende informatie die nodig is om inzicht te krijgen in zijn gezondheidstoestand en de vermoedelijke evolutie ervan (art. 7 § 1 Patiëntenrechtenwet. Zie ook: art. 7 Wet 14 juni 2002 betreffende de palliatieve zorg: "Elke patiënt heeft recht op informatie over zijn gezondheidstoestand").

Het onderzoeken van iemands gezondheidstoestand is een activiteit die op grond van artikel 2 W.U.G. behoort tot het monopolie van de arts. Het meedelen van die informatie is daarmee zo eng verbonden dat dit recht tegenover de arts (en de tandarts) bestaat en niet tegenover de andere gezondheidszorgberoepsbeoefenaren.

332 Het recht op informatie over de gezondheidstoestand bestaat op zichzelf, ook zonder een voorgenomen behandeling. Er doen zich regelmatig situaties voor waarin van een behandeling geen sprake is, hetzij omdat een behandeling in de huidige stand van de wetenschap ontbreekt (bv. voor vele genetische aandoeningen; terminaal zieke patiënten) hetzij omdat de patiënt heeft laten verstaan geen behandeling meer te wensen. Ook in die gevallen heeft de patiënt recht op informatie over zijn gezondheidstoestand. Het betreft een recht dat op zich staat en niet verbonden is met een latere toestemming (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 19-20; art. 10.2 van het E.V.R.M.B. hanteert eenzelfde aanpak).

Informatie betreffende de gezondheidstoestand moet worden onderscheiden van zgn. toestemmingsinformatie of informatie die voorafgaat aan de toestemming voor een onderzoek of een behandeling, ook al zullen beide vormen van informatie elkaar in de praktijk vaak overlappen. Zie voor dit onderscheid: A.-M. BAEKE, "Het Belgische gezondheidsrecht en de Nederlandse wet op de behandelingsovereenkomst: een vergelijkende studie", *T. Gez.* 1997-98, 557; D. CLARYSSE, "De modaliteiten en het bewijs van de geïnformeerde toestemming in de relatie zorgverlener-patiënt", *Jur. Falc.* 2001-02, nr 1, 17; H. NYS, "Rechten van de patiënt in België. Juridische stand van zaken en poging tot verklaring", *T. Gez.* 1997-98, 435; T. VANSWEEVELT, "Rechten van de patiënt: de rol van de rechtspraak in België", *T. Gez.* 1997-98, 472; zie ook: Rb. Nijvel 5 september 1995, *R.R.D.* 1995, 299).

LEENEN benadrukt in dit verband de sterk symbolische waarde die het recht op informatie heeft voor een patiënt, los van enige voorgenomen behandeling, om het kennisverschil tussen arts en patiënt te verkleinen, en zodoende de communicatie tussen beide te vergroten (H.J.J. LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten/Diegem, Bohn Stafleu Van Loghum 2000, 191-193).

333 In de bevoegde Kamercommissie verduidelijkte de minister dit recht op informatie als volgt: "de bepaling beoogt dat de beroepsbeoefenaar de informatie waarover hij in verband met zijn patiënt beschikt, niet voor zich houdt maar aan de patiënt meedeelt" (*Hand.* Kamer 2001-02, 8 juli 2002, 77). In die zin is er geen sprake van een recht op informatie die ook de beroepsbeoefenaar nog niet kent.

Toch zou deze bepaling ook ruimer kunnen worden begrepen. Artikel 7 spreekt van a l l e hem betreffende informatie die n o d i g is om inzicht te krijgen in zijn gezondheidstoestand en de vermoedelijke evolutie ervan. Dat kan niet alleen reeds beschikbare informatie zijn maar ook informatie die nog niet beschikbaar is en via geïndiceerde onderzoeksmethoden aan het licht kan worden gebracht. In die zin impliceert deze bepaling ook een recht op medisch-geïndiceerd onderzoek, een recht dat ook kan worden afgeleid uit artikel 5. Een recht op niet-medisch geïndiceerd onderzoek kan noch in artikel 7 § 1 noch in artikel 5 worden gelezen. Onder de "vermoedelijke evolutie" moet die evolutie worden verstaan die volgens de arts, op basis van de analyse van de gegevens waarover hij in verband met zijn patiënt beschikt, in de lijn der verwachtingen ligt (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 77).
Volgens sommige auteurs heeft de patiënt op grond van artikel 7 het recht op de hoogte te worden gebracht van een medisch ongeval, maar alszodanig is dat geen informatie over de gezondheidstoestand (D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 12).

§ 2. Grondslag van het recht op informatie

334 De juridische grondslag van het recht op informatie over de gezondheidstoestand kan wanneer tussen arts en patiënt een contractuele relatie bestaat, worden gebaseerd op de goede trouw. De goede trouw die de uitvoering van iedere overeenkomst beheerst, vereist dat de arts zijn patiënt ook op de hoogte brengt van zijn gezondheidstoestand.

Zie omtrent de goede trouw in het contractenrecht: H. BOCKEN, "De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen", *R.W.* 1989-90, 1041-1049; M.E. STORME, "De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvorderingen", *R.W.* 1989-90, 137-141; over "Wil en vertrouwen bij de totstandkoming van verbintenissen" en het verslag van de bespreking van het preadvies van VEROUGSTRAETE door B. CATTOIR, *R.W.* 1989-90, i.h.b. 1505, waar als basis voor de informatieplicht die op o.a. artsen rust wordt vermeld het t.a.v. leken verwekte vertrouwen. Het bestaan van zo'n plicht werd evenwel door de preadviseur ontkent, behalve "wanneer zij inherent is aan de te leveren prestatie (bv. arts) of wanneer de wet zulks bepaalt").

Ook VANSWEEVELT verbindt de informatieplicht van de arts aan de goede trouw die de arts-patiëntrelatie beheerst. Daarnaast knoopt hij de informatieplicht van de arts ook nog vast aan de algemene zorgvuldigheidsplicht die op de arts rust (T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, Antwerpen, Maklu, 1989, nr. 30 en 31). Voor de verdere levensplanning van de patiënt kan het van wezenlijk belang zijn dat hij de prognose kent (beëindiging van sommige professionele activiteiten; nemen van beslissingen in de financiële sfeer; relaties met partner, kinderen, ouders enz.).

Zie i.v.m. de informatieplicht en het einde van het leven: titel VII; zie ook: Y. LELEU, *t.a.p.*, 652).

§ 3. Vormelijke aspecten van het recht op informatie

335 De communicatie met de patiënt geschiedt in een duidelijke taal (art. 7 § 2, eerste lid) hetgeen inhoudt dat de wijze van informatieverstrekking is aangepast aan de individuele patiënt (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 20).

In het wetsontwerp was behalve van duidelijke taal ook sprake van begrijpelijke taal. De Kamer aanvaardde een amendement (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/007, nr. 26) om "begrijpelijk" weg te laten teneinde te voorkomen dat bij de patiënten de verwachting ontstaat dat zij steeds in hun moedertaal moeten worden geïnformeerd (Y. LELEU, *t.a.p.*, 652, noot 41). In bepaalde gevallen kan dit betekenen dat een tolk moet worden ingeschakeld (C. TROUET en I. DREEZEN, *t.a.p.*, 5; D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 12).

336 De patiënt kan erom verzoeken dat de informatie hem schriftelijk wordt bevestigd (art. 7 § 2, tweede lid). Dit maakt het de patiënt mogelijk om de door de beroepsbeoefenaar in beginsel mondeling verstrekte informatie nog eens rustig door te nemen. Dit sluit niet uit dat op initiatief van de beroepsbeoefenaar de informatie schriftelijk wordt bevestigd nadat ze eerst mondeling werd meegedeeld (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 20).

337 Op schriftelijk verzoek van de patiënt kan de informatie worden meegedeeld aan een door hem aangewezen vertrouwenspersoon. Dit verzoek van

de patiënt en de identiteit van deze vertrouwenspersoon worden opgetekend in of toegevoegd aan het patiëntendossier (art. 7 § 2, laatste lid).

De eerste zin van deze bepaling is het resultaat van een amendement (HONDERMARCQ, *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/007, nr. 27). In het wetsontwerp was de arts verplicht om op om het even welk verzoek, mondeling of schriftelijk, van de patiënt in te gaan. De verplichting is verdwenen en enkel een schriftelijk verzoek is nog geldig. Men kan zich afvragen welke zin deze bepaling heeft. Ook zonder deze bepaling zou een patiënt zijn arts kunnen verzoeken om de informatie aan een vertrouwenspersoon mee te delen. De Memorie van Toelichting wekt de indruk dat de informatie aan de patiënt en daarnaast ook aan de vertrouwenspersoon kan worden meegedeeld: "de patiënt kan ervoor opteren dat behalve aan hemzelf, de informatie eveneens aan een andere persoon, een vertrouwenspersoon (met gelijklopende belangen) wordt medegedeeld (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 21; zie ook: Y. LELEU, *t.a.p.*, 652). De wettekst sluit een andere interpretatie echter niet uit. Overigens roept ook de figuur van de vertrouwenspersoon vragen op. Volgens de Memorie van Toelichting kan de patiënt ervoor opteren dat behalve aan hemzelf, de informatie aan een andere persoon, vertrouwenspersoon genoemd, wordt meegedeeld. Gedacht wordt aan een chronische patiënt die een andere patiënt, bv. een lid van een zelfhulpgroep, met jarenlange ervaring als vertrouwenspersoon aanwijst. Men kan zich een dergelijke situatie zeer goed voorstellen. De vraag is of er behoefte bestond om deze informele praktijk wettelijk te regelen. In de mate dat de terechte vrees bestaat dat beroepsbeoefenaars de tussenkomst van zo'n vertrouwenspersoon als hinderlijk ervaren en de wetgever hen daarom wil verplichten om die tussenkomst te aanvaarden, valt daar wel wat voor te zeggen. Is die vrees terecht? Dat blijkt niet uit de Memorie van Toelichting. Hoe dan ook, door deze wettelijke regeling verliest de vertrouwenspersoon zijn informeel karakter. Daarop is door de commissie ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer gewezen (advies nr. 30 van 22 augustus 2001 van de commissie ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer, nr. 13). Hoewel in de Memorie van Toelichting wordt verduidelijkt dat de patiënt zelf al zijn rechten als patiënt uitoefent (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 21) is er toch een gevaar dat de vertrouwenspersoon wordt verward met de vertegenwoordiger van de wilsonbekwame patiënt. Van zijn kant betreurde de Nationale raad van de Orde der geneesheren in zijn advies van 16 februari 2002 dat er nauwelijks enige kwalificatie is voorzien voor de vertrouwenspersoon. Er moet immers zowel tussen de vertrouwenspersoon en de patiënt als tussen de vertrouwenspersoon en de arts een vertrouwensrelatie kunnen ontstaan. Indien een arts een goede reden heeft om de vertrouwenspersoon niet te vertrouwen kan men zich moeilijk voorstellen dat de arts hem confidentiële informatie over de patiënt gaat verstrekken ("Advies over het voorontwerp van wet betreffende de rechten van de patiënt", *T. Orde Geneesh.* 2002, nr. 95, 4).

§ 4. Recht om niet te weten

338 De informatie wordt niet aan de patiënt verstrekt indien deze hierom uitdrukkelijk verzoekt (art. 7 § 3, eerste lid, eerste zin). Het uitdrukkelijk verzoek om niet te weten kan schriftelijk gebeuren, in welk geval het wordt toegevoegd aan het patiëntendossier of mondeling, in welk geval het wordt opgetekend in dat dossier (art. 7 § 3, tweede lid). Indien de patiënt dit recht uitoefent, mag de arts hem niet informeren: de plicht te informeren is een plicht om niet te informeren geworden (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 22; zie over de grondslag van dit recht: K. DIERICKX, "Het menselijk genoom en het recht om niet te weten. Een verkenning van de morele gronden", in H. NYS, *De Conventie Mensenrechten*, *t.a.p.*, 173-183).

Dit is anders wanneer de patiënt afstand doet van zijn recht op informatie: de arts is dan ontslagen van zijn informatieplicht zonder dat er een andere plicht (nl. niet-informeren) in de plaats komt.

Het gaat om een recht om (bepaalde informatie) niet te weten en niet om een recht om niets te weten (in die zin nochtans: D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 15).

339 Niettegenstaande het uitdrukkelijk verzoek van de patiënt om informatie niet te vernemen, deelt de arts deze informatie toch mee aan de patiënt wanneer het niet-meedelen ervan klaarblijkelijk ernstig nadeel voor de gezondheid van de patiënt of derden oplevert en mits de arts hierover voorafgaandelijk een andere beroepsbeoefenaar en desgevallend de door de patiënt aangewezen vertrouwenspersoon heeft gehoord (art. 7 § 3, eerste lid). In de Memorie van Toelichting wordt het voorbeeld gegeven van een patiënt die niet wil worden geïnformeerd over de besmettelijke ziekte waaraan hij lijdt en die daardoor zowel de eigen gezondheid als die van derden ernstig in gevaar brengt (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 22). "Gezondheid" dient ruim te worden begrepen en betreft zowel de fysieke, psychische als sociale aspecten van de gezondheid van de patiënt of derden (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 22). De Memorie spreekt ten onrechte van "kan" meedelen: de beroepsbeoefenaar is daartoe verplicht Dit volgt uit de opzet van artikel 7 § 3: de plicht te informeren wordt door het verzoek van de patiënt "omgezet" in een plicht niet te informeren. Indien nu blijkt dat aan dit verzoek in een concreet geval niet kan worden tegemoet gekomen omwille van een ernstig gevaar voor de gezondheid van de patiënt of een derde, vervalt de plicht niet te informeren en geldt opnieuw de plicht te informeren (in die zin ook: Y. LELEU, *t.a.p.* 652, noot 48; D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 15; G. SCHAMPS, *a.w.*, 47, noot 122).

De arts dient voorafgaandelijk een andere beroepsbeoefenaar te raadplegen. Hoewel artikel 7 § 3 dit niet met zoveel woorden zegt, dient ook deze beroepsbeoefenaar een arts te zijn. Om de ernst van het gevaar in te schatten zal de gezondheidstoestand van de patiënt moeten beoordeeld worden en dit impliceert het beoefenen van de geneeskunde (art. 2 W.U.G.) (anders: de senator die meende dat bv. een hartspecialist het advies kan vragen van een tandarts, *Hand.* Senaat 2001-02,18 juli 2002, 95).

§ 5. Therapeutische exceptie

340 De arts mag de informatie over de gezondheidstoestand uitzonderlijk onthouden aan de patiënt, voorzover het meedelen ervan klaarblijkelijk ernstig nadeel voor de gezondheid van de patiënt zou meebrengen en mits hij hierover een andere beroepsbeoefenaar heeft geraadpleegd (art. 7 § 4, eerste lid). Het niet-informeren van de patiënt in deze omstandigheden staat bekend als de therapeutische exceptie. Zij was reeds algemeen aanvaard. Volgens sommige auteurs heeft "gezondheid" ook hier de ruime betekenis van fysiek, psychisch en sociaal (D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 14, noot 14). De wet verbindt de uitoefening ervan aan een aantal voorwaarden. Vooreerst moet de arts over het klaarblijkelijk ernstig nadeel voor de gezondheid van de patiënt een andere beroepsbeoefenaar raadplegen (art. 7 § 4, eerste lid, *in fine*). Hoewel de wet dit niet met zoveel woorden bepaalt, moet deze beroepsbeoefenaar een arts zijn: het inschatten van de ernst van het nadeel voor de gezondheid impliceert dat zowel de huidige gezondheidstoestand als de hypothethische toestand worden beoordeeld, hetgeen een medische activiteit inhoudt (art. 2 W.U.G.) (anders: de Minister voor Volksgezondheid, *Hand.* Kamer 2001-02, 8 juli 2002, 74). Voorts dient de arts die de therapeutische exceptie inroept een

schriftelijke motivering toe te voegen aan het patiëntendossier en desgevallend de vertrouwenspersoon van de patiënt in te lichten (art. 7 § 4, tweede lid). Ten slotte dient zodra het meedelen van de informatie niet langer het klaarblijkelijk ernstig nadeel oplevert, de informatie alsnog te worden meegedeeld (art. 7 § 4, derde lid).

De arts is niet verplicht de therapeutische exceptie toe te passen: hij mag dat doen.

Een senator was van oordeel dat artikel 7 § 4 "gevaarlijk is omdat de arts op eigen initiatief kan beslissen geen informatie te verstrekken aan een aids-patiënt indien hij (de arts) dit niet aangewezen acht" (*Hand.* Senaat 2001-02, 18 juli 2002, 95). Hij stelde voor de arts te verplichten de patiënt toch te informeren als het gaat om situaties en ziekten die de gezondheidstoestand van derden in gevaar zouden kunen brengen. Wellicht schatte de senator de betekenis van de therapeutische exceptie verkeerd in: als iemand een aidstest vraagt, doet hij dat omdat hij wil weten of hij besmet is of niet. Eventueel kan hij er van afzien om het resultaat te kennen (recht om niet te weten) maar het zou niet aanvaardbaar zijn dat de uitslag niet wordt meegedeeld met een beroep op de therapeutische exceptie. Die is bedoeld voor situaties waarin bij een patiënt een zeer ernstige diagnose wordt vastgesteld terwijl de patiënt daar nauwelijks zelf mee rekening hield. Bovendien: anders dan de senator het voorstelt, zou de verplichting de patiënt toch te informeren nog niet vanzelf met zich meebrengen dat derden over die informatie kunnen beschikken.

341 De therapeutische exceptie, het achterhouden van bepaalde informatie mag niet worden verward met het bewust verdraaien van de informatie. Het recht op informatie houdt in dat de informatie die wordt gegeven waar is. Dit betekent niet dat alle informatie in één keer over het hoofd van de patiënt moet worden uitgestort, wel dat geen halve of hele onwaarheden als informatie mogen worden voorgesteld.

AFDELING V

RECHT OM TOESTEMMING TE GEVEN OF TE WEIGEREN

§ 1. Recht op voorgelichte, voorafgaande en vrije toestemming

342 De patiënt heeft het recht om geïnformeerd, voorafgaandelijk en vrij toe te stemmen in iedere tussenkomst van de arts (art. 8 § 1 Patiëntenrechtenwet; H. NYS, "Het recht van de patiënt om toestemming te verlenen of te weigeren", in C. GASTMANS en K. DIERICKX, *Ethiek in witte jas. Zorgzaam omgaan met het leven*, Leuven, Davidsfonds, 2002, 88-116). Zie ook: artikel 7, tweede lid Wet 14 juni 2002 betreffende de palliatieve zorg: "behoudens spoedgevallen, is voor alle onderzoeken of behandelingen steeds de vrije en geïnformeerde toestemming van de patiënt vereist".

Volgens de Memorie van Toelichting heeft de wat ongebruikelijke term "tussenkomst" een ruime betekenis. Niet alleen dient te worden gedacht aan een onderzoek of een behandeling waarbij de fysieke integriteit van de patiënt in het geding is. Ook wanneer een tussenkomst geen inbreuk op de fysieke integriteit impliceert zoals bv. de beslissing een behandeling die aan de gang is en die

nog zinvol is voor de patiënt stop te zetten, is de toestemming van de patiënt vereist (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 24).

De verplichting om toestemming te bekomen en daaraan voorafgaand informatie te verstrekken rust op de arts die de ingreep zal uitvoeren (T. VANSWEEVELT, "Le débiteur de l'information, le lien de causalité et le consentement éclairé", *T. Gez.* 1999-2000, 281; Antwerpen 20 september 1999, *T. Gez.* 2000-01, 364: de plicht tot informatie is een persoonlijke verplichting inherent aan de behandeling; de uitvoerende arts mag er niet vanuit gaan dat de verwijzende arts de patiënt heeft ingelicht; Rb. Antwerpen 13 mei 1993, *T. Gez.* 1996-97, 190; anders: Bergen 11 januari 1999, *T. Gez.* 1999-2000, 278: de informatieplicht rust op de arts die een onderzoek voorschrijft).

Dikwijls zijn meerdere artsen betrokken bij de behandeling van een patiënt. Verschillende situaties kunnen worden onderscheiden. Indien een arts een patiënt verwijst naar een collega voor een onderzoek of een behandeling waarvoor hij niet zelf de verantwoordelijkheid kan nemen, rust de informatieplicht met betrekking tot dit onderzoek of die behandeling volledig op de arts naar wie wordt verwezen.
Wanneer een arts zijn patiënt verwijst naar een collega voor het uitvoeren van een welbepaald onderzoek of behandeling terwijl hij wel de leiding van de behandeling behoudt, rust op beide artsen een plicht de patiënt de informatie te verschaffen. De uitvoerende arts mag er niet van uitgaan dat de verwijzende arts de patiënt reeds heeft voorgelicht over het onderzoek of de behandeling. Wanneer een heelkundige ingreep wordt verricht in teamverband rust de informatieplicht op de arts die de patiënt heeft gekozen. Het zou weinig zinvol zijn om ieder teamlid afzonderlijk te verplichten de patiënt te informeren over het gedeelte van de ingreep dat onder zijn deskundigheid valt. Wel kunnen binnen het team afspraken worden gemaakt over wie in feite informatie over bepaalde onderdelen zal verschaffen. Maar de verantwoordelijkheid berust bij de behandelende arts.

343 Het recht om toestemming te geven of te weigeren is een persoonlijkheidsrecht dat door de handelingsbekwame en wilsbekwame patiënt zelf moeten worden uitgeoefend (Cass. 14 december 2001, *J.L.M.B.* 2002, 532, noot Y. LELEU, G. GENICOT; *J.T.* 2002, 261, noot C. TROUET; *R.G.A.R.* 2002, nr. 13.494; *T. Gez.* 2001-02, 239, noot J.-L. FAGNART; *T.B.B.R.* 2002, 328, concl. J. DU JARDIN, noot C. TROUET; S. CALLENS, "Medical civil liability in Belgium: four selected cases", *E.J.H.L.* 2003, 124-126; R.O. DALCQ, "A propos de l'arrêt de la Cour de Cassation du 14 décembre 2001", *R.G.A.R.* 2002, nr. 13488; zie ook: Y. LELEU, *t.a.p.*, 653).

A. GRONDSLAG VAN HET RECHT OP TOESTEMMING

344 Bij het bespreken van het recht op toestemming van de patiënt dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de toestemming voor het aangaan van de medische behandelingsovereenkomst, in de zin van artikel 1108 B.W. en de toelating voor de inbreuk op de fysieke integriteit die met de medische handeling gepaard gaat. In het eerste geval spreekt men van toestemming (consentement); in het tweede geval van toelating of instemming (assentiment) (zie: H. NYS, "De toestemming van de patiënt", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 255-256; M. VAN QUICKENBORNE, *a.w.*, nr. 2). In deze afdeling handelt het voornamelijk over de toelating of instemming, hoewel, om conventionele redenen, in de titel sprake is van toestemming.

345 Het is door de Strafwet (art. 392 en 398 Sw.) verboden wetens en willens door verwondingen of slagen de fysieke integriteit van een persoon aan te tasten. Elke aantasting van de fysieke integriteit van een patiënt, zonder diens toestemming, door een arts is dus in beginsel een misdrijf (Cass. 14 december 2001, *J.L.M.B.* 2002, 532, noot Y. LELEU, G. GENICOT; *J.T.* 2002, 261, noot C. TROUET; *R.G.A.R.* 2002, nr. 13.494; *T. Gez.* 2001-02, 239, noot J.-L. FAGNART; *T.B.B.R.* 2002, 328, concl. J. DU JARDIN, noot C. TROUET. Dit was ook reeds de stelling van het Hof van Cassatie in zijn arrest van 4 oktober 1973, *Pas.* 1974, 121; *J.T.* 1974, 296 noot J.-L. FAGNART).

Over de grond van rechtvaardiging van de inbreuk op de fysieke integriteit bestaan in de rechtsleer meerdere opvattingen, zoals het ontbreken van misdadig opzet, de noodtoestand, de toelating van de wet, *in casu* de Wet uitoefening gezondheidsberoepen alsook de toestemming van de benadeelde *in casu* de patiënt (zie uitvoeriger: H. NYS, "De toestemming van de patiënt", *t.a.p.*, 252-254; D. CLARYSSE, *t.a.p.*, 17; F. SWENNEN, "Juridische grondslagen voor de strafrechtelijke immuniteit van de geneesheer i.h.b. de vereiste van het therapeutisch oogmerk", *T. Gez.* 1997-98, 3-21).

Thans is de meerderheid van de rechtspraak en rechtsleer ervan overtuigd dat de toestemming van de patiënt op zich evenwel niet volstaat om het medisch handelen zijn wederrechtelijk of delictueel karakter te ontnemen. Het lichaam is immers een rechtsgoed waarover men – wegens de strijdigheid met de openbare orde – niet zomaar vrij kan beschikken. Een uitdrukkelijke of impliciete machtiging van de wet is dan ook vereist. In het algemeen wordt dan aangenomen dat, nu de wetgever in de W.U.G. de uitoefening van de geneeskunde organiseert, medische ingrepen of handelingen, op voorwaarde dat de regels van de geneeskunde worden nageleefd, niet wederrechtelijk zijn omdat ze impliciet door de wetgever worden geduld (D. CLARYSSE, *t.a.p.*, 13-39; A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, nr. 237; L. DUPONT, *Beginselen van het strafrecht*, Leuven, Acco, 1997, nr. 303: "Het delictuele karakter van de gedraging verdwijnt op dat ogenblik echter niet als gevolg van de toestemming van het slachtoffer, doch wel op grond van een uitdrukkelijke of impliciete toelating van de wet. Het typevoorbeeld hiervan zijn de chirurgische ingrepen, die materialiter beantwoorden aan de delictomschrijving van slagen en verwondingen, doch die door de wetgever toegelaten zijn, vermits deze het beroep van chirurg heeft gereglementeerd. Hieruit vloeit voort dat het delictuele karakter van de gedraging slechts wegvalt wanneer de ingreep geschiedt met curatieve doeleinden en volgens de regels en gebruiken van het beroep").

B. INHOUD VAN DE INFORMATIE

1. Doel, aard, graad van urgentie, duur, frequentie en nazorg

346 De inlichtingen die aan de patiënt verstrekt worden met het oog op het verlenen van diens toestemming hebben o.m. betrekking op het doel van de tussenkomst, de aard ervan, de graad van urgentie, de duur en de frequentie en de nazorg (art. 8 § 2).

Om te beginnen moet de arts de patiënt een algemeen beeld schetsen van het soort behandeling, het nut en het doel ervan, zonder in medisch-technische details te vervallen (W. DIJKHOFFZ, *t.a.p.*, 109).

De arts moet de patiënt informeren over de aard van de tussenkomst. Hierbij moet de patiënt geïnformeerd worden over het pijnlijk en/of invasief karakter. De arts moet de patiënt ook informeren over het al dan niet spoedeisend karakter van een tussenkomst. Het dringend karakter van een bepaalde ingreep zal het besluitvormingsproces immers grondig beïnvloeden. Verder dient informatie verstrekt te worden over de duur van de tussenkomst en de frequentie waarmee ze zal worden uitgevoerd.

Indien er meerdere behandelingsmethoden beschikbaar zijn, moet de arts deze niet allemaal even uitvoerig aan de patiënt voorstellen. Op basis van zijn professionele autonomie en binnen de grenzen van de zorgvuldigheid kiest hij zelf welk onderzoek of behandeling het meest in aanmerking komt (anders: D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 19 die van mening zijn dat ook voor de beschikbare alternatieven alle wettelijk vereiste informatie moet worden meegedeeld). TROUET en DREEZEN werpen de vraag op of ook informatie moet worden meegedeeld omtrent het onconventionele karakter van de zorg verstrekt door een beoefenaar van niet-conventionele praktijken en het gevaar zich te laten behandelen zonder eerst een conventionele arts te raadplegen (C. TROUET en I. DREEZEN, *t.a.p.*, 7). Wanneer er verschillende alternatieven bestaan, dient in principe de veiligste (minst riskante) en de zekerste (meeste slaagkansen) methode te worden gekozen (Rb. Leuven 10 februari 1998, *T.B.B.R.* 1998/2, 163). De toestemming van de patiënt is gebrekkig als de arts zijn onbekwaamheid verbergt (Brussel 5 april 1991, *R.G.A.R.* 1992, nr. 11924; Rb. Antwerpen 13 mei 1993, *T. Gez.* 1996-97, 191, stelt dat "de patiënt moet worden ingelicht over het feit dat een ingreep zowel nationaal als internationaal het voorwerp uitmaakt van betwistingen tussen specialisten, dat er geen eensgezindheid bestaat, noch over het tijdstip waarop de ingreep nut kan hebben, noch over de te gebruiken operatietechniek". Zie ook: Rb. Brugge 19 januari 1998, *R.W.* 1999-2000, 717; Rb. Nijvel 5 september 1995, *R.R.D.* 1995, 298).

2. *De voor de patiënt relevante tegenaanwijzingen, nevenwerkingen en risico's verbonden aan de ingreep*

347 De inlichtingen voorafgaand aan de tussenkomst hebben betrekking op de voor de patiënt relevante tegenaanwijzingen, nevenwerkingen, risico's en behandelingsalternatieven (art. 8 § 2 Patiëntenrechtenwet).

Tegenaanwijzingen zijn persoonsgebonden. Zo kan een bepaalde allergie waaraan een patiënt lijdt, een of andere ingreep minder geschikt maken. Zie: Rb. Antwerpen 16 mei 2000, *T. Gez.* 2001-02, 32.

Nevenwerkingen en risico's hebben een niet-persoonsgebonden karakter en beide hebben betrekking op ongewenste effecten of complicaties. In geval van een nevenwerking doet de complicatie zich steeds voor (bv. misselijkheid na een chemotherapie). Bij een risico is niet op voorhand geweten dat de complicatie zich in het betrokken geval zal voordoen: men weet dat de kans (risico) bestaat.

348 Welke risico's wel of niet moeten worden meegedeeld is een omstreden kwestie (Rb. Namen (6e k.) 30 maart 2001, *T. Gez.* 2001-02, 34; Rb. Brussel 29 maart 1996, *T. Gez.* 1998-99, 32, noot D. PHILLIPE; T. VANSWEEVELT, *a.w.*, nr. 346-394; M. DEL CARRIL, "Le consentement du malade dans le cadre du contrat médical", *R.G.A.R.* 1966, 7677; W. DIJKHOFFZ, *t.a.p.*, 109; R.O. DALCQ, "L'évolution du droit en matière d'information et de consentement du patient" in *Liber amicorum Jozef Van Den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 419; R.O. DALCQ, "A propos des infections nosocomiales", *T. Gez.* 1999-2000, 3; M. VANDERWECKENE, "Les infections nosocomiales: une simple question d'hygiène hospitalière?", *R.G.A.R.* 2002, nr. 13568).

Volgens de theorie van het "normaal en voorzienbaar" risico moet de arts de patiënt enkel inlichten over de voorzienbare en normale risico's, of de redelijk te verwachten risico's (in deze zin: D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 18). Deze theorie legt vooral de nadruk op de risicofrequentie en houdt te weinig rekening met de ernst van het risico en de individuele situatie van de patiënt.
Volgens de professionele standaardtheorie wordt de inhoud van de risico-informatie bepaald door wat redelijke artsen, in dezelfde omstandigheden, aan de patiënt zouden meedelen. Ook hierop wordt kritiek geuit. Door de invulling van de risico-informatie over te laten aan de beroepsgroep zelf, wordt een transparante en onpartijdige beoordeling onmogelijk gemaakt. De meest aangehangen theorie is deze van de relevante risico's. Volgens deze theorie moet de arts de patiënt inlichten omtrent die risico's waarvan hij weet of moet weten dat zij voor een normale persoon, geplaatst in dezelfde omstandigheden als de patiënt, relevant zijn om met kennis van zaken al dan niet te kunnen toestemmen in het voorgestelde onderzoek of behandeling. Volgens DIJKHOFFZ impliceert het gebruik van "relevant" in artikel 8 § 2 Patiëntenrechtenwet nog niet de bevestiging van deze theorie en blijft de keuze van de wetgever ter zake onduidelijk (W. DIJKHOFFZ, *t.a.p.*, 110).

349 Een relevant element bij de beoordeling van de inhoud van de risico-informatie is de vermijdbaarheid van het risico. Enkel risico's die ook bij een correcte uitvoering van het onderzoek of de behandeling niet kunnen worden vermeden, moeten worden meegedeeld. Een complicatie die bij correcte uitvoering door een zorgvuldig handelend arts kan worden vermeden, moet niet worden meegedeeld.

350 Voorts speelt de voorzienbaarheid van het risico een rol in die zin dat een risico dat niet-voorzienbaar is omdat het zich in het verleden nog niet heeft gemanifesteerd, niet moet noch kan worden meegedeeld. De term "voorzienbaar risico" is dan ook een pleonasme. De risicofrequentie is een belangrijke maatstaf voor de relevantie van de informatie. De arts moet de patiënt informeren over de middelmatig zware risico's die in meer dan één procent van de gevallen voorkomen en van de risico's met een lagere frequentie wanneer zij ernstige gevolgen teweegbrengen zoals de dood en een ernstige en blijvende invaliditeit (T. VANSWEEVELT, *a.w.*, nr. 300; Rb. Antwerpen 5 november 1999, *T. Gez.* 1999-2000, 282; Rb. Neufchâteau 9 juni 1999, *T. Gez.* 2000-01, 296).

Risico's die zich frequent voordoen en waarvan de gevolgen slechts van voorbijgaande aard zijn, moeten niet worden meegedeeld omdat er mag worden van uitgegaan dat de gemiddelde patiënt bij het nemen van zijn beslissing daar geen rekening mee houdt.

351 Of de algemene bekendheid van een risico onder patiënten van een risico de arts van zijn risico-informatieplicht ontslaat, is betwist. Dit lijkt aannemelijk voor bv. het infectierisico bij een heelkundige ingreep. Aanvaarding van dit element kan leiden tot de uitholling van de informatieplicht van de arts.

Zie voor een illustratie: Rb. Luik 29 juni 1998, *J.L.M.B.* 1999, 294: "Een anesthesist die een anesthesie moet uitvoeren met het oog op een operatie die voordien werd overeengekomen tussen een patiënt en een arts, maakt zich niet schuldig aan een foutief gebrek aan informatie wanneer hij geen bijzondere informatie geeft aan zijn patiënt. Elke anesthesie houdt immers een risico in dat éénieder kent. Bovendien is het nut van informatie door een anesthesist aan een patiënt die hij zal doen inslapen over de risico's van deze anesthesie niet aangetoond en draagt deze informatie de patiënt niets bij om tot een geïnformeerde toestemming te kunnen overgaan"; zie ook: Antwerpen 31 maart 1998, *T. Gez.* 1998-99, 297, noot B. WEYTS.

352 Ook de slaagkansen van het onderzoek of de behandeling bepalen mee de inhoud van de risico-informatie. Hoe lager de slaagkansen van een ingreep, hoe omvangrijker de risico-informatieplicht. Bij het inschatten van de slaagkansen moet de arts er zich voor hoeden onredelijk hoge verwachtingen te scheppen bij de patiënt. Zijn er geen slaagkansen omdat een medische indicatie ontbreekt (bv. esthetische chirurgie, medische experimenten, wegneming van organen) dan is de risico-informatieplicht het meest ruim (zie: Rb. Brussel 1 april 1993, *T.B.B.R.* 1993, 498 i.v.m. plastische chirurgie; Gent 26 mei 1999, *T. Gez.* 2000-01, 231 i.v.m. esthetische chirurgie).

353 Ook zal met de persoon van de patiënt worden rekening gehouden, in verschillende opzichten (J.P. TRICOT, "Relevante risico's en informed consent", *Medi-ius* 1996, afl. 2, 11). Zijn lichamelijke gesteldheid (ziekte, leeftijd) kan invloed hebben op de frequentie en/of de ernst van een risico. Vermits artikel 8 verwijst naar artikel 7 § 3 geldt ook hier het recht van de patiënt om niet te weten en de mogelijke uitzondering daarop (zie boven, nr. 338; Y. LELEU, *a.w.*, 654; D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 20). De draagkracht van de patiënt dient in rekening te worden gebracht bij het meedelen van ernstige risico's, zeker indien die eerder een zeldzaam karakter hebben. Hoewel de therapeutische exceptie niet kan worden ingeroepen voor het niet-meedelen van informatie voorafgaand aan de toestemming – artikel 8 § 3 verwijst niet naar artikel 7 § 4 – kan toch bepaalde toestemmingsinformatie niet worden meegedeeld: niet omdat de patiënt uit vrees dat het risico zich zal voordoen een ingreep zal weigeren, maar omdat de mededeling van het risico op zich zijn gezondheid schaadt (zie hierover: W. DIJKHOFFZ, *t.a.p.*, 107). Ook kan een patiënt al dusdanige ervaring hebben met een bepaalde ingreep dat de arts ervan mag uitgaan dat de informatie (deels) reeds gekend is. Als de patiënt zelf arts is of een gezondheidszorgbeoefenaar, kan daar ook rekening mee worden gehouden, i.f.v. ervaring en deskundigheid.

3. Alternatieven

354 Op basis van zijn professionele autonomie en binnen de grenzen van de zorgvuldigheid kiest de arts welk onderzoek of behandeling het meest in

aanmerking komt wanneer er alternatieve onderzoeks- of behandelingsmethoden beschikbaar zijn. De arts mag er van uitgaan dat de patiënt hem vertrouwt in het maken van een keuze. In principe dient de veiligste (minst riskante) en de meest doeltreffende (beste resultaten) methode te worden gekozen. De alternatieven moeten niet even uitvoerig worden belicht als de methode waarvoor werd gekozen (Antwerpen 16 september 2002, *T. Gez.* 2003-04, 26; Rb. Brussel 9 oktober 2001, *T. Gez.* 2002-03, 174).

4. Financiële gevolgen

355 Overeenkomstig artikel 8 § 2 moeten ook de financiële gevolgen van het onderzoek of de behandeling worden toegelicht.

Hierbij kan o.m. worden gedacht aan informatie omtrent de totale kost van de tussenkomst van de arts met inbegrip van de honoraria, de remgelden en de supplementen die door de patiënt moeten worden betaald (zie hierover ook: titel XI) (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 26).

5. Wettelijke bepalingen

356 Overeenkomstig artikel 8 § 2 *in fine* heeft de informatie voorafgaand aan de toestemming ook betrekking op andere door de patiënt of de arts relevant geachte verduidelijkingen, desgevallend met inbegrip van wettelijke bepalingen die met betrekking tot een tussenkomst dienen te worden nageleefd.

De laatste zinsnede werd toegevoegd door een amendement van enkele kamerleden (*Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1642/007, nr. 25). Volgens de Toelichting is het de bedoeling dat de patiënt "correct en volledig wordt geïnformeerd (bv. wettelijke termijnen toepasselijk op zwangerschapsafbreking)". Deze toevoeging doet vragen rijzen. Is het überhaupt de opdracht van artsen om deze informatie te geven? Zijn zij daartoe voldoende opgeleid? Schept zij geen al te grote verwachtingen bij de patiënt aangaande de kennis in hoofde van artsen van deze wettelijke bepalingen? Wat als de patiënt schade lijdt ten gevolge van foutieve informatie in verband met de wettelijke voorwaarden waaronder de verplichte ziekteverzekering een onderzoek en behandeling voor haar rekening neemt (zie ook: W. DIJKHOFFZ, *t.a.p.*, 111).
Volgens D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 19 stelt deze bepaling de patiënt in staat om zijn toestemming afhankelijk te maken van alle inlichtingen die hij nodig acht, zoals de identiteit en de deskundigheid van de arts en het statuut waaronder hij werkt.

C. WIJZE EN MODALITEITEN VAN TOESTEMMING

1. De wijze van toestemmen

357 De toestemming wordt uitdrukkelijk gegeven behalve wanneer de arts, na de patiënt voldoende te hebben geïnformeerd uit de gedragingen van de patiënt redelijkerwijze diens toestemming kan afleiden (art. 8 § 1, tweede lid).

Dit artikel betreft enkel de stilzwijgende toestemming en niet de stilzwijgende weigering. De vrees van een kamerlid dat het stilzwijgen van een patiënt met een cerebrovasculair acccident die bij bewustzijn blijft maar die niet langer kan communiceren, zou worden geïnterpreteerd als een keuze om van elke behandeling af te zien, is dan ook ongegrond (*Hand.* Kamer 2001-02, 8 juli 2002, 79). Vermits deze patiënt klaarblijkelijk niet in staat is zelf zijn rechten als patiënt uit te

oefenen, zal de arts, behoudens een spoedsituatie, beroep moeten doen op de vertegenwoordiger van de patiënt (zie verder, nr. 391 e.v.).

Deze niet-uitdrukkelijk gegeven toestemming wordt ook wel de impliciete, stilzwijgende of non-verbale toestemming genoemd.

Opdat de toestemming geldig zou zijn, moeten de informatie die de arts heeft gegeven (bv. het prikken van enkele ml bloed voor een cholesteroltest), het daarop volgend gedrag van de patiënt (steekt zijn voorarm uit zodat bloed kan worden geprikt) en de daarop volgende handeling van de beroepsbeoefenaar (naaldprik en nemen van enkele ml bloed) met elkaar overeenstemmen. Zo kan het gedrag van de patiënt, rekening houdend met de gekregen informatie niet worden beschouwd als een geldige toestemming om als bloeddonor op te treden.
De stelling dat het feit van het in behandeling zijn meteen ook impliceert dat de arts om het even welke behandeling mag uitvoeren, waaronder ook niet alledaagse ingrepen, met verregaande gevolgen is onaanvaardbaar (Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54-64). Ook de toestemming voor opname in het ziekenhuis impliceert geenszins de stilzwijgende toestemming in de medische handelingen (H. NYS, "Informed consent: Wie draagt de bewijslast?", *R.W.* 1997-98, 1079; H. NYS, "Bewijslast van de informatieplicht van de arts jegens de patiënt", *R.W.* 1998-99, 545-555).

358 De stilzwijgende toestemming is even geldig als een uitdrukkelijke toestemming. Het is geen veronderstelde toestemming want zij beantwoordt wel degelijk aan een werkelijk gegeven toestemming (zie voor de veronderstelde toestemming: de bespreking van art. 8 § 5; zie verder, nr. 373). Doorslaggevend zijn de aard van de handeling (banaal, courant); de risico's ervan en het gedrag van de patiënt nadat de arts hem heeft geïnformeerd over het voorgenomen onderzoek of (be)handeling (anders: D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 18: voor courante behandelingen moet geen informatie worden gegeven aangezien de patiënt die kent).

359 Op verzoek van de patiënt of van de arts en met instemming van de arts of van de patiënt, wordt de toestemming schriftelijk vastgelegd en toegevoegd aan het patiëntendossier (art. 8 § 1, derde lid).

Deze bepaling die na een amendement van kamerleden behorend tot alle meerderheidspartijen werd goedgekeurd, heeft weinig normatieve inhoud: het is vanzelfsprekend dat de toestemming op schrift kan worden gesteld als beide partijen het daar mee eens zijn. Het wetsontwerp bevatte een bepaling met een heel andere strekking: op verzoek of met akkoord van de patiënt werd de toestemming schriftelijk vastgelegd en toegevoegd aan het patiëntendossier. Door een schriftelijke toestemming afhankelijk te stellen van een verzoek van de patiënt of, zo het verzoek zou uitgaan van de arts, het akkoord van de patiënt hoopten de ontwerpers paal en perk te stellen aan het toenemende beroep op toestemmingsformulieren. Overigens werd in de Memorie uitdrukkelijk gesteld dat als de patiënt zou weigeren de toestemming op geschrift te stellen en de beroepsbeoefenaar een dergelijk geschrift nodig achtte bv. om verzekeringsrechtelijke redenen, de beroepsbeoefenaar die weigering zou kunnen noteren in het patiëntendossier (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 25). Ook de arts kan een schriftelijke bevestiging van de toestemming van de patiënt weigeren. Men kan zich afvragen waarom hij dat zou doen (in die zin eveneens: Y. LELEU, *t.a.p.*, 653, noot 57; D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 21). Laatstgenoemden vragen zich af of ingeval arts en patiënt het oneens zijn over de schriftelijke bevestiging van de toestemming, de mondeling gegeven toestemming geldig blijft.
De clausule in een verzekeringsovereenkomst die de waarborg afhankelijk moest stellen van een aan de ingreep voorafgaande schriftelijke en gedateerde toestemming van de patiënt leidt ertoe dat elke potentiële patiënt wegvlucht en is enkel te verklaren in een periode dat rechtspraak en rechtsleer verdeeld waren over de aard van de verbintenis van de esthetische chirurg (inspannings- of resultaatsverbintenis). De verzekeraar die deze clausule inroept om dekking te weigeren voor elk

soort aansprakelijkheid schendt het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomst (Luik 18 maart 1999, *T. Gez.* 1999-2000, 230).

2. *Modaliteiten van toestemmen*

360 De informatie voorafgaand aan de toestemming wordt voorafgaandelijk en tijdig verstrekt en onder de voorwaarden en volgens de modaliteiten voorzien in § 2 en § 3 van artikel 7 (art. 8 § 3). Het volstaat dus niet dat de informatie voorafgaandelijk aan een ingreep wordt verstrekt; dat moet ook tijdig gebeuren zodat de patiënt de nodige tijd heeft om eventueel een andere arts te consulteren vooraleer hij al dan niet zijn toestemming verleent (second opinion) (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 26). Zie ook: Rb. Antwerpen 13 mei 1993, *T. Gez.* 1996-97, 190: bij ingrepen die niet routineus en urgent zijn, moet de specialist de patiënt enige tijd gunnen om de ingreep met zijn huisarts te bespreken.

VANSWEEVELT stelt terecht dat aan deze vereiste redelijkerwijze niet voldaan is, wanneer de patiënt wordt ingelicht de morgen vóór een belangrijke ingreep, op weg naar de operatiezaal of nadat de patiënt reeds op de operatietafel heeft plaatsgenomen (T. VANSWEEVELT, "De toestemming van de patiënt", *T.P.R.* 1991, 310, nr. 35).
Artikel 8 § 3 verwijst voor de modaliteiten en voorwaarden naar artikel 7 § 2 (duidelijke informatie; op verzoek van de patiënt schriftelijk; op schriftelijk verzoek van de patiënt informeren van de vertrouwenspersoon van de patiënt) en artikel 7 § 3 (recht om niet te weten), maar niet naar artikel 7 § 4 (de therapeutische exceptie). Dat is een bewuste keuze: de therapeutische exceptie kan niet worden ingeroepen om aan de patiënt informatie te onthouden over bv. de risico's verbonden aan een ingreep uit vrees dat de patiënt de ingreep wel eens zou kunnen weigeren. Dergelijke informatie is juist bedoeld om de patiënt met kennis van zaken een beslissing te laten nemen (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 27).
De Commissie ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer noteerde met instemming dat de therapeutische exceptie niet kan worden ingeroepen om aan de patiënt informatie te onthouden in het kader van zijn recht om toe te stemmen in ieder optreden van een beroepsbeoefenaar (advies nr. 30 van 22 augustus 2001 van de Commissie ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer, nr. 15). Ook artikel 10.3 E.V.R.M.B. beperkt de toepassing van de therapeutische exceptie tot de informatie over de gezondheidstoestand (in die zin ook: Y. LELEU, *t.a.p.*, 654, noot 81).

D. DRAAGWIJDTE VAN DE TOESTEMMING

361 De toestemming van de patiënt omvat geen andere, noch uitgebreidere handeling dan waarvoor de toestemming werd gegeven (M. VAN QUICKENBORNE, *a.w.*, nr. 7). De arts moet daarom rekening houden met de mogelijkheid dat bij een operatie nog andere aandoeningen aan het licht kunnen komen, die tevens een behandeling vergen, zodat hij ook daarvoor de toestemming kan vragen. Het kan zich evenwel voordoen dat tijdens een ingreep een andere aandoening aan het licht komt, die moet behandeld worden en die redelijkerwijze niet kon worden voorzien.

VAN QUICKENBORNE maakt een onderscheid naargelang de behandeling van de niet te voorziene aandoening al dan niet belangrijke nadelige consequenties heeft voor het fysiek, psychisch of sociaal functioneren van de patiënt. Zijn dergelijke consequenties niet te verwachten dan mag de toestemming van de patiënt voor deze "extended operation" worden verondersteld (M. VAN QUICKENBORNE, *a.w.*).
In het andere geval moet daarentegen de toestemming van de patiënt worden gevraagd, behalve

wanneer zich een "acuut noodgeval" voordoet, omdat dan de zorgplicht primeert boven het toestemmingsbeginsel. Men kan hieraan toevoegen dat niet alleen moet worden gelet op de consequenties van de niet-voorziene behandeling, maar eveneens op de consequenties die kunnen optreden wanneer niet behandeld wordt en de spoed waarmee dient te worden opgetreden.
Andere rechtsleer stelt dat de arts zonder de toestemming van de bewusteloze patiënt enkel in geval van een noodtoestand het operatieplan mag uitbreiden of wijzigen (R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, I, nr. 1084). De noodtoestand is dan een rechtvaardigingsgrond voor het feit dat de arts een "extended operation" heeft uitgevoerd zonder toestemming van de patiënt.

In de zaak die aan bod kwam in het arrest van het Hof van Beroep van Gent van 11 maart 1992 (Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54, noot T. VANSWEEVELT) had de arts tijdens een abortus het operatieplan uitgebreid tot een appendectomie en tot een bilaterale tubaligatuur (sterilisatie). Beide ingrepen waren in het belang van de patiënte wiens toestand zo ernstig was (er was de ziekte van Hodgkin vastgesteld bij mevrouw S. die reeds vier maanden zwanger was dat een toekomstige zwangerschap vermeden moest worden, zo meende de behandelende arts. De patiënte en haar echtgenoot deelden deze mening echter niet en dagvaardden de betrokken arts). De opvatting van het hof van beroep met betrekking tot de appendectomie is niet helemaal duidelijk. In eerste instantie lijkt het hof zich te scharen achter de stelling van VAN QUICKENBORNE: "Wanneer de onvoorziene, maar zinvolle uitbreiding of wijziging van het overeengekomen operatieplan geen belangrijke nadelige consequenties heeft voor het biologisch, psychologisch of sociaal functioneren van de patiënt, mag er van uitgegaan worden dat de patiënt impliciet zijn toestemming heeft gegeven". Het hof van beroep voegt er nog aan toe dat "een tweede ingreep, met het ermee gepaard gaande narcoserisico, om de niet-overeengekomen uitbreiding alsnog met de instemming van de patiënt uit te voeren, bezwaarlijk in diens belang kan worden geacht". Verder in het arrest stelt het hof echter dat zowel met betrekking tot de appendectomie als de sterilisatie-ingreep er van impliciete toestemming geen sprake was, waarmee het hof zich toch lijkt aan te sluiten bij de strikte stroming. Met betrekking tot de sterilisatie stelt het hof duidelijk: "Allicht was de bilaterale tubaligatuur in het belang van de patiënte, doch elke urgentie ontbrak en de beklaagde moest zich hoe dan ook onthouden om de ingreep uit te voeren" (T. VANSWEEVELT, "Civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van 'extended operations' en verlies van het voortplantingsvermogen", noot onder Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 61-64; W. DIJKHOFFZ, *t.a.p.*, 117-118; zie ook: Rb. Brussel 5 mei 1995, *J.L.M.B.* 1996, 431: "Een arts kan tijdens een onderzoek waarvoor hij de toestemming van zijn patiënt heeft gekregen, vermoeden dat deze laatste ook zijn toestemming geeft voor een technische handeling die onbelangrijke risico's oplevert, wanneer de patiënt onder invloed van medicatie is en er zich een ernstige ziekte zou kunnen ontwikkelen indien die ingreep niet werd uitgevoerd"; Antwerpen 30 april 2001, *T. Gez.* 2002-03, 171: "Een arts die tijdens de operatie merkt dat hij het operatieplan moet wijzigen, moet de operatie beëindigen en opnieuw de toestemming van de patiënt vragen voor een nieuwe ingreep, wanneer er geen onmiddellijk en ernstig gevaar bestaat bij uitstel van de ingreep".

E. SANCTIE VAN HET TOESTEMMINGSVEREISTE. BEWIJSLAST

362 De Patiëntenrechtenwet bevat geen bepaling met betrekking tot de sanctie van het toestemmingsvereiste en de daarmee verbonden bewijslast.

363 Uitgaande van artikel 1315, eerste lid B.W. dat het algemeen beginsel *actori incumbit probatio* bevat werd lange tijd aangenomen dat het aan de patiënt toekwam het bestaan van de behandelingsovereenkomst te bewijzen en aan te tonen dat hij geen behoorlijke informatie heeft gekregen of indien hij die wel heeft gekregen, dat hij geen toestemming heeft gegeven.

Zo oordeelde het Franse Hof van Cassatie op 29 mei 1951 in een principearrest: "Il appartient au malade, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette

obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait, et ne sollicitant pas son consentement à cette opération" (Cass. fr. 29 mei 1951, *D.* 1952, 53, noot R. SAVATIER; *J.C.P.*, 1951, II, 6421, noot R. PERROT; zie ook: Antwerpen 21 februari 1997, *R.W.* 1997-98, 1078, noot H. NYS, "Informed consent: wie draagt de bewijslast?"; Rb. Neufchâteau 9 juni 1999, *T. Gez.* 2000-01, 297).

Deze negatieve bewijslast, namelijk het bewijs van het ontbreken van toestemming is voor de patiënt een moeilijk te nemen hindernis (M. VAN QUICKENBORNE, "De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie", *R.W.* 1986-87, 2426; Luik 30 april 1998, noot T. VANSWEEVELT, "Un revirement de jurisprudence: la charge de la preuve en matière d'information médicale", *T. Gez.* 1998-99, 139-144; G. DUBRULLE, "De informatieplicht van de arts; op wie rust de bewijslast van deze plicht: op de arts of de patiënt?", conclusie bij Cass. 28 februari 2002, *T. Gez.* 2002-03, 16 en 19; anders: Brussel 29 maart 1996, *T. Gez.* 1998-99, 32 noot D. PHILIPPE).

VAN QUICKENBORNE pleitte ervoor de bewijslast helemaal op de arts te laten rusten. Hij ging er hierbij vanuit dat de arts een handeling heeft gepleegd die *in se* onrechtmatig is en dat voor de rechtmatigheid ervan de toestemming van de patiënt een absolute vereiste is. Principieel dient daarom de bewijslast bij de arts te liggen. De arts mag evenwel de toestemming van de patiënt met alle middelen bewijzen, aangezien hij zich in de morele onmogelijkheid bevindt zich een schriftelijk bewijs te verschaffen. Aldus kan hij het bewijs van de toestemming leveren door middelen van getuigen en vermoedens (M. VAN QUICKENBORNE, *a.w.*, nr. 38-39).

364 In een arrest van 25 februari 1997 (Cass. fr. 25 februari 1997, *T. Gez.* 1997-98, 337, noot J.-L. FAGNART) brak het Franse Hof van Cassatie met zijn vroegere rechtspraak die de bewijslast bij de patiënt legde: "Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation".

Het omgaan van het Franse Hof van Cassatie houdt o.m. verband met de Franse bio-ethiekwetgeving van 1994 en meer bepaald met de door deze wetgeving tot stand gebrachte artikelen 16, 16-1 en 16-3 Code civil die de onschendbaarheid van het menselijk lichaam bevestigen en steeds een voorafgaande toestemming voor een inbreuk op de integriteit eisen. Wie zo'n inbreuk pleegt moet kunnen bewijzen over een dergelijke instemming te beschikken (H. NYS, "Informed consent: wie draagt de bewijslast?", noot onder Antwerpen 21 februari 1997, *R.W.* 1997-98, 1097).
Net zoals FAGNART (noot onder Cass. fr. 25 februari 1997, *a.w.*, 338) had voorspeld, heeft het arrest van 25 februari 1997 navolging gevonden in de Belgische rechtspraak, zo o.m. in een arrest van het Hof van Beroep van Luik van 30 april 1998 (T. VANSWEEVELT, noot onder Luik 30 april 1998, *T. Gez.* 1998-99, 143; zie ook: P. REMY, noot onder Cass. fr. 25 februari 1997, *R.G.D.A.* 1997, 853 en R.O. DALCQ, "Réflexions au sujet de charge de la preuve", in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel, Bruylant, 2000, 53; zie ook: Antwerpen 20 september 1999, *T. Gez.* 2000-01, 364, eveneens gepubliceerd in *T. Gez.* 2001-02, 159; Rb. Antwerpen 5 november 1999, *T. Gez.* 1999-2000, 282: gelet op de aard en de risico's van een *in casu* niet-geïndiceerde ingreep rust de bewijslast dat de informatieplicht werd nageleefd op de arts; Rb. Namen 30 maart 2001, *T. Gez.* 2002-03, 330; Antwerpen 28 juni 2001, *T. Gez.* 2003-04, 182).

Tegen het arrest van het Hof van Beroep van Luik van 30 april 1998 werd een cassatieberoep ingesteld, dat gegrond werd verklaard bij arrest van het Hof van Cassatie van 14 december 2001 (*J.L.M.B.* 2002, 532, noot Y. LELEU, G. GENICOT; *J.T.* 2002, 261, noot C. TROUET; *R.G.A.R.* 2002, nr. 13.494; *T. Gez.* 2001-02, 239, noot J.-L. FAGNART; *T.B.B.R.* 2002, 328, concl. J. DU JARDIN, noot C. TROUET; S. CALLENS, *t.a.p.*, 124-126). Volgens het Hof van Cassatie was het hof

van beroep van oordeel dat de vordering tot schadevergoeding tegen de arts, eiser in cassatie, gesteund was op de aantasting van de fysieke integriteit van de patiënt die een inbreuk op artikelen 392 en 398 Sw. kon zijn. Daarop volgde de gevestigde regel dat, in burgerlijke zaken, de partij die een op een misdrijf gegronde vordering instelt, gehouden is te bewijzen dat de bestanddelen van dit misdrijf verenigd zijn en dat dit misdrijf toe te schrijven is aan de tegenpartij en dat, wanneer deze een rechtvaardigingsgrond aanvoert die niet van alle grond ontbloot is, deze rechtvaardigingsgrond niet bestaat. Het bestreden arrest werd (mede) verbroken omdat het ten onrechte de bewijslast van het bestaan van de rechtvaardigingsgrond naar de arts had verlegd. De cassatie van deze beslissing wordt als volgt verantwoord: de verplichting van de arts de patiënt in te lichten over de vooropgestelde ingreep is uit te leggen door de noodzaak die zich aan de arts opdringt de vrije en geïnformeerde toestemming van de patiënt te verkrijgen alvorens deze ingreep uit te voeren. Het bestreden arrest, dat niet vaststelt dat de aangevoerde rechtvaardigingsgrond (de toestemming) van elke geloofwaardigheid ontbloot en het bewijs ervan op de arts legt, keerde onwettig de bewijslast om. Volgens Advocaat-generaal DUBRULLE geeft dit cassatiearrest een uitleg (of een bestaansreden) aan de informatieplicht van de arts als voorwaarde voor een volwaardige toestemming door de patiënt, maar houdt het geen (rechtstreekse) rechtsregel in over de bewijslast nopens die bijzondere verplichting tot informatie, wel nopens de toestemming zelf. Evenmin sprak het cassatiearrest zich uit over de waarde van een geschrift in de relatie arts-patiënt (G. DUBRULLE, *a.w.*, 17). Volgens LELEU gaat dit arrest niet in tegen de trend om de bewijslast op de arts te leggen (Y. LELEU, *t.a.p.*, 653).

365 Op 28 februari 2002 deed het Hof van Cassatie nogmaals uitspraak over de bewijslast van de geïnformeerde toestemming (Cass. 28 februari 2002, *T. Gez.* 2002-03, 12-20 met conclusie Adv. Gen. DUBRULLE). De feiten verschilden van de door het Hof van Cassatie op 14 december 2001 beoordeelde zaak: *in casu* was enkel een contractuele relatie in het geding, ging het over de bewijslast m.b.t. de informatieplicht en niet m.b.t. de toestemming en was geen geschrift opgemaakt.

Het Hof van Beroep te Antwerpen had beslist dat rekening houdende met de aard en de risico's van de ingreep, de bewijslast van de vervulling van de informatieplicht te dezen rustte op de behandelende arts (Antwerpen 22 juni 1998, *R.W.* 1998-99, 544, noot H. NYS, "Bewijslast van de informatieplicht van de arts jegens de patiënt"; *T. Gez.* 1998-99, 144). In zijn conclusie bij het cassatiearrest van 28 februari 2002 bevestigde G. DUBRULLE dat in een contractueel geschil zoals *in casu* hij die zich beroept op een gebrek in de toestemming (ingevolge het niet-naleven van de informatieplicht van de contractpartner) overeenkomstig artikel 1315 B.W. (en art. 870 Ger. W.) het bewijs daarvan moet leveren. In beginsel moet de patiënt bewijzen dat de arts zijn informatieplicht niet nakwam, waardoor de toestemming van de patiënt niet zonder gebrek was. Een dergelijk bewijs is echter, zoals reeds aangehaald, eventueel een onmogelijk bewijs, zodat de patiënt hierbij moet geholpen worden door minder eisen te stellen dan bij het bewijs van een louter positief feit. Wel mag de rechter de eiser niet van het bewijs ontslaan en de tegenpartij het bewijs van het tegengestelde positief feit opleggen. Aannemen – zoals het Hof van Beroep te Antwerpen – dat uit de afwezigheid van elke gebruikelijke aanwijzing dat de patiënt voor de ingreep werd ingelicht het vermoeden kan afgeleid worden dat hij geen behoorlijke, d.i. een "geïnformeerde" toestemming gaf is hiermee in overeenstemming: de patiënt wordt niet ontslaan van bewijs en een bewijs wordt niet aan de arts opgelegd. Zonder de bewijslast op een onwettige wijze op de arts te hebben gelegd kwam het bestreden arrest tegemoet aan de gewettigde zorg van de patiënt (in die zin ook: H. NYS, noot onder het arrest, *t.a.p.*, 546). Het hof van beroep hield rekening met de risico's van de ingreep en met het al dan niet gebruikelijk karakter ervan en besloot dat in het geheel niet bleek op welke wijze de arts te dezen aan zijn verplichting is tegemoet gekomen. Volgens DUBRULLE is het niet-onwettig de bewijslast te "verschuiven" naargelang de "zwaarte" van het risico. Het arrest leek hem aldus de bewijslast niet naar de arts te hebben verlegd. Het Hof van Cassatie wees het ter zake aangevoerde cassatiemiddel af.

Wat betreft de middelen waarmee het bewijs mag worden geleverd heeft het Franse Hof van Cassatie in het arrest van 14 oktober 1997 geoordeeld dat de arts het bewijs dat de informatie-

plicht werd nagekomen met alle middelen van recht, inclusief getuigen en vermoedens kan worden geleverd. Men kan hierin een poging zien om de artsen gerust te stellen teneinde een veralgemeend gebruik van informatie en toestemmingsformulieren te vermijden (H. NYS, "De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 1996 en 1997", *T. Gez.* 1998-99,118).

§ 2. Recht op weigering en intrekking van de toestemming

A. ACTUELE WEIGERING VAN TOESTEMMING

1. Bindend karakter van de actuele weigering

366 De patiënt heeft het recht om de toestemming voor een tussenkomst te weigeren of in te trekken (art. 8 § 4, eerste lid). Anders dan voor de voorafgaandelijk opgestelde weigering (art. 8 § 4, vierde lid) is niet uitdrukkelijk bepaald dat een weigering die niet-voorafgaandelijk maar actueel wordt uitgedrukt, dient de worden gerespecteerd. Klaarblijkelijk heeft de wetgever dit als een vanzelfsprekendheid beschouwd. Zo de voorafgaandelijk opgestelde weigering dient te worden gerespecteerd is dit *a fortiori* het geval voor de actuele weigering.

Ook voor de Patiëntenrechtenwet werd steeds meer aanvaard dat een wilsbekwame patiënt het recht heeft om het even welke medische behandeling te weigeren, ook als die nog zinvol is en zelfs nodig is om het leven van de patiënt in stand te houden (J. VELAERS, "Het leven, de dood en de grondrechten. Juridische beschouwingen over zelfdoding en euthanasie", in *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 491). De grondslag van het recht op weigering is het recht op fysieke integriteit. Een patiënt kan op ieder moment zijn toestemming voor een medische behandeling weigeren of een reeds verleende toestemming intrekken ("inkeerrecht") (A. VAN OEVELEN en A. DE BOECK, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam", in J. VELAERS (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 312). De arts zal er zich wel van moeten vergewissen dat de weigering van de patiënt zelf afkomstig is hetgeen in geval van een actuele weigering niet moeilijk is en dat ze niet tot stand is gekomen onder ongeoorloofde beïnvloeding of dwang van derden. Ook moet de arts de patiënt informeren over de gevolgen en de risico's van de weigering zodat de weigering met kennis van zaken gebeurt (zie: art. 8 § 2). Zelfs indien de arts van mening is dat de patiënt zonder kennis van zaken of onder ongeoorloofde druk de behandeling weigert, mag hij de weigering niet naast zich neerleggen en toch tot behandeling overgaan. Een ongeldige weigering door de patiënt "muteert" niet vanzelf in een geldige toestemming. En zonder geldige toestemming heeft de arts geen behandelrecht.

367 De weigering moet zelfs worden gerespecteerd wanneer zij betrekking heeft op een levensnoodzakelijke behandeling. De wettelijke verplichting om hulp te verlenen aan een persoon in groot gevaar (art. 422*bis* Sw.) brengt voor het slachtoffer het recht mee om te worden geholpen maar geen verplichting om te worden geholpen tegen zijn wil (in die zin ook: Y. LELEU, *t.a.p.*, 654).

Volgens F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 542, voetnoot 3844, moet de arts in dit geval optreden op grond van artikel 422*bis* Sw. De weloverwogen weigering van de patiënt zou evenwel een "morele dwang" uitmaken die de arts van die verplichting ontslaat. In een advies dat op 8 oktober 1983 werd uitgebracht stelde de Nationale raad van de Orde der geneesheren het volgende: "zowel volgens de rechtsleer als de medische deontologie staat het vast dat de geneesheer de vrije en bewuste wilsuiting van een volwassene die volledig handelingsbewaam is, dient na te leven, zelfs wanneer dit tot de dood

van de volwassene mocht leiden. De opvattingen binnen onze maatschappij omtrent de eerbiediging van de rechten van de mens *verplichten* (cursivering toegevoegd) de geneesheer tot deze houding (*T. Orde Geneesh.* 1983-84, nr. 32, 24). Weliswaar is dit advies uitgebracht naar aanleiding van een vraag om advies aangaande de door de arts aan te nemen houding in geval van weigering van een bloedtransfusie door Getuigen van Jehova. Dat neemt niet weg dat het advies in zodanig algemene termen is gesteld dat het ook geldt wanneer een behandeling om andere dan religieuze redenen wordt geweigerd. In het advies wordt verwezen naar "rechten van de mens" in het algemeen en niet enkel naar de vrijheid van godsdienst en overtuiging (zie hierover ook: advies nr. 16 van 25 maart 2002 betreffende het weigeren van bloedtransfusie door de Getuigen van Jehova van het raadgevend Comité voor bio-ethiek, http://www.health.fgov.be/bioeth/nl/advies/advies16.pdf).

368 Behalve de (ontkennend beantwoorde) vraag naar de toepasselijkheid van artikel 422*bis* Sw. in geval van overlijden na een rechtsgeldige weigering van een levensreddende behandeling, is er de mogelijke toepassing van artikel 393 Sw. dat doodslag strafbaar stelt. Algemeen wordt aanvaard dat naar Belgisch recht dit misdrijf zowel door handelen als nalaten kan worden gepleegd (H. VUYE, "Schuldig hulpverzuim. Analyse van art. 422*bis* Sw. in het licht van de algemene leer van de omissie in het strafrecht" in Y. POULLET en H. VUYE (eds.), *Liber Amicorum Jean du Jardin*, Kluwer, Antwerpen, 2001, 438 e.v.). Doden door nalaten is strafbaar wanneer degene die nalaat te handelen een juridische verplichting heeft tegenover het slachtoffer om te handelen en nalaat te handelen met het oogmerk om de betrokkene te doden (J. D'HAENENS, "Euthanasie: nood aan wetgeving?", *T. Gez.* 1995-96, 272). In de regel heeft een arts een dergelijke "zorgplicht" jegens zijn patiënt. De medische behandelingsovereenkomst schept een recht op behandeling in hoofde van de patiënt en een plicht tot handelen in hoofde van de arts. De arts die bijvoorbeeld het overlijden van zijn patiënt zou veroorzaken door een zinvolle medische handeling na te laten waarin de patiënt heeft toegestemd, maakt zich schuldig aan doodslag. Wanneer de patiënt echter zijn toestemming op geldige wijze heeft geweigerd, dan komt aan de "zorgplicht" van de arts een einde. Hij heeft zelfs niet meer het recht de geweigerde handeling toch te verrichten. Overlijdt de patiënt ten gevolge van het niet-behandelen dan kan de arts geen strafbaar feit verweten worden, vermits hij noch het recht noch de plicht had de behandeling te verlenen.

2. *Modaliteiten van de weigering*

369 Op verzoek van de patiënt of de beroepsbeoefenaar wordt de weigering of de intrekking van de toestemming schriftelijk vastgelegd en toegevoegd aan het patiëntendossier (art. 8 § 4, tweede lid).

Anders dan voor de schriftelijke bevestiging van de toestemming is in het geval van een weigering geen schriftelijk akkoord van de wederpartij vereist (Y. LELEU, *t.a.p.*, 654, noot 84). MAYERUS en STAQUET wijzen erop dat in de Memorie van Toelichting geen verklaring wordt gegeven voor dit verschil (D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 22). Men mag niet uit het oog verliezen dat in het wetsontwerp waarop de Memorie van Toelichting betrekking heeft, enkel de patiënt de schriftelijke bevestiging van zijn toestemming kon vragen. Bovendien is de normale situatie nog steeds dat een patiënt toestemt in een behandeling en deze niet weigert, ook al heeft hij het recht daartoe. Weigert hij dan komt de arts in de "buitengewone" situatie van niet-behandelen terecht. Hierte-

gen moet hij zich kunnen beschermen door de schriftelijke bevestiging van de weigering door de patiënt te vragen.

3. Gevolgen van de weigering

370 De weigering heeft tot gevolg dat het voorgestelde onderzoek of behandeling niet kan worden uitgevoerd maar niet dat het in artikel 5 bedoelde recht op kwaliteitsvolle dienstverstrekking jegens de beroepsbeoefenaar ophoudt te bestaan (art. 8 § 4, derde lid). Als de patiënt de tussenkomst van een beroepsbeoefenaar weigert of zijn toestemming intrekt, impliceert dit dat tussen beide partijen reeds een rechtsverhouding bestaat in de zin van artikel 3 Patiëntenrechtenwet. De beroepsbeoefenaar kan deze rechtsverhouding niet zomaar beëindigen en de patiënt aan zijn lot overlaten omdat die een bepaalde tussenkomst weigert. Vooreerst zal de patiënt op grond van artikel 8 § 2 op de hoogte worden gebracht van de mogelijke gevolgen van de weigering of de intrekking van de toestemming. Voorts brengt het recht op kwaliteitsvolle dienstverstrekking met zich mee dat de arts hem een alternatieve behandeling of een doorverwijzing voorstelt waarmee de patiënt eventueel wel kan instemmen. Volgens LELEU houdt dit recht ook in dat de arts de patiënt dient te wijzen op zijn recht euthanasie te vragen indien de weigering de patiënt in een medisch uitzichtloze toestand zou brengen (Y. LELEU, *t.a.p.*, 654; dit is een zeer ruime interpretatie van alternatieve behandeling (zie boven, nr. 354)). Ook vloeit uit dat recht voort dat de essentiële hygiënische zorg wordt verder gezet. Zo bv. de essentiële lichaamsverzorging van een patiënt die voedsel en vocht weigert (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 27). Ook de continuïteitsplicht (art. 8 W.U.G.) verhindert de arts op een abrupte wijze een einde te maken aan de rechtsverhouding met de patiënt. Wel kan de arts een einde maken aan de rechtsverhouding indien ieder redelijk alternatief wordt afgewezen. Indien de patiënt t.g.v. de weigering van een levensreddende handeling is overleden, komt aan deze rechtsverhouding een einde.

B. VOORAFGAANDE WEIGERING

1. Bindend karakter van de voorafgaande weigering

371 Indien de patiënt toen hij nog in staat was de rechten zoals vastgelegd in de Patiëntenrechtenwet uit te oefenen, schriftelijk te kennen heeft gegeven zijn toestemming tot een welomschreven tussenkomst van de beroepsbeoefenaar te weigeren, dient deze weigering te worden geëerbiedigd zolang de patiënt ze niet herroept op een moment dat hij in staat is om zijn rechten zelf uit te oefenen (art. 8 § 4, vierde lid).

Deze bepaling die het bindend karakter vastlegt van een zgn. voorafgaande schriftelijke weigering, is één van de meest controversiële van de Patiëntenrechtenwet (zie ook: H. NYS en S. BLANCQUAERT, "Privaatrechtelijke waarborgen voor de autonomie van de wilsonbekwame patiënt bij het levenseinde", *T.P.R.* 2001, 2237-2283; H. NYS, "Juridische geldigheid van vooraf-gaande wilsverklaringen in de gezondheidszorg", in A. VAN ORSHOVEN en Y. ENGLERT, *Levenstestament en andere voorafgaande wilsverklaringen*, Antwerpen, Garant, 2003, 55-78; E. STRUBBE, "De vooraf uitgedrukte wil van de patiënt (artikel 9)", in H. NYS, *De Conventie Mensen-*

rechten, *t.a.p.*, 151-171). Volgens de Memorie van Toelichting heeft een voorafgaande weigering in principe hetzelfde rechtsgevolg als een actueel uitgedrukte weigering: de beroepsbeoefenaar is niet gerechtigd te handelen en dient de weigering te respecteren. Dat degene die de wilsverklaring heeft opgesteld intussen wilsonbekwaam is geworden en derhalve niet meer kan terugkomen op zijn weigering, doet op zich niet af aan de geldigheid en het bindend karakter van de voorafgaande weigering (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 28). Zowel de Raad van State (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 67-68) als de Nationale raad van de Orde der geneesheren (advies 16 februari 2002, *T. Orde Geneesh.* 2002, nr. 95) wezen de ontwerpwetgever op artikel 9 E.V.R.M.B. Dat artikel bepaalt dat met de voorafgaandelijk uitgedrukte wensen rekening moet worden gehouden. Zoals de Raad van State terecht opmerkte, heeft deze bepaling niet enkel betrekking op de weigering van een behandeling, maar ook op positief geformuleerde wensen (bv. de wens om een bepaalde behandeling te krijgen). Vermits een positieve wens voor een arts nooit bindend kan zijn, is het logisch dat artikel 9 beperkt is tot wensen waarmee rekening moet worden gehouden (zie: H. NYS en S. BLANCQAERT, *t.a.p.*, 2248-2249). Zelfs indien België het E.V.R.M.B. zou ratificeren, belet dit verdrag niet dat de wetgever aan een negatieve weigering een bindend karakter toekent. Op die manier wordt het recht van de patiënt een behandeling te weigeren beter beschermd, hetgeen door artikel 27 E.V.R.M.B. uitdrukkelijk wordt toegelaten.

2. Modaliteiten van de voorafgaande weigering

372 Behalve dat de voorafgaande weigering schriftelijk moet zijn opgesteld en betrekking moet hebben op een "welomschreven tussenkomst", regelt de Patiëntenrechtenwet niets over de modaliteiten ervan. Zo is niets bepaald i.v.m. de geldigheidsduur van de voorafgaande wilsverklaring. De voorwaarde dat de wilsverklaring betrekking moet hebben op een welomschreven tussenkomst, brengt met zich dat de arts onrechtstreeks toch het tijdstip waarop de verklaring werd opgesteld, in rekening kan brengen. Wanneer bv. een welomschreven behandeling werd afgewezen terwijl dankzij nieuwe medische technieken de aandoening waaraan de patiënt lijdt d.m.v. een andere, minder ingrijpende behandeling kan worden behandeld, kan de arts deze nieuwe behandeling toepassen op voorwaarde dat de vertegenwoordiger van de onbekwaam geworden patiënt daarmee instemt (en desgevallend zelfs tegen diens weigering in, zie verder). Op die manier dienen voorafgaande weigeringen die reeds enige tijd geleden werden opgesteld, toch niet te worden gerespecteerd (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 83).

Evenmin bevat de Patiëntenrechtenwet bepalingen teneinde na te gaan of de voorafgaande weigering werkelijk afkomstig is van de betrokken patiënt, zoals de opstelling ervan in aanwezigheid van een getuige die de arts kan bevestigen dat de wilsverklaring daadwerkelijk werd opgesteld door de patiënt. Indien de arts niet met voldoende zekerheid kan uitmaken of de voorafgaande weigering inderdaad afkomstig is van de betrokken patiënt, moet hij de weigering niet respecteren. Omdat de patiënt inmiddels wilsonbekwaam is geworden, zal hij met de vertegenwoordiger van de patiënt (zie verder) moeten overleggen wat er staat te gebeuren. De Patiëntenrechtenwet bevat evenmin een regeling van de registratie en de bekendmaking van voorafgaande weigeringen. Bijgevolg zal de opsteller ervan zelf de nodige maatregelen moeten treffen opdat de voorafgaande weigering op het geschikte moment in handen komt van de behandelende arts. Van deze laatste wordt niet verwacht dat hij zelf een onderzoek instelt naar de al dan niet aanwezigheid van een vooraf-

gaande weigering. Doorgaans, zij het niet steeds, zal daar trouwens de tijd voor ontbreken. Wanneer een arts in een spoedeisende situatie wordt geconfronteerd met een patiënt die zijn wil niet kan uiten zal het evenmin mogelijk zijn om diens wil of die van zijn vertegenwoordiger te kennen. In zo'n hypothese geldt artikel 8 § 5 Patiëntenrechtenwet en dient de arts met de (door hem niet gekende) voorafgaande weigering geen rekening te houden (zie verder).

§ 3. Veronderstelde toestemming ingeval van spoedhulp

373 Wanneer in een spoedgeval geen duidelijkheid aanwezig is omtrent de al dan niet voorafgaande wilsuitdrukking van de patiënt of zijn vertegenwoordiger, gebeurt iedere noodzakelijke tussenkomst van de arts onmiddellijk in het belang van de gezondheid van de patiënt. De beroepsbeoefenaar maakt hiervan melding in het patiëntendossier van de patiënt en handelt van zodra dit mogelijk is overeenkomstig de bepalingen van de vorige paragrafen (art. 8 § 5).

AFDELING VI

RECHTEN MET BETREKKING TOT HET PATIËNTENDOSSIER

§ 1. Recht op een dossier

374 De patiënt heeft ten opzichte van de arts recht op een zorgvuldig bijgehouden en veilig bewaard patiëntendossier (art. 9 § 1) (zie hierover: H. NYS, "Juridische beschouwingen" in J. VAN DAMME, H. NYS en T. VAN DAMME, *De patiënt, de huisarts en zijn dossier*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 152-168: S. BRILLON, *t.a.p.*; R. HEYLEN, *t.a.p.*: M.-N. VERHAEGEN, *t.a.p.*; zie ook: S. BRILLON, "Le dossier patient et la législation européenne relative à la protection de la vie privée", *J.T. dr. eur.*. 2003, 75; F. TEHEUX en J.-F. HENROTTE, "Le dossier médical et le secret professionnel", *La Revue en ligne du barreau de Liège* 15 januari 2002.

Het is zeer wel denkbaar dat meerdere artsen tegelijkertijd of na elkaar een patiëntendossier over dezelfde patiënt bijhouden. Eénzelfde beroepsbeoefenaar kan echter over éénzelfde patiënt slechts één patiëntendossier bijhouden. De wet geeft geen definitie van patiëntendossier. Dat is een feitelijke notie: het patiëntendossier is het geheel van gegevens, documenten, stukken enz. die over één patiënt worden bijgehouden en bewaard, al dan niet op verschillende plaatsen en op verschillende dragers (papier; elektronisch) (*Hand.* Kamer 2001-02, 8 juli 2002, 87).

De notie "patiëntendossier" komt ook voor in artikel 17*quater* Ziekenhuiswet. Artikel 15 § 1 van deze wet legt de verplichting op voor elke patiënt een medisch dossier aan te leggen en in het ziekenhuis te bewaren. Merk op dat hier van het bijhouden van het dossier geen sprake is. Artikel 17*quater* bevat een analoge verplichting voor het verpleegkundig dossier en bepaalt verder dat het verpleegkundig dossier samen met het medisch dossier het "enig patiëntendossier vormt en in het ziekenhuis wordt bewaard onder de verantwoordelijkheid van de hoofdgeneesheer". Een K.B. van 3 mei 1999 bepaalt de algemene minimumvoorwaarden waaraan het medisch dossier, bedoeld in artikel 15 Ziekenhuiswet, moet voldoen (*B.S.* 30 juni 1999). Artikel 1 § 1 K.B. 3 mei 1999

herhaalt dat het medisch dossier samen met het verpleegkundig dossier het patiëntendossier vormt. Artikel 2 en artikel 3 sommen de documenten en gegevens op die het medisch dossier ten minste moet bevatten. Voor het verpleegkundig dossier ontbreken analoge bepalingen. Artikel 1 K.B. 3 mei 1999 betreffende het algemeen medisch dossier (A.M.D.) definieert dit A.M.D. als een functionele en selectieve verzameling van relevante medische, sociale en administratieve gegevens m.b.t. de patiënt, die het voorwerp uitmaken van een manuele of geïnformatiseerde verwerking (*B.S.* 17 juni 1999; zie over dit K.B.: J. DHONDT en Y. POULLET, "Het Algemeen Medisch Dossier: een correcte afweging tussen staatsefficiëntie en de vrijheid van de zorgverlener en de privacy van de patiënt?", *T. Gez.* 1999-2000, 246-254). De Patiëntenrechtenwet zelf bevat meerdere bepalingen m.b.t. de inhoud van het patiëntendossier. Zie: artikel 7 § 2, laatste lid (schriftelijk verzoek om informatie mee te delen aan een vertrouwenspersoon en identiteit van deze vertrouwenspersoon), artikel 7 § 3 laatste lid (verzoek niet te worden geïnformeerd over zijn gezondheidstoestand), artikel 7 § 4, tweede lid (schriftelijke motivering van een beroep op de medische exceptie, artikel 8 § 1, tweede lid (schriftelijke toestemming), art. 8 § 4, tweede lid (weigering of intrekking van de toestemming), artikel 8 § 5 (spoedhulp met veronderstelde toestemming) en artikel 15 § 3 (schriftelijke motivering van afwijking van de beslissing van de vertegenwoordiger van een wilsonbekwame patiënt).

375 Het patiëntendossier moet zorgvuldig worden bijgehouden en veilig worden bewaard (art. 9 § 1).

In verband met de zorgvuldigheid waarmee het patiëntendossier moet worden bijgehouden, bepaalt artikel 4 K.B. 3 mei 1999 houdende bepaling van de algemene minimumvoorwaarden waaraan het medisch dossier, bedoeld in artikel 15 Ziekenhuiswet moet voldoen dat het medisch dossier, in het bijzonder het ontslagverslag, nauwkeurig de therapeutische en de diagnostische aanpak getrouw moet weergeven. Artikel 45*bis* § 1 W.U.G. geeft aan de Koning de bevoegdheid om minimumcriteria vast te stellen waaraan het beheer van het elektronisch medisch en verpleegkundig dossier moet beantwoorden om gehomologeerd te worden door de Minister van Volksgezondheid. Hieraan werd nog geen uitvoering gegeven. Omwille van het ontbreken van specifieke normen, dient de zorgvuldigheid te worden beoordeeld in het licht van de zorgvuldig handelende arts geplaatst in dezelfde omstandigheden.
Ook de veilige bewaring wordt in de Patiëntenrechtenwet niet nader bepaald. Veilige bewaring betekent minimaal dat artikel 458 Sw. (zie: titel IX) wordt nageleefd. Bovendien houdt veilige bewaring in dat alle wettelijk opgelegde verplichtingen tot bescherming van het privé-leven van de patiënt worden nagekomen, in het bijzonder de Wet Verwerking Persoonsgegevens.

376 Wat de bewaartermijn betreft, bepaalt artikel 1 § 3 K.B. 3 mei 1999 houdende bepaling van de algemene minimumvoorwaarden waaraan het medisch dossier, bedoeld in artikel 15 Ziekenhuiswet moet voldoen dat het medisch dossier gedurende minstens dertig jaar in het ziekenhuis dient bewaard te worden (zie hierover ook: S. BRILLON, *t.a.p.*, 99-102; S. BRILLON en S. CALLENS, "La conservation du dossier patient", *T. Gez.* 2001-02, 176-182; C. J. VAN DE KLIPPE, "Rechtsvergelijking zes E.U. landen en Noorwegen; België", in GEZONDHEIDSRAAD, *Bewaartermijn patiëntengegevens. Pleidooi voor wetswijziging*, Den Haag, 2004/8, 120-123).

Artikel 46 Code van medische plichtenleer, zoals gewijzigd op 20 april 2002 bepaalt dat de arts de medische dossiers gedurende 30 jaar na het laatste contact met de patiënt dient te bewaren; desgevallend dient hij erop toe te zien dat de dossiers derwijze worden vernietigd dat het beroepsgeheim gewaarborgd blijft. De termijn van 30 jaar is dus een minimum ("tenminste") termijn: indien bijna 30 jaren verstreken zijn en er wordt een klacht ingediend wegens een vermeende fout, dan zal met de vernietiging moeten worden gewacht tot deze klacht werd afgehandeld, ook al is inmiddels de termijn van 30 jaar verstreken. De termijn van dertig jaar is ingegeven door de (vroegere) verjaringstermijn in burgerrrechtelijke zaken: "deze is voor burgerlijke zaken 30 jaar (...).Vandaar de bepaling van 30 jaar in artikel 46 van de Code van geneeskundige plichtenleer"

("Bewaring medische dossiers (PR Antwerpen)", *T. Orde Geneesh.* 1985, nr. 33, 67). Noch bij de redactie van artikel 1 § 3 K.B. 3 mei 1999 noch bij de herziening van artikel 46 Code van medische plichtenleer in 2002 werd rekening gehouden met de inkorting van die verjaringstermijn door de Wet van 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring (*B.S.* 17 juli 1998). Deze (lange) verjaringstermijn kan niet steeds in overeenstemming worden gebracht met artikel 4 § 1, 3° Wet Verwerking Persoonsgegevens volgens hetwelk persoonsgegevens toereikend, ter zake dienend en niet overmatig dienen te zijn, uitgaande van de doeleinden waarvoor zij worden verkregen of waarvoor zij verder werden verwerkt.

377 De maatstaven voor het bijhouden en veilig bewaren van het patiëntendossier worden mede bepaald door de voorwaarden die de Wet Verwerking Persoonsgegevens oplegt aan het verwerken van gezondheidsgegevens.

Artikel 7 § 1 Wet Verwerking Persoonsgegevens verbiedt de verwerking van persoonsgegevens die de gezondheid betreffen (zie voor het begrip persoonsgegevens die de gezondheid betreffen: D. DE BOT, "Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer t.o.v de verwerking van persoonsgegevens", in *Comm. Pers.*, Art. 7-4; J. HERVEG, M.-N. VERHAEGEN en Y. POULLET, "Les droits du patient face au traitement informatisé de ses données dans une finalité thérapeutique: les conditions d'une alliance entre informatique, vie privée et santé", *T. Gez.* 2002-03, 76-77; S. CALLENS en S. BRILLON, "Het omgaan met gezondheidsgegevens in het ziekenhuis en de wetgeving verwerking van persoonsgegevens", in D. DE BOT e.a., *Privacy en verwerking van gegevens in het ziekenhuis*, Diegem, Kluwer, 2002, 41-58).
Op grond van artikel 7 § 2, j Wet Verwerking Persoonsgegevens is het verwerkingsverbod niet van toepassing wanneer de verwerking noodzakelijk is voor doeleinden van preventieve geneeskunde of medische diagnose, het verstrekken van zorg of behandelingen aan de betrokkene of een verwant, of het beheer van de gezondheidsdiensten handelend in het belang van de betrokkene en de gegevens worden verwerkt onder het toezicht van een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg. Deze uitzondering op het verwerkingsverbod poogt tegemoet te komen aan de wens van hulpverleners om op een vlotte wijze over gezondheidsgegevens te kunnen beschikken in het kader van hulpverlening en moet het dagelijks omgaan met gezondheidsgegevens mogelijk maken. In de bepaling worden een 4-tal doeleinden onderscheiden: (1) preventieve geneeskunde; (2) medische diagnose; (3) het verstrekken van zorg of behandelingen aan de betrokkene of een verwant en (4) het beheer van gezondheidsdiensten handelend in het belang van de betrokkene. Met gezondheidsdiensten worden niet enkel verzorgingsinstellingen bedoeld, maar ook instellingen van sociale zekerheid die gegevens over de gezondheid moeten verwerken in het kader van de ziekteverzekering (Verslag aan de Koning bij K.B. nr. 14 van 22 mei 1996, *B.S.* 30 mei 1996, 14521). Op grond van artikel 7 § 4 mogen persoonsgegevens betreffende de gezondheid, behoudens schriftelijke toestemming van de betrokkene of wanneer de verwerking noodzakelijk is voor het voorkomen van een dringend gevaar of voor de beteugeling van een bepaalde strafrechtelijke inbreuk, enkel worden verwerkt onder de verantwoordelijkheid van een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg. Volgens DE BOT vormt de voorwaarde van toezicht door een beoefenaar van de gezondheidszorg in artikel 7 § 2, j dubbel gebruik met de bepaling van artikel 7 § 4 (verantwoordelijkheid van zo'n beoefenaar) en is ze in wezen overbodig (D. DE BOT, *a.w.*, art. 7-9). Toch is er een verschil tussen verantwoordelijkheid en toezicht. Men kan verantwoordelijk zijn, zonder daadwerkelijk toezicht uit te oefenen. De voorwaarde van toezicht voegt wel degelijk iets toe. Na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en bij een in ministerraad overlegd besluit kan de koning de categorieën van personen bepalen die als beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg in de zin van de Wet Verwerking Persoonsgegevens worden beschouwd (art. 7 § 4, tweede lid). De koning heeft hiervan nog geen gebruik gemaakt. In afwachting kunnen de beroepen geregeld in de W.U.G. als dusdanig worden beschouwd. Gezondheidsgegevens betreffende de gezondheid moeten worden ingezameld bij de betrokkene (art. 7 § 5 Wet Verwerking Persoonsgegevens).

§ 2. Recht op toevoeging

378 Op verzoek van de patiënt voegt de arts door de patiënt verstrekte documenten toe aan het hem betreffende patiëntendossier (art. 9 § 1, tweede lid).

Volgens de Memorie van Toelichting kan het o.m. gaan om een door de patiënt opgestelde verklaring (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 29; zie over deze bepaling ook: D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 25, noot 72).

§ 3. Recht op inzage

A. RATIO LEGIS

379 De patiënt heeft recht op inzage in het hem betreffend patiëntendossier (art. 9 § 2).

In de Memorie van Toelichting wordt uitvoerig ingegaan op de *ratio legis* van het inzagerecht. Dat recht is er niet in de eerste plaats om de informatiebehoefte van de patiënt te bevredigen. Aan die behoefte wordt tegemoet gekomen door het recht op informatie over de gezondheidstoestand (art. 7) en op informatie voorafgaand aan de toestemming of de weigering (art. 8). Het initiatief om deze informatie te geven ligt bij de beroepsbeoefenaar en dat dient te gebeuren telkens daaraan behoefte is, desgevallend meerdere keren per dag (bv. bij een acute ziekenhuisopname). Het inzagerecht mag niet worden beschouwd als een surrogaat voor een falende informatieverstrekking op basis van de artikelen 7 en 8 van de Patiëntenrechtenwet. Als de patiënt zijn inzagerecht dient uit te oefenen om zo op de hoogte te raken van informatie die hij reeds vroeger had moeten vernemen, dan is er met de aanvankelijke informatieverstrekking wat misgelopen. De bestaansreden van het inzagerecht is in de eerste plaats de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de patiënt. Het inzagerecht in het patiëntendossier is een verbijzondering van het recht om kennis te krijgen van persoonsgegevens dat in artikel 10 Wet Verwerking Persoonsgegevens wordt geregeld. Dat recht stelt hem in staat om controle uit te oefenen ten aanzien van gegevens die over hem in een dossier zijn opgenomen en aldus zijn persoonlijke levenssfeer te beschermen (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 30-31).

Een van de motieven voor de totstandkoming van de Patiëntenrechtenwet was dat de bestaande rechtsbescherming onduidelijk of zelfs tegenstrijdig was. Als voorbeeld werd verwezen naar de wijze waarop het inzagerecht was geregeld (H. NYS en I. VINCK, *a.w.*, 31; zie ook: H. NYS, "De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 1998 en 1999", *T. Gez.* 2000-01, 204-205). Artikel 10 § 2 Wet Verwerking Persoonsgegevens zoals die bepaling luidde tot voor de wijziging ervan door artikel 18 Patiëntenrechtenwet gaf iedere persoon het recht om, hetzij op rechtstreekse wijze, hetzij met behulp van een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg kennis te krijgen (d.i. inzage te nemen) van de persoonsgegevens die betreffende zijn gezondheid worden verwerkt. Op verzoek van de verantwoordelijke van de verwerking of op verzoek van de betrokkene kan de mededeling gebeuren door tussenkomst van een door de betrokkene gekozen beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg. De wet liet in het midden of de patiënt kon weigeren op dat verzoek in te gaan. De verwarring werd nog vergroot doordat artikel 6 § 2 K.B. 3 mei 1999 houdende bepaling van de algemene minimumvoorwaarden waaraan het medisch dossier, bedoeld in artikel 15 Ziekenhuis-

wet moet voldoen, bepaalt dat de patiënt of zijn wettelijke vertegenwoordiger het recht heeft om, door toedoen van een door hem gekozen arts, kennis te krijgen van de hem betreffende gegevens in het medisch dossier. Met de bedoeling aan deze verwarring een einde te maken besliste de wetgever de regels i.v.m inzage in de gezondheidsgegevens die zijn opgenomen in een patiëntendossier afzonderlijk te regelen in de Patiëntenrechtenwet. Artikel 10 § 2 Wet Verwerking Persoonsgegevens blijft van kracht voor gezondheidsgegevens die niet zijn opgenomen in een patiëntendossier, bv. gezondheidsgegevens die worden bijgehouden door een werkgever, een sportvereniging of in het kader van een medisch experiment op een gezonde proefpersoon (zie verder, nr. 1030). De grondslag van het inzagerecht is gelegen in het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, een persoonlijkheidsrecht en niet in het vermeende recht op eigendom van de patiënt op zijn dossier. Het eigendomsrecht is geen goede constructie om aan de patiënt inzage in de op hem betrekking hebbende medische gegevens te verlenen. In de regel heeft hij het medisch dossier niet in zijn bezit. Nu dit dossier een roerend goed is, geldt als regel dat de bezitter geacht wordt eigenaar te zijn. Dat is de arts of het ziekenhuis. Maar ook principieel is de benadering vanuit het eigendomsrecht heilloos. Zowel de patiënt, die bepaalde documenten heeft ter beschikking gesteld en om wiens gegevens het gaat, als de arts, die bepaalde aantekeningen heeft gemaakt, documenten heeft verzameld en wellicht ook de informatiedrager heeft geleverd, als het ziekenhuis dat instaat voor de bewaring van het dossier (art. 15 Ziekenhuiswet) komen op een of andere wijze in aanmerking als eigenaar van het dossier. Deze benadering lost derhalve weinig op. Hoe dan ook, de mening van de Europese Commissie als zou in België het recht van patiënten op inzage in hun eigen medisch dossier gebaseerd zijn op het beginsel dat die eigenaar is van het dossier, is onjuist (*PB. C.* 1983, 177/23) (zie: K. SCHUTYSER, "Eigendomsrecht en medische dossiers", *R.W.* 1983-84, 3021 en J. DHONDT en Y. POULLET, *t.a.p.*, 249; Y. POULLET, "A propos de la propriété du dossier médical ...Quelques considérations autours des notions de propriété, droits subjectifs et intérêts", in X., *Eigendom/Propriété*, Brugge, Die Keure, 1995, 301).
Vóór de Patiëntenrechtenwet hebben sommige patiënten getracht de hen betreffende medische gegevens te bekomen via een beroep op artikel 877 Ger. W. (Cass. 20 maart 1989, *Arr. Cass.* 1989, 835; *Pas.* 1989, I, 749; *J.T.* 1990, 194; Cass. 29 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, I, 197; *Pas.* 1992, I, 162; Cass. 19 december 1994, *R.W.* 1995-96, 1207; Rb. Brussel Kort Ged., 20 juli 1989, *R.G.A.R.* 1990, 11701; Rb. Brussel 18 januari 1991, *R.G.A.R.* 1992, 11905). Zie hierover ook: D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 27 en Ph. QUERTAINMONT, "Toegang tot administratieve documenten en transparantie van persoonlijke dossiers in het Belgisch recht", *T.B.P.* 1990, 614-615; T. LOCOGE, "Droits à la consultation du dossier médical", *T. Gez.* 1997-98, 458-466.

B. MODALITEITEN VAN INZAGE

380 Aan het verzoek tot inzage in het hem betreffend patiëntendossier wordt onverwijld en ten laatste binnen 15 dagen na ontvangst ervan gevolg gegeven (art. 9 § 2, tweede lid). De persoonlijke notities van een beroepsbeoefenaar en gegevens die betrekking hebben op derden zijn van het recht op inzage uitgesloten (art. 9 § 2, derde lid).

In het voorontwerp van Patiëntenrechtenwet bedroeg de termijn geen 15 dagen maar 45 dagen. Terecht merkte de Raad van State op dat die termijn kennelijk was geïnspireerd door artikel 10 § 1 Wet Verwerking Persoonsgegevens. De Raad vestigde er de aandacht op dat die termijn in verband met de toegang tot medische gegevens in bepaalde gevallen als zeer lang beschouwd zou kunnen worden en suggereerde een kortere termijn in te voeren (H. NYS en I. VINCK, *a.w.*, 119). Zowel de persoonlijke notities als de gegevens die betrekking hebben op derden maken integraal deel uit van het patiëntendossier. Ze zijn echter van inzage door de patiënt uitgesloten. Volgens de Memorie van Toelichting zijn persoonlijke notities de aantekeningen die door de beroepsbeoefenaar afzonderlijk worden opgeborgen en die voor anderen, zelfs voor medebetrokkenen van de zorgverleningsequipe, nooit toegankelijk zijn. Volgens de Nationale raad van de Orde der geneesheren gaat het om gegevens die van geen belang zijn voor de kwaliteit en de continuïteit van de zorg ("Advies Patiëntenrechtenwet" 26 juli 2003, *T. Orde Geneesh.* 2003, nr. 101, 6). Vanaf het ogenblik dat de beroepsbeoefenaar deze aantekeningen spontaan voorlegt aan een collega, verliezen zij hun karakter van persoonlijke notities en kunnen zij dus niet worden uitgesloten van het

inzagerecht (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 33). Deze omschrijving van persoonlijke notities is veel restrictiever dan wat vroeger in de rechtspraak en de medische deontologie werd aanvaard (D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 32). Gegevens die betrekking hebben op derden zijn gegevens die geen betrekking hebben op de patiënt als dusdanig. Gegevens over de patiënt die aan de arts werden meegedeeld door een derde hebben een gemengd karakter. Bij het verlenen van inzage aan de patiënt mag de arts zijn informatiebron niet meedelen aangezien dit een gegeven is in het dossier dat betrekking heeft op een derde. De gegevens als dusdanig vallen wel onder het inzagerecht omdat anders "een behandelbeleid ondoorzichtig en derhalve moeilijk te begrijpen wordt" (Nationale raad Orde der geneesheren, "Advies Patiëntenrechten" 26 juli 2003, *t.a.p.*).

381 De patiënt heeft het recht om rechtstreeks, dit is zonder tussenkomst van een derde zijn dossier in te zien. De wetgever voelde zich in deze principiële keuze gesterkt door het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren over de conceptnota patiëntenrechten: "het recht op directe inzage van het medisch dossier van de patiënt zelf ligt in het verlengde van de informatieplicht en de voorgestane open communicatie" (H. NYS en I. VINCK, *a.w.*, 114). Op zijn verzoek kan de patiënt zich laten bijstaan door of zijn inzagerecht uitoefenen via een door hem aangewezen vertrouwenspersoon. Indien deze laatste een beroepsbeoefenaar is, heeft hij ook inzage in de persoonlijke notities (art. 9 § 2, vierde lid).

De laatste toevoeging valt niet goed te begrijpen. Deze bepaling komt tegemoet aan de bekommernis van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer die van oordeel was dat het in alle gevallen mogelijk moet zijn dat een door betrokkene gekozen derde, al dan niet beroepsbeoefenaar, kennis krijgt van alle gegevens, inclusief de persoonlijke notities (H. NYS en I. VINCK, *a.w.*, 117). Maar wat persoonlijk is, moet ook door een andere beroepsbeoefenaar niet kunnen worden ingezien (in dezelfde zin I. VAN DER STRAETE, J. PUT en E. LEENAERTS, "Het beschikkingsrecht over het beroepsgeheim", *T.P.R.* 2003, 1129, noot 117). Bovendien lijkt de wetgever er hiervan uit te gaan dat persoonlijke notities ook gedurende tenminste 30 jaar moeten worden bewaard, terwijl het juist de bedoeling is dat ze worden vernietigd zodra het onderzoek of de behandeling is afgerond.

Het inzien van medische persoonsgegevens behoort niet tot de uitoefening van de geneeskunde zodat de beroepsbeoefenaar geen arts moet zijn (anders: de Nationale raad van de Orde der geneesheren omdat het "niet aanvaardbaar is dat niet-artsen op grond van de stukken van een medisch dossier een second opinion betreffende de gezondheidstoestand, de ziekte, de diagnose of de behandeling van een patiënt aan hun opdrachtgever verstrekken" ("Advies Patiëntenrechtenwet" 26 juli 2003, *t.a.p.*). Het is echter niet de taak van de tussenkomende beroepsbeoefenaar om een second opinion te verstrekken aan de patiënt maar hem op de hoogte te brengen van de inhoud van zijn patiëntendossier.

382 Indien het patiëntendossier een schriftelijke motivering bevat zoals bedoeld in artikel 7 § 4, tweede lid (bedoeld is de schriftelijke motivering waarom met een beroep op de therapeutische exceptie informatie aangaande de gezondheidstoestand van de patiënt niet werd meegedeeld) die nog steeds van toepassing is, oefent de patiënt zijn inzagerecht uit via een door hem aangewezen beroepsbeoefenaar die ook inzage heeft in de persoonlijke notities (art. 9 § 2, vierde lid).

Hier geldt dezelfde kritische bedenking. Men dient wel te beseffen dat de patiënt die te horen krijgt dat de inzage onrechtstreeks dient te verlopen, daardoor alleen reeds zal worden gealarmeerd (in dezelfde zin: de Commissie ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zie: H. NYS en I. VINCK, 117; C. TROUET en I. DREEZEN, *t.a.p.*, 8-9). Maar in de mate dat een beroep op de therapeutische exceptie een uitzonderlijke en beperkte toepassing dient te hebben zal ook deze situatie zich slechts zeer zelden voordoen. LELEU wijst er nog op dat wie inzage vraagt zich heeft kunnen voorbereiden op mogelijk verontrustende informatie (Y. LELEU, *t.a.p.*, 656). Ook in dit geval geldt dat de beroepsbeoefenaar niet noodzakelijk een arts dient te zijn.

383 Artikel 10 § 3 Wet Verwerking Persoonsgegevens bepaalt dat aan een aanvraag tot kennisneming van persoonsgegevens m.b.t. de gezondheid geen gevolg moet worden gegeven dan na verloop van een redelijke termijn te rekenen van de dagtekening van een vroegere aanvraag van dezelfde persoon waarop is geantwoord of te rekenen van de dagtekening waarop de gegevens hem ambtshalve zijn meegedeeld. De Patiëntenrechtenwet bevat geen analoge bepaling (anders: D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 35). Gelet op de *ratio legis* van het inzagerecht kan ook dit slechts na verloop van een redelijke termijn worden uitgeoefend (in die zin eveneens: S. BRILLON, *t.a.p.*, 103).

§ 4. Recht op afschrift

384 De patiënt heeft recht op afschrift van het geheel of een gedeelte van het hem betreffend patiëntendossier, tegen kostprijs, overeenkomstig de in artikel 9 § 2 bepaalde regels.

De in artikel 9 § 2 bepaalde regels hebben betrekking op het verzoek van de patiënt waaraan onverwijld en ten laatste binnen 15 dagen na ontvangst ervan gevolg wordt gegeven alsmede op de uitsluiting van de persoonlijke notities van de arts en de gegevens die betrekking hebben op derden. Heeft de verwijzing naar de in artikel 9 § 2 bepaalde regels ook betrekking op deze die vervat zijn in de laatste alinea ervan? Die vraag impliceert o.m. of via een vertrouwenspersoon, die beroepsbeoefenaar is, afschrift kan worden bekomen van de persoonlijke notities van de arts. Het uitoefenen van het recht op afschrift via een vertrouwenspersoon is in strijd met het strikt vertrouwelijk karakter van een afschrift. Overeenkomstig artikel 9 § 3 moet ieder afschrift vermelden dat het strikt persoonlijk en vertrouwelijk is. Dit impliceert dat een afschrift niet via een vertrouwenspersoon mag worden afgeleverd. Het gevaar is niet denkbeeldig dat personen die met de patiënt tegenstrijdige belangen hebben, zich aandienen als vertrouwenspersoon (anders: D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 35-36 en de Nationale raad van de Orde der geneesheren die van mening is dat uit de gezamenlijke lezing van artikel 9 § 2 en § 3 blijkt dat het recht op afschrift zich niet beperkt tot de patiënt zelf maar ook geldt voor de vertrouwenspersoon, die namens de patiënt dit recht op afschrift kan uitoefenen ("Advies Patiëntenrechtenwet" 26 juli 2003, *t.a.p.*). De vertrouwenspersoon (van een wilsbekwame patiënt) wordt hier verward met de vertegenwoordiger van een wilsonbekwame patiënt. Zie over de vertrouwenspersoon: M.-N. VERHAEGEN, *t.a.p.*, 79-82 en het "Advies Patiëntenrechtenwet" 26 juli 2003, *t.a.p.*

385 Het recht op afschrift van het patiëntendossier wordt in de Patiëntenrechtenwet als één van het recht op inzage onderscheiden recht geregeld. Toch kan men zich de vraag stellen of het recht op afschrift niet als een modaliteit van het recht op inzage kan worden beschouwd. BRILLON heeft zich in die zin uitgesproken (S. BRILLON, *t.a.p.*, 103). Alhoewel bedoeld als een afzonderlijk recht, ligt het in het algemeen voor de hand dat een patiënt eerst het dossier inziet om dan vervolgens een afschrift te vragen van de gegevens die hij relevant acht.

386 Ieder afschrift vermeldt dat het strikt persoonlijk en vertrouwelijk is (art. 9 § 3, eerste lid). De arts weigert (dit houdt een verplichting in, anders: M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 33 en D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 37) dit afschrift indien hij over duidelijke aanwijzingen beschikt dat de patiënt onder druk wordt gezet om een afschrift van zijn dossier aan derden mee te delen (art. 9 § 3, tweede lid).

In de senaatscommissie werd opgemerkt dat de arts meestal geen duidelijke aanwijzingen zal hebben, maar veeleer vermoedens. Er stelt zich dan ook de vraag in welke gevallen er sprake is van duidelijke aanwijzingen (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-250/3, 31). Als voorbeeld van "duidelijke aanwijzingen" worden in de parlementaire voorbereidingen een brief van de verzekeraar of de werkgever, alsook een verklaring van de patiënt zelf aangehaald (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-1250/3, 57-58). Voor het onderscheid getuigschrift en afschrift: zie verder, nr. 1325.

§ 5. Recht op verzet tegen inzage door nabestaanden

387 Artikel 9 § 4 bepaalt de voorwaarden waaronder sommige nabestaanden na het overlijden van een patiënt inzage kunnen krijgen in het patiëntendossier van de overledene. Enkel de echtgenoot, de wettelijk samenwonende partner, de partner en de bloedverwanten tot en met de tweede graad van de patiënt kunnen inzage krijgen. De inzage dient te gebeuren via een door de verzoekende partij aangewezen beroepsbeoefenaar die inzage heeft in de persoonlijke notities. Het verzoek moet voldoende gemotiveerd en gespecifieerd zijn en de patiënt mag zich bij leven niet verzet hebben tegen inzage.

Dit onrechtstreekse inzagerecht van de nabestaanden onder strikte voorwaarden komt tegemoet aan het verzoek van de Commissie ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in een advies van 15 juni 2000 (zie: H. NYS en I. VINCK, *a.w.*, 118-119) zij het dat er verschillen zijn tussen de wettelijke regeling en het advies van de commissie (zie: Y. LELEU, *t.a.p.*, 656). Als voorbeeld van voldoende motivering en specifiëring gaf de commissie het vermoeden bij de nabestaanden dat een fout werd gemaakt. Ook is volgens de commissie gebleken dat het voor nabestaanden belangrijk kan zijn informatie te krijgen over de oorzaak van het overlijden van een familielid, teneinde het overlijden beter te verwerken. Om medische redenen kan inzage ook gerechtvaardigd zijn, bv. om na te gaan of een bepaalde aandoening antecedenten kent in de familie van de verzoeker. Uit het voorbeeld van de medische fout blijkt reeds dat niet zonder meer kan worden gesteld dat de inzage om louter materiële redenen steeds is uitgesloten (in die zin: de Nationale raad van de Orde der geneesheren, "Advies van de Nationale Raad over het voorontwerp van wet betreffende de rechten van de patiënt", *T. Orde Geneesh.* 2001, nr. 95, 3): "materiële belangen van de naaste verwanten zoals betwistingen over de door de overledene afgesloten contracten of over zijn laatste wilsbeschikking zijn niet te aanvaarden als motivatie van een verzoek tot inzage". De minister was van mening "dat het niet correct is de materiële belangen uit te sluiten", *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/012, 89. Zie i.v.m. het inzagerecht door nabestaanden op grond van de Wet Verwerking Persoonsgegevens: Rb. Hasselt (Kort Ged.) 2 oktober 1997, *T. Gez.* 1997-98, 333 met noot W. VERCRUYSSEN, "Draagwijdte van de noties 'dossiers' en 'bestanden' in het kader van de wet verwerking persoonsgegevens en de wet op de ziekenhuizen"; Rb. Brussel 23 april 1999, *T. Gez.* 1999-2000, 353 noot M.-H. BOULANGER.

388 Artikel 9 § 4 heeft het enkel over inzage door de nabestaanden en vermeldt niet het recht op afschrift. Volgens ALLEMEERSCH lijkt het vanzelfsprekend dat ook afschrift mogelijk is. Wat is men immers met inzage in een medisch dossier, als men vervolgens geen afschrift kan voorleggen om te bewijzen wat men daarin gelezen heeft? (B. ALLEMEERSCH, "Het medisch

dossier. Nog steeds geen volwaardig recht op bewijs voor de nabestaanden", *R.W.* 2003-04, 278-279).

ALLEMEERSCH pleit voor een functionele interpretatie van artikel 9 § 4. Doel is het handhaven van het recht op bewijs voor de nabestaanden, wat in ieder geval een recht op afschrift impliceert. Artikel 9 § 4 Patiëntenrechtenwet mag dan ook niet zo beperkend worden geïnterpreteerd dat het de naaste familieleden zou beletten een kopie te verkrijgen van de relevante stukken in het medisch dossier dat zij – door bemiddeling van een door hen gekozen arts – hebben ingezien. Of artikel 9 § 4 inderdaad heeft beoogd om het recht op bewijs voor de nabestaanden te handhaven blijkt niet uit de wetsgeschiedenis. Wel beoogt die bepaling enigzins tegemoet te komen aan de soms zware bewijsmoeilijkheden voor de nabestaanden die tot onrechtvaardige toestanden kan leiden. De wetgever heeft gemeend dat door het verlenen van een inzagerecht die tegemoetkoming kan worden verwezenlijkt. Dat inzagerecht is echter steeds onrechtstreeks opdat de nabestaanden niet zelf kennis zouden kunnen nemen van de vertrouwelijke medische gegevens van hun overleden familielid. Via een afschrift zouden zij toch die medische gegevens kunnen inzien en dat strookt niet met de bedoeling van de wetgever. Overigens is volgens artikel 9 § 3 een afschrift steeds persoonlijk en vertrouwelijk.

AFDELING VII

RECHT OP BESCHERMING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER EN RESPECT VOOR ZIJN INTIMITEIT

389 De patiënt heeft recht op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer bij iedere tussenkomst van de arts en inzonderheid betreffende de informatie die verband houdt met zijn gezondheid (art. 10 § 1, eerste lid). Geen inmenging is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover het bij wet is voorzien en nodig is voor de bescherming van de volksgezondheid of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen (art.10 § 2).

Ten gevolge van deze bepaling is het o.m. verboden om de patiënt of zijn arts onder druk te zetten om informatie die verband houdt met de gezondheid van de patiënt mee te delen (bv. druk vanwege een verzekeraar, een werkgever) (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/012, 19).

Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is nauw verbonden met het medisch beroepsgeheim dat wordt besproken in titel IX.

390 De patiënt heeft recht op respect voor zijn intimiteit. Behoudens akkoord van de patiënt kunnen enkel de personen waarvan de aanwezigheid is verantwoord in het kader van de dienstverstrekking van de arts, aanwezig zijn bij de zorg, de onderzoeken en de behandelingen (art. 10 § 1, tweede lid).

Deze bepaling kwam tot stand na de goedkeuring van een nauwelijks toegelicht amendement ingediend door enkele kamerleden (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 34). Een voor de hand liggende vraag is waarom ook hier niet gebruik wordt gemaakt van het ruime begrip "tussenkomst". Door de beperking tot zorg, onderzoek en behandeling wordt niet uitgesloten dat derden zonder akkoord van de patiënt aanwezig zijn bij bv. de informatieverstrekking over de gezondheidstoestand. Dat kan niet de bedoeling geweest zijn. (in dezelfde zin: Y. LELEU, *t.a.p.*,

656, noot 113). Overigens kan dit recht ook worden afgeleid uit het algemene recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer.
Het filmen van gehospitaliseerde patiënten, buiten hun weten en zonder therapeutisch doel, is onrechtmatig (Arbh. Brussel 23 maart 1993, *T. Gez.* 1995-96, 296 met noot J. STIEVENARD, "Caméras cachées utilisées en recherche compartementale: un jeu dangereux"; *T.S.R.* 1993, 144-145; zie verder, nr. 1180).

AFDELING VIII

VERTEGENWOORDIGING VAN DE WILSONBEKWAME PATIËNT

§ 1. Minderjarige patiënten

391 Artikel 12 Patiëntenrechtenwet regelt de vertegenwoordiging van minderjarige patiënten (zie: titel V, afdeling II).

§ 2. Meerderjarige wilsonbekwame patiënten

A. MET EEN BESCHERMINGSSTATUUT

392 Bij een meerderjarige patiënt die valt onder het statuut van verlengd minderjarigheid of onbekwaamverklaring worden de rechten zoals vastgesteld door de Patiëntenrechtenwet uitgeoefend door zijn ouders of zijn voogd (art. 13 § 1). Deze patiënt wordt zoveel als mogelijk en in verhouding tot zijn begripsvermogen betrokken bij de uitoefening van zijn rechten (art.13 § 2). Anders dan voor de minderjarige patiënt is niet voorzien in een mogelijke zelfstandige uitoefening van de patiëntenrechten, zelfs niet in een tussenperiode van voldoende ludiciteit (Y. LELEU, *a.w.*, 657).

Zie voor de mogelijkheid of de verplichting voor de arts om af te wijken van de wijze waarop ouders of voogd de rechten van de patiënt uitoefenen: artikel 15 Patiëntenrechtenwet (zie verder, nr. 401-402). Zie over artikel 13: M.-N. VERHAEGEN, *t.a.p.*, 137.

B. ZONDER EEN BESCHERMINGSSTATUUT

393 Voor de overgrote meerderheid van meerderjarigen die feitelijk onbekwaam zijn om hun rechten als patiënt uit te oefenen, bieden de verlengde minderjarigheid of de onbekwaamverklaring geen goede oplossing. Denk aan comateuze patiënten, slachtoffers van een ongeval met ernstige hersenletsels, demente bejaarden enz. Artikel 14 voorziet in wat wordt genoemd een "cascaderegeling" voor de vertegenwoordiging van deze wilsonbekwame meerderjarige patiënten (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 41). De wet gebruikt niet de term "onbekwaamheid" maar de omschrijving " niet in staat deze rechten zelf uit te oefenen". Zij bevat evenmin criteria om uit te maken vanaf wanneer een patiënt daartoe niet meer in staat is. Zoals bij minderjarigen, is het aan de betrokken beroepsbeoefenaar om zich hierover een oordeel te vormen. Hij heeft er, naast uiteraard de patiënt zelf, als eerste belang bij om

dit op een zorgvuldige wijze te doen, aangezien een ongeldige toestemming of de ongeldige uitoefening van een ander patiëntenrecht zijn aansprakelijkheid in het gedrang kan brengen.

Zoveel als mogelijk en in verhouding tot hun begripsvermogen worden deze patiënten betrokken bij de uitoefening van hun rechten (art. 14 § 3).

1. De door de patiënt benoemde vertegenwoordiger

394 Bij een patiënt die niet in staat is zijn rechten als patiënt uit te oefenen, worden die rechten uitgeoefend door een persoon die door de patiënt voorafgaandelijk is aangewezen om in zijn plaats op te treden, indien en zolang als de patiënt niet in staat is deze rechten zelf uit te oefenen (art. 14 § 1). Deze persoon wordt de door de patiënt benoemde vertegenwoordiger genoemd. SWENNEN spreekt van een "zelfbenoemde vertegenwoordiger" (F. SWENNEN, *a.w.*, 601).

395 De aanwijzing geschiedt bij een gedagtekend en door de patiënt en de aangewezen persoon ondertekend bijzonder schriftelijk mandaat (lastgeving) waaruit de toestemming van laatstgenoemde blijkt. Dit mandaat kan door de patiënt of de vertegenwoordiger via een gedagtekend en ondertekend geschrift worden herroepen (art. 14 § 1, tweede lid).

Om te vermijden dat de patiënt in "een onbekwaam moment het mandaat zou herroepen" dient de herroeping te gebeuren door een gedagtekend en ondertekend geschrift van de patiënt (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 42). De bevoegdheid van de vertegenwoordiger om zijn mandaat te beëindigen is voortgekomen uit de goedkeuring van amendement nr. 35 (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/008, nr. 35).

396 De Patiëntenrechtenwet bevat geen voorschriften in verband met de registratie en de bekendmaking van een mandaat tot benoeming van een vertegenwoordiger aan een belanghebbende arts. De arts heeft evenmin een plicht om op zoek te gaan naar een dergelijk mandaat. Het is aan de patiënt zelf om ter zake de nodige voorzorgsmaatregelen te nemen (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 42).

397 Indien de door de patiënt benoemde vertegenwoordiger een beslissing neemt die een bedreiging voor het leven van de patiënt of een ernstige aantasting van diens gezondheid inhoudt (bv. de weigering van een bloedtransfusie, de weigering van reanimatie) dan mag de arts van deze beslissing slechts afwijken voorzover de vertegenwoordiger zich niet kan beroepen op de uitdrukkelijke wil van de patiënt tot weigering van de bedoelde tussenkomst (art. 15 § 2).

De uitdrukkelijke wil tot weigering van een tussenkomst stemt overeen met de in artikel 8 § 4, vierde lid Patiëntenrechtenwet geregelde voorafgaande weigering (zie boven, nr. 372). Volgens de Memorie van Toelichting kan evenwel ook gedacht worden aan een door getuigen bevestigde mondelinge wilsuiting of zelfs een artikel geschreven door de betrokkene (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 46).

2. Samenwonende echtgenoot of partner

398 Heeft de patiënt geen vertegenwoordiger benoemd of treedt deze niet op dan worden de rechten van de patiënt die daartoe niet zelf in staat is uitgeoefend door de samenwonende echtgenoot, de wettelijk samenwonende partner of feitelijk samenwonende partner (art. 14 § 2, eerste lid). Doorslaggevend is hier de feitelijke samenwoning (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 43) zodat conflicten zich niet vaak zullen voordoen. I.v.m. het afwijken van de beslissing genomen door de vertegenwoordiger, zie verder, nr. 401-402. In geval van conflict kan een beroep worden gedaan op artikel 14 § 2, laatste lid (zie verder; art. 15 § 2).

3. Meerderjarig kind, ouder, meerderjarige broer of zus

399 Indien de samenwonende echtgenoot of partner niet wenst op te treden als vertegenwoordiger of ontbreekt, worden de rechten van de patiënt uitgeoefend door in dalende volgorde, een meerderjarig kind, een ouder, een meerderjarige broer of zus van de patiënt. Vermits de rangorde moet worden geëerbiedigd, kan zich in juridische zin geen conflict voordoen tussen de samenwonende echtgenoot of partner enerzijds en een meerderjarig kind anderzijds. Evenmin kan zich in juridisch opzicht een conflict voordoen tussen een kind en een broer of zus van de patiënt.

De Patiëntenrechtenwet regelt niet precies hoe tewerk moet worden gegaan als binnen eenzelfde categorie (meerderjarige kinderen, ouders, broers of zussen) meerdere personen in aanmerking komen als vertegenwoordiger. Het is klaarblijkelijk niet de bedoeling van de wetgever geweest om aan de arts de bevoegdheid te geven uit de in aanmerking komende personen één als vertegenwoordiger van de patiënt aan te duiden (de Memorie van Toelichting wekt de indruk dat arts wel kan kiezen: "zijn er meerdere meerderjarige kinderen, resp. ouders, meerderjarige broers of zussen die willen optreden als vertegenwoordigers, dan kiest de beroepsbeoefenaar, bij voorkeur in overleg met de betrokkenen, wie hij als vertegenwoordiger zal beschouwen", *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 44). Als dat wel zo zou zijn, kan een patiënt slechts één vertegenwoordiger hebben en is de conflictregeling vervat in artikel 14 § 2 laatste lid zinloos. Een conflict veronderstelt dat minstens twee personen als vertegenwoordiger in aanmerking komen. Concreet betekent dit dat wanneer een wilsonbekwame patiënt bv. meerdere meerderjarige kinderen heeft, de arts overlegt met al diegenen die wensen op te treden als vertegenwoordiger. Indien daaruit een consensus blijkt omtrent wie de vertegenwoordiger zal zijn, kan de arts met deze verder werken. Indien daarentegen verschil van mening bestaat tussen de kinderen onderling, kan artikel 14 § 2, laatste lid worden toegepast en behartigt de arts de belangen van de patiënt.

§ 3. Afwijken van de beslissing van de vertegenwoordiger

400 Artikel 15 § 1 geeft aan de arts van de wilsonbekwame patiënt de mogelijkheid af te wijken van de wijze waarop de vertegenwoordiger bedoeld in artikelen 12, 13 en 14 het recht op inzage en/of afschrift wil uitoefenen. Met het oog op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de patiënt kan de betrokken arts het verzoek van de vertegenwoordiger van de patiënt om inzage in of afschrift van het patiëntendossier van de door hem vertegenwoordigde patiënt geheel of gedeeltelijk weigeren. In dergelijk geval wordt het recht op inzage of afschrift uitgeoefend door een door de vertegenwoor-

diger aangewezen beroepsbeoefenaar. Het valt op dat de wet hier niet heeft bepaald dat deze beroepsbeoefenaar inzage kan nemen van de persoonlijke notities van de arts (zie boven, nr. 382). Hieruit kan worden afgeleid dat dit niet het geval is. De arts voegt een schriftelijke motivering toe aan het patiëntendossier (art. 15 § 3).

LELEU vindt deze bepaling verrassend omdat de inzage wel kan worden geweigerd aan de vertegenwoordiger, maar niet aan de vertrouwenspersoon. In dit laatste geval is de patiënt echter nog bekwaam en wordt hij geacht zelf toe te zien op mogelijke misbruiken door zijn vertrouwenspersoon.

401 Artikel 15 § 2 legt aan de betrokken arts de verplichting op (anders: M.-N. VERHAEGEN, *t.a.p.*, 149: een mogelijkheid) af te wijken van de beslissing van de vertegenwoordiger van de patiënt bedoeld in artikelen 12, 13 en 14 § 2 in het belang van de patiënt en teneinde een bedreiging van diens leven of een ernstige aantasting van diens gezondheid af te wenden, in voorkomend geval in multidisciplinair overleg.

Uitgangspunt bij het nemen van beslissingen omtrent de medische behandeling van een wilsonbekwame patiënt is dat de vertegenwoordiger zich laat leiden door wat de patiënt zelf zou hebben gewild. Indien deze wil niet kan worden achterhaald, moet ervan worden uitgegaan dat hij dàt zou hebben gewild, dat het meest in zijn belang is (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 46). Een wilsbekwame patiënt mag dan voor zichzelf (in de ogen van de arts) irrationele beslissingen nemen die moeten worden gerespecteerd (zie boven, nr. 372), een vertegenwoordiger moet handelen in het belang van de door hem vertegenwoordigde patiënt. Doet hij dat niet en wordt het leven of de gezondheid van de patiënt hierdoor bedreigd, dan dient de arts af te wijken van de beslissing van de vertegenwoordiger.
Voor het geval dat de beslissing werd genomen door een door de patiënt benoemde vertegenwoordiger: zie boven, nr. 398.
Het onderscheid dat wordt gemaakt tussen de door de patiënt benoemde vertegenwoordiger en andere vertegenwoordigers heeft hiermee te maken dat wanneer de eerst genoemde een behandeling weigert die in het belang is van de patiënt, de kans reëel is dat hij weet wat de patiënt zou hebben gewild, omdat de patiënt hem als zijn vertegenwoordiger heeft aangeduid (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 46).

§ 4. Behartigen van de belangen van de wilsonbekwame patiënt door de arts

402 Indien via de hierboven besproken regeling geen vertegenwoordiger voor de wilsonbekwame patiënt beschikbaar is, draagt artikel 14 § 2, voorlaatste lid de arts op de belangen van de patiënt te behartigen, in voorkomend geval in multidisciplinair overleg. Indien meerdere artsen betrokken zijn, rust deze opdracht op de nauwst betrokken arts (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 44).

Optreden in het belang van de patiënt vergt meer dan alleen het meest noodzakelijke doen. Alle gezondheidszorg die in dezelfde omstandigheden zou worden aangeboden aan een wilsbekwame persoon of aan de vertegenwoordiger van een wilsonbekwame persoon, dient door de beroepsbeoefenaar te worden toegediend aan de wilsonbekwame zonder vertegenwoordiger.
De arts die de belangen behartigt van de patiënt kan niet als diens vertegenwoordiger worden beschouwd in de zin dat hij diens rechten als patiënt uitoefent.

AFDELING IX

KLACHTRECHT

403 De patiënt heeft het recht een klacht in verband met de uitoefening van zijn rechten toegekend door de Wet patiëntenrechten neer te leggen bij de bevoegde ombudsfunctie (art. 11 § 1) (zie: N. NOEL, *t.a.p.*, 107; zie over het klachtrecht: C. ALEXANDER, "Klachtrecht – mogelijkheden en concrete alternatieven", *T. Gez.* 1997-98, 486-495; C. ALEXANDER, "Een ombudsfunctie voor de Vlaamse geestelijke gezondheidszorg", *Panopticon* 1992, 186-189; C. ALEXANDER, "Patiëntenvertrouwenspersoonwerking" in *Handboek Ziekenhuiswetgeving*, Diegem, Kluwer Editorial, losbl., 11.9.64-83; T. BALTHAZAR, "Vrijwillige procedures voor klachtenbemiddeling: juridische hinderpalen en mogelijke oplossingen", *T. Gez.* 1997-98, 155-160; H. CASTELEYN, "Klachtenbehandeling. Ontwikkeling van een procedure A.Z. Maria Middelares Sint-Niklaas", *T. Gez.* 1997-98, 161-165; P. DEJONGHE, "Plaats en profiel van een ombudsman in een ziekenhuis", *Ligament* 2001, nr. 4, 1-7; P. DEJONGHE, "Klachtenbehandeling in een algemeen ziekenhuis", *Ligament* 1998, nr. 4, 17-24; VLAAMSE VERENIGING OMBUDSFUNCTIE VAN ALGEMENE ZIEKENHUIZEN V.V.O.V.A.Z., "Profiel van de Ombudspersoon", *Hospitalia* 2003, nr. 4, 9-13).

Artikel 70*quater* Ziekenhuiswet, ingevoegd door artikel 17, 3° Patiëntenrechtenwet verplicht ieder ziekenhuis, bij wijze van erkenningsnorm, te beschikken over een ombudsfunctie, met dien verstande dat de Koning de voorwaarden kan omschrijven waaronder de bedoelde ombudsfunctie via een samenwerkingsakkoord tussen ziekenhuizen mag worden uitgeoefend. Artikel 1 § 2 K.B. 8 juli 2003 houdende de vaststelling van de voorwaarden waaraan de ombudsfunctie in de ziekenhuizen moet voldoen (*B.S.* 26 augustus 2003) bepaalt dat de ombudsfunctie gemeenschappelijk kan worden georganiseerd voor meerdere ziekenhuizen op voorwaarde dat een schriftelijk samenwerkingsakkoord tussen de betrokken ziekenhuizen wordt afgesloten. Artikel 1, 3° K.B. 8 juli 2003 tot wijziging K.B. 10 juli 1990 waarbij sommige bepalingen van de Ziekenhuiswet toepasselijk worden verklaard op de initiatieven van beschut wonen en op de samenwerkingsverbanden van psychiatrische instellingen en diensten (*B.S.* 26 augustus 2003) heeft artikel 70*quater* Ziekenhuiswet toepasselijk gemaakt op het samenwerkingsverband van psychiatrische instellingen en diensten dat gericht is op het vormen van een overlegplatvorm. Zie ook: artikel 1 § 3 K.B. 8 juli 2003 houdende vaststelling van de voorwaarden waaraan de ombudsfunctie in ziekenhuizen moet voldoen. Voor wat betreft klachten die niet verband houden met een ziekenhuisactiviteit, zijn er nog geen specifieke bepalingen i.v.m. de bevoegde ombudsfunctie. Artikel 16 § 3 Patiëntenrechtenwet richt bij de federale commissie "Rechten van de patiënt" een ombudsdienst in. Deze is bevoegd om een klacht van een patiënt in verband met de uitoefening van zijn rechten toegekend door die wet door te verwijzen naar de bevoegde ombudsfunctie of bij ontstentenis hiervan, deze zelf te behandelen. Zie ook: artikel 10 § 2 K.B. 1 april 2003 tot regeling van de samenstelling en de werking van de federale commissie "Rechten van de patiënt", ingesteld bij artikel 16 Patiëntenrechtenwet (*B.S.* 13 mei 2003).

404 Artikel 11 § 2 Patiëntenrechtenwet regelt de opdrachten van de ombudsfunctie. Vooreerst heeft de ombudsfunctie als opdracht het voorkomen van vragen en klachten door de communicatie tussen patiënt en arts te bevorderen (art. 11 § 2, 1°). Dit houdt in dat de ombudsfunctie de patiënt aanspoort om contact op te nemen met de arts in kwestie. De patiënt mag hier echter nooit

toe verplicht worden (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 37). De wet formuleert tevens een opdracht tot het bemiddelen bij de in § 1 bedoelde klachten met het oog op het bereiken van een oplossing (art. 11 § 2, 2°); het inlichten van de patiënt inzake de mogelijkheden voor de afhandeling van zijn klacht bij gebrek aan het bereiken van een in 2° bedoelde oplossing (art. 11 § 2, 3°); het verstrekken van informatie over de organisatie, de werking en de procedureregels van de ombudsfunctie (art. 11 § 2, 4°) en het formuleren van aanbevelingen ter voorkoming van herhaling van tekortkomingen die aanleiding kunnen geven tot een in § 1 bedoelde klacht (art. 11 § 2, 5°).

405 Bij een besluit vastgelegd na overleg in de ministerraad regelt de Koning de voorwaarden waaraan de ombudsfunctie dient te voldoen wat betreft de onafhankelijkheid, het beroepsgeheim, de deskundigheid, de juridische bescherming, de organisatie, de werking, de financiering, de procedureregeling en de gebiedsomschrijving (art. 11 § 3 Patiëntenrechtenwet).

Een aantal van deze voorwaarden zijn geregeld in het K.B. 8 juli 2003 houdende vaststelling van de voorwaarden waaraan de ombudsfunctie in ziekenhuizen moet voldoen en in het K.B. 1 april 2003 tot regeling van de samenstelling en de werking van de federale commissie "Rechten van de patiënt" voor wat betreft de aan deze commissie verbonden ombudsdienst.
Wat betreft de onafhankelijkheid bepaalt artikel 3, eerste lid K.B. 8 juli 2003 dat de ombudspersoon niet betrokken mag zijn geweest met de feiten van de perso(o)n(en) waarop de klacht betrekking heeft (zie ook: art. 8 § 2, eerste lid K.B. 1 april 2003). Met het oog op het waarborgen van een onafhankelijke uitoefening van zijn opdracht, kan hij niet worden gesanctioneerd wegens daden die hij in het kader van de correcte uitoefening van die opdracht stelt (art. 3, derde lid K.B. 8 juli 2003 en art. 8 § 2, derde lid K.B. 1 april 2003).
De ombudspersoon is verplicht het beroepsgeheim te respecteren en een strikte neutraliteit en onpartijdigheid in acht te nemen (art. 3, tweede lid K.B. 8 juli 2003 en art. 8 § 2, tweede lid K.B. 1 april 2003). Wat de deskundigheid betreft bepaalt artikel 2 K.B. 8 juli 2003 dat de ombudspersoon dient te beschikken over minstens een diploma van hoger onderwijs buiten universiteit korte type. De ombudspersonen verbonden aan de federale commissie "Rechten van de patiënt" dienen minstens te beschikken over een diploma van universitair hoger onderwijs en tenminste 5 jaar nuttige beroepservaring op medisch-sociaal gebied en voldoende kennis van de andere landstalen (art. 8 § 1 K.B. 1 april 2003). Met het oog op een deskundige oplossing voor de klacht, oefent de ombudspersoon zijn bemiddelingsopdracht op een zorgvuldige wijze en binnen een redelijke termijn uit (art. 7 K.B. 8 juli 2003 en art. 11 § 1, eerste lid K.B. 1 april 2003).

406 De bevoegdheid van de ombudsfunctie heeft betrekking op de uitoefening van alle rechten toegekend door de Patiëntenrechtenwet. Ook klachten met betrekking tot "medische fouten" behoren tot deze bevoegdheid (in die zin ook: Y. LELEU, *t.a.p.*, 656). De opvatting dat de ombudsfuncties "niet dienen ter bemiddeling van schadeclaims" berust op een foute interpretatie (in die zin: *Parl. St.* Kamer 2001-02,1642/15, 32; D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 38). Artikel 5 dat aan de patiënt het recht toekent op kwalitatieve dienstverstrekking wordt miskend in geval van onzorgvuldig handelen ten gevolge van een medische fout. Bijgevolg behoren klachten over medische fouten (claims) wel degelijk tot de bevoegdheid van de ombudsfunctie.

Indien de klacht betrekking heeft op de rechtsverhouding tussen de patiënt en het ziekenhuis, dient deze een medisch, verpleegkundig of ander gezondheidszorgberoepsmatig aspect van de zorgverstrekking als voorwerp te hebben (art. 5, tweede lid K.B. 8 juli 2003). Deze bepaling

verhindert niet dat de ombudspersoon in een ziekenhuis andere bemiddelingsopdrachten krijgt toegewezen.

407 De patiënt kan, daarin al dan niet bijgestaan door een vertrouwenspersoon, een mondelinge of een schriftelijke klacht indienen bij de ombudsfunctie van een ziekenhuis (art. 5, eerste lid K.B. 8 juli 2003). Een klacht indienen bij de ombudsfunctie verbonden aan de federale commissie "Rechten van de patiënt" kan enkel schriftelijk (art. 9 K.B. 1 april 2003). Bij ontvangst wordt een klacht geregistreerd (art. 6 § 1 K.B. 8 juli 2003 en art. 10 § 1 en § 3 K.B. 1 april 2003).

408 Artikel 11 § 1, tweede lid K.B 1 april 2003 geeft aan de ombudspersoon verbonden aan de federale commissie "Rechten van de patiënt" het recht om, mits schriftelijke toestemming van de persoon die klacht neerlegt, het in artikel 9 § 2 Patiëntenrechtenwet bedoelde recht op inzage in het patiëntendossier uit te oefenen onder de voorwaarden bepaald in dat artikel.

K.B. 8 juli 2003 betreffende de ombudsdiensten in ziekenhuizen bevat geen analoge bepaling. Het zal zich maar zelden voordoen dat de ombudspersoon in een ziekenhuis inzage moet nemen van het patiëntendossier om zijn bemiddelingsopdracht te vervulllen. In het uitzonderlijke geval dat daaraan toch behoefte bestaat, kan hij met de toestemming van de patiënt inzage nemen in het dossier.

409 De persoonsgegevens verzameld in het kader van het onderzoek van de klacht mogen slechts bewaard worden gedurende de tijd nodig is voor de behandeling ervan en de opstelling van een jaarverslag (zie verder) (art. 8 K.B. 8 juli 2003 en art. 13 K.B. 1 april 2003).

Jaarlijks wordt door de ombudspersoon een verslag opgesteld met een overzicht van het aantal klachten, het voorwerp van de klachten en het resultaat van zijn optreden tijdens het voorbije kalenderjaar. Tevens kunnen moeilijkheden die de ombudspersoon ondervindt in de uitoefening van zijn opdracht en eventuele aanbevelingen om daaraan te verhelpen, worden opgenomen. Bovendien vermeldt het jaarverslag de aanbevelingen van de ombudspersoon met inbegrip van deze bedoeld in artikel 11 Patiëntenrechtenwet en het gevolg dat eraan werd gegeven. Het verslag mag geen elementen bevatten waardoor één van de natuurlijke personen betrokken bij de afhandeling van een klacht kan worden geïdentificeerd (art. 9 § 1 K.B. 8 juli 2003 en art. 14 § 1 K.B. 1 april 2003).

AFDELING X

VERPLICHTINGEN VAN DE PATIËNT

410 De Wet patiëntenrechten regelt niet enkel rechten van patiënt maar ook diens plicht(en) (anders: C. TROUET en I. DREEZEN, *t.a.p.*, 3, noot 9; T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 67).

Patiënten hebben wel degelijk verplichtingen en verantwoordelijkheden. Zie: artikel 3 § 3 Decreet Vl. Gem. 17 oktober 2003 betreffende de kwaliteit van de gezondheids- en welzijnsvoorzieningen, *B.S.* 10 november 2003: "Voorzieningen en gebruikers hebben elk een aandeel in de verantwoor-

delijkheid voor de kwaliteit van de zorg, onverminderd de verantwoordelijkheid van de overheid" en artikel 3 § 1, tweede lid Decreet Vl. Gem. 4 maart 2004 betreffende de eerstelijnsgezondheidszorg en de samenwerking tussen de zorgaanbieders, *B.S.* 20 april 2004, derde uitg.: "De medeverantwoordelijkheid van de gebruiker wordt zoveel mogelijk aangemoedigd om te komen tot een duurzame en kwaliteitsvolle zorginvulling". Zie ook: de preambule van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (2000) (http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_nl.pdf): "Het genot van deze rechten behelst verantwoordelijkheden en plichten jegens de medemens, alsmede jegens de mensengemeenschap en de toekomstige generaties".

§ 1. Medewerkingsplicht van de patiënt

411 In de mate waarin de patiënt hieraan zijn medewerking verleent, leeft de arts de bepalingen van deze wet na (art. 4, eerste lid Patiëntenrechtenwet).

In het wetsontwerp kwam de medewerkingsplicht van de patiënt niet voor. In de Memorie van Toelichting werd dit als volgt verantwoord: " Burgers en dus ook patiënten hebben wel degelijk verplichtingen en verantwoordelijkheden. Tegenover zichzelf, o.m. door het in acht nemen van een gezonde levensstijl; tegenover andere patiënten door hun rechten als patiënt te respecteren; tegenover zorgverleners door het verlenen van medewerking door middel van het verstrekken van informatie en het in achtnemen van raadgevingen. Echter, deze verplichtingen afdwingbaar maken door bv. het volgen van een bepaalde leefstijl dwingend op te leggen, zou leiden tot een in de rechtsstaat ontoelaatbare inbreuk op de persoonlijke vrijheid. In die zin zijn de plichten van de arts jegens de patiënt en de plichten van de patiënt jegens de arts van een andere juridische en morele orde" (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 12). In de Kamercommissie werd een amendement (*Parl. St.* Kamer 1642/006, nr.23) goedgekeurd dat heeft geleid tot de huidige formulering. De motivering luidde als volgt: " de aan de beroepsbeoefenaar opgelegde verplichting zal inderdaad maar kunnen worden uitgevoerd in de mate dat de patiënt inderdaad eerlijk zijn medewerking verleent". Deze bepaling is niet vrij van dubbelzinigheid. Meer bepaald rijst de vraag wat wordt bedoeld met "hieraan". Wellicht wil dit zeggen: zijn medewerking verlenen aan het naleven van de rechten van de patiënt. Naleving door wie? Niet door de patiënt want die moet "slechts" meewerken, niet naleven. Er blijft dus niemand anders over dan de arts. Dan betekent deze bepaling dat de patiënt zijn medewerking verleent aan de naleving van de rechten van de patiënt door de arts. De arts moet dus als eerste de rechten van de patiënt naleven opdat de patiënt "hieraan" zijn medewerking zou kunnen verlenen. Hoe valt dit te rijmen met de bepaling dat de beroepsbeoefenaar de rechten van de patiënt naleeft "in de mate dat" de patiënt zijn medewerking verleent, hetgeen toch lijkt te impliceren dat beiden "gelijk" moeten "oversteken". Deze innerlijke tegenspraak zal het niet eenvoudig maken om deze bepaling correct toe te passen. Voorts rijst de vraag op welke rechten deze medewerkingsplicht betrekking kan hebben. Wat houdt bv. medewerking door de patiënt aan het respecteren door de arts van het recht op vrije keuze of het recht op inzage en afschrift van het patiëntendossier, precies in? Wellicht gaat het toch vooral over de medewerking van de patiënt aan het recht op kwaliteitsvolle dienstverstrekking (art. 5). In de Kamercommissie werd meerdere malen verwezen naar de verplichting van de patiënt om aan de beroepsbeoefenaar door hem gekende informatie mee te delen om zo te vermijden dat een foute diagnose wordt gesteld (in die zin: T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 73). Zo werd het amendement door de minister ook uitgelegd: "er moet worden voorkomen dat de arts wordt verweten dat hij zijn verplichtingen ten aanzien van de patiënt niet nakomt, terwijl die laatste hem niet alle nuttige informatie heeft verstrekt met het oog op een correcte diagnose" (*Hand.* Kamer 2001-02, 8 juli 2002, 62). Anderen meenden dat deze bepaling "een exceptie van niet-uitvoering" in het leven roept: "zo zou de arts zich aan zijn verplichtingen ten aanzien van de patiënt kunnen onttrekken door aan te voeren dat die een rookverbod niet heeft nageleefd" (*Hand.* Kamer 2001-02, 8 juli 2002, 61). Er van afgezien dat een arts geen rookverbod aan een patiënt kan opleggen, leidt dergelijke interpretatie gemakkelijk tot de uitholling van de rechten van de patiënt. De praktische juridische betekenis van deze verplichting lijkt te zijn dat de arts die in rechte wordt aangesproken door de patiënt zich kan verweren door de nalatigheid van de patiënt in te roepen. Dat komt neer op het inroepen van de fout van het slachtoffer.

De medewerkingsplicht van de patiënt kan inhouden dat hij bepaalde informatie, bv. een allergie, meedeelt aan de behandelende arts (zie: Rb. Antwerpen 16 mei 2000, *T. Gez.* 2001-02, 32).
Een illustratie hiervan vormt volgende casus. Een patiënt veroorzaakt na drie eerdere epilepsieaanvallen uitgelokt door overmatig alcoholgebruik een verkeersongeval ten gevolge van een aanval achter het stuur. Zijn behandelende arts had hem psychiatrische begeleiding voorgesteld die door de patiënt werd geweigerd. Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde dat de arts niet kan worden verweten de patiënt niet te hebben geadviseerd omtrent een rijverbod, nu de patiënt zelf de wettelijke plicht heeft geen wagen te besturen in geval van ongeschiktheid tot het besturen van een voertuig. De informatieplicht mag derhalve niet worden ingeroepen als de patiënt door eigen kennis of ervaring de risico's kent en bijgevolg is de patiënt volledig aansprakelijk (Antwerpen 31 maart 1998, *T. Gez.* 1998-99; B. WEYTS, "Drie knelpunten bij een verkeersongeval door plotse ziekte achter het stuur: de informatieplicht van de arts, de lichaamsgeschiktheid van de bestuurder en overmacht", *T. Gez.* 1998-99, 298-304). Zie ook: Gent 30 maart 1998, *T. Gez.* 1998-99, 296-297, dat een gedeelde aansprakelijkheid van arts en patiënt aangewezen achtte. De behandelingsweigering van de patiënt betekent niet dat de behandelende arts bevrijd wordt van zijn informatieplicht.
Een anamnese die werd uitgevoerd overeenkomstig de elementaire regels van de geneeskunde, kan niet als oppervlakkig worden bestempeld, rekening houdend met het feit dat de patiënt voor de arts een reeks onontbeerlijke informatie heeft verzwegen (Luik 20 oktober 1994, *T. Gez.* 1996-97, noot N. COLETTE-BASECQZ).

412 De patiënt verbindt er zich geenzins toe "zijn lichaam effectief ter beschikking te stellen voor de ingreep" (M. VAN QUICKENBORNE, *a.w.*, nr. 13). Een dergelijke verplichting bestaat evenmin ten einde de chirurg de gelegenheid te geven de schade die hij aan het lichaam van de patiënt heeft veroorzaakt, te herstellen door een nieuwe ingreep (Bergen 13 december 1983, *Rev. Rég. Dr.* 1984, 175, noot X. DIJON).

Een patiënt moet er zich voor hoeden een aansprakelijkheidsvordering tegen een arts in te stellen, zonder de minste schijn of het minste element van bewijs. Zoniet kan hij zelf worden veroordeeld wegens een tergend en roekeloos geding (Luik 8 september 1985, *Vl. T. Gez.* 1986-87, 140, noot R. HEYLEN).

§ 2. Plicht tot het betalen van een honorarium

413 De patiënt verbindt er zich toe aan de arts een honorarium te betalen (zie verder, titel X).

HOOFDSTUK II

DERDENBELANGEN IN DE VERHOUDING ARTS-PATIËNT

AFDELING I

INLEIDING

414 In hoofdstuk I stond de relatie tussen de arts en de patiënt in haar prototypische vorm centraal: een *colloque singulier* ingebed in een contractuele rechtsverhouding. De arts treedt dan op op verzoek van de patiënt zelf of diens vertegenwoordiger. De Patiëntenrechtenwet beschouwt als "patiënt" ook de natuurlijke persoon aan wie gezondheidszorg wordt verstrekt zonder dat deze daar zelf om heeft verzocht (art. 2, 1°). Hierbij wordt gedacht aan situaties waarin iemand zich dient te onderwerpen aan een medisch onderzoek of een behandeling welke in de eerste plaats in het belang is van een derde en niet, of slechts op de tweede plaats in het belang van diegene die het onderzoek of de behandeling ondergaat ook wel "keuring" genoemd. De Patiëntenrechtenwet beschouwt de persoon die dit onderzoek ondergaat als een patiënt en voorzover er een rechtsverhouding bestaat tussen de arts en de patiënt is de Patiëntenrechtenwet op deze verhouding van toepassing.

I.v.m. de interpretatie van rechtsverhouding: zie boven, nr. 323. Het zonder meer toepassen van alle patiëntenrechten op de relatie controlerend/adviserend arts en de persoon die wordt onderzocht verloopt niet zonder problemen (zie in dezelfde zin: D. MAYERUS en P. STAQUET, *t.a.p.*, 6, noot 5: "nous constatons que la loi bouleverse considérablement le second type de relation entre, notamment, le patient et le médecin d'assurance et ce, que ce soit dans le cadre d'une assurance individuelle ou dans le cadre d'une action en responsabilité médicale").

415 Omwille van het derdenbelang dat in de relatie arts-patiënt binnendringt, heeft de wetgever het in een aantal gevallen noodzakelijk geoordeeld bijkomende beschermingsmaatregelen te nemen. Een voorbeeld is het medisch onderzoek dat voorafgaat aan de opstelling van een omstandig medisch verslag in het kader van de Wet bescherming persoon geesteszieke (zie: titel VI).

Ook het medisch onderzoek in het kader van arbeidsverhoudingen (zie verder, afdeling II) en verzekeringen (zie verder, afdeling III) werd wettelijk geregeld. Een omvattende en consistente regeling van medische onderzoeken en behandelingen waarbij een derdenbelang voorop stond, ontbreekt evenwel.

AFDELING II

MEDISCHE ONDERZOEKEN IN HET KADER VAN ARBEIDSVERHOUDINGEN

416 De Wet van 28 januari 2003 betreffende de medische onderzoeken die binnen het kader van de arbeidsverhoudingen worden uitgevoerd (*B.S.* 9 april 2003) bepaalt de voorwaarden waaronder medisch onderzoek in het kader van arbeidsverhoudingen mag worden uitgevoerd (zie over deze wet: K. BERGHS, "Wet van 28 januari 2003 betreffende de medische onderzoeker", in X., *Arbeidsrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 30-34; I. DE WILDE, "Medische onderzoeken binnen de arbeidsverhoudingen", *Sociale actualiteit* 2003, afl. 5, 13-17; P. DUFAUX, "Medische onderzoeken in de arbeidsverhoudingen", *T.V.W.* 2003, afl. 7, 314-315; N. HAUTENNE, "Les examens médicaux liés à la relation de travail: bref commentaire de la loi du 28 janvier 2003", *T. Gez.* 2003-04, 220-224; H. NYS, "De belangrijkste ontwikkelingen in het medisch recht 2003", in X., *Recht in beweging. 11 de VRG-Alumnidag 2004*, Antwerpen, Maklu, 2004, 311-312; I. PLETS, "Medische onderzoeken op het werk", *N.J.W.* 2003, 618-621; Advies nr. 20 van 18 november 2002 van het raadgevend comité voor bio-ethiek betreffende predictieve genetische tests en HIV-tests in het kader van arbeidsverhoudingen, http://www.health.fgov.-be/bioeth/nl/advies/advies20.pdf).

PLETS werpt de vraag op of de Wet medische onderzoeken in arbeidsverhoudingen geen overbodige wetgeving is. Op grond van artikel 2 van de Antidiscriminatiewet van 25 februari 2003 (*B.S.* 17 maart 2003) is elke discriminatie op grond van de huidige of de toekomstige gezondheidstoestand verboden wat betreft de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst, tot onbetaalde arbeid of als zelfstandige, met inbegrip van de selectie- en aanstellingscriteria, ongeacht de tak van activiteit en op alle niveaus van de beroepshiërarchie, met inbegrip van de bevorderingskansen. Als men geen onderscheid mag maken op grond van iemands gezondheidstoestand, dan is het vanzelfsprekend dat men ook geen medische onderzoeken mag uitvoeren.

417 Biologische tests, medische onderzoeken of mondelinge informatievergaring met het oog op het verkrijgen van medische informatie over de gezondheidstoestand of stamboominformatie van een werknemer of een kandidaat-werknemer mogen niet worden verricht om andere redenen dan die welke verband houden met de huidige geschiktheid van de werknemer voor en de specifieke kenmerken van de openstaande betrekking (art. 3 § 1, eerste lid).

Het verschil tussen een biologische test en een medisch onderzoek wordt als volgt toegelicht: "een biologische test houdt in dat men een deel van het menselijk lichaam wegneemt en onderzoekt (un prélèvement sur le corps pour l'examiner). Een medisch onderzoek is minder verregaand en kan bv. enkel bestaan uit een gesprek met de patiënt" (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-20/4, 18).
Het verbod van stamboominformatie beoogt te voorkomen dat uit erfelijke aandoeningen waaraan familieleden lijden (hebben geleden) een predispositie voor een bepaalde ziekte wordt afgeleid. De aldus bekomen informatie mag niet als selectiecriterium worden gebruikt (*Parl. St.* 2002-03, 2-20/4, 19).

418 De biologische tests en medische onderzoeken kunnen slechts gevraagd of uitgevoerd worden door de preventie-adviseur arbeidsgeneeskunde die verbonden is aan de afdeling belast met het medisch toezicht van de interne dienst voor preventie en bescherming op het werk of aan de afdeling belast met het medisch toezicht van de externe dienst voor preventie en bescherming op het werk waarop de werkgever een beroep doet (art. 3 § 3).

De preventieadviseur oordeelt vrij over de noodzaak van een medisch onderzoek. De werkgever kan dus onder geen enkel beding zelf onderzoeken vragen of laten uitvoeren (I. PLETS, *t.a.p.*, 620).

Op straffe van nietigheid moet elke verklaring van ongeschiktheid schriftelijk gemotiveerd worden door de preventie-adviseur arbeidsgeneeskunde en door hem doorgestuurd worden naar een door de betrokkene aangewezen arts. De Koning kan nader bepalen onder welke voorwaarden en op welke wijze de schriftelijke motivering door de arts moet worden opgesteld en doorgestuurd. De preventie-adviseur arbeidsgeneeskunde deelt de werkgever en de kandidaat zijn beslissing mee door middel van de fiche van medisch onderzoek, voorgeschreven krachtens de Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk (art. 3 § 3).

419 Artikel 7 Wet Verwerking Persoonsgegevens is van toepassing op de in het kader van medische onderzoeken verzamelde gegevens (art. 6).

I.v.m. artikel 7 Wet Verwerking Persoonsgegevens: zie verder, nr. 1181.

420 Voorspellend genetisch onderzoek en de aidstest zijn verboden (art. 3 § 1, tweede lid). Opvallend is dat dit verbod niet uitdrukkelijk betrekking heeft op mondelinge informatiegaring over de gezondheidstoestand of stamboominformatie. De woorden waarmee deze bepaling aanvangt ("Krachtens dit beginsel") kunnen worden uitgelegd als een uitbreiding van het verbod van mondelinge informatiegaring tot genetische aandoeningen en aids. Maar hiervoor is in de wetsgeschiedenis geen steun te vinden. In artikel 3 § 1 was aanvankelijk geen sprake van mondelinge informatiegaring. Door een amendement (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-20/3, nr. 11) werd deze vorm van informatieverzameling toegevoegd, maar enkel in het eerste lid van artikel 3 § 1 en niet in het tweede lid.

Voorspellend genetisch onderzoek is genetische diagnostiek bij symptoomloze individuen, georiënteerd op de opsporing (en zo mogelijk verkleining) van risico's op genetische aandoeningen later in het leven. Het onderzoek beoogt dus primair gezonde (asymptomatische, klachtenvrije) personen te informeren over hun kans op ziekte in de toekomst (H. NYS, "Het recht op weten en niet-weten bij genetische diagnostiek", in J.C.J. DUTE, J.K.M. GEVERS en G.R.J. DE GROOT, *Omzien naar de toekomst. 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Houten/Diegem, Bohn Stafleu Van Loghum, 2002, 265). Het type voorbeeld van zo'n aandoening is de ziekte van Huntington. Zie voor de overeenkomsten en de verschilpunten tussen genetisch onderzoek en de aidstest: K. DIERICKX, *Genetisch gezond? Ethische en sociale aspecten van genetische tests en screenings*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 4-5.
Zie in verband met het verbod van de aidstest: H.v.J. 5 oktober 1994, X/Commissie, *Vl. T. Gez.* 1994-95 met conclusie Adv. Gen. W. VAN GERVEN; *J.L.M.B.* 1995, 348; *J.T.* 1995, 149, noot M. REGOUT-MASSON; *J.T. dr. eur.* 1994, 184; *Jaarboek Mensenrechten* 1996-97, 257, noot J. TER HEERDT, "Het recht om niet te weten en de weigering van een sollicitant om zich bij een aanstellingskeuring aan een HIV-test te onderwerpen"; *Rev. trim. D.H.* 1995, 97, noot O. DE SCHUTTER; M. ADAMS, "De verplichte H.I.V.-test en de zelfbeschikking", in J. VELAERS, *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 387-416; J. TER HEERDT, "De ongeoorloofdheid van een ongevraagde HIV-test

bij een aanstellingskeuring en de gevolgen van een HIV-specifiek ontslag", noot bij Arbrb. Dendermonde 5 januari 1998, *T. Gez.* 1998-99, 43-50; H. NYS, "Juridische problemen rond predictieve geneeskunde" in X, *Preventieve Gezondheidszorg*, Diegem, Kluwer Editorial, 1997, 833-840; K. LAVENS, "Aids en de juridische bescherming van de werknemers", *T.S.W.* 1992, 137-164.

421 Met inachtneming van de in artikel 3 bedoelde bepalingen mag de werknemer of kandidaat-werknemer alleen aan een verboden medisch onderzoek worden onderworpen in de gevallen bepaald bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad. De Koning stelt eveneens bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad, de voorwaarden vast waaronder deze onderzoeken zullen worden uitgevoerd. Te dien einde raadpleegt de bevoegde minister het raadgevend comité voor bio-ethiek (art. 5).

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd gesteld dat het mogelijk moet zijn uitzonderingen te bepalen om rekening te houden met nieuwe wetenschappelijke ontwikkelingen of met de specifieke vereisten waaraan bepaalde functies moeten voldoen en die verband houden met de veiligheid van de personen (*Parl. St.* Senaat B.Z. 1999, 2-20/1, 3; *Parl. St.* Kamer 2002-03, 2133/002, 3). Een uitzondering moet betrekking hebben op een bepaalde functie en niet op een bepaalde persoon (*Hand.* Senaat 14 november 2002, 2-241, 27). Betwijfeld kan worden of het mogelijk is op basis van deze uitzonderingen tests in het belang van de werknemer zelf, zoals een test na een prikaccident, apart te regelen (in die zin: *Hand.* Senaat 14 november 2002, 2-241, 19; I. PLETS, *t.a.p.*, 619). Het gaat dan om een onderzoek dat primair gebeurt in het belang van de betrokkene. De Wet medische onderzoeken in arbeidsverhoudingen is daar niet op van toepassing.
Het raadgevend comité voor bio-ethiek moet enkel worden geraadpleegd. Een gunstig advies is niet vereist (anders: *Hand.* Senaat 14 november 2002, 27).

422 Het verbod van voorspellend genetisch onderzoek en de aidstest kan door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de ministerraad, worden uitgebreid tot ander biologische tests en medische onderzoeken (art. 3 § 1, derde lid). Van die bevoegdheid werd nog geen gebruik gemaakt.

423 Niet-naleving van de bepalingen van de Wet medische onderzoeken in arbeidsverhoudingen wordt strafbaar gesteld in de artikelen 11 tot 15. Artikel 14 bepaalt dat indien de overtreder, de mededaders of hun medeplichtigen beoefenaars van de geneeskunde zijn, de rechter hun tijdelijk of definitief het verbod kan opleggen om de geneeskunde uit te oefenen.

In de Franse versie is er sprake van *l'art de guérir* d.w.z. geneeskunst. Deze uitdrukking heeft een ruimere betekenis dan geneeskunde (zie boven, nr. 4).

424 Voor medische onderzoeken in het kader van de arbeidsverhoudingen is ook de Wet van 13 juni 1999 betreffende de controlegeneeskunde (*B.S.* 13 juli 1999) van belang.

Voor een bespreking van deze wet: zie boven, nr. 123.

AFDELING III

MEDISCHE ONDERZOEKEN IN HET KADER VAN VERZEKERINGEN

425 Er bestaat geen specifieke wettelijke regeling van het medisch onderzoek dat verricht wordt met het oog op de selectie van kandidaat-verzekerden. De Patiëntenrechtenwet is van toepassing in de mate dat een rechtsverhouding bestaat tussen de arts die het onderzoek verricht en de kandidaat-verzekerden (zie boven, nr. 123).

Voor deelaspecten van dit medisch onderzoek bestaan wel wettelijke regels. Artikel 95, derde lid van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst bepaalt dat het medisch onderzoek, noodzakelijk voor het sluiten en het uitvoeren van de overeenkomst slechts kan steunen op de voorgeschiedenis van de huidige gezondheidstoestand van de kandidaat en niet op technieken van genetisch onderzoek die dienen om de toekomstige gezondheidstoestand te bepalen (voor een bespreking van art. 95 Wet landverzekeringsovereenkomst: zie verder, nr. 1331 e.v.).

Zie voor een bespreking van artikel 95, derde lid: K. JACOBS, "Genetische informatie en verzekeringen", *Recht en Kritiek* 1997, 16; K. JACOBS, "Zwijgen is niet altijd goud. Een spanningsveld tussen privacy, beroepsgeheim, recht op informatie en medische hulpverlening bij erfelijkheidsdiagnostiek", *Vl. T. Gez.* 1994-95, 93-106; N. JEGER en P. CAUWENBERGH, "Individuele levensverzekering overlijden en erfelijkheidsonderzoek: een kritische analyse van de art. 5 en 95 van de Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst", *T. Gez.* 1996-97, 330; H. NYS, "Van afkomst naar toekomst? Juridische grenzen van erfelijkheidsonderzoek bij verzekeringen", *De Verz.* 1992, 209-219; A. ROUVROY, "Informations génétiques et assurance. Discussion critique autour de la position 'prohibitioniste' du législateur belge" *J.T.* 2000, 585; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het Belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, nr. 242-245; K. TROCH, "Art. 95 Landverzekeringsovereenkomst", in *Comm. Verz.*, Kluwer, losbl., 77-83.

HOOFDSTUK III
WETTELIJKE HULPVERLENINGSPLICHT

AFDELING I

W.U.G.

426 Overeenkomstig artikel 8 § 1 W.U.G. mag een arts, wetens en zonder wettige reden, een in uitvoering zijnde behandeling niet onderbreken zonder vooraf alle maatregelen te hebben getroffen om de continuïteit van de verzorging te verzekeren door een andere arts.

Deze bepaling bevat de verplichting de continuïteit van de verzorging te waarborgen ofwel zelf ofwel via een andere arts. Zij heeft, naar de letter genomen, slechts een beperkte draagwijdte omdat zij betrekking heeft op "een in uitvoering zijnde behandeling". Artikel 8 § 1 herhaalt een deontologische verplichting. Krachtens artikel 15 § 1, derde lid Wet Orde geneesheren dient de Code van medische plichtenleer regels te bevatten i.v.m. de continuïteit van de verzorging (zie: art. 113 e.v. van deze Code). Overigens kan de naleving van artikel 8 § 1 W.U.G. enkel door de raden van de Orde der geneesheren worden afgedwongen (art. 8 § 1, tweede lid en art. 38 § 3, a: in afwachting van de inwerkingtreding van de Code van medische plichtenleer worden tuchtmaatregelen toegepast op de arts die art. 8 overtreedt).

427 Krachtens artikel 9 § 1 W.U.G. mogen de representatieve beroepsverenigingen van artsen of groeperingen die met dit doel werden opgericht, wachtdiensten instellen, die de bevolking een regelmatige en normale verstrekking van de gezondheidszorg, zowel in het ziekenhuis als daarbuiten waarborgen. Zie ook: artikel 9 § 1, laatste lid i.v.m. de erkenning van deze verenigingen of groeperingen.

De W.U.G. bevat geen enkele bepaling om de representativiteit van een beroepsvereniging van artsen te bepalen.

428 De bevoegdheid om wachtdiensten in te stellen, impliceert tevens de bevoegdheid om sluitingsuren op te leggen (Cass. 28 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 1002; *Pas.* 1978, I, 992).

429 Geen enkele arts die voldoet aan de vereiste voorwaarden kan uitgesloten worden van deze wachtdiensten, op voorwaarde dat hij/zij het huishoudelijk reglement onderschrijft en zich houdt aan de deontologische regels (art. 9 § 1, tweede lid W.U.G., toegevoegd door art. 189 van de Wet van 25 januari 1999, *B.S.* 6 februari 1999). Bedoeld huishoudelijk reglement moet aan de bevoegde provinciale geneeskundige commissie worden meegedeeld (art. 9 § 1, derde lid).

430 Geen enkele wetsbepaling kent aan een vereniging of groepering bedoeld in artikel 9 § 1 W.U.G. het recht toe om beroepsbeoefenaren die geen lid zijn van de vereniging aan een wachtdienstregeling te onderwerpen (Cass.

12 januari 1973, *Arr. Cass.* 1973, 490; *Pas.* 1973, I, 468). Het recht op vrije uitoefening van het beroep brengt met zich dat een beroepsbeoefenaar die geen lid is van zo'n vereniging niet verplicht is deel te nemen aan de wachtdienst en vrij de sluitingsuren bepaalt. Dit recht is niet onbeperkt. De betrokken beroepsbeoefenaar mag het recht op vrije beroepsuitoefening niet zodanig uitoefenen dat hij opzettelijk de inrichting of de werking van een wachtdienst belemmert, zoniet kan de orde waartoe hij behoort hem een tuchtsanctie opleggen (Cass. 12 januari 1973, *Arr. Cass.* 1973, 490; *Pas.* 1973, I, 468; Cass. 8 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987, 175; *Pas.* 1988, I, 163; Cass. 18 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990, 192; *Pas.* 1991, I, 170; *R.W.* 1990-91, 916; Cass. 29 oktober 1993, *Arr. Cass.* 1993, 906; *Pas.* 1993, I, 909; *R.W.* 1993-94, 820). Evenmin mag hij zonder wettige reden en misbruik makend van zijn recht om zijn beroep vrij uit te oefenen, systematisch niet samenwerken met zijn collega's, zodat hij de toepassing van een dergelijke regeling bemoeilijkt, zonder dat het nodig is dat hij de uitoefening van zijn beroep inricht met het enkel oogmerk nadeel te berokkenen (Cass. 12 januari 1973, *Arr. Cass.* 1973, 490; *Pas.* 1973, I, 468; Cass. 20 september 1974, *Arr. Cass.* 1975, 89; *Pas.* 1975, I, 79; Cass. 15 september 1978, *Arr. Cass.* 1979, 55; *Pas.* 1979, I, 63; Cass. 8 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1988, 175; *Pas.* 1988, I, 163).

431 Inzake de organisatie van wachtdiensten kent artikel 9 W.U.G. aan de provinciale geneeskundige commissies meerdere opdrachten toe.

Vooreerst moeten de beroepsverenigingen of groeperingen de door hen opgestelde wachtrol en desgevallend de wijzigingen die worden aangebracht en het huishoudelijk reglement meedelen aan de bevoegde provinciale geneeskundige commissie (art. 9 § 1, derde lid). Deze commissies zijn bevoegd deze huishoudelijke reglementen goed te keuren en om geschillen inzake wachtdiensten te beslechten (art. 9 § 2, eerste lid, zoals gewijzigd door art. 189 van de Wet van 25 januari 1999, *B.S.* 6 februari 1999, zie over de wijze waarop deze bevoegdheid zich verhoudt tot de bevoegdheden van de provinciale raden van de Orde der geneesheren: het advies van de Nationale raad van de orde van 1 februari 2003, *T. Orde Geneesh.* 2003, nr. 100, 4). Voorts bepalen deze commissies de behoeften inzake wachtdiensten en controleren zij de werking ervan. Wanneer een provinciale geneeskundige commissie vaststelt dat een wachtdienst tekortschiet of ontoereikend functioneert, doet zij, op eigen initiatief of op aanvraag van de provinciegouverneur, een beroep op de medewerking van de belanghebbende organisaties of beroepsbeoefenaars met het oog op het inrichten of het aanvullen van deze wachtdienst (art. 9 § 2, laatste lid). Uit deze wetsbepalingen volgt dat de geneeskundige commissie op eigen initiatief de wachtdienst inricht, indien de organisatie van de wachtdienst tekortschiet of ontoereikend is. Een motief zoals "de demografische en geografische redenen" is vaag en algemeen gesteld zodat het ambtshalve optreden van de geneeskundige commissie niet wettig verantwoord is (R.v.St., Federatie van de apothekers-beroepsverenigingen van de Brusselse agglomeratie, nr. 35.061, 7 juni 1990, *T.B.P.* 1991, 421).

432 De W.U.G. legt alszodanig geen verplichting op deel te nemen aan een wachtdienst. Een dergelijke verplichting kan evenwel ontstaan wanneer is vastgesteld dat een wachtdienst ontoereikend werkt. Wanneer na het verstrijken van een door de provinciegouverneur te bepalen termijn, de wachtdienst nog niet op een voldoende wijze werkt, neemt de gezondheidsinspecteur alle maatregelen met het oog op het inrichten of het aanvullen van de wachtdienst in functie van de behoeften die desgevallend werden bepaald door de geneeskundige commissie (art. 9 § 3).

Een van de maatregelen die aldus aan een arts kunnen worden opgelegd is het verlenen van medewerking aan een wachtdienst. Het niet-naleven van deze verplichting is strafbaar gesteld door artikel 38 § 1, 3° W.U.G. dat tevens de voorwaarden bepaald waaronder het niet-meewerken aan de wachtdienst is gerechtvaardigd.

Het vervullen van een dringender beroepstaak, een ernstige reden, of het zich laten vervangen door een andere arts die zelf niet gehouden is zijn medewerking te verlenen aan de wachtdiensten rechtvaardigen het niet-naleven van de verplichting mee te werken aan de wachtdienst. De twee eerstgenoemde gronden van rechtvaardiging lijken in hun formulering sterk op deze die men aantreft in artikel 4 Wet 8 juli 1964 op de dringende geneeskundige hulpverlening (*B.S.* 25 juli 1964). Daarin wordt gesproken over "dringender beroepsplichten" of "enige andere reden van uitzonderlijke ernstige aard". Dit laatste is strikter dan "een ernstige reden" in artikel 38 § 1, 3° W.U.G. (zie in dit verband ook: Cass. 7 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1982, 200; *Pas.* 1982, I, 203: de overtreding van art. 422*bis* Sw. kan o.m. worden gerechtvaardigd door dringender beroepsverplichtingen of door andere uitzonderlijke gewichtige redenen).
Het niet-verlenen van medewerking aan een wachtdienst is slechts een misdrijf wanneer die medewerking werd opgelegd in gevolge de toepassing van artikel 9 § 3 W.U.G. (zie: art. 38 § 1, 3° dat enkel verwijst naar art. 9 § 3). De arts die zijn medewerking heeft toegezegd aan een wachtdienst maar deze toezegging niet nakomt, zonder zich te kunnen beroepen op een van de hoger vermelde rechtvaardigingsgronden is niet strafbaar op grond van artikel 38 § 1, 3° W.U.G. (anders: klaarblijkelijk, RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 546, noot 15 en Brussel 14 mei 1974, *Pas.* 1975, II, 18. De arts van wacht werd vervolgd wegens schending van art. 38 § 1, 3° maar uit de feiten blijkt nergens dat het om een door de provinciale geneeskundige commissie georganiseerde wachtdienst ging). Wel is de arts desgevallend vervolgbaar wegens overtreding van artikel 422*bis* Sw. (zie verder, nr. 435).

433 Artikelen 8 en 9 W.U.G. hebben met elkaar gemeen dat zij de beschikbaarheid en bereikbaarheid van artsen waarborgen. Artikel 10 van dezelfde wet sluit aan bij dit streven.

Dit artikel verbiedt de regelmatige en normale uitoefening van de geneeskunde door een persoon die aan de vereiste voorwaarden voldoet, door feitelijkheden of door geweld te verhinderen of te belemmeren. Zie voor strafsancties: artikel 38 § 1, 4°. De precieze draagwijdte van deze bepaling is moeilijk te achterhalen, omdat er geen parlementaire voorbereiding bestaat. Dit artikel 10, alsook de artikelen 8 en 9, moeten worden geïnterpreteerd in het licht van de moeilijke verhoudingen tussen de Belgische overheid en de artsenorganisaties tussen 1964 en 1967. Ongetwijfeld hebben de artsenstakingen in die periode de regering ertoe aangezet zich te wapenen tegen dergelijke stakingen en vergelijkbare acties. Artikel 10 strekt er toe te kunnen optreden tegen al wie een arts hindert in de uitoefening van zijn beroep door geweld of door feitelijkheden. Volgens ANRYS zou op grond van artikel 10 nochtans niet kunnen worden opgetreden tegen een stakingspiket (H. ANRYS, *a.w.*, nr. 277).
Het feit dat de installatie van zware medische apparatuur afhankelijk wordt gesteld van een toelating is niet in strijd met dit artikel 10 (Corr. Brugge 20 oktober 1986, *Vl. T. Gez.* 1986-87, 383).
Een ziekenhuis dat een gyneacoloog weigert bevallingen te laten uitvoeren schendt artikel 10 niet vermits die weigering niet kan worden opgevat als een feitelijkheid of geweld (Gent 20 januari 1993, *Vl. T. Gez.* 1993-94, 48, noot F. DEWALLENS, "Over ziekenhuisgeneesheren en andere artsen werkzaam in het ziekenhuis"; zie ook: Brussel 13 juni 1995, *T. Gez.* 1996-97, 197).

AFDELING II

ARTIKELEN 422*BIS* EN 422*TER* SW.

§ 1. Artikel 422*bis* Sw.

434 Artikel 422*bis* Sw. kwam, evenals artikel 422*ter*, tot stand door de Wet van 6 januari 1961 waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld (*B.S.* 14 januari 1961).

Die wet is het resultaat van een parlementair initiatief (wetsvoorstel waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, *Parl. St.* Kamer 1954-55, nr. 294/1) dat zeer duidelijk was geïnspireerd door het vroegere artikel 63 Franse Code pénal (*id.* 3 en 9). Hoewel deze bepaling een algemene draagwijdte heeft, is het bekend dat zij in het bijzonder t.a.v. artsen toepassing heeft gevonden. Dit blijkt trouwens uit de jurisprudentie die in de toelichting bij het wetsvoorstel werd geciteerd en die vrijwel uitsluitend op artsen betrekking heeft. In de loop van de parlementaire discussies, die lang hebben aangesleept – ten gevolge van een ontbinding van de wetgevende kamers en meningsverschillen tussen Kamer en Senaat – kwam evenwel een tekst tot stand die steeds minder gelijkenis vertoonde met artikel 63 Franse Code pénal. Zodanig dat de verslaggever van de bevoegde Senaatscommissie noteerde: "de tekst die uw commissie ter goedkeuring voorlegt, wijkt sterk af van de Franse wet" (Verslag van de Commissie van Justitie, belast met het onderzoek van het wetsontwerp waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, *Parl. St.* Senaat 1957-58, nr. 150).

A. TOEPASBAARHEID OP ARTSEN

435 Over de toepasbaarheid van artikel 422*bis* t.a.v. artsen kan geen twijfel bestaan. Vermits hulpverlening tot de dagdagelijkse taken van een arts behoort, wordt van hem meer vereist in noodsituaties dan van een gewone burger, wiens vorming noch beroepsuitoefening zijn toegespitst op (medische) hulpverlening (zie: J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim", in *Comm. Strafr.* Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl., 65). In deze zin heeft ook de rechtspraak zich uitgesproken; zie uitdrukkelijk: Kr. 5 juli 1977, *R.G.A.R.* 10.009 en 10.064; het eerste cassatiearrest betreffende de toepassing van art. 422*bis* heeft overigens betrekking op een arts; zie: Cass. 9 november 1964, *Pas.* 1965, I, 242; *R.D.P.* 1964-65, 502).

436 Afgezien van de interpretatiemoeilijkheden die de toepassing van artikel 422*bis* Sw. in het algemeen oplevert (zie verder) stelt zich inzake artsen een specifiek probleem, m.n. de gecombineerde toepassing van artikel 422*bis* Sw. met de bepalingen inzake de wachtdienst. Enerzijds stelt zich de vraag naar de toepassing van artikel 422*bis* Sw. op een arts die niet van wacht is. Anderzijds stelt zich dezelfde vraag voor de arts die juist wel van wacht is en geacht wordt zich op een bepaalde plaats, meestal een spoedgevallendienst in een ziekenhuis, te bevinden.

Het feit dat een arts op het ogenblik waarop een beroep wordt gedaan op zijn diensten niet van wacht is, stelt hem niet vrij van de wettelijke hulpverleningsplicht van artikel 422*bis*. Dit artikel legt een algemene verplichting tot solidariteit op. De rechter oordeelt van geval tot geval en in feite

of die verplichting voorrang heeft op andere. De inrichting van een wachtdienst van artsen kan door de rechter eventueel mee in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de vraag of de weigering van een arts hulp te verlenen een misdrijf oplevert, maar die omstandigheid kan hem in beginsel niet ontslaan van de verplichting tot hulpverlening wanneer hij geen wachtdienst heeft (Cass. 7 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1982, 200; *Pas.* 1982, I, 203; *R.D.P.* 1982, 90; zie hieromtrent: Chr. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 672-679; zie ook: de kritische bedenkingen van J. DU JARDIN, "Actuele bedenkingen over het schuldig verzuim bij geneeskundige hulpverlening – art. 422*bis* Sw.", in *De wetgeving inzake dringende geneeskundige hulpverlening*, Reeks Recht en Gezondheidszorg, nr. 2, Gent, Mys & Breesch, 1995, 19; H. VUYE, "Schuldig hulpverzuim. Analyse van art. 422*bis* Sw. in het licht van de algemene leer van de omissie in het strafrecht", in Y. POULLET en H. VUYE, *Liber Amicorum Jean Du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, 471-472). ANRYS lijkt in dit verband een andere mening te verdedigen. Artikel 422*bis* en *ter* Sw., artikel 9 W.U.G. en de Wet dringende medische hulpverlening 1964 moeten als één geheel worden beschouwd. Dankzij de twee laatst genoemde wettelijke bepalingen bestaat er een voorziening voor medische hulpverlening in noodgevallen. Hierdoor is de draagwijdte van artikel 422*bis* Sw. voor artsen gewijzigd. Meer bepaald geldt artikel 422*bis* Sw. nu op dezelfde wijze voor artsen als voor andere burgers, daar waar vóór het bestaan van die bepalingen, artikel 422*bis* Sw. zwaarder woog voor artsen omdat de verplichting ook gold als men niet zelf het gevaar had vastgesteld (H. ANRYS, *L'abstention coupable de secours, la réquisition et l'aide médicale urgente*, Braine-l'Alleud, Ed. Chambre Syndicale des Médecins, 1969, 85-86). Deze mening kan niet worden gedeeld. Ook voor de arts die niet van wacht is geldt nog dat hij zich niet in de onmogelijkheid mag plaatsen de ernst van het gevaar in te schatten. Weliswaar mag hij de hulpvrager doorverwijzen naar de arts van wacht maar dit volstaat op zich niet voor een arts om te voldoen aan artikel 422*bis*, daar waar men van een gewone burger dikwijls niet meer zal verwachten. De arts die niet van wacht is zal met zijn collega van wacht contact dienen te nemen om na te gaan of deze laatste daadwerkelijk zal kunnen optreden. Desgevallend zal hij zelf moeten handelen.

437 Moeilijker te beantwoorden is de tweede vraag. In hoeverre mag of moet een arts die instaat voor de opvang van spoedgevallen in een ziekenhuis, de dienst verlaten om te voldoen aan artikel 422*bis* Sw.?

Een chirurg die wachtdienst had in een ziekenhuis en die geweigerd had zich naar de plaats van een ongeval te begeven om een zwaar gekwetste te verzorgen, werd vervolgd wegens overtreding van artikel 422*bis* Sw. Hij beriep er zich op dat één van de voorwaarden van dat artikel, nl. kunnen hulp verlenen "zonder ernstig gevaar .... voor anderen" niet was vervuld. Zou hij het ziekenhuis hebben verlaten, dan zou hij daarmee de patiënten in het ziekenhuis en de slachtoffers van ongevallen die naar het ziekenhuis zouden worden overgebracht, mogelijk in gevaar brengen. Het Hof van Cassatie heeft deze redenering niet gevolgd. Geen ernstig gevaar voor anderen is de mogelijkheid voor een chirurg van wacht in een ziekenhuis verzorging te moeten toedienen aan patiënten die in het ziekenhuis verblijven of aan gekwetsten die er zouden binnen gebracht worden (Cass. 28 maart 1972, *Arr. Cass.* 1972, 721; *Pas.* 1972, I, 710). Evenmin kan die mogelijkheid worden ingeroepen als een dringender beroepsplicht of enige andere reden van uitzonderlijk ernstige aard die een inbreuk op artikel 422*bis* Sw. rechtvaardigt (Cass. 28 maart 1972, *Arr. Cass.* 1972, 721; *Pas.* 1972, I, 710; Cass. 7 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1982, 200; *Pas.* 1982, I, 203; *R.D.P.* 1982, 90). Hulpverlening bij een bestaand en groot gevaar gaat voor op een mogelijk gevaar waarvan de ernst niet op voorhand gekend is.

Volgens oudere uitspraak bestaat er overigens geen beginsel volgens hetwelk een arts van wacht zich op permanente wijze in een ziekenhuis dient te bevinden of desgevallend bij hem thuis bereikbaar is (Corr. Luik 2 maart 1965, *J.T.* 1965, 624-625; *in casu* was de arts van wacht niet aanwezig in het ziekenhuis omdat hij aanzat aan het banket van de vereniging van oud-studenten in de geneeskunde ...). Een dergelijke uitspraak is thans ondenkbaar, rekening houdend met de reglementering inzake medische permanentie in ziekenhuizen (zie: K.B. 30 januari 1989 houdende vaststelling van aanvullende normen voor de erkenning van ziekenhuizen en ziekenhuisdiensten, *B.S.* 21 februari 1989, art. 2 § 1, 4°).

Maar ook bij het beoordelen van de uitspraak van het Hof van Cassatie van 28 maart 1972 dient

rekening te worden gehouden met de evolutie die zich inzake spoedgevallenhulpverlening heeft voorgedaan (in die zin ook: H. VUYE, *t.a.p.*, 475). Dat de enige arts van wacht in een ziekenhuis dit dient te verlaten om hulp te verlenen aan het slachtoffer van een ongeval dat klaarblijkelijk niet naar dit of een ander ziekenhuis kan worden overgebracht is een situatie die wellicht op het einde van de jaren zestig van de vorige eeuw nog niet steeds vermijdbaar was, maar het thans moet zijn.

B. CONSTITUTIEVE BESTANDDELEN VAN ARTIKEL 422*BIS*

1. Groot gevaar

438 Degene die hulp behoeft, moet in "groot gevaar" verkeren (zie: H. VUYE, *t.a.p.*, 454). Het gevaar moet reëel zijn d.w.z. dat "schijngevaar" of een mogelijk, eventueel gevaar of een bedreiging niet volstaan. Het gevaar moet groot zijn wat een gevaar voor het leven of een ernstig gevaar voor de fysieke integriteit impliceert (J. DU JARDIN, *t.a.p.* in *Comm. Strafr.*, 61-62). Het gevaar moet niet alleen ernstig zijn maar ook constant, reëel en actueel (Gent 10 juni 1999, *T.A.V.W.* 2001, 42-49). De ernst van het gevaar moet worden beoordeeld op het ogenblik van de weigering van de tussenkomst. (Cass. 9 november 1964, *Pas.* 1965, I, 242; *R.D.P.* 1964-65, 502; Corr. Gent 25 juni 1997, *T.G.R.* 1997, 243). Die beoordeling moet op een objectieve wijze geschieden en niet op een subjectieve wijze vanuit het aanvoelen van degene die hulp dient te bieden. Dat de beoordeling van het gevaar enkel zou toekomen aan de arts onder de controle van zijn professioneel geweten, is dan ook betwistbaar (Corr. Aarlen 17 november 1976, *Jur. Liège* 1977, 290). Uiteindelijk zal de feitenrechter soeverein, zich steunend op alle elementen van de zaak uitmaken of er sprake is van een groot gevaar (Kr. 5 juli 1977, *R.G.A.R.* 10.009 en 10.064). Bij de beoordeling van de hulpverlening wordt ook rekening gehouden met de deskundigheid van de betrokkene. Zo werd een internist-cardioloog veroordeeld die, op de hoogte gesteld van een urgentie naliet naar het ziekenhuis te komen maar er zich toe beperkte zijn assistant te doen oproepen, zonder met deze laatste contact op te nemen en dit alles terwijl de internist-cardioloog moet beseffen dat de ziekteverschijnselen de competentie van zijn assistant te boven gingen (Rb. Tongeren 10 september 1998, *T. Gez.* 1998-99, 232).

De oorzaak van de gevaarssituatie heeft geen belang: dat kan toeval zijn, een zelfmoordpoging, een misdrijf of nog een andere oorzaak (Gent 1 juni 1973, *R.W.* 1973-74, 1190).

Over het groot gevaar waarin een stervende zich kan bevinden en het groot gevaar waarin iemand zichzelf heeft gebracht bv. door een zelfmoordpoging: zie verder, nr. 939 e.v.

2. Kennis van het groot gevaar

439 Artikel 422*bis* Sw. vereist dat de verzuimer van hulp zelf het groot gevaar heeft vastgesteld ofwel dat het groot gevaar hem is beschreven door degenen die zijn hulp inroepen. Zo maakt een arts zich schuldig aan hulpverzuim aan een ongeboren kind dat in groot gevaar verkeert, wanneer hij, niettegenstaande de telefonische oproepen van de vroedvrouw nalaat zich

naar het ziekenhuis te begeven om zich van de toestand van de patiënt te vergewissen (Rb. Hasselt 24 december 1999, *T. Gez.* 2001-02, 167-169). De verzuimer van hulp moet kennis hebben van het groot gevaar (J. DU JARDIN, *a.w.*, 5; J. DU JARDIN, *t.a.p.*, in *Comm. Strafr.*, 64-65).

Vooral op dit punt weegt artikel 422*bis* Sw. zwaarder voor artsen dan voor gewone burgers, in deze zin dat van een arts meer wordt verwacht teneinde zich op de hoogte te stellen van de ernst van het gevaar. Het probleem stelt zich voornamelijk wanneer een arts via de telefoon wordt opgeroepen voor een noodgeval of voor wat als zodanig wordt voorgesteld door de oproeper. Aangezien de beschrijving die een leek op medisch gebied kan geven doorgaans niet voldoende gegevens zal bevatten om de arts de mogelijkheid te geven zich een oordeel te vormen over het groot gevaar, zal hij zich bij twijfel ter plaatse moeten begeven. Dit is de enige manier om zich van de ernst der situatie te vergewissen (Kr. 5 juli 1977, *R.G.A.R.* 1979, nr. 10.009 en 10.064; G. SCHAMPS, "L'établissement d'un diagnostic à distance et la responsabilité médicale", *T. Gez.*, 1996-97, 11 en 13; T. VANSWEEVELT, noot onder Rb. Brugge 19 december 1994, *T. Gez.* 1997-98, 38-40; T. VANSWEEVELT, "Telefonisch advies en schade wegens verlies van een kans", *Vl. T. Gez.* 1989-90, 215; Luik 30 oktober 1995, *T. Gez.* 1996-97, 30; Brussel 18 februari 1998, *T. Gez.* 1999-2000, 51). De arts mag zich niet tevreden stellen met de beschrijving van de toestand door degene die zijn hulp inroept, ook al is dat een collega (Corr. Brussel 19 januari 1965, *J.T.* 1965, 214). De arts is verplicht actief informatie in te winnen: hij dient zich een nauwkeurig oordeel te vormen over de ernst van de gevaarssituatie van de patiënt. Zo dient de arts gerichte vragen te stellen. Wanneer hij deze verplichting tot inwinnen van informatie niet waarneemt, dan ontneemt hij zichzelf de mogelijkheid de gevaarssituatie te beoordelen. Zo werd een arts veroordeeld die telefonisch verwittigd werd van feiten die wezen in de richting van kindermishandeling en, in plaats van hulp te verlenen, had aangeraden om de huisarts te verwittigen (Antwerpen 30 september 1997, *R.W.* 1999-2000, 1023 noot A. VANDEPLAS; *Limb. Rechtsl.* 1999, 42; *T. Gez.* 1999-2000, 211 noot R. VERMEIREN). Zo wordt van de arts, bij twijfelgevallen, verwacht dat hij zich persoonlijk en ter plaatse vergewist van de ernst van het gevaar. Zo beschouwd, lijkt op de arts een verplichting te worden gelegd die artikel 422*bis* Sw. niet bevat. Wanneer uit de gegevens die de oproeper heeft verschaft en uit de bijkomende informatie die de arts na het stellen van gerichte vragen de ernst van het gevaar niet kan worden afgeleid, dient deze twijfel in het voordeel van de arts te spelen. In dit verband is de volgende passage uit het verslag van de bespreking van het wetsontwerp dat heeft geleid tot artikel 422*bis* Sw., in de bevoegde Kamercommissie van groot belang: "Uw Commissie heeft andermaal als haar mening te kennen gegeven dat duidelijk moet worden bepaald dat het de wil van de wetgever is dat de hoven en rechtbanken, wanneer degene aan wie schuldig verzuim is ten laste gelegd, niet zelf de toestand heeft vastgesteld van de persoon voor wie zijn hulp wordt gevraagd, zorgvuldig dienen na te gaan of de beklaagde niet verschoonbaar is op grond van omstandigheden die hem in de mening hebben kunnen doen verkeren dat de oproep niet ernstig was, dat de hulp niet dringend nodig was of dat er gevaren aan verbonden waren. Niettemin achtte uw Commissie het nodig deze vorm van misdrijf te behouden, waarbij zij vertrouwen stelt in de voorzichtigheid en wijsheid van de hoven en rechtbanken" (wetsontwerp waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, *Parl. St.* Kamer 1958-59, nr. 272/1, 10). Men vergete bij dit alles niet dat de arts die er zorg voor draagt niet bereikbaar te zijn op een ogenblik dat hij niet van wacht is, en die zich daardoor a.h.w. in de onmogelijkheid stelt hulp te verlenen, niet kan worden vervolgd wegens de overtreding van artikel 422*bis* Sw. Aldus kan de arts die geen nachtbel heeft en daardoor niet bereikt wordt, geen schuldig verzuim plegen bij gebrek aan het moreel bestanddeel van de kennis (Brussel 14 mei 1974, *J.T.* 1975, 191). Weliswaar kan men, rekening houdend met de omstandigheden, een dergelijke houding moreel afkeuren, zij is juridisch onaanvechtbaar. Men dient er zich dan ook voor te hoeden de arts die wel beschikbaar blijft voor de eigen patiënten, ook al is hij niet van wacht, te verplichten in gegronde twijfelgevallen zich persoonlijk en ter plaatse te vergewissen van de ernst van het gevaar. Dit zou op de duur kunnen leiden tot een situatie waarin artsen die niet van wacht zijn zich onbereikbaar opstellen, met een verzakelijking van de arts-patiënt relatie als gevolg. Dit alles betekent evenwel niet dat artikel 422*bis* Sw. niet meer zou eisen van een arts dan van een gewone burger. Kan deze laatste er meestal mee volstaan een beroep te doen op een deskundige hulpverlener, dan mag van een arts die de gevaarssituatie niet zelf heeft vastgesteld worden verwacht

dat hij d.m.v. gerichte vragen tracht zich een opvatting te vormen over de ernst van het gevaar. De miskenning van de informatieverplichting kan slechts worden gelijkgesteld met schuldig hulpverzuim wanneer de weigering zich te informeren in hoofde van de arts het aanvaarden inhoudt de patiënt te laten in een situatie van groot gevaar voor zijn leven of zijn gezondheid. Zo wordt de verplichting tot het inwinnen van informatie geïntegreerd in de algemene verplichting hulp te verschaffen (H. VUYE, *t.a.p.*, 470).

3. *Weigering hulp te verlenen of te verschaffen*

440 De overtreding van artikel 422*bis* Sw. is enkel strafbaar wanneer ze wetens en willens werd gepleegd (Cass. 7 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1982, 200; *Pas.* 1982, I, 203; R. VERMEIREN, noot onder Antwerpen 30 september 1997, *T. Gez.* 1999-2000, 214-220; H. VUYE, *t.a.p.*, 470). Dit houdt in dat de passieve gedraging, het verzuim, het gevolg is van een wilsuiting van iemand die de ernst van het gevaar kent en beslist niet op te treden (J. DU JARDIN, *a.w.*, 7). Nog anders uitgedrukt: men handelt niet, daar waar het handelen zich opdrong (J. DU JARDIN, "La jurisprudence et l'abstention de porter secours", *R.D.P.* 1983, 966). Niet-handelen uit onachtzaamheid of gebrek aan voorzichtigheid volstaan niet.

Bij de beoordeling van het hulpverzuim komt de graad van doeltreffendheid van de hulpverlening niet in aanmerking, maar wel dient de hulpverlening naar doeltreffendheid te streven (Cass. 26 juni 1972, *Arr. Cass.* 1972, 1018; *Pas.* 1972, I, 996). Diegene die een ernstige poging tot hulpverlening onderneemt, maar niet slaagt in zijn opzet, dient vrijgesproken (R. VERMEIREN, *a.w.*, 220; H. VUYE, *t.a.p.*, 459). Van een arts wordt verwacht dat de hulp die hij biedt wanneer een persoon in levensgevaar verkeert zich niet beperkt tot het stellen van een diagnose of het voorschrijven van een therapie. Van hem wordt verwacht dat hij een daadwerkelijke hulp verstrekt of althans de vereiste maatregelen doet nemen om de verzorging van de zieke mogelijk te maken (Antwerpen 5 oktober 1990, *R.W.* 1064-1065; A. VANDEPLAS, *a.w.*, 1025). "Schijnhulp" staat gelijk met een schuldig verzuim in de zin van artikel 422*bis* Sw. (J. DU JARDIN, *t.a.p.*, in *Comm. Strafr.*, 69-70).

Een verkeerde diagnose en een onaangepaste verzorging door een arts kunnen niet zomaar worden gekwalificeerd als schuldig verzuim, althans in de mate dat de medische tussenkomst naar doeltreffendheid streeft. Er is immers geen sprake van verzuim, maar van een actief, zij het onaangepast, optreden (Gent 11 december 1963, *R.D.P.* 1963-64, 896; H. VUYE, *t.a.p.*, 461-462). Bij de beoordeling van de werkelijkheid van de hulp zal de hoedanigheid van de hulpverlener de rechter vaak belangrijke aanduidingen geven. Van een arts wordt t.o.v. een gewonde een andersoortige hulp verwacht dan van een medische leek. In die zin mag men stellen dat de maat van de hulp subjectief wordt gemeten d.w.z. rekening houdend met de middelen en de beroepsgeschiktheid van de hulpverlener. VUYE meent terecht dat het Hof van Beroep te Brussel wel erg ver ging in de subjectieve opvulling van de te verschaffen hulp. Het hof veroordeelde een arts die, na de nodige zorg te hebben verschaft aan het slachtoffer van een verkeersongeval in de nabijheid van zijn praktijk, de gekwetste liet vervoeren door twee ambulanciers – die wel een opleiding E.H.B.O. hebben genoten, maar geen medische kennis hebben – zonder zelf het slachtoffer te vergezellen (Brussel 21 september 1998, *R.G.A.R.* 2000, nr. 13233). De aangestelde deskundigen hadden geoordeeld dat de arts ofwel diende de komst van een speciale ziekenwagen af te wachten, dan wel zelf de ambulanciers moest vergezellen. De geringste beroepsfout kan aldus strafrechtelijk worden gekwalificeerd als schuldig verzuim (H. VUYE, *t.a.p.*, 461 en 478 die voorhoudt dat de lat door de rechters heel wat hoger wordt gelegd dan door de wetgever).

441 Het is niet vereist dat de beklaagde gehandeld heeft met het bijzonder opzet zijn hulp te onthouden aan de persoon in gevaar, daar artikel 422*bis* Sw. niet het vereiste van bijzonder opzet stelt (Cass. 7 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1982, 200; *Pas.* 1982, I, 203; J. DU JARDIN, *a.w.*, 8).

442 Artikel 422*bis* Sw. maakt een onderscheid tussen hulp verlenen en hulp verschaffen. Hulp verlenen doet men zelf. Hulp verschaffen betekent dat men beroep doet op een derde die de hulp kan verlenen. Beide mogelijkheden zijn niet gelijkwaardig in deze zin dat wie met een gevaarssituatie wordt geconfronteerd en in staat is hulp te verlenen niet mag volstaan met het verschaffen van hulp. De eerste plicht is persoonlijk de hulp te verlenen. De hulp inroepen van een ander kan slechts ter aanvulling komen van het onmiddellijk en rechtstreeks optreden (J. DU JARDIN, *t.a.p.*, in *Comm. Strafr.*, 69-70; H. VUYE, *t.a.p.*, 462 die wel waarschuwt de hiërarchie tussen verlenen en verschaffen niet al te radicaal te begrijpen. In sommige gevallen zal het inroepen van de hulp van een ander (hulpverschaffing) heel wat doeltreffender zijn dan het verlenen van hulp).

C. RECHTVAARDIGINGSGROND

443 Artikel 422*bis*, tweede lid Sw. voorziet in een specifieke rechtvaardigingsgrond: "Voor het misdrijf is vereist dat de verzuimer kon helpen zonder ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen" (H. VUYE, *t.a.p.*, 472-473).

De wetgever verwacht van niemand dat hij zich als een held gedraagt (Verslag van de Commissie van Justitie, belast met het onderzoek van het wetsontwerp waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, *Parl. St.* Senaat 1957-58, nr. 150, 6-7). Evenmin kan men verlangen dat men de ene redt door de andere in een ernstig gevaar te brengen. Wat men wint bij de ene, mag niet verloren gaan bij de andere.
Het gevaar moet ernstig zijn. De ernst van het gevaar moet subjectief worden beoordeeld, d.i. naar verhouding van de reactie die een redelijk mens met gelijkaardige persoonlijke eigenschappen zou hebben gehad in soortgelijke omstandigheden (J. DU JARDIN, *a.w.*, 15).
Geen ernstig gevaar voor anderen is de mogelijkheid voor een chirurg die in een ziekenhuis van wacht is, hulp te moeten verlenen aan patiënten die in het ziekenhuis verblijven of aan gekwetsten die kunnen worden opgenomen (Cass. 28 maart 1972, *Arr. Cass.* 1972, 721; *Pas.* 1972, I, 710).
Het feit dat hulpverlening iemand aan een gerechtelijke vervolging zou blootstellen, bv. wegens onwettige uitoefening van de geneeskunde, kan evenmin als een ernstig gevaar voor zichzelf ter rechtvaardiging van het niet-optreden worden ingeroepen (J. DU JARDIN, *a.w.*, 15) (zie, zij het hypothetisch geformuleerd: Rb. Antwerpen 17 februari 1969, *R.W.* 1968-69, 1571: art. 422*bis* Sw. zou toepasselijk zijn indien een apotheker met een hoogdringende noodsituatie wordt geconfronteerd, zonder dat een beroep kan worden gedaan op een arts; in dat geval zou de apotheker op grond van zijn persoonlijke kunde medisch mogen en moeten optreden; zie over dit vonnis ook nog: H. NYS, "Wettelijke hulpverleningsplicht", in M. DE BAUW e.a., *Recht voor verpleegkundigen en vroedvrouwen*, Mechelen, Kluwer, 2003, 6° herwerkte uitgave, 198). Wie evenwel op gewoonlijke wijze onwettig de geneeskunde beoefent, kan zich niet op artikel 422*bis* Sw. beroepen (zie in deze zin t.a.v. een arts die door een raad van de Orde der geneesheren was geschorst en tijdens de schorsing verder medische handelingen stelde: Brussel 18 maart 1976, *Pas.* 1977, II, 37; zie ook: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 548).

D. SANCTIE

444 De Wet van 13 april 1995 betreffende seksueel misbruik ten aanzien van minderjarigen (*B.S.* 25 april 1995, *err.* 6 juli 1995) heeft de maximumstraf verhoogd van 6 maanden tot één jaar. Tevens werd een verzwarende omstandigheid ingevoerd: de straf wordt op twee jaar gebracht wanneer de persoon die zich in groot gevaar bevindt minderjarig is (J. DU JARDIN, *t.a.p.*, in *Comm.*

Strafr., 60-61). Alzo wenst de wetgever een duidelijk signaal te geven: het stilzwijgen van een volwassene, is onaanvaardbaar wanneer een minderjarige in groot gevaar verkeert (H. VUYE, *t.a.p.*, 451; zie ook: art. 458*bis*; zie verder, nr. 1295).

§ 2. Artikel 422*ter* Sw.

445 Artikel 422*ter* Sw. bedreigt met strafsancties hij die, hoewel hij in staat is hulp te bieden zonder ernstig gevaar voor zichzelf of voor anderen, weigert of nalaat aan iemand die in gevaar verkeert, de hulp te bieden waartoe hij wettelijk wordt opgevorderd. Het tweede lid van artikel 422*ter* Sw. bevat de verplichting gevolg te geven aan opvordering in specifieke situaties.

Het specifiek karakter van het misdrijf vervat in artikel 422*ter* Sw. ligt niet in het verzuim hulp te bieden maar in de weigering gevolg te geven aan een overheidsbevel (J. DU JARDIN, *t.a.p.*, in *Comm. Strafr.*, 13). In dit geval is geen "groot" gevaar vereist en evenmin dat de schuldige het gevaar zelf heeft vastgesteld of dat het hem werd meegedeeld (wetsontwerp waarbij sommige gevallen van schuldig verzuim strafbaar worden gesteld, *Parl. St.* Kamer 1958-59, nr. 272/2, 7). Zie voor een praktische toepassing: R.v.St., C.O.O. Tienen, nr. 17.491, 10 maart 1976. Een arts weigerde aanvankelijk 's nachts naar het ziekenhuis te komen om een door de dienst 100 binnengebrachte patiënt te onderzoeken en kwam slechts nadat hij, op bevel van het parket, telefonisch door een rijkswachter was opgevorderd.
Voor andere bepalingen inzake opvordering, doch buiten het kader van de hulpverlening: zie verder, nr. 972 i.v.m. verrichten van bloedafneming; zie ook: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 114 tot 119, nr. 262, nr. 797.

AFDELING III

WET DRINGENDE MEDISCHE HULPVERLENING

446 Artikel 4 van de Wet van 8 juli 1964 betreffende de dringende geneeskundige hulpverlening (*B.S.* 25 juli 1964, gewijzigd door de Wet van 22 februari 1998 (*B.S.* 3 maart 1998)) bevat eveneens de verplichting gevolg te geven aan de opvordering van een bevoegde overheid. Anders dan artikel 422*ter* Sw. is artikel 4 specifiek gericht op artsen. Zie hierover ook: J. VAN DEN EYNDE en C. BOURUET AUBERTOT, "La mission des centres publics d'aide sociale en matière d'aide médicale urgente", *T. Gez.* 2000-01, 346-362; X, *De wetgeving inzake dringende geneeskundige hulpverlening*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 190 p.

Op aanvraag van de aangestelde van het eenvormig oproepstelsel (de zgn. 100) dat door deze wet werd ingesteld, is de arts tot wie de aanvraag persoonlijk werd gericht, verplicht zich op de aangeduide plaats te begeven en er de eerste noodzakelijke verzorging toe te dienen aan de personen bedoeld in artikel 1 (art. 4). Het betreft personen van wie de gezondheidstoestand ten gevolge van een ongeval, een plotse aandoening of een plotse verwikkeling van een ziekte een dringende tussenkomst vereist na een oproep via het eenvormig oproepstelsel waardoor de hulpverlening, het vervoer en de opvang in een aangepaste ziekenhuisdienst worden verzekerd (art. 1 zoals gewijzigd door art. 251 Wet 22 februari 1998).

Niet-naleving van deze verplichting kan worden gestraft met gevangenisstraf van 8 dagen tot 6 maanden en/of geldboete van 50 tot 500 euro (art. 11, eerste lid). De arts tot wie de aanvraag wordt gericht is van deze verplichting enkel ontslagen in geval van verhindering gerechtvaardigd door dringender beroepsplichten of wegens enige andere reden van uitzonderlijke ernstige aard; op het ogenblik van de oproep moet hij aan de aangestelde kennis geven van de verhindering (art. 4). Deze laatste bepaling werd opgenomen na een suggestie in die zin van de Raad van State. Het oorspronkelijk ontwerp van wet bevatte enkel de verplichting gevolg te geven aan de oproep van de aangestelde. Daardoor zou, volgens de Raad van State, "de medische noodhulp volstrekte medische voorrang" hebben gekregen. Dat zou niet verenigbaar geweest zijn met de medische deontologie die wil dat de arts op eigen verantwoordelijkheid oordeelt over de betrekkelijke spoed van de gevallen waarmee hij te maken krijgt (wetsontwerp betreffende de dringende geneeskundige hulpverlening, *Parl. St.* Kamer 1963-64, nr. 677/1, 6 en 8). Nochtans komt de beoordeling van het bestaan van dringender beroepsplichten of een andere reden van uitzonderlijk ernstige aard niet toe aan de betrokken arts alleen. Zij is onderworpen aan de controle van de rechter (Cass. 28 maart 1972, *Arr. Cass.* 1972, 721; *Pas.* 1972, I, 710). De mogelijkheid voor een chirurg die van wacht is in een ziekenhuis, dat hij patiënten die in het ziekenhuis verblijven of dat hij gekwetsten die zullen worden opgenomen, zal moeten helpen, kan niet worden beschouwd als een dringender beroepsplicht of een andere reden van uitzonderlijk ernstige aard in de zin van artikel 4, tweede lid Wet dringende medische hulpverlening (Cass. 28 maart 1972, *Arr. Cass.* 1972, 721; *Pas.* 1972, I, 710).

447 De verplichting in artikel 4 Wet dringende medische hulpverlening betreft de opvordering, niet de eigenlijke hulpverlening. Het komt niet toe aan de aangestelde van het eenvormig oproepstelsel uit te maken of er daadwerkelijk medische hulp dient te worden verleend. De arts die zich naar het ongeval heeft begeven, zal dat onder eigen verantwoordelijkheid moeten beoordelen (ontwerp van wet betreffende de dringende geneeskundige hulpverlening, *Parl. St.* Senaat 1963-64, nr. 240, 10).

448 Iedereen die verantwoordelijk is voor de opneming in een ziekenhuis is verplicht de persoon die naar het ziekenhuis wordt gevoerd in toepassing van de Wet dringende geneeskundige hulpverlening op te nemen en onmiddellijk alle maatregelen te treffen die zijn toestand vereist (art. 6, gewijzigd door art. 254 Wet 22 februari 1998).

TITEL IV

ARTS BIJ ZWANGERSCHAP EN GEBOORTE

HOOFDSTUK I

MEDISCHE TUSSENKOMST VOOR EN BIJ ZWANGERSCHAP

AFDELING I

VOORKOMEN VAN ONGEWENSTE ZWANGERSCHAP

§ 1. Niet-heelkundige anticonceptie

A. JURIDISCH STATUUT VAN ANTICONCEPTIEVE MIDDELEN

449 Anticonceptieve middelen worden geregeld door het K.B. van 9 juli 1973 betreffende de anticonceptionele middelen, *B.S.* 9 augustus 1973.

Artikel 1 bepaalt de anticonceptieve middelen als voorwerpen en stoffen die voorgesteld worden de zwangerschap te kunnen voorkomen. Uit artikel 4 § 2 blijkt een ruime opvatting over het voorkomen van zwangerschap. Ook het I.U.D. wordt daarin voorgesteld als een anticonceptief middel terwijl het niet de conceptie maar wel de nidatie van de bevruchte eicel verhindert (zie: W. DELVA en R. DIERKENS, "Enkele civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie", *T.P.R.* 1974, 479). Om die reden beschouwen beide auteurs het I.U.D. alsmede de "morning after pil" als een abortivum i.p.v. een contraceptivum (in verband met de zgn. Abortuspil: zie verder, nr. 535 en 559).
Artikel 2 K.B. 9 juli 1973 stelt de anticonceptieve middelen gelijk met geneesmiddelen, op grond van artikel 1 § 2 Geneesmiddelenwet. Deze bepaling werd opgeheven bij Wet van 21 juni 1983 (*B.S.* 15 juli 1983) en vervangen door artikel 1*bis* § 1, 4° Geneesmiddelenwet. Deze bepaling is veel meer geschikt voor het gelijkstellen van middelen die bestemd zijn om zwangerschap te voorkomen met geneesmiddelen dan het vervallen artikel 1 § 2 Geneesmiddelenwet. De artikelen 3, 4 en 5 K.B. 9 juli 1973 werken de gelijkstelling met geneesmiddelen verder uit. Zo wordt de reglementering i.v.m. de registratie van geneesmiddelen, de fabricage, bereiding en distributie in het groot en de terhandstelling alsook de reclame en voorlichting inzake geneesmiddelen van toepassing verklaard op anticonceptieve middelen. Artikel 4 § 2 bevat strengere regels voor de anticonceptieve middelen bestemd voor intra-uteriene of intracervicale toepassing. Artikel 4 § 3 en § 4 alsook artikel 5 § 2 bevat minder strenge regels voor condomen en diafragma's. Deze meer soepele regels zijn totstandgebracht in het kader van de strijd tegen de verspreiding van het HIV-virus.

B. VOORSCHRIJVEN VAN ANTICONCEPTIEVE MIDDELEN

450 Een van de gevolgen van de gelijkstelling van anticonceptieve middelen met geneesmiddelen is dat de aflevering ervan in beginsel afhankelijk is van een medisch voorschrift.

Artikel 6 § 1, derde lid Geneesmiddelenwet bindt de aflevering van ieder geregistreerd geneesmiddel aan een doktersvoorschrift tot op het tijdstip van de opheffing van deze beperking door een beslissing van de Minister van Volksgezondheid op advies van een of meer door de Koning aangewezen autoriteiten.

Artikel 350, 5° Sw. verplicht de arts of een andere bevoegde persoon van de instelling voor gezondheidszorg waar een zwangerschapsafbreking is uitgevoerd, aan de vrouw de nodige voorlichting te verstrekken inzake contraceptiva (zie verder, nr. 533).

451 Het voorschrijven van anticonceptieve middelen aan een minderjarige is als zodanig nergens verboden. De vraag wordt gesteld of het voorschrijven van anticonceptiva aan minderjarigen zonder het medeweten van hun ouders geoorloofd is. De achterliggende vraag is vanaf welke leeftijd een minderjarige kan toestemmen in het medisch onderzoek dat het voorschrijven van de anticonceptiva dient vooraf te gaan.

Overeenkomstig artikel 12 § 2 Patiëntenrechtenwet wordt de minderjarige patiënt betrokken bij de uitoefening van zijn rechten rekening houdend met zijn leeftijd en maturiteit. Het recht om in een medisch onderzoek toe te stemmen kan door de minderjarige patiënt die tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat kan worden geacht, zelfstandig worden uitgeoefend (over deze bepaling uitvoeriger: zie verder, nr. 632).

Volgens VANSWEEVELT is een 16-jarige voldoende rijp en verstandig om alleen een arts te raadplegen en naar anticonceptiva te vragen en zich daarvoor te laten onderzoeken (T. VANSWEEVELT, "Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen aan het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 15).
Volgens DELVA en DIERKENS ligt de leeftijd waar beneden het voorschrijven van anticonceptiva aan een minderjarige niet geoorloofd is op 14 jaar. Die grens werd afgeleid uit artikel 375 Sw. zoals dit luidde vóór de Wet van 14 juli 1989 volgens hetwelk seksueel verkeer met een minderjarige van minder dan 14 jaar steeds als verkrachting geldt. Nochtans zal de toestemming van de ouders daar weinig aan af doen. Bovendien moet een onderscheid worden gemaakt tussen het voorschrijven van anticonceptiva enerzijds en het seksueel verkeer anderzijds. Overigens laten beide auteurs ruimte voor uitzonderingen (W. DELVA en R. DIERKENS, *t.a.p.*, 479) (zie ook: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 675; Y.-H. LELEU en S. DELVAL, "Autorité parentale et actes médicaux", *Journ. dr. jeun.* 2002, 30).

452 In de mate dat de verkoop van anticonceptiva enkel wettelijk mag gebeuren in een apotheek op voorlegging van een medisch voorschrift, mag een apotheker zich niet beroepen op zijn religieuze overtuiging en deze opdringen aan anderen ter rechtvaardiging van zijn weigering deze producten te verkopen, vermits zij deze overtuiging op velerlei wijze buiten de professionele sfeer kan uiten (Hof Mensenrechten, arrest Pichon en Sajous/Frankrijk van 2 oktober 2001, nr. 49.853/99, *onuitg.*; zie over deze zaak: E. FOUASSIER, "Vers une clause de conscience du pharmacien d'offine?", *Rev. dr. sanit.* 2003, 43-53).

§ 2. Heelkundige anticonceptie of sterilisatie

A. GEOORLOOFDHEID VAN STERILISATIE

453 De klassieke maar voorbijgestreefde opvatting over het geoorloofd karakter van de sterilisatie vindt men bij VANHOUDT en CALEWAERT. Handelingen gesteld door een arts die inbreuk maken op de fysieke integriteit van de patiënt zijn gerechtvaardigd voorzover er een curatief of diagnostisch oogmerk is. Bij een sterilisatie, zeker de anticonceptieve maar ook de zgn. therapeutische, ontbreekt een curatief doel, wat de sterilisatie "volkomen strafbaar laat, ook wanneer het slachtoffer erin toegestemd had" (C. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, Gent, Story, 1976, nr. 882; M.-Th. MEUL-

DERS-KLEIN, "Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale", *Ann. dr. Louvain* 1967, 3-54).

In de rechtspraak wordt met deze opvatting evenwel geen rekening gehouden.

De Rechtbank te Antwerpen wees de stelling van de chirurg af dat "het contract tussen arts en patiënt gesloten om het beoogde resultaat van steriliteit te bekomen, een immorele oorzaak heeft". In een folder verspreid door het Ministerie van Volksgezondheid werd de sterilisatie voorgesteld als een middel van "verantwoord ouderschap" (Rb. Antwerpen 17 januari 1980, *De Verz.* 1981, 183; *Vl. T. Gez.* 1980-81, nr. 3, 34; zie in dezelfde zin: Rb. Leuven 17 december 1987, *Vl. T. Gez.* 1988-89, 292; *T.B.B.R.* 1989, 85). Ook in recentere rechtsleer wordt niet meer uitgegaan van het principieel verbod van de sterilisatie (zie: W. DELVA en R. DIERKENS, *t.a.p.*, 480; Chr. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal,* nr. 38; D. VANDERMEERSCH, "Medische fout, sterilisatie en medische experimentatie", *T.P.R.* 1983, 850-851; vgl. uitgebreider: H. NYS, "Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie", *R.W.* 1988-89, 1157; M. VAN LIL, "De geboorte van een kind na een mislukte sterilisatie: wie betaalt de rekening?", *T. Orde Geneesh.* 1989, nr. 45, 43). Ook de opvattingen in de medische deontologie zoals die tot uiting komen in de Code voor geneeskundige plichtenleer zijn grondig geëvolueerd (zie voor een vergelijking van de vroegere en de huidige versie van art. 54 van de Code: H. NYS, *t.a.p.*, 1157; zie ook: M. RENAER, "Medische en deontologische aspecten van de heelkundige sterilisatie", *T. Orde Geneesh.* 1988, nr. 42, 14).

454 Zoals voor elke medische behandeling die gepaard gaat met een inbreuk op de fysieke integriteit is ook de sterilisatie pas geoorloofd indien toestemming hiervoor wordt verkregen van de patiënt. Het uitbreiden van het operatieplan voor een sterilisatie vereist eveneens de toestemming van de patiënt tenzij er zich een noodtoestand voordoet (zie boven, nr. 361). Aldus begaat de gynaecoloog die tijdens een keizersnede de patiënte tegen haar wil steriliseert een zware fout (Rb. Mechelen 2 december 1994, *T. Gez.* 1998-99, 155; zie ook: Gent 11 maart 1992, *T. Gez.* 1995-96, 54; noot T. VANSWEEVELT, "Civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van 'extended opertions' en verlies van voortplantingsvermogen"; Brussel 24 december 1992, *T.B.B.R* 1995, 208, noot T. VANSWEEVELT, "La responsabilité médicale pour une stérilisation non souhaitée et la notion de 'faute lourde'").

De sterilisatie vereist enkel de toestemming van de patiënt(e). Aldus heeft de omstandigheid dat de beslissing door een vrouw genomen om een onomkeerbare contraceptieve sterilisatie-ingreep op zich te laten uitvoeren zonder de toestemming of het medeweten van de echtgenoot een tekortkoming aan de wederkerige plichten van de echtgenoten kan betekenen, misschien zelfs een reden tot echtscheiding, geen invloed op de beoordeling van de fout waarvan de arts die de ingreep uitvoerde wordt beschuldigd (Cass. 14 december 2001, *J.L.M.B.* 2002, 532, noot Y. LELEU, G. GENICOT; *J.T.* 2002, 261, noot C. TROUET; *R.G.A.R.* 2002, nr. 13.494; concl. J. DU JARDIN; *T. Gez.* 2001-02, 239, noot J.-L. FAGNART; *T.B.B.R.* 2002, 328, concl. J. DU JARDIN, noot C. TROUET; S. CALLENS, "Medical civil liability in Belgium: four selected cases", *E.J.H.L.* 2003, 124-126; R.O. DALCQ, "A propos de l'arrêt de la Cour de Cassation du 14 décembre 2001", *R.G.A.R.* 2002, nr. 13488; zie ook: Y. LELEU, *J.T.* 2003, 653).

B. AANSPRAKELIJKHEID BIJ GEBOORTE VAN EEN GEZOND KIND NA STERILISATIE

1. Onvruchtbaarheid: resultaat of inspanning?

455 Nagenoeg algemeen wordt tegenwoordig aanvaard dat de vrouwelijke sterilisatie geen absolute onvruchtbaarheid garandeert. In de huidige stand van de medische kennis blijft er een, zij het gering, risico bestaan op vruchtbaarheid. Bovendien zou de controle van de onvruchtbaarheid diep ingrijpen op de fysieke integriteit van de vrouw.

Zie in deze zin: Antwerpen 8 september 2003, *N.J.W.* 2004, 558, noot; Antwerpen 8 april 2002, *N.J.W.* 2002, afl. 7, 246, noot; Antwerpen 17 januari 1996, *R.W.* 1996-97, 325; Rb. Kortrijk 3 januari 1989, *R.W.* 1988-89, 1171, noot; zie eveneens: H. NYS, *t.a.p.*, 1158 en de in noot 13 geciteerde buitenlandse rechtspraak en Belgische rechtsleer alsook J.-P. TRICOT, "De sterilisatie-ingreep bij man of vrouw: een middelenverbintenis onder de uitdrukkelijke voorwaarde van 'informed consent'", *Medi-ius* 1998, afl. 4, 31. De Rechtbank te Leuven aarzelde hieromtrent nog en beval ter zake een deskundigenonderzoek (Rb. Leuven 17 december 1987, *Vl. T. Gez.* 1988-89, 292; *T.B.B.R.* 1989, 85; zie in andere zin: Rb. Mechelen 9 juni 1992, *T. Gez.* 1996-97, 374, noot en de goedkeurende noot van J. TER HEERDT, "Een heropflakkering van de 'wrongful pregnancy claim': enkele bedenkingen", *T. Gez.* 1996-97, 361).

456 Meer discussie bestaat er over de garantie die de mannelijke sterilisatie of vasectomie zou bieden. Het Hof van Beroep te Antwerpen bestempelde de uitvoering van een vasectomie als een inspanningsverbintenis omdat zich bij een dergelijke ingreep een spontane rekanalisatie kan voordoen (Antwerpen 15 juni 1994, *T. Gez.* 1996-97, 358, noot J. TER HEERDT; Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *T.B.B.R.* 1993, 401; in dezelfde zin: J.-P. TRICOT, *t.a.p.*, 31).

Genuanceerder was de Rechtbank te Antwerpen die een onderscheid maakte tussen het einddoel, nl. de definitieve onvruchtbaarheid, wat een resultaat inhoudt, en de onvruchtbaarheid onmiddellijk na de ingreep die niet kan worden gegarandeerd (Rb. Antwerpen 17 januari 1980, *De Verz.* 1981, 183; *Vl. T. Gez.* 1980-81, nr. 3, 34). Hetzelfde onderscheid treft men aan bij STOLKER (C.J.J.M. STOLKER, *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer, Kluwer, 1988, 88; zie: H. NYS, *t.a.p.*, 1158). Vasectomie en nacontrole tezamen zouden dus een resultaatsverbintenis inhouden. Toch blijft er een kleine kans op spontane rekanalisatie bestaan en de uitsluiting daarvan kan niet worden gewaarborgd door de arts (Rb. Hasselt 23 oktober 1989, *T.B.B.R.* 1990, 372; *Pas.* 1990, III, 50).
De Rechtbank van Antwerpen meende dat van een "werkelijke resultaatsverbintenis niet helemaal sprake kan zijn" maar droeg de arts op te bewijzen "dat het uitblijven van het gewenste resultaat niet aan hem te wijten is", gelet op de hoge verwachtingen die partijen koesteren omtrent de goede afloop van de ingreep. Aangezien de chirurg *in casu* hier niet in slaagde, heeft de rechtbank een fout in zijnen hoofde vastgesteld (Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *T.B.B.R.* 1993, 401). Volgens TER HEERDT (*t.a.p.*, 361) houdt een vasectomie steeds een resultaatsverbintenis in. Treedt spontane rekanalisatie toch op, dan kan de arts steeds een beroep doen op overmacht om zijn aansprakelijkheid te ontlopen, op voorwaarde dat de ingreep vlekkeloos is uitgevoerd, aldus TER HEERDT. Wat houdt dit beroep op overmacht anders in dan dat geen resultaat kan worden gegarandeerd? Hoe dan ook heeft dit strenge standpunt tot op heden geen navolging gekregen in de rechtspraak.

Gelet op de lagere mislukkingspercentages bij een vasectomie, het feit dat mislukking vrij snel na de ingreep duidelijk kan worden en, anders dan bij vrouwelijke sterilisatie, controle op mislukkingen relatief eenvoudig is via spermaonderzoek, heeft de arts bij de geboorte van een kind na een mislukte vasectomie meer de schijn tegen zich dan bij een mislukte vrouwelijke sterilisatie (zie ook: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis, a.w.*, nr. 133).

2. *Informatie over het risico van mogelijke vruchtbaarheid*

457 Omdat bij een sterilisatie de onvruchtbaarheid niet absoluut kan worden gewaarborgd terwijl toch nog bij velen de verwachting leeft van een absolute en blijvende onvruchtbaarheid, rust op de arts de verplichting de patiënt(e) in te lichten over het risico van de mogelijkheid van vruchtbaarheid (zie in het algemeen: Cass. 14 december 2001, *J.L.M.B.* 2002, 532, noot Y. LELEU, G. GENICOT; *J.T.* 2002, 261, noot C. TROUET; *R.G.A.R.* 2002, nr. 13.494; *T. Gez.* 2001-02, 239, noot J.-L. FAGNART; *T.B.B.R.* 2002, 328, concl. J. DU JARDIN, noot C. TROUET; S. CALLENS, "Medical civil liability in Belgium: four selected cases", *E.J.H.L.* 2003, 124-126; R.O. DALCQ, "A propos de l'arrêt de la Cour de Cassation du 14 décembre 2001", *R.G.A.R.* 2002, nr. 13488; zie ook: Y. LELEU, *t.a.p.*, 653 en in het bijzonder voor wat betreft de informatie over het risico op blijvende vruchtbaarheid: Antwerpen 8 september 2003, *NjW* 2004, 559; Antwerpen 8 april 2002, *N.J.W.* 2002, afl. 7, 246, noot: "De goede trouw, waarmee contracten moeten worden uitgevoerd worden, vereist dat de arts de patiënte inlicht over deze kans op falen"; Antwerpen 17 januari 1996, *R.W.* 1996-97, 325; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken", *N.J.W.* 2004, 546-551; W. DELVA en R. DIERKENS, *a.w.*, 484; J. TER HEERDT, *t.a.p.*, 362; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis, a.w.*, nr. 361; Rb. Antwerpen 17 januari 1980, *De Verz.* 1981, 183; *Vl. T. Gez.* 1980-81, nr. 3, 34; Rb. Hasselt 23 oktober 1989, *T.B.B.R.* 1990, 373; *Pas.* 1990, III, 50).

Volgens TER HEERDT zou het Hof van Beroep van Antwerpen op 15 juni 1994 hebben uitgesproken dat "spontane rekanalisatie van algemene bekendheid is en niet behoort tot de informatieplicht van de arts" (*t.a.p.*, 362). Aldus zou het hof toepassing hebben gemaakt van de uitzondering op de informatieplicht in hoofde van de arts op grond van de algemene bekendheid van een risico (zie boven, nr. 351). Deze conclusie steunt op een onjuiste lezing van het arrest van 15 januari 1994. Daarin wordt gezegd dat "het trouwens van algemeen *medische* bekendheid is, en genoegzaam beschreven voor personen die minder vertrouwd zijn met de geneeskundige wetenschap dat (...) zich een spontane rekanalisatie kan voordoen". Het hof stelt dit ter ondersteuning van zijn standpunt dat een sterilisatie een inspanningsverbintenis is. Op geen enkele plaats echter werd er een verband gelegd tussen deze "algemeen medische bekendheid" en de draagwijdte van de informatieplicht van de arts.

In Nederland bestaat er wel rechtspraak waarin wordt aangenomen dat de "kans op het ontstaan van een zwangerschap" na een sterilisatie door regelmatige publicaties in de pers en media een feit van algemene bekendheid is (Arrondissementsrechtbank Arnhem 26 oktober 1995, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1997, 241; zie in dezelfde zin: Arrondissementsrechtbank 's Gravenhage 21 september 1994, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1995, 55: "Zou patiënte daarvan ten tijde van de ingreep al niet op de hoogte zijn geweest, dan toch in ieder geval in de jaren daarna omdat met een zekere regelmaat 'in allerhande damesbladen' op dat risico werd en wordt gewezen". Een dergelijk standpunt heeft tot gevolg dat de informatieplicht van de arts wordt uitgehold. Om die reden kan het niet worden aanvaard.

De draagwijdte van deze informatieplicht moet niet te beperkend worden uitgelegd (zie daarover: NYS, *t.a.p.*, 1159-1160). Niet alleen de kans op blijvende vruchtbaarheid moet worden vermeld maar ook de alternatieve vormen van anticonceptie (Antwerpen 8 september 2003, *N.J.W.* 2004, 559). Wordt voor sterilisatie gekozen, dan is het geraadzaam nog een tijdlang andere anticonceptiva aan te bevelen, zeker bij een sterilisatie van de vrouw. Schriftelijke informatie of een combinatie van geschreven en mondelinge informatie is in een aangelegenheid als deze waar doorgaans geen dringende beslissingen moeten worden genomen en de voor- en nadelen rustig kunnen worden afgewogen, aangewezen. Deze informatie moet vanzelfsprekend beantwoorden aan de stand van de medische kennis (zie in dit verband: Rb. Kortrijk 3 januari 1989, *R.W.* 1988-89, 1172, noot; in de verstrekte informatiebrochure werd de sterilisatie als definitief voorgesteld).

458 Indien de arts een informatiefout kan worden verweten, rijst de vraag of een oorzakelijk verband kan worden aangetoond tussen deze fout en de schade veroorzaakt door de zwangerschap. De vraag is of de betrokkene niet zou hebben ingestemd in de sterilisatie indien hij of zij op de hoogte was gebracht van de minieme kans op het niet-bereiken van absolute en blijvende vruchtbaarheid. De Belgische rechtspraak laat zich in het algemeen in sceptische termen uit over het niet laten uitvoeren van een sterilisatie omwille van de geringe kans op blijvende vruchtbaarheid en dit wegens het ontbreken van een valabel alternatief voor een sterilisatie (in deze zin; Antwerpen 8 april 2002, *NjW* 2002, 246, noot: "het is moeilijk aan te nemen dat zij in die omstandigheden, indien zij ingelicht was geworden over het geringe risico, haar toestemming niet zou gegeven hebben"; Antwerpen 17 januari 1996, *R.W.* 1996-97, 325: "niet geloofwaardig maakt dat, bij een in haar ogen correcte voorlichting door haar arts, zij afgezien zou hebben van de sterilisatie en de voorkeur zou hebben gegeven aan de orale contraceptie").

Het Franse Hof van Cassatie heeft een dergelijk oorzakelijk verband aanvaard, zij het met nuances (Cass. fr. 9 mei 1983, *D.* 1984, 122, noot J. PENNEAU). Volgens PENNEAU kan een oorzakelijk verband tussen de gebrekkige informatie en de schade maar worden aanvaard wanneer vaststaat dat het echtpaar, bij correcte informatie, de zwangerschap had kunnen voorkomen. Hij betwijfelt dat. Andere auteurs delen die twijfels (A. DORSNER-DOLIVET, *J.C.P.* 1984, II, 20.262; C.J.J.M. STOLKER, *Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties*, Deventer, Kluwer, 1986, 35).
De Rechtbank van Kortrijk vermeed de vraag naar het oorzakelijk verband tussen de onjuiste informatie en de zwangerschap, door niet de zwangerschap als schade te beschouwen maar wel het verlies van een kans de nodige maatregelen te nemen ter voorkoming van een mogelijke zwangerschap (Rb. Kortrijk 3 januari 1990, *R.W.* 1988-89, 1172, noot). Problematisch hierbij is of men wel kan spreken van een kans, d.w.z. een mogelijkheid of een waarschijnlijkheid waarover men geen zekerheid heeft (zie: H. NYS, *t.a.p.*, 1161).

De Nederlandse Hoge Raad aanvaardde het bestaan van een oorzakelijk verband tussen de door een arts niet-meegedeelde afwezigheid van een spiraaltje en de doorkruising van de gezinsplanning die met het aanbrengen van een spiraaltje werd beoogd. Bij het begin van een operatie in maart 1986 had de arts het spiraaltje verwijderd en toen niet opnieuw een spiraaltje geplaatst. De arts had de vrouw niet op de hoogte gesteld van het feit dat niet opnieuw een spiraaltje was geplaatst. De arts had erkend dat het niet-opnieuw plaatsen van een spiraaltje, althans het achterwege laten van waarschuwingen *c.q.* mededelingen daaromtrent een beroepsfout vormt. De vrouw bleek in

augustus 1986 zwanger te zijn en vorderde o.m. vergoeding van de arts voor verzorging en opvoeding van het kind tot het 18de jaar. In verband met het wettelijk kader waarin deze vraag moet worden beantwoord, merkte de Hoge Raad op dat de arts aansprakelijk is "voor alle vermogensschade die in zodanig verband staat met de fout dat zij hem als een gevolg van die fout kan worden toegerekend. Voor een dergelijke toerekening is in beginsel voldoende dat door de desbetreffende fout een risico is geschapen dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Dat geval heeft zich hier onmiskenbaar voorgedaan" (Hoge Raad 21 februari 1997, *Nederlands Juristenblad* 1997, afl. 11, 495 en de uiteenlopende commentaren in dezelfde afl.; zie over dit arrest eveneens: T. VANSWEEVELT, "Wrongful pregnancy in Nederland: enkele rechtsvergelijkende beschouwingen", *N.T.B.R.* 1997, 320-325; F. KEULENEER, "'Wrongful birth', liability and indemnification: an uneasy fit", *European Review of Private Law* 1999, 241-247). Niet wijzen op een klein risico op blijvende vruchtbaarheid van een sterilisatie en niet waarschuwen dat een weggenomen spiraaltje niet werd vervangen, zijn geen identieke informatiefouten. In het eerste geval betreft het de plicht van de arts om relevante informatie over de slaagkansen van een achteraf overigens correct uitgevoerde ingreep mee te delen. In het tweede geval betreft het de plicht van de arts om te waarschuwen voor het gevolg van een handeling die op zich al als foutief kan worden bestempeld, nl. het niet-vervangen van een weggenomen spiraaltje. In dat geval is de informatieplicht nauw verbonden met de medisch-technische fout; in het eerste geval gaat het alleen om een mogelijke informatiefout. Begrijpelijkerwijs zal er in het eerste geval meer discussie bestaan over het bestaan van een fout dan in het tweede geval. Voor zover echter in beide hypotheses wordt aangenomen dat er een fout was, kan het arrest van de Hoge Raad voor beide gevallen gelden.

3. Zwangerschap en geboorte van een gezond kind als schade (Wrongful pregnancy)

459 De vordering tot vergoeding van de schade wegens de geboorte van een ongewenst of ongepland maar gezond kind wordt doorgaans als een wrongful conception of wrongful pregnancy-vordering aangeduid. Zij mag niet worden verward met een wrongful birth-vordering, waardoor ouders de schade veroorzaakt door de geboorte van een initieel gewenst en gehandicapt kind willen vergoed zien (zie verder, nr. 572 e.v.).

Zie i.v.m. de terminologie: E. DE KEZEL, *t.a.p.*, 546-547; S. DE MEUTER, "Wrongful life – Wrongful birth – Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen – theoretisch raamwerk – proeve van probleemoplossing", in *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Gent, Story-Scientia, 1991, 61-74; C. TROUET, "Wrongful birth en wrongful life: nieuwe risico's bij preconceptioneel en prenataal onderzoek?", *T. Gez.* 1998-99, 284; T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 321, noot 1; J. TER HEERDT, *t.a.p.*, 359.

460 Het Hof van Cassatie heeft zich tot op heden niet uitgesproken over de vraag of de verzorgings- en opvoedingskosten voor een gezond kind dat werd geboren na een mislukte sterilisatie voor vergoeding in aanmerking komen. De Nederlandse Hoge Raad (21 februari 1997, *t.a.p.*) was van oordeel dat de wettelijke verzorgings- en opvoedingsplicht van de ouders de schadevergoedingsplicht van de arts voor wat betreft de genoemde kosten niet doorbreekt, maar daar eerder uit voortvloeit, nu de ouders genoodzaakt zijn deze kosten te maken; zij lijden dus financieel nadeel en derhalve vermogensschade. Het Franse Hof van Cassatie heeft tot op heden nog geen uitspraak gedaan over een wrongful pregnancy-vordering na een mislukte sterilisatie. Dit houdt ongetwijfeld verband met het onwettelijk karakter van een sterilisatie tot de Wet van 4 juli 2001 betreffende de zwangerschapsafbreking en de anticonceptie. Artikel 2123-1 Code de la santé publique bepaalt thans de voorwaarden waar-

onder een sterilisatie kan worden uitgevoerd met de toestemming van de patiënt (zie: F.B., "Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'I.V.G. et à la contraception", *R.T.D. civ.* 2001, 972-978). Wel heeft het Franse Hof van Cassatie een wrongful pregnancy-vordering na een mislukte zwangerschapsafbreking afgewezen (Cass. fr. 25 juni 1991; zie verder, nr. 592).

De lagere Belgische rechtspraak is verdeeld over de vraag of de verzorgings- en opvoedingskosten van een gezond kind dat wordt geboren na een mislukte sterilisatie voor vergoeding in aanmerking komen. Rb. Kortrijk 3 januari 1989, *R.W.* 1988-89, 1175, nr. 7 I en Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *T.B.B.R.* 1993, 401 beantwoordden deze vraag positief (G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *T.B.B.R.* 2002, 82). Daarentegen overwoog Rb. Antwerpen 17 januari 1980, *Vl. T. Gez.* 1981, afl. 3, 34 dat de kosten van opvoeding, kleding en voeding de normale gevolgen zijn van het ouderschap en geen schade doen ontstaan; in dezelfde zin: Rb. Mechelen 9 juni 1992, *T. Gez.* 1996-97, 374 op grond van de overweging dat "de geboorte van een vierde kind geen financiële problemen veroorzaakt" heeft. De kosten verband houdend met de sterilisatie van de man na de mislukte sterilisatie van de vrouw werden niet als schade beschouwd die in oorzakelijk verband stond met de fout van de arts (Rb. Kortrijk 3 januari 1989, *R.W.* 1988-89, 1162; i.v.m. de geboorte van een kind als mogelijke schade: zie verder, nr. 473 en H. NYS, *t.a.p.*, 1161-1162).
De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens deed op 16 april 1998 uitspraak over de ontvankelijkheid van de klacht van een Belgisch echtpaar wegens de lange duur (19 jaar) van een procedure tegen een chirurg omwille van een ongewenste geboorte na een mislukte sterilisatie. De klacht werd ontvankelijk verklaard. Er werd een minnelijke schikking bereikt tussen de Belgische Staat en het echtpaar (E.C.R.M. 16 april 1998, Sanssen en Vanholst t./ Belgische Staat, *R.U.D.H.* 1998, 389).

C. HEELKUNDIGE ANTICONCEPTIE BIJ MINDERJARIGEN

461 Gelet op de belangrijke inbreuk op de fysieke integriteit waarmee de sterilisatie gepaard gaat, het nagenoeg onherroepelijke karakter ervan en het voorhanden zijn van valabele alternatieven, kan een sterilisatie bij een minderjarige nauwelijks als een geoorloofde handeling worden beschouwd. In het uitzonderlijke geval waarin een arts toch tot een dergelijke ingreep wenst over te gaan zal de toestemming van de ouders alleen geenszins kunnen volstaan. Wel zal, naast de toestemming van de minderjarige zelf die steeds vereist is gezien het hoogst persoonlijk karakter van de ingreep, de toestemming van de ouders vereist zijn (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, nr. 15).

D. HEELKUNDIGE ANTICONCEPTIE BIJ MENTAAL GEHANDICAPTEN

462 Gedwongen of onvrijwillige anticonceptie kan op zichzelf worden beschouwd als een inbreuk op het recht op voortplanting dat beschermd wordt door artikel 8 en artikel 12 E.V.R.M. Anderzijds beschermt artikel 8 E.V.R.M. ook het recht op seksueel verkeer of seksualiteitsbeleving (E.H.R.M., Dudgeon, 22 oktober 1981, A, vol. 45).

Doorgaans stelt de gecombineerde uitoefening van het recht op seksueel verkeer en voortplanting weinig problemen. Het ligt anders wanneer de betrokkene, gezien zijn geestelijke onvolwaardigheid, de seksualiteitsbeleving niet kan ordenen via anticonceptiva of het slachtoffer dreigt te worden van derden die misbruik maken van zijn seksualiteitsbeleving. De vraag naar onvrijwillige

anticonceptie kan dan aan de orde komen. Er zal dan een afweging dienen te gebeuren tussen twee rechten die beide beschermd worden door artikel 8 E.V.R.M., nl. het recht op voortplanting en het recht op seksualiteitsbeleving. Afzondering van de mentaal gehandicapte houdt een keuze in die afbreuk doet aan beide rechten terwijl een dergelijke vrijheidsberoving strijdig kan zijn met artikel 5 E.V.R.M.

463 Een mentaal gehandicapte die werd geplaatst onder het statuut van de verlengde minderjarigheid heeft een wettelijke vertegenwoordiger, nl. zijn ouder(s) of voogd. Artikel 13 § 1 Patiëntenrechtenwet bepaalt dat bij een meerderjarige patiënt die valt onder het statuut van de verlengde minderjarigheid de patiëntenrechten worden uitgeoefend door zijn ouders of de voogd. Is de mentaal gehandicapte een minderjarige, dan worden zijn patiëntenrechten overeenkomstig artikel 12 § 1 Patiëntenrechtenwet uitgeoefend door de ouders die het gezag over de minderjarige uitoefenen of door zijn voogd. Volgens PAUWELS (J. PAUWELS, "Juridische aspecten van contraceptie, seksualiteit en ouderschap bij mentaal gehandicapten", in P. NIJS, en M. CHRISTIAENS (eds.), *Seksualiteit bij gehandicapten: (on)gewoon?,* Leuven, Acco, 1981, 202; zie ook: J. DENEKENS, *Sterilisatie en mentaal gehandicapten: Wie beslist?*, Antwerpen, Universitaire instelling Antwerpen, 1992) kan in een dergelijke situatie de arts overgaan tot heelkundige anticonceptie of sterilisatie mits de geldige toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige of meerderjarige mentaal gehandicapte. In beide gevallen dient de patiënt te worden betrokken bij de uitoefening van zijn rechten (art. 12 § 2 en art. 13 § 2 Patiëntenrechtenwet). Zie over deze problematiek ook: H. NYS, "Sterilisatie en verstandelijke handicap; een ethisch-juridische benadering", in X., *Bezorgd voor verstandelijk gehandicapten in de 21ste eeuw,* Antwerpen, Stichting A. Kinsbergen, 1996; J. DENEKENS, H. NYS, H. STUER, "Sterilisation of incompetent mentally handicapped persons: a model for decision making", *Journal of Medical Ethics* 1999, 237-241.

De Nationale raad van de Orde der geneesheren heeft in een advies uitgebracht op 13 juni 1981 eenzelfde houding aangenomen ("Sterilisatie van mentaal gehandicapten", *T. Orde Geneesh.* 1980-81, nr. 29, 40-41; het advies heeft betrekking op mentaal gehandicapte meisjes maar is volgens RENAER ook geldig t.o.v. jongens. Zie: M. RENAER, "Medische en deontologische aspecten van de heelkundige sterilisatie", *T. Orde Geneesh.* 1988, nr. 42, 33). Op de vergadering van 15 januari 1994 heeft de Nationale raad dit advies bevestigd betreffende een vasectomie uitgevoerd op een jongeman met een mentale handicap. Er zijn echter tal van nuances aangebracht. Wanneer de mentale handicap een vrije toestemming toestaat, is de toepassing van artikel 54 van de deontologische Code vereist, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de wet en aan artikel 61 van de deontologische Code. Wanneer de mentale handicap van die aard is dat de patiënt die een sterilisatie ondergaat geen vrije toestemming kan geven ondanks adequate en gewogen informatie en de bijstand van personen die vertrouwd zijn met het communiceren met mentaal gehandicapten, moet de voor de sterilisatie geconsulteerde arts een commissie bijeenroepen van drie artsen waaronder de behandelende arts, een psychiater en een gynaecoloog of uroloog. Deze commissie moet een rapport opstellen dat handelt over de noodzaak van de sterilisatie, in het belang van de betreffende gehandicapte persoon; de elementen die rechtvaardigen dat het gebruik van omkeerbare ingrepen het probleem niet kunnen oplossen; de elementen betreffende de mentale handicap en zijn onbekwaamheid om toe te stemmen vanuit medisch standpunt; de toestemming door de wettelijke vertegenwoordiger moet vrij, geïnformeerd en schriftelijk zijn ("Mentaal gehandicapten - Sterilisatie", *T. Orde Geneesh.* 1994, nr. 64, 20-21). Het advies dat het raadgevend comité voor

bio-ethiek uitbracht "betreffende de problematiek van de sterilisatie van mentaal gehandicapte personen" op 14 september 1998 ligt in de lijn van de opvattingen van de Nationale raad van de Orde der geneesheren. Het comité acht de sterilisatie van gehandicapte personen die onbekwaam zijn daartoe geïnformeerde toestemming te verlenen, in bepaalde gevallen verantwoord. Het herinnert er echter aan dat men juridisch niet tot sterilisatie kan overgaan van een persoon die onbekwaam is daartoe zijn geïnformeerde toestemming te geven zo hij zich niet in het statuut bevindt van verlengde minderjarigheid of van gerechtelijke onbekwaamverklaring (L. CASSIERS e.a. (eds.), *Adviezen 1996-2000*, Leuven, Garant, 2001, 79).

464 De vraag rijst of ouders of voogd wel bevoegd zijn om een zodanig ingrijpende beslissing te nemen t.a.v. een hoogstpersoonlijk rechtsgoed als de mogelijkheid tot voortplanting. VAN NESTE beantwoordt de vraag of de beslissing tot sterilisatie van een mentaal gehandicapte zelf vanuit de volgende overweging: "Gelet op de belangrijke persoonswaarden die hier aan bod komen – lichamelijke integriteit, privacy, autonomie – kan een schending of aantasting van eerstgenoemde waarden niet verantwoord worden wanneer bovendien de derde waarde met name de autonomie of de zelfbepaling, gewoonweg buiten spel worden gezet". Wanneer de beslissing tot sterilisatie door een arts wordt genomen dan zullen de "waarden en belangen van het eventueel toekomstige kind onvermijdelijk meer gewicht krijgen in de ethische afweging dan de waarden en de belangen van de mentaal gehandicapte zelf. "Niemand anders", aldus nog VAN NESTE "noch de ouders, noch de arts, noch de samenleving kunnen of mogen hier in de plaats treden van de hoofdbetrokkene". Wanneer de betrokkene zelf niet in staat is te beslissen kan niemand beslissen: "met het kwetsbare leren leven is ongetwijfeld de meest ethische attitude die men kan aannemen" (F. VAN NESTE, "Het geknakte riet niet breken. Sterilisatie van mentaal gehandicapten", in F. VAN NESTE, *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 232-233). Toch dient het antwoord op deze vraag te worden genuanceerd. In geval van mentaal gehandicapten mag het onderscheid tussen een therapeutische en een anticonceptieve sterilisatie niet te strikt worden gehanteerd. Ook al bedreigt een zwangerschap niet rechtstreeks het leven van de vrouw, toch kan niet ontkend worden dat een zwangerschap bij een mentaal gehandicapte de gezondheid kan bedreigen, onder andere doordat ten gevolge van zwangerschapsbraken geneesmiddelen die de mentaal gehandicapte dient te nemen, niet kunnen worden ingenomen. Ook kan zwangerschap leiden tot neigingen tot zelfdestructie. Men kan dus sneller dan in gewone omstandigheden het bestaan van een therapeutische indicatie aanvaarden en dus de bevoegdheid van de ouders of de voogd. Volgens VANSWEEVELT mag worden uitgegaan van het vermoeden dat de ouders van een mentaal gehandicapte de gezondheid van het kind op de eerste plaats stellen. Zou dat niet het geval zijn, dan is een beroep op de jeugdrechter mogelijk (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, nr. 31).

Hier ligt ook een onderscheid tussen mentaal gehandicapte meisjes en jongens. De redenen die het bestaan van een therapeutische indicatie bij een meisje aannemelijk maken, zijn er niet bij jongens. Dat het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren analogisch zou gelden voor jongens, zoals door RENAER wordt voorgehouden, is niet vanzelfsprekend. Ten voordele van de bevoegdheid van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger wordt er in de literatuur ook nog op gewezen dat deze personen bevoegd zijn te beslissen tot opname en eventueel afzondering van de mentaal gehandicapte in een instelling. Op die wijze kan de vertegenwoordiger eveneens

ingrijpen t.a.v. de voortplanting. Dus heeft hij die bevoegdheid ook t.a.v. sterilisatie (in die zin: G. HIRSCH en W. HIERSCHE, "Sterilisation geistiger Behinderten", *Medizin Recht* 1987, afl. 2, 59-61). Er wordt dan wel aan voorbij gegaan dat de sterilisatie een definitieve maatregel is, en de afzondering slechts tijdelijk kan zijn. In re B was het House of Lords van mening dat een mentaal gehandicapte door een niet-consensuele sterilisatie niet wordt beroofd van een hoogstpersoonlijk recht omdat de mentaal gehandicapte toch niet in staat zou zijn de draagwijdte van dit recht naar waarde te schatten (In re B – a minor, wardship: sterilisation –, The Weekly Law Reports 15 may 1987, 1213-1224); zie in dezelfde zin: G. HIRSCH en W. HIERSCHE, *t.a.p.*). LEE en MORGAN hebben deze uitspraak van het House of Lords afgekeurd. Of sprake is van een fundamenteel mensenrecht kan niet afhankelijk worden gesteld van bepaalde opvattingen over het volwaardig mens zijn (R. LEE en D. MORGAN, "Sterilisation and mental handicap: sapping the strength of the state?", *Journal of Law and Society* 1988, 232; zie ook: G.B. LITTLE, "Comparing German and English law of non-consensual sterilisation: a difference in approach", *Medical Law Review* 1997, 281-282).

465 Wanneer de mentaal gehandicapte meerderjarig is en niet onder een beschermingsstatuut valt, i.h.b. de verlengde minderjarigheid, kan niemand in zijn plaats een geldige toestemming geven voor de sterilisatie. De bevoegdheid van de vertegenwoordiger vermeld in artikel 14 § 2 Patiëntenrechtenwet strekt zich niet uit tot het geven van toestemming voor een zo persoonlijke en zo goed als onomkeerbare beslissing als een sterilisatie.

PAUWELS suggereert dat, zoals bij hoogdringendheid een medische ingreep zonder toestemming mag gebeuren, een sterilisatie zonder toestemming mag worden verricht wegens het permanente gevaar van zwangerschap, dat met de hoogdringendheid zou kunnen worden gelijk gesteld. Maar hij benadrukt de rechtsonzekere toestand die hier bestaat en meent dat de wetgever hierin klaarheid moet brengen (J. PAUWELS, *t.a.p.*, 204).
In een advies dat de Nationale raad van de Orde der geneesheren op 16 maart 1974 uitbracht over de sterilisatie van een "zwaar debiel meerderjarig meisje" beaamde de Nationale raad de door de arts voorgestelde oplossing, nl. het plaatsen van het meisje onder het statuut van verlengde minderjarigheid (*T. Orde Geneesh.* 1973-74, nr. 23, 77-78). Op die manier ontstaat een toestand zoals reeds beschreven in nr. 362. Het raadgevend comité voor bio-ethiek heeft eenzelfde standpunt ingenomen (L. CASSIERS, *t.a.p.*). Juridisch is dit de enige correcte uitweg. Een specifieke wettelijke regeling verdient de voorkeur (zie voor Frankrijk: Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'I.V.G. et à la contraception, *R.T.D.C.* 2001, 975).
Een beroep op de noodzakelijkheid of hoogdringendheid zoals door PAUWELS voorgesteld, treft men aan in de uitspraak van een Engelse rechter over de sterilisatie van een meerderjarig mentaal gehandicapt meisje (T.v.T., *Weekly Law Reports* 5 february 1988, 189). Vermits noch de meerderjarige zelf noch haar moeder toestemming konden geven voor de sterilisatie, vroegen en verkregen de artsen een verklaring van de rechter dat zij niet in strijd met de wet handelden door zonder toestemming tot de sterilisatie over te gaan op het ogenblik dat zij bij de mentaal gehandicapte, die reeds zwanger was, een zwangerschapsafbreking zouden uitvoeren (zie voor kritiek op het beroep op de noodzakelijkheid: J. FORTIN, "Sterilisation, the mentally ill and consent to treatment", *The Modern Law Review* 1988, 634-642; zie ook: B. LOBEL, "Demande de vasectomie chez un handicapé mental", *Lettre d'éthique* mei 1993, nr. 28, 8-9).

AFDELING II

MEDISCH BEGELEIDE BEVRUCHTING

§ 1. Geoorloofd karakter van de medisch begeleide bevruchting

466 Onder de medisch begeleide bevruchtingstechnieken verstaat men voornamelijk kunstmatige inseminatie (K.I.) en *in vitro* fertilisatie (I.V.F.) gevolgd door embryo transfer (E.T.). Kunstmatige inseminatie doet zich voor in twee vormen, nl. kunstmatige inseminatie met sperma van de echtgenoot (K.I.E.) of met sperma van een donor (K.I.D). Bij I.V.F. worden mannelijke en vrouwelijke gameten buiten het lichaam van een vrouw *in vitro* samengesmolten, waarna het aldus ontstane embryo bij de vrouw wordt ingeplant (E.T.). I.V.F./E.T. kan gebeuren met gameten van de betrokken vrouw en man, maar ook hier is donatie van eicellen en/of sperma mogelijk. Zelfs het aldus ontstane embryo kan worden afgestaan (zie uitgebreid over de juridische aspecten van medisch begeleide bevruchting: E. GULDIX, "Recht en medisch begeleide voortplanting: een stand van zaken", *Vrouwenraad* 1997, nr. 4, 42-54; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, deel II).

Een bijzondere vorm van I.V.F. is I.C.S.I. (intracytoplasmatische sperma-injectie. Anders dan bij gewone I.V.F. wordt niet afgewacht of een zaadcel op eigen kracht met een eicel samensmelt, maar wordt een (geëjaculeerde) zaadcel geïnjecteerd in het cytoplasma van de eicel (Th. A.M. TE BRAAKE, *Toelaatbaarheid en regulering van I.V.F.-onderzoek*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2001, 4).

467 De wetgever heeft zich tot op heden niet ingelaten met K.I. en I.V.F., enkele uitzonderingen buiten beschouwing gelaten.

Volgens artikel 318 § 4 B.W. is de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot niet ontvankelijk wanneer de echtgenoot toestemming heeft gegeven tot K.I. of tot "een andere daad die de voortplanting tot doel had", tenzij de verwekking van het kind niet het gevolg kan zijn van die handeling (zie hierover: A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987", *Vl. T. Gez.* 1987-88, 235 e.v.). Hoe algemeen deze bepaling ook is, men kan er wel een impliciete erkenning in zien van het geoorloofd karakter van de medisch begeleide bevruchtingstechnieken (in deze zin ook: E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *R.W.* 1993-94, 1106, nr. 8 en nr. 10).
Dit geoorloofd karakter blijkt nog duidelijker uit K.B. 15 februari 1999 waarin normen zijn bepaald waaraan zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" in ziekenhuizen moeten voldoen om erkend te worden (*B.S.* 25 maart 1999). Medisch begeleide voortplanting (M.B.V.) wordt gedefinieerd als "technieken voor de behandeling van menselijke onvruchtbaarheid, waarbij zowel menselijke gameten als embryo's behandeld worden" (art. 1, 2, e). Zie in verband met de kwaliteitsnormen waaraan centra voor medisch begeleide bevruchting dienen te voldoen: A. ROUVROY, "Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées", *J.T.* 1997, 773 en het advies nr. 6 betreffende de ethische normen voor de optimalisering van het aanbod op 8 juni 1998 uitgebracht door het raadgevend comité voor bio-ethiek (L. CASSIERS, *t.a.p.*, 53-64).

468 K.I. en I.V.F./E.T. kunnen worden toegepast als een remedie tegen natuurlijke onvruchtbaarheid of ter voorkoming van de overdracht van erfelijke aandoeningen. Er stellen zich in dat geval geen juridische problemen. De

inbreuk op de fysieke integriteit van de vrouw waarmee de inseminatie of de inplanting gepaard gaat wordt gerechtvaardigd door het therapeutisch of preventief doel, zij het dat in het laatste geval de vrucht, en niet de vrouw, de rechtstreekse beneficiant is van het optreden, hoewel ook de vrouw voordeel haalt uit de behandeling. Vanzelfsprekend zal een dergelijk ingrijpen slechts op uitdrukkelijk verzoek van de vrouw mogen worden toegepast (P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, 644). Indien gebruik wordt gemaakt van de zaadcellen van de partner van de vrouw dient de man toe te stemmen in het gebruik van zijn zaadcellen, ook al is er van een inbreuk op zijn lichamelijke integriteit geen sprake (C. TROUET, *Van lichaam naar recht. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels,* Antwerpen, Intersentia, 2003, nr. 224, 138).

469 Gelet op het nagestreefde doel, kunnen K.I. en I.V.F./E.T. in deze gevallen worden beschouwd als handelingen welke behoren tot de uitoefening van de geneeskunde in de zin van artikel 2 W.U.G. De toepassing van de medisch begeleide bevruchtingstechnieken is daarom voorbehouden aan artsen (M.-T. MEULDERS-KLEIN en Chr. HENNAU-HUBLET, "Aspects juridiques de la fécondation *in vitro*", *Louvain Médical* 1988, 377-378; H. NYS, "Het medisch recht en het kunstmatig leven", *Kultuurleven* 1986, 263; P. SENAEVE, *a.w.*, 643).

I.V.F./E.T. is een zodanige ingreep dat de tussenkomst van een arts nauwelijks kan worden gemist. Dat is niet het geval bij K.I. Het toepassen van K.I. door een persoon die niet voldoet aan de voorwaarden voor de uitoefening van de geneeskunde is onwettige uitoefening van de geneeskunde. Zelfinseminatie daarentegen valt buiten het bereik van het recht (zie in dit verband: N. MASSAGER, "L'insémination artificielle avec donneur au profit des femmes formant un couple homosexuel", *J.T.* 1998, 732; E. GULDIX, *t.a.p.*, 1108, nr. 17).

470 K.I. en I.V.F./E.T. kunnen, behalve als remedie (of preventie) ook worden toegepast als een alternatief voor natuurlijke voortplanting. Aldus wanneer de inseminatie of inplanting gebeurt bij een vrouw die niet via seksuele betrekkingen tot bevruchting wenst te komen. In dat geval stelt zich de vraag naar het geoorloofd karakter van het gebruik van de medisch begeleide bevruchtingstechnieken wel. Hetzelfde geldt wanneer de technieken worden toegepast om eugenetische redenen of om selectie naar geslacht mogelijk te maken.

In een steeds ontwerp gebleven aanbeveling inzake medische begeleide bevruchting van het Ministercomité van de Raad van Europa, die werd opgesteld door het C.A.H.B.I. (Comité *ad hoc* des experts sur la bio-éthique, zie over het C.A.H.B.I.: H. NYS, *Van ethiek naar Recht? Het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek en de Medisch-Ethische Commissies in ziekenhuizen*, Antwerpen, Maklu, 1995, 13-14) wordt het gebruik van K.I. en I.V.F./E.T. beperkt tot heteroseksuele koppels, al dan niet gehuwd, wanneer onvruchtbaarheid of gevaar voor overdracht van erfelijke aandoeningen of een aangeboren ziekte bestaat. Deze technieken dienen niet als een alternatief voor natuurlijke voortplanting te worden aangewend bij alleenstaanden of homoseksuele paren (regel 1 van de ontwerp-aanbeveling). Zie voor een bespreking van de ontwerp-aanbeveling in een rechtsvergelijkend kader: H. NYS, "Medisch begeleide bevruchting. Ontwikkelingen m.b.t. regelgeving in België en Europa", in *Medische begeleide bevruchting*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991 en S. OSCHINSKY, "Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la médecine et de la biologie", *J.T.* 1992, 890-892. Wanneer men aanvaardt dat naar huidig

recht de inbreuk op de fysieke integriteit slechts gerechtvaardigd wordt door een therapeutisch of preventief oogmerk en de toestemming van de betrokken vrouw, dan vindt regel 1 van de ontwerp-aanbeveling steun in het huidige recht (in deze zin: M.-T. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et des procrétions médicalement assisteés", in *Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, *Belgisch Staatsblad* 1988, 169; Chr. HENNAU-HUBLET, "Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaines", *J.T.* 1994, 375; N. COLETTE-BASECQZ, "Utilisation des techniques de procréation médicalement assistée pour satisfaire le désir d'enfant chez un couple homosexuel. Questions éthiques et juridiques", *T. Gez.* 1998-99, 248; A. BALLEUX, "L'insémination artificielle et coupe homosexuel", *J.T.* 1998, 870; N. MASSAGER, "L'insémination artificielle avec donneur au profit des femmes formant un couple homosexuel" (noot onder Jeugdrb. Kortrijk 18 maart 1997), *J.T.* 1998, 731-733). De *lege ferenda* bepleit SENAEVE een basisregeling voor het gebruik van kunstmatige inseminatie die er dient voor te zorgen dat deze techniek enkel zou worden aangewend tot bestrijding van infertiliteit (P. SENAEVE, *t.a.p.*, 644; anders: E. GULDIX, *t.a.p.*, 1127: "de meeste technieken zijn zo ingeburgerd dat verbodsbepalingen niet meer zinvol zijn").

Andere auteurs daarentegen menen dat het bestaande recht geen uitspraken toelaat over het juridisch geoorloofd karakter van het gebruik van deze technieken (in deze zin: A. HEYVAERT, "Opmerkingen over 'juridische" stellingen in verband met de nieuwe procreatietechnieken en afstammingsafspraken", in L. APOSTEL e.a. (ed.), *Beschikken over lijf en leven*, Leuven, Acco, 1987, 90). Deze auteur komt tot het besluit dat uit de bestaande wetgeving geen regels kunnen worden afgeleid, volgens welke de toepassing van de nieuwe procreatietechnieken op zichzelf of in bepaalde omstandigheden juridisch ongeoorloofd zou zijn (*id.*, 93). In dezelfde zin: N. MASSAGER, *t.a.p.*, 733.

Over de (niet)-toelaatbaarheid van medisch begeleide bevruchtingstechnieken voor eugenetische doeleinden of om het geslacht van een kind te bepalen, bestaat meer overeenstemming. Artikel 5, 5° van de Wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro* bevat een verbod van "onderzoek of behandelingen uit te voeren die gericht zijn op geslachtsselectie, met uitzondering van de selectie ter voorkoming van geslachtsgebonden ziekten"; zie verder, nr. 1148. Een amendement dat er toe strekte om de uitzondering te beperken tot ernstige en erfelijke geslachtsgebonden ziekten, conform artikel 14 E.V.R.M.B. werd verworpen (*Parl. St.* Kamer 2002-03, 2182/7, 70-71). Ook het raadgevend comité voor bio-ethiek deed de aanbeveling om geslachtskeuze te beperken tot zware geslachtsgebonden aandoeningen (advies nr. 3 van 17 november 1997 betreffende de geslachtskeuze: L. CASSIERS, *a.w.*, 25-30). Zie over de geslachtskeuze ook: E. GULDIX, *t.a.p.*, 1123 en A. ROUVROY, *t.a.p.*, 771.

471 Bij de toepassing van K.I. of I.V.F./E.T. zijn de bepalingen van de Patiëntenrechtenwet van toepassing t.a.v. beide leden van het paar. Wat de vrouw betreft dient bij het invullen van de informatieplicht er rekening mee worden gehouden dat K.I. en I.V.F. medisch gezien geen noodzakelijke ingrepen zijn, zodat de informatieplicht zwaarder weegt dan bij een medisch noodzakelijke ingreep.

Voor informatie over de aan de behandeling verbonden risico's betekent dit dat ook over zeer weinig voorkomende risico's moet worden geïnformeerd. Het gaat dan niet alleen over de risico's voor de vrouw maar ook over de risico's voor het kind. Bij I.V.F. zal ook moeten worden gewezen op de kans op het ontstaan van meerlingzwangerschappen en de problematiek van "foetusreductie" of selectieve zwangerschapsafbreking. Verder moet aandacht worden besteed aan alternatieve behandelingen (bv. de mogelijkheid van tubachirurgie) en ook aan het geringe slagingspercentage van deze behandeling in verhouding tot de zware (psychische) belasting die deze behandeling met zich brengt. Ook de financiële consequenties, voornamelijk met betrekking tot de kosten die niet door de ziekteverzekering worden vergoed, moeten worden besproken. Verder dient aan de orde te worden gesteld wat er moet gebeuren met ingevroren gameten en embryo's na overlijden van één van de partners en na (echt)scheiding en wat de bestemming dient te zijn van de overtallige gameten en de overtallige embryo's (L.E. KALKMAN-BOGERD, *Van kinderwens tot ouderschap*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 6 april 2001, 34-35).

472 Rekening houdend met het hoogst persoonlijk karakter van gameten en van embryo's is het *post mortem* gebruik ervan voor het bewerkstelligen van een zwangerschap enkel toelaatbaar mits de bron (bronnen) bij leven uitdrukkelijk heeft toegestemd in dit gebruik (C. TROUET, *a.w.*, 138-139).

GULDIX lijkt voorstander te zijn van een verbod van K.I. of I.V.F. *post mortem* "wegens de complexiteit van de materie en het belang van het kind". Zoniet is er een aangepaste rechtsregeling geboden (E. GULDIX, *t.a.p.*, 1115, 49). Zie ook: J. FLAUSS-DIEM, "Insémination post mortem: droit anglais et droit communautaire", in *Liber Amicorum M.-Th. Meulders-Klein*, Brussel, Bruylant, 1998, 217-230.

§ 2. Verbod van reproductief kloneren

473 Artikel 6 Wet van 21 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro* verbiedt het zgn. reproductief menselijk kloneren. Dat wordt in artikel 1, 7° gedefinieerd als "het voortbrengen van één of meerdere menselijke individuen wier genen identiek zijn met die van het organisme van waaruit het kloneren werd gerealiseerd".

Het eerste aanvullend protocol bij het E.V.R.M.B. van 12 januari 1998 verbiedt eveneens het totstandbrengen van een menselijk wezen dat genetisch identiek is met een ander levend of dood menselijk wezen (zie: S. en Y. OSCHINSKY, "L'interdiction du clonage d'êtres humains", *J.T.* 1998, 449-452; *T. Gez.* 1997-98, 310).

Artikel 6.2, a) Richtlijn 98/44 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen (*PB. L.* 30 juli 1998, afl. 213, 13-21) sluit werkwijzen voor het kloneren van mensen uit van octrooieerbaarheid.

§ 3. Gebruik van gameten afkomstig van een donor

474 Het gebruik maken van sperma of eicellen afkomstig van een donor kan meerdere juridische problemen stellen. Vooreerst is er de wijze waarop de gameten worden bekomen. Het wegnemen van eicellen veronderstelt een medische ingreep bij de donor waardoor de fysieke integriteit wordt aangetast. Ook rijst weer de vraag naar het geoorloofde karakter ervan, vermits er van een therapeutisch oogmerk voor de betrokkene zelf geen sprake is.

Volgens HEYVAERT kan de ontoelaatbaarheid van een dergelijke ingreep bezwaarlijk uit de bestaande wetgeving worden afgeleid (A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987", *Vl. T. Gez.* 1987-88, 751). Hij wijst op de thans opgeheven Wet van 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong (*B.S.* 24 mei 1964) en het opgeheven Uitvoeringsbesluit van 10 november 1971 (*B.S.* 5 mei 1972). De wegneming van eicellen werd daarin evenwel niet geregeld. Voorts vermeldt hij de Orgaantransplantatiewet welke betrekking heeft op gevallen waarin aan iemand letsels worden toegebracht met het oog op de medische behandeling van iemand anders die vaak ernstiger zijn dan wat gebeurt bij het wegnemen van eicellen. Dit mag op zichzelf juist zijn, maar het neemt niet weg dat het wegnemen en gebruiken van eicellen uitdrukkelijk uit het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet is gesloten (zie: art. 1 § 1, tweede lid).

Een en ander betekent dat het wegnemen van eicellen bij een donor niet vrij is van juridisch complicaties.

475 De wegneming van eicellen zonder de toestemming van de vrouw is onaanvaardbaar. Zo zouden soms bij het uitvoeren van een sterilisatie zonder medeweten van de vrouw eicellen worden weggenomen die dan later worden gebruikt bij I.V.F. Niet alleen wordt hier een niet-gerechtvaardigde inbreuk gepleegd op de fysieke integriteit van de vrouw. Wie zich op zulke wijze eicellen toeëigent, maakt zich schuldig aan diefstal. De meeste auteurs nemen aan dat stoffen uit of delen van het lichaam als zelfstandige zaak in de zin van het vermogensrecht te beschouwen zijn (P. SENAEVE, *a.w.*, 628; E. GULDIX, *t.a.p.*, nr. 1113, 41; anders maar klaarblijkelijk te wijten aan een onjuist begrip van de Nederlandstalige rechtsliteratuur: M.-T. MEULDERS-KLEIN, *a.w.*, 164, noot 61). De zeggenschap van de vrouw over haar eicellen heeft bovendien te maken met het persoonsgebonden karakter ervan. Het kiezen van de bestemming van gameten valt onder het persoonlijkheidsrecht van de betrokkene (C. TROUET, *a.w.*, 127-128, nr. 205 en 350, nr. 627; T. VANSWEEVELT, "Kunstmatige inseminatie en comateuze spermadonor. Commentaar 3", *T. Gez.* 1996-97, 24).

476 Bij het gebruik maken van donorgameten, meer bepaald donorsperma, dient de arts die tot K.I. of I.V.F. overgaat acht te slaan op de kwaliteit van de gebruikte gameten.

De arts dient de nodige onderzoekingen te (laten) verrichten naar de kwaliteit van het donorsperma, waarbij in het bijzonder dient te worden gelet op het HIV-vrij zijn van het sperma (T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, nr. 70-71). Toch zou de verplichting van de arts om de kwaliteit van het donorsperma te waarborgen slechts een inspanningsverbintenis inhouden, indien de algemene contractuele aansprakelijkheidsregels hier toepassing vinden. Daardoor komt het slachtoffer in een zeer nadelige positie terecht. VANSWEEVELT verdedigt de opvatting dat de arts die onvoldoende voorzorgsmaatregelen heeft genomen om de kwaliteit van het donorsperma te waarborgen, contractueel kan worden aangesproken als verkoper van een zaak die een verborgen gebrek vertoont. Sperma dat met het HIV-virus is besmet, vertoont een verborgen gebrek. Wanneer de arts sperma heeft gebruikt dat in zijn eigen spermabank werd bewaard, kan hij aansprakelijk worden gesteld voor de veroorzaakte schade, wanneer de patiënt aantoont dat hij het gebrek kende of behoorde te kennen. Wanneer de arts daarentegen het sperma heeft betrokken bij een door een derde beheerde spermabank dan zal het de patiënt moeilijker vallen de arts aansprakelijk te stellen. De arts mag er immers op vertrouwen dat het geleverde sperma onbesmet is. Het is hem redelijkerwijze onmogelijk om zelf over te gaan tot het onderzoeken van het geleverde sperma op o.a. HIV. De patiënt zal zich in dat geval dienen te richten tot de bank die het sperma heeft geleverd (T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, nr. 72-76). Een en ander betekent voorts dat het gebruik van zgn. vers sperma niet strookt met wat een goed arts geplaatst in vergelijkbare omstandigheden zou doen (in die zin ook: N. MASSAGER, *t.a.p.*, 732: "Pour des raisons évidentes de sécurité sanitaire, l'utilisation du sperme frais est prohibée").

477 Bij het gebruik van donorgameten, wordt groot belang gehecht aan het waarborgen van de anonimiteit van de gametendonor zowel tegenover de ouders als het kind.

Dit is in het bijzonder zo bij K.I.D. Het wegnemen van eicellen bij een donorvrouw is van die aard dat het waarborgen van de anonimiteit tegenover de ouders op praktische moeilijkheden kan stuiten. Het invriezen van onbevruchte eicellen is tot nu toe niet mogelijk (zie hierover: Th. TE BRAAKE, *a.w.*, 9-10) en de wegneming veronderstelt een medische ingreep in een ziekenhuis. Gelet op het tekort aan eicellen zullen de aspirant-ouders dikwijls hun "eigen" donor meebrengen. Om toch de anonimiteit te bewaren zal dan via wissel- of kruisdonatie worden gewerkt: koppel A en B

brengen elk hun eigen donor mee waarna de donoren worden uitgewisseld (E. GULDIX, *t.a.p.*, 1116, nr. 57). Wat de relatie kind-donor betreft doet zich inzake handhaving van de anonimiteit geen verschil voor tussen K.I.D. en I.V.F.

478 De arts onder wiens verantwoordelijkheid het donorsperma wordt verzameld en bewaard is tegenover derden door een geheimhoudingsplicht gebonden op grond van artikel 458 Sw. Zowel de afstand van sperma als de naam van de donor vallen onder die geheimhoudingsplicht. Het doorbreken van de anonimiteit van de spermadonor maakt een inbreuk uit op artikel 458 Sw. en zou niet kunnen zonder een wetswijziging. DIJON is van mening dat de verplichting van de arts om de anonimiteit van de donor te garanderen, steunt op een contractuele afspraak die evenwel nietig zou zijn. Die mening kan niet worden gevolgd. Evenmin kan men het eens zijn met het standpunt van deze auteur dat K.I.D. geen medische handeling is en daarom niet wordt beschermd door artikel 458 Sw. (X. DIJON, "La filiation paternelle de l'enfant né par l'insémination artificielle avec donneur", *T.B.B.R.* 1990, 108, nr. 26 en noot 40).

Regel 13 van de ontwerp-aanbeveling over medisch begeleide bevruchting van de Raad van Europa gaat eveneens uit van de verplichting de anonimiteit van de donor te handhaven., § 2 van deze regel geeft aan de lidstaten de bevoegdheid om regels tot stand te brengen zodanig dat aan het kind de identiteit van de donor mag worden meegedeeld. Dit gebeurde om rekening te houden met de Zweedse K.I.-Wet van 20 december 1984 die aan het kind het recht geeft op de hoogte te worden gebracht van de informatie die over de donor werd opgeslagen, wanneer het voldoende ontwikkeld is. Zie hierover: H. NYS, "Medische begeleide bevruchting. Ontwikkelingen m.b.t. regelgeving in België en Europa", *a.w.* en *de lege ferenda*: E. GULDIX, *t.a.p.*, 1117, nr. 60; A. ROUVROY, *t.a.p.*, 775-777.

479 De verplichting de anonimiteit van de donor te eerbiedigen wordt, behalve op de medische geheimhoudingsplicht, ook wel gebaseerd op het onmogelijk maken van vorderingen vanwege het kind of de moeder van het kind tegenover de donor.

Volgens HEYVAERT is het principieel mogelijk dat buiten de hypothese van artikel 318 § 4 B.W. en wanneer de spermadonor nog leeft op het ogenblik van de K.I., een vordering tot vaststelling van het vaderschap wordt ingesteld tegen de man met wie het kind een onmiddellijke genetische band heeft. Een eventuele voorafgaande overeenkomst tussen de donor en de toekomstige moeder waarbij wordt vastgelegd dat de spermagift niet mag leiden tot het vaderschap van de donor is waardeloos. Van het vorderingsrecht betreffende de afstamming kan niet worden afgezien (art. 331*quater* B.W.). De moeder zou derhalve achteraf in eigen naam een vordering tot vaststelling van de vaderlijke afstamming van haar kind kunnen instellen. *A fortiori* kan het kind zelf dergelijke vordering instellen (A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken", *t.a.p.*, 238-239). Volgens deze auteur is het dan ook een elementaire plicht van de arts dat hij op deze mogelijke consequenties wijst wanneer een vrouw zich met een door haar gekozen donor aanbiedt met het oog op K.I. of I.V.F. Volgens dezelfde auteur zou in deze hypothese een vordering tot levensonderhoud tegen de spermadonor eveneens mogelijk zijn, niettegenstaande de formulering van artikel 336 B.W. Daarin is sprake van "met zijn moeder gemeenschap heeft gehad" (A. HEYVAERT, *t.a.p.*, 239-240; zie hierover ook: X. DIJON, *a.w.*).

480 Een andere kwestie dan de anonimiteit van de donor is of het kind ervan op de hoogte dient te zijn dat het via K.I.D. werd verwekt. Zoals bij adoptie is het een zaak van de ouders het kind daarvan op de hoogte te brengen. Het

recht dient zich daar niet mee in te laten (in deze zin ook: P. SENAEVE, *a.w.*, 647).

481 Nog een andere kwestie dan de anonimiteit van de donor betreft het verzamelen en registreren van medische gegevens omtrent de donor en het recht van de ouders en/of het kind op inzage in deze gegevens.

Regel 13, tweede lid van de ontwerp-aanbeveling van de Raad van Europa inzake de medisch begeleide bevruchting laat toe dat in het belang van de gezondheid van het kind of met het oog op genetische advisering genetische gegevens over de donor worden ter beschikking gesteld van ouders of kind. Voor het kind zelf en voor zijn nageslacht kan het van essentieel belang zijn dat het zijn genetische oorsprong kent. Om deze reden moeten de genetische karakteristieken van iedere donor worden verzameld en op een of andere wijze worden geregistreerd. Wanneer het kind later inzage wenst te hebben van deze gegevens dan kan het zich, via de behandelende arts, wenden tot de arts die deze gegevens bewaart, zo het al mogelijk is deze arts te achterhalen. Bovendien stelt zich hier een probleem inzake geheimhoudingsplicht. Een arts mag medische gegevens over een patiënt meedelen aan een andere arts wanneer deze laatste die gegevens nodig heeft voor de behandeling van dezelfde patiënt. Dit is hier niet het geval. De huidige interpretatie van de geheimhoudingsplicht maakt het meedelen van genetische gegevens over een donor aan het K.I.D.-kind vrijwel onmogelijk. Slechts een wetswijziging of een beroep op de noodtoestand, nl. een afweging tussen geheimhoudingsplicht en hulpverleningsplicht, kan hier een oplossing bieden (zie verder, nr. 1280).

482 Niet enkel de anonimiteit van de donor tegenover het kind moet *de lege lata* worden beschermd. Het omgekeerde geldt evenzeer. De gametendonor moet in principe elke aanspraak ontzegd worden op kennisneming van enig gegeven omtrent de kinderen die via de donorgameten werden verwekt. Op die manier wordt iedere aanspraak van de donor op omgangsrecht uitgesloten (P. SENAEVE, *a.w.*, 648).

§ 4. Draagmoederschap

483 Over de juridische geldigheid van een overeenkomst afgesloten tussen enerzijds een vrouw die er zich toe verbindt om zich te laten bevruchten via K.I. of I.V.F./E.T., het kind te dragen en te baren en het na de geboorte af te staan en anderzijds een echtpaar of een alleenstaande die er zich toe verbinden om na de geboorte dit kind bij zich op te nemen, eventueel met het oog op adoptie, bestaan uiteenlopende opvattingen. Zie voor het standpunt dat een dergelijke overeenkomst nietig is: A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken", in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK, *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 1999, 97 en 102; H. NYS, *a.w.*, 270; P. SENAEVE, *a.w.*, 31; P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1987-88, 250; W. WILS, "Bio-ethiek en recht: het geval van draagmoeder-

schap", *N. Tijd. Pol.* 1989, afl. 5, 7). Zie voor het Franse recht: Cass. fr. (Assemblée plén.) 31 mei 1991, *J.T.*, 1991, 767 observations X. DIJON en J.P. MASSON: "La Convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes".

De reden voor de nietigheid van deze zgn. draagmoederovereenkomst ligt hierin dat alleen zaken die in de handel zijn het voorwerp van een geldige overeenkomst kunnen uitmaken (art. 1128 B.W.). Derhalve is de overeenkomst nietig omdat het voorwerp ervan ongeoorloofd is (P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *t.a.p.*, 250). Bovendien is deze overeenkomst nietig omdat zij een ongeoorloofde oorzaak heeft, nl. de beschikking over het recht op fysieke integriteit, wat in strijd is met de openbare orde (art. 1131 en 1133 B.W.) (anders: P. SENAEVE, "Overeenkomsten tussen en met samenlevende personen andere dan echtgenoten", in M. STORME, e.a. (eds.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, nr. 9). Het gevolg van deze nietigheid is dat wanneer een van de contracterende partijen weigert haar verbintenis na te komen, de andere partij de naleving van deze verbintenis via de rechter niet kan afdwingen. Zo zal een draagmoeder die na de geboorte weigert om het kind af te staan aan de wensouders daartoe niet kunnen gedwongen worden. Omgekeerd kunnen de wensouders die na de geboorte het kind weigeren op te nemen evenmin worden gedwongen de overeenkomst na te leven (A. DE WOLF, *t.a.p.*, 102-103; P. SENAEVE, *a.w.*, 250-251; zie ook: X. DIJON, J.-P. MASSON, *a.w.*, 771). DIRIX is wat het laatste betreft meer genuanceerd. Hij acht het wel mogelijk dat iemand op geoorloofde wijze een contractuele aantasting van zijn grondrechten toelaat. Het kan echter niet zo zijn dat die aantasting daardoor onherroepelijk wordt. Met name de menselijke waardigheid – het fundamenteel rechtsbeginsel waarin alle rechten convergeren – zou op een onduldbare wijze in het gedrang komen wanneer de nakoming van een overeenkomst die een grondrecht aantast, zou worden afgedwongen in rechte. Wanneer de contractant op enig ogenblik gedurende de uitvoering van de overeenkomst tot de vaststelling komt dat de verdere uitvoering tot een ondraaglijke belasting wordt, dan moet hij zijn vrijheid kunnen herwinnen. In die zin blijven grondrechten als het recht op fysieke integriteit onvervreemdbaar. DIRIX past deze redenering vervolgens toe op de draagmoederovereenkomst. Rechtsvergelijking toont volgens hem aan dat dergelijke overeenkomsten niet overal meer als ongeoorloofd worden beschouwd. Gelet op het voorgaande, kan de nakoming van de overeenkomst nochtans niet van de draagmoeder worden afgedwongen. De wensouders zijn daarentegen wel gebonden: zij kunnen niet meer weigeren het ouderschap op te nemen. De draagmoeder moet daarentegen na de geboorte van het kind vrij kunnen beslissen om het moederschap over te dragen (E. DIRIX, "Overeenkomsten en menselijk waardigheid", *R.W.* 1989-90, 686-687).
GULDIX betwist dat het draagmoedercontract in strijd zou zijn met de openbare orde en eventueel de goede zeden. Zolang het kind niet geboren is, is het in de juridische betekenis van het woord nog geen persoon zodat er geen strijdigheid kan zijn met artikel 1128 B.W. Bovendien wordt een draagmoedercontract doorgaans gesloten voor er ook maar "iets" verwekt is (E. GULDIX, *t.a.p.*, 1106, nr. 11). Volgens MASSAGER heeft het scheppen van leven op zich wel degelijk een legitiem voorwerp (N. MASSAGER, *t.a.p.*, 857, nr. 388).

484 Wanneer voor de uitvoering van de eerste fase van de draagmoederovereenkomst een beroep wordt gedaan op een arts – vanzelfsprekend is dat niet gezien de mogelijkheid van natuurlijke bevruchting of zelf-inseminatie – rijst de vraag of een arts hieraan zijn medewerking wel kan verlenen.

Zowel burgerrechtelijk als strafrechtelijk is de afspraak tussen de arts en de vrouw die K.I. of I.V.F./E.T. wenst te laten toepassen in uitvoering van een draagmoederovereenkomst betwistbaar. Burgerrechtelijk deelt de overeenkomst tussen de arts en de draagmoeder *in spe* het lot van de draagmoederovereenkomst. Deze overeenkomst is *ab initio* nietig wegens een ongeoorloofd voorwerp en een ongeoorloofde oorzaak. En ook al zou de overeenkomst geldig zijn, dan kan de draagmoeder *in spe* niet tot nakoming ervan verplicht worden. Strafrechtelijk pleegt de arts een

inbreuk op de fysieke integriteit van de draagmoeder *in spe* bij het toepassen van de K.I. of de embryo inplanting. Haar toestemming volstaat niet om deze inbreuk te rechtvaardigen en bovendien gebeurt de ingreep niet met een voor deze vrouw aanwijsbare curatieve bedoeling (H. NYS, *a.w.*, 270; P. SENAEVE, *a.w.*, 251). Anderen ontkennen dat een inbreuk zou worden gemaakt op de fysieke integriteit van de draagmoeder nu zij tenslotte zelf beslist dat zij zwanger wil worden, waarbij zwangerschap niet meteen zou kunnen worden gezien als een schending van de fysieke integriteit (E. GULDIX, *t.a.p.*, 1106, II. 11; N. MASSAGER, *a.w.*, 862, nr. 391). Maar niet de zwangerschap maakt een inbreuk uit op de fysieke integriteit, maar wel het inbrengen van de zaadcellen of het embryo. De vergelijking met het afstaan van een orgaan (N. MASSAGER, *t.a.p.*, 813, nr. 358) gaat vanzelfsprekend niet op omdat de inbreuk op de fysieke integriteit van de donor wordt gerechtvaardigd door uitdrukkelijke wettelijke bepalingen, nl. artikelen 5-9 Orgaantransplantatiewet. Zie ook: het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren van 16 januari 1990, "Draagmoeder", *T. Orde Geneesh.* 1990, nr. 51, 21).

AFDELING III

BEËINDIGING VAN EEN ZWANGERSCHAP DOOR EEN ARTS

§ 1. Overzicht van de wettelijke regels inzake zwangerschapsafbreking

485 De Wet van 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking strekkende om de artikelen 348, 350 en 351 van het Sw. te wijzigen en de artikelen 352 en 353 van hetzelfde wetboek op te heffen (*B.S.* 5 april 1990), heeft de wettelijke bepalingen inzake het beëindigen van een zwangerschap door een arts grondig gewijzigd (deze wet wordt verder aangehaald als Wet zwangerschapsafbreking).

De impliciete maar zekere erkenning door de Wetgevende Kamers dat de Koning zich in de onmogelijkheid bevond om te regeren is geen beslissing van een administratieve overheid en kan bijgevolg niet worden bestreden voor de Raad van State. Bijgevolg is de Raad van State niet bevoegd zich uit te spreken over een verzoek tot vernietiging van de beslissing van de ministerraad waarin de onmogelijkheid van de Koning om te regeren wordt vastgesteld noch van het besluit van de ministerraad tot bekrachtiging en bekendmaking van de Wet van 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking (R.v.St., Staumont et cons., nr. 48008, 15 juni 1994, *J.T.* 1996, 9 met noot M.F. RIGAUX). Zie ook: X. DIJON, "Baudouin Ier et l'enfant à venir", in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Brussel, Bruylant, 1998, 181-195.

Artikel 353 Sw., dat werd opgeheven door artikel 5 van deze wet, bepaalde dat het verrichten van een vruchtafdrijving bij een vrouw die daarin toestemde zwaarder werd gestraft wanneer dit gebeurde door een arts dan wanneer een niet-medicus zich daaraan schuldig had gemaakt. In de plaats is een regeling gekomen waarin de hoedanigheid van arts, als alle andere voorwaarden vervuld zijn, met zich brengt dat zwangerschapsafbreking geen misdrijf is. Die regeling vindt men in artikel 350 Sw., zoals gewijzigd door artikel 2 Wet zwangerschapsafbreking. Artikel 348 Sw. dat strafbaar stelt de vruchtafdrijving bij een vrouw die daarin niet heeft toegestemd bleef inhoudelijk en wat strafmaat betreft ongewijzigd. Enkel de formulering werd aangepast. Artikel 349 Sw. dat strafbaar stelt de vruchtafdrijving die het niet-gewilde gevolg is van opzettelijk geweld bleef ongewijzigd. Artikel 351 Sw. bestraft de vrouw die een zwangerschapsafbreking laat verrichten, behalve wanneer dit gebeurt onder de voorwaarden bepaald in artikel 350 Sw., waardoor er van

een misdrijf geen sprake is. Artikel 352 Sw. betreft het geval waarin de vruchtafdrijving de dood van de vrouw voor gevolg heeft. Dit artikel werd gewijzigd in functie van het gewijzigde artikel 350 Sw.

486 Ongewijzigd bleven het voorlaatste en laatste lid van artikel 383 Sw.

Deze bepalingen stellen strafbaar degene die het gebruik van enig middel om vruchtafdrijving te veroorzaken aanprijst, aanwijzingen verstrekt omtrent de wijze waarop het wordt aangeschaft of gebruikt, personen die zo'n middel toepassen doet kennen met het doel hen aan te bevelen en hij die middelen speciaal bestemd om vruchtafdrijving te veroorzaken, tentoonstelt, verkoopt, verspreidt, vervaardigt of doet vervaardigen, doet invoeren of vervoeren, aan een vervoer- of een distributieagent overhandigt of door enig publiciteitsmiddel bekendmaakt.
De strafsancties zijn vastgesteld in artikel 384 Sw.

487 Voorts werd door de Wet van 13 augustus 1990 (*B.S.* 20 oktober 1990) een nationale evaluatiecommissie inzake de toepassing van de wetgeving betreffende de zwangerschapsafbreking ingesteld (zie verder, nr. 563).

488 Artikel 3 van het Decreet van de Franse Gemeenschapsraad van 10 juli 1984 inzake de seksuele voorlichting (*B.S.* 22 augustus 1984) kan eveneens van belang lijken voor de problematiek van de zwangerschapsafbreking.

Dit artikel 3 verplicht artsen, paramedici en ander personeelsleden werkzaam in ziekenhuizen en instellingen met een opdracht inzake seksuele voorlichting en gezinsproblemen, ieder op hun gebied, aan vrouwen in nood "technische en medische hulp" te verstrekken in geval van "moeilijkheden bij het gebruik van contraceptieve methodes". Wanneer zij omwille van gewetensbezwaren deze hulp niet kunnen verlenen moeten zij, behalve bij hoogdringendheid, de vrouw doorverwijzen naar een ander centrum.

Op zichzelf beschouwd zou de tekst van artikel 3 kunnen suggereren dat ook de zwangerschapsafbreking wordt bedoeld met "technische en medische hulp" (Arbitragehof nr. 20/89, 13 juli 1989, *B.S.* 2 september 1989; *Vl. T. Gez.* 1989-90, 63 noot M. VAN LIL; *Rev. Rég. Dr.* 1989, 445; *Journ. proc.* 1989, afl. 156, 37). Die stelling kan volgens het Arbitragehof steun vinden in de verklaring van sommige interveniënten tijdens de parlementaire voorbereiding en "in een betrekkelijke dubbelzinnigheid van de tekst".
Nochtans kunnen in de voorbereidende werken bij het decreet veel meer aanwijzingen worden gevonden dat artikel 3 de zwangerschapsafbreking niet beoogt, dan omgekeerd. In de Toelichting bij het decreet wordt van een verplichting om over te gaan tot zwangerschapsafbreking in welk geval dan ook niet gerept. Wel wordt in de Toelichting een verband gelegd tussen het decreet en de in onbruik geraakte bepalingen uit het Sw. inzake zwangerschapsafbreking. De leemte die hierdoor dreigt te ontstaan en de rechtsonzekerheid voor de artsen wil het decreet opvullen. Over de wijze waarop dit dient te gebeuren is de Toelichting onduidelijk. Ook de oorspronkelijke indiener van het voorstel, DEFOSSET, heeft herhaaldelijk benadrukt dat zijn voorstel zich beperkt tot het geven van informatie over anticonceptiva en over verantwoord ouderschap. Aldus tijdens de mondelinge toelichting van het voorstel in de bevoegde commissie (Proposition de décret relatif à l'éducation sanitaire, *Parl. St.* C.C.F. 1981-82, nr. 66/3, 2-3), bij de algemene bespreking van het voorstel in de commissie (*id.*, 8) en bij de bespreking van artikel 3 zelf in de commissie. Op dat ogenblik werd, na akkoord van de auteur, een amendement goedgekeurd waarbij de woorden "in geval van moeilijkheden" werden toegevoegd. De motivering van deze toevoeging ligt aan de basis van de interpretatiemoeilijkheden m.b.t. artikel 3. Volgens de auteurs van het amendement zou de oorspronkelijke tekst van het voorstel "semble viser l'acceuil des femmes qui demandent une interruption de grossesse". Maar dan zou het niet juist zijn om te benadrukken, zoals de auteur dat herhaaldelijk deed, dat de hulp enkel betrekking heeft op informatie en anticonceptiva. Ten-

einde de indruk weg te nemen dat de hulp betrekking heeft op situaties waarin geen of een verkeerd gebruik is gemaakt van anticonceptiva, en dan spreekt men vanzelfsprekend over zwangerschapsafbreking, werd de toevoeging voorgesteld: het gaat wel degelijk om moeilijkheden bij het gebruik maken van anticonceptiva. Hiertegen werd vervolgens opnieuw een amendement ingediend door commissieleden die meenden dat de geamendeerde tekst toch nog meer inhield aan hulp dan informatie en opvoeding. Evenwel, de auteurs trokken hun amendement in, wellicht omdat zij inzagen dat de goedgekeurde tekst minder ver ging. Wat er van zij, de auteurs van de uiteindelijk goedgekeurde tekst hebben nergens verklaard dat artikel 3 een verplichting zou inhouden om tot zwangerschapsafbreking over te gaan (Proposition de decret relatif à l'éducation sanitaire, *Parl. St.* C.C.F. 1981-82, nr. 661/3, 11-13). Ook tijdens de bespreking van het voorstel in de plenaire vergadering bleef de houding van de auteur ongewijzigd. Toen hem werd gesuggereerd dat artikel 3 een verplichting bevatte om tot zwangerschapsafbreking over te gaan antwoordde DEFOSSET klaar en duidelijk: "Il ne s'agit pas de ça" (*Hand.* C.C.F. 17 mei 1984, 10-11). Op de vraag wat "aide technique" anders kan betekenen dan zwangerschapsafbreking antwoordde hij dat een medisch voorschrift technische hulp is (*id.*, 12). Wellicht werd bedoeld het voorschrijven van anticonceptiva door een arts. De interpretatie die DEFOSSET aan artikel 3 gaf werd bijgetreden door andere leden, zoals PETRY (*id.*, 11) en BRUNEZ, verslaggeefster van de commissiebesprekingen (*id.*, 7).

489 Uit de voorbereidende werken kan men, als men rekening houdt met de verklaringen van de auteur van het voorstel zelf, niet besluiten tot een verplichting over te gaan tot de afbreking van een zwangerschap.

In de rechtsleer is wel de stelling verdedigd als zou artikel 3 een dergelijke verplichting wel inhouden.

In deze zin LEGROS die zich enkel steunt op de verklaringen van MONFILS tijdens de plenaire bespreking van het voorstel, hoewel die door de auteur van het voorstel en door anderen werden tegengesproken (P. LEGROS, "L'interruption de grossesse ordonnée par la loi?", *Journ. proc.* 1985, afl. 59, 4-5; enkele weken later bleek deze auteur zelf al minder overtuigd van zijn eigen stelling: hij spreekt dan niet meer over een verplichting, doch over een toelating: P. LEGROS, "Le décret, la loi et la Cour d'Arbitrage", *Journ. proc.* 1985, afl. 60, 7; in hetzelfde nummer van *Journ. proc.* wordt door S. MOUREAUX de verplichting verdedigt, zij het slechts in noodgevallen. Dat begrip wordt niet nader toegelicht, zie: S. MOUREAUX, "Soyons clairs", *Journ. proc.*, afl. 60, 8-9).
Volgens VANDENBOSSCHE is artikel 3 van dit decreet "een vrij duistere bepaling" (D. VANDENBOSSCHE, "De bestraffing van abortus provocatus: over de oorsprong van de Belgische abortuswetgeving", in *Abortus provocatus*, Gent, Omega Editions, 1986, 68).

490 Door de rechtspraak werd het bestaan van een verplichting in hoofde van artsen om over te gaan tot zwangerschapsafbreking op grond van artikel 3 van het decreet niet aanvaard.

Verschillende uitspraken hebben duidelijk gesteld dat artikel 3 met zwangerschapsafbreking geen uitstaans heeft. Het Hof te Brussel beperkte de draagwijdte van de hulpverleningsplicht krachtens het decreet tot vóór de conceptie (Brussel 28 juni 1985, *Journ. proc.* 1985, afl. 67, 29). Hetzelfde hof leidde uit de voorbereidende werken van het decreet af dat het noch direct noch indirect de Strafwet heeft willen wijzigen maar zich beperkt tot het domein van de contraceptie en de informatie te geven aan koppels in nood (Brussel 28 september 1988, *Jur. Liège* 1988, 1448). Nog hetzelfde hof, en dezelfde kamer, maar anders samengesteld, legde de prejudiciële vraag voor aan het Arbitragehof of de Franse Gemeenschap bij haar Decreet van 10 juli 1984 al dan niet haar bevoegdheid had overschreden met het oog op de regels die bij de Grondwet in artikel 59 § 2, tweede lid *bis* worden vastgesteld (Brussel 7 december 1988, *Journ. proc.* 16 december 1988, afl. 140, 28-30 met anonieme noot; *Vl. T. Gez.* 1988-89, 188 noot M. VAN LIL; *Jur. Liège* 1989, 106, noot).

491 Volgens het Arbitragehof zou de tekst van artikel 3 van het decreet, op zichzelf beschouwd, kunnen suggereren dat ook de zwangerschapsafbreking valt onder de woorden "technische en medische hulp". In die interpretatie schendt het decreet de bevoegdheidsregels. De nationale wetgever alleen heeft de bevoegdheid behouden om expliciet of impliciet de artikelen 348 tot 353 Sw. te wijzigen.

Maar, bekeken in de context van het gehele decreet, kan artikel 3 zo worden uitgelegd dat het geen enkele verplichting of toelating voor de personeelsleden – artsen of anderen – bevat om hetzij een zwangerschapsafbreking uit te voeren hetzij deel te nemen aan de uitvoering ervan. Het decreet legt voornamelijk nadruk op de wil tot een actief beleid inzake informatie, opvoeding en hulp bij contraceptie met het oog op het bevorderen en veilig stellen van een verantwoord ouderschap. Volgens het Arbitragehof hebben de in artikel 3 gebruikte bewoordingen slechts betrekking op "moeilijkheden" bij het gebruik van contraceptieve methodes en niet op het falen daarvan. In deze interpretatie schendt het decreet de bevoegdheidsregels niet (Arbitragehof nr. 20/89, 13 juli 1989, *B.S.* 2 september 1989; *Vl. T. Gez.* 1989-90, 63, noot M. VAN LIL).

§ 2. Kort historisch overzicht van de strafwetgeving inzake zwangerschapsafbreking

492 De vroegere wettelijke regeling inzake zwangerschapsafbreking was niet van recente datum.

De artikelen 348 tot 353 Sw. maakten deel uit van het Sw. van 8 juni 1867 (*B.S.* 9 juni 1867) en werden nooit gewijzigd. Het (huidige) voorlaatste en laatste lid van artikel 383 Sw. werd ingevoegd bij Wet van 20 juni 1923, *B.S.* 25 juni 1923. Het Sw. uit 1867 verving de Napoleontische Code pénal uit 1810 en daarin werd de zwangerschapsafbreking geregeld in artikel 317. De meeste beginselen die aan artikel 317 ten grondslag lagen bleven behouden in het Sw. van 1867. Een verandering was wel de situering van het misdrijf in het Sw. Waar het Sw. van 1810 zwangerschapsafbreking bij de misdrijven tegen personen rangschikte, kwam het misdrijf in 1867 terecht bij de misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie en tegen de openbare zedelijkheid (M. VAN LOOK, "Abortus provocatus. Juridische status questionis en perspectieven", *T.P.R.* 1974, 424-426). Niettegenstaande deze wijzigingen en aanpassingen mag men stellen dat wat de beginselen betreft, de zwangerschapsafbreking gepleegd door een arts bij een toestemmende vrouw sedert 1810 steeds en ononderbroken strafbaar is geweest (Brussel 30 juni 1983, *J.T.* 1983, 525; *Journ. proc.* 2 september 1983, 16 noot FR. BRADES).

493 Inzake de toepassing van de vroegere artikelen 348 tot 353 Sw. kunnen in het algemeen drie perioden worden onderscheiden.

A. VAN 1867 TOT DE OPRICHTING VAN DE STAATSCOMMISSIE VOOR ETHISCHE PROBLEMEN (1974)

494 Gedurende deze eerste periode die loopt van 1867 tot aan de oprichting van de Staatscommissie voor ethische problemen in 1974 werd de wet zonder veel discussie toegepast, voorzover tot vervolging werd overgegaan.

Ook toen reeds werd erkend dat veel zwangerschapsafbrekingen niet werden vervolgd omdat het parket niet op de hoogte was (S.C. VERSELE, "Preventie en repressie van de vruchtafdrijving", *R.W.* 1953-54, 1758-1759).

Door de raden van de Orde der geneesheren werd in deze periode streng opgetreden tegenover artsen die door de strafrechter waren veroordeeld wegens het plegen van zwangerschapsafbreking.

Vlak na de eigenlijke oprichting van de Orde der geneesheren na W.O. 2 werden zeer zware sancties opgelegd en werd in sommige gevallen de inschrijving op de lijst van de orde geweigerd aan artsen die vóór de inschrijving veroordeeld waren wegens zwangerschapsafbreking. Een definitief verbod de geneeskunde uit te oefenen werd nog tot in 1963 opgelegd (Gemengde Franstalige Raad van Beroep 15 oktober 1963, *T. Orde Geneesh.* 1962-63, nr. 20, 119-120). Wel kan men bij het nazien van de gepubliceerde uitspraken een mildere houding van de tuchtrechters constateren vanaf ongeveer 1955-56. De sancties zijn dan maar zelden meer dan een schorsing van één jaar.

B. MORATORIUM (1974-1980)

495 Tijdens het zgn. moratorium deden zich inzake de toepassing van de artikelen 348 tot 353 Sw. belangrijke ontwikkelingen voor.

1. "Staatscommissie voor de ethische problemen"

496 Bij K.B. van 13 december 1974 (*B.S.* 17 december 1974) werd een "Staatscommissie voor de ethische problemen" opgericht waarvan de opdracht luidde: "met het oog op te nemen beleidsmaatregelen, een wetenschappelijk gefundeerd advies uit te brengen inzake contraceptiva, het vraagstuk van de abortus, de herziening van de desbetreffende strafwetgeving, het probleem van de anonimiteit van de moeder en dit van het in anonimiteit geboren kind".

In artikel 9 werd de Staatscommissie verzocht haar verslag bij de regering in te dienen vóór de opening van de parlementaire zitting van 1975-76. Uiteindelijk diende de Staatscommissie einde juni 1976 volgende verslagen in bij de Eerste Minister. Een verslag betreffende de anticonceptiva, onderschreven door alle (25) leden van de commissie, op één na (Verslag van de Staatscommissie voor de ethische problemen, *Parl. St.* Senaat 1976-77, nr. 954, deel II). Een bij eenparigheid aangenomen verslag betreffende de anonimiteit van de moeder en het in anonimiteit geboren kind (*id.*, deel III). En twee verslagen betreffende de zwangerschapsafbreking, met name een "voorstel inzake zwangerschapsafbreking met het oog op een verantwoord ouderschapsbeleid", onderschreven door 13 leden van de commissie (*id.*, deel IV) en een "minderheidsverslag van twaalf leden betreffende de herziening van de wetgeving op de zwangerschapsafbreking" (*id.*, deel V).

2. Opschorting van de behandeling van strafdossiers (moratorium)

497 Nadat de Minister van Justitie hun aandacht had gevestigd op de noodzakelijkheid het parlement toe te laten in alle sereniteit een wet goed te keuren, besliste het college van Procureurs-generaal eveneens in 1974 de behandeling van de dossiers op te schorten (zie: Corr. Gent 12 februari 1988, *T.G.R.* 1988, 36).

3. Houding van de Orde der geneesheren

498 De gewijzigde houding van de raden van de Orde der geneesheren bij de bestraffing van zwangerschapsafbreking kwam op verschillende wijzen tot uiting.

Zwangerschapsafbreking door een arts werd niet meer vanzelfsprekend als een inbreuk op de eer en de waardigheid beschouwd. Significant in dit opzicht is een uitspraak van de Raad van beroep van 11 juni 1974 (*T. Orde Geneesh.* 1973-74, nr. 23, 62). Daarin werd aan een arts die een zwangerschapsafbreking nodig oordeelde, verweten dat hij de vrouw naar een onbevoegde engeltjesmaakster had verwezen en niet naar een gynaecoloog. Hij had ervan op de hoogte moeten zijn dat volgens de plichtenleer alleen een gekwalificeerde arts een zwangerschap mag afbreken, in een ziekenhuis dat beantwoordt aan de door de Ziekenhuiswet gestelde erkenningsnormen. In 1975 keurde de Nationale raad van de Orde der geneesheren een nieuwe Code van medische plichtenleer goed (zie boven, nr. 174). Artikel 86 ervan bevat een regeling inzake zwangerschapsafbreking die veel soepeler was dan de vroegere artikelen 348 tot 353 Sw. en de vroegere Code die enkel de zgn. therapeutische zwangerschapsafbreking aanvaardde.

4. *Parlementaire initiatieven*

499 Vanaf 1971 werden in het parlement regelmatig voorstellen van wet ingediend die ertoe strekten hetzij de bepalingen in het Sw. te wijzigen, hetzij de rechtsvervolgingen op grond van de bestaande bepalingen op te schorten, hetzij de toepassing van de bestaande bepalingen gedurende een zekere tijd op de schorten. Geen van deze voorstellen werd wet.

Het eerste voorstel was het voorstel van wet dat door senator W. CALEWAERT in 1971 werd ingediend (voorstel van wet tot opheffing van art. 351 en 353 en van sommige bepalingen van art. 383 Sw. en tot vervanging van de tekst van art. 353 van hetzelfde wetboek, *Parl. St.* Senaat 1970-71, nr. 280; zie: E. CABEAUX, "Considérations nouvelles sur l'avortement légalisé", *J.T.* 1972, 21-28).

5. *Wetswijzigingen in de buurlanden*

500 Tijdens het moratorium wijzigden zowel de Bondsrepubliek (1975-1976), Frankrijk (1975-1979) en Luxemburg (1978) de wetgeving inzake zwangerschapsafbreking. In het Verenigd Koninkrijk was dit reeds in 1967 gebeurd en in Nederland werd de wetswijziging doorgevoerd in 1981.

Deze wetswijzigingen hadden voor Belgische artsen en patiënten niet alleen feitelijke consequenties maar ook juridische. Krachtens artikel 7 § 1 van de Wet van 17 april 1878 houdende de voorafgaande titel Sv. kan een Belg die zich buiten het grondgebied van het Rijk schuldig maakt aan een feit dat door de Belgische wet misdaad of wanbedrijf wordt genoemd, in België vervolgd worden indien op het feit een straf gesteld is door de wet van het land waar het is gepleegd (zie voor een vervolging wegens zwangerschapsafbreking in Nederland vóórdat de Nederlandse wetgeving werd gewijzigd: Gent 28 mei 1979, *R.W.* 1979-80, 1143. Zie voor soortgelijke uitspraken: R. SCREVENS, F. BERNARD-TULKENS, "Chronique semestrielle de jurisprudence", *R.D.P.* 1975-76, 521-522). Opheffing van de strafbaarheid van zwangerschapsafbreking onder bepaalde voorwaarden in die landen leidde tevens tot straffeloosheid ervan in België. Dit bracht LEGROS ertoe te beweren dat zwangerschapsafbreking in België niet strafbaar was, behalve wanneer de ingreep in België zelf werd verricht (P. LEGROS, "Le problème de l'avortement et la logique", *Journ. proc.* 18 oktober 1985, 14-23).

501 Zonder rechtstreeks te leiden tot een wetswijziging, heeft het moratorium duidelijk consequenties gehad voor de rechtspraak inzake zwangerschapsafbreking, en dit in een dubbele zin. Vooreerst daalde tijdens deze periode het aantal veroordelingen wegens zwangerschapsafbreking verricht bij toestemmende vrouwen drastisch.

In 1970 werden in eerste aanleg nog 51 veroordelingen (zowel jegens artsen als niet-artsen, zowel voorwaardelijke als effectieve) uitgesproken, terwijl in 27 gevallen de uitspraak werd opgeschort en in 21 gevallen een vrijspraak viel. In 1974 waren er, steeds in eerste aanleg, slechts 7 veroordelingen, 3 opschortingen en 8 vrijspraken. In 1975 opnieuw 7 veroordelingen waarvan slechts één effectieve en 6 voorwaardelijk, 16 opschortingen en 11 vrijspraken. In 1976, 1977 en 1978 waren er geen veroordelingen. In 1979 was er een lichte heropflakkering met 7 veroordelingen, 5 opschortingen en 2 vrijspraken. In 1980 was er slechts 1 voorwaardelijke veroordeling (voorstel van wet betreffende de zwangerschapsafbreking, *Parl. St.* Senaat 1985-86, nr. 189/1, werkstuk 4, antwoord van de Minister van Justitie op vragen van senator VAN IN; zie ook: voorstel van wet betreffende de zwangerschapsafbreking, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, Bijlage 3).

502 Een tweede consequentie van het moratorium is geweest dat, waar na verloop van het moratorium toch tot vervolging wegens zwangerschapsafbreking werd overgegaan, het bestaan zelf van het moratorium werd ingeroepen en een enkele keer aanvaard als schuldopheffingsgrond, m.n. de dwaling.

Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde in 1983 dat de gedagvaarde artsen, die gedurende 10 jaar werden geconfronteerd met de betwistingen inzake de toepassing van de wet en de totale immuniteit waarvan artsen in andere arrondissementen genoten, in de periode 1977-81 hadden kunnen menen dat zij de wet niet schonden. Het hof aanvaardde het bestaan van een zgn. onoverwinnelijke dwaling in hoofde van deze artsen, hun medewerkers en hun patiënten (Brussel 30 juni 1983, *J.T.* 1983, 525; *Journ. proc.* 1983, 16 noot Fr. PRADES, die van oordeel is dat het hof ten onrechte de dwaling aanvaardde). In dezelfde zaak had de correctionele rechtbank de dwaling niet aangenomen (Corr. Brussel 10 januari 1983, *Journ. proc.* 1983 noot M. PREUMONT en eveneens *Journ. proc.* 1983, 12).
In alle andere gevallen waarin een beroep werd gedaan op dwaling ten gevolge van het moratorium, werd dit verworpen (Brussel, *Journ. proc.* 6 september 1985, 29; Corr. Brussel 9 februari 1988, *Journ. proc.* 1988, afl. 124, 31; Corr. Gent 12 februari 1988, *T.G.R.* 1988, 36-37; *Vl. T. Gez.* 1987-88; 347 noot M. VAN LIL; Brussel 28 september 1988, *Jur. Liège* 1988, 1448).

C. 1981 TOT DE WET VAN 3 APRIL 1990

503 Tijdens dit decennium, tevens het laatste waarin de artikelen 348 tot 353 Sw. ongewijzigd van kracht waren, deden zich de volgende ontwikkelingen voor die bepalend zijn geweest voor de totstandkoming van de Wet van 3 april 1990.

1. Einde van het moratorium

504 Op 27 april 1978 lichtte de Minister van Justitie het parlement er over in dat de strafvervolgingen in het arrondissement Brussel zouden worden hervat omdat de Procureur-generaal bij het Hof te Brussel van oordeel was dat het Openbaar Ministerie de wet niet langer naast zich kon blijven neerleggen. De minister kon de Procureur-generaal evenwel overhalen voorlopig niemand te laten dagvaarden, om het parlement verder zijn werk te kunnen laten doen (Corr. Gent 12 februari 1988, *T.G.R.* 1988, 36; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 347 noot M. VAN LIL). Op 12 maart 1981 evenwel liet de Minister van Justitie de Commissie voor justitie weten dat de Procureur-generaal bij het Hof te Brussel hem op 23 januari 1981 had gemeld "de toepassing van de wet" te zullen vorderen nu een wijziging van de wet al die tijd was uitgebleven.

Maar ook na de beëindiging van het moratorium kwam het aantal vervolgingen en veroordelingen wegens zwangerschapsafbreking niet meer op het peil van vóór 1970. In de rechtsgebieden van de Hoven van Beroep van Antwerpen, Luik en Bergen werden sedert 1980 geen veroordelingen meer uitgesproken wegens zwangerschapsafbreking. In de periode 1980-85 werden in het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Gent 8 veroordelingen uitgesproken, waarvan 5 met opschorting. In het rechtsgebied van het Hof van Beroep te Brussel daarentegen werden in 1982 12 vonnissen, in 1983 29 vonnissen en in 1985 9 vonnissen geveld. Al deze uitspraken, op één na, gebeurden in het arrondissement Brussel (voorstellen van wet betreffende de zwangerschapsafbreking, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, Bijlage 3, 202-203).
Doordat de vervolgingen en veroordelingen zich voordeden in het arrondissement Brussel en vrijwel nergens anders plaats vonden, beriep de verdediging van de in Brussel vervolgde artsen zich meermaals op de schending van artikel 6 E.V.R.M. (recht op een eerlijk proces) en artikel 6 G.W. (gelijke behandeling). Volgens het Hof van Cassatie impliceert artikel 6 E.V.R.M. niet dat alle personen die mogelijk bij een strafzaak kunnen betrokken zijn, zouden dienen te worden vervolgd of in de vervolging zouden dienen te worden betrokken (Cass. 5 februari 1985, *Arr. Cass.* 1985, 760; *Pas.* 1985, I, 670; *Journ. proc.* 1985, afl. 59, 8). Evenmin staat het grondwettelijk beginsel van de gelijkheid de opportuniteitsbeoordeling van strafvervolgingen door het O.M. in de weg: het komt toe aan het O.M. te oordelen of, in acht genomen de feitelijke gegevens en omstandigheden van een zaak, het instellen van een strafvervolging verantwoord is (Cass. 5 februari 1985, *Arr. Cass.* 1985, 760; *Pas.* 1985, I, 670; *Journ. proc.* 1985, afl. 59, 8; in dezelfde zin: Corr. Gent 12 februari 1988, *T.G.R.* 1988, 35, *Vl. T. Gez.* 1987-88, 347, noot M. VAN LIL).

2. Decreet van 10 juli 1984 van de Franse Gemeenschapsraad

505 Door de goedkeuring van dit decreet en meer bepaald het dubbelzinnig gestelde artikel 3 kreeg de discussie over de wettelijkheid van zwangerschapsafbreking verricht door een arts in een instelling voor gezondheidszorg die onder de bevoegdheid van de Franse Gemeenschap valt een extra-stimulans (over de interpretatie van art. 3: zie boven, nr. 488-491).

3. Houding van de raden van de Orde der geneesheren

506 Tijdens deze periode bleef de houding van de raden van de Orde der geneesheren ongewijzigd. Voorzover bekend, werden geen tuchtrechtelijke vervolgingen meer ingezet of veroordelingen uitgesproken wegens zwangerschapsafbreking.

4. Parlementaire initiatieven

507 Het einde van het moratorium heeft tevens geleid tot meerdere parlementaire initiatieven om de artikelen 348 tot 353 Sw. te wijzigen. Tijdens de parlementaire zittingen 1980-81 en 1981-82 werden telkens vier wetsvoorstellen ingediend die daartoe strekten.

Het belangrijkste politieke gegeven was evenwel dat in 1986 een gezamenlijk wetsvoorstel werd neergelegd door parlementsleden van de liberale en de socialistische partijen (voorstel van wet betreffende de zwangerschapsafbreking, strekkende om de art. 348, 350 en 351 Sw. te wijzigen en de art. 352 en 353 van hetzelfde wetboek op te heffen, *Parl. St.* Senaat 1985-86, nr. 189/1). Tot dan hadden beide partijen steeds een afzonderlijk wetsvoorstel ingediend.

De besprekingen van het gezamenlijke wetsvoorstel in de Verenigde Commissies voor de justitie en de volksgezondheid van de Senaat konden niet worden afgerond ten gevolge van de parlementsontbinding op 8 november 1987. In het Regeerakkoord dat op 2 mei 1988 werd goedgekeurd werd het de taak van het parlement genoemd om "eventuele wijziging te behandelen van de artikelen 348 tot 353 Sw.". De meerderheidsfracties verbonden zich in datzelfde regeerakkoord ertoe tot einde 1988 met elkaar overleg te plegen over dit onderwerp. Deze overlegperiode was gebonden aan het feit dat de regering de Minister van Justitie opdroeg de nodige initiatieven te nemen teneinde het noodzakelijke klimaat te scheppen voor een sereen debat. Reeds vóór de goedkeuring van dit regeerakkoord was het gezamenlijke voorstel van socialistische en liberale parlementsleden opnieuw bij het parlement neergelegd, nl. op 19 april 1988 (voorstel van wet betreffende de zwangerschapsafbreking strekkende om de art. 348, 350 en 351 Sw. te wijzigen en de art. 352 en 353 van hetzelfde wetboek op te heffen, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/1). Dit voorstel ligt aan de basis van de Wet van 3 april 1990. Het voorstel werd goedgekeurd door de Senaat op 6 november 1989 en door de Kamer van Volksvertegenwoordigers op 29 maart 1990.

§ 3. Zwangerschapsafbreking (art. 350 Sw.)

A. TERMINOLOGIE

508 In het opschrift van de Wet zwangerschapsafbreking is sprake van "zwangerschapsafbreking". Dezelfde term komt ook voor in artikel 350, tweede lid Sw., terwijl artikel 350, eerste lid Sw. spreekt over "vruchtafdrijving".

Vruchtafdrijving is alsdusdanig een misdrijf. Zwangerschapsafbreking niet, zo een aantal voorwaarden worden nageleefd.

509 Noch vruchtafdrijving noch zwangerschapsafbreking worden in de wet gedefinieerd.

Ook vóór de Wet van 3 april 1990 bevatte het Sw. geen definitie van vruchtafdrijving. Rekeninghoudend met de verschillende definities in de literatuur kon vruchtafdrijving worden omschreven als "de kunstmatige en vrijwillige vernietiging van het product van de conceptie vóór het einde van de zwangerschap, ongeacht de leeftijd en de levensvatbaarheid van de foetus" (M. RIGAUX, P.E. TROUSSE, *Les crimes et les délits*, Brussel, Bruylant, 1968, 139; in dezelfde zin o.m.: M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "Considérations sur les problèmes juridiques de l'avortement", *Ann. dr. Louvain* 1971, 427, noot 3 en F. DELPEREE, "La Cour d'Arbitrage et l'avortement", in *Annuaire International de Justice Constitutionelle*, Parijs, Economica, 1988, 109; ook in de rapporten van de "13" en van de "12" van de Staatscommissie voor ethische problemen wordt eenzelfde omschrijving gegeven, *a.w.*, 121 en 264; in het rapport van de "13" wordt na de omschrijving nog toegevoegd: "de bepalingen die betrekking hebben op de zwangerschapsafbreking dekken bijgevolg de periode die gaat van de conceptie tot bij het begin van de baring. Op dat ogenblik worden ze vervangen door de beschikkingen inzake kindermoord". Dezelfde ruime opvatting treft men aan in de rechtspraak: Bergen 18 februari 1892, *Pas.* 1892, III, 120; Luik 10 november 1948, *Pas.* 1949, II, 11; Brussel 15 april 1950, *J.T.* 1950, 393).
Er bestond zowel in de rechtspraak als de rechtsleer weinig discussie over die betekenis van vruchtafdrijving in de artikelen 348 tot 353 Sw.
Bij de bespreking van de Wet zwangerschapsafbreking hebben de indieners van het wetsvoorstel in de Senaatscommissie een andere opvatting verdedigd. Op de bemerking van een commissielid dat, wegens het ontbreken van een beperking in de tijd, zwangerschapsafbreking mogelijk werd gemaakt "tot de dag vóór de geboorte van het kind", repliceerde een van de indieners dat dit totaal verkeerd was. "Het woord abortus heeft een specifieke betekenis en bestaat in een ingreep of het toedienen van een geneesmiddel waarbij een vrucht die nog geen zelfstandig leven kan leiden, geëxpulseerd wordt" (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 148). In deze omschrijving is de levensvatbaarheid van de foetus determinerend. Uit de verdere bespreking in de

Senaatscommissie blijkt dat de indieners van het ontwerp zich hebben gesteund op een omschrijving van zwangerschapsafbreking zoals die in het rapport van de "13" wordt gegeven (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 155). Het gaat hier nochtans om een medische omschrijving van (spontane en geprovoceerde) abortus en niet om de juridische omschrijving die in hetzelfde meerderheidsrapport wordt gegeven en die hierboven is aangehaald. Zonder nadere toelichting wordt gesteld: "die notie wordt ook door de auteurs van het voorstel gehanteerd". Met een beroep op het Senaatscommissieverslag werd in de Kamercommissie hetzelfde standpunt verdedigd (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer nr. 950/9, 125, 128 en 129).

510 Het is de vraag of deze verklaringen afgelegd in Kamer en Senaat, vermogen de klassieke opvatting omtrent vruchtafdrijving, zoals ze zowel in de rechtspraak als in een haast unanieme rechtsleer is terug te vinden, te wijzigen. Gelet op de herhaaldelijk afgelegde verklaringen in Senaat en Kamer kan men niet anders besluiten dan dat de meerderheid die de Wet zwangerschapsafbreking heeft goedgekeurd wetens en willens en met kennis van zaken aan vruchtafdrijving, en meteen aan zwangerschapsafbreking, een andere inhoud heeft gegeven dan welke tot dan algemeen werd aanvaard. De uiterste grens voor (verboden) vruchtafdrijving en (toegelaten) zwangerschapsafbreking is gelegen in de levensvatbaarheid van de vrucht en niet meer in de nakende geboorte van het kind. Dit heeft belangrijke consequenties voor de bescherming van het ongeboren leven dat levensvatbaar is maar waarvan de geboorte nog niet in zicht is (zie verder, nr. 454). Voorzover men zou aannemen dat de vroeger aanvaarde definitie van vruchtafdrijving dient te worden gehandhaafd totdat de rechtspraak, op grond van de voorbereidende werken van de Wet van 3 april haar positie opnieuw heeft bepaald, zal men tot een ander besluit komen (in deze zin: Y.-H. LELEU en E. LANGENAKEN, "Quel statut pour l'embryon et le foetus dans le champ juridique belge?", *J.T.* 2002, 660, nr. 11 en Y.-H. LELEU, "Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence 'Perruche'", *R.G.A.R.* 2002, 13466, nr. 16).

B. BESTANDDELEN VAN HET MISDRIJF VRUCHTAFDRIJVING

511 Krachtens artikel 350, tweede lid Sw. is er geen misdrijf wanneer de voorwaarden vermeld in die bepaling zijn vervuld. Om te beginnen moet worden onderzocht wanneer er wel een misdrijf is. Om deze reden is het van belang de bestanddelen van het misdrijf vruchtafdrijving te bespreken.

1. Kunstmatige beëindiging van een zwangerschap

512 Vruchtafdrijving veronderstelt een handeling gericht op de beëindiging van de zwangerschap. Hierdoor onderscheidt vruchtafdrijving zich van een spontane abortus of miskraam.

Om het even welk middel komt in aanmerking. Artikel 350, eerste lid Sw. laat hierover geen twijfel mogelijk. Deze formulering werd ook reeds in het vroegere artikel 350 Sw. gebruikt. De terminologie in artikel 348 Sw. werd daarentegen wel veranderd. Dit verschil is niet gewild door de auteurs van het wetsvoorstel maar is het resultaat van amenderingen (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 96).

2. *Opzettelijke beëindiging*

513 Artikel 350, eerste lid Sw. vermeldt, evenmin als het vroegere artikel 350 Sw., dat de vruchtafdrijving opzettelijk dient te gebeuren, en dit i.t.t. artikel 348 Sw. Toch werd voor de toepassing van het vroegere artikel 350 Sw. opzet vereist. Nu is dat eveneens vereist.

Uit verschillende passages uit de voorbereidende werken bleek duidelijk de bedoeling alleen de opzettelijk veroorzaakte zwangerschapsafbreking strafbaar te stellen (M. VAN LOOK, *t.a.p.*, 430 nr. 19). Ook bij de bespreking van de Wet zwangerschapsafbreking is het opzet vereist voor de toepassing van artikel 350 Sw. opnieuw ter sprake gekomen, zij het voornamelijk i.v.m. artikel 350, tweede lid Sw. (zwangerschapsafbreking). Het woord "opzettelijk" werd niet in de tekst opgenomen omdat werd uitgegaan van de hypothese dat de vrouw uitdrukkelijk erin toestemde de ingreep te laten verrichten en de arts haar verzoek heeft ingewilligd (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 114; zie ook: M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *a.w.*, 141).

3. *Vernietiging van de vrucht*

514 Vruchtafdrijving veronderstelt de kunstmatige en opzettelijke vernietiging van de vrucht. Met vernietiging wordt bedoeld: doden. Uitdrijving of uitstoting (expulsion) is niet vereist, hoewel doorgaans de uitdrijving het resultaat zal zijn van de vernietiging (*R.P.D.B.*, tw. *Avortement*, 1*bis*).

Vermits de vrucht wordt vernietigd d.w.z. gedood, diende hij te leven. Als de vrucht reeds dood was op het ogenblik van de vruchtafdrijving, is er geen misdrijf (VAN LOOK, *t.a.p.*, 429; anders: Bergen 18 februari 1892, *Pas.* 1892, II, 120).

515 De vernietiging dient plaats te hebben in utero. Indien de vrucht levend ter wereld komt en blijft leven of sterft ten gevolge van omstandigheden die geen verband houden met de op vruchtafdrijving gerichte handelingen, dan kan men niet van vruchtafdrijving spreken (Cass. 3 december 1941, *Arr. Cass* 1941, 247; *Pas.* 1941, I, 441, noot). Maar wanneer de levend geboren vrucht sterft als gevolg van de voortijdige afdrijving, dan is het wel een vruchtafdrijving en geen kindermoord in de zin van artikel 396 Sw. (*R.P.D.B.*, tw. *Avortement*, 1*bis*). De vernietiging van een embryo *in vitro* is geen vruchtafdrijving.

4. *Niet-levensvatbare embryo of foetus*

516 Vereist is de kunstmatige en opzettelijke vernietiging van een product van de conceptie d.w.z. een embryo of foetus. De leeftijd van het embryo of de foetus speelt geen rol (zie i.v.m. de vruchtafdrijving vlak na de conceptie: Cass. 14 december 1914, *Pas.* 1915, I, 155). Onder de vroegere wetgeving was het van geen belang of de vrucht al dan niet reeds levensvatbaar was. Gelet op de wil van de meerderheid die de Wet zwangerschapsafbreking goedkeurde kan thans slechts van vruchtafdrijving sprake zijn voorzover de levensvatbaarheidsgrens niet is overschreden (zie boven, nr. 509-510). Acht men deze wilsuiting onvoldoende om te breken met de vroeger aanvaarde definitie

van vruchtafdrijving dan speelt het al dan niet levensvatbaar zijn van de foetus geen rol.

Het Hof van Cassatie spreekt over het begin van de embryonaire ontwikkelingsfase (Cass. 14 december 1914, *Pas.* 1915, I, 155). Gelet op het onderscheid dat thans wordt gemaakt tussen preembryo (tot 14 dagen na de conceptie) en embryo zou dit betekenen dat vruchtafdrijving juridisch niet mogelijk is gedurende de eerste dagen na de conceptie. In 1914 was dat onderscheid echter niet gekend.

517 Het vernietigen van een foetus veronderstelt uiteraard dat de vrouw zwanger is (art. 350, tweede lid Sw; Corr. Brussel 26 juni 1967, *R.D.P.* 1967-68, 997).

Het bewijs van de zwangerschap moet door het O.M. worden geleverd (*R.P.D.B.*, 3). Dit bewijs is niet aan bijzondere regels onderworpen (Cass. 17 oktober 1949, *Arr. Cass.* 1950, 79; *Pas.* 1950, I, 84). Het bewijs van de zwangerschap en van het in het leven zijn van de vrucht is moeilijk, zeker wanneer de conceptus nog maar enkele weken oud is.

518 Dit bestanddeel van het misdrijf van vruchtafdrijving is vervuld wanneer bij een meerlingenzwangerschap een of meerdere vruchten worden vernietigd en andere niet (zgn. selectieve zwangerschapsafbreking). In dit opzicht is de term vruchtafdrijving trouwens beter op zijn plaats dan zwangerschapsafbreking en, *a fortiori*, zwangerschapsonderbreking. GULDIX kwam tot "de onvermijdelijke conclusie dat, indien ook het morele bestanddeel van het opzet in hoofde van de dader aanwezig is, embryoreductie voldoet aan de wettelijke strafbaarheidsvoorwaarden" (van vruchtafdrijving) (E. GULDIX, "Is embryoreductie bij een meerlingenzwangerschap strafbaar?", in *Liber Amicorum André Prims*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 163-174). Embryoreductie is de praktijk die beoogt het aantal embryo's door een levensberovende transvaginale, transabdominale of transcervicale ingreep – bij voorkeur in een vroeg stadium van de zwangerschap – terug te brengen tot twee of drie om de overblijvende embryo's normale ontwikkelingskansen te geven. Om aan de strafbaarheid te ontsnappen zal de arts derhalve de voorwaarden moeten naleven die in artikel 350, tweede lid worden bepaald.

5. *Causaal verband*

519 Tussen het wetens en willens handelen en de vernietiging van de conceptus dient een oorzakelijk verband te bestaan. Dit oorzakelijk verband mag met alle middelen worden bewezen (Cass. 22 mei 1950, *Pas.* 1950, I, 663).

C. NIET-STRAFBARE BEEINDIGING VAN EEN ZWANGERSCHAP (ART. 350, TWEEDE LID SW.)

520 Wanneer een zwangere vrouw die door haar toestand in een noodsituatie verkeert een arts verzoekt haar zwangerschap af te breken dan is deze zwangerschapsafbreking geen misdrijf, mits een aantal voorwaarden vervuld zijn (art. 350, tweede lid Sw.).

1. Noodsituatie

a. Betekenis en draagwijdte van noodsituatie

521 De wet bevat geen nadere omschrijving van noodsituatie.

Uit de voorbereidende werken blijkt dat een nadere omschrijving, in de zin van aanduiding van objectieve elementen die het mogelijk moeten maken een noodsituatie te herkennen, bewust achterwege werd gelaten. De noodsituatie waarin de vrouw verkeert berust op de weloverwogen en volgehouden weigering van een vrouw om de zwangerschap te voltooien (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988 nr. 247/1, 9). De indieners van het voorstel wezen een objectivering van de noodsituatie van de hand, want dat zou leiden tot controles met willekeur als gevolg (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988 nr. 247/2, 82-83). Een precieze omschrijving van noodsituatie zou toch niet te geven zijn (*id.*, 13 en 23-24), vermits de noodsituatie "een subjectieve gevoelsmatige toestand is die niet objectiveerbaar is" (*id.*, 82). De noodsituatie is een gevolg van wat men heeft meegemaakt en uit zich in de weigering om de zwangerschap uit te dragen (*id.*, 89). In het verslag van de Kamercommissie wordt een en ander samengevat. "De noodsituatie waarin de vrouw zich bevindt is ongetwijfeld het doorslaggevende element. Die noodsituatie is een subjectieve toestand, eigen aan de vrouw, die tot de overtuiging is gekomen dat zij haar zwangerschap niet aankan. De criteria waarop die redenering steunt, zijn strikt persoonlijk en verschillen van vrouw tot vrouw. Die elementen kunnen bijgevolg niet geobjectiveerd of beoordeeld worden. Ze hebben betrekking op de geestelijke ingesteldheid van de vrouw, haar ervaringen, haar geweten" (wetsontwerp betreffende de zwangerschapsafbreking, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 4).
Deze opvatting over de noodsituatie is precies dezelfde als die in de Franse Wet op de zwangerschapsafbreking (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 90). Artikel L. 162-2 Code de la santé publique eist een "état de détresse". Volgens MEMETEAU gaat het om een zeer onduidelijke uitdrukking (G. MEMETEAU, *Le droit médical*, Parijs, Litec, 1984, 328, nr. 489). De uitdrukking noodsituatie treft men voorts nog aan in de Nederlandse wet en ook hier blijkt het te gaan om een subjectieve, niet in het algemeen te omschrijven, toestand. Bij de bespreking van het Nederlandse wetsontwerp werd door de regering opzettelijk aan het begrip noodsituatie geen verdere inhoud gegeven en geen criteria, noch zelfs toelichting verstrekt vanwege de individualiteit van iedere beslissing (H.J.J. LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht*, 139).
De opvattingen over het begrip noodsituatie zoals ze hiervoor werden weergegeven, brachten de Raad van State er toe te suggereren dit begrip te laten vervallen. Volgens de Raad had dit begrip geen enkele rechtsinhoud omdat het niet nauwkeurig en objectief kon worden gedefinieerd (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat 1989-90, nr. 247/8, 6). De indieners van het voorstel zijn op deze suggestie niet willen ingaan. Het begrip noodsituatie is niet bedoeld als een begrip met een juridische inhoud maar met een morele inhoud. Zou men de noodsituatie weglaten dan zou het voorstel veel ruimer worden en zou het geen enkele morele uitstraling meer hebben (*id.*, nr. 247/10, 3, 4, 5). In een later uitgebracht advies heeft de Raad van State de bedoelingen van de indieners zo begrepen dat "de verwijzing naar de noodtoestand gewild is als een tempering op de niet-strafbaarstelling van de zwangerschapsafbreking". In hetzelfde advies herneemt de Raad de mening dat het begrip noodsituatie "niet-onontbeerlijk" is, d.w.z. kan worden gemist, "behalve wanneer men van oordeel is dat het om een psychologische voorwaarde gaat" (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/5, 6-7).
Deze verschillen inzake de draagwijdte van het begrip noodsituatie heeft men ook kunnen vaststellen bij de auteurs van het wetsvoorstel dat de Wet van 3 april 1990 is geworden. De opvattingen van beiden over de noodsituatie zijn nooit helemaal dezelfde geweest en de verwarring die daarvan het gevolg is geweest, verklaart de uiteenlopende interpretaties die voor- en tegenstanders van de wet eraan geven. Voor LALLEMAND was de voorwaarde "noodsituatie' essentieel omdat zij een "temperende" werking zou hebben ten aanzien van de vraag naar zwangerschapsafbreking. De overgrote meerderheid zwangerschapsafbrekingen heeft niets te maken met gezondheidsproblemen, stelde LALLEMAND, maar met "morele nood". Die morele nood of dat "morele conflict" volgt uit "de wil om aan de zwangerschap een einde te maken ondanks het belang dat men objectief aan de foetus toekent". De noodsituatie is in de ogen van LALLEMAND dus niet zomaar gelijk te stellen met de vaste wil van de vrouw (hetgeen volgens de tegenstanders leidt tot een

abortus op eenvoudige aanvraag) maar van het conflict tussen die vaste wil en het morele belang dat de zwangere vrouw toekent aan de foetus. De vrouw kiest niet voor een noodtoestand maar ondergaat die ten gevolge van het morele conflict waarin zij zich bevindt. In de wet wordt dat als volgt uitgedrukt: "de zwangere vrouw die door haar toestand in een noodsituatie 'verkeert'" en niet: "de zwangere vrouw die meent dat haar toestand haar in een noodtoestand dringt". Voor LALLEMAND was het ondenkbaar dat iemand anders dan de vrouw zelf: de wetgever, de rechter maar ook de arts tot wie de vrouw zich heeft gewend, haar uit dit moreel probleem zou verlossen. Want dan zou de vrouw haar morele verantwoordelijkheid op een ander kunnen afschuiven. De arts diende in het oorspronkelijke voorstel van LALLEMAND alleen maar na te gaan of de vrouw de vaste wil had om een zwangerschapsafbreking te ondergaan. Of zij zich in een noodsituatie bevond was niet zijn zaak.
Mevrouw HERMAN-MICHIELSEN heeft van bij het begin van het debat veel minder de klemtoon gelegd op de autonomie van de zwangere vrouw. Aanvankelijk was zij zelfs voorstander van een wettelijke regeling waarin enkel een, weliswaar ruim opgevatte, gezondheidsindicatie zwangerschapsafbreking kon rechtvaardigen. Zij stapte daarvan af omdat niet alleen gezondheidsredenen maar ook "economische omstandigheden die maken dat de draagkracht van een vrouw overschreden wordt" een zwangerschapsafbreking kunnen rechtvaardigen. Deze opvatting staat ver af van het moreel conflict dat LALLEMAND inroept als ultieme rechtvaardiging voor zwangerschapsafbreking (zie hierover uitvoeriger: H. NYS, "Zelfbeschikkingsrecht en zwangerschapsafbreking", in J. VELAERS (ed.), *Over zichzelf beschikken*, Antwerpen, Maklu, 1996, 210-220; H. NYS, "De wet op de zwangerschapsafbreking" in W.A. DUMON en J. VAN ACKER (ed.), *Gezin, relaties en seksualiteit. Documentatie voor hulpverlening en vorming*, Leuven, G.I.D.S., 1997, 2).

522 De noodsituatie (situation de détresse) mag niet worden verward met de noodtoestand (état de nécessité).

Noodtoestand heeft een welbepaalde betekenis in het strafrecht, nl. de situatie waarin het overtreden van strafrechtsbepalingen en het schenden van strafrechtelijk beschermde rechtsgoederen en rechtsbelangen het enige middel is om andere – belangrijker – rechtsgoederen of rechtsbelangen te vrijwaren (DUPONT en VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, nr. 381; C. HENNAU en J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Brussel, Bruylant, 1992, nr. 203). Als een van de klassieke voorbeelden van noodtoestand vermelden de eerstgenoemde auteurs de zgn. therapeutische abortus. Vóór de Wet van 3 april 1990 was in geen enkele uitzondering voorzien op het verbod van zwangerschapsafbreking. Zoals ieder ander misdrijf kon de vruchtafdrijving worden gerechtvaardigd door de noodtoestand. In de rechtspraak werd noodtoestand niet eenduidig begrepen. Volgens het Hof van Beroep te Brussel kon als rechtvaardigingsgrond alleen worden aanvaard de noodtoestand die volgt uit een objectief gegeven: de toestand van de moeder en de absolute noodzakelijkheid haar leven te redden. Leven dient in zijn gebruikelijke zin te worden verklaard, d.w.z. het niet-dood zijn (Brussel 14 maart 1984, *Journ. proc.* 8 juni 1984, 27; het cassatieberoep werd verworpen door Cass. 5 februari 1985, *Arr. Cass.* 1985, 760; *Pas.* 1985, I, 670; *Journ. proc.* 1985, nr. 59, 28). Het Hof van Beoep te Brussel noemde een zwangerschapsafbreking in deze omstandigheden een therapeutische abortus, uitdrukking die het Hof van Cassatie nooit heeft gebruikt. Volgens BLOCH sluit deze opvatting over de therapeutische abortus aan bij de uitdrukkelijke wil van de strafwetgever in 1867 zoals die blijkt uit de voorbereidende werken (A. BLOCH, "Abortus en mensenrechten", in *Abortus provocatus*, Gent, Omega Editions, 1987, 89 en noot 77). Met een beroep op dezelfde voorbereidende werken kwam de Correctionele Rechtbank te Gent tot een ruimere interpretatie van noodtoestand bij zwangerschapsafbreking (Corr. Gent 12 februari 1988, *T.G.R.* 1988, 38; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 347 noot M. VAN LIL). Volgens deze rechtbank kan leven niet louter worden beschouwd als niet-dood zijn en komt het toe aan de rechter het begrip noodtoestand in te vullen. Het Hof te Gent heeft deze uitspraak vernietigd (Gent 14 november 1988, *T.G.R.* 1988, 172; *Vl. T. Gez.* 1988-89, 245, noot M. VAN LIL). Ook in de rechtsleer wordt soms een ruimere interpretatie van therapeutische zwangerschapsafbreking, gerechtvaardigd door de noodtoestand, verdedigd (vgl.: R. LIBIEZ, "Réflexions sur l'avortement et l'état de nécessité en droit pénal", *Journ. proc.* 1983, afl. 31, 10-17).

523 De beperkende interpretatie die doorgaans in de rechtspraak wordt gegeven van therapeutische zwangerschapsafbreking is door de Wet van 3 april 1990 niet achterhaald.

Er kunnen zich omstandigheden voordoen dat een arts tot zwangerschapsafbreking dient over te gaan zonder dat de voorwaarden van artikel 350 Sw. kunnen worden nageleefd. In dat geval zal een beroep op de noodtoestand een rechtvaardiging kunnen geven aan deze zwangerschapsafbreking (voorstel van wet betreffende de zwangerschapsafbreking, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 89: wanneer aan de in de wet bepaalde voorwaarden niet is voldaan, kan de strafrechter de noodtoestand toch in overweging nemen, bv. wanneer het leven van de moeder in gevaar is).

524 Terwijl de noodtoestand een (niet-wettelijke) rechtvaardigingsgrond is (DUPONT en VERSTRAETEN, nr. 383), is de strafrechtelijke betekenis van de noodsituatie in artikel 350, tweede lid Sw. veel minder duidelijk.

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet zwangerschapsafbreking werd door sommigen de stelling verdedigd dat de noodsituatie een rechtvaardigingsgrond zou inhouden of een "strafuitsluitende verschoningsgrond" (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 97; zie ook: F. KEFER, "La naissance d'un enfant après l'échec d'un avortement est-elle constitutive d'un préjudice?", *J.T.* 1990, 64; J. SACE, "Chronique de législation 1990, interruption de grossesse", *R.D.P.* 1991, 466: "La cause de justification prévue par l'article 350, deuxième alinéa Code pénal"). Maar volgens anderen gaat het hier om een strafrechtelijk *novum*: met het begrip noodsituatie worden de vertrouwde paden van rechtsleer en rechtspraak verlaten (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 70). Het onderscheid tussen beide benaderingen is wezenlijk. Wanneer de noodsituatie een rechtvaardigingsgrond is, dan betekent dit dat de zwangerschapsafbreking niet wederrechtelijk is. Volgens de andere opvatting ontbreekt het materieel element zodat er van een misdrijf geen sprake is wanneer de noodsituatie aanwezig is. Een en ander is vooral van belang voor de bevoegdheid voor de strafrechter (zie verder, nr. 528). In het advies dat de algemene vergadering van de Raad van State uitbracht, treft men deze laatste opvatting aan: "Het is volgens het procédé dat gevolgd is in de aan de Raad van State voorgelegde teksten, het materieel bestanddeel van het misdrijf dat ontbreekt, wanneer is voldaan aan alle voorwaarden die voor de niet-strafbaarstelling zijn vereist" (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/5, 4).

b. Beoordeling van de noodsituatie

525 De invulling van het begrip noodsituatie en de beoordeling over de aanwezigheid ervan is de eindverantwoordelijkheid van de vrouw, de beslissing over de noodsituatie kan niet worden overgelaten aan een derde (wetsvoorstel, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988 nr. 247/2, 23-24). Gelet op de uiterst persoonlijke en subjectieve aard van de noodsituatie is een beoordeling van de noodsituatie niet mogelijk. Een beoordeling veronderstelt objectieve maatstaven en die ontbreken (zie boven, nr. 521). Een noodsituatie in de zin van artikel 350, tweede lid Sw. wordt niet zozeer beoordeeld dan wel aangevoeld door de vrouw.

Met het verschil in opvatting over de noodsituatie hing samen een andere kijk op de taak van de arts. Voor LALLEMAND had die zich niet te bemoeien met de noodsituatie van de zwangere vrouw. HERMAN-MICHIELSEN zag dat duidelijk anders: "De vrouwen moeten hun situatie uitleggen aan een arts voor wie de ingreep een zware beslissing is, gelet op de medische deontologie". Nog

duidelijker is dit citaat van een anoniem gebleven voorstander van de wet: "de indieners van het voorstel zijn bij hun oorspronkelijke opvatting gebleven die altijd duidelijk is geweest: de arts tot wie de vrouw zich wendt moet de noodsituatie vaststellen" (zie: H. NYS, "Zelfbeschikkingsrecht en zwangerschapsafbreking", in J. VELAERS (ed.), *t.a.p.*, 210-220; H. NYS, "De wet op de zwangerschapsafbreking", in W.A. DUMON en J. VAN ACKER (eds.), *a.w.*, 1997, 3).

526 Het is dan ook niet uitsluitend de zwangere vrouw die uitmaakt of er een noodsituatie is. Ook de arts tot wie de vrouw zich wendt voor een zwangerschapsafbreking is hierbij betrokken.

Op dit punt verschilt de Belgische wet onmiskenbaar van de Franse. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd hierop meermaals gewezen. De Franse wet laat het oordeel over de noodsituatie volledig over aan de vrouw zelf. In een arrest van de Franse Conseil d'Etat van 31 oktober 1980 is sprake van het recht van de vrouw "d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de la grossesse" (Conseil d'Etat 31 oktober 1980, *D.* 1981, 38 concl. GENEVOIS). Ook meer recent is dit herhaaldelijk gesteld in de discussies over de toelaatbaarheid van een ongewenste geboorte- en ongewenst leven vordering (zie verder, nr. 579). Volgens een van de indieners van het voorstel dat de Wet van 3 april 1990 is geworden verschilt het voorstel van de Franse wet doordat het geen abortus op aanvraag invoert. De arts heeft tot taak zich een oordeel te vormen van de noodsituatie door na te gaan of de vrouw weloverwogen en volgehouden weigert de zwangerschap uit te dragen (wetsvoorstel, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 106).
Toch gaat het hier niet om een medisch-professioneel oordeel van de arts op grond van zijn medische deskundigheid. "Of de vrouw zich in een noodsituatie bevindt, kan door de arts worden vastgesteld, veeleer door zijn psychologisch inzicht en ervaring dan door zijn professionele deskundigheid" (*t.a.p.*, 84). Dit betekent dat de arts niet oordeelt over het bestaan van een noodsituatie, doch vaststelt of de vrouw naar haar eigen overtuiging zich al dan niet in een noodsituatie bevindt: de arts tot wie de vrouw zich wendt moet de noodsituatie vaststellen (*t.a.p.*, 82). Hierbij mag de arts zich niet in de plaats stellen van de vrouw om na te gaan of zij alle belangen wel correct afweegt (*t.a.p.*, 89).

527 Dat de noodsituatie niet enkel wordt beoordeeld door de zwangere vrouw zelf, blijkt ook uit artikel 350, 2°, laatste lid. In dat artikel is sprake van "de appreciatie van de geneesheer over de vaste wil en de noodsituatie van de zwangere vrouw, op basis waarvan hij aanvaardt de ingreep uit te voeren".

Hoewel de geraadpleegde arts niet in de plaats kan oordelen van de zwangere vrouw en niet in haar plaats mag beslissen (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 10) blijkt uit deze bepaling dat ook de arts tot een zelfstandige appreciatie van de noodtoestand zal dienen te komen. Een van de indieners verklaarde dat de arts geen passief instrument is dat de wil van de vrouw moet uitvoeren; hij zal in geweten een beslissing moeten nemen en kan, indien hij niet overtuigd is, weigeren de zwangerschap af te breken (*t.a.p.*, 99).

528 Hoe de precieze opdracht en bevoegdheid van de geraadpleegde arts ook wordt geduid, vaststaat dat de rechter en welke andere derde ook niet kan treden in de appreciatie van de arts over de vaste wil en de noodsituatie van de zwangere vrouw voorzover is voldaan aan de in artikel 350 bepaalde voorwaarden (art. 350, 2°, laatste lid Sw.; zie in deze zin: Gent 8 augustus 1992, *R.W.* 1992-93, 366 met noot T. BALTHAZAR, "De rol van de man bij de zwangerschapsafbreking").

Ook deze bepaling en de precieze juridische draagwijdte ervan heeft aanleiding gegeven tot grote meningsverschillen tijdens de parlementaire voorbereiding. Aanvankelijk kwam zij niet voor in het voorstel. De bepaling is het gevolg van een amendement van de indieners zelf met als bedoeling "elke dubbelzinnigheid i.v.m. het beoordelen van de noodsituatie weg te nemen" (voorstel

van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 99). Reeds vóór de indiening van dit amendement hadden de verdedigers van het voorstel laten verstaan dat voor hen het oordeel over de noodtoestand buiten de rechterlijke controle viel. In de Toelichting bij het wetsvoorstel werd gesteld dat de opzettelijke zwangerschapsafbreking binnen 12 weken na de bevruchting aan het strafrecht wordt onttrokken, omdat het om een moreel probleem gaat waarbij subjectieve gegevens en innerlijke spanningen doorwegen, "die de rechter niet met objectieve maatstaven kan beoordelen" (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/1, 10). "De noodsituatie is per definitie niet voor objectivering vatbaar. Het gevolg daarvan is dat de rechter geen oordeel heeft te vellen over de grondslag ervan, maar alleen moet nagaan of de voorgeschreven procedures zijn gevolgd" (*t.a.p.*, 91). Zodra de arts, na zorgvuldige afweging een evaluatie heeft gemaakt mag hij achteraf niet meer worden verplicht zich te verantwoorden (*t.a.p.*, 97). Vermits volgens deze opvatting de noodsituatie het materieel bestanddeel van het misdrijf vruchtafdrijving wegneemt, is er geen misdrijf en kan er van een beoordeling door de strafrechter geen sprake zijn, mits alle voorwaarden zijn vervuld. Diegenen die de noodsituatie beschouwen als een rechtvaardigingsgrond die de wederrechtelijkheid opheft, bestreden deze opvatting: "Wanneer men het beginsel van de strafbaarheid behoudt, moet men aanvaarden dat voor elk strafbaar feit een onderzoek plaatsvindt" (*t.a.p.*, 34 en ook 43). Teneinde hieromtrent ieder misverstand weg te nemen werd het bedoelde amendement ingediend en goedgekeurd. Naar aanleiding van de discussie over dit amendement en de juiste draagwijdte ervan, werd ook nog een wijziging aangebracht in de Nederlandse versie van artikel 350, tweede lid Sw. De aanhef van deze bepaling luidde oorspronkelijk "Het feit is evenwel niet strafbaar". Deze tekst zou de indruk kunnen wekken dat artikel 350, tweede lid slechts een verschoningsgrond invoert (terzijde weze opgemerkt dat uit de voorbereidende werken grote misverstanden blijken omtrent de begrippen rechtvaardigingsgrond en verschoningsgrond). Om duidelijk te maken dat er van een misdrijf in het geheel geen sprake is – wat door sommigen als een rechtvaardigingsgrond wordt aangemerkt – werd de aanhef gewijzigd in: "Er is evenwel geen misdrijf" (*t.a.p.*, 102-103 en 116). In de Kamercommissie werd de draagwijdte van het amendement dat rechterlijke toetsing uitsluit op de volgende wijze geduid. Een zwangere vrouw die een zwangerschapsafbreking heeft gevraagd en deze heeft ondergaan in de wettelijk vereiste voorwaarden "wordt geacht in een noodsituatie te verkeren". Dit vermoeden is een "absoluut onweerlegbaar vermoeden" (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 30).

2. *Vaste wil en verzoek de zwangerschap af te breken*

529 In artikel 350, 2°, laatste lid Sw. is niet enkel sprake van de appreciatie van de arts omtrent de noodsituatie van de zwangere vrouw, maar tevens van haar "vaste wil".

Tijdens de parlementaire voorbereiding is er veel te doen geweest omtrent de vraag of de vaste wil van de vrouw al dan niet samenvalt met de noodsituatie waarin zij verkeert. Zowel uit de Toelichting bij het voorstel als uit verklaringen afgelegd tijdens de bespreking in de commissies, zou men kunnen afleiden dat noodsituatie en vaste wil niet te onderscheiden zijn. Volgens de Toelichting berust de beslissing om de zwangerschap af te breken op de weloverwogen en volgehouden weigering van de vrouw om de zwangerschap te voltooien. De woorden "de noodsituatie waarin de vrouw verkeert" verwijzen naar die weloverwogen en volgehouden weigering. "Hiermee wordt bedoeld de vaste wil" (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/1, 9). "De noodsituatie is het resultaat van een moreel conflict en van de vaste wil die daaraan ten grondslag ligt" (*t.a.p.*, 247/2, 90; zie ook 95: "Wat de definitie van noodsituatie betreft, is het van groot belang dat de vrouw categorisch neen zegt en daarbij blijk geeft van een vaste overtuiging"). In het advies dat de Raad van State op 27 oktober 1989 uitbracht over het wetsvoorstel, blijkt dat de Raad van State ook deze opvatting was toegedaan: "De noodsituatie stemt overeen met de diep doordachte en blijvende weigering van de vrouw om de gevolgen van haar zwangerschap te dragen" (...). "Daaruit volgt dat de noodsituatie naar de mening van de indieners van het voorstel overeenstemt met de vaste wil van de vrouw om haar zwangerschap te laten afbreken" (*t.a.p.*, nr. 247/8, 4; zie ook 8 waar wordt gezegd dat de "twee begrippen synoniem" zijn). De indieners van het wetsvoorstel hebben zich tegen deze interpretatie verzet. Dat blijkt duidelijk uit het aanvullend verslag van de vergadering van de Senaatscommissie die plaats had om zich over dit advies te beraden (*t.a.p.*,

nr. 247/10). Een commissielid vond het "onbegrijpelijk dat de Raad van State de vaste wil van de vrouw en de noodsituatie als synoniem beschouwt" (*t.a.p.*, 6). Volgens een ander lid bleek uit het advies dat de Raad de juiste strekking van het wetsvoorstel niet goed had begrepen (*t.a.p.*, 4). Volgens dit lid moet er een onderscheid worden gemaakt tussen de oorzaak van een noodsituatie en het gevolg van de noodsituatie. Het gevolg van de noodsituatie is de vaste wil de zwangerschap te laten afbreken. Zo bekeken zijn vaste wil en verzoek de zwangerschap te beëindigen synoniemen van elkaar (*t.a.p.*, 4).

530 De noodsituatie en de vaste wil van de vrouw zijn hoe dan ook nauw met elkaar verbonden. Ofwel volgt de noodsituatie van de vrouw uit haar volgehouden weigering, haar vaste wil de zwangerschap te beëindigen. Ofwel leidt de noodsituatie tot de vaste wil de zwangerschap te laten beëindigen. In het ene geval is de vaste wil de oorzaak van de noodsituatie, in het andere geval is de vaste wil het gevolg van de noodsituatie. De samenhang tussen beide elementen blijkt ook nog hieruit dat beide door de arts moeten worden beoordeeld en dat de appreciatie van de arts over de twee elementen onttrokken is aan de rechterlijke toetsing (art. 350, 2°, laatste lid Sw.).

Uit het advies dat de algemene vergadering van de Raad van State uitbracht over het wetsontwerp kan men afleiden dat de Raad veeleer geneigd blijft om de vaste wil als de oorzaak van de noodsituatie en niet als het gevolg ervan te beschouwen (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/5, 6 noot 3: "Slechts wanneer de arts heeft aanvaard de ingreep uit te voeren kan de beoordeling van de noodtoestand die als fundamentele voorwaarde geldt, niet meer worden aangevochten. Dit (d.w.z. het bestaan van de noodtoestand; de Franse tekst is duidelijker) wordt op onweerlegbare wijze afgeleid uit de vaste wil van de vrouw waarvan de arts zich heeft vergewist en uit de medische verrichting").

531 Volgens artikel 350, 2°, eerste lid Sw. is er geen misdrijf wanneer de zwangere vrouw die door haar toestand in een noodsituatie verkeert, een arts verzoekt haar zwangerschap af te breken en indien de zwangerschapsafbreking uitgevoerd wordt onder de voorwaarden die verder in artikel 350 worden bepaald. Een van deze voorwaarden betreft het verzoek van de vrouw. De arts kan de zwangerschapsafbreking bovendien slechts verrichten wanneer de vrouw, de dag van de ingreep, schriftelijk te kennen heeft gegeven dat ze vastbesloten is de ingreep te ondergaan. Deze verklaring moet bij het medisch dossier worden gevoegd (art. 350, 3° Sw.).

3. Tussenkomst van een arts

532 Opdat een zwangerschapsafbreking geen misdrijf zou zijn is de tussenkomst van een arts ("een geneesheer" in de terminologie van art. 350 Sw.) vereist. Het verrichten van een zwangerschapsafbreking bij een toestemmende vrouw door een niet-arts levert het misdrijf vruchtafdrijving op (art. 350, eerste lid Sw.). Naargelang er al dan niet een gewoonte van wordt gemaakt kan sprake zijn van onwettige uitoefening van de geneeskunde.

Artikel 350, tweede lid Sw. eist de tussenkomst van een "geneesheer" en niet van een bevoegde beoefenaar van de geneeskunde, d.w.z. de houder van het wettelijk diploma van dr. in de geneeskunde wiens titel werd geviseerd door de provinciale geneeskundige commissie en die ingeschreven is op de lijst van de Orde der geneesheren. Men kan van oordeel zijn dat het onderscheid tussen "geneesheer" en "bevoegde beoefenaar van de geneeskunde" ver gezocht is. Men mag

evenwel niet vergeten dat de zwangerschapsafbreking die wordt uitgevoerd vóór het einde van de 12de week na de bevruchting als zodanig geen medische handeling is of toch niet altijd. "In dat geval (d.w.z. een zwangerschapsafbreking vóór het einde van de 12 weken na de bevruchting) is het niet de gezondheidstoestand die doorweegt (...). De ondertekenaars van het voorstel hebben besloten dat geen medische gronden moeten worden aangevoerd om de zwangerschap af te breken" (wetsvoorstel, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/1, 9).

533 De tussenkomst van een arts is vereist omwille van de volgende redenen.

Vooreerst dient de noodsituatie en de vaste wil van de vrouw te worden beoordeeld door een arts (art. 350, 2°, laatste lid Sw.; zie boven, nr. 527).
Vervolgens is de medische tussenkomst vereist om uit te maken of er al dan niet reeds 12 weken zijn verstreken na de bevruchting. Als blijkt dat reeds meer dan 12 weken zijn verstreken, dan is een zwangerschapsafbreking nog slechts mogelijk mits welbepaalde indicaties in hoofde van de vrouw of de foetus aanwezig zijn (zie verder, nr. 546 e.v.). Vooral bij twijfel of de 12 weken grens is overschreden zal de tussenkomst van een arts onontbeerlijk zijn, bv. voor het verrichten van een echografie (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 121).

Verder dient de zwangere vrouw door een arts te worden ingelicht over de onmiddellijke of toekomstige medische risico's waaraan zij zich blootstelt door het afbreken van de zwangerschap en over de opvangmogelijkheden voor het ongeboren kind (art. 350, 2°, a en b Sw.). Ten slotte en vooral moet de zwangerschapsafbreking onder medisch verantwoorde omstandigheden door een arts worden verricht (art. 350, 1°, b Sw.). In het bijzonder moet de arts de vrouw inlichten over de mogelijke gedeeltelijke of gehele mislukking van de ingreep en de psychologische of fysieke gevolgen voor de moeder of het kind. De arts moet het bewijs leveren dat hij deze informatieverplichting heeft nageleefd (Luik 10 mei 2001, *T. Gez.* 2001-02, 247 met noot J. TER HEERDT; over de bewijslast inzake de informatieplicht: zie boven, nr. 362).
Na de ingreep moet aan de vrouw de nodige voorlichting worden verstrekt inzake contraceptiva maar dat hoeft niet door een arts te gebeuren. Dat kan worden overgelaten aan "een andere bevoegde persoon" (art. 350, 5° Sw.). De arts begaat een fout door niet over te gaan tot een *post*-operatieve controle na een abortus (Luik 10 mei 2001, *T. Gez.* 2001-02, 247 met noot J. TER HEERDT).

534 Nergens is de hoedanigheid of de deskundigheid van de arts nader gespecifieerd.

Voorzover de ingreep gebeurt "onder medisch verantwoorde omstandigheden" kan iedere arts een zwangerschap afbreken. Hij dient geen medisch specialist in de verloskunde te zijn.

535 De tussenkomst van een arts is eveneens vereist wanneer de zwangerschapsafbreking gebeurt door toediening van de farmaceutische specialiteit Mifegyne (zgn. abortuspil). De tussenkomende arts dient te verklaren dat hij als arts verbonden is aan een instelling voor gezondheidszorg, bedoeld in artikel 350, tweede lid, 1° Sw. Hij dient er zich toe te verbinden het voorgeschreven geneesmiddel Mifegyne alleen toe te dienen in een instelling en binnen de toepassing van artikel 350 (art. 1, 3° K.B. 7 mei 2000 tot bepaling van de voorwaarden voor de aflevering van de farmaceutische specialiteit Mifegyne, *B.S.* 16 mei 2000).

Op deze manier wordt de tussenkomende arts verplicht de voorwaarden gesteld in artikel 350 Sw. na te leven. Het is zeer de vraag of het K.B. 7 mei 2000 een solide wettelijke basis heeft. Verwezen wordt naar "artikelen 350, 351 en 352 Sw., vervangen bij Wet van 13 augustus 1990 (*sic*)" en artikel 6 § 1, eerste lid Geneesmiddelenwet. Deze bepaling geeft aan de Koning de bevoegdheid velerlei handelingen m.b.t. geneesmiddelen te regelen, maar het voorschrijven daarvan hoort daar

niet bij (zie: R.v.St., V.Z.W. Pro Vita, nr. 90.576, 27 oktober 2002; verzoek in kort geding tot schorsing van K.B. 7 mei 2000 afgewezen).

536 De wet bepaalt niet duidelijk of al de voorwaarden die door een arts dienen te worden vervuld door één en dezelfde arts moeten zijn vervuld. In de praktijk is dan ook de vraag gesteld of bv. de appreciatie over de vaste wil en de noodtoestand mag gebeuren door één arts en de uitvoering van de zwangerschapsafbreking door een andere arts. Mag de wachttermijn worden berekend vanaf de consultatie bij de huisarts die naar een gynaecoloog doorverwijst of begint deze termijn pas te lopen vanaf de eerste consultatie bij de arts die uiteindelijk de zwangerschap zal afbreken?

De voorwaarden bepaald in artikel 350, 2° Sw. moeten worden nageleefd door de arts tot wie de vrouw zich wendt om haar zwangerschap te laten afbreken. De wet bepaalt dit met zoveel woorden. Maar ook de andere voorwaarden moeten in hoofde van een en dezelfde arts worden vervuld. Dit volgt uit de systematiek van de wet. Slechts als alle voorwaarden zijn vervuld, is er geen misdrijf. Dat veronderstelt dat alle voorwaarden door één persoon worden vervuld. Wellicht is dit voor de voorwaarden vermeld in artikel 350, 2° Sw. moeilijk te controleren. Maar voor de correcte naleving van de wachttermijn is dit wezenlijk (zie: H. Nys, "Abortus provocatus, hoe moet het nu?", *Huisarts Nu* 1990, afl. 6, 284-285).

537 Een arts kan niet worden verplicht tussen te komen bij een zwangerschapsafbreking.

Overeenkomstig artikel 350, 6° Sw. kan geen arts, verpleegkundige of beoefenaar van een paramedisch beroep worden gedwongen medewerking te verlenen aan een zwangerschapsafbreking.

Medewerking verlenen is ruimer dan alleen het uitvoeren van een zwangerschapsafbreking. Alle stadia waarin de wet de tussenkomst van een arts vereist (evaluatie van noodsituatie en vaste wil; bepalen van de 12 weken grens; informatie en het verrichten van de ingreep) impliceren het verlenen van medewerking aan een zwangerschapsafbreking. Geen arts kan worden gedwongen tussen te komen in een van deze stadia. Hetzelfde geldt voor het verstrekken van informatie inzake contraceptiva na de ingreep. Artikel 350, 6° Sw. geldt enkel voor die zwangerschapsafbrekingen die worden uitgevoerd conform de bepalingen van dat artikel. Wanneer een zwangerschapsafbreking moet worden verricht in omstandigheden die niet toelaten deze bepalingen te eerbiedigen omwille van een groot gevaar dat het leven van de vrouw bedreigt, d.i. de therapeutische abortus in de traditionele betekenis van het woord, is artikel 350 Sw. niet van toepassing (zie boven, nr. 522-523). In de, hoogst uitzonderlijke, hypothese dat geen ander arts beschikbaar zou zijn die geen gewetensbezwaren heeft tegen de zwangerschapsafbreking in dergelijke omstandigheden, heeft de hulpverleningsplicht op grond van artikel 422*bis* Sw. voorrang op de eerbiediging van artikel 350 Sw., inbegrepen artikel 350, 6°. De wetgever hoefde dit niet uitdrukkelijk te voorzien in artikel 350, 6° zoals wel eens tijdens de parlementaire voorbereiding werd gesuggereerd. Maar wanneer al de voorwaarden voor de toepassing van artikel 350 Sw. vervuld zijn kan men artikel 422*bis* Sw. niet tegenwerpen t.a.v. de arts die zich beroept op artikel 350, 6° Sw. Rekening houdend met de door de wetgever opgelegde wachttijd van 6 dagen kan er geen sprake zijn van een groot gevaar, zoals vereist is voor de toepassing van artikel 422*bis* Sw. (zie in deze zin voor Frankrijk: Corr. Rouen 9 juli 1975, *D.* 1976, 531, noot Roujou De Boubee). Noodsituatie en groot gevaar zijn begrippen met een verschillende inhoud. In de Senaatscommissie werd ook ten onrechte gesteld dat de arts die weigert mee te werken aan een zwangerschapsafbreking het risico zou lopen te worden gedagvaard voor het betalen van schadevergoeding wegens het ter wereld komen van een kind dat ongewenst is. Daarbij werd verwezen naar de "wrongful birth action" (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 146). Die houdt evenwel verband met de vordering tegen een arts die een zwangerschapsafbreking foutief heeft uitgevoerd (zie verder,

nr. 573). De weigering een zwangerschapsafbreking uit te voeren kan niet als foutief worden aanzien, omwille van artikel 350, 6°.

Artikel 350, 6°, eerste lid Sw. specifieert niet de redenen waarom een arts zijn medewerking niet wenst te verlenen. Die kunnen verband houden met principiële ethische bezwaren tegen zwangerschapsafbreking maar kunnen ook zijn ingegeven door de vaststelling dat een noodsituatie of de vaste wil de zwangerschap te laten afbreken ontbreekt. In deze zin bevat artikel 350, 6° Sw. meer dan een gewetensbezwaarclausule.

538 Hoewel artikel 350, 6° Sw. deel uitmaakt van een bepaling in het Strafwetboek zijn geen strafsancties voorzien tegen wie een arts tot medewerking aan een zwangerschapsafbreking zou hebben gedwongen (anders: de Minister van Justitie in antwoord op een parlementaire vraag. Wellicht misleid doordat deze bepaling deel uitmaakt van het Sw. antwoordde hij: "de toepassing van deze bepaling is, gelet op haar strafrechtelijk karakter, afdwingbaar en het komt de bevoegde overheden toe ervoor te waken dat zij wordt nageleefd" (*Vr. en Antw.* Kamer 1989-90, 10 juli 1990, 9582, Vr. nr. 435 ANSOMS).

Artikel 350, 6° Sw. vermeldt slechts personen die een gezondheidszorgberoep uitoefenen. Een medisch secretaresse kan daartoe niet worden gerekend en bijgevolg kan zij zich niet beroepen op die bepaling om bv. te weigeren een verwijsbrief voor zwangerschapsafbreking te tikken.

539 De arts die weigert een zwangerschapsafbreking uit te voeren is gehouden de vrouw bij haar eerste bezoek in kennis te stellen van zijn weigering (art. 350, 6°, tweede lid Sw.).

Uit de voorbereidende werken blijkt duidelijk dat het geenszins de bedoeling is geweest de arts die weigert een zwangerschapsafbreking te verrichten, te verplichten de zwangere vrouw door te verwijzen naar een collega die daartoe wel bereid is. Volgens een van de indieners van het voorstel is het "in beginsel moeilijk een arts die principieel tegen abortus gekant is, te dwingen een centrum aan te wijzen waar de vrouw terecht kan". Om die reden was hij gekant tegen een amendement dat een arts die weigert een ingreep uit te voeren, oplegde aan de vrouw "al de nuttige inlichtingen te verstrekken over de mogelijkheden om een opvangdienst en een geneesheer te vinden die in voorkomend geval bereid kunnen zijn de ingreep te verrichten" (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 146-147).
Uit de voorbereidende werken blijkt tevens dat de verplichting de zwangere vrouw in kennis te stellen van de weigering niet alleen geldt wanneer de weigering is gesteund op gewetensbezwaren, maar ook wanneer de arts meent dat een noodsituatie en/of een vaste wil ontbreekt (*ibid.*; tegen het amendement dat een verwijsplicht bevatte, werd aangevoerd dat het wetsvoorstel "ruimer" is: "naast de gevallen bedoeld door het amendement, is het ook nog op andere gevallen van toepassing". Welke gevallen wordt niet verduidelijkt, maar de weigering omdat de door de wet gestelde voorwaarden niet vervuld zijn is hier zeker bedoeld. Een arts die geen principiële bezwaren heeft tegen een zwangerschapsafbreking en de vrouw bij haar eerste bezoek niet in kennis heeft gesteld van zijn weigering, kan in moeilijkheden komen wanneer hij naderhand meent vast te stellen dat de wettelijk vereiste voorwaarden niet zijn vervuld. Enerzijds is het te laat om de vrouw nog van zijn weigering op de hoogte te brengen. Anderzijds is hij strafbaar wanneer hij, ondanks het ontbreken van een van de wettelijke voorwaarden, toch tot zwangerschapafbreking zou overgaan. Wel is het zo dat de niet-naleving van artikel 360, 6°, tweede lid Sw. niet strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd (wat opnieuw de vraag doet rijzen naar de plaats van zo'n bepaling in een Strafwetboek). De arts die in zo'n geval zou weigeren tot zwangerschapsafbreking over te gaan, kan geen fout worden verweten, ook al is inmiddels de 12 weken grens misschien verstreken. Anders zou het zijn wanneer een arts die morele bezwaren heeft tegen een zwangerschapsafbreking de zwangere vrouw niet bij haar eerste bezoek heeft ingelicht over zijn weigering. Hoewel strafrechtelijk niet sanctioneerbaar, zou deze houding burgerrechtelijk als foutief kunnen worden aanzien. Indien de 12 weken grens zou zijn overschreden en een zwangerschapsafbreking wettelijk

niet meer mogelijk, komt het ontnemen van de mogelijkheid om te kiezen voor een zwangerschapsafbreking als schade in aanmerking (zie verder, nr. 580).
(Zie i.v.m. de doorverwijzingsverplichting ook art. 3 Decreet Franse Gemeenschapsraad 10 juli 1984; zie boven, nr. 488 en Arbitragehof, nr. 39/91, 19 december 1991, *B.S.* 24 januari 1992).

4. *Plaats van uitvoering*

540 Een zwangerschapsafbreking moet worden verricht in een instelling voor gezondheidszorg waaraan een voorlichtingsdienst is verbonden (art. 350, 1° b Sw.).

Instelling voor gezondheidszorg heeft luidens de toelichting bij het voorstel een ruimere betekenis dan ziekenhuis in de zin van artikel 1 Gecoörd. Ziekenhuiswet. Niet enkel ziekenhuizen, maar ook "privé-centra, soms ook abortuscentra genoemd", worden hier bedoeld (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/1, 10). Maar de "behandelkamer" (medisch kabinet) van een arts is geen instelling voor gezondheidszorg (*ibid.*; zie in dezelfde zin: *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 126 en 130 en ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 127, waar het "moeilijk denkbaar" wordt geacht dat na verloop van 12 weken sedert de bevruchting een zwangerschapsafbreking wordt verricht buiten een ziekenhuis).
Voor ziekenhuizen gelden geen bijzondere erkenningseisen naast deze die op basis van de Gecoord. Ziekenhuiswet moeten worden nageleefd. Voor de "abortuscentra" gelden in het geheel geen erkenningseisen.

541 Aan de instelling voor gezondheidszorg moet een voorlichtingsdienst zijn verbonden. Het volstaat derhalve niet dat de opdrachten van de voorlichtingsdienst worden waargenomen door een dienst die los staat van de instelling voor gezondheidszorg waar de zwangerschapsafbreking wordt verricht.

De wet bevat geen enkele norm voor de erkenning van deze voorlichtingsdiensten. Er is nogal wat te doen geweest over de bevoegdheid om dergelijke normen uit te vaardigen. Tijdens de bespreking in de Senaatscommissie van het eerste voorstel (*Parl. St.* Senaat 1985-86, nr. 189/1) dat heeft geleid tot de wet betwijfelden sommige leden de bevoegdheid van de nationale wetgever om een voorlichtingsdienst te eisen, gelet op de bevoegdheden die door artikel 5 § 1, I, 1° en 2° en II, 1° Bijz. Wet 8 augustus 1980 zijn toegekend aan de Gemeenschappen. Volgens het advies dat hieromtrent door de Raad van State werd uitgebracht (*t.a.p.*, nr. 189/2) bestond er tegen een dergelijke bepaling geen enkel bezwaar vanuit het oogpunt van de bevoegdheid. Maar de Raad waarschuwde ervoor dat de naleving van een wet die rechtsgevolgen verbindt aan het bestaan van een dienst waarvan de organisatie niet ten volle tot de bevoegdheid van de nationale wetgever behoort, zou kunnen worden bemoeilijkt en zelfs onmogelijk gemaakt. Zie H. Nys, "De bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap inzake gezondheidsbeleid, in het bijzonder m.b.t. de uitoefening van de geneeskunst", *T.B.P.* 1990, 169. Tot nog toe heeft geen enkele Gemeenschap via decretale bepalingen deze voorlichtingsdiensten aan bepaalde erkenningsnormen onderworpen. In de Kamercommissie werd bij de bespreking van het wetsontwerp opgemerkt dat in artikel 350, 1°, b Sw. reeds voldoende duidelijke gegevens zijn vervat om de rechter in staat te stellen na te gaan of de zwangere vrouw over een geschikte opvangstructuur heeft kunnen beschikken. Een dergelijke toetsing moet steunen op materiële feiten, zoals het bestaan van voorlichtingsdocumenten, openingsuren, aanwezigheid en beschikbaarheid van het personeel enz. (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 120).

5. *Verplichte opvang en voorlichting. Facultatieve hulp en raad*

542 De voorlichtingsdienst staat in voor de opvang van de zwangere vrouw en licht haar omstandig voor inzonderheid over de rechten, de bijstand en de

voordelen die bij wet en decreet worden gewaarborgd aan de gezinnen, aan de al dan niet gehuwde moeders en hun kinderen en over de mogelijkheden om het kind dat geboren zal worden te laten adopteren (art. 350, 1°, b Sw.).

In het oorspronkelijke voorstel was de opvang en voorlichting slechts facultatief. Door een amendement dat door de opstellers van het voorstel zelf werd ingediend is dit een verplichting geworden (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 122-123). In de Kamercommissie werd beweerd dat de rechter geen genoegen zou nemen met een voorlichtingsdienst die zich beperkt tot het verspreiden van voorlichtingsfolders (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer, 1989-90, nr. 950/9, 120).

543 De arts tot wie de vrouw zich wendt om haar zwangerschap af te breken moet haar inlichten over de onmiddellijke of toekomstige medische risico's waaraan zij zich blootstelt door het afbreken van de zwangerschap. Ook moet bij haar de verschillende opvangmogelijkheden voor het kind dat geboren zal worden in herinnering brengen (art. 350, 2°, a en b Sw.).

544 Op verzoek van de arts of van de vrouw geeft de voorlichtingsdienst aan de vrouw hulp en raad over de middelen waarop zij een beroep zal kunnen doen voor de oplossing van de psychologische en maatschappelijke problemen die door haar toestand zijn ontstaan (art. 350, 1°, b en 2°, b Sw.). Dit is geen verplichting, maar een mogelijkheid.

6. Tijdstip van uitvoering

545 In verband met het tijdstip waarop de zwangerschapsafbreking dient te worden uitgevoerd bevat artikel 350 Sw. twee bepalingen. Volgens artikel 350, 1°, a moet de zwangerschapsafbreking plaatsvinden vóór het einde van de 12de week na de bevruchting. Na deze termijn kan de zwangerschap slechts worden beëindigd mits naleving van bijkomende voorwaarden (zie verder, nr. 546 e.v.).

De tweede bepaling vindt men in artikel 350, 3° Sw. De arts mag de zwangerschapsafbreking niet eerder verrichten dan 6 dagen na de eerste raadpleging. Hierop is geen enkele uitzondering voorzien. Dit betekent dat ook voor een zwangerschapsafbreking na het verstrijken van de 12de week, 6 dagen moeten verlopen na de eerste raadpleging. Bedoeld is de eerste raadpleging bij de arts die zal overgaan tot de beëindiging van de zwangerschap (zie boven, nr. 536).

7. Zwangerschapsafbreking na verloop van 12 weken

546 Alle voorwaarden die hiervoor werden besproken, nl. de noodsituatie, de vaste wil, het verzoek en de schriftelijke bevestiging ervan op de dag van de ingreep, de tussenkomst van een arts, de plaats van uitvoering, de verplichte opvang en informatie alsook de wachtperiode van 6 dagen moeten worden nageleefd opdat een zwangerschapsafbreking geen misdrijf zou zijn in de zin van artikel 350 Sw. Na het einde van de 12de week na de bevruchting moeten bovendien nog bijkomende voorwaarden worden vervuld (art. 350, 4° Sw.). Anders dan in de periode dáárvoor wordt de zwangerschapsafbreking nu

afhankelijk van de beoordeling van de gezondheidstoestand van de vrouw of de foetus (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/1, 9).

a. Ernstig gevaar voor de gezondheid van de vrouw

547 Indien het voltooien van de zwangerschap een ernstig gevaar inhoudt voor de gezondheid van de vrouw is een zwangerschapsafbreking na verloop van 12 weken sedert de bevruchting nog mogelijk (art. 350, 4° Sw.).

Het begrip "gezondheid" mag hier niet worden begrepen in de ruime zin die de definitie van de Wereld Gezondheidsorganisatie daaraan geeft, nl. fysiek, psychisch en sociaal welbevinden. Volgens een van de indieners komt enkel de lichamelijke of geestelijke gezondheid van de vrouw in aanmerking. Een "sociale noodsituatie" daarentegen niet (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat, B.Z. 1988, nr. 247/2, 152). In verband met de ernst van het gevaar werd hieraan toegevoegd dat de beoordeling daarvan kan gebeuren door de rechter. "Het begrip gevaar voor de gezondheid kan met objectieve criteria gemeten worden en is dus controleerbaar, dit in tegenstelling met het begrip noodsituatie" (*t.a.p.*).
De Nederlandse en de Franse versie van artikel 350, 4° Sw. stemmen niet overeen. In de Nederlandse tekst is sprake van het "voltooien" van de zwangerschap dat de gezondheid van de vrouw bedreigt. Letterlijk betekent dit dat enkel een gevaar dat zich voordoet op het einde van de zwangerschap in aanmerking mag worden genomen. De Franse tekst heeft het over "la poursuite", de voortzetting van de zwangerschap. Die tekst sluit beter aan bij de bedoelingen van de wetgever.

b. Uiterst zware, ongeneeslijke kwaal bij de foetus

548 Als tweede indicatie voor een zwangerschapsafbreking na verloop van 12 weken geldt het vaststaand gegeven dat het kind dat zal geboren worden, zal lijden aan een uiterst zware kwaal die als ongeneeslijk wordt erkend op het ogenblik van de diagnose.

In deze indicatie kunnen volgende elementen worden onderscheiden. Vooreerst dient het vast te staan dat het kind zal lijden aan een uiterst zware kwaal. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd er meermaals op gewezen dat op dit punt het voorstel strikter is dan de Franse wet, die een "hoge waarschijnlijkheid" eist (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988 nr. 247/2, 153; zie wat de Franse wet betreft en de interpretatie van deze "hoge waarschijnlijkheid", P. SARGOS, "Réflexions 'médico-légales' sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique", *J.C.P.* 2001, 1041-1044). Vervolgens is vereist een uiterst zware kwaal. Ten derde moet deze kwaal als ongeneeslijk zijn erkend en dit, vierde element, op het ogenblik dat de diagnose ervan wordt gesteld. Een moeilijk te beantwoorden vraag is of het kind – in de veronderstelling dat het zal geboren worden – reeds op het ogenblik van de geboorte dient te lijden aan de uiterst zware kwaal (bv. spina bifida; ernstige mate van trisomie 21 of mongolisme) opdat tot een zwangerschapsafbreking kan worden overgegaan dan wel of deze uiterst zware kwaal zich ook pas in het latere leven mag manifesteren. Het antwoord op deze vraag is van belang voor genetisch bepaalde aandoeningen zoals de ziekte van Huntington waarvan de diagnose bij de foetus kan worden gesteld maar waarvan de eigenlijke symptomen zich pas op middelbare leeftijd manifesteren. Op het ogenblik van de geboorte lijdt het kind strikt genomen nog niet aan een uiterst zware kwaal. (zie voor een rechtsvergelijkend overzicht hieromtrent: H. NYS, C.M. ROMEO CASABONA en C. DESMET, "Legal aspects of prenatal testing for late-onset neurological diseases", in G. EVERS-KIEBOOMS e.a. (eds.), *Prenatal testing for late-onset Neurogenetic Diseases*, Oxford, BIOS, 2002, 83-106). Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet van 3 april 1990 is hieraan geen aandacht besteed. Artikel 2, 5° van de Wet van 13 augustus 1990 houdende oprichting van een commissie voor de evaluatie van de Wet zwangerschapsafbreking bepaalt dat de arts die een zwangerschapsafbreking heeft uitgevoerd in het registratiedocument melding dient te maken,

desgevallend, van "de uiterst zware en ongeneeslijke kwaal waaraan het kind *bij de geboorte* zou lijden". Hieruit zou kunnen worden besloten dat met het oog op de toepassing van artikel 350, tweede lid, 4° Sw. deze kwaal reeds zou moeten bestaan op het ogenblik van de geboorte, als het kind geboren zou worden. Maar het is helemaal niet zeker dat artikel 2, 5° van de Wet van 13 augustus 1990 met deze hypothese voor ogen werd opgesteld. In artikel 350, tweede lid, 4° Sw. zelf komen de woorden "bij de geboorte" niet voor. Het antwoord op de vraag luidt derhalve dat de wetgever niet heeft bedoeld dat de uiterst zware kwaal waaraan het kind dient te lijden zich reeds heeft gemanifesteerd op het ogenblik van de geboorte. Het volstaat dat het "zal" lijden aan een uiterst zware, ongeneeslijke kwaal.

c. Medewerking en advies van een tweede arts

549 De slotzin van artikel 350, 4 Sw. bepaalt het volgende: "In dat geval moet de geneesheer tot wie de vrouw zich heeft gewend, de medewerking vragen van een tweede geneesheer, wiens advies bij het dossier moet worden gevoegd". Deze bepaling heeft heel wat vragen opgeroepen tijdens de parlementaire bespreking.

Is "in dat geval" beperkt tot de uiterst zware kwaal waaraan de foetus lijdt? Of is de medewerking van de collega tevens vereist wanneer de zwangerschap de gezondheid van de vrouw bedreigt? Afgaande op de formulering zou kunnen worden verondersteld dat de medewerking van de tweede arts enkel in de laatste hypothese vereist is, zo wordt opgemerkt in het verslag van de Kamercommissie (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 125). Maar er wordt aan toegevoegd dat de voorbereidende werkzaamheden in de Senaat duidelijk hebben aangegeven dat die medewerking in de beide gevallen vereist is. Toch blijkt dit nergens uit het Senaatscommissieverslag. Een argument om de tussenkomst van de tweede arts te beperken tot de tweede hypothese is dat in dat geval wel een risico bestaat op eugenetische ontsporingen die niet te duchten zijn in de eerste hypothese.
Vervolgens rijzen er vragen naar de precieze rol van de tweede arts. Herhaaldelijk werd tijdens de bespreking van het wetsontwerp gesteld dat het advies van de geconsulteerde arts een zgn. "gelijkluidend" advies zou zijn. Daarmee wordt bedoeld dat de arts die de zwangerschapsafbreking verricht en de arts die om medewerking wordt gevraagd, tot eenzelfde besluit moeten zijn gekomen i.v.m. de vereiste indicatie (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 133: "Het is ondenkbaar dat een arts, ondanks het negatieve advies van zijn confrater, toch de zwangerschap gaat afbreken, indien hij weet dat op dat ogenblik de gerechtelijke overheid kan optreden"). Niettemin blijkt uit de wettekst nergens dat dit advies moet overeenstemmen met de beslissing van de uitvoerende arts (anders: J. SACE, "Chronique de législation 1990", *R.D.P.* 1991, 469). Daar komt bij dat de deskundigheid of medische specialiteit van de geraadpleegde arts evenmin in de wet wordt gespecifieerd, terwijl ook nergens zijn onafhankelijkheid is gewaarborgd. Op dit punt bevatten de voorbereidende werken slechts geruststellende verklaringen (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 126). De Franse wet biedt op dit vlak meer waarborgen vermits zij vereist dat twee artsen, na onderzoek en bespreking, attesteren dat er een hoge mate van waarschijnlijkheid bestaat dat het kind zal aangetast zijn door een uiterst zware, ongeneeslijke aandoening (art. 2213-1 Code de la santé publique).

d. Levensvatbaarheid als uiterste grens

550 Artikel 350, 4° Sw. stelt geen tijdsgrens aan een zwangerschapsafbreking na verloop van 12 weken. Tijdens de bespreking van het wetsvoorstel dat de Wet van 3 april 1990 is geworden werd door de indieners van het voorstel de mening verdedigd dat zwangerschapsafbreking slechts mogelijk is zolang de foetus niet levensvatbaar is, d.w.z. ongeveer tot de 22de à 24de week na de conceptie (zie boven, nr. 509). Door deze beperking die klaarblijkelijk is in-

gegeven door de wil van de meerderheid om een wettelijke zwangerschapsafbreking van een levensvatbare foetus te verhinderen, verdwijnt meteen een belangrijke strafrechtelijke bescherming van het ongeboren leven in de periode tussen de levensvatbaarheid en de geboorte. Vóór de Wet van 3 april 1990 bood de ruime interpretatie van het misdrijf vruchtafdrijving aan dit ongeboren leven rechtsbescherming. Door de engere opvatting over toegelaten zwangerschapsafbreking verdwijnt die rechtsbescherming. Zwangerschapsafbreking en vruchtafdrijving zijn, hoewel juridisch zeer verschillend van elkaar omdat de eerste doorgaans geen misdrijf is en de tweede steeds een misdrijf, in materieel opzicht eenzelfde handeling. Beide moeten daarom op eenzelfde manier worden gedefinieerd. Een enge opvatting over toegelaten zwangerschapsafbreking gaat noodzakelijk samen met een enge opvatting over verboden vruchtafdrijving. Vanaf het bereiken van de levensvatbaarheid zou de foetus voortaan worden beschermd door artikel 396 Sw. dat kindermoord strafbaar stelt. Dit is zeer betwistbaar. De precieze draagwijdte van dat artikel wordt hieronder besproken (zie verder, nr. 593 e.v.).

De Franse wet daarentegen bevat op dit punt geen enkele dubbelzinnigheid: volgens artikel 2213-1 Code de la santé publique kan een zwangerschapsafbreking, indien alle voorwaarden zijn vervuld, na verloop van 12 weken "à toute époque" worden uitgevoerd.

8. Zwangerschapsafbreking omwille van de gezondheidstoestand van de foetus

551 De Wet zwangerschapsafbreking kent dus twee vormen van zwangerschapsafbreking, nl. deze uitgevoerd voor het einde van de twaalfde week na de bevruchting (zwangerschapsafbreking op grond van noodsituatie) en deze uitgevoerd na het verstrijken van deze termijn (zwangerschapsafbreking op grond van een uiterst zware aandoening waaraan het kind met zekerheid zal lijden).

De Franse wet maakt *grosso modo* eenzelfde onderscheid (zie o.a.: P. SARGOS, *t.a.p.*, 1041). In het kader van de discussies over de ongewenste leven-vordering is in Frankrijk de volgende vraag gerezen. Indien een vrouw zwanger is van een kind dat blijkt te zijn aangetast door een zeer ernstige, ongeneeslijke aandoening en de zwangerschap bevindt zich nog in de eerste 12 weken, heeft zij dan de keuze tussen een zwangerschapsafbreking op grond van de noodsituatie of een zwangerschapsafbreking op grond van een uiterst zware aandoening waaraan haar kind lijdt? Of is zij, ook al zijn nog geen 12 weken verstreken sedert de bevruchting, verplicht een beroep te doen op de zwaardere procedure die geldt ingeval van een uiterst zware aandoening?
In de bekende zaak Perruche die heeft geleid tot de arresten van het Franse Hof van Cassatie van 26 maart 1996 en 17 november 2000 (zie verder, nr. 577 en 580) vertoefde de zwangere vrouw nog in een vroeg stadium van de zwangerschap. Volgens SARGOS kon mevr. Perruche dan ook om een zwangerschapsafbreking verzoeken op basis van een noodsituatie. Indien meer dan 12 weken zouden zijn verstreken had zij een zwangerschapsafbreking kunnen vragen omdat haar kind een besmetting met rode hond – het schoolvoorbeeld van de uiterst zware ongeneeslijke aandoening – had opgelopen. SARGOS noemde dit "un cas très rare où il y avait en quelque sorte 'contraction' ou 'cumul idéal' des deux catégories d'IVG" (SARGOS, *t.a.p.*, 1041). In zijn conclusies in de zaken die hebben geleid tot drie cassatiearresten van 13 juli 2001 (zie verder, nr. 577) liet SAINTE-ROSE verstaan dat hij het met deze zienswijze van SARGOS niet eens was (J. SAINTE-ROSE, conclusions, *J.C.P.* 2001, 1835). Volgens SAINTE-ROSE kan de gezondheidstoestand van de foetus, los van de zwangerschapstermijn, enkel aanleiding geven tot een zwangerschapsafbreking op grond van de zware, ongeneeslijke aandoening en niet op grond van een eenvoudig verzoek van de vrouw, gebaseerd op de noodsituatie. Anders zou het mogelijk zijn om tot zwangerschaps-

afbreking over te gaan op grond van lichtere aandoeningen tijdens de eerste 12 (vroeger: 10) weken van de zwangerschap, "ce qui bouleversait l'équilibre instauré par la loi de 1975 pour éviter toute dérive eugénique". In bedekte termen voegde hij eraan toe dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 17 november 2000 de Wet zwangerschapsafbreking had miskend door te overwegen dat mevrouw Perruche zich had kunnen beroepen op de noodsituatie. Of deze opvatting steun vindt in de parlementaire voorbereiding van de Franse wet, is niet bekend. SAINTE-ROSE heeft daar in ieder geval niet naar verwezen. Hoe dan ook, het Hof van Cassatie heeft er zich niet over uitgesproken in de arresten van 13 juli 2001. In zijn conclusies in de zaken die hebben geleid tot de arresten van 28 november 2001 is SAINTE-ROSE op deze kwestie nog uitvoerig teruggekomen en heeft hij zijn standpunt herhaald en uitvoerig onderbouwd (*J.T.* 2001, 898). In de arresten van 28 november 2001 is van zijn opvattingen evenmin een spoor terug te vinden.

552 De vraag die nu rijst is of de opvatting van SAINTE-ROSE aangaande de Franse wet ook kan worden toegepast op de Belgische Zwangerschapsafbrekingwet. Men weet dat deze wet een zeer grote gelijkenis vertoont met de Franse, zodat deze vraag niet geheel irrelevant lijkt. Toch moet meteen, wat deze kwestie betreft, worden gewezen op een aantal verschillen tussen beide wetten.

In zijn conclusies bij de arresten van 28 november 2001 heeft SAINTE-ROSE er op gewezen dat de Franse wet beide vormen van zwangerschapsafbreking zorgvuldig onderscheidt "en les laissant figurer dans des chapitres différents". Dat is minder het geval in de Belgische wet. Deze wet maakt niet het strikte onderscheid tussen zwangerschapsafbreking op grond van een noodsituatie en zwangerschapsafbreking op grond van een ernstige, ongeneeslijke aandoening zoals de Franse wet dat volgens SAINTE-ROSE wel zou doen. De Belgische wet vereist namelijk altijd een noodsituatie, ook na het verstrijken van 12 zwangerschapsweken. Artikel 350 Sw., tweede lid bepaalt: "Er is evenwel geen misdrijf wanneer de zwangere vrouw die door haar toestand in een noodsituatie verkeert, een geneesheer verzoekt haar zwangerschap af te breken en indien de zwangerschapsafbreking uitgevoerd wordt onder de volgende voorwaarden". Onder het 4° – dat nog deel uitmaakt van het tweede lid – volgen dan de voorwaarden van een zwangerschapsafbreking na de termijn van 12 weken. Anders dan de Franse wet, eist de Belgische wet dus altijd een noodsituatie. Een ander verschil, dit maal niet zozeer tussen de beide wetten als dusdanig, maar wel tussen de daarmee samenhangende reglementering inzake toelaatbaarheid van prenatale diagnose, is het volgende. Artikel 2131-1 Code de la santé publique laat de prenatale diagnose slechts toe voor een bijzonder ernstige aandoening, terwijl artikel 2222-3 van dezelfde Code strafbaar stelt het verrichten van een zwangerschapsafbreking na een prenatale diagnose in strijd met artikel 2131-1. De reglementering inzake prenatale diagnose maakt geen onderscheid wat de zwangerschapsduur betreft. Dit betekent dat een zwangerschapsafbreking na een prenatale diagnose slechts mogelijk is wanneer de foetus door een ernstige aandoening is aangetast, hetgeen, zoals SAINTE-ROSE terecht opmerkt de consultatie van twee artsen zoals de Wet zwangerschapsafbreking vereist, impliceert. Dit laat weinig ruimte voor een zwangerschapsafbreking op grond van een noodsituatie indien de foetus lijdt aan een ernstige aandoening: "on ne saurait, en effet, procéder à un diagnostic prénatal en envisageant un éventuel avortement pour cause de détresse". Het Belgische recht kent echter niet deze strikte reglementering van de prenatale diagnose.
Nog een verschil betreft de zwangerschapsafbreking op grond van noodsituatie. Zowel SARGOS als SAINTE-ROSE zijn het erover eens dat naar Frans recht een zwangerschapsafbreking op grond van een noodsituatie de beslissing is van de zwangere vrouw en van haar alleen. SAINTE-ROSE verwijst naar "la libre appréciation de la femme" (*J.T.* 2001, 898) en SARGOS naar "la liberté discrétionaire de la femme" (SARGOS, *t.a.p.*, 1041). Het standpunt van SAINTE-ROSE in verband met de toelaatbaarheid van een zwangerschapsafbreking wanneer de foetus is aangetast door een ernstige, ongeneeslijke aandoening is mede ingegeven door de vrees dat er geen enkele medische controle is in geval van zwangerschapsafbreking op grond van noodsituatie. Naar Belgisch recht echter moet de noodsituatie steeds door een arts worden beoordeeld, vooraleer hij aanvaardt de ingreep uit te voeren (art. 350, 2°, laatste lid Sw.; zie boven, nr. 526). Eugenetische ontsporingen, waarvoor SAINTE-ROSE terecht of ten onrechte vreest, kunnen op die manier worden voorkomen.

553 In het licht van deze verschillen tussen de Belgische en de Franse Wet zwangerschapsafbreking kan de opvatting van SAINTE-ROSE aangaande een zwangerschapsafbreking op grond van een ernstige, ongeneeslijke aandoening bij de foetus niet zomaar worden overgenomen. Er nog van afgezien dat de mening van SAINTE-ROSE ook in Frankrijk niet door iedereen wordt aanvaard en niet tot de rechtspraak is doorgedrongen, is zij te zeer verbonden met een aantal kenmerken van de Franse Zwangerschapsafbrekingswet en de reglementering inzake prenatale diagnose. In de parlementaire voorbereiding van de Belgische wet zijn er geen aanwijzingen te vinden voor het beperken van de toelaatbaarheid van een zwangerschapsafbreking omwille van de gezondheidstoestand van de foetus tot een ernstige, ongeneeslijke aandoening. Voor het einde van de 12de week na de bevruchting kan ook een minder ernstige aandoening van de foetus een zwangerschapsafbreking rechtvaardigen, indien alle wettelijke voorwaarden zijn vervuld.

D. STRAFBARE HANDELINGEN VAN EEN ARTS BIJ ZWANGERSCHAPSAFBREKING

a. Zwangerschapsafbreking bij een niet-toestemmende vrouw

554 Artikel 348 Sw. stelt uitdrukkelijk strafbaar de arts die door enig middel opzettelijk een vruchtafdrijving veroorzaakt bij een vrouw die daarin niet heeft toegestemd. De straf is opsluiting.

De huidige versie van artikel 348 Sw. kwam tot stand door artikel 1 Wet zwangerschapsafbreking. Inhoudelijk verschilt deze versie nauwelijks van de vroegere. Wel wordt nu de arts expliciet vermeld. Dit houdt verband met de opheffing van artikel 353 Sw. door artikel 5 Wet zwangerschapsafbreking. Artikel 353 Sw. dat in zwaardere strafsancties voorzag wanneer de dader van de vruchtafdrijving een arts was verwees ook naar artikel 348 Sw. Om te vermijden dat de opheffing van artikel 353 Sw. de indruk zou wekken dat artikel 348 niet zou van toepassing zijn op artsen, worden zij nu uitdrukkelijk daarin vermeld (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 81). Zoals vroeger, is ook de poging strafbaar.
Eveneens als vroeger is opzet vereist. Dit betekent dat een vruchtafdrijving die door een onvoorzichtigheid wordt veroorzaakt bij het uitvoeren van een amniocintese – vruchtafdrijving waarvoor de vrouw vanzelfsprekend geen toestemming heeft gegeven – niet strafbaar is op grond van artikel 348 Sw.
In de vroegere versie van artikel 348 Sw. was sprake van "spijzen, dranken, artsenijen of door enig ander middel". Thans is in het algemeen sprake van "enig middel". Zie voor de hypothese dat de vruchtafdrijving de dood van de vrouw voor gevolg heeft: artikel 352 Sw.

b. Zwangerschapsafbreking bij een toestemmende vrouw

555 De arts die bij een toestemmende vrouw een zwangerschapsafbreking verricht zonder dat zij zich in een noodsituatie bevindt of zonder dat al de voorwaarden gesteld in artikel 350, 1° tot 5° Sw. zijn vervuld, begaat het misdrijf vermeld in artikel 350, eerste lid Sw.

Hij kan worden veroordeeld tot gevangenisstraf van drie maanden tot een jaar en tot geldboete van 100 tot 500 euro. Vóór de Wet zwangerschapsafbreking was de hoedanigheid van arts een verzwarende omstandigheid (M. VAN LOOK, *t.a.p.*, 437, nr. 28; VAN HOUDT en CALEWAERT, *a.w.*, nr. 636). Artikel 353 Sw. dat zwaardere sancties voorzag wanneer de dader een arts was, had voor

gevolg dat zwangerschapsafbreking door een arts een misdaad was. Het gevolg hiervan was dat een poging tot zwangerschapsafbreking door een arts strafbaar was (zie oa.: Cass. 18 juni 1883, *Pas.* 1883, I, 281; Luik 14 juli 1949, *Jur. Liège* 1949-50, 25 en de commentaar hierbij in VAN HOUDT en CALEWAERT, nr. 742). Thans is een poging tot zwangerschapsafbreking bij een toestemmende vrouw ook in hoofde van een arts niet meer strafbaar (wel werd bij de bespreking van de wet getracht de poging door een arts uitdrukkelijk strafbaar te stellen. Ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 94 en 114-115). Doch de mislukte zwangerschapsafbreking bij een toestemmende vrouw krijgt thans een andere dimensie, nl. in het licht van de mogelijke burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de arts door wiens nalatigheid een zwangerschapsafbreking mislukt (zie verder, nr. 572).
Zie voor de hypothese dat de zwangerschapsafbreking de dood van de toestemmende vrouw voor gevolg heeft: artikel 352 Sw.

c. Reclame door een arts rond zwangerschapsafbreking

556 Artikel 383, voorlaatste en laatste lid Sw. zijn niet gewijzigd door de Wet zwangerschapsafbreking (zie boven, nr. 486).

Het voorlaatste lid van artikel 383 Sw. straft degene die door om het even welk publiciteitsmiddel het gebruik van enig middel om vruchtafdrijving te veroorzaken aanprijst, aanwijzingen verstrekt omtrent de wijze waarop het wordt aangeschaft of gebruikt of personen die het toepassen doet kennen met het doel hen aan te bevelen. Het laatste lid stelt o.m. strafbaar het bekendmaken door enig publiciteitsmiddel van "artsenijen of tuigen" speciaal bestemd om vruchtafdrijving te veroorzaken.

Een en ander betekent dat strafbaar is de arts of de instelling voor gezondheidszorg die op welke wijze ook personen die zwangerschapsafbrekingen uitvoeren aanbevelen, ook al gebeuren deze onder de voorwaarden bepaald in artikel 350, tweede lid Sw. De arts die in een concreet geval een zwangere vrouw doorverwijst naar een collega met het oog op de uitvoering van een zwangerschapsafbreking is niet strafbaar.

E. STRAFBAARHEID VAN DE TOESTEMMENDE VROUW

557 Artikel 351 bepaalt dat de vrouw die opzettelijk een vruchtafdrijving laat verrichten buiten de voorwaarden gesteld in artikel 350, strafbaar is met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en een geldboete van 50 tot 200 euro.

Wanneer de voorwaarden van artikel 350 Sw. zijn vervuld is er geen misdrijf. Evenmin als de arts kan de vrouw die om de zwangerschapsafbreking heeft verzocht worden gestraft.

558 De huidige versie van artikel 351 Sw. is duidelijker dan de vroegere versie. Die bepaalde dat strafbaar was de vrouw "die opzettelijk de afdrijving van haar vrucht verzocht".

Die bepaling kon zo worden begrepen dat de vrouw die een vruchtafdrijving liet uitvoeren niet strafbaar was. Toch werd artikel 351 Sw. zo uitgelegd dat ook in die hypothese de vrouw kon worden gestraft (M. VAN LOOK, *t.a.p.*, 434, nr. 24).

559 De huidige versie van artikel 351 Sw. doet het omgekeerde probleem rijzen: is de vrouw die bij zichzelf een vruchtafdrijving uitvoert, strafbaar?

Deze vraag is niet zonder belang wegens het beschikbaar komen van de zgn. abortuspil (Mifegyne, ook Franse pil genoemd of RU 486). In de Kamercommissie is hieromtrent nogal wat te doen geweest. Aanvankelijk werd door de verdedigers van het wetsontwerp de mening verkondigd dat artikel 351 Sw. niet langer kon worden toegepast op de vrouw die bij zichzelf een zwangerschapsafbreking heeft toegepast. "Na overleg met een der auteurs van het oorspronkelijk bij de Senaat ingediende wetsvoorstel antwoordt een lid dat het wel degelijk de bedoeling is om de vrouw die bij zichzelf een vruchtafdrijving verricht van strafbaarheid vrij te stellen. Wanneer de vruchtafdrijving gebeurt door de inname van de zgn. abortuspil laat zij overigens geen sporen na. Ook in dit geval leek het zinloos deze daad strafbaar te stellen" (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 135-136). Maar in een later stadium van de bespreking van het wetsontwerp werd, opnieuw in overleg met de auteurs van het ontwerp, een andere interpretatie gegeven aan de woorden "laat verrichten". Deze maal zou het de "juiste interpretatie" zijn, volgens het commissielid dat de tekst toelichtte. "De woorden laat verrichten betekenen: laat verrichten *door een ander middel* of door een ander persoon" (de Franse versie is duidelijker). "De vrouw die haar zwangerschap vrijwillig afbreekt zonder een beroep te doen op een geneesheer – bv. door een vruchtafdrijvende pil in te nemen – bevindt zich dus in een context waarbij een derde optreedt (de geneesheer, de apotheker, om het even welke derde die een vruchtafdrijvend middel verstrekt). De derde, en ook de vrouw, is strafbaar en wel uitgerekend wegens het niet-inachtnemen van de in artikel 350 gestelde en in artikel 351 herhaalde algemene voorwaarden". Deze interpretatie werd onderschreven door de leden van de partijen die het wetsontwerp steunden (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 143-144). Zij lijkt voorrang te moeten krijgen op de eerste interpretatie.
Toch roept deze tweede interpretatie vragen op. Er wordt gesuggereerd dat de arts die een abortuspil voorschrijft zonder ze zelf toe te dienen en zonder dat de voorwaarden van artikel 350 Sw. zijn vervuld, deze bepaling zou overtreden. Toch is er van het verrichten van een zwangerschapsafbreking door deze arts geen sprake. Het K.B. van 7 mei 2000 tot bepaling van de voorwaarden voor de aflevering van de farmaceutische specialiteit Mifegyne verplicht de arts die Mifegyne voorschrijft een verklaring te voegen bij het medisch voorschrift waarin hij verklaart het middel alleen toe te dienen "binnen de toepassing van artikel 350 Sw.". Voor kritiek hierop: zie boven, nr. 535.

560 Zoals vroeger, is ook nu in artikel 351 Sw. sprake van opzet in hoofde van de vrouw.

Dit heeft voor gevolg dat wanneer een arts een zwangerschapsafbreking uitvoert bij een vrouw maar nalaat al de voorwaarden na te leven zonder dat de vrouw dit weet, deze vrouw niet strafbaar is. "De rechter kan oordelen of de vrouw al dan niet aansprakelijk is wanneer de bij artikel 350 bepaalde voorwaarden niet worden nagekomen. Zij kan dan ook niet worden vervolgd voor een vergissing die de geneesheer heeft begaan" (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 950/9, 93).

561 De Wet zwangerschapsafbreking bevat geen specifieke bepalingen in verband met de toestemming van de minderjarige zwangere. Een zwangere vrouw en haar ouders bevinden zich, wat de zwangerschap van eerstgenoemde betreft, in een geheel verschillende toestand. Het gelijkheidsbeginsel vereist niet dat de minderjarige vrouw die een zwangerschapsafbreking overweegt, zou verplicht worden op straffe van een misdrijf te plegen, haar ouders te raadplegen, noch dat deze toegang zouden kunnen hebben tot een rechtbank (Arbitragehof, nr. 39/90, 19 december 1991, *B.S.* 24 januari 1992).

Ook tijdens de voorbereidende werkzaamheden werd aan deze problematiek nauwelijks aandacht gegeven (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 135-137). Zelfs in de rechtspraak van vóór de wet bleek de leeftijd van de zwangere geen aanleiding te geven tot vragen over de geldigheid van de toestemming. In een uitspraak van de Correctionele Rechtbank van Nijvel handelde het om een 15-jarige (Corr. Nijvel 2 november 1984, *Journ. proc.* 1984, afl. 50, 30) en

in een arrest van het Hof van Beroep van Brussel zelfs om een minder dan 14-jarige (Brussel 14 maart 1984, *Journ. proc.* 1984, afl. 43, 27).
In geen van beide gevallen heeft deze leeftijd aanleiding gegeven tot opmerkingen.
De wet eist het verzoek van de zwangere zelf. Uit de voorbereidende werken blijkt dat ook de minderjarige is bedoeld. "Het voorstel voorziet in geen enkel uitsluitsel gebaseerd op de leeftijd" (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 137). De toestemming van de vrouw zelf is vereist, om te vermijden dat zij door derden, bv. haar ouders, onder druk zou worden gezet (*t.a.p.*, 134). Plaatsvervangende toestemming lijkt uitgesloten. Een vruchtafdrijving uitgevoerd bij een zwangere vrouw die daarin niet zelf heeft toegestemd, is strafbaar op grond van artikel 348 Sw. De Wet zwangerschapsafbreking regelt de strafrechtelijke gevolgen van de toestemming van de minderjarige: de arts die met de toestemming van een minderjarige en van haar alleen een zwangerschapsafbreking verricht, pleegt geen misdrijf wanneer alle andere in artikel 350 Sw. gestelde voorwaarden worden nageleefd. Over de burgerrechtelijke gevolgen van deze regeling lopen de meningen uiteen. Volgens sommige auteurs brengt de bijzondere strafrechtelijke bepaling met zich mee dat het gemene recht inzake het ouderlijk gezag ter zake niet meer van toepassing is. De minderjarige kan dus, ook in burgerrechtelijk opzicht, geldig verzoeken om een zwangerschapsafbreking, zonder de toestemming van de ouders. Niettemin zou het wenselijk zijn dat de wetgever met het oog op rechtszekerheid deze aangelegenheid regelt (Y.-H. LELEU en S. DELVAL, "Autorité parentale et actes médicaux", *J. dr. jeun.*. 2002, 29-30). Andere auteurs zijn daarentegen van mening dat de bepalingen in het B.W. die het ouderlijk gezag regelen niet buiten werking werden gesteld door de Wet zwangerschapsafbreking (N. COLETTE-BAZECQZ, S. DEMARS en M.-N. VERHAEGEN, "L'enfant mineur d'âge dans le contexte de l'activité médicale", *T. Gez.* 1997-98, 175). Omdat de Wet zwangerschapsafbreking uitsluitend heeft beoogd de voorwaarden te bepalen waaronder zwangerschapsafbreking geen misdrijf is, sluiten wij ons aan bij deze laatste visie.

562 Ook inzake de toestemming van de echtgenoot of partner van de zwangere vrouw die een zwangerschapsafbreking wenst te laten verrichten bevat de wet geen voorschriften (Gent 8 augustus 1992, *R.W.* 1992-93, 366; Rb. Gent 7 augustus 1992, *R.W.* 1992-93, 370, noot T. BALTHAZAR). Het recht van de echtgenoot of de vader op bescherming van zijn privé- en gezinsleven en het recht te huwen en een gezin te stichten kan niet zodanig ruim worden geïnterpreteerd dat het recht om geraadpleegd te worden en het recht om een rechtbank te adiëren zou inhouden wanneer zijn echtgenote zich voorneemt haar zwangerschap af te breken (Arbitragehof, nr. 39/90, 19 december 1991, *B.S.* 24 januari 1992).

De auteurs van het voorstel zijn uitgegaan van de idee dat de wet alleen in het strikt noodzakelijke juridisch kader dient te voorzien. Het is duidelijk, volgens de auteurs, dat wanneer de vrouw een goede relatie heeft met haar man of haar partner er m.b.t. een eventuele zwangerschapsafbreking tussen beiden geen meningsverschillen zullen zijn (voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 134).

De kwestie van de betrokkenheid van de toekomstige vader bij het nemen van de beslissing tot zwangerschapsafbreking was ook aan de orde in de zaak 8416/78 (X t/Verenigd Koninkrijk) voor de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (zie hieromtrent: M. DE BLOIS, "Abortus en art. 2 E.C.R.M. Beschouwingen n.a.v. de beslissing van de Commissie in zaak 8416/78", *N.J.B.* 1981, 143-150; J. VELAERS, "De rechten van de mens, het huwelijk, het gezin en andere samenlevingsvormen", in X. (ed.), *Gezin: juridische en ethische verkenningen*, Brussel, Cepess, 1992, 77-78). De Family Division van het High Court of Justice had het verzoek van een man een zwangerschapsafbreking bij zijn vrouw te verbieden afgewezen. Volgens de rechter had de vader van de foetus, onverschillig of hij met de moeder gehuwd is, geen recht om te verhinderen dat de moeder een abortus ondergaat wanneer aan de vereisten van de Engelse Wet uit 1967 is voldaan. Daarop diende de vader van de ongeborene, de zwangerschap was intussentijd afgebroken, een klacht in bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens wegens een schending van artikel 2 E.V.R.M., het recht op leven. De Commissie diende zich allereerst uit te spreken over de vraag of

de vader zelf wel als slachtoffer kon worden beschouwd van deze schending in het licht van artikel 25 E.V.R.M.. De Commissie beantwoordde deze vraag positief: "the Commission accepts that the applicant, as potential father, was so closely affected by the termination of his wife's pregnancy that he may claim to be a 'victim'". Uiteindelijk oordeelde de Commissie de klacht niet ontvankelijk, zodat het Europees Hof zich niet diende uit te spreken over de kwestie (in dezelfde zin: E.C.R.M., X. t/Noorwegen, nr. D 10308, 19 mei 1992, D.R. nr. 73, 155-185).

De Europese Commissie van de Rechten van de Mens heeft zich tot vandaag nog niet duidelijk uitgesproken over de vraag of het prenatale leven al dan niet de bescherming geniet van artikel 2 E.V.R.M. Hoewel de Commissie in 1980 meende dat zowel het algemeen gebruik van de term "elke persoon" in de Conventie als de context waarin de term wordt gebruikt in artikel 2 de nadruk leek te leggen op het standpunt dat het prenatale leven niet werd beoogd, sloot ze in 1990 niet uit dat dit in bepaalde omstandigheden wel het geval kon zijn.

Als de verplichting om het leven te respecteren aan de wetgever oplegt om maatregelen te nemen die ook het leven dat moet worden geboren beschermen, kan er evenwel niet van worden afgeleid dat de wetgever ook verplicht is, op straffe van miskenning van de artikelen 6 en 6*bis* van de Conventie, kinderen die geboren zijn en diegene die nog moeten geboren worden gelijk te behandelen (Arbitragehof, nr. 39/90, 19 december 1991, *B.S.* 24 januari 1992).
Volgens het Hof van Cassatie, impliceert artikel 2 E.V.R.M. de bescherming van het leven van een kind reeds van voor de geboorte (Cass. 22 december 1992, *Arr. Cass.* 1992, 1462; *R.W.* 1992-93, 646, noot M. WOUTERS).

F. REGISTRATIE- EN RAPPORTERINGSVERPLICHTINGEN

1. Registratieverplichting in hoofde van de arts

563 Door de Wet van 13 augustus 1990 (*B.S.* 20 oktober 1990), werd een nationale evaluatiecommissie inzake de toepassing van de wetgeving betreffende de zwangerschapsafbreking ingesteld (art. 1 § 1; zie voor de samenstelling ervan: art. 1 § 2). Deze commissie is o.m. bevoegd een registratiedocument op te stellen (art. 2, eerste lid).

De wet bevat een limitatieve opsomming van de vermeldingen die in het registratiedocument moeten worden opgenomen. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was die opsomming niet limitatief (wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1150/1, art. 2 waarin sprake was van "o.m."). Nadien werd "o.m." vervangen door "inzonderheid". Tijdens de bespreking van het voorstel in de plenaire vergadering van de Kamer werd ook die toevoeging geschrapt (*Hand.* Kamer 1989-90, 21 mei 1990, 2399). In het document dienen de volgende vermeldingen te worden opgenomen. Het codenummer van de instelling voor gezondheidszorg en het codenummer van de arts. Leeftijd, burgerlijke staat en aantal kinderen van de vrouw die om een zwangerschapsafbreking verzoekt. De provincie of, indien de vrouw in het buitenland woont, het land waarin de woonplaats van de vrouw gelegen is. De datum van het verzoek tot zwangerschapsafbreking en de datum van de uitvoering ervan. Een amendement om ook de duur van de zwangerschap op het ogenblik van de ingreep te vermelden werd ingetrokken (wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1150/4, amendement nr. 18; nr. 1150/5, 16). Een beknopte beschrijving van de door de vrouw ingeroepen noodsituatie. Indien de zwangerschapsafbreking gebeurt nadat 12 weken verlopen zijn sedert de conceptie, vermeldt de arts tevens het ernstig gevaar voor de gezondheid van de vrouw of de uiterst zware en ongeneeslijke kwaal waaraan het kind bij de geboorte zou lijden. De datum waarop de betrokken vrouw door de voorlichtingsdienst werd ontvangen. De vermelding van de verklaringen van de vrouw over de voorbehoedsmiddelen die zij heeft gebruikt en de reden van het falen. In zijn advies noemde de Raad van State de schending van de privacy (art. 8 E.V.R.M.) "bijzonder flagrant" in dit geval (wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1150/2, 3). Ten slotte dient in het document de methode van zwangerschapsafbreking die werd toegepast en desgevallend van de verwikkelingen die hiervan het gevolg waren, te worden vermeld.

564 De arts die een zwangerschapsafbreking heeft uitgevoerd is verplicht een dergelijk registratiedocument in te vullen en het over te maken aan de evaluatiecommissie, binnen de vier maanden na de uitvoering van de zwangerschapsafbreking (art. 2, eerste en laatste lid). De arts die uit nalatigheid of moedwillig, en nadat hij daartoe werd aangemaand, nalaat dit document binnen de vastgestelde termijn aan de evaluatiecommissie te bezorgen, wordt gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot één maand of met geldboete van 50 tot 5000 euro (art. 6, eerste lid). De wet vermeldt niet wie bevoegd is deze aanmaning te geven. Uit een tussenkomst in de Kamer kan men afleiden dat één aanmaning zou volstaan (*Hand.* Kamer 1989-90, 21 mei 1990, 2388).

De verplichting dit registratiedocument in te vullen maakt geen deel uit van de in artikel 350 Sw. vermelde verplichtingen opdat de zwangerschapsafbreking geen misdrijf zou zijn. De registratieplicht voegt niets toe aan artikel 350 Sw. en evenmin doet die plicht afbreuk aan de verplichtingen opgenomen in dat artikel (zie: de tussenkomsten van LALLEMAND en ERDMAN, *Hand.* Senaat 1989-90, 13 juli 1990, 2721 en 2733). Overigens betreft het een verplichting in hoofde van de arts die een zwangerschapsafbreking heeft uitgevoerd en niet die voornemens is er een uit te voeren.

In het oorspronkelijk wetsvoorstel werd de registratieplicht opgelegd op de arts die geraadpleegd werd inzake zwangerschapsafbreking die hij al dan niet uitgevoerd heeft (wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1150/1, art. 2, eerste lid). Die formulering werd niet goedgekeurd.

565 T.a.v. de vrouw bij wie een zwangerschapsafbreking werd verricht, bevat de wet geen enkele verplichting. Uit meerdere tussenkomsten tijdens de parlementaire voorbereiding blijkt duidelijk dat de vrouw niet verplicht is informatie die de arts in het document dient te vermelden en die hij niet reeds van te voren kent, aan de arts beschikbaar te stellen.

Tijdens de bespreking van het wetsvoorstel in de Commissie voor volksgezondheid en leefmilieu van de Kamer werd door een commissielid verklaard dat er "uiteraard geen verplichting bestaat voor de vrouw om de arts over deze aangelegenheden in te lichten. In hoofde van de vrouw zijn evenmin sancties voorzien indien zij haar medewerking aan de toepassing van deze weigert" (wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1150/5, 6-7; zie in dezelfde zin: *Hand.* Kamer 1989-90, 21 mei 1990, 2385, 2391 en 2397; *Hand.* Senaat 1989-90, 13 juli 1990, 2721).

566 De Raad van State had in zijn advies laten verstaan dat in een dergelijk geval de arts verplicht zou zijn om de ontbrekende gegevens te achterhalen door ze bv. op te vragen bij de familie van de vrouw (wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1150/2, 3). Maar in het parlement werd meerdere malen benadrukt dat de registratieplicht van de arts geenszins een verplichting inhoudt om actief op zoek te gaan naar de ontbrekende gegevens.

"Weigert de vrouw welbepaalde gegevens te verstrekken – dit is haar recht – dan is het vanzelfsprekend niet aan de arts om zelf te trachten deze gegevens te achterhalen. Zijn informatieplicht heeft dan een grens bereikt. De arts beschikt niet over onderzoeksbevoegdheden of -plichten" (wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1150/5, 7; in dezelfde zin: *Hand.* Kamer 1989-90, 21 mei 1990, 2385, 2391 en 2397; *Hand.* Senaat 1989-90, 13 juli 1990, 2721 en 2733).

567 Wanneer een arts een onvolledig ingevuld registratiedocument aan de evaluatiecommissie bezorgt omdat de vrouw bij wie hij een zwangerschapsafbreking verrichtte bepaalde gegevens weigerde te verstrekken, dan kan men hem daarvan geen verwijt maken. Hij verkeert dan in de onmogelijkheid het

document volledig in te vullen (wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1150/5, 18; *Hand.* Senaat 1989-90, 13 juli 1990, 2733). De arts is dan niet strafbaar op grond van overmacht (*t.a.p.*).

2. Rapportageverplichting in hoofde van de instelling voor gezondheidszorg

568 De evaluatiecommissie dient een document op te stellen dat als jaarverslag moet worden ingevuld door de instelling voor gezondheidszorg, bedoeld in artikel 350, tweede lid, 1° Sw. (art. 3, eerste lid).

In dit verslag wordt melding gemaakt van het aantal verzoeken tot zwangerschapsafbreking dat bij de instelling of bij de artsen verbonden aan de instelling werd ingediend; het aantal zwangerschapsafbrekingen dat werd uitgevoerd door aan de instelling verbonden artsen en het aantal verzoeken dat werd afgewezen.

569 Dit jaarlijks verslag moet aan de evaluatiecommissie worden overgezonden ten laatste op 30 april van het jaar volgend op dat waarop de informatie betrekking heeft (art. 3, eerste lid). Aan dit verslag wordt een verslag toegevoegd van de voorlichtingsdienst van de instelling over de samenstelling en de werking van de dienst; de toegepaste opvang- en begeleidingsmethoden; het aantal raadplegingen; desgevallend de resultaten van de opvang en de hulp (art. 3, laatste lid). Niet-naleving van de verplichting beide jaarverslagen aan de evaluatiecommissie te bezorgen, is strafbaar (art. 6, eerste lid).

3. Bescherming van de privacy

570 Zowel de Raad van State als de Nationale raad van de Orde der geneesheren maakten bezwaar tegen de registratieplicht omdat zij een aantasting vreesden van het medisch beroepsgeheim en de privacy van de vrouw (wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1150/2, 3; "Commissie voor de evaluatie van de Wet van 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking", *T. Orde Geneesh.* 1990, nr. 49, 19-23). De Raad van State baseerde zijn kritiek o.m. op de vaststelling dat niet duidelijk was bepaald wat uiteindelijk met de door de evaluatiecommissie bekomen informatie diende te gebeuren en, meer algemeen, hoe ze zou kunnen worden verspreid. Ook de sanctionering van inbreuken op de privacy liet te wensen over.

4. Evaluatieverslag

571 Overeenkomstig artikel 1 § 3, a, stelt de evaluatiecommissie ten behoeve van het parlement een statistisch verslag op waarin de informatie verkregen op grond van de artikelen 2 en 3 (registratie- en rapporteringsplicht) werd verwerkt. Het eerste rapport moest klaar zijn voor 31 augustus 1992, maar omwille van verschillende redenen was het zeer gelimiteerd. Daarom heeft de Nationale evaluatiecommissie beslist in 1993 een tussentijds rapport op te stellen voor het parlement (zie: *Parl. St.* Kamer 1992-93, nr. 1171/1, *Parl. St.* Senaat 1992-93, nr. 847/1; zie voor het rapport 1 januari 1993-31 december

1993: *Parl. St.* Kamer 1993-94, nr. 1538/1; *Parl. St.* Senaat, 1993-94, nr. 1178/1).

De inlichtingen ingewonnen door de commissie zijn vertrouwelijk en mogen aan geen enkele instantie, met inbegrip van de rechterlijke macht, worden meegedeeld (art. 1 § 3, laatste lid; zie voor strafbepalingen: art. 7 dat verwijst naar art. 458 Sw.).
Op de kritiek vanwege de Raad van State werd geantwoord dat de registratiedocumenten en de jaarverslagen door de evaluatiecommissie aan niemand mogen worden meegedeeld zelfs niet aan de rechterlijke macht of aan het parlement (wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1150/4, amendement nr. 13, Verantwoording). Het statistisch verslag dat door de evaluatiecommissie wordt opgesteld en dat bedoeld is voor het parlement mag wel openbaar worden gemaakt (wetsvoorstel, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1150/5, 8).

G. AANSPRAKELIJKHEID WEGENS ONTNEMEN VAN DE MOGELIJKHEID EEN BEREDENEERDE KEUZE TE MAKEN OM AL DAN NIET EEN ZWANGERSCHAPSAFBREKING TE LATEN UITVOEREN

572 De Wet zwangerschapsafbreking heeft het beëindigen van een zwangerschap onder welbepaalde voorwaarden onttrokken aan het strafrecht. Aangezien ook voor de totstandkoming van deze wet er nauwelijks strafrechtelijk werd opgetreden tegen vruchtafdrijving (zie boven, nr. 492 e.v.) zijn de strafrechtelijke gevolgen van de wetswijziging voor de medische praktijk eerder beperkt geweest, ondanks het onmiskenbaar principieel belang van deze wijziging. Voor het medisch recht zijn de burgerrechtelijke gevolgen van de wetswijziging veel ingrijpender, zo leert o.m. de Franse ervaring. Zolang zwangerschapsafbreking zonder uitzondering verboden was, kon het handelen of nalaten van een arts waardoor de keuze voor een zwangerschapsafbreking onmogelijk werd gemaakt niet als foutief worden beschouwd. Zwangerschapsafbreking is nu onder bepaalde voorwaarden geen misdrijf meer. Nagenoeg tegelijkertijd zijn de mogelijkheden om tijdens de zwangerschap (prenataal) genetische of andere aandoeningen (zoals bv. rode hond) bij het embryo en in een later stadium van de zwangerschap, bij de foetus vast te stellen, sterk toegenomen. Voor vele van deze aandoeningen ontbreekt tot nu toe een afdoende behandeling. Toch is het prenataal vaststellen van de aanwezigheid van een dergelijke aandoening zinvol omdat zij de moeder (de ouders) in staat stelt om op een beredeneerde wijze een keuze te maken tussen twee mogelijkheden. Ofwel zich mentaal en materieel voor te bereiden op de geboorte en het latere leven van een kind met een ernstige aandoening ofwel de zwangerschap te laten afbreken met in achtneming van de wettelijk gestelde voorwaarden. Wanneer een arts door zijn foutief handelen of nalaten aan de moeder (de ouders) deze keuze mogelijkheid heeft ontnomen, kan hij daarvoor – zoals voor ieder foutief handelen – aansprakelijk worden gesteld. Wanneer de ouders de arts aanspreken voor hun eigen schade spreekt men van de *wrongful birth* of *ongewenste geboorte*-vordering. Ook de andere kant van de medaille, namelijk het zich niet kunnen voorbereiden op de geboorte van een kind met een ernstige aandoening kan als schadeverwekkend worden beschouwd. Wanneer de ouders namens hun kind schadevergoeding vorderen, wordt dat een *wrongful life* of *ongewenste leven*-vordering genoemd. Ook deze vordering

wordt doorgaans enkel begrepen als betrekking hebbend op de onmogelijkheid een zwangerschapsafbreking te laten verrichten. De tegenhanger daarvan is de vordering wegens de schade die een kind lijdt doordat zijn ouders zich mentaal en materieel niet hebben kunnen voorbereiden op zijn geboorte en latere leven.

1. Aansprakelijkheid wegens ongewenste geboorte (wrongful birth)

a. Informatieplicht over de gezondheidstoestand van het ongeboren kind

573 Op grond van artikel 7 § 1 Patiëntenrechtenwet heeft een zwangere vrouw tegenover haar behandelende arts recht op alle haar betreffende informatie die nodig is om inzicht te krijgen in haar gezondheidstoestand en de vermoedelijke evolutie ervan. Tijdens de parlementaire voorbereiding is niet aan de orde geweest of dit recht van een zwangere patiënte zich uitstrekt tot het krijgen van informatie over de gezondheidstoestand van haar ongeboren kind. Omdat het nog geen rechtspersoonlijkheid heeft, kan het kind zelf juridisch niet worden beschouwd als een patiënt jegens wie de arts een informatieplicht heeft. Ook feitelijk is het informeren van het ongeboren kind uiteraard onmogelijk. Het ligt dan ook voor de hand dat de arts tegenover de zwangere vrouw de verplichting heeft haar te informeren omtrent de gezondheidstoestand van het ongeboren kind en de vermoedelijke evolutie van die gezondheidstoestand.

574 Het geven van informatie over de gezondheidstoestand veronderstelt doorgaans het verrichten van medisch geïndiceerd onderzoek met het oog op het stellen van een diagnose. Deze onderzoeksplicht ligt niet enkel ten grondslag aan de informatieplicht (zie boven, nr. 573) maar vloeit rechtstreeks voort uit het recht op kwaliteitsvolle dienstverstrekking dat is neergelegd in artikel 5 Patiëntenrechtenwet.

In de enige (gepubliceerde) ongewenste leven-vordering tot heden in België werd aan de arts verweten dat de elf echografies tijdens de zwangerschap niet volgens de regels van de kunst waren uitgevoerd zodat afwijkingen aan de ledematen niet werden vastgesteld (Rb. Brussel 7 juni 2002, *R.G.A.R.* 2002, 483). Uit de op dit vlak bijzonder rijke Franse rechtspraak blijkt dat andere in aanmerking komende fouten zijn: het niet-aanvragen van een onderzoek ondanks verontrustende signalen (Cass. fr. 13 juli 1991, *J.C.P.* 2001, II, 10601 en Cass. fr. 20 november 2000 *J.C.P.* 2000, II, 10.438 in hoofde van de huisarts van mevr. Perruche – in beide gevallen onderzoek naar rode hond besmetting) of ondanks het uitdrukkelijk verzoek van de patiënte (Cass. fr. 28 november 2001, *R.G.A.R.* 2002, 13471 en *R.G.A.R.* 2002, 13472 – geen vruchtwaterpunctie); het niet-zorgvuldig uitvoeren door het labo van het aangevraagde onderzoek (Cass. fr. 20 november 2000 in hoofde van het labo) of het niet-zorgvuldig interpreteren van de uitslag van een echografisch onderzoek (Cass. fr. 13 juli 2001, *R.G.A.R.* 2002, 13467); het niet-meedelen van de verontrustende uitslag van een chromosomen-onderzoek aan de patiënte en nalaten aanvullend onderzoek te verrichten (Cass. fr. 28 november 2001). Zie ook: G. GENICOT, *t.a.p.*, 81, nr. 6.

575 Voorafgaand aan het geven van de toestemming voor het onderzoek met het oog op het vaststellen van de gezondheidstoestand van het ongeboren kind, dient de moeder daarin met kennis van zaken toe te stemmen (art. 8 § 1

en § 2 Patiëntenrechtenwet). De informatie moet zoals altijd o.m. betrekking hebben op de slaagkansen van het voorgestelde onderzoek.

Onder slaagkansen van een onderzoek wordt verstaan de kans dat het onderzoek, indien het volgens de regels van de kunst wordt uitgevoerd, de juiste informatie zal opleveren. In zeldzame gevallen (zoals een onderzoek naar iemands bloedgroep) is die kans nagenoeg 100 % en kan van een resultaatsverbintenis worden gesproken. In de meeste gevallen kan een juist resultaat, ondanks uitvoering volgens de regels van de kunst, niet worden gegarandeerd. Opdat de zwangere vrouw (de ouders) met kennis van zaken zou kunnen toestemmen in het onderzoek, moet zij er op worden gewezen dat de uitslag van het onderzoek geen zekerheid verschaft over de gezondheidstoestand van het kind doch slechts een (hoge mate van) waarschijnlijkheid. Ook bij het meedelen van de uitslag zelf dient dit opnieuw te gebeuren. Een en ander brengt met zich mee dat de beredeneerde keuze om al dan niet de zwangerschap verder te zetten bijna steeds zal moet worden genomen in een context van klemmende onzekerheid over het al dan niet aangetast zijn van het ongeboren kind met een ernstige aandoening of handicap (zie: M. FABRE-MAGNAN, "Avortement et responsabilité médicale", *R.T.D. civ.* 2001, 296: "le choix cruel incombe aux parents de savoir quelle décision prendre à partir des chiffres et des pourcentages reçus").

De tot nu toe gekende gevallen van ongewenste geboorte-vorderingen in de Belgische, Franse en Nederlandse rechtspraak betreffen steeds het foutief voorlichten van de patiënte ten gevolge van het niet-uitvoeren of foutief uitvoeren van het onderzoek. Een ongewenste geboorte-vordering ten gevolge van een zuivere informatiefout, d.w.z. dat het onderzoek correct werd uitgevoerd maar dat niet was gewezen op de mogelijkheid van onjuiste informatie, deed zich in de rechtspraak nog niet voor.

b. Inbreuk op de vrijheid al dan niet een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren

576 De al dan niet met een andere fout samenhangende informatiefout in hoofde van de arts volstaat niet om hem aansprakelijk te houden. Daarvoor is nodig dat door de fout een inbreuk wordt gemaakt op een rechtmatig belang van de vrouw. Op grond van de Wet zwangerschapsafbreking kan een zwangere vrouw geen (subjectief) recht op zwangerschapsafbreking laten gelden. Een dergelijk recht veronderstelt dat een ander een plicht heeft tot zwangerschapsafbreking over te gaan en dat is niet het geval (zie boven, nr. 537; zie ook: H. NYS, "Zelfbeschikkingsrecht en zwangerschapsafbreking", in J. VELAERS (ed.), *t.a.p.*, 218-219); anders: G. GENICOT, *t.a.p.*, 93, nr. 36). Wel geniet de zwangere vrouw de vrijheid om (al dan niet) een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren voorzover de wettelijke voorwaarden zijn vervuld (Y.-H. LELEU, "Le droit à la libre disposition du corps à l'épreuve de la jurisprudence Perruche", *R.G.A.R* 2002, nr. 9; Y.-H. LELEU en E. LANGENAKEN, *t.a.p.*, 660, nr.15: "un droit proche de la catégorie des droits subjectifs"; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful birth', een 'never ending story': twee arresten die de controverse rond vorderingen tot schadevergoeding voor de geboorte van een ongewenst of gehandicapt kind weer volop in de schijnwerper plaatsen", noot onder Luik 10 mei 2001, *T. Gez.* 2001-02, 255). Indien deze vrijheid niet kan worden uitgeoefend door het handelen of nalaten van de arts wordt een inbreuk gemaakt op haar rechtmatig belang.

577 Opdat een inbreuk zou worden gemaakt op de vrijheid een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren, dient de vrouw de wil te hebben gehad om een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren en deze wil moet duidelijk zijn vastgesteld (J.-L. AUBERT, "Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être", *D.* 2001, 489). Verder moet aan de wettelijke voorwaarden voor het laten uitvoeren van een zwangerschapsafbreking zijn voldaan (in die zin: F. CHABAS, noot onder Cass. fr. 14 juli 2001, *J.C.P.* 2001, 1842-1843; H. BLONDET, "Rapport", *J.T.* 2002, 908).

De duidelijke vaststelling van de aanwezigheid van de wil of intentie om een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren, stelt in sommige gevallen geen grote problemen. In de zaak Perruche bv. had mevr. Perruche aan haar huisarts zeer duidelijk laten verstaan dat zij een zwangerschapsafbreking wenste indien zij recentelijk door rode hond zou zijn besmet. Zij was zelf op de hoogte van de risico's die zo'n besmetting zou hebben voor haar kind. Men zou kunnen zeggen dat een dergelijk risico van algemene bekendheid is. In een van de andere Franse cassatiezaken had de zwangere vrouw eveneens duidelijk te kennen gegeven een zwangerschapsafbreking te willen indien er met de armen en de handen van haar kind wat mis was, omdat zij reeds een kind had met ernstige afwijkingen ter hoogte van de bovenste ledematen (Cass. fr. 13 juli 2001, *J.C.P.* 2001, II, 10601). In dat geval was de bekendheid met het risico gebaseerd op eigen ervaring. Ook bij ernstige genetische afwijkingen zal vaak tevoren reeds de intentie om tot zwangerschapsafbreking over te gaan, zijn uitgedrukt (in sommige gevallen is het zelfs zo dat een prenataal onderzoek naar een genetische afwijking slechts wordt uitgevoerd mits de bereidheid bestaat tot een zwangerschapsafbreking over te gaan zoals in geval van de ziekte van Huntington). Maar wanneer een totaal onverwachte aandoening aan het licht wordt gebracht, zal de vrouw niet van tevoren haar intentie hebben tot uitdrukking gebracht om een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren. Stel dat deze informatie aan haar op foutieve wijze niet wordt meegedeeld, betekent dit dan dat van een inbreuk op haar vrijheid om een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren geen sprake kan zijn? Als dat het besluit zou zijn, dan zouden vrouwen worden aangemoedigd om als het ware in het wilde weg te verklaren bereid te zijn tot een zwangerschapsafbreking ook al zal daar wellicht geen enkele reden voor zijn. Dat zou geen wenselijke ontwikkeling zijn. Beter is het daarom na te gaan wat een redelijk iemand zou hebben gedaan, indien zij op de hoogte zou zijn geweest van de mogelijkheid dat een ernstige aandoening aan het licht zou komen. Indien een redelijk iemand met die informatie zou heben beslist een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren, mag men ervan uitgaan dat de vrouw in het concrete geval dat ook zou hebben gedaan. Een dergelijke redenering werd ook door het Gerechtshof te Den Haag aangehouden: "Bovendien acht het Hof het gezien de omstandigheden van dit geval ook alleszins aannemelijk dat de moeder inderdaad tot abortus zou zijn overgegaan indien zij destijds geweten had hoe groot de kans op ernstige beschadiging van de vrucht was" (Hof Den Haag 26 maart 2003, *(Ndl) Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2003, 269).

Men moet er trouwens rekening mee houden dat ook in het geval de vrouw wel op voorhand uitdrukkelijk haar wil heeft bekend gemaakt een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren, dit achteraf nooit met zekerheid zal kunnen worden vastgesteld. Een vrouw kan steeds terugkomen op haar verzoek tot zwangerschapsafbreking, zodat altijd wel enige twijfel zal blijven hangen over wat haar uiteindelijke beslissing zou zijn geweest indien zij de informatie die haar nu werd onthouden, wel zou hebben gekregen (in deze zin: J. SAINTE-ROSE, "Conclusions", *J.T.* 2001, 903: "comment les experts et les juges pourront-ils affirmer avec certitude qu'elle aurait fait le choix d'interrompre sa grossesse? Que peut valoir la déclaration de la femme qui, par avance, exprime sa volonté d'avorter en cas de diagnostic alarmant? Se procurer une preuve à soi-même n'est pas juridiquement admissible et ce serait créer un avantage injustifié à la future mère qui, instruite par l'expérience ou plus avisée que d'autres, fait une telle déclaration. Sa liberté de choix lui permettant de se rétracter, on ne saura jamais ce qu'elle aurait finalement décidé".

578 Niet iedereen is het eens met het standpunt dat duidelijk moet zijn vastgesteld dat de vrouw de intentie had om een zwangerschapsafbreking te

laten uitvoeren, mocht zij de juiste informatie hebben ontvangen. Het zou volstaan dat zij aantoont dat zij verkeerde in een toestand waarin de wettelijke voorwaarden voor een zwangerschapsafbreking zijn vervuld. Van de vrouw vergen dat zij aantoont dat zij een zwangerschapsafbreking zou hebben ondergaan indien zij de juiste informatie zou hebben gekregen, zou er op neer komen dat de arts van deze informatieplicht wordt ontslagen vanaf het ogenblik dat een vrouw heeft te kennen gegegevn geen zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren (FABRE-MAGNAN, *a.w.*, 312; Y.-H. LELEU, *a.w.*, nr. 21). Daardoor wordt de informatieplicht die op de arts rust, uitgehold. Of deze benadering in de praktijk andere gevolgen heeft, valt nog te bezien. Een van de wettelijke voorwaarden om een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren is het vrijwillige verzoek van de vrouw. Langs deze omweg zou ook in deze opvatting de intentie van de vrouw moeten worden getoetst.

579 Opdat inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren, zouden de wettelijke voorwaarden voor het uitvoeren van een zwangerschapsafbreking moeten zijn vervuld op het ogenblik dat de behandelende arts een diagnosefout maakt: "il me paraît en toute hypothèse important d'attirer l'attention des juges du fond sur la nécessité impérieuse de vérifier dans chacun des cas qui leur sont soumis, au besoin par le recours à l'expertise, si les conditions médico-légales de l'interruption médicale de grossesse auraient été réunies à la date du diagnostic prénatal manqué" (H. BLONDET, *t.a.p.*, 908).

Ook dat is achteraf vaak moeilijk te achterhalen (G. GENICOT, *t.a.p.*, 83, nr. 10). Wanneer de zwangerschapsafbreking nog voor het einde van de 12de week na de bevruchting zou zijn uitgevoerd, zou vereist zijn dat een arts was gekomen tot een "appreciatie" van de vaste wil en van de noodsituatie waarin de vrouw verkeerde. Wanneer de zwangerschapsafbreking na verloop van deze termijn zou zijn uitgevoerd, was de medewerking en het advies nodig van een tweede arts omtrent de uiterst zware kwaal die als ongeneeslijk wordt erkend op het ogenblik van de diagnose. Franse auteurs hebben er op gewezen dat dit voor deskundigen *post factum* eigenlijk niet meer te achterhalen is (CHABAS, *a.w.*, 1842) en hebben een dergelijk onderzoek in strijd genoemd met de menselijke waardigheid (SAINTE-ROSE, *a.w.*, 902). Het Franse Hof van Cassatie nam vrede met de verklaringen van de later aangestelde deskundigen dat de wettelijk gestelde voorwaarden waren vervuld op het ogenblik dat de behandelende arts het prenataal onderzoek uitvoerde (CHABAS, *t.a.p.*, 1843).
Een belangrijk onderscheid tussen de Belgische en de Franse Wet zwangerschapsafbreking is dat de Belgische wet een bepaling bevat die luidt dat "de appreciatie van de geneesheer over de vaste wil en de noodsituatie van de zwangere vrouw, op basis waarvan hij aanvaardt de ingreep uit te voeren, niet kan worden aangevochten indien is voldaan aan de in dit artikel bepaalde voorwaarden" (art. 350, 2°, laatste lid). Over deze bepaling: zie boven, nr. 527. Deze bepaling is geschreven met een strafrechtelijk oogmerk. Zij belet niet dat in het kader van een ongewenste geboortevordering wordt nagegaan of de wettelijke voorwaarden zouden zijn vervuld.

In het vonnis van de Rechtbank te Brussel werd niet onderzocht of aan de wettelijke voorwaarden voor het laten uitvoeren van een zwangerschapsafbreking was voldaan (Rb. Brussel 7 juni 2002, *R.G.A.R.* 2002, 483).

c. Ontnemen van de mogelijkheid een beredeneerde keuze te maken om al dan niet een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren

580 In zijn arresten over de ongewenste leven-vorderingen (maar naar analogie toepasbaar op de ongewenste geboorte-vorderingen) heeft het Franse Hof van Cassatie er altijd zorgvuldig over gewaakt om niet de uitdrukking "verlies van een kans" (chance) te gebruiken maar wel "de belemmering van de keuze" (choix) om te beslissen een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren. Dit is zeer terecht. Of een kans – een onzekere gebeurtenis waarvan het voorkomen statistisch kan worden berekend – zich voordoet of niet hangt niet af van de wil van de betrokkene (in die zin: M.-T. PAIN-MASBRENIER, "Réflexions à propos de l'affaire Perruche (ou l'enfant qui vient au monde malgré lui)", *Revue Générale de Droit Medical*, nr. 6, 168: "la chance doit être quelque chose d'objectif qui ne peut être placé sous la dépendance exclusive de la décision d'une personne"; F. CHABAS, "Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté in utero", *J.C.P.* 2000, nr. 50, 2309; F. CHABAS, noot onder Cass. fr. 13 juli 2001, *J.C.P.* 2001, 1842; G. GENICOT, *t.a.p.*, 83, nr 11; FABRE-MAGNAN, *t.a.p.*, 314; zie ook reeds vroeger: H. NYS, "Geneeskunde. Recht en medisch handelen", in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, nr. 382 en de verwijzingen daar). Of een zwangerschapsafbreking wordt uitgevoerd, hangt niet af van een dergelijke objectieve kans maar van de subjectieve wil of de beredeneerde keuze van de betrokken vrouw (en het vervuld zijn van de wettelijke voorwaarden). In die zin ook: Rb. Brussel 7 juni 2002, *R.G.A.R.* 2002, 483-484.

De toevoeging "beredeneerd" is noodzakelijk (zie: F. RIGAUX, "Observations. Du bon et du mauvais usage de l'alternative", *Rev. Trim. D.H.* 2001, 1263: "Ce dont elle a été privée est la possibilité d'exercer *en connaissance de cause* sa faculté de choisir"). In de zaak Perruche was de vrouw op de hoogte van haar risico op een rodehondbesmetting en zij had dus, het zekere voor het onzekere nemend – in dit geval eerder: het onzekere voor het zekere – haar noodsituatie inroepend (anders: SAINTE-ROSE, zie boven, nr. 551) een zwangerschapsafbreking kunnen laten uitvoeren. Er is wel eens gesuggereerd dat (in die zin: M.-T. PAIN-MASBRENIER, *t.a.p.*, nr. 6, 166) om die reden de arts geen verwijt kan worden gemaakt, maar dat gaat niet op. Nu mevrouw Perruche zich had gewend tot een arts met het oog op deskundig advies, impliceert dat tevens dat zij niet wenste op een onberedeneerde wijze een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren, hetgeen haar recht was.

d. Fout jegens de vader

581 Zelden komt ter sprake of ook jegens de vader van het kind foutief werd gehandeld. De Rechtbank van Den Haag 2 februari 2000 oordeelde dat de beroepsfout van de arts "een inbreuk uitmaakt op het (keuze)recht van de vader "om voor abortus te kiezen" (geciteerd in: Hof Den Haag 26 maart 2003, *t.a.p.* 2003, 272).

e. Schade van de moeder (ouders)

582 De schade van de moeder (ouders) bestaat uit de materiële en morele gevolgen van het beroofd zijn van de mogelijkheid een beredeneerde keuze te maken om al dan niet een zwangerschapsafbreking te laten uitvoeren. De genetische aandoening of de handicap waaraan het kind lijdt is niet de schade van de moeder maar wel die van het kind (zie verder, nr. 589). Het evalueren van de schade van de moeder is niet eenvoudig, maar dat is steeds zo bij een informatiefout.

– De materiële schade van de ouders

583 Als eerste mogelijke schadepost komen in aanmerking de normale kosten van de opvoeding en verzorging van het kind.

Rb. Den Haag wees de vordering tot vergoeding van deze kosten toe omdat zonder de fout het kind niet zou hebben bestaan en dus ook geen kosten van opvoeding en verzorging zouden zijn gemaakt. De rechtbank verwees uitdrukkelijk naar het arrest Hoge Raad 21 februari 1997 (zie boven, nr. 458). In beroep werd aangevoerd dat deze parallel niet opging vermits dit arrest een gezond doch ongewenst kind betrof terwijl *in casu* het kind "aanvankelijk gewenst" was zodat de ouders zelf de normale kosten van verzorging en opvoeding dienen te dragen. Het Hof Den Haag gaf toe dat er een verschil is "of een gezond kind wordt geboren dat echter niet was gepland, dan wel een gehandicapt kind wordt geboren, dat anders het levenslicht niet zou hebben aanschouwd". Toch aanvaardde het Hof de parallel want "in beide gevallen wordt als gevolg van een medische beroepsfout een kind geboren dat zonder die fout ook niet zou zijn geboren, met alle (ook financiële) gevolgen vandien" (Hof Den Haag 26 maart 2003, *t.a.p.*, 273).
Het Franse Hof van Cassatie heeft de vordering tot vergoeding van de normale kosten veroorzaakt door de opvoeding en verzorging van een gezond kind steeds afgewezen. Is het kind gehandicapt dan komen enkel de extra kosten voor opvoeding en verzorging in aanmerking (zie verder).

De tweede mogelijke schadepost betreft de extra-kosten voor medische en andere behandeling, alsmede de kosten ten behoeve van het kind ter verzachting van het leed ten gevolge van zijn handicap.

Rechtbank en Hof Den Haag kenden allebei vergoeding toe voor deze kosten. In Frankrijk hebben zowel de Raad van State als het Hof van Cassatie de vordering ter vergoeding van extra-kosten voor de verzorging, behandeling en opvoeding van het gehandicapte kind toegewezen. De Raad van State deed dit met zoveel woorden in het arrest van 14 februari 1997. Er werd schadevergoeding toegewezen aan de ouders "au titre du préjudice matériel", met name voor "des charges *particulières*, notamment en matière de soins et d'éducation spécialisée qui découleront pour eux de l'infirmité de leur enfant" (R.v.St. (fr.), Centre hospitalier régionale de Nice, 14 februari 1997, *R.F.D. adm.* 1997, 374 concl. V. PECRESSE; noot B.J. MATHIEU). Het Hof van Cassatie sprak zich uit voor de vergoeding van het "préjudice matériel résultant pour eux (de ouders) du handicap en relation de causalité directe avec la faute retenu" (Cass. ass. plén. (fr.) 28 november 2001, *J.T.* 2001, 896; reeds eerder aanvaardde de eerste kamer van het Franse Hof van Cassatie het principe in arresten van 16 juli 1991 en 26 maart 1996; zie: J. SAINTE-ROSE, concl. Cass. (fr.) 28 november 2001, *J.T.* 2001, 901 volgens wie "cette solution n'a soulevé aucune difficulté d'ordre juridique ou éthique" en die er verduidelijkend aan toevoegt: "le préjudice matériel des parents correspond aux charges excédant celles qu'ils doivent normalement supporter pour 'entretien' de l'enfant". Zie in dezelfde zin: M. FABRE-MAGNAN, *t.a.p.*, 304).
De materiële schade die de ouders lijden is het gevolg van hun zorg- en opvoedingsplicht jegens hun kind (J. SAINTE-ROSE, *t.a.p.*, 901). Die plichten doorkruisen dus de schadevergoedingsplicht van de arts niet, maar liggen er juist aan ten grondslag (in die zin: Hoge Raad 21 februari 1997, zie

boven, nr. 460; G. GENICOT, *t.a.p.*, 82, nr. 10).
Artikel 1, I, derde lid van de Franse Wet 2002-303 van 4 maart 2002 betreffende de rechten van de patiënt en de kwaliteit van het gezondheidszorgsysteem erkent het recht van de ouders om vergoeding te eisen voor de door hen geleden schade wanneer door een gekarakteriseerde fout de handicap waaraan hun kind lijdt tijdens de zwangerschap niet tijdig werd ontdekt. De volgende zin voegt hier evenwel aan toe dat tot de door hen zelf geleden schade niet behoort "les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap". De normale kosten voor opvoeding en verzorging kwamen al niet in aanmerking voor vergoeding. De Wet van 4 maart 2002 sluit ook de bijzondere kosten van vergoeding uit, zodat enkel nog de morele schade in aanmerking kan worden genomen (zie: F. BOCQUILON, "Fin de la jurisprudence Perruche. Note sur l'article 1er de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé", *Rev. dr. sanit.* 2002, 358-367; zie over deze wet ook: Y.-H. LELEU, "Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht", *T.P.R.* 2002, 1373-1380).

– Immateriële schade van de moeder en de vader

584 Naast materiële schade, lijdt de moeder (ouders) morele schade in de mate dat hun kind lijdt. De morele schade is het lijden van ouders omwille van het zien lijden van hun kind (M. FABRE-MAGNAN, *a.w.*, 304-305). Dat stemt overeen met wat Rb. Den Haag noemde de "gederfde levensvreugde wegens de dagelijkse confrontatie met het lijden van het kind". Daarnaast werd als immateriële schade van de moeder aanvaard "de ernstige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de moeder" en "het zich onder psychische behandeling moeten laten stellen". Het Hof Den Haag keurde deze beslissing goed, waarbij het overwoog dat reeds de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht alleen voldoende grond oplevert om zgn. aantasting in persoon aanwezig te achten (Hof Den Haag 26 maart 2003, *t.a.p.* 2003, 275).

De moeder (ouders) kunnen naar aanleiding van de geboorte van een kind met een ernstige aandoening of handicap ook worden geschaad doordat foutieve prenatale informatie haar de mogelijkheid ontnam om zich materieel en moreel voor te bereiden op een dergelijke geboorte. Van dit aspect van de ongewenste geboorte-vordering zijn in de jurisprudentie geen voorbeelden bekend. De schade heeft uitsluitend een moreel karakter en dit kan mogelijk mede verklaren waarom er geen dergelijke vorderingen bekend zijn.
Rb. Den Haag erkende geen immateriële schade in hoofde van de vader omdat "onvoldoende aannemelijk werd gemaakt dat de vader zodanig heeft geleden en nog lijdt dat sprake is van geestelijke letsel". Het Hof Den Haag stemde daarmee in (Hof Den Haag 26 maart 2003, *t.a.p.* 2003, 276).

2. *Aansprakelijkheid wegens ongewenst leven (wrongful life)*

a. Fout jegens het ongeboren kind

585 Dat de informatiefout die door de arts wordt begaan tegenover de moeder ook kan worden ingeroepen door het kind wanneer het levend en levensvatbaar ter wereld komt, ligt niet voor de hand. De arts heeft enkel een contractuele relatie met de moeder en dus bestaat er enkel een contractuele informatieplicht ten opzichte van haar.

Niettemin wordt in de (Franse) rechtspraak over ongewenste leven-vorderingen nauwelijks stil gestaan bij de fout tegenover het kind en steeds meteen overgestapt naar de schade en het oorzakelijk verband (F. BOCQUILLON, *a.w.*, 363). Rb. Den Haag meende dat "de overeenkomst tot

medische begeleiding en hulp bij de zwangerschap en geboorte mede ten behoeve van het ongeboren kind is gesloten, maar dat brengt niet met zich mee dat het kind ook partij is geworden bij deze overeenkomst". De rechtbank aanvaardde wel een fout jegens het kind "nu de verloskundige ook jegens het kind zorgvuldig had moeten handelen in het kader van de overeenkomst met de moeder. Vast staat dat het kind niet geboren zou zijn als de verloskundige de beroepsfout niet had gemaakt" (Rb. Den Haag 2 februari 2000, geciteerd in Hof Den Haag 26 maart 2003, *t.a.p.* 2003, 272). Het Hof Den Haag koos wel duidelijk positie over het bestaan van een juridische relatie tussen de arts en het kind. Volgens het hof was het kind zelf ook partij bij de behandelingsovereenkomst tussen de arts en haar ouders: de ouders hebben ter zake gecontracteerd mede ten behoeve van het nog ongeboren kind. Mocht dat niet het geval zijn, dan zou op de arts jegens het kind in elk geval een zorgplicht rusten, die beoogt haar belangen te beschermen. Aan de overeenkomst tussen de gynaecoloog en de moeder is inherent dat de zorg van de gynaecoloog mede ten doel heeft om de belangen van het ongeboren leven te dienen. De ongeborene kan daaraan zonodig ook rechten ontlenen (Hof Den Haag 26 maart 2003, *t.a.p.* 2003, 278; in die zin ook: F. BOCQUILLON, *t.a.p.*, 362: "le droit civil français autorise l'enfant à opposer au médecin le contrat conclu avec sa mère pour rechercher sa responsabilité délictuelle").

In de literatuur lopen de opvattingen hierover uiteen. Volgens FABRE-MAGNAN besliste het Franse Hof van Cassatie in het arrest van 17 november 2000 dat de contractuele fout ten opzichte van de moeder tegelijk een delictuele fout uitmaakt ten opzichte van het kind (zie ook: G. GENICOT, *t.a.p.*, 85, nr. 17). De informatie over de aandoening waaraan het kind lijdt is van even groot belang voor de moeder als voor het kind zelf. Een informatiefout ten opzichte van de moeder maakt daardoor tevens een fout uit ten opzichte van het kind (FABRE-MAGNAN, *a.w.*, 300; in die zin ook: B. MARKESINIS, "Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche", *R.T.D. civ.* 2001, 91). Volgens MARKESINIS houdt de informatieplicht jegens de moeder een accessoire verplichting in jegens de foetus en jegens het later geboren kind. Beide auteurs suggereren ook dat de contractuele relatie tussen de arts en de moeder een beding ten behoeve van een derde zou bevatten in welk geval ook jegens het kind een contractuele fout zou worden gemaakt. Volgens DIRIX is het "inderdaad perfect verdedigbaar om te zeggen dat wanneer een arts een zwangere vrouw behandelt, er een contractueel verband ontstaat zowel met de moeder als met het later geboren kind. Een nauwere 'contractueel betrokken derde' is moeilijk denkbaar" (E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind", noot onder Cass. (fr.) 13 juli 2001, *T.B.B.R.* 2002, 210).

Een wat andere opvatting treft men aan bij STOLKER en LEVINE: de arts van de moeder moet "bedacht" zijn op de belangen van het kind. De arts schendt ook jegens het kind een rechtsplicht als hij "bedacht" diende te zijn op diens aanwezigheid en diens belang zoals dat door de moeder wordt gezien (C.J.J.M. STOLKER en D.I. LEVINE, "Een onrechtmatig bestaan in Nederland", *A&V* 1997, 41; zie ook: C. TROUET, *a.w.*, 287). Zo ook vroeg GEVERS zich af "of de verplichting van een arts rekening te houden met de belangen van het ongeboren of zelfs ongeconcipieerd kind bij een goed geïnformeerde, weloverwogen beslissing van de ouders, een norm is van zodanig gewicht en zo algemeen aanvaard, dat hij daadwerkelijk als een rechtsplicht moet worden beschouwd" (geciteerd in: H. SCHOORDIJK, "Wrongful life acties en het belang van het kind", in X., *Met het oog op het belang van het kind. Opstellen aangeboden aan Professor Mr. Madzy Rood-De Boer ter gelegenheid van haar emeritaat*, Deventer, Kluwer, 1988, 130). SCHOORDIJK meent dat sprake is van een contractuele fout jegens het kind en beroept zich op de vertegenwoordigingsfiguur: "als een zwangere vrouw op spreekuur bij een arts abortus overweegt, dan komt zij niet slechts op voor haar belangen, maar ook voor die van de nasciturnus" (H.C.F. SCHOORDIJK, "Wrongful life mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief", *N.T.B.R.* 2001, 215).

Niet iedereen is het echter eens met de opvatting dat de informatieplicht jegens de moeder op een of andere wijze ook een informatieplicht jegens het kind met zich brengt. Zo merkte SAINTE-ROSE onomwonden op: "On a invoqué l'inexécution fautive du contrat médical qui cause un préjudice à un tiers, en l'occurrence l'enfant, argument en trompe l'œil car il ne s'agit de rien d'autre que du manquement au devoir d'information envers la mère dont celle-ci est la seule victime (...). Personne n'a d'ailleurs pu expliquer jusqu'à présent comment le défaut d'information de la mère a pu jouer un rôle dynamique et causal dans la production du dommage de l'enfant" (J. SAINTE-ROSE, concl. Cass. (fr.) 13 juli 2001, *J.C.P.* 2001, 1838).

586 Het blijft onduidelijk welke fout de arts tegenover de foetus heeft gemaakt. Zo aanvaard wordt dat de fout ten opzichte van de moeder tevens een fout inhoudt ten op zichte van het kind, stelt zich nog de vraag naar het rechtmatig belang waarop deze fout een inbreuk maakt. Dat belang kan niet zijn gelegen in het belang dat zijn moeder een zwangerschapsafbreking zou hebben ondergaan. Volgens LELEU gaat het om het belang niet geboren te worden met een handicap ten gevolge van de fout van een ander (Y.-H. LELEU., *t.a.p.*, 661, nr.19).

587 Het ligt anders wanneer de arts door zijn foutief handelen rechtstreeks de handicap waaraan het kind lijdt heeft veroorzaakt. Dat is bv. het geval wanneer ten gevolge van een onzorgvuldig uitgevoerde zwangerschapsafbreking het kind een ledemaat mist. Artikel 1, I, tweede lid van de Franse Patiëntenrechtenwet erkent het recht op schadevergoeding van een kind dat met een handicap wordt geboren ten gevolge van een medische fout wanneer die fout rechtstreeks de handicap heeft veroorzaakt of heeft verergerd of wanneer door die fout niet de maatregelen konden genomen worden om de handicap te verzachten (atténuer). Maar het eerste lid van dit artikel bepaalt: "nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance" en maakt aldus de ongewenste leven-vordering wanneer de handicap niet het rechtstreeks gevolg is van het optreden van de arts maar reeds daarvoor bestond, onmogelijk. Tegelijk wordt ook de vordering van een gezond kind omdat het leeft onmogelijk gemaakt (F. BOCQUILLON, *t.a.p.*, 365).

Deze auteur betwijfelt of door deze wet een einde zal worden gemaakt aan betwiste rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie omdat het Hof geen schadevergoeding toekende wegens de geboorte, maar wel wegens de schadelijke gevolgen van de handicap waarmee het kind wordt geboren.

588 Begaat de moeder een fout jegens haar kind door geen beroep te doen op prenatale diagnostiek en advisering wanneer één van de gangbare indicaties zich voordoet?

Artikel 8 E.V.R.M. beschermt het recht om te beslissen zich al dan niet voort te planten. Uit deze bepaling kan een recht op (natuurlijke) procreatie worden afgeleid (zie: I. FAHRENHORST, "Fortpflanzungstechnologien und Europäische Menschenrechtskonvention", *EuGRZ*. 1988, 126) in deze zin dat de overheid of, bij aanvaarding van de horizontale werking van artikel 8 E.V.R.M., derden, iemand niet mogen afhouden van (natuurlijke) voortplanting (H.J.J. LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht*, 96). Tegenover het recht op procreatie kan een morele plicht voor een gezond nageslacht te zorgen worden gesteld. Afgezien van de vraag of het bestaan van een dergelijke morele plicht mag worden verondersteld, is het onzeker of een dergelijke plicht juridisch kan worden afgedwongen. Dit zou op een onrechtstreekse wijze kunnen gebeuren indien men de vordering van een kind dat met een ernstige handicap ter wereld komt tegenover zijn ouders toelaatbaar acht. KRUITHOF acht een dergelijke vordering naar Belgisch recht uitgesloten. Een eerste vraag in dit verband is of het denkbaar is dat een man en/of vrouw door het verwekken of ter wereld brengen van een kind tegenover dat kind een fout begaan. Dat lijkt uitgesloten. Maar zelfs als men een fout in hoofde van de ouders zou aanvaarden, stuit de vordering van het kind af op het ontbreken van schade. Voor sommige auteurs is het gewoon onmogelijk om de schade vast te stellen. Schade kan slechts worden vastgesteld door de vergelijking te maken tussen de huidige toestand van slachtoffer en de hypothetische toestand waarin het slachtoffer zich zou hebben bevonden ware geen fout gemaakt. Dan zou men leven met een handicap dienen te vergelijken met niet-leven wat menselijkerwijze niet mogelijk is. Andere auteurs ontkennen het bestaan van

schade: het loutere feit met een handicap te worden geboren kan geen schade opleveren in de persoon van het kind, omdat het kind in de absurde positie zou worden geplaatst zijn eigen bestaansrecht te ontkennen. Door het ontbreken van fout en schade is de "wrongful life"-vordering van het kind jegens zijn ouders naar Belgisch recht niet ontvankelijk (R. KRUITHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind", *R.W.* 1986-87, 2748-2754).
Van een afdwingbare plicht in hoofde van de vrouw om zich te onderwerpen aan prenatale diagnostiek kan derhalve niet worden gesproken (zie: H. NYS, "Juridische problemen rond erfelijkheidsvoorlichting", *R.W.* 1982-83, 613; R.O. DALCQ, "Commentaires", *Journ. proc.* 2000, nr. 404, 14; zie de twijfels hieromtrent bij: E. DE KEZEL, *t.a.p.*, 548 en G. GENICOT, *t.a.p.*, 95, nr. 39).

b. Schade van het kind

589 Als schade van het kind wordt de ernstige aandoening of handicap waarmee het wordt geboren beschouwd (M. FABRE-MAGNAN, *t.a.p.*, 307; Cass. fr. 20 november 2000: "préjudice résultant de ce handicap"). Niet het leven als dusdanig noch het leven met een handicap. Indien het leven (met een handicap) de schade zou zijn, dan zou die onmogelijk kunnen worden vastgesteld. Er zou dan een vergelijking moeten worden gemaakt tussen de huidige toestand van het slachtoffer, dit is het leven van het kind met zijn handicap, en de toestand die er geweest zou zijn indien de fout niet had plaats gehad, dit is een toestand waarin het kind er niet was geweest, aangezien het de bedoeling was van de ouders om de geboorte van een kind met een ernstige aandoening of handicap te vermijden. Een vergelijking tussen leven en nietleven is evenwel onmogelijk te maken (R. KRUITHOF, *t.a.p.*, 2748-2754; T. VANSWEEVELT, "Wrongful pregnancy in Nederland: enkele rechtsvergelijkende beschouwingen", *t.a.p.* 1997, 324). Indien niet het leven (met een handicap) maar de handicap zelf als schade wordt voorgesteld, dient nog een vergelijking te worden gemaakt tussen de huidige toestand (namelijk de handicap) en de toestand zonder fout (geen handicap, maar evenmin leven), een vergelijking die evenmin kan worden gemaakt. Maar "de schade kan wel abstract worden erkend en begroot" (Y.-H. LELEU, "Regelgeving inzake het zelfbschikkingsrecht", *t.a.p.* 2002, 1374; in die zin ook: E. DIRIX, *t.a.p.*, 211). Dat het Franse Hof van Cassatie ondanks de onmogelijkheid van een vergelijking tussen de toestand voor en na de fout, de handicap toch als schade heeft bestempeld, betekent volgens LELEU een *novum* in het aansprakelijkheidsrecht dat zich constant moet aanpassen aan nieuwe ontwikkelingen in de samenleving (Y.-H. LELEU, *t.a.p.*, nr. 18). De schade van het kind is immaterieel: moeten leven met een handicap. Lijdt het kind ook materiële schade? Het Hof Den Haag kende materiële schadevergoeding toe aan het kind "voorzover deze niet wordt vergoed aan de ouders". Zie voor materiële schadevergoeding ook: M. FABRE-MAGNAN, *t.a.p.*, 308.

c. Causaal verband

590 De Rechtbank van Den Haag wees een causaal verband tussen de fout van de arts jegens het kind en de schade af omdat de chromosomale afwijking reeds bestond vóór de fout van de arts: "het kind is niet gehandicapt als

gevolg van de fout van de verloskundige want haar chromosomale afwijking bestond al; maar zij is als gevolg van de fout – enkel – geboren" (geciteerd in Hof Den Haag 26 maart 2003, *t.a.p.*, 277). In dezelfde zin: de Franse Raad van State 14 februari 1997, *R.F.D. adm.*1997, zie boven, nr. 583).

Het Hof Den Haag daarentegen aanvaardde wel causaal verband tussen fout en schade. Volgens het hof is de rechtbank "te eenzijdig uitgegaan van een medisch-biologische visie: uiteraard is onverloochenbaar dat het kind biologisch gezien een chromosomale afwijking had onafhankelijk van het gedrag van een deskundige, maar de rechtbank heeft miskend dat het erom gaat dat *in casu* de mogelijke aanwezigheid van die afwijking had kunnen worden onderkend middels het ten onrechte nagelaten genetisch onderzoek zodat door tijdig (menselijk) ingrijpen de geboorte van een gehandicapt kind voorkomen had kunnen worden. Door die beroepsfout is dan ook in juridische zin de schade veroorzaakt" (Hof Den Haag 26 maart 2003, *t.a.p.* 2003, 277-278).

Het Franse Hof van Cassatie heeft eveneens een oorzakelijk verband aanvaard tussen de door de arts begane fouten en de schade die voor het kind voortspruit uit de handicap waaraan het lijdt (Cass. fr. ass. plén. 17 november 2000, *J.T.* 2001, 896).

H. AANSPRAKELIJKHEID WEGENS MISLUKTE ZWANGERSCHAPSAFBREKING *(WRONGFUL PREGNANCY)*

591 De arts die aanvaardt een zwangerschapsafbreking uit te voeren dient dit te doen volgens de regels van de kunst. Het antwoord op de vraag of een zwangerschapsafbreking een inspannings- of resultaatsverbintenis inhoudt, is betwist.

De Rechtbank te Kortrijk oordeelde dat het uitvoeren van een zgn. "legale abortus" na zes weken zwangerschap en gevolgd door een controle na ongeveer 14 dagen, aan de behandelende arts een resultaatsverbintenis oplegt (Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *R.W.* 1995-96, 57; niet te verwarren – zoals door Y.-H. LELEU en E. LANGENAKEN, *t.a.p.* 660, nr.16 – met Rb. Kortrijk 3 januari 1989, *R.W.* 1988-89, 1171 dat een mislukte sterilisatie betreft; zie boven, nr. 455; in andere zin, wat Frankrijk betreft: M. FAURE-MAGNAN, *a.w.*, 294 en de vermelde rechtspraak). Of het inderdaad ging om een "legale abortus" is betwistbaar: de zwangere vrouw consulteerde de arts die de zwangerschapsafbreking uitvoerde op 6 januari terwijl op 10 januari de zwangerschapsafbreking werd uitgevoerd zodat de wachttijd van 6 dagen (art. 350, 6° Sw.) niet werd nageleefd. Ook de mislukte zwangerschapsafbreking in Luik 10 mei 2001, *T. Gez.* 2001-02, 247 werd uitgevoerd zonder de wachttijd van 6 dagen te respecteren (consultatie op 27 oktober 1992 en uitvoering van de zwangerschapsafbreking op 30 oktober 1992).

592 Wat de schade betreft die als gevolg van de mislukte zwangerschapsafbreking is ontstaan, maakte de Rechtbank te Kortrijk *in concreto* de vergelijking tussen de huidige toestand van de ouders en de hypothetische toestand waarin zij zich zouden hebben bevonden indien de fout zich niet had voorgedaan en dus geen kind zou zijn geboren. De materiële schade (medische kosten, inkomstenderving, kosten voor opvoeding en onderhoud van het kind en uitrustings- en verbouwingskosten) en de morele schade (anders: Y.-H. LELEU en E. LANGENAKEN, *a.w.*, 661) dienden te worden vergoed. Anders:

Cass. fr. 25 juni 1991, geciteerd door M. FAURE-MAGNAN, *a.w.*, 290 en 305: geen schade omdat het kind gezond ter wereld is gekomen. Deze auteur deelt het standpunt dat de geboorte van een gezond kind op zich geen schade is en dat dientengevolge de normale opvoedingskosten niet kunnen worden vergoed. Maar de kosten gemaakt voor de mislukte zwangerschapsafbreking – indien niet vergoed door de ziekteverzekering – zouden wel moeten worden vergoed. Een morele schadevergoeding lijkt haar het meest aangewezen. Zie in deze zin ook: Luik 10 mei 2001, *T. Gez.* 2001-02, 251 waarin enkel schadevergoeding werd toegekend wegens de kosten gemaakt voor de mislukte zwangerschapsafbreking. Het Hof was van oordeel dat het causaal verband tussen de fout van de arts en de opvoedingskosten van het kind was doorbroken door de wettelijke verplichting in hoofde van de moeder haar kind op te voeden. Zie voor kritiek op dit arrest: J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'wrongful birth'", *t.a.p.*, 253-255.

HOOFDSTUK II

MEDISCHE TUSSENKOMST BIJ DE GEBOORTE

AFDELING I

OPZETTELIJKE LEVENSBEEINDIGING TIJDENS DE BEVALLING

593 Artikel 396 Sw. noemt kindermoord de doodslag gepleegd op een kind bij de geboorte of dadelijk erna. Kindermoord word naargelang de omstandigheden gestraft als doodslag of moord.

Van belang zijn hier de woorden "bij de geboorte" (in het Frans: "au moment de ..."). Die kunnen op twee manieren worden uitgelegd, nl. het ogenblik zelf dat het kind ter wereld komt (enge interpretatie) of het geboorteproces als zodanig (brede interpretatie).

594 Het Hof van Cassatie heeft aan de woorden "bij de geboorte" een ruime betekenis toegekend (Cass. 11 februari 1987, *Arr. Cass.* 1987, 780; *Pas.* 1987, I, 695, concl. Adv. Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 45 noot J. J. ANDRE; *J.T.* 1987, 738 noot F. KEFER; *Jur. Liège* 1987, 630 noot M. PREUMONT; *R.D.P.* 1987, 812 concl. Adv. Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN en noot C. HENNAU-HUBLET).

Bij de geboorte betekent volgens het Hof "gedurende de hele tijd dat de bevalling duurt" (zie in dezelfde zin: Luik 25 juni 1986, *Jur. Liège* 1986, 674; zie ook: Corr. Antwerpen 24 november 2000, *R.W.* 2000-01, 1423 met noot C. DE SMET, "Over de onopzettelijke doodslag en het schuldig verzuim").

595 Deze ruime interpretatie wordt algemeen aanvaard.

Volgens JANSSENS DE BISTHOVEN, die NYPELS en SERVAIS aanhaalt heeft de wetgever een einde willen stellen aan een controverse daaromtrent. Bij de geboorte moet worden begrepen als tijdens de bevalling. Ook al is het hoofdje nog niet zichtbaar geweest toch is er sprake van kindermoord indien het kind tijdens de bevalling maar vóór de eigenlijke geboorte wordt gedood (A. JANSSENS DE BISTHOVEN, concl. bij Cass. 11 februari 1987, *R.D.P.* 1987, 818).

JANSSENS DE BISTHOVEN voegt hier nog aan toe dat de opinie van NYPELS en SERVAIS gedeeld wordt door rechtspraak en rechtsleer: kindermoord in de zin van artikel 396 Sw. is mogelijk op een kind dat nog geen buitenbaarmoederlijk leven heeft gehad. Hieruit wordt afgeleid dat voor de toepassing van artikel 396 Sw. niet is vereist dat het kind levend geboren is (J.J. ANDRE, "De bescherming van de fysische integriteit van het kind in utero bij de geboorte", *Vl. T. Gez.* 1987-88, 48).
Het Hof van Cassatie heeft deze ruime interpretatie voor het eerst bevestigd in het arrest van 11 februari 1987: "een bewust gepleegde aanslag op een nog niet geboren vrucht wordt kindermoord genoemd, wanneer de opzettelijke daad gepleegd wordt gedurende de gehele tijd dat de bevalling duurt" (Cass. 11 februari 1987, *Arr. Cass.* 1987, 780; *Pas.* 1987, I, 695; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 45 noot J.J. ANDRE; *J.T.* 1987, 738 noot F. KEFER; *Jur. Liège*, 1987, 630 noot M. PREUMONT; *R.D.P.* 1987, 812 concl. Adv. Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN en noot C. HENNAU-HUBLET; zie in het bijzonder: M. PREUMONT, *t.a.p.*, 637).
Hoewel het Hof zich niet heeft uitgesproken over de levensvatbaarheid van het kind in zijn arrest

van 11 februari 1987 – uit de bespreking van de gegevens van de zaak blijkt dat die levensvatbaarheid *in casu* aanwezig was (zie: A. JANSSENS DE BISTHOVEN, *t.a.p.*, 815; F. KEFER, *t.a.p.*, 742) – wordt in de literatuur aanvaard dat de levensvatbaarheid op het ogenblik van de opzettelijke levensbeëindiging niet is vereist (zie: J.J. ANDRE, *t.a.p.* en de door hem geciteerde auteurs; C. HENNAU-HUBLET, *a.w.*, 828).
Vanzelfsprekend is wel vereist dat het kind op het ogenblik van de aanslag in leven was (*ibid.*).

596 De bescherming van artikel 396 Sw. tegen opzettelijke levensbeëindiging van levende, al dan niet levensvatbare, menselijke wezens vangt aan "vanaf het begin van de bevalling" (C. HENNAU-HUBLET, *a.w.*, 828).

Het Hof van Cassatie heeft zich over de betekenis van het begin van de bevalling niet uitgesproken. KEFER wijst de eerste weeën als begin af, want dat moment verschilt van zwangerschap tot zwangerschap (F. KEFER, *t.a.p.*, 741). Volgens haar kan het begin van de bevalling niet in abstracto worden bepaald. Dat hangt af van vele elementen waarmee door gynaecologen wordt rekening gehouden zoals contractie, breken van het vlies, opening enz.

597 Het cassatiearrest van 11 februari 1987 heeft drie belangrijke consequenties in verband met de rechtsbescherming van het nog niet of nog maar pas geboren leven.

598 Vooreerst biedt artikel 396 Sw. een ruimere bescherming dan op het eerste gezicht lijkt. Dit artikel is niet alleen van toepassing op het kind dat ter wereld komt maar reeds daarvoor, vanaf het begin van de bevalling.

Volgens het arrest beschermt artikel 396 Sw. het kind dat op het punt staat geboren te worden, hoewel het nog niet van de moeder gescheiden is, tegen elke opzettelijke handeling die zijn dood tot gevolg heeft (Cass. 11 februari 1987, *Arr. Cass.* 1987, 780; *Pas.* 1987, I, 695; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 45 noot J.J. ANDRE; *J.T.* 1987, 738 noot F. KEFER; *Jur. Liège* 1987, 630 noot M. PREUMONT; *R.D.P.* 1987, 812 concl. Adv. Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN en noot C. HENNAU-HUBLET).

599 Vervolgens, en dit vloeit voort uit het voorgaande, kent het strafrecht aan het begrip "persoon" een autonome betekenis toe, waardoor dit begrip niet geheel samenvalt met het persoonsbegrip in het burgerlijk recht.

Persoon in het burgerlijk recht is het geboren menselijk wezen, levend en levensvatbaar. Artikel 396 Sw. beschermt ook het niet-geboren leven, al dan niet levensvatbaar, althans vanaf het begin van de bevalling. Artikel 396 Sw. bevindt zich in het Strafwetboek onder de hoofding "Misdaden en wanbedrijven tegen personen". Aldus beschermt artikel 396 Sw. het nog niet geboren menselijk wezen, vanaf het begin van de bevalling, als een persoon. Dit houdt in, volgens het Hof van Cassatie, dat de in het burgerlijk recht gehanteerde criteria om als persoon te worden erkend, ten deze niet van toepassing zijn (Cass. 11 februari 1987, *Arr. Cass.* 1987, 780; *Pas.* 1987, I, 695; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 45 noot J.J. ANDRE; *J.T.* 1987, 738 noot F. KEFER; *Jur. Liège* 1987, 630 noot M. PREUMONT; *R.D.P.* 1987, 812 concl. Adv. Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN en noot C. HENNAU-HUBLET). Deze uitspraak betekende een wending in de opvattingen van het hoogste Hof. In een arrest van 27 maart 1893 had het Hof gesteld dat het *infans conceptus*-criterium (levend en levensvatbaar geboren worden) ook in het strafrecht gold (Cass. 27 maart 1893, *Pas.* 1893, I, 138; zie ook: F. KEFER, *t.a.p.*, 741).
Het Hof van Cassatie sloot zich in zijn arrest van 11 februari 1987 aan bij de conclusies van JANSSENS DE BISTHOVEN. In zijn conclusie treft men een overzicht aan van de meningen van de belangrijkste auteurs ter zake. Anders dan o.a. TROUSSE beroept JANSSENS DE BISTHOVEN zich op de autonomie van het strafrecht. Het strafrechtelijk persoonsbegrip valt niet samen met het burgerrechtelijk persoonsbegrip. In de commentaren bij het arrest van 11 februari 1987 wordt

op deze kwestie niet ingegaan, tenzij in instemmende zin (J.J. ANDRE, *t.a.p.*, 48; F. KEFER, *t.a.p.*, 741; M. PREUMONT, *t.a.p.*, 637).

600 Ten slotte, en dit besluit is voor de medische praktijk wellicht het belangrijkst, geldt de strafrechtelijke bescherming van de persoon tegen *on*vrijwillige doding (art. 418 Sw.) ook voor het nog niet geboren leven tijdens de bevalling, want het persoonsbegrip in artikelen 396 en 418 Sw. is identiek (zie verder, nr. 602).

601 Uit een en ander volgt dat naar huidig Belgisch strafrecht de opzettelijke levensbeëindiging van een zwaar gehandicapte pasgeborene die levend doch niet levensvatbaar is, als kindermoord kan worden bestraft, los van de toestemming van de ouders.

Opzettelijk beëindigen van het leven door een arts mag niet worden verward met het overlijden in een context van nalaten of beëindigen van medisch zinloos handelen. Zie verder, nr. 790 e.v. Wat daar wordt geschreven geldt *mutatis mutandis* ook t.a.v. pasgeborenen.

AFDELING II

ONOPZETTELIJKE LEVENSBEËINDIGING TIJDENS DE BEVALLING

602 Artikel 396 Sw. vereist opzet. Onopzettelijke kindermoord komt als zodanig in het Strafwetboek niet voor. Toch is volgens het Hof van Cassatie de onvrijwillige doding van een kind tijdens de bevalling strafbaar.

De Strafwet, zo is in de vorige afdeling gebleken, beschermt het kind dat op het punt staat geboren te worden, hoewel het nog niet van de moeder is gescheiden, tegen elke opzettelijke handeling die zijn dood tot gevolg heeft door het als een persoon te aanzien. Volgens het Hof van Cassatie dient dit kind dezelfde bescherming te genieten tegen elke onopzettelijke handeling die rechtstreeks datzelfde kwaad veroorzaakt. Aldus maakt zich schuldig aan onopzettelijke doding de arts of de vroedvrouw die, door een gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid, tijdens de bevalling, de dood veroorzaakt van een kind dat op het punt staat te worden geboren, hoewel het nog niet van zijn moeder gescheiden is, mits de dood door hun foutief verzuim is veroorzaakt (Cass. 11 februari 1987, *Arr. Cass.* 1987, 780; *Pas.* 1987, I, 695 concl. Adv. Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 45 noot J.J. ANDRE; *J.T.* 1987, 738 noot F. KEFER; *Jur. Liège* 1987, 630 noot M. PREUMONT; *R.D.P.* 1987, 812 concl. Adv. Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN en noot C. HENNAU-HUBLET).

603 Het is de eerste maal dat het Hof van Cassatie zich in deze zin heeft uitgesproken (C. HENNAU-HUBLET, *t.a.p.*, 828; M. PREUMONT, *t.a.p.*, 637).

Maar er bestond sedert lang rechtspraak in deze zin (zie: Corr. Gent 7 juli 1881, *Pas.* 1882, III, 358; Gent 1 februari 1882, *Pas.* 1882, II, 242; zie ook: A. JANSSENS DE BISTHOVEN, *t.a.p.*, 818). Volgens deze auteur ging ook de rechtsleer sedert lang dezelfde richting uit.

604 Tussen het overlijden van het kind en de onzorgvuldigheid of onachtzaamheid van de arts moet een oorzakelijk verband bestaan (C. HENNAU-HUBLET, *t.a.p.*, 831-833).

AFDELING III

WETTELIJKE HULPVERLENINGSPLICHT TIJDENS DE BEVALLING

605 Het Hof van Beroep te Luik bevond een arts schuldig wegens het niet-verlenen van hulp aan een niet-geboren kind in groot gevaar en veroordeelde hem wegens overtreding van artikel 422*bis* Sw.

Het betrof hier de zaak die leidde tot het cassatiearrest van 11 februari 1987. Niettegenstaande herhaalde oproepen had de arts nagelaten zich naar het ziekenhuis te begeven om een vrouw die zwanger was van een tweeling bij te staan. Een van de kindjes kwam dood ter wereld. Het andere stierf onmiddellijk na de geboorte. Het Hof van Beroep te Luik oordeelde dat artikel 422*bis* Sw. ook geldt t.a.v. het nog niet geboren leven tijdens de bevalling op grond van dezelfde redenering krachtens welke dit leven beschermd wordt tegen onopzettelijke doding (zie boven, nr. 602) nl. hetzelfde strafrechtelijke persoonsbegrip (Luik 25 juni 1986, *Jur. Liège* 1986, 674).

606 In het arrest van 11 februari 1987 heeft het Hof van Cassatie zich niet uitgesproken over de omstreden kwestie of artikel 422*bis* Sw. ook geldt t.a.v. het nog niet geboren leven.

De straf die tegen de arts was uitgesproken was reeds naar recht verantwoord door het misdrijf onopzettelijke doding, zodat het middel dat gericht was tegen de tenlastelegging van schuldig verzuim t.a.v. de 2 kinderen geen belang meer had (C. HENNAU-HUBLET, *a.w.*, 830; F. KEFER, *t.a.p.*, 744; M. PREUMONT, *t.a.p.*, 637; ook JANSSENS DE BISTHOVEN gaat daar in zijn conclusies niet op in). DU JARDIN wekt niettemin de indruk in het arrest van 11 februari 1987 te lezen dat: "een foetus ook wettelijke bescherming geniet wanneer hij in gevaar is t.g.v. een schuldig verzuim van de geneesheer of van de vroedvrouw die nalaten de nodige maatregelen te treffen voor het goede verloop van een bevalling". Meer in het algemeen stelt hij: "De verplichting (hulp te bieden aan een persoon in nood) bestaat niet enkel t.a.v. het buitenbaarmoederlijk leven" (J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim", in *Comm. Strafr.* Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, losbl nr. 3; zie ook: C. HENNAU-HUBLET, *a.w.*, 830; anders: Brussel 27 december 1967, *R.D.P.* 1967-68, 748: de wettelijke hulpverleningsplicht heeft geen betrekking op het ongeboren leven).

607 Volgens KEFER kan men met grote zekerheid stellen dat het Hof van Cassatie op grond van dezelfde redenering waarop de toepassing van artikel 418 Sw. is gesteund tot het besluit zou zijn gekomen dat de hulpverleningsplicht ook geldt t.a.v. het kind dat bezig is te worden geboren (F. KEFER, *t.a.p.*, 744).

Het gebrek aan levensvatbaarheid van het kind doet er volgens KEFER weinig toe en zij beroept zich daartoe op de meerderheidsopvatting in de rechtsleer. KEFER besluit dat een uitbreiding van het persoonsbegrip voor de toepassing van artikel 422*bis* niet gevaarlijk is. Integendeel, een uniform persoonsbegrip inzake onvrijwillige doodslag en de weigering hulp te verlenen aan een persoon in groot gevaar dringt zich op.

608 Bij het beoordelen van de toepasselijkheid van artikel 422*bis* Sw. in een concreet geval zal men rekening dienen te houden met alle te vervullen voorwaarden. Zo is vereist dat de pasgeborene daadwerkelijk in groot gevaar verkeert en de arts zinvolle hulp kan bieden (zie verder, nr. 790 e.v.). Ook hier dient medische verbetenheid te worden vermeden.

AFDELING IV

ONOPZETTELIJKE LEVENSBEËINDIGING VOOR DE BEVALLING (ONOPZETTELIJKE ZWANGERSCHAPSAFBREKING)

609 Uit de bespreking in afdeling I en II hierboven is gebleken dat het ongeboren leven beschermd wordt tegen opzettelijke en onopzettelijke aanslagen tegen het leven, voorzover die plaatshebben tijdens de bevalling. Tevens wordt in het algemeen aanvaard (afdeling III) dat de wettelijke hulpverleningsplicht ook geldt tegenover het ongeboren leven, opnieuw tijdens de bevalling. De vraag wordt gesteld in hoeverre uit het arrest van 11 februari 1987 een nog verdergaande bescherming van het ongeboren leven zou kunnen worden afgeleid, m.n. tegen onopzettelijke slagen vóór de bevalling die *in utero* de dood voor gevolg hebben. Anders uitgedrukt, zou het persoonsbegrip in strafrechtelijke zin zover kunnen worden uitgerokken, dat "onopzettelijke zwangerschapsafbreking" strafbaar wordt?

Als zodanig is onopzettelijke zwangerschapsafbreking niet strafbaar gesteld. Artikel 349 Sw. dat niet werd gewijzigd door de Wet zwangerschapsafbreking wordt soms, ten onrechte, in die zin opgevat. Artikel 349 Sw. betreft nochtans een opzettelijk handelen dat ongewild een vruchtafdrijving veroorzaakt.

610 De vraag die in randnummer 609 werd gesteld is eigenlijk een dubbele. Mag de bescherming van het ongeboren leven tegen onopzettelijke aanslagen tegen het leven verder dan tijdens de bevalling worden uitgebreid? Mag de analogie opzettelijke kindermoord-onopzettelijk kindermoord ook worden toegepast op het paar: opzettelijke zwangerschapsafbreking-onopzettelijke zwangerschapsafbreking? PREUMONT behandelt beide vragen afzonderlijk. Het is aangewezen ze samen te behandelen, zeker nu intussentijd de Wet zwangerschapsafbreking tot stand kwam.

611 In zijn conclusies bij het arrest van 11 februari 1987 heeft Advocaat-generaal JANSSENS DE BISTHOVEN deze vragen kort behandeld.

Onopzettelijke zwangerschapsafbreking is niet strafbaar gesteld. Voor wat onvrijwillige slagen betreft en onvrijwillige doding vereist de rechtspraak in het algemeen dat het kind levend en bovendien levensvatbaar ter wereld komt. De onopzettelijke doding van een vrucht *in utero* is dan ook niet strafbaar (A. JANSSENS DE BISTOVEN, *t.a.p.*, 817).

612 Het arrest van 11 februari 1987 diende zich hierover niet uit te spreken, daar het drama zich had afgespeeld tijdens de bevalling. Niettemin is het interessant om de termen die het Hof van Cassatie gebruikte van naderbij te bekijken.

Het Hof overwoog "dat de Strafwet het kind dat op het punt staat geboren te worden, hoewel het nog niet van de moeder gescheiden is, beschermt tegen elke opzettelijke handeling die zijn dood tot gevolg heeft door het als een persoon te aanzien; dat het kind echter dezelfde bescherming moet genieten tegen elke onopzettelijke handeling". Weliswaar herhaalt het Hof niet dat het gaat om een kind "dat op het punt staat geboren te worden", doch uit de context blijkt dat niets anders

kan bedoeld zijn. De uitdrukking "dezelfde" bescherming wijst daar eveneens op (Cass. 11 februari 1987, *Arr. Cass.* 1987, 780; *Pas.* 1987, I, 695; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 45 noot J.J. ANDRE; *J.T.* 1987, 738 noot F. KEFER; *Jur. Liège* 1987, 630 noot M. PREUMONT; *R.D.P.* 1987, 812 concl. Adv. Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN en noot C. HENNAU-HUBLET).

613 Hoewel het arrest dit niet met zoveel woorden zegt, is het aannemelijk de draagwijdte ervan te beperken tot de onopzettelijke doding tijdens de bevalling en niet verder uit te breiden naar de conceptie toe. De annotatoren van het arrest zijn het met deze interpretatie eens.

HENNAU-HUBLET herinnert aan de doctrine en de rechtspraak die weigert als onvrijwillige doding strafbaar te stellen de dood van een kind dat sterft *in utero* of levend maar niet levensvatbaar ter wereld komt. Klaarblijkelijk beschouwt zij het arrest van 11 februari 1987 niet als een wending in deze rechtspraak, hoewel zij toch zekere twijfels behoudt: "avec toutefois une incertitude: quelle protection hormis le délit d'avortement, la jurisprudence criminelle entendra-t-elle réserver à l'embryon ou au foetus victime d'une intervention létale se situant à une époque où le travail d'enfantement n'était pas encore commencé?" (C. HENNAU-HUBLET, *a.w.*, 833). PREUMONT is stelliger. Vanaf het ogenblik van de bevalling geniet het kind bescherming tegen onopzettelijke en opzettelijke doding. Vóór de bevalling is het slechts beschermd tegen onopzettelijke slagen en verwondingen, op voorwaarde dat het levend en levensvatbaar ter wereld komt. Dat men, naar analogie van de uitbreiding van opzettelijke kindermoord naar onopzettelijke kindermoord, de opzettelijke zwangerschapsafbreking zou mogen uitbreiden tot onopzettelijke zwangerschapsafbreking vindt PREUMONT een gewaagde stelling.

Wat kindermoord betreft is die uitbreidende interpretatie verklaarbaar door de bescherming van de persoon. Maar bij zwangerschapsafbreking gaat het niet om de bescherming van een persoon (M. PREUMONT, *t.a.p.*). Dezelfde redenering vindt men bij KEFER (F. KEFER, *t.a.p.*, 743). De in het arrest van 11 februari 1987 gebruikte bewoordingen laten niet toe daaruit een algemene regel af te leiden volgens welke het ongeboren kind vanaf de conceptie zou zijn beschermd tegen onvrijwillige aanslagen tegen het leven. Het Hof van Cassatie heeft zich over een dergelijke prenatale bescherming niet uitgesproken en heeft dat ook vroeger niet gedaan. Het arrest van 22 december 1992 kan ook niet in deze zin worden uitgelegd. In dit arrest, was het Hof van Cassatie van mening dat artikel 2 E.V.R.M. de bescherming van het leven van het ongeboren kind inhoudt. Welnu, dit artikel voorziet dat het recht op leven van elke persoon beschermd is door de wet en dat niemand *opzettelijk* van het leven mag worden beroofd (Cass. 22 december 1992, *Arr. Cass.* 1992, 1462; *R.W.* 1992-93, 464, noot M. WOUTERS).

614 Als algemeen besluit mag worden gesteld dat de draagwijdte van het arrest van 11 februari 1987 beperkt is tot onopzettelijke doding van een kind tijdens de bevalling. Een uitbreiding van deze regel tot vóór de bevalling is louter speculatief en wordt in de commentaren bij het arrest van de hand gewezen.

615 Een en ander betekent dat artikel 396 Sw. geen bescherming biedt aan het ongeboren leven tegen onopzettelijke aanslagen vóór de bevalling. *Mutatis mutandis* geldt dat ook voor de opzettelijke aanslagen. Door aan de woorden "bij de geboorte" de betekenis te geven "gedurende de hele tijd dat de bevalling duurt" heeft het Hof van Cassatie reeds een ruime interpretatie gegeven aan die woorden (zie boven, nr. 594). Het is in strijd met alle gangbare interpretatieregels om de draagwijdte van artikel 396 Sw. nog verder te laten verschuiven naar de conceptie toe en de bescherming die dit artikel biedt reeds te laten aanvangen vanaf het bereiken van de levensvatbaarheid ook al is er van een spontane of geïnduceerde geboorte nog geen sprake. Men dient er

zich bovendien rekenschap van te geven dat artikel 396 Sw. de persoon beschermt zodat het strafrechtelijk persoonsbegrip een aanzienlijk ruimere inhoud zou krijgen dan het persoonsbegrip in het burgerlijk recht.

Handelingen die erop gericht zijn een levensvatbare foetus *in utero* te doden – een gecompliceerde maar technisch zeker niet onmogelijke handeling – kunnen dan ook niet worden gestraft op grond van artikel 396 Sw. (in die zin: W. VAN GERVEN, "Ontluikend leven, groeiend recht", in X. (ed.), *Recht en medisch begeleide bevruchting,* Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 169-170; anders: voorstel van wet, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 247/2, 148, 156). Een van de wezenlijke bestanddelen voor de toepassing van dat artikel, nl. "bij de geboorte" ontbreekt. Artikel 396 Sw. kan de leemte die is ontstaan door de beperking van het verbod van vruchtafdrijving tot de levensvatbaarheidsgrens niet opvullen. Slechts de wetgever is bevoegd om door gepaste wettelijke maatregelen de rechtsbescherming van het ongeboren levensvatbare leven te herstellen.
Dikwijls zal een levensvatbare foetus na abortieve handelingen toch levend ter wereld komen. Overlijdt hij nadien ten gevolge van deze handelingen dan gaat het nog steeds om een vruchtafdrijving die evenwel niet strafbaar is in het licht van de definitie die door de meerderheid werd aanvaard (zie boven, nr. 509). Blijft het kind leven en wordt het vlak na de geboorte gedood dan is een vervolging op grond van artikel 396 Sw. wel mogelijk.

AFDELING V

PLICHTEN VAN DE ARTS TEGENOVER MOEDER EN KIND TIJDENS DE BEVALLING

616 Het arrest van 11 februari 1987 kan ook belangrijke gevolgen hebben voor de plichten van de arts tegenover moeder en kind tijdens de bevalling. Tijdens de bevalling wordt de arts met twee patiënten geconfronteerd, nl. het kind dat op het punt staat te worden geboren en een persoon is in de strafrechtelijke zin van het woord en de zwangere vrouw.

Nochtans wordt de foetus door de strafrechtelijke bescherming tegen opzettelijke en onopzettelijke kindermoord nog geen rechtssubject, drager van subjectieve rechten. Volgens GULDIX kan uit het strafrecht geen toewijzing van een subjectief recht op leven of op een aanverwante waarde afgeleid worden. Volgens haar strookt dit niet met de bijzondere aard van het strafrecht. Het strafrecht is een objectieve waarde. Het sanctioneert de overtreding van rechtsplichten waardoor schade wordt toegebracht aan belangen en subjectieve rechten die door andere rechtstakken toegewezen zijn geworden. Niettemin kan niet worden ontkend dat er een binding bestaat tussen de reikwijdte van het strafrecht en het beschermde recht: "In de sanctionering van deze misdrijven (kindermoord) zit ook een bescherming van het menselijk leven vervat, maar deze heeft pas uitwerking vanaf de aanvang van de bevalling" (E. GULDIX, "Juridische aspecten van medisch begeleide voortplanting", in X., *Internationaal Colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, *Belgisch Staatsblad* 1988, 126, nr. 77; zie ook: R.M. SCHOONENBERG, "Een recht van het ongeboren kind op adequate prenatale zorg en medische behandeling", in M. DE LANGEN e.a. (ed.), *Kinderen en Recht*, Deventer, Kluwer, 1989, 32.

617 In de driehoeksverhouding die aldus ontstaat zullen, in de meerderheid van de gevallen, de arts en de zwangere vrouw elkaar vinden in hun streven om het kind gezond en wel ter wereld te brengen. Er stellen zich meestal dan ook geen problemen. Die kunnen wel ontstaan wanneer arts en vrouw met elkaar van mening verschillen over de te nemen maatregelen.

De maatregelen die zich in het belang van het leven of de gezondheid van de foetus opdringen kunnen zijn: een wisseltransfusie; correctie van afwijkingen aan urinewegen en hart en de behandeling van een foetus met een waterhoofd of een open ruggetje. Voorts het uitvoeren van een keizersnede of het toedienen van geneesmiddelen (zie: W. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERDT, "De foetus een toekomstige patiënt?", *N.J.B.* 1987, 1221). Naarmate de mogelijkheden van de foetale diagnostiek en therapie toenemen, dienen nog andere maatregelen zich aan. De arts kan van mening zijn dat hij, in het kader van zijn wettelijke hulpverleningsplicht (zie boven, nr. 434 e.v.) verplicht is een wisseltransfusie toe de dienen aan de foetus, een foetale therapie toe te passen of het kind via een keizersnede ter wereld te brengen. De vrouw van haar kant kan de toestemming voor een dergelijke ingreep weigeren. De arts wordt dan geconfronteerd met een conflict van plichten tussen enerzijds zijn strafrechtelijke plicht van hulpverlening en respect voor de fysieke integriteit van de foetus en anderzijds zijn strafrechtelijke plicht de fysieke integriteit van de vrouw te respecteren en zijn burgerrechtelijke plicht niets te doen zonder haar toestemming *c.q.* tegen haar wil (een heel andere situatie doet zich voor wanneer de vrouw stervende is, zie: J.P. DOUCET, *La protection pénale de la personne humaine*, Université de Liège, Faculté de droit, 1979, 103 of reeds gestorven is).
Hierover ontbreekt jurisprudentie in België, zie voor Frankrijk: Trib. civ. Bizerte 22 november 1955, *D.* 1957, 138: "pendant la période de gestation, toute mesure de protection de la personne physique de l'enfant ne saurant efficace qu'à travers la personne physique de la mère, le juge ne saurait, sans porter atteinte aux droits de la personnalité de celle-ci, prescrire des mesures de surveillance de sa grossesse". Vanzelfsprekend moet alles in het werk worden gesteld om het conflict te vermijden door overreding, aanbieden van alternatieven enz. In het buitenland – waar doorgaans het kind dat op het punt staat te worden geboren niet als persoon wordt erkend, ook niet in strafrechtelijke zin – (zie: W. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, *t.a.p.*, 1221), staat men zeer huiverachtig tegenover het leggen van juridisch afdwingbare zorgplichten of duldingsplichten op een zwangere vrouw. Overigens lopen de meningen uiteen op bepaalde punten, waaronder de vraag of een kinderbeschermingsmaatregel vóór de geboorte zou kunnen worden getroffen (H.J.J. LEENEN, "De gezondheidsrechtelijke status van het embryo *in vivo* en *in vitro*", *F.J.R.* 1985, 201 sluit dit uit; M.T.A.P.C. DE BRUIJN-LUCKERS, "Baas in eigen buik en de grondrechten", *N.J.C.M.* 1986, 610, acht dat wel mogelijk. Zie hierover ook: R.M. SCHOONENBERG, *a.w.*, 32 e.v. alsmede B. SLUYTERS, "Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor medische fouten voor de geboorte" in *Liber Amicorum H.J.J. Leenen*, Alphen a.d. Rijn, Samsom, 1990, 133). In Canada wordt het recht op prenatale hulpverlening van een levensvatbare foetus verdedigd door: E. KEYSERLINGK, "A right of the unborn child to prenatal care. The Canadian and Comparative Law perspective", *Acta World Congress on Medical Law* 1985, 40, doch bestreden door B.M. KNOPPERS, *Conception artificielle et responsabilité medicale: une étude de droit comparé*, Quebec, Blais Cowansville, 1986, 189-190; dezelfde, "Modern birth technology and human rights", *Am. J. Comp. Law* 1985, 27. Maar vooral in de Verenigde Staten is de zorgplicht van de vrouw en het recht op prenatale medische verzorging van de foetus uitgegroeid tot een voor de rechter gebracht strijdpunt. Aldus werd aan zwangere vrouwen de verplichting opgelegd zich aan een keizersnede te onderwerpen (zie hieromtrent: N.K. RHODEN, "The judge in the delivery room: the emergence of court-ordered caesereans", *California Law Review* 1986, 1952 e.v.; G. ANNAS, "Forced caesereans", in *Judging medicine*, Clifton, Humana Press, 1988, 119. Zie meer in het algemeen: J.A. ROBERTSON, "Procreative liberty and the control of conception, pregnancy and childbirth", *Virginia Law Review* 1983, 437; zie ook: R.M. SCHOONENBERG, *a.w.*, 26 voor een overzicht van de situatie in de Verenigde Staten).

618 Naar Belgisch recht kan een dergelijk conflict worden benaderd vanuit de volgende overwegingen (zie hierover: G. POPELIER, "Het moeder-foetus konflikt", *Vl. T. Gez.* 1994-95, 295-303). Van een recht op verzorging in hoofde van de foetus zou men niet kunnen spreken nu de foetus geen rechtssubject is. Wel geniet het kind dat op het punt staat te worden geboren strafrechtelijke bescherming tegen opzettelijke en onopzettelijke aanslagen tegen zijn leven. Bovendien wordt aanvaard dat de wettelijke hulpverleningsplicht (art. 422*bis* Sw.) geldt tegenover een dergelijk kind. Deze bescherming is

evenwel relatief omdat, als een van de genoemde verplichtingen niet wordt nagekomen door de arts of de zwangere vrouw, dit slechts kan leiden tot vervolging en bestraffing achteraf. Er kunnen geen maatregelen worden genomen om deze bescherming preventief af te dwingen. Een jeugdbeschermingsmaatregel lijkt hier uitgesloten en werd nog nooit overwogen. Wel heeft de vrouw, zoals de arts een hulpverleningsplicht tegenover het kind. Maar wanneer de ingreep zwaar of riskant is, geldt die plicht niet vermits niemand zichzelf in gevaar moet brengen bij het verlenen van hulp (zie: art. 422*bis* Sw.). Een arts die zijn verplichtingen tegenover het kind niet kan uitvoeren omdat de vrouw haar toestemming weigert wegens het gevaar dat aan de ingreep verbonden is voor haar leven of gezondheid, als gevolg waarvan het kind sterft of zwaar gehandicapt ter wereld komt, kan zich ter rechtvaardiging beroepen op de noodtoestand. Een analogie met de zgn. therapeutische abortus dringt zich hier op.

HOOFDSTUK III

ARTS TEGENOVER HET PASGEBOREN LEVEN

AFDELING I

OPZETTELIJKE EN ONOPZETTELIJKE LEVENSBEËINDIGING VAN PASGEBOREN LEVEN EN DE HULPVERLENINGSPLICHT

619 Doodslag gepleegd op een kind dadelijk na de geboorte wordt kindermoord genoemd (art. 396 Sw.).

Het volstaat dat het kind levend is ter wereld gekomen. De al dan niet levensvatbaarheid ervan speelt geen rol (Cass. 11 februari 1987, *Arr. Cass.* 1987, 780; *Pas.* 1987, I, 695; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 45 noot J.J. ANDRE; *J.T.* 1987, 738 noot F. KEFER, *Jur. Liège*, 1987, 630 noot M. PREUMONT; *R.D.P.* 1987, 812 concl. Adv. Gen. JANSSENS DE BISTHOVEN en noot C. HENNAU-HUBLET; Luik 25 juni 1986, *Jur. Liège* 1986, 677. De rechtsleer aanvaardt dit eveneens, zie: J.J. ANDRE, *t.a.p.*, 48; R. DIERKENS, "De biologische mens in het recht" *T.P.R.* 1972, 196).

620 Artikel 396 Sw. beschermt het geboren maar niet-levensvatbare leven tegen opzettelijke aanslagen, maar ook tegen onopzettelijke aanslagen. Dit naar analogie van de bescherming die het nog niet geboren leven als persoon tijdens de bevalling geniet tegen onopzettelijke doding (onopzettelijke kindermoord). Hetzelfde geldt voor de bescherming die uitgaat van artikel 422*bis* Sw. De hulpverleningsplicht geldt ook tegenover het geboren, niet-levensvatbare kind (zie: F. KEFER, *t.a.p.*, 744 voor wie de levensvatbaarheid voor de toepassing van art. 422*bis* inderdaad geen rol speelt; zie ook: X. DIJON, "Commentaire 2", *T. Gez.* 1996-97, 178-180).

621 Het arrest van 11 februari 1987 en de eruit voortvloeiende regel dat strafbaar is de onopzettelijke doding van een pasgeboren levend maar niet levensvatbaar kind alsook het niet-verlenen van hulp aan zo'n kind hebben belangrijke consequenties voor de hulpverleningsplicht van artsen t.o.v. zwaar gehandicapte pasgeborenen.

Zowel het niet-nakomen van de hulpverleningsplicht als de onvrijwillige aanslag op het leven zijn strafbaar. De weigering van toestemming door de ouders van een behandeling omdat zij verkiezen dat het kind sterft is strafrechtelijk zonder belang.
De beslissing of de medische hulp t.a.v. een ernstig gehandicapte pasgeborene wordt aangevat of verdergezet is uiteindelijk een medische beslissing (zie verder, nr. 683 e.v.) (vgl.: G.W. BRANDS-BOTTEMA, "Het recht van zwaar-defecte pasgeborenen op gezondheidszorg: een kwestie van leven of dood", in M. DE LANGEN e.a. (ed.), *t.a.p.*, 45).

Een andere vraag die men kan stellen is of een pasgeborene in deze omstandigheden in aanmerking komt als orgaandonor. Wanneer het kind nog leeft maar niet-levensvatbaar is, is het geen persoon. Niemand kan toestemming geven voor het gebruik van organen en weefsels. Eenmaal het is overleden valt het niet onder het geen bezwaar-stelsel vermits het nooit een persoon is geweest (vgl.: art. 1 Orgaantransplantatiewet) en niemand zich heeft kunnen verzetten tegen wegneming.

AFDELING II

AANGIFTE VAN DE GEBOORTE

§ 1. Kennisgeving van bevalling. Aangifte van geboorte

622 Artikel 56 B.W. maakt een onderscheid tussen de geboorte van een kind in een ziekenhuis, kliniek, kraaminrichting of andere verpleeginrichting (art. 56 § 1 B.W.) en andere gevallen (art. 56 § 2 B.W.). Voor beide hypothesen wordt dan nog eens het onderscheid gemaakt tussen de eigenlijke aangifte van de geboorte en de kennisgeving van de bevalling.

623 De verplichting tot kennisgeving van de bevalling rust op de arts die bij de bevalling tegenwoordig is geweest of bij wie de bevalling heeft plaats gehad in de tweede hypothese d.i. een bevalling anders dan in een ziekenhuis of soortgelijke inrichting. Deze kennisgeving dient te gebeuren aan de ambtenaar van de burgerlijke stand, uiterlijk de eerste op de bevalling volgende werkdag (art. 56 § 2, tweede lid B.W.). De kennisgeving van een bevalling door een arts aan de ambtenaar van de burgerlijke stand is geen strafbare schending van artikel 458 Sw. Het betreft hier een toepassing van een wettelijke verplichting tot bekendmaking.

Gebeurde de bevalling in een ziekenhuis, wat meestal het geval is, dan is "de persoon die de leiding van de inrichting uitoefent of zijn afgevaardigde" gehouden deze kennisgeving te doen. Dat kan, maar moet niet, een arts zijn (art. 56 § 1, tweede lid B.W.). De kennisgeving van de bevalling moet de ambtenaar in staat stellen onmiddellijk na de geboorte een dokter of een vroedvrouw te sturen om zich van de geboorte van het kind te vergewissen. De wet houdt geen enkele bepaling in omtrent de vorm waarin de kennisgeving dient te gebeuren. Als zodanig volstaat een mondelinge of telefonische kennisgeving, maar met het oog op de bewijslevering zal een schriftelijke bevestiging in zo'n geval aangewezen zijn (P. SENAEVE, "De Wet van 30 maart 1984 inzake de geboorteaangiften: een kleine wijziging met grote gevolgen", *R.W.* 1984-85, 1539-1540). Het nalaten van de kennisgeving is strafbaar (art. 361, 2° Sw.).

624 De eigenlijke geboorteaangifte is geen verplichting van de arts, ook niet wanneer hij de kennisgeving van de bevalling heeft gedaan, behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden.

Conform artikel 56 § 1 en § 2 B.W. gebeurt de aangifte van de geboorte door de vader of de moeder of door beide ouders. Wanneer deze nalaten de aangifte te doen, dient deze te gebeuren door de persoon die de kennisgeving van de bevalling heeft gedaan. Dit volgt uit artikel 56 § 1, eerste lid en § 2, eerste lid *j°* artikel 57 B.W. In bepaalde gevallen zal dit de arts zijn.
Ook het nalaten van de aangifte van een geboorte is strafbaar (art. 361, 1° Sw.). Volgens SENAEVE werd onder het vroegere recht algemeen aangenomen dat ook het nalaten van een aangifte door onachtzaamheid strafbaar was. Tijdens de parlementaire bespreking van de nieuwe bepalingen verklaarde de minister dat enkel het wetens en willens niet voldoen aan de aangifteplicht strafbaar is. SENAEVE vraagt zich hierbij terecht af of deze verklaring volstaat om een nieuwe interpretatie van artikel 361 Sw. ingang te doen vinden (P. SENAEVE, *a.w.*, 1546, nr. 20).

§ 2. Aflevering van de geboorteverklaring

625 Overeenkomstig artikel 56 § 4 B.W. vergewist de ambtenaar van de burgerlijke stand zich van de geboorte aan de hand van een verklaring van een door hem toegelaten arts of vroedvrouw. Als dat niet mogelijk is, dient hij zich persoonlijk naar het pasgeboren kind te begeven.

Deze bepaling is de bevestiging van een reeds lang bestaande praktijk m.b.t. de medische vaststelling van de geboorte. In sommige gevallen werd deze verklaring afgeleverd door een arts die daartoe was aangewezen door de ambtenaar. In andere gemeenten nam de ambtenaar vrede met een verklaring van de arts die de bevalling had verricht, zij het dat deze praktijk doorgaans als onwettig werd veroordeeld (P. SENAEVE, *a.w.*, 1547, nr. 23).

626 Volgens SENAEVE staat het nu vast dat de ambtenaar zich niet mag tevreden stellen met een getuigschrift van de arts die de bevalling heeft gedaan, behalve wanneer die arts dezelfde is als degene die door de ambtenaar werd toegelaten om de geboorte vast te stellen.

Vermits de geboorteverklaring een getuigschrift is dat door de arts uit hoofde van zijn "toelating" door de ambtenaar wordt afgeleverd, kan er van een inbreuk op artikel 458 Sw. geen sprake zijn. De arts handelt in opdracht van een derde, als deskundige, en tegenover zijn opdrachtgever is hij niet door een zwijgplicht gebonden.

TITEL V

ARTS EN MINDERJARIGE PATIËNT

HOOFDSTUK I
WETTELIJKE BEPALINGEN

AFDELING I

BURGERLIJK WETBOEK

627 Minderjarig is degene die niet ten volle de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt (art. 388 B.W., zoals gewijzigd door art. 1 Wet 19 januari 1990 tot verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar, *B.S.* 30 januari 1990). De meerderjarigheid is vastgesteld op de volle leeftijd van 18 jaren; op die leeftijd is men bekwaam tot alle handelingen van het burgerlijk leven (art. 488 B.W., zoals gewijzigd door art. 2 Wet 19 januari 1990). Overeenkomstig artikel 1124 B.W. is de minderjarige onbekwaam om contracten aan te gaan.

Uit een en ander volgt de principiële handelingsonbekwaamheid van de minderjarige.

Reeds vóór de Wet van 19 januari 1990 werd aanvaard dat minderjarigen tussen 18 en 21 jaar zich zelfstandig tot een arts konden wenden en toestemming konden geven voor medische behandelingen. In die zin bevestigde deze wet een reeds langer bestaande praktijk die wel eens als de "medische meerderjarigheid" vanaf 18 jaar werd aangeduid.

AFDELING II

PATIËNTENRECHTENWET

§ 1. Bevoegdheid van de ouders of voogd

628 Bij een minderjarige patiënt worden de patiëntenrechten uitgeoefend door de ouders die het gezag over de minderjarige uitoefenen of door zijn voogd (art. 12 § 1 Patiëntenrechtenwet).

Deze bepaling sluit aan bij het gemeen recht (art. 372 e.v. B.W). Er wordt geen enkel onderscheid gemaakt wat de aard van het patiëntenrecht betreft. De bevoegdheid van de ouders of de voogd om de rechten van de minderjarige patiënt uit te oefenen betreft dus zowel het recht op vrije keuze van de arts (art. 6), het recht op alle de minderjarige betreffende informatie die nodig is om inzicht te krijgen in diens gezondheidstoestand en de vermoedelijke evolutie ervan (art. 7), het recht om geïnformeerd, voorafgaandelijk en vrij toe te stemmen in iedere tussenkomst van de arts (art. 8), het recht op inzage in het patiëntendossier en afschrift hiervan (art. 9) als het recht een klacht neer te leggen bij de bevoegde ombudsfunctie (art. 11). Vanzelfsprekend heeft ook een minderjarige patiënt het recht op een kwaliteitsvolle dienstverstrekking (art. 5) maar dit is een recht dat zich niet leent tot uitoefening door de ouders. Als vertegenwoordiger van de minderjarige patiënt dienen zij de nodige stappen te zetten opdat de minderjarige patiënt van dit recht zou kunnen genieten (zie verder). Ook het in artikel 10 vermelde recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer wordt door de ouders van de minderjarige patiënt niet als dusdanig uitgeoefend.

Artikel 7 § 3 geeft aan de patiënt het recht om uitdrukkelijk te verzoeken dat informatie over zijn gezondheidstoestand niet wordt meegedeeld, het zgn. recht om niet te weten. Gelet op de *ratio* van dit recht, nl. aan de patiënt zelf bescherming bieden tegen ondraaglijke informatie (zie boven, nr. 338) kan dit recht niet worden uitgeoefend door de ouders jegens de arts. Met andere woorden, op het verzoek van de ouders aan de arts om gevrijwaard te blijven van informatie over de gezondheidstoestand van het kind, zal de arts niet kunnen ingaan. Vermits dit valt buiten de hypothese bedoeld in artikel 7 § 3 zal hij geen collega dienen te consulteren wanneer hij die informatie toch meedeelt aan de ouders. Het staat de ouders wel vrij om de volgens hen al te belastende informatie al dan niet aan hun minderjarig kind mee te delen.

629 De Patiëntenrechtenwet kent aan de arts in twee gevallen de bevoegdheid toe om de beslissing van de ouders van een minderjarige niet te eerbiedigen. Op grond van artikel 15 § 1 kan de arts weigeren in te gaan op het verzoek van de ouders het patiëntendossier van hun minderjarig kind in te zien.

Het is niet meteen duidelijk welke hypothese men zich hier voor de geest moet halen. Hoe zal de arts kunnen uitmaken dat de inzage niet wordt gevraagd in het belang van de minderjarige, maar uit loutere nieuwsgierigheid of zelfs eigen belang van de ouders? Als voorbeeld wordt wel eens aangehaald het geval dat de ouders die zich hebben schuldig gemaakt aan mishandeling van hun kind, inzage vragen in het patiëntendossier van dat kind. In een dergelijk geval zou de arts de rechtstreekse inzage kunnen – niet moeten – weigeren. Weigert hij de rechtstreekse inzage dan zal die moeten verlopen via een door de ouders aangeduide beroepsbeoefenaar in de zin van de W.U.G.

Op grond van artikel 15 § 2 wijkt de arts van de beslissing van de ouders van de minderjarige in het belang van de patiënt en teneinde een bedreiging van diens leven of een ernstige aantasting van diens gezondheid af. Deze bepaling is met name vooral van belang wanneer de ouders van de minderjarige een levensreddende ingreep voor hun minderjarig kind weigeren te laten uitvoeren. Het toedienen van een behandeling tegen de weigering van de ouders in is een *ultimum remedium*. Ook hier geldt dat de arts, door informatie, overreding en zo mogelijk het aanbieden van alternatieven zal trachten de medewerking van de ouders te bekomen.

In een advies dat de Nationale raad van de Orde der geneesheren hieromtrent uitbracht n.a.v. de weigering van een bloedtransfusie bij hun kind door de ouders die Getuigen van Jehovah zijn, wordt een onderscheid gemaakt tussen spoedeisende en niet-spoedeisende ingrepen ("Getuigen van Jehova", *T. Orde Geneesh.* 1983-84, nr. 32, 24). Wanneer de ouders zich verzetten tegen een door de arts onontbeerlijk geachte ingreep, zoals een bloedtransfusie, moet de arts, voorzover de ouders werden ingelicht over de gevaren van niet-ingrijpen, tot de ingreep overgaan in een spoedgeval. Deze verplichting van de arts vindt juridisch steun in artikel 422*bis* Sw. (hulpverlening aan personen in groot gevaar) en thans ook in artikel 15 § 2 Patiëntenrechtenwet.
In een dergelijk geval is een beroep op de jeugdrechtbank overbodig en niet haalbaar. Gaat het om een niet-spoedeisend geval en verzetten de ouders zich tegen de medische ingreep dan "moet de arts zich wenden tot de rechterlijke overheid" volgens het vermelde advies. Het is niet duidelijk waarop deze verplichting juridisch steunt. De behandelende arts heeft ook tegenover de gerechtelijke overheden een zwijgplicht. Uit artikel 458*bis* Sw. zou desgevallend de bevoegdheid kunnen worden afgeleid een beroep te doen op de procureur des Konings (over deze bepaling: zie verder, nr. 1290). Zoals in andere gevallen waar kinderen zich in nood bevinden ligt een beroep op een vertrouwens(arts)centrum eveneens voor de hand.

630 De Patiëntenrechtenwet bevat geen andere bepalingen die uitdrukkelijk perken stellen aan de bevoegdheid van de ouders om de rechten van hun

minderjarig kind uit te oefenen. Toch zijn er nog impliciete beperkingen. Overeenkomstig artikel 5 heeft de minderjarige recht op kwaliteitsvolle dienstverlening overeenkomstig zijn behoeften. Indien de ouders hun kind wensen te onderwerpen aan een onderzoek of een behandeling die volgens de arts niet overeenstemt met de behoeften van de minderjarige, dan zal hij niet ingaan op dit ouderlijk verzoek. Men denke bv. aan ouders die hun kind willen laten onderzoeken op dragerschap van het Huntington-gen. De goede klinische praktijk schrijft voor dat een dergelijk onderzoek pas gebeurt wanneer de betrokkene zelf in staat is daar zijn toestemming voor te geven of te weigeren.

Het recht op informatie over de gezondheidstoestand van hun minderjarig kind kent een analoge beperking. Het gaat hier niet om een onbeperkt recht op informatie maar het recht om die informatie te kennen die na geïndiceerd onderzoek aan het licht is gekomen. I.v.m. de vraag of dit recht ook een recht inhoudt om onderzoek te vragen: zie boven, nr. 325.

631 Wanneer de ouders samenleven, oefenen zij het gezag over de persoon van het kind gezamenlijk uit (art. 373, eerste lid B.W.). Wanneer één van beide ouders een beroep doet op een arts met het oog op medische dienstverlening aan een minderjarige en deze arts is te goeder trouw, dan wordt elke ouder geacht te handelen met de instemming van de andere ouder (art. 373, tweede lid B.W.; zie hierover het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren van 16 november 1996: "De arts en de kinderen van niet-samenlevende ouders en de gewijzigde wetgeving ter zake", *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 76, 20; zie ook: N. COLETTE-BAZECQZ, S. DEMARS en M.-N. VERHAEGEN, "L'enfant mineur d'âge dans le contexte de l'activité médicale", *T. Gez.* 1997-98, 166-184; Y.-H. LELEU en S. DELVAL, "Autorité parentale et actes médicaux", *Journ. dr. jeun.* 2002, 24, nr. 214, noot 24).

Wanneer de ouders niet samenleven, blijven zij het ouderlijk gezag gezamenlijk uitoefenen en geldt het in artikel 373, tweede lid B.W. bepaalde vermoeden (art. 374, eerste lid B.W.). Bij gebreke van overeenstemming over o.a. "de belangrijke beslissingen betreffende zijn gezondheid" of wanneer de overeenstemming ter zake strijdig lijkt met het belang van het kind, kan de bevoegde rechter de uitoefening van het ouderlijk gezag uitsluitend opdragen aan één van beide ouders (art. 374, tweede lid B.W.). Zie voor de hypothese dat de overeenstemming tussen al dan niet samenlevende ouders niet in het belang is van het kind ook: art. 15 § 2 Patiëntenrechtenwet.

§ 2. "Mature" minderjarige

632 De minderjarige patiënt wordt betrokken bij de uitoefening van zijn rechten rekening houdend met zijn leeftijd en maturiteit (art. 12 § 2, eerste zin Patiëntenrechtenwet).

Deze bepaling is klaarblijkelijk geïnspireerd door artikel 6 § 2, tweede lid E.V.R.M.B.: "The opinion of the minor shall be taken into consideration as an increasingly determining factor in proportion to his or her age and degree of maturity". In het Explanatory Report, nr. 45 wordt i.p.v. degree of maturity de uitdrukking "capacity for discernement" of onderscheidingsvermogen gebruikt, alsook "ability to understand" of begripsvermogen. Wel is het zo dat artikel 6 § 2, tweede lid E.V.R.M.B. enkel betrekking heeft op het recht om vrij en geïnformeerd toe te stem-

men in een medische tussenkomst, daar waar artikel 12 § 2, eerste zin Patiëntenrechtenwet ziet op alle rechten van de patiënt. Artikel 12 § 1, eerste zin hanteert, voor alle duidelijkheid, geen systeem van dubbele toestemming voor een medische tussenkomst (minderjarige-ouder(s), zoals bv. wel art. 7 § 2 Orgaantransplantatiewet wanneer de minderjarige ouder is dan 12 jaar). De ouders stemmen toe, de minderjarige wordt er "slechts" bij betrokken.

633 De leeftijd van de minderjarige is op zich niet doorslaggevend. De Patiëntenrechtenwet sluit met deze keuze niet enkel aan bij het E.V.R.M.B., maar ook bij het Kinderrechtenverdrag (zie hierover: T. VANSWEEVELT, F. SWENNEN, J. TER HEERDT, B. WEYTS en N. JEGER, "Het voorontwerp van wet 'patiëntenrechten': een kritische analyse", *T. Gez.* 1997-98, 540; T. VANSWEEVELT, "De rechtspositie van de minderjarige in het gezondheidsrecht, in het bijzonder in het licht van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind", in *Kinderrechtengids,* Gent, Mys & Breesch, s.d., deel 1.6.

Ook in de medische deontologie wordt minder belang gehecht aan de leeftijd dan aan het "oordeel des onderscheids".
In een advies dat de Nationale raad van de Orde der geneesheren hieromtrent uitbracht, wordt een onderscheid gemaakt naargelang de minderjarige al dan niet "tot de jaren van verstand is gekomen" ("De arts en de minderjarigen", *T. Orde Geneesh.* 1977-78, nr. 26, 50; zie ook meer recent: het advies van de Nationale raad van 14 december 2002 inzake het "opvragen van gegevens door de arts van het C.L.B. aan de behandelende arts van een leerling", *T. Orde Geneesh.* 2003, nr. 99, 8; L. DE THIBAULT DE BOESINGHE, "Enkele aspecten van medische deontologie bij het kind", in E. VERHELLEN e.a. (ed.), *Rechten van kinderen,* Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1989, 341-343; zie ook: J. BACQUELAINE, "De rechten van het kind. De geneesheer en het kind", *T. Orde Geneesh.* 1990, nr. 47, 35-41; K. RIMANQUE, "Instemming met een medische handeling bij een minderjarige patiënt", *T. Orde Geneesh.* 1992, nr. 57, 39-42).

Het tot de jaren van verstand gekomen zijn wordt niet uitgedrukt in leeftijd. "De verstandelijkheid op het vlak van de gezondheid ligt ongetwijfeld veel hoger (dan 7 jaar) en zal variëren naargelang de aard van de medische tussenkomst". "Rekening houdend met alle nuttige omstandigheden, zoals de persoonlijkheid van het kind, de aard van de medische prestatie, de familiale en sociale situatie" komt het toe aan de arts te oordelen over de verstandelijke ontwikkeling van de minderjarige ("De arts en de minderjarigen", *T. Orde Geneesh.* 1977-78, nr. 26, 54). De minderjarige die tot de jaren van verstand is gekomen heeft het recht een arts te raadplegen en de eerbiediging van het geheim te eisen. "Daaruit volgt dat de arts het recht heeft hem te verzorgen en de in zijn situatie vereiste medische handelingen mag stellen".

634 Zoals gezegd, geldt de betrokkenheid van de "mature" minderjarige bij de uitoefening van zijn patiëntenrechten niet enkel voor het in artikel 8 Patiëntenrechtenwet vermelde recht op geïnformeerde toestemming, hoewel het daarover in de praktijk meestal gaat. Ook bij de uitoefening van de andere patiëntenrechten moet de "mature" minderjarige worden betrokken. Daarbij dient er rekening mee te worden gehouden dat "leeftijd" en "maturiteit" tot verschillende uitkomsten kunnen leiden naargelang het betrokken recht.

Het recht op kwaliteitsvolle dienstverlening van de minderjarige (art. 5) moet in dit verband worden bekeken in samenhang met het recht op vrije keuze van de arts (art. 6) en het recht op informed consent (art. 8). Aan leeftijd en maturiteit van de minderjarige mogen in verband met de betrokkenheid bij de uitoefening van deze rechten niet dezelfde eisen worden gesteld. Een minderjarige is eerder matuur om te worden betrokken bij de keuze van een arts door zijn ouders dan om te worden betrokken bij de uitoefening van het recht op geïnformeerde toestemming. Zo kan een minderjarige van bv. 10 jaar in het algemeen laten verstaan dat hij de behandeling door een welbepaalde arts, mede op basis van ervaring, in het geheel niet ziet zitten. Terwijl dezelfde

minderjarige nog onvoldoende matuur kan zijn om te worden betrokken bij het recht op geïnformeerde toestemming. Een bijkomend verschil is dat bij het recht op vrije keuze de maturiteit door de ouders van de minderjarige zal worden beoordeeld, terwijl bij het recht op geïnformeerde toestemming de maturiteit zowel door de ouders als door de arts zal worden beoordeeld, doch in laatste instantie door de arts, vermits hij over een geldige toestemming dient te beschikken.
Wat betreft het recht op informatie over de gezondheidstoestand van de minderjarige, kan het volgende worden opgemerkt. Allereerst rijst de vraag wat het betekent dat de minderjarige wordt betrokken bij de uitoefening van het recht op informatie over de gezondheidstoestand. Is de minderjarige niet matuur dan wordt die informatie enkel aan de ouders meegedeeld. Is de minderjarige in staat zijn belangen zelf af te wegen (zie verder) dan wordt enkel de minderjarige ingelicht over zijn gezondheidstoestand. Betrokken worden bij de uitoefening van het recht op informatie over de gezondheidstoestand als de minderjarige een mature minderjarige blijkt te zijn, betekent dat de informatie aan de ouders van de minderjarige wordt meegedeeld, maar dat ook de minderjarige van deze informatie, geheel of gedeeltelijk, i.f.v. zijn maturiteit op de hoogte wordt gebracht. Door wie dient dit te gebeuren? De primaire verantwoordelijkheid om de minderjarige te betrekken bij de uitoefening van dit recht rust op de arts. Op grond van de Patiëntenrechtenwet heeft een minderjarige jegens de arts recht om te worden betrokken bij de uitoefening van zijn recht op informatie over zijn gezondheidstoestand. Niet op grond van de Patiëntenrechtenwet, maar op grond van hun algemene zorgplicht jegens hun kinderen, kan echter ook van de ouders worden verlangd dat zij – bij voorkeur na ruggespraak met de arts – de minderjarige informeren over diens gezondheidstoestand. Om dezelfde reden is het de primaire verantwoordelijkheid van de arts om uit te maken of een minderjarige voldoende matuur is om te worden betrokken bij de uitoefening van het recht op informatie over de gezondheidstoestand.
Geldt de betrokkenheid van de minderjarige bij de uitoefening van zijn patiëntenrechten ook voor het recht om niet te weten? Daartoe moet eerst worden onderzocht of de ouders van een mature minderjarige dit recht om niet te weten kunnen uitoefenen namens deze minderjarige. Men kan geneigd zijn deze vraag op dezelfde wijze te beantwoorden als voor de niet-mature minderjarige. Vermits dit recht is bedoeld ter bescherming van de patiënt zelf en niet van zijn vertegenwoordiger die geacht moet worden alle informatie te kunnen dragen, kunnen de ouders dat recht niet inroepen. Toch is de situatie niet geheel vergelijkbaar wanneer de minderjarige matuur is. Indien deze te kennen geeft bepaalde informatie niet te willen weten dan kan hij jegens zijn ouders het recht om niet te weten inroepen. Op grond van hun algemene zorgplicht zullen zij dan hieraan moeten tegemoet komen. Maar ook in dit geval kunnen de ouders jegens de arts niet het recht om niet te weten laten gelden.

Is er ruimte voor het inroepen van de therapeutische exceptie jegens de ouders van een mature minderjarige in verband met de gezondheidstoestand van deze minderjarige? Naar mijn mening niet; de ouders hebben het recht om op de hoogte te worden gebracht van alle beschikbare informatie m.b.t. de gezondheidstoestand van hun kind. Het komt hen toe desgevallend zeer belastende informatie niet aan hun kind mee te delen.
Wat houdt de betrokkenheid van de mature minderjarige in bij het uitoefenen van het recht op inzage in zijn patiëntendossier? Het zijn de ouders van de mature minderjarige die dit recht uitoefenen. Betrokkenheid kan vooreerst betekenen dat inzage slechts wordt gevraagd na overleg met de minderjarige. Verder kan betrokkenheid betekenen dat de minderjarige samen met de ouders zijn patiëntendossier geheel of gedeeltelijk inkijkt. Een andere vorm van betrokkenheid bestaat erin dat de ouders de inhoud van het patiëntendossier meedelen aan hun minderjarig kind. Ook de betrokkenheid bij het uitoefenen van het recht op afschrift uit het patiëntendossier roept de vraag op naar de betekenis daarvan. Veel meer dan dat de ouders desgevallend het afschrift door hun kind laten lezen of op een andere wijze de inhoud ervan meedelen aan hun kind kan men zich daar praktisch niet bij voorstellen.

635 Zie voor beperkingen t.a.v. de bevoegdheid van de ouders om de rechten van de mature minderjarige patiënt uit te oefenen: artikel 15 Patiëntenrechtenwet (zie boven, nr. 629).

De ouderlijke bevoegdheid kan ook worden beperkt bij wet. Zo is een bij wet verplichte inenting tegen poliomyelitis geen onrechtmatige of arbitraire inmenging in het privé- en gezinsleven van het kind als bedoeld in artikel 16 Kinderrechtenverdrag maar een maatregel welke is opgelegd in het kader van de passende maatregelen die moeten worden getroffen teneinde ziekte te bestrijden en preventieve gezondheidszorg te ontwikkelen, waartoe de staten zich in artikel 24 Kinderrechtenverdrag hebben verbonden. Krachtens artikel 8 E.V.R.M. is het openbaar gezag gemachtigd om zich in het privé- en gezinsleven te mengen, op voorwaarde dat deze inmenging wettig is en een noodzakelijke maatregel ter bescherming van de gezondheid vormt (Cass. 1 oktober 1997, *T. Gez.* 1998-99, 138; *Jur. Liège* 1998, 796 met noot Chr. MEUNIER, "Vaccination obligatoire-vie privée"; zie ook: Cass. 8 september 1982, *Arr. Cass.* 1983, 47; *Pas.* 1983, I., 43; *R.W.* 1982-83, 2257; *Vl. T. Gez.* 1982-83, 144-145 noot P. LEMMENS; Cass. 22 juni 1982, *Arr. Cass.* 1982, 1315; *Pas.* 1982, I., 1231; Luik 24 februari 1982, *Jur. Liège* 1982, 315; Luik 9 april 1986, *Jur. Liège* 1986, 409 noot L. GENET; Gent 20 maart 1996, *R.W.* 1996-97, 1257 noot P. LEMMENS; *T.G.R.* 1996, 105; *T. Gez.* 1995-97, 35; Corr. Namen 28 november 1980, *Rev. Rég. Dr.* 1981, 72; Corr. Dinant 22 januari 1981, *J.T.* 1981, 306).

§ 3. Minderjarige die tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat kan worden geacht of mondige minderjarige

636 Overeenkomstig artikel 12 § 2, tweede zin Patiëntenrechtenwet kunnen de in deze wet opgesomde rechten door de minderjarige patiënt die tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat kan worden geacht, zelfstandig worden uitgeoefend.

In het oorspronkelijke wetsontwerp luidde artikel 12 § 2 als volgt: "De patiënt wordt betrokken bij de uitoefening van zijn rechten rekening houdend met zijn leeftijd en graad van ontwikkeling. Indien hieruit blijkt dat hijzelf zijn rechten kan uitoefenen, heeft hij het recht dit zelf te doen zonder tussenkomst van zijn ouders of voogd" (wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/1, 55). In het wetsontwerp waren dus leeftijd en ontwikkelingsgraad bepalend zowel voor de betrokkenheid van de minderjarige bij de uitoefening van zijn rechten als patiënt (zie: § 2) als voor het recht op zelfstandige uitoefening ervan. In de Memorie van Toelichting werd dit treffend als volgt uitgedrukt: "Gelet op de leeftijd en de graad van ontwikkeling van de minderjarige is het eventueel mogelijk dat de beroepsbeoefenaar vaststelt dat de minderjarige bekwaam is om zelf (bepaalde van) zijn rechten inzake gezondheid uit te oefenen" (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/1, 40). Het voordeel van deze benadering was dat in beide hypothesen dezelfde criteria, nl. van leeftijd en ontwikkeling (later: maturiteit, zie: *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/8, nr. 33 A), werden gehanteerd. Tijdens de bespreking van artikel 12 § 2 in de bevoegde Kamercommissie werd door leden van alle meerderheidspartijen een amendement ingediend er toe strekkende artikel 12 § 2, tweede zin te vervangen door de bepaling die wet is geworden (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/8, nr. 33 B) op één woord na: i.p.v. redelijke "beoordeling" is sprake van "waardering" (zie: *Hand.* Kamer 2001-02, 8 juli 2002, 96).

637 Vraag is of "in staat zijn tot redelijke waardering/beoordeling van zijn belangen" iets anders inhoudt dan "graad van maturiteit". De verantwoording bij het desbetreffend amendement leert ons weinig: "De tweede wijziging beoogt de mogelijkheid te omschrijven voor de minderjarige om zelf zijn

rechten uit te oefenen op een meer positieve en minder bevoogdende wijze" (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/008, nr. 333). Of de huidige versie "meer positief" en "minder bevoogdend" is dan het wetsontwerp mag worden betwijfeld: in het ontwerp was sprake van het recht om zelf de rechten als patiënt uit te oefenen. In de wettekst wordt de term recht niet meer gebruikt: minderjarigen "kunnen" hun rechten zelfstandig uitoefenen.

Terugkerend naar de vraag naar een mogelijk onderscheid tussen "redelijke beoordeling van zijn belangen" en "graad van maturiteit", kan een blik over de grens mogelijk een antwoord bieden. In artikel 465 Nederlandse Patiëntenrechtenwet (WGBO) is meerdere keren sprake van een patiënt die "niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake". LEENEN en GEVERS hebben zich afgevraagd wat het betekent "niet in staat te zijn tot een redelijke waardering van zijn belangen". Bij het beantwoorden van deze vraag wijzen zij op een "zestal aspecten van onbekwaamheid: het al dan niet maken van een keuze door de patiënt; de aard van de beslissing; de rationele gemotiveerdheid van de keuze; het vermogen om te begrijpen; het feitelijk begrip en het inzicht in de aard van de situatie". Niet één van deze criteria springt er als het beste uit, maar het maken van een keuze en het feitelijk begrip van de situatie voldoen het meest (H.J.J. LEENEN en J.K.M. GEVERS, *Handboek gezondheidsrecht*, Amsterdam/Alphen aan de Rijn, Samsom, 2000, 216). Dat brengt ons heel dicht in de buurt van noties als begripsvermogen en bevattingsvermogen, kortom maturiteit. Beide wijzen op de feitelijke wils(on)bekwaamheid van een minderjarige.

638 Wat het recht van een minderjarige patiënt betreft om zelfstandig al dan niet toe te stemmen in een medische behandeling (art. 8 § 1 en § 4 Patiëntenrechtenwet) sluit artikel 12 § 2, tweede zin aan bij de opvattingen in de rechtsleer vóór de totstandkoming van deze wet over de zelfstandige uitoefening van het recht op fysieke integriteit door een zgn. mondige minderjarige.

De voorkeur van de meeste auteurs ging uit naar de zelfstandige uitoefening van het recht op fysieke integriteit door een mondige meerderjarige. Zo was RIMANQUE van oordeel dat "de adolescent zelfstandig een geneesheer (mag) raadplegen". Daarmee zal niemand moeite hebben. Of dat ook geldt voor een diagnostische of therapeutische interventie die gepaard gaat met een inbreuk op de fysieke integriteit, is niet duidelijk (K. RIMANQUE, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige; publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Brussel, Bruylant, 1980, nr. 159).

GULDIX opteerde voor de zelfstandige uitoefening van het persoonlijkheidsrecht, inclusief de vermogensrechtelijke aspecten daarvan, nl. de betaling van de arts (E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privé-leven in hun onderling verband*, Brussel, 1986, 744). Genuanceerder was de opvatting van VANSWEEVELT. Zijn uitgangspunt was dat "de gewone bekwaamheidsregels" moeten worden toegepast. In principe moet een minderjarige niet aan een verschillend (bekwaamheids-)regime worden onderworpen, naargelang hij bv. een koop-, een huur- of een medisch contract sluit. Net zoals voor vermogensrechtelijke handelingen, nl. voor beheersdaden, kan worden verdedigd dat de mondige minderjarige rechtsgeldig een medische overeenkomst kan sluiten. Maar niet iedere overeenkomst die wordt gesloten tussen een minderjarige en een arts is geldig: "Er dient een evenwicht te bestaan tussen de gevaren en risico's verbonden aan de medische behandeling enerzijds en de intellectuele en fysieke rijpheid van de minderjarige anderzijds" (T. VANSWEEVELT, "Persoonlijkheidsrechten van minderjarigen en grenzen van het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling", in A. HEYVAERT, R. KRUITHOF en T. VANSWEEVELT (eds.), *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, nr. 13). Dit wordt het "extrinsieke of functionele benadelingscriterium" genoemd. Zodra het evenwicht tussen gevaren en risico's enerzijds en de rijpheid van de minderjarige anderzijds dreigt door te slaan t.g.v. de zwaarte van de gevaren en risico's kan niet worden aangenomen dat de minderjarige alleen bekwaam is om in te stemmen in de ingreep. Hetzelfde geldt trouwens wanneer er een onevenwicht dreigt tussen de vermogenstoestand van de

minderjarige en het honorarium dat gewoonlijk voor de ingreep wordt gevraagd (wanneer het honorarium daarentegen overdreven hoog zou zijn vergeleken met de te leveren prestatie dan is sprake van intrinsieke benadeling). VANSWEEVELT voegde er nog aan toe dat deze extrinsieke of functionele benadeling niet te eng mag worden opgevat. Zij is ingesteld ter bescherming van de minderjarige en moet in die zin worden begrepen. Wordt ondanks het extrinsieke onevenwicht toch een overeenkomst aangegaan tussen arts en minderjarige, dan kan de minderjarige de nietigverklaring ervan vorderen wegens benadeling. Wil de arts een dergelijke situatie vermijden dan zal hij, behalve de instemming van de minderjarige, ook de toestemming van de ouders moeten bekomen.

639 In de opvatting van VANSWEEVELT is het behoren tot de categorie van de mondige minderjarigen op zichzelf niet doorslaggevend om zelfstandig te kunnen beslissen over een medische ingreep. Behalve de leeftijd (15 à 16 jaar) moet de arts nog twee andere elementen in rekening brengen, nl. de mate van inzicht van de minderjarige en de zwaarte en het riskant karakter van de ingreep.

Dit laatste element kan door een arts vrij gemakkelijk worden beoordeeld.

Dat is niet zo voor de mate van inzicht van de minderjarige. Niettemin eist VANSWEEVELT dat de arts "steeds *in concreto* nagaat of de minderjarige zowel intellectueel als emotioneel voldoende rijp is om in de voorgenomen ingreep te kunnen instemmen". Rekening houdend met wat hierboven werd gezegd i.v.m. de extrinsieke benadeling wegens onevenwicht tussen de financiële positie van de minderjarige en het normale honorarium voor de ingreep, doet de arts er bovendien goed aan zich ook daaromtrent te laten inlichten.

Gelet op de zwakke financiële positie van de meeste minderjarigen (zij zijn allen nog leerplichtig) zal een arts in het door VANSWEEVELT voorgestane stelsel in de regel veeleer de neiging hebben zowel de toestemming van de minderjarige als deze van de ouders te vragen. Slechts uitzonderlijk zal hij vrede kunnen nemen met de toestemming van de minderjarige alleen. Aldus beschouwd komt de opvatting van VANSWEEVELT neer op een gezamenlijke uitoefening van het recht op fysieke integriteit door de minderjarige en, doorgaans, zijn ouders of één van hen.

640 Een belangrijk element dat niet over het hoofd mag worden gezien wanneer het gaat over de medische behandeling van minderjarigen betreft het beroepsgeheim. De zwijgplicht van de arts geldt ook jegens de ouders van de mondige minderjarige die hem raadpleegde (zie: "De arts en de minderjarigen", *T. Orde Geneesh.* 1977-78, nr. 26, 50; het advies van 14 december 2002 van de Nationale raad van de Orde der geneesheren, "Opvragen van gegevens door de arts van het CLB aan de behandelende arts van een leerling", *T. Orde Geneesh.* 2003, nr. 99, 8; L. DE THIBAULT DE BOESINGHE, *t.a.p.*, 341, Y.-H. LELEU en S. DELVAL, *t.a.p.*, 31).

Wanneer een arts van oordeel is dat de ingreep die hij geïndiceerd acht bij een minderjarige hetzij diens inzicht overstijgt hetzij te zwaar of te riskant is hetzij een honorarium waard is dat de minderjarige financieel niet kan dragen, mag dan de zwijgplicht zonder meer worden doorbroken teneinde de toestemming van de ouders te vragen? Het ligt voor de hand dat een arts in een dergelijke situatie zal trachten de minderjarige te overreden zelf zijn ouders in te lichten en

desgevallend bij de besluitvorming te betrekken. Als dat niet lukt, dan zal naar andere oplossingen moeten worden uitgekeken om onder eerbiediging van het beroepsgeheim, tegemoet te komen aan de medische behoeften van de minderjarige. Zo kan worden gedacht aan alternatieven voor de ingreep die minder riskant zijn of minder duur. In sommige gevallen zal uitstel mogelijk zijn tot de meerderjarigheid is bereikt. Van de drie elementen die de zelfstandige besluitvorming door een minderjarige beïnvloeden, nl. zijn inzicht, de risico's van de ingreep en de kost van de ingreep is slechts het laatste van die aard dat de arts er een directe greep op heeft. Mag men van een arts verwachten dat hij vrede neemt met geen of een sterk verminderd honorarium om op die manier zijn zwijgplicht jegens de ouders van de minderjarige toch te eerbiedigen? Een vergelijking met een conflict tussen de zwijgplicht en het optreden in rechte van een arts om zijn honorarium te vorderen dringt zich op (zie verder, nr. 1305). Het is klaar dat een dergelijke oplossing eenmalig bruikbaar is maar niet op een structurele wijze tegemoet komt aan het probleem dat zich hier stelt. Zolang het streven naar geheel of gedeeltelijke zelfstandigheid van minderjarigen wat hun persoonlijkheidsrechten betreft niet tevens leidt tot grotere onafhankelijkheid op financieel vlak, zal een arts, nadat hij minder vergaande alternatieven heeft beproefd, zijn zwijgplicht jegens de ouders van een minderjarige patiënt in uitzonderlijke gevallen kunnen doorbreken.

Dat deze uitzonderlijke mogelijkheid beperkt zou zijn tot wanneer het onderzoek of de behandeling medisch noodzakelijk waren (vgl. Y.-H. LELEU en S. DELVAL, *t.a.p.*, 31) is te eng. Ook wanneer de behandeling niet strikt noodzakelijk maar wel medisch-geïndiceerd was, moet op deze uitzondering een beroep kunnen worden gedaan. Men denke aan een tandheelkundige behandeling (zie voor het onderscheid tussen medisch geïndiceerd en noodzakelijk: W. KIEBOOM, *Informatie, toestemming en geheimhouding bij erfelijkheidsadvisering. Een gezondheidsrechtelijk onderzoek*, Den Haag, Vermande, Reeks *Gezondheidsrecht* 20, 2003, 68).

641 Een ander gegeven waarmee dient rekening te worden gehouden betreft de afwezigheid van een aanwijsbaar medisch nut van de ingreep voor de minderjarige. Men denke hierbij aan sterilisatie, geslachtsveranderende heelkundige ingrepen (zie i.v.m. hormonale geslachtsverandering: het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren, "Transseksualiteit – Toestemming van de minderjarige", *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 79, 21), zwangerschapsafbreking en de wegneming van organen en medische experimenten. Hier kan zeker als regel worden vooropgesteld dat in de mate van het mogelijke de ingreep dient te worden uitgesteld tot de meerderjarigheid is bereikt. Bij geslachtsveranderende heelkundige ingrepen kan dit zonder meer. Ook voor sterilisaties bij mondige minderjarigen (anders is het wanneer het gaat om mentaal gehandicapten; zie boven, nr. 462). Voor de wegneming van een orgaan kan zo'n uitstel problematisch zijn voor de receptor. Voor de zwangerschapsafbreking betekent uitstel afstel. De beslissing daaromtrent moet redelijk snel worden genomen. Het door de Orgaantransplantatiewet gehanteerde stelsel van samenwerking tussen de meer dan 12 jarige minderjarige en zijn ouders (beiden moeten toestemmen) is ook hier als regel bruikbaar. Toch moet ermee rekening worden gehouden dat de wetgever uitdrukkelijk een dergelijk stelsel niet heeft willen opleggen in geval van zwangerschapsafbreking (zie boven, nr. 561). Tenzij men hieruit zou willen afleiden dat de principiële handelingsonbekwaamheid van de minderjarige geldt, hetgeen in strijd lijkt met de bedoeling van de wetgever, kan het besluit niet anders zijn dan dat de mondige minderjarige hieromtrent zelf en zelfstandig een beslissing neemt.

642 De minderjarige patiënt die tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat kan worden geacht, kan ook het in artikel 8 § 4 Patiënten-

rechtenwet neergelegde recht tot weigering van een tussenkomst zelfstandig uitoefenen. Ook indien die weigering een levensreddende behandeling betreft, zoals bv. een bloedtransfusie, dient de arts deze weigering te eerbiedigen. Dit is in overeenstemming met de medische deontologie. Volgens de Nationale raad staat het in rechtsleer en medische deontologie vast dat de arts de vrije en bewuste wilsuiting van een volwassene, en daarmee wordt de mondige minderjarige gelijk gesteld, dient te respecteren zelfs wanneer dit tot de dood van de patiënt zou leiden. Wel wordt de arts aangeraden een verklaring te laten ondertekenen door de patiënt stellend dat hij de transfusie weigert na alle noodzakelijke informatie te hebben ontvangen ("Getuigen van Jehova", *T. Orde Geneesh.* 1983-84, nr. 32, 24). Overeenkomstig artikel 8 § 4, tweede lid wordt de weigering of intrekking van de toestemming schriftelijk vastgelegd en toegevoegd aan het patiëntendossier op verzoek van de patiënt of de arts.

In de rechtsleer van voor de Patiëntenrechtenwet werd deze opvatting niet zonder meer gevolgd. Volgens DIJON kunnen de ouders optreden wanneer een mondige minderjarige een levensreddende ingreep weigert. Met de toestemming van de ouders kan de arts dan toch overgaan tot de ingreep (X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, nrs. 642 en 647). Ook VANSWEEVELT, die de opvatting van DIJON niet volgt omdat zij te weinig genuanceerd is, oordeelt dat de ouders op grond van hun plicht tot verzorging en opvoeding niet mogen berusten in het verzet van hun minderjarig kind tegen een noodzakelijke medische handeling. In zgn. absolute noodgevallen zou men een mondige minderjarige tegen zijn wil aan een medische behandeling kunnen onderwerpen (T. VANSWEEVELT, "Persoonlijkheidsrechten", *a.w.*, nr. 33; advies nr. 16 van het raadgevend comité voor bio-ethiek van 22 maart 2002 betreffende het weigeren van bloedtransfusie door Getuigen van Jehova, http://www.health.fgov.be/bioeth/nl).

643 Problematisch is de weigering van een levensreddende handeling door een mondige minderjarige wanneer de weigering is neergelegd in een in artikel 8 § 4 Patiëntenrechtenwet bedoelde schriftelijke wilsverklaring. De arts die met een dergelijke weigering te maken krijgt zal het bijzonder lastig hebben om uit te maken of de minderjarige op het ogenblik dat hij de wilsverklaring opstelde tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat kon worden geacht. Dat is evenwel een voorwaarde voor de geldigheid van de weigering. Slechts wanneer de arts persoonlijk betrokken is geweest bij de opstelling van die verklaring kan daarover de vereiste mate van zekerheid bestaan.

644 Voor de uitoefening van de andere in de Patiëntenrechtenwet neergelegde rechten door een minderjarige patiënt die tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat kan worden geacht, lijken zich geen bijzondere problemen te stellen.

Het recht op kwaliteitsvolle dienstverlening die beantwoordt aan zijn behoefte moet door de arts jegens de minderjarige zelf worden nagekomen (art. 5). De minderjarige kiest vrij zijn arts (art. 6). De minderjarige heeft tegenover de arts recht op alle hem betreffende informatie die nodig is om inzicht te krijgen in zijn gezondheidstoestand en de vermoedelijke evolutie (art. 7 § 1). Tegenover de ouders van de minderjarige geldt de zwijgplicht. De minderjarige kan zijn recht om niet te weten zelfstandig inroepen (art. 7 § 3) in welk geval de informatie niet zonder zijn medeweten aan zijn ouders mag worden meegedeeld. Tegenover een mondige minderjarige kan een arts de therapeutische exceptie inroepen, in welk geval deze informatie niet aan de ouders van de minderjarige mag worden meegedeeld (art. 7 § 4). Overigens rijst dan de vraag in hoeverre een minderjarige die bepaalde informatie niet kan dragen, in dat opzicht geacht kan worden in staat

te zijn tot een redelijke beoordeling van zijn belangen. De mondige minderjarige heeft zelf recht op een zorgvuldig en veilig bewaard patiëntendossier (art. 9 § 1, eerste lid). Hij kan zelf inzage vragen in dat dossier. Indien hierin gegevens zijn opgenomen over zijn ouders, heeft de inzage geen betrekking op deze gegevens vermits zijn ouders als "derden" in de zin van artikel 9 § 2, derde lid worden beschouwd. Ook heeft de mondige minderjarige recht op afschrift van het geheel of een gedeelte van het hem betreffend patiëntendossier. Voorts heeft deze minderjarige recht op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer en recht op respect voor zijn intimiteit (art. 10 § 1). Ook heeft hij recht een klacht in verband met de uitoefening van zijn rechten toegekend door de Patiëntenrechtenwet neer te leggen bij de bevoegde ombudsfunctie (art. 11 § 1). In dat geval komt het toe aan deze ombudsfunctie om uit te maken of de minderjarige patiënt tot een redelijke beoordeling van zijn belangen in staat kan worden geacht.

AFDELING III

ORGAANTRANSPLANTATIEWET

§ 1. Wegneming van organen bij levende meerderjarigen tussen 18 en 21 jaar

645 Overeenkomstig artikel 5 Orgaantransplantatiewet mag een persoon vanaf 18 jaar toestemmen in de wegneming van een orgaan bij leven.

Artikel 5 liep aldus vooruit op de veralgemeende verlaging van de burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 7). De wetgever is er van uitgegaan dat jongeren vanaf die leeftijd bewust hun toestemming kunnen geven.

646 Artikel 6 Orgaantransplantatiewet stelt evenwel strengere voorwaarden t.a.v. de toestemming van een donor die de leeftijd van 21 jaar nog niet heeft bereikt wanneer de wegneming ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of wanneer zij betrekking heeft op organen en weefsels die niet regenereren. In dat geval is, naast de toestemming van de donor zelf, de toestemming vereist van de persoon of personen van wie, overeenkomstig de bepalingen van het B.W. de toestemming tot het huwelijk van een minderjarige is vereist.

Tijdens de bespreking in de Kamercommissie is het probleem aan de orde geweest van de consequenties van de verlaging van de leeftijd van de burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar op die bepaling. Volgens sommigen zou die verlaging en meer bepaald de afschaffing van iedere toestemming voor het huwelijk vanaf 18 jaar voor gevolg hebben dat die bepaling zou vervallen. Vanaf 18 jaar zou de donor dus alleen kunnen toestemmen in deze wegneming (tenzij hij of zij gehuwd is; zie: art. 6 § 2, 1°). Anderen daarentegen verdedigden de mening dat de keuze van de leeftijd van 21 jaar geen verband hield met de (op dat ogenblik nog geldende) meerderjarigheidsgrens maar wel was ingegeven door de bescherming van jonge donoren tegen beslissingen met onomkeerbare gevolgen. Volgens een commissielid had die bepaling "geen uitstaans met de vraag op welke leeftijd de meerderjarigheid bepaald wordt. De gevolgen van dergelijke handelingen kunnen zo ernstig zijn dat de beperkingen i.v.m. de uitvoering ervan zeer strikt vastgesteld moeten zijn". De Staatssecretaris sloot zich aan bij deze laatste houding en voegde daar duidelijk aan toe: "Zelfs als de leeftijd voor de burgerlijke meerderjarigheid verlaagd wordt tot 18 jaar, moet in deze de leeftijd van 21 jaar worden gehandhaafd". De Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie was genuanceerder: "Mochten die bepalingen (i.v.m. de toestemming voor het huwelijk) gewijzigd worden, dan zou wellicht moeten worden nagegaan of de in § 2 van artikel 6 voorkomende verwijzing naar de artikelen van het B.W. al dan niet moeten worden gehandhaafd" (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 28-29). De Wet van 19 januari 1990 heeft evenwel

geen verandering gebracht in artikel 6 § 2, 2° Orgaantransplantatiewet en tijdens de voorbereiding van de Wet van 19 januari 1990 is het probleem, voorzover viel na te gaan, niet besproken. Uit een en ander mag worden afgeleid dat voor de donoren van 18 tot 21 jaar de toestemming vereist blijft van de personen of persoon van wie overeenkomstig de bepalingen van het B.W. de toestemming tot het huwelijk van een minderjarige is vereist in de gevallen voorzien in artikel 6. Noch de tekst van artikel 6 § 2, 2° noch de voorbereidende werken verzetten zich tegen een dergelijke interpretatie (in dezelfde zin: T. VANSWEEVELT, "Orgaantransplantatiewet, art. 6-6", in *Comm. Pers.*, Antwerpen, Kluwer, losbl.).

§ 2. Levende minderjarigen

647 Artikel 5 Orgaantransplantatiewet sluit de wegneming bij minderjarigen principieel uit. Het is moeilijk te aanvaarden dat wegneming "bij al te jeugdigen" zou gebeuren. Zij dienen te worden beschermd (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 7).

648 Artikel 7 § 1 laat evenwel de wegneming van een orgaan bij een minderjarige uitzonderlijk toe, nl. wanneer de wegneming normalerwijze geen ernstige gevolgen kan hebben voor de donor en wanneer zij betrekking heeft op organen en weefsels die kunnen regenereren en wanneer het orgaan bestemd is voor een transplantatie bij een broer of zus van de donor.

Wanneer de wegneming van cellen bij levenden normalerwijze geen ernstige gevolgen kan hebben voor de donor dan kan zij worden verricht op de personen die de leeftijd van 18 jaar niet bereikt hebben (art. 162 Programmawet van 22 december 2003, *B.S.* 31 december 2003 tot wijziging van art. 7 § 1 Orgaantransplantatiewet).

649 De oorspronkelijke versie van artikel 7 § 1 liet de wegneming van een orgaan bij een minderjarige toe wanneer de wegneming normalerwijze geen ernstige gevolgen kon hebben voor de donor OF wanneer zij betrekking had op organen en weefsels die kunnen regenereren en wanneer het orgaan bestemd is voor een transplantatie bij een broer of een zus van de donor.

Artikel 2, A van de Wet van 7 december 2001 tot wijziging van artikel 7 Orgaantransplantatiewet (*B.S.* 31 december 2002) heeft de woorden "of wanneer zij betrekking heeft" vervangen door de woorden "en wanneer zij betrekking heeft".
Het wetsvoorstel dat heeft geleid tot deze wetswijziging gaf hierbij de volgende toelichting (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 77/1-1999, 1): "De Belgische wet op de orgaandonatie en transplantatie is een stuk soepeler dan wat de Conventie mensenrechten en bio-geneeskunde aan voorwaarden oplegt. Dit geldt in de eerste plaats voor de regeling inzake het wegnemen van organen bij levende minderjarigen. Bij leven kunnen een nier, een deel van de lever of beenmerg worden weggenomen. Alleen beenmerg is 'regenereerbaar', hetgeen betekent dat het weefsel zich herstelt. Onze Belgische wetgeving laat echter ook het wegnemen van niet-regenereerbare organen toe. Artikel 7 § 1 van de Wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen stelt immers twee voorwaarden aan de wegneming bij minderjarigen. Ten eerste mag de wegneming normalerwijze geen ernstige gevolgen hebben of moet ze betrekking hebben op regenereerbare organen of weefsels. Ten tweede moet het orgaan bestemd zijn voor een broer of zus. Vermits de wegneming van een nier normalerwijze geen ernstige gevolgen zal hebben, kan een minderjarige onder de Belgische wetgeving ook een orgaan doneren dat zich niet herstelt en evenmin opnieuw ontwikkelt. De twee elementen van de eerste voorwaarde zijn immers niet cumulatief. We lezen 'of' daar waar eigenlijk 'en' had moeten staan. Deze vergissing wordt hierbij rechtgezet zodat minderjari-

gen voortaan enkel regenereerbare organen en weefsels zijnde beenmerg, aan een broer of zus kunnen doneren (indien dit geen ernstige gevolgen voor hen meebrengt)". Zie i.v.m. de "vergissing" waarvan sprake in deze toelichting, uitvoeriger: H. NYS, "Geneeskunst. Recht en medisch handelen", in *A.P.R.*, *a.w.*, nr. 529-530; zie over de vroegere bepaling raadgevend comité voor bio-ethiek: advies nr. 11 *d.d.* 20 december 1999 betreffende het wegnemen van organen en weefsels bij gezonde personen met het oog op transplantatie, in *Adviezen* 1996-2000, 166-171).

650 Artikel 7 § 2, 1° en 3° Orgaantransplantatiewet zoals gewijzigd door artikel 2, B van de Wet van 7 december 2001 bepaalt dat voor de in § 1 bedoelde wegneming de voorafgaande toestemming is vereist van de donor die de leeftijd van 12 jaar bereikt heeft en de toestemming van de persoon of van de personen aan wie, overeenkomstig de bepalingen van het B.W. de toestemming tot het huwelijk van een minderjarige is vereist.

In de oorspronkelijke versie van artikel 7 § 2 was de leeftijd vanaf dewelke de donor zelf diende toe te stemmen bepaald op 15 jaar. De wijziging werd doorgevoerd op advies van het Vlaams Kinderrechtencommissariaat omdat de vroeger geldende regeling, waarin alleen aan jongeren ouder dan 15 jaar een vetorecht werd toegekend, strijdig is met artikel 12 Kinderrechtenverdrag (*Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 0077/002, 2). Overigens was het onder de vroegere regeling niet duidelijk of, en onder welke voorwaarden, bij een minderjarige die niet de leeftijd van 15 jaar had bereikt, een orgaan kon worden weggenomen. Zie daarover: H. NYS, in *A.P.R.*, *a.w.*, nr. 531-536.

651 Artikel 7 § 2 1°*bis* en 3° Orgaantransplantatiewet, zoals gewijzigd door artikel 2, C van de Wet van 7 december 2001 laat de wegneming van een orgaan bij een minderjarige die de leeftijd van 12 jaar niet heeft bereikt, toe mits hij vooraf de mogelijkheid heeft gekregen zijn mening te uiten en mits de toestemming van de persoon of de personen van wie, overeenkomstig de bepalingen van het B.W. de toestemming tot het huwelijk van een minderjarige is vereist. Volgens de Toelichting bij het amendement dat tot deze bepaling heeft geleid "dient voortaan wel expliciet rekening te worden gehouden met hun mening indien zij deze kunnen uiten" (*Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 0077/002, 2) maar de wettekst zelf beperkt er zich toe te bepalen dat de donor van minder dan 12 jaar oud "de mogelijkheid heeft gekregen zijn mening te uiten".

Ook de vroegere versie van de Orgaantransplantatiewet verbood geenszins dat de arts inlichtingen inwon omtrent de mening van de minder dan 15 jarige en met diens mening rekening hield. Integendeel, artikel 9 Orgaantransplantatiewet verplicht de arts die tot een wegneming wil overgaan de donor "duidelijk en volledig in te lichten over de lichamelijke, psychische, familiale en sociale gevolgen van de wegneming". Hierop bestaat geen enkele uitzondering.

Voorts zal de arts er goed aan doen rekening te houden met de richtlijnen ter zake van de Nationale raad van de Orde der geneesheren. "Los van de wettelijke bepalingen blijft voor de geneesheer de deontologische regel gelden dat voor elke ingreep de toestemming van de minderjarige patiënt vereist is vanaf het ogenblik dat deze over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt om een gewichtige beslissing te nemen. Het is duidelijk dat de geestelijke rijpheid van elke donor geval per geval moet worden geëvalueerd en dat hiervoor geen meer precieze richtlijn kan worden gegeven" (advies 11 april 1987 "Orgaantransplantatie", *T. Orde Geneesh.* 1987, nr. 37, 15; vgl.: art. 53 Code geneeskundige plichtenleer). Deze opvatting sluit ook het meest aan bij de opvattingen hierover in de rechtsleer (zie: J. MATTHIJS, "Bedenkingen ten behoeve van een trans-

plantatiewet", *R.W.* 1971-72, 176 en 177 die de mening van DIERKENS onderschrijft). Men hoeft zich niet blind te staren op onze klassieke begrippen en opvattingen van de rechtsonbekwaamheid en van de vertegenwoordiging van de persoon tot zijn meerderjarigheid. De minderjarige zelf moet kunnen weigeren of toestemmen, telkens dit mogelijk is d.w.z. telkens hij een leeftijd heeft bereikt waarop een normaal fysiek en psychisch begaafde en ontwikkelde jongen of meisje doorgaans een voldoende rijpheid heeft verworven om met onderscheidingsvermogen en doorzicht te beslissen.

652 Artikel 7 § 2, 1° en 2° Orgaantransplantatiewet laat ten slotte de wegneming van een in artikel 7 § 1 bedoeld orgaan bij een gehuwde minderjarige toe mits deze zelf zijn voorafgaande toestemming heeft gegeven en mits de toestemming van de met hem samenwonende echtgenoot. Deze bepaling werd niet gewijzigd door de Wet van 7 december 2001.

§ 3. Overleden minderjarigen

653 Krachtens artikel 10 § 1 Orgaantransplantatiewet mogen geen organen en weefsels worden weggenomen bij een overleden persoon indien vaststaat dat tegen een dergelijke wegneming verzet is geuit. Een meerderjarige kan dit verzet alleen uitdrukken.

Voor de minderjarigen maakt de wet een onderscheid. Is hij in staat zijn wil te doen kennen dan kan ofwel hijzelf het verzet uitdrukken ofwel zijn nabestaanden die met hem samenleven. Is de minderjarige niet in staat zijn wil te doen kennen dan kunnen enkel de laatsten zich verzetten (art. 10 § 2 Orgaantransplantatiewet). De wet bepaalt dus geen minimumleeftijd waarboven de minderjarige donor zelf zich uitdrukkelijk kan (en moet) verzetten tegen de wegneming (zie: P. SENAEVE, "Rechtspositie minderjarigen bij orgaantransplantatie", *F.J.R.* 1988, 183).

De Toelichting bij het wetsontwerp is op dit punt duidelijk. "Er wordt voor de overledenen geen minimumleeftijd bepaald om dit verzet uit te drukken. Vermits het hier gaat om een zaak die gemakkelijk door eenieder kan worden begrepen, volstaat het dat zulk verzet ondubbelzinnig wordt geuit" (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 10; zie ook: art. 1 K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de donor of de personen bedoeld in art. 10 § 2 hun wil te kennen geven, *B.S.* 14 februari 1987; uit art. 4 van ditzelfde besluit volgt dat er evenmin een minimumleeftijd bestaat voor het geven van toestemming tot wegneming na overlijden).

654 Zolang iemand niet meerderjarig is, kunnen zijn ouders en eventueel andere nabestaanden namens de minderjarige zich verzetten tegen de wegneming na overlijden, ook al kan de betrokken minderjarige zelf met oordeel des onderscheids handelen (P. SENAEVE, *t.a.p.*, 183).

De wet heeft het recht zich te verzetten formeel niet gelegd bij de ouders van een minderjarige maar bij de nabestaanden die met hem samenleven (zie hieromtrent: de discussie tussen P. SENAEVE, *t.a.p.* en J.E.M. AKVELD en H.E.G.M. HERMANS, "Rechtspositie minderjarigen bij orgaantransplantatie", *F.J.R.* 1988, 126).

Is de minderjarige in staat zijn wil te doen kennen, dan kan hij zich eveneens verzetten (zie: T. VANSWEEVELT, "Orgaantransplantatie", *t.a.p.*, art. 10-4).

AFDELING IV

BIJZONDERE WETTELIJKE BEPALINGEN

655 Artikel 12, tweede lid van de Besluitwet 24 januari 1945 betreffende de profylaxe van geslachtsziekten (*B.S.* 26 januari 1945) bepaalt dat indien de lijder aan een geslachtsziekte een minderjarige is beneden de 16 jaar, de persoon onder wiens toezicht hij staat moet voldoen aan de verplichting die artikelen 2, 6 en 7 van de wet aan de zieke opleggen.

Artikel 2 verplicht iedere persoon, bij wie gevaar voor verspreiding van een in artikel 1 vermelde geslachtsziekte aanwezig is, zich door een arts van zijn keuze te laten behandelen. Artikel 6 verplicht de patiënt die een bijzonder besmettingsgevaar vertoont zich in een ziekenhuis te laten behandelen. Artikel 7 bevat bepalingen voor het geval een patiënt van arts wenst te veranderen.

Uit een en ander kan men afleiden dat de minderjarige vanaf 16 jaar geacht wordt zelfstandig de verplichtingen die deze wet oplegt aan personen die aangetast zijn door een seksueel overdraagbare ziekte na te komen. Vermits het hier gaat om verplichtingen waarvan de niet-nakoming strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd, betreft het hier in de eerste plaats een strafrechtelijke meerderjarigheid. Niettemin kan men aannemen dat zij ook burgerrechtelijke consequenties heeft. Zo dient de minderjarige van 16 jaar zich te wenden tot een arts van zijn keuze. Wellicht is deze regeling te verklaren door de bijzondere privacy gevoeligheid verbonden aan dit soort ziekten. Indien de ouders tot 21, thans 18, jaar moeten tussenkomen, bestaat het gevaar dat er van een behandeling weinig terecht komt.

Alle vermelde bepalingen uit de Besluitwet van 24 januari 1945 betreffende de profylaxe van geslachtsziekten werden opgeheven door artikel 9, 1° van het Decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 5 april 1995 betreffende de profylaxe van besmettelijke ziekten (*B.S.* 19 juli 1995). Hierin zijn geen bepalingen met betrekking tot de leeftijd van de besmette persoon opgegeven.

656 Artikel 9 van de Wet van 9 juli 1994 betreffende bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong (*B.S.* 8 oktober 1994 gewijzigd door art. 158-160 Programmawet I van 8 april 2003, *B.S.* 17 april 2003) verbiedt het afnemen van bloed bij personen die jonger zijn dan 18 jaar, met de schriftelijke en ondertekende toestemming van de ouders of de wettelijke vertegenwoordiger. Wanneer de minderjarige evenwel in staat is een toestemming of advies te geven, moet de arts die inwinnen en er eventueel rekening mee houden. Dit is een weinig duidelijke formulering. Betekent zij dat ook met de weigering van toestemming moet worden rekening gehouden? Overigens is de geboden bescherming minimaal, vermits "rekening houden met" minder ver strekt dan "eerbiedigen". Zie voor kritiek op deze bepaling eveneens: Y.-H. LELEU en S. DELVAL, "Authorité parentale et actes médicaux", *Journ. dr. jeun.* 2002, 24, noot 24; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, "La maîtrise de son corps par la personne", *J.T.* 1999, 589-600).

Voor de interpretatie van de uitdrukking "in geval van uiterste medische noodzaak" verwees de bevoegde minister naar het antwoord dat werd gegeven m.b.t. artikel 5, waarin deze uitdrukking ook voorkomt en volgens

hetwelk "de uiterste medische noodzaak zich voordoet wanneer een specifieke bloedgroep enkel en alleen in de familie van de receptor kan worden gevonden" (*Parl. St.* Senaat 1993-94, nr. 1048/2, 16 en 19).

657 Artikel 3 § 1 Euthanasiewet (zie uitgebreid: titel VII) bepaalt dat de arts die euthanasie toepast, geen misdrijf pleegt wanneer hij er zich o.m. van verzekerd heeft dat "de patiënt een meerderjarige of een ontvoogde minderjarige is". Hieruit volgt dat de arts die opzettelijk levensbeëindigend handelt t.a.v. een niet-ontvoogde minderjarige die desbetreffend een verzoek heeft geuit, zich niet kan beroepen op artikel 3 Euthanasiewet. Hij pleegt derhalve een misdrijf. Hetzelfde geldt wanneer de opzettelijke levensbeëindiging wordt toegepast op verzoek van één van beide ouders van de minderjarige of diens voogd. Uit de definitie van "euthanasie" in artikel 2 Euthanasiewet blijkt duidelijk dat het verzoek om opzettelijk levensbeëindigend handelen afkomstig moet zijn van de betrokkene, d.w.z. degene die dat handelen zal ondergaan. *A fortiori* wordt een misdrijf gepleegd indien het opzettelijk levensbeëindigend handelen wordt toegepast zonder enig verzoek, van om het even wie.

Artikel 4 § 2 Euthanasiewet bepaalt dat de arts die euthanasie toepast ten gevolge van een wilsverklaring zoals voorzien in artikel 4 § 1 geen misdrijf pleegt indien de in artikel 4 § 2 gestelde voorwaarden worden nageleefd. Artikel 4 § 1 bepaalt dat de bedoelde wilsverklaring kan worden opgesteld door elke handelingsbekwame meerderjarige of ontvoogde minderjarige. Niet-ontvoogde minderjarigen zijn dus uit het toepassingsgebied van artikel 4 Euthanasiewet gesloten.

De arts die opzettelijk levensbeëindigend handelt t.a.v. een minderjarige die daarom heeft verzocht kan desgevallend een noodtoestand inroepen (*Parl. St.* 2000-01, 2-244/ 9, noot 2).

658 Artikel 30 § 2 Decreet Vl. Gem. R. 1 december 1998 betreffende de centra voor leerlingenbegeleiding (*B.S.* bepaalt dat de ouders of de leerling vanaf 14 jaar zich kunnen verzetten tegen het uitvoeren van een algemeen (periodiek algemeen leeftijdsspecifiek medisch onderzoek, collectief georganiseerd voor alle leerlingen, zie: art. 2, 1°) of gericht (collectief georganiseerd medisch onderzoek, gericht op bepaalde gezondheidsaspecten van een welomschreven doelgroep van leerlingen, zie: art. 2, 13°) consult door een bepaalde arts van het centrum. Uit het vervolg van deze bepaling blijkt dat hier niet het recht om een consult te weigeren in het geding is, maar wel het recht op vrije keuze van een arts. In geval van verzet door de ouders of een leerling vanaf 14 jaar wordt het consult uitgevoerd door ofwel een andere arts van hetzelfde centrum ofwel door een arts van een centrum naar keuze, ofwel door een arts die niet tot een centrum behoort maar wel in het bezit is van het hiertoe door de regering bepaalde bekwaamheidsbewijs.

TITEL VI

ARTS EN PSYCHIATRISCHE PATIËNT

HOOFDSTUK I

BESCHERMINGSMAATREGELEN JEGENS EEN GEESTESZIEKE

AFDELING I

GEDWONGEN OPNAME IN EEN PSYCHIATRISCHE DIENST

§ 1. Wettelijk kader

659 De Wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke, *B.S.* 27 juli 1990 gewijzigd bij Wet van 18 juli 1991, *B.S.* 26 juli 1991 en bij Wet van 6 augustus 1993, *B.S.* 9 augustus 1993, hierna geciteerd als Wet bescherming persoon geesteszieke, maakt een onderscheid tussen twee soorten beschermingsmaatregelen, nl. de behandeling in een ziekenhuis (hoofdstuk II van de wet) en de verpleging in een gezin (hoofdstuk III van de wet). In deze afdeling wordt onder de titel "gedwongen opname in een psychiatrische dienst" de eerst vermelde beschermingsmaatregel besproken. Deze titel wordt verkozen boven de wettelijke benaming omdat deze zeer misleidend is omtrent de werkelijke inhoud van die beschermingsmaatregel. Dat zal hieronder nog blijken (zie verder, nr. 664 en 758).

660 Artikel 1 Wet bescherming persoon geesteszieke vestigt het beginsel van de exclusiviteit. Buiten de twee beschermingsmaatregelen waarin deze wet voorziet kunnen de diagnose en de behandeling van psychische stoornissen geen aanleiding geven tot enige vrijheidsbeperking.

Tijdens de bespreking in de bevoegde Senaatscommissie werd dit een beginsel van openbare orde genoemd. Het is merkwaardig dat artikel 6 § 1 K.B. 18 juli 1991 tot uitvoering van artikel 36 Wet bescherming persoon geesteszieke (*B.S.* 26 juli 1991) de geneesheer-hoofd van dienst de bevoegdheid geeft om "beschermingsmaatregelen" op te leggen aan een onder dwang opgenomen geesteszieke, hetgeen zijn bewegingsvrijheid tot niets kan herleiden, bv. In geval van opsluiting in een isoleercel (zie voor meer details: H. NYS, "De bescherming van de persoon van de geesteszieke, aanvullende beschouwingen", *R.W.* 1991-92, 358 en M. BOGAERTS, "Le maintien (articles 13 à 22 de la loi)", in G. BENOIT e.a., *Malades mentaux et incapables majeurs,* Brussel, Publications F.U.S.A.L., 1994, 114). Artikel 1 maakt voorts een duidelijk onderscheid tussen de bepalingen van de Wet bescherming persoon geesteszieke en de internering krachtens de Wet van 1 juli 1964 tot bescherming van de maatschappij tegen abnormalen en gewoontemisdadigers. De beschermingsmaatregelen neergelegd in de Wet bescherming persoon geesteszieke kunnen niet worden gecumuleerd met de internering en zich nog minder daartegen verzetten (Vred. Marchienne-au-Pont 23 maart 1992, *J.L.M.B.* 1992,1514). Die regel belet niet dat de vrijheidsberoving, in afwachting van de uitvoering van de internering, op andere gronden wordt bevolen (Vred. Menen 10 september 1999, *R.W.* 2000-01, 1069 met noot F. SWENNEN, "Samengaan van internering en inobservatieneming"; *J. dr. jeun.* 2001, afl. 204, 44, noot). De Wet bescherming maatschappij tegen abnormalen en gewoontemisdadigers schendt niet de artikelen 10 en 11 G.W. doordat zij de plaatsing van een geïnterneerde geesteszieke in een private psychiatrische instelling slechts in uitzonderlijke gevallen mogelijk maakt (Arbitragehof 30 juni 1999, *A.A.* 1999, 905; *T.G.R.* 1999, 210).

661 De eerste beschermingsmaatregel ("behandeling in een ziekenhuis") omvat twee fasen, nl. de opneming ter observatie (afdeling 1 van hoofdstuk II van de wet) en het verder verblijf (afdeling 2 van dat hoofdstuk). Alvorens een aparte bespreking van beide fasen aan te vatten, worden eerst nog de materiële voorwaarden voor gedwongen opname die gemeenschappelijk zijn voor beide fasen onderzocht.

§ 2. Materiële voorwaarden voor gedwongen opname

662 Op grond van artikel 2 Wet bescherming persoon geesteszieke mag een beschermingsmaatregel bij gebrek aan enige andere geschikte behandeling, alleen getroffen worden t.a.v. een geesteszieke indien zijn toestand zulks vereist, hetzij omdat hij zijn gezondheid en zijn veiligheid ernstig in gevaar brengt, hetzij omdat hij een ernstige bedreiging vormt voor andermans leven of integriteit.

In deze bepaling kunnen de volgende materiële voorwaarden worden onderscheiden. Ten eerste, subsidiariteit of ontbreken van enige andere geschikte behandeling. Ten tweede, een beschermingsmaatregel kan slechts worden getroffen t.a.v. een geesteszieke. Ten derde, de toestand van de zieke vereist de maatregel. Ten vierde het gevaarscriterium: de maatregel is vereist omdat de geesteszieke zijn gezondheid en zijn veiligheid ernstig in gevaar brengt. Ten vijfde, voorzover niet voldaan is aan ten vierde: het dreigend gevaarscriterium d.w.z. dat de maatregel vereist is omdat de geesteszieke een ernstige bedreiging vormt voor andermans leven of integriteit. Deze vijf elementen worden hieronder nader besproken.

663 Al deze toepassingsvoorwaarden moeten restrictief worden geïnterpreteerd (F. SWENNEN, "De materiële voorwaarden voor dwangopname van een psychiatrische patiënt", noot onder Vred. Borgerhout 16 februari 1995, *T. Gez.* 1996-97, 288).

A. BEGINSEL VAN DE SUBSIDIARITEIT

664 De gedwongen opname in een psychiatrische dienst kan slechts worden doorgevoerd wanneer er geen andere maatregelen of middelen voorhanden zijn om een geesteszieke de behandeling te geven die medisch geïndiceerd is. Het uitgangspunt van de wet is dat de vrijheid de regel is, de vrijheidsberoving de uitzondering die dan ook beperkt moet worden toegepast (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 9). Dit beginsel van subsidiariteit wordt ook in artikel 2 uitgedrukt, waar sprake is van "bij gebreke van enige andere geschikte behandeling". Voor de leden van de Senaatscommissie betekende deze uitdrukking dat de beschermingsmaatregelen een "residuair" karakter hebben (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 11).

Hoewel de bedoeling van deze bepaling op zich duidelijk is, is de formulering ervan bepaald ongelukkig. Zij wekt namelijk de indruk dat de gedwongen opname in een psychiatrische dienst slechts mogelijk zou zijn t.a.v. een geesteszieke voor wie geen enkele geschikte behandeling bestaat binnen het therapeutische arsenaal waarover de psychiatrie beschikt. Dit zou er op neerkomen dat de gedwongen opname beperkt blijft tot een verplichte afzondering van de geesteszieke zonder dat daartegenover een recht op behandeling in hoofde van de geesteszieke staat. Aldus zou de wet lijden aan hetzelfde euvel waaraan de vroegere Krankzinnigenwet leed en waaraan de nieuwe wet

juist wenst te verhelpen. Het belangrijkste oogmerk van de vroegere wet was het beperken van de vrijheid. Behandeling kwam op de laatste plaats (*Parl. St.* Senaat 1968-69, nr. 253, I en 4). "Het voorzien in de behandeling van geesteszieken, derde voornemen van de wetgever van 1850, is thans de eerste bekommernis van allen geworden", aldus nog de Toelichting bij dit ontwerp van wet. Men dient te betreuren dat een zo belangrijk beginsel op zodanig gebrekkige manier is verwoord. Bedoeld wordt dat de gedwongen opname pas kan worden toegepast als het niet mogelijk is gebleken een opname die zich opdringt op een andere wijze te bewerkstelligen. Door in deze context de behandeling ter sprake te brengen heeft de wetgever er blijk van gegeven onvoldoende onderscheid te kunnen maken tussen de opname enerzijds en de behandeling anderzijds. Dit is een vaststelling die nog zal worden gemaakt. Hiervoor werd al vermeld dat de titel van hoofdstuk II van de wet ("behandeling in een ziekenhuis") de lading niet dekt. In dat hoofdstuk is van behandeling nauwelijks sprake, wel van gedwongen opname. Op de keper beschouwd kan men stellen dat de gedwongen opname wanneer er geen therapeutische maatregel voorhanden is in strijd is met artikel 5 E.V.R.M. In het arrest Ashingdane heeft het Hof Mensenrechten als voorwaarde voor de geoorloofde vrijheidsberoving van een geesteszieke gesteld dat zij moet gericht zijn op een behandeling met het oog op genezing van de patiënt (Hof Mensenrechten 28 mei 1985, *Publ. Eur. Court H.R.* Serie A, vol. 93). De gedwongen opname is geen doel op zich. Deze maatregel ontbeert iedere legitimiteit als er van behandeling van de geesteszieke geen sprake is of kan zijn (zie ook: J. GILLARDIN, "La protection de la personne des malades mentaux", *Journ. proc.* 1990, afl. 169, 12-13). Men zou kunnen tegenwerpen dat de gedwongen opname zelf een behandeling is en dat daarom deze formulering werd verkozen. In die zin: F. SWENNEN, *t.a.p.*, 290 waar hij stelt dat voor sommige auteurs "de gedwongen opname meer een alternatief voor medische behandeling is dan een wijze van behandeling". Hoewel het therapeutisch karakter van een opname onder dwang voor sommige patiënten reëel kan zijn, lijkt dit evenmin een juiste interpretatie. Ook zij wekt te zeer de indruk de opname als een doel op zichzelf te beschouwen. Zie in verband met de invloed van de Straatburgse rechtspraak op de rechtsbescherming van geesteszieken: D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 160, noot 680.

665 Waar de wet het ontbreken van een andere geschikte behandeling vereist, wordt daar onder verstaan het ontbreken van een redelijkerwijze toepasbare behandeling (*Parl. St.* Senaat 1989-90, nr. 733/2, 11).

Het residuair of subsidiair karakter van de beschermingsmaatregel impliceert voorts dat moet worden overgestapt naar een regime waarbij de vrijheidsberoving minder streng is of beëindigd wordt, wanneer de toestand van de zieke dat toelaat (*a.w.*, *t.a.p.*, 86).
Subsidiariteit impliceert dat geen dwang is toegelaten wanneer de patiënt vrijwillig instemt in een concrete behandeling. Dat wordt ook bevestigd door artikel 3 Wet bescherming persoon geesteszieke: "Degene die zich vrij laat opnemen in een psychiatrische dienst, kan deze te allen tijde verlaten" (in die zin: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 85). Bovendien biedt een vrijwillige medewerking meer kansen op slagen (Rb. Gent 9 november 1995, *T.G.R.* 1996, 4).
Er is geen sprake van het ontbreken van een andere geschikte behandeling wanneer een bejaarde dame weigert vitamines te nemen onder de vorm van gewone medicatie of van inspuitingen (Vred. Borgerhout 16 februari 1995, *T. Gez.* 1999-97, 287 met noot F. SWENNEN, "De materiële voorwaarden voor dwangopname van een psychiatrische patiënt").
Met het ontbreken van een geschikte behandeling werd gelijk gesteld het verblijf in een omgeving, *in casu* een gevangenis, waarin "de nodige specifieke accommodatie" afwezig is (Rb. Gent 31 oktober 1991, *T.B.B.R.* 1993, 313-314, noot P. HOFSTRÖSSLER, "Over het respect voor geesteszieken en de procedure"). Helaas spreekt het in de Belgische context "vanzelf dat een gevangenis niet garant staat voor een behandeling, doch eerder voor de afwezigheid van behandeling" (P. HOFSTRÖSSLER, *t.a.p.*, 319). Hieruit afleiden dat aan de subsidiariteitseis voldaan is wanneer een geesteszieke in een milieu verblijft waar een geschikt geachte behandeling wegens het ontbreken van de medische (zie verder) structuur niet kan worden verstrekt, dreigt van de subsidiariteitseis een dode letter te maken. Wie thuis verblijft, verblijft doorgaans ook in een milieu waarin "de nodige specifieke klinische accommodatie" ontbreekt. Niet het milieu waarin de geesteszieke

verblijft is doorslaggevend om uit te maken of een geschikte behandeling ontbreekt, maar wel de aard van de beschikbare behandeling. Wanneer iemand thuis verblijft en een behandeling afwijst die gemakkelijk ambulant kan worden toegepast, kan een dwangopname gerechtvaardigd zijn. Wanneer iemand thuis verblijft en een behandeling afwijst die niet toepasbaar is in een ambulante setting, is dwangopname maar gerechtvaardigd als er geen redelijk alternatief voor die behandeling bestaat. Zie over het ontbreken van een geschikte medische behandeling ingeval van internering: Hof Mensenrechten, Aerts, 30 juli 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1720; *Adm. Publ. (T)* 1998, 223 noot O. DE SCHUTTER en S. VAN DROOGENBROECK, "Internement d'aliénés, assistance judiciaire et politique budgétaire des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Aerts de la C.E.D.H.".

B. GEESTESZIEKTE

666 De Wet bescherming persoon geesteszieke bevat nergens een definitie van geesteszieke of geestesziekte. De wetgever heeft zo'n definitie bewust achterwege gelaten (*Parl. St.* Senaat 1989-90, nr. 733/2, 12). Een definitie is niet alleen moeilijk te geven omdat de psychiatrie nog in volle evolutie is. Zij zou ook het toepassingsgebied van de wet in materieel en temporeel opzicht op een ongewenste manier kunnen verengen (F. SWENNEN, *a.w.*, 48-49).

Wel worden in het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie zgn. aanduidingen gegeven die slechts een exemplatieve betekenis hebben. Niet om het even welke geestesstoornis, die van voorbijgaande aard kan zijn, of een "eenvoudige seniliteit" maken een gedwongen opname mogelijk. De persoon dient te lijden aan "een ernstige geestesziekte". Volgens VERRYCKEN hebben de senatoren tevergeefs de draagwijdte van een zeer duidelijke tekst willen afzwakken, want de vereiste van ernstige geestesziekte vindt men niet terug in artikel 2 (M. VERRYCKEN, "De krankzinnigenwet en haar vervanging door de Wetten van 26 juni 1990 en 18 juli 1991: parlementaire voorbereiding – krachtlijnen en eerste bilan", in G. BAETEMAN (ed.), *Het nieuwe statuut van de (geestes)zieken. Wetten van 1990-1991*, Brussel, E. Story-Scientia, 1992, 24). Maar ook gingen er stemmen op om de term "geestesziekte" niet te eng te interpreteren. De verslaggever vatte de mening van de commissieleden als volgt samen: "De leden waren het erover eens dat het bepaalde in artikel 2 kan worden toegepast zodra een persoon blijk geeft van een psycho-pathologie die beantwoordt aan de door dat artikel vereiste voorwaarden, hetgeen dus eveneens kan gelden zowel voor p o s t traumatische toestanden als voor mentaal mindervaliden" (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 13). Hier wordt de deur open gezet voor een zeer ruime interpretatie van geestesziekte. Een van de senatoren heeft tijdens de plenaire behandeling van het ontwerp dan ook betreurd dat men "iets te vlug de mentaal gehandicapten, die bij definitie niet ziek zijn, onder dezelfde noemer" heeft willen brengen (*Hand.* Senaat 1989-90, 14 februari 1990, 1559).
De toepasbaarheid van de Wet bescherming persoon geesteszieke op verstandelijk gehandicapten is dan ook omstreden. Zo heeft SIMOENS kritiek op de titel van de wet omdat het begrip "geesteszieke" verstandelijk gehandicapten lijkt uit te sluiten "terwijl de wettelijke beschermingsmaatregelen ook op hen perfect toepassing kunnen vinden", hetgeen hij evenwel niet nader toelicht (D. SIMOENS, "Recente wetgeving ter bescherming van de persoon en de goederen van fysiek of mentaal gehandicapte personen", *R.W.* 1991-92, 350; zie ook: S. DE MEUTER, "De maatregelen ten aanzien van de persoon van de geesteszieke", in G. BAETEMAN, *t.a.p.*, 46).
Ook VANDERLINDEN en VERBEKE stellen zonder veel omhaal een verstandelijke handicap gelijk met een geesteziekte (P. VANDERLINDEN, noot onder Rb. Namen 6 februari 1995, *J.L.M.B.* 1996, 19; A. VERBEKE, "Nieuwe mogelijkheden voor de bescherming van gehandicapten", *Onze Alma Mater* 1992, 417). Volgens SWENNEN is de opvatting dat de Wet bescherming persoon geesteszieke van toepassing kan zijn op een verstandelijk gehandicapte de juiste. De term "geesteszieke" in de wet verwijst niet naar de medische betekenis daarvan. Het gaat om een juridisch begrip waarvan de wetgever en de rechter de inhoud kunnen bepalen (SWENNEN, *a.w.*, 50). Echter, de wetgever heeft bewust nagelaten deze inhoud te bepalen, maar "een open norm aangereikt waarvan de arts *overeenkomstig de stand van de wetenschap* moet bepalen of die op een bepaalde patiënt van toepassing is. Het gaat om een algemeen beginsel van medische deontologie", aldus dezelfde auteur (*a.w.*, 49). Ook de invulling van het begrip door de rechter wordt door hemzelf

genuanceerd (*a.w.*, 50, noot 302). Een geestesziekte kan maar aanleiding geven tot een vrijheidsberoving in de mate dat de betrokkene wegens zijn geestesziekte niet in staat is zijn gedragspatroon te bepalen. De beoordeling van dat gedragspatroon is geen medische beoordeling maar een rechterlijke. Dat maakt, aldus SWENNEN, van het begrip "geestesziekte" nog geen juridisch begrip. Toch wordt het begrip "geestesziekte" op een andere wijze gejuridiseerd, omdat in de geestesziekte "een geldige *juridische* reden (moet) liggen" die de vrijheidsberoving rechtvaardigt. Die juridische reden kan enkel zijn dat de betrokkene wegens zijn geestesziekte niet in staat is zijn gedragspatroon te bepalen. De beoordeling daarvan is een opdracht voor de rechter, aldus SWENNEN, en op die manier wordt het begrip geestesziekte gejuridiseerd wat evenwel niet wegneemt dat "de vraag naar de aanwezigheid van een geestesstoornis louter medisch kan worden beantwoord" en duidelijker nog: "het uitgangspunt voor de rechterlijke beslissing over de dwangopneming is een louter psychiatrische diagnose. Via de waarborgen van artikel 5 § 2 Wet bescherming persoon geestesziekte "controleert de rechter of de diagnose objectief en in overeenstemming met de stand van de wetenschap is gesteld" (SWENNEN, *a.w.*, 53-54). Ik begrijp het voorgaande zo dat de beantwoording van de vraag of een geestesziekte aanwezig is, medisch dient te gebeuren terwijl het aan de rechter toekomt om na te gaan of de diagnose van een geestesziekte objectief en volgens de regels van de wetenschap werd gesteld.

Terugkerend naar de toepasbaarheid van de Wet op verstandelijk gehandicapten valt niet goed in te zien hoe op grond van de geschetste redenering kan worden besloten tot de toepasbaarheid. Nu de vraag of er een geestesziekte is medisch moet worden beantwoord, lijkt het antwoord ontkennend te moeten zijn. Een verstandelijke handicap wordt meestal veroorzaakt door aangeboren of zeer vroeg verworven hersenaantastingen, m.a.w. door een organisch defect. In die zin kan medisch niet van een geestesziekte worden gesproken. Afhankelijk van de graad van zwakzinnigheid komen de psychische vermogens maar beperkt tot ontwikkeling. Ook hebben zwakzinnigen meer psychische stoornissen, bv. ernstige gedragsproblemen. Maar geestesziekte en verstandelijke handicap mogen niet zomaar op één lijn worden gesteld. Ook in de Aanbeveling 1235 (1994) van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa met betrekking tot de psychiatrie en de rechten van de mens wordt aanbevolen een onderscheid tussen beide te maken. SWENNEN wijst er terecht op dat verstandelijk gehandicapten op het vlak van de sociale zekerheid niet vallen onder psychiatrische diensten, maar onder gehandicaptenzorg (SWENNEN, *a.w.*, 51).

De schaarse rechtspraak hierover is verdeeld. Vred. Namen 16 december 1994 oordeelde "dat zwakzinnigheid noch onrijpheid noch overdreven seksuele prikkelbaarheid een geestesziekte uitmaken" (Vred. Namen 16 december 1994, *J.L.M.B.* 1996, 20). In beroep werd geoordeeld dat zwakzinnigheid wel een geestesziekte kan uitmaken (Rb. Namen 6 februari 1995, *J.L.M.B.* 1996, 19 noot P. VANDERLINDEN; zie hieromtrent ook: de commentaar van ALEXANDER die van mening is dat de noot tegen de geest van de wet ingaat. Zelf is ALEXANDER voorstander van een beslissing per individueel geval door de rechter die de voorkeur kan geven aan hetzij de bedoeling van de wetgever (toepassing van de Wet op de geesteszwakken) of aan de gebruikte terminologie (geen toepassing van de Wet op de geesteszwakken) (C. ALEXANDER, "Wet van 26 juni 1990 betreffende de Bescherming van de Persoon van de Geesteszieke. Rechtspraakoverzicht (1990-97)", *T. Gez.* 1999-2000, 23). Zie voor een rechterlijke beoordeling per geval eveneens: M. VERRYCKEN, "De vrederechter en de geesteszieke", in G. BAETEMAN, *De Vrederechter en het gerechtelijk recht*, Brussel, Story-Scientia, 1992, 144; zie voor niet gepubliceerde rechtspraak: SWENNEN, *a.w.*, 50).

Krachtens de vroegere wetgeving kwam enkel de persoon die leed aan een geestesstoornis in aanmerking voor gedwongen opname. Dit volgde uit artikel 8 M.B. 25 augustus 1885 dat het model van medisch certificaat vaststelde. In dat certificaat diende de arts te bevestigen dat de persoon "aangedaan is van geestesstoornis" (S. BOVIN e.a., *De psychiatrische patiënt*, 1982, Antwerpen, Van Loghum Slaterus, 110; zie over de vroegere wetgeving ook: F. SWENNEN, *a.w.*, 50). Bij de bespreking van het uit 1969 daterende wetsontwerp (*Parl. St.* Senaat 1968-69, nr. 253) in de senaatscommissie werd de gezondheidstoestand die aanleiding zou kunnen geven tot een gedwongen opname ook nog veel enger opgevat. "Zieken als congenitale zwakzinnigen of seniele geesteszwakken die geen bijzondere verzorging behoeven, maar vooral in een instelling moeten worden opgenomen" zouden niet voor een gedwongen opname in aanmerking kunnen komen (*Parl. St.* Senaat B.Z. 1974, nr. 292/2, 2). In dit licht is de ruime interpretatie die zonder enige motivering in 1989 is aanvaard, wat bevreemdend.

Hoe ruim "geestesziekte" ook wordt begrepen, een somatische ziekte, inclusief een seksueel

overdraagbare ziekte of een besmettelijke ziekte, kan als zodanig niet leiden tot een gedwongen opname (*Hand.* Senaat 1989-90, 14 februari 1990, 1555-1556).

667 Met de overweging dat een persoon door zijn herhaald drankmisbruik een kennelijke bedreiging vormt voor anderen zowel als voor zichzelf, stelt de rechter geen geestesziekte vast (Cass. 22 oktober 1998, *Arr. Cass.* 1998, 989; *Pas.* 1998, I, 1056; *R.W.* 1998-99, 1385 met noot F. SWENNEN, "Kan alcoholisme een geestesziekte zijn die tot dwangopname leidt?"; *J.L.M.B.* 1998, 1709).

In het vermelde arrest doet het Hof van Cassatie geen uitspraak over de vraag of alcoholisme een geestesziekte is in de zin van artikel 2 Wet bescherming persoon geesteszieke. De feitenrechter had een voorwaarde van artikel 2 van deze wet niet toegepast door niet vast te stellen of eiser tot cassatie ja dan neen geestesziek was. Hij gaf geen invulling van het begrip "geestesziek", zodat het Hof van Cassatie niet toekwam aan de vraag of die invulling juridisch juist was (SWENNEN, *t.a.p.*, 1386).

668 De vraag of alcoholisme en andere vormen van middelengebruik (zie: F. SWENNEN, *a.w.*, 58 e.v.) een geestesziekte uitmaken kan niet in haar algemeenheid worden beantwoord (G. DE LEVAL, "Jurisprudence relative à la protection de la personne des malades mentaux (Loi du 26 juin 1990)", *J.L.M.B.* 1992, 1486; F. SWENNEN, *a.w.*, 60). Of alcoholisme of toxicomanie een geestesziekte uitmaken, zal moeten worden beoordeeld in functie van de omstandigheden van het geval, waarbij doorslaggevend zal zijn het al dan niet samengaan van het misbruik met een geestesziekte en de kenmerken daarvan zoals het chronisch karakter, de leeftijd van de betrokkene, de frequentie en de ernst (C. ALEXANDER en S. GUTWIRTH, "De dwangopname van geesteszieken in evolutief perspectief", in *Te gek voor recht?*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 60 en de aangehaalde literatuur; zie ook: C. ALEXANDER, "Wet van 26 juni 1990 betreffende de Bescherming van de Persoon van de Geesteszieke. Rechtspraakoverzicht (1990-1997)", *t.a.p.*, 22). Samenvattend schrijft SWENNEN dat middelengebruik een geestesziekte kan zijn als de oorzaken of gevolgen ervan psychiatrische stoornissen uitmaken, met uitsluiting van stoornissen in het gebruik van het middel (F. SWENNEN, *Geestesgestoorden*, *a.w.*, 61) en "alcoholgebruik is een geestesziekte voorzover aan de essentiële kenmerken van een geestesziekte is voldaan" (SWENNEN, "Kan alcoholisme een geestesziekte zijn die tot dwangopname leidt?", *t.a.p.*, 1388).

Een drugsverslaafde die aan een besmettelijke ziekte en een ernstig nierprobleem lijdt, zonder daarom psychisch gestoord te zijn, kan niet als geesteszieke worden beschouwd, zelfs als hij elke geneeskundige behandeling weigert en die weigering voor hem fataal kan zijn (Vred. Jumet 9 mei 2000, *Act. dr.* 2000, 511, noot P. MOREAU; *R.R.D.* 2000, 334; *T.B.B.R.* 2000, 462). Een alcoholist die gevaarlijk gedrag vertoont, kan slechts worden opgenomen ter observatie als zijn geestelijke vermogens achteruitgegaan zijn (Vred. Jumet 13 april 1999, *Act. dr.* 2000, 519 noot P. MOREAU; *T.B.B.R.* 2000, 463). Een loutere alcoholverslaving, weze het met een reëel gevaar voor suïcidaliteit en recidiverende depressieve periodes, is op zichzelf geen geestesziekte en kan dan ook geen aanleiding geven tot de toepassing van de Wet bescherming persoon geesteszieke (Rb. Brugge 10 september 1999, *T.W.V.R.* 1999, 62).

669 Hoge leeftijd, al dan niet gepaard gaande met seniliteit is geen geestesziekte in de zin van artikel 2 Wet bescherming persoon geesteszieke.

Wat hoge leeftijd betreft, staat dit buiten discussie (C. ALEXANDER, "Wet van 26 juni 1990 betreffende de Wet Bescherming van de Persoon van de Geesteszieke. Rechtspraakoverzicht (1990-97)", *t.a.p.*, 21). Wat seniliteit aangaat werd in de Senaatscommissie opgemerkt dat de term "geestesziekte" niet is bedoeld voor personen die lijden aan een eenvoudige seniliteit" (*Parl. St.* Senaat 1989-90, nr. 733/2, 12). In één van de eerste commentaren op deze wet was VERRYCKEN van oordeel dat seniliteit in aanmerking kan worden genomen als een geestesziekte (M. VERRYCKEN, "De Krankzinnigenwet en haar vervanging door de wetten van 26 juni 1990 en 18 juli 1991: parlementaire voorbereiding – krachtlijnen en eerste bilan", *t.a.p.*, 24). In een opmerkelijk vonnis heeft deze auteur maar dan wel in de hoedanigheid van vrederechter, er voor gewaarschuwd "het etiket paranoia en seniele dementie" niet te snel te plakken op ouderen wanneer die eens een keer verward of vergeetachtig zijn: "onze egoïstische en individualistische maatschappij moet leren omgaan met ouderdomsverschijnselen, eerder dan een segregatie van ouderen te benaarstigen" (Vred. Borgerhout 16 februari 1995, *T. Gez.* 1996-97, 286, noot F. SWENNEN). Andere voorbeelden waaruit een tolerante houding blijkt t.o.v. ouderen zijn: Vred. Fosses-la-Ville 13 december 1991, *R.R.D.* 1992, 64, noot V. LOUANT; *J.L.M.B.* 1992, 738, noot C. DAUBANTON; Vred. Anderlecht 31 januari 1992, *T. Vred.* 1992, 77; Vred. Anderlecht 6 februari 1992, *T. Vred.* 1992, 77; Vred. Charleroi 5 maart 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1712). Zie ook de opvatting van: M. DE CLERCK, "Le bilan de deux ans d'application de la loi", in G. BENOIT e.a., *Malades mentaux et incapables majeurs*, Brussel, Publications FUSAL, 1994, 176-177: deze psychiater is van oordeel dat dementie op zich geen geestesziekte is. Of seniliteit een geestesziekte is kan, zoals voor alcoholisme en toxicomanie niet in het algemeen met ja of neen worden beantwoord. Seniele dementie komt als geestesziekte in aanmerking als zij psycho-pathologische functionele stoornissen in het denkvermogen, geheugen, realiteitsperceptie enz. tot gevolg heeft (F. SWENNEN, *a.w.*, 64).

670 Tijdens de bespreking van het ontwerp in de Senaatscommissie werd een voorstel om in de wet als criterium voor het bepalen van geestesziek(t)e op te nemen de onbekwaamheid om zelfstandig te oordelen, afgewezen. Dit gebeurde op grond van de ongenuanceerde aanname dat "deze specificatie die inherent is aan de toestand van een geesteszieke" niets zou bijbrengen.

Het gebrek aan nuance zit hier in dat zonder meer wordt aangenomen dat geen enkele geesteszieke nog tot een zelfstandig oordeel over om het even wat in staat zou zijn (*Parl. St.* Senaat 1989-90, nr. 733/2, 12. Zie ook p. 18 waar de vraag wordt gesteld of aan de instemming gegeven door een geesteszieke wel enige waarde kan worden gehecht. Een lid verzette zich tegen het voorstel omdat het feit dat iemand instemming weigert wel eens als een teken van zelfstandig beoordelingsvermogen zou kunnen worden uitgelegd (i.v.m. de juridische en feitelijke bekwaamheid van onder dwang opgenomen geesteszieken, zie verder, nr. 782-783).
Het feit dat een persoon zich bevindt in een toestand zoals bepaald in artikel 2 betekent niet noodzakelijk dat hij zich in staat van krankzinnigheid bevindt (Cass. 25 maart 2003, P020658N, *onuitg.*).

671 Artikel 2, tweede lid van de wet bevat een negatieve omschrijving van geestesziekte. De onaangepastheid aan de zedelijke, maatschappelijke, religieuze, politieke of andere waarden mag op zichzelf niet als een geestesziekte worden beschouwd (Vred. Tienen 14 mei 1998, *T. Gez.* 1999-2000, 363).

Deze bepaling, die afkomstig is uit de Aanbeveling R (83)2 van het Ministercomité van de Raad van Europa betreffende de rechtsbescherming van gedwongen opgenomen geesteszieken (zie hierover: S. OSCHINSKY en M. DUPONT, "Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la médecine – Adoption d'une recommandation sur la protection juridique des personnes atteintes de troubles mentaux et placées comme patients involontaires", *J.T.* 1983, 457) bevat weliswaar een waardevolle richtingaanwijzing, maar roept tegelijk ook vragen op. Welke andere waarden worden beoogd? Aan gezondheid wordt tegenwoordig een groot belang of waarde gehecht. Wie dat niet doet kan om die reden niet als geestesziek worden beschouwd. Weigering van behandeling zou als zodanig geen aanleiding kunnen geven tot gedwongen opname. Bevreemdend

in een wettekst is de uitdrukking "op zichzelf". Dit kondigt een ongeschreven uitzondering aan in deze zin dat onaangepastheid in combinatie met andere, niet nader genoemde elementen, wel als een geestesziekte zou kunnen worden beschouwd. Dat dreigt artikrl 2, tweede lid uit te hollen. Zie ook: F. SWENNEN, *a.w.*, 56. Uit de schadelijke gevolgen van een onaangepast gedrag zou een feitelijk vermoeden kunnen worden geput dat dit gedrag een uiting is van een geestesziekte. Als geen bijkomend bewijs wordt geleverd dat de oorzaak van dat gedrag een geestesziekte is, kan de Wet bescherming persoon geestesziekte geen toepassing vinden.

672 Uit artikel 43 Wet Jeugdbescherming zoals gewijzigd door artikel 38 § 2 Wet bescherming persoon geesteszieke blijkt uitdrukkelijk dat ook jegens een minderjarige een beschermingsmaatregel op grond van laatst genoemde wet kan worden getroffen (zie hierover: K. HERBOTS, "De bescherming van de persoon van de minderjarige geesteszieke en de jeugdbescherming", in P. SENAEVE, *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, 83-135).

C. TOESTAND VAN DE ZIEKE

673 Een eerste vraag die hier kan worden gesteld betreft de betekenis van "toestand". Wordt hier de mentale toestand van de geesteszieke bedoeld of kan ook een fysieke toestand, bv. verregaande vormen van zelfverwaarlozing, onhygiënisch gedrag enz. worden aangegrepen om de noodzaak (of eventueel slechts het nut – zie verder, nr. 674) van een gedwongen opname te rechtvaardigen?

Het antwoord op deze vraag is niet duidelijk. Uit een tussenkomst tijdens de bespreking in de Senaat kan men afleiden dat hier de geestelijke toestand is bedoeld. "La notion de l'état se comprend de la manière suivante: il s'agit de l'état de santé mentale qui, exclusivement, peut justifier la privation" (*Hand.* Senaat 14 februari 1990, 1550; zie ook: *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 13, waar sprake is van een "erge mentale toestand"). In dezelfde zin: F. SWENNEN, *a.w.*, 83: "de fysieke toestand van de patiënt rechvaardigt als oorzaak van gevaar geen dwangopname, zelfs al is de betrokkene ook geestesziek".

674 Een volgende vraag is hoe "vereist" moet worden uitgelegd. Dient de toestand waarin de geesteszieke verkeert, de gedwongen opname noodzakelijk te maken of volstaat het dat die maatregel nuttig is of zelfs maar kan zijn?

In het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie werd genoteerd dat "de beschermingsmaatregelen mogen worden getroffen indien ze voor de zieke nuttig zijn op het ogenblik dat de maatregelen worden overwogen" (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 13). Ook hier werd aldus gekozen voor een ruime interpretatie, hoewel "vereist" op het eerste gezicht de noodzakelijkheid lijkt te impliceren. Ook volgens SWENNEN is geen noodzakelijkheid vereist. Een "zeker nut" volstaat (F. SWENNEN, *a.w.*, 83).

D. ERNSTIG GEVAAR VOOR EIGEN GEZONDHEID EN VEILIGHEID

675 Een beschermingsmaatregel kan worden getroffen t.a.v. een geesteszieke, indien zijn toestand zulks vereist, omdat hij zijn gezondheid en zijn veiligheid ernstig in gevaar brengt.

De wet vereist dat zowel de gezondheid als de veiligheid op ernstige wijze in gevaar worden gebracht. Een ernstig gevaar voor de eigen gezondheid volstaat dus niet. Dit werd tijdens de

bespreking van het ontwerp wel eens voorgesteld maar niet aanvaard. Dit zou, zo meende men, kunnen leiden tot misbruiken t.a.v. personen die enkel symptomen vertonen eigen aan een hoge leeftijd. De toevoeging van veiligheid wordt als een bijkomende bescherming voorgesteld hoewel werd toegegeven dat "bij geesteszieken (zullen) beide aspecten mekaar van zeer nabij benaderen" (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 13-14; zie ook: F. SWENNEN, *a.w.*, 71 voor wie de term veiligheid "op zich weinig betekenis heeft"). Of gezondheid en veiligheid samenvallen, hangt af van de definitie die aan gezondheid wordt gegeven. Wanneer men niet alleen de fysieke en psychische, maar ook de sociale gezondheid daaronder begrijpt, dan kan de voorwaarde dat ook de veiligheid in gevaar dient te zijn, een beperkende werking hebben (van een verkwister zou men kunnen zeggen dat hij zijn "sociale" gezondheid in gevaar brengt, maar niet noodzakelijk zijn veiligheid). Hoe enger gezondheid wordt opgevat, hoe meer het kan samenvallen met veiligheid. Van iemand die zijn fysieke gezondheid in gevaar brengt, zal men inderdaad kunnen aannemen dat hij tevens zijn veiligheid bloot stelt. Het omgekeerde is minder vanzelfsprekend. Wie zijn veiligheid op het spel zet, bv. bij riskante sportbeoefening, brengt niet noodzakelijk zijn gezondheid in gevaar. Wel integendeel, zou men kunnen beweren. Bij een vroeger ontwerp werd in de Toelichting uitdrukkelijk gesteld dat gezondheid in een beperkte zin diende te worden begrepen (S. BOVIN, *a.w.*, 208). Maar tijdens de parlementaire besprekingen die de goedkeuring van de definitieve tekst vooraf gingen, is daarover niets gezegd. Er blijft dus ruimte voor interpretatie.

676 Een moeilijk te beantwoorden vraag betreft de relatie die er moet bestaan tussen de geestesziekte waaraan iemand lijdt, de toestand waarin hij zich bevindt en het ernstig gevaar dat zijn gezondheid en zijn veiligheid loopt. Dient er tussen deze drie elementen een causaal verband te bestaan in deze zin dat de geestesziekte de patiënt in een toestand brengt waardoor een beschermingsmaatregel zich opdringt of minstens nuttig is omdat deze geestesziekte (of de toestand die daar het gevolg van is) een ernstig gevaar vormt voor de gezondheid en de veiligheid van de betrokkene? Of volstaat een veel losser verband in deze zin dat deze drie elementen er afzonderlijk moeten zijn zonder dat nochtans een oorzakelijk verband vereist is tussen de geestesziekte en het gevaar?

Naargelang men de eerste of de laatste interpretatie volgt, verengt of verruimt men de toepassingsmogelijkheid van de gedwongen opname. In het eerste geval is gedwongen opname, eenvoudig uitgedrukt, maar mogelijk als de geestesziekte het gevaar veroorzaakt. SWENNEN ziet drie argumenten om de vraag naar de causaliteit positief te beantwoorden. Ten eerste blijkt uit artikel 2 Wet bescherming persoon geesteszieke duidelijk een taalkundige samenhang tussen de geestesziekte en het gevaar. Ten tweede blijkt uit de parlementaire voorbereiding een causaal verband, waar gesteld wordt dat "die toestand een ernstige en rechtstreekse bedreiging moet betekenen". Ten derde vormt de causaliteitseis de kern van de rechtvaardiging van de dwangopneming. Noch de geestesziekte noch het gevaar op zich volstaan daarvoor (F. SWENNEN, *a.w.*, 80-81; zie voor voorbeelden uit de rechtspraak: 82, noot 556). Deze auteur voegt er nog aan toe dat "een onrechtstreeks causaal verband" volstaat. Het zou onzinnig zijn een rechtstreeks causaal verband te eisen (*a.w.*, 82). In de parlementaire voorbereiding kan men nochtans ook verklaringen vinden die de vraag naar de causaliteit negatief beantwoorden. Tijdens de bespreking in de Senaatscommissie werd gesteld dat "ernstige geesteszieken hun leven in gevaar brengen wanneer ze zonder behandeling worden gelaten; het moet dus mogelijk zijn op te treden" (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 13). Dit lijkt er op te wijzen dat het volstaat dat een geesteszieke zijn gezondheid in gevaar brengt, zonder dat moet worden aangetoond dat dit het gevolg is van de geestesziekte. Als deze interpretatie juist is, bevat de wet niet enkel het zgn. gevaarscriterium als reden voor een gedwongen opname, maar ook het zgn. bestwilcriterium. Anders: SWENNEN volgens wie het onjuist is dat het bestwilcriterium onverenigbaar zou zijn met de causaliteitseis. Hiertegen kan worden ingebracht dat zo er ook in het bestwilcriterium causaliteit vereist zou zijn, dan toch niet, zoals bij het gevaarscriterium tussen de geestesziekte en het gevaar, maar tussen de geestesziekte en het niet kunnen onderkennen van het eigen (gezondheids)belang. Het gevaarscriterium houdt in dat ge-

dwongen opname maar mogelijk is wanneer de geesteszieke ten gevolge van zijn geestesziekte het gevaar schept. Het bestwilcriterium is ruimer: gedwongen opname is mogelijk wanneer het gezondheidsbelang van de geesteszieke dat rechtvaardigt, omdat hij dat belang t.g.v. zijn gezondheidstoestand niet zelf dient, zelfs al schept hij daardoor geen gevaar. In het oorspronkelijke wetsontwerp was het bestwilcriterium ("in zijn eigen belang") uitdrukkelijk opgenomen (*Parl. St.* Senaat 1968-69, 253, art. 1, a.). Men heeft de indruk dat die opvatting is blijven doorwerken in de uiteindelijke wettekst toe (zie daarover ook: S. BOVIN, *a.w.*, 208). Volgens ALEXANDER en GUTWIRTH klopt de door mij gemaakt redenering "uiteraard *in abstracto*" maar zou ik er onvoldoende oog voor hebben dat de psychiater precies argumenteert dat de wilsuiting zelf van de geesteszieke ondergraven is door de ziekte. Zo wil de geesteszieke zich o.m. niet laten behandelen omdat hij onbekwaam is t.g.v. zijn ziekte en precies doordat zijn ziekte onbehandeld blijft, loopt hij gevaar (C. ALEXANDER en S. GUTWIRTH, "De dwangopname van geesteszieken in evolutief perspectief", *t.a.p.*, 65, noot 120).

E. ERNSTIGE BEDREIGING VOOR ANDERMANS LEVEN OF INTEGRITEIT

677 Indien de zojuist besproken indicatie niet aanwezig is moet de geesteszieke een ernstige bedreiging vormen voor het leven of de integriteit van een ander.

De Nederlandse tekst spreekt over "andermans leven of integriteit". Dat kan de indruk wekken dat ook de ernstige bedreiging voor de integriteit van goederen of dieren in aanmerking mag worden genomen. In de Senaat werd die vraag gesteld en positief beantwoord: "Je pense que la notion d'intégrité peut, en effet, impliquer la protection des biens, selon naturellement la valeur de ceux-ci" (*Hand.* Senaat 14 februari 1990, 1556). Maar de Franse tekst spreekt deze interpretatie tegen. Daarin is sprake van "une menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui". Zie in deze zin ook: F. SWENNEN, *a.w.*, 101.

678 De wetgever heeft bewust integriteit verkozen boven (openbare) veiligheid (van anderen). De veiligheid van anderen zou tot een te ruime toepassing van de wet kunnen leiden. Integriteit wordt een restrictiever begrip genoemd dan veiligheid en openbare orde (*Parl. St.* Senaat 1988 89, nr. 733/2, 14).

Deze mening werd niet door iedereen gedeeld. Een amendement om "integriteit" als vaag en subjectief begrip te schrappen, werd verworpen (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1098/2). Daar komt bij dat "integriteit" volgens de Minister van Justitie ruim mag worden uitgelegd. "Het begrip integriteit is ruimer dan de bescherming van het leven en kan bv. ook verwijzen naar een bedreiging van psychologische aard" (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1098/4, 8).
Op die manier dreigt deze indicatie ruimer te worden dan de vorige (zie boven, nr. 675). Toch lag het in de bedoeling om de gedwongen opname omwille van een bedreiging van anderen aan strengere regels te onderwerpen dan deze op grond van een indicatie in hoofde van de betrokkene zelf. "T.a.v. de zieke kan aan de begrippen een ruimere interpretatie worden gegeven, terwijl de tekst restrictiever is wanneer de vrijheidsberoving niet kan worden verantwoord door de persoon van de zieke zelf" (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 14). Daar komt nog bij dat in hoofde van anderen een ernstige bedreiging volstaat zodat preventief optreden mogelijk is (zie: S. BOVIN, *a.w.*, 209), terwijl in hoofde van de geesteszieke zelf een ernstig gevaar moet bestaan. Ook in dit opzicht lijkt de tweede indicatie ruimer dan de eerste. Temeer omdat de bedreiging niet moet zijn tot uiting gekomen in materiële gedragingen (*ibid.* en *Hand.* Senaat 14 februari 1990, 1556). Een bedreiging kan van psychologische aard zijn (in die zin ook: F. SWENNEN, *a.w.*, 77). Alles bij elkaar kan deze tweede indicatie tot een zeer ruime en moeilijk beheersbare toepassing leiden. Een ernstige bedreiging, zgn. van psychologische aard t.a.v. de psychische integriteit opent de deur voor misbruiken van de gedwongen opname.

679 Tijdens de bespreking in de Senaatscommissie is opgemerkt dat het gevaar actueel én potentieel dient te zijn (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 13). Een potentieel gevaar volstaat op zich niet (Rb. Charleroi 17 september 1992, *J.T.* 1993, 206). Volgens SWENNEN kan dit niet op voorhand als regel worden geponeerd. De rechter zal in feite moeten oordelen dat de kans op gevaar voldoende reëel is (F. SWENNEN, *a.w.*, 67-68). M.i. betekent dit: oordelen dat het gevaar niet louter potentieel is.

680 De ernstige bedreiging moet niet betrekking hebben op het leven of de integriteit van één welbepaalde identificeerbare persoon. Maar anderzijds volstaat de bedreiging t.a.v. een niet nader te omschrijven groep of collectiviteit niet. De wet bedoelt een of meerdere, bepaalde personen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 15). De wettekst sluit hoe dan ook uit dat een bedreiging tegen de veiligheid van de staat in aanmerking zou komen (zie ook: F. SWENNEN, *a.w.*, 76 en Vred. Gent 11 december 1997, *T. Gez.* 1999-2000, 229).

De omstandigheid dat de geesteszieke in een gevangenis verblijft, doet geen afbreuk aan het feit dat hij, in vrijheid, een bedreiging vormt voor andermans leven of integriteit (Rb. Gent 31 oktober 1991, *T.B.B.R.* 1993, noot P. HOFSTRÖSSLER).

§ 3. Opneming ter observatie

681 De Wet bescherming persoon geesteszieke onderscheidt de behandeling in een ziekenhuis in twee fasen, nl. de opneming ter observatie enerzijds en het verder verblijf anderzijds. Iedere fase is onderworpen aan een eigen procedure, hoewel deze in beide gevallen veel gemeenschappelijke kenmerken vertoont.

A. PROCEDURE LEIDEND TOT OPNEMING TER OBSERVATIE

682 De opneming ter observatie in een psychiatrische dienst kan worden gelast bij rechterlijke beslissing (art. 4). Daarbij dienen regels in acht te worden genomen die verschillen naargelang de opneming ter observatie al dan niet spoedeisend is (zie ook: J. LAENENS, "Procesrechtelijke aspecten inzake bescherming van de persoon van de geesteszieke en inzake voorlopig bewind", in P. SENAEVE, *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, 137-155).

1. Algemene bepalingen (niet-spoedeisende opneming)

a. Verzoekschrift

683 De opneming ter observatie in een psychiatrische dienst kan, behoudens in een spoedeisend geval (zie verder, nr. 715) enkel op verzoek van een belanghebbende worden bevolen.

De vroegere Krankzinnigenwet daarentegen maakte een onderscheid tussen de plaatsing (meestal collocatie genoemd) in een krankzinnigengesticht op verzoek van private personen of van de plaatselijke overheid (art. 7, eerste lid, 2 en 5 Krankzinnigenwet) en krachtens een besluit tot plaatsing genomen door de bevoegde plaatselijke overheid of van de bestendige deputatie (art. 7, derde lid en 6). Omdat in de eerst genoemde gevallen de plaatsing op verzoek gebeurde werd die ook wel eens, ten onrechte, vrijwillige plaatsing genoemd en de andere ambtshalve plaatsing (zie hierover: J. GILLARDIN, "La protection de la personne des malades mentaux", *Journ. proc.* 1990, afl. 169, 8).

684 Het verzoekschrift moet worden ingediend bij de vrederechter van de plaats waar de zieke wordt verzorgd of geplaatst is, of bij gebreke daarvan, de rechter van de plaats waar de zieke zich bevindt (art. 627, 6° Ger. W., gewijzigd door art. 57 Wet 6 augustus 1993 houdende sociale en diverse bepalingen, *B.S.* 9 augustus 1993). In laatst genoemd geval betreft het de plaats waar de geesteszieke zich daadwerkelijk bevindt. Bij gebrek aan informatie daarover moet de zaak worden doorverwezen naar de vrederechter van de woonplaats van de zieke (Vred. Roeselare 14 maart 2000, *R.W.* 2000-01, 634).

Voor een zieke met een verblijf- of woonplaats in het gerechtelijk arrondissement Eupen, is de vrederechter van de verblijfplaats en bij gebrek hiervan van de woonplaats bevoegd (Wet van 8 januari 2004 tot wijziging van art. 627, 6° Ger. W., *B.S.* 6 februari 2004; "Arrondissement Eupen: bevoegdheid vrederechter voor geesteszieke", *N.J.W.* 2004, 424).

Het eerste lid van artikel 5 § 1 Wet bescherming persoon geesteszieke luidde aanvankelijk als volgt: "Met het oog op een opneming ter observatie kan iedere belanghebbende een verzoekschrift indienen bij de vrederechter van de woon- of verblijfplaats van de zieke, of bij gebreke daarvan, bij de vrederechter van de plaats waar de zieke zich bevindt." Deze criteria om de territoriale bevoegdheid van de vrederechter te bepalen bleken op verschillende wijzen te worden geïnterpreteerd en toegepast in de rechtspraak. Dit had voor gevolg dat een patiënt niet steeds de zekerheid had door dezelfde magistraat te worden beoordeeld in de loop van de procedure. De Regering was van oordeel dat het tot stand brengen van een bevoorrechte relatie tussen de zieke en een gespecialiseerde rechter een eerste vereiste vormde voor een goede toepassing van de wet (*Parl. St.* Kamer 1992-93, nr. 1040/1, 23). Art. 58 van de Wet van 6 augustus 1993 heeft iedere verwijzing naar bevoegdheidscriteria in art. 5 § 1 Wet bescherming persoon geesteszieke weggelaten.
Artikel 627, 6° Ger. W. geeft de voorkeur aan de vrederechter van de plaats van de instelling waar de zieke zich bevindt. Op die manier, aldus de regering, worden én de specialisatie van de vrederechter én de vereiste van een constante verhouding tussen de zieke en zijn rechter gewaarborgd (*Parl. St.* Kamer 1992-93, nr. 1040/1, 23). Deze oplossing is ook bedoeld om te lange verplaatsingen voor de kantonale magistraten te vermijden. Ook worden interpretaties van het begrip verblijfplaats die kunnen verschillen, vermeden.
Het bleef evenwel noodzakelijk nog in een subsidiair bevoegdheidscriterium te voorzien voor de gevallen dat de patiënt nog niet het voorwerp uitmaakte van een beschermingsmaatregel of op eigen initiatief in een instelling verblijft. Dat subsidiair criterium is de plaats waar de zieke zich bevindt, namelijk zijn woonplaats of verblijfplaats of elke andere plaats (*Parl. St.* Kamer, 1992-93, nr. 101/1, 24).
Volgens het Arbitragehof kon de wetgever er legitiem van uitgaan dat het belang van de zieke beter was gediend door de belangrijke rol die een vrederechter dient te spelen in de diverse etappes van de procedure van de behandeling in een ziekenhuis met betrekking tot de opneming ter observatie, het verdere verblijf, de nazorg, de overbrenging naar een andere dienst, het einde van het verblijf of de herziening, in de meeste in de praktijk voorkomende gevallen, dat wil zeggen de gevallen waarin de zieken reeds verzorgd worden of geplaatst zijn, aan een enkele rechter toe te vertrouwen die vanuit de praktijk bekend zijn met de feitelijke vragen en rechtsvragen in verband met de geesteszieke (Arbitragehof, nr. 47/94, 16 juni 1994, *B.S.* 6 juli 1994).

Op straffe van nietigheid moet het verzoekschrift een aantal vermeldingen bevatten waaronder de naam en voornaam van de zieke en ondertekend zijn door de verzoeker of zijn advocaat (art. 5

§ 1). Hieruit blijkt dat een mondeling verzoek "schrift" niet mogelijk is (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 24). Voorts dient het verzoekschrift, zo mogelijk, nog bijkomende informatie over de zieke te verschaffen (art. 5 § 1, laatste lid).

685 Het verzoekschrift kan uitgaan van iedere belanghebbende (art. 5 § 1, eerste lid).

Onder een belanghebbende verstaat men degene die belang heeft bij de opneming, met uitsluiting evenwel van diegene wiens verzoek is ingegeven door een uitsluitend financieel belang, en ruimer, door louter materiële overwegingen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 23 en 24). Ook het Openbaar Ministerie kan als een belanghebbende worden beschouwd (G. DE LEVAL, *t.a.p.*, 1489). Het oorspronkelijke ontwerp bevatte een opsomming van personen die bevoegd waren een verzoekschrift in te dienen (zie hierover: S. BOVIN, *a.w.*, 212). Daarvan is men afgestapt omdat de procedure voldoende waarborgen zou inhouden opdat elk misbruik zou kunnen worden geweerd. Zo moet in het verzoekschrift de graad van verwantschap of de aard van de betrekkingen tussen de verzoeker en de zieke worden aangegeven. Daaruit zal het rechtmatig belang kunnen worden afgeleid (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 33).
Ook de behandelend arts van de zieke zelf kan een verzoekschrift indienen bij de vrederechter. In dat geval zal het omstandig medische verslag niet door deze arts kunnen worden opgesteld (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 24). Dit volgt uit art. 5 § 2 *in fine*: het omstandig medisch verslag mag niet worden opgesteld door een arts die bloed- of aanverwant is met de verzoeker. *A fortiori* geldt die onverenigbaarheid wanneer arts en verzoeker één en dezelfde persoon zijn.
Ook de zieke zelf kan als belanghebbende een verzoekschrift indienen, zoals ook zijn werkgever, de werkvrouw enz. (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 33). In een omzendbrief van de Minister van Buitenlandse Zaken betreffende de harmonisering van de Nieuwe Gemeentewet met de Wet bescherming persoon geesteszieke, aan de provinciegouverneurs, wordt gesteld dat het college van burgemeester en schepenen zich "in feite in de situatie van 'elke belanghebbende' bevindt die, inzonderheid in spoedeisende gevallen, schriftelijk kan verzoeken om de opneming ter observatie van een geesteszieke die 'hinderlijke voorvallen' kan veroorzaken in de zin van het eerste lid van artikel 129 van de Nieuwe Gemeentewet" (*B.S.* 22 juni 1996). Het is de vraag of dergelijke "hinderlijke voorvallen" beantwoorden aan het gevaar of de bedreiging vereist door artikel 2 Wet bescherming persoon geesteszieke.

b. Omstandig geneeskundig verslag

686 Op straffe van niet-ontvankelijkheid van de vordering moet hieraan een geneeskundig verslag worden toegevoegd (art. 5 § 2). Een tweede omstandig geneeskundig verslag dat dateert van na de indiening van het verzoekschrift voldoet niet aan artikel 5 § 2 (Rb. Hasselt 30 juni 2003, *Limb. Rechtsl.* 2004, 41). Het verslag moet aan de volgende kenmerken beantwoorden.

687 Het dient te gaan om een werkelijk verslag, en geen verklaring, getuigschrift of attest. Een medisch attest tot opname waarin geen enkele beschrijving of toelichting wordt gegeven over de beweerde geestesziekte, waaraan de betrokkene zou lijden ingevolge zijn druggebruik, moet als waardeloos worden beschouwd (Vred. Menen 12 augustus 1997, *T. Gez.* 1999-2000, 362). Vanzelfsprekend is een geschrift vereist.

Tijdens de bespreking van het ontwerp in de bevoegde Senaatscommissie vroegen sommige leden zich af of een verslag niet "te veeleisend" zou zijn. Dit verslag mag namelijk door om het even welke arts worden opgesteld (zie verder, nr. 691) zodat er mee rekening dient te worden gehouden dat ook aan minder gespecialiseerde artsen zal worden gevraagd een verslag op te stellen om te worden gevoegd bij het verzoekschrift. De meerderheid wenste evenwel de uitdrukking "verslag" te behouden (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 34).

688 Het verslag dient omstandig te zijn.

Daarmee wordt bedoeld dat het verslag in detail de toestand van de zieke en de noodzaak van de opneming dient te beschrijven. Er moet absoluut vermeden worden dat de verklaring alleen routineuse elementen bevat die niet-persoonlijk zijn voor de zieke en te algemeen t.a.v. de samenleving (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 25). Het begrip "omstandig" dient in zijn normale betekenis te worden geïnterpreteerd en vereist dat op een leesbare wijze breedvoerig en daardoor volledig en nauwkeurig uitleg wordt verstrekt (Vred. Hasselt 20 januari 1994, *T. Gez.* 1998-99, 397). Vele vorderingen werden volgens BENOIT niet-ontvankelijk verklaard omdat het verslag onleesbaar of summier was opgesteld (G. BENOIT, "Chronique de jurisprudence (inédit)", in G. BENOIT e.a., *Malades mentaux et incapables majeurs*, Brussel, Publications FUSAL, 1994, 506). Volgens dezelfde auteur vertoont de meerderheid van de verslagen, buiten hun onleesbaarheid, een gebrek aan nauwkeurigheid, verwijzen ze naar één enkel symptoom van de geesteszieke en vervallen ze in onbenullige en redundante algemeenheden (G. BENOIT, "Psychiatrie en recht", in *Te Gek voor Recht?*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 114).

689 De Wet bescherming persoon geesteszieke bevat geen nadere bepalingen in verband met het medisch onderzoek voorafgaand aan het opstellen van het omstandig medisch verslag. De Patiëntenrechtenwet is van toepassing op dit medisch onderzoek. Deze wet beschouwt eveneens als patiënt "de natuurlijke persoon aan wie gezondheidszorg wordt verstrekt, (...) niet op eigen verzoek" (art. 2, 1°). Onder "gezondheidszorg" wordt verstaan "diensten verstrekt door een beroepsbeoefenaar met het oog op het vaststellen (...) van de gezondheidstoestand van een patiënt" (art. 2, 2°). De geesteszieke die aan een medisch onderzoek wordt onderworpen met het oog op het opmaken van een omstandig medisch verslag, ook al wordt dit onderzoek niet op zijn verzoek uitgevoerd maar op verzoek van de belanghebbende is dus te beschouwen als een patiënt. Op grond van artikel 4 Patiëntenrechtenwet dient de arts die het medisch onderzoek verricht, de bepalingen van deze wet na te leven. Onjuist is de opvatting dat geen enkele wettelijke bepaling stipuleert dat het onderzoek met kennis en medewerking van de betrokkene dient te gebeuren (Vred. Sint-Truiden 12 januari 1999, *R.W.* 1999-2000, 125 weliswaar i.v.m. de bescherming van de goederen).

690 Het is een geneeskundig verslag, wat inhoudt dat het door een arts werd opgesteld.

Dat volgt niet alleen uit de gebruikte bewoordingen (geneeskundig verslag) maar tevens uit het vereiste dat het verslag moet steunen op een medisch onderzoek en dit is een wettelijke bevoegdheid van een arts. Bovendien kan deze eis worden afgeleid uit artikel 5 § 2 tweede lid dat bepaalt dat het verslag niet door bepaalde artsen mag worden opgesteld (zie verder, nr. 692).

691 De wet bepaalt niets omtrent de deskundigheid of specialisatie van de arts die het verslag opstelt. Meer bepaald is niet vereist dat dit een psychiater of neuroloog is.

Dit is geen vergetelheid maar een bewuste keuze. "Het is van belang dat het eerste rapport door een gewoon geneesheer kan worden opgemaakt omdat er anders een te zwaar gewicht zou worden aangegeven" (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 45; zie ook: 35). Ook onder de vroegere wetgeving was geen bijzondere specialisatie vereist (zie: R. MEERT-VAN DE PUT, "Les malades et déficients mentaux et leurs soignants. Questions spéciales de droit et de déontologie", in J. GILLARDIN, *Malades mentaux: patients ou sujets de droit?*, Brussel, Publications FUSAL, 1985,

71). Frappant hierbij is wel dat bij de bespreking van het ontwerp in de jaren '70 het voorstel om een neuropsychiater te laten optreden werd verworpen omdat er toen te weinig zulke specialisten zouden geweest zijn (*Parl. St.* Senaat B.Z. 1974, nr. 292/2, 7; *ibid.*, 3: in 1974 waren er slechts 106 neuropsychiaters). Einde jaren '80 kon dit geen geldig argument meer zijn, vermits er op 31 december 1989 1.426 erkende neurospychiaters waren).

692 Overeenkomstig artikel 5 § 2 mag dit verslag niet worden opgesteld door een arts die een bloed- of aanverwant is van de zieke of van de verzoeker of die op enigerlei wijze verbonden is aan de psychiatrische dienst waar de zieke zich bevindt.

Door het instellen van deze onverenigbaarheden heeft de wetgever "willen vermijden dat welkdanige druk wordt uitgeoefend om een persoon te laten opnemen" (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 34) (zie over deze bepaling uitvoeriger: H. NYS, "De bescherming van de persoon van de geesteszieke. Enkele medischrechtelijke problemen", in P. SENAEVE (ed.), *Het statuut van de geestesgestoorden*, Antwerpen, Maklu, 1999, 64-65).

693 De wet verbiedt niet uitdrukkelijk dat het geneeskundig verslag wordt opgesteld door de behandelend arts. Enkel wanneer de zieke zich reeds bevindt in een psychiatrische dienst omdat hij zich vrij heeft laten opnemen (zie: art. 3) mag het verslag niet worden opgesteld door een arts die op enigerlei wijze is verbonden aan deze dienst. Daartoe behoort ook de behandelende ziekenhuisarts.

In die zin bestaat er een onverenigbaarheid tussen de hoedanigheid van behandelend arts en het opstellen van het medisch verslag. Deze onverenigbaarheid moet worden beoordeeld op het ogenblik dat het verslag opgesteld wordt. Indien de zieke zich op dat ogenblik niet bevindt in de psychiatrische dienst waaraan de arts-verslagmaker verbonden is, is het verzoek tot gedwongen opname wel degelijk ontvankelijk (Rb. Charleroi 8 oktober 1996, *J.L.M.B.* 1997, 992). Deze onverenigbaarheid is minder geïnspireerd door de vrees dat een derde druk uitoefent op de arts dan wel door de vrees dat de onafhankelijkheid van het oordeel van deze arts wordt bedreigd door een bepaalde vooringenomenheid (partijdigheid) in hoofde van de arts (H. NYS, *t.a.p.*, 65). De wetgever heeft terecht geoordeeld dat de objectiviteit die nodig is bij het verrichten van het medisch onderzoek voorafgaand aan het omstandig medisch verslag niet kan worden verwacht van een arts die de patiënt reeds in behandeling heeft. Dat geldt niet enkel voor de behandelende arts zelf, maar ook voor ieder andere arts die op enigerlei wijze verbonden is aan de psychiatrische dienst waarin de zieke zich bevindt. Over de interpretatie van de woorden "psychiatrische dienst" bestaat verwarring. Sommige auteurs zijn van mening dat een ruime interpretatie zich opdringt en dat de onverenigbaarheid alle artsen treft die verbonden zijn aan de instelling waarin de psychiatrische dienst bestaat (B. ZAJTMAN, "Beveiligingsmaatregel, de internering versus beschermingsmaatregel", in *Te Gek voor Recht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 125; zie ook: R. MEERT-VAN DE PUT, *t.a.p.*, 194 die van mening is dat een arts verbonden aan de instelling op onrechtstreekse wijze ook verbonden is aan de dienst waarin de patiënt is opgenomen; in dezelfde zin: M.J. VAN VLASSELAER, "Procedurele aspecten Wet 26 juni 1990", in G. BAETEMAN (ed.), *t.a.p.*, 153-154). Vanuit een teleologische interpretatie valt hier wel wat voor te zeggen, o.m. rekening houdend met de relatief kleine medische bestaffing van de meeste psychiatrische instellingen. De kans dat artsen van een bepaalde dienst via stafbesprekingen, vervangingen enz. op enigerlei wijze in de praktijk verbonden zijn aan een andere dienst is reëel. Zie voor een engere interpretatie: H. NYS, "Aanvullende beschouwingen", *t.a.p.*, 358; G. BENOIT, "Commentaires relatifs à la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux", *J.J.P.* 1991, 265.

694 Wanneer de geesteszieke nog niet verblijft in een psychiatrische dienst, bevat de wet geen uitdrukkelijke onverenigbaarheid in hoofde van de behandelende huisarts of psychiater.

T.a.v. de (nog) niet-opgenomen patiënten heeft de wetgever enkel in de onverenigbaarheid op grond van verwantschap voorzien, zodat er geen strafrechtelijk gesanctioneerd verbod is jegens de arts die de patiënt reeds in behandeling heeft, om het medisch onderzoek te verrichten en het verslag op te stellen. Toch zou dit een burgerlijke fout kunnen inhouden nu overeenkomstig de rechtspraak van het E.H.R.M. een "objective medical expertise" vereist is voorafgaand aan de opneming onder dwang van een geesteszieke (Hof Mensenrechten, Winterwerp, 24 oktober 1979, *Publ. Cour. eur. D.H.*, Serie A, nr. 33; Vred. Roeselare 10 maart 1999, *R.W.* 1999-2000, 567, noot H NYS; *T. Vred.* 1999, 227 noot G.R.). Zie hierover uitgebreider: H. NYS, "De bescherming van de persoon van de geesteszieke. Enkele medisch-rechtelijke problemen", *t.a.p.*, 65-68. Anders: Vred. Leuven 20 november 1996, *T. Gez.* 1999-2000, 228: "De behandelende arts mag in beginsel het medisch verslag opstellen tot opname van een geesteszieke". Naar aanleiding van deze discussie heeft de Nationale raad van de orde van geneesheren vastgesteld dat "het niet gunstig is voor de verdere vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt wanneer een met de medewerking van de behandelaar ingediend verzoekschrift, afgewezen wordt (...). Behandelaars dienen dan ook bij het opstellen van het omstandig geneeskundig verslag de nodige bedachtzaamheid, zorgvuldigheid en vooruitziendheid aan de dag te leggen (...). Om te voorkomen dat verzoekschriften afgewezen worden is het aan te raden dat de behandelaars, alvorens over te gaan tot het opstellen van een omstandig geneeskundig verslag, de nodige informatie inwinnen over de interpretatie van de wet die tot de eigenheid van de rechtbank behoort" ("Omstandig geneeskundig verslag met het oog op de bescherming van de persoon van de geesteszieke", *T. Orde Geneesh.* 2001, nr. 94, 4).

695 Geen enkele wettelijke bepaling verplicht een arts om het medisch onderzoek voorafgaand aan het opstellen van het omstandig medisch verslag te verrichten. Ook uit artikel 422*bis* Sw. kan een dergelijke verplichting niet worden afgeleid. Voor de toepassing van dat artikel is een werkelijk en groot gevaar vereist (zie boven, nr. 438). Als gekozen werd voor een niet-spoedeisende procedure, wijst dit reeds op de afwezigheid van een dergelijk gevaar.

Het voorgaande neemt niet weg dat een arts die met een verzoek tot aflevering van een medisch verslag wordt geconfronteerd, dat verzoek ernstig in overweging moet nemen, zeker wanneer hij psychiater is. Hij mag het niet lichtvaardig van de hand wijzen.

696 Een volgende voorwaarde waaraan het medisch verslag dient te voldoen is dat het werd opgesteld op basis van een onderzoek dat ten hoogste 15 dagen oud is (art. 5 § 2).

Wanneer een arts een medisch verslag of getuigschrift opstelt, mag hij dat slechts doen voorzover hij de betrokkene persoonlijk en daadwerkelijk heeft onderzocht (anders, ten onrechte: G.R., noot onder Vred. Roeselare 10 maart 1999, *T. Vred.* 1999, 277). Het omstandig medisch verslag van een arts is van geen waarde wanneer hij de betrokkene voordien nooit heeft gezien, hij geen agressiviteit heeft vastgesteld en met hem geen (zinnig) gesprek heeft gevoerd noch hem heeft kunnen onderzoeken (Vred. Borgerhout 16 februari 1993, *T. Gez.* 1997-98, 205). Deze regel diende ook onder de Krankzinnigenwet te worden nageleefd en geldt overigens steeds bij het afleveren van getuigschriften. Het afleveren van een medisch verslag zonder de patiënt te hebben onderzocht kan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de arts meebrengen. Zulks op grond van artikel 196 Sw. dat valsheid in geschrifte strafbaar stelt (zie verder, nr. 1343). De Wet bescherming persoon geesteszieke voorziet geen specifieke sancties voor de niet-naleving van artikel 5 § 2, eerste lid. Het niet-naleven van de onverenigbaarheidsregelen daarentegen is wel strafbaar (zie: art. 5 § 2, tweede lid en art. 37, tweede lid). Voorts kan de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de arts die een verslag opstelt zonder de zieke te hebben onderzocht in het gedrang komen. De Rechtbank te Mechelen aanvaardde een fout in hoofde van de arts die zonder de patiënt te hebben gezien of onderzocht een collocatiegetuigschrift afleverde, zich enkel steunend op de eenzijdige verklaringen van de echtgenote van de patiënt. De rechtbank veroordeelde de arts tot een schadevergoeding hoewel de collocatie noodzakelijk was gebleken (Rb. Mechelen 26 maart 1969, *R.W.* 1971-72, 197). Het Hof van Beroep te Brussel aanvaardde eveneens de fout, maar geen schade

wegens het verantwoord zijn van de plaatsing (Brussel 24 februari 1971, *R.W.* 1971-72, 194). Het Hof leidde het verantwoord karakter van de plaatsing o.a. af uit het feit dat de patiënt niet om zijn vrijlating had verzocht.

697 Artikel 5 § 2 moet zo worden begrepen dat tussen het onderzoek en het opstellen van het verslag ten hoogste 15 dagen mogen zijn verstreken. Het verslag dient dus niet op de dag zelf van het onderzoek te worden opgesteld.

Deze laatste interpretatie vindt men nochtans in het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 34). Dikwijls zal dat onmogelijk zijn om louter materiële redenen.
De wet bepaalt niet hoe recent het medisch verslag zélf dient te zijn. Maar wanneer er meer dan enkele weken verstreken zijn tussen het opstellen van het verslag en het indienen van het verzoekschrift, verliest het verslag veel van zijn informatieve waarde t.b.v. de vrederechter die zich dient uit te spreken over het verzoekschrift.

698 Inhoudelijk moet het medisch verslag de gezondheidstoestand beschrijven van de persoon wiens opneming ter observatie wordt gevraagd, de symptomen van de ziekte waaraan hij lijdt en vaststellen dat is voldaan aan de voorwaarden voor het nemen van een beschermingsmaatregel, bepaald in artikel 2 (art. 5 § 2, eerste lid).

Behalve medische gegevens (beschrijving van de gezondheidstoestand en van de symptomen van de ziekte) dient het medisch verslag ook gegevens te bevatten die niet louter als medisch kunnen worden beschouwd. Het evalueren van het gevaar voor de eigen gezondheid en veiligheid of van de bedreiging van andermans leven of integriteit en van de ernst van dit gevaar of deze bedreiging is als dusdanig geen uitsluitend medische aangelegenheid. In het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie wordt dit ook opgemerkt. "Dit omstandig verslag bevat alle nuttige en noodzakelijke gegevens, doch deze medische vaststelling sluit niet uit dat de vrederechter moet nagaan of aan de voorwaarden van artikel 2 is voldaan" (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 34).
Gelet op de inhoudelijke eisen die aan het verslag worden gesteld kan men hier opnieuw de vraag stellen of het niet aangewezen is een beroep te doen op een medisch specialist inzake psychiatrie voor het opstellen van een dusdanig verslag.

699 De Wet bescherming persoon geesteszieke voorziet geen enkele uitzondering op de eis dat bij het verzoekschrift een omstandig medisch verslag moet worden gevoegd.

De wet bevat geen enkele regeling voor het geval dat de betrokkene weigert zich te onderwerpen aan het medisch onderzoek. Indien de geesteszieke niet in staat is om zijn rechten als patiënt uit te oefenen, dient de toestemming voor het verrichten van het onderzoek te worden gegeven door een vertegenwoordiger vermeld in artikel 14 Wet patiëntenrechten. Een probleem is echter dat deze vertegenwoordiger handelt in het belang van de patiënt, terwijl het medisch onderzoek – minstens secundair, zoniet primair – in het belang is van derden (de verzoeker; de samenleving). De geldigheid van de toestemming van de vertegenwoordiger voor het verrichten van het onderzoek is dus betwistbaar, zeker wanneer de indicatie voor de gedwongen opname is gelegen in een ernstige bedreiging voor andermans leven of integriteit.
Het probleem van de ontbrekende geldige toestemming voor het onderzoek en als gevolg daarvan het ontbreken van een omstandig medisch verslag doet zich eveneens voor wanneer een wilsbekwame geesteszieke zijn toestemming voor het onderzoek weigert.
In de rechtspraak is gezocht naar oplossingen voor dit probleem. Volgens de Vrederechter van Marchienne-au-Pont maakt de afwezigheid van een omstandig geneeskundig getuigschrift niet altijd een middel van niet-ontvankelijkheid uit omdat de zieke die niet van zijn vrijheid is beroofd steeds een medisch onderzoek kan weigeren (Vred. Marchienne-au-Pont 2 september 1991, *T. Vred.* 1994, 327). Indien de verzoeker er op een andere wijze in slaagt aan te tonen dat de

voorwaarden voor een opname aanwezig zijn, brengt de afwezigheid van een omstandig medisch verslag niet de onontvankelijkheid van de vordering met zich mee. Deze oplossing kan moeilijk worden aanvaard omdat ze gemakkelijk tot misbruiken kan leiden (zie eveneens: M.J. VAN VLASSELAER, "De procedurele aspecten Wet 26 juni 1990", *t.a.p.*, 155; anders: P. HOFSTRÖSSLER, "Over het respect voor geesteszieken en de procedure", noot onder Rb. Gent 31 oktober 1991, *T.B.B.R.* 1993, 317, noot 10, omdat een andere redenering "zou voorbij gaan aan de realiteit. Er zijn immers situaties denkbaar waar de geesteszieke door zijn gewelddadige houding elk medisch onderzoek onmogelijk maakt"). Het ontbreken van een omstandig verslag of een bijzonder summier verslag kan dan al te gemakkelijk worden verklaard door de zogezegde onwil of niet-bereikbaarheid van de patiënt in kwestie.

Een andere oplossing die wordt gesuggereerd is dat de procureur des Konings wordt verzocht een spoedprocedure (zie verder, bij art. 9) in te stellen omdat dan, althans aanvankelijk, geen omstandig medisch verslag is vereist (in het geval van de hiervoor vermelde uitspraak werd dat ook geprobeerd maar terecht weigerde de procureur des Konings zijn medewerking). Ook deze oplossing bevredigt niet. Niet alleen spoort zij aan tot misbruik van de spoedprocedure – de onwil van de betrokkene om zich aan een medisch onderzoek te onderwerpen rechtvaardigt op zich nog niet de door artikel 9 vereiste dringendheid – maar ten gronde blijft het probleem bestaan vermits de procureur des Konings binnen de 24 uur een verzoekschrift dient in te dienen vergezeld van een omstandig medisch verslag.
De voorzitter van de Rechtbank te Kortrijk zitting houdend in kort geding stelde een medische deskundige aan om de zieke te onderzoeken en een gemotiveerd verslag op te stellen in het licht van de bepalingen van de Wet bescherming persoon geesteszieke. Er werd een dwangsom opgelegd van 1000 BEF (+ /- 25 EUR) voor iedere dag dat de zieke zou weigeren gevolg te geven aan de oproepingen van de arts. Het Hof van Beroep te Gent vernietigde deze beschikking. De voorzitter in kort geding mocht weliswaar principieel een onderzoeksmaatregel bevelen maar mocht deze geenszins koppelen aan een dwangsom. Buiten de door de wet bepaalde gevallen is elke dwanguitoefening, inzonderheid een dwangsom, op een persoon om zich te onderwerpen aan een lichamelijk of geestesonderzoek verboden. Uit de weigering zich aan een medisch onderzoek te onderwerpen mag de rechter geen enkele gevolgtrekking afleiden (Gent 21 oktober 1994, *R.W.* 1994-95, 1270).
Volgens VERRYCKEN zou de oplossing hierin kunnen bestaan dat de verzoeker, die de procedure niet kan inleiden bij gebrek aan een omstandig medisch verslag, op eenzijdig verzoekschrift, op basis van artikel 594 Ger. W., bij de vrederechter de aanstelling van een medisch deskundige zou vorderen. Of er kan ook gedacht worden aan een dagvaarding in kort geding van de te beschermen persoon. Indien de zieke zich onderwerpt aan de bevolen onderzoeksmaatregelen dan is het probleem voorlopig opgelost want dan kan op basis van dit deskundig verslag de procedure gestart worden. Maar de auteur erkent zelf dat het probleem blijft bestaan wanneer de zieke weigert een onderzoek te ondergaan, zich beroepende op het beginsel dat niemand kan worden verplicht zich te onderwerpen aan een geneeskundig onderzoek (M.VERRYCKEN, "De Krankzinnigenwet en haar vervanging door de wetten van 26 juni 1990 en 18 juli 1991: parlementaire voorbereiding – krachtlijnen en een eerste bilan", *t.a.p.*, 28).
De Vrederechter te Soignies nam vrede met een medisch getuigschrift waarin de weigering van een zieke om zich aan een medisch onderzoek te onderwerpen werd bevestigd; de rechter was van mening dat het hier een geval van heirkracht betrof en verklaarde de vordering ontvankelijk (Vred. Soignies 2 september 1991, *onuitg.*, aangehaald door M. VERRYCKEN, *t.a.p.*).

Deze oplossing is moeilijk verzoenbaar met de tekst van artikel 5 § 2 Wet bescherming persoon geesteszieke (G. BENOIT, "Les soins en milieu familial", in G. BENOIT e.a, *t.a.p.*, 141).
In verband met de bescherming van de goederen van een onbekwame werd beslist dat, wanneer een verzoekende partij geen medische verklaring kan voorleggen tot aanstelling van een bewindvoerder, omdat alle aangezochte artsen dit hebben geweigerd, dit als overmacht kan worden beschouwd. De vordering is toch ontvankelijk, wanneer de geneeskundige verklaring achteraf wordt overlegd door een door de rechter aangestelde arts. In het vonnis wordt verwezen naar de parlementaire voorbereiding van de Wet bescherming goederen, waaruit zou blijken dat "de ontvankelijkheidvereiste niet tot bedoeling kan hebben de aanstelling van een bewindvoerder onmogelijk te maken, wanneer een medisch onderzoek verhinderd wordt of onmogelijk wordt gemaakt" (Vred. Hasselt 21 december 1994, *T. Gez.* 1997-98, 208).

Deze oplossing is niet uitbreidbaar naar de bescherming van de persoon van de geesteszieke. De medische verklaring weegt in dat geval veel zwaarder door. Niet alleen komt dit verschil tot uiting in de terminologie: "omstandig medisch v e r s l a g" voor de bescherming van de persoon tegenover "omstandige medische v e r k l a r i n g" voor de bescherming van de goederen. Daarmee hangt ook een inhoudelijk verschil samen. Gaat het om de bescherming van de persoon dan dient de arts de gezondheidstoestand van de zieke en de symptomen van de ziekte te beschrijven en vast te stellen dat voldaan is aan de voorwaarden voor een beschermingsmaatregel (art. 5 § 2 Wet bescherming persoon geesteszieke). Voor de bescherming van de goederen volstaat een beschrijving van de gezondheidstoestand (art. 488*bis* § 3, b) B.W.). Het omstandig medisch verslag is onontbeerlijk opdat de vrederechter een verantwoorde beslissing kan nemen. Indien dit verslag niet kan worden voorgelegd omdat geen enkele arts het met de professionele standaard in overeenstemming acht om in het concrete geval een dergelijk verslag af te leveren dan is de conclusie duidelijk dat de betrokkene niet voor een gedwongen opname in aanmerking komt. Bovendien mag niet uit het oog verloren worden dat artikel 488*bis* § 3, b) B.W. een uitzondering voorziet t.a.v. het voorleggen van een medische verklaring, nl. in spoedeisende gevallen, hetgeen nogmaals de relativiteit van deze medische verklaring bevestigt. De Wet bescherming persoon geesteszieke bevat zo'n uitzondering niet.

700 De vrederechter kan verklaren dat de vordering kennelijk nietig of niet-ontvankelijk is bij een vonnis dat wordt uitgesproken binnen 24 uren na de indiening van het verzoekschrift (art. 6, tweede lid Wet bescherming persoon geesteszieke).

Indien uit de eerste lezing van het omstandig medisch verslag door de rechter blijkt dat het niet omstandig is doch enkel typeformuleringen bevat, of ouder is dan 15 dagen, geen beschrijving van de gezondheidstoestand van de betrokkene of van de symptomen van de zieke bevat of niet vaststelt dat de betrokken persoon aan geen andere behandeling kan worden onderworpen en zijn toestand de opname vereist omdat hij zijn gezondheid en veiligheid ernstig in gevaar brengt of een bedreiging vormt voor andermans leven of integriteit, kan de rechter de vordering binnen de 24 uur onontvankelijk verklaren. Het betreft een mogelijkheid, geen verplichting. Het is bijgevolg mogelijk dat de vrederechter vaststelt dat een medisch verslag niet omstandig is, maar dat hij de mogelijkheid verleent hieromtrent te debateren (P. HOFSTRÖSSLER, "Over het respect voor geesteszieken en de procedure", *t.a.p.*, 316-317).

c. Kennisgeving aan de zieke

701 Binnen 24 uren na de indiening van het verzoekschrift geeft de griffier aan de zieke en in voorkomend geval aan diens wettelijke vertegenwoordiger bij gerechtsbrief kennis van het verzoekschrift (art.7 § 2, tweede lid; zie omtrent de nadere inhoud van deze gerechtsbrief: art. 7).

d. Bijstand van de zieke tijdens de procedure

702 Tijdens de behandeling van het verzoekschrift voorziet de wet in verschillende vormen van bijstand ten voordele van de zieke.

Bij ontvangst van het verzoekschrift verzoekt de vrederechter de stafhouder van de orde van advocaten of het bureau van consultatie en verdediging om onverwijld van ambtswege een advocaat aan te wijzen (art. 7 § 1). Naam en adres van deze advocaat worden vermeld in de gerechtsbrief via welke kennisgeving van het verzoekschrift wordt gegeven aan de zieke. In die gerechtsbrief wordt bovendien vermeld dat de zieke het recht heeft een andere advocaat te kiezen (art. 7 § 2, vierde lid).
Voorts wordt de zieke in die gerechtsbrief gemeld dat hij het recht heeft om zelf een psychiater te kiezen (*t.a.p.*). Als de zieke daar niet op in gaat, kan de vrederechter een psychiater aanwijzen om

de zieke bij te staan (art. 7 § 3). In tegenstelling tot wat geldt voor het opstellen van het medisch verslag, voorziet de wet hier uitdrukkelijk de hoedanigheid van de arts die de zieke zal bijstaan, nl. medisch specialist in de psychiatrie. Als reden werd in de Senaatscommissie opgegeven dat "het beter is een geneesheer-psychiater te kiezen vermits deze materie van deze specialisatie deel uitmaakt" (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 40). Omdat het medisch verslag niet door een psychiater dient opgesteld, was niet iedereen het daarmee eens. De patiënt zou vrij dienen te zijn zelf een arts te kiezen, ook al is dit geen psychiater (*t.a.p.*, 45). Overigens is het niet de bedoeling om beide artsen met elkaar te confronteren in de loop van de procedure (*t.a.p.*, 50). De rol van deze psychiater werd beschreven als die van een "medisch raadsman" (*t.a.p.*, 50).
Ten slotte voorziet de wet, naast de juridische en de medische raadsman, nog in een zgn. vertrouwenspersoon (art. 7 § 2, vierde lid). Deze moet door de zieke zelf worden gekozen. Laat hij dat na, dan kan de vrederechter er zelf geen aanduiden. In het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie wordt de nadruk gelegd op de psychologische rol die deze vertrouwenspersoon zou kunnen spelen. Hij moet, zoals de benaming het uitdrukt, het vertrouwen van de zieke genieten. Dat kan een familielid zijn, een bekende, maar ook de huisarts.
Het spreekt voor zich dat de huisarts die het medisch verslag heeft opgesteld dat is gevoegd bij het verzoekschrift, moeilijk kan optreden als vertrouwenspersoon (zie boven, nr. 694). Het kan ook iemand zijn die behoort tot een vereniging die de belangen van de geesteszieken behartigt, zoals SIMILES. Tegelijk werd gewaarschuwd voor het feit dat actiegroepen zich zouden opdringen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 45 en 49). In de Kamercommissie stootte de vertrouwenspersoon op nogal wat wantrouwen. Er werd zelfs een amendement ingediend om de vertrouwenspersoon uit het ontwerp te schrappen (*Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1098/3). De Minister van Justitie minimaliseerde daarop de rol van de vertrouwenspersoon. Deze zal de procedure als zodanig niet kunnen beïnvloeden en de advocaat niet kunnen vervangen. Evenmin moet hij door de vrederechter worden gehoord, hoewel deze hem niet kan verbieden tussen te komen. Volgens de minister werden er voldoende garanties ingebouwd opdat de rol van de vertrouwenspersoon niet determinerend zou zijn (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1098/4, 9-10-11). Het mag dan ook geen verbazing wekken dat "zeer snel reeds de vertrouwenspersoon zowel als instituut als als formalistisch begrip, verwaterde tot een gadget" (G. BENOIT, "Psychiatrie en Recht", in *Te gek voor recht?*, *t.a.p.*, 113).

e. Bezoek aan de zieke door de vrederechter

703 Binnen 24 uren na de indiening van het verzoekschrift bepaalt de vrederechter bij eenzelfde beslissing de dag en het uur van zijn bezoek aan de persoon wiens opneming ter observatie wordt gevraagd en van de zitting (art. 7 § 2, eerste lid).

Zonodig kan de vrederechter het bezoek aan de zieke en de zitting bepalen op een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag (art. 7 § 2, vijfde lid). De verzoeker wordt bij gerechtsbrief door de griffier op de hoogte gebracht van de beslissing van de vrederechter inzake dag en uur van het bezoek aan de zieke en de zitting (art. 7 § 4, eerste lid). De griffier zendt een niet ondertekend afschrift van het verzoekschrift en van de beslissing van de vrederechter aan de advocaten der partijen en, in voorkomend geval, aan de wettelijke vertegenwoordiger, de psychiater en de vertrouwenspersoon van de zieke (art. 7 § 4, tweede lid).

704 Op de vastgestelde dag en uur hoort de vrederechter de zieke, alsmede alle andere personen die hij dienstig acht te horen, een en ander in aanwezigheid van de advocaat van de zieke. Behoudens uitzonderlijke omstandigheden bezoekt hij de zieke op de plaats waar deze zich bevindt. De vrederechter verzamelt bovendien alle nuttige inlichtingen van medische of sociale aard (art. 7 § 5). Deze verplichting geldt zelfs als hij daarvoor zijn kanton zou dienen te verlaten (Rb. Brussel 25 november 1992, *T.B.B.R.* 1993, 486). Noch artikel 7 noch de voorbereidende werken kennen aan de verzoeker noch aan

het O.M. het recht toe om dit verhoor bij te wonen (Rb. Namen 16 september 1996, *J.T.* 1997, 48).

f. Behandeling van het verzoekschrift

705 De zaak wordt in raadkamer behandeld, tenzij de zieke of zijn advocaat vragen dat dit niet gebeurt (art. 8 § 1, eerste lid).

De voorkeur van de Senaatscommissie ging in beginsel uit naar een behandeling van de zaak in raadkamer en niet naar een openbare behandeling, omdat het hier een medische aangelegenheid betreft die per definitie vertrouwelijk is (*Parl. St.* Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 54-55, zie ook: 126). Wel werd beslist de vermelding dat het verzoek om een openbare behandeling gegrond zou zijn op het belang van de zieke, weg te laten. Dit betekent dat de zaak in openbare zitting moet worden behandeld zodra de zieke of zijn advocaat het vraagt. De rechter heeft dus geen appreciatierecht over de vraag of het verzoek al dan niet in het belang van de zieke is (*t.a.p.*).
De verzoeker kan niet om een openbare behandeling vragen. Dit is voorbehouden aan de zieke of zijn advocaat.

g. Uitspraak door de vrederechter

706 Na op de zitting alle partijen te hebben gehoord, doet de vrederechter bij omstandig gemotiveerd vonnis uitspraak in openbare zitting binnen 10 dagen na de indiening van het verzoekschrift (art. 8 § 1, tweede lid).

Tijdens de parlementaire voorbereiding is uitvoerig ingegaan op de vraag of een termijn diende te worden gesteld binnen dewelke de vrederechter een beslissing neemt over het verzoekschrift en over de duur van deze termijn. Indien geen termijn zou worden vastgesteld of een termijn van vrij lange duur, dan bestaat het gevaar dat de gemeenrechtelijke (en lange) procedure telkens zal worden omzeild door een beroep te doen op de procedure in spoedeisende gevallen. Daartegenover werd gesteld dat men een vonnis dat niet op tijd werd geveld, toch niet als nietig kan beschouwen. Dit pleit tegen het instellen van een termijn die toch niet kan worden afgedwongen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 46-47). Hierop werd gerepliceerd dat voor de vrederechter dan toch een deontologische verplichting bestaat om tijdig uitspraak te doen (*ibid.*). Uiteindelijk werd geopteerd voor een niet op straffe van nietigheid voorgeschreven termijn van 10 dagen (Cass. 13 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, 584; *Pas.* 1996, I, 630; *R.W.* 1996-97, 720; F. SWENNEN, "Geen verval zonder wettekst? Toepassing op de Wet Persoon Geesteszieke", *R. Cass.* 1998, 162, nr. 3; Rb. Brugge 10 september 1999, *T.W.V.R.* 1999, 163).

707 De beslissing over het al dan niet gedwongen opnemen van een zieke in een psychiatrische dienst maakt thans het voorwerp uit van een omstandig gemotiveerde rechterlijke beslissing (art. 4 en art. 8 § 1, tweede lid).

Het komt niet toe aan de vrederechter na te gaan of de voorwaarde van hoogdringendheid waaraan de wet de tussenkomst van het O.M. onderwerpt, ter zake is vervuld, vooraleer over de gegrondheid van het verzoek van de procureur des Konings te beslissen (Rb. Charleroi 29 februari 2000, *Act. dr.* 2000, 503 met goedkeurende noot P. MOREAU, die ook andersluidende rechtspraak citeert in noot 3).

h. Betekening van de beslissing

708 De griffier geeft aan de partijen bij gerechtsbrief kennis van het vonnis alsmede van de rechtsmiddelen waarover zij beschikken (art. 8 § 2, eerste lid).

Met "partijen" worden bedoeld de verzoeker en de zieke (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 55). In het ontwerp dat voorlag tijdens de bespreking in de Senaatscommissie was voorzien dat enkel het beschikkend gedeelte van het vonnis ter kennis zou worden gebracht van de partijen. Ter verantwoording van dit voorstel werd aangevoerd dat de zieke diende te worden beschermd (*t.a.p.*, 56; zie ook: S. BOVIN, *a.w.*, 214). Na discussie besliste de bevoegde Senaatscommissie evenwel dat ook aan de zieke het volledige vonnis ter kennis moet worden gebracht (*t.a.p.*). Een niet ondertekend afschrift van het vonnis wordt door de griffier gezonden aan de raadslieden, de procureur des Konings en, in voorkomend geval, aan de wettelijke vertegenwoordiger, de psychiater en de vertrouwenspersoon van de zieke (art. 8 § 2, tweede lid). Een voorstel om een afschrift van het vonnis te zenden aan de echtgenoot van de zieke werd niet goedgekeurd (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 56-57).

i. Beroep en verzet tegen de beslissing van de vrederechter

709 Tegen de vonnissen door de vrederechter gewezen in toepassing van de Wet bescherming persoon geesteszieke kan geen verzet worden gedaan (art. 30 § 1).

710 Door de zieke zelf, zelfs al is hij minderjarig, zijn wettelijke vertegenwoordiger of zijn advocaat, evenals alle partijen in het geding, kan hoger beroep worden ingesteld tegen een vonnis van de vrederechter waarin uitspraak wordt gedaan over een verzoekschrift tot opneming ter observatie. De termijn van hoger beroep is 15 dagen te rekenen van de kennisgeving van het vonnis (art. 30 § 2, eerste en tweede lid).

De advocaat van de zieke heeft het recht om eigenmachtig beroep in te stellen tegen het vonnis van de vrederechter, ook al wenst de zieke dit niet. Op de vraag naar het waarom van deze afwijking van het gemeenrecht werd geantwoord dat het verantwoord is aan de advocaat een bijzonder mandaat te verlenen "met het oog op een betere bescherming van de geesteszieke" (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 122).

711 Niettegenstaande het hoger beroep, is het vonnis waardoor het verzoek tot opneming ter observatie wordt ingewilligd, uitvoerbaar bij voorrang (art. 30 § 2, derde lid).

In de Senaatscommissie waren meerdere leden van oordeel dat de uitvoerbaarheid bij voorrang van dit vonnis een absolute noodzaak was, teneinde te vermijden dat al te vaak een beroep zou worden gedaan op de tussenkomst van de procureur des Konings in spoedeisende gevallen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 124).

712 Het hoger beroep wordt ingesteld bij verzoekschrift gericht tot de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (art. 30 § 3, eerste lid. Zie voorts dit art. voor het bepalen van de datum van de zitting, het horen van de procureur des Konings en de zieke, de behandeling in raadkamer behoudens verzoek om openbare behandeling, de kennisgeving van het vonnis).

Ook tijdens de procedure in hoger beroep dient de zieke in elk geval te worden gehoord. Hij wordt daarbij bijgestaan door een advocaat en in voorkomend geval door de psychiater van zijn keuze. In principe zal dit dezelfde psychiater zijn die de zieke in eerste aanleg heeft bijgestaan, maar de zieke kan ook een andere psychiater aanduiden (art. 30 § 3, tweede lid; *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 125).

713 In overeenstemming met de algemene filosofie van het wetsontwerp om tot een snelle beslissing te komen was de Senaatscommissie het eens met het principe dat een beslissing in hoger beroep moet worden getroffen binnen een maand na neerlegging van het verzoekschrift (*t.a.p.*, 126).

In artikel 30 § 3, vierde 4 wordt artikel 8 (zie boven, nr. 706) niet vermeld. Dit is te verklaren doordat de opneming ter observatie maximaal 40 dagen kan duren (zie verder, nr. 730) zodat het uitblijven van een uitspraak in hoger beroep gedurende meer dan 10 dagen na verloop van een maand automatisch leidt tot de beëindiging van de opneming ter observatie.

j. Cassatieberoep

714 De termijn om zich in cassatie te voorzien is een maand vanaf de kennisgeving van het vonnis (art. 31).

2. *Opneming in een spoedeisend geval*

a. Ambtshalve optreden door de procureur des Konings of op schriftelijk verzoek

715 In spoedeisende gevallen kan de procureur des Konings van de plaats waar de zieke zich bevindt beslissen dat deze ter observatie zal worden opgenomen in de psychiatrische dienst die hij aanwijst. De procureur des Konings treedt dan ofwel ambtshalve op of op schriftelijk verzoek van een belanghebbende (art. 9, eerste lid en tweede lid).

Voor de interpretatie van belanghebbende, zie boven, nr. 685. Wanneer het O.M. een vordering inleidt handelt het niet in eigen naam, maar in een dubbele hoedanigheid, nl. enerzijds als beschermer van de persoon die verondersteld wordt te zwak te zijn en anderzijds als beschermer van de maatschappij tegen de handelingen van de betrokken persoon (Rb. Namen 25 november 1991, *T. Vred.* 1994, 86).

b. Medisch advies of medisch verslag

716 Treedt de procureur des Konings ambtshalve op, dan is het schriftelijk advies van een door hem aangewezen arts vereist. Treedt hij daarentegen op op verzoek van een belanghebbende dan is een omstandig medisch verslag zoals in de gemeenrechtelijke procedure vereist (art. 9, tweede lid) (zie boven, nr. 686).

Er is een duidelijk onderscheid tussen het medisch advies op grond waarvan de procureur des Konings ambtshalve optreedt en het omstandig medisch verslag dat bij een verzoek moet worden gevoegd. Het advies kan bondig en kort zijn, daar waar het verslag, volgens de wet, omstandig dient te zien (*Parl. St.* Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 64-65). Over het statuut van de arts die om advies wordt gevraagd door de procureur des Konings bestond geen eensgezindheid. Volgens sommigen zou een gerechtsexpert zijn bedoeld die de persoon ambtshalve kan onderzoeken en eventueel tegen diens wil in. Volgens anderen betreft het een "gewone" arts die in een noodsituatie optreedt op verzoek van de procureur des Konings (*t.a.p.*, 65).
Anders dan voor het medisch verslag, eist de wet niet dat het medisch advies moet zijn gebaseerd op een recent medisch onderzoek van de betrokkene. Het is niet duidelijk of dit een bewuste keuze is. Vanzelfsprekend kan een medisch advies in de regel slechts een betrouwbaar karakter vertonen voorzover de adviserend arts de betrokkene persoonlijk heeft onderzocht. Het is evenwel mogelijk

dat iemand weigert zich aan een medisch onderzoek te onderwerpen. Op grond van die weigering kan de arts desgevallend een advies uitbrengen aan de procureur des Konings. De wet spreekt overigens niet van een "medisch" advies maar van een advies zonder meer.
Eveneens afwijkend van de regeling voor het medisch verslag, voorziet de wet in geen onverenigbaarheden in hoofde van de arts wiens advies door de procureur des Konings wordt gevraagd. Gelet op de aard van de zaak is het aangewezen de onverenigbaarheden van artikel 5 § 2, tweede lid *mutatis mutandis* toe te passen (zie boven, nr. 692). Toch moet men er zich rekenschap van geven dat dit omwille van het spoedeisend karakter, niet steeds kan gebeuren. Dit geldt in het bijzonder voor wat betreft de onverenigbaarheid als behandelend arts. Indien de notie "spoedeisend" ernstig wordt genomen en de toepassing ervan wordt beperkt tot de gevallen die daaraan beantwoorden, is het opstellen van het verslag door de behandelende arts niet alleen verantwoord maar zelfs aangewezen. Gelet op het spoedeisend karakter speelt de wettelijke hulpverleningsplicht hier ten volle.

717 Het advies of het medisch verslag moeten het spoedeisend karakter van de opneming ter observatie aantonen (art. 9, derde lid).

Op vragen in de bevoegde kamercommissie naar de betekenis van "spoedeisend" antwoordde de Minister van Justitie dat de hoogdringendheid een toestand veronderstelt waarin onmiddellijk maatregelen moeten worden genomen. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen de hoogdringendheid en de extreme hoogdringendheid, waarbij zonder uitstel maatregelen moeten worden genomen om onherstelbare daden te voorkomen. Bij extreme hoogdringendheid zal het advies of verslag niet moeten worden afgewacht maar kan de procureur des Konings maatregelen van gemeenrechtelijke aard nemen op basis van zijn politiebevoegdheid (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1098/4, 12). Het spoedeisend of hoogdringend karakter van de maatregel werd een juridisch begrip genoemd waarover uiteindelijk de procureur des Konings oordeelt. De procureur des Konings mag dus niet automatisch het advies of verslag overnemen. Wel is het zo dat de procureur des Konings het spoedeisend karakter slechts kan inroepen wanneer dit uit het verslag blijkt (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 61-62).
Artikel 9 bevat, behalve i.v.m. het spoedeisend karakter, geen nadere voorschriften i.v.m. de inhoud van het advies of het medisch verslag. Het medisch verslag dient evenwel te voldoen aan de gemeenrechtelijke bepalingen van artikel 5 en met name vast te stellen dat is voldaan aan de voorwaarden bepaald in artikel 2 (zie boven, nr. 698). Volgens het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie heeft de procureur des Konings evenwel geen enkele appreciatiebevoegdheid inzake deze voorwaarden (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 62). Dit kan worden betwist. Artikel 9, eerste lid bepaalt dat de procureur des Konings k a n beslissen tot een opname ter observatie in een spoedeisend geval. Dit wijst op een appreciatiemarge. Deze zienswijze werd bijgetreden door: Rb. Gent 11 oktober 2002, *N.J.W.* 2003, 599 noot RDC. Een dienstdoend substituut besloot tot spoedopname ter observatie op basis van een medisch verslag waarin stond dat een man is "aangetast door een pathologische jaloersheid naar zijn vrouw toe", aangevuld met de bemerking "geen depressieve noch psychotische kenmerken/geen duidelijke psychotische problematiek". Op grond hiervan kan een normaal en voorzichtig substituut vaststellen dat de jaloersheid van de man volgens de arts geen invloed had op zijn geestesvermogen en dat er derhalve geen aanwijzing was voor het bestaan van een geestesstoornis. Het nemen van de beslissing om deze man te laten opnemen maakt dan ook een fout uit in de zin van artikel 1382 B.W.

c. Kennisgeving van de beslissing

718 De procureur des Konings geeft kennis van zijn beslissing tot opneming ter observatie aan de directeur van de instelling die hij heeft aangewezen voor de opneming van de zieke (art. 9, vierde lid; zie verder, nr. 726 e.v.) alsook binnen de 24 uur na zijn beslissing aan de bevoegde vrederechter (art. 9, vijfde lid) en binnen dezelfde termijn aan de zieke, eventueel diens wettelijke vertegenwoordiger, de persoon bij wie de zieke verblijft en de belanghebbende die de procureur des Konings heeft verzocht om opneming (art. 9, zesde lid).

d. Procedure voor de vrederechter

719 Eveneens binnen de 24 uur na zijn beslissing tot opneming ter observatie, geeft de procureur des Konings daarvan kennis aan de vrederechter van de verblijfplaats, of bij gebreke daarvan, van de woonplaats of, bij gebreke daarvan nog aan de vrederechter van de plaats waar de zieke zich bevindt en dient bij hem het verzoekschrift in, bedoeld in artikel 5 (art. 9, vijfde lid). De procureur des Konings moet ook de zieke in kennis stellen van zijn verzoekschrift (art. 9, lid 6).

Indien de procureur des Konings dit verzoekschrift niet binnen 24 uren na zijn beslissing heeft ingediend, vervalt de door hem getroffen maatregel (art. 9, laatste lid).

De termijn van 24 uren moet worden geïnterpreteerd in het licht van artikel 53 Ger. W. Indien deze termijn verstrijkt op een zaterdag, zondag of een wettelijke feestdag, wordt de vervaldag verplaatst naar de eerst volgende werkdag (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 67 en art. 7, tweede lid K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van de Wet bescherming persoon geesteszieke. VERRYCKEN acht deze bepaling strijdig met artikel 9, laatste lid van de wet (M. VERRYCKEN, "De krankzinnigenwet en haar vervanging", *t.a.p.*, 20-21; anders: Rb. Tongeren 26 maart 2001, *Limb. Rechtsl.* 2001, 319, noot J. DE BUS).

720 De procedure voor de vrederechter is identiek als wanneer het verzoekschrift werd ingediend door een belanghebbende (art. 9, zevende lid dat verwijst naar art. 6, 7 en 8).

Dit betekent o.m. dat bij het verzoekschrift dat de procureur des Konings indient bij de vrederechter een omstandig medisch verslag moet zijn gevoegd (zie art. 9, vijfde lid, *in fine* en *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 65: de procureur des Konings beschikt over 24 uur om het omstandig medisch verslag te bekomen). Dit kan als volgt worden begrepen. Indien de procureur des Konings ambtshalve is opgetreden na het schriftelijk advies van een arts, dient hij een omstandig medisch verslag te laten opstellen binnen de 24 uur. Dit kan gebeuren door dezelfde arts die het advies heeft gegeven (Rb. Gent 3 juni 1993, *T.G.R.* 1993, 104). Trad de procureur des Konings op, op verzoek van een belanghebbende dan is er reeds een omstandig medisch verslag dat bij het verzoekschrift van de procureur des Konings kan worden gevoegd. Maar het staat de procureur des Konings vrij om desgevallend zelf een omstandig medisch verslag door een andere arts te laten opstellen.

721 De vrederechter dient een beslissing te nemen binnen de 10 dagen na de indiening van het verzoekschrift (art. 9, laatste lid *j°* art. 8 § 2, tweede lid). Indien de vrederechter evenwel geen beslissing heeft genomen binnen deze termijn, dan vervalt de door de procureur des Konings bevolen opneming ter observatie (art. 9, laatste lid). De zieke krijgt dan zijn vrijheid terug. De procedure voor de vrederechter vervalt evenwel niet, zodat deze toch nog tot (her)opneming ter observatie kan beslissen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 64).

Tegen de beslissing van de vrederechter op verzoekschrift van de procureur des Konings kunnen dezelfde rechtsmiddelen worden aangevoerd als in het kader van de gemeenrechtelijke procedure (art. 30 en 31; zie boven, nr. 709 e.v.).

722 Hoewel de opneming ter observatie op grond van een beslissing van de procureur des Konings bedoeld werd als een uitzondering terwijl de opneming na een beslissing van de vrederechter op verzoekschrift van een belanghebbende de regel dient te zijn, leverde de praktijk reeds snel na de inwerkingtreding van de wet een geheel ander beeld op: tussen de 75 % tot 90 % van de opnemingen ter observatie zijn gebaseerd op een beslissing van de procureur des Konings (C. ALEXANDER, "Toepassing van de Wet Bescherming Persoon in Vlaanderen", *Panopticon* 1996, 197; M. DECLERCQ, "Le bilan de 2 ans d'application de la loi", in G. BENOIT e.a., *t.a.p.*, 80). Dit betekent dat slechts in een beperkt aantal gevallen de juridische waarborgen waarin de Wet bescherming persoon geesteszieke voorziet van bij het begin worden gerespecteerd. Merkwaardig is dat de wetgever zelf zich reeds bij deze stand van zaken lijkt te hebben neergelegd. In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp leidend tot artikel 627, 6° Ger. W. (zie boven, nr. 684) wordt gesteld: "in de meeste gevallen doet de eerste tussenkomst van de vrederechter zich voor wanneer de procureur des Konings reeds een maatregel van plaatsing in een instelling heeft bevolen" (*Parl. St.* Kamer 1992-93, nr. 1040/1, 23). Hierdoor dreigt een situatie te ontstaan die strijdig is met het E.V.R.M. doordat in de meerderheid van de gevallen niet is voldaan aan de voorwaarde van de voorafgaande rechterlijke toetsing en eerbied voor de rechten van de verdediging (M. VERRYCKEN, "Procedurele waarborgen bij dwangopname van een psychiatrische patiënt", in *Liber Amicorum E. Krings*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 357; zie ook in deze zin: Vred. Jumet (Charleroi) 18 juni 1999, *J.L.M.B.* 2001, 474; *J.T.* 1999, 665; *R.R.D.* 1999, 292, laatste rechtsoverweging).

B. AANVANG, DUUR, EINDE EN MODALITEITEN VAN DE OPNEMING TER OBSERVATIE

1. Aanvang

723 Wanneer de vrederechter het verzoek om opneming ter observatie inwilligt, wijst hij de psychiatrische dienst aan waarin de zieke ter observatie wordt opgenomen (art. 8 § 3, eerste lid). Wanneer de procureur des Konings in een spoedeisend geval beslist tot opneming ter observatie wijst hij eveneens de psychiatrische dienst aan waarin de zieke zal worden opgenomen (art. 9, eerste lid).

Onder "psychiatrische dienst" dient men te verstaan een dienst in een psychiatrisch ziekenhuis zoals bedoeld door artikel 3 Ziekenhuiswet, d.i. een ziekenhuis dat uitsluitend bestemd is voor psychiatrische patiënten. Voorts is een psychiatrische dienst een dienst neuro-psychiatrie die deel uitmaakt van een algemeen (d.i. niet-psychiatrisch) ziekenhuis. Het betreft hier de diensten die onder de kenletters A (dienst neuro-psychiatrie voor observatie en behandeling), T (dienst neuro-psychiatrie voor behandeling) en K (dienst neuro-psychiatrie voor kinderen) zijn erkend. Deze diensten worden ook wel een P.A.A.Z. genoemd, d.i. psychiatrische afdelingen van algemene ziekenhuizen In hoeverre naast de psychiatrische ziekenhuizen en de psychiatrische diensten van algemene ziekenhuizen, die hier zeker worden bedoeld (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 58) nog andere voorzieningen voor geesteszieken in aanmerking komen is niet zeker. Met name rijst deze vraag voor de zgn. plaatsen voor beschut wonen, bedoeld in artikel 6 Ziekenhuiswet en waartoe de bepalingen van deze wet bij K.B. kunnen worden uitgebreid. Plaatsen voor beschut

wonen zijn eveneens bestemd voor psychiatrische patiënten, die uit een psychiatrisch ziekenhuis worden ontslagen. De centra voor geestelijke gezondheidszorg (zie: B. Vl. Ex. 12 oktober 1988 inzake de erkenning en betoelaging van de centra voor geestelijke gezondheidszorg, *B.S.* 14 februari 1989) zijn extramurale voorzieningen (art. 1 B. Vl. Ex. 12 oktober 1988) en komen daarom niet in aanmerking voor aanwijzing tot opneming ter observatie.

724 De zieke kan de psychiatrische dienst waarnaar hij wordt verwezen voor de opneming ter observatie niet vrij kiezen.

Een voorstel om de vrederechter te verplichten bij deze aanwijzing rekening te houden met de keuze van de zieke, met de bedoeling de zieke zo dicht mogelijk bij zijn woon- of verblijfplaats te laten opnemen werd niet goedgekeurd. Vanuit medisch standpunt kan zulks niet altijd worden verantwoord, terwijl rekening zal moeten worden gehouden met de beschikbare plaatsen in een dienst (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 53).
Vermits psychiatrische diensten in het algemeen slechts over een beperkt aantal psychiaters beschikken is ook de vrije keuze van arts beperkt. Zie i.v.m. de draagwijdte van het recht op vrije keuze: artikel 6 Patiëntenrechtenwet (zie boven, nr. 327).

725 Vermits de zieke de instelling niet vrij kiest, en hij tot opneming wordt gedwongen door een rechterlijke beslissing, wordt aangenomen dat er van een contractuele relatie tussen instelling en patiënt geen sprake kan zijn. De relatie ziekenhuis-patiënt valt inderdaad buiten de contractuele sfeer wanneer de wilsovereenstemming ontbreekt (H. VANDENBERGHE, "De aansprakelijkheid der ziekenhuizen", in *Recht in beweging, Liber Amicorum R. Victor*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1973, 1093; zie over de noodzakelijke toestemming ook: T. VANSWEEVELT, "De wettelijke opdracht van het O.C.M.W. en de cumulatieve aansprakelijkheid van werkgever en gelegenheidsaansteller voor fouten van aangestelden", *R.W.* 1987-88, 297-299 en zie boven, nr. 337).

Ook de psychiatrische dienst is van haar kant niet vrij de patiënt al dan niet op te nemen, vermits de vrederechter of de procureur des Konings de dienst aanwijst. Deze aanwijzing schept in hoofde van de instelling de plicht de patiënt op te nemen ter observatie (zie hierover: S. BOVIN e.a., *a.w.*, 118-119).
Tussen de geesteszieke en de artsen verbonden aan de psychiatrische dienst waarin de zieke zich moet laten opnemen kan wel een contractuele rechtsverhouding ontstaan. Vooreerst heeft de verplichting enkel betrekking op de opname als dusdanig en niet op de behandeling (zie verder). Voorts is er wat de artsen betreft toch enige vrije keuze. Tot slot leidt "niet elke verplichting uitgaande van de overheid tot een externe dwangsituatie waarin de toestemming van de patiënt waardeloos wordt" (T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis,* Antwerpen, Maklu, 1992, 80).

726 De griffier geeft bij gerechtsbrief kennis van het vonnis van de vrederechter aan de directeur van de instelling waartoe de aangewezen psychiatrische dienst behoort (art. 8 § 3, tweede lid; op de niet-naleving van deze bepalingen staan strafsancties, zie: art. 37, tweede lid). Indien de beslissing werd genomen door de procureur des Konings dan geeft hij zelf daarvan kennis aan de directeur van de instelling. De wijze waarop de beslissing van de procureur des Konings wordt uitgevoerd, wordt bij K.B. bepaald (art. 9, vierde lid en K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van Wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke; zie voor de strafbepalingen: art. 37, tweede lid).

Onder de directeur van de instelling verstaat men de persoon die, zoals bepaald in artikel 8, 2 Ziekenhuiswet, door de beheerder belast is met de algemene leiding van de dagelijkse werking van het ziekenhuis. Het betreft niet de hoofdgeneesheer van de instelling of het medisch diensthoofd van de dienst (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 58).

727 Onmiddellijk nadat de directeur van de instelling in kennis werd gesteld van de beslissing, treft hij alle nodige maatregelen voor de opneming ter observatie van de zieke (art. 8 § 3, derde lid; de naleving hiervan is niet afdwingbaar door strafsancties). De procureur des Konings vervolgt de tenuitvoerlegging van het vonnis op de door de Koning bepaalde wijze (art. 8 § 3, vierde lid).

De opdracht die artikel 8 § 3, derde lid geeft aan de directeur van de instelling betreft niet de uitvoering van het vonnis, maar wel het treffen van alle interne maatregelen in de aangewezen dienst opdat de opneming ter observatie kan doorgaan. De directeur beschikt immers over geen enkele rechtsgeldige titel om het vonnis te doen uitvoeren. In de bevoegde Senaatscommissie vroeg een lid wat de directeur moet doen wanneer de zieke zich niet aanbiedt in de instelling en de bestuurder van de ziekenwagen die de zieke dient op te halen voor een gesloten deur staat. Om deze problemen op te vangen gaf de Commissie er de voorkeur aan de procureur des Konings te belasten met de uitvoering van het vonnis. Vandaar artikel 8 § 3, vierde lid van de Wet bescherming persoon geesteszieke. Aan de Minister van Justitie werd gevraagd in een omzendbrief de procureurs des Konings te verzoeken niet op een systematische wijze een beroep te doen op de politie om een vonnis uit te voeren (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 58-59).
Het vervoer en de overbrenging van de zieke worden verzekerd door de dienst 100 of door iedere andere, gespecialiseerde dienst die, op grond van een met de Staat gesloten overeenkomst, aanvaard hebben hun medewerking te verlenen aan een eenvormig oproepstelsel. Bij de overbrenging of het vervoer is de aanwezigheid van gekwalificeerd personeel of naargelang van het geval, van leden van de openbare macht in burger vereist (art. 10 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van art. 36 Wet bescherming persoon geesteszieke). Zie in dit verband ook: artikel 18 Wet 5 augustus 1992 op het politieambt (*B.S.* 22 december 1992).

2. *Registratie*

728 De directeur van de instelling schrijft de zieke in een register in. In dat register worden vermeld zijn identiteit, elke opneming, elk verlof of ontslag, de beslissingen betreffende de beschermingsmaatregelen die t.a.v. de zieke werden genomen en de advocaat en desgevallend de psychiater en de vertrouwenspersoon van de zieke (art. 10, eerste lid).

De Koning bepaalt de wijze waarop dit register moet worden bijgehouden (art. 10, tweede lid; zie: art. 11 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van art. 36 Wet bescherming persoon geesteszieke). De niet-naleving van de verplichting de zieke in een register in te schrijven en de wettelijk voorziene vermeldingen op te nemen is strafbaar (zie: art. 37, tweede lid). De directeur is persoonlijk verantwoordelijk voor deze verplichting (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 69). Zie ook: artikel 42 Wet bescherming persoon geesteszieke: de registers moeten worden bewaard onder de verantwoordelijkheid van de directeur van de instelling.

3. *Duur en einde van de observatie*

729 De observatie mag niet langer duren dan 40 dagen (art. 11, eerste lid).

Een minimumduur is niet in de wet voorzien. Er is discussie over de mogelijkheid dat de vrederechter een kortere duur oplegt. Volgens sommige auteurs mag de vrederechter geen kortere termijn bepalen (S. De Meuter, "De maatregelen t.a.v. de persoon van de geesteszieke",

t.a.p., 74; M. VERRYCKEN, "De vrederechter en de geesteszieke", in *De vrederechter en het gerechtelijk recht,* 156*)*. Volgens anderen behoort dat wel tot de mogelijke beslissingen van de vrederechter (G. BENOIT, "Commentaires relatifs à la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux", *T. Vred.* 1991, 274; F. DELOGNE, "La nouvelle loi de protection des malades mentaux", *Rev. not. b.* 1990, 638). De duur van de observatieperiode werd in de Senaatscommissie op kritiek onthaald. Volgens sommigen is 40 dagen te lang en krijgen de medici op die manier te lang de vrije hand. Anderen beoordeelden die duur als noodzakelijk maar ook voldoende om te komen tot een oordeel over de toestand van de zieke. Hoe dan ook, die termijn geldt als een absoluut maximum die in geen geval mag worden overschreden. Om de *dies a quo* te berekenen, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de opneming na een beslissing van de vrederechter en na een beslissing van de procureur des Konings In het eerste geval begint de termijn van 40 dagen vanaf het ogenblik van de eigenlijke opneming; in het tweede geval vanaf het ogenblik waarop de beslissing wordt genomen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 71).

730 Aan de observatie komt een einde ofwel door het verstrijken van de wettelijk voorziene duur van 40 dagen ofwel doordat tijdens de observatie een beslissing tot voortijdige beëindiging werd genomen.

Een dergelijke beslissing kan vooreerst worden genomen door de vrederechter die de beslissing tot opneming ter observatie heeft genomen. Dit vonnis wordt gewezen op verzoek van de zieke zelf of van enige belanghebbende (zie voor dit begrip, nr. 685). De vrederechter mag enkel op verzoek een einde maken aan de opneming ter observatie. Hij mag dit niet ambtshalve doen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 75). Voor de behandeling van dit verzoek dient dezelfde procedure te worden gevolgd als voor een verzoekschrift tot opneming ter observatie (art. 7 en 8), behalve wanneer het verzoek kennelijk ongegrond is en geen enkel nieuw betekenisvol element bevat. Door deze laatste bepaling heeft de wetgever willen voorkomen dat een geesteszieke van bij het begin van de observatie een verzoek tot vrijlating zou indienen en dit vervolgens zonder gegronde redenen meerdere malen zou herhalen, hetgeen de vrederechter zou verplichten telkens opnieuw de in artikelen 7 en 8 voorgeschreven procedure toe te passen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/6, 3). Alvorens uitspraak te doen, wordt steeds het advies van de geneesheer-diensthoofd gevraagd (art. 12, 1°). Het vonnis waardoor de vrederechter een verzoek tot beëindiging van de opneming ter observatie toestaat of afwijst is niet vatbaar voor enig rechtsmiddel, behalve het vonnis dat het verzoek kennelijk ongegrond verklaart (art. 12, laatste lid). Wanneer een vonnis de beschermingsmaatregel opheft, vordert de procureur des Konings de directeur van de instelling zulks onmiddellijk ter kennis te brengen van de zieke en hem mede te delen dat hij de instelling mag verlaten (art. 2 § 2 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van de Wet bescherming persoon geesteszieke). De arts die een zieke in observatie houdt zonder dat zijn toestand dit rechtvaardigt, begaat een zware inbreuk op de hem door de wet opgelegde verplichtingen, meer bepaald artikel 12 Wet bescherming persoon geesteszieke (Vred. Jumet 19 februari 1998, *Act. dr.* 2000, 515, noot P. MOREAU). Deze miskenning kan aanleiding geven tot schadeloosstelling (Vred. Jumet 6 juli 2000, *T. Vred.* 2000, 261; *T.B.B.R.* 2000, 558).

Voorts kan aan de opneming ter observatie een einde worden gemaakt door een beslissing van de procureur des Konings die de beslissing tot opneming heeft genomen, zolang de vrederechter niet heeft beslist over het door de procureur des Konings ingediende verzoekschrift (art. 12, 2°). De beslissing van de procureur des Konings heeft tot gevolg dat de zieke zijn vrijheid herwint, maar brengt niet automatisch het einde van de procedure voor de vrederechter met zich. Indien de procureur des Konings zijn verzoekschrift handhaaft, dan zal de procedure voor de vrederechter verder gaan en kan de zieke desgevallend opnieuw worden opgenomen ter observatie, korte tijd na zijn vrijlating. De procureur des Konings kan echter ook zijn verzoekschrift intrekken in welk geval de procedure tot opneming ter observatie een einde neemt. Een en ander volgt uit artikel 12, 2° *in fine*: de procureur des Konings brengt de in artikel 9 bedoelde personen op de hoogte van zijn beslissing de opneming ter observatie te beëindigen en deelt aan de vrederechter en aan deze personen mee *of* hij afziet van zijn vordering. In de Senaatscommissie werd deze regeling verantwoord door erop te wijzen dat het kan gebeuren dat een zieke zich op een bepaald ogenblik in een dergelijke toestand bevindt dat een spoedeisende opneming, na een bondig advies van een arts, noodzakelijk blijkt. Uit het omstandig medisch rapport dat vervolgens moet worden opgesteld

kan dan twijfel blijken over het verdere spoedeisend karakter van de opneming, terwijl het wel vaststaat dat de toestand van de zieke een opneming noodzakelijk maakt. In deze hypothese kan de procureur des Konings de zieke in vrijheid stellen maar de procedure voor de vrederechter verder laten lopen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 76-77; in strijd met deze interpretatie en met de bewoordingen van de wet die aan de procureur des Konings de keuze lijken te laten ("of") tussen het stopzetten of laten verder lopen van de procedure, wordt verderop in het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie de mening verdedigd dat op het ogenblik van de invrijheidstelling de procureur des Konings het verzoekschrift moet intrekken. Zou hij van mening zijn dat de opneming ter observatie buiten hoogdringendheid toch verantwoord is, dan zou hij een nieuw verzoekschrift moeten indienen. De Commissie was het met dit standpunt eens ...).
De beslissing van de procureur des Konings is niet vatbaar voor enig rechtsmiddel (art. 12, laatste lid). Er kan hier nog in herinnering worden gebracht dat de beslissing van de procureur des Konings tot opneming ter observatie vervalt wanneer hij niet binnen 24 uren het verzoekschrift heeft ingediend bij de vrederechter of indien deze geen beslissing heeft genomen binnen 10 dagen (art. 9, achtste lid; *zie boven*, nr. 718 en 720).
Ten slotte kan de opneming ter observatie worden beëindigd door een beslissing van de geneesheer-diensthoofd die in een gemotiveerd verslag vaststelt dat de toestand van de zieke de opneming niet langer rechtvaardigt (art. 12, 3°). Het diensthoofd deelt dit mee aan de zieke en aan de directeur van de instelling. Die verwittigt op zijn beurt de magistraat die de beslissing heeft genomen, de vrederechter voor wie de zaak aanhangig is, de procureur des Konings en de persoon die de opneming ter observatie heeft gevraagd. Over deze mogelijkheid die aan de geneesheer-diensthoofd wordt geboden om een einde te maken aan een opneming ter observatie bestonden in de Senaatscommissie uiteenlopende opvattingen. Sommigen vonden die mogelijkheid alleen maar verantwoord als er tegen de beslissing van het diensthoofd beroep of verzet zou kunnen worden aangetekend. Dat is echter niet het geval (art. 12, laatste lid). Volgens anderen weerspiegelt deze mogelijkheid de filosofie van de wet. Het ontnemen van de vrijheid van een geesteszieke dient een rechterlijke beslissing te zijn maar het teruggeven van die vrijheid kan door een arts worden beslist (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 76-77).

4. Modaliteiten van de opneming ter observatie

731 Gedurende de periode van opneming ter observatie wordt de zieke bewaakt, grondig onderzocht en behandeld met inachtneming van de beperkte duur van de maatregel (art. 11, eerste lid).

De bewaking van de zieke is dubbel van aard. Enerzijds houdt zij verband met het gevaar of de bedreiging welke de zieke uitmaakt voor zichzelf of voor anderen. Anderzijds dienen op basis van deze bewaking de medische gegevens te worden verzameld die moeten toelaten een beslissing te nemen i.v.m. de omzetting van de opneming ter observatie in een verder verblijf (zie verder, nr. 733; *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 72; i.v.m. de bewakingsplicht: zie verder, nr. 786). De verplichting de zieke grondig te onderzoeken moet eveneens in dit licht worden bekeken (*t.a.p.*). Dat bij het onderzoek en de behandeling de beperkte duur van de maatregel in acht moet worden genomen betekent niet dat geen medische behandeling zou mogen worden aangevat die desgevallend de periode van 40 dagen overschrijdt (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1098/4, 13).

732 De opneming ter observatie gebeurt in de psychiatrische dienst die daartoe werd aangewezen. Dit sluit evenwel niet uit dat, op grond van een beslissing van een arts van deze dienst en onder diens gezag en verantwoordelijkheid, de zieke voor een beperkte tijd, alleen of onder begeleiding, kan uitgaan noch dat hij deeltijds hetzij overdag hetzij 's nachts in de instelling verblijft (art. 11, tweede lid).

Deze beslissing dient niet, zoals de beslissing tot voortijdige beëindiging van de opneming ter observatie, te worden genomen door de arts die diensthoofd is van de psychiatrische dienst. Zij

kan worden genomen door een arts die aan deze dienst verbonden is en men mag aannemen dat dit in de regel de behandelende arts van de zieke zal zijn, vermits de wet voorschrijft dat de beslissing onder gezag en verantwoordelijkheid van de arts wordt genomen. Verantwoordelijkheid moet worden begrepen als aansprakelijkheid in de juridische betekenis die dit woord heeft (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 73; wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1098/4, 12-13). Tegen deze beslissing van de arts is geen beroep mogelijk, omdat het hier een beslissing "van zuiver interne en medische aard" betreft (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 121). De directeur van de instelling is niet bevoegd om deze beslissing te nemen (anders: de Minister van Justitie tijdens de bespreking in de Senaatscommissie, *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 73). Uit het verslag van deze bespreking kan voorts worden opgemaakt dat de arts de zieke kan laten overbrengen naar een andere dienst binnen dezelfde instelling. Zelfs zou artikel 11, tweede lid aan de arts de bevoegdheid geven de zieke tijdelijk naar een andere instelling te sturen. Maar de instelling die werd aangewezen voor de observatie, behoudt de volledige verantwoordelijkheid (*t.a.p.*). Of artikel 11, tweede lid deze draagwijdte heeft, kan nochtans worden betwijfeld. Wanneer de arts van de dienst de zieke naar een andere dienst binnen dezelfde instelling laat overbrengen moet rekening worden gehouden met artikel 10 § 2 K.B. van 18 juli 1991 ter uitvoering van artikel 36.

§ 4. Verder verblijf

A. PROCEDURE

1. Bevestiging van noodzaak van verder verblijf

733 Wanneer de toestand van de zieke zijn verder verblijf in de instelling na het verstrijken van de observatieperiode vereist, zendt de directeur van de instelling ten minste 15 dagen vóór het verstrijken van de termijn bepaald voor de opneming ter observatie, aan de bevoegde vrederechter een omstandig verslag van de geneesheer-diensthoofd dat de noodzaak van verder verblijf bevestigt (art. 13, eerste lid). Een medisch verslag dat werd ondertekend door een arts "in opdracht van de geneesheer-diensthoofd" moet als onbestaande worden beschouwd (Vred. St. Truiden 21 maart 2000, *T. Gez.* 2001-02, 203).

De directeur van de instelling is verantwoordelijk voor de tijdige verzending van het omstandig medisch verslag. Als dit te laat, d.i. later dan 15 dagen vóór het verstrijken van de opneming ter observatie, gebeurt dan is geen verder verblijf meer mogelijk (*Parl. St.* Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 82; M. VERRYCKEN, "De vrederechter en de geesteszieke", *t.a.p.*, 157). Het verslag dat niet voor de 25ste dag na de opneming ter observatie op de griffie van het vredegerecht werd neergelegd, moet als laattijdig beschouwd worden en maakt de eis tot verder verblijf ontoelaatbaar (Vred. Herne 16 oktober 1991, *T. Vred.* 1994, 90, noot B.G.). Zie hierover ook: A. KOHL, "La loi du 26 juin 1990", in *Protection des malades mentaux et incapables majeurs: Le droit belge après les réformes*, Diegem, Story-Scientia, 1996, 93. Het opstellen van het verslag is een opdracht voor de arts, hoofd van de psychiatrische dienst, maar het is de bedoeling dat dit een multidisciplinair verslag zou zijn (*t.a.p.*). Hier is geen sprake meer van een "medisch" verslag, maar van verslag zonder meer. Op het diensthoofd rust een grote verantwoordelijkheid omdat hij op overtuigende wijze zal moeten duidelijk maken dat het verder verblijf na het verlopen van de observatieperiode nodig is op een ogenblik dat er ten minste nog 15 dagen van die periode dienen te verstrijken.
De bevoegde vrederechter is deze die de beslissing tot opneming ter observatie heeft genomen (*t.a.p.*, 81). Dit omstandig verslag dient, in tegenstelling tot het omstandig medisch verslag voorafgaand aan de opneming ter observatie, wel door een medisch specialist in de psychiatrie of in de neuropsychiatrie te worden opgesteld (art. 6 § 2 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van art. 36 Wet bescherming persoon geesteszieke). Een ander belangrijk verschil is dat de wet in dit geval niet voorschrijft dat het verslag de neerslag moet vormen van de observatie van de patiënt.

2. Beslissing van de vrederechter

734 De bevoegde vrederechter spreekt zich uit over het verder verblijf met inachtneming van de artikelen 7 en 8 (art. 13, tweede lid). Hij doet uitspraak bij voorrang boven alle andere zaken (art. 13, derde lid).

Wanneer de zieke het schriftelijk advies van een arts van zijn keuze heeft overgelegd en dit advies verschilt van het advies van de geneesheer-diensthoofd hoort de rechter, in aanwezigheid van de advocaat van de zieke, beide artsen op tegenspraak (art. 13, vijfde lid).

De geneesheer-diensthoofd is een psychiater. De wet voorziet niet dat de arts die gekozen wordt door de zieke eveneens psychiater dient te zijn. Tijdens de bespreking van het ontwerp in de Senaatscommissie bleek hierover geen eensgezindheid te bestaan. Volgens de Minister van Justitie kan het om het even welke arts zijn (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 82).

735 Het vonnis van de vrederechter is niettegenstaande hoger beroep, uitvoerbaar bij voorraad (art. 30 § 2, derde lid). Krachtens artikel 34 Wet bescherming persoon geesteszieke vallen de kosten voor vervoer, opname, verblijf en behandelen in een psychiatrische dienst ten laste van de zieke zelf. Deze bepaling geldt eveneens wanneer de opname ten onrechte gebeurde en het vonnis tot dwangopname nadien in beroep wordt hervormd (Vred. Sint-Truiden 6 oktober 1998, *T. Gez.* 1998-99, 398).

Zie voor de procedure inzake hoger beroep: artikel 30 § 3 tot 6.

B. DUUR, VERLENGING, MODALITEITEN EN EINDE VAN HET VERDERE VERBLIJF

1. Duur en verlenging

736 De vrederechter stelt de duur vast van het verder verblijf. Die mag de twee jaar niet te boven gaan (art. 13, vierde lid). Na afloop van het verder verblijf wordt de zieke door de directeur van de instelling uit de dienst ontslagen behalve wanneer de vrederechter, met inachtneming van de procedure die geldt voor de omzetting van opneming ter observatie in verder verblijf, heeft gevonnist dat de zieke voor een nieuwe periode van ten hoogste 2 jaar in de instelling zal worden gehouden (art. 14; zie voor strafsancties: art. 37, tweede lid).

De directeur van de instelling deelt aan de personen die krachtens de artikelen 28 en 33 Wet bescherming persoon geesteszieke het toezicht uitoefenen, de datum en het uur mee waarop aan de beschermingsmaatregel een einde is gemaakt (art. 4 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van de Wet bescherming persoon geesteszieke).

2. Modaliteiten

a. Verblijf buiten de dienst

737 Gedurende het verdere verblijf wordt de zieke bewaakt en behandeld in de instelling die daartoe werd aangewezen.

Dit sluit evenwel niet uit dat, op grond van de beslissing van een arts van de dienst en onder diens gezag en verantwoordelijkheid de zieke voor een beperkte tijd, alleen of onder begeleiding, kan uitgaan noch dat hij, deeltijds, hetzij 's nachts hetzij overdag, in de instelling verblijft, noch dat hij met zijn instemming beroepsarbeid verricht buiten de dienst (art. 15; zie voor strafsancties: art. 37, tweede lid).

Afgezien van de mogelijkheid tot beroepsarbeid, is deze bepaling vrijwel identiek met artikel 11 tweede lid (zie boven, nr. 732 en de opmerkingen daarbij gemaakt i.v.m. de behandelend arts; zie ook: *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 84-85). De instemming beroepsarbeid te verrichten is die van de zieke; de beslissing berust bij de arts. Behalve beroepsarbeid kan ook een studie onder deze bepaling vallen (Vred. Wolvertem 10 januari 1992, *T. Vred.* 1994, 104).

b. Nazorg

738 De geneesheer-diensthoofd kan tijdens het verder verblijf te allen tijde een beslissing nemen tot nazorg buiten de instelling. De nazorg kan ten hoogste één jaar duren. Tijdens die periode blijft de maatregel van verder verblijf behouden (art. 16, eerste lid).

739 De beslissing tot nazorg wordt genomen door de arts, hoofd van de dienst. Niet door de behandelend arts zoals voor het verblijf buiten de dienst. De beslissing tot nazorg moet worden genomen in een gemotiveerd verslag en dient de voorwaarden inzake verblijfplaats, geneeskundige behandeling of maatschappelijke dienstverlening te bepalen (art. 16, eerste lid).

740 Ook is de instemming van de zieke met de beslissing tot nazorg vereist.

In de Senaatscommissie werd betwijfeld of het wel zin had de instemming van de zieke te vragen. Daarop werd geantwoord dat die instemming essentieel is voor de nazorg. Als zij wordt geweigerd, dan vormt dat een aanduiding dat nazorg nog niet aangewezen is wegens onvoldoende genezing. De instemming is noodzakelijk, niet voldoende. De uiteindelijke beslissing berust bij de arts (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 86; Rb. Charleroi 17 september 1992, *J.T.* 1993, 206: de nazorg moet worden beschouwd als een "therapeutische overeenkomst" waarmee de zieke dient in te stemmen).

741 De arts die de beslissing tot nazorg neemt, brengt de zieke en de directeur van de instelling op de hoogte. Deze laatste licht de bevoegde vrederechter in. Op zijn beurt brengt deze de beslissing ter kennis van de personen aan wie kennis is gegeven van de beslissing tot verder verblijf alsook aan de personen of overheidsorganen aan wie deze beslissing is meegedeeld (art. 16, tweede en derde lid; zie voor strafsancties: art. 37, tweede lid).

742 De voorwaarden van nazorg buiten de instelling inzake medische behandeling worden door de geneesheer-diensthoofd bepaald (art. 16, eerste lid). Volgens sommigen zou dit toelaten een gedwongen ambulante behandeling te realiseren, en dit met impliciete goedkeuring van de vrederechter die de beschermingsmaatregel uitvaardigde (C. ALEXANDER en S. GUTWIRTH, "De dwangopname van geesteszieken in evolutief perspectief", *t.a.p.*, 77). Zij gaan eraan voorbij dat artikel 16, eerste lid Wet bescherming persoon geesteszieke steeds de instemming van de zieke vergt.

743 De nazorg kan op een tweevoudige wijze worden beëindigd door de geneesheer-diensthoofd.

Wanneer hij oordeelt dat de toestand van de zieke het toelaat, doet hij de nazorg eindigen in welk geval meteen ook een einde komt aan het verder verblijf (art. 17, 1° *j°* art. 19 § 2, eerste lid). Wanneer daarentegen de geestestoestand van de zieke dit vereist of wanneer de voorwaarden verbonden aan de nazorg niet in acht worden genomen, kan de geneesheer-diensthoofd de zieke opnieuw in de dienst laten opnemen (art. 17, 2°).

De nazorg eindigt ook nog samen met het verder verblijf wanneer binnen de periode van nazorg die maximaal één jaar kan duren, niet tot zgn. wederopneming werd besloten (art. 19 § 2, tweede lid).

c. Overbrenging naar een andere dienst

744 Gedurende het verder verblijf kan de zieke naar een andere psychiatrische dienst worden overgebracht met het oog op een meer geschikte behandeling (art. 18 § 1, eerste lid).

De beslissing daartoe wordt genomen door de geneesheer-diensthoofd in overeenstemming met de geneesheer-diensthoofd van de andere dienst. Dit gebeurt op eigen initiatief van de geneesheer-diensthoofd, op verzoek van enige belanghebbende of op verzoek van een bevoegde medisch inspecteur van de psychiatrische diensten (art. 18 § 1, tweede lid). Als belanghebbende komt ook de zieke zelf in aanmerking (zie de interpretatie in die zin van de Minister van Justitie: wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1989-90, nr. 1098/4, 13; zie ook: *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 89).
De geneesheer-diensthoofd deelt zijn beslissing mee aan de zieke en wijst er hem op dat hij hiertegen verzet kan doen. Hij deelt ze voorts mee aan de vrederechter, aan de procureur des Konings evenals aan de directeur van de instelling. Die brengt op zijn beurt de beslissing van de geneesheer-diensthoofd per aangetekende brief ter kennis van de wettelijke vertegenwoordiger van de zieke, van de advocaat en desgevallend van de arts en de vertrouwenspersoon die de zieke heeft gekozen en van de persoon die de opneming ter observatie heeft gevraagd (art. 18 § 1, derde lid; zie voor strafsancties: art. 37, tweede lid).

745 De zieke, zijn wettelijke vertegenwoordiger, zijn advocaat of zijn arts en de verzoeker tot opneming ter observatie kunnen zich, binnen acht dagen na de toezending van de aangetekende brief bedoeld in artikel 18 § 1, derde lid, voor de bevoegde vrederechter verzetten tegen de beslissing waarbij de overbrenging wordt gelast of geweigerd (art. 18 § 2; zie voor de procedure dezelfde bepaling). De uitvoering van de beslissing tot overbrenging wordt opgeschort gedurende de termijn van acht dagen en gedurende het verzet (art. 18 § 2, tweede lid; zie voor strafsancties: art. 37, tweede lid). Alvorens een geesteszieke die het voorwerp uitmaakt van een beschermingsmaatregel wordt overgebracht naar een andere psychiatrische dienst, maakt de geneesheer-hoofd van dienst, ten behoeve van de geneesheer-hoofd van dienst waarnaar de geesteszieke overgebracht wordt een omstandig rapport op (art. 10 § 2 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van art. 36 Wet bescherming persoon geesteszieke; zie voor de minimale inhoud van dit verslag, dezelfde bepaling).

746 Na de overbrenging naar een andere dienst moet de zieke opnieuw in het register worden ingeschreven (art. 18 § 2, tweede lid, *in fine*; *Parl. St.* Senaat

1988-89, nr. 733/2, 90). De regels die gelden voor het verder verblijf blijven behouden (*t.a.p.*).

Het feit dat een geesteszieke in België onder dwang werd opgenomen is niet onverenigbaar met een behandeling in het buitenland, nu artikel 18 een procedure bepaalt waarbij een geesteszieke met het oog op een meer geschikte behandeling naar een andere psychiatrische dienst kan worden overgebracht. Het ziekenfonds moet tussenkomen in buitenlandse verstrekkingen wanneer een adequate behandeling van een sterk gedragsgestoorde en agressieve patiënt in een Belgische psychiatrische instelling *quasi* onmogelijk is, terwijl een behandeling in het buitenland de gezondheidstoestand van de betrokkene kan verbeteren (Arbh. Gent 16 oktober 1995, *T. Gez.* 1996-97, 38).

3. Einde van het verder verblijf

747 Aan het verder verblijf komt een einde wanneer de geneesheer-diensthoofd in een gemotiveerd verslag beslist dat het verder verblijf niet langer nodig is. In dit verslag dient deze arts vast te stellen dat de toestand van de zieke de maatregel niet langer rechtvaardigt. Deze beslissing wordt genomen uit eigen beweging of op verzoek van enige belanghebbende (art. 19 § 1).

Voorts eindigt het verder verblijf na het verstrijken van de door de vrederechter bepaalde termijn die maximaal 2 jaar kan bedragen en voorzover niet is gevonnist dat de zieke voor een nieuwe periode van ten hoogste 2 jaar in de instelling zal worden gehouden (art. 14). Het verder verblijf eindigt ook door een beslissing van de geneesheer-diensthoofd de nazorg te doen eindigen (art. 19 § 2, eerste lid) en indien binnen één jaar nazorg niet tot wederopneming is besloten (art. 19 § 2, tweede lid).

748 Tijdens de bespreking van het ontwerp in de Senaatscommissie werd de vraag gesteld of een arts al dan niet de jurisdictionele beslissing van de vrederechter mag opheffen.

Sommige leden maakten hiertegen bezwaar. Volgens hen mocht niet de indruk worden gewekt dat de arts, hoofd van de dienst, een beslissing van de vrederechter zou ongedaan kunnen maken. De beslissing van de arts diende daarom aanleiding te kunnen geven tot het instellen van rechtsmiddelen. Andere leden zagen dit anders. Het is de bedoeling van de wet de zieke te beschermen wanneer hij van zijn vrijheid dreigt te worden beroofd. Men moet minder streng zijn als het gaat om het herwinnen van die vrijheid. Men mag niet zover gaan de arts die beslist tot invrijheidstelling, te verplichten een beroep te doen op de vrederechter alvorens hij de zieke uit de dienst mag ontslaan (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 93-95). Dit tweede standpunt heeft het gehaald.

749 De geneesheer-diensthoofd deelt zijn beslissing mee aan de zieke, de procureur des Konings en aan de directeur van de instelling (art. 19 § 3, eerste lid; zie voor strafsancties: art. 37, tweede lid). De beslissing wordt onmiddellijk uitgevoerd (art. 19 § 4; zie voor strafsancties: art. 37, tweede lid) wat inhoudt dat de directeur de zieke uit de instelling ontslaat (art. 14).

750 De procureur des Konings verwittigt per aangetekende brief de magistraat die de beslissing heeft genomen, de vrederechter voor wie de zaak aanhangig is en de persoon die de opneming ter observatie heeft gevraagd (art. 19 § 3, tweede lid).

751 Deze laatste kan, binnen 5 dagen na de toezending van de aangetekende brief door de procureur des Konings, tegen de beslissing van de geneesheer-diensthoofd verzet doen, bij verzoekschrift gericht tot de bevoegde vrederechter.

Tijdens de bespreking van het ontwerp in de Senaatscommissie werd langdurig gediscussieerd over de vraag of het verzet de beslissing tot beëindiging van het verder verblijf al dan niet opschort. Daarop is in het verslag van de bespreking geen duidelijk antwoord te vinden (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 97-100; ontkennend: M. BOGAERTS, "Le maintien (articles 13 à 22 de la loi)", *t.a.p.*, 121 en 123). Men mag hierbij niet uit het oog verliezen dat de beslissing van de geneesheer-diensthoofd onmiddellijk wordt uitgevoerd (art. 19 § 4) zodat de zieke opnieuw in vrijheid is op het ogenblik dat degene die de opneming ter observatie heeft gevraagd, verzet doet. In dat licht zou een opschortend verzet weinig voorstellen. Bovendien kan de geneesheer-diensthoofd een einde maken aan het verder verblijf door de zieke eerst in nazorg te plaatsen en vervolgens de nazorg te beëindigen (art. 17, 1° en art. 19 § 2). Het is niet duidelijk of artikel 19 § 3 en artikel 20 ook gelden t.a.v. deze beslissing. Zou dat niet het geval zijn, dan is verzet tegen de beslissing tot beëindiging van het verder verblijf via de beëindiging van de nazorg niet mogelijk. Op die manier zou de mogelijke opschortende werking van het verzet gemakkelijk kunnen worden omzeild, zo dat verzet al opschortend zou werken, hetgeen geenszins vaststaat.

752 Bij de behandeling van het verzoekschrift waarbij verzet wordt gedaan, is de tussenkomst van een overeenkomstig artikel 7 § 1 aangewezen advocaat verplicht. In de oproeping van de zieke wordt vermeld dat hij het recht heeft een andere advocaat te kiezen. De vrederechter behandelt het verzoek op tegenspraak en doet uitspraak bij voorrang boven alle andere zaken (art. 20, tweede en derde lid).

753 Zodra het verder verblijf beëindigd is, worden de minderjarige of de onbekwaamverklaarde opnieuw toevertrouwd aan de persoon onder wiens gezag zij waren geplaatst (art. 21, eerste lid). In het belang van de zieke kan hij evenwel aan een andere persoon worden toevertrouwd (art. 21, tweede en derde lid). Artikel 21, tweede lid is ingegeven door de overweging dat het eventueel de in het eerste lid bedoelde personen kunnen zijn die de maatregel hebben laten nemen en het dus niet verantwoord is dat de (genezen) ziekte opnieuw aan die personen wordt toevertrouwd (*Parl. St.* Senaat, 1988-89, nr. 733/2, 104). Voor personen die ter beschikking van de regering zijn gesteld met toepassing van artikel 40 Jeugdbeschermingswet blijft die terbeschikkingstelling behouden (art. 21, vierde lid).

De directeur van de instelling deelt aan de personen die krachtens de artikelen 28 en 33 van de wet het toezicht uitoefenen de datum en het uur mee waarop aan het verder verblijf een einde wordt gemaakt (art. 4 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van de Wet bescherming persoon geesteszieke).

4. Herziening van het verder verblijf

754 Wanneer de beslissing van de vrederechter tot verder verblijf definitief is, kan de vrederechter, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de zieke of van enige belanghebbende, te allen tijde tot herziening van die beslissing overgaan (art. 22, eerste lid).

Een dergelijk verzoek moet worden gesteund door een verklaring van een arts (art. 22, tweede lid).

Hoewel dit als dusdanig niet in de wet wordt vermeld, werd in de bevoegde Senaatscommissie aangenomen dat een dergelijk verzoek in principe schriftelijk moet worden gedaan. Maar een mondeling verzoek, bv. uitgaand van de zieke zelf, is voldoende opdat de vrederechter ambtshalve zou kunnen optreden (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 108). Indien de vrederechter ambtshalve optreedt, is er geen medische verklaring vereist. Artikel 22, tweede lid eist deze verklaring slechts bij een verzoek. Als reden voor dit onderscheid werd aangevoerd dat de vrederechter in het kader van zijn toezichthoudende functie regelmatig de zieke zou bezoeken (art. 33) (*t.a.p.* 108). In al de andere gevallen is een medische verklaring wel vereist. Dit is een ontvankelijkheidsvereiste. De verklaring strekt ertoe de ernst van het verzoek te waarborgen. Omdat het niet gaat om een advies, maar de bevestiging inhoudt van een bestaande toestand, moet de verklaring niet worden gemotiveerd. De arts die de verklaring aflevert moet geen psychiater of neuroloog zijn.
Artikel 22, eerste lid maakt een onderscheid tussen de zieke of enige belanghebbende. In andere bepalingen sluit het begrip belanghebbende de zieke wel in (zie boven, nr. 685).

755 De persoon die de opneming ter observatie heeft gevraagd, wordt bij gerechtsbrief in de zaak betrokken met een uitnodiging om te verschijnen (art. 22, derde lid). De vrederechter wint steeds het advies in van de geneesheer-diensthoofd, ook wanneer hij ambtshalve is opgetreden (art. 22, vierde lid en *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 108). In geval van tegenstelling tussen het advies van de geneesheer-diensthoofd en de medische verklaring hoort de vrederechter beide artsen op tegenspraak in aanwezigheid van de partijen (art. 13, laatste lid; *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 108). De vrederechter neemt onverwijld een beslissing op tegenspraak. De tussenkomst van een aangewezen advocaat is verplicht. De zieke heeft het recht een andere advocaat te kiezen (art. 22, vierde lid).

De bevoegde Senaatscommissie besliste geen termijn te stellen aan de beslissing van de vrederechter, die onverwijld moet worden genomen. Daarbij werd opgemerkt dat ook de vrederechter onderworpen is aan deontologische regels (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 109; i.v.m. de na te leven termijn: zie boven, nr. 706).

756 Tegen een vonnis van de vrederechter geveld in toepassing van artikel 22 kan hoger beroep worden ingesteld. Dit vonnis is, niettegenstaande hoger beroep, uitvoerbaar bij voorraad (art. 30 § 2 e.v.).

In het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie werd de uitvoerbaarheid bij voorraad in het voordeel van de zieke genoemd. In feite, aldus het verslag, zal de beslissing meestal de opheffing van de maatregel tot gevolg hebben (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 124).

757 De beslissing tot herziening leidt tot de opheffing van de maatregel van verder verblijf. De zieke zal bijgevolg in vrijheid moeten worden gesteld. Wanneer een vonnis de beschermingsmaatregel opheft, vordert de procureur des Konings de directeur van de instelling dit onmiddellijk ter kennis te brengen van de zieke en hem mee te delen dat hij de instelling mag verlaten (art. 2 § 2 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van de Wet bescherming persoon geesteszieke).

AFDELING II

VERPLEGING IN EEN GEZIN

§ 1. Wettelijk kader

758 De Wet bescherming persoon geesteszieke kent twee soorten beschermingsmaatregelen nl. de behandeling in een ziekenhuis (hoofdstuk II van de wet en hierboven behandeld) en de verpleging in een gezin (hoofdstuk III van de wet).

Meer nog dan het opschrift van hoofdstuk II kan het opschrift van hoofdstuk III misleiden omtrent de ware aard van de bedoelde beschermingsmaatregel. Verpleging in een gezin heeft meerdere betekenissen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 111) en doorgaans hebben zij een positieve bijklank (eerstelijnsgezondheidszorg; mantelzorg enz.). Dit mag ons evenwel niet doen vergeten dat ook de verpleging in een gezin een beschermingsmaatregel is die aanleiding geeft tot vrijheidsbeperking (art. 1) en *in casu* gepaard gaat met verplichte afzondering en bewaking.

759 Aangezien de verpleging in een gezin een beschermingsmaatregel is moeten alle voorwaarden die artikel 2 stelt voor het treffen van zo'n maatregel, zijn vervuld (voor de bespreking van deze voorwaarden: zie boven, nr. 662).

760 De term "gezin" heeft een ruime betekenis. Het kan zowel het gezin zijn van de zieke als een ander gezin, op voorwaarde dat één persoon is aangesteld voor de bewaking en één arts die verantwoordelijk is voor de behandeling (onder dit begrip vallen ook de gezinsvervangende tehuizen) (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 111-112). Ieder milieu waarin de zieke zich voelt als in een gezin komt hiervoor in aanmerking: een opvangtehuis, een leefgemeenschap of een rusthuis. Maar het verzoek tot plaatsing van een geesteszieke in een tehuis dat hij niet kent, dat hij niet heeft gekozen en dat hij niet als zijn gezin kan beschouwen is niet in overeenstemming met artikel 23 (Rb. Bergen 11 mei 1994, *J.L.M.B.* 1995, 1054).

§ 2. Procedure leidend tot verpleging in een gezin

761 Wat de procedure betreft maakt de wet een onderscheid tussen twee fasen welke overeenstemmen met de opneming ter observatie en het verder verblijf bij gedwongen opneming in een ziekenhuis, zonder dat in dit geval de eerste fase de observatie wordt genoemd.

Gemakshalve wordt dezelfde terminologie gebruikt, ook al omdat de procedure vrijwel identiek is.

A. OBSERVATIEPERIODE

762 Tot de verpleging in een gezin kan slechts worden besloten na een verzoekschrift van een belanghebbende. Een equivalent voor de opneming ter

observatie in een spoedeisend geval na beslissing van de procureur des Konings bestaat niet. Een verzoekschrift kan worden ingediend wanneer beschermingsmaatregelen noodzakelijk blijken, maar de toestand van de geesteszieke en de omstandigheden niettemin verpleging in een gezin toelaten (G. BENOIT, "Les soins en milieu familial", *t.a.p.*, 128).

Het verzoekschrift moet voldoen aan wat bepaald is in artikel 5. De artikelen 6 en 7 zijn eveneens van toepassing.

763 De bevoegde vrederechter doet uitspraak binnen tien dagen na de indiening van het verzoekschrift bij een omstandig gemotiveerd vonnis. Tegen dit vonnis is hoger beroep mogelijk (art. 30), maar het is uitvoerbaar bij voorraad (art. 30 § 2, derde lid).

764 Indien de vrederechter het verzoek inwilligt geeft hij opdracht aan een bepaald persoon de zieke te bewaken en aan een arts de zieke te behandelen. Deze maatregel geldt voor een termijn van maximum 40 dagen (art. 24 § 1, tweede en derde lid). De arts die belast wordt met de behandeling van de zieke moet geen psychiater of neuroloog zijn. Er bestaat geen verplichting voor het gezin de bewakingsopdracht te aanvaarden (A. KOHL, "La loi du 26 juin 1990", *t.a.p.*, 108).

De procureur des Konings vordert de persoon die is aangewezen om de zieke te bewaken, deze laatste in bewaring te nemen en, in voorkomend geval, zijn vervoer of zijn overbrenging naar het gezin te laten uitvoeren (art. 3 § 1 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van de Wet bescherming persoon geesteszieke). Deze persoon deelt de personen die krachtens de artikelen 28 en 33 van de wet het toezicht uitoefenen, de datum en het uur mee waarop de beschermingsmaatregel ten uitvoer is gelegd (art. 4 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van de Wet bescherming persoon geesteszieke). De door de vrederechter aangewezen personen en hun gezin die een geesteszieke opnemen voor wie beschermingsmaatregelen noodzakelijk blijken, worden begeleid door een ziekenhuisdienst voor psychiatrische gezinsverpleging (art. 14 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van art. 36 Wet bescherming persoon geesteszieke).

B. VERDER VERBLIJF

765 Indien de toestand van de zieke zijn verder verblijf in het gezin na het verstrijken van de termijn van 40 dagen vereist, zendt de arts die belast werd met de behandeling, ten minste 15 dagen vóór het verstrijken van die termijn, aan de bevoegde vrederechter een omstandig verslag dat de noodzaak van verder verblijf bevestigt. De vrederechter doet uitspraak bij voorrang boven alle andere zaken. Hij stelt de duur vast van het verder verblijf, die twee jaar niet te boven mag gaan (art. 25, eerste t.e.m. derde lid).

De artikelen 7 en 8 zijn van overeenkomstige toepassing. Als de zieke het schriftelijk advies van de arts van zijn keuze heeft voorgelegd en dit advies verschilt van dat van de arts die met de behandeling werd belast, kan de vrederechter, in tegenwoordigheid van de advocaat van de zieke, beide artsen op tegenspraak horen (art. 25, vierde en vijfde lid). Tegen de beslissing van de vrederechter is hoger beroep mogelijk (art. 30).

§ 3. Modaliteiten van de verpleging in het gezin

766 Anders dan voor de gedwongen opneming in een psychiatrische dienst waarvoor de wetgever geen enkele specifieke bepaling inzake de behandeling heeft opgenomen, bevat artikel 27 vrij gedetailleerde voorschriften i.v.m. de behandeling van de zieke die verpleegd wordt in een gezin.

De behandelend arts ontvangt of bezoekt de zieke op geregelde tijdstippen, verstrekt aan de zieke en de persoon die opdracht heeft hem te bewaken alle nuttige raadgevingen en instructies en zendt ten minste eenmaal in het jaar een verslag aan de vrederechter waarin hij verklaart de vereiste verzorging te hebben verstrekt en waarin hij zijn advies geeft over de noodzaak de beschermingsmaatregel al dan niet te handhaven. Niet-naleving van artikel 27 is een strafbaar feit (zie: art. 37, tweede lid).

Onder de behandelend arts dient te worden verstaan de arts die de opdracht kreeg de zieke te behandelen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 116).

767 Tenminste eenmaal in het jaar bezoekt de vrederechter de zieke (art. 28).

768 Indien de vrederechter van oordeel is dat de verpleging in het gezin niet langer geschikt is, kan hij na het advies van de behandelend arts te hebben ingewonnen of na dit advies gekregen te hebben, ofwel die maatregel wijzigen, ofwel een opneming ter observatie in een psychiatrische dienst bevelen (art. 29, eerste lid).

Het wijzigen van de maatregel is de tegenhanger van de overbrenging naar een andere dienst bij gedwongen opneming. Daarom moet de procedure bepaald in artikel 18 worden gevolgd (art. 29, tweede lid). Het wijzigen van de maatregel kan inhouden dat een ander gezin of een andere arts wordt aangewezen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 119). Wanneer de vrederechter de opneming ter observatie beveelt moet de procedure van artikelen 7 en 8 worden gevolgd. De opneming ter observatie schorst de maatregel van behandeling en bewaking. Wanneer de opneming ter observatie wordt omgezet in verder verblijf dan wordt de maatregel van behandeling en bewaking opgeheven (art. 29, laatste lid).

§ 4. Opheffing of herziening van de verpleging in het gezin

769 De maatregelen van behandeling en bewaking getroffen in het kader van de verpleging in het gezin van een geesteszieke kunnen worden herzien of opgeheven volgens de procedure bepaald in artikel 22 voor de herziening van de opneming in een psychiatrische dienst door de vrederechter. Er dient een geneeskundige verklaring te worden voorgelegd waarin wordt bevestigd dat de opheffing wenselijk is (art. 26, eerste lid).

Of die geneeskundige verklaring ook nodig is wanneer de vrederechter ambtshalve tot de herziening overgaat is niet duidelijk. Vermits artikel 28 hem verplicht de zieke jaarlijks te bezoeken, zou men kunnen menen dat dit niet het geval is.
De maatregel wordt voorts nog opgeheven wanneer hij door een opneming in een psychiatrische dienst wordt vervangen (art. 29, laatste lid).
De persoon die de beschermingsmaatregel heeft gevraagd, is partij in het geding (art. 26, tweede lid).
Bij het beëindigen van de maatregel, is artikel 21 van toepassing (art. 26, derde lid).

Wanneer een vonnis de beschermingsmaatregel opheft, vordert de procureur des Konings de persoon aangewezen om de zieke te bewaken, deze laatste daarvan onmiddellijk in kennis te stellen en hem mee te delen dat hij het gezin waarin hij werd geplaatst, in voorkomend geval, mag verlaten (art. 3 § 2 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van de Wet bescherming persoon geesteszieke).

AFDELING III

JURIDISCHE EN MEDISCHE BIJSTAND VAN DE ZIEKE. TOEZICHT OP DE NALEVING VAN DE WET

§ 1. Juridische en medische bijstand

A. KLACHTRECHT. RECHT OP BRIEFWISSELING

770 Verzoekschriften of klachten uitgaande van de zieke en gericht tot de gerechtelijke of administratieve overheden of brieven van en aan de zieke mogen niet worden ingehouden of vernietigd (art. 32 § 2, eerste lid).

B. RECHT OP BEZOEK DOOR VRIJ GEKOZEN RAADSMAN

771 In iedere psychiatrische dienst kan de zieke het bezoek ontvangen van zijn advocaat, de door hem gekozen arts, van een vertrouwenspersoon binnen de perken gesteld door het huishoudelijk reglement en van ieder ander persoon voorzover hiertegen geen medische tegenindicaties bestaan (art. 32 § 2, tweede lid).

C. RECHT OP ONRECHTSTREEKSE INZAGE VAN HET REGISTER EN HET MEDISCH DOSSIER

772 De door de zieke gekozen arts en de advocaat van de zieke kunnen zich het register bedoeld in artikel 10 doen voorleggen (art. 32 § 2, derde lid). Voorts kunnen zij van een arts van de psychiatrische dienst alle inlichtingen verkrijgen die nuttig zijn voor de beoordeling van de toestand van de zieke. Ook kan de vrij gekozen arts het medisch dossier inzien, in tegenwoordigheid van een arts van de dienst. I.v.m. dit onrechtstreekse inzagerecht: zie boven, nr. 382.

De niet-naleving van deze bepalingen, alsook deze i.v.m. het klachtrecht en het bezoekrecht is een strafbaar feit (zie art. 37, tweede lid). Dit impliceert dat een arts van de psychiatrische dienst waar de zieke is opgenomen verplicht is aan de vrij gekozen arts van de patiënt maar ook aan diens advocaat alle inlichtingen te verstrekken die nuttig zijn voor de beoordeling van de toestand van de zieke. Van een schending van het medisch beroepsgeheim kan hier niet worden gesproken vermits een wet de verplichting tot bekendmaking oplegt.

§ 2. Toezicht op de naleving van de wet

773 Het toezicht op de naleving van de wet in de psychiatrische diensten wordt uitgeoefend door de procureur des Konings en de vrederechter van de

plaats waar de dienst gelegen is en door de geneesheren-inspecteurs-psychiaters die werden aangewezen door de overheden die bevoegd zijn voor het gezondheidsbeleid.

Deze magistraten en artsen alsook de deskundigen aangewezen door de rechtbank hebben toegang tot de psychiatrische diensten. Voorts kunnen zij zich de registers, gehouden ter uitvoering van deze wet en alle stukken die zij voor het volbrengen van hun taak nodig hebben, doen voorleggen (art. 33).
In de tekst die werd goedgekeurd in de Senaatscommissie werd aan de magistraten en toezichthoudende artsen de bevoegdheid gegeven zich de medische dossiers te doen voorleggen (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 138). Op voorstel van de regering werd deze bepaling geschrapt, omdat zij niet in overeenstemming was met het vertrouwelijk karakter van deze dossiers (*t.a.p.*, nr. 733/5, 12-13). De regering achtte het ontoelaatbaar dat door het overleggen van de dossiers elementen zouden worden vrijgegeven die ofwel vallen onder het beroepsgeheim ofwel zaken betreffen die de opdracht van de magistraten te buiten gaan (*t.a.p.*, nr. 733/6, 4). Door de schrapping van deze bepaling blijft het mogelijk dat in een concreet geval een toezichthoudende magistraat of arts zich een medisch dossier laat voorleggen – de wet spreekt nl. van alle stukken – doch enkel op voorwaarde dat kan worden aangetoond dat dit nodig is voor het volbrengen van hun taak. In dat geval gelden de gebruikelijke regels i.v.m. het medisch beroepsgeheim. De behandelend arts is derhalve niet verplicht de hem gevraagde documenten voor te leggen zo hij meent dat ze onder zijn zwijgplicht vallen. Zou hij toch door het beroepsgeheim gedekte gegevens aan de openbaarheid prijs geven, dan kunnen deze in geen geval tegen de zieke worden gebruikt, bv. door de magistraat in een zaak tegen de patiënt (*Hand.* Senaat 15 februari 1990, 1626, tussenkomst Minister van Justitie; in strijd hiermee bepaalt art. 9 tweede lid K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van de Wet bescherming persoon geesteszieke dat de magistraten geen inzage kunnen nemen van de stukken die onder het medisch geheim vallen (A. KOHL, "La loi du 26 juin 1990", *t.a.p.*, 127, noot 333); zie verder, nr. 1311).

774 De bij de wet bedoelde psychiatrische diensten worden, op niet nader bepaalde dagen en zonder voorafgaande publiciteit, ten minste één keer per jaar bezocht door de procureur des Konings van het arrondissement en de vrederechter van de plaats waar de de dienst gelegen is (art. 8 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van art. 36 Wet bescherming persoon geesteszieke).

De magistraten bezoeken persoonlijk de psychiatrische diensten waar zij de opgenomen patiënten ontmoeten. Zij gaan inzonderheid de regelmatigheid van het verblijf in de instelling na en de naleving van de artikelen 3 en 32 van de wet (art. 9, eerste lid K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van art. 36 Wet bescherming persoon geesteszieke).
Bij elk bezoek van de personen bedoeld in artikel 33 wordt hen het register (zie art. 10) voorgelegd; zij brengen er hun visum op aan en, zo daartoe aanleiding bestaat, tekenen zij er hun bemerkingen in op.
Teneinde deze magistraten in staat te stellen hun toezicht uit te oefenen, moeten de psychiatrische diensten het huishoudelijk regelement waarover zij dienen te beschikken, ter kennis brengen van de procureur des Konings en van de vrederechter van de plaats waar de dienst is gelegen en van de vrederechter die de beschermingsmaatregelen heeft genomen (art. 3 § 1 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van art. 36 Wet bescherming persoon geesteszieke).
De psychiatrische diensten moeten een jaarverslag opmaken met de lijst van de patiënten die, ten gevolge van een beschermingsmaatregel in de dienst werden opgenomen.
Dit jaarverslag wordt overgemaakt aan de door de bevoegde overheid aangewezen geneesheer-inspecteurs-psychiaters, aan de vrederechter van de plaats waar de dienst gelegen is en aan de procureur des Konings (art. 4 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van art. 36 Wet bescherming persoon geesteszieke). Zie voor het toezicht op de zieken die in een gezin werden geplaatst: art. 28 Wet bescherming persoon geesteszieke.

775 Iedere belemmering van het toezicht wordt gestraft met de straffen bepaald in artikel 37, eerste lid (art. 37, derde lid). Indien het misdrijf is gepleegd met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, wordt de schuldige gestraft met gevangenisstraf van 3 maanden tot 1 jaar en/of geldboete van 26 tot 5.000 euro (art. 37, vierde lid).

§ 3. Ontvluchting

776 In geval van ontvluchting van een geesteszieke doet de directeur van de instelling al het nodige voor zijn wederopneming in de instelling. Hij geeft onmiddellijk bericht van de ontvluchting en, in voorkomend geval, van de wederopneming aan de persoon die om de opneming ter observatie heeft verzocht, aan de procureur des Konings en aan de vrederechter (art. 10 K.B. 18 juli 1991 ter uitvoering van de Wet bescherming persoon geesteszieke).

HOOFDSTUK II

DE MEDISCHE BEHANDELING VAN DE GEESTESZIEKE

AFDELING I

WETTELIJKE REGELING

777 De Wet bescherming persoon geesteszieke bevat geen omvattende regeling i.v.m. de medische behandeling van de geesteszieken t.a.v. wie een beschermingsmaatregel is getroffen. Wel wordt op verschillende plaatsen in de wet verwezen naar de behandeling van deze zieken. Zoals reeds werd opgemerkt (zie boven, nr. 664) kan deze verwijzing misleiden omtrent de werkelijke aard van de maatregel.

Zo luidt het opschrift van hoofdstuk II "Behandeling in een ziekenhuis", terwijl nergens in dat hoofdstuk een bepaling is opgenomen die concreet verband houdt met de medische behandeling van een onder dwang opgenomen geesteszieke. In dit opzicht is dit opschrift vergelijkbaar met de titel van de vroegere Krankzinnigenwet. Die luidde "wet op de behandeling van de krankzinnigen" (K.B. 15 mei 1931 waarbij de Nederlandse tekst van de Krankzinnigenwet van 18 juni 1850 officieel werd aangenomen, *B.S.* 8 juni 1931). Nergens regelde deze wet de medische behandeling van de geplaatste patiënten. Dat was overigens ook niet de bedoeling vermits zij in de eerste plaats de gedwongen plaatsing wilde mogelijk maken. De nieuwe wet daarentegen heeft wel als eerste bekommernis te voorzien in de medische behandeling van de opgenomen geesteszieken (zie boven, nr. 664). Het wekt verwondering dat deze bekommernis niet in de wet is uitgewerkt (zie ook: H. RONSE, "De bescherming van de persoon van de geesteszieke", *Vl. T. Gez.* 1989-90, 55).

778 Niettemin bevat de nieuwe Wet bescherming persoon geesteszieke bepalingen waarin voorschriften worden geformuleerd t.a.v. de behandeling van de geesteszieken.

Er kan worden herinnerd aan artikel 27 dat betrekking heeft op geesteszieken die verpleegd worden in een gezin. Maar vooral artikel 32 § 1 is hier van belang.

Volgens deze bepaling wordt iedere geesteszieke behandeld met eerbiediging van zijn vrijheid van mening, van zijn godsdienstige en filosofische overtuiging en op zulke wijze dat zijn lichamelijke en geestelijke gezondheid, zijn sociale en gezinscontacten en zijn culturele ontplooiing in de hand worden gewerkt. In deze bepaling kan men het recht op bescherming van de lichamelijke en geestelijke gezondheid en het recht op behandeling lezen, zij het dat niet wordt aangegeven jegens wie deze rechten gelden. Onduidelijk is ook wie onder "iedere geesteszieke" dient te worden begrepen. Zeker de geesteszieke t.a.v. wie een beschermingsmaatregel werd getroffen. Maar ook de vrij opgenomen geesteszieken zouden zich op deze bepaling kunnen beroepen. Deze geesteszieken vallen niet volledig buiten het toepassingsgebied van de wet, nu artikel 3 bepaalt dat degene die zich vrij laat opnemen in een psychiatrische dienst, deze te allen tijde kan verlaten. Bovendien is artikel 32 § 1 opgenomen onder hoofdstuk V van de wet, met het ruime opschrift: "Algemene bepalingen".

779 In het wetsontwerp dat werd neergelegd ter bespreking in de Senaatscommissie kwamen, naast wat artikel 32 § 1 van de wet werd, nog andere

bepalingen voor die de medische behandeling van de geesteszieken aan voorschriften onderwierpen.

Evenals artikel 32 § 1, werden die voorschriften ontleend aan de Aanbeveling R (83) 2 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa betreffende de rechtsbescherming van gedwongen opgenomen geesteszieken, meer bepaald artikel 5.
Het ontwerpartikel 32 § 1 dat overeenstemde met artikel 5 § 1 van deze aanbeveling, kende aan de onder dwang opgenomen geestesziekе het recht op behandeling toe onder dezelfde voorwaarden als voor de vrij opgenomen geesteszieke. Om nogal duistere redenen werd deze tekst niet aangenomen. "Eigenlijk gaat het om een soort ethische regel", terwijl nog werd opgemerkt dat de thans opgenomen geesteszieken zich niet noodzakelijk in dezelfde omstandigheden bevinden als de andere zieken "namelijk op architecturaal gebied" (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 132).
Artikel 32 § 2 bevatte een strikte regeling voor de toepassing van een behandeling die door de medische wetenschap nog niet algemeen is aanvaard en waarbij een ernstig risico op onherroepelijke beschadiging van de hersenen of verslechtering van de persoonlijkheid van de patiënt bestaat. Ook deze regeling werd geïnspireerd door artikel 5 § 2 van de Aanbeveling R (83) 2. Blijkens het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie kon dit voorstel op weinig sympathie rekenen bij de commissieleden. Terwijl zij, tot in de kleinste details, de procedurele aspecten van de gedwongen opneming van geesteszieken wilden regelen, zagen zij nu "geen enkele reden om in een wet voor geesteszieken een bepaling op te nemen die voor gewone patiënten niet zou gelden". Het argument dat het hier een erg kwetsbare groep patiënten betreft, die vatbaar is voor grote druk werd als een argument tegen bijzondere regels gebruikt: "Met een zeer beperkte wetgeving m.b.t. de geesteszieken zou men de verkeerde indruk kunnen geven dat alles mag worden gedaan wat niet uitdrukkelijk verboden is" (*t.a.p.*).
Om toch maar niet tot regeling van het medisch handelen te moeten overgaan werd niet teruggedeinsd voor redeneringen die in de negentiende eeuw geldig waren: "Een ander lid wees erop dat men hier geen codex voor medische deontologie moet opstellen vermits deze al bestaat en voor alle zieken en voor alle medici geldt. In deze wet moet men alleen bepalen welke de waarborgen zijn die eraan worden toegevoegd voor personen die van hun vrijheid zijn beroofd" (*Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/2, 135).

Om identieke redenen werd het ontwerpartikel 32 § 2, dat geïnspireerd werd door artikel 5 § 3 van de Aanbeveling R (83) 2, afgewezen. Volgens dit artikel was het "experimenteren" of uittesten van medische producten of technieken op geesteszieken slechts toegelaten indien de patiënt of zijn vertegenwoordiger erin heeft toegestemd en na het advies van een commissie voor medische ethiek. Een commissielid ging zover het bepaalde in deze § strijdig met "de rechtspraak" te beschouwen. "Experiment-overeenkomsten worden door de rechtbanken niet geldig verklaard, tenzij zij verantwoord zijn door de doelgerichtheid van de behandeling" (*t.a.p.*, 133). Het commissielid moet dan wel naar Franse rechtspraak hebben verwezen, vermits in België ter zake geen rechterlijke uitspraken bestaan.
Ten slotte, aldus het verslag van de bespreking, werd beslist de § 2 en 3 van de voorgestelde tekst weg te laten "en deze materie voorlopig aan de medische deontologie over te laten" (*t.a.p.*, 135).

780 Het resultaat van deze besprekingen is ontgoochelend. Afgezien van enkele vage verwijzingen naar de behandeling van onder dwang opgenomen geesteszieken, bevat de wet zelfs geen aanzet voor een minimale rechtspositieregeling voor deze zieken als patiënten (zie in dezelfde zin: J. GILLARDIN, *t.a.p.*, 12-13).

AFDELING II

JURIDISCHE GRONDSLAG VOOR DE BEHANDELING VAN EEN ONDER DWANG OPGENOMEN GEESTESZIEKE

781 De juridische positie waarin een onder dwang opgenomen geesteszieke terecht komt vertoont enerzijds gelijkenis met de positie van de vrij opgenomen zieke maar anderzijds zijn er ook belangrijke verschillen.

§ 1. Handelingsbekwaamheid

782 Voorzover de opgenomen geesteszieke niet onder een beschermingsstatuut valt waardoor zijn handelingsonbekwaamheid wordt opgeheven of beperkt, is een dergelijke patiënt handelingsbekwaam (F. SWENNEN, *a.w.*, 93).

Wat zijn persoon betreft kan de onder dwang opgenomen geesteszieke geldig rechtshandelingen stellen, voorzover alle andere voorwaarden daartoe zijn vervuld. Zo dient het niet *a fortiori* te worden uitgesloten dat een onder dwang opgenomen patiënt in een contractuele relatie staat tot een door hem vrij gekozen arts (T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 80). Op deze rechtsverhouding is de Patiëntenrechtenwet van toepassing.

§ 2. Beslissingsbekwaamheid

783 Hoewel een onder dwang opgenomen geesteszieke wat zijn persoon betreft bekwaam blijft kan de rechter, in voorkomend geval, uit het feit dat de betrokkene onder dwang ofwel in een ziekenhuis werd opgenomen ofwel in een gezin wordt verpleegd een feitelijk vermoeden afleiden van "beslissingsonbekwaamheid" (D. SIMOENS, "Recente wetgeving ter bescherming van de persoon en de goederen van fysiek of mentaal gehandicapte personen", *t.a.p.*, 356; F. SWENNEN, *a.w.*, 93; T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 334).

Wanneer de behandelend psychiater van mening is dat de geesteszieke zijn rechten als patiënt niet zelf kan uitoefenen, geldt artikel 14 Patiëntenrechtenwet. Voor de behandeling van de patiënt is dan de toestemming van zijn vertegenwoordiger vereist.
Achterhaald is de opvatting dat het uitgesloten is dat de onder dwang opgenomen patiënt bekwaam is om op een vrije en volwaardige wijze zijn wil te uiten (in die zin: A. VAN OEVELEN, "De aansprakelijkheid jegens psychisch gehandicapten", *R.G.A.R.* 1980, 10.151, nr. 5). Hoewel men deze opvatting ook aantreft in de voorbereidende werken van de Wet bescherming persoon geesteszieke bevat diezelfde wet een aantal bepalingen waaruit een ander standpunt blijkt. Met de instemming van de zieke mag een arts van de psychiatrische dienst hem beroepsarbeid laten verrichten buiten de dienst (art. 15). De geneesheer-diensthoofd kan, eveneens met instemming van de zieke, een beslissing nemen tot nazorg buiten de instelling (art. 16). Voorts kan men in artikel 32 § 1, hoe vaag het ook is geformuleerd, een erkenning lezen van de principiële bekwaamheid van de onder dwang opgenomen patiënt toe te stemmen in de behandelingen waaraan men hem wenst te onderwerpen ("eerbiediging van zijn vrijheid van mening en overtuiging", de behandeling moet gericht zijn op zijn sociale en culturele ontplooiing; het lijkt in contradictie met die eis hem te onderwerpen aan behandelingen waarin hij niet toestemt).

§ 3. Geen vrije keuze van ziekenhuis en feitelijk beperkte keuze van arts

784 Een belangrijk principieel verschil in vergelijking met de vrij opgenomen patiënt is dat de onder dwang opgenomen patiënt niet vrij de psychiatrische dienst kan kiezen waarin hij wordt behandeld (zie boven, nr. 724). Aangezien aan deze diensten medische stafleden vast zijn verbonden, is ook de vrije keuze van psychiater sterk beperkt. Die vrije keuze bestaat zelfs in het geheel niet wanneer de patiënt wordt verpleegd in een gezin na een beslissing van de vrederechter. Die geeft opdracht aan een arts de zieke te behandelen (art. 24 § 1, tweede lid; zie boven, nr. 764).

§ 4. Dwangbehandeling

785 Biedt de gedwongen opname in een psychiatrische dienst een wettelijke grondslag om een patiënt onder dwang aan een behandeling te onderwerpen?

De wetgever heeft onvoldoende aandacht gehad voor het probleem van de behandeling onder dwang (M. BOGAERTS, "Le maintien (articles 13 à 22 de la loi)", *t.a.p.*, 114). Wel wordt op meerdere plaatsen in het verslag van de bespreking in de Senaatscommissie de indruk gewekt dat de gedwongen opname de behandeling van een geesteszieke die deze weigert, moet mogelijk maken (zie boven, nr. 664 e.v.). Daarbij wordt er van uit gegaan dat de gedwongen opname op zichzelf al een schok zou veroorzaken bij de betrokkene die meebrengt dat hij alsnog zijn toestemming geeft of minstens zijn weigerachtige houding van tevoren aflegt. In deze zin ook: J. GILLARDIN, "Les droits de l'homme, fondements de la loi du 26 juin 1990", in G. BENOIT e.a. (ed.), *t.a.p.*, 18-19. Deze opvatting is in zijn algemeenheid in strijd met artikel 3 E.V.R.M. en de interpretatie die hieraan werd gegeven door het Hof Mensenrechten. Volgens het Hof is een medische dwangbehandeling niet strijdig met artikel 3 E.V.R.M. indien zij vanuit medisch oogpunt noodzakelijk is en in overeenstemming met de geldende medische standaard. De beslissingsmacht om bepaalde therapeutische middelen aan te wenden, desnoods onder dwang, om de fysieke en psychische gezondheid te vrijwaren van zieken die volstrekt niet in staat zijn tot zelfbeschikking en waarvoor zij de verantwoordelijkheid dragen, behoort de artsen toe. Of artikel 3 E.R.V.M. is geschonden, hangt af van de therapeutische noodzaak van de behandeling, maar in beginsel kan een medische dwangbehandeling niet onmenselijk of vernederend zijn (Hof Mensenrechten 24 september 1992 (Herczegfalvy t. Oostenrijk), *Rev. trim. D.H.* 1993, 431, noot CALLEWAERT; zie ook: Chr. HENNAU-HUBLET, "Privation de liberté et traitement médical", in *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs: Le droit belge après les réformes*, Diegem, Story-Scientia, 1996, 139-141). Deze uitspraak mag niet zonder meer worden uitgebreid naar wilsbekwame en naar gedeeltelijk wilsonbewame geesteszieken.
In het belang van de rechtsbescherming van de zieken tegen wie een beschermingsmaatregel is genomen, dringt een wettelijke regeling zich op. Artikel 7 E.V.R.M.B. legt eveneens een wettelijke regeling op.

AFDELING III

AANSPRAKELIJKHEID JEGENS GEESTESZIEKEN

786 De aansprakelijkheid van de psychiater wordt beheerst door de algemene regels van de medische aansprakelijkheid (A. VAN OEVELEN, *t.a.p.*, nr. 17; zie ook: R. HEYLEN, "De aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor geesteszieken", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 441; R. HEYLEN, "De aansprakelijkheid

van de psychiater bij zelfmoord in het ziekenhuis", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 446; T. VANSWEEVELT, "Aansprakelijkheid jegens geesteszieken", *R.W.* 1986-87, 1760; F. DEWALLENS, "De aansprakelijkheid van de psychiater voor het schaderverwekkend gedrag van zijn ambulant of vrijwillig opgenomen patiënt", *Vl. T. Gez.* 1994-95, 5-18; *Panopticon* 1996, 48-66; F. DEWALLENS, "De omvang en de draagwijdte van de bewakingsplicht voor psychiatrische patiënten die verblijven in een geïsoleerde A-dienst", *Vl. T. Gez.* 1991-92, 295-301, noot onder Rb. Tongeren 2 september 1991).

Toepasselijkheid van de algemene regels van de medische aansprakelijkheid impliceert dat de psychiater niet aansprakelijk kan worden gehouden voor elk ongeval waardoor aan de geesteszieke schade wordt toegebracht. De psychiater gaat een inspanningsverbintenis aan, geen resultaatsverbintenis. Hij verbindt er zich niet toe zijn patiënt te genezen, maar wel om hem op nauwgezette en vakkundige wijze te verzorgen, overeenkomstig de stand van de huidige medische kennis (A. VAN OEVELEN, *t.a.p.*, nr. 17; T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 1763; F. DEWALLENS, *t.a.p.*, 16).

Aldus zal de psychiater kunnen worden aangesproken wanneer hij, niet handelend als een zorgvuldig psychiater in dezelfde omstandigheden, zich vergist in de voorgeschreven therapie of wanneer hij na de patiënt te hebben onderzocht aan het personeel van de instelling geen voorzorgsmaatregelen of versterkt toezicht voorschrijft. Eveneens wanneer hij de patiënt voortijdig, voor een te lange periode of zonder noodzakelijke voorschriften de toelating verleent de instelling te verlaten. Hoewel het ziekenhuis voor de eigenlijke bewaking moet instaan, dient de psychiater de passende bewakingsmaatregelen voor te schrijven, rekening houdend met de psychische toestand van de patiënt, zijn antecedenten, de inlichtingen die van zijn familie werden bekomen. De bewaking, niet de materiële uitvoering ervan, maar het stellen van de grenzen, wordt geacht een integrerend deel uit te maken van de therapie, welke tot de exclusieve bevoegdheid van de psychiater behoort.

787 Wat het uitvoeren van de door de psychiater voorgeschreven bewaking door de psychiatrische instelling betreft, wordt thans algemeen aanvaard dat dit een inspanningsverbintenis is, geen resultaatsverbintenis (Cass. 8 oktober 1999, *De Verz.* 2003, 152 noot V. DESMET, "La responsabilité contractuelle de l'hôpital"; A. VAN OEVELEN, *t.a.p.*, nr. 18; T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 1761; Rb. Hasselt 7 april 1986, *R.W.* 1986-87, 1757 noot VANSWEEVELT; *Limb. Rechtsl.* 1986, 192; Rb. Antwerpen 3 oktober 1986, *R.W.* 1986-87, 2162; Gent 15 januari 1991, *Vl. T. Gez.* 1991-92, 302 en 305 en F. DEWALLENS, *t.a.p.*, 16; Antwerpen 19 januari 1998, *T. Gez.* 1998-99, 309; Rb. Tongeren 13 oktober 1999, *T. Gez.* 2000-01, 313; Rb. Ieper 7 april 2000, *T. Gez.* 2001-02, 196).

K.B. 15 februari 1974 bepaalt dat in een dienst neuro-psychiatrie voor observatie en behandeling van type A, de ramen voorzien moeten zijn van veiligheidsverplichtingen. Deze norm komt voor onder de bepalingen die betrekking hebben op de kamers voor patiënten. Aldus is deze norm niet van toepassing op een keuken die niet voor patiënten bestemd is (Cass. 19 juni 1997, *Arr. Cass.* 1997, 665, *Pas.* 1997, I, 693; *T. Gez.* 1999-2000, 37). In de afdeling neurologie gelden geen specifieke wettelijke veiligheidsvereisten. Indien toch veiligheidsmechanismen op de ramen aanwezig zijn moeten zij ook werken (Rb. Brugge 10 juni 1998, *T. Gez.* 1999-2000, 41).

788 De bewakingsverplichting jegens onder dwang opgenomen geesteszieken houdt evenmin een resultaatsverbintenis in (Luik 26 mei 1981, *Jur. Liège*

1981, 401-402; Rb. Namen 16 januari 1961, *Bull. ass.* 1963, 595 noot M.G. die de stelling verdedigde dat de bewakingsplicht t.a.v. geesteszieken een resultaatsverbintenis inhoudt).

Interessant in dit verband is een overweging in Brussel 12 januari 1973, *R.W.* 1973-74, 199 noot L. DE WILDE: "overwegende dat de vooropgestelde aansprakelijkheidsverzwaring met resultaatsverbintenis inzake paramedische bewaking van geesteszieken – *de lege ferenda* – wellicht, bij psychiatrische verpleging in gesloten inrichting na collocatie, haar verantwoording zou kunnen vinden in het wezen zelf van deze administratieve maatregel". Bij de vervanging van de Krankzinnigenwet door de Wet persoon geesteszieke werd wel op diverse plaatsen de aansprakelijkheid van de psychiater en de instelling ter sprake gebracht, maar een wijziging van de algemene aansprakelijkheidsregels werd niet doorgevoerd. Voor de aansprakelijkheid ingeval van zelfmoord: zie verder, nr. 947.

TITEL VII

ARTS EN PATIËNT AAN HET LEVENSEINDE. ARTS EN OVERLEDEN PATIËNT

HOOFDSTUK I

ARTS EN PATIËNT AAN HET LEVENSEINDE

789 In dit hoofdstuk worden de rechten en de plichten onderzocht die de arts heeft tegenover een patiënt die het al dan niet zelfgekozen levenseinde heeft bereikt. Het gaat vaak, maar niet uitsluitend (zie verder, euthanasie) om een stervende patiënt, dit is een patiënt bij wie de dood nog niet is ingetreden maar die zich bevindt in een niet meer omkeerbaar proces dat onvermijdelijk tot de dood zal leiden.

Aldus de patiënt in de eindfase van een chronische aandoening als longkanker, degeneratieve neurologische aandoeningen enz. De therapeutische mogelijkheden zijn uitgeput; de prognose is op korte termijn infaust.

De rechten en plichten van de arts tegenover de patiënt aan het einde van zijn leven zijn neergelegd in de Wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie (*B.S.* 22 juni 2002), de Wet van 14 juni 2002 betreffende de palliatieve zorg (*B.S.* 22 oktober 2002) en de Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt (*B.S.* 26 september 2002). Zie voor een grondige bespreking van laatstgenoemde wet: titel III. Daarnaast moet worden rekening gehouden met algemene bepalingen uit het burgerlijk recht en het strafrecht.

Het is gebruikelijk om de medische beslissingen bij het levenseinde samen te bespreken onder de noemer "medische beslissingen bij het levenseinde" (zie: F. VAN NESTE, "Medische beslissingen omtrent het levenseinde" in X., *Ter wille van Mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 158) of ook wel "handelingen van artsen bij het levenseinde van hun patiënten (HALP)" (F. DELIENS en J. BILSEN, *Handelingen van Hasseltse artsen rond het levenseinde van hun patiënten*, Brussel, VUB, 1998, 121 p.). Behalve euthanasie, worden daartoe gerekend (in de volgorde zoals ze hieronder zullen worden besproken): het staken of nalaten van een medisch zinloze behandeling, pijnbestrijding met levensverkortend effect, palliatieve (terminale) sedatie, levensbeëindigend handelen zonder verzoek van de patiënt en hulp bij zelfdoding. I.v.m. de weigering van een nog zinvolle, levensreddende behandeling: zie boven, nr. 371.

AFDELING I

STAKEN OF NALATEN VAN EEN MEDISCH ZINLOZE HANDELING

790 Hoever strekt de hulpverleningsplicht (zie boven, nr. 334 e.v.) van een arts wanneer hij met een stervende patiënt wordt geconfronteerd? Mag de hulpverlening worden stopgezet? Mag hij weigeren een behandeling in te zetten? En welk belang dient in dit kader te worden gehecht aan het verzoek van de patiënt of zijn familie?

791 Wanneer men aan een arts een verwijt maakt, dan is het zeer dikwijls zijn nalaten: een ingreep die niet of te laat gebeurde; informatie die niet werd verstrekt; toestemming die niet werd gevraagd (zie: C. HENNAU-HUBLET,

L'activité médicale et le droit pénal, nr. 71). Het ligt dan ook niet voor de hand dat het nalaten of staken van een medische handeling tegenover een stervende patiënt zonder meer positief en als juridisch gerechtvaardigd zal worden beoordeeld. Dat het recht mogelijks zelfs zou dwingen tot een nalaten lijkt op het eerste gezicht wel helemaal onwezenlijk.

792 Het Sw. kent een aantal zgn. onthoudingsmisdrijven of omissiedelicten die voor de hier besproken problematiek van belang kunnen zijn.

Het betreft de artikelen 425 Sw. (opzettelijk onthouden van voedsel of verzorging aan een minderjarige of onbekwame, voorheen art. 401*bis* Sw.), 426 Sw. (nalaten van het onderhoud van een minderjarige of onbekwame, voorheen art. 420*bis* Sw.) en 422*bis* Sw. (niet-verlenen van hulp aan een persoon in groot gevaar).

Naast deze zgn. eigenlijke onthoudingsmisdrijven dient rekening te worden gehouden met de zgn. oneigenlijke onthoudingsmisdrijven. Dit zijn misdrijven waarvan de delictomschrijving een verbiedend rechtsvoorschrift inhoudt, maar waarbij de strafbare gedraging niettemin kan bestaan in een niet-handelen. Aldus kan doodslag door een nalaten gebeuren. Vermits we er hier zijn vanuit gegaan dat het staken of nalaten van een medisch handelen gebeurt om nodeloze verlenging van pijn en lijden te vermijden en niet om opzettelijk het leven te verkorten blijft deze categorie buiten beschouwing. We beperken ons hier tot het "eigenlijke" nalaten. Daarbij is het aangewezen om nog een onderscheid te maken tussen artikel 425 Sw. en artikel 426 Sw. aan de ene kant en artikel 422*bis* Sw. aan de andere kant omdat artikel 425 Sw. en artikel 426 Sw. een situatie betreffen waarin door het verzuim een gezondheidsgevaar ontstaat, terwijl artikel 422*bis* Sw. een reeds bestaand groot gevaar betreft.

§ 1. Artikelen 425 Sw. en 426 Sw.

793 Over de toepasbaarheid van de artikelen 401*bis* Sw. en 420*bis* Sw. t.a.v. het nalaten of staken van een medische behandeling bestonden in de literatuur uiteenlopende opvattingen.

In zijn kritiek (X. DIJON, "Entre le droit et la mort", *J.T.* 1985, 33) op het voorstel van wet betreffende de hardnekkige voortzetting van een uitzichtloze therapie, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 738/1, (Gillet) heeft DIJON opgemerkt dat geen van beide artikelen ooit is toegepast op de arts die een medisch zinloze behandeling bij een stervende patiënt nalaat of staakt. Het wetsvoorstel amendeerde beide artikelen in deze zin dat zij niet van toepassing zouden zijn op de arts die "afziet van een behandeling of van een reanimatie die enkel de kunstmatige levensverlenging tot doel heeft bij een zieke die lijdt aan een ongeneeslijke kwaal van pathologische oorsprong of veroorzaakt door een ongeval". GILLET (die de indiener was van het bekritiseerde wetsvoorstel) gaf toe dat geen van beide artikelen op een arts in een dergelijke situatie was toegepast; zijn voorstel strekte ertoe te verhinderen dat het ooit tot een vervolging zou komen (R. GILLET, "Ethische problemen in verband met euthanasie", in *Verslagen van de Belgische Vereniging voor Medische Ethiek en Moraal,* 1985, afl. 10, 193). Het wetsvoorstel werd nooit goedgekeurd en tot een vervolging o; basis van één van die bepalingen is het nooit gekomen.

794 Een eerste vraag die in dit verband opduikt is of de artikelen 425 en 426 Sw. überhaupt wel toepasselijk zijn op artsen vermits in deze artikelen sprake is van "verzorging" (art. 425) en "onderhoud" (art. 426), wat eerder wijst op voedsel, drank, kleding, hygiëne enz. dan op medische hulp in de eigenlijke betekenis van het woord.

TROUSSE heeft zich in verband met de artikelen 401*bis* en 420*bis* Sw. afgevraagd of het staken van een medische behandeling wel werd bedoeld in deze artikelen. Hij gaf toe dat de voorbereidende werken van de Wet van 15 mei 1912 die heeft geleid tot artikel 401*bis* Sw. en artikel 420*bis* Sw. slechts weinig verduidelijkingen hieromtrent bevatten, maar uit een aantal door hem aangehaalde parlementaire commentaren blijkt toch dat voornamelijk werd gedacht aan het onthouden van essentiële, elementaire en dagdagelijkse verzorging (E. TROUSSE, "L'orthothanasie par omission de secours", *R.D.P.* 1950-51, 1105-1106). Toch is het volgens TROUSSE niet in strijd met de gewone en redelijke uitlegging van deze bepalingen indien daaronder ook de medische behandeling wordt verstaan.
Gelet op de bewoordingen van artikel 425 en artikel 426 Sw. is een enge interpretatie ervan verdedigbaar. Het nalaten of staken van een medische handeling kan in de regel niet worden beschouwd als het onthouden van voedsel of verzorging. Zich voeden en zich verzorgen zijn activiteiten die behoren tot het dagelijkse leven en de tussenkomst van een arts is hiervoor niet vereist. In Nederland (en elders) is wel de vraag gerezen in hoeverre het toedienen van voeding en vocht in bijzondere omstandigheden toch als een medische handeling moet worden beschouwd, en het nalaten of staken ervan als het nalaten of staken van een medische handeling. De kwestie kwam aan de orde in de zaak Stinissen, een patiënte die jarenlang in coma lag, wel zelf ademde maar kunstmatig werd gevoed. De echtgenoot van de patiënte stelde een vordering in om de kunstmatige toediening van voedsel en vocht te doen stoppen. Deze vordering werd zowel in eerste aanleg als beroep afgewezen. De gedachte dat kunstmatige voeding in een geval als dit als een medische handeling moet worden beschouwd en dat het oordeel over de zin van de voortzetting ervan in beginsel een medisch oordeel is, heeft daarbij een belangrijke rol gespeeld (Rb. Almelo 1 juli 1987, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1987, 50; Hof Arnhem 31 oktober 1989, *N.J.B.* 1989, 1434; in dezelfde zin: H.J.J. LEENEN, *Handboek Gezondheidsrecht* Deel I, 1988, 300-301, die ook Amerikaanse jurisprudentie aanhaalt die tot soortgelijke maar tevens andersluidende uitspraken is gekomen en J.H. HUBBEN, "Gezondheidsrecht: beginselen of belangenafweging. De zaken baby Ross en Stinissen", *N.J.B.* 1989, 1588-1590). GEVERS is genuanceerder. Hij ontkent niet dat kunstmatige voeding en vochttoediening bij comateuze patiënten medische aspecten heeft en dat in de internationale literatuur op die grond er voor wordt gepleit om in zo'n situatie van medisch handelen te spreken. Consensus hierover ontbreekt evenwel omdat, hoe dan ook, kunstmatige toediening van voedsel en vocht in belangrijke mate het karakter van verzorging blijft behouden. GEVERS maakt dan, zich in zekere mate steunend op LEENEN, een onderscheid tussen het staken van voedsel- en vochttoediening dat leidt tot een spoedig intreden van de dood en het staken van voedsel- en vochttoediening dat slechts geleidelijk tot verhongering en uitdroging leidt. Het feit dat het staken van handelen tot geleidelijke verhongering en uitdroging leidt, wijst erop hoezeer, ondanks de medische aspecten, de toediening de functie heeft van verzorging (J. GEVERS, "De zaak Stinissen, een terugblik", *N.J.B.* 1990, 237-238). Tegenwoordig wordt in België algemeen aanvaard dat de kunstmatige toediening van voeding en vocht als een medische handeling moet worden beschouwd. Zie bv. het advies van de commissie voor medische ethiek van de faculteit geneeskunde K.U.Leuven: "de commissie beschouwt deze wijze van vocht- en voedseltoediening dus als een medische act". Zie: J. VERMYLEN en P. SCHOTSMANS, *Ethiek in de kliniek. 25 jaar adviezen van de commissie voor medische ethiek*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000, 97. Voor de consequenties hiervan voor wat betreft de betrokkenheid van de patiënt of zijn vertegenwoordiger, zie verder, nr. 799.

795 Volgens TROUSSE zou een vervolging wegens schending van artikelen 401*bis* Sw. of 420*bis* Sw. mogelijk zijn geweest ingeval van "orthothanasie door staken van een medische behandeling" (E. TROUSSE, *t.a.p.*, 1108-1109; orthothanasie betekent etymologisch op de juiste manier sterven, zie: J. GHOOS, *In de schaduw van de dood*, Leuven, Davidsfonds, 1986, 72). Toch verplichtten deze artikelen, volgens deze auteur, een arts niet om het even welke behandeling verder te zetten. Er kon slechts sprake zijn van het misdrijf onthouding van verzorging, zo voor de onthouding geen rechtvaardiging bestond. Hierover zou door de rechter moeten worden geoordeeld, o.m. rekening houdend met de aard van de onthouden verzorging.

Zo zou volgens TROUSSE zeer dure verzorging door de arts slechts nog mogen worden toegepast mits hij voorafgaandelijk de familie van de patiënt op de hoogte heeft gebracht van de kosten en de mogelijke baten. Een onaanvaardbare opvatting die nog dateert van vóór de veralgemening van de verplichte ziekteverzekering in 1963. RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et Obligations*, nr. 659, treden de opvatting van TROUSSE bij dat de artikelen 401*bis* Sw. en 420*bis* Sw. kunnen worden toegepast bij het nalaten of staken van een medisch zinloze handeling, zij het niet geheel ondubbelzinnig.

796 Volgens DIJON daarentegen kan men betwijfelen of beide artikelen van toepassing zijn op het nalaten of staken van medisch zinloos handelen. Kan men spreken van het in gevaar brengen van iemands gezondheid door een onthouding (art. 401*bis* Sw., thans art. 425) of een verzuim (art. 420*bis* Sw., thans art. 426) terwijl de patiënt zich in een onomkeerbare stervensfase bevindt en geen therapie hem nog kan redden?

Als er gevaar dreigt voor de gezondheid van de patiënt dan is dit te wijten aan de ziekte waaraan hij lijdt en niet aan de gedraging van de arts (X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, 547-548; *J.T.* 1985, 35).
Zie voor een gelijkaardige opvatting: H. VAN DEN ENDEN, "Euthanasie in België vanuit juridisch en deontologisch oogpunt", in E.G.H. KENTER, *Het leven verkorten; over euthanasie*, Haarlem, De Toorts, 1984, 106; T. VANSWEEVELT, "De Euthanasiewet: de ultieme bevestiging van het zelfbeschikkingsrecht of een gecontroleerde keuzevrijheid?", in X., *De Euthanasiewet doorgelicht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 53.

§ 2. Artikel 422*bis* Sw.

797 Over de toepassing van artikel 422*bis* Sw. op de arts die de medische behandeling staakt van een stervende patiënt, bestaan in de literatuur weerom uiteenlopende opvattingen. Rechtspraak ontbreekt.

ANRYS verdedigt de opvatting dat een hulpverleningsplicht op grond van artikel 422*bis* Sw. bestaat tegenover de zieke wiens situatie uitzichtloos is geworden. Deze bevindt zich namelijk in een groot, blijvend, werkelijk en actueel gevaar dat zijn leven bedreigt zodat de arts verplicht is (blijft) hulp te bieden. De zinloosheid van de hulp rechtvaardigt de weigering niet (H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, nr. 76). ANRYS verdedigt deze stelling als reactie op wat RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT voorhouden i.v.m. zgn. orthothanasie of het staken van een handeling. Beide auteurs sluiten in een dergelijke situatie de toepassing van artikel 393 Sw. (doodslag) wel niet uit, maar achten een vervolging dikwijls niet mogelijk hetzij omdat de intentie om te doden niet duidelijk is, hetzij omdat de betrokkene die intentie niet had, hetzij omdat er geen hulpverleningsplicht bestond of omdat de betrokkene zijn toestemming had gegeven voor het nalaten of staken (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droit et obligations* nr. 669). Volgens ANRYS is het blijkbaar uitgesloten dat er geen hulpverleningsplicht zou bestaan, (behalve in het geval dat de patiënt zelf verzoekt om beëindiging van de behandeling, zie verder).
De opvatting van ANRYS dat artikel 422*bis* Sw. een arts zou verplichten een zinloze behandeling aan te vatten of verder te zetten wordt thans in de rechtsleer terecht afgewezen. Zo vraagt VAN NESTE zich af, hoe men nog kan helpen als "technisch-medisch alle hulpmiddelen uitgeput zijn" (F. VAN NESTE, "Euthanasie-rechtsethische beschouwingen", *R.W.* 1986-87, 213, nr. 8; zie in dezelfde zin: X. DIJON, *Le sujet de droit*, nr. 795-796; *J.T.* 1985, nr. 12; zie ook: J. DU JARDIN, "Schuldig verzuim", in *Comm. Strafr.* 12 b).

798 In het bestaande recht kan van een verplichting om een medisch zinloze handeling aan te vatten of verder te zetten niet worden gesproken. Wanneer een arts zich heeft ingezet voor een patiënt maar tot de vaststelling is gekomen dat zijn toestand uitzichtloos is, kan van de arts niet worden verwacht dat hij

een medisch zinloze behandeling zou verder zetten of zou aanvatten. Zie voor een concrete toepassing: Rb. Namen 25 oktober 1991, *Journ. proc.* 1991, nr. 203, 26-27: "eu égard à l'état de mr. Perot, au stade de sa maladie, il eût été humainement inacceptable de recourir à des méthodes de réanimation qui n'auraient eu pour résultat que de conserver au patient une vie purement végétative".

§ 3. Betrokkenheid van de patiënt of zijn vertegenwoordiger bij het staken of nalaten van een medisch zinloze behandeling

A. ALGEMEEN

799 Het oordeel dat een medische behandeling zinloos is geworden, heeft tot gevolg dat de arts mag beslissen deze behandeling niet aan te vatten of stop te zetten. Dit heeft uiteraard zeer ingrijpende gevolgen voor de patiënt en diens familie. Een medische behandeling kan maar worden doorgevoerd nadat de patiënt zijn (geïnformeerde) toestemming heeft verleend. Zie: artikel 8 Patiëntenrechtenwet. Geldt dit recht op informatie en toestemming ook ten aanzien van een niet-behandelbeslissing? Tot voor kort werd vrij algemeen aangenomen dat het oordeel over de zin van een medische behandeling uitsluitend toekomt aan de arts en dat de toestemming van de patiënt of zijn vertegenwoordiger niet vereist is voor het nalaten of staken van een medisch zinloze behandeling. Een arts zou een behandeling kunnen stopzetten, zelfs tegen de wil van een patiënt of diens vertegenwoordiger in, indien hij de mening toegedaan is dat het zinloos is om de behandeling te continueren. Het oordeel over de zin van een medische behandeling wordt beschouwd als een in wezen medisch oordeel. Het is de arts die oordeelt over de zin van een medische behandeling en niet de patiënt of diens vertegenwoordiger (H. NYS, "Handelen en nalaten door een arts bij een stervende patiënt", *Panopticon* 1995, 13-14; J. VELAERS, "Het leven, de dood en de grondrechten. Juridische beschouwingen over zelfdoding en euthanasie", in J. VELAERS, *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 488-489).

800 Nieuwe inzichten met betrekking tot het concept medisch zinloos handelen hebben geleid tot een meer genuanceerde benadering van de positie van arts en patiënt in de besluitvorming over de zinvolheid van een medische behandeling.

Het eenzijdig toewijzen aan de arts van het oordeel over de zin van een medische handeling hangt grotendeels samen met het uitgangspunt dat het oordeel over de zin van een medische handeling een zuiver medisch oordeel is, dat kan en moet gebaseerd worden op objectieve medische gegevens. Voor medisch-wetenschappelijke aangelegenheden is de arts de deskundige bij uitstek (J.J.M. VAN DELDEN, P.J. VAN DER MAAS, L. PIJNENBORG en C.W.N. LOOMAN, "Deciding not to resuscitate in Dutch hospitals", *Journal of Medical Ethics* 1993, 203-204). De toestemming of het verzoek van de patiënt verder te behandelen maken een objectief medisch zinloze behandeling niet medisch zinvol (H.J.J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I*, 1994, 313). Diens mening wijzigt niets aan de feitelijke (medische) situatie.
In de Nederlandse en de Angelsaksische (medische en juridische) literatuur wordt sinds ongeveer

de jaren '90 van de vorige eeuw een diepgaand debat gevoerd over de operationalisering van het concept medisch zinloos handelen (zie bv.: A. ALPERS, B. LO, "Futility: Not just a medical issue", *Law, Medicine and Health Care* 1992, 327-329).
Een aantal auteurs neemt het standpunt in dat het oordeel over de zinvolheid van een medische behandeling een zuiver medisch-professioneel oordeel dient te zijn, waarbinnen geen waardeoordelen of oordelen in de sfeer van "kwaliteit van leven" mogen worden opgenomen (H.J.J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I*, 1988, 290-291; LEENEN heeft zijn mening ter zake genuanceerd). Dergelijke oordelen zijn altijd subjectief en kunnen daarom geen basis vormen voor het medisch-professioneel oordeel. Dit standpunt wordt echter meer en meer verlaten. Geleidelijk aan groeide de overtuiging dat een oordeel over de zin van een medische beslissing in veel gevallen geen zuiver medisch-wetenschappelijk oordeel is, maar onvermijdelijk mede gebaseerd is op andere dan zuiver medische overwegingen (L. BERGKAMP en K.M. BROUWER, "Nalaten levensverlengend handelen in Amerika en Nederland", *Medisch Contact* 1992, 468).
Het oordeel over de medische zin of zinloosheid is een medisch-professioneel oordeel, dat evenwel niet alleen door strikt medische of objectief-medische factoren wordt bepaald. De medische wetenschap en ervaring vormen het uitgangspunt voor het handelen van een arts, maar ook bij de patiënt gelegen factoren spelen een rol (H.J.J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht. Deel II*, 1996, 40-41). Indien de besluitvorming over de zinvolheid van een medische behandeling alleen gebaseerd zou mogen zijn op medisch-objectieve criteria, dan zou deze beslissing gereduceerd worden tot een zuiver technische aangelegenheid. Een behandeling die technisch mogelijk is, zou dan moeten worden ingesteld, tenzij er geen positief lichamelijk of psychisch effect van te verwachten valt. Dit zou betekenen dat de beademing of de kunstmatige toediening van voeding en vocht nooit kan worden stopgezet. Deze behandelingen hebben namelijk een zeer gunstig effect: ze houden de patiënt in leven. Medisch-objectief zijn ze uitermate effectief. "Er is onvermijdelijk sprake van een normatief, niet-medisch-objectief oordeel, wanneer wordt besloten tot zo'n behandeling na te laten" (L. BERGKAMP en K. BROUWER, *t.a.p.*, 467-468).

801 Deze inzichten hebben ertoe geleid dat een onderscheid wordt gemaakt tussen twee aspecten van zinvolheid: de effectiviteit/werkzaamheid van de behandeling en de proportionaliteit van de behandeling. Een behandeling is niet-werkzaam of effectief indien de behandeling op zichzelf wel op grond van zinnig redeneren overwogen kan worden, maar in de concrete situatie toch niet met enige kans van slagen tot het beoogde doel leidt (G.H. BLIJHAM en J.J.M. VAN DELDEN, "Richtlijnen voor het nemen van niet-reanimeerbesluiten", *Medisch Contact* 1996, 1066). Men spreekt ook wel van kansloos handelen (zie boven, nr. 798). Een disproportionele behandeling is een behandeling die in aard, omvang en doel in onvoldoende relatie staat tot wat voor de patiënt een zinvol (resterend) leven is (G.H. BLIJHAM en J.J.M. VAN HELDEN, *t.a.p.*, 1066). Er is een verschil tussen beide types van medische zinloosheid. Het oordeel over de eerste categorie van behandelingen (hierna medisch kansloze behandelingen) is een min of meer zuiver medisch oordeel, zo aanvaarden de meeste auteurs. Bij het beoordelen van de handelingen uit de tweede categorie (hierna disproportionele behandelingen) daarentegen is er altijd sprake van waardeoordelen.

Het is voornamelijk het inzicht dat een oordeel over de zinvolheid van een medische behandeling in veel gevallen geen zuiver wetenschappelijk oordeel is, dat aanleiding geeft tot een meer genuanceerde benadering van de positie van arts en patiënt in de besluitvorming over het niet-aanvangen of stopzetten van een medische behandeling, op grond van de zinloosheid ervan (zie bv. in dezelfde zin: het advies van 27 januari 2000 van het Franse Comité Consultatif National d'Ethique, "Fin de vie, euthanasie", http://www.ccne-ethique.org).

B. STAKEN OF NALATEN VAN EEN MEDISCH KANSLOZE BEHANDELING

802 De meeste auteurs zijn het erover eens dat een beslissing over de effectiviteit/werkzaamheid van een behandeling een (min of meer) zuiver medisch oordeel is dat toekomt aan de arts. Hij is de deskundige ter zake. De patiënt kan niet eisen dat een arts een behandeling die niet werkzaam zal zijn, doorvoert. De toestemming van de patiënt is dus niet vereist vooraleer een arts een dergelijke behandeling kan nalaten of staken. Indien de behandeling in het geheel geen positieve gevolgen kan hebben, is de arts zelfs niet gerechtigd om ze uit te voeren (S. GEVERS, "Patient involvement with non treatment decisions", *European Journal of Health Law* 1997, 153).

Niettemin moet de wilsbekwame patiënt worden geïnformeerd over een beslissing tot staken of nalaten van een kansloze medische behandeling. Deze informatieplicht in hoofde van de arts kan niet gebaseerd worden op het recht op fysieke integriteit van de patiënt, vermits juist een einde wordt gemaakt aan een zinloos geworden inbreuk daarop. De uitvoering ter goeder trouw van de medische behandelingsovereenkomst, het respect voor de menselijke waardigheid en het privé-leven van de patiënt – de beslissing tot stopzetting van een medische behandeling en de gevolgen daarvan grijpen diep in op het leven van de patiënt – schragen deze informatieplicht.

C. STAKEN OF NALATEN VAN EEN DISPROPORTIONELE BEHANDELING

803 Over de betrokkendheid van de patiënt bij de beoordeling van de proportionaliteit van een medische behandeling bestaat minder eenstemmigheid. De beslissing tot nalaten of staken van een medische behandeling is dan niet alleen gebaseerd op medisch-objectieve criteria maar ook op waardeoordelen. De patiënt heeft er dan direct belang bij om zijn eigen opvattingen over de situatie waarin hij zich bevindt, te kunnen meedelen. De meeste auteurs lijken het er dan ook over eens dat de patiënt moet kunnen participeren in de besluitvorming over de zin van de behandeling (zie bv.: L. BERGKAMP en K. BROUWER, *t.a.p.*, 469; S. GEVERS, *t.a.p.*, 153). Het oordeel over de proportionaliteit van een medische behandeling is niet volledig indien geen rekening wordt gehouden met de mening van de patiënt bij het afwegen van de voor- en nadelen van de behandeling.

Het Hof Mensenrechten achtte het in de zaak Glass niet nodig de klacht te onderzoeken met betrekking tot het zonder toestemming of medeweten van de moeder van een minderjarige patiënt opnemen van een niet-reanimatieopdracht in het dossier van de patiënt. Volgens het Hof had de niet-reanimatieopdracht enkel betrekking op krachtige hartmassage en intensieve beademing, en was het gebruik van andere technieken zoals het toedienen van zuurstof, om de patiënt in leven te houden, niet uitgesloten (Hof Mensenrechten 9 maart 2004, Glass v. United Kingdom, www.echr.coe.int).

Een beslissing over de proportionele zinvolheid van een behandeling dient in beginsel tot stand te komen in onderling overleg tussen arts en patiënt. Maar wat indien arts en patiënt het onderling

niet eens raken? Mag een arts een behandeling nalaten of staken indien hij van mening is dat de voordelen van de behandeling niet opwegen tegen de lasten ervan, terwijl de patiënt uitdrukkelijk het aanvatten of continueren van de behandeling eist? Daarover worden in de internationale literatuur uiteenlopende standpunten ingenomen (S. GEVERS, *t.a.p.*, 154).
Een arts kan in elk geval niet eenzijdig zijn wil opleggen aan de patiënt indien zijn beslissing mede gebaseerd is op waardeoordelen (S. GEVERS, *t.a.p.*, 154).
Ook de medische deontologie erkent dat de patiënt bij de besluitvorming dient te worden betrokken. Artikel 97 Code van medische plichtenleer bepaalt het volgende: "Over de houding die hij zal aannemen in de *sub* 95 vermelde gevallen en over het (...) beëindigen van een behandeling zal de geneesheer beslissen nadat hij de raad van tenminste één collega heeft ingewonnen, de patiënt of desgevallend diens nabestaanden of wettelijke vertegenwoordiger daarover heeft ingelicht en zijn (hun) mening heeft gevraagd". In een advies van 22 maart 2003 heeft de Nationale raad van de Orde der geneesheren zich nog duidelijker uitgesproken: beslissingen tot stopzetting of niet-aanvatten van medische behandelingen "kunnen niet uitgevoerd worden zonder de voorafgaande toestemming van de degelijk geïnformeerde patiënt". Is de patiënt niet meer in staat zijn rechten uit te oefenen, moet de toestemming van de vertegenwoordiger van de patiënt, zoals bepaald in artikelen 12, 13 en 14 Patiëntenrechtenwet, worden bekomen ("Advies betreffende palliatieve zorg, euthanasie en andere medische beslissingen omtrent het levenseinde", *T. Orde Geneesh.* 2002, nr. 100, 7; in dezelfde zin: "Vermelding van DNR in het medisch ziekenhuisdossier", *T. Orde Geneesh.* 2003, nr. 102, 2).

AFDELING II

PIJNBESTRIJDING MET MOGELIJK LEVENSVERKORTEND GEVOLG

804 Het toepassen van pijnbestrijding behoort tot het dagelijks medisch handelen. Het is zelfs een professionele plicht van de arts om pijn en lijden te bestrijden met al de middelen die de geneeskunde daartoe ter beschikking stelt (H. NYS, "Handelen en nalaten door een arts bij een stervende patiënt", *t.a.p.*, 15). Soms kan pijnbestrijding ertoe leiden dat het leven van de patiënt wordt verkort.

Een aantal auteurs wijst er op dat bij adequate pijnbestrijding morfine de dood zelden of minimaal blijkt te verhaasten. J. MENTEN, "Juridische en feitelijke pijnbestrijding", in J. MENTEN en A. VAN ORSHOVEN, *Palliatieve zorg, stervensbegeleiding, rouwbegeleiding*, Leuven, Acco, 2004, 55: "De huidige literatuur, de wetenschappelijke gegevens en de feitelijke situatie in de klinische praktijk van de palliatieve zorg en pijnbestrijding geven evidentie dat pijnstillende middelen de dood maar uiterst zeldzaam kunnen bespoedigen, waarschijnlijk zelfs niet veroorzaken, wanneer pijnstillende dosissen aangewend worden zoals voorzien in de internationale beleidslijnen". Bij wie een stijgende dosis morfine krijgt, treedt zeer snel gewenning op. Hierdoor wordt morfine een ondoeltreffend middel voor levensbeëindiging. Alleen bij een patiënt die geen of weinig morfine krijgt, kan het snel en sterk opvoeren van morfine dodelijk zijn. Zie: B.E. CHABOT, "Tandeloos strafrecht, Griffiths: politicus zonder partij in het euthanasiedebat", *Medisch Contact* 1998, 192; R. CLARA, M. KEIRSE, W. ROMBOUTS, D. SCHRIJVERS, F. VAN NESTE, A. VERHOEVE e.a., *Palliatieve hulpverlening. Zakboekje voor professionelen*, Kapellen, Pelckmans, 1997, 21).

805 Niettegenstaande het feit dat algemeen wordt aanvaard dat adequate pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend gevolg niet strafbaar is, is het niet eenvoudig om dit handelen in te passen in ons strafrecht. In de literatuur worden ter zake verschillende standpunten verdedigd.

§ 1. Eerste opvatting: normaal medisch handelen

806 Pijnbestrijding met (mogelijk) levensverkortend gevolg wordt door meerdere auteurs beschouwd als "normaal medisch handelen", omdat het belangrijkste oogmerk van de arts de pijnbestrijding is. De levensverkorting die het mogelijke gevolg is van de pijnbestrijding, wordt niet beoogd door de arts (zie: H.J.J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I*, 322-323; zie ook: het advies van de Raad van State bij de ontworpen Euthanasiewet: medische handelingen die bedoeld zijn om de pijn te bestrijden en die een verkorting van het leven tot gevolg hebben, vallen normaal gesproken onder de aanvaardbare medische handelingen, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/21).

Volgens deze opvatting is de juridische beoordeling van pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend gevolg vergelijkbaar met de beoordeling van ieder ander medisch handelen.

Het volgende voorbeeld illustreert dit. Een neurochirurg onderwerpt de patiënt die daartoe toestemming heeft verleend, aan een zeer riskante ingreep om een gezwel in de hersenen te verwijderen. Daaraan is het niet te vermijden risico verbonden dat de patiënt overlijdt. De operatie wordt geheel volgens de regels van de kunst uitgevoerd. Het gevreesde risico doet zich echter voor en de patiënt overlijdt. Niemand zal de neurochirurg in deze situatie (on)opzettelijke doding ten laste leggen. Dit toch doen zou betekenen dat het medisch handelen strafrechtelijk wordt gekwalificeerd vanuit het dikwijls zeer zeldzame risico dat eraan verbonden is. Wel kan dit handelen worden gekwalificeerd als het opzettelijk toebrengen van slagen en verwondingen, die *in casu* worden gerechtvaardigd door het therapeutisch doel en de toestemming van de patiënt. Indien deze redenering wordt aanvaard voor chirurgische ingrepen met een groot risico op overlijden, dan moet ze ook aanvaard worden voor pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend gevolg. Het therapeutisch doel (namelijk de pijnbestrijding) staan voorop; het risico (namelijk de verkorting van het leven) wordt op de koop toe genomen (H. NYS, *t.a.p.*, 17-18).

807 Tegen het standpunt dat pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend gevolg normaal medisch handelen is, is het bezwaar geuit dat er bij dit handelen een indirect, eventueel of mogelijk opzet aanwezig is tot het veroorzaken van het overlijden van de patiënt. Van eventueel opzet is sprake indien de dader een handeling wil, zonder er de rechtstreekse gevolgen van te willen. Hij zet zijn wil toch door, niettegenstaande dat hij voorziet of moet voorzien dat het mogelijk is dat de ongewenste gevolgen zich zullen voordoen. Deze gevolgen neemt hij er desondanks bij. "Hij stelt zich wetens en willens bloot aan de geenszins als denkbeeldig te verwaarlozen kans dat een bepaald gevolg, dat een strafbaar feit impliceert, zal intreden en neemt dit gevolg er op de koop toe" (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 255-256). Volgens DUPONT en VERSTRAETEN dient eventueel opzet met opzet gelijkgesteld te worden. Kiest iemand ervoor om een risicodragende handeling te stellen, en aanvaardt hij daarbij *a priori* het risico dat hem bekende mogelijke gevolgen zullen intreden, liever dan af te zien van de risicodragende handeling, kan hij het verwijt dat hij met betrekking tot die gevolgen opzettelijk heeft gehandeld, niet weerleggen door te stellen dat hij de gevolgen ervan niet gewenst heeft, aldus deze auteurs. Hij heeft ervoor gekozen dat hij de handeling wil doorzetten, ook indien daar ongewenste gevolgen aan vastzitten. Hij had van de handeling kunnen afzien, indien hij niet

wilde dat de gevolgen zich voordeden (in dezelfde zin: A. DIERICKX, "Als sterven 'leven' is ... is helpen sterven dan 'doden'?", *Tijdschrift voor strafrecht* 2003, dossier 1/2003, 7; H. NYS en E. STRUBBE, "Medisch handelen en nalaten rond het levenseinde bij een wilsbekwame patiënt", *Panopticon* 2000, 437). Bij pijnbestrijding is er zonder twijfel sprake van indirect, eventueel of mogelijk opzet.

§ 2. Tweede opvatting: opzettelijke doding

808 De auteurs die pijnbestrijding als normaal medisch handelen beschouwen, houden onvoldoende rekening met een belangrijk onderscheid tussen een arts die een risicovolle operatie doorvoert en een arts die pijnbestrijdende middelen met mogelijk levensverkortend gevolg toedient. De arts die de risicovolle operatie uitvoert, is van mening dat er een redelijke verhouding is tussen het risico op overlijden en het beoogde doel van de ingreep. Hij beoogt het overlijden van de patiënt niet – overlijdt de patiënt toch onverhoopt, dan is dit het gevolg van een niet te vermijden overlijdensrisico dat zich heeft gerealiseerd. De arts die pijnmedicatie toedient, is echter vaak *quasi*-zeker dat de patiënt zal overlijden ten gevolge van de toegediende medicatie, maar hij ziet geen andere oplossing om de pijn en het lijden van de patiënt te verzachten. Het levensverkortende gevolg van het overlijden is niet zozeer het gevolg van een niet te vermijden risico maar van een gekend, zij het niet-beoogd en niet-gewenst neveneffect van de pijnbestrijding. Dit standpunt heeft naar huidig Belgisch strafrecht belangrijke consequenties: een arts die pijnbestrijding met een levensverkortend gevolg toepast, maakt zich schuldig aan het misdrijf doodslag.

Ook andere auteurs gaan ervan uit dat de arts die een patiënt pijnbestrijdende middelen toedient met mogelijk levensverkortend gevolg, het misdrijf opzettelijk of onopzettelijk veroorzaken van iemands dood pleegt (zie bv.: A. LUST, "Over euthanasie", *R.W.* 1972-73, 1132; J. VELAERS, "Het leven, de dood en de grondrechten. Juridische beschouwingen over zelfdoding en euthanasie", *t.a.p.*, 529). Het handelen van de arts kan echter gerechtvaardigd zijn door noodtoestand. DIJON spreekt ter zake van "sedatieve noodtoestand", naar analogie van therapeutische noodtoestand. De arts die wordt geconfronteerd met een terminaal en ernstig zieke patiënt, moet kiezen tussen twee kwaden: de patiënt onmenselijk verder laten lijden of diens lijden bestrijden wel wetend dat de patiënt zal overlijden. De noodtoestand rechtvaardigt de pijnbestrijding met levensverkortend gevolg indien het gaat om zeer ernstig lijden dat niet op een andere manier kan worden afgewend, en indien er geen disproportionele verhouding is tussen het doel en het middel dat wordt aangewend om het doel te bereiken (X. DIJON, *Le sujet de droit en son corps*, Brussel, Larcier, 1982, 537-539).

§ 3. Pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend gevolg en de Euthanasiewet

809 DIERICKX is van mening dat, gelet op het feit dat het indirect opzet in principe steeds wordt begrepen in het opzet, een arts die de pijn van de patiënt stilt, maar hierdoor tevens diens dood bewerkstelligt, toch maar beter de in de Euthanasiewet gestelde voorwaarden zou naleven (A. DIERICKX, *t.a.p.*, 8).

Wel moet worden gewezen op de wil van de wetgever om pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend gevolg niet gelijk te stellen met euthanasie (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1488/009, 122 en 190). Overigens kan de wil van de wetgever niet alleen worden afgeleid uit de wetsvoorbereiding maar ook uit de wettekst zelf. Sommige bepalingen van de Euthanasiewet kunnen niet zonder meer worden toegepast op pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend gevolg. Dat is het geval met het vereiste van een verzoek. Steeds vasthouden aan dit vereiste en aan de formele voorwaarden die de Euthanasiewet hieraan verbindt (zoals steeds een geschrift, zie verder) zou veel ernstig lijdende patiënten beroven van de rechtmatige toepassing van pijnbestrijding. Ook de bepaling dat geen arts kan worden gedwongen hieraan zijn medewerking te verlenen (art. 14, tweede en derde lid Euthanasiewet) is moeilijk verenigbaar met de professionele plicht van een arts om geïndiceerde pijnbestrijding toe te passen (F. VAN NESTE, "Zelfbeschikking bij het naderende levenseinde", in J. VELAERS, *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood,* Antwerpen, Maklu, 1996, 584).

AFDELING III

PALLIATIEVE SEDATIE

810 Palliatieve sedatie kan worden omschreven als het opzettelijk toedienen van sedativa in doseringen en combinaties die vereist zijn om het bewustzijn van de terminale patiënt zoveel te verlagen als nodig om één of meerdere refractaire symptomen op adequate wijze te controleren (B. BROECKAERT, "Palliatieve zorg en euthanasie: alternatieven?", in M. ADAMS e.a. (ed.), *Euthanasie. Nieuwe knelpunten in een voortgezette discussie*, Kampen, Kok, 2003, 66; J. VERMYLEN en P. SCHOTSMANS, *a.w.*, "Advies i.v.m. de gecontroleerde sedatie bij de terminale patiënt met refractaire symptomen in het aanschijn van de dood", 106).

Palliatieve sedatie kadert in de palliatieve zorg (J. MENTEN, "Palliatieve sedatie voor refractaire symptomatologie in de palliatieve zorg (fysieke klachten, angst, onrust, delirium)", in J. MENTEN en A. VAN ORSHOVEN, *t.a.p.*, 194-200). Onder palliatieve zorg wordt verstaan het geheel van zorgverlening van patiënten waarvan de levensbedreigende ziekte niet langer op curatieve therapieën reageert (art. 2, derde lid Wet 14 juni 2002 betreffende de palliatieve zorg; zie over deze wet: E. MORBE en C. VAN LIEDEKERKE, *Euthanasie en palliatieve zorg, een actuele stand van zaken*, Heule, UGA, 2002, 156 p.; Rb. Luik 11 januari 1996, *T. Gez.* 1998-99, 402). Refractaire of weerbarstige symptomen zijn symptomen die op normale wijze, zonder bewustzijnsverlaging (sedatie), niet afdoende kunnen worden verlicht. Niet alleen fysieke maar ook psychische symptomen kunnen als refractaire symptomen gelden.
Tot enkele jaren geleden was de standaardbenaming voor deze wijze van sedatie in de palliatieve zorg, gecontroleerde sedatie (zie o.a.: T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 53). Ook de notie "terminale" sedatie is gangbaar; zie: J.K.M. GEVERS, "Zelfbeschikking rond het levenseinde", *T. Gez.* 2003, 317 die hieronder verstaat: "het tot stand brengen van een toestand van diepe slaap bij een patiënt met korte levensverwachting"). Tegen deze benaming heeft BROECKAERT aangevoerd dat hij te vrijblijvend, te algemeen is zodat zaken die ethisch gezien heel verschillend zijn onder dezelfde

noemer worden gebracht met alle gevaren voor verwarring en vervlakking vandien. Of een patiënt nu gesedeerd wordt vanuit de intentie om zijn leven te verkorten (de intentie die ook bij euthanasie aanwezig is) of precies vanuit de wil om een weerbarstig symptoom te behandelen (pure symptoombestrijding dus), niets in de term terminale sedatie suggereert dat deze term niet kan gebruikt worden in beide gevallen, ook al zijn die vanuit ethisch en juridisch oogpunt heel verschillend (B. BROECKAERT, *t.a.p.*, 64). De term palliatieve sedatie is sedert enkele jaren de standaardterm in België geworden en hij wint ook in de rest van Europa aan belang (B. BROECKAERT, *t.a.p.*, 65). Deze term omvat zowel een diepe ("totale"), continue, "definitieve" of zelfs irreversibele sedatie, als tijdelijke (die na een tijd terug teniet wordt gedaan), intermittente (met tussenpozen) en oppervlakkige (patiënt blijft aanspreekbaar). Of sedatie nu continu is of intermittent, tijdelijk of niet, oppervlakkig of diep, al deze vormen van sedatie vallen onder de definitie van palliatieve sedatie (B. BROECKAERT, *t.a.p.*, 66-67; J. VERMYLEN en P. SCHOTSMANS, *a.w.*, 108; T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 53).

811 Voor de juridische beoordeling van palliatieve sedatie kan analoog worden geredeneerd als in het geval van pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend gevolg (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 53, noot 81). Ook al is er geen rechtstreeks opzet om het leven te verkorten, er is wel degelijk een onrechtstreeks opzet omdat de arts weet dat door toedoen van de sedatie het leven zal worden verkort. Overigens past ook hier wel de belangrijke kanttekening dat uit de schaarse beschikbare empirische literatuur blijkt dat palliatieve sedatie niet het levensverkortend effect heeft dat haar vaak wordt toegedicht. De beschikbare literatuur toont aan dat er in eenzelfde omgeving geen verschillen in overlevingsduur zijn vastgesteld tussen gesedeerde patiënten en zij die dit niet zijn (B. BROECKAERT, *t.a.p.*, 68).

Gaat men bij het toedienen van sedativa wetens en willens verder dan de symptoombestrijding vereist, dan is men niet langer bezig met palliatieve sedatie maar naargelang het geval met euthanasie of levensbeëindiging zonder verzoek. In deze gevallen moet men zich houden aan de voorwaarden en procedures van de Euthanasiewet (B. BROECKAERT, *t.a.p.*, 69).

812 In het kader van palliatieve sedatie rijst verder de vraag of de patiënt kunstmatig voeding en vocht moet worden toegediend. In de praktijk wordt daar meestal van af gezien, te meer omdat de patiënt vaak eerder gestopt is met eten en drinken (J.K.M. GEVERS, *t.a.p.*, 317). Vooral omwille van het onthouden van vocht is sedatie omstreden. Omdat de patiënt geen vocht meer krijgt, zou de palliatieve sedatie het leven van de patiënt verkorten (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 53). Sommigen noemen palliatieve sedatie daarom ook wel "slow euthanasia". Ook de Raad van State heeft gewezen op het z.i. subtiel onderscheid tussen euthanasie en zgn. gecontroleerde sedatie en heeft er, zonder resultaat, op aangedrongen dat de wetgever zou verduidelijken of zgn. gecontroleerde sedatie als euthanasie dan wel als palliatieve zorg kan worden beschouwd (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/21, 8, 11-12).

BROECKAERT heeft deze voorstelling van zaken genuanceerd. Vooreerst zijn veel patiënten – zoals gezegd – reeds gestopt met eten en niet zelden ook met drinken. Ten tweede kan men aannemen dat het toedienen van voedsel in dit stadium nauwelijks een effect heeft op het (immers zeer beperkte) overleven van de patiënt. Ten derde staan vele (maar zeker niet alle) patiënten die worden gesedeerd reeds zo dicht bij de dood dat zelfs het levensverkortend effect van het niet-kunstmatig hydrateren wellicht zeer beperkt is (B. BROECKAERT, *t.a.p.*, 67). Voor de juridische beoordeling van het nalaten of staken van kunstmatige voedsel- en vochttoediening: zie boven, nr. 794.

AFDELING IV

EUTHANASIE

§ 1. Korte historiek

813 De eerste wetsvoorstellen om levensbeeïndiging op verzoek onder bepaalde voorwaarden wettelijk toe te laten, dateren reeds uit de jaren tachtig van de vorige eeuw (zie: DIJON, *J.T.* 1985). Ook in de jaren negentig werden wetsvoorstellen ingediend (zie voor een overzicht: A. COOLSAET, "Een overzicht van de Belgische wetsvoorstellen inzake euthanasie", *T. Gez.* 1995-96, 262 e.v.; E. DE GROOT, *Leven tot in de dood. Omtrent euthanasie*, Brussel, VUB Press 1997, 170 e.v.; J. WAUTIER, *L'ouverture du débat sur l'euthanasie au Sénat*, C.R.I.S.P. 2000, nr. 1672-1673, 28 e.v.). In de federale Regeringsverklaring van juli 1999 werd overeengekomen dat inzake ethische vraagstukken van de biogeneeskunde het parlement zijn volle verantwoordelijkheid moest kunnen opnemen en dit op basis van ieders individuele geweten en overtuiging, o.m. inzake euthanasie. Daarop volgend werden in de Senaat meerdere wetsvoorstellen over euthanasie ingediend of opnieuw ingediend (zie voor een grondige bespreking: M. ADAMS en G. GEUDENS, "De regulering van euthanasie in België", *R.W.* 1999-2000, 793 e.v.). Op 20 december 1999 werd door een aantal senatoren van de meerderheidspartijen die voordien afzonderlijk een wetsvoorstel hadden ingediend, een gezamenlijk wetsvoorstel ingediend dat een synthese trachtte tot stand te brengen tussen de vier wetsvoorstellen die tevoren door hen afzonderlijk werden ingediend (wetsvoorstel betreffende de euthanasie, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-244/1). Bovendien werden samen met dit wetsvoorstel, nog twee andere wetsvoorstellen gezamenlijk ingediend, één over de oprichting van een federale evaluatiecommissie die de toepassing van de Wet op de euthanasie zou onderzoeken (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-245/1) en een ander wetsvoorstel op de palliatieve zorg (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-246/1). Op 8 november 2000 werden door dezelfde senatoren belangrijke amendementen ingediend op de wetsvoorstellen 2-244/1 en 2-245/1 (wetsvoorstel betreffende de euthanasie, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/4). Zie daarover: H. NYS en S. BLANCQUAERT, "Kanttekeningen bij de amendementen van de meerderheid op haar eigen euthanasievoorstel", *R.W.* 2000-01, 635-639. Deze amendementen hebben de uiteindelijke inhoud van de Euthanasiewet wezenlijk bepaald. Zie over de totstandkoming van de Euthanasiewet uitgebreid: M. ADAMS, "Het rechtvormingsproces inzake euthanasie in België", *Res Publica* 2002, 601-627.

§ 2. Materiële toepassingsgebied van de Wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie

A. DEFINITIE VAN EUTHANASIE

814 Artikel 2 Euthanasiewet luidt als volgt: "Voor de toepassing van deze wet wordt onder euthanasie verstaan het opzettelijk levensbeëindigend handelen door een andere dan de betrokkene, op diens verzoek".

Met deze definitie hebben de indieners de definitie die het raadgevend comité voor bio-ethiek gebruikt, willen opnemen in de wet (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-244/1, 4). In zijn advies nr. 1 van 12 mei 1997 betreffende de wenselijkheid van een wettelijke regeling van euthanasie heeft dit raadgevend comité eensgezind de volgende definitie van euthanasie gegeven: "opzettelijk levensbeëindigend handelen door een andere dan de betrokkene, op diens verzoek" (zie het advies in *T. Gez.* 1997-98, 22; *R.W.* 1997-98, 269).
Deze definitie wordt wel eens een algemene definitie genoemd omdat "geen melding wordt gemaakt van wie deze handeling mag/kan uitvoeren of onder welke voorwaarden euthanasie kan worden toegepast" (T. VANSWEEVELT, "De Euthanasiewet: de ultieme bevestiging van het zelfbeschikkingsrecht of een gecontroleerde keuzevrijheid?", *t.a.p.*, 44 die van mening is dat het "beter en nauwkeuriger was geweest meteen de specifieke begrippen (patiënt i.p.v. betrokkene en arts i.p.v. derde, HN) te gebruiken. De wetgever heeft echter halsstarrig vastgehouden aan de door het raadgevend comité voor bio-ethiek voorgestelde definitie en heeft geen verbeteringen aan deze definitie willen aanvaarden" (*t.a.p.* 46). Dit laatste is echter niet juist aangezien één van de grondvoorwaarden opdat de toepassing van euthanasie geen misdrijf zou zijn, met name het verzoek, uitdrukkelijk in deze definitie wordt vermeld. Om dezelfde reden kan deze definitie niet neutraal worden genoemd, zoals VANSWEEVELT eveneens beweert. Door het verzoek van de betrokkene op te nemen in de definitie heeft de wetgever een duidelijke keuze gemaakt, namelijk euthanasie als uitdrukking van de zelfbeschikking van de mens aan het einde van het leven.

B. BESTANDDELEN VAN DE DEFINITIE EUTHANASIE

815 Volgens de in artikel 2 Euthanasiewet gegeven definitie moeten de volgende bestanddelen aanwezig zijn opdat van euthanasie sprake kan zijn:
- het moet gaan om een handeling;
- de handeling moet door een derde worden gesteld;
- het moet gaan om een opzettelijke handeling;
- die handeling moet ertoe leiden dat de persoon in kwestie overlijdt;
- de persoon in kwestie moet om die handeling hebben verzocht (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-244/21, 10).

1. Handeling

816 Euthanasie vereist een handeling "wat wil zeggen dat het om een positief gedrag moet gaan, en niet om een onthouding"(*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-244/21, 10).

DIERICKX heeft kritiek op het standpunt dat de Raad van State heeft ingenomen in dit advies over de Euthanasiewet: "in eerste instantie komt het inderdaad als vanzelfsprekend over de 'handeling' in de zin van artikel 2 van de wet alleen een fysieke bijdrage van de arts, zoals het toedienen van een letaal middel, te laten omvatten, en niet bv. het afzien van het toedienen van voedsel (...). Aangezien het tweede wetsartikel euthanasie definieert als een handelen, zou op het eerste gezicht besloten kunnen worden strafbare euthanasie als een commissiedelict te typeren. Het materieel

element zou dan bestaan in de levensbeëindigende handeling. Gelet op de voorwaarden die in de volgende artikelen worden geëxpliciteerd, lijkt een dergelijk standpunt ons echter al te kortzichtig. De essentie van het strafbaar feit, zijnde het beëindigen van het leven, mag juridisch gezien dan al een handelen vergen, zulks is geenszins het geval voor elke overschrijding van de Euthanasiewet" (A. DIERICKX, *t.a.p.*, 7). Als voorbeeld verwijst zij naar de verplichte raadpleging van een andere arts (zie verder): wanneer de euthanaserende arts deze verplichting naast zich neerlegt, schendt hij de Euthanasiewet hetgeen volgens DIERICKX betekent dat "in principe hij (de arts) dan door een niet-handelen een misdrijf pleegt, weze het dat dit misdrijf in essentie bestaat in het levensbeëindigend handelen. Strafbare euthanasie kan met andere woorden ook volgen uit een nalaten en zodoende een oneigenlijk omissiedelict betreffen". De opvatting van DIERICKX is correct maar mag niet verkeerd worden begrepen. Het nalaten een andere arts te raadplegen kan maar tot een vervolging wegens strafbare euthanasie leiden voorzover tevens opzettelijk levensbeëindigend werd gehandeld op verzoek van de betrokkene. Zonder deze handeling kan het niet-raadplegen van een andere arts nooit dit misdrijf opleveren. Het advies van de Raad van State dient in deze zin te worden begrepen.

2. Handeling door een derde

817 Euthanasie vereist een handeling verricht door een derde. Indien de "betrokkene" zelf opzettelijk levensbeëindigend handelt is van euthanasie in de zin van artikel 2 Euthanasiewet geen sprake. Zelfdoding valt dus niet onder deze wet. Hulp bij zelfdoding evenmin (zie verder).

Artikel 2 spreekt van een "derde" zonder enige nadere verduidelijking. Dit betekent dat iedereen – behalve de betrokkene – euthanasie kan toepassen (anders: T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 46, die meent dat door art. 2 (slechts) "de indruk wordt gewekt dat naast de arts, nog andere personen – bv. andere medische hulpverleners of niet-medici – euthanasie zouden kunnen toepassen").

3. Opzettelijke handeling

818 Op grond van dit vereiste was de Raad van State van mening dat de Euthanasiewet in principe niet van toepassing is op "medische handelingen die bedoeld zijn om de pijn te bestrijden en die een verkorting van het leven tot gevolg hebben" en dat "deze handelingen normaal gesproken onder de aanvaardbare medische handelingen vallen" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/21, 10). Voor een bespreking van pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend gevolg: zie boven, nr. 809).

4. Handeling die het overlijden van de betrokkene veroorzaakt

819 Euthanasie is handelen waarvan de dood het gevolg is. Dat handelen moet levensverkorting tot gevolg hebben. Het betreffende leven had hetzij uit zichzelf hetzij met gebruik van medische mogelijkheden in stand kunnen blijven (H.J.J. LEENEN en J.K.M. GEVERS, *Handboek gezondheidsrecht*, Deel I, Houten/Diegem, Bohn Stafleu Van Loghum, 2000, 310).

5. Betrokkene heeft om de handeling verzocht

820 Zie verder, nr. 826 e.v.

C. MISDRIJF EUTHANASIE

821 Artikel 2 Euthanasiewet heeft levensbeëindiging op verzoek of euthanasie als een misdrijf gekwalificeerd of beter wellicht, geïnterpreteerd. Dit blijkt meer bepaald uit de aanhef van artikel 3 en artikel 4 § 2 dat "de arts die euthanasie toepast ... geen misdrijf (pleegt)". Tijdens de wetsvoorbereiding is veel gediscussieerd over de vraag welk misdrijf euthanasie wel kan zijn. Artikel 2 laat zich daarover niet uitdrukkelijk uit. Volgens sommigen zou euthanasie een vorm van doodslag of moord zijn waarbij het vervullen van de door de Euthanasiewet gestelde voorwaarden de strafbaarheid op grond van de artikelen 393 e.v. Sw. zou uitsluiten (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 186). Volgens anderen zou de definiëring van euthanasie zonder enige verwijzing naar de misdrijven doodslag of moord impliceren dat euthanasie een misdrijf op zich uitmaakt (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 444; A. DIERICKX, *t.a.p.*, 11, noot 55).

DIERICKX opteert voorzichtig voor de eerste interpretatie: "het lijkt de bedoeling geweest te zijn van de wetgever om de feitelijke aspecten die de levensbeëindiging op verzoek totaal onderscheiden van de feiten die doorgaans als doodslag of moord worden gekwalificeerd, op een casusoverstijgende wijze in rekening te brengen". Blijft dan wel het mogelijk probleem dat de Euthanasiewet niet in een klassieke strafbaarstelling voorziet noch in een straf. Wat het eerste element betreft is het volgens DIERICKX niet noodzakelijk dat een strafwet een delictomschrijving bevat, bestaande uit materiële en morele bestanddelen. De Euthanasiewet kan worden opgevat als een interpretatieve wet waarin de verschillende voorwaarden worden geëxpliciteerd in het licht waarvan de levensbeëindigende handelingen die tot voor kort als moord en doodslag konden worden gekwalificeerd sinds 23 september 2002 dienen te worden geduid. De afwezigheid van een strafmaat in de Euthanasiewet kan daarentegen wel voor problemen zorgen omdat sommige van de in die wet gestelde voorwaarden fundamenteel zijn en andere eerder procedureel. De afwezigheid van een gediversifieerde strafmaat voor de procedurele voorwaarden brengt met zich mee dat in geval van niet-naleving van een dergelijke voorwaarde euthanasie als moord of doodslag zal kunnen worden gekwalificeerd (zie verder, o.a. in verband met de aangifte van euthanasie, nr. 914).

§ 3. Wettelijke toelating tot euthanaserend handelen

A. WETTELIJKE TOELATING TOT EUTHANASEREND HANDELEN IN HOOFDE VAN DE ARTS

822 Indien euthanasie wordt toegepast door een arts, pleegt hij geen misdrijf wanneer hij de in de Euthanasiewet voorgeschreven voorwaarden en procedures heeft nageleefd (art. 3 § 1 en art. 4 § 2).

Om het onderscheid te maken tussen euthanasie als misdrijf en euthanasie toegepast door een arts gebruikt de Nederlandse auteur TER KUILE de uitdrukking "medische euthanasie" voor de aanduidig van euthanasie toegepast door een arts (B.H. TER KUILE, *Nederlandse Euthanasiewetgeving. Een juridische beschouwing*, Rotterdam, Erasmus Universiteit en Kluwer, 2002, 3). Hoewel dit onderscheid verhelderend werkt, heeft het tot nu toe weinig navolging gekend.

823 Het handelen van een arts die euthanasie uitvoert en die daarbij de wettelijk voorgeschreven voorwaarden en procedures naleeft, is gerechtvaardigd door de voorwaardelijke wettelijke toelating die is neergelegd in de Eu-

thanasiewet (A. DIERICKX, *t.a.p.*, 15-16; zie in dezelfde zin: het advies van de Raad van State: "wanneer de euthanaserende handeling uitgevoerd wordt onder de voorwaarden die in de voorgestelde wet zijn vastgelegd (...) heeft hij krachtens de wet de toestemming om de handeling te stellen", *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-244/21, 9, noot 2). Wanneer een arts aldus euthanasie uitvoert, wordt vermoed dat hij aan de voorwaarden van de wettelijke toelating of machtiging heeft voldaan op grond van het vermoeden van onschuld. Indien het Openbaar Ministerie meent dat de Euthanasiewet is overtreden, dient het dit te bewijzen (A. DIERICKX, *t.a.p.*, 16).

Euthanasie uitgevoerd door een niet-arts, wordt niet gerechtvaardigd door de wettelijke toelating van de Euthanasiewet. Wel kan naar omstandigheden zijn handelen worden gerechtvaardigd door noodtoestand. In dat geval is het aan de betrokkene om aannemelijk te maken dat een waarde van een groter belang dan het leven, dat als rechtsgoed de strafbaarstelling van doodslag en moord verantwoordt, zijn handeling rechtvaardigde. Alleen wanneer de strafrechter zou menen dat hij ter zake voldoende geloofwaardig overkomt, zal de resterende bewijslast door het Openbaar Ministerie worden gedragen (A. DIERICKX, *t.a.p.*, 16). Ook een arts die euthanasie uitvoert zonder alle voorgeschreven voorwaarden en procedures na te leven kan de noodtoestand inroepen (A. DIERICKX, *t.a.p.*, 16 en *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-244/21, 9, noot 2). Een vraag die nauwelijks aandacht heeft gekregen tijdens de parlementaire voorbereiding van de Euthanasiewet is waarom de arts en enkel hij de wettelijke toelating diende te krijgen om euthanasie toe te passen. Klaarblijkelijk wordt zowel het een (een arts) als het ander (enkel een arts) als vanzelfsprekend beschouwd. De geschiedenis van het Nederlandse euthanasiebeleid leert nochtans dat dit geen vanzelfsprekendheid is. Zo wijst KENNEDY erop dat "voorstanders er tijdens de jaren zeventig geen principieel bezwaar tegen hadden om niet-artsen de gelegenheid te geven euthanasie toe te passen, maar (dat zij) bereid waren om uit politieke overwegingen het uitvoeren van actieve levensbeëindiging te beperken tot de medische hulpverlening (...) Tegen het midden van de jaren zeventig was er algemene overeenstemming over het feit dat de uitvoering van euthanasie alleen in handen kon worden gelegd van artsen. Zonder artsen zou de kans groter zijn dat helpers het zouden verknoeien door bv. een verkeerde diagnose te stellen (...) Euthanasie werd dus gemedicaliseerd" (J. KENNEDY, *Een weloverwogen dood. Euthanasie in Nederland*, Amsterdam, Bert Bakker, 2002, 130-131). LEENEN gaf de volgende argumenten voor de keuze om euthanasie door een arts te laten uitvoeren. Vooreerst is bij euthanasie bij zieken slechts de arts in staat een oordeel te geven over de medische situatie van de zieke, de diagnose en de prognose, die voor de patiënt een rol zullen spelen in zijn beslissing tot het doen van een euthanasie-verzoek. Ook de vaststelling van de dood is aan de arts voorbehouden en deze vaststelling kan in het kader van euthanasie van belang zijn. Vervolgens bezit alleen de arts de deskundigheid euthanasie volgens de regelen van de (pijnloze) kunst uit te voeren en is hij alleen bevoegd om de benodigde geneesmiddelen voor te schrijven. Ten derde kunnen, door de euthanasie binnen de medische hulpverlening te houden maatschappelijke misstanden worden voorkomen. Zo is controle op de bij euthanasie te stellen voorwaarden slechts mogelijk indien de bevoegdheid tot toepassing van euthanasie aan een omschreven categorie van personen blijft voorbehouden. Door de aard van de euthanasie en in de meeste gevallen de aard van de problematiek die tot de euthanasievraag leidt, is de medische professie de meest aangewezen categorie in dit verband (H.J.J. LEENEN, *Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, 1978, 236).
De doorslaggevende reden om het uitvoeren van euthanasie voor te behouden aan artsen is het tweede door LEENEN genoemde argument: artsen hebben omwille van hun kennis en hun opleiding meer (zij het vaak theoretische) deskundigheid dan andere gezondheidszorgbeoefenaars, laat staan leken om euthanasie op een veilige, zekere en zorgvuldige wijze toe te passen.

824 In zijn advies over het voorstel van Euthanasiewet heeft de Raad van State duidelijk gemaakt dat de wettelijke toelating tot euthanaserend handelen en de wettelijke toelating tot medisch handelen op grond van de W.U.G. niet samenvallen maar integendeel moeten worden onderscheiden. Handelend

over het onderscheid tussen euthanasie en "de medische handeling waarbij de pijn wordt verlicht" en de afbakening tussen het wetsvoorstel betreffende de euthanasie en het wetsvoorstel betreffende de palliatieve zorg stelt dit advies het volgende: "op het zicht van de twee onderzochte wetsvoorstellen, is het niet duidelijk of een arts die zijn patiënt heeft verzorgd zonder de voorwaarden en de procedures betreffende euthanasie na te leven en die strafrechtelijk wordt vervolgd, zich zal kunnen verdedigen door zich te beroepen op de wettelijke toestemming die hij kan ontlenen aan de voorgestelde wet betreffende de palliatieve zorg (de wettelijke toelating om palliatieve zorg te verlenen werd geïncorporeerd in de wettelijke toelating van art. 1 van de W.U.G.; zie boven, nr. 4). Indien deze soort van praktijk beschouwd wordt als euthanaserend handelen, moeten de handelingen die de arts in dit kader stelt beantwoorden aan de voorwaarden bepaald bij het voorstel van wet ter zake. Indien deze handelingen daarentegen als palliatieve en continue zorg beschouwd worden, worden ze geacht volledig wettelijk te zijn als handelingen die behoren tot de geneeskunst en vallen ze niet onder de voorwaarden van de voorgestelde wet betreffende de euthanasie".

825 Aangezien zowel de wettelijke toelating om euthanaserend te handelen als de wettelijke toelating om medisch te handelen uitsluitend toekomen aan een arts ligt het voor de hand in beide gevallen te spreken van medisch handelen, zowel in het gewone als in het juridische taalgebruik. Dat neemt niet weg dat euthanasie geen medisch handelen is in de zin van de W.U.G. Enkel het handelen dat valt onder de wettelijke toelating die wordt toegekend door artikel 1 W.U.G. zoals gewijzigd door artikel 9 van de Wet van 14 juni 2002 betreffende de palliatieve zorg: "de geneeskunst omvat de geneeskunde, de tandheelkunde inbegrepen, uitgeoefend t.a.v. menselijke wezens en de artsenijbereidkunde onder hun preventief, curatief, continu en palliatief voorkomen" is medisch handelen in de zin van de W.U.G. Sedert deze wetswijziging worden continue en palliatieve zorg uitdrukkelijk als een medische handeling beschouwd, zelfs als zij zouden leiden tot het overlijden van de patiënt (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/21, 11, nr.15).

Sommigen hebben voorgesteld om euthanasie ook onder artikel 1 van de W.U.G. te laten vallen met de volgende redenering: "ook palliatieve zorg wordt nu uitdrukkelijk door de wetgever als een medische handeling erkend. Ofschoon er geen behandelingsperpectief meer is, handelt de arts in het belang van de patiënt en oefent hij de geneeskunde uit. Euthanasie in het verlengde van palliatieve verzorging en ook met als doel het lijden van de patiënt te verhelpen, dient dan eveneens als een medische handeling te worden beschouwd. Immers, is het niet kunstmatig om de handelingen die een euthanasie voorafgaan – zoals de diagnose, de behandeling, de eventuele palliatieve zorg – als medisch te beschouwen maar de euthanasiedaad zelf daarvan af te zonderen en als niet-medisch te kwalificeren? Neen, euthanasie dient niet als een losstaande act te worden gezien, maar als het eindpunt van een medische verzorging of behandeling die daar ook onlosmakelijk deel van uitmaakt. Euthanasie wordt dus met andere woorden ingebed in het medisch handelen" (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 119). Strikt juridisch bekeken is euthanasie wel degelijk "een losstaande act", in die mate zelfs dat de wetgever er in de Euthanasiewet een afzonderlijke wettelijke toelating voor heeft moeten construeren. De handelingen die voorafgaan aan de euthanasie als medisch in de zin van W.U.G. bestempelen en de euthanasie zelf niet mag dan in de praktijk als kunstmatig overkomen, juridisch is het een relevant onderscheid omdat het door de wetgever zelf wordt gemaakt. De eerste categorie van handelingen is gerechtvaardigd door de wettelijke toela-

ting krachtens de W.U.G., terwijl euthanasie enkel is gerechtvaardigd door de wettelijke toelating krachtens de Euthanasiewet. Beide toelatingen dienen van elkaar te worden onderscheiden. De arts die euthanasie heeft uitgevoerd en die zich ter rechtvaardiging zou beroepen op de toelating die de W.U.G. hem geeft om medische handelingen te stellen, riskeert een strafrechtelijke veroordeling wegens moord of doodslag. Het is trouwens opvallend dat ook de Raad van State er voor heeft gewaakt een onderscheid te maken tussen tussen euthanasie en "medische handelingen" (ook het raadgevend comité voor bio-ethiek heeft er in zijn advies van 12 mei 1997 voor gewaakt euthanasie te onderscheiden van andere handelingen door een arts gesteld).

Nergens bestempelt de Raad van State euthanasie als een medische handeling. Wel wordt euthanasie gesteld tegenover "de medische handeling waarbij de pijn wordt verlicht" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/21, 13, nr. 17). Juridisch kan euthanaserend handelen niet als medisch handelen in de zin van de W.U.G. worden bestempeld.

826 Iedere arts heeft de wettelijke toelating om euthanasie uit te voeren. De Euthanasiewet stelt geen andere voorwaarden. Omdat aan de uitvoering van euthanasie medische handelingen dienen vooraf te gaan (zie boven en verder) moet de arts, naast het artsdiploma, voldoen aan de andere voorwaarden voor de wettelijke toelating medische handelingen in de zin van de W.U.G. te stellen: visering van het diploma door de provinciale geneeskundige commissie en inschrijving op de lijst van de orde van geneesheren (zie boven, titel I en titel II).

De arts die euthanasie toepast moet niet de behandelende arts zijn van de patiënt. Integendeel, de patiënt heeft het recht om iedere betrokkenheid van zijn behandende arts te weigeren (Verslag Kamercommissie, *Parl. St.* 2001-02, 50-1488/9, 236).
Toch kan de arts die euthanasie uitvoert geen "wildvreemde" voor de patiënt zijn: dat volgt uit artikel 3 § 2, 2° dat vergt dat de arts met de patiënt een aantal gesprekken heeft gevoerd, gespreid over een redelijke periode, om zich van de duurzaamheid van het verzoek te vergewissen.

827 De Euthanasiewet geeft aan artsen de wettelijke toelating euthanasie uit te voeren. Artikel 14, tweede lid bepaalt dat geen arts kan worden gedwongen euthanasie toe te passen. Weigert de geraadpleegde arts euthanasie toe te passen, dan moet hij dit de patiënt of de eventuele vertrouwenspersoon tijdig laten weten waarbij hij de redenen van zijn weigering toelicht. Berust zijn weigering op een medische grond dan wordt die in het medisch dossier van de patiënt opgetekend. De arts die weigert in te gaan op een euthanasieverzoek moet, op verzoek van de patiënt of de vertrouwenspersoon, het medisch dossier van de patiënt meedelen aan de arts die is aangewezen door de patiënt of de vertrouwenspersoon (art. 14, vierde en vijfde lid).

§ 4. Verzoek om euthanasie

A. VERZOEK VAN EEN PATIËNT OF ACTUEEL VERZOEK (ART. 3)

828 Zoals reeds blijkt uit de definitie van euthanasie in artikel 2 van de Euthanasiewet is het verzoek van de "betrokkene" een wezenlijk kenmerk van euthanasie. Zonder verzoek kan van euthanasie (zowel in zijn strafbare als straffeloze versie) geen sprake zijn. Echter, opdat euthanasie uitgevoerd door een arts geen misdrijf zou zijn, volstaat niet ieder verzoek. Om geldig te

zijn moet het verzoek voldoen aan een aantal materiële- en vormvoorwaarden. Deze voorwaarden vindt men in artikel 3 § 1, 4 en 5 Euthanasiewet.

1. Voorwaarden verband houdend met de verzoeker

a. Verzoek afkomstig van een patiënt

829 Daar waar artikel 2 spreekt over het verzoek van de "betrokkene", is in artikel 3 steeds sprake van het verzoek van een patiënt. Alleen een patiënt kan een arts verzoeken een einde aan zijn leven te maken. Wie (nog) geen patiënt is, zal moeten gebruik maken van de wilsverklaring die in artikel 4 wordt geregeld (zie verder, nr. 846). De wet bepaalt niet wie onder patiënt wordt verstaan.

De wet bepaalt wel in detail de gezondheidstoestand waaraan de patiënt dient te voldoen opdat aan zijn verzoek om euthanasie kan worden tegemoet gekomen (art. 3 § 1) maar het is niet duidelijk of deze toestand reeds moet bestaan op het ogenblik dat iemand voor de eerste maal de mogelijkheid van euthanasie ter sprake brengt. Wel is het zo dat op het ogenblik van een eigenlijk verzoek die gezondheidstoestand moet aanwezig zijn, opdat het verzoek geldig zou zijn (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 62 die verwijst naar *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 876). Vast staat tevens dat de patiënt geen terminale patiënt moet zijn omdat de Euthanasiewet uitdrukkelijk het geval regelt van een patiënt die kennelijk niet binnen afzienbare tijd zal overlijden (art. 3 § 3; zie verder). In het verslag aan de Koning bij het K.B. van 2 april 2003 houdende vaststelling van de wijze waarop de wilsverklaring inzake euthanasie wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken (*B.S.* 13 mei 2003) wordt gezegd dat "in voornoemde hypothese (zijnde het verzoek in de zin van art. 3) we dus moeten denken aan een therapeutische relatie tussen een arts en een wilsbekwame patiënt". "Patiënt" zijn betekent dat er een therapeutische relatie is met een arts, dat men lijdt aan een aandoening.

b. Patiënt is een meerderjarige of een ontvoogde minderjarige (art. 3 § 1, eerste -)

830 Op het ogenblik van het verzoek moet de patiënt meerderjarig zijn of een ontvoogde minderjarige (art. 3 § 1, eerste -).

De aanwending van het statuut van de ontvoogding van minderjarigen is geweldig afgenomen sedert door de Wet van 19 januari 1990 de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid werd verlaagd tot 18 jaar (P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 1996, nr. 1435). De vrees voor een "oneigenlijk gebruik" van de rechtsfiguur van de ontvoogding teneinde een minderjarige de mogelijkheid te geven om euthanasie te verzoeken lijkt dan ook onterecht. De voorzitter van de bevoegde Kamercommissie voor Justitie geloofde evenmin in oneigenlijk gebruik: de rechter die moet beslissen over een ontvoogdingsverzoek moet nagaan of de door de wet geëiste finaliteit voorhanden is en zal zo kunnen verhinderen dat een persoon wordt ontvoogd om andere redenen (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 50-1488/9, 210).

Uit de wetsvoorbereiding blijkt bovendien zeer duidelijk de wil van de wetgever om minderjarigen uit het toepassingsgebied van de Euthanasiewet te sluiten. Amendementen om het toepassingsgebied te verruimen tot oudere minderjarigen werden verworpen. Evenmin werd rekening gehouden met het advies van de Kamercommissie voor Volksgezondheid die "zich vragen stelt over het onderscheid dat de tekst maakt tussen meerderjarige en minderjarige patiënten die zich in dezelfde terminale situatie zouden bevinden" (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 50-1488/9, 379). De Nationale raad van de Orde der geneesheren noemde het "een markante leemte" dat de wet enkel aan meerderjarigen toelaat om euthanasie te vragen: "de deontologie heeft altijd voorgestaan dat ook vragen van minderjarigen ernstig moeten onderzocht worden waarbij, natuurlijk in functie

van de vraag, de graad van mentale volwassenheid dient beoordeeld te worden" ("Euthanasie", *T. Orde Geneesh.* 2001, nr. 94, 2).
Euthanasie uitgevoerd op een niet-ontvoogde minderjarige is dus niet gerechtvaardigd door de wettelijke toelating van de Euthanasiewet. Een beroep op noodtoestand in een concreet geval is niet uitgesloten (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 253, 284, 695, 885).

c. Patiënt is handelingsbekwaam op het ogenblik van zijn verzoek

831 De patiënt moet handelingsbekwaam zijn en bewust op het ogenblik van zijn verzoek (art. 3 § 1, eerste -). Een patiënt die valt onder het statuut van de verlengde minderjarigheid is algemeen en volledig handelingsonbekwaam (P. SENAEVE, *a.w.*, nr. 648) en kan dus geen geldig verzoek om euthanasie uiten. Zijn voogd kan dat evenmin voor hem aangezien de Euthanasiewet hem deze bevoegdheid niet heeft toegekend. Hetzelfde geldt voor een onbekwaamverklaarde. Ook in deze gevallen is een beroep op noodtoestand in een concreet geval niet uit te sluiten.

d. Patiënt is bewust op het ogenblik van zijn verzoek

832 De patiënt die om euthanasie verzoekt, moet op dat ogenblik bewust zijn (art. 3 § 1, eerste -) hetgeen betekent dat hij in staat is zijn wil kenbaar te maken.

2. Voorwaarden verband houdend met het verzoek

a. Materiële voorwaarden

– Vrijwillig

833 Een verzoek tot euthanasie moet vrijwillig zijn (art. 3 § 1, tweede -) en berusten "op volledige vrijwilligheid" (art. 3 § 2, 1°).

Het vereiste van vrijwilligheid kwam niet voor in het wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-244/1), maar werd zonder specifieke motivering toegevoegd door een amendement (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/4, nr. 14). Tijdens de discussie over een ander amendement (*Parl. St.* Senaat 1999-00, 2-244/4, nr. 122, geen externe druk: zie verder) werd door de indieners van het amendement nr. 14 verduidelijkt dat zij wilden aangeven dat de patiënt zélf, uit vrije wil, de vraag naar euthanasie heeft gesteld. Zij beseften wel dat het volstrekt onmogelijk is in een wettekst elke vorm van sociale druk uit te sluiten. Ook de "volledige vrijwilligheid" komt voort uit een amendement (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/9, 6). De bespreking van dit amendement leert dat de beslissing "in volledige autonomie moet worden genomen en niet het gevolg mag zijn van externe druk" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 810-811).

834 De eis van vrijwilligheid roept de vraag op of patiënten die weliswaar handelingsbekwaam zijn en die lijden aan een geestesziekte, een geldig verzoek kunnen doen om euthanasie.

Tijdens de wetsvoorbereiding werden daarover met grote stelligheid verklaringen afgelegd die blijk geven van enige vooringenomenheid. Zo werd in de senaatscommissie verklaard dat "men mag aannemen dat zij (geesteszieken) geen geldig euthanasieverzoek kunnen doen" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 762). In de Kamercommissie voor de Volksgezondheid die slechts

een advies mocht geven over de ontworpen Euthanasiewet was er consensus dat "psychiatrische patiënten niet onder het toepassingsgebied van het wetsontwerp ressorteren" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 50-1488/9, 217). De voorzitter van de Kamercommissie voor Justitie, ERDMAN, concludeerde dat "psychiatrische patiënten nooit aanspraak zullen kunnen maken op de toepassing van euthanasie omdat psychiatrisch lijden niet bestaanbaar is met de voorwaarde van de vrije wilsuiting" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 50-1488/9, 217; zie in dezelfde zin: "psychiatrische patiënten beschikken niet over een vrije wil en kunnen dus evenmin aanspraak maken op levensbeëindigend handelen" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 50-1488/9, 217, 218) en "in geval van dementie of louter psychisch lijden is euthanasie ontoelaatbaar" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 50-1488/9, 217, 244). Deze veralgemenende uitspraken kunnen moeilijk in overeenstemming worden gebracht met de duidelijke tekst van de wet. Indien een geesteszieke patiënt in staat is om in vrijwilligheid een euthanasieverzoek te formuleren – een beoordeling van geval tot geval sluit meer aan bij de bedoeling van de wetgever dan een *a priori* en veralgemeende uitsluiting – dan zal de arts daar rekening mee kunnen houden (zie: M. ADAMS en H. NYS, "Euthanasie in de lage landen. Vergelijkende beschouwingen bij de Belgische euthanasiewet", *T.P.R.* 2003, 33-34; in die zin ook: T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 67-68). Omgekeerd kan niet zonder meer worden uitgegaan van de vrijwilligheid van het verzoek van een ernstig lijdende, terminale kankerpatiënt.

835 Een belangrijke vraag is of vrijwilligheid uitsluit dat de arts zelf euthanasie als mogelijkheid ter sprake brengt. De Euthanasiewet vereist een "verzoek" en spreekt niet van de toestemming in een voorstel van de arts.

De geschiedenis van het Nederlandse euthanasiebeleid leert dat het niet vanzelfprekend is dat artsen het onderwerp euthanasie zelf aansnijden in de relatie met hun patiënt (J. KENNEDY, *a.w.*, 157). Tijdens de wetsvoorbereiding van de Belgische Euthanasiewet is het thema nauwelijks aan de orde geweest. VANSWEEVELT citeert B. VAN DEN ENDEN die tijdens de hoorzittingen in de Senaat verklaarde dat het voor een patiënt een enorme verlichting en opluchting kan betekenen dat de arts het moeilijke onderwerp van de euthanasie wil aankaarten (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 66). Zolang de vrijwilligheid van de beslissing van de patiënt blijft gerespecteerd, mag de arts als eerste euthanasie ter sprake brengen. Van de arts kan echter niet worden verlangd dat hij als eerste euthanasie moet ter sprake brengen. Dat volgt uit artikel 14, tweede lid Euthanasiewet dat bepaalt dat geen arts kan worden gedwongen om euthanasie uit te voeren.

– Overwogen

836 Een verzoek tot euthanasie moet "overwogen" zijn (art. 3 § 1, tweede -). Dat een euthanasieverzoek overwogen is, impliceert dat de patiënt met kennis van zaken zijn verzoek heeft geformuleerd.

Artikel 7 Patiëntenrechtenwet verplicht de behandelende arts aan de patiënt alle informatie te geven over diens gezondheidstoestand en de vermoedelijke evolutie ervan. Die bepaling wordt gepubliceerd door artikel 7 van de Wet van 14 juni 2002 betreffende de palliatieve zorg ("elke patiënt heeft recht op informatie over zijn gezondheidstoestand") dat eraan toevoegt "en de mogelijkheden van de palliatieve zorg". Die laatste verplichting ligt ook nog eens vervat in artikel 8 Patiëntenrechtenwet (verplichting de patiënt te informeren over alternatieve behandelingsmogelijkheden). Daarnaast impliceert met kennis van zaken ook nog dat informatie wordt gegeven over de draagwijdte en het verloop van een euthanasieprocedure en -handeling en de herroepbaarheid van het verzoek (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 69).

– Herhaald

837 Een verzoek tot euthanasie moet herhaald zijn (art. 3 § 1, tweede -). Herhaald wil zeggen dat de patiënt zijn verzoek meerdere malen heeft geformuleerd. Zie verder hoe dit zich verhoudt tot de eis van een geschrift.

– Vrij van externe druk

838 Een verzoek tot euthanasie mag niet zijn tot stand gekomen als gevolg van enige externe druk (art. 3 § 1, tweede -).

Voegt dit element nog iets toe aan de eis van vrijwilligheid? De indieners van het amendement nr. 122 (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/9) gaven de voorkeur aan "vrije wil zonder druk van buitenaf" boven "vrijwillig". De bedoeling van dit amendement was "de vrees weg te nemen dat euthanasieverzoeken kunnen zijn ingegeven niet door fysiek of psychisch lijden maar door uitwendige druk, economische overwegingen of het gevoel een last te zijn voor de familie of de maatschappij" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 749. Dit amendement werd weliswaar niet goedgekeurd maar later hernomen door amendement nr.183 van LEDUC, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/12, 11). Hoe dan ook kunnen vrijwillig en vrij van externe druk als synoniemen worden beschouwd. Het is moeilijk in te zien hoe een verzoek vrijwillig zou kunnen zijn wanneer het tot stand is gekomen door externe druk (A. DIERICKX, *t.a.p.*, 27).

– Duurzaam

839 Een verzoek tot euthanasie moet een duurzaam karakter hebben (art. 3 § 2, 2°).

De eis van duurzaamheid komt niet voor in de lijst van kenmerken van een verzoek bepaald in artikel 3 § 1. In het wetsvoorstel 244/1 was dat wel het geval. Na een amendement (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/7, 3) werd duurzaam geschrapt met het argument dat "duurzaam" en "herhaald" in wezen synoniemen zijn "en het derhalve overbodig is te vermelden dat het verzoek ook nog eens duurzaam moet zijn" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 875). Reeds wetsvoorstel 244/1 bevatte een verplichting voor de arts zich te vergewissen van het "duurzaam karakter" van het verzoek van de patiënt. Die bepaling is overeind gebleven in artikel 3 § 2, 2° en dus ook de eis van duurzaamheid. Overigens zijn "herhaald" en "duurzaam" geen synoniemen. Herhaald wil zeggen dat het verzoek met tussenpauzen wordt geformuleerd. Duurzaam wil zeggen dat ook daartussen het verzoek nog bestaat (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 539).

b. Vormvereisten

– Zo de patiënt kan schrijven, een eigenhandig geschrift

840 De notie "verzoek" impliceert reeds dat van een stilzwijgend geuite wil om euthanasie volgens de wetgever geen sprake kan zijn. Een verzoek is steeds uitdrukkelijk. Artikel 3 § 4, eerste zin bepaalt bovendien dat het verzoek van de patiënt op schrift moet zijn gesteld.

In het wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-244/1) werd deze voorwaarde nog niet gesteld: het verzoek diende uitdrukkelijk te zijn en dagelijks opgetekend te worden in het medisch dossier van de patiënt (art. 3, laatste lid). Door een amendement werd de eis van een geschrift toegevoegd. De motivering luidde als volgt: "het lijkt belangrijk dat er een schriftelijk spoor overblijft van het verzoek, dat centraal staat in de hele procedure. Dat geschreven document is belangrijk voor de controle. Het is echter niet het hoofdelement in de relatie tussen arts en patiënt. Het is ook niet het begin en zeker ook niet het einde van de dialoog tussen de arts en de zieke, want die dialoog moet tot het laatste moment gevoerd worden. Het is wel belangrijk dat zo'n document bestaat en in het medisch dossier zit, zowel voor de bescherming van de zieke als voor de bescherming van de arts" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/4, nr. 14. Zie ook: *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 657: het schriftelijk karakter moet elke twijfel over de onduidelijkheid omtrent de werkelijke wens van de patiënt wegnemen). Tijdens de bespreking in de Senaatscommissie werd gewaarschuwd voor de risico's die een geschrift inhoudt. Het gevaar bestaat dat de geschreven verklaring uiteindelijk zal

worden beschouwd als het bewijs dat de materiële voorwaarden in verband met het verzoek vervuld zijn en dat de verplichting om ook aan de andere wettelijke voorwaarden te voldoen, een zuivere formaliteit wordt (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 784; in dezelfde zin eerder: H. NYS en S. BLANCQUAERT, "Kanttekeningen bij de amendementen van de meerderheid op haar eigen euthanasie-voorstel", *R.W.* 2000-01, 636 en de kritiek hierop van T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 63 die wijst op "het psychologisch element" dat niet mag worden onderschat: door een euthanasieverzoek schriftelijk op te stellen wordt het a.h.w. "geofficialiseerd" en bevestigt het de wil van de patiënt tot euthanasie te willen overgaan. Juist tegen zo'n officialisering moet worden gewaarschuwd want daardoor dreigen de andere voorwaarden die zich niet lenen tot officialisering te worden verdrongen). In de praktijk is het bekomen van een geschrift niet zo eenvoudig en dit ondanks de wettelijk voorziene mogelijkheid dat het geschrift door een ander wordt opgesteld (zie verder, nr. 843).

841 Het document waarin het verzoek wordt gedaan wordt opgesteld, gedateerd en getekend door de patiënt zelf (art. 3 § 4, tweede zin).

In het wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-244/1) noch in het geamendeerde wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/14) was dat niet uitdrukkelijk voorzien. De finale versie komt voort uit de goedkeuring van een amendement (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/12, nr. 220). De wetgever heeft aldus willen vermijden dat gebruik zou worden gemaakt van door het ziekenhuis ter beschikking gestelde en voorgedrukte euthanasieformulieren die de patiënt maar hoeft te ondertekenen (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 787). Het opstellen van het verzoek moet door de patiënt zelf gebeuren. Toch betekent dit niet dat de patiënt het document eigenhandig moet schrijven (met pen op papier). Het mag ook worden getypt met een typemachine of computer. Voor de wilsverklaring bedoeld in artikel 4 is dit uitdrukkelijk in deze zin geregeld in artikel 2 van het K.B. van 2 april 2003 houdende vaststelling van de wijze waarop de wilsverklaring inzake euthanasie wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken (*B.S.* 13 mei 2003). *Mutatis mutandis* geldt dat ook voor het verzoek bedoeld in artikel 3 (in die zin ook: T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 64 voor wie "het denkbaar is dat het ziekenhuis een voorbeelddocument ter beschikking stelt dat geheel of gedeeltelijk door de patiënt kan worden overgenomen in zijn schriftelijk verzoek. Zo is de patiënt zeker dat het euthanasieverzoek rechtsgeldig is omdat al de nodige elementen erin staan". Het ongevraagd ter beschikking stellen van dergelijke "voorbeelddocumenten" zou naar omstandigheden wel kunnen worden uitgelegd als externe druk en moet worden vermeden). Moet het woord "euthanasie" letterlijk in het verzoek voorkomen? Om ieder misverstand te voorkomen valt dit sterk aan te raden. (in de modelwilsverklaring die is opgenomen als bijlage bij het K.B. van 2 april 2003 houdende de vaststelling van de wijze waarop de wilsverklaring inzake euthanasie wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken (*B.S.* 13 mei 2003) is wel uitdrukkelijk sprake van euthanasie. Maar dit model is een voorbeeld, geen verplichting) (zie verder, nr. 858). Doorslaggevend is dat uit het geschrift op een ondubbelzinnige wijze tot uiting komt dat er een verlangen bestaat tot opzettelijk levensbeëindigend handelen t.a.v. de patiënt die het verzoek heeft opgesteld. Als aan die voorwaarde van ondubbelzinnigheid is voldaan, is het letterlijk gebruik van de term "euthanasie" niet noodzakelijk.

842 Hoewel het verzoek tot euthanasie herhaald moet zijn, volstaat het dat het slechts eenmaal op schrift wordt gesteld. Dat blijkt uit de wetsvoorbereiding (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 795). Op de suggestie van de Raad van State om deze bedoeling duidelijker in de wettekst tot uiting te laten komen werd niet ingegaan (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/21, 17. De Raad van State stelde de volgende formulering voor: "tijdens één van de gesprekken die de arts heeft met de patiënt, moet deze hem een geschreven document overhandigen waaruit zijn verzoek blijkt").

De Euthanasiewet bepaalt niet wanneer het verzoek op geschrift moet worden gesteld. In de wetsvoorbereiding werd meermaals verwezen naar het geschrift als "het eindpunt" of "het einde"

van de dialoog tussen arts en patiënt. Maar dat is zeker geen verplichting (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 786 en 798).

– Zo de patiënt niet kan schrijven, een geschrift opgesteld door een meerderjarige derde

843 Indien de patiënt niet in staat is een euthanasieverzoek op schrift te stellen, gebeurt dit door een meerderjarige persoon die gekozen is door de patiënt en geen materieel belang mag hebben bij de dood van de patiënt (art. 3 § 4, eerste lid, laatste zin).

Voor alle duidelijkheid moet worden benadrukt dat de patiënt bij volle bewustzijn dient te zijn en handelingsbekwaam en dat alle materiële voorwaarden inzake vrijwilligheid e.d. allemaal moeten vervuld zijn. Alleen, de patiënt kan zijn verzoek niet meer op schrift stellen bv. omdat hij lijdt aan een spierziekte die hem verlamt of omdat zijn geschrift onleesbaar is geworden ten gevolge van de ziekte waaraan hij lijdt (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 785-786. Over de vraag of analfabeten hieronder vallen bestond verschil van mening. Sommigen meenden van wel, anderen niet omdat een analfabeet kan schrijven, zij het met fouten ..., zie: *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 786 en 797).
Dat de door de patiënt aangeduide persoon geen materieel belang mag hebben bij het overlijden van de patiënt is bedoeld om deze laatste te beschermen tegen externe druk bij het nemen van beslissingen aan het einde van het leven en waaruit een derde voordeel zou kunnen halen (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 64 die terecht opmerkt dat deze eis niet zo gemakkelijk is toe te passen: binnen de groep van verwanten kan iedereen wel een mogelijk materieel voordeel hebben bij het overlijden van de patiënt; bovendien is het niet evident voor de arts om op het ogenblik dat het schriftelijk verzoek wordt opgesteld, uit te maken wie een materieel voordeel heeft bij de dood van de patiënt. "Wanneer deze voorwaarde te strikt zou worden geïnterpreteerd, zou dit zeker bij bejaarde patiënten met een beperkte kring van (vertrouwens)personen, de keuze al te zeer beperken. Wellicht moet worden vastgesteld dat deze voorwaarde eerder een morele maar geen juridisch afdwingbare waarde heeft, nu er geen sancties op voorzien zijn". Dat laatste is betwistbaar: indien een meerderjarige persoon tussenkomt die een materieel belang heeft bij het overlijden van de patiënt leeft de arts niet alle voorwaarden en procedures na).

844 De door de patiënt aangeduide persoon heeft een dubbele opdracht. Enerzijds het op schrift stellen van het mondeling geuite verzoek van de patiënt (volgens de toelichting van de auteur van het amendement dat aan de basis ligt van art. 3 § 4, getuigt de door de patiënt aangeduide persoon van de "mondeling geformuleerde wilsverklaring van de patiënt" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 220). Als er inderdaad sprake moet geweest zijn van een mondeling verzoek, dan worden op die manier patiënten die lijden aan een zgn. Locked-in syndroom (volkomen bewust en helder, maar volledig verlamd inclusief mond en tong) uit het toepassingsgebied van art. 3 § 4 gesloten). Anderzijds melding maken van het feit dat de patiënt niet in staat is om zijn verzoek op schrift te formuleren en de redenen aan te geven waarom dat dit het geval is (art. 3 § 4, tweede lid).

De opschriftstellling gebeurt in een dergelijk geval in bijzijn van de arts en de naam van deze arts wordt op het document genoteerd (art. 3 § 4, tweede lid). De bedoelde arts is deze tot wie het euthanasieverzoek wordt gericht. Het is dan ook uitgesloten dat deze arts de persoon is die door de patiënt wordt aangeduid om zijn verzoek op schrift te stellen. Een andere arts, een verpleegkundige kortom om het even welke andere meerderjarige die geen materieel belang heeft kan als dusdanig worden aangesteld. De aanwezigheid van de arts werd beschouwd als een waarborg tegen mogelijke externe druk (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 874). De wet eist niet dat de

persoon aangewezen door de patiënt het document dateert en handtekent. Evenmin is vereist dat de aanwezige arts het document handtekent. VANSWEEVELT ziet hierin een vergetelheid en raadt aan dat dit toch gebeurt om betwistingen te vermijden en zekerheid te hebben over de datum waarop het euthanasieverzoek werd geformuleerd (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 65).

– Voegen bij het medisch dossier van de patiënt

845 Krachtens artikel 3 § 4, tweede lid, *in fine* moet het document opgesteld door de persoon gekozen door de patiënt bij het medisch dossier (van deze patiënt) worden gevoegd. Voor het eigenhandig opgestelde document bevat artikel 3 § 4 niet een gelijkaardige bepaling. Toch geldt deze verplichting ook voor dit document en wel op grond van artikel 3 § 5. Dat artikel bepaalt dat alle verzoeken geformuleerd door de patiënt regelmatig worden opgetekend in het medisch dossier van de patiënt, zonder een onderscheid te maken tussen het schriftelijk verzoek en de mondelinge verzoeken.

Overigens heeft de patiënt op grond van artikel 9 Patiëntenrechtenwet recht op toevoeging van stukken aan zijn patiëntendossier.

3. Herroeping van het verzoek

846 De patiënt kan te allen tijde het verzoek herroepen, waarna het document uit het medisch dossier van de patiënt wordt gehaald en aan de patiënt wordt teruggegeven (art. 3 § 4, laatste lid). Er zijn geen vormvoorwaarden verbonden aan de herroeping.

B. VOORAFGAANDE WILSVERKLARING (ART. 4)

847 Wie zich nog niet in de voorwaarden bevindt om een geldig verzoek tot euthanasie te doen op basis van artikel 3 kan wel in een zgn. wilsverklaring zijn wil te kennen geven dat een arts euthanasie op hem toepast indien hij in een situatie terecht komt waarin dit krachtens de wettelijke toelating van de Euthanasiewet kan gebeuren. De Nederlandstalige tekst van de wet noemt dit een "wilsverklaring"; de Franstalige "une déclaration anticipée". Dat laatste drukt veel beter uit waar het in artikel 4 om gaat: een voorafgaande wilsverklaring om euthanasie. Deze term wordt hier consequent gebruikt (H. NYS, "Art. 4 van de Wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie", in X., *De Euthanasiewet doorgelicht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 133-149).

1. Inhoud van een voorafgaande wilsverklaring

a. Kennisgeving van de wil dat euthanasie wordt toegepast

848 In een voorafgaande wilsverklaring wordt de wil te kennen gegeven dat een arts euthanasie toepast indien de wettelijke voorwaarden vervuld zijn (art. 4, § 1, eerste lid). Deze voorafgaande wilsverklaring heeft uitsluitend betrekking op euthanasie.

Dat was niet het geval in het oorspronkelijke wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-244/1). Daarin had de wilsverklaring een veel ruimere draagwijdte en kon de "voorkeur voor of de bezwaren tegen bepaalde medische handelingen kenbaar worden gemaakt" (art. 4, eerste lid). Daarnaast kon daarin vooraf de wil tot levensbeëindiging te kennen gegeven worden. Ook in het geamendeerde voorstel had de voorafgaande wilsverklaring steeds een ruime draagwijdte (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/4 en 2-244/15, nr. 291). Deze ruime draagwijdte van de wilsverklaring maakte het mogelijk zich bv. te verzetten tegen therapeutische hardnekkigheid (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 915 en 959). Inmiddels is deze mogelijkheid neergelegd in art. 8 § 4, vierde lid Patiëntenrechtenwet dat een bindend karakter verleent aan de voorafgaande weigering van een welomschreven handeling (zie boven, nr. 371).

Er was wel een belangrijk verschil tussen de wilsverklaring naargelang ze de eerste dan wel de tweede draagwijdte had. In het eerste geval (positieve of negatieve wensen in verband met bepaalde medische handelingen) was zij bedoeld om te worden toegepast "voor het geval dat (de opsteller) zijn wil niet meer kan uiten", terwijl de voorafgaande wilsverklaring bedoeld was (en is) om te worden toegepast "indien (de opsteller) niet meer bij bewustzijn is" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 923). Op deze ruime draagwijdte van de voorafgaande wilsverklaring is heel wat kritiek gekomen. De oppositie verweet de meerderheid op dit punt wel een "algemeen patiëntenrecht in te voeren" (bedoeld is het recht toe te stemmen in een behandeling of te weigeren) maar niet te willen weten van een meer globale regeling van de medische beslissingen aan het einde van het leven (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 959). Indien onder (wensen van) "bepaalde medische handelingen" ook euthanasie zou worden begrepen, dan zou zelfs om euthanasie kunnen gevraagd worden in een wilsverklaring voor het geval men zijn wil niet meer kan uiten en niet alleen als men buiten bewustzijn zou zijn, zo werd (overigens ten onrechte) voorgehouden (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 922- 923).

Omdat "vanzelfsprekend vandaag reeds iedereen het recht heeft een verklaring te schrijven met betrekking tot de behandeling die men al dan niet wenst te ondergaan, het afzien van behandeling of het stopzetten ervan, indien men niet meer in staat is zijn wensen kenbaar te maken" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 961) en "met als doel alle misverstanden uit te sluiten" werd via een amendement bepaald dat de voorafgaande wilsverklaring, in het kader van de Euthanasiewet, slechts de euthanasie als voorwerp zou hebben (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/16, nr. 400, Toelichting; in dezelfde zin: *Farl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 975). Deze beperking valt alleen maar toe te juichen wegens de belangrijke juridische verschillen die er bestaan tussen de weigering van een al dan niet levensreddende handeling in een voorafgaande wilsverklaring en het verzoek om euthanasie in een dergelijke wilsverklaring (zie over dit onderscheid: H. NYS en S. BLANCQUAERT, *t.a.p.*, 2248 e.v.; H. NYS, "Juridische gevolgen van voorafgaande wilsverklaringen in de gezondheidszorg", in A. VAN ORSHOVEN en Y. ENGLERT, *Levenstestament en andere voorafgaande wilsverklaringen*, Antwerpen, Garant, 2003, 55-78). Daar waar de eerste op grond van artikel 8 § 4 Patiëntenrechtenwet een bindend karakter heeft, bepaalt artikel 14, eerste lid Euthanasiewet dat een voorafgaande wilsverklaring "geen dwingende waarde heeft".

b. Aanduiden van een of meerdere vertrouwensperso(o)n(en)

849 In de wilsverklaring kunnen, facultatief dus, één of meer meerderjarige vertrouwenspersonen in volgorde van voorkeur worden aangewezen, die de behandelende arts op de hoogte brengen van de wil van de patiënt. Elke vertrouwenspersoon vervangt zijn of haar in de wilsverklaring vermelde voorganger in geval van weigering, verhindering, onbekwaamheid of overlijden (art. 4 § 1, tweede lid).

Tijdens de parlementaire bespreking is de vraag gesteld of het mogelijk is dat "een rechtspersoon optreedt als vertrouwenspersoon, of dient het te gaan om een natuurlijke persoon? Is het bv. toegelaten dat alle wilsverklaringen worden gedeponeerd bij een V.Z.W. die voor een bepaalde streek toezicht kan houden op alle euthanasiegevallen?" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 959 en 963). Tijdens de bespreking van een niet-goedgekeurd amendement (*Parl. St.* Senaat 2000-01,

2-244/16 nr. 309; *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1021) dat ertoe strekte te specifiëren dat de vertrouwenspersonen natuurlijke personen moeten zijn, werd verduidelijkt dat met het woord "vertrouwenspersoon" een natuurlijke persoon wordt bedoeld. Toch sluit de Euthanasiewet niet uitdrukkelijk uit dat een rechtspersoon als vertrouwenspersoon wordt aangeduid die dan op zijn beurt een natuurlijke persoon zal aanduiden die de rechtspersoon vertegenwoordigt (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 101).
Een vertrouwenspersoon dient meerderjarig te zijn. Deze voorwaarde volgt uit een amendement dat als volgt was gemotiveerd: "vermits het vaak gaat om moeilijke gesprekken en delicate beslissingen (dient) een zeker beoordelingsvermogen aanwezig te zijn. Het lijkt dan ook niet wenselijk om minderjarigen deze verantwoordelijkheid te geven" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/16, nr. 417 en *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1024).

850 De behandelende arts van de patiënt, de geraadpleegde arts (zie verder, nr. 891) en de leden van het verplegend team kunnen niet als vertrouwenspersoon optreden (art. 4 § 1, tweede lid).

2. *Voorwaarden verband houdend met de verzoeker*

851 De enige voorwaarde die de Euthanasiewet stelt is dat de verzoeker een handelingsbekwame meerderjarige is of een ontvoogde minderjarige (art. 4 § 1).

De voorwaarde van bewust-zijn wordt hier niet herhaald. Volgens VANSWEEVELT vloeit deze voorwaarde impliciet toch voort uit het gegeven dat in de voorafgaande wilsverklaring de wil te kennen wordt gegeven dat een arts euthanasie zal toepassen. Dat is enkel mogelijk indien de patiënt bewust is (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 97).

3. *Voorwaarden t.a.v. het verzoek neergelegd in een voorafgaande wilsverklaring*

a. Materiële voorwaarden

852 Het actueel verzoek om euthanasie moet voldoen aan een reeks materiële vereisten: vrijwillig, overwogen, herhaald, vrij van externe druk en duurzaam (zie boven, nr. 833). Geen van deze vereisten wordt door de wet van toepassing verklaard op de voorafgaande wilsverklaring (zie voor wat betreft het overwogen karakter van de voorafgaande wilsverklaring: *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 923).

Het is niet duidelijk waarom dat niet het geval is. Men zou kunnen stellen dat de voorafgaande wilsverklaring een verbijzondering is van het verzoek dat wordt geregeld door artikel 3 en dat alle voorwaarden die gelden voor het verzoek bijgevolg ook gelden voor de voorafgaande wilsverklaring maar in de wetsvoorbereiding zijn geen aanduidingen te vinden die deze stelling schragen. Een andere verklaring zou kunnen zijn dat de voorafgaande wilsverklaring wordt opgesteld door iemand die nog in fysieke en geestelijke gezondheid verkeert, nog geen "patiënt" is in de zin van artikel 3 terwijl het actueel verzoek juist uitgaat van iemand die reeds "patiënt" is. Van de eerst genoemde mag worden aangenomen dat hij in staat is vrijwillig en overwogen een voorafgaande wilsverklaring op te stellen. Gaat het om iemand die reeds patiënt is, dan is dat minder vanzelfsprekend en dient daar extra voor te worden gewaakt. Ook voor deze mogelijke verklaring zijn in de wetsvoorbereiding geen aanwijzingen te vinden.

b. Vormvereisten

– Een geschrift

853 De voorafgaande wilsverklaring moet schriftelijk worden opgemaakt en moet gedateerd en ondertekend worden door degene die de verklaring aflegt (art. 4 § 1, derde lid).

Anders dan artikel 3 § 4 ("het document wordt opgesteld door de patiënt zelf") bepaalt artikel 4 niet met zoveel woorden dat de wilsverklaring door de betrokkene zelf moet worden opgesteld. Artikel 4 heeft het over "degene die de verklaring aflegt". Een amendement om te specifiëren dat de wilsverklaring wordt opgemaakt door degene die de wilsverklaring aflegt "omdat de huidige libelering de indruk wekt dat het mogelijk is dat een wilsverklaring door een derde wordt opgemaakt. Dit moet worden vermeden" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/16, nr. 312 en *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1027; zie ook: amendement nr. 387, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/16, 52 in dezelfde zin). Dat artikel 4 in de mogelijkheid voorziet dat iemand anders dan de betrokkene zelf de wilsverklaring opstelt in geval van een fysieke handicap (zie verder) is niet dienstig als argument dat in de regel de betrokkene dat zelf moet doen, want artikel 3 bevat ook een dergelijke mogelijkheid en toch bepaalt dat artikel 3 uitdrukkelijk dat de patiënt in de regel het verzoek zelf moet opstellen. Best gaat men er van uit dat een eigenhandig geschrift bedoeld is. Zoals al gezegd laat artikel 2 K.B. 2 april 2003 houdende vaststelling van de wijze waarop de wilsverklaring inzake euthanasie wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken toe dat de wilsverklaring ofwel met de hand wordt geschreven ofwel wordt getypt.

854 Voor het geval degene die de voorafgaande wilsverklaring aflegt fysiek blijvend niet in staat is om een wilsverklaring op te stellen en te tekenen, voorziet artikel 4 § 1, vierde en vijfde lid in de volgende procedure.

Degene die de wilsverklaring wil afleggen kan een meerderjarige persoon die geen enkel materieel belang heeft bij het overlijden van de betrokkene, aanwijzen die zijn verzoek schriftelijk opstelt. De wilsverklaring vermeldt dat de betrokkene niet in staat is te tekenen en waarom. De wilsverklaring moet gedateerd en ondertekend worden door degene die het verzoek schriftelijk opstelt en in voorkomend geval (zie boven) door de erin aangeduide vertrouwenspersoon of vertrouwenspersonen. Bij de wilsverklaring wordt een medisch getuigschrift gevoegd als bewijs dat de betrokkene fysiek blijvend niet in staat is de wilsverklaring op te stellen en te tekenen. In de toelichting bij het amendement dat ten grondslag ligt aan de finale versie van het vijfde lid wordt de verplichting van een medisch getuigschrift als volgt verantwoord (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/16, nr. 477): "Het feit dat de betrokkene fysiek blijvend niet in staat is de wilsverklaring op te stellen en te ondertekenen moet het gevolg zijn van een gezondheidsprobleem. Alleen een arts is dus bevoegd om daarover te oordelen. Het optreden van de arts is voor de patiënt een bijkomende bescherming tegen eventuele misbruiken". Bij de bespreking van het amendement in de Senaatscommissie werd hieraan nog de volgende commentaar toegevoegd: "als de persoon op wie de wilsverklaring betrekking heeft niet in staat was ze zelf op te stellen, kan de arts die euthanasie uitvoert zich alleen wapenen tegen een strafvordering of een burgerrechtelijke vordering door zich ervan te vergewissen dat de patiënt inderdaad niet in staat was de wilsverklaring op te stellen en te tekenen. Het getuigenis van een persoon die hoegenaamd niet bevoegd is om deze vaststelling te doen, volstaat in dat opzicht niet. Het door het subamendement voorgestelde systeem vormt een waarborg voor zowel de arts als de patiënt" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1070). Deze toelichting lijkt te suggereren dat dit getuigschrift kan worden opgesteld, en zelfs bij voorkeur wordt opgesteld door de arts die later ook euthanasie zal uitvoeren. Of dit werkelijk de bedoeling is geweest is niet zeker. Bovendien zal dit in de praktijk vaak niet haalbaar zijn omdat er heel wat jaren kunnen verlopen (zie verder, nr. 857) tussen het opstellen van de wilsverklaring en de toepassing van euthanasie in uitvoering van deze verklaring.

– De aanwezigheid van twee getuigen

855 Iedere voorafgaande wilsverklaring (zowel de eigenhandig opgestelde als deze opgesteld door een derde in geval van blijvende fysieke ongeschiktheid) moet worden opgesteld ten overstaan van twee meerderjarige getuigen, van wie er minstens één geen materieel belang mag hebben bij het overlijden van de patiënt. Beide getuigen moeten de verklaring dateren en ondertekenen (art. 4 § 1, vierde en vijfde lid). De rol van de getuigen bestaat erin te bevestigen dat de inhoud van de voorafgaande wilsverklaring juist is (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 98).

Indien de twee getuigen niet aanwezig zijn tijdens het opmaken van de wilsverklaring, is niet aan alle voorwaarden voldaan en kan er geen rekening mee worden gehouden (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1026). Een amendement om te bepalen dat de getuigen niet verwant mogen zijn met de patiënt werd niet aanvaard (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/ 16, nr. 313 en *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1027). Hetzelfde lot onderging een amendement dat de behandelende arts, de geraadpleegde arts en de leden van het verpleegkundig team wilde uitsluiten als getuigen (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/16, nr. 314 en *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1030). Volgens VANSWEEVELT zou de behandelende arts niet als getuige kunnen optreden "gelet op zijn specifieke functie in de euthanasieprocedure"(T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 99).
Op het ogenblik dat de wilsverklaring wordt opgesteld is in de regel van een "euthanasieprocedure" nog geen sprake.
Hoewel dit niet uitdrukkelijk is bepaald, kan uit de formulering van artikel 4 § 1, derde lid worden afgeleid dat een getuige niet tegelijk als vertrouwenspersoon kan optreden.

4. Geldigheidsduur van een voorafgaande wilsverklaring

856 Met de wilsverklaring kan alleen rekening worden gehouden indien zij minder dan vijf jaar voor het moment waarop betrokkene zijn wil niet meer kon uiten, is opgesteld of bevestigd (art. 4 § 1, voorlaatste lid).

Omtrent de reden voor de keuze van vijf jaar valt weinig te leren in de wetsvoorbereiding. "Door een termijn op te leggen van vijf jaar wil men rekening houden met de mogelijke veranderingen die kunnen optreden, zowel in hoofde van de mandaathouder (*sic*) als van de vertrouwenspersoon" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 930). De meningen omtrent de termijn van vijf jaar waren erg verdeeld. Voornamelijk vanuit de oppositie kwam de kritiek dat een termijn van vijf jaar te lang is en arbitrair gekozen (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 926, 940 (jaarlijks te bevestigen), 964 (te lang en arbitrair), 1040-1042, 1079).
Binnen de meerderheid bestonden verschillende opinies. Sommigen vonden vijf jaar een redelijke termijn (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 946). Anderen daarentegen meenden dat geen termijn diende te worden gesteld aan de geldigheid van een voorafgaande wilsverklaring omdat "voor een testament wordt evenmin een geldigheidsduur bepaald. Wie een wilsverklaring wil wijzigen, kan dit doen op elk ogenblik. Waarom dan een termijn van vijf jaar voorzien? Er kunnen immers onrechtvaardige situaties ontstaan waarbij iemand die een wilsverklaring heeft geschreven en bevestigd, net buiten de termijn van vijf jaar buiten bewustzijn valt en zijn verklaring bijgevolg niet meer geldig is. Dergelijke situaties zijn *legio*. Spreker meent dat een wilsverklaring moet geldig blijven tot herroeping. De termijn van vijf jaar brengt niets bij" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/ 16, nr. 418; *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1037 en 1038).

857 De bedoeling van deze bepaling lijkt te zijn het vermijden dat een voorafgaande wilsverklaring die ouder is dan vijf jaar nog aanleiding kan geven tot euthanasie. De vraag is of deze bedoeling wordt bereikt.

Stel dat iemand op 1 januari 2003 een voorafgaande wilsverklaring heeft opgesteld. Op 1 januari 2010 wordt deze wilsverklaring aan een arts voorgelegd met het oog op de toepassing van euthanasie. Hoe kan deze arts, wanneer hij deze patiënt niet van tevoren kende, weten sedert wanneer de betrokkene zijn wil niet meer kan uiten? Dat kan ergens in 2005 geweest zijn maar ook ergens in 2009. In het eerste geval kan met de wilsverklaring nog wel rekening worden gehouden want er is minder dan vijf jaar verstreken tussen het opstellen van de voorafgaande wilsverklaring en het moment waarop de patiënt zijn wil niet meer kon uiten. Hoewel ze zeven jaar oud is, is ze toch nog geldig (in dezelfde zin: T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 100, weliswaar onder de titel: "Maximum vijf jaar oude euthanasieverklaring"). Meer zelfs, vermits er minder dan vijf jaar zijn verstreken, is ze voor onbepaalde duur geldig. In het tweede geval mag er geen rekening worden gehouden met de voorafgaande wilsverklaring omdat er dan wel meer dan vijf jaar zijn verstreken.

Een correcte formulering had dit euvel kunnen voorkomen. Niet het "moment" – als zo'n moment al bestaat; het gaat om een proces waarin iemand steeds minder in staat is zijn wil te uiten – waarop iemand zijn wil niet meer kan uiten is doorslaggevend om de geldigheid van een voorafgaande wilsverklaring te bepalen, maar wel het moment waarop de uitvoering van de wilsverklaring wordt gevraagd. Indien er meer dan vijf jaar (in de hypothese dat men de wettelijk voorziene termijn zou willen overnemen) zijn verstreken tussen het opstellen of bevestigen van de wilsverklaring en het ogenblik waarop de uitvoering ervan wordt gevraagd, kan er geen rekening meer mee worden gehouden. Dat is een objectief en gemakkelijk te controleren tijdstip (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1488/009, 156, uiteenzetting van professor Herman NYS; zie hierover ook: A. ADAMS en H. NYS, *t.a.p.*, 28). Via het K.B. van 2 april 2003 houdende vaststelling van de wijze waarop de wilsverklaring inzake euthanasie wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken is gepoogd om de geldigheidsduur van een voorafgaande wilsverklaring alsnog te beperken tot vijf jaar. Krachtens artikel 3 dient de wilsverklaring, opdat deze haar geldigheid zou behouden, telkens binnen de vijf jaar te worden herbevestigd. In het verslag aan de Koning wordt dit als volgt gemotiveerd: "met een wilsverklaring wordt enkel rekening gehouden indien ze minder dan vijf jaar voor het moment waarop betrokkene wilsonbekwaam wordt, is opgesteld of herbevestigd. Wenst een wilsbekwame persoon dus dat zijn initiële of reeds herbevestigde wilsverklaring na vijf jaar nog van kracht is, dan dient hij ze te herbevestigen. Hijzelf is er verantwoordelijk voor dat de wilsverklaring binnen de vooropgestelde termijn wordt herbevestigd". Wat echter wanneer de opsteller inmiddels wilsonbekwaam is geworden en niet meer in staat is zijn verklaring te bevestigen? Volgens de wet kan zijn wilsverklaring nog steeds geldig zijn (zie boven); volgens het K.B. vervalt haar geldigheid na verloop van vijf jaar als ze niet wordt herbevestigd wat bij hypothese niet meer kan. De wettelijke bepaling heeft voorrang op artikel 3 van het K.B. en dus behoudt de wilsverklaring haar geldigheid.

5. *Opstelling, bevestiging, aanpassing, intrekking, registratie en mededeling van de voorafgaande wilsverklaring*

a. Opstelling van de voorafgaande wilsverklaring

858 De wilsverklaring kan op elk moment worden opgesteld (art. 4 § 1, derde lid). De Koning bepaalt hoe de wilsverklaring wordt opgesteld (art. 4 § 1, laatste lid). De bijlage bij het K.B. van 2 april 2003 houdende vaststelling van de wijze waarop de wilsverklaring inzake euthanasie wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken bevat een "model voor de wilsverklaring inzake euthanasie".

Artikel 1 van het K.B. bepaalt dat de wilsverklaring waarin een handelingsbekwame meerderjarige of een ontvoogde minderjarige zijn wil te kennen geeft dat een arts euthanasie toepast "wordt opgesteld" volgens dit model. Zo wordt de indruk gewekt dat dit model verplicht moet worden gebruikt. Die indruk wordt in het verslag aan de Koning nog versterkt: "de handelingsbekwame (...) d i e n t zijn initiële verklaring schriftelijk op te stellen volgens het model in bijlage" (Verslag aan de Koning, 2. Het opstellen van de wilsverklaring, *B.S.* 13 mei 2003, 25.587). Zo'n

verplicht model is in strijd met de bedoeling van de wetgever zoals die blijkt uit het volgende citaat "dat men een wilsbeschikking kan opstellen naar eigen inzichten, eventueel – maar niet verplicht – volgens een voorgedrukt formulier vermits niet eenieder over dezelfde vaardigheden beschikt" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 952 en 953, hoewel op deze bladzijde ook een spreker aan het woord is die het heeft over de manier waarop de wilsverklaring *moet* worden opgesteld; zie ook, nr. 1019. Ook volgens T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 98 is er geen verplichting om het model te gebruiken die wel wijst op het risico dat inhoudelijk de wilsverklaring niet klopt of niet duidelijk is). Overigens stelt het Verslag aan de Koning elders wél dat het model slechts geldt als voorbeeld (Verslag aan de Koning, 2, *B.S.* 13 mei 2003, 25588, *in fine*).

b. (Her)bevestiging van de voorafgaande wilsverklaring

859 De wet bevat geen voorschriften in verband met de (her)bevestiging van een vroeger opgestelde voorafgaande wilsverklaring. Dat heeft geleid tot discussie over de vraag of de vormvereisten voor de opstelling ook gelden ingeval van bevestiging.

"Er dient te worden opgemerkt dat, naar aanleiding van deze bevestiging, niet opnieuw alle formaliteiten moeten worden vervuld, zoals het aanstellen van een vertrouwenspersoon, de aanwezigheid van getuigen en dergelijke meer. Een loutere bevestiging van de betrokkene volstaat" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1042). Dit standpunt werd niet tegengesproken. De vraag is echter of de term (her)bevestiging wel goed is gekozen. Is niet bedoeld dat de verklaring op regelmatige tijdstippen moet worden vernieuwd opdat zij kan worden beschouwd als de uitdrukking van de wil van de betrokkene? In geval van een vernieuwing ligt het voor de hand dat alle voorschriften wel opnieuw moeten worden vervuld. Hoe dan ook, in het Verslag aan de Koning bij het K.B. van 2 april 2003 houdende de vaststelling van de wijze waarop de wilsverklaring inzake euthanasie wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken staat te lezen dat "het besluit voorziet dat deze herbevestiging dient te gebeuren via dezelfde modaliteiten als het opstellen van de initiële wilsverklaring" (Verslag aan de Koning, 3. De herbevestiging van de wilsverklaring, *B.S.* 13 mei 2003, 25589). Maar in het besluit zelf is daarvan geen spoor terug te vinden, zodat de onzekerheid blijft bestaan.

c. Aanpassing/herziening van de voorafgaande wilsverklaring

860 De wilsverklaring kan op elk moment aangepast worden (art. 4 § 1, voorlaatste lid). Artikel 4 K.B. 2 april 2003 houdende vaststelling van de wijze waarop de wilsverklaring inzake euthanasie wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken bepaalt dat de betrokkene op elk moment zijn wilsverklaring kan herzien "zonder enig voorschrift".

Omdat in een voorafgaande wilsverklaring zoals hier bedoeld enkel om euthanasie kan worden verzocht onder de voorwaarden waaronder de wet euthanasie toelaat, zal de aanpassing/herziening noodzakelijkerwijze op andere elementen (zoals de getuigen en de eventuele vertrouwenspersonen) betrekking hebben. Zie in die zin ook: het Verslag aan de Koning dat eraan toevoegt dat in principe ook met een mondelinge herziening moet worden rekening gehouden (*B.S.* 13 mei 2003).

d. Intrekking van de voorafgaande wilsverklaring

861 De wilsverklaring kan op elk moment (...) ingetrokken worden (art. 4 § 1, voorlaatste lid). Zie in dezelfde zin: artikel 4 K.B. 2 april 2003 dat eraan toevoegt dat dit kan "zonder enig voorschrift" (Verslag aan de Koning, 3. De herbevestiging van de wilsverklaring, *B.S.* 13 mei 2003, 25589). Dit betekent

dat een mondelinge intrekking geldig is (Verslag aan de Koning, 3. De herbevestiging van de wilsverklaring, *B.S.* 13 mei 2003, 25589).

In verband met de intrekking van een voorafgaande wilsverklaring werden tijdens de wetsvoorbereiding vragen gesteld hoe de openbaarmaking daarvan zou worden geregeld: "is het zeker dat de wilsverklaring niet tegen de betrokkene zal worden gebruikt wanneer deze ze heeft ingetrokken?" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 965) en "Hoe kan een dergelijke intrekking van een wilsverklaring worden aangetoond?" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1042). Deze vragen werden des te meer pertinent genoemd omdat "de intrekking door de patiënt misschien op een heel informele wijze is gebeurd, bv. door een woord of een teken aan de verpleegster zonder enige getuige ..." (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1099). Een amendement om de arts te verplichten zich ervan te vergewissen dat de wilsverklaring niet werd ingetrokken of aangepast, werd niet aanvaard (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/ 16, nr. 396 en *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1099-1100). Er werd o.m. op geantwoord dat de arts die tot euthanasie overgaat "het risico zal nemen van een eventuele intrekking die niet geverifieerd zou zijn ...". In het Verslag aan de Koning wordt een andere toon aangeslagen: "ook voor wat betreft de intrekking is de betrokkene verantwoordelijk voor de bekendheid. Hij dient de nodige initiatieven te nemen opdat eenieder, in het bijzonder de getuigen en de vertrouwenspersonen, op de hoogte is van de intrekking. Er moet hierbij van uitgegaan worden dat het voldoende is dat uit één enkel gegeven blijkt dat de wilsverklaring is ingetrokken, opdat er rekening mee wordt gehouden" (Verslag aan de Koning, *B.S.* 13 mei 2003, 25.589).

e. Registratie en mededeling van de voorafgaande wilsverklaring

862 Artikel 4 § 1, laatste lid draagt de Koning op te bepalen hoe de voorafgaandelijke wilsverklaring wordt geregistreerd en via de diensten van het Rijksregister aan de betrokken artsen wordt meegedeeld. Het enige uitvoeringsbesluit tot heden, het meerdere malen vermelde K.B. van 2 april 2003 houdende vaststelling van de wijze waarop de wilsverklaring inzake euthanasie wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken regelt noch de registratie noch de mededeling aan de betrokken artsen.

(anders: T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 97: een K.B. van 2 april 2003 bepaalt hoe de euthanasieverklaring kan worden geregistreerd en via de diensten van het Rijksregister aan de betrokken artsen wordt meegedeeld; zie ook: de kritische bedenkingen van de Vereniging Recht op Waardig Sterven bij het ontbreken van de mogelijkheid tot registratie in *De Huisarts* 11 juni 2003, 9).

In verband met de mededeling van een voorafgaande wilsverklaring op een tijdig moment is een bijzondere rol weggelegd voor de vertrouwenspersoon die in deze wilsverklaring kan worden aangeduid. Hun belangrijkste taak bestaat er precies in "de behandelende arts op de hoogte te brengen van de wil van de patiënt" (art. 4 § 1, tweede lid). De Raad van State deed de aanbeveling om de ontworpen wet aan te passen en "de wil van de betrokkene" te vervangen door "het bestaan van de verklaring", maar daar werd niet op ingegaan (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/21, 18). Het ligt voor de hand dat dit bij voorkeur gebeurt door de wilsverklaring mee te delen aan die arts. De vertrouwenspersoon kan op die manier een belangrijke rol vervullen op het vlak van de bekendheid van de wilsverklaring (in die zin: het Verslag aan de Koning bij het K.B. van 2 april 2003, *B.S.* 13 mei 2003, 25588).

Uit de wetsvoorbereiding kan overigens worden opgemaakt dat het niet de bedoeling is geweest om de registratie in en mededeling via de diensten van het Rijksregister verplicht op te leggen. In de Toelichting bij het wetsvoorstel staat in dit verband het volgende te lezen: "om het de patiënt makkelijker te maken zijn wil te kennen geven, voert het voorstel voor de registratie en de mededeling van informatie een regeling in die vergelijkbaar is met wat bestaat voor het wegnemen van organen" (*Parl. St.* Senaat 1999-00, 2-244/1, 6). "Een lid merkt op dat de mededeling via het rijksregister aan de artsen slechts een vorm van bewijs is dat ongetwijfeld vrij makkelijk kan

geleverd worden in heel wat gevallen. Dat betekent niet dat een wilsverklaring die niet in het Rijksregister is opgenomen terzijde wordt geschoven" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1054; zie ook: het advies van de Raad van State die meende dat de bedoeling dat het slechts om een facultatief systeem zou gaan duidelijker uit de tekst zou moeten blijken, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/21, 18).

§ 5. Gezondheidstoestand van de patiënt

A. PATIËNT IS BEWUST (ACTUEEL VERZOEK)

863 Wanneer het verzoek tot euthanasie uitgaat van een bewuste patiënt dient deze zich te bevinden in een medisch uitzichtloze toestand van aanhoudend en ondraaglijk fysiek of psychisch lijden dat niet gelenigd kan worden en dat het gevolg is van een ernstige en ongeneeslijke, door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening (art. 3 § 1, derde -). In deze bepaling kunnen drie elementen worden onderscheiden die hieronder in de hierna vermelde volgorde zullen worden besproken: een aandoening, een fysiek of psychisch lijden en een medisch uitzichtloze toestand.

1. Aandoening

a. Begrip aandoening

864 Zonder een aandoening kan er van een wettelijke toelating om euthanaserend te handelen geen sprake zijn. Volgens de Toelichting bij het wetsvoorstel is het de aandoening die aan de basis ligt van het lijden van de patiënt en van zijn euthanasieverzoek (*Parl. St.* Senaat 1999-00, 2-244/1, Toelichting bij art. 3). Dit vereiste van een aandoening houdt in dat er een "medische grondslag ligt aan de euthanasie" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 760).

In tegenstelling tot het tweede nog te bespreken element houdt de aandoening een objectieve voorwaarde in (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, met verwijzing naar *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 671). Dat is op zich juist, maar rekening houdend met de kenmerken waaraan de aandoening moet voldoen, kunnen er ook subjectieve elementen in doorsijpelen (zie verder). In ieder geval is vereist dat een arts vaststelt dat "een aandoening" aanwezig is: "het loutere feit dat men zich nutteloos voelt in de samenleving heeft hiermee niets te maken en wordt niet bedoeld in het wetsvoorstel" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 852 en 761: "existentiële nood die buiten het toepassingsgebied van de geneeskunde staat"). De wetgever heeft "klaar-met-leven"-problemen van de toepassing van de wet willen uitsluiten (M. ADAMS en H. NYS, *t.a.p.*, 38. Vgl.: de uitspraak van de Nederlandse Hoge Raad in de Brongersma-zaak: aan het euthanasieverzoek moet een "medisch geclassificeerde somatische of psychische ziekte ten grondslag liggen"; zie daarover: M.J.A.M. BUIJSEN, "Kwaliteit van leven als een maatstaf bij beslissingen rond het levenseinde: de zaak Brongersma", *R & R* 2001/1, 4-5).

b. Aandoening door ziekte of ongeval veroorzaakt

865 De aandoening moet zijn veroorzaakt door een ziekte of een ongeval. Het onderscheid tussen ziekte en aandoening is gering, hetgeen ook tot uiting komt in de Franstalige wettekst waar beide termen worden samengebracht

onder "affection pathologique". De ziekte kan zowel somatisch als psychisch van aard zijn.

Hier kan de vraag worden gesteld of het begrip "ziekte" wel helder valt af te bakenen en in de praktijk te hanteren. Dat lijkt niet altijd het geval te zijn, wat vooral voortvloeit uit het feit dat het meestal niet duidelijk is in welke categorie een verzoek om euthanasie moet worden ingedeeld: wanneer komt een verzoek voort uit loutere levensmoeheid dan wel uit lichamelijke of psychische aandoeningen? Er kan altijd wel een reden gevonden worden op basis waarvan een verzoek om euthanasie (mede) tot een aandoening veroorzaakt door ziekte kan worden herleid. Het zou dus wel eens zo kunnen zijn dat het vereiste dat er sprake moet zijn van een door ziekte of ongeval veroorzaakte aandoening, in de praktijk betekenisloos is (M. ADAMS en H. NYS, *t.a.p.*, 34). Ook volgens VANSWEEVELT zou "de eis van een medisch geclassificeerde ziekte of aandoening in de praktijk wel eens gemakkelijk ingevuld en dus omzeild kunnen worden" (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 74).

c. Ernstige en ongeneeslijke aandoening

866 Ongeneeslijk werd tijdens de wetsvoorbereiding een objectief element genoemd: "wat de objectieve elementen betreft, zoals bv. het ongeneeslijk karakter van de ziekte, zijn er voldoende waarborgen" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 869).

Het begrip "ongeneeslijk" wijst op ziekten waartegen de medische wetenschap machteloos staat en waarbij redelijkerwijze de ziekte niet kan worden genezen. De ongeneeslijke aard van de aandoening zal door de arts moeten worden beoordeeld aan de hand van de huidige gegevens van de medische wetenschap (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 75). Dat impliceert dat wanneer de patiënt lijdt aan een nog te behandelen (in de zin van: te genezen) ziekte en hij wijst die behandeling af, daarmee nog niet is voldaan aan de voorwaarde van ongeneeslijkheid omdat naar huidig medisch inzicht die ziekte niet ongeneeslijk is. Voor ADAMS en GEUDENS betekent "ongeneeslijk" dat elke curatieve behandeling onmogelijk is (M. ADAMS en G. GEUDENS, "De regulering van euthanasie in België", *R.W.* 1999-2000, 801, nr. 6). Ongeneeslijk hoeft niet te betekenen dat de patiënt aan die aandoening zal overlijden. Met andere woorden zijn ongeneeslijk en terminaal (binnen afzienbare tijd overlijden) geen synomiemen. Voorts is het belangrijk een onderscheid te maken tussen curatieve behandelingen en therapeutische behandelingen. Ongeneeslijk betekent dat er geen curatieve behandeling meer is voor de aandoening waaraan de patiënt lijdt. Er kunnen echter nog wel therapeutische behandelingen mogelijk zijn die de oorzaak van de aandoening niet wegnemen maar wel de symptomen kunnen verzachten (zie ook: de definitie van palliatieve zorg in art. 2 van de Wet betreffende de palliatieve zorg: het geheel van zorgverlening aan patiënten waarvan de levensbedreigende ziekte niet langer op curatieve therapieën reageert).

867 De ernst van de aandoening is opnieuw een subjectiever element dan de ongeneeslijkheid ervan. De hoofdindiener van het wetsvoorstel verklaarde zelf "dat het de patiënt is die beslist over de ernst van de aandoening" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 659). Wel sluit het begrip "ernstig" weinig zwaarwegende ziekten uit die de patiënt geacht wordt te kunnen dragen (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 75).

Ernstig en ongeneeslijk vallen niet samen. Zo kan een aandoening ernstig zijn, maar geneeslijk, bv. baarmoederhalskanker. Omgekeerd kan een aandoening ongeneeslijk zijn, maar niet ernstig, bv. een weinig ernstige voedingsallergie (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 74). Dezelfde hoofdindiener merkte in verband met de opstelling van een lijst van aandoeningen die in aanmerking komen als medische grondslag voor een euthanasieverzoek op dat "vanuit artsenkringen de vraag naar een lijst van aandoeningen waarop de wet van toepassing zou zijn, alleszins niet wordt gesteld. Dit zou wel zeer verwonderlijk zijn. Hierover kan nooit een medische consensus worden gevonden" (*Parl. St.*

Senaat 2000-01, 2-244/22, 659). Als voorbeelden van ongeneeslijke aandoeningen worden in de literatuur genoemd: bepaalde kankers, hepatitis, aids, chronische nierinsufficiëntie, hartdecompensatie, suikerziekte (diabetes), reuma, arthrose enz. (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 75).

2. *Lijden*

a. Fysiek of psychisch lijden

868 Lijden is bij uitstek een subjectief element, zo blijkt ook uit de wetsvoorbereiding: "uiteindelijk is niemand beter geplaatst dan de patiënt om te oordelen over zijn fysieke of psychische pijn. Dat is immers een subjectief gegeven" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 869).

In het oorspronkelijk wetsvoorstel kwam de term lijden niet voor, wel "pijn of nood". Aan de basis van de finale versie ligt een amendement (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/66) waarin werd voorgesteld om "pijn of nood" te vervangen door "lichamelijk of geestelijk lijden" met als weinig zeggende motivering dat de woorden "lichamelijk of geestelijk lijden" voldoende duidelijk zijn en de lichamelijke en geestelijke problemen dekken waarmee iemand aan zijn levenseinde te kampen heeft. Tegen de term "nood" werd bovendien aangevoerd dat die "een meer economische connotatie heeft in plaats van lijden" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 759; amendement nr. 66 werd aangenomen (in het Nederlandstalig verslag staat verworpen maar in het Frans staat "adopté", zie: *t.a.p.*, 895).
Dat de "oorzaak van het lijden van de patiënt – fysiek of psychisch – irrelevant is in het licht van euthanasie" (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 71) is niet juist: het lijden moet het gevolg zijn van, dus veroorzaakt zijn door, een ernstige en ongeneeslijke aandoening (zie boven). Wel juist is dat de aard van het lijden irrelevant is.

b. Aanhoudend en ondraaglijk lijden

869 Aanhoudend betekent zonder ophouden, voortdurend, bestendig, gestaag, onafgebroken en ook nog duurzaam. Ondraaglijk is bij uitstek een subjectief element. De hoofdindiener verklaarde in de Senaatscommissie: "het is niet de arts, noch de naaste omgeving van de betrokkene die zullen oordelen of de pijn al dan niet ondraaglijk is" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 659; de term ondraaglijk lijden komt ook voor in de Nederlandse wet en heeft daar eveneens een "min of meer subjectieve beleving", zie: M.A.J.M. BUIJSEN, *t.a.p.*, 4-5) maar de patiënt zelf.

c. Lijden dat niet gelenigd kan worden

870 Heeft de uitdrukking "lijden dat niet gelenigd kan worden" een zelfstandige betekenis of betekent zij dat er geen curatieve behandeling meer voorhanden is voor de aandoening waarmee de patiënt behept is, met andere woorden valt zij samen met "ongeneeslijk"? Het is een moeilijk te beantwoorden vraag in het licht van de wetsvoorbereiding.

VANSWEEVELT beantwoordt deze vraag als volgt. Vooreerst gaat hij ervan uit dat de notie "medisch uitzichtloze toestand" (zie verder) en "niet te lenigen lijden" samen vallen. Vervolgens stelt hij vast dat een medisch uitzichtloze toestand een objectieve voorwaarde vormt. Waar het lijden van de patiënt essentieel subjectief is, is de medische uitzichtloosheid een door de arts te beoordelen feit, gebaseerd op de huidige gegevens van de medische wetenschap. Vermits er van wordt

uitgegaan dat medisch uitzichtloos en niet te lenigen samenvallen, moet dat logischerwijze tot de conclusie leiden dat niet te lenigen eveneens een objectiveerbaar element is. Niet te lenigen valt dan samen met afwezigheid van een curatieve behandeling: "uitzichtloosheid betekent dat er geen curatieve behandeling meer voorhanden is wat neerkomt op de vaststelling dat het lijden niet gelenigd kan worden" (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 78-79).

Vooreerst kan men zich afvragen of het een juist uitgangspunt is om de medisch uitzichtloze toestand en het niet te lenigen lijden te laten samenvallen. De Nederlandstalige versie van de wet noemt beide inderdaad in één adem ("medisch uizichtloze toestand van aanhoudend en ondraaglijk lijden"). De Franstalige versie daarentegen vermeldt beide elementen afzonderlijk ("une situation médicale sans issue et fait état d'une souffrance constante et insupportable"). Op de vraag welke van beide versies "de juiste tekst" is, is nooit een antwoord gegeven (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 664). Ervan uitgaande dat beide elementen niettemin samenvallen rijst er wel een probleem.

871 Lijden is bij uitstek een subjectief gegeven: hoe zou een arts zich kunnen uitspreken over zo'n subjectief gegeven als lijden dat voor iedere persoon anders is? (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 70). Als dat waar is, dan is het ook aan de patiënt om uit te maken of zijn lijden al dan niet gelenigd kan worden. Het ene kan niet zonder het andere. Men kan niet tegelijk beweren dat inzake de "persoonlijke lijdensbeleving" van de patiënt "het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt tenvolle speelt" (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 70) en stellen dat het aan de arts is om uit te maken dat het lijden kan gelenigd worden. Want dan bepaalt de arts of lijden al dan niet ondraaglijk is, niet de patiënt. De patiënt die zegt: dit lijden is niet te dragen, zegt tegelijk: dit lijden is wat mij betreft niet te lenigen. Met andere woorden: ondraaglijke pijn is niet te lenigen pijn.

Indien het uitgangspunt dat medisch uitzichtloze toestand en niet te lenigen pijn samenvallen juist is, hoe kan medisch uitzichtloze toestand dan een objectief element vormen? Als beide in elkaar opgaan, dan zou dat eerder als resultaat moeten geven dat de medisch uitzichtloze toestand even subjectief gekleurd is als de niet te lenigen pijn.

Daarmee komt ook het laten samenvallen van "niet te lenigen" en "ongeneeslijk" op losse schroeven te staan. Er bestaat consensus over dat ongeneeslijk een objectiveerbaar gegeven is, dat door de arts kan worden beoordeeld aan de hand van de stand van de medische wetenschap. Hiervoor werd duidelijk gemaakt dat niet te lenigen juist een subjectief element is. Dat maakt dat beide onmogelijk met elkaar kunnen samenvallen.

3. Medisch uitzichtloze toestand

872 Het laatste element betreft de medisch uitzichtloze toestand. Alhoewel in de wetsvoorbereiding aanduidingen zijn te vinden dat hier een objectiveerbare voorwaarde mee wordt bedoeld, moeten die toch met grote omzichtigheid worden begrepen.

De notie "medisch uitzichtloze toestand" kwam in het wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-244/1) nog niet voor, wel de elementen lijden (toen nog pijn en nood genoemd) en de aandoening. De term kwam wel voor in artikel 2, 13° van een ander wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat B.Z. 1999, 2-86/1, 14) en werd als volgt gedefinieerd: "toestand waarvoor volgens de gangbare medische kennis en praktijk geen redelijke hoop op herstel meer is". Dat komt overeen met naar huidig medisch inzicht "ongeneeslijk" hetgeen een objectiveerbare voorwaarde is. Van belang is ook nog dat in dit voorstel de medisch uitzichtloze toestand het enige medische vereiste was. Van onge-

neeslijkheid was daarin geen sprake en zo bekeken had een objectiveerbare duiding van die toestand zin, ook al moet worden toegegeven dat een juiste invulling van die eis moeilijk te geven is (M. ADAMS en G. GEUDENS, *t.a.p.*, 796, nr. 21). In het geamendeerde wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/4) werd de term "medisch uitzichtloze toestand" overgenomen en zonder meer toegevoegd aan de twee andere elementen. Men kan zich afvragen of de definitie die in het vermelde voorstel werd gegeven en die overigens niet werd overgenomen in het geamendeerde wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/4) nog wel bruikbaar is. Wat was de zin van deze toevoeging als medisch uitzichtloos samenvalt met ongeneeslijk en dat element reeds voorkwam in het oorspronkelijke wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-244/1)? Verklaarde de hoofdindiener van het wetsvoorstel op de vraag naar de betekenis van "medisch uitzichtloze toestand" zelf niet dat "eenieder wel weet wat hiermee wordt bedoeld" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 659)? Daarmee kan men alle richtingen uit.

873 In het licht van het voorgaande rijst de vraag of medisch uitzichtloze toestand wel een zelfstandige betekenis heeft. Uit de lezing van de wetsvoorbereiding kan men alleszins de stellige indruk krijgen van niet. In de gezondheidstoestand waaraan de patiënt dient te lijden kunnen *grosso modo* twee elementen worden onderscheiden: de aandoening als objectief element en het lijden als subjectief element. Tussen beide elementen moet een oorzakelijk verband bestaan: het lijden is het gevolg van de aandoening. Wie zich in een toestand bevindt waarin beide elementen aanwezig zijn, bevindt zich in een medisch uitzichtloze toestand. Dat begrip overkoepelt als het ware de beide andere elementen, zonder een zelfstandige betekenis te hebben. Medisch uitzichtloze toestand draagt zowel aspecten van ongeneeslijkheid (verbonden aan het element aandoening) als van ondraaglijkheid (verbonden aan het element lijden) in zich maar naar onze mening is het subjectieve element, het lijden toch dominanter. Zeker in de Nederlandstalige tekst waar medisch uitzichtloos en lijden in één zin worden vermeld.

B. PATIËNT IS BUITEN BEWUSTZIJN (VOORAFGAANDE WILSVERKLARING)

874 Wanneer een patiënt buiten bewustzijn is, dient de arts aan wie de voorafgaande wilsverklaring van deze patiënt wordt voorgelegd zich ervan te verzekeren dat de patiënt lijdt aan een ernstige en ongeneeslijke, door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening, hij niet meer bij bewustzijn is en deze toestand volgens de stand van de wetenschap onomkeerbaar is (art. 4 § 2, eerste lid).

1. Lijden aan een aandoening

875 In het licht van de eis dat de patiënt onomkeerbaar buiten bewustzijn dient te zijn (zie verder) rijst de vraag wat hier met "lijden aan" kan zijn bedoeld. "Lijden" in de zin van "aanhoudend en ondraaglijk fysiek of psychisch lijden dat niet gelenigd kan worden" zoals vereist wanneer euthanasie wordt toegepast bij een bewuste patiënt op basis van een actueel verzoek (art. 3) kan hier niet bedoeld zijn, vermits deze voorwaarde als zodanig niet wordt gesteld in artikel 4 § 2.

Als "lijden aan" letterlijk zou worden begrepen, zou deze voorwaarde niet kunnen worden vervuld, ervan uitgaande dat iemand die onomkeerbaar buiten bewustzijn is niet "lijdt". Bijgevolg

zou euthanasie op grond van een voorafgaande wilsverklaring nooit kunnen worden toegepast zonder een misdrijf te plegen. Vermits een dergelijke interpretatie iedere zin aan artikel 4 § 2 zou ontnemen, moet naar een andere uitleg worden gezocht. Wellicht is "lijden aan" bedoeld in de zin van een dergelijke aandoening "behept" zijn. De wetsvoorbereiding leert daar niets over.

876 Voor de bespreking van "aandoening", zie boven, nr. 864.

2. Niet meer bij bewustzijn zijn

877 Over de precieze draagwijdte van deze voorwaarde heeft heel wat discussie bestaan en ook nu nog is het niet zeker wat daarmee precies werd bedoeld. Eén van de indieners van het wetsvoorstel stelde het volgende: "de patiënt die niet meer bij bewustzijn is, dit wil zeggen een patiënt die zich in een vorm van comateuze toestand bevindt. Daarmee worden niet demente personen, patiënten die lijden aan de ziekte van Alzheimer of personen met een handicap bedoeld" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 952-953; zie voor wat de dementen betreft eveneens: 1059: "dementen vallen helemaal niet onder art. 4"). Herhaaldelijk werd gesteld dat het dient te gaan om een (onomkeerbaar) coma dat door een neuroloog zou moeten worden bevestigd (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 982-983; 995; 1093).

Vanuit de oppositie werd er op aangedrongen om "wanneer men de comateuze toestand beoogt, dan moet dit ook zo worden omschreven in de tekst" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 959). Dit is niet gebeurd. Amendementen om te verduidelijken dat de betrokkene zich in een comateuze toestand moet bevinden, werden afgewezen (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 985-986). Om in te gaan tegen de voorstellen om uitdrukkelijk "coma" in de wet op te nemen, werden merkwaardige argumenten niet geschuwd: "een lid waarschuwt ervoor als doorslaggevend criterium de comateuze toestand te nemen. Het lid spreekt vanuit een persoonlijke comateuze ervaring, in welke toestand hij niet meer kon spreken maar perfect alles wist wat rondom hem gebeurde" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1015).
Sommigen namen een zeer extreem en zinloos standpunt in: "het enige geval waarin de medische wetenschap dit met zekerheid zou kunnen zeggen is dat waarin er een volgens de huidige stand van de wetenschap volledig en onherstelbaar verlies van de hersenfuncties is". Deze toestand wordt ook wel "hersendood" genoemd. Volgens artikel 98 van de Code voor medische plichtenleer moet de patiënt in een dergelijk geval overleden verklaard worden. Maar dat betekent vanzelfsprekend ook dat hier van het toepassen van euthanasie geen sprake kan zijn (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 995; 1017;1063-1064).
Door verklaringen afgelegd door sommige indieners van het wetsvoorstel werd twijfel gezaaid: "De hoofdindienster van het amendement nr. 291 antwoordt dat in het amendement nr. 291 niet zozeer een juridische, dan wel een medische term wordt gebruikt, die door de geneesheer wordt geïnterpreteerd. Het lid vindt de term 'niet meer bij bewustzijn' duidelijk genoeg. Hiermee wordt onder meer – en meestal – de comateuze toestand bedoeld" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 987; zie in dezelfde zin: 1065: "een lid meent dat de toestand van 'niet meer bij bewustzijn zijn' in sommige gevallen ruimer kan zijn dan de 'comateuze' toestand. Zij (...) meent dat de beschrijving van de toestand in amendement nr. 291 de best mogelijke is. Het lid geeft het voorbeeld van iemand die niet permanent in een coma ligt, maar waarvan toch niet kan worden gezegd dat hij bij bewustzijn is. *Als men alleen de comapatiënten zou bedoelen, was er geen artikel 4 nodig geweest* (curs. toegevoegd). Echter benadrukt zij dat de demente personen uitgesloten zijn van dit begrip". Zie ook nog: de suggestie dat niet meer bij bewustzijn zijn overeenkomt met "geen besef van zichzelf en zijn omgeving", *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1065).

Een amendement om geesteszieken en Alzheimerpatiënten of patiënten met een vergelijkbare ziekte uitdrukkelijk uit het toepassingsgebied van artikel 4 te sluiten werd afgewezen: "een lid merkt op dat het niet wenselijk is om bepaalde categorieën uitdrukkelijk uit te sluiten uit het

toepassingsgebied van de wet, vermits sommige ziektes niet echt af te lijnen zijn, remedies tegen bepaalde ziektes kunnen evolueren en men vandaag geen weet heeft van bepaalde pathologieën" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1003).

878 De verwarrende discussies over de term "niet meer bij bewustzijn" hebben ook te maken met een zinsnede in artikel 4 § 1, eerste lid, nl. dat elke handelingsbekwame meerderjarige of ontvoogde minderjarige *voor het geval dat hij zijn wil niet meer kan uiten*, schriftelijk in een wilsverklaring zijn wil te kennen kan geven dat een arts euthanasie bij hem toepast, indien deze arts zich van de aanwezigheid van de wettelijke voorwaarden heeft verzekerd. Deze bepaling geeft (bij een oppervlakkige lezing) de indruk dat euthanasie op basis van een voorafgaande wilsverklaring zou kunnen worden toegepast wanneer iemand zijn wil niet meer kan uiten.

Zelfs in het Verslag aan de Koning bij het K.B. van 2 april 2003 houdende vaststelling van de wijze waarop de wilsverklaring inzake euthanasie wordt opgesteld, herbevestigd, herzien of ingetrokken wordt deze vergissing begaan: "hij kan in een schriftelijke wilsverklaring zijn wil te kennen geven dat een arts, indien in de toekomst aan de voorwaarden van de wet is voldaan, euthanasie toepast *op een ogenblik dat hij zelf zijn wil niet meer kan uiten*" en "het ogenblik dat hij zijn wil niet meer kan uiten bv. coma", *B.S.* 13 mei 2003, 25587. Dat "voorbeeld" coma wekt de indruk dat het toepassingsgebied van de voorafgaande wilsverklaring veel ruimer is dan de wet heeft bedoeld. Zie de terechte kritiek hierop van de Vereniging Recht op Waardig Sterven, *De Huisarts* 11 juni 2003, 9.

Zo werd het door sommige senatoren ook begrepen, zo blijkt uit de discussie over een amendement om "niet meer bij bewustzijn" te vervangen door "niet langer in staat zijn wil te uiten". Toen hierop kritiek kwam omdat daardoor het toepassingsgebied van de voorafgaande wilsverklaring veel ruimer zou worden, werd hierop door de indiener van het amendement verbaasd gereageerd "omdat het amendement nr. 291 – dat aan de basis ligt van de wet – *zelf spreekt over een wilsverklaring voor het geval men zijn wil niet meer kan uiten. Het hele artikel 4 is derhalve gebaseerd op dit concept*" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2- 244/22, 1107-1108). Indien men het ontstaan van artikel 4 echter goed analyseert, dan is duidelijk dat de zinsnede "voor het geval hij zijn wil niet meer kan uiten" eigenlijk overbodig is geworden. Deze voorwaarde had slechts zin zolang de wilsverklaring ook betrekking had op positieve en negatieve wensen met betrekking tot medische handelingen (zie boven, nr. 848). In de uiteindelijke versie is deze voorwaarde overbodig nu de voorafgaande wilsverklaring enkel nog betrekking heeft op wie niet meer bij bewustzijn is. En wie zich in die toestand bevindt, is vanzelfsprekend niet meer in staat zijn wil te uiten. Het zou wel veel verwarring hebben voorkomen indien die zinsnede was weggelaten uit het eerste lid van artikel 4 § 1.

879 Als conclusie kan aan de basis van de discussies over het "niet meer bij bewustzijn zijn" het volgende worden gesteld. Aan het ene uiterste is er een zeer enge interpretatie die deze toestand gelijk stelt met hersendood, dit is dood. Dit heeft uiteraard geen zin vermits dan van euthanasie geen sprake meer kan zijn. Het gaat om een ruimer concept en de vraag is dan: hoe veel ruimer? Aanvankelijk leek het enkel te gaan om onomkeerbaar comateus (zeker in combinatie met de derde voorwaarde: zie verder, nr. 880). Nadien is er twijfel ontstaan door verklaringen zowel vanuit de meerderheid zelf als vanuit de minderheid. Eén en ander neemt niet weg dat het toepassingsgebied van euthanasie op basis van een voorafgaande wilsverklaring uiterst beperkt zal zijn, omwille van de volgende te bespreken voorwaarde.

3. Volgens de huidige toestand van de wetenschap onomkeerbaar

880 Meestal denkt men hierbij aan personen die zich in een zgn. persistent vegetatieve situatie (PVS) bevinden, in welke gevallen doorgaans ook tot aanvaardbare oplossingen kan worden gekomen door de stopzetting van kunstmatige toediening van voeding en vocht (zie boven, nr. 790).

De vraag werd gesteld of "onomkeerbaar" betrekking heeft op de aandoening of op het buiten bewustzijn verkeren. "Zoals de tekst nu is opgesteld, kan amendement nr. 291 op twee manieren geïnterpreteerd worden: ofwel gaat het om een ernstige en ongeneeslijke, door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening die onomkeerbaar is, waardoor het bewustzijnsverlies, zeker als gevolg van een ongeval, slechts tijdelijk zal zijn, ofwel gaat het om bewustzijnsverlies dat onomkeerbaar is". Daarop werd geantwoord dat onomkeerbaar slaat op buiten bewustzijn: "wanneer nu deze situatie (van niet meer bij bewustzijn zijn) onomkeerbaar is, komt men in het toepassingsgebied van artikel 4" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1063 en 1065). Dit wordt tegengesproken door artikel 4 § 2, 1°: "een andere arts raadplegen over de onomkeerbaarheid van de *medische toestand* van de patiënt". Dat lijkt er dan weer op te wijzen dat de onomkeerbaarheid (minstens ook) slaat op de aandoening.

§ 6. Plichten van de arts die euthanasie toepast

A. PATIËNT IS BEWUST EN ZAL KENNELIJK BINNEN AFZIENBARE TIJD OVERLIJDEN

1. Zich verzekeren van de voorwaarden aangaande de patiënt, diens verzoek en diens gezondheidstoestand

881 Artikel 3 § 1 bepaalt dat "de arts die euthanasie toepast geen misdrijf pleegt wanneer hij er zich van verzekerd heeft dat" de hiervoor besproken voorwaarden waaraan de patiënt, diens verzoek en diens gezondheidstoestand dienen te beantwoorden inderdaad zijn vervuld. Sommige voorwaarden lenen zich daar uiteraard gemakkelijker toe (bv. de meerderjarigheid en de handelingsbekwaamheid) dan de andere (bv. de ernst van de aandoening).

"Zich ervan verzekeren" kwam niet voor in het wetsvoorstel. In het geamendeerde voorstel diende de arts "vast te stellen" dat de patiënt zich bevond in de wettelijk vereiste toestand (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/9, 1) en later werd voorgesteld vaststellen te vervangen door "tot de overtuiging komen" omdat "die uitdrukking veel krachtiger is en beter aangeeft in welke geest het proces tussen de patiënt en zijn arts moet verlopen. De rol van de arts kan zich niet beperken tot die van een notaris die alleen maar vaststelt. De arts moet tot de overtuiging zijn gekomen, d.w.z. in eer en geweten van oordeel zijn, dat hij kan ingaan op het euthanasieverzoek van de patiënt" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 738). Naderhand werd "vaststellen" vervangen door "zich ervan verzekeren teneinde aan te geven dat niet enkel objectieve maar ook subjectieve elementen meespelen in het evalueren van de voorwaarden" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 764. Het amendement werd met eenparigheid goedgekeurd in de commissie, zie: *t.a.p.*, 894).

2. Naleven van de in de wet voorgeschreven voorwaarden en procedures

882 Opdat zijn euthanaserend handelen geen misdrijf zou zijn, moet de arts bovendien de in de Euthanasiewet voorgeschreven voorwaarden en procedu-

res naleven (art. 3 § 1, *in fine*). Het gaat om de volgende voorwaarden en procedures.

a. Patiënt informeren over zijn gezondheidstoestand

883 Vooraf en in alle gevallen moet de arts de patiënt inlichten over zijn gezondheidstoestand en zijn levensverwachting (art. 3 § 2, 1°).

In het wetsvoorstel diende de arts de patiënt "volledig in te lichten over alle aspecten van zijn gezondheidstoestand" (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-244/1). Dit werd afgezwakt in de huidige tekst omdat "volledig inlichten over alle aspecten van de gezondheidstoestand een praktische onmogelijkheid is. De arts geeft zijn informatie zo goed als hij kan; de patiënt interpreteert deze informatie zo goed als hij kan" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/7, nr. 106, 4, Toelichting).

De verplichting de patiënt te informeren over zijn gezondheidstoestand bestaat ook op basis van artikel 7 Patiëntenrechtenwet, los van een verzoek om euthanasie. Artikel 7 § 3 van die wet kent aan de patiënt ook het recht toe om informatie over de gezondheidstoestand te weigeren (recht niet te weten: zie boven, nr. 338). In het wellicht hypothetische geval dat een patiënt om euthanasie verzoekt en tegelijk niet wil worden geïnformeerd over zijn gezondheidstoestand dient dat recht niet te weten ook te worden gerespecteerd (anders: T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 83 die stelt dat het recht op niet-weten niet kan gelden wanneer iemand om euthanasie verzoekt, gelet op de verstrekkende en onomkeerbare gevolgen van een euthanasie voor de patiënt). Vanzelfsprekend kan dan niet tot euthanasie worden overgegaan vermits er van een geldig verzoek geen sprake is. De Patiëntenrechtenwet laat evenwel slechts toe de patiënt tegen zijn wil in te informeren wanneer het niet-meedelen van de informatie ernstig nadeel voor de gezondheid van de patiënt of derden zou opleveren en daarvan is hier geen sprake. Overigens kan men zich afvragen of er wel een vrijwillig verzoek tot euthanasie kan zijn als de patiënt tegen zijn wil in werd geïnformeerd over zijn gezondheidstoestand.

b. Overleg plegen met de patiënt over het verzoek tot euthanasie

884 Vooraf en in alle gevallen moet de arts met de patiënt overleg plegen over zijn verzoek (art. 3 § 2, 1°). Dit houdt o.a. in dat afspraken worden gemaakt over het tijdstip waarop tot euthanasie zal worden overgegaan en dat de arts in grote lijnen informatie geeft over de werkwijze bij het toepassen van euthanasie (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 83).

c. Bespreken van de resterende therapeutische en palliatieve mogelijkheden

885 Vooraf en in alle gevallen moet de arts met de patiënt de eventuele resterende therapeutische mogelijkheden evenals die van de palliatieve zorg en hun gevolgen bespreken (art. 3 § 2, 1°).

Voor het onderscheid tussen curatieve behandelingen – die er bij hypothese niet meer zijn – en therapeutische mogelijkheden: zie boven, nr. 866 (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 83 rekent naast de pijnbestrijding ook experimentele behandelingen tot de therapeutische mogelijkheden). De wet verplicht niet palliatieve zorg aan te bieden, enkel de mogelijkheid ter sprake te brengen. De patiënt kan palliatieve zorg weigeren.

In het wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-244/1) was deze verplichting beperkt tot de palliatieve mogelijkheden. Nadien werd die plicht uitgebreid tot de therapeutische mogelijkheden (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/8, 6). De verplichting een arts te raadplegen die deskundig is inzake palliatieve zorg werd afgewezen: "aangezien het gaat om artsen die vertrouwd zijn met de

behandeling van ongeneeslijke ziekten, kan men veronderstellen dat zij ook wel vertrouwd zijn met pijnbehandeling en met palliatieve verzorging" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 831).

d. Overtuigd zijn dat er geen redelijke andere oplossing is voor de situatie

886 Vooraf en in alle gevallen moet de arts met de patiënt tot de overtuiging komen dat er voor de situatie waarin de patiënt zich bevindt geen redelijke andere oplossing is (art. 3 § 2, 1°).

Deze voorwaarde kwam alsdusdanig niet voor in het wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-244/1) maar in de Toelichting werd wel aangegeven dat "de arts zich er duidelijk van moet vergewissen dat niets wat hij de patiënt voorstelt, hem voldoende verlichting kan brengen". De wettekst spruit voort uit een amendement dat bijna letterlijk artikel 2, 1, *littera* d) van de Nederlandse wet overneemt. LEENEN noemt deze voorwaarde de "juridische subsidiariteitseis: als er een minder verregaande mogelijkheid bestaat, moet die eerst worden beproefd" (H.J.J. LEENEN en J.K.M. GEVERS, *a.w.*, 345).

887 De wet spreekt van een redelijke andere oplossing "voor de situatie" waarin de patiënt zich bevindt. Men mag aannemen dat daarmee wordt bedoeld, de medisch uitzichtloze situatie waarin de patiënt zich bevindt. Hierboven hebben we reeds aangetoond dat die situatie zowel betrekking heeft op het subjectieve lijden als het meer objectieve element, de aandoening maar uiteindelijk toch meer aansluit bij het niet te lenigen lijden (zie boven, nr. 873). Als dat zo is, heeft het ontbreken van een redelijke andere oplossing ook eerder betrekking op het niet kunnen lenigen van het lijden dan op het niet kunnen behandelen van de aandoening.

Zie ook: de pas geciteerde Toelichting bij het wetsvoorstel waarin sprake is van "verlichting" wat een synoniem is voor lenigen. Hiervoor is al gebleken dat de patiënt zelf bepaalt of zijn lijden nog kan worden gelenigd. Dat betekent dat hij ook een "redelijke oplossing" voor zijn lijden van de hand kan wijzen zonder dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen fysiek of psychisch lijden. Dat is anders in Nederland. De Nederlandse Hoge Raad oordeelde in de zaak Chabot dat van uitzichtloosheid in beginsel geen sprake kan zijn, indien een reëel alternatief om dat lijden te verlichten in volle vrijheid is afgewezen (*Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 94, 355-359; zie ook: M. ADAMS en H. NYS, *t.a.p.*, 32-33). Het betrof een niet-somatische patiënt. LEENEN en GEVERS interpreteren deze uitspraak zo dat volgens de Hoge Raad de afwezigheid van een alternatief in beginsel niet kan worden beïnvloed door niet-somatische patiënten (H.J.J. LEENEN en J.K.M. GEVERS, *a.w.*, 345).

e. Overtuigd zijn van de volledige vrijwilligheid van het verzoek

888 Vooraf en in alle gevallen moet de arts met de patiënt tot de overtuiging komen dat het verzoek van de patiënt berust op volledige vrijwilligheid (art. 3 § 2, 1°). Deze verplichting bestaat al op grond van artikel 3 § 1, tweede -.

f. Zich verzekeren van het aanhoudend fysiek of psychisch lijden van de patiënt

889 Vooraf en in alle gevallen dient de arts zich te verzekeren van het aanhoudend fysiek of psychisch lijden van de patiënt (art. 3 § 2, 2°). Deze verplichting bestaat al op grond van artikel 3 § 1, derde -. De twee andere daar

vermelde elementen (medisch uitzichtloze toestand en aandoening) worden daarentegen niet hernomen.

g. Zich verzekeren van het duurzaam karakter van het verzoek

890 Vooraf en in alle gevallen dient de arts zich te verzekeren van het duurzaam karakter van het verzoek van de patiënt (art. 3 § 2, 2°). Daartoe voert de arts met de patiënt meerdere gesprekken die, rekening houdend met de ontwikkeling van de gezondheidstoestand van de patiënt, over een redelijke periode worden gespreid (art. 3 § 2, 2° *in fine*).

h. Andere arts raadplegen

891 Vooraf en in alle gevallen moet een andere arts die op de hoogte is gebracht van de redenen voor deze raadpleging worden geraadpleegd over de ernstige en ongeneeslijke aard van de aandoening (art. 3 § 2, 3°).

– Opdracht en taken van de geraadpleegde arts

892 Van de geraadpleegde arts wordt verwacht dat hij zich uitspreekt over de ernstige en ongeneeslijke aard van de aandoening waaraan de patiënt lijdt (daartoe strekt zijn raadpleging) en dat hij zich vergewist van het aanhoudend en ondraaglijk fysiek en ondraaglijk lijden dat niet gelenigd kan worden. Dat de medisch uitzichtloze toestand hier niet wordt vermeld, sterkt ons in onze opvatting dat het hier niet gaat om een afzonderlijk te evalueren element. Zijn opdracht betreft niet het verzoek en de voorwaarden waaraan dit moet voldoen.

Daarover bestond nogal wat discussie en verwarring in de Senaatscommissie. Omdat de geraadpleegde arts het medisch dossier van de patiënt moet inzien, meenden sommigen dat die arts ook de voorwaarden vermeld in artikel 3 § 1 moet nagaan en dat hij "als hij ook maar enige twijfel heeft in verband met de naleving van de in § 1 opgelegde voorwaarden daarvan, om louter deontologische redenen, melding dient te maken in zijn verslag" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 823 en 825). Door de oppositie werd dit terecht tegengesproken.

893 Drie taken heeft de geraadpleegde arts om deze opdracht waar te maken: inzage nemen van het medisch dossier van de patiënt; de patiënt onderzoeken (een telefonische raadpleging volstaat dus niet; *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 828; een onderzoek impliceert in de regel ook het voeren van een gesprek met de patiënt; *t.a.p.*, 827) en een verslag opstellen van zijn bevindingen.

Tijdens de wetsvoorbereiding ontstond er discussie of dit verslag een schriftelijk verslag moet zijn hoewel dit toch vanzelfsprekend lijkt. Bovendien bepaalt artikel 3 § 5 dat o.m. het verslag van de geraadpleegde arts wordt opgetekend in het medisch dossier zodat er hoe dan ook een schriftelijke neerslag van dient te bestaan.

– Bekwaamheid van de geraadpleegde arts

894 De geraadpleegde arts moet "bevoegd zijn om over de aandoening in kwestie te oordelen" (art. 3 § 2, 3°, tweede lid). Het is niet meteen duidelijk wat onder "bevoegd" moet worden verstaan aangezien iedere arts (mits aan de wettelijke voorwaarden is voldaan) in juridische zin bevoegd is. De Franse tekst gebruikt "compétent" hetgeen bevoegd maar ook bekwaam betekent. Wellicht heeft de wetgever dus bedoeld dat de geraadpleegde arts "bekwaam" moet zijn om over de aandoening in kwestie te oordelen. Daartoe mag zijn bekwaamheid niet worden beperkt vermits hij zich moet vergewissen van het niet te lenigen lijden.

Dat kan niet enkel worden afgeleid uit zijn wettelijke opdracht (zie boven) maar vindt steun in de wetsvoorbereiding. Naar aanleiding van een (afgewezen) amendement om ook een palliatief consult verplicht te stellen werd geantwoord dat "bevoegd" niet strikt mag worden begrepen: "de patiënt moet niet orgaan per orgaan worden beschouwd, maar als mens in zijn geheel en rekening houdend met de pijn die hij eventueel lijdt" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 830-831).

– Onafhankelijkheid van de geraadpleegde arts

895 De geraadpleegde arts moet onafhankelijk zijn ten opzichte van zowel de patiënt als de behandelende arts (art. 3 § 2, 3°, tweede lid).

De wetsvoorbereiding is bijzonder weinig zeggend over deze onafhankelijkheid. Ten opzichte van de patiënt betekent onafhankelijkheid dat de geraadpleegde arts geen familielid van de patiënt mag zijn en niet betrokken is bij de behandeling van de patiënt. De huisarts van de patiënt kan dus niet optreden als geraadpleegde arts (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 84). De onafhankelijkheid ten opzichte van de behandelende arts doet vooreerst de vraag rijzen wie wordt bedoeld met de behandelende arts. Uit de context kan worden afgeleid dat het hier niet gaat om de huisarts of een andere bij de behandeling betrokken arts maar om de arts tot wie een euthanasieverzoek wordt gericht (dat kàn de huisarts zijn of een andere bij de behandeling betrokken arts). (Ook op andere plaatsen gebruikt de wetgever de verwarring scheppende term "behandelende arts" om de arts aan te duiden tot wie het euthanasieverzoek wordt gericht of die euthanasie heeft verricht; zie: art. 3 § 2, 3°, tweede lid, art. 3 § 5, art. 7, tweede lid, 2° en 4° en art. 8). De volgende vraag is hoe die onafhankelijkheid moet worden begrepen. Terecht is gepleit voor een strikte interpretatie zodat zelfs elke schijn van afhankelijkheid wordt vermeden (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 84). Formeel juridische samenwerkingsverbanden (associatie), hiërarchische verhoudingen (arts-specialist of huisarts in opleiding) of familiale banden tussen de behandelende arts en de geraadpleegde arts zijn uit den boze. Ook mogen beiden niet tot dezelfde ziekenhuisdienst behoren. Met andere woorden moet worden vermeden dat de geraadpleegde arts reeds over een zekere voorkennis beschikt die hem werd aangereikt door de behandelende arts en/of door de patiënt, ook bij wijze van spreken *in tempore non suspecto*. De onafhankelijkheidseis gaat echter niet zover dat de geraadpleegde arts niet in hetzelfde ziekenhuis zou mogen werkzaam zijn als de behandelende arts.

i. Patiënt op de hoogte brengen van de resultaten van de raadpleging

896 Vooraf en in alle gevallen moet de behandelende arts de patiënt op de hoogte brengen van de resultaten van de raadpleging van de andere arts (art. 3 § 2, 3° *in fine*).

j. Verzoek bespreken met het verpleegkundig team

897 Indien er een verpleegkundig team is dat in regelmatig contact staat met de patiënt, het verzoek van de patiënt bespreken met het team of leden van het team (art. 3 § 2, 4°).

Het is niet duidelijk wie zal uitmaken of er al dan niet een regelmatig contact is met een verpleegkundig team. In een ziekenhuis of een rusthuis kan daar nauwelijks discussie over bestaan, maar in de thuissituatie is het niet denkbeeldig dat daarover verschil van mening bestaat tussen de arts en de verpleegkundigen (voorzover deze laatste uit andere bron op de hoogte zijn van het bestaan van het euthanasieverzoek). Uit de wetsvoorbereiding kan wel worden afgeleid dat het de arts is tot wie het euthanasieverzoek werd gericht die bepaalt met welke leden van het team het verzoek zal worden besproken. Een amendement dat mede aan de basis ligt van de finale tekst werd als volgt toegelicht: "Hij stelt daarom voor dat de arts zelf de verantwoordelijkheid neemt en bepaalt wie deel uitmaakt van zijn team". Tijdens de bespreking verduidelijkte hij nog dat "zo wordt vermeden dat de inspraak aan iedereen moet worden gegeven" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 833-834). Het gevaar dat een verzoek alleen wordt besproken met de meegaanden binnen het team is dan reëel. De arts moet ook geen rekening houden met de mening van de verpleegkundigen met wie hij het verzoek besprak (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 87). Merk op dat enkel het verzoek van de patiënt moet worden besproken en niet de andere grondvoorwaarde, namelijk de gezondheidstoestand van de patiënt.

k. Desgevallend het verzoek bespreken met de naasten van de patiënt

898 Indien de patiënt dat wenst, het verzoek van de patiënt bespreken met zijn naasten die hij aanwijst (art. 3 § 2, 5°).

Hoe een dergelijke wens tot uitdrukking komt, wordt niet bepaald. Evenmin is de aanwijzing geregeld. De tekst sluit niet uit dat de arts het verzoek van de patiënt bespreekt met één of meerdere naasten zonder dat de patiënt een (uitdrukkelijke) wens heeft geuit (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 836). Zonder enige instemming van de patiënt het verzoek bespreken met naasten van de patiënt en *a fortiori* tegen zijn wil, houdt een schending in van het medisch beroepsgeheim (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 838; in die zin ook: T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 87: "een arts die tegen de wil in van de patiënt de familie inlicht, zou zijn beroepsgeheim schenden").

l. Zich verzekeren van mogelijkheid van dialoog tussen patiënt en derden

899 De arts moet zich ervan verzekeren dat de patiënt de gelegenheid heeft gehad om over zijn verzoek te spreken met de personen die hij wenste te ontmoeten (art. 3 § 2, 6°).

m. Plicht tot documentatie

900 Alle verzoeken geformuleerd door de patiënt, alsook de handelingen van de behandelende arts en hun resultaat, met inbegrip van het verslag van de geraadpleegde arts, worden regelmatig opgetekend in het medisch dossier van de patiënt (art. 3 § 5).

Deze verplichting omvat (impliciet) het bijhouden van een medisch dossier (zie expliciet: art. 9 § 1 Patiëntenrechtenwet) en het documenteren van o.m. alle (mondelinge) verzoeken van de patiënt. Het schriftelijk verzoek moet in het dossier worden opgenomen op grond van artikel 3 § 4, tweede lid.

n. Plicht tot aangifte van euthanasie aan de bevoegde commissie

901 De arts die euthanasie heeft toegepast, bezorgt binnen vier werkdagen het volledig ingevulde registratiedocument aan de federale controle- en evaluatiecommissie (art. 5). Zie verder, nr. 918.

B. PATIËNT IS BEWUST EN ZAL KENNELIJK NIET BINNEN AFZIENBARE TIJD OVERLIJDEN

902 Indien de arts van oordeel is dat de patiënt kennelijk niet binnen afzienbare tijd zal overlijden, moeten naast de voorwaarden die in nrs. 881-901 werden besproken twee bijkomende voorwaarden worden vervuld (art. 3 § 3, 1° en 2°).

In het wetsvoorstel (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 244/1) werd geen onderscheid gemaakt tussen al dan niet binnen afzienbare tijd overlijden. In het geamendeerde voorstel (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 244/4, 5) was dit wel het geval omdat "voor de indieners het uitgesloten is dat euthanasie uitsluitend mogelijk is bij zieken die in een stervensfase verkeren, maar toch moet een onderscheid worden gemaakt tussen zieken die binnen afzienbare tijd zullen overlijden en de anderen". In deze Toelichting wordt "binnen afzienbare tijd overlijden" gelijk gesteld met "stervensfase". Hoewel het onderscheid belangrijke consequenties heeft voor de te volgen procedure, gaf één van de indieners van het voorstel toe dat het niet steeds eenvoudig is om terminale van niet-terminale patiënten te onderscheiden (*Parl. St.* 2000-01, 2-244/22, 658).

903 Het oordeel over het onderscheid tussen al dan niet binnen kennelijk afzienbare tijd overlijden, komt toe aan de arts tot wie een euthanasieverzoek wordt gericht (zie hierover: T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 89).

1. Raadplegen van een tweede arts

904 De eerste bijkomende voorwaarde is het raadplegen van een tweede arts (niet te verwarren met de andere arts die steeds moet worden geraadpleegd) na hem op de hoogte te hebben gebracht van de redenen voor deze raadpleging.

a. Opdracht en taken van de tweede geraadpleegde arts

905 De opdracht van de tweede arts is zowel enger als ruimer dan die van de andere geraadpleegde arts. Hij is enger omdat nergens wordt vermeld dat hij zich moet uitspreken over de ernstige en ongeneeslijke aard van de aandoening (zie hierover: T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 89). Daarmee is ook de vraag beantwoord of deze tweede arts zich een oordeel dient te vormen over het kennelijk niet binnen afzienbare tijd overlijden van de patiënt. Dat is niet het geval (zie nochtans de discussie hierover in: *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 851 e.v.). Anderzijds is zijn opdracht ruimer: niet alleen dient hij zich te vergewissen van het aanhoudend en ondraaglijk lijden dat niet gelenigd kan worden, maar ook van het vrijwillig, overwogen en herhaald karakter van het verzoek. De wetgever wil zo een bijkomende waarborg bieden voor euthanasie toegepast op een niet-terminale patiënt (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 849).

De taken van de tweede arts verschillen niet van die van de andere geraadpleegde arts: inzage nemen van het medisch dossier, de patiënt onderzoeken en een verslag opstellen van zijn bevindingen.

b. Bekwaamheid van de tweede geraadpleegde arts

906 De wet is op dit punt preciezer dan voor de andere geraadpleegde arts. De tweede arts dient een psychiater te zijn of een specialist in de aandoening in kwestie (art. 3 § 3, 1°). Een huisarts komt derhalve hier niet in aanmerking. Het is de verantwoordelijkheid van de arts tot wie een euthanasieverzoek wordt gericht om uit te maken of een psychiater dan wel een andere specialist wordt geraadpleegd (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 849-850).

c. Onafhankelijkheid van de tweede geraadpleegde arts

907 De tweede arts moet onafhankelijk zijn ten opzichte van zowel de patiënt als de behandelende arts en de eerste (lees: andere) geraadpleegde arts (art. 3 § 3, laatste lid). Voor een bespreking van de betekenis van deze voorwaarde: zie boven, nr. 892.

2. Minstens één maand laten verlopen tussen het schriftelijk verzoek en het toepassen van de euthanasie

908 De andere bijkomende voorwaarde bestaat uit het laten verlopen van minstens één maand tussen het schriftelijk verzoek van de patiënt en het toepassen van de euthanasie (art. 3 § 3, 2°).

C. PATIËNT IS BUITEN BEWUSTZIJN

1. Zich verzekeren van de voorwaarden aangaande de gezondheidstoestand van de patiënt

909 Artikel 4 § 2 bepaalt dat "de arts die euthanasie toepast ten gevolge van een (voorafgaande) wilsverklaring zoals voorzien in § 1 geen misdrijf pleegt indien deze arts er zich van verzekerd heeft" dat de hiervoor besproken voorwaarden waaraan de gezondheidstoestand van de patiënt dient te beantwoorden inderdaad zijn vervuld.

2. Naleven van de in de wet voorgeschreven voorwaarden en procedures

910 Opdat zijn euthanaserend handelen geen misdrijf zou zijn, moet de arts bovendien de in de Euthanasiewet voorgeschreven voorwaarden en procedures naleven (art. 4 § 2, eerste lid, *in fine*).

a. Andere arts raadplegen

911 Vooraf moet de arts een andere arts raadplegen en hem op de hoogte brengen van de redenen voor deze raadpleging. Die raadpleging heeft betrekking op de onomkeerbaarheid van de medische toestand van de patiënt en op dit punt is er een verschil met de bewuste patiënt. Maar voor het overige is de regeling geheel identiek en kan daarnaar verwezen worden (zie: art. 4 § 2, 1° en zie boven, nr. 891).

b. Desgevallend de vertrouwenspersoon op de hoogte brengen van de resultaten van deze raadpleging

912 Vermits de patiënt bewusteloos is, kunnen de resultaten van de raadpleging niet met hem worden besproken. Indien in de voorafgaande wilsverklaring een vertrouwenspersoon werd aangeduid, moet die op de hoogte worden gebracht van de resultaten van de raadpleging (art. 4 § 2, 1°).

c. Wilsverklaring bespreken met het verpleegkundig team

913 Indien er een verplegend team is dat in regelmatig contact staat met de patiënt, de inhoud van de wilsverklaring bespreken met het team of leden van dat team (art. 4 § 2, 2°).

Voor een bespreking van deze voorwaarde: zie boven. Men kan zich afvragen of in geval van een onomkeerbaar bewusteloze patiënt überhaupt nog van enig contact sprake kan zijn.

d. Desgevallend bespreking met de vertrouwenspersoon

914 Indien in de wilsverklaring een vertrouwenspersoon wordt aangewezen, het verzoek van de patiënt met hem bespreken (art. 4 § 2, 3°).

e. Desgevallend bespreking met de naasten van de patiënt

915 Indien in de wilsverklaring een vertrouwenspersoon wordt aangewezen, de inhoud van de wilsverklaring bespreken met de naasten van de patiënt die door de vertrouwenspersoon zijn aangewezen (art. 4 § 2, 4°).

f. Documentatieplicht

916 Zie boven, nr. 900.

§ 7. Registratie- en aangifteplicht

A. REGISTRATIEPLICHT

917 Artikel 6 § 1 Euthanasiewet heeft een federale controle- en evaluatiecommissie inzake de toepassing van die wet ingesteld. Zie voor de samenstel-

ling ervan: artikel 6 § 2 en K.B. 2 augustus 2002 houdende de benoeming van de leden van de federale controle- en evaluatiecommissie ingesteld inzake de toepassing van de Wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, *B.S.* 10 september 2002.

Deze commissie stelt een registratiedocument op (art. 7, eerste lid).

Dit document (zie: www.health.fgov.be./AGP) bestaat uit twee delen. Het eerste deel bevat de volgende gegevens:
1° de naam, de voornamen en de woonplaats van de patiënt;
2° de naam, de voornamen, het registratienummer bij het R.I.Z.I.V. en de woonplaats van de behandelende arts (d.w.z. de arts die euthanasie heeft uitgevoerd);
3° de naam, de voornamen, het registratienummer bij het R.I.Z.I.V. en de woonplaats van de arts(en) die over het euthanasieverzoek is (zijn) geraadpleegd;
4° de naam, de voornamen, de woonplaats en de hoedanigheid van alle personen die de behandelende arts heeft geraadpleegd en de data van deze raadplegingen;
5° indien er een wilsverklaring is waarin één of meer vertrouwenspersonen worden aangewezen, de naam en de voornamen van de betrokken vertrouwensperso(o)n(en) (art. 7, derde lid).

Het tweede deel bevat de volgende gegevens:
1° het geslacht, de geboortedatum en de geboorteplaats van de patiënt;
2° de datum, de plaats en het uur van overlijden;
3° de aard van de ernstige en ongeneeslijke, door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening waaraan de patiënt leed;
4° de aard van de aanhoudende en ondraaglijke pijn;
5° de redenen waarom dit lijden niet gelenigd kon worden;
6° op basis van welke elementen men zich ervan heeft vergewist dat het verzoek vrijwillig, overwogen en herhaald is en niet tot stand is gekomen als gevolg van enige externe druk;
7° of aangenomen kon worden dat de patiënt binnen afzienbare termijn zou overlijden;
8° of er een wilsverklaring is opgemaakt;
9° de procedure die de arts gevolgd heeft;
10° de hoedanigheid van de geraadpleegde arts of artsen, het advies en de data van die raadplegingen;
11° de hoedanigheid van de personen die door de arts geraadpleegd zijn en de data van die raadplegingen;
12° de wijze waarop de euthanasie is toegepast en de gebruikte middelen.

918 Telkens wanneer een arts euthanasie heeft toegepast, moet hij een registratiedocument volledig invullen (art. 5 en art. 7, eerste lid). De wet bevat geen specifieke sanctie indien deze verplichting niet wordt nageleefd. De wettekst laat er geen twijfel over bestaan dat de arts die euthanasie heeft toegepast, persoonlijk het registratiedocument moet invullen. Hij mag dit niet overlaten aan een ander.

B. AANGIFTEPLICHT

919 De arts die euthanasie heeft toegepast, bezorgt binnen vier werkdagen het volledig ingevulde registratiedocument aan de federale controle- en evaluatiecommissie (art. 5 dat het enige art. vormt van hoofdstuk IV, Aangifte, van de Euthanasiewet). De wet bevat geen specifieke sanctie voor het niet-nakomen van de aangifteplicht. De arts die euthanasie toepast pleegt geen misdrijf wanneer hij de in de Euthanasiewet voorgeschreven "voorwaarden en procedures" heeft nageleefd (art. 3 § 1 en art. 4 § 2). Tot die voorwaarden

behoort het bezorgen van het volledig ingevulde registratiedocument aan de federale controle- en evaluatiecommissie. Wie deze laatste voorwaarde niet nakomt (geen registratiedocument bezorgt; het laattijdig bezorgt of niet volledig ingevuld) maakt zich schuldig aan een misdrijf (over de aard van dit misdrijf: zie boven, nr. 822). (T. BALTHAZAR, "Rapportering en controle na euthanasie" in X., *De euthanasiewet doorgelicht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 175; *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1178 en 1185: "de spreker herhaalt nog eens dat de procedure deel uitmaakt van de toepassingsvoorwaarden van de wet. Indien de arts de wet niet naleeft, valt hij buiten het toepassingsgebied van deze wet en is hij strafbaar volgens de huidige strafwetgeving").

Met het advies van de Raad van State om de naleving van de loutere vormvoorwaarden zoals de aangifteplicht te onderwerpen aan een afzonderlijke en aangepaste sanctie werd geen rekening gehouden (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/21, 16; amendementen met deze strekking werden allemaal verworpen, *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1177).
De aanvangsdatum van de termijn van vier werkdagen is niet uitdrukkelijk omschreven in de wet. Men mag aannemen dat dit de dag is waarop de patiënt overleed, zodat de eerste dag van de termijn van vier werkdagen de eerste (werk-)dag is na het overlijden. De einddatum is evenmin uitdrukkelijk door de wet omschreven. Een verzending op de vierde werkdag na de dag van het overlijden is nog geldig (T. BALTHAZAR, *a.w.*, 159).
Tijdens de wetsvoorbereiding is gediscussieerd over de vraag wat er zal gebeuren indien een patiënt die om euthanasie verzoekt, in zijn wilsbeschikking aangeeft dat hij weigert om zijn medisch dossier aan de commissie te laten overmaken omdat hij wenst dat de euthanasie een interne aangelegenheid blijft tussen hemzelf en de arts. Daarop is geantwoord dat "wanneer een persoon er bij de arts op aandringt het dossier niet naar de evaluatiecommissie te verzenden, dient de arts te weigeren zijn medewerking te verlenen aan de euthanasie" (*Parl. St.* Senaat, 2000-01, 2-244/22, 1219-1220).

920 Omtrent de wijze waarop het registratiedocument moet worden bezorgd aan de commissie bepaalt de wet enkel dat het eerste deel door de arts moet worden verzegeld (art. 7, tweede lid).

Hoe deze verzegeling moet gebeuren, wordt niet duidelijk gemaakt (T. BALTHAZAR, *a.w.*, 161). In het model van registratiedocument dat werd vastgesteld door de commissie is vermeld dat het "formulier per aangetekend aanschrijven met ontvangstbewijs" moet verzonden worden. De commissie heeft hiermee een voorwaarde toegevoegd aan de wet zonder daartoe gemachtigd te zijn. Dit betekent dat de verzending met de gewone post of een verzending met een aangetekende brief zonder ontvangstbewijs niet ongeldig is (T. BALTHAZAR, *a.w.*,159).

§ 8. Controle en evaluatie

A. CONTROLE

921 De federale controle- en evaluatiecommissie onderzoekt het volledig ingevulde registratiedocument dat haar door de behandelende arts is overgezonden. Zij gaat op basis van het tweede deel van het registratiedocument na of de euthanasie is uitgevoerd onder de voorwaarden en volgens de procedure bepaald in de wet (art. 8, eerste lid).

Op basis van een volledig ingevuld registratiedocument zou de commissie in staat moeten zijn te beoordelen of alle voorwaarden en procedures bepaald in de Euthanasiewet werden nageleefd. Uit een nauwkeurige vergelijking tussen de wet en het registratiedocument blijkt dat dit niet mogelijk is.

In geval van euthanasie bij een bewuste patiënt op basis van een actueel verzoek, gaat het om de volgende voorwaarden en procedures:
– meerderjarigheid van de patiënt: dit blijkt uit de geboortedatum van de patiënt en de datum van diens overlijden. Indien uit de geboortedatum en de datum van het overlijden blijkt dat de patiënt op dat ogenblik minderjarig was, kan de commissie uit de gegevens van het registratiedocument niet afleiden dat het om een ontvoogde minderjarige gaat;
– handelingsbekwaamheid van de patiënt op het ogenblik van het verzoek. Op basis van een volledig ingevuld registratiedocument kan de commissie niet uitsluiten dat de patiënt niet onder het statuut van verlengd minderjarige of onbekwaamverklaarde viel;
– bewustzijn van de patiënt op het ogenblik van het verzoek. De commissie kan op basis van de gegevens van het document niet nagaan of de arts zich ervan verzekerd heeft dat de patiënt bewust was op het ogenblik van zijn verzoek;
– vrijwillig, overwogen en herhaald karakter van het verzoek en de afwezigheid van externe druk. Het registratiedocument dient te vermelden "op basis van welke elementen men zich ervan heeft v e r g e w i s t dat het verzoek vrijwillig" enz. was (art 7, vijfde lid, 6°. Rubriek 6 van deel 2 van het registratiedocument zelf moet "elementen ter staving dat het verzoek vrijwillig" enz., was vermelden);
– de medisch uitzichtloze toestand van aanhoudend en ondraaglijk fysiek of psychisch lijden dat niet gelenigd kan worden en dat het gevolg is van een ernstige en ongeneeslijke, door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening. Zie de rubrieken 3, 4 en 5 van deel 2. Opvallend is dat noch artikel 7 van de wet noch het registratiedocument afzonderlijk melding maken van de medisch uitzichtloze toestand waarin de patiënt zich dient te bevinden. Dit zet het standpunt kracht bij dat deze toestand geen zelfstandig criterium vormt (zie boven, nr. 873);
– de patiënt inlichten over zijn gezondheidstoestand en zijn levensverwachting; artikel 7 van de wet vermeldt dit niet als een te vermelden gegeven, maar rubriek 9, tweede hokje van deel 2 wel;
– met de patiënt overleg plegen over zijn verzoek tot euthanasie en met hem de eventueel nog resterende therapeutische mogelijkheden bespreken. Niet opgenomen in artikel 7 van de wet maar wel in rubriek 9, derde en vierde hokje van deel 2;
– met de patiënt tot de overtuiging komen dat er geen redelijke andere oplossing is. Op basis van een volledig ingevuld registratieformulier kan de commissie niet nagaan of deze voorwaarde werd vervuld;
– zich verzekeren van het duurzaam karakter van het verzoek en daartoe meerdere gesprekken voeren met de patiënt. Niet opgenomen in artikel 7 van de wet maar wel in rubriek 9, zevende hokje, wat betreft herhaald karakter van het verzoek maar niet wat de meerdere gesprekken betreft;
– een (of een tweede) arts raadplegen. Dit kan door de commissie worden nagegaan (zie rubriek 10), maar niet of de arts deze geraadpleegde arts op de hoogte heeft gebracht van de redenen van deze raadpleging. T. BALTHAZAR, *a.w.*, 163 acht het nauwelijks denkbaar dat de geconsulteerde arts niet zou weten dat hij werd geconsulteerd in verband met een euthanasieverzoek. Dit mag zo zijn, het punt is dat de commissie niet kan nagaan of hij daarvan door de arts die hem raadpleegt op de hoogte werd gebracht. Evenmin kan door de commissie op basis van het volledig ingevuld registratieformulier worden nagegaan of de arts de patiënt op de hoogte heeft gebracht van de resultaten van deze raadpleging Dat laatste wordt ook door BALTHAZAR erkend (T. BALTHAZAR, *a.w.*, 163). Evenmin kan de commissie op basis van de gegevens in het formulier nagaan of de geraadpleegde arts onafhankelijk was tegenover arts en patiënt;
– verplegend team en desgevallend naasten raadplegen. Dit is zowel op basis van de gegevens vermeld in artikel 7, 11° van de wet als in rubriek 9, achtste en negende hokje, mogelijk;
– zich ervan verzekeren dat de patiënt de gelegenheid heeft gehad andere personen te raadplegen. Dat gegeven dient vermeld in rubriek 9, tiende hokje;
– dat de patiënt kennelijk binnen afzienbare zal overlijden. Dit gegeven moet uit een volledig ingevuld document blijken, zie rubriek 7;
– minstens één maand laten verlopen tussen het schriftelijk verzoek van de patiënt en het toepassen van de euthanasie: de datum van euthanasie (overlijden) blijkt uit het registratiedocument. Indien de patiënt niet binnen afzienbare tijd zou overlijden, moet ook de datum van het schriftelijk euthanasieverzoek worden vermeld in rubriek 7 van deel 2.

Indien euthanasie werd toegepast op basis van een voorafgaande wilsverklaring, gaat het om de volgende voorwaarden en procedures:
– bestaan van een wilsverklaring: het registratiedocument dient te vermelden "of er een wilsverklaring is opgemaakt"(art. 7, vijfde lid, 8°). Rubriek 8 van deel 2 moet aangeven of er al dan niet een voorafgaande wilsverklaring was en moet ook de datum van die wilsverklaring vermelden. Indien uit de datum blijkt dat de wilsverklaring ouder dan 5 jaar was op het ogenblik van de euthanasie, kan de commissie onmogelijk nagaan of de geldigheidsdatum van de wilsverklaring al dan niet was verstreken, aangezien zij over geen gegevens beschikt om uit te maken wanneer de opsteller ervan niet meer in staat was zijn wil te uiten (zie boven, nr. 856);
– de arts heeft zich ervan verzekerd dat de patiënt lijdt aan een ongeneeslijke, door ongeval of ziekte veroorzaakte aandoening: zie rubriek 3. Rubriek 4 en 5 kunnen dan niet worden ingevuld;
– zich ervan verzekeren dat de patiënt niet meer bij bewustzijn is en dat deze toestand onomkeerbaar is. Niet opgenomen in artikel 7 van de wet maar wel in rubriek 8 van deel 2.
– een arts raadplegen: zie boven, in dit nr.;
– de wilsverklaring bespreken met de vertrouwenspersoon en met de naasten van de patiënt. Dit dient te blijken uit rubriek 9, elfde en twaalfde hokje van deel 2 van het registratiedocument.

922 Uit dit overzicht blijkt dat zelfs indien een registratiedocument volledig is ingevuld, de commissie niet kan nagaan of alle voorwaarden en procedures werden nageleefd. Zo beschikt de commissie niet over informatie of de arts er zich van verzekerd heeft dat de patiënt op het ogenblik van zijn verzoek "bewust" was. Wellicht kan deze informatie in de meeste gevallen onrechtstreeks worden afgeleid uit de informatie dat aan de kenmerken van het verzoek is voldaan (vrijwillig enz.). Maar men kan dit ook omkeren: precies omdat de commissie niet kan nagaan of de arts zich ervan heeft verzekerd dat de patiënt bewust is, kan zij niet met de nodige zorgvuldigheid nagaan of de kenmerken waaraan een verzoek moet voldoen, wel zijn vervuld. Om deze leemte in de informatie aan te vullen zou de commissie in ieder geval van euthanasie op basis van een actueel verzoek de betrokken arts om bijkomende informatie moeten vragen (zie verder, nr. 924). Een andere leemte betreft de raadpleging van een andere arts: was deze ervan op de hoogte dat hij werd geraadpleegd in verband met een euthanasieverzoek en werd het resultaat van de raadpleging wel aan de patiënt meegedeeld. Blijkt de patiënt minderjarig, dan kan de commissie niet uit het document afleiden dat hij ontvoogd was. Evenmin kan de commissie uitsluiten of een meerderjarige onder het statuut van verlengd minderjarige of onbekwaamverklaarde viel. Ook is het niet mogelijk na te gaan of arts en patiënt tot de overtuiging zijn gekomen dat er geen redelijke andere oplossing was. In geval van een voorafgaande wilsverklaring die ouder was dan 5 jaar, kan de commissie onmogelijk nagaan of deze verklaring al dan niet nog geldig was.

923 Artikel 3 noch artikel 4 Euthanasiewet stellen eisen aan de wijze waarop en de middelen waarmee euthanasie wordt uitgevoerd. Niettemin bepaalt artikel 7, vijfde lid, 9° dat in deel 2 van het registratiedocument melding moet worden gemaakt van "de procedure die de arts gevolgd heeft". In rubriek 12 van deel 2 is ruimte voorzien voor informatie over de wijze waarop en de middelen waarmee euthanasie werd toegepast.

924 In geval van twijfel kan de commissie bij gewone meerderheid besluiten om de anonimiteit op te heffen. Zij neemt dan kennis van het eerste deel van

het registratiedocument. De commissie kan aan de behandelende arts elk element uit het medisch dossier dat betrekking heeft op de euthanasie opvragen (art. 8, eerste lid, laatste zin).

Indien euthanasie werd toegepast na een actueel verzoek, kan de commissie op basis van een volledig ingevuld document niet op een rechtstreekse wijze nagaan of de patiënt bewust was op het ogenblik van het dossier. In een dergelijk geval is er dus steeds twijfel. De commissie is echter niet verplicht om de anonimiteit op te heffen; zij kan dit doen met een gewone meerderheid.

925 Wat dient te worden verstaan uit "elk element uit het medisch dossier dat betrekking heeft op de euthanasie"? Uit de wetsvoorbereiding kan worden afgeleid dat enkel het dossier dat werd opgesteld door de arts die euthanasie heeft toegepast, wordt bedoeld (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1280: de commissie is er niet mee belast het hele dossier van de patiënt te onderzoeken). Het gaat dus niet om het hele patiëntendossier, bedoeld in artikel 9 Patiëntenrechtenwet. Bovendien kunnen enkel die gegevens uit het medisch dossier worden opgevraagd die betrekking hebben op de euthanasie. "Dat" slaat op ieder element, en niet op medisch dossier (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1263: het gaat om "de specifieke documenten die rechtstreeks betrekking hebben op euthanasie"). Zie in verband met deze elementen: artikel 3 § 5 en artikel 4 § 2, laatste lid.

Volgens DIERICKX is het niet duidelijk of de arts de gevraagde gegevens wel mag verstrekken. Artikel 12 bepaalt dat eenieder die, in welke hoedanigheid ook, zijn medewerking verleent aan de toepassing van de Euthanasiewet, verplicht is tot geheimhouding van de gegevens die hem in de uitoefening van zijn opdracht worden toevertrouwd en die hiermee verband houden. Een eventuele schending van deze geheimhoudingsplicht wordt overeenkomstig artikel 458 Sw. strafbaar gesteld. Aangezien de arts die euthanasie toepaste drager is van het beroepsgeheim wordt de verplichting tot geheimhouding enkel opgeheven wanneer de betrokkene geroepen is een getuigenis in rechte af te leggen of wanneer een wet een verplichte bekendmaking zou opleggen. Indien de arts door de commissie niet geacht kan worden geroepen te zijn tot een getuigenis in rechte, is het de vraag of artikel 8 van de Euthanasiewet dient te worden verstaan in die zin dat de arts verplicht is de gegevens aan de commissie bekend te maken (A. DIERICKX, *a.w.*, 36). Zonder de vraag te beantwoorden, suggereert de auteur dat dit niet zo is en meteen ook dat de arts de gevraagde gegevens niet mag verstrekken. De arts mag dus, maar moet die gegevens niet verstrekken (T. BALTHAZAR, *a.w.*, 180). Uit de wetsvoorbereiding blijkt duidelijk dat de arts niet verplicht is in te gaan op een verzoek bijkomende gegevens te verschaffen (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1219, 1241 en 1242: "dat men niet aan art. 458 Sw. raakt, wat betekent dat geen enkele arts verplicht is om in te gaan op een eventuele vraag van de commissie om elementen uit een medisch dossier mee te delen").

Dat de arts die weigert elementen uit het medisch dossier aan de commissie over te maken zich daarmee "buiten het toepassingsgebied van de wet plaatst en opnieuw onder de strafwet" valt (in die zin: T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 110 met verwijzing naar *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1220) is onjuist. Indien de weigering elementen uit het medisch dossier mee te delen de twijfel omtrent het naleven van de voorwaarden en procedures doet voortbestaan, dient een tweederde meerderheid in de commissie bereid te zijn vast te stellen dat bepaalde voorwaarden niet zijn nageleefd. Indien zo'n meerderheid niet wordt gevonden is er geen sprake van zomaar "onder de strafwet vallen" (zie verder, nr. 927).
De anonimiteit kan niet alleen worden doorbroken door een beslissing van de commissie, genomen met een gewone meerderheid. De arts kan zelf ook afstand doen van zijn (niet die van de patiënt) anonimiteit, vermits deze is ingesteld in het belang van de rapporterende arts (T. BALTHAZAR, *a.w.*, 161).

926 De commissie spreekt zich uit binnen twee maanden (art. 8, tweede lid).

Nergens is bepaald wanneer de termijn van twee maanden begint te lopen. Volgens DIERICKX is het de bedoeling geweest deze termijn te laten ingaan op het moment dat de commissie het ingevulde registratiedocument van de arts heeft ontvangen (A. DIERICKX, *a.w.*, 36). Evenmin is bepaald met welke meerderheid de commissie zich dient uit te spreken.

927 Is de commissie van oordeel bij beslissing genomen door een tweederde meerderheid dat de in deze wet bepaalde voorwaarden niet zijn nageleefd, dan zendt zij het dossier over aan de procureur des Konings van de plaats van overlijden van de patiënt (art. 8, derde lid).

Gelet op de bepaling van artikel 6 § 2, laatste lid dat de commissie slechts geldig kan beslissen indien tweederden van de leden – dus elf leden – aanwezig zijn, betekent dit ook dat acht leden ervan overtuigd moeten zijn dat niet alle wettelijke voorwaarden werden nageleefd. Gelet op de combinatie van beide tweederden-meerderheidsregels kunnen de artsen die in de commissie zetelen, het doorsturen van het dossier *de facto* blokkeren (A. DIERICKX, *a.w.*, 37, die er dan nog geen rekening mee houdt dat een, meerdere of alle leden komende "uit kringen die belast zijn met de problematiek van ongeneeslijk zieke patiënten" arts(en) kunnen zijn). De samenstelling van de commissie is dusdanig "dat er een voor artsen weinig bedreigende wind lijkt te waaien" (G. DEN HARTOGH, M. ADAMS en J. GRIFFITHS, "Knelpunten in de euthanasiediscussie: een inventarisatie", in M. ADAMS e.a. (ed.), *Euthanasie. Nieuwe knelpunten in een voortgezette discussie*, Kampen, Kok, 2003, 5). Ook BALTHAZAR verwacht dat het stelsel van verplichte rapportering door de uitvoerende arts slechts in uitzonderlijke omstandigheden zal leiden tot een kennisgeving van de feiten aan de procureur des Konings (T. BALTHAZAR, *a.w.*, 155 en "Advies betreffende palliatieve zorg, euthanasie en andere medische beslissingen omtrent het levenseinde", *T. Orde Geneesh.* 2003, nr. 100).

B. EVALUATIE

928 Ten behoeve van de Wetgevende Kamers stelt de commissie de eerste keer binnen twee jaar na de inwerkingtreding van de wet (22 september 2002) en nadien tweejaarlijks:
a) een statistisch verslag op waarin de informatie is verwerkt uit het tweede deel van het volledig ingevulde registratiedocument dat de artsen haar overeenkomstig artikel. 8 hebben overgezonden;
b) een verslag op waarin de toepassing van de wet wordt aangegeven en geëvalueerd;
c) in voorkomend geval, aanbevelingen op die kunnen leiden tot een wetgevend initiatief en/of andere maatregelen inzake de uitvoering van deze wet.

In geen geval kan de commissie zich voor haar evaluatietaak baseren op het eerste deel van de registratiedocumenten (art. 7, vierde lid).

§ 9. Bijzondere bepalingen

A. GEEN MEDEWERKINGSPLICHT

929 Overeenkomstig artikel 14, derde lid kan geen andere persoon worden gedwongen mee te werken aan het toepassen van euthanasie. Bij "andere persoon" (dan de arts tot wie een euthanasieverzoek is gericht, bedoeld in art. 14, tweede lid) dient men in de eerste plaats te denken aan andere gezondheidszorgbeoefenaars zoals verpleeg- en zorgkundigen, paramedici, apothekers en uiteraard ook artsen. Op grond van hun vrijheid van geweten kunnen zij weigeren mee te werken aan de uitvoering van euthanasie (*Parl.*

St. Senaat 2000-01, 2-244/22, 1308-1309). Maar ook personen die geen gezondheidszorgbeoefenaar zijn in de zin van de W.U.G. kunnen niet worden gedwongen hun medewerking te verlenen aan de toepassing van euthanasie omdat artikel 14, derde lid geen enkele beperking bevat (i.t.t. de Wet zwangerschapsafbreking: geen arts, geen verpleegkundige en geen lid van het paramedisch personeel kan worden gedwongen medewerking te verlenen aan een zwangerschapsafbreking (art. 350, 6° Sw.). Of ook het ziekenhuis of een andere verzorgingsinstelling als rechtspersoon zich kan beroepen op artikel 14, derde lid wordt betwist. Volgens A. DIERICKX, *a.w.*, 33 zou het antwoord op deze vraag "strikt juridisch" positief kunnen zijn: "Aangezien niet wordt geëxpliciteerd dat hierbij enkel naar natuurlijke personen wordt gerefereerd, zouden ook rechtspersonen kunnen worden geacht de gewetensclausule te kunnen inroepen". Zij beroept zich evenwel op artikel 14, tweede lid waarin sprake is van "geen arts" om daaruit af te leiden dat "andere persoon" betrekking heeft op andere personen die naast de artsen bij de levensbeëindiging betrokken zijn, zoals de geconsulteerde artsen en de leden van het verplegend team. Voor die enge interpretatie kan in de wetsvoorbereiding geen steun worden gevonden. Men denke o.m. aan stagiaire-artsen of -verpleegkundigen, apothekersassistenten maar ook aan een medisch secretaresse. Maar ook de leden van de directie van een ziekenhuis en de leden van de raad van bestuur kunnen weigeren hun medewerking te verlenen aan de toepassing van euthanasie.

Of ook het ziekenhuis of een andere verzorgingsinstelling als rechtspersoon zich kan beroepen op artikel 14, derde lid wordt betwist. Amendementen ingediend om de niet-medewerkingsverplichting uit te breiden tot verzorgingsinstellingen werden niet goedgekeurd (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1317 en 1319; *Parl. St.* Kamer 2001-02, 50-1488/9, 301), maar nooit ten gronde besproken. Ook werden verklaringen afgelegd dat de niet-medewerkingsplicht niet zou gelden voor ziekenhuizen (zie bv.: *Parl. St.* Kamer 2001-02, 50-1488/9, 375).

B. NATUURLIJK OVERLIJDEN VOOR DE UITVOERING VAN VERZEKERINGSOVEREENKOMSTEN

930 Een persoon die overlijdt ten gevolge van euthanasie toegepast met toepassing van de voorwaarden gesteld door de Euthanasiewet, wordt geacht een natuurlijke dood te zijn gestorven wat betreft de uitvoering van de overeenkomsten waarbij hij partij was, en met name de verzekeringsovereenkomsten (art. 15, eerste lid).

Volgens de Nationale raad van de Orde der geneesheren impliceert deze bepaling dat de behandelende arts ook aan de adviserende arts van de verzekeraar niet moet meedelen dat op verzoek van de overleden patiënt euthanasie is toegepast ("Advies betreffende palliatieve zorg, euthanasie en andere medische beslissingen omtrent het levenseinde", *T. Orde Geneesh.* 2003, nr. 100). Zo hij dit toch zou doen, schendt hij zijn beroepsgeheim (T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 124; T. VANSWEEVELT, B.WEYTS, "De invloed van de Euthanasiewet op de levensverzekering overlijden, de beroepsaansprakelijkheidverzekering en de ongevallenverzekering", *De Verz.* 2004, 8-28).

De Euthanasiewet spreekt zich niet uit over de melding van de overlijdensoorzaak aan de ambtenaar van de burgerlijke stand ingeval euthanasie werd uitgevoerd op de overleden patiënt (i.v.m. deze aangifte in het algemeen: zie verder, nr. 955). Vooreerst is het niet duidelijk door welke arts

de aangifte van overlijden moet worden ingevuld. Dat is vermoedelijk, maar niet noodzakelijk de arts die de euthanasie heeft uitgevoerd (T. BALTHAZAR, *a.w.*, 172).

Wat de overlijdensoorzaak betreft, is de Nationale raad van de Orde der geneesheren van mening dat artikel 15 Euthanasiewet ook moet worden toegepast op "overlijdensattesten ten aanzien van de burgerlijke stand" en dat een persoon op wie euthanasie werd toegepast dus geacht wordt een natuurlijke dood te zijn gestorven. Volgens VANSWEEVELT zou het strijdig zijn met de anonieme rapportering aan de federale controle- en evaluatiecommissie "indien de arts op de overlijdensaangifte het overlijden als gevolg van euthanasie zou kwalificeren als een niet-natuurlijke dood". Het zou volgens deze auteur ook "moeilijk te verdedigen zijn het overlijden ten gevolge van een euthanasie als natuurlijke dood te beschouwen in het licht van de uitvoering van verzekeringsovereenkomsten, en dit anders te kwalificeren in een overlijdensaangifte" (T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 129-130). BALTHAZAR concludeert dat uit de lezing van de wetsvoorbereiding weinig doorslaggevende argumenten kunnen worden gehaald. Tevens stelt hij vast dat de Euthanasiewet op dit punt onvoldoende duidelijk is en dat geen afdoende afstemming bestaat tussen het rapporteringssysteem en het gewoon stelsel van overlijdensaangifte. Voorts is hij van mening dat in strook C van de overlijdensaangifte "moeilijk 'natuurlijke dood' kan ingevuld worden, zeker niet indien de euthanasie uitgevoerd werd bij een persoon waarvan vastgesteld werd dat die niet binnen afzienbare tijd zal overlijden" (T. BALTHAZAR, *a.w.*, 173-174). De wetgever heeft artikel 15, eerste lid Euthanasiewet ingevoerd om betwistingen met verzekeraars na een overlijden door euthanasie te voorkomen en de begunstigden van o.a. een levensverzekeringsovereenkomst te beschermen (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/22, 1320). Dat de wetgever door het invoeren van de fictie dat euthanasie een natuurlijk overlijden is, de private belangen van de nabestaanden heeft willen beschermen is verdedigbaar. Maar gaat het op om deze fictie uit te breiden tot de aangifte van overlijden waar de correcte weergave van de feiten het algemeen belang dient? Ook kan uit artikel 15, eerste lid, *a contrario* worden afgeleid dat voor andere aangelegenheden dan de uitvoering van (verzekerings)overeenkomsten, overlijden ten gevolge van euthanasie geen natuurlijke dood is.

C. UITBREIDING VAN ARTIKEL 909 B.W. TOT VERPLEEGKUNDIGEN

931 De bepalingen van artikel 909 B.W. zijn mede van toepassing op de in artikel 3 bedoelde leden van het verplegend team (art. 15, tweede lid). Eigenaardig genoeg werd artikel 909 B.W. niet van toepassing verklaard op de verpleegkundigen die krachtens artikel 4 § 2, 2° moeten worden geraadpleegd ingeval van een voorafgaande wilsverklaring. Aan deze anomalie werd verholpen door de Wet van 22 april 2003 tot wijziging van artikel 909 B.W. (zie verder, nr. 1522).

AFDELING V

OPZETTELIJKE LEVENSBEËINDIGING ZONDER VERZOEK

932 Opzettelijke levensbeëindiging zonder verzoek valt onder de bepalingen die opzettelijke doding strafbaar stellen: artikel 392 Sw. (doodslag) en artikel 393 Sw. (moord).

Het slachtoffer moet op het ogenblik van de doding nog in leven zijn, maar het is niet vereist dat het slachtoffer leefbaar zou zijn. Hij die het leven van andermans persoon verkort is strafbaar wegens doodslag, al staat het vast dat het slachtoffer binnen afzienbare tijd zal sterven (A. DE NAUW, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1998, 137).

933 De arts die zonder verzoek het leven beëindigt van een wilsonbekwame patiënt die ondraaglijk en uitzichtloos lijdt aan een ongeneeslijke aandoening zou zich op noodtoestand kunnen beroepen (T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 49). Hiervan zijn geen voorbeelden bekend in de rechtspraak. Zie: E. STRUBBE, "Naar een wettelijke erkenning van levensbeëindiging bij wilsonbekwamen", *R.W.* 1999-2000, 318 e.v.; Advies nr. 9 van 22 februari 1999 betreffende het levensbeëindigend handelen bij wilsonbekwamen van het raadgevend comité voor bio-ethiek, *R.W.* 1998-99, 1432; *T. Gez.* 1999-2000, 186.

AFDELING VI

HULP VAN ARTS BIJ ZELFDODING

934 Zelfdoding is in het huidige recht geen misdrijf. Indien een individu zichzelf van het leven wenst te beroven, moet de Staat de nodige maatregelen nemen om dat leven te beschermen (D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 68-69).

Een historische situering van de decriminalisering van zelfdoding vindt men bij VANDEKERCKHOVE (L. VANDEKERCKHOVE, *Van straffen gesproken. De bestraffing van zelfdoding in het oude Europa*, Tielt, Lannoo, 1985, 127-133).

935 Wie betrokken is bij een zelfdoding bv. door het verstrekken van informatie, door het geven van een dodelijk middel, door aan te sporen tot zelfdoding enz., is niet strafbaar als mededader of als medeplichtige vermits het feit waaraan medewerking werd verleend niet strafbaar is.

Hierover bestaat in de literatuur eensgezindheid (R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, nr. 34; X. DIJON, *Le sujet de droit*, nr. 854-855; *id.*, *J.T.* 1985, nr. 73-74; D. PIETERS, *a.w.*, 238; H. VAN DEN ENDEN, *a.w.*, 101).

936 Op zich gaat dit ook op voor de arts die hulp zou hebben verschaft bij het plegen van een zelfdoding, door het verstrekken van aanwijzingen i.v.m. de noodzakelijke dosis geneesmiddelen of door het verstrekken van deze middelen. Toch laten de meeste auteurs niet na te wijzen op mogelijke strafbepalingen waaronder dergelijke hulp van een arts zou kunnen vallen.

Zo zou in aanmerking komen als mogelijk misdrijf de onopzettelijke doodslag (art. 418 Sw.; zie: X. DIJON, *Le sujet de droit*, nr. 859 die sceptisch staat tegenover de toepassing van dit artikel. Dit misdrijf zou wel in aanmerking kunnen komen voorzover de arts kan worden verweten dat hij door een gebrek aan bewaking de zelfdoding van een patiënt heeft mogelijk gemaakt. Dat is evenwel een andere situatie (zie verder, nr. 947). Wel zijn alle auteurs het volgens DIJON eens dat wie medeplichtig is aan zelfdoding onder toepassing valt van artikel 422*bis* Sw. Vermits het passief blijven bij een zelfmoord reeds strafbaar is als het niet-verlenen van hulp aan een persoon in groot gevaar, is *a fortiori* (X. DIJON, *Le sujet de droit*, nr. 861-862) het actief verlenen van hulp bij zelfdoding strafbaar (in dezelfde zin: H. VAN DEN ENDEN, *a.w.*, 101).

937 Men zou kunnen besluiten dat de arts die hetzij concrete inlichtingen verschaft hetzij middelen ter beschikking stelt hetzij tot uitvoering van zelfdoding aanzet de patiënt waarvan hij weet dat hij zelfdodingsneigingen heeft, kan worden vervolgd wegens miskenning van artikel 422*bis* Sw. Dit besluit, hoe juist het in beginsel ook mag zijn, moet worden genuanceerd.

938 Allereerst is het niet zo vanzelfsprekend dat uit een misdrijf dat een nalaten strafbaar stelt, *a fortiori* de strafbaarheid van een handelen wordt afgeleid wanneer dit handelen hetzelfde resultaat heeft als het nalaten (in deze zin ook: X. DIJON, *J.T.* 1985, nr. 75).

939 Artikel 422*bis* Sw. is van toepassing op iedereen, ook de arts, die geen hulp biedt aan een persoon die in groot gevaar verkeert ook al heeft het slachtoffer zichzelf in deze situatie gebracht door een poging tot zelfdoding.

Rechtspraak in dit verband is uiterst schaars (Gent 1 juni 1973, *R.W.* 1973-74, 1190: art. 422*bis* Sw. maakt geen onderscheid naargelang het gevaar waarin het slachtoffer verkeert veroorzaakt werd door toeval, door poging tot zelfdoding of door een misdrijf. Wie vaststelt dat iemand een poging tot zelfdoding heeft ondernomen door verhanging en het enige wat men in die omstandigheden nog kan doen niet doet, nl. het touw doorsnijden of losmaken, handelt in strijd met art. 422*bis* Sw.; zie boven, nr. 434 e.v.).
Het kan voorkomen dat iemand die een poging tot zelfdoding heeft ondernomen medische hulp weigert. In dit verband: zie boven, nr. 367 en 371, weigering van een levensreddende handeling.

940 *A fortiori* is strafbaar degene die, vaststellend dat iemand een poging tot zelfdoding heeft ondernomen, niet enkel niets onderneemt om het lukken ervan te verhinderen, maar integendeel actief tussenkomt opdat de poging alsnog zou slagen. In dat geval is sprake van doodslag, eventueel moord (art. 392 Sw. en 393 Sw.).

941 Wat men doorgaans aanduidt als (medische) hulp bij zelfdoding heeft evenwel geen betrekking op het niet-verlenen van hulp n a een poging tot zelfdoding of, *a fortiori*, de actieve tussenkomst opdat de poging alsnog zou lukken, maar op het actief verlenen van hulp v ó ó r een (poging tot) zelfdoding wordt ondernomen en dit met het oog op het slagen ervan (verstrekken van informatie, van geneesmiddelen enz.).

De beoordeling van het geoorloofd karakter van deze hulp bij zelfdoding is minder vanzelfsprekend dan de "passieve" of "actieve" hulp nadat de poging werd ondernomen.

Opdat artikel 422*bis* Sw. van toepassing kan zijn dient het slachtoffer zich in groot gevaar te bevinden. Daaraan kan bezwaarlijk worden getwijfeld wanneer een poging tot zelfdoding werd ondernomen. Zal men het bestaan van een "groot gevaar" aanvaarden wanneer iemand plannen tot zelfdoding heeft zodanig dat de arts, die hiervan op de hoogte is en die daartegen niets onderneemt artikel 422*bis* Sw. schendt? Terecht heeft DIJON opgemerkt dat het aantonen van een gevaarssituatie in deze omstandigheden niet evident is om-

dat door het opgeven van de plannen tot zelfdoding de gevaarssituatie meteen wordt opgeheven (X. DIJON, *Le sujet de droit*, nr. 863).

Zou in de periode tussen het bestaan van het voornemen tot zelfdoding en het opgeven ervan toch van een gevaarssituatie kunnen worden gesproken? DIJON meent van niet zolang de betrokkene nog in staat is om van dat voornemen af te zien. Maar wanneer dit ontsnapt aan zijn controle dan verkeert hij reeds in dit stadium in groot gevaar ook al blijft het bij plannen. Of een kandidaat-zelfdoder zich door het bestaan van het voornemen tot zelfdoding alleen, in een groot gevaar bevindt hangt volgens DIJON dus af van de controle die deze persoon nog heeft over de uitvoering ervan.

942 Wanneer men aanvaardt dat de kandidaat-zelfdoder zich in een groot gevaar bevindt dan zal de arts die op de hoogte is van de voornemens tot zelfdoding van zijn patiënt en die niets onderneemt om de uitvoering ervan te verhinderen, onder de toepassing van artikel 422*bis* Sw. kunnen vallen.

Over de aansprakelijkheid van de psychiater en het psychiatrisch ziekenhuis voor de zelfmoord(-poging) van een patiënt: zie ook verder, nr. 947.

943 Geldt dit ook t.a.v. de arts die niet enkel de poging tot zelfdoding niet verhindert, maar bovendien hulp verleent om de uitvoering ervan mogelijk te maken en te doen lukken? Dit betreft dan de "zuivere" hypothese van (medische) hulp bij zelfdoding. Het antwoordt op deze vraag luidt positief (zie in die zin ook: R.v.St., *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-244/21, 14).

944 Voorwaarde is wel dat aannemelijk wordt gemaakt dat deze patiënt door dit voornemen alleen reeds, in een groot gevaar verkeert (zie boven, nr. 942). Aanvaardt men dit dan is er geen *a fortiori* redenering nodig om artikel 422*bis* Sw. toe te passen. Door het terbeschikking stellen van het middel vergroot de gevaarssituatie voor de patiënt en verkleint de mogelijkheid dat de betrokkene zal besluiten van zijn voornemen af te zien. Tegelijk wordt verzuimd hulp te verlenen aan de persoon die men door zijn handelen in een grotere gevaarssituatie heeft gebracht.

Voorts is vervolging mogelijk op grond van het misdrijf van onopzettelijke doding, nl. door zijn onzorgvuldigheid mogelijk maken van de zelfmoord (zie: X. DIJON, *Le sujet de droit*, nr. 859-860).

945 Naar huidig recht is het verzoek om hulp bij zelfdoding niet relevant voor wat de strafrechtelijke kwalificatie betreft. Wel zou het verzoek van invloed kunnen zijn op de straftoemeting.

Hulp bij zelfdoding kan niet worden gerechtvaardigd door de wettelijke toelating om euthanasie uit te voeren, vermits euthanasie levensbeëindigend handelen door een derde veronderstelt. Bij hulp bij zelfdoding gebeurt het levensbeëindigend handelen door de betrokkene zelf. De Raad van State heeft de wetgever tevergeefs gewezen op de noodzaak om rekening te houden met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en non-discriminatie. Indien de "begeleiding van zelfdoding verloopt met naleving van de voorwaarden die in het voorstel worden bepaald, of van soortgelijke voorwaarden bestaat er bijna geen verschil, wat de aard zelf betreft van het bedoelde gedrag en van de

bedoelingen van de persoon die bijstand verleent aan een persoon met neigingen tot zelfdoding", tussen euthanasie en medische begeleiding van zelfdoding (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-244/21, 14-15).

De Code van medische plichtenleer verbiedt een arts zijn patiënt "te helpen zich te doden". In zijn advies van 22 maart 2003 heeft de Nationale raad van de Orde der geneesheren dit verbod opgeheven in de mate dat "hulp bij zelfdoding deontologisch gelijkgesteld kan worden met euthanasie voorzover alle voorwaarden van euthanasie zoals bepaald in de wet vervuld zijn" ("Advies betreffende palliatieve zorg, euthanasie en andere medische beslissingen omtrent het levenseinde", *T. Orde Geneesh.* 2003, nr.100). Hulp bij zelfdoding is enkel aanvaardbaar indien arts en patiënt voorafgaandelijk alle eventualiteiten bespreken, de arts zelf het euthanaticum verstrekt dat in zijn aanwezigheid en volgens zijn aanwijzingen moet geabsorbeerd worden. De arts dient zelf gedurende heel het stervensproces aanwezig te blijven om op elk ogenblik conform de gemaakte afspraken de nodige hulp te bieden. Alle door de Euthanasiewet gemaakte voorwaarden moeten vervuld zijn en de bij wet voorziene procedure dient nageleefd te worden (waaronder ook de aangifte aan de federale controle- en evaluatiecommissie). Alle zogezegde vormen van hulp bij zelfdoding die niet voldoen aan deze criteria zijn deontologisch onaanvaardbaar.

946 Er bestaat geen recht op hulp bij zelfdoding. Artikel 2 E.V.R.M. dat het recht op leven beschermt omvat geen negatief aspect, nl. het recht om te sterven (Hof Mensenrechten, Pretty v. United Kingdom, 29 april 2002). Volgens het Hof heeft deze verdragsbepaling niets te maken met de kwaliteit van het leven of met wat een persoon beslist met zijn leven te doen en kan deze bepaling tenzij met een verdraaiing van de erin gebruikte bewoordingen, niet worden opgevat als omvattend het diametraal tegenovergestelde recht, nl. het recht om te sterven (zie: het arrest Pretty van 29 maart 2002, *Publ. Cour eur. D.H.* 2002/III, nr. 2346/02, 155-204; M.J.A.M. BUIJSEN, "De betekenis van Pretty v. Verenigd Koninkrijk voor de Nederlandse euthanasiepraktijk", *N.J.B.* 2002, 1153; J.H. GERARDS en H.J. JANSEN, "Noot onder het arrest Pretty", *European Human Rights Cases*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 2002, afl. 6, 435; D. MORRIS, "Assisted suicide under the European Convention on Human Rights: 'a critique'", *Eur.Hum.Rights Law Review* 2003, afl. 1, 65-91, D. VAN GRUNDERBEECK, *a.w.*, 69-73).

AFDELING VII

AANSPRAKELIJKHEID WEGENS ZELFDODING VAN EEN PSYCHIATRISCHE PATIËNT

947 Naar aanleiding van het voorgaande kan de vraag worden gesteld naar de aansprakelijkheid van de psychiater of de psychiatrische inrichting wegens de zelfdodings(poging) ondernomen door een opgenomen patiënt of door een niet meer opgenomen patiënt, voorzover het ontslag van deze patiënt op medisch betwistbare gronden zou berusten.

De probleemstelling is niet geheel vergelijkbaar met het voorgaande. Daarin ging het om actieve of passieve hulp verleend door een arts vóór of na een door zijn patiënt ondernomen zelfdodings(poging). Hier betreft het de vraag

naar de aansprakelijkheid van een psychiater wegens een zelfdodings(poging) die in oorzakelijk verband zou kunnen staan met de te soepele bewakingsvoorschriften die de psychiater heeft gegeven aan het verpleegkundig personeel of een te snelle beslissing tot ontslag.

Over deze laatste hypothese ontbreekt rechtspraak. Ze wordt kort behandeld in: A. LEY, "Délit d'omission et suicide", *R.D.P.* 1952-53, 28-29.

948 Tegenwoordig wordt aanvaard dat de verplichting van een psychiatrisch ziekenhuis om in te staan voor de fysieke veiligheid van de patiënten een inspanningsverbintenis is.

(zie daarover: A. VAN OEVELEN, "De aansprakelijkheid jegens psychisch gehandicapten", *R.G.A.R.* 1980, 10.151 nr. 23 en nr. 24, in het bijzonder noot 108 en de daar geciteerde rechtspraak; *adde* Brussel 19 november 1963, *onuitg.* geciteerd door R. ANDRE, *Les responsabilités*, Brussel, 1981, 756 en 800 en door J. GILLARDIN en M. VAN DE KERCKHOVE, "Chronique de jurisprudence. Malades et déficients mentaux. Régimes civil et administratif (1960-1981)", *J.T.* 1983, 444, nr. 168: aansprakelijkheid van de medisch directeur van een psychiatrische instelling door een patiënt niet onder toezicht te stellen daar waar hij zelfmoordneigingen vertoonde en hem te laten verblijven in een op een verdieping gelegen kamer zonder veiligheidshekken; Luik 26 mei 1979, *Jur. Liège* 1979, 417; Luik 26 maart 1986, *Vl. T. Gez.* 1985-86, 444 noot R. HEYLEN; Rb. Hasselt 7 april 1986, *Limb. Rechtsl.* 1986, 193; *R.W.* 1986-87, 1557, noot T. VANSWEEVELT; Rb. Antwerpen 3 oktober 1986, *R.W.* 1986-87, 2162-2163).

VAN OEVELEN keurt deze opvatting goed. Naast de moderne therapeutische methoden die een grotere soepelheid vereisen t.a.v. de bewaking van de patiënt, noemt hij nog twee andere redenen. Bepaalde reacties van een psychiatrische patiënt zullen altijd onvoorzienbaar, zelfs irrationeel zijn. Bovendien bepaalt het psychiatrisch ziekenhuis niet zelf de draagwijdte van de bewakingsplicht: het voert ter zake slechts de instructies uit van de psychiater. Deze laatste verklaring betekent meteen dat de bewakingsplicht geen kwestie is van louter materieel bewaken, maar een medische component heeft: "in psychiatrische inrichtingen maakt de bewakingstaak integraal deel uit van de therapie die wordt toegepast, waarvoor uitsluitend de geneesheer de verantwoordelijkheid draagt". Het psychiatrisch ziekenhuis kan derhalve slechts aansprakelijk worden gesteld wegens miskenning van de bewakingsplicht wanneer is aangetoond dat de medische voorschriften niet nauwgezet worden uitgevoerd.

949 De opname van een patiënt met zelfmoordneigingen in een niet-gespecialiseerde inrichting brengt een bijzondere bewakingsplicht mee (A. VAN OEVELEN, *t.a.p.*, nr. 27).

De Rechtbank te Brugge aanvaardde de aansprakelijkheid van een algemeen ziekenhuis, beschikkend over een P.A.A.Z. (psychiatrische afdeling in een algemeen ziekenhuis) dat een psychiatrische patiënt met gekende zelfmoordneigingen, had opgenomen, hoewel de psychiater de overbrenging naar een psychiatrisch ziekenhuis had voorgesteld (Rb. Brugge 17 oktober 1983, *Vl. T. Gez.* 1983-84, 181; in beroep bevestigd door Gent 15 april 1985, *Vl. T. Gez.* 1985-86, 438, noot R. HEYLEN). Een ziekenhuis is verplicht de nodige verzorging te verlenen aan een persoon die na een zelfmoordpoging in gevaar verkeert (Rb. Antwerpen 5 december 1991, *T. Gez.* 1995-96, 313). Het O.C.M.W. dat een rusthuis beheert schiet in zijn verzorgings- en toezichtsplicht tekort wanneer geen enkele maatregel werd genomen om zelfmoordneigingen van een patiënt op te vangen, niettegenstaande de patiënt herhaaldelijk blijk heeft gegeven van zijn intentie door het venster te springen (Luik 31 maart 1998, *T. Gez.* 2000-01, 371).

950 Het bepalen van de draagwijdte van de bewaking en beveiliging is een bevoegdheid van de arts. Het ziekenhuis of het verpleegkundig personeel mag daarin op eigen initiatief geen wijzigingen brengen.

Aldus zal de psychiater en niet het ziekenhuis aansprakelijk worden gesteld voor het ongeval dat een patiënt die uit een raam springt overkomt wanneer de psychiater had nagelaten de zelfmoordneigingen van de patiënt aan het ziekenhuis mede te delen (A. VAN OEVELEN, *t.a.p.* nr. 24).

VANSWEEVELT heeft dit laatste genuanceerd in het licht van een arrest van het Franse Cassatiehof (Cass. (fr.) 11 december 1984, *Gaz.Palais* 1985, 138; T. VANSWEEVELT, "Aansprakelijkheid jegens geesteszieken", *R.W.* 1986-87, 1763). Zelfs indien de arts klaarblijkelijk een fout heeft begaan door het ziekenhuis niet in te lichten over de zelfmoordneigingen van de patiënt, kan het ziekenhuis toch en alleen aansprakelijk worden gesteld wanneer de patiënt bij een zelfmoordpoging in het ziekenhuis zichzelf verwondt. Niettegenstaande de patiënt in dat ziekenhuis reeds tweemaal een zelfmoordpoging had ondernomen en het ziekenhuis dus op de hoogte was van de toestand van de patiënt waren geen voorzorgsmaatregelen getroffen. Tussen het verzuim van de arts het ziekenhuis in te lichten en de uiteindelijke schade kon geen oorzakelijk verband worden vastgesteld.

951 Ook in hoofde van de arts is de bewakingsplicht, met name het bepalen van de draagwijdte ervan, een inspanningsverbintenis (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 1763).

Hiervoor gelden dezelfde redenen als voor het ziekenhuis, nl. de onvoorzienbaarheid van sommige reacties van een psychiatrische patiënt en de om therapeutische redenen in te bouwen vrijheid en soepelheid bij de bewaking van zo'n patiënt.
Een arts zou aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de verwondingen of het overlijden van een patiënt na een zelfmoord(poging) wanneer hij ten onrechte een patiënt heeft toegelaten in een open dienst, heeft nagelaten een strengere bewaking voor te schrijven of te vroeg een patiënt de instelling heeft laten verlaten (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 1763).

952 Aansprakelijkheid wegens het verhinderen van een zelfdoding lijkt uitgesloten, vermits er van een krenking van een recht of rechtmatig belang geen sprake is (X. DIJON, *Le sujet de droit*, nr. 868).

AFDELING VIII

BEÏNVLOEDEN VAN DE STERVENDE PATIËNT (CAPTATIE)

953 Voor een uitvoeriger bespreking van artikel 909 B.W.: zie verder, nr. 1522.

HOOFDSTUK II
ARTS EN OVERLEDEN PATIËNT

AFDELING I

VERPLICHTINGEN BIJ HET OVERLIJDEN VAN EEN PATIËNT

§ 1. Verplichtingen in het kader van de jaarlijkse statistiek der doodsoorzaken

954 De Wet van 4 juli 1962 betreffende de openbare statistiek (*B.S.* 20 juli 1962) machtigt de regering statistische en andere onderzoekingen te doen betreffende de demografische, economische en sociale toestand van het land. Op grond van artikel 4 mag een arts niet weigeren inlichtingen te verstrekken waarvan hij houder is door zijn staat of zijn beroep, wanneer deze inlichtingen hem gevraagd worden voor het opmaken van gezondheidsstatistieken.

K.B. 17 juni 1999 (*B.S.* 4 september 1999) schrijft het opmaken van een jaarlijkse statistiek van de overlijdensoorzaken voor. Deze statistiek wordt opgemaakt aan de hand van inlichtingen, verzameld door middel van de bij het M.B. van 11 augustus 2000 tot wijziging van de bijlagen bij het K.B. 17 juni 1999 (*B.S.* 13 september 2000) gevoegde formulieren III C van overlijden van een persoon van één jaar of ouder en model III D van overlijden van een kind jonger dan één jaar of van een doodgeboorte. Elk van deze formulieren bestaat uit vier stroken: A, B, C en D. De gemeentebesturen zijn ertoe gehouden aan elke persoon die zich aanmeldt om aangifte te doen van een overlijden dat zich op hun grondgebied heeft voorgedaan het formulier model III C of III D te overhandigen (art. 3 K.B. 17 juni 1999). Wie deze arts is, wordt niet gespecifieerd in het K.B. maar uit de formulieren model III C en III D blijkt dat bedoeld is de arts die het overlijden heeft vastgesteld (T. BALTHAZAR, *a.w.*, 172). De aangever van het overlijden is ertoe gehouden het door de arts ingevulde formulier zonder uitstel af te geven aan het gemeentebestuur van de plaats van overlijden (art. 5 K.B. 17 juni 1999).

Het niet-naleven van de verplichting strook A en C van formulier III in te vullen is strafbaar met geldboete van 26 tot 10.000 EUR (art. 22 Wet 4 juli 1962). Strafbaar is derhalve de arts die, daartoe verplicht zijnde, beide of een van beide stroken niet invult; slechts gedeeltelijk invult; zodanig invult dat de gevraagde informatie niet wordt gegeven, bv. alle mogelijke doodsoorzaken in strook A schrapt.

§ 2. Aangifte van het overlijden

955 De aangifte van het overlijden is wettelijk veel minder duidelijk geregeld dan de aangifte van de geboorte (zie boven, nr. 622). Geen wettelijke bepaling bevat een verplichting in hoofde van een arts het overlijden van een persoon aan te geven (J.M. LEBOUTTE, *Lijkbezorging en begraafplaatsen*, Brugge, Vanden Broele, 1990, 13).

Artikel 78 B.W. bepaalt dat de akte van overlijden wordt opgemaakt op aangifte van twee getuigen. Bij een overlijden in een ziekenhuis dient aan de ambtenaar van de burgerlijke stand kennis te worden gegeven van het overlijden. Die ambtenaar begeeft zich dan ter plaatse (art. 80 B.W.). In werkelijkheid gebeurt de aangifte van het overlijden door aan de ambtenaar een getuigschrift over te maken dat is opgesteld door een arts en waarin het overlijden wordt vastgesteld. Geen enkele wettelijke regeling bevat voorschriften i.v.m. dit getuigschrift en er moet geen gebruik

worden gemaakt van een typeformulier. Er wordt voor de aangifte van het overlijden gebruik gemaakt van het door de arts ingevulde overlijdensbericht (strook A formulier III; zie boven, nr. 733; L. VANDEKERCKHOVE en L. HUYSE, "Enkele knelpunten in de vorming van de Belgische zelfmoordstatistiek", *Panopticon* 1984, 320; T. BALTHAZAR, *a.w.*, 171: "Het is via deze reglementering (betreffende het opmaken van de statistieken betreffende de doodsoorzaken) dat het archaïsche systeem van het vaststellen van het overlijden door de ambtenaar van de burgerlijke stand werd buiten werking gesteld".

§ 3. Verplichtingen van de arts bij het vaststellen van een niet-natuurlijk overlijden

956 In het algemeen bevat de wet geen duidelijke voorschriften i.v.m. de handelwijze van een arts die wordt geconfronteerd met een overlijden waarvan de aard niet kan worden gekwalificeerd als natuurlijke oorzaak (zie: strook C model III C).

Er bestaan meerdere mogelijkheden. De arts vult op strook A van formulier III C in dat tegen begrafenis of crematie gerechtelijk geneeskundig bezwaar bestaat. In dat geval zal de ambtenaar van de burgerlijke stand geen toelating tot begraving verlenen (art. 81 B.W. en art. 44 Sv.) en het parket op de hoogte brengen. Hij is daartoe verplicht op grond van artikel 29 Sv.
Een andere mogelijkheid is dat de arts zelf het gerecht in kennis stelt van een gewelddadig of verdacht overlijden (L. VANDEKERCKHOVE en L. HUYSE, *t.a.p.*, 320, noot 5). Een wettelijke verplichting daartoe bestaat niet behalve in het hieronder vermelde geval.

957 Artikel 13 § 1 Orgaantransplantatiewet verplicht de arts die overgaat tot de wegneming van organen en weefsel (dit kan niet de arts zijn die het overlijden heeft vastgesteld, zie: art. 11, eerste lid) en die daarbij een gewelddadige dood vaststelt, een verslag op te stellen en dit aan de procureur des Konings op te sturen.

Zie voor de inhoud van het verslag: artikel 13 § 1, tweede lid Orgaantransplantatiewet. Het gaat hier om de enige wettelijke bepaling die zo duidelijk aan een welbepaalde arts de verplichting oplegt de procureur des Konings op de hoogte te brengen van een gewelddadig overlijden.
Artikel 13 § 2 Orgaantransplantatiewet bevat een veel algemenere bepaling. Bij een overlijden met onbekende of verdachte oorzaak mag geen wegneming van organen worden verricht tenzij de procureur des Konings daarvan vooraf is ingelicht en hij er zich niet tegen heeft verzet. De wet bepaalt niet door wie de procureur des Konings op de hoogte wordt gebracht.
In zijn advies van 11 april 1987 ("Orgaantransplantatie", *T. Orde Geneesh.* 1987, nr. 37, 14) zegt de Nationale raad van de Orde der geneesheren hieromtrent het volgende: "Het is niet aanvaardbaar dat de wet op de wegneming van organen (...) enige weerslag zou hebben op de vermelding van de doodsoorzaak. In dit verband weze opgemerkt, dat wanneer een ernstig vermoeden bestaat van een medische of verpleegkundige fout m.b.t. het overlijden, de overledene voor de wegneming van organen niet in aanmerking kan komen".

AFDELING II

VERRICHTEN VAN EEN AUTOPSIE OF LIJKSCHOUWING

§ 1. Definitie van autopsie en soorten

958 Een definitie van autopsie vindt men o.a. bij PETIT. Het gaat om "een onderzoek van de inwendige organen door een arts bij lijkopening" (J. PETIT, "Kunnen familieleden zich tegen een autopsie verzetten?", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 110; J.M. VAN BOL, *Les funérailles et les sépultures. Aspects civils et administratifs*, Brussel, Larcier, 2003, 89-90).

Synoniemen zijn obductie; necropsie; lijkschouwing; sectie; lijkopening. Zie i.v.m autopsie in het algemeen: L. ARNOU, "De autopsie en de rechten van de nabestaanden", *T. Strafr.* 2000, 242-247; F. MEERSMAN, "Qu'est un bon expert? La preuve post-mortem: apport de l'autopsie", *Cons. M.* 1988, nr. 3-4, 43-49).

959 In de literatuur worden doorgaans drie soorten autopsies onderscheiden naargelang de bedoeling waarmee de autopsie wordt verricht. Men onderscheidt de politionele autopsie (J. PETIT, *t.a.p.*, 109) of autopsie als onderzoeksmaatregel in strafzaken; de gerechtelijke autopsie (J. PETIT, *t.a.p.*, 111) of autopsie als bewijsmiddel in burgerlijke zaken en de autopsie voor "onderricht en wetenschap" (J. PETIT, *t.a.p.*, 115), ook wel "klinische, wetenschappelijke en didactische lijkopening" genoemd (R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, nr. 328) of medisch-wetenschappelijke autopsie.

De wetgever heeft tot nu toe geen van deze drie op een duidelijke wijze geregeld. De Orgaantransplantatiewet is alszodanig niet van toepassing hoewel er in feite een verband bestaat met de medisch-wetenschappelijke autopsie (zie verder, nr. 963).
Vanuit medisch-rechtelijk oogpunt is de medisch-wetenschappelijke autopsie veruit het interessantst omdat daarbij de relatie tussen de behandelend arts en zijn overleden patiënt het duidelijkst aanwezig is. De twee andere autopsies bevinden zich meer in de gerechtelijke sfeer en de arts die een dergelijke autopsie verricht zal doorgaans optreden als deskundige in opdracht van een derde en niet als de (vroegere) behandelend arts van de overledene. Beiden blijven hier verder onbesproken.

960 In verband met de toelaatbaarheid van een autopsie als bewijsmiddel duikt de vraag op naar het beschikkingsrecht over het lijk. Door wie kan een autopsie worden toegelaten en vooral, wie kan zich er tegen verzetten?

De eerste die ter zake een beslissing kan nemen is degene die het lijk potentieel in zich draagt, de levende mens. Dit recht is hem eigen (R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, nr. 213 die verwijst naar Cass. 3 juli 1899, *Pas.* 1899, I, 318 concl. Proc. Gen. MESTDACH DE TER KIELE; T. VANSWEEVELT, "De klinische autopsie als medisch-juridisch probleem", *Vl. T. Gez.* 1988-89, 259, nr. 3). Het zgn. "recht op het lijk" dat van morele aard is, komt in de eerste plaats toe aan de levende persoon (R. DIERKENS, noot onder Gent 3 november 1962, *R.W.* 1962-63, 1207). Wanneer de overledene tijdens zijn leven uitdrukkelijk heeft ingestemd met het verrichten van een autopsie via een clausule in de verzekeringsovereenkomst dan kan niemand zich hiertegen verzetten. Ook de familie niet die principieel geen recht heeft om zich te verzetten. Integendeel, de verzekeringsmaatschappij heeft dan "recht op het verrichten van de lijkopening" (R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, nr. 316-317). Heeft de overledene zich daarentegen uitdrukkelijk verzet tegen een autopsie

dan mag zij niet worden verricht, behalve in het geval er ernstige aanwijzingen bestaan van bedrog (R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, nr. 322) of rechtsmisbruik (L. SCHUERMANS, "Lijkschouwing en verzekering", *Cons. M.* 1984, nr. 3-4, 6).

961 Doorgaans zal de overledene zijn wil niet duidelijk hebben bepaald. Wanneer de overledene zijn recht op het lijk niet heeft uitgeoefend dan gaat het bij zijn overlijden over op de familie. DIERKENS noemt dit het verwantenvoorrecht (R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, nr. 284; *id.* noot onder Gent 3 november 1962, *R.W.* 1962-63, 1207).

Hieruit volgt dat de nabestaanden zich kunnen verzetten tegen het verrichten van een autopsie als bewijsmiddel. Dit standpunt lijkt ook vandaag nog algemeen te worden aanvaard (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 259, nr. 4).

962 Kan de rechter, ondanks het verzet van de familie, toch een autopsie bevelen op verzoek van bv. een verzekeringsmaatschappij? Het antwoord op deze vraag luidt niet meer hetzelfde als vroeger.

DIERKENS achtte de rechter onbevoegd om in een dergelijk geval de lijkopening te laten doorvoeren. Hij dient de weigering van de familie te respecteren. Wel zou hij de weigering kunnen interpreteren en "dienvolgens, in zekere gevallen, de bewijslast opleggen aan de familie" (R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, nr. 323). Ook de oudere rechtspraak huldigde deze opvatting (L. SCHUERMANS, *t.a.p.* en de door hem in noot 55 geciteerde rechtspraak, zie ook: noot 56 voor verwijzingen naar rechtsleer).
Wat de rechtspraak inzake gemeenrechtelijke verzekeringen betreft, is echter sprake van "een kentering" (J. PETIT, *t.a.p.*, 112) of een "verschuiving" (L. SCHUERMANS, *t.a.p.*, 8) (De rechtspraak inzake de arbeidsongevallenverzekering stond reeds "zeer vroeg een autopsie toe, ondanks het verzet van de nabestaanden"; J. PETIT, *t.a.p.*, 114; L. SCHUERMANS, *t.a.p.*, 8, noot 60 en 9 voor een verklaring van dit onderscheid).
Niettegenstaande het verzet van de nabestaanden zal een autopsie door de rechter thans toch worden toegelaten "in zeer ernstige omstandigheden" (L. SCHUERMANS, *t.a.p.*, 9, verwijzend naar Antwerpen 29 juni 1977, *R.W.* 1977-78, 1890). Daarbij dient een afweging te gebeuren tussen de patrimoniële belangen van de verzekeraar en de morele en patrimoniële belangen van de familie.

§ 2. De medisch-wetenschappelijke autopsie

963 Opdat een autopsie om medisch-wetenschappelijke redenen geoorloofd zou zijn moet aan twee voorwaarden zijn voldaan. De overledene of zijn nabestaanden hebben toegestemd in de autopsie of minstens zich daartegen niet verzet. De autopsie mag voorts niet worden uitgevoerd op een persoon die aan een niet-natuurlijke doodsoorzaak is overleden.

A. TOESTEMMING

964 Een medisch-wetenschappelijke autopsie mag alleen worden uitgevoerd als de overledene zelf of diens verwanten daarin hebben toegestemd (R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, nr. 213 en nr. 328 die verwijst naar Cass. 3 juli 1899, *Pas.* 1899, I., 318 concl. Proc. Gen. MESTDACH DER TER KIELE; T. VANSWEEVELT, "De klinische autopsie als medisch-juridisch probleem", *Vl. T. Gez.* 1988-89, 259, nr. 3). Het zgn. "recht op het lijk" dat van morele aard is, komt

in de eerste plaats toe aan de levende persoon (R. DIERKENS, noot onder Gent 3 november 1962, *R.W.* 1962-63, 1207).

In (sommige) universitaire ziekenhuizen heeft zich een praktijk ontwikkeld krachtens de welke autopsies worden verricht zonder de toestemming van de betrokkene of zijn verwanten. Wel wordt er rekening gehouden met het uitdrukkelijk verzet van een van beiden. Het ontstaan van deze praktijk dient reeds in de negentiende eeuw te worden gesitueerd. DIERKENS maakt melding van een Wet van 27 augustus 1835 die bepaalde dat de openbare onderstand ziekenhuizen te Gent en Luik ter beschikking stonden voor het klinisch onderricht in de medische faculteiten van de daar gevestigde universiteiten (R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, nr. 346). Bij het voorbereiden van de Wet van 25 mei 1891 tot interpretatie van de Wet van 27 augustus 1835 werden ook de lijkopeningen besproken, zij het zeer zijdelings. Volgens DIERKENS kan uit deze discussie worden afgeleid "dat de wetenschappelijke vooruitgang dient te worden bevorderd doch tevens dat de wil van de overledene dient te worden geëerbiedigd. Wanneer hij zich heeft verzet tegen de lijkopening mag zij niet doorgaan. Hetzelfde recht wordt toegekend aan de familie" (R. DIERKENS, *a.w.*, nr. 347). In de universitaire ziekenhuizen van de universiteiten te Gent en Luik zou aldus sedert vele jaren het gebruik gelden dat zonder verzet van de patiënt of de nabestaanden autopsies mogen worden verricht. Wat de ziekenhuizen van de universiteit te Brussel betreft, maken RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT melding van een gelijkaardig gebruik (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 602).

Maar niet iedereen trekt uit de bespreking van de interpretatieve Wet van 25 mei 1891 dezelfde conclusie. BOUNAMEAU haalt een niet nader gespecifieerde rechtszaak aan m.b.t. een autopsie verricht bij een patiënt die in het Luikse Bavière ziekenhuis overleed in september 1953. Ondanks het verzet van de familie werd een autopsie uitgevoerd. De familie legde klacht neer wegens diefstal van het lijk en wegens grafschennis. De klacht werd zonder gevolg geklasseerd. De procureur des Konings kwam in de studie die hij naar aanleiding van deze zaak verrichtte tot het besluit dat de Wet van 25 mei 1891 aan de geneeskundige faculteiten geen enkel recht toekende op het lijk van de patiënten. Het feit opgenomen te worden in een universitair ziekenhuis tast de individuele vrijheid noch het recht te beschikken over zijn lichaam aan. Een autopsie die wordt uitgevoerd zonder de formele toestemming van de betrokkene of zijn familie en *a fortiori* tegen de wil in van de familie, maakt een inbreuk uit op dat recht (R. BOUNAMEAU, *L'autopsie: acte médico-legal et acte scientifique. Aspects théoriques et pratiques*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 135-140).

In een betwisting tussen de nabestaanden van een patiënt en de universitaire ziekenhuizen van de K.U.Leuven kregen deze laatste van de Vrederechter te Leuven de toelating "te bewijzen dat, voor wat betreft de uitvoering van een autopsie in de vrije universitaire ziekenhuizen, het geen bezwaar systeem bestaat en in feite wordt toegepast, zodat geen uitdrukkelijke toestemming voor de uitvoering van een lijkschouwing vereist is". Tegen deze toelating werd door de nabestaanden beroep aangetekend. De Rechtbank te Leuven oordeelde evenwel dat de vrederechter terecht het bewijs van een dergelijk systeem had toegelaten (Rb. Leuven 25 november 1986, *Pas.* 1987, III, 34-35 noot F.B.; *T.B.B.R.* 1987, 75; *Vl. T. Gez.* 1988-89, 257 noot T. VANSWEEVELT). Het door het ziekenhuis aangehaalde gebruik, nl. dat "zowel in de vrije als in de officiële academische ziekenhuizen het toestemmingssysteem vervangen werd door het geen bezwaar systeem onder meer teneinde in het belang van de wetenschap de mogelijkheid te scheppen om onder de erkenningsnormen voor universitaire ziekenhuizen te vallen" achtte de rechtbank "niet ongeoorloofd" en "niet strijdig met een algemeen bestaand rechtsgevoel".

In een andere rechtszaak (geciteerd door R. BOUNAMEAU, *a.w.*, 149 e.v.) beriep het Brusselse Brugman ziekenhuis zich eveneens op het bestaan van een constant en oud gebruik in alle ziekenhuizen volgens hetwelk een autopsie mag worden uitgevoerd op een overleden patiënt behoudens het formeel en voorafgaandelijk verzet van de familie. Dit gebruik zou zijn gebaseerd op de noodzakelijkheid van de medische vooruitgang. De tegenpartij betwistte het bestaan en de werkelijkheid van dit gebruik. Voorts werd gesteld dat het vragen van toestemming toch niet als een hinderpaal voor de medische vooruitgang kan worden gezien, terwijl ook nog de schending van het eigendomsrecht van de familie werd ingeroepen. Teneinde de betwisting te beslechten nodigde de rechtbank de meest gerede partij uit advies te vragen aan de Nationale raad van de Orde der geneesheren m.b.t. het gestelde probleem. In het uitgebrachte advies deed de Nationale raad over de grond van de zaak geen uitspraak hoewel men daarin toch een impliciete bevestiging kan zien

van het ingeroepen gebruik. Dat ligt trouwens in de lijn van de inhoud van artikel 133 Code van geneeskundige plichtenleer: "Behoudens opeising of bijzondere wettelijke bepalingen kan een lijkschouwing alleen worden verricht wanneer er geen uitdrukkelijk of stilzwijgend verzet is geweest vanwege de patiënt of vanwege de naastbestaanden". In een advies bevestigde de Nationale raad de in artikel 133 vervatte regel. "De raad is de mening toegedaan dat een lijkschouwing alleen kan worden verricht wanneer er geen expliciet of impliciet verzet is geweest van de patiënt of vanwege diens nabestaanden. Er is geen wettekst die de toelating van de nabestaanden voorschrijft" ("Autopsie", *T. Orde Geneesh.* 1988, 18. De Nationale raad heeft dit advies bevestigd op 23 augustus 1997, "Autopsie – toelating van patiënten of naastbestaanden", *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 79, 19). In de door BOUNAMEAU aangehaalde zaak deed de rechtbank geen uitspraak ten gronde. Beide partijen kwamen een minnelijke schikking overeen.

965 Een medisch-wetenschappelijke autopsie die ondanks het uitdrukkelijk verzet van de betrokkene of diens nabestaanden zou worden uitgevoerd schendt het recht op het lijk en het verwantenvoorrecht. Zij is bovendien in strijd met artikel 133 Code van geneeskundige plichtenleer.

966 Of er een gebruik bestaat krachtens hetwelk in universitaire ziekenhuisdiensten tot een autopsie om medisch-wetenschappelijke redenen mag worden overgegaan zonder de toestemming van de betrokkene of zijn nabestaanden is betwist. De Rechtbank te Leuven aanvaardde het bestaan van zo'n gebruik, zonder enige nadere aanduiding over de oorsprong van dit gebruik (Rb. Leuven 25 november 1986, *Pas.* 1987, III, 34-35 noot F.B.; *T.B.B.R.* 1987; *Vl. T. Gez.* 1988-89, 257, noot T. VANSWEEVELT). VANSWEEVELT daarentegen trekt het bestaan van zo'n gebruik in twijfel. Uit de door hem ingewonnen inlichtingen blijkt dat niet alle universitaire ziekenhuizen het geen bezwaar systeem toepassen, althans toch niet stelselmatig (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 260, nr. 7).

Dat niet ieder universitair ziekenhuis het gebruik op een stelselmatige wijze toepast, is op zich geen reden om het bestaan van dit gebruik in andere reeds langer bestaande universitaire ziekenhuizen zoals te Brussel, Gent, Leuven en Luik te ontkennen. Uit de in nr. 964 aangehaalde literatuur en rechtspraak blijkt integendeel dat in de ziekenhuizen van deze universiteiten het bestaan van een dergelijk gebruik zeer wel kan worden aangenomen. Uit het "niet stelselmatig" toepassen van dit gebruik in recenter opgerichte universitaire ziekenhuizen zoals te Antwerpen zou men ook kunnen afleiden dat het gebruik daar nog in ontwikkeling is.

Niet dienend is het argument dat "zowel in de vrije als in de officiële academische ziekenhuizen het toestemmingssysteem vervangen is door het geen bezwaar systeem o.m. teneinde in het belang van de wetenschap, de mogelijkheid te scheppen om onder de erkenningsnormen voor universitaire ziekenhuizen te vallen" (Rb. Leuven 25 november 1986, *Pas.* 1987, III, 34-35 noot F.B.; *T.B.B.R.* 1987, 75; *Vl. T. Gez.* 1988-89, 257 noot T. VANSWEEVELT). Deze normen voorzien uitdrukkelijk dat de autopsies worden verricht bij personen "waarvoor geen administratieve noch juridische beletselen bestaan".

967 Op zichzelf volstaat het bestaan van een dergelijk gebruik niet opdat een autopsie zonder toestemming van de betrokkene of zijn nabestaanden geoorloofd zou zijn. Het gebruik moet geldig zijn.

VANSWEEVELT betwist de geldigheid van dit gebruik – als het al bestaat – omdat het indruist tegen een van de meest fundamentele waarden in onze samenleving, nl. het recht op fysieke integriteit en het recht van familieleden op een begrafenis van een "ongemutileerd" familielid (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 260, nr. 7). De Rechtbank te Leuven daarentegen achtte dit gebruik "niet-ongeoorloofd" en "niet-strijdig met een algemeen bestaand rechtsgevoel" (Rb. Leuven 25 november 1986, *Pas.* 1987, III, 34-35 noot F.B.; *T.B.B.R.* 1987, 75; *Vl. T. Gez.* 1988-89, 257 noot T. VANSWEEVELT). Volgens de rechtbank heeft eenieder bij leven recht op onschendbaarheid van zijn lichaam maar kan "zulks zeker niet zo formeel worden gesteld" na het overlijden. De aantasting van het recht op fysieke integriteit na het overlijden zou slechts onrechtmatig zijn wanneer zij met kwaad opzet of met oneerlijke motieven zou gebeuren: wanneer zij de piëteitsgevoelens van de nabestaanden zou kunnen krenken of louter zou gebeuren om privé-belangen te dienen. In de gegeven omstandigheden was van zo'n aantasting geen sprake: de autopsie gebeurde vlak na het overlijden zodat geen ontgraving diende te gebeuren; in het ziekenhuis zelf door een bevoegde arts en met een geoorloofd doel, nl. de doodsoorzaak op te sporen om in de toekomst in gelijkaardige gevallen eventueel een andere behandeling toe te passen en "op een zo decent mogelijke en zo discreet mogelijke manier". Ook SENAEVE betwist de geldigheid van dit gebruik. "Een aantasting van een persoonlijkheidsrecht georganiseerd door een bepaalde beroepskring zonder wettelijke basis en zonder gerechtelijke controle kan onmogelijk geoorloofd geacht worden" (P. SENAEVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2000, nr. 463).
Een belangrijk argument tegen de geldigheid van het ingeroepen gebruik vormt artikel 10 Orgaantransplantatiewet. Hierdoor werd het geen bezwaar stelsel ingevoerd voor wegnemingen van organen bij overleden patiënten met therapeutische doeleinden. In de Memorie van Toelichting bij het eerste ontwerp, dat wat de belangrijkste krachtlijnen betreft niet afwijkt van de uiteindelijke wet, wordt gezegd dat "de wet niet van toepassing is op de autopsie die gebeurt om na het overlijden de juiste diagnose te stellen van ziekte of doodsoorzaak" (wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen en weefsel, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 5). *A contrario* kan men hieruit besluiten dat voor de autopsie de uitdrukkelijke toestemming de regel blijft.

968 Opdat het gebruik dat een autopsie mag worden uitgevoerd indien er geen verzet is van de betrokkene of zijn nabestaanden, geldig zou kunnen zijn dienen de belanghebbenden de mogelijkheid te hebben zich te verzetten. Minstens is daartoe vereist dat zij op de hoogte zijn van het bestaan van het gebruik.

Volgens de Rechtbank te Leuven is dit voor de geldigheid van het gebruik niet vereist "omdat in een bepaalde kring algemeen geldende gebruiken eenvoudig opgelegd worden aan ieder die met die kring rechtsverhoudingen aangaat. Vgl. gebruiken in de haven van Antwerpen" (Rb. Leuven 25 november 1986, *Pas.* 1987, III, 34-35 noot F.B.; *T.B.B.R.* 1987, 75; *Vl. T. Gez.* 1988-89, 257 noot T. VANSWEEVELT).
De verwijzing naar de gebruiken in een haven is in deze context ongelukkig en weinig overtuigend. Enkel zeer gespecialiseerde personen en bedrijven contracteren met elkaar in dit milieu terwijl tegenwoordig iedereen zonder onderscheid in een universitair ziekenhuis wordt opgenomen.
Teneinde de patiënten en hun familieleden op de hoogte te brengen van het gebruik medisch-wetenschappelijke autopsies uit te voeren zonder de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene wordt in sommige ziekenhuizen deze praktijk in de onthaalfolder meegedeeld (zie: T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 261, nr. 11 en J. MATTHIJS, *t.a.p.*, 223, nr. 46-47). Volgens VANSWEEVELT impliceert het stilzwijgen alleen van de patiënt nog niet dat hij zich niet heeft verzet. De patiënt moet kennis hebben kunnen nemen van de inhoud van deze onthaalfolder en het stilzwijgen van de patiënt moet als een aanvaarding van de bepalingen van de onthaalfolder kunnen worden uitgelegd.

B. NATUURLIJKE DOODSOORZAAK

969 Het is aan een arts niet toegelaten een medisch-wetenschappelijke autopsie uit te voeren op het lijk van een persoon die aan een niet-natuurlijke dood is overleden. Het opsporen en bewijzen van een misdrijf mag inderdaad niet moeilijk of onmogelijk worden gemaakt (R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, nr. 341, noot 16; in dezelfde zin: F.B., noot onder Rb. Leuven 25 november 1986, *Pas.* 1987, III, 34 die eveneens van mening is dat een autopsie slechts mag worden uitgevoerd nadat de toelating tot begraving werd verleend).

§ 3. Autopsie bij een kind van minder dan 18 maanden

970 De voorwaarden waaronder een autopsie kan worden verricht bij een kind van minder dan 18 maanden zijn neergelegd in de Wet van 26 maart 2003 houdende de regeling van de autopsie na het onverwachte en medisch onverklaarde overlijden van een kind van minder dan 18 maanden (*B.S.* 22 mei 2003 gewijzigd door art. 31 Programmawet 5 augustus 2003, *B.S.* 7 augustus 2003 en art. 172 Programmawet 22 december 2003, *B.S.* 31 december 2003). Deze wet treedt in werking op een door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, te bepalen datum (art. 9, eerste volzin zoals gewijzigd door art. 31 Programmawet 5 augustus 2003, *B.S.* 7 augustus 2003).

Dit K.B. werd nog niet genomen. Zie over deze wet: J. COLLE, "Naar een stelsel van een 'systematische' autopsie na het onverwachte en medisch onverklaarde overlijden van kinderen jonger dan 18 maanden", *T.V.W.* 2003, 358-362).

Het toepassingsgebied van deze wet is niet duidelijk omschreven. Krachtens artikel 2 is deze wet van toepassing op autopsies die worden uitgevoerd op kinderen die onverwacht en om medisch overklaarbare redenen voor de leeftijd van 18 maanden overleden zijn. Deze bepaling wekt de indruk dat een autopsie onder de voorwaarden door deze wet bepaald, slechts kan (moet) worden uitgevoerd in geval van een onverwacht en medisch onverklaarbaar overlijden. Artikel 3 van de wet is daarentegen veel ruimer gesteld: "Bij elk overlijden van een kind dat de volle leeftijd van 18 maanden niet heeft bereikt, wordt een autopsie uitgevoerd om de doodsoorzaak te kennen".

971 Bij elk overlijden van een kind dat de volle leeftijd van 18 maanden niet heeft bereikt, wordt een autopsie uitgevoerd om de doodsoorzaak op te sporen, tenzij één van de ouders zich daartegen verzet (art. 3, eerste lid). De arts die het overlijden vaststelt, is verplicht de ouders in kennis te stellen van het recht op weigering van een autopsie (art. 3, tweede lid). De beslissing van de ouders om een autopsie te weigeren of ermee in te stemmen wordt schriftelijk vermeld in het medisch dossier van het kind (art. 3, derde lid).

Bijlage 1. II § 6 K.B. 3 mei 1991 (*B.S.* 24 mei 1991) schreef reeds voor dat een autopsie diende te worden verricht "voorzover er geen administratieve of juridische beletselen voor het verrichten van een autopsie bestaan en rekening houdend, enerzijds met de regel dat in beginsel geen autopsie op een kind mag worden verricht zonder de instemming van de personen die het ouderlijk gezag t.a.v. het kind uitoefenen" op zuigelingen overleden aan wiegendood. Dit K.B. werd door de Raad van State nietig verklaard (R.v.St., A.S.B.L. Chambre Syndicale des médecins de l'agglomération bruxelloise, nr. 58.398, 6 juni 1996).

Als beide ouders overleden zijn of vallen onder het statuut van verlengde minderjarigheid of onbekwaam verklaard zijn, beslist de persoon die de voogdij uitoefent t.a.v. het kind de autopsie te aanvaarden of te weigeren, onder dezelfde voorwaarden en volgens dezelfde regels die van toepassing zijn op de ouders. De personen die in staat van verlengde minderjarigheid of onbekwaam verklaard zijn worden zoveel mogelijk en in verhouding tot hun begripsvermogen betrokken bij het beslissingsproces (art. 5).

972 De arts die het overlijden vaststelt, is verplicht de ouders te informeren over alle aspecten van het *post mortem* onderzoek en van de vragen waarover dat onderzoek duidelijkheid zou kunnen scheppen (art. 3, tweede lid).

973 De autopsie wordt uitgevoerd door de patholoog-anatoom van het centrum voor wiegendood waarnaar het lichaam van het kind overeenkomstig artikel 4 werd gebracht, volgens een standaard-procedure opgesteld binnen het centrum. De autopsie wordt uitgevoerd met respect voor het stoffelijk overschot (art. 7). De autopsie moet zo snel mogelijk worden uitgevoerd. Daarbij moet zoveel mogelijk rekening worden gehouden met de wensen van de ouders, en eventueel van de personen die de ouderlijke macht of de voogdij uitoefenen t.a.v. het kind (art. 6).

De ouders betalen geen kosten in het kader van de toepassing van deze wet (art. 4, laatste lid).

974 De resultaten van de autopsie worden aan de ouders meegedeeld tijdens een onderhoud, naar hun keuze door een arts van het centrum voor wiegendood waar de autopsie werd uitgevoerd of door de arts aan wie op verzoek van de ouders de resultaten moeten worden overgezonden (art 8).

975 De vermelding "wiegendood" komt pas op het overlijdenscertificaat als een bewijs van autopsie is voorgelegd (art. 7).

AFDELING III

WEGNEMING VAN ORGANEN, WEEFSELS EN CELLEN BIJ OVERLEDEN PERSONEN

§ 1. In het kader van de Orgaantransplantatiewet

A. ALGEMENE VOORWAARDEN

1. Wegneming met het oog op de transplantatie voor therapeutische doeleinden

976 De Orgaantransplantatiewet is slechts van toepassing op de wegneming van organen, weefsels of cellen van het lichaam van een persoon met het oog

op het voor therapeutische doeleinden transplanteren van die organen, weefsels of cellen op het lichaam van dezelfde of een ander persoon (art. 1 § 1, eerste lid Orgaantransplantatiewet zoals gewijzigd door art. 156 Programmawet 22 december 2003, *B.S.* 31 december 2003) (zie: T. VANSWEEVELT, "Orgaantransplantatiewet", *Comm. Pers.,* Kluwer Rechtswetenschappen, art. 10-16).

Dit betekent dat geen organen, weefsels of cellen mogen worden weggenomen bij een overledene op grond van de Orgaantransplantatiewet d.w.z. op grond van het geen bezwaar stelsel dat artikel 10 van deze wet regelt (zie verder, nr. 987 e.v.) wanneer het de bedoeling is deze organen achteraf te gebruiken voor experimentele doeleinden. Evenmin mogen op grond van dit stelsel organen worden weggenomen zonder dat de bedoeling voorzit om ze achteraf voor transplantatie te gebruiken, bv. voor het uitvoeren van een biopsie of met het oog op medisch of wetenschappelijk onderzoek (wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen en weefsels, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 5). Ook een autopsie valt buiten het toepassingsgebied van deze wet. Het wegnemen van organen met de bedoeling ze te gebruiken voor transplantatie om therapeutische redenen en die in afwachting daarvan in een orgaanbank of weefselbank worden bewaard, valt wel onder de Orgaantransplantatiewet (*Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 4-5).

2. Geen embryo's of voortplantingsmateriaal

977 In beginsel is de wet van toepassing op alle organen, weefsels of cellen van het menselijk lichaam, met uitzondering van testes, ovaria, eicellen, sperma en embryo's (art. 1 § 1, tweede lid Orgaantransplantatiewet).

Embryo's en voortplantingsmateriaal werden uit het toepassingsgebied gesloten omdat het niet de bedoeling was de problemen rond onvruchtbaarheid en voortplanting te regelen door deze wet (*Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 10).
Secreties en bloed vallen evenmin onder het toepassingsgebied van deze wet (*Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 4).

3. Wegneming met het oog op bereiding van therapeutische middelen

978 Na advies van de Hoge Gezondheidsraad kan de Koning het toepassingsgebied van de Orgaantransplantatiewet uitbreiden tot het wegnemen na overlijden van organen en weefsels met het oog op de bereiding van therapeutische middelen die onontbeerlijk zijn voor de behandeling van ernstige ziekten (art. 2).

De oorsprong van deze bepaling moet gezocht worden in de noodzaak om over hypophysen te beschikken die een onontbeerlijk therapeutisch bestanddeel leveren voor het bereiden van preparaten met het oog op de behandeling van dwerggroei (*Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 5).
Tot op heden werd deze mogelijkheid niet gebruikt.

4. Wegneming door een arts in een ziekenhuis

979 De wegneming van weefsels, organen of cellen moet door een arts gebeuren in een ziekenhuis zoals bedoeld in de Wet op de ziekenhuizen (art. 3). Organen kunnen enkel worden weggenomen in samenwerking met een erkend transplantatiecentrum (art. 8 § 1 K.B. 24 november 1997 betreffende het weg-

nemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *B.S.* 23 december 1997).

Zie voor een omschrijving van ziekenhuis: artikel 3 Ziekenhuiswet.

5. Verbod van winstoogmerk bij afstand

980 Afstand van organen, weefsels of cellen mag niet met een oogmerk van winst geschieden, ongeacht de partijen tussen welke de afstand plaats heeft (art. 4 § 1, eerste lid).

De wet gebruikt hier bewust "afstand" en niet wegneming. Hierover werd in de bevoegde Kamercommissie gediscussieerd. De Staatssecretaris verklaarde daarbij dat de term "afstand" in ruime zin moet worden begrepen. Er wordt niet de afstand mee bedoeld van donor aan receptor (zie daarover art. 4 § 1, tweede lid: de donor kan geen enkel recht laten gelden lastens de receptor) maar wel alle tussenstadia die vereist zijn opdat het orgaan, na wegneming, uiteindelijk bij een receptor zou kunnen terechtkomen (*Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 24). Het verbod van winstoogmerk geldt voor alle personen die ter gelegenheid van de afstand van een orgaan of een weefsel als tussenpersoon optreden (*Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 12 en 28).
Zie voor strafsancties: artikel 17 § 3.

6. Respect voor het lijk

981 Het wegnemen van organen en het sluiten van het lichaam moeten gebeuren met respect voor het lijk en bezorgdheid voor de gevoelens van de familie (art. 12, eerste lid).

7. Geheimhouding identiteit

982 De identiteit van de donor en van de receptor mag niet worden meegedeeld (art. 14).

8. Melding van het weggenomen orgaan

983 Elk orgaan dat met het oog op transplantatie weggenomen wordt, moet aan het erkende toewijzingsorganisme gemeld worden (art. 2 § 1 K.B. 24 november 1997 betreffende het wegnemen en toewijzen van organen van menselijke oorsprong, *B.S.* 23 december 1997).

Zie voor de definitie van "het toewijzingsorganisme van organen": artikel 1, 4° K.B. 24 november 1997. Zie voor de erkenningsvoorwaarden: artikel 7.

9. Aflevering aan erkende centra

984 Organen mogen met het oog op transplantatie alleen maar afgeleverd worden aan centra die erkend zijn in toepassing van de Ziekenhuiswet (art. 2 § 2 K.B. 24 november 1997). Zie i.v.m. de erkenning ook: artikel 10 van dit K.B.

B. SPECIFIEKE VOORWAARDEN T.A.V. DE OVERLEDEN PERSOON

1. Overledene is in het bevolkingsregister of sedert meer dan zes maanden in het vreemdelingenregister ingeschreven

a. Vaststelling van het overlijden

985 De wegneming van een orgaan bij een overleden persoon vereist vanzelfsprekend dat vaststaat dat deze persoon is overleden. Artikel 11 Orgaantransplantatiewet stelt deze eis en bevat bovendien een aantal waarborgen waarmee deze vaststelling moet zijn omringd.

Het recht is in het algemeen stilzwijgend omtrent de methode die dient te worden gebruikt voor het vaststellen van de dood. Artikel 11, tweede lid Orgaantransplantatiewet bepaalt dat om het overlijden vast te stellen de drie artsen zich laten leiden "door de jongste stand van de wetenschap".

"Wat wordt bedoeld is niet het laatste snufje dat ergens is beproefd, doch een ruim aanvaarde methode om de dood vast te stellen" (*Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 11).
Bij de bespreking van artikel 11 in de Kamercommissie is nog gesuggereerd de medisch-technische methode voor het vaststellen van het overlijden in de wet of in de voorbereidende werken te specifiëren. Dat is uiteindelijk niet gebeurd (*Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 47).
Wellicht was het beter geweest in de wet of elders te specifiëren dat de methode die volgens de jongste stand van de wetenschap is voorgeschreven niet altijd moet worden toegepast wanneer het overlijden van een "donor" moet worden vastgesteld. Dat is slechts zo wanneer het gaat om organen als hart, lever, longen, nieren enz. die zo snel mogelijk na het overlijden moeten worden weggenomen. Maar wanneer men bv. slechts de cornea wenst weg te nemen, kan men volstaan met de klassieke methode. Ook wanneer iemands hersenen bij een verkeersongeval dodelijk werden getroffen kan worden volstaan met de vaststelling van de dood op grond van de klassieke methode (zie H. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving. Werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1987, 144).
Zoals artikel 11 Orgaantransplantatiewet nu luidt wordt de indruk gewekt dat in alle gevallen waarin na het overlijden organen worden weggenomen de dood moet worden vastgesteld overeenkomstig de meest geavanceerde methode, de zgn. neurologische. Niet-naleving van deze bepaling wordt met strafsancties bestraft (art. 17 § 3 Orgaantransplantatiewet). Echter, het toepassen van de neurologische methode t.a.v. iemand bij wie met de vereiste zekerheid het overlijden volgens de klassieke methode kan worden vastgesteld bv. bij wegneming van cornea bij een lijk dat zich reeds meerdere uren in het moratorium bevindt, is zinloos omdat zo het overlijden wordt vastgesteld van iemand bij wie dit reeds is gebeurd. Dat zou als een blijk van tekort aan eerbied voor het lijk kunnen worden beschouwd wat strijdig is met artikel 12 Orgaantransplantatiewet. De toepassing van artikel 11 Orgaantransplantatiewet zou daarom moeten worden beperkt tot de gevallen waarin dit voor de bescherming van de potentiële donor zinvol is.

986 In normale omstandigheden stelt de wet geen waarborgen t.a.v. het vaststellen van het overlijden. Er moet zelfs geen arts tussen komen, hoewel dit in de praktijk wel het geval is (zie boven, nr. 955).

De Orgaantransplantatiewet voorziet wel bijzondere waarborgen voor het vaststellen van het overlijden. Deze wet stelt eisen aan de deskundigheid, de onafhankelijkheid en de controleerbaarheid waarmee het overlijden van een donor wordt vastgesteld, naast het gebruik van een wetenschappelijk verantwoorde methode.

Teneinde de deskundigheid waarmee de vaststelling van het overlijden gebeurt, te waarborgen eist artikel 11 eerste lid Orgaantransplantatiewet dat dit gebeurt door drie artsen. De wet specifieert niet naar hoedanigheid. Het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren van 20 oktober 1984 eist een neuroloog, een reanimator en een "derde" arts ("Orgaandonatie – Hersendood", *T. Orde Geneesh.* 1984-85, nr. 33, 33).

Om de onafhankelijkheid te garanderen mogen deze artsen niet de behandelend artsen zijn van de receptor en evenmin degenen die de wegneming of de transplantatie zullen doen.
De behandelend arts van de donor mag wel een van deze drie artsen zijn. Het wetsontwerp voorzag dat het overlijden zou worden vastgesteld door een college van drie artsen. Achteraf is dat geworden: drie artsen, geen college. Volgens de staatssecretaris gebeurde deze wijziging "om praktische redenen" (*Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 23). Vermits het ontwerp niet bepaalde of het college unaniem of met meerderheid zou beslissen, kan men in deze wijziging nog een extra bescherming voor de donor zien. De drie artsen moeten onafhankelijk van elkaar tot hetzelfde besluit komen (zie ook: het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren van 20 oktober 1984: de artsen moeten elk persoonlijk de patiënt hebben onderzocht. In het advies van de Nationale raad van 11 april 1987 dat werd uitgebracht n.a.v. de inwerkingtreding van de Orgaantransplantatiewet, wordt op dit punt nog meer ingegaan: "Het ligt voor de hand dat alle voorzorgen moeten worden genomen om het door de wetgever gestelde vertrouwen in het medisch korps in te lossen en elke zweem van achterdocht die bij de bevolking zou kunnen bestaan, weg te nemen. Het is overduidelijk dat de wetgever een absolute onafhankelijkheid en vrijheid van beoordeling van de drie geneesheren beoogt. Het kan dus niet gaan om een team van drie geneesheren die samen een groepsbeslissing nemen, maar uitsluitend om een beslissing waarbij elk van de drie geneesheren zijn persoonlijke en volledige verantwoordelijkheid opneemt en dit op een volstrekt onafhankelijke wijze. Dit wil niet zeggen dat overleg is uitgesloten, maar betekent wel duidelijk dat elke vorm van beïnvloeding en elke vorm van directe of indirecte drukuitoefening, een ernstige deontologische fout is. Bij de aanduiding van de drie geneesheren ware het wenselijk dat minstens één geneesheer geen deel zou uitmaken van de vaste ziekenhuisstaf. De praktische bezwaren en het tijdverlies die kunnen worden ingeroepen om op deze suggestie niet in te gaan, zijn moeilijk vol te houden in een land met een zo grote densiteit van geneesheren en zo kleine afstanden en wegen niet op tegen de bijkomende waarborg van onafhankelijkheid en vrijheid van beslissing van de verantwoordelijke geneesheren" ("Orgaantransplantatie", *T. Orde Geneesh.* 1987, nr. 37, 14).
Inzake de controle op de vaststelling van het overlijden ten slotte eist artikel 11, derde lid Orgaantransplantatiewet dat het uur van het overlijden en de wijze waarop het werd vastgesteld in een gedagtekend en ondertekend P.V. wordt vermeld door de drie artsen. Dat P.V. en de eraan gehechte stukken moet gedurende tien jaren worden bewaard (zie ook: het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren van 20 oktober 1984, punt 5).

b. Geen verzet tegen de wegneming

987 Wanneer het overlijden op de voorgeschreven wijze werd vastgesteld en wanneer de persoon in het bevolkingsregister of sedert meer dan 6 maanden in het vreemdelingenregister is ingeschreven, kunnen organen en weefsels worden weggenomen, met inachtneming van de voorwaarden beschreven in nr. 976 tot nr. 984, op voorwaarde dat tegen deze wegneming geen verzet is geuit (art. 10 § 1, eerste lid). Het verzet kan worden uitgedrukt vóór het overlijden of na het overlijden.

– Verzet vóór het overlijden

988 Vóór het overlijden kan de betrokken persoon, die in staat is om zijn wil te doen kennen, zelf het verzetten uitdrukken ongeacht de leeftijd (art. 10 § 2, tweede lid).

De wet voorziet dus geen minimumleeftijd voor het uitdrukken van het verzet tegen wegneming (*Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 10). Het oorspronkelijk wetsontwerp voorzag de minimumleeftijd van 18 jaar. Daaronder dienden de naastbestaanden zich te verzetten.

989 Wanneer de betrokken persoon nog geen 18 jaar is kan het verzet vóór het overlijden ook door de "nabestaanden" worden uitgedrukt voorzover deze met hem samenleven (art. 10 § 2, tweede en derde lid). Dit betekent dat voor een minder dan 18 jarige, zowel de nabestaanden als de betrokkene zich kunnen verzetten, behalve wanneer de betrokkene niet in staat is zijn wil te doen kennen. In dat geval kunnen alleen de nabestaanden zich verzetten (art. 10 § 2, derde lid).

In een omzendbrief van de bevoegde minister en staatssecretaris van 19 februari 1987 (*B.S.* 21 februari1987), wordt ingegaan op de minimumleeftijd die een -18 jarige moet hebben om zich te kunnen verzetten en op conflicten die zich kunnen voordoen wanneer de wil van de minderjarige niet overeenstemt met die van de nabestaanden.

990 Voor een persoon die niet in staat is zijn wil te doen kennen wegens zijn geestestoestand, kan het verzet worden uitgedrukt door de wettelijke vertegenwoordiger, de voorlopige bewindvoerder of een naaste verwant (art. 10 § 2, vierde lid).

Wegens zijn geestestoestand niet in staat zijn wil te uiten kan meerdere betekenissen hebben. Aldus dat iemand op min of meer continue wijze niet meer beschikt over al zijn geestesvermogens. Zou het slachtoffer van een verkeersongeval die zich in een comateuse toestand bevindt en dus nog leeft hier ook bedoeld zijn zodat iedere verwante, ook al leeft hij niet (meer)samen met deze persoon, zich alsnog zou kunnen verzetten tegen wegneming? (in deze zin: P. SENAEVE, *a.w.*, nr. 447). De voorbereidende werken leren hieromtrent niets. De gebruikte bewoordingen sluiten een interpretatie zoals voorgestaan door SENAEVE niet uit.

991 Een eerste wijze van uitdrukking van verzet is deze welke door de Koning is geregeld (art. 10 § 3).

Zie: K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de donor of de personen bedoeld in artikel 10 § 2 Orgaantransplantatiewet hun wil te kennen geven, *B.S.* 14 februari 1987.
Artikel 3 van dit K.B. bepaalt dat zolang de betrokkene leeft, het verzet te allen tijde kan opgeheven worden.

992 Artikel 10 § 4, 2° Orgaantransplantatiewet laat de mogelijkheid open dat de donor verzet uitdrukt "op een andere wijze".

In verband met deze bepaling duiken twee vragen op: welke wijzen van uitdrukking van verzet worden hier bedoeld? Wie kan zich "op een andere wijze" verzetten?

993 De eerste vraag is eenvoudig te beantwoorden: in beginsel kan iemand zich tijdens zijn leven op om het even welke wijze verzetten tegen wegneming van organen. "Het volstaat dat zulk verzet ondubbelzinnig wordt geuit" (*Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 10; zie ook: *Parl. St.* Senaat 1980-81, nr. 774/1, 3: het lag niet in de bedoeling van de regering om de wijze waarop het verzet kan worden uitgedrukt te beperken).

994 De tweede vraag is moeilijker te beantwoorden. Artikel 10 § 4, 2° Orgaantransplantatiewet heeft het over "de donor" die, vanzelfsprekend tijdens zijn leven, verzet uitdrukt "op een andere wijze". Strikt genomen betekent dit dat een wettelijke of feitelijke vertegenwoordiger van de donor zich niet op een andere wijze kan verzetten. Maar deze bepaling voorziet niet dat enkel de donor het verzet mag meedelen aan de arts. Artikel 4 § 4, 2° is vaag over deze mededeling: "voor zover aan de geneesheer daarvan kennis is gegeven". Aldus zou de kennisgeving van het verzet van de donor op een andere dan de bij K.B. voorziene wijze ook door een derde persoon kunnen gebeuren.

Vermits het verzet van de donor op om het even welke wijze kan worden geuit, dus ook mondeling, en vermits derden dit verzet mogen meedelen, is het niet uitgesloten dat derden zich i.p.v. de donor verzetten tegen de wegneming, nog tijdens het leven van de donor, en op een andere wijze dan de bij K.B. voorziene. Men kan hierbij denken aan comateuze of anderzins bewusteloze patiënten. De arts zal met dit verzet rekening moeten houden. Het afleggen van een onjuiste verklaring dat iemand zich heeft verzet tegen de wegneming valt overigens niet onder artikel 17 § 3, tweede lid Orgaantransplantatiewet.

– Verzet na het overlijden

995 In een strikt geen-bezwaar-stelsel kan verzet tegen de wegneming van organen slechts worden uitgedrukt door de betrokkene zelf of zijn vertegenwoordiger, tijdens het leven.

Het geen-bezwaar-stelsel in de Orgaantransplantatiewet is een afgezwakte vorm van een strikt geen-bezwaar-stelsel (M. BRIELS, "Vragen op het terrein van de orgaantransplantatie", in L. APOSTEL e.a. (ed.)., *Beschikken over lijf en leden*, Leuven, Acco, 1987, 29; H. AKVELD, *a.w.*, 116-117; H. NYS, "Removal and transplantation of organs in Belgium", Reports of the 7th. World Congres on Medical Law, Gent, 1985, vol. 3, 113-120).

Tijdens de besprekingen van het wetsontwerp in de Senaatscommissie voor Justitie werd door een senator die het uitgangspunt van de wet goed gezind was, een amendement ingediend teneinde "in de wettekst een laatste psychologische rem in te bouwen". In dit amendement werd voorgesteld dat de arts, wanneer geen verzet is uitgedrukt op de door de Koning geregelde wijze, tot wegneming mocht overgaan "tenzij hem kennis gegeven is van het verzet vanwege een naastbestaande; dit verzet kan niet worden tegengeworpen aan een uitdrukkelijke wilsbeschikking van de donor". Als verantwoording voor dit amendement werd aangehaald dat "duidelijk moet worden bepaald welk het recht is van de naastbestaanden, m.n. dat zij recht op verzet hebben. Door zulk recht op verzet toe te kennen kunnen emotionele of godsdienstige bezwaren ondervangen worden". Dit amendement werd zonder enige discussie aanvaard, maar in de definitieve tekst is naastbestaande vervangen door nabestaande (*Parl. St.* Senaat, 1984-85, nr. 832/2, 20). Of deze verandering betekenis heeft, is niet zeker. Volgens VAN DALE zijn naastbestaanden en nabestaanden als synoniem te beschouwen, maar heeft nabestaanden in de loop der jaren de betekenis gekregen van familieleden die achterblijven.

Een en ander wijst erop dat artikel 10 § 4, 3° Orgaantransplantatiewet de bedoeling heeft aan de familie een recht op verzet toe te kennen na het overlijden van de betrokkene. De arts moet met dit verzet rekening houden, behalve wanneer de overledene tijdens zijn leven uitdrukkelijk heeft bepaald

dat hij toestemt in de wegneming. Zie i.v.m. dat verzet/toestemming van de nabestaanden vóór de inwerkingtreding van de Orgaantransplantatiewet: Rb. Charleroi 2 april 1993, *R.G.A.R.* 1994, nr. 12.315.

996 Artikel 10 § 4, 3°, laatste lid beperkt de nabestaanden die zich kunnen verzetten tot de verwanten van de eerste graad (ouders, kinderen) en de samenlevende echtgenoot.

In een advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren van 11 april 1987 ("Orgaantransplantatie", *T. Orde Geneesh.* 1987, afl. 37, 14) wordt voor de interpretatie van deze term aanbevolen dat het "geraadzaam is de gebruikte termen ruimer te interpreteren dan de strikt burgerrechtelijke omschrijving ervan". Volgens het advies is het "evident dat de partner die met de overledene een duurzame vorm van samenleving had, inspraak dient te hebben".

c. Verplichtingen in hoofde van de arts die organen wenst weg te nemen

– Zich op de hoogte stellen van mogelijk verzet

997 Artikel 10 § 3, b Orgaantransplantatiewet machtigt de Koning onder de voorwaarden en de wijze die hij bepaalt "de toegang tot dit gegeven (= het verzet) te regelen teneinde de geneesheren die tot wegneming overgaan, op de hoogte te brengen van het uitgedrukt verzet".

Tot op heden werd dit K.B. niet genomen. In een ontwerp-K.B. was voorzien dat de controle of een persoon zich heeft verzet tegen wegneming, zou geschieden door personen die behoren tot een van de erkende transplantatiecentra waarmee de arts die tot wegneming van bepaalde organen wenst over te gaan contact dient op te nemen. De Raadgevende Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer adviseerde echter negatief over dit voornemen omdat deze personen niet kunnen worden gerekend tot "sommige overheden van het Ministerie van Volksgezondheid" die gebruik mogen maken van het identificatienummer van het Rijksregister (zie: het advies in *B.S.* 14 februari 1987). De ontworpen bepaling verviel, zodat tot op heden geen duidelijke wettelijke regeling bestaat voor de wijze waarop de arts die tot wegneming wenst over te gaan, zich op de hoogte moet stellen van het verzet van de overledene. In de praktijk gebeurt dit door de transplantatiecoördinator van een van de transplantatiecentra, die het Centrum voor Informatieverwerking van het Ministerie van Volksgezondheid zal raadplegen om na te gaan of er al dan niet verzet werd geregistreerd.

998 Indien uit deze consultatie blijkt dat er geen verzet werd uitgedrukt op de wijze zoals door de Koning bepaald, mag tot wegneming van organen worden overgegaan, behalve wanneer aan de arts kennis is gegeven van het verzet dat door de donor op een andere wijze werd uitgedrukt, of wanneer hem verzet is meegedeeld door een nabestaande.

In de beide laatste gevallen duikt de vraag op of de arts die tot wegneming wil overgaan meer dient te doen dan het eventuele verzet te eerbiedigen dat hem hetzij voor, hetzij na het overlijden wordt meegedeeld. Of bestaat er in hoofde van deze arts een informatieplicht naar de naastbestaanden i.v.m. het overlijden en de voorgenomen wegneming en een verplichting navraag te doen naar het mogelijke verzet van de nabestaanden?

– Informatieverplichting van de na(ast)bestaanden

999 De wet zelf regelt niets in verband met de verplichting van de arts om de verwanten op de hoogte te brengen van het nakende overlijden of het overlijden zelf.

Over de informatieplicht vóór het overlijden, wordt in het verslag van de Senaatscommissie opgemerkt dat "de verplichting om de nabestaanden te waarschuwen, in ieder geval bestaat voor de ziekenhuisgeneesheren bij een naderende dood, volgens de gewone plichtenleer" (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat, 1984-85, nr. 832/2, 34). Dit impliceert vanzelfsprekend ook dat zij op de hoogte worden gesteld van de opneming van een familielid in het ziekenhuis. Deze informatieplicht rust op de behandelende arts van de donor.
Wanneer het overlijden eenmaal werd vastgesteld zal de familie vanzelfsprekend op de hoogte worden gebracht van dit overlijden. Het op de hoogte brengen van de nabestaanden houdt niet enkel verband met de mogelijkheid die ze hebben zich te verzetten tegen de wegneming, maar volgt in het algemeen uit het zgn. verwantenvoorrecht, m.n. het recht (en de plicht) de bestemming van het lijk te regelen (R. DIERKENS, *Lichaam en lijk*, nr. 283).

– Navraagverplichting naar verzet

1000 Een volgende vraag is of de arts die tot wegneming wil overgaan de nabestaanden moet wijzen op dit voornemen en navraag moet doen naar hun verzet of dat van de overledene.

De wet zelf bevat een dergelijke verplichting niet (zie ook: M. BRIELS, *t.a.p.*, 29). Wel moet hier worden gewezen op een advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren van 11 april 1987 ("Orgaantransplantatie", *T. Orde Geneesh.* 1987, afl. 37, 14).

Daarin wordt het volgende bepaald. "Het is elementair dat de nabestaande van het voornemen wordt in kennis gesteld wanneer hem het overlijden is meegedeeld. Het is al even evident dat deze mededeling zo snel mogelijk moet gebeuren". Deze deontologische plicht sluit goed aan bij de mogelijkheid die de wet aan de nabestaanden biedt om zich te verzetten na het overlijden. Dankzij deze informatie kunnen zij van die mogelijkheid gebruik maken.
Maar is de arts verplicht te peilen naar het verzet van de nabestaanden? Een dergelijke verplichting zou niet stroken met het geen bezwaar stelsel waarop de wet steunt. Uitdrukkelijk vragen naar het verzet komt er op neer dat aan de nabestaanden toelating wordt gevraagd voor de wegneming. En dat is niet de bedoeling van de wet, zoals ook in het advies van de Nationale raad van de orde wordt opgemerkt. "Het is duidelijk dat de nabestaanden geen toelating moeten geven voor de wegneming van organen". Zie ook het antwoord van de staatssecretaris op een vraag van een kamerlid: "Het in uitzicht gestelde verzet mag niet worden gezien als een verplichting om de toestemming te vragen, omdat men anders in het systeem van de opting in terechtkomt" (*Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 39). Maar in het advies van de Nationale raad van de orde wordt aan de arts die tot wegneming wenst over te gaan de verplichting opgelegd bij de nabestaanden te informeren naar het mogelijk verzet. "De geneesheer begaat een ernstige deontologische fout wanneer hij niet de voor de hand liggende stappen onderneemt om kennis te nemen van een verzet vanwege de donor". Op het ogenblik dat hij de nabestaanden op de hoogte brengt van zijn voornemen om tot wegneming over te gaan "betaamt het dat hij informeert naar een eventueel verzet *van de donor* daar het niet ernstig is enkel voort te gaan op de informatie die langs het Rijksregister moet worden bekomen".
Dat het hier wel degelijk gaat om het verzet van de donor en niet van de nabestaanden zelf, wordt bevestigd in een antwoord van de Nationale raad op kritiek die was uitgebracht op de inhoud van het advies van 11 april 1987 ("Orgaantransplantatie", *T. Orde Geneesh.* 1987, afl. 37, 25). De Nationale raad bevestigde hierin "zijn mening dat een geneesheer de plicht heeft te informeren naar een eventueel verzet vanwege de donor bij het Rijksregister en door na te gaan of de

overledene zich niet tegen het preleveren van organen heeft verzet op een of andere wijze. Dit impliceert dat de geneesheer bij de nabestaanden informeert naar het verzet van de donor".

1001 Wat het verzet van de nabestaanden zelf betreft, is de opvatting tot nu toe algemeen aanvaard dat de arts niet dient te peilen naar het bestaan van zo'n verzet. Zij kunnen zich verzetten en de arts zal daarmee moeten rekening houden.

Maar wanneer later onenigheid zou ontstaan over de vraag of er verzet is geweest, dan rust de bewijslast in dit geval op degene die beweert dat verzet was meegedeeld aan de arts (*Parl. St.* Senaat, 1984-85, nr. 832/1, 10 en nr. 832/2, 33: "de bewijslast ligt bij de geneesheer indien hij het rijksregister raadpleegt; in de andere gevallen ligt ze bij derden").

d. Uitdrukkelijke toestemming tot wegneming

1002 Het basisbeginsel van de Orgaantransplantatiewet is dat organen kunnen worden weggenomen bij een overleden persoon indien daartegen geen verzet werd uitgedrukt.

Alszodanig voorziet de wet niet in de mogelijkheid dat een persoon t.a.v. wie dit geen bezwaar geldt (d.w.z. ingeschreven in het bevolkingsregister of sedert 6 maanden in het vreemdelingenregister) expliciet zou (kunnen) toestemmen in de wegneming van organen na het overlijden.

Toch wordt deze mogelijkheid aanvaard.

Die mogelijkheid volgt vooreerst uit het persoonlijkheidsrecht de bestemming van het stoffelijk overschot te bepalen. Dit persoonlijkheidsrecht ligt ook ten grondslag aan de Orgaantransplantatiewet, nl. het "individuele recht om over zijn lijk te beschikken" (*Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 2). Het veronderstelde geen bezwaar of de veronderstelde toestemming tast dit persoonlijkheidsrecht niet fundamenteel aan. Derhalve kan dit recht ook nog op een uitdrukkelijke wijze worden uitgeoefend.
Voorts wordt met de uitdrukkelijke toestemming rekening gehouden in artikel 4 K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de donor of de personen bedoeld in artikel 10 § 2 Orgaantransplantatiewet hun wil te kennen geven, *B.S.* 14 februari 1987. Iedere persoon die onder het geen-bezwaar-stelsel valt kan op grond van deze bepaling "in een uitdrukkelijke wilsbeschikking verklaren dat hij kandidaat-donor is na zijn overlijden". Deze bepaling steunt op artikel 10 § 4, 3° Orgaantransplantatiewet waarin inderdaad sprake is van een "uitdrukkelijke wilsbeschikking" van de donor, waartegen het verzet *post mortem* van de nabestaande niet kan opwegen (zie in deze zin: *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 46).

1003 Iedereen die in staat is zijn wil te doen kennen kan, ongeacht zijn leeftijd, uitdrukkelijk instemmen in de wegneming van organen. De betrokkene dient dit zelf te doen. Een vertegenwoordiger kan dit niet voor hem.

Zie: de omzendbrief van 19 februari 1987 aangaande de Orgaantransplantatiewet, *B.S.* 21 februari 1987, onder C, 2 derde lid: "De uitdrukkelijke wilsbeschikking en de herroeping hiervan, kan slechts plaatsgrijpen door de betrokkene zelf en in geen geval door een wettelijke vertegenwoordiger". Zie ook: artikel 4, tweede lid K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de donor of de personen bedoeld in artikel 10 § 2 Orgaantransplantatiewet hun wil te kennen geven, *B.S.* 14 februari 1987; artikel 2 § 1, tweede lid zelfde besluit, dat de tussenkomst van deze vertegenwoordiger beoogt, geldt dan niet.

1004 De uitdrukkelijke wilsbeschikking dient te gebeuren op de door de Koning voorziene wijze.

Zie: artikel 4, tweede lid K.B. 30 oktober 1986 dat verwijst naar artikel 2 voor de wijze van toestemming.

1005 Een andere wijze van uitdrukkelijke wilsbeschikking dan deze die door de Koning werd voorzien is in beginsel niet uitgesloten, bv. een testamentaire beschikking.

Bij betwisting kan deze niet opwegen tegen het verzet van de nabestaanden. Bovendien is er het gevaar dat zij laattijdig wordt ontdekt (*Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 46).

1006 Zolang de betrokkene leeft kan de toestemming steeds opgeheven worden (art. 3 en 4 K.B. 30 oktober 1986).

2. Overledene is niet in het bevolkingsregister ingeschreven of nog geen zes maanden in het vreemdelingenregister

1007 Artikel 10 § 1, tweede lid Orgaantransplantatiewet laat de wegneming na overlijden van zo'n persoon toe, mits zij "uitdrukkelijk hebben ingestemd met de wegneming".

Wanneer een pasgeborene levend is ter wereld gekomen maar overlijdt voor de inschrijving in het bevolkingsregister dan geldt deze bepaling. In dat geval zal de toestemming van de ouders moeten worden bekomen alvorens tot wegneming van organen wordt overgegaan.
Deze bepaling is voorts nog van toepassing op vreemdelingen die slechts voor korte duur in België verblijven, vreemdelingen die wegens hun statuut (diplomaten, E.G.-ambtenaren) niet in de Belgische bevolkings- of vreemdelingenregister worden ingeschreven (P. SENAEVE, *a.w.*, nr. 441) en vreemdelingen op doorreis of met vakantie in ons land. Zie voor een concrete toepassing: Rb. Brussel 15 maart 2002, *J.T.* 2002, 843; *T. Gez.* 2003, 327: de patiënt was op vakantie in België en was niet sedert meer dan zes maanden ingeschreven in het vreemdelingenregister. Zijn toestemming was bijgevolg noodzakelijk opdat organen konden worden weggenomen. Het is niet aan de nabestaanden om te bewijzen dat ze zich tegen een transplantatie hebben verzet maar aan het ziekenhuis om het bewijs te leveren van de uitdrukkelijke toestemming.

1008 De wijze waarop deze instemming dient te worden gegeven is nergens geregeld.

Voor het overige gelden de andere wettelijke voorwaarden voor de wegneming van organen, i.h.b. deze voor de vaststelling van het overlijden.

§ 2. Buiten het kader van de Orgaantransplantatiewet

1009 Voor de wegneming van organen en weefsels die niet bedoeld worden in artikel 1 Orgaantransplantatiewet, alsook voor de wegneming van organen zonder het oog op transplantatie met therapeutische oogmerken geldt de Orgaantransplantatiewet niet.

In dat geval mag de toestemming van degene bij wie organen worden weggenomen niet worden verondersteld.

1010 De Orgaantransplantatiewet geldt evenmin voor het wegnemen van organen en weefsel bij embryo's en foetussen. Artikel 1 § 1, eerste lid Orgaantransplantatiewet spreekt over wegnemingen van het lichaam van een persoon. De foetus is in juridische zin niet te beschouwen als een persoon.

TITEL VIII

WETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK. WEGNEMING VAN ORGANEN EN WEEFSELS

HOOFDSTUK I

MEDISCHE EXPERIMENTEN OP MENSEN

1011 Medische experimenten op mensen worden geregeld door de Wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon (*B.S* 18 mei 2004, tweede uitgave) hierna Medische experimentenwet genoemd. De rechtstreekse aanleiding voor deze wet was Richtlijn 2001/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 april 2001 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de toepassing van goede klinische praktijken bij de uitvoering van klinische proeven met geneesmiddelen voor menselijk gebruik, *PB. L.* 121, 1 mei 2001 (zie voor een bespreking van deze richtlijn: H. NYS, "La directive 2001/20/CE concernant les bonnes pratiques dans la conduite d'essais cliniques de médicaments à usage humain. Analyse et commentaire à partir u droit médical", *J.T.* 2002, 353-366). Ook het advies nr. 13 van 9 juli 2001 betreffende experimenten met mensen van het raadgevend comité voor bio-ethiek ligt mede ten grondslag van de Medische experimentenwet (zie: *T. Gez.* 2001-02, 144-157).

Artikel 22.1 Richtlijn 2001/20 droeg de lidstaten op voor 1 mei 2003 de nodige bepalingen aan te nemen om te voldoen aan deze richtlijn en ze bekend te maken. Zij dienden deze bepalingen uiterlijk met ingang van 1 mei 2004 toe te passen. Artikel 258 Programmawet I van 24 december 2002 bracht een wijziging aan in artikel 6*bis* Geneesmiddelenwet met het oog op de omzetting van Richtlijn 2001/20 in Belgisch recht bij K.B. Naderhand besliste de regering een wetsontwerp neer te leggen bij het parlement (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001) dat de Wet van 7 mei 2004 is geworden.
Artikel 34 § 2 van die wet hief artikel 6*bis* Geneesmiddelenwet op.
De bescherming van de proefpersonen bij de uitvoering van medische experimenten en in het algemeen van een klinische proef met een geneesmiddel voor onderzoek is als dusdanig niet de bevoegdheid van de Europese Gemeenschap. Het voorstel van Richtlijn van 3 september 1997 (*PB. C.* 8 oktober 1997) stipuleerde in artikel 3, eerste lid uitdrukkelijk dat de richtlijn de in de lidstaten vastgestelde maatregelen voor de bescherming van proefpersonen onverlet liet. Voor het overige bevatte artikel 3, tweede lid enkele summiere bepalingen in verband met de bescherming van de proefpersonen.
De belangrijkste bekommernis van het voorstel van richtlijn werd treffend verwoord in de volgende overweging: "overwegende dat bij een klinische proef die gespreid in meer dan een lidstaat wordt uitgevoerd en waarbij veel onderzoekslocaties betrokken zijn, de vele uiteenlopende procedures om het advies van een ethische commissie te krijgen kunnen zorgen v o o r v e r t r a g i n g b i j d e a a n v a n g v a n d e p r o e f".

Ook in het advies van het Economisch en Sociaal Comité uitgebracht op 28 januari 1998 (*PB. C.* 30 maart 1998) werden de grote vertragingen bij het starten van programma's voor klinische proeven benadrukt. "De oorzaak daarvan kan zijn dat de verschillende te volgen procedures veel bureaucratische rompslomp met zich meebrengen of dat de wettelijke regelingen en praktijken van lidstaat tot lidstaat verschillen vertonen" (1.5). Volgens het Comité lagen hierin de voornaamste redenen om de geldende beginselen en richtsnoeren inzake goede klinische praktijken in een bindende EU-regeling om te zetten. In het verslag van de Commissie milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming over het voorstel van richtlijn (Rapport AMADEO) werd deze motivering onderschreven: "Het protocol dient dus te stroken met de verschillende nationale bepalingen, maar de aanvang van een dergelijke proef kan daardoor tot 9 maanden vertraging oplopen, terwijl het gebruik van de geneesmiddel door de patiënt overeenkomstig uitstel ondergaat. Het is dus zaak de administratieve procedures en documentatie-vereisten voor gespreid uitgevoerde proeven te stroomlijnen" (Toelichting, p. 19, 2). Tegelijkertijd benadrukte de Toelichting dat patiënten verzekerd dienen te zijn van optimale bescherming en garanties voor een correct

verloop en transparantie. De commissie stelde een aantal amendementen voor om de bescherming van proefpersonen in de richtlijn zelf nader uit te werken. In de wetgevingsresolutie houdende het advies van het Europees Parlement inzake het voorstel van richtlijn (17 november 1998, *PB. C.* 7 december 1998) werden deze amendementen overgenomen.
Zij bevatten meer uitgewerkte voorwaarden ter bescherming van de proefpersonen dan het oorspronkelijke voorstel van richtlijn. Daarnaast legden zij de lidstaten op om uitgebreide voorschriften ter bescherming van handelingsonbekwame personen tegen misbruik uit te vaardigen. Bovendien werd de toestemming van familieleden, voogd en zonodig de wettelijke vertegenwoordiger vereist voor het uitvoeren van een klinische proef bij een handelingsonbekwame persoon.
In het gewijzigde voorstel van richtlijn dat op 27 april 1999 door de Commissie werd ingediend, werden de amendementen van het Europees Parlement in verband met de bescherming van de onbekwame proefpersonen niet overgenomen. In de overwegingen bij het gewijzigde voorstel werd gesteld "dat het aan de lidstaten staat om regels vast te stellen die de bescherming waarborgen van personen die niet in staat zijn om hun toestemming te geven, zoals minderjarigen en handelingsonbekwame meerderjarigen". Hetzelfde gebeurde in het Gemeenschappelijk Standpunt nr. 44/2000 door de Raad van Ministers vastgesteld op 20 juli 2000.
Het Europees Parlement legde zich bij deze gang van zaken niet neer. In het verslag opgesteld door Europees parlementslid Peter LIESE over het Gemeenschappelijk Standpunt wordt in de Toelichting bij de gedetailleerde amendementen inzake de bescherming van proefpersonen duidelijk gemaakt dat de harmonisering op Europees niveau niet enkel een kwestie is van het vermijden van vertraging en het bevorderen van concurrentie: "De kwestie (van de harmonisering op Europees niveau van de voorschriften inzake de uitvoering van klinische proeven) kan ook niet alleen maar vanuit het oogpunt van concurrentie worden bezien. Als alleen de procedures worden geharmoniseerd en de noodzakelijke bescherming van de proefpersonen aan de lidstaten wordt overgelaten, bestaat het gevaar van de 'ethische dumping'" (Verslag betreffende het gemeenschappelijk standpunt, door de Raad vastgesteld met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de toepassing van goede klinische praktijken bij de uitvoering van klinische proeven op geneesmiddelen voor menselijk gebruik, 22 november 2000, nr. A5-0349/2000, Toelichting, 20; hierna rapport LIESE). Meer bepaald wat de bescherming van onbekwame proefpersonen betreft deelde de rapporteur niet het standpunt van de Raad dat dit enkel de bevoegdheid zou zijn van de lidstaten: "Want als een harmonisatie op dit terrein als noodzakelijk wordt beschouwd, moet er ook voor gezorgd worden dat de bescherming van handelingsonbekwame personen in alle lidstaten zo goed mogelijk is".
Door deze amendementen is het oogmerk van de richtlijn grondig veranderd. De richtlijn bevat nu een aantal materiële waarborgen tot bescherming van de proefpersonen bij klinische proeven die door de lidstaten moeten worden nageleefd, of het nu gaat om klinische proeven die op één onderzoekslocatie worden uitgevoerd, op meerdere locaties binnen één lidstaat of op meerdere locaties in meer dan één lidstaat.

Rechtspraak i.v.m. de toelaatbaarheid van medische experimenten is nagenoeg afwezig. Zie: Arbrb. Brussel 23 maart 1993, *T. Gez.* 1995-96, 296: "Experimenten (op medisch vlak) zijn onderworpen aan professionele regels en gebruiken die zich ook opdringen aan personen die niet bevoegd zijn de geneeskunde uit te oefenen. Deze regels betreffen o.m. de toestemming van de patiënt, voorafgaand aan het (zelfs niet-therapeutisch) experiment, en het gunstig advies van een ethisch comité".

AFDELING I

TOEPASSINGSGEBIED VAN DE MEDISCHE EXPERIMENTENWET

1012 De Medische experimentenwet is van toepassing "op het voeren van experimenten op de menselijke persoon, ook multicentrische, met inbegrip

van proeven" (art. 3, eerste lid). Volgens de Memorie van Toelichting is deze bepaling direct geïnspireerd door artikel 1 Richtlijn 2001/20 (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 32). Artikel 1, eerste lid Richtlijn 2001/20 luidt als volgt: "Bij deze richtlijn worden specifieke bepalingen vastgesteld voor de uitvoering van klinische proeven, met inbegrip van gespreid uitgevoerde proeven op mensen in verband met geneesmiddelen". Klinische proeven met mensen maken wel 70 % uit van alle medische experimenten op mensen (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 17).

Het toepassingsgebied van de richtlijn is dus enger dan dat van de Medische experimentenwet. De richtlijn regelt enkel de uitvoering van klinische proeven op mensen in verband met geneesmiddelen, terwijl de Medische experimentenwet van toepassing is op het voeren van "experimenten op de menselijke persoon".

In de Memorie van Toelichting wordt dit ruimere toepassingsgebied als volgt gemotiveerd: "Het is onontbeerlijk voor het experiment op de menselijke persoon werkingsregels op te stellen die de medische vooruitgang aan de bescherming van de experimentsubjecten koppelen, regels die onontbeerlijk zijn voor de eerbiediging, zowel van de menselijke waardigheid als van de individuele persoon en zonder dewelke het medisch onderzoek zijn inhoud en zijn betekenis zou verliezen. Het opstellen van regels op dit gebied blijkt dus onvermijdelijk (...). Er is een juridisch vacuum dat zowel voor de bescherming van de personen die zich tot het experiment lenen als voor de leidende geneesheren (médecins qui la conduisent) schadelijk is, vermits een geneesheer die een experiment uitvoert, momenteel voor slagen en verwondingen vervolgd zou kunnen worden. De situatie op wettelijk gebied vertoont deze lacunes en creëert een toestand van onzekerheid (...). Anderzijds moet België de Richtlijn 2001/20 EG omzetten in Belgisch recht. Zo deze richtlijn uitsluitend het gebied van de geneesmiddelen betreft, is het nu noodzakelijk de wettelijke regels te bepalen tot bescherming van de personen die zich aan een experiment op de menselijke persoon onderwerpen, zowel wat de gezonde vrijwilligers betreft als de experimenten met of zonder rechtstreeks nut voor het geheel van de experimenten. Behalve het omzetten van de richtlijn is het derhalve de bedoeling een wettelijk kader te geven aan het experiment op de menselijke persoon, door enerzijds haar wettelijkheid te bevestigen en anderzijds alle aspecten daarvan te reglementeren, met het doel de bescherming van de personen die er zich toe lenen, zo goed mogelijk veilig en zeker te stellen" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 9-11). De Raad van State merkte eveneens dat het ontwerp ruimer was opgevat dan de richtlijn. "De meest in het oog springende afwijking is de uitbreiding van het toepassingsgebied van de ontwerpen regeling in vergelijking met dat van de richtlijn. Terwijl de richtlijn slechts betrekking heeft op 'klinische proeven' wordt het toepassingsgebied van de ontworpen wet uitgebreid tot 'experimenten', begrip dat een zeer ruime draagwijdte zou kunnen heben" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 77).

1013 Experiment wordt omschreven als "elke op de menselijke persoon uitgevoerde proef, studie of onderzoek met het oog op de ontwikkeling van de biologische of medische kennis" (art. 2, 11° Medische experimentenwet).

"Het voornaamste objectief van het experiment is de kennis en het voordeel dat men daaruit nastreeft, moet ten dienste van het algemeen belang worden gesteld; het eventuele directe voordeel voor de persoon die zich ertoe leent, gezond of ziek, is dus ofwel nul, ofwel aanvullend of vervangend met betrekking tot het eerste objectief" (Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 8).

Bij ieder experiment staat als doelstelling voorop de ontwikkeling van nieuwe (biologische of medische) kennis of de verdieping van bestaande kennis. Dat sluit evenwel niet uit dat een experiment kan samenvallen met een diagnostische of therapeutische doelstelling. Dit blijkt o.m. uit de omschrijving van

"geneeskunst" in artikel 1 W.U.G. Door artikel 34 § 4 Medische experimentenwet werd "experimenteel" toegevoegd aan de kenmerkende elementen van geneeskunst, naast preventief, curatief, continu en palliatief. Dit roept uiteraard vragen op inzake de afbakening van medisch handelen en medische experimenten. Volgens de Memorie van Toelichting behoefde artikel 34 § 4 niettemin geen commentaar (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 45; zie voor een uitvoerige bespreking van het onderscheid medische experimenten en medisch handelen: J. TER HEERDT, *a.w.*, deel I, afd. 2; wanneer een patiënt in een therapeutische trial wordt opgenomen, gebeurt de keuze van de ene of andere behandelingswijze niet uitsluitend in functie van de belangen van de patiënt (Antwerpen 30 juni 1997, *T. Gez.* 1999-2000, 2001 met noot S. LIERMAN). Ook een experiment waarvan men een rechtstreeks therapeutisch nut verwacht voor de patiënt-proefpersoon blijft een experiment, d.w.z. dat ook dan de ontwikkeling van kennis voorop staat. De Medische experimentenwet is hierop van toepassing. Het is geen juiste benadering om in een dergelijk geval de ontwikkeling van nieuwe kennis naar de achtergrond te duwen om vervolgens hieruit af te leiden dat enkel de rechtsregels die gelden voor het medisch handelen in het algemeen zonder meer van toepassing zouden zijn.

1014 De omschrijving van "experiment" is zo ruim dat ze aanleiding geeft tot rechtsonzekerheid. Volgens de Raad van State blijkt de toepasselijkheid van de Medische experimentenwet af te hangen van de intentie waarmee een handeling wordt gesteld en dreigt het daardoor moeilijk te worden om het onderscheid te maken tussen een nieuwe wijze van behandelen en een experiment (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 79).

Op de aanbeveling van de Raad van State om de tekst van artikel 2, 11° te preciseren en enkele voorbeelden te geven van handelingen die wel of niet onder toepassing van de ontworpen regeling vallen werd niet ingegaan.

1015 De Medische experimentenwet is van toepassing op experimenten, met inbegrip van proeven (art. 3, eerste lid). De term "proef" staat voor klinische proef. Dit blijkt uit de in artikel 2, 7° gegeven definitie van klinische proef. "Klinische proef, hierna te noemen proef is elk onderzoek bij de menselijke persoon dat bedoeld is om de klinische, farmacologische en/of andere farmacodynamische effecten van één of meerdere geneesmiddelen voor onderzoek vast te stellen of te bevestigen, en/of eventuele bijwerkingen van één of meer geneesmiddelen voor onderzoek te signaleren en/of de resorptie, de distributie, het metabolisme en de uitscheiding van één of meer geneesmiddelen voor onderzoek te bestuderen, teneinde de veiligheid en/of de werkzaamheden van deze geneesmiddelen vast te stellen".

De benaming "proef" als aanduiding van "klinische proef" is er gekomen na een amendement "om interpretatieproblemen te vermijden" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, nr. 28). Ondanks het verzet van de minister (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 29) werd het amendement eenparig goedgekeurd.

Deze definitie van klinische proef stemt nagenoeg letterlijk overeen met artikel 2, a Richtlijn 2001/20. Een geneesmiddel moet worden begrepen als geneesmiddel in de zin van artikel 1 Geneesmiddelenwet (art. 2, 18° Medische experimentenwet). Een "geneesmiddel voor onderzoek" is een

farmaceutische vorm van een werkzame stof of een placebo die bij een klinische proef wordt onderzocht of als referentie wordt gebruikt, met inbegrip van een geneesmiddel waarvoor een vergunning voor het in handel brengen is afgegeven maar dat op een andere manier wordt gebruikt of samengesteld (geformuleerd of verpakt) dan de toegelaten vorm, voor een niet-toegelaten indicatie wordt gebruikt of wordt gebruikt om nadere informatie te krijgen over de toegelaten toepassing (art. 2, 19 °).
Ook deze definitie is afkomstig uit Richtlijn 2001/20, art. 2 d). Een placebo is een stof (tablet, poeder enz.) die uiterlijk en in smaak geheel overeenkomt met een geneesmiddel maar geen werkzame bestanddelen bevat, gebruikt ter verkrijging van het zgn. placebo-effect (VAN DALE).

In een klinische proef onderscheidt men in de praktijk vier fases.
"Fase I heeft ten doel, de tolerantie te evalueren naargelang van de dosis en aldus de eerste farmacokinetische studies bij de mens te realiseren. Deze proeven omvatten een klein aantal gezonde vrijwilligers die kort aan de geteste substantie worden blootgesteld. Men heeft het dan over proeven en niet over experimenten, want het betreft een fase die eigen is aan de geneesmiddelen.
Fase II gebeurt op een klein aantal zieken, zo mogelijk een homogene groep en de doeleinden van deze fase kan men als volgt samenvatten: de therapeutische doeltreffendheid doen uitkomen, de posologie vaststellen, de aandacht vestigen op de factoren die de kinetiek kunnen wijzigen, de ongewenste bijwerkingen op korte termijn onderstrepen.

Fase III vereist een groter aantal zieken (het zal dus over een multicentrisch experiment gaan en de deelnemersgroepen zijn niet meer homogeen samengesteld) en deze fase is erop gericht de resultaten betreffende de doeltreffendheid en de gebruiksveiligheid te bevestigen en uit te breiden, wat het voorwerp van het experiment is. Anderzijds kan men doorheen fase III de doeltreffendheid/veiligheidsbalans op lange en middellange termijn testen, de meest voorkomende ongewenste bijwerkingen bestuderen en de eigen karakteristieken van het geneesmiddel waarnemen (wisselwerking met andere geneesmiddelen, reactie volgens, bv., de leeftijd van de behandelende persoon enz.).
Fase IV gebeurt na de vergunning om het op de markt te brengen en binnen de indicaties die in dezelfde vergunning bepaald worden. Deze fase verloopt dus onder de gewone gebruiksvoorwaarden en streeft ernaar, de kennis van het product te verfijnen, de aandacht te vestigen op de zeldzame ongewenste bijwerkingen, de kennis van de frequentie van de ongewenste bijwerkingen aan te scherpen, de behandelingsstrategie te evalueren en de posologie in bepaalde specifieke gevallen aan te passen" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 16-17).

1016 Artikel 2, 12° Medische experimentenwet definieert enkel de eerste fase van een klinische proef, nl. "op gezonde vrijwilligers of op bepaalde types patiënten uitgevoerde studie zonder therapeutische doeleinden die één of meer van de volgende aspecten bestrijkt: initiële evaluatie van de veiligheid en de tolerantie, farmacokinetika, farmacodynamie, initiële werkzaamheidsmeting".

Deze definitie wijkt af van deze die in het wetsontwerp werd voorgesteld, (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, art. 2, 12°). Een eenparig goedgekeurd amendement (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/002, amendement nr. 2) strekte ertoe deze definitie te vervangen door een die overeenstemt met de I.C.H.-terminologie. I.C.H. staat voor International Conference on Harmonisation, opgezet tussen de Europese Unie, Japan en de Verenigde Staten teneinde wereldwijd een gemeenschappelijke standaard uit te werken voor klinische proeven. In dat kader kwamen in 1996 de I.C.H. Good Clinical Practices (G.C.P.) tot stand. De G.C.P. van 1996 zijn geen wettelijke regels maar dat neemt niet weg dat ze wel enige juridische betekenis hebben. Een normaal zorgvuldig arts/onderzoeker, geplaatst in dezelfde omstandigheden, past de G.C.P. toe. Doet hij dat niet dan komt zijn aansprakelijkheid in het gedrang, tenzij hij kan aantonen dat de niet-naleving beantwoordt aan de zorgvuldigheid. Vermits de G.C.P. een schriftelijke neerslag vormen van hetgeen gebruikelijk is in de medische en experimentele praktijk, verbindt de arts/onderzoeker zich ook contractueel om deze richtlijnen jegens de proefpersoon na te leven (J. TER HEERDT, *a.w.*, 121-122).

1017 De Medische experimentenwet is van toepassing op experimenten "ook multicentrische" (art. 3, eerste lid).

Een multicentrisch experiment is een experiment dat volgens één bepaald protocol, maar op verschillende locaties en derhalve door meerdere onderzoekers wordt uitgevoerd. Hierbij kan het gaan om locaties in één lidstaat van de Europese Unie, in een aantal lidstaten en/of in lidstaten en derde landen (art. 2, 14° Medische experimentenwet en art. 2, b Richtlijn 2001/20 waarin sprake is van "gespreid uitgevoerde klinische proef"). Een multicentrisch experiment kent als tegenhanger een monocentrisch experiment, zijnde "een experiment uitgevoerd volgens een enkel protocol en op een enkele locatie" (art. 2, 13° Medische experimentenwet).

1018 De artikelen van de Medische experimentenwet die specifiek zijn voor proeven, zijn niet van toepassing op proeven zonder interventie (art. 3, tweede lid).

Een proef zonder interventie is een "onderzoek waarbij de geneesmiddelen worden voorgeschreven op de gebruikelijke wijze, overeenkomstig de in de vergunning voor het in de handel brengen vastgestelde voorwaarden. De indeling van de patiënt bij een bepaalde therapeutische strategie wordt niet van tevoren door een onderzoeksprotocol bepaald, maar maakt deel uit van de gangbare medische praktijk, en het besluit om het geneesmiddel voor te schrijven staat geheel los van het besluit om een patiënt te laten deelnemen aan het onderzoek. De patiënt in kwestie hoeft geen extra diagnostische of controleprocedure te doorlopen, en voor de analyse van de verkregen resultaten worden epidemiologische methodes gebruikt" (art. 2, 8° Medische experimentenwet en art. 2, c Richtlijn 2001/20).

1019 De Medische experimentenwet is zowel van toepassing op commerciële als op niet-commerciële experimenten, hoewel voor deze laatste niet alle bepalingen van de wet moeten worden nageleefd (zie: art. 31 Medische experimentenwet).

Een niet-commercieel experiment is elk experiment waarbij
a) de opdrachtgever, hetzij een universiteit is, hetzij een ziekenhuis bedoeld in artikel 4, tweede lid van de Ziekenhuiswet, hetzij het "Fonds National de la Recherche Scientifique", hetzij het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek of een onderzoeksfonds dat van een van beide Fondsen afhangt, hetzij een dienst van een ziekenhuis die daartoe erkend is volgens de door de Koning bepaalde regels als die dienst in zijn activiteitsdomein een expertisecentrum is, hetzij een ander daartoe erkend organisme bij toepassing van de bepalingen van artikel 31 van deze wet;
b) de houder van het octrooi van een geneesmiddel of van een gedeponeerd merk van een medisch hulpmiddel waarop de experimenten betrekking hebben, noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks de opdrachtgever van het experiment is;
c) de opdrachtgever de intellectuele eigendomsrechten uitoefent op het concept van een experiment, de uitvoering ervan en de wetenschappelijke gegevens die eruit voortvloeien" (art. 2, 15° Medische experimentenwet).

Deze drie voorwaarden zijn cumulatief wat betekent dat ze alle drie moeten vervuld zijn opdat sprake zou kunnen zijn van een niet-commercieel experiment dat onder een gunstiger regime valt. De eerste voorwaarde houdt verband met de opdrachtgever van het experiment. In het wetsontwerp was nog geen sprake van "een dienst van een ziekenhuis die daartoe erkend is volgens de door de Koning bepaalde nadere regels als die dienst in zijn activiteitsdomein een expertisecentrum is". Enkel universitaire ziekenhuizen (dit zijn ziekenhuizen bedoeld in art. 4 Ziekenhuiswet) kwamen in het wetsontwerp in aanmerking als opdrachtgever voor niet-commerciële experimenten. Tegen dit monopolie voor de universitaire ziekenhuizen rees verzet in de bevoegde Kamercommissie, te meer omdat de mogelijkheid om te worden erkend op basis van artikel 31 Medische experimentenwet voor de niet-universitaire ziekenhuizen geen uitweg zou bieden. Op grond van artikel 31 § 1 kan de Koning, na advies van het raadgevend comité voor bio-ethiek instellingen zonder winstoogmerk, die daartoe een verzoek hebben ingediend en wier maatschappelijk doel

hoofdzakelijk gericht is op onderzoek erkennen opdat alle of een deel van de experimenten die zij verrichten erkend zouden worden als niet-commerciële experimenten. Het maatschappelijk doel van een niet-universitair ziekenhuis is namelijk niet hoofdzakelijk gericht op onderzoek. Een amendement om het toepassingsgebied van de onder a) vermelde voorwaarde uit te breiden tot alle ziekenhuizen (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, nr. 58) behaalde geen meerderheid. Wel werd een alternatief voorgesteld (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/005, nr. 93) dat heeft geleid tot de huidige wettekst. In de verantwoording bij dit amendement worden de criteria verduidelijkt waaraan een zgn. expertisecentrum moet voldoen:
– "een inzake bioveiligheid erkend centrum dat binnen zijn expertisedomein proeven van fase 1, 2, 3 kan uitvoeren op internationaal en nationaal niveau van klinisch onderzoek, overeenstemmend met de vereisten van goede klinische praktijken (good clinical practice) ICH/135/95 (International Conference of Harmonisation);
– een centrum dat beschikt over personeel (onderzoeksarts, onderzoeksverpleegkundige/technicus, biostatisticus, administratief secretaresse) dat inzake experimenten op de menselijke persoon opgeleid en ervaren is;
– een centrum dat over ziekenhuisstructuur, zie verder (bv. lokalen, medisch materieel enz.) beschikt die aangepast is aan de deelnemers aan de onderzoeken en aan het verzorgend personeel, alsmede over een patiëntengegevensbank die de werving mogelijk maakt van bevolkingsgroepen die voldoen aan de vereisten van de internationale experimenten (inachtneming van Richtlijn 95/46/EEG inzake privacy);
– een opleidingscentrum voor andere professionals inzake experimenten op de menselijke persoon" (zie ook: *Parl. St.* Senaat 2003-04, 3-585/2, nr. 1, dat niet werd aanvaard).

Tot op heden werden door de Koning nog geen regels bepaald met het oog op de erkenning van dergelijke niet-universitaire ziekenhuisdiensten. De twee andere voorwaarden zijn bedoeld om te vermijden dat pseudo niet-commerciële experimenten worden opgezet om aldus te kunnen genieten van het gunstregime voor niet-commerciële experimenten. Om die reden mag de houder van het octrooi van het geneesmiddel of van een gedeponeerd merk van een medisch hulpmiddel waarop de experimenten betrekking hebben noch rechtstreeks noch onrechtstreeks de opdrachtgever zijn van het experiment. De derde voorwaarde werd in de Kamercommissie door de minister als volgt toegelicht: "Het is belangrijk te bepalen dat de opdrachtgever die beweert een niet-commercieel experiment uit te voeren, ook werkelijk de bezitter is van de intellectuele eigendomsrechten i.v.m. het experiment en niet zomaar een stroman die gebruikt wordt om het voorrecht van de afwijkingen te kunnen genieten die voor dergelijke experimenten worden toegestaan". Hij voegde er aan toe dat "niets de opdrachtgever verhindert om achteraf zijn rechten op de resultaten aan de octrooihouder af te staan" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 33).

1020 Om onder het toepassingsgebied van de Medische experimentenwet te vallen moet het experiment worden uitgevoerd op de "menselijke persoon" (art. 2, 11°). De menselijke persoon wordt gedefinieerd als "de geboren, levende en levensvatbare persoon" (art. 2, 23°). De persoon op wie een experiment wordt gevoerd is een "deelnemer" d.w.z. een persoon die aan een experiment deelneemt, ongeacht of hij van de proefgroep of de controlegroep deel uitmaakt (art. 2, 20° Medische experimentenwet). De richtlijn noemt deze persoon een "proefpersoon" (art. 2, I richtlijn). Het wetsontwerp nam deze definitie niet over; een amendement deed dat wel (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, nr. 33). De minister verkoos "deelnemer" boven "proefpersoon" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 34-35). Beide termen worden hier gebruikt.

Het voorontwerp van wet droeg als opschrift: "voorontwerp van wet inzake experimenten op de natuurlijke persoon". In artikel 3, eerste lid was sprake van experimenten "op de mens". De titel van het wetsontwerp, luidde (zoals die van de wet): "wetsontwerp inzake experimenten op de menselijke persoon" en ook artikel 3, eerste lid gebruikte menselijke persoon i.p.v. mens.

Geen van de gebruikte begrippen werd toegelicht. De definitie van menselijke persoon in artikel 2, 23° kwam tot stand ten gevolge van een amendement (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, nr. 54) dat eenparig werd aangenomen.

De definitie van menselijke persoon als "de geboren, levende en levensvatbare persoon" wekt de indruk dat er nog minstens één andere categorie van menselijke personen bestaat dan de geboren, levende en levensvatbare personen waarop de wet niet van toepassing is.

1021 Experimenten met embryo's *in vitro*, met lichaamsmateriaal of lijken vallen niet onder het toepassingsgebied van de Medische experimentenwet (art. 2, 23°).

Zie voor de totstandkoming van deze bepaling: *Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, nr. 54. Zie voor experimenten met embryo's *in vitro*: de Wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro B.S.* 28 mei 2003; zie verder, nr. 1117; voor onderzoek met lichaamsmateriaal: zie verder, nr. 1173.

1022 Artikel 17, derde lid, laatste zin bepaalt dat er geen proeven voor gentherapie mogen worden verricht die leiden tot modificatie van de genetische identiteit van de deelnemer; het experiment mag met andere woorden niet gericht zijn op de selectie of de verbetering van niet-pathologische genetische kenmerken van de menselijke soort (zie: art. 9, lid 6 richtlijn). De laatste woorden van artikel 17, derde lid werden toegevoegd door middel van een amendement teneinde de Medische experimentenwet coherent te maken met de Wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro* (zie verder, nr. 1117) die in artikel 5, 4° elke vorm van eugenetische verbetering verbiedt (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, nr. 48, 0798/006, 52 en 69 waar blijkt dat het amendement werd aangenomen).

In de Kamercommissie werd de bevoegdheid van de E.U. ter zake betwist: "de E.U. is weliswaar gemachtigd de voorschriften inzake het vrij verkeer van goederen vast te stellen, maar heeft geen beslissingsbevoegdheid over de intensiteit van het onderzoek dat in haar lidstaten kan worden gevoerd. Alleen de lidstaten mogen ter zake beperkingen opleggen, overeenkomstig het subsidiariteitsbeginsel". Ook werd erop gewezen dat de Wet van 11 mei 2003 dergelijke proeven toelaat (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 4-5). Dat laatste is naast de kwestie, vermits het hier om experimenten met mensen gaat.

1023 De Medische experimentenwet is van toepassing op het voeren van experimenten op de menselijke persoon in het bijzonder wat de toepassing van goede klinische praktijken, zoals bedoeld in artikel 4, betreft (art. 3, eerste lid).

Artikel 4, tweede lid geeft aan de Koning de bevoegdheid om na advies van het raadgevend comité voor bio-ethiek, alle of een deel van de eisen die de "goede klinische praktijken" uitmaken, te bepalen (zie in dit verband ook: art. 26 § 1).

Uit het opschrift van Richtlijn 2001/20 blijkt dat deze strekt tot een onderlinge aanpassing van de bepalingen van de lidstaten inzake de toepassing van goede klinische praktijken bij de uitvoering van klinische proeven met geneesmiddelen voor menselijk gebruik. Wat houden deze goede klinische praktijken in? Een formeel antwoord wordt gegeven in artikel 1 tweede lid van de richtlijn: "de goede klinische praktijk vormt een geheel van kwaliteitseisen op ethisch en wetenschappelijk gebied, welke internationaal zijn erkend en moeten worden gerespecteerd bij de opzet,

uitvoering, registratie en rapportering van proeven op proefpersonen. Naleving van deze goede praktijk waarborgt de bescherming van de rechten, de veiligheid en het welzijn van de proefpersonen, alsmede de geloofwaardigheid van de resultaten van de klinische proef". Inhoudelijk verwijzen de woorden "goede klinische praktijken" naar de voorschriften die in 1996 door de International Conference on Harmonisation (ICH) werden opgesteld voor de uitvoering van klinische proeven ter verkrijging van toestemming voor het op de markt brengen van een bepaald geneesmiddel of om de therapeutische werking van een reeds erkend geneesmiddel te bevestigen. Deze voorschriften gelden zowel in de Europese Unie, Japan als de Verenigde Staten. Wat de Europese Unie betreft zijn zij in de plaats gekomen van de goede klinische praktijken voor klinische proeven met geneesmiddelen die in 1990 door de Europese Commissie werden uitgevaardigd. Noch de internationale noch de Europese goede klinische praktijken hebben als dusdanig een afdwingbaar karakter. De Richtlijn klinische proeven beoogt precies om het referentiekader dat wordt geboden door de goede klinische praktijken "om te zetten in een bindende communautaire wet" (Verslag over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake de invoering van goed klinische praktijk bij de uitvoering van klinische proeven op geneesmiddelen voor gebruik bij de mens - Commissie milieubeheer, volksgezondheid en consumentenbescherming, verslaggever A. AMADEO, 5 november 1998, rapport nr. A4-0407/98, hierna rapport AMADEO).
Toch is het niet zo dat de goede klinische praktijken helemaal worden ingekapseld in de Richtlijn klinische proeven. Dat blijkt duidelijk uit artikel 1, derde lid van de richtlijn dat bepaalt dat de beginselen van goede klinische praktijk en de gedetailleerde richtsnoeren die met deze beginselen in overeenstemming zijn door de Commissie worden vastgesteld volgens de procedure van artikel 21, tweede lid en zo nodig herzien om rekening te houden met de vooruitgang van de wetenschap en de techniek. M.a.w.: de goede klinische praktijken kunnen evolueren zonder dat een wijziging van de Richtlijn klinische proeven noodzakelijk is.

In de Memorie van Toelichting bij de Medische experimentenwet wordt gepreciseerd dat "zo de goede klinische praktijken principes zijn die in de wereld van het wetenschappelijk onderzoek erkend worden, het moeilijk is om er in het nationaal recht naar te verwijzen zonder ze te omschrijven. Daarom werd besloten in de wettekst niet te omschrijven welke deze principes precies zijn. De Koning wordt de mogelijkheid gegeven om te bepalen welke deze principes zijn" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 32). Een kamerlid betwistte de noodzaak een advies te vragen van het raadgevend comité voor bio-ethiek: "goede klinische praktijken betreffen niet het ethisch aspect van het onderzoek maar wel de handelingen die moeten worden uitgevoerd vanuit een goede klinische praktijk". De minister daarentegen stelde dat het voornamelijk gaat over de naleving van ethische normen en praktijken (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 35). Zie in die zin ook: artikel 1, tweede lid Richtlijn 2001/20.

AFDELING II

BESCHERMING VAN DEELNEMERS AAN MEDISCHE EXPERIMENTEN

§ 1. Algemeen geldende beschermingsmaatregelen

A. NALEVEN VAN ETHISCHE EN WETENSCHAPPELIJKE KWALITEITSVEREISTEN

1024 Alle experimenten, ook proeven inzake het bestuderen van bio-disponibiliteit en bio-equivalentie worden onderworpen, toegepast en bekendgemaakt conform de kwaliteitsvereisten in ethische en wetenschappelijke domeinen die internationaal zijn erkend en die moeten worden gerespecteerd

tijdens de planning, de toepassing, de registratie en de bekendmaking van de experimenten, en meer bepaald van proeven (art. 4, eerste lid).

Uit de Memorie van Toelichting kan men afleiden dat de bedoelde kwaliteitsvereisten overeenstemmen met de goede klinische praktijken bedoeld in artikel 3 (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 32). Het is dan ook niet duidelijk wat artikel 4, eerste lid inhoudelijk nog toevoegt.
Het is ook mogelijk in artikel 4, eerste lid een verwijzing te lezen naar de Verklaring van Helsinki, hoewel hiervoor in de wetsvoorbereiding geen steun kan worden gevonden. De Verklaring van Helsinki werd in 1964 aangenomen door de World Medical Association (Wereldverbond van artsen, in de Memorie van Toelichting bij de Medische experimentenwet foutief vertaald als Wereldgezondheidsorganisatie, *Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 8) en later meerdere malen aangepast (1975, 1983, 1989, 1996 en 2000; in 2002 werd nog een verduidelijking m.b.t. art. 29 goedgekeurd). In de Memorie van Toelichting bij de Medische experimentenwet wordt de Verklaring van Helsinki "de tekst (genoemd) die echt aan de grondslag ligt van de moderne ethiek van het menselijke experiment: die tekst waarborgt de bescherming van de patiënten, niet alleen door een hele reeks van regels van de medische ethiek maar ook en vooral door het opzetten van een structuur die moet waken over de bescherming van de deelnemer, een structuur voor dewelke de onderzoeker alle aspecten van zijn onderzoeksproject moet kunnen rechtvaardigen, met name de ethisch commissie" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 8-9). In overweging 2 van de Richtlijn 2001/20 wordt verwezen naar de "erkende basisbeginselen voor de uitvoering van klinische proeven met mensen (...) zoals die bv. (zijn) opgenomen in de versie van 1996 van de Verklaring van Helsinki" (zie voor kritische bedenkingen bij de verwijzing naar de versie van 1996: H. NYS, *t.a.p.*, 355, nr. 14). Zie in verband met het al dan niet bindend karakter van de Verklaring van Helsinki de (door de goedkeuring van Richtlijn 2001/20 en de Medische experimentenwet die geen van beide nog verwijzen naar de Verklaring van Helsinki niet meer actuele) discussie zoals samengevat door J. TER HEERDT, *a.w.*, 122-126).

B. WETENSCHAPPELIJKE AANVAARDBAARHEID

1025 Artikel 5 Medische experimentenwet bevat meerdere waarborgen die kunnen worden samengebracht onder de noemer wetenschappelijke aanvaardbaarheid of rechtvaardiging van het experiment. De voorwaarde van wetenschappelijk gerechtvaardigd zijn wordt expliciet vermeld in artikel 5, 1°.

1. Wetenschappelijke deugdelijkheid

1026 Het experiment moet gebaseerd zijn op de laatste stand van de wetenschappelijke kennis en op een toereikend preklinisch experiment (art. 5, 1°).

Zie in dezelfde zin: artikel 89 Code van medische plichtenleer; Verklaring van Helsinki B.12.

2. Wetenschappelijke noodzaak

1027 Er bestaat geen alternatieve methode waarvan de effectiviteit vergelijkbaar is en die het mogelijk maakt dezelfde resultaten te bereiken (art. 5, 3°).

Zie in dezelfde zin: artikel 16, i E.V.R.M.B. Het experiment mag geen onnodige herhaling zijn van eerdere onderzoeken en alternatieve mogelijkheden om de gewenste informatie te verkrijgen moeten bestudeerd zijn.

3. *Wetenschappelijke relevantie*

1028 Het experiment moet als doelstelling hebben de uitbreiding van de kennis van de mens of van de middelen die zijn toestand kunnen verbeteren (art. 5, 2°). Deze voorwaarde sluit aan bij de definitie van experiment waarin de ontwikkeling van biologische of medische kennis centraal staat (zie boven, nr. 1013).

C. EVENREDIGHEIDSEIS (BALANS VOORDELEN – RISICO'S)

1029 De voorzienbare risico's en nadelen, inzonderheid van fysieke, psychologische, sociale en economische aard werden afgewogen tegen het individuele voordeel voor de deelnemer in kwestie alsmede voor andere personen, o.m. wat hun recht betreft op het respect van de lichamelijke en psychische integriteit alsook wat hun recht op het respect van hun persoonlijke levenssfeer en de bescherming van persoonsgegevens betreft (art. 5, 4°). Deze evaluatie leidt tot het besluit dat de verwachte voordelen op therapeutisch en volksgezondheidsgebied opwegen tegen de risico's (art. 5, 5°).

De evenredigheids- of proportionaliteitseis is, naast de toestemming van de proefpersonen de belangrijkste waarborg voor de proefpersoon. Deze eis wordt dan ook vermeld in alle andere documenten, zoals de Verklaring van Helsinki en het E.V.R.M.B., artikel 16, ii. De Richtlijn 2001/20 vermeldt de evenredigheidseis in artikel 3, a.

Opvallend is het verschil in formulering tussen artikel 3, a Richtlijn 2001/20 en artikel 5, 4° Medische experimentenwet. De richtlijn schrijft een afweging voor van de risico's en nadelen tegenover het individuele voordeel van de proefpersoon in kwestie "alsmede voor andere, huidige of toekomstige patiënten". De termen "alsmede" en "andere patiënten" wekken de indruk dat de proefpersonen steeds een voordeel uit de klinische proef moeten kunnen verwachten en dat de proefpersonen steeds patiënten dienen te zijn. Dat kan natuurlijk niet de bedoeling zijn. Indien de proportionaliteitsvoorwaarde zo dient te worden gelezen zou het fase I klinisch onderzoek niet meer mogelijk zijn. Zoals reeds aangehaald zijn de proefpersonen in fase I doorgaans geen patiënten en zelfs als ze dat toch zijn, kunnen ze geen enkel voordeel uit de proef halen (zie hierover: H. Nys, *t.a.p.*, 356, nr. 17). Artikel 5, 4° is ruimer geformuleerd ("voor andere personen") hetgeen ruimte laat voor experimenten waarvan de proefpersoon geen of geen rechtstreeks voordeel kan verwachten.

Anderzijds laat de richtlijn open om welke "risico's en nadelen" het kan gaan, terwijl artikel 5, 4 Medische experimentenwet het heeft over "inzonderheid van fysieke, psychologische, sociale en economische aard". Het wetsontwerp had de formulering van de richtlijn overgenomen. De wettekst komt voort uit een amendement (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, nr. 44) dat ertoe strekte nader te bepalen wat de risico's en de nadelen kunnen inhouden. Het amendement past in het voorstel van het raadgevend comité voor bio-ethiek in zijn advies nr. 13 van 9 juli 2001 betreffende experimenten met mensen. Toch houdt deze nadere bepaling een inperking in. Bovendien is het onduidelijk wat wordt bedoeld met de risico's of nadelen van sociale en economische aard.

Artikel 5, 4° Medische experimentenwet is een combinatie van artikel 3, 2, a en c Richtlijn 2001/20. Artikel 3, 2, c laat de uitvoering van een klinische proef alleen toe als zijn gewaarborgd het recht van de proefpersoon op respect van zijn fysieke en psychische integriteit, zijn recht op privacy en zijn recht op bescherming van de hem betreffende gegevens overeenkomstig Richtlijn 95/46/EEG. Artikel 5, 4° zou zo kunnen leiden tot minder bescherming voor de proefpersoon. In

de richtlijn moeten het recht op integriteit, privacy en gegevensbescherming als dusdanig worden gewaarborgd. In de Medische experimentenwet komen deze rechten terecht in de afweging tussen risico's en nadelen enerzijds en voordelen anderzijds.

1030 Inzake de bescherming van de persoonlijke levenssfeer moet worden gewezen op artikel 10 § 2, derde lid Wet Verwerking Persoonsgevens van 8 december 1992. Artikel 10 § 2 bevat specifieke bepalingen m.b.t. het recht kennis te krijgen van persoonsgegevens die betreffende iemands gezondheid worden verwerkt, voorzover het inzagerecht in het patiëntendossier (art. 9 § 2 Patiëntenrechtenwet; zie boven, nr. 379) niet van toepassing is. Hoewel de Patiëntenrechtenwet als dusdanig niet van toepassing is op medische experimenten (zie boven, nr. 308) kan zij wel van toepassing zijn op de deelnemer aan een experiment die tevens patiënt is. Gegevens in het patiëntendossier die werden verwerkt in het kader van de aan de patiënt verleende gezondheidszorg vallen dan onder het inzagerecht geregeld door artikel 9 § 2 Patiëntenrechtenwet. Gegevens die al dan niet opgenomen in het patiëntendossier werden verwerkt in het kader van het medisch experiment vallen dan onder het recht om kennis te krijgen van persoonsgegevens betreffende de gezondheid, geregeld door artikel 10 § 2 Wet Verwerking Persoonsgegevens.

Krachtens artikel 10 § 2, eerste lid heeft iedere persoon het recht om hetzij op rechtstreekse wijze hetzij met behulp van een beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg kennis te krijgen van de persoonsgegevens die betreffende zijn gezondheid worden verwerkt. Krachtens artikel 10 § 2, tweede lid kan op verzoek van de verantwoordelijke van de verwerking of op verzoek van de betrokkene, de mededeling gebeuren door tussenkomst van een door de betrokkene gekozen beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg. Krachtens artikel 10 § 2, derde lid kan de kennisgeving worden uitgesteld wanneer de gezondheidsgegevens verwerkt worden voor medisch-wetenschappelijk onderzoek indien er duidelijk geen gevaar is voor inbreuken op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene en de gegevens niet gebruikt worden om maatregelen en besluiten te nemen t.a.v. een individuele betrokkene. Uitstel van kennisgeving is slechts mogelijk in de mate dat de kennisgeving het onderzoek op ernstige wijze zou schaden en uiterlijk tot op het moment van beëindiging van het onderzoek. Het vierde lid van artikel 10 § 2 bepaalt ten slotte dat in dat geval de betrokkene aan de verantwoordelijke voor de verwerking vooraf zijn schriftelijke toestemming moet hebben gegeven dat de hem betreffende persoonsgegevens voor medisch-wetenschappelijke doeleinden kunnen worden verwerkt en dat kennisgeving van deze persoonsgegevens om die reden kan worden uitgesteld.
Artikel 10 § 3 Wet Verwerking Persoonsgegevens bepaalt dat aan een aanvraag tot kennisgeving op grond van § 2 geen gevolg moet worden gegeven dan na verloop van een redelijke termijn, te rekenen van de dagtekening van een vroegere aanvraag van dezelfde persoon waarop is geantwoord of te rekenen van de dagtekening waarop de gegevens hem ambtshalve zijn meegedeeld.

1031 Het experiment mag slechts worden voortgezet voorzover voortdurend op de naleving van het evenredigheidsvereiste wordt toegezien (art. 5, 5°). Deze voorwaarde treft men ook aan in artikel 3, a Richtlijn 2001/20.

D. TOESTEMMING VAN DE PROEFPERSOON

1032 Onverminderd de toepassing van de bepalingen van artikelen 6 tot 9 (zie verder, nr. 1076 e.v.) moet de persoon die aan het experiment deelneemt of zijn vertegenwoordiger zijn toestemming geven (art. 5, 7°). Artikel 6 werkt deze toestemming nader uit. De toestemming moet vrij en geïnformeerd zijn

(art. 6 § 1, eerste lid; zie ook: art. 3.2, d Richtlijn 2001/20). Zij geschiedt schriftelijk. Wanneer de persoon die aan het experiment deelneemt niet in staat is te schrijven kan hij zijn toestemming mondeling geven in aanwezigheid van tenminste één meerderjarige getuige, die onafhankelijk is tegenover de opdrachtgever en de onderzoeker (art. 6 § 1, tweede lid; art. 3.2 d Richtlijn 2001/20).

De opdrachtgever is een persoon, bedrijf, instelling of organisatie die de verantwoordelijkheid op zich neemt voor het starten, het beheer en/of de financiering van een experiment (art. 2, 21° Medische experimentenwet; zie ook: art. 2, e Richtlijn 2001/20).
De onderzoeker is een arts of elke andere persoon die een beroep uitoefent bedoeld in de W.U.G. en die gekwalificeerd is voor het leiden van een experiment. De onderzoeker is verantwoordelijk voor het uitvoeren van de experimenten op een bepaalde locatie. Indien het experiment op een bepaalde locatie door een team wordt uitgevoerd, is de onderzoeker de leider die verantwoordelijk is voor het team en deze kan dan hoofdonderzoeker worden genoemd (art. 2, 17° Medische experimentenwet; zie ook: art. 2, f Richtlijn 2001/20).

1033 Voorafgaand aan het geven van de toestemming moeten aan de proefpersonen inlichtingen worden meegedeeld (art. 6 § 1, eerste lid). Deze inlichtingen betreffen tenminste de aard, de draagwijdte, doelstellingen, de gevolgen, de verwachte voordelen, de risico's van het experiment, de omstandigheden waarin het plaatsheeft evenals de identificatie en het advies van het bevoegde ethische comité overeenkomstig de bepalingen van artikel 11 (art. 6 § 2, eerste lid). Over het ethisch comité: zie verder, nr. 1037 e.v.

Deze inlichtingen worden voorafgaand schriftelijk meegedeeld, op een duidelijke en begrijpelijke manier aan de peroon die aan het experiment deelneemt. Deze heeft bovendien de mogelijkheid tot een onderhoud over deze informatie met de onderzoeker of een lid van het onderzoeksteam (art. 6 § 2, tweede lid; art. 3.2, e Richtlijn 2001/20).

1034 De persoon die aan het experiment deelneemt kan op elk moment en zonder daardoor enig nadeel te ondervinden zijn toestemming intrekken (art. 6 § 3). Daaraan worden geen vormvereisten gesteld. Met het oog op de uitoefening van dit recht op inkeer, moet de deelnemer zijn ingelicht over het recht om zich op elk ogenblik terug te trekken zonder dat hij daardoor enig nadeel ondervindt (art. 6 § 2, eerste lid, *in fine*).

1035 Niemand mag zich tegelijkertijd lenen tot verschillende bio-medische onderzoeken van fase I. Voor ieder experiment van fase I bepaalt het aan het ethisch comité voorgelegde protocol een uitsluitingsperiode waarin de betrokken persoon die zich hiertoe leent aan geen andere proef van fase I mag deelnemen. De duur van de periode verschilt naargelang van de aard van het onderzoek (art. 32 § 1, eerste en tweede lid).

Voor de overige experimenten dan die van fase I is de betrokkenheid van eenzelfde deelnemer in meer dan één protocol slechts mogelijk na een specifiek advies van het ethisch comité dat bevoegd is voor het tweede protocol (art. 32 § 1, derde lid).

Om de naleving van artikel 32 § 1 te garanderen, wordt een federale databank gecreëerd waarin gezonde vrijwilligers die zich lenen tot experimenten op de menselijke persoon worden opgenomen. De Koning regelt de nadere toepassingsregels hiervan (art. 32 § 2). Vooraleer enig experiment wordt opgestart, is de onderzoeker verplicht deze federale databank te raadplegen (art. 32 § 3).

In de Richtlijn 2001/20 komen geen vergelijkbare bepalingen voor. Artikel 3.1 richtlijn laat de lidstaten vastgestelde maatregelen voor de bescherming van proefpersonen onverlet wanneer deze maatregelen verder strekken dan de maatregelen in de richtlijn en voorzover zij in overeenstemming zijn met de procedures en termijnen waarin de richtlijn voorziet. De in artikel 32 opgenomen bepalingen houden een meer verregaande bescherming in voor proefpersonen dan de richtlijn en zijn daarmee dus in overeenstemming. Volgens de Memorie van Toelichting is dit artikel erop gericht "dat de gezonde vrijwilligers waarop de proeven van fase 1 worden toegepast, nooit 'geprofessionaliseerd' kunnen worden" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 45).
Opvallend in artikel 32 § 1 is de slordige terminologie. Er is zowel sprake van "bio-medische onderzoeken van fase I", van een "experiment van fase I" als van een "proef van fase I". Alleen deze laatste term wordt gedefinieerd (zie boven, nr. 1016).
Artikel 32 § 1 kwam tot stand na goedkeuring van een amendement (*Parl. St.* Kamer 2003-04; 0798/003, nr. 18 en 0798/006, 63).

E. BELANG VAN DE DEELNEMER STELLEN BOVEN HET BELANG VAN DE WETENSCHAP

1036 De belangen van de deelnemer hebben steeds voorrang op de belangen van de wetenschap en van de gemeenschap (art. 5, 5°, *in fine* Medische experimentenwet).

De richtlijn bevat niet zo'n algemene bepaling en vermeldt dit beginsel enkel ter bescherming van minderjarigen (art. 4, i) en toestemmingsonbekwame meerderjarigen (art. 5, h). Terecht heeft de Medische experimentenwet dit beginsel uitgebreid tot alle deelnemers (zie in dezelfde zin: art. 2 E.V.R.M.B.).

F. GUNSTIG ADVIES VAN EEN ETHISCH COMITÉ

1037 Het protocol van het experiment heeft het voorwerp uitgemaakt van een gunstig advies van een ethisch comité (art. 5, 6° Medische experimentenwet en art. 10, eerste lid: "het experiment mag slechts beginnen op voorwaarde dat de opdrachtgever en de onderzoeker in het bezit zijn van een gunstig advies van een ethisch comité"; in dezelfde zin: art. 9, 1, tweede lid Richtlijn 2001/20).

Het "protocol" is een document waarin de doelstelling(en), de opzet, de methodologie, de statistische aspecten en de organisatie van een experiment worden beschreven. De term protocol bestrijkt het oorspronkelijke protocol en latere versies en wijzigingen daarvan (art. 2, 22° Medische experimentenwet en art. 2, h. richtlijn).

1038 De verplichte tussenkomst van een ethisch comité gaat terug tot de wijziging van de Verklaring van Helsinki in 1975. Toen werd in de verklaring een bepaling opgenomen houdende de verplichting om ieder onderzoeksprotocol voorafgaandelijk voor te leggen aan een speciaal ingestelde onafhankelijke commissie. De verplichte raadpleging van een dergelijke commissie vindt

men ook in artikel 16, iii E.V.R.M.B.; zie: C. GASTMANS, "Het belang van de Conventie voor Commissies Medische Ethiek", in H. NYS, *De Conventie Mensenrechten*, *t.a.p.*, 131-150; M.L. DELFOSSE, *Les comités de la recherche biomédicale*, Namen, Presses Universitaires de Namur, 1997, 202 p.

1. Definitie van ethisch comité

1039 De Medische experimentenwet geeft de volgende "definitie" aan een "ethisch comité". Het is een onafhankelijke instantie die:
- ofwel is bedoeld door artikel 70*ter* Ziekenhuiswet;
- ofwel verbonden is aan een faculteit geneeskunde of aan de Wetenschappelijke Vereniging voor Huisartsgeneeskunde (WVVH, lees: Wetenschappelijke Vereniging van Vlaamse Huisartsen) of de "Société scientifique de médecine générale (SSMG)" en is erkend door de minister, op vraag van een faculteit geneeskunde of een Wetenschappelijke Vereniging van Huisartsen. Elke faculteit geneeskunde of een Wetenschappelijke Vereniging van Huisartsen mag slechts een verzoek tot erkenning indienen voor één enkel ethisch comité (art. 2, 4° eerste en tweede lid).

Artikel 70*ter* Ziekenhuiswet, ingevoegd door artikel 194 Wet 25 januari 1999 (*B.S.* 6 februari 1999) legt ieder ziekenhuis de verplichting op te beschikken over een "plaatselijk ethisch comité", met dien verstande dat de Koning de voorwaarden kan omschrijven onder dewelke bedoeld comité via een samenwerkingsverband tussen ziekenhuizen mag aangeboden worden. Het comité oefent twee opdrachten uit telkens het een verzoek in deze zin ontvangt, nl. een begeleidende en raadgevende opdracht met betrekking tot de ethische aspecten van de ziekenhuiszorg en een adviserende opdracht met betrekking tot alle aspecten inzake experimenten op mensen en op reproductief menselijk materiaal (aanvankelijk had een dergelijk ethisch comité nog een derde opdracht die door het Arbitragehof werd vernietigd; Arbitragehof nr. 108/2000, 31 oktober 2000, *B.S.* 21 november 2000; in dezelfde zin voor wat betreft het K.B. 12 augustus 1994 (zie verder, nr. 1040): R.v.St., Vlaamse Gemeenschap, nr. 124.554, 23 oktober 2003).

2. Samenstelling van het ethisch comité

1040 Artikel 2, 4°, tweede lid regelt de samenstelling van een ethische comité verbonden aan een faculteit geneeskunde of een wetenschappelijke vereniging van huisartsen. Ieder comité bestaat uit minimum 8 en maximum 15 leden, de twee geslachten vertegenwoordigd, waarvan een meerderheid aan artsen en tenminste een jurist.

Artikel 70*ter*, laatste lid Ziekenhuiswet draagt de Koning op om na advies van de Nationale raad voor ziekenhuisvoorzieningen de samenstelling en de werking van het plaatselijk ethisch comité te bepalen.

De samenstelling van een ethisch comité in een ziekenhuis wordt geregeld in het K.B. 12 augustus 1994 tot wijziging K.B. 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd (*B.S.* 27 september 1994). Het comité bestaat uit minstens 8 en hoogstens 15 leden, die beide geslachten vertegenwoordigen, waaronder een meerderheid artsen die aan het ziekenhuis of aan de ziekenhuisgroepering verbonden zijn, minstens een huisarts die niet aan het ziekenhuis of aan de ziekenhuisgroepering verbonden is, minstens een verpleegkundige van het ziekenhuis of van de ziekenhuisgroepering en een jurist. Belangstellenden, al dan niet aan een ziekenhuis verbonden, kunnen als lid van het comité worden aangewezen. De

hoedanigheid van lid van het comité is onverenigbaar met de functie van directeur van het ziekenhuis, hoofdgeneesheer, voorzitter van de medische raad en hoofd van het verpleegkundig departement. De leden van het comité worden door de beheerder van het ziekenhuis of van de ziekenhuisgroepering aangewezen. Wat de artsen betreft op voorstel van de medische raad en wat de verpleegkundige(n) betreft op voorstel van het hoofd van het verpleegkundig departement (zie over het K.B. 12 augustus 1994: H. NYS, *Van ethiek naar recht? Het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek en de medisch ethische commissies in ziekenhuizen*, Antwerpen, Maklu, 1995, 140 p.).

3. Onafhankelijkheid van het ethisch comité

1041 Het ethisch comité is een "onafhankelijke instantie" (art. 2, 4° Medische experimentenwet); art. 2, k Richtlijn 2001/20).

In zijn advies over het voorontwerp van de Medische experimentenwet stelde de Raad van State dat de onafhankelijkheid inhoudt dat een ethisch comité geen banden heeft met de onderzoeker die een klinische proef of een experiment wenst uit te voeren. De Raad van State vroeg zich af of comités die verbonden zijn met het ziekenhuis waarmee ook de onderzoeker verbonden is, en in mindere mate ook comités die verbonden zijn met een faculteit geneeskunde of een vereniging van huisartsgeneeskunde waarmee de onderzoeker banden heeft, wel in alle gevallen over de vereiste onafhankelijkheid beschikken. De loutere bevestiging, in artikel 2, 4° van het ontwerp, dat het ethisch comité een "onafhankelijke instantie" is, biedt op dit punt geen voldoende waarborg. Die waarborg moet blijken uit de regels inzake de samenstelling van het comité (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 78). De Nationale raad van de Orde der geneesheren had vergelijkbare bedenkingen: "Onafhankelijk wil zeggen dat de ethische commissie autonoom is en vrij van elke beïnvloeding door derden kan beslissen; zelfs een schijn van afhankelijkheid dient vermeden te worden. Ideaal ware dat deze ethische commissies zouden opgericht worden binnen een onafhankelijke instantie en geen enkele binding zouden hebben met onderzoekscentra waar klinische proeven met geneesmiddelen worden verricht. Deze opvatting zal vermoedelijk om economische en pragmatische redenen niet haalbaar zijn. Nochtans is de onafhankelijkheid van ethische commissies essentieel om het vertrouwen van proefpersonen te verwerven en te behouden en om het publiek te waarborgen dat proefpersonen geen onnodige risico's lopen. De onafhankelijkheid van ethische commissies die gevestigd zijn op plaatsen waar ook klinische proeven met geneesmiddelen plaatsvinden kan enkel geloofwaardig zijn wanneer deze blijkt uit de samenstelling van de ethische commissie. Zo meent de Nationale raad dat de leden van een ethische commissie die een binding hebben met het onderzoekscentrum waar klinische proeven plaatsvinden die ter beoordeling aan die commissie voorgelegd worden een minderheid van het aantal leden van die commissie dient te zijn" ("Ethische commissies – Richtlijn 2001/20/EG van het Europees Parlement", *T. Orde Geneesh.* 2004, nr. 103, 5). De Minister van Volksgezondheid was verwonderd over de bezorgdheid die de Orde der geneesheren ter zake heeft geuit (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 18). De Nationale raad van de orde stelde ook de vraag of de ethische commissies die oordelen over geneesmiddelenonderzoek en die onder de toepassing van de richtlijn vallen, kunnen worden beschouwd als een orgaan van het ziekenhuis. Dit lijkt de Nationale raad in strijd met de in de wet en de richtlijn voorgestane onafhankelijkheid van de ethische comité's. Overigens was de Nationale raad er ook nog van overtuigd dat de overgrote meerderheid van de bestaande ethische comités niet als ethisch comité voor klinische proeven met geneesmiddelen zoals bepaald in de richtlijn zou opteren. De Nationale raad van de Orde der geneesheren is ook van mening dat het niet aan het ethisch comité is om de medische directie van een ziekenhuis in te lichten over proefnemingen of onderzoeken binnen de instelling, noch om voorafgaande kennisgeving aan die directie als voorwaarde voor haar onderzoek te stellen ("Relaties tussen de commissie voor medische ethiek en de medische directie van een ziekenhuis", *T. Orde Geneesh.* 2001, nr. 92, 5).

1042 Het lid van een ethisch comité dat in welke hoedanigheid dan ook deelneemt aan een protocol, mag niet als lid zetelen tijdens het onderzoek van dat protocol door het betrokken ethisch comité. Hij mag evenwel gehoord

worden in zijn hoedanigheid van onderzoeker indien het comité dat noodzakelijk acht (art. 11 § 12 Medische experimentenwet).

Deze bepaling kwam niet in het voorontwerp van wet dat aan de Raad van State werd voorgelegd voor en kan worden beschouwd als een zekere mate van tegemoetkoming aan de bezorgdheid van de Raad van State en de Nationale raad van de Orde der geneesheren.

1043 Bij hun aanstelling bezorgen de leden van het ethisch comité de minister een verklaring die de directe of de indirecte banden vermeldt die zij hebben met de opdrachtgevers van het onderzoek met uitzondering van de opdrachtgevers van niet-commerciële experimenten. Die verklaring wordt bekendgemaakt en op hun initiatief bijgewerkt zodra zich in die banden een wijziging voordoet of nieuwe banden worden aangeknoopt. Aan een beraadslaging kunnen niet geldig deelnemen de personen die niet onafhankelijk zijn van de opdrachtgever van het bewuste onderzoek gelet op de voormelde verklaring (art. 2, 4° laatste lid).

Meerdere amendementen liggen aan de grondslag van deze bepaling. Om tegemoet te komen aan het bezwaar van de Raad van State dat de bepalingen van het wetsontwerp de onafhankelijkheid van de leden van de ethische comités niet garanderen werd amendement nr. 1 (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/002) ingediend. Het verplichtte de leden van een comité om niet alleen hun banden met de opdrachtgevers te vermelden maar ook met de onderzoekers. Wel was de uitzondering voor opdrachtgevers van niet-commerciële experimenten niet opgenomen.
Tijdens de bespreking van amendement nr. 1 verwees de minister naar het (zie boven, nr. 1042) reeds vermelde artikel 11 § 12. Er kan dus geen enkel bezwaar tegen zijn dit beginsel te versterken door een bepaling die de leden van het ethisch comité een aangifteplicht oplegt, aldus de minister. Wel was hij van mening dat de verklaring m.b.t. de banden met de onderzoekers "op het vlak van de toepassing voor een aantal problemen kan zorgen. Het ware aangewezen die aangifteplicht te beperken tot de bestaande banden met de opdrachtgever". Daarop werd een subamendement ingediend (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, nr. 57) dat ertoe strekte de verklaring te beperken tot de banden met de opdrachtgever van een onderzoek en ze niet langer te doen gelden voor de onderzoekers (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 27). Daarnaast werd een ander subamendement goedgekeurd (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/005, nr. 102 en 0798/006, 27) waardoor banden met opdrachtgevers van niet-commerciële experimenten niet moeten worden vermeld in de verklaring. Dit amendement werd als volgt verantwoord: "Het voorkomen van collusie met de commerciële opdrachtgevers mag niet leiden tot een blokkering van de werking van het ethisch comité van het ziekenhuis wanneer het ziekenhuis of de universiteit zelf als opdrachtgever van een experiment optreedt".

1044 Artikel 2, 4°, laatste lid Medische experimentenwet roept vele vragen op waar geen pasklaar antwoord op kan worden gegeven. Wie gaat na of een lid van een ethisch comité bij aanstelling de bedoelde verklaring heeft bezorgd aan de minister? Hoe wordt dit nagegaan? De ethische comités opgericht in uitvoering van artikel 70*ter* Ziekenhuiswet moeten als zodanig niet worden erkend zodat de samenstelling van die comités niet zonder meer door de bevoegde minister gekend is. De comités verbonden aan een faculteit geneeskunde of aan een huisartsenvereniging moeten wel worden erkend door de minister (art. 2, 4°, tweede lid Medische experimentenwet) zodat hij wel op de hoogte kan zijn van de samenstelling ervan. Maar precies voor deze commissies zal meestal de uitzondering i.v.m. de niet-commerciële experimenten van toepassing zijn. Verder is het niet duidelijk wat "directe of indirecte banden" met een opdrachtgever inhouden. Er is sprake van "bekendmaking" van deze

verklaring maar door wie en op welke wijze dit dient te gebeuren, wordt niet geregeld. Het meest in het oog springend zijn de beperkte gevolgen van de verklaring: "aan een beraadslaging kunnen niet geldig deelnemen de personen die niet onafhankelijk zijn van de opdrachtgever van het bewuste onderzoek gelet op de voormelde verklaring". Artikel 11 § 12 Medische experimentenwet (zie boven, nr. 1043) bevat reeds een vergelijkbare bepaling: wie in welke hoedanigheid ook deelneemt aan een protocol, staat niet onafhankelijk t.o.v. de opdrachtgever. Volgens de letter van de wet is het bovendien niet uitgesloten dat wordt deelgenomen aan de uiteindelijke beslissing. Enkel de beraadslaging wordt vermeld. Een amendement om leden van het ethisch comité die een band hebben met de onderzoeker of waarbij het vermoeden ervan aanwezig is niet aan de stemming te laten deelnemen behaalde geen meerderheid (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, nr. 24).

4. Bevoegd ethisch comité

1045 Om gemachtigd te zijn opdrachten uit te voeren, zoals bedoeld in de Medische experimentenwet moet het ethisch comité aan de minister bovendien aantonen dat het tenminste 20 nieuwe protocollen per jaar analyseert, overeenkomstig de bepalingen van artikel 30 (art. 2, 4°, derde lid Medische experimentenwet). Deze voorwaarde is van toepassing met ingang van 1 januari 2006 (art. 36 § 2). Deze voorwaarde heeft zowel betrekking op de ethische comité's in ziekenhuizen (art. 2, 4°, tweede lid, eerste streepje) als op de ethische comité's verbonden aan een faculteit geneeskunde of een wetenschappelijke huisartsenvereniging (art. 2, 4°; tweede lid, tweede streepje). Dat volgt zowel uit de structuur van artikel 2, 4° als de Memorie van Toelichting.

In de Memorie van Toelichting wordt verwezen naar de noodzaak van "een zekere ervaring" in de materie ter rechtvaardiging van dit minimum van 20 nieuwe protocols dat jaarlijks wordt geanalyseerd zonder dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen ethische comité's (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 30-31). Verder wordt verwezen naar een advies van het raadgevend comité voor bio-ethiek. Bedoeld is het advies nr. 23 van 8 september 2003 betreffende de ethische comités in uitvoering van artikel 6*bis* § 2 van de Wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen, gewijzigd bij de Programmawet van 24 december 2002 (zie boven, nr. 1011). Artikel 6*bis* § 2 droeg de Koning op regels te bepalen m.b.t. de samenstelling en de werking van de ethische commissies met het oog op de uitvoering van klinische proeven en de criteria voor hun erkenning, na advies van het raadgevend comité voor bio-ethiek. In het advies nr. 23 wordt volgende voorwaarde gesteld: "indien een commissie jaarlijks geen 20 protocols betreffende klinische studies ontvangt en erkend wil blijven, dient zij een formele afspraak te maken met een andere commissie die wel aan deze eis voldoet. In dit geval dient de eerste commissie aan de tweede advies te vragen omtrent protocollen betreffende klinische studies met geneesmiddelen". Het advies maakt geen onderscheid tussen ethische comité's. Het advies van het raadgevend comité voor bio-ethiek was dus minder stringent dan artikel 2, 4° Medische experimentenwet, ook al omdat het advies geen betrekking had op de bevoegdheid protocols voor andere experimenten dan klinische proeven met geneesmiddelen te beoordelen. Noch de Memorie van Toelichting noch het raadgevend comité voor bio-ethiek lichten toe waar het cijfer "20" als minimum aantal vandaan komt. De Nationale raad van de Orde der geneesheren meende dat "het niet opgaat te voorzien dat een ethische commissie per jaar twintig nieuwe protocols moet analyseren om gemachtigd te blijven opdrachten uit te voeren" ("Voorontwerp van wet inzake experimenten op mensen", 13 december 2003, *T. Orde Geneesh.* 2004, nr. 103, 11). "De Nationale raad is van mening dat de kwaliteit van de ethische comités niet te meten is aan de kwantiteit van de geanalyseerde protocollen". Toch wees de Nationale raad niet iedere selectie af zo die zou steunen op zowel kwantitatieve als

kwalitatieve criteria als de waarde van de wetenschappelijke publicaties van de leden van de commissie en de opleidingscapaciteit van het centrum ("Ethische commissies – Richtlijn 2001/20 EG", 15 november 2003, *T. Orde Geneesh.* 2004, nr. 103, 5). Vergelijkbare kritiek valt te lezen in de parlementaire voorbereiding: " Een kwantitatieve beoordeling is zeer arbitrair" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 10). Zelfs de minister gaf toe dat het waarborgen van een bepaalde mate van deskundigheid door een minimum aantal protocols op te leggen "een manier is die willekeurig kan lijken" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 10). Tevens bevestigde hij dat België over voldoende ethische comités zou blijven beschikken: "momenteel blijkt dat de helft van de 80 ethische comités die spontaan aan het raadgevend comité voor bio-ethiek een verslag over hun werkzaamheden bezorgen, tenminste 20 protocollen per jaar analyseert" (*idem*).

1046 De verwijzing naar artikel 30 Medische experimentenwet in artikel 2, 4°, derde lid betreft artikel 30 § 5. Deze bepaling verplicht elk ethisch comité om een jaarlijks verslag over te zenden aan het raadgevend comité voor bioethiek en aan de minister. Dit verslag bevat een lijst van de adviesaanvragen die aan het ethisch comité in uitvoering van de Medische experimentenwet werden voorgelegd, evenals een lijst van de gemotiveerde antwoorden die op de adviesaanvragen werden gegeven. Het is wellicht de bedoeling om op basis van deze gegevens na te gaan of het minimum aantal nieuwe protocols tijdens het voorgaande jaar werd gehaald. Voorts verplicht artikel 11 § 13 het ethisch comité een kopie van zijn advies te verzenden aan de minister.

1047 Het minimum aantal van 20 nieuwe protocollen per jaar geldt niet voor het bepalen van de bevoegdheid de in artikel 11 § 7 Medische experimentenwet bedoelde opdracht uit te voeren (art. 2, 4°, derde lid Medische experimentenwet).

Deze uitzondering houdt verband met het beginsel van het "enkel advies" voor multicentrische klinische proeven dat is neergelegd in artikel 11 § 3 en § 7 Medische experimentenwet en artikel 7 Richtlijn 2001/20.

Artikel 7 Richtlijn 2001/20 legt de lidstaten op voor de gespreid uitgevoerde klinische proeven (in de wet een multicentrisch experiment genoemd) die tot het grondgebied van één lidstaat beperkt zijn een procedure vast te leggen zodat ongeacht het aantal ethische commissies, voor deze lidstaat één oordeel (in de wet advies genoemd) wordt uitgebracht. Om hieraan te voldoen bepaalt artikel 11 § 3, eerste lid Medische experimentenwet: "In het geval van een multicentrisch experiment wordt het advies uitgebracht door een enkel ethisch comité, ongeacht het aantal locaties waar het experiment is gepland". Artikel 11 § 7 geeft aan de ethische comités van de andere locaties waar het experiment is gepland nochtans een beperkte bevoegdheid zich over het protocol uit te spreken. Dit betekent concreet dat "de comités die het enkel advies niet uitbrengen" (zo genoemd in art. 11 § 7, tweede lid), ook wel "geassocieerde comités" genoemd in de parlementaire voorbereiding een " deeladvies" kunnen uitbrengen over de bekwaamheid van de onderzoeker en zijn medewerkers (art. 11 § 4, 4°), over de geschiktheid van de faciliteiten (art. 11 § 4, 6°) en over de adequaatheid en de volledigheid van de te verstrekken schriftelijke informatie en de procedure om de geïnformeerde toestemming van de proefpersoon vast te leggen (art. 11 § 4, 7°). Voor het uitvoeren van deze opdracht moet het (geassocieerde) ethisch comité derhalve niet voldoen aan het minimum van 20 nieuwe protocols per jaar. In de Kamercommissie bevestigde de minister evenwel dat met deze deeladviezen kan worden rekening gehouden bij het tellen van het aantal beoordeelde protocols (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 18-19: "in antwoord op de vraag over de verenigde (lees: geassocieerde) ethische comité's, preciseert de minister dat de adviezen die zij uitbrengen, bij de berekening van de jaarlijkse geanalyseerde protocollen zullen worden samengeteld"; anders: de Nationale raad van de Orde der geneesheren die meent dat de multicentrische

studies zijn uitgesloten ("Voorontwerp van wet inzake experimenten op mensen", 13 december 2003, *T. Orde Geneesh.* 2004, nr. 103, 11).

1048 De onderzoeker die een experiment in België wil organiseren richt zijn verzoek tot een ethisch comité (art. 11 § 1 Medische experimentenwet). De onderzoeker is niet volledig vrij in zijn keuze. In het geval van een monocentrisch experiment moet het advies worden gegeven door een ethisch comité dat voldoet aan de voorwaarde bepaald in "artikel 2, 4°, tweede streepje, tweede lid" en dat verbonden is met de locatie of de structuur waar het experiment wordt uitgevoerd (art. 11 § 2 Medische experimentenwet).

De voorwaarde bepaald in "artikel 2, 4° tweede streepje, tweede lid" betreft het minimum van 20 nieuwe protocollen jaarlijks. Duidelijker ware geweest te verwijzen naar artikel 2, 4° derde lid vermits deze voorwaarde niet enkel slaat op de onder het tweede streepje genoemde ethische comité's, maar ook deze onder het eerste streepje (zie boven, nr. 1045). Zie in dit verband: *Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/005, nr. 90, B.

Indien deze locatie of deze structuur niet over een ethisch comité beschikt dat voldoet aan het minimum van 20 nieuwe protocollen jaarlijks, wordt het advies uitgebracht door een door de opdrachtgever aangewezen ethisch comité overeenkomstig de regels bepaald in artikel 11 § 3. In dat geval spreekt het comité dat verbonden is met de locatie of de structuur waar het experiment wordt uitgevoerd zich enkel uit over de capaciteit van de locatie om te beantwoorden aan de voorwaarden bedoeld in artikel 11 § 4, 4° (de bekwaamheid van de onderzoeker en zijn medewerkers), artikel 11 § 4, 6° (de geschiktheid van de faciliteiten) en artikel 11 § 4, 7° (schriftelijke informatie en geïnformeerde toestemming van de proefpersonen) (art. 11 § 2, *in fine*).

De wet houdt geen rekening met de hypothese dat de locatie of de structuur waar het experiment zal worden uitgevoerd niet over een ethisch comité beschikt. In dat geval kan analoog het advies worden gevraagd van een door de opdrachtgever gekozen ethisch comité dat voldoet aan het minimum aantal nieuwe protocols per jaar.

1049 In het geval van een multicentrisch experiment wordt het advies uitgebracht door een enkel ethisch comité, ongeacht het aantal locaties waar het experiment is gepland (art. 11 § 3, eerste lid). Indien slechts één van deze locaties een universitair ziekenhuis is zoals bedoeld in artikel 4, tweede lid Ziekenhuiswet of een ziekenhuis zoals bedoeld in artikel 7, 1), g, 1° K.B. 25 april 2002 betreffende het vastleggen en het vereffenen van het budget van financiële middelen van een ziekenhuis of in artikel 7, 1), g, 2° van hetzelfde besluit, dan wordt het enkel advies uitgebracht door het ethisch comité van dat ziekenhuis (art. 11 § 3, tweede lid).

De verwijzing naar artikel 7, 1), g, 1° en 2° K.B. 25 april 2002 betreft de twee monodisciplinaire ziekenhuizen van het land (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 36).

Indien meerdere locaties universitaire en/of monodisciplinaire ziekenhuizen zijn dan wordt het enkel advies uitgebracht door één van de ethische comités van deze ziekenhuizen dat uit de verschillende ethische comités is aangewezen door de opdrachtgever (art. 11 § 3, derde lid).

In een dergelijk geval kiest de opdrachtgever dus het bevoegde ethisch comité.

Indien geen van de locaties een universitair of monodisciplinair ziekenhuis is en slechts één ervan is een ziekenhuis, dan wordt het advies verleend door het ethisch comité van dat ziekenhuis (art. 11 § 3, vierde lid). De wet heeft geen rekening gehouden met de hypothese dat dit ethisch comité niet beantwoordt aan de voorwaarde van tenminste 20 nieuwe protocols jaarlijks.

Indien meerdere locaties ziekenhuizen zijn dan wordt het enkel advies uitgebracht door één van de ethische comités van deze ziekenhuizen aangewezen door de opdrachtgever (art. 11 § 3, vijfde lid).

Dit ethisch comité moet beantwoorden aan de voorwaarde van tenminste 20 nieuwe protocollen jaarlijks.

Indien geen van de locaties een vestigingsplaats is van een ziekenhuis, dan wordt het enkel advies uitgebracht door het door de opdrachtgever aangewezen ethisch comité (art. 11 § 3, laatste lid). Dit is noodzakelijkerwijs een ethisch comité verbonden aan een faculteit geneeskunde of een huisartsenvereniging (art. 2, 4°, tweede lid, tweede streepje). Steeds geldt de voorwaarde van minimaal 20 nieuwe protocols jaarlijks.

Volgens de Nationale raad van de Orde der geneesheren kent de wet aldus aan de opdrachtgever "een ongekende macht" toe. "De medische deontologie heeft altijd voorgestaan dat de onderzoeker zelf – en niet de opdrachtgever – het initiatief dient te nemen tot het inwinnen van een advies van een ethische commissie. De keuze van een ethische commissie overlaten aan de sponsor (opdrachtgever) wekt het vermoeden van collusie". "Voorontwerp van wet inzake experimenten op mensen", *T. Orde Geneesh.* 2004, nr. 103, 11; *idem* de brief aan de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid in dit verband: "de in het voorontwerp van wet voorziene cascade laat de promotor volgens de Nationale raad overdreven vrij bij de keuze van de commissie die het advies moet uitbrengen" (*T. Orde Geneesh.* 2004, nr. 103, 12).

5. *Opdracht van het ethisch comité*

1050 Het ethisch comité dat bevoegd is om het advies uit te brengen in geval van een monocentrisch experiment of om het enkel advies uit te brengen in geval van een multicentrisch experiment, formuleert zijn advies rekening houdend met de elementen vermeld in artikel 11 § 4.

De relevantie van het experiment en de opzet ervan (art. 11 § 4, 1°; art. 6, 3, a richtlijn). Met de relevantie van de proef en de opzet ervan wordt bedoeld dat de verwachting bestaat dat de proef nieuwe inzichten zal opleveren die niet door een andere methode kunnen worden verkregen. In overweging 6 bij de Richtlijn 2001/20 staat in dit verband te lezen dat met het oog op de optimale bescherming van de gezondheid, in de Gemeenschap of in derde landen geen achterhaalde proeven of proeven die slechts een herhaling zijn van reeds uitgevoerde proeven, mogen worden verricht.
De toereikendheid van de beoordeling van de verwachte voordelen en risico's alsook de gegrondheid van de conclusies, meer bepaald op therapeutisch vlak en inzake volksgezondheid (art. 11 § 5, 2°; art. 6, 3, b richtlijn).
Het protocol (art. 11 § 4, 3°; art. 6, 3, c richtlijn). Voor de definitie van protocol, zie boven, nr. 1037. De Nationale raad van de Orde der geneesheren is van mening dat eenzelfde bewaartermijn voor alle documenten betreffende protocollen die door een ethisch comité werden onderzocht moet worden gerespecteerd als de termijn die door de onderzoeker moet nageleefd worden

("Advies van de Nationale Raad over het voorontwerp van wet betreffende de rechten van de patiënt 16 februari 2002", *T. Orde Geneesh.* 2002, nr. 95, 3).
De bekwaamheid van de onderzoeker en zijn medewerkers (art. 11 § 4, 4°; art. 6, 3, d richtlijn). Uiteraard is bedoeld de geschiktheid om het desbetreffend onderzoeksprotocol op een deskundige wijze uit te voeren. Een oordeel hierover impliceert dat het ethisch comité de onderzoeker en zijn medewerkers kent.
Het onderzoeksdossier (art. 11 § 4, 5° ; art. 6, 3, e richtlijn). Het onderzoeksdossier is het geheel van klinische en niet-klinische gegevens over het geneesmiddel of geneesmiddelen voor onderzoek die relevant zijn voor de bestudering van het geneesmiddel of de geneesmiddelen voor onderzoek (art. 2, 3° Medische experimentenwet en artikel 2, g richtlijn; beide definities stemmen letterlijk overeen, hoewel de Medische experimentenwet een veel ruimer toepassingsgebied heeft dan de richtlijn).
De geschiktheid van de faciliteiten (art. 11, 6°; art. 6, 3, f richtlijn).
De adequaatheid en de volledigheid van de te verstrekken schriftelijke informatie en de procedure om de geïnformeerde toestemming vast te leggen alsmede de motivering van onderzoek met de personen die geen geïnformeerde toestemming kunnen geven of wiens toestemming niet kan worden verkregen wegens de hoogdringendheid wat hun deelname aan een experiment betreft (art. 11, 7°; art. 6, 3, g richtlijn).
De regelingen voor compensatie en/of schadevergoeding wanneer een deelnemer ten gevolge van een experiment letsel oploopt of overlijdt (art. 11, 8°; art. 6, 3, h richtlijn). Daarover: zie verder, nr. 1071.
De verzekeringen of andere waarborgen om de aansprakelijkheid van de onderzoeker en de opdrachtgever te dekken; deze moeten voldoen aan artikel 29 (art. 11, 9°; art. 6, 3, I richtlijn). Zie daarover verder, nr. 1073.
De eventuele bedragen en modaliteiten inzake de betaling, de vergoeding en de schadeloosstelling van de onderzoekers en de deelnemers, alsmede de relevante elementen uit elke overeenkomst tussen de opdrachtgever en de locatie (art. 11, 10°; art. 6, 3, f richtlijn). Wat de betaling en de vergoeding van de proefpersonen betreft, werd een amendement ertoe strekkende dat de Minister van Volksgezondheid het maximumbedrag zou vastleggen dat een deelnemer jaarlijks kan ontvangen voor zijn deelname aan proeven, verworpen. De bedoeling van het amendement was om misbruiken te voorkomen en een bijkomende zekerheid voor de proefpersonen te bieden.
De minister was het evenwel niet eens met dit amendement. De wet bepaalt reeds een maximaal aantal proeven waaraan een proefpersoon mag deelnemen (dit is evenwel onjuist), een periode gedurende dewelke de persoon niet kan deelnemen aan proeven en het ethisch comité moet de vergoedingen die de deelnemers ontvangen, analyseren. De minister was van oordeel dat deze maatregelen voldoende zijn om misbruiken te voorkomen. De bedoeling van de wet is te verhinderen dat personen er een beroep van maken aan experimenten deel te nemen. Er wordt bovendien een register opgestart wat toelaat na te gaan wie er deelneemt aan proeven. Er zijn voldoende maatregelen in de wet opgenomen om misbruiken van deelnemers te vermijden (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 36). Een ander amendement strekte ertoe aan de Koning de bevoegdheid te geven om de elementen te bepalen op grond waarvan de vergoeding van de deelnemers wordt vastgesteld. De ethische comités zouden dan deze principes toepassen op concrete experimenten. De minister was van oordeel dat het niet mogelijk is criteria vast te leggen op grond waarvan een kostenraming voor een experiment kan worden voorgesteld (*t.a.p.*, 37). Als vuistregel geldt dat de eventuele financiële vergoeding van de proefpersoon noch de aangegane onkosten noch de eventuele inkomstenderving mag overschrijden. Ze mag niet mee bepaald worden door het al dan niet welslagen van het onderzoek. Financieel voordeel mag geen aansporing zijn tot deelname aan experimenten ("Advertenties voor het rekruteren van patiënten in een klinische studie", Nationale raad Orde der geneesheren, 17 januari 2004, *T. Orde Geneesh.* 2004, nr. 104). Zie i.v.m. de vergoeding betaald aan de onderzoeker: titel XI; zie verder, nr. 1496).
Het laatste element waarmee het ethisch comité rekening dient te houden betreft de wijze van selectie van de proefpersonen (art. 11 § 4, 11°; art. 6, 3, k richtlijn).

1051 Het ethisch comité dat in het kader van een multicentrisch experiment bevoegd is om een deeladvies uit te brengen (zie boven, nr. 1048) beoordeelt de

capaciteit van de betrokken locatie om te beantwoorden aan de voorwaarden vermeld in artikel 11 § 4, 4°, 6° en 7° (art. 11 § 7, tweede lid).

6. Termijn waarbinnen het advies wordt gegeven

1052 Het ethisch comité dat bevoegd is om het advies uit te brengen beschikt in geval van een monocentrische proef van fase 1 over een termijn van maximaal 15 dagen om een gemotiveerd advies aan de onderzoeker mee te delen. In het geval van andere experimenten beschikt het bevoegde ethisch comité over een termijn van maximaal 28 dagen. Dit betekent dat in geval van een monocentrisch experiment (proef of niet behalve fase 1) het bevoegde ethisch comité en ingeval van een multicentrisch experiment (proef of niet) het ethisch comité bevoegd voor het uitbrengen van het enkel advies over een termijn van maximaal 28 dagen beschikt voor het meedelen van een gemotiveerd advies aan de onderzoeker (art. 11 § 5). Deze termijnen mogen niet worden verlengd (art. 11 § 6, tweede lid; art 6, 7 richtlijn). Zie verder, nr. 1057 (schorsing) en zie verder, nr. 1058-1059 (uitzonderingen).

In de Memorie van Toelichting vindt men geen enkele motivering van het onderscheid tussen een monocentrische proef van fase 1 (maximaal 15 dagen) en de andere experimenten, al dan niet monocentrisch (maximaal 28 dagen). Uiteraard dienen in het geval van een monocentrische proef van fase 1 geen andere ethische comités te worden geraadpleegd, maar dat geldt eveneens voor monocentrische proeven van fase 2, 3 of 4 en andere monocentrische experimenten.

1053 De Koning bepaalt de regels met betrekking tot een versnelde procedure volgens dewelke het advies betreffende een experiment dat niet een proef van fase 1 uitmaakt, binnen een termijn van 15 dagen wordt meegedeeld aan de aanvrager (art. 11 § 9). De richtlijn bevat niet zo'n bepaling.

Gevraagd om uitleg verduidelijkte de minister dat toen onderzoek werd gedaan voor geneesmiddelen voor aids, een aantal patiënten die op het einde van hun leven waren, hadden gevraagd dat de termijnen zouden worden ingekort. Dit was voor hen nog hun enig redmiddel. Vandaar dat dit artikel als doel heeft dat in uitzonderlijke situaties de termijn kan worden ingekort (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 48).

1054 De maximale termijn waarbinnen een ethisch comité een advies dient mee te delen aan een onderzoeker is veel beperkter dan deze bepaald in de richtlijn. Overeenkomstig arikel. 6, vijfde lid bedraagt deze termijn ten hoogste 60 dagen. Vermits de richtlijn geen enkele bepaling bevat die toelaat de maximale termijn in te korten, is discussie ontstaan of het geoorloofd is deze termijn in te korten.

In de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat deze termijnen zo werden opgesteld dat België op onderzoeksgebied een uitermate concurerend statuut kan behouden (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 47).
De Raad van State oordeelde dat de inkorting van de termijn niet in overeenstemming is met de richtlijn. Artikel 3, eerste lid richtlijn laat de lidstaten de mogelijkheid om maatregelen te nemen die voorzien in een hoger beschermingsniveau voor proefpersonen. Het inkorten van de termijn waarover de ethische commissie moet kunnen beschikken om een advies te geven, kan echter niet beschouwd worden als een maatregel die een grotere bescherming biedt. Bovendien moeten, volgens artikel 3, eerste lid de afwijkende maatregelen in elk geval in overeenstemming zijn

met de in de richtlijn bepaalde termijnen (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 80-81). Deze kritiek kan uiteraard ook worden geuit tegenover artikel 11 § 9 (zie boven, nr. 1053). De Nationale raad van de Orde der geneesheren maakte zich zorgen over de inkorting van de termijnen en was niet helemaal overtuigd van de argumenten. De vastgestelde termijnen van 15 en 28 dagen zouden een bedreiging kunnen vormen voor de kwaliteit van het werk van de commissies ("Voorontwerp van wet inzake experimenten op mensen", 17 januari 2004, *T. Orde Geneesh.* 2004, nr. 103, 12). Elders vroeg de Nationale raad zich af of er goede gronden waren om deze korte termijnen te handhaven voor niet-commerciële proeven en experimenten die geen gebruik maken van geneesmiddelen en dus niet onder de richtlijn vallen ("Voorontwerp van wet inzake medische experimenten op mensen", 13 december 2003, *T. Orde Geneesh.* 2004, nr. 103, 11).

1055 Artikel 11 § 5 Medische experimentenwet bepaalt niet wat het gevolg is van het eventueel overschrijden van de termijn door het ethisch comité. Artikel 10, eerste lid bepaalt evenwel dat het experiment slechts begonnen kan worden als de opdrachtgever en de onderzoeker in het bezit zijn van een gunstig advies van een ethisch comité. Dit wijst erop dat een uitdrukkelijk standpunt van het ethisch comité vereist is en dat geen gunstig advies mag worden verondersteld na het verstrijken van de termijn. Anders gezegd: deze termijn is slechts een termijn van orde, aldus de Raad van State (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 81).

Die regeling lijkt volgens de Raad van State te stroken met de richtlijn (zie: art. 9, eerste lid, tweede al.; zie ook: overweging 11 van de richtlijn, *a contrario*). Op de suggestie om deze interpretatie omtrent de termijn in de Memorie van Toelichting te bevestigen, werd niet ingegaan. Wel werd ze bevestigd door de minister: "indien het ethisch comité binnen de haar opgelegde termijn geen beslissing heeft genomen, wordt het advies niet geacht negatief te zijn, maar ook niet positief. Men moet wachten totdat het ethisch comité een beslissing neemt" (*Parl. St.* Senaat 2003-04, 3-585/3, 20; zie ook: 3-585/3, 26).

1056 De termijn van 15 resp. 28 dagen vangt aan bij de ontvangst van de in de vereiste vorm opgestelde aanvraag, op voorwaarde dat de in artikel 30 bedoelde bijdragen zijn betaald (art. 11 § 5).

Behalve in geval van een niet-commercieel experiment (art. 31 § 5) is het verzoek om een gunstig advies bij een ethisch comité slechts ontvankelijk voorzover het bewijs van betaling van de bijdragen, zoals bepaald door de Koning, hierbij is gevoegd (art. 30 § 1). De opdrachtgever van een monocentrisch experiment dient rechtstreeks aan de betrokken ethische comités een retributie te betalen (art. 30 § 3, eerste lid). De opdrachtgever van een multicentrisch experiment dient rechtstreeks aan de betrokken ethische comités een retributies te betalen (art. 30 § 3, tweede lid). De Koning bepaalt het bedrag en de modaliteiten van betaling van deze retributies (art. 30 § 4).

1057 Tijdens de periode van onderzoek van de adviesvraag, kan het ethisch comité bevoegd om het enkel advies uit te brengen, slechts één verzoek formuleren om inlichtingen te bekomen die de informatie die de aanvrager reeds verschaft heeft, aanvullen. De termijnen bepaald in artikel 11 § 5 (zie boven, nr. 1051) worden geschorst tot de bijkomende inlichtingen zijn ingewonnen (art. 11 § 6).

Een analoge bepaling vindt men in artikel 6, lid 6 richtlijn met dit belangrijke onderscheid dat de Medische experimentenwet deze mogelijkheid beperkt tot het enkel advies, m.a.w. tot multicentrisch proeven. Dit betekent dat voor monocentrische proeven (ook niet voor deze van fase I waar de maximale termijn slechts 15 dagen bedraagt), geen schorsing mogelijk is wanneer bijkomende informatie wordt gevraagd. De richtlijn maakt dat onderscheid niet. Wel is niet duidelijk waarom

artikel 11 § 6, tweede lid het heeft over de "termijnen", die worden geschorst, vermits enkel de termijn van 28 dagen kan bedoeld zijn, niet deze van 15 dagen.

1058 De termijnen bedoeld in artikel 11 § 5 kunnen met 30 dagen verlengd worden in de gevallen van proeven die betrekking hebben op geneesmiddelen voor gentherapie en somatische celtherapie, alsook op de geneesmiddelen die genetisch gewijzigde organismen bevatten (art. 11 § 10, eerste lid; art. 6, zevende lid richtlijn).

De met 30 dagen verlengde termijn kan nogmaals met maximum 90 dagen verlengd worden in geval van raadpleging van de adviesraad voor bioveiligheid bedoeld in artikel 2 K.B. 18 december 1998 tot reglementering van de doelbewuste introductie in het leefmilieu evenals van het in de handel brengen van genetisch gemodificeerde organismen of producten die er bevatten (art. 11 § 10, tweede lid; art. 6, zevende lid richtlijn).

1059 Er bestaat geen beperking van de termijn voor celtherapie met xenogenen (art. 11 § 11; art. 6, zevende lid richtlijn).

1060 In het geval van een multicentrisch experiment wordt de adviesaanvraag tegelijkertijd gericht aan het ethisch comité dat bevoegd is voor het uitbrengen van het enkel advies en aan de ethische comités die verbonden zijn aan de andere locaties waar het experiment zou plaatsvinden en die bevoegd zijn een zgn. deeladvies uit te brengen (art. 11 § 7, eerste lid).

Het ethisch comité dat bevoegd is voor het uitbrengen van het enkel advies beschikt over een termijn van 20 dagen (op een maximum van 28) om zijn advies mee te delen aan de andere betrokken ethische comités en om deze comités te bevragen inzake de capaciteit van elke betrokken locatie om te beantwoorden aan de voorwaarden bedoeld in artikel 11 § 4°, 6° en 7°.

"De comités die het enkel advies niet binnen die termijn uitbrengen" – hiermee worden bedoeld de ethische comités die bevoegd zijn om een deeladvies uit te brengen of geassocieerde comités – kunnen hun opmerkingen overzenden aan het ethisch comité dat bevoegd is om het enkel advies te geven (art. 11 § 7, tweede lid, laatste zin). Deze onduidelijk geformuleerde bepaling – de Franse versie drukt iets duidelijker de bedoeling uit – kwam tot stand na een amendement teneinde deze ethische comités ertoe aan te zetten hun opmerkingen reeds binnen de termijn van 20 dagen door te geven aan het ethisch comité dat het enkel advies zal uitbrengen (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, nr. 66 en 0798/006, 47).

Na verloop van de termijn van 20 dagen beschikken de comités die het enkel advies niet uitbrengen over een termijn van 5 dagen om een antwoord te zenden aan het ethisch comité dat het enkel advies uitbrengt. Ze aanvaarden of weigeren, zonder dat ze een voorstel tot wijziging kunnen voorleggen behalve op de onderwerpen bedoeld in artikel 11 § 4, 7° (de schriftelijke informatie bestemd voor de deelnemers en de procedure voor het bekomen van de voorgelichte toestemming). Indien het antwoord het bevoegde comité niet binnen deze termijn bereikt, kan de proef niet worden uitgevoerd op de locatie waaraan het ethisch comité dat niet (tijdig) een deeladvies heeft uitgebracht, is verbonden (art. 11 § 7, laatste lid).

Na het einde van de termijn van 5 dagen waarover de ethische comités beschikken voor het uitbrengen van een deeladvies, beschikt het ethisch comité dat het enkel advies uitbrengt nog over een termijn van 3 dagen om dit enkel advies aan de onderzoeker bekend te maken met kopie aan de comités verbonden aan de andere locaties waar het experiment plaatsvindt (art. 11 § 8).

Samenvattend is de maximale termijn van 28 dagen als volgt samengesteld: 20 dagen voor het ethisch comité dat het enkel advies zal uitbrengen, 5 dagen voor de ethische comités die de deeladviezen zullen uitbrengen (met dien verstande dat deze comités reeds hun advies eerder, binnen de eerste 20 dagen, kunnen uitbrengen) en 3 dagen voor het bekendmaken van het enkel advies aan de onderzoeker en de andere comités.

7. *Juridische waarde van het advies*

1061 Een experiment mag slechts beginnen op voorwaarde dat de opdrachtgever en de onderzoeker in het bezit zijn van een gunstig advies van een ethisch comité (art. 10, eerste lid Medische experimentenwet). Is het advies van het ethisch comité ongunstig, dan mag het experiment niet worden aangevat. In die zin is een ongunstig advies van het ethisch comité een bindend advies. Ook een gunstig advies is bindend voor de opdrachtgever en de onderzoeker in de zin dat hij geen wijzigingen mag aanbrengen aan het protocol waarover het ethisch comité een gunstig advies heeft gegeven (in verband met wijzigingen aan het protocol, zie verder, nr. 1105).

Een gunstig advies is echter niet bindend in de mate dat de opdrachtgever en/of de onderzoeker autonoom beslissen om het experiment aan te vatten of het verder te zetten. Noch de opdrachtgever noch de onderzoeker is verplicht het experiment waarvan het protocol een gunstig advies heeft bekomen, te voeren.

K.B. 12 augustus 1994 dat de samenstelling en de werking van de ethische comités in ziekenhuizen regelt, bepaalt dat de adviezen van zo'n comité "niet bindend" zijn. Zo bekeken houdt de Medische experimentenwet een belangrijke wijziging. Toch is het overdreven te stellen dat het oordeel van de ethische comités betreffende klinische proeven die onder de toepassing vallen van de Richtlijn 2001/20 "bindend" is (in deze zin: "Ethische commissies – Richtlijn 2001/20", 15 november 2003, *T. Orde Geneesh.* 2004, nr. 103, 5). Het is slechts bindend indien het ongunstig is. Ook de "ernstige consequenties" in het vlak van de aansprakelijkheid van de ethische comités die de Nationale raad verbindt aan het bindend karakter moeten worden genuanceerd. Dat het nooit is uitgesloten dat proefpersonen-slachtoffers het ethisch comité in het geding betrekken heeft niet zozeer te maken met het bindend karakter van het advies – een gunstig advies is niet bindend – maar met de belangrijke invloed die uitgaat van een gunstig advies bij het nemen van de beslissing een experiment aan te vatten of verder te zetten. Dat een ongunstig advies thans een bindend karakter heeft in tegenstelling tot vroeger heeft wel gevolgen omdat het experiment niet kan worden aangevat terwijl dat vroeger, althans in theorie, wel zou hebben gekund. Het is, zoals de Nationale raad vreest, niet uitgesloten dat de aanvrager van een klinische proef een schadeclaim zou instellen wanneer de door hem voorgestelde klinische proef door het ethisch comité wordt afgewezen. Ook vóór de Medische experimentenwet werd aanvaard dat een ethisch comité en de leden ervan aansprakelijk kunnen worden gesteld voor een positief of een negatief advies als alle voorwaarden ter zake (fout, schade en oorzakelijk verband) zijn vervuld. Zie uitgebreider: H. NYS, *Van ethiek naar recht?*, *a.w.*, 99-103; J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, *a.w.*, nr. 644-673; J. TER HEERDT, "Deelname aan een experiment niet zonder risico: het klassieke aansprake-

lijkheidssysteem als obstakel voor een passende schadevergoeding", noot onder Rb. Antwerpen 20 december 2002, *T. Gez.* 2003-04, 257-258.

G. GEEN MINISTERIEEL BEZWAAR

1. In het geval van proeven

1062 Indien het gaat om een proef, mag deze slechts aanvangen op voorwaarde dat de minister geen bezwaren heeft kenbaar gemaakt overeenkomstig de bepalingen van hoofdstuk IX (art. 10, tweede lid).

Zie ook: artikel 9, eerste lid richtlijn. Hoofdstuk IX Medische experimentenwet regelt de toelating van de minister in geval van een proef. De opdrachtgever die in België een proef wenst te organiseren, richt zijn verzoek per aangetekende brief aan de minister (art. 12 § 1). Artikel 12 § 2 somt de informatie op die aan dit verzoek moet worden toegevoegd:
1° de volledige kwalitatieve en kwantitatieve samenstelling van het geneesmiddel, met aanduiding van de actieve bestanddelen, in gebruikelijke bewoordingen en, als een dergelijke benaming bestaat, met de gemeenschappelijke internationale benaming die aanbevolen wordt door de Wereldgezondheidsorganisatie;
2° een chemisch-farmaceutisch dossier waarvan de inhoud door de Koning vastgesteld wordt behalve in geval van een niet-commerciële proef die betrekking heeft op een reeds geregistreerd geneesmiddel (art. 31 § 2, eerste lid). Indien het geneesmiddel evenwel niet in België geregistreerd is doch indien een vergunning voor een geneesmiddel met dezelfde kwalitatieve en kwantitatieve samenstelling qua actieve bestanddelen toegekend is in een andere lidstaat van de Europese Unie, in een lidstaat van de Europese Economische Ruimte of in een staat waarmee de Europese Gemeenschap passende overeenkomsten gesloten heeft die verzekeren dat de producent van het geneesmiddel de productienormen van geneesmiddelen naleeft die minstens gelijkwaardig zijn aan de normen die door de Europese Gemeenschap vastgelegd zijn, mag het chemisch-farmaceutische dossier vervangen worden door een officiële verklaring van de bevoegde overheid van die staat;
3° een attest dat verzekert dat bij de productie van het betrokken geneesmiddel de normen en de richtlijnen van productie van geneesmiddelen die opgenomen zijn in bijlage 2 van het K.B. van 6 juni 1960 betreffende de fabricage, de bereiding en distributie in het groot en de terhandstelling van geneesmiddelen kunnen worden nageleefd;
4° het protocol;
5° het onderzoekersdossier.

1063 De minister beschikt over een termijn van maximum 15 dagen om aan de opdrachtgever mee te delen dat hij gemotiveerde bezwaren heeft tegen de aanvang van de proef in het geval van een monocentrische proef van fase I en over een termijn van maximum 28 dagen voor de andere proeven (art. 13 § 1).

In de Memorie van Toelichting wordt over deze termijnen opgemerkt dat deze "vanzelfsprekend gelijk zijn aan deze die de ethische commissies worden opgelegd vermits op het gebied van klinische proefnemingen beide termijnen vereist zijn" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 38). Daarmee wordt wellicht ook bedoeld dat beide termijnen parallel kunnen lopen en dat de minister niet moet wachten tot het ethisch comité een advies heeft uitgebracht (in die zin: *Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 49: "de minister bevestigt dat beide termijnen parallel kunnen lopen"; art. 6, lid 5 richtlijn bepaalt dat de ethische commissie over een termijn van ten hoogste 50 dagen beschikt om haar gemotiveerd oordeel aan de bevoegde instantie (in België: de Minister van Volksgezondheid) mede te delen. Dit kan de indruk wekken dat het de bedoeling is dat de bevoegde instantie pas aanvangt met het onderzoek, wanneer het ethisch comité haar advies heeft afgeleverd; H. Nys, *t.a.p.*, 365, nr. 70). Deze termijnen vangen aan bij de ontvangst van het verzoek dat aan de vormvereisten beantwoordt, op voorwaarde dat de in artikel 30 bedoelde bijdrage is betaald (art. 13 § 1). Onder voorbehoud van de toepassing van artikel 31 § 5 (niet-

commerciële proeven) is het verzoek om toelating door de minister slechts ontvankelijk voorzover het bewijs van toelating van de bijdrage, zoals bepaald door de Koning, hierbij is gevoegd (art. 30 § 1). De verplichting een bijdrage te betalen wordt nog eens herhaald in artikel 30 § 2, eerste lid. Deze bijdrage wordt aan het R.I.Z.I.V. gestort, ten voordele van het budget van de administratiekosten (art. 30 § 2, tweede lid). Van dit bedrag wordt 25 % overgemaakt aan de F.O.D. Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu voor de financiering van de opdrachten toegekend door de Medische experimentenwet (art. 30 § 2, derde lid). De overige 75 % zijn bestemd voor de ethische comités (art. 30 § 2, vierde lid). De Koning kan jaarlijks de verdeelsleutel 25 %/75 % herzien (art. 30 § 2, zesde lid). De Koning bepaalt het bedrag van de bijdrage die aan het R.I.Z.I.V. moet worden betaald (art. 30 § 4).
De termijn van 15 resp. 28 dagen is ook in dit geval korter dan de door de richtlijn toegelaten maximum termijn. Artikel 9, vierde lid richtlijn bepaalt dat de behandeling door de bevoegde instantie van een naar behoren opgesteld verzoek om toelating zo snel mogelijk dient te gebeuren en niet langer mag duren dan 60 dagen. Met betrekking tot deze termijn hebben de lidstaten wel de uitdrukkelijke bevoegdheid om een termijn van minder dan 60 dagen vast te leggen, indien dit strookt met de gebruikelijke praktijk (in die zin ook: R.v.St., *Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 81). Ook kan de bevoegde instantie voor het einde van de termijn meedelen dat zij geen bezwaren heeft. In zijn advies wees de Raad van State er op dat niet ondubbelzinnig blijkt wat het gevolg is van het eventuele overschrijden van de termijn door de minister. Enerzijds bepaalt artikel 10, tweede lid dat de klinische proef slechts aangevangen mag worden als de promotor "in het bezit is van een toelating van de bevoegde overheid" hetgeen de indruk kan wekken dat een uitdrukkelijke beslissing steeds vereist is en dat de termijn m.a.w. slechts een termijn van orde is. Anderzijds worden in artikel 17 (zie verder, nr. 1069) twee gevallen opgesomd waarin een schriftelijke vergunning is vereist, hetgeen de indruk wekt dat in alle andere gevallen met de klinische proef begonnen kan worden als binnen de termijn geen bezwaren zijn gemaakt door de minister of zijn gemachtigde. Uit overweging 11 van de richtlijn blijkt bovendien dat het de bedoeling is dat, als de bevoegde overheid binnen de termijn geen gemotiveerde bezwaren kenbaar maakt, in beginsel met de proef begonnen kan worden (art. 9, eerste lid, tweede al. richtlijn).
Op grond van artikel 13 § 2 kan de Koning de modaliteiten bepalen m.b.t. een versnelde procedure volgens dewelke de minister betreffende een experiment dat geen proef van fase I uitmaakt, over een termijn van maximum 15 dagen beschikt om aan de opdrachtgever mee te delen dat hij geen bezwaar heeft tegen de aanvang van de proef.
De termijnen van 15 resp. 28 dagen kunnen met 30 dagen verlengd worden in de gevallen van proeven die betrekking hebben op geneesmiddelen voor gentherapie en somatische celtherapie, alsmede op alle geneesmiddelen die genetisch gewijzigde organismen bevatten. Bovendien kan deze termijn nog eens met 90 dagen verlengd worden in geval van raadpleging van de Adviesraad voor Beveiliging, bedoeld in artikel 2 K.B. 18 december 1998 tot reglementering van de doelbewuste introductie in het leefmilieu evenals van het in de handel brengen van genetisch gemodificeerde organismen of producten die er bevatten (art. 13 § 3). Er bestaat geen beperking van de termijn voor xenogene celtherapie (art. 13 § 4).

1064 De minister spreekt zich ter gelegenheid van het onderzoek van het protocol en van het onderzoeksdossier met het oog op het al dan niet maken van gemotiveerde bezwaren tegen de proef enkel uit over de punten die verband hebben met de kwaliteit van het geneesmiddel. De overige punten maken het voorwerp uit van een advies van het ethisch comité (art. 14 Medische experimentenwet).

De Raad van State vroeg zich af of deze bepaling wel in overeenstemming is met de richtlijn vermits die in de mogelijkheid voorziet van "gemotiveerde bezwaren" vanwege de bevoegde nationale instantie, zonder deze te beperken tot bezwaren inzake de "kwaliteit van het geneesmiddel" (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 82). Deze kritiek werd herhaald in de bevoegde Kamercommissie. De minister was van oordeel dat het hier om twee duidelijk gescheiden domeinen gaat. Het artikel heeft als doel te vermijden dat een dubbel advies wordt gegeven over dezelfde materies. Daarom behoudt de minister zijn bevoegdheid over de kwaliteit van het geneesmiddel terwijl het ethisch comité zich buigt over de ethische aspecten van het onderzoek. Daardoor

kunnen de termijnen ook tegelijkertijd lopen (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 50-51). De Medische experimentenwet maakte geen gebruik van de mogelijkheid die wordt geboden door artikel 6, lid 4 richtlijn om de beoordeling van een aantal technische elementen (met name compensatie en/of schadevergoeding, verzekering of andere waarborgen om de aansprakelijkheid van de onderzoeker of de opdrachtgever te dekken en de beloning/vergoeding van onderzoekers en proefpersonen) niet door de ethische comités maar door de minister te laten verrichten.

1065 De minister houdt, bij het onderzoek van het dossier, rekening met het feit dat reeds een toelating werd toegekend voor dezelfde proef door de bevoegde overheid van een andere lidstaat of van een lidstaat die deel uitmaakt van de Europese Economische Ruimte (art. 15 Medische experimentenwet).

Een amendement om deze verplichting te wijzigen in een mogelijkheid werd niet goedgekeurd (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, nr. 50 en 0798/006, 51).

1066 De toelating voor de uitvoering van de proef wordt desgevallend afgeleverd zonder afbreuk te doen aan de toepassing van K.B. 18 december 1998 tot reglementering van de doelbewuste introductie in het leefmilieu evenals van het in de handel brengen van genetisch gemodificeerde organismen of producten die er bevatten (art. 18 Medische experimentenwet; art. 9, lid 7 richtlijn).

1067 Indien de minister de opdrachtgever kennis heeft gegeven van gemotiveerde bezwaren, kan deze de inhoud van zijn vraag éénmaal wijzigen, rekening houdend met de bezwaren. De termijn binnen welke de minister zich uitspreekt wordt geschorst vanaf het ogenblik waarop hij de gemotiveerde bezwaren aan de aanvrager heeft bekendgemaakt. Indien de opdrachtgever zijn verzoek niet binnen de termijn van één maand wijzigt, dan wordt het verzoek geacht te zijn afgewezen (art. 16 Medische experimentenwet).

Artikel 9, derde lid richtlijn bevat een analoge bepaling maar bepaalt geen termijn waarbinnen de aanvraag moet worden gewijzigd. Om de rechtsonzekerheid niet te verlengen werd in de wettekst een termijn opgenomen (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 38).

2. In het geval van experimenten

1068 Zo het experiment betrekking heeft op "medische voorzieningen" kan het experiment pas aanvangen als de minister er, na afloop van een procedure waarvan de Koning de voorwaarden heeft vastgesteld, geen bezwaren tegen heeft geuit (art. 10, derde lid).

Deze bepaling komt voort uit een amendement (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, nr. 74) dat geen enkele verantwoording bevatte. Het is niet duidelijk wat met "medische voorzieningen" (*dispositif médical*) precies wordt bedoeld.

H. MINISTERIËLE TOELATING VOOR BEPAALDE PROEVEN

1069 In een aantal gevallen volstaat voor een proef niet de afwezigheid van gemotiveerde bezwaren van de minister voor het verstrijken van een termijn

(zie boven, nr. 1062), maar is een schriftelijke toelating van de minister nodig alvorens de proef aan te vangen.

Dit is het geval voor proeven met geneesmiddelen waarvoor geen vergunning voor het in de handel brengen in de zin van artikel 1 § 1 K.B. 3 juli 1969 betreffende de registratie van geneesmiddelen voorhanden is en die vermeld worden in een lijst die door de Koning wordt opgesteld (art. 17, eerste lid; art. 9, vijfde lid richtlijn).
Proeven die betrekking hebben op geneesmiddelen voor gentherapie, somatisch celtherapie, met inbegrip van xenogenceltherapie, alsook de geneesmiddelen die genetisch gewijzigde organismen bevatten, worden eveneens onderworpen aan een voorafgaande schriftelijke toelating alvorens deze aangevat worden (art. 17, derde lid; art. 9, zesde lid richtlijn).

De Koning kan die verplichting tevens opleggen voor andere geneesmiddelen met bijzondere kenmerken, zoals geneesmiddelen waarvan het actieve bestanddeel/de actieve bestanddelen hetzij een biologisch product is/zijn van menselijke of dierlijke oorsprong omvat/omvatten, of waarvan de fabricage dergelijke bestanddelen vergt (art. 17, tweede lid; art. 9, vijfde lid richtlijn).

I. TUSSENKOMST VAN EEN GEKWALIFICEERD BEROEPSBEOEFENAAR

1070 De zorg verstrekt aan de deelnemers aan het experiment en de beslissingen die hen betreffend worden genomen moeten vallen onder de verantwoordelijkheid van een gekwalificeerde beoefenaar conform de bepalingen van de W.U.G. (art. 5, 8° Medische experimentenwet).

Het is niet zonder meer duidelijk wat hier wordt bedoeld met een gekwalificeerd beoefenaar conform de bepalingen van de W.U.G. Artikel 3, derde lid richtlijn is specifieker vermits daar sprake is van een gekwalificeerde arts werkzaam in de gezondheidszorg of, indien van toepassing, van een gekwalificeerde tandarts. De Medische experimentenwet heeft het beschermingsniveau voor de proefpersonen verlaagd door de verantwoordelijkheid niet duidelijk aan een arts of tandarts toe te vertrouwen.

J. VERZEKERING EN DEKKING VAN DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ONDERZOEKER EN DE OPDRACHTGEVER

1071 De verzekering en dekking van de aansprakelijkheid van de onderzoeker en de opdrachtgever moeten worden georganiseerd overeenkomstig de bepalingen van artikel 29 (art. 5, 9° Medische experimentenwet; zie ook: art. 3, tweede lid, f richtlijn).

1. Foutloze aansprakelijkheid

1072 De opdrachtgever is, zelfs foutloos, aansprakelijk voor de schade die de deelnemer en/of zijn rechthebbenden opliepen en die een rechtstreeks dan wel indirect verband met de proeven vertoont; iedere contractuele bepaling tot beperking van deze aansprakelijkheid wordt nietig geacht (art. 29 § 1 Medische experimentenwet).

Zie over de foutloze aansprakelijkheid voor schade bij medische experimenten: J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd*, a.w., in het bijzonder nr. 769-805; J. DUTE, M. FAURE en H. KOZIOL,

Liability for insurability of biomedical research with human subjects in a comparative perspective, Wien, Springer, 2004, 445 p.

Zie ook: artikel 19, eerste lid richtlijn dat bepaalt dat de richtlijn de wettelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid van de opdrachtgever en de onderzoeker onverlet laat.

Vóór de Medische experimentenwet van kracht werd, diende een proefpersoon in beginsel een fout aan te tonen (Rb. Antwerpen 20 december 2002, *T. Gez.* 2003-04, 251, noot J. TER HEERDT, "Deelname aan een experiment niet zonder risico; het klassieke aansprakelijkheidssysteem als obstakel voor een passende schadevergoeding").

2. *Verzekeringsplicht*

1073 Alvorens het experiment aan te vatten moet de opdrachtgever een verzekering afsluiten die de in vorig nr. vermelde aansprakelijkheid dekt, evenals die van iedere bij de proef tussenkomende persoon, ongeacht het soort banden dat er bestaat tussen de interveniënt, de opdrachtgever en de deelnemer. Te dien einde moet de opdrachtgever of een wettelijke vertegenwoordiger van de opdrachtgever in de Europese Unie gevestigd zijn (art. 29 § 2 Medische experimentenwet; zie ook: art. 19, eerste lid richtlijn). Zie in verband met de verzekeringsplicht: J. TER HEERDT, *a.w.*, nr. 778-883.

1074 Voor de toepassing van artikel 29 kunnen de deelnemer of diens rechthebbenden de verzekeraar rechtstreeks in België dagvaarden voor de rechter van het ressort waarin zich het feit heeft voorgedaan waaruit de schade is ontstaan, voor de rechter van de woonplaats van de deelnemer dan wel voor de rechter van het ressort waar zich de zetel van de verzekeraar bevindt.

Behalve in de door de Koning vastgestelde gevallen, kan de verzekeraar aan de deelnemer of aan de rechthebbenden geen enkele nietigheid, geen enkel verweer of verval tegenwerpen die uit de wet of uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeien (art. 29 § 3 Medische experimentenwet).

K. GRATIS TERBESCHIKKINGSTELLING VAN HET GENEESMIDDEL

1075 Bij een proef worden de geneesmiddelen voor onderzoek en, invoorkomend geval, de hulpmiddelen om ze toe te dienen, door de opdrachtgever gratis ter beschikking gesteld (art. 24 § 7 Medische experimentenwet; art. 19, tweede lid richtlijn).

De opdrachtgever van een niet-commerciële proef die betrekking heeft op een reeds geregistreerd geneesmiddel geniet van een uitzondering op de verplichting opgelegd door artikel 24 § 7 wanneer hij op elk moment kan aantonen dat het geneesmiddel in elk geval zou zijn voorgeschreven door de behandelend arts als de patiënt niet aan de proef was onderworpen. De opdrachtgever die van deze mogelijkheid gebruik maakt, deelt dit mee aan het R.I.Z.I.V. (art. 31 § 2, tweede lid).

Zie in dit verband ook: artikel 34 Z.I.V.-Wet 1994 dat bepaalt dat de verzekering voor geneeskundige verzorging in beginsel niet tussenkomt in prestaties verricht in het kader van wetenschappelijk onderzoek of van klinische proefnemingen, tenzij onder de voorwaarden bepaald door de Koning, na advies van het Verzekeringscomité.

§ 2. Bijzondere beschermingsmaatregelen

A. BIJZONDERE BEPALINGEN VOOR DE BESCHERMING VAN MINDERJARIGEN

1076 Artikel 7 Medische experimentenwet bevat de voorwaarden waaronder een experiment met minderjarigen is toegelaten. Deze voorwaarden gelden onverminderd de naleving van de in artikel 5 en artikel 6 bepaalde voorwaarden (art. 7, eerste lid). Op de vraag waarom niet naar artikel 4 wordt verwezen, antwoordde de minister "dat artikel 4 uiteraard ook van toepassing is op experimenten op minderjarigen, net als alle artikelen van algemene aard" (*Parl. St.* Senaat 2003-04, 3-585/3, 36).

1. Geïnformeerde toestemming van de ouders of de voogd

1077 De geïnformeerde toestemming van de ouders die het wettelijk gezag over de minderjarige uitoefenen of, zo die er niet zijn, van de voogd van de minderjarige is vereist (art. 7, 1°). Deze toestemming moet de veronderstelde wil van de minderjarige uitdrukken en kan op elk moment worden ingetrokken zonder dat de minderjarige daardoor enig nadeel ondervindt (art. 7, 1°, derde lid en art. 6 § 3; art. 4, a richtlijn). Gelet op artikel 6 § 1, tweede lid moet deze toestemming schriftelijk worden gegeven.

De minderjarige wordt betrokken bij de uitoefening van dit recht, rekening houdend met zijn leeftijd en zijn graad van maturiteit. Daartoe ontvangt de minderjarige, voorafgaand aan het experiment, van pedagogisch gekwalificeerd personeel de informatie die is aangepast aan zijn begripsvermogen (art. 7, 1°; art. 4, b richtlijn).

2. Naleving van de uitdrukkelijke wil van de minderjarige

1078 In de mate waarin de minderjarige in staat is zich een oordeel te vormen en de informatie te evalueren wat betreft zijn deelname aan het experiment, zijn weigering eraan deel te nemen of zijn wens zich terug te trekken, moet de uitdrukkelijke wil van deze minderjarige eveneens worden onderzocht en nageleefd door de onderzoeker (art. 7, 1° tweede lid).

Het is niet meteen duidelijk of de uitdrukkelijke wil van de minderjarige alleen maar betrekking kan hebben op de weigering of de terugtrekking (zoals in art. 4, c richtlijn) dan wel ook op de deelname zelf. Dat laatste lijkt evenwel de bedoeling en in dit opzicht gaat de Medische experimentenwet een stap verder dan de richtlijn. Hoe dan ook is naast de toestemming van de minderjarige ook die van zijn ouders of de voogd vereist. Zie in verband met deze bepaling ook: H. NYS, *a.w.*, 359, nr. 32.

3. Rechtstreeks verband met de klinische toestand van de minderjarige

1079 Het experiment moet rechtstreeks verband houden met de klinische toestand van de minderjarige deelnemer (art. 7, 2°; art. 4, e, *in fine* richtlijn).

4. Uitvoering enkel mogelijk met minderjarigen

1080 Indien het experiment geen rechtstreeks verband houdt met de klinische toestand van de minderjarige (zie boven, nr. 1079) is het niettemin toch toegelaten wanneer het van aard is dat het enkel met minderjarigen kan worden uitgevoerd (art. 7, 2°; art. 4, e, *in fine* richtlijn).

Het experiment moet dan bovendien enig voordeel inhouden voor de groep van patiënten (art. 7, 3° *in fine*; art. 4, e richtlijn).

1081 Voor een goed begrip van de voorwaarden vermeld in nr. 1079 en nr. 1080 is het zinvol overweging 3 van de richtlijn die verband houdt met proeven op minderjarigen van naderbij te bekijken.

Na te hebben gesteld dat personen die zelf niet bekwaam zijn om toestemming te geven, als regel alleen bij klinische proeven mogen worden betrokken als er redenen zijn om aan te nemen dat het onmiddellijk voordeel van de verstrekking van het geneesmiddel voor de betrokken patiënt groter is dan de risico's – met andere woorden wilsonbekwamen mogen enkel worden betrokken in klinische proeven waarvan ze zelf als patiënt voordeel van kunnen ondervinden – wordt het volgende gezegd: "klinische proeven met kinderen blijven evenwel noodzakelijk om de behandeling van deze bevolkingsgroep te verbeteren. Kinderen vormen namelijk een kwetsbare bevolkingsgroep die zich qua ontwikkeling, fysiologie en psychologie van volwassenen onderscheidt waardoor leeftijds- en ontwikkelingsgebonden onderzoek voor deze bevolkingsgroep belangrijk is. Geneesmiddelen voor kinderen, met inbegrip van vaccins, dienen wetenschappelijk te worden getest alvorens voor gebruik worden verspreid". Uit het gebruik van het woord "evenwel" en het herhaald gebruik van de term "bevolkingsgroep" (i.p.v. patiënten) kan worden afgeleid dat het de bedoeling is om klinische proeven bij minderjarigen die niet in het directe belang zijn van de proefpersoon mogelijk te maken. De woorden "groep patiënten" in artikel 4, e richtlijn en bij uitbreiding in artikel 7, 3 *in fine* Medische experimentenwet zouden in het licht van deze overweging dan ook moeten worden begrepen als de groep patiënten behorend tot de bevolkingsgroep van de minderjarigen of deze bevolkingsgroep tout court, en niet als groep van patiënten die deelnemen aan het onderzoek. Deze opvatting vindt ook steun in de Toelichtingen bij de amendementen in het rapport LIESE. In eerste lezing had het Europees Parlement verlangd dat onderzoek met proefpersonen die niet in staat zijn geïnformeerde toestemming te geven verboden dient te zijn als het onderzoek voor de betrokkenen niet van rechtstreeks nut is (Wetgevingsresolutie *PB. C.* 7 december 1998). De Raad van ministers had dit amendement afgewezen omdat de bescherming van deze proefpersonen in het nationale recht moet worden geregeld. LIESE was het met dat standpunt van de Raad niet eens maar meende ook dat het parlement zijn amendement diende te veranderen want "de betrokkenheid van kinderen bij klinische studies is dringend noodzakelijk. Vele geneesmiddelen die automatisch aan volwassenen worden verstrekt zijn officieel niet toegelaten voor kinderen. Dat komt omdat er te weinig klinische proeven voor kinderen zijn. Dit heeft dikwijs ernstige gevolgen (...). Dat kan grote nadelen hebben voor zieke kinderen (...). De medische behandeling van kinderen kan dus beter, doelgerichter en met minder bijwerkingen verlopen als er klinische studies worden uitgevoerd". Gelet op het eerder ingenomen restrictieve standpunt van het parlement kan dit enkel worden begrepen als een pleidooi om klinische proeven met kinderen zonder dat die daar zelf rechtstreeks voordeel van ondervinden, toe te laten. Dit leidt tot het besluit dat de Richtlijn klinische proeven met minderjarigen die daarvan zelf geen rechtstreeks voordeel van kunnen ondervinden, toelaat.

De Verklaring van Helsinki bepaalt dat minderjarigen slechts in een onderzoek mogen worden

betrokken wanneer dat onderzoek onontbeerlijk is voor de verbetering van de gezondheid van de groep waartoe zij behoren (art. 24).
E.V.R.M.B. stelt als regel dat personen die niet in staat zijn toestemming te verlenen slechts mogen deelnemen aan onderzoek waarvan de resultaten een werkelijk en rechtstreeks voordeel kunnen hebben voor de gezondheid van deze proefpersonen (art. 17, eerste lid, ii). Het tweede lid van artikel 17 voorziet een uitzondering op deze regel. Dergelijke personen mogen wel deelnemen aan onderzoek dat naar verwachting geen rechtstreeks voordeel zal hebben voor hun gezondheid als twee bijkomende (naast de in art. 17 eerste lid gestipuleerde) voorwaarden vervuld zijn. De eerste voorwaarde is dat het onderzoek erop gericht dient te zijn voordelen te behalen voor personen die behoren tot dezelfde leeftijdscategorie als de proefpersonen of die lijden aan dezelfde aandoening als de proefpersonen. De tweede voorwaarde is dat het onderzoek slechts een minimaal risico en een minimale belasting voor de proefpersonen inhoudt. Als voorbeeld van een dergelijk onderzoek met minimaal risico en minimale belasting wordt in het toelichtend rapport het nemen van een staal bloed bij een kind genoemd (nr. 111 en nr. 114). Of het toedienen van een geneesmiddel voor onderzoek bij een minderjarige aan deze voorwaarde voldoet, kan worden betwijfeld. Dat zou betekenen dat het E.V.R.M.B. op dit punt strenger is dan de richtlijn. Daar waar deze laatste klinische proeven op minderjarigen die daarvan zelf geen rechtstreeks voordeel zullen genieten toelaat, lijkt de conventie dergelijke proeven onmogelijk te willen maken.

1082 Hoewel de Medische experimentenwet de formulering van de richtlijn niet letterlijk heeft overgenomen, stemt zij wel overeen met de bedoeling ervan. Experimenten met minderjarigen zijn geoorloofd wanneer zij in het rechtstreeks belang zijn van de minderjarige proefpersoon. Is dit niet het geval dan moet het experiment van die aard zijn dat het enkel met minderjarige proefpersonen kan worden uitgevoerd en moet het een voordeel inhouden voor de bevolkingsgroep van minderjarigen (groepsbelang).

5. *Bevestiging van resultaten van klinische proeven met wilsbekwame proefpersonen of van andere onderzoeksmethoden*

1083 Het experiment dient van essentieel belang te zijn om de resultaten te kunnen bevestigen van klinische proeven met personen die wel hun toestemming gegeven hebben of van andere onderzoeksmethoden (art. 7, 3°; art. 4, e richtlijn).

Ten onrechte spreekt artikel 7, 3° Medische experimentenwet enkel van klinische proeven. Hier had ook experimenten moeten staan.

6. *Evenredigheidseis*

1084 De door de deelnemer genomen (lees: gelopen; encourus in Franse versie) en in de huidige stand van de wetenschappelijke kennis voorzienbare risico's zijn niet buiten verhouding t.a.v. het voor die persoon verhoopte voordeel (art. 7, 4°).

De eis van evenredigheid tussen risico's en voordelen wordt in de richtlijn niet afzonderlijk vermeld voor minderjarigen, wellicht omdat deze eis reeds deel uitmaakt van de algemene beschermingsvoorwaarden. In het wetsontwerp kwam de evenredigheidseis evenmin voor. Artikel 7, 4° spruit voort uit een amendement (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/005, amendement nr. 96). De laatste woorden in artikel 7, 4° kunnen de indruk doen ontstaan dat er steeds een voordeel moet kunnen worden verwacht door de deelnemer. Dat zou dan in strijd zijn met hetgeen in nr. 1082 werd geconcludeerd en minder ver gaan dan de richtlijn toelaat.

7. Minimale pijn, ongemak, angst en risico

1085 Het experiment moet dusdanig zijn opgezet dat pijn, ongemak, angst en elk ander voorzienbaar risico rekening houdend met de ziekte en het ontwikkelingsstadium tot een minimum wordt beperkt en zowel de risicodrempel als de belastingsgraad specifiek worden gedefinieerd en periodiek worden herbekeken (art. 7, 5°; art. 4, g richtlijn).

8. Deskundigheid van het ethisch comité inzake kindergeneeskunde

1086 Het gunstig advies over het protocol werd gegeven door een ethisch comité dat ten minste twee artsen-specialisten in de kindergeneeskunde omvat of door een ethisch comité dat twee artsen-specialisten in de kindergeneeskunde heeft geraadpleegd over de klinische, ethische en psychosociale aspecten van het protocol die met de kindergeneeskunde verband houden (art. 7, 6°; art. 4, h richtlijn).

In het wetsontwerp volstond de aanwezigheid van tenminste een arts-specialist in de kindergeneeskunde of de raadpleging van een dergelijke arts-specialist. Een amendement ertoe strekkend een grotere bescherming te verzekeren voor de minderjarige heeft geleid tot de geldende bepaling (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/004, amendement nr. 45 en 0798/006, 39).
Artikel 4, h richtlijn eist dat het protocol werd "aanvaard" door een ethische commissie. Tussen "aanvaarding" en "gunstig advies" bestaat geen principieel verschil (zie uitvoeriger: H. Nys, *t.a.p.*, 362, nr. 58).

9. Geen aansporingen of financiële prikkels

1087 De minderjarige of zijn vertegenwoordigers hebben geen aansporingen of financiële prikkels ontvangen, met uitzondering van een vergoeding (art. 7, 7°; art. 4, a richtlijn).

I.v.m. deze vergoeding: zie boven, nr. 1050. Op een vraag waarom het verbod van financiële prikkels niet werd opgenomen onder de algemene beschermingsbepalingen antwoordde de minister dat de personen die deelnemen aan een proef nooit betaald kunnen worden (*Parl. St.* Senaat 2003-04, 3-585/3, 19).

10. Volgen van wetenschappelijke richtsnoeren van het Europees Bureau

1088 Wannneer het proeven betreft dienen de overeenkomstige wetenschappelijke richtsnoeren van het Europees Bureau voor de geneesmiddelenbeoordeling in acht te worden genomen (art. 7, 8°; art. 4, f richtlijn).

De Raad van State maakte enkele pertinente opmerkingen bij deze bepaling waarmee evenwel geen rekening werd gehouden. Op grond van het rechtszekerheidsbeginsel en het vereiste van de kenbaarheid van de rechtsnormen, dienen de belanghebbenden kennis te kunnen nemen van de tekst van de bedoelde wetenschappelijke richtsnoeren. Dit vereiste klemt te dezen des te meer, nu het niet-inachtnemen van die richtsnoeren tot strafsancties aanleiding kan geven (zie art. 33 § 1 van het ontwerp). Het is de Raad van State niet duidelijk of die richtsnoeren op een voor iedereen toegankelijke wijze bekendgemaakt worden. Indien dat niet het geval zou zijn, dient in het ont-

werp voorzien te worden in een regeling die bekendmaking waarborgt (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 79).
Tijdens de bespreking in de Kamercommissie werd door meerdere sprekers aangedrongen op meer rechtszekerheid. De minister zelf suggereerde een amendement in te dienen waarbij aan de Koning de bevoegdheid zou worden gegeven om te bepalen welke wetenschappelijke richtsnoeren moeten worden nageleefd. De voorzitter van de Kamercommissie verzette zich daartegen omdat dit bij K.B. regelen problemen kan veroorzaken en belangrijke vertragingen kan teweegbrengen in het onderzoek (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/006, 40).

B. BIJZONDERE BEPALINGEN VOOR DE BESCHERMING VAN TOESTEMMINGSONBEKWAME MEERDERJARIGEN

1089 Artikel 8 Medische experimentenwet bepaalt de voorwaarden waaronder een experiment met een meerderjarige die niet in staat is zijn toestemming te verlenen toegelaten is, onverminderd de voorwaarden bepaald in artikelen 5 en 6 (art. 8, eerste lid).

1. Geïnformeerde toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger

a. Beginsel

1090 Om een experiment te voeren op een meerderjarige die niet in staat is zijn toestemming te verlenen moet de toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger zijn verkregen. Deze toestemming moet de vermoedelijke wil van de deelnemer uitdrukken. Zij kan op elk ogenblik worden ingetrokken zonder dat de meerderjarige die onbekwaam is zijn wil te uiten daardoor enig nadeel ondervindt (art. 8, 1°; art. 5, a richtlijn). Rekening houdend met artikel 6 § 1, tweede lid moet zij steeds schriftelijk worden gegeven.

De meerderjarige deelnemer wordt zoveel mogelijk en in verhouding tot zijn begripsvermogen betrokken bij het nemen van een beslissing. In het bijzonder verkrijgt hij de informatie inzake het experiment, de risico's en de baten (art. 8, 1°, derde lid; art. 5, b richtlijn).
De uitdrukkelijke wil van een deelnemer die zich een mening kan vormen en de voorlichting kan beoordelen om niet of niet langer deel te nemen aan een experiment, dient te worden onderzocht en nageleefd door de onderzoeker (art. 8, 1°, vierde lid; art. 5, c richtlijn).

b. Eerbiedigen van een voorafgaande toestemming of weigering

1091 Indien een meerderjarige die niet in staat is zelf zijn geïnformeerde toestemming te geven voor een deelname aan een experiment schriftelijk zijn toestemming of weigering voor deelname aan een experiment heeft bekendgemaakt op een ogenblik waarop hij nog in staat was dat te doen, moet dit element worden onderzocht en nageleefd door de wettelijke vertegenwoordiger (art. 8, 1°, tweede lid).

Artikel 5, tweede lid richtlijn bepaalt dat deelneming aan klinische proeven door personen "die hun toestemming niet hebben gegeven of niet hebben geweigerd voordat hun rechtsonbekwaamheid is ingetreden" slechts mogelijk is onder de daarna bepaalde voorwaarden. De richtlijn lijkt hier de rechtsgeldigheid van een voorafgaande wilsverklaring te aanvaarden.

Artikel 8, 1°, tweede lid Medische experimentenwet is duidelijker dan de richtlijn in de erkenning van de principiële geldigheid van een voorafgaande toestemming of weigering deel te nemen aan een experiment. Toch maakt de wet onvoldoende het onderscheid tussen een voorafgaande toestemming en een voorafgaande weigering door in beide gevallen te bepalen dat zij moeten worden nageleefd. Een voorafgaande weigering tot deelname aan een experiment is juridisch even geldig als een actueel uitgedrukte weigering en moet worden gerespecteerd zonder dat de betrokkene daarvan enig nadeel mag ondervinden. Een voorafgaande toestemming daarentegen kan weliswaar geldig zijn maar niet-bindend in die zin dat geen onderzoeker verplicht is iemand aan een experiment te laten deelnemen waarin hij weliswaar voorafgaand in heeft toegestemd maar waarvoor hij niet in aanmerking komt als proefpersoon. De kans dat men op voorhand in een experiment toestemt waarvoor men achteraf blijkt in aanmerking te komen, is bijzonder klein. Van een plicht om een voorafgaande toestemming na te leven kan dan ook geen sprake zijn (zie boven, nr. 372; H. Nys, *a.w.*, 360-361, nr. 42-43).

c. Wettelijke vertegenwoordiger

1092 De uitdrukking "wettelijke vertegenwoordiger" in artikel 8, 1° Medische experimentenwet heeft een specifieke betekenis. Uit het vervolg van deze bepaling blijkt daar mee te zijn bedoeld de vertegenwoordiger in de zin van artikelen 13 en 14 Patiëntenrechtenwet (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/001, 34; Toelichting bij art. 8; 0798/006, 6 en 40-41; *Parl. St.* Senaat 2003-04, 3-585/3, 8).

Bij de meerderjarige die onder het statuut van verlengde minderjarigheid valt, of onbekwaam is verklaard, wordt het recht toe te stemmen tot een deelname aan een experiment uitgeoefend door zijn ouders of voogd (art. 8, 1° vijfde lid; vgl.: art. 13 Patiëntenrechtenwet; zie boven, nr. 392).

Bij de meerderjarige die niet valt onder de bepalingen van vorig lid, wordt het recht om toe te stemmen tot deelname aan een experiment uitgeoefend door een vertegenwoordiger die voorafgaand door betrokkene via een bijzondere schriftelijke volmacht gedateerd en ondertekend door beide partijen, is aangewezen (art. 8, 1° zesde lid; vgl.: art. 14 § 1 Patiëntenrechtenwet; zie boven, nr. 394).

Zonder dergelijke volmacht, wordt het recht toe te stemmen tot deelname aan een experiment uitgeoefend door de samenwonende echtgenoot, de wettelijke samenwonende partner of de feitelijk samenwonende partner (art. 8, 1°, zevende lid; vgl.: art. 14 § 2, eerste lid Patiëntenrechtenwet; zie boven, nr. 398).

Indien die er niet zijn, wordt het recht toe te stemmen tot deelname aan een experiment in dalende volgorde uitgeoefend door een meerderjarig kind, een ouder, een meerderjarige broer of zus van de betrokkene. In het geval van onenigheid tussen meerderjarige broers of zussen, wordt ervan uitgegaan dat de toestemming niet gegeven is (art. 8, 1°, achtste lid; vgl.: art. 14 § 2, tweede lid Patiëntenrechtenwet; zie boven, nr. 399).

Terecht wijkt de laatste zin van het achtste lid af van de conflictregeling die is voorzien in artikel 14 § 2, laatste lid Patiëntenrechtenwet. In het geval van een medisch experiment is er geen reden om te bepalen dat de arts/onderzoeker handelt in het belang van de wilsonbekwame patiënt.

2. Rechtstreeks verband met de klinische toestand van de meerderjarige

1093 Het experiment dient rechtstreeks verband te houden met een klinische toestand die levensbedreigend is of de gezondheid ondermijnt en waarin de deelnemende meerderjarige, die niet in staat is zijn toestemming te geven, verkeert (art. 8, 2°; art. 5, e richtlijn).

Zowel de Medische experimentenwet als de richtlijn sluiten uit dat een gezonde wilsonbekwame meerderjarige aan een experiment deelneemt of dat een wilsonbekwame meerderjarige patiënt deelneemt aan een experiment dat geen rechtstreeks verband heeft met de ziekte waaraan hij lijdt.

In overweging 4 van de richtlijn wordt gesteld: "ten aanzien van andere personen - dan minderjarigen – die niet bekwaam zijn toestemming te geven, zoals demente personen en psychiatrische patiënten, dient betrokkenheid bij klinische proeven aan nog meer restricties te worden onderworpen. Geneesmiddelen voor onderzoek mogen enkel en alleen worden verstrekt wanneer er redenen zijn om aan te nemen dat direct voordeel van de verstrekking voor de betrokken patiënt opweegt tegen de risico's". In de Toelichting bij het amendement opgenomen in het rapport LIESE wordt dezelfde opmerking gemaakt: "inschakeling van deze personen bij klinische proeven kan zinvol zijn. Hier moet echter als voorwaarde worden gesteld dat de desbetreffende preparaten van direct nut zijn voor de betrokkenen". In dit opzicht is de richtlijn trouwens het voorwerp geweest van scherpe kritiek vanuit wetenschappelijke hoek (H. VISSER, "Non-therapeutic research in the EU in adults incapable of giving consent?", *The Lancet* 2001, 818-819).
Zoals reeds gezien bij de bespreking van de toelaatbaarheid van klinische proeven bij minderjarigen, laat E.V.R.M.B. onder zeer strikte voorwaarden medisch-wetenschappelijk onderzoek bij personen die zelf geen toestemming kunnen geven voor de deelname aan dat onderzoek en dat niet rechtstreeks in hun voordeel is, uitzonderlijk toe. Omwille van de tweede voorwaarde, namelijk dat het onderzoek slechts een minimale belasting en een minimaal risico mag inhouden voor de proefpersonen hadden we ernstige twijfels of een klinische proef met een geneesmiddel bij een minderjarige door E.V.R.M.B. wel wordt toegelaten (zie boven, nr. 1081). Om dezelfde reden lijkt een klinische proef bij een meerderjarige die zelf niet kan toestemmen, eveneens uitgesloten. Als deze conclusie juist is, dan stemmen de richtlijn en E.V.R.M.B. op dit punt met elkaar overeen.

3. Bevestiging van resultaten van eerdere experimenten met wilsbekwame personen of van andere onderzoeksmethoden

1094 Het experiment is van essentieel belang om de resultaten te kunnen bevestigen van experimenten met personen die wel hun toestemming kunnen geven of van andere onderzoeksmethoden (art. 8, 2°; art. 5, e richtlijn).

4. Minimale pijn, ongemak, angst en risico. Evenredigheidseis

1095 Het experiment moet zodanig zijn opgezet dat pijn, ongemak, angst en elk ander te voorzien risico in relatie tot de ziekte en het ontwikkelingsstadium tot een minimum wordt beperkt en zowel de risicodrempel als de belastingsgraad specifiek worden gedefinieerd en periodiek worden herbekeken (art. 8, 3°; art. 5, f richtlijn).

De door de deelnemer genomen (lees: gelopen) en in de huidige stand van de wetenschappelijke kennis voorzienbare risico's zijn niet buiten verhouding ten aanzien van het voor die persoon verhoopte voordeel (art. 8, 4°; art. 5, i, I

richtlijn; merk op dat de richtlijn de term "patiënt" gebruikt, hetgeen eveneens wijst op de beperkte toelaatbaarheid van medische experimenten op wilsonbekwame meerderjarigen; zie boven, nr. 1093).

5. Specifieke deskundigheid van het ethisch comité

1096 Het gunstig advies over het protocol dient te zijn gegeven door een ethisch comité, waarvan een lid over de nodige kennis beschikt omtrent de ziekte en de betrokken populatie, of dat personen heeft geraadpleegd die kennis hebben van klinische, ethische en psycho-sociale aspecten die met die ziekte en de betrokken populatie verband houden (art. 8, 5°; art. 5, g).

6. Geen aansporingen of financiële prikkels

1097 Er mag geen sprake zijn van aansporingen of financiële prikkels met uitzondering van een vergoeding (art. 8, 6°; art. 5, d richtlijn).

7. Indien opnieuw wilsbekwaam, geïnformeerde toestemming deelnemer bekomen

1098 Indien de deelnemer opnieuw in staat is om zijn toestemming te verlenen, moet de onderzoeker onmiddellijk de verplichtingen opgelegd door artikel 6 naleven t.a.v. deze deelnemer (art. 8, 7°). Een amendement dat er toe strekte dat een deelnemer die tijdelijk onbekwaam was en opnieuw in staat is zijn wil te kennen te geven niet meer de mogelijkheid zou hebben te vragen dat zijn gegevens uit het onderzoek zouden worden weggelaten behaalde geen meerderheid, ook al werd het door de minister gesteund (*Parl. St.* Kamer 2003-04, 0798/002 en 0798/006, 42; zie over deze problematiek ook: H. NYS, *t.a.p.*).

C. BIJZONDERE BEPALINGEN VOOR DE BESCHERMING VAN PERSONEN VAN WIE DE TOESTEMMING NIET KAN WORDEN VERKREGEN WEGENS HOOGDRINGENDHEID

1099 Artikel 9 Medische experimentenwet bepaalt de voorwaarden waaronder een experiment mag worden uitgevoerd bij een persoon wiens toestemming wegens de hoogdringendheid niet kan worden bekomen. De richtlijn bevat geen bepaling als artikel 9 Medische experimentenwet, die klaarblijkelijk is ingegeven door artikel 26 van de Verklaring van Helsinki.

1. Rechtstreeks verband met de klinische toestand en bevestigen van eerdere experimenten of andere onderzoeksmethoden

1100 Het experiment houdt rechtstreeks verband met de klinische toestand die levensbedreigend is of die tot ernstige en blijvende letsels kan leiden en waarin de deelnemer, wiens toestemming niet kan worden verkregen door de hoogdringendheid verkeert, en is van essentieel belang om de resultaten te

kunnen bevestigen van experimenten met personen die wel bekwaam zijn hun toestemming te geven, of van andere onderzoeksmethodes (art. 9, 1°).

2. Minimale pijn, ongemak, angst en risico. Evenredigheidseis

1101 Het experiment is dusdanig opgezet dat pijn, ongemak, angst en elk ander te voorzien risico in relatie tot de ziekte en het ontwikkelingsstadium tot een minimum worden beperkt en zowel de risicodrempel als de belastingsgraad specifiek worden gedefinieerd en periodiek worden herbekeken (art. 9, 2°).

De door de deelnemer genomen en in de huidige stand van de wetenschappelijke kennis voorzienbare risico's zijn niet buiten verhouding ten aanzien van het voor die persoon verhoopte voordeel (art. 9, 3°).

3. Specifieke deskundigheid van het ethisch comité

1102 Het gunstige advies over het protocol is gegeven door een ethisch comité, waarvan een lid over de nodige kennis omtrent de ziekte en de betrokken populatie beschikt, of dat personen heeft geraadpleegd die kennis hebben over klinische, ethische en psychosociale aspecten die met de ziekte en de betroffen bevolking te maken hebben; het ethisch comité spreekt zich uitdrukkelijk uit over de uitzondering op de regel van de geïnformeerde toestemming voorafgaand aan het experiment (art. 9, 4°).

4. Geen aansporingen of financiële prikkels

1103 Er is geen sprake van aansporingen of financiële prikkels, met uitzondering van een vergoeding (art. 9, 5°).

5. Zodra mogelijk, toestemming

1104 De onderzoeker moet de door artikel 6 bepaalde verplichtingen tegenover de deelnemer naleven, zodra deze in staat is zijn toestemming te verlenen of tegenover zijn vertegenwoordiger, zoals bepaald in de artikelen 7, 1° en 8, 1°, van zodra het mogelijk is met hem contact op te nemen (art. 9, 6°).

§ 3. Wijzigingen in de uitvoering van een experiment

1105 Wanneer de opdrachtgever na het begin van het experiment aan het protocol substantiële wijzigingen wil aanbrengen die een effect kunnen hebben op de veiligheid van de deelnemers of kunnen leiden tot een andere interpretatie van de wetenschappelijke documenten die het verloop van het experiment onderbouwen, of indien deze wijzigingen anderszins significant zijn, meldt de onderzoeker de redenen en de inhoud van deze wijzigingen aan het (de) betrokken ethisch(e) comité(s) in een amendement, en meldt de op-

drachtgever ze bij ter post aangetekende brief aan de minister in geval van een proef.

De Koning kan een lijst van wijzigingen opstellen die als substantieel worden beschouwd (art. 19 § 1; art. 10, a richtlijn).

1106 Gaat het om een monocentrisch experiment dan analyseert het betrokken ethisch comité de aanvraag tot wijziging overeenkomstig de bepalingen van artikel 11. Als het gaat om een multicentrisch experiment dan is het ethisch comité dat het enkel advies uitbracht bevoegd (art. 19 § 2). Is het advies ongunstig dan mag het protocol niet worden gewijzigd (art. 19 § 4, eerste lid; art. 10 a, tweede lid richtlijn).

1107 In geval van een proef moet, naast het advies van het ethisch comité, ook de toelating van de minister worden bekomen. Deze onderzoekt het wijzigingsvoorstel overeenkomstig de bepalingen van artikelen 12 en 13 (art. 19 § 3). In geval van een gunstig advies en wanneer de minister geen gemotiveerde bezwaren heeft gemaakt tegen de substantiële wijzigingen, zet de opdrachtgever zijn proef voort overeenkomstig het gewijzigde protocol. In het andere geval houdt de opdrachtgever rekening met de bezwaren en past hij de geplande wijzigingen van het protocol aan die bezwaren aan of trekt hij zijn wijzigingsvoorstel in (art. 19 § 4; art. 10, a, derde lid richtlijn).

1108 Onverminderd de toepassing van de bepalingen van artikel 19 treffen de opdrachtgever en de onderzoeker de gepaste dringende veiligheidsmaatregelen om de deelnemers in alle omstandigheden tegen onmiddellijk gevaar te beschermen, met name in geval van enig nieuw feit in het verloop van het experiment wanneer dit nieuwe feit de veiligheid van de deelnemers aan het experiment in het gedrang zou kunnen brengen (art. 20 § 1).

De opdrachtgever brengt onverwijld het ethisch comité of de ethische comités en in geval van een proef, de minister op de hoogte van deze nieuwe feiten en van de maatregelen genomen in toepassing van § 1 (art. 20 § 2; art. 10, b richtlijn).

§ 4. Opschorting of verbod van het experiment. Overtreding van verplichtingen. Einde van het experiment

1109 Wanneer het ethisch comité objectieve redenen heeft om aan te nemen dat de voorwaarden voor een gunstig advies met betrekking tot de uitvoering van een experiment, niet langer vervuld zijn of wanneer het comité over informatie beschikt die aanleiding geeft tot twijfel omtrent de veiligheid of de wetenschappelijke basis van het experiment, informeert het comité de opdrachtgever en de onderzoeker, die een week tijd hebben om hun advies mede te delen.

Bij imminent gevaar kan de termijn van een week worden ingekort (art. 22 § 1). Wanneer de opdrachtgever op eigen initiatief een einde stelt aan een experiment informeert hij het bevoegde ethisch comité over het einde van het experiment binnen een termijn van 90 dagen van het einde ervan. Wanneer het experiment een proef betreft, brengt de opdrachtgever binnen dezelfde termijn eveneens de minister op de hoogte (art. 21 § 1). De termijn van 90 dagen wordt tot 15 dagen verminderd wanneer het experiment vroegtijdig moet worden stopgezet. De kennisgeving moet duidelijk de redenen voor de vroegtijdige stopzetting uiteenzetten (art. 21 § 2). De Koning kan de nadere regels inzake de communicatie over het einde van het experiment bepalen (art. 21 § 3).

Wanneer het ethisch comité na ontvangst van het advies of bij gebrek aan dergelijk advies binnen de gestelde termijn nog steeds van oordeel is dat de voorwaarden voor een gunstig advies om een experiment uit te voeren, niet meer vervuld zijn of wanneer er twijfel bestaat over de veiligheid of de wetenschappelijke basis van het experiment, brengt het comité de minister op de hoogte die het betrokken experiment kan schorsen of verbieden. Deze schorsing of dit verbod is van kracht zodra het aan de opdrachtgever ter kennis is gebracht (art. 22 § 2, eerste lid).

1110 Wanneer de minister objectieve redenen heeft om aan te nemen dat de voorwaarden van de geldige aanvraag tot vergunning voor de uitvoering van een in artikel 11 bedoeld experiment niet meer vervuld zijn of wanneer hij over informatie beschikt die twijfel doet rijzen over de veiligheid of de wetenschappelijke basis van het experiment, volgt hij dezelfde procedure.

In deze gevallen informeert de minister onmiddellijk de bevoegde overheden van de lidstaten, het betrokken ethisch comité, het Europees Bureau voor de geneesmiddelenbeoordeling evenals de Europese Commissie over zijn beslissing tot opschorting of verbod en de redenen voor deze beslissing (art. 22 § 2, tweede en derde lid; art. 12, tweede lid richtlijn).

1111 Wanneer er objectieve redenen bestaan om aan te nemen dat de opdrachtgever, de onderzoeker of enige andere bij het experiment betrokken persoon de hem opgelegde verplichtingen niet langer nakomt, brengt de minister op eigen initiatief of op voorstel van het ethisch comité de betrokkene onmiddellijk op de hoogte en geeft hij hem te kennen welke gedragslijn hij moet volgen om deze situatie te corrigeren (art. 23 § 1; art. 12, tweede lid richtlijn).

De minister informeert onmiddellijk de bevoegde overheden van de andere lidstaten en de commissie over deze gedragslijn (art. 23 § 2; art.12, tweede lid richtlijn).

Zie in dit verband ook: artikel 24 § 6 Medische experimentenwet:
Onverminderd de toepassing van de bepalingen van artikel 23 treffen de opdrachtgever evenals de onderzoeker de gepaste dringende veiligheidsmaatregelen om in alle omstandigheden de deelnemers tegen imminent gevaar te beschermen, met name in geval van elk nieuw feit in de ont-

wikkeling van het geneesmiddel voor onderzoek wanneer dit nieuwe feit de veiligheid van de deelnemers aan de proef in het gedrang zou kunnen brengen.

§ 5. Rapportage van ongewenste voorvallen en ernstige bijwerkingen

A. ONGEWENSTE VOORVALLEN

1112 Een ongewenst voorval is een schadelijk verschijnsel bij een patiënt of een deelnemer aan de behandelde groep tijdens een experiment, dat niet noodzakelijk met de behandeling verband houdt (art. 2, 9°; art. 2, m richtlijn).

Ongewenste voorvallen en/of abnormale laboratoriumwaarden die volgens het protocol voor de veiligheidsbeoordeling van cruciaal belang zijn, worden volgens de rapportageverplichtingen en binnen de in het protocol vermelde termijnen aan de opdrachtgever gerapporteerd (art. 27 § 2). De opdrachtgever houdt gedetailleerde registers bij van alle ongewenste voorvallen die hem door de onderzoeker(s) worden gerapporteerd. Deze registers worden op zijn verzoek aan de minister overgedragen wanneer de klinische proef in België wordt verricht (art. 27 § 4).

B. ERNSTIG ONGEWENSTE VOORVALLEN

1113 Een ernstig ongewenst voorval of ernstige bijwerking is een ongewenst voorval of een bijwerking die dodelijk is, levensgevaar oplevert voor de proefpersoon, opname in een ziekenhuis of verlenging van de opname noodzakelijk maak, blijvende significante invaliditeit of arbeidsongeschiktheid veroorzaakt, dan wel zich uit in een aangeboren afwijking of misvorming, en dit, wanneer het om een proef gaat, ongeacht de dosis (art. 2, 10°; art. 2, o richtlijn).

De onderzoeker rapporteert alle ernstige ongewenste voorvallen onmiddellijk aan de opdrachtgever, behalve wanneer het ernstige ongewenste voorvallen betreft waarover volgens het protocol of het onderzoeksdossier geen onmiddellijke rapportage is vereist. De onmiddellijke rapportage wordt gevolgd door gedetailleerde schriftelijke rapporten. In het eerste rapport en in de latere rapporten worden de deelnemers aangeduid met een codenummer (art. 27 § 1).

Over gerapporteerde sterfgevallen, verstrekt de onderzoeker aan de opdrachtgever en aan de erkende ethische commissie alle gevraagde aanvullende informatie (art. 27 § 3).

C. ERNSTIGE BIJWERKINGEN

1114 Zie voor de definitie van ernstige bijwerking: artikel 2, 10:

Een onverwachte bijwerking is een bijwerking waarvan de aard of de ernst niet overeenkomt met de informatie over het experiment en, wanneer het om een proef gaat, met de informatie over het product (zoals het onderzoeksdossier voor een geneesmiddel voor onderzoek waarvoor geen vergunning is afgegeven of in het geval van een geneesmiddel waarvoor een marktvergunning is afgegeven, de in de bijsluiter vervatte samenvatting van de kenmerken van het product) (art. 2, 6°; art. 2, p richtlijn).

De opdrachtgever zorgt ervoor dat alle relevante informatie over vermoedens van onverwachte ernstige bijwerkingen die tot de dood van een deelnemer hebben geleid of kunnen leiden, worden geregistreerd en zo spoedig mogelijk worden gerapporteerd aan de minister en aan de bevoegde

overheden van alle betrokken lidstaten in geval van een proef, alsmede aan het bevoegde ethisch comité, in elk geval uiterlijk zeven dagen nadat de opdrachtgever van het geval kennis heeft gekregen, en dat de relevante informatie over de gevolgen daarvan vervolgens binnen een nieuwe termijn van 8 dagen wordt meegedeeld.
Alle vermoedens van andere onverwachte ernstige bijwerkingen worden zo spoedig mogelijk aan de minister en aan de bevoegde overheden van alle betrokken lidstaten in geval van klinische proef, evenals aan het betrokken ethisch comité gerapporteerd, doch uiterlijk binnen 15 dagen nadat de opdrachtgever hiervan voor het eerst op de hoogte is gesteld.
De minister registreert alle vermoedens van onverwachte bijwerkingen waarvan hij in kennis is gesteld.
De opdrachtgever brengt ook de andere onderzoekers op de hoogte (art. 28 § 1).
Eenmaal per jaar, tijdens de volledige duur van het experiment, verstrekt de opdrachtgever aan de minister en aan het ethisch comité in België alsmede aan die van de lidstaten op het grondgebied waarvan de proef wordt uitgevoerd in geval van multicentrische proef een lijst van alle vermoedens van ernstige bijwerkingen die zich in die periode hebben voorgedaan evenals een rapport betreffende de veiligheid van de deelnemers (art. 28 § 2).
De minister zorgt ervoor, dat alle vermoedens van onverwachte ernstige bijwerkingen van een geneesmiddel voor onderzoek waarvan hij in kennis is gesteld, onmiddellijk worden opgeslagen in een Europese databank die uitsluitend toegankelijk is voor de bevoegde overheden van de lidstaten, voor het Europees Bureau en voor de commissie.
Het Europees Bureau stelt de door de opdrachtgever gerapporteerde informatie ter beschikking van de bevoegde instanties van de lidstaten (art. 28 § 3).

§ 6. Toetsing en handhaving

A. TOETSING AAN DE GOEDE KLINISCHE PRAKTIJKEN

1115 De Koning wijst inspecteurs aan die moeten nagaan of de bepalingen betreffende de Medische experimentenwet alsmede de door de Koning bepaalde goede klinische praktijken worden nageleefd. Te dien einde worden deze inspecteurs meer bepaald belast met de inspectie van de voor de uitvoering van een proef relevante plaatsen, met name: de locatie of locaties waar de proef wordt uitgevoerd, de locatie waar het geneesmiddel voor onderzoek wordt vervaardigd, de voor de proef gebruikte analyselaboratoria en/of de gebouwen van de opdrachtgever (art. 26, eerste lid).

De minister waakt over de uitvoering van de inspectie en stelt het Europees Bureau ervan op de hoogte; de inspecties worden verricht namens de Gemeenschap en de resultaten ervan worden door alle andere lidstaten erkend. In het kader van zijn bevoegdheden krachtens hoger genoemde Verordening (EG) nr. 2309/93 verzorgt het Europees Bureau de coördinatie van de inspecties. Een lidstaat kan hierbij een andere lidstaat om bijstand verzoeken (art. 26, tweede lid).

In aansluiting op een inspectie wordt een inspectieverslag opgesteld. Dit verslag moet ter beschikking van de opdrachtgever worden gehouden, met inachtneming van de bescherming van vertrouwelijke gegevens. Op een met redenen omkleed verzoek, kan het verslag aan de andere lidstaten, het betreffende ethisch comité en aan het Europees Bureau ter beschikking worden gesteld (art. 26 § 2).

De Europese Commissie kan, op verzoek van het Europees Bureau, overeenkomstig zijn bevoegdheden krachtens Verordening (EG) nr. 2309/93, of van een betrokken lidstaat, en na de betrokken lidstaten te hebben geraadpleegd, om een nieuwe inspectie verzoeken, indien de toetsing van de overeenstemming met deze wet verschillen tussen de lidstaten aan het licht brengt (art. 26 § 3).
Met inachtneming van eventuele overeenkomsten tussen de Europese Gemeenschap en derde landen kan de commissie – op een met redenen omkleed verzoek van een lidstaat of op eigen initiatief – of een lidstaat, voorstellen dat de locatie van de proef en/of de gebouwen van de

opdrachtgever en/of de fabricant in een derde land aan een inspectie wordt onderworpen. Deze inspectie wordt door de gekwalificeerde inspecteurs uit de Gemeenschap uitgevoerd (art. 26 § 4).

De gedetailleerde richtsnoeren betreffende de documentatie in verband met de proef, die het permanente dossier van de proef vormt, de archiveringsmethoden, de kwalificatie van de inspecteurs en de inspectieprocedures voor de toetsing van de overeenstemming van de proef met deze wet, worden door de Koning vastgesteld (art. 26 § 5).

B. HANDHAVING

1116 Onverminderd de toepassing van de straffen voorzien in andere wetten en, in voorkomend geval, de toepassing van tuchtmaatregelen, zal wie een inbreuk pleegt op de artikelen 5 tot 9 gestraft worden met gevangenisstraf van een maand tot twee jaar en een geldboete van 500 EUR tot 250.000 EUR of met een van deze straffen alleen.
Indien een inbreuk op hoger genoemde artikelen hetzij een ziekte die ongeneeslijk lijkt, hetzij een blijvende lichamelijke of psychische onbekwaamheid, hetzij het volledig verlies van het gebruik van een orgaan tot gevolg heeft, zal de gevangenisstraf drie maand tot drie jaar en de geldboete 1000 EUR tot 500.000 EUR bedragen (art. 33 § 1). Zie ook: artikel 33 § 2 - § 5.

Artikel 5 bepaalt de algemene beschermingsvoorwaarden waaraan een medisch experiment moet voldoen. Artikel 6 werkt de voorwaarde van de voorgelichte toestemming uit. Artikel 7 en artikel 8 bevatten bijzondere bepalingen t.a.v. medische experimenten met minderjarigen en toestemmingsonbekwame meerderjarigen en artikel 9 regelt medische experimenten in geval van hoogdringendheid.

HOOFDSTUK II

ONDERZOEK OP EMBRYO'S *IN VITRO*

1117 Onderzoek op embryo's *in vitro* wordt geregeld door de Wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*, *B.S.* 28 mei 2003, afgekort als de Embryowet (zie over deze wet: B. HANSEN, P. SCHOTSMANS en H. NYS, "De Belgische Embryowet", *Eth. Persp.* 2004, nr. 1, 55-69). De titel van deze wet is enigszins misleidend omdat niet enkel onderzoek op embryo's *in vitro* wordt geregeld (art. 3) maar ook het totstandbrengen ("aanmaken") van embryo's *in vitro* voor onderzoeksdoeleinden (art. 4) en talrijke (be)handelingen waaraan embryo's *in vitro* (niet) kunnen worden onderworpen (art. 5). Bovendien strekt het materiële toepassingsgebied van de Embryowet zich niet enkel uit tot embryo's *in vitro*, maar in bepaalde opzichten ook tot gameten, embryonale stamcellen en gametendonoren (art. 5, 3° en art. 8). Al deze bepalingen vertonen echter voldoende samenhang om ze in dit hoofdstuk samen te bespreken.

Krachtens artikel 15 treedt de Embryowet in werking op de dag dat het K.B. bedoeld in artikel 9 § 5 van die wet in werking treedt. Artikel 9 § 5 draagt de Koning op, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, de administratieve en financiële middelen die aan de Federale Commissie voor medisch en wetenschappelijk onderzoek op embryo's *in vitro*, opgericht door artikel 9 § 1 Embryowet, worden toegekend te bepalen. Dit besluit werd nog niet genomen zodat de Embryowet nog niet in werking is getreden. Vooralsnog gelden voor onderzoek op embryo's *in vitro* geen wettelijke bepalingen.

AFDELING I

WETTELIJK KADER VOOR ONDERZOEK OP EMBRYO'S *IN VITRO*

§ 1. Onderzoek op overtallige embryo's

A. BEGRIPSOMSCHRIJVINGEN

1118 Onder "overtallige embryo's" verstaat artikel 2, 3° Embryowet "een embryo dat is aangemaakt in het kader van de medisch begeleide voortplanting, maar dat niet bij de vrouw werd ingeplant". Het betreft dus steeds een embryo *in vitro*, d.w.z. "een embryo dat zich buiten het vrouwelijk lichaam bevindt" (art. 2, 2° Embryowet). Op zijn beurt wordt het embryo gedefinieerd als "cel of samenhangend geheel van cellen met het vermogen uit te groeien tot een mens" (art. 2, 1° Embryowet).

Tijdens de parlementaire bespreking werd opgemerkt "dat eenieder het erover eens is dat, bij de definitie van de term 'embryo', de potentialiteit om uit te groeien tot menselijk leven een essentieel element is. Niet-levensvatbare embryo's zijn in wezen dan ook geen embryo's in de zin van deze wet" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 119). Hiertegen kan worden ingebracht dat geen enkel embryo *in vitro* op zich het vermogen heeft uit te groeien tot een mens, waardoor de Embryowet zonder voorwerp zou zijn.

1119 Een overtallig embryo is een embryo dat door "de personen voor wie het werd aangemaakt" (zie: art. 2, 5°) met het oog op het realiseren van een ouderlijk project, werd afgestaan omdat dit ouderlijk project als afgesloten wordt beschouwd. In de definitie van overtallig embryo komt dit tot uitdrukking door het gebruik van "werd ingeplant".

In het oorspronkelijk wetsvoorstel was sprake van "is ingeplant", hetgeen later om taalkundige redenen werd vervangen door "wordt ingeplant" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 86). Om een niet te achterhalen reden werd in *Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/19 "wordt" vervangen. Wellicht is de bedoeling van het gebruik van de verleden tijd te vermijden dat embryo's worden gebruikt voor onderzoek op een ogenblik dat de procedure van medisch begeleide voortplanting nog bezig is.

1120 "Onderzoek" wordt in artikel 2, 4° gedefinieerd als "wetenschappelijke proeven of experimenten op embryo's *in vitro*".

In het wetsvoorstel werden deze woorden gevolgd door "met het oog op de ontwikkeling van biologische of medische kennis". Deze toevoeging werd geschrapt met de bedoeling iedere verwijzing naar het doel van het onderzoek te schrappen (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 79). De bedoelingen van het onderzoek vindt men in artikel 3, 1°. Wat overblijft, is niet zozeer een definitie dan wel een synoniem van onderzoek. Tijdens de bespreking in de bijzondere commissie voor bio-ethische problemen is gebleken dat er eigenlijk geen onderscheid is tussen "wetenschappelijke proeven" en "experimenten". Op de vraag van senator GALAND naar de betekenis van "proeven" (essais) antwoordde senator MONFILS "dat die term geen bijzondere betekenis heeft en niets specifieks toevoegt aan de term experimenten" (*Parl. St.* Senaat 2001/2002, 2-695, 78).

"Onderzoek" zoals bedoeld in artikel 2, 4° is gericht op het verwerven van (meer) wetenschappelijke kennis. Het onderwerpen van een embryo aan zgn. pre-implantatiediagnose (PGD) met het oog op het vaststellen van de aanwezigheid van een erfelijke aandoening of dragerschap valt niet onder deze definitie (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-659/12, 112). Dat PGD hier niet kan zijn bedoeld, volgt niet enkel uit de definitie van onderzoek maar ook het materiële "object" van het onderzoek, nl. overtallige embryo's. PGD heeft plaats op embryo's die nog het voorwerp (kunnen) zijn van een ouderlijk project. Indien omwille van het resultaat van de PGD wordt besloten niet over te gaan tot de inplanting van een embryo, heeft men te maken met een embryo dat niet beantwoordt aan de definitie van embryo in de zin van artikel 2, 2°. Op zo'n embryo mag vrijelijk onderzoek worden verricht.

B. TOELAATBAARHEIDSVOORWAARDEN

1121 Artikel 3, eerste lid Embryowet bepaalt dat onderzoek op embryo's *in vitro* is toegelaten indien aan al de voorwaarden van deze wet voldaan wordt en meer bepaald indien de zes in artikel 3 vermelde specifieke voorwaarden zijn vervuld. In de bespreking die volgt zal daarom een onderscheid worden

gemaakt tussen de algemene toelaatbaarheidsvoorwaarden en de specifieke toelaatbaarheidsvoorwaarden.

De oorspronkelijke versie van artikel 3 bepaalde de specifieke voorwaarden waaronder onderzoek met embryo's *in vitro* "geoorloofd" was. Om rekening te houden met een opmerking van de Raad van State werd "geoorloofd" vervangen door "toegelaten" (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 13-14). Volgens de Raad van State kon het gebruik van het woord "geoorloofd" de indruk wekken dat wordt voorzien in een uitzondering op een principiële strafbaarstelling. Dit bleek echter niet het geval te zijn. Het verrichten van onderzoek op embryo's *in vitro* is *de lege lata* niet strafbaar en het wetsvoorstel voorzag evenmin in een algemene strafbaarstelling. Dat neemt niet weg dat uit artikel 3 voortvloeit dat onderzoek dat niet plaatsvindt overeenkomstig de voorwaarden bedoeld in artikel 3, niet geoorloofd is. Opdat de wet daaromtrent geen enkele twijfel zou laten bestaan, suggereerde de Raad van State de inleidende zin van artikel 3 te redigeren als volgt: "Het onderzoek op embryo's *in vitro* is verboden, tenzij...", of, "het onderzoek op embryo's is enkel toegelaten, indien...". (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/16, nr. 11). De wetgever opteerde voor de tweede formule, die beter aansluit bij het uitgangspunt dat onderzoek met embryo's *in vitro* in beginsel is toegelaten, (het ja, indien-uitgangspunt) (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2 -695/18, 13).
In het oorspronkelijk voorstel werd in artikel 3 enkel verwezen naar de in dat artikel 3 vermelde voorwaarden, alhoewel dat voorstel nog andere voorwaarden, hier de algemene genoemd, bevatte.
Teneinde duidelijk te stellen dat aan alle voorwaarden van de wet moet worden voldaan werd eenparig een amendement van senator COLLA goedgekeurd dat heeft geleid tot de huidige formulering (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 101).

1. Algemene voorwaarden

a. Een gunstig advies van het plaatselijk ethisch comité

1122 Elk onderzoek op embryo's *in vitro* moet voorafgaandelijk worden voorgelegd aan het plaatselijk ethisch comité van de betrokken universitaire instelling (art. 7 § 1, eerste lid).

De adviesaanvraag dient te gebeuren door de onderzoeker, d.i. de natuurlijke persoon of natuurlijke personen die het onderzoeksprotocol ondertekent/ondertekenen en/of het onderzoek verricht/verrichten (art. 2, 6°). Samen met de onderzoeker dient ook het hoofd van het erkende laboratorium voor medisch begeleide voortplanting of voor menselijke erfelijkheid van de betrokken universitaire instelling of van de instelling die een overeenkomst heeft gesloten met een universitaire instelling, de adviesaanvraag in (art. 7 § 1, tweede lid). De adviesaanvraag bevat een gedetailleerde beschrijving van het doel, de methodologie en de duur van het onderzoek. Er wordt duidelijk vermeld of het onderzoek wordt verricht op overtallige embryo's dan wel op voor onderzoeksdoeleinden aangemaakte embryo's (art. 7 § 1, derde lid).
Het plaatselijk ethisch comité brengt zijn advies uit binnen een termijn van twee maanden vanaf de adviesaanvraag (art. 7 § 2, eerste lid). De wet voorziet geen sanctie of andere maatregel voor het geval deze termijn wordt overschreden. Evenmin is bepaald met welke meerderheid een advies wordt uitgebracht en nergens wordt de opdracht van het ethisch comité omschreven. Men mag aannemen dat die opdracht bestaat in het toetsen van de wettelijke toelaatbaarheidsvoorwaarden.

1123 Als het plaatselijk ethisch comité een ongunstig advies geeft, wordt het onderzoeksproject opgegeven (art. 7 § 2, tweede lid). Een ongunstig advies heeft derhalve een bindend karakter. De term "opgegeven" (abandonné) lijkt in te houden dat hetzelfde onderzoeksproject niet ongewijzigd bij een ander plaatselijk ethisch comité kan worden ingediend, ook al doet volgens senator

MONFILS het plaatselijk ethisch comité slechts uitspraak voor de betrokken instelling (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 183).

Een amendement inhoudende dat "een ethisch comité van een instelling met betrekking tot eenzelfde onderzoeksproject niet gebonden is door een negatief advies van een andere instelling" (lees: van het ethisch comité van een andere instelling) teneinde te vermijden dat een negatief advies een precedentwaarde zou krijgen" werd met een ruime meerderheid verworpen. Eén van de indieners van het wetsvoorstel, senator MAHOUX achtte "de kans klein dat wetenschappers van de ene instelling naar de andere instelling hollen om toch maar een gunstig advies te krijgen" (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 36).
De Embryowet voorziet niet in een mogelijkheid bezwaar of beroep aan te tekenen tegen het negatief advies van een plaatselijk ethisch comité. De indieners van het voorstel vonden dat tegen een ongunstig advies van het plaatselijk ethisch comité geen beroep mogelijk hoeft te zijn; men kon zich moeilijk voorstellen dat een onderzoek dat verworpen is door het plaatselijk comité van een universitair ziekenhuis toch kan doorgaan in dat ziekenhuis omdat een beroepsinstantie een gunstig advies heeft gegeven (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-695/1 Toelichting bij art. 7). Senator MAHOUX zag tijdens de bespreking wel wat in een formule, waarbij er tegen een negatief advies toch een beroepsmogelijkheid zou bestaan bij de Federale Commissie, die dan het onderzoeksproject zou kunnen goedkeuren met een tweederde meerderheid. Senator MONFILS bleef bij zijn afwijzend standpunt (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 177; zie in dezelfde zin: senator VANKRUNKELSVEN, 176). Het aangevoerde argument doet niet ter zake: het gaat niet om de bereidheid van de instelling, maar om de wetenschappelijke en ethische deugdelijkheid van een onderzoek. De onderzoeker heeft er een principieel belang bij dat een negatief advies kan worden getoetst, ook al kan het onderzoek zelf niet in de betrokken instelling worden uitgevoerd.

1124 Uit artikel 7 § 2, tweede lid kan *a contrario* worden afgeleid dat een gunstig advies vereist is om een onderzoeksproject uit te voeren. In het oorspronkelijk wetsvoorstel was uitdrukkelijk bepaald dat een gunstig advies van het plaatselijk ethisch comité moest worden bekomen (art. 7 § 1, eerste lid). Artikel 7 § 2, derde lid gebruikt de term "gunstig advies" (avis positif). Artikel 10 § 2 spreekt van een "positief advies" (avis positif).

b. Geen negatief advies van de Federale Commissie voor medisch en wetenschappelijk onderzoek op embryo's *in vitro*

1125 Elk onderzoek op embryo's *in vitro* moet voorafgaandelijk worden voorgelegd aan de Federale Commissie voor medisch en wetenschappelijk onderzoek op embryo's *in vitro*, verder de Commissie genoemd (art. 7 § 1, eerste lid). Daartoe moeten de onderzoeker en het hoofd van het laboratorium de adviesaanvraag (bedoeld in art. 7 § 1, tweede en derde lid) en het gunstig advies van het plaatselijk ethisch comité voorleggen aan de Commissie. Indien binnen twee maanden na de overzending de Commissie geen negatief advies heeft gegeven met een meerderheid van haar leden, dan is het onderzoeksproject toegestaan en kan het worden aangevat. De beslissing van de Commissie wordt met redenen omkleed (art. 7 § 2, derde lid).

1126 De Commissie kan niet enkel een negatief advies uitbrengen over een onderzoeksproject maar zij kan ook op grond van artikel 10 § 2 een onderzoeksproject *verbieden* waarover het plaatselijk ethisch comité een positief advies heeft uitgebracht volgens de procedure bepaald in artikel 7 § 2.

De vraag rijst of de bevoegdheid van de Commissie om een negatief advies te geven (art. 7 § 2, derde lid) en haar bevoegdheid om een project te verbieden (art. 10 § 2) inhoudelijk dezelfde bevoegdheden zijn. Klaarblijkelijk wel, vermits in artikel 10 § 2 uitdrukkelijk wordt verwezen naar de procedure bepaald in artikel 7 § 2. Het resultaat is in ieder geval hetzelfde: het project mag niet worden aangevat.

In het wetsvoorstel waren beide procedures ook reeds voorzien, een verwijzing naar artikel 7 § 2 kwam in artikel 10 § 2 niet voor. Dat kan er op wijzen dat aanvankelijk aan twee onderscheiden procedures en bevoegdheden werd gedacht. Een opmerking van senator VANKRUNKELSVEN "dat men om legistieke redenen moet vermijden om in artikel 10 hetzelfde te bepalen als in artikel 7" passeerde zonder commentaar (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 200; zie eveneens: de opmerking van senator COLLA, 205). De goedgekeurde formulering kwam tot stand na een amendement van de senatoren MONFILS en MAHOUX, dat als volgt werd verantwoord: "De huidige formulering van artikel 10 overlapt gedeeltelijk artikel 7 § 2. Het artikel moet dus duidelijker worden verwoord (zie ook het advies van de Raad van State)" (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/17, nr. 175). Hiermee werd evenwel niet tegemoet gekomen aan de kritiek van de Raad van State. De Raad van State had er op gewezen dat artikel 10 § 2, tweede lid, overlapt met artikel 7 § 2, derde lid. Die overlapping zou best worden weggewerkt door de bepaling van artikel 10 § 2 weg te laten. De bepaling vervat in het laatste zinsdeel i.v.m. de verplichting om de onderzoeker en het hoofd van het laboratorium te horen zou dan verwerkt dienen te worden in artikel 7 § 2. In plaats van deze kritiek ter harte te nemen, werd een uitdrukkelijke band gelegd tussen artikel 10 § 2 en artikel 7 § 2. Daarmee werd de overlapping bestendigd maar werd tegelijk ook duidelijk dat het om éénzelfde bevoegdheid gaat.

1127 Binnen de bijzondere commissie voor bio-ethiek bestond er zwaar verzet tegen dat een negatief advies van de Commissie een tweederde meerderheid vergde (art. 7 § 2, laatste lid). Zo vreesde senator VANKRUNKELSVEN dat "wanneer de tweederde meerderheid behouden zou blijven de Federale Commissie *de facto* vleugellam wordt gemaakt, omdat ze er zelden in zal slagen om een onderzoek tegen te houden" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 183). Zijn amendement om de tweederde meerderheid te schrappen, werd in eerste lezing nipt verworpen, nl. 8 tegen 7. Eén van de indieners hield aan de tweederde meerderheid "vermits het lokaal ethisch comité centraal moet staan. Het is pas wanneer ernstige redenen bestaan dat de beslissing van het lokale niveau ongedaan kan worden gemaakt" (*t.a.p.*). Tijdens de tweede lezing werd om louter terminologische redenen nog een amendement goedgekeurd waarin het negatief advies met een tweederde meerderheid werd bevestigd (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 39-40). Na de goedkeuring van het verslag werd nog een amendement ingediend teneinde de tweederde meerderheid te vervangen door een gewone meerderheid. Dit amendement werd als volgt verantwoord: "Deze bepaling is in tegenspraak met artikel 10, waar alle beslissingen van de commissie met een positieve meerderheid van tweederden worden genomen. In artikel 7 is slechts een derde van de stemmen nodig om een goedkeuring te bekomen" (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/23, amendement, nr. 343).

Tijdens de plenaire bespreking werd dit amendement uiteindelijk goedgekeurd, zodat de Commissie een negatief advies met een gewone meerderheid van haar leden kan uitbrengen (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/24, 4).

1128 Problematisch is wel dat de besluitvormingsprocedures voorzien in artikel 7 § 2 en artikel 10 niet concorderen. Zoals reeds besproken in het vorige nr. vergt een negatief advies dat leidt tot het niet-aanvatten van een onderzoek een gewone meerderheid van de leden van de Commissie. Artikel10 § 3 bepaalt dat voor de toepassing van artikel 10 de Commissie beslist met een tweederde meerderheid. Dit betekent dat de Commissie een onderzoek slechts kan verbieden met een tweederde meerderheid daar waar voor een negatief advies, dat eveneens tot resultaat heeft dat het onderzoek niet mag worden aangevat, een gewone meerderheid volstaat. Uit de bespreking van artikel 7 § 2 is gebleken dat na lange en moeilijke discussies in de senaat een meerderheid van de senatoren zich uitsprak voor een regeling die het mogelijk maakt dat een gewone meerderheid – en niet een tweederde meerderheid – een onderzoeksproject dat een gunstig advies van een plaatselijke ethische commissie heeft gekregen blokkeert. Bovendien bevat artikel 7 § 2 een specifieke regel, terwijl artikel 10 § 3 op een algemene wijze regelt hoe de Commissie haar beslissingen neemt. Om deze redenen heeft de gewone meerderheidsregel neergelegd in artikel 7 § 2 voorrang op de tweederde meerderheidsregel vervat in artikel 10 § 3.

Overigens zijn er nog andere overlappingen tussen artikel 7 § 2 en artikel 10. Zo bepaalt artikel 7 § 2, laatste lid, laatste zin dat alle beslissingen van de Commissie met redenen worden omkleed. Artikel 10 § 2, derde lid, tweede zin bevat een identieke bepaling, terwijl artikel 10 § 3, tweede zin ook nog eens hetzelfde voorschrift bevat. Een ander storend element is dat artikel 7 § 2, derde lid spreekt van een "gunstig advies" (avis positif) en artikel 10 § 2 van een "positief advies" (avis positif).

1129 Vermits een negatief advies van de Commissie en een beslissing houdende een verbod van een onderzoek inhoudelijk dezelfde draagwijdte hebben, dienen de vormvoorschriften die artikel10 bevat t.a.v. een dergelijk verbod, ook te worden nageleefd wanneer de Commissie een negatief advies geeft. Dit betekent dat in toepassing van artikel 10 § 2, tweede lid de onderzoeker en het hoofd van het laboratorium moeten worden gehoord en dat een negatief advies onverwijld bij een ter post aangetekende brief moet worden meegedeeld aan de betrokken onderzoeker en aan het plaatselijk ethisch comité.

c. Voorafgaande schriftelijke en geïnformeerde toestemming van alle betrokkenen

1130 Krachtens artikel 8, eerste lid Embryowet dienen de betrokkenen vrij en na behoorlijk geïnformeerd te zijn hun voorafgaande schriftelijke toestemming te geven voor het gebruik van overtallige embryo's *in vitro* voor onderzoeksdoeleinden. De betrokkenen zijn in dit geval de personen voor wie het embryo is aangemaakt in het kader van de medisch begeleide voortplanting (art. 2, 3° en 5°). De toestemming is slechts geldig indien alle betrokken donoren akkoord gaan (art. 8, vierde lid).

1131 De toestemming kan alleen gegeven worden nadat de betrokkenen alle noodzakelijke informatie hebben gekregen over de bepalingen van deze wet, de techniek voor het verkrijgen van gameten, het doel, de methodologie en de duur van het onderzoek en het advies dat ter zake door het plaatselijk ethisch comité en, in voorkomend geval, de Federale Commissie voor medisch en wetenschappelijk onderzoek op embryo's *in vitro* is uitgebracht (art. 8, tweede lid).

Het advies van het plaatselijk ethisch comité kan niet anders dan een positief advies zijn, vermits een negatief advies leidt tot het "opgeven" van het onderzoeksproject. Tegen de mededeling van dit positief advies bestaat uiteraard geen bezwaar. Dat, in voorkomend geval, ook het advies van de Commissie moet worden meegedeeld roept wél vragen op. Aan de grondslag van deze bepaling ligt een amendement van Senator DE ROECK om uitdrukkelijk voor te schrijven dat het positief advies van de Federale Commissie, dat volgens haar steeds vereist zou zijn, mee te delen aan de betrokkenen (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/12,187). Daarbij werd er wel aan voorbij gegaan dat uit de opzet van artikel 7 § 2 volgt dat indien de Commissie zich niet uitspreekt binnen de twee maanden, haar advies geacht wordt positief te zijn. De woorden "in voorkomend geval" werden door een later amendement toegevoegd om te preciseren dat enkel een uitdrukkelijk uitgebracht advies, dus een negatief advies, is bedoeld. (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, H 1). De indiener van het amendement drukte daarbij de hoop uit "dat dit een uitzonderingssituatie zal blijken te zijn". Vermits het negatief advies van de Commissie met zich brengt dat het onderzoek niet kan worden aangevat (zie boven, nr. 1125) is de verplichting om het mee te delen aan de betrokkenen uiteraard zinloos. Het zou wel zin hebben om aan de betrokkenen mee te delen dat de Commissie geen bezwaar heeft gemaakt tegen het onderzoeksproject. De communicatie met de patiënt moet in een duidelijke en verstaanbare taal verlopen. De zorgverstrekker moet rekening houden met de eigen aard van de patiënt, inzonderheid met zijn opleiding, zijn leeftijd, ... In principe worden de inlichtingen mondeling en schriftelijk verstrekt. De zorgverstrekker mag er zich dan ook niet mee vergenoegen de patiënt een getypt standaardformulier te bezorgen. (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-695/1, Toelichting bij art. 8). Deze Toelichting is wel opvallend vanuit een arts-patiënt perspectief geschreven, terwijl het in werkelijkheid toch gaat om een onderzoekssituatie. Dit geldt nog meer voor de volgende Toelichting. In het kader van zijn recht om geïnformeerd te worden voor hij zijn toestemming geeft, kan de patiënt vragen om niet geïnformeerd te worden. Het recht op niet weten is inderdaad algemeen aanvaard als patiëntenrecht (zie boven, nr. 338). Hier gaat het echter om een geheel andere situatie zodat men zich kan afvragen of er wel ruimte is voor een recht op niet-weten.

1132 De onderzoeker deelt de betrokkenen mee dat zij het recht hebben te weigeren overtallige embryo's *in vitro* af te staan voor het onderzoek en dat zij hun toestemming tot de aanvang van het onderzoek, kunnen intrekken (art. 8, derde lid).

In het wetsvoorstel was bepaald dat de betrokkenen "te allen tijde" (dus ook na de aanvraag van het onderzoek) hun toestemming kunnen intrekken. Dit stemt overeen met de algemeen aanvaarde regel inzake medische experimenten met proefpersonen. Naderhand werd het recht om de toestemming in te trekken, beperkt totdat het onderzoek een aanvang heeft genomen. Eenmaal het onderzoek aangevat, kan de toestemming niet meer worden herroepen. De indiener van het amendement, senator COLLA meende dat, "wanneer alle feitelijke procedures werden gevolgd en de menselijke, financiële en materiële middelen voorhanden zijn, het niet langer aanvaardbaar is dat het onderzoek nog wordt stopgezet" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 188). Ook senator MONFILS meende dat "de betrokkenen met kennis van zaken beslissen en men mag van hen dan ook vragen dat ze hun gegeven toestemming niet intrekken eens het onderzoek wordt opgestart" (*t.a.p.*).

1133 De weigering achteraf is geldig op vraag van één van de donoren (art. 8, vierde lid, tweede zin). Met "de weigering achteraf" wordt bedoeld de intrekking van een tevoren gegeven toestemming. Vermits alle betrokkenen hun toestemming moeten geven (art. 8, vierde lid, eerste zin) is het vanzelfsprekend dat de (tijdige) intrekking van de toestemming door één van de betrokkenen ertoe leidt dat het onderzoek geen doorgang kan vinden.

De toestemming dient schriftelijk te worden gegeven. Aan de intrekking ervan stelt de wet geen vormvereisten. Om discussies achteraf te vermijden, verdient het aanbeveling ook de intrekking van de toestemming schriftelijk vast te leggen.

d. Bezorgen van een voortgangsverslag omtrent het onderzoek aan de Federale Commissie voor medisch en wetenschappelijk onderzoek op embryo's *in vitro*

1134 Artikel 11 Embryowet verplicht elke onderzoeker om uiterlijk op 30 april van elk jaar aan de Commissie een verslag te bezorgen waarin de voortgang van zijn onderzoek beschreven wordt. Dit verslag vermeldt het doel, de methodologie en de duur van het onderzoek; de wijze waarop de bepalingen van deze wet worden nageleefd; de adviesaanvraag en de overeenkomstig artikel 7 uitgebrachte adviezen van het plaatselijk comité en van de Commissie alsook de voortgang van het onderzoek. Wie verzuimt dit jaarverslag binnen de gesteld termijn over te zenden, riskeert een geldboete van 50 tot 5.000 EUR (art. 12 Embryowet).

Deze verplichting is een toonbeeld van een bureaucratische en in ruime mate overbodige maatregel. De meeste informatie die via het jaarverslag aan de Commissie moet worden bezorgd, heeft de Commissie reeds eerder ontvangen. Dit geldt met name voor het doel, de methodologie en de duur van het onderzoek (art. 11, 1°). Krachtens artikel 7 § 1, laatste lid maken deze gegevens deel uit van de adviesaanvraag die op grond van artikel 7 § 2, derde lid door de onderzoeker voor de aanvang van het onderzoek aan de Commissie moet worden bezorgd. Uit het voorgaande volgt dat ook de adviesaanvraag (art. 11, 3°) reeds in het bezit is van de Commissie. Hetzelfde geldt voor het advies van het plaatselijk ethisch comité dat eveneens op grond van artikel 7 § 2, derde lid voor de aanvang van het onderzoek aan de Commissie dient te worden bezorgd (indien dat advies negatief was geldt art. 11 vanzelfsprekend niet: er kan niet worden geëist dat een voortgangsrapport wordt opgesteld van een onderzoek dat niet eens mocht worden aangevat). Toppunt is wel dat ook het advies van de Commissie aan de Commissie moet worden bezorgd ... Dit is niet enkel zinloos omdat zij daarover zelf wel zal beschikken maar ook omdat een positief advies een impliciet advies is dat niet eens aan de onderzoeker dient te worden betekend terwijl een negatief advies met zich brengt dat geen onderzoek kan worden aangevat, zodat van een voortgangsrapport geen sprake kan zijn.
De wijze waarop de bepalingen van deze wet worden nageleefd (art. 11, 2°) is voor veel uitleg vatbaar, zodat uiteindelijk alleen de verplichting verslag te doen over de voortgang van het onderzoek (art. 11, 4°) enige zin heeft.

e. Stopzetten van het onderzoek op bevel van de Federale Commissie

1135 Op grond van artikel 10 § 2, derde lid kan de Commissie een onderzoek doen stopzetten indien zij tijdens de uitvoering ervan vaststelt dat de wet niet wordt nageleefd. Deze beslissing wordt met redenen omkleed. De Commissie

neemt deze beslissing met een tweederde meerderheid. Zij wordt onverwijld bij een ter post aangetekende brief meegedeeld aan de betrokken onderzoeker en aan het plaatselijk ethisch comité (art. 10 § 3).

Deze bepaling kwam niet voor in het wetsvoorstel. Zij komt voort uit een amendement: de Commissie moet niet enkel voor de aanvang van het onderzoek de conformiteit met de wet kunnen toetsen, maar ook tijdens de duur ervan. Hoewel nog discussie bestond over de mogelijkheid dan wel de verplichting een onderzoek stop te zetten, werd het amendement eenparig goedgekeurd (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 202).

2. Specifieke voorwaarden

a. Therapeutisch doel hebben of bijdragen tot een betere kennis

1136 Krachtens artikel 3, 1° Embryowet is onderzoek op overtallige embryo's *in vitro* toegelaten indien dit onderzoek een therapeutisch doel heeft of bijdraagt tot een betere kennis inzake vruchtbaarheid, onvruchtbaarheid, transplantatie van organen of weefsels, het voorkomen of behandelen van ziekten.

– Onderzoek met een therapeutisch doel

1137 Uit de besprekingen in de bijzondere commissie voor de bio-ethiek kan worden besloten dat het therapeutisch doel van het onderzoek een tweevoudige betekenis kan hebben, nl. therapeutisch voor het embryo dat aan het onderzoek wordt onderworpen (vergelijkbaar met een therapeutisch onderzoek met een proefpersoon) en therapeutisch zonder enig nut voor het embryo dat aan het onderzoek wordt onderworpen. Senator MONFILS kantte zich tegen een amendement volgens hetwelk het gevoerde onderzoek een therapeutisch oogmerk moest hebben voor het embryo dat betrokken is bij het onderzoek: "het is duidelijk dat wetenschappelijk onderzoek op een embryo moet mogelijk zijn zonder dat dit embryo er rechtstreeks profijt uit haalt, maar wanneer de resultaten van het onderzoek dienstig kunnen zijn voor andere gevallen" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 104).

Dat onderzoek met een therapeutisch doel voor het betrokken embryo zelf ook valt onder het toepassingsgebied van artikel 3 volgt uit artikel 5, 2°. Dit artikel verbiedt embryo's waarop onderzoek is verricht in te planten bij mensen, behalve indien het onderzoek uitgevoerd is met een voor het embryo zelf therapeutisch doel. In dit verband rijst wel de vraag of onderzoek dat wordt uitgevoerd met een voor het embryo zelf therapeutisch doel, beantwoordt aan de definitie van onderzoek in de zin van artikel 2, 4 °, nl. wetenschappelijke proeven of experimenten. In dit soort onderzoek staat kennisverwerving centraal. Dat is niet zo wanneer het onderzoek wordt uitgevoerd met een voor het embryo zelf therapeutisch doel (zie boven).

– Onderzoek dat bijdraagt tot een betere kennis

1138 Voorzover het onderzoek met overtallige embryo's *in vitro* bijdraagt tot een betere kennis, onderscheidt de wet drie ruim geformuleerde subdoelen, nl. betere kennis inzake vruchtbaarheid en onvruchtbaarheid, inzake transplantatie van organen en weefsels en inzake het voorkomen of behandelen van ziekten. Vooral deze laatste doelstelling is zeer omvattend en kan nagenoeg ieder onderzoek met embryo's *in vitro* rechtvaardigen. Bovendien overlapt het met de therapeutische doelstelling geformuleerd in het eerste zinsdeel van artikel 3, 1°.

In het wetsvoorstel was de draagwijdte van het derde subdoel veel minder omvattend, nl. bijdragen tot een betere kennis van ernstige genetische en aangeboren ziekten of van de oncologie. In de bijzondere commissie voor bio-ethiek ontspon zich een discussie of een dergelijke limitatieve lijst van ziekten wel de meest aangewezen wijze was om de doelstellingen van toegelaten embryo-onderzoek te omschrijven. Tijdens de bespreking in tweede lezing werd een amendement ingediend teneinde onderzoek op embryo's mogelijk te maken voor een zo groot mogelijk aantal wetenschappelijke doelen, daar waar de in eerste lezing aangenomen bepaling eerder beperkend was en slechts een aantal pathologieën beoogde. Tijdens de daaropvolgende gedachtewisseling werd een ander amendement ingediend waarin het bijdragen tot een betere kennis van "ziekten" zonder meer als doelstelling werd geformuleerd: op deze wijze werd het toepassingsveld van het wetenschappelijk onderzoek op embryo's verruimd tot alle pathologieën en wordt tegelijk de geneeskundige opzet van het onderzoek benadrukt. Op die manier wordt ook vermeden dat bepaalde ziekten *a priori* worden uitgesloten (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 15). De definitieve wettekst kwam tot stand door de goedkeuring van nog een ander amendement. Een subamendement om een beperking aan te brengen tot "ernstige" ziekten werd met 4 stemmen tegen 4 stemmen bij 7 onthoudingen verworpen (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 17).

b. Wetenschappelijkheid

1139 Artikel 3, 2° Embryowet vereist dat het onderzoek steunt op de recentste wetenschappelijke bevindingen en voldoet aan de eisen van een juiste methodologie van wetenschappelijk onderzoek. Het eerste element in deze voorwaarde stamt uit het wetsvoorstel. Het tweede element werd zonder enige discussie ingevoegd door de goedkeuring van een amendement in die zin (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 114).

c. Uitvoering in het kader van reproductieve geneeskunde of menselijke erfelijkheid

1140 Krachtens artikel 3, 3° moet het onderzoek worden uitgevoerd in een erkend laboratorium dat verbonden is aan een universitair zorgprogramma voor reproductieve geneeskunde of voor menselijke erfelijkheid en in aangepaste technische en materiële omstandigheden. Onderzoek in het kader van niet-universitaire zorgprogramma's voor reproductieve geneeskunde is alleen mogelijk na het sluiten van een overeenkomst met een universitair zorgprogramma voor reproductieve geneeskunde; die overeenkomst bepaalt dat het advies van het plaatselijk comité gegeven wordt door het comité van de universitaire instelling.

De kern van deze bepaling was reeds aanwezig in het wetsvoorstel. De bedoeling is om het onderzoek met embryo's op te hangen aan de zorgprogramma's voor reproductieve geneeskunde. Het K.B. van 15 januari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden (*B.S.* 25 maart 1999) maakt geen onderscheid tussen universitaire en niet-universitaire zorgprogramma's maar wel tussen een zorgprogramma A en een zorgprogramma B. De eisen gesteld om te voldoen aan een zorgprogramma B zijn zwaarder dan voor een zorgprogramma A. Toch valt dit onderscheid niet samen met het onderscheid universitair/niet-universitair. Wellicht bedoelt de wetgever een zorgprogramma voor reproductieve geneeskunde in een universitair ziekenhuis zoals bedoeld in artikel 4 Ziekenhuiswet wanneer in artikel 3, 3° Embryowet sprake is van een universitair zorgprogramma voor reproductieve geneeskunde en een zorgprogramma voor reproductieve geneeskunde in een ziekenhuis dat geen universitair ziekenhuis is, wanneer sprake is van een niet-universitair zorgprogramma voor reproductieve geneeskunde. Een zorgprogramma B moet op grond van artikel 16 K.B. 15 februari 1999 beschikken over een laboratorium voor medisch begeleide voortplanting dat in staat is om *in vitro* bevruchting te verwezenlijken en om *in vitro* gameten te behandelen en te bewaren. Wellicht wordt met het "erkend laboratorium" verbonden aan een universitair zorgprogramma voor reproductieve geneeskunde dit laboratorium bedoeld. Toch bevat het K.B 15 februari 1999 geen erkenning voor dergelijke laboratoria, doch enkel voor de zorgprogramma's reproductieve geneeskunde als geheel. Al bij al tast men enigszins in het duister bij het zoeken naar de juiste betekenis van de uitdrukking "een erkend laboratorium dat verbonden is aan een universitair zorgprogramma reproductieve geneeskunde".

In het wetsvoorstel werd niet verwezen naar de centra voor menselijke erfelijkheid. Aanvankelijk verzetten de indieners van het wetsvoorstel zich tegen het voorstel tot uitbreiding tot centra voor menselijke erfelijkheid, o.m. omdat "in België geen procedure bestaat voor de erkenning van centra voor menselijke erfelijkheid" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 116; zie ook: *Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 174). Daarbij zagen zij het K.B. 14 december 1987 houdende vaststelling van de normen waaraan de centra voor menselijke erfelijkheid (*B.S.* 25 december 1987) moeten voldoen, over het hoofd. Een amendement dat beoogde om de centra voor menselijke erfelijkheid toe te voegen, werd tijdens de tweede lezing door een ruime meerderheid verworpen (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 19). De verwijzing naar centra voor menselijke erfelijkeid werd goedgekeurd in de plenaire vergadering van de Senaat (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/20, amendement nr. 287 en 2-695/24).

d. Uitvoering door gekwalificeerde personen onder deskundig toezicht

1141 Krachtens artikel 3, 4° moet het onderzoek worden uitgevoerd onder het toezicht van een geneesheer-specialist of van een doctor in de wetenschappen en door hiertoe gekwalificeerde personen.

Deze bepaling kwam reeds letterlijk voor in het wetsvoorstel en gaf geen aanleiding tot discussie (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/2, 117: in eerste lezing eenparig goedgekeurd). Door de ruime formulering dreigt deze bepaling inhoudloos te worden.

e. Uitvoering tijdens de eerste 14 dagen van het ontwikkelingsstadium van het embryo

1142 Artikel 3, 5° vereist dat het onderzoek wordt uitgevoerd op embryo's tijdens de eerste 14 dagen van het ontwikkelingsstadium, de periode van invriezing niet inbegrepen.

Deze bepaling kwam behoudens één belangrijk verschil, reeds voor in het wetsvoorstel. Zij is ingegeven door het wetenschappelijk inzicht dat vanaf de 14° dag het zenuwstelsel van het embryo zich begint te ontwikkelen en het proces van de celdeling stopt (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-695/1, Toelichting bij art. 3, 5°). De belangrijke wijziging betreft het vervangen van 14 dagen na de

bevruchting door de eerste 14 dagen van het ontwikkelingsstadium van het embryo. Deze wijziging komt voort uit een amendement van senator COLLA en houdt verband met de mogelijkheid dat embryo's ook zonder dat sprake is van bevruchting kunnen tot stand worden gebracht via de kloneringstechniek (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 117).

f. Subsidiariteit

1143 Artikel 3, 6° laat het onderzoek toe indien er geen andere onderzoeksmethode bestaat die even doeltreffend is.

Deze bepaling kwam reeds voor in het wetsvoorstel. Met twee suggesties van de Raad van State is geen rekening gehouden. De Raad van State stelde voor om "ten minste even doeltreffend" te schrijven in plaats van "even doeltreffend": indien er een onderzoeksmethode bestaat die meer doeltreffend is dan het onderzoek op embryo's, is dit laatste soort onderzoek *a fortiori* niet geoorloofd, althans de Raad van State. Bovendien zou de voorwaarde aan duidelijkheid winnen indien aan de voorgestelde tekst een 6° zou worden toegevoegd: "en die geen onderzoek op embryo's *in vitro* vereist". Tijdens de bespreking in tweede lezing werden meerdere amendementen van deze strekking ingediend. Zij werden ingetrokken nadat één van de indieners kort repliceerde "dat de bestaande tekst voldoende duidelijk is en gebaseerd is op de libellering van het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens en de biogeneeskunde" (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18,21). In dit verdrag zoekt men vruchteloos naar een dergelijke bepaling.

C. VERBODEN ONDERZOEK OF HANDELINGEN MET OVERTALLIGE EMBRYO'S *IN VITRO*

1. Inplanten bij dieren. Creëren van chimaeren of hybride wezens

1144 Artikel 5, 1° Embryowet verbiedt menselijke embryo's in te planten bij dieren of chimaeren of hybride wezens te creëren.

In het wetsvoorstel kwam enkel het verbod van inplanting bij een dier voor. Het verbod chimaeren of hybride wezens tot stand te brengen, spruit voort uit een in eerste lezing unaniem goedgekeurd amendement van deze strekking (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 145-146).
Een chimaera is een dier of plant met genetische eigenschappen van twee verschillende rassen of soorten, dat door het kunstmatig mengen van cellen van twee embryo's respectievelijk door enting tot stand is gebracht (synoniem: entbastaard, hybride).

2. Na onderzoek inplanten bij mensen

1145 Artikel 5, 2° verbiedt embryo's waarop onderzoek is verricht, in te planten bij mensen, behalve indien het onderzoek is uitgevoerd met een voor het embryo zelf therapeutisch doel of wanneer het gaat om een observatiemethode die de integriteit van het embryo niet schaadt.

Inplanting na het onderzoek is volgens de Toelichting bv. mogelijk na PGD (pre-implantatie genetische diagnose). Hierbij kan echter de vraag worden gesteld of PGD wel onderzoek is in de zin van artikel 2, 4° en beantwoordt aan het doel van artikel 3, 1° (zie ook: *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 146).

3. *Gebruiken voor commerciële doeleinden*

1146 Artikel 5, 3° verbiedt embryo's te gebruiken voor commerciële doeleinden.

Tijdens de eerste lezing werd door de indieners van het wetsvoorstel een amendement ingediend dat het verbod inhield een vergoeding, in welke vorm ook, toe te kennen aan de persoon bij wie eicellen worden weggenomen. In voorkomend geval zouden alleen de gemaakte kosten kunnen worden vergoed, waarvan de Koning de aard en de wijze van vergoeding zou bepalen. Dit amendement werd eenparig aangenomen (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 150-151). In tweede lezing rees discussie over die bepaling, o.m. omdat ze enkel betrekking had op eicellen en niet op ander celmateriaal. Daarop werd een amendement ingediend om het vroeger goedgekeurde amendement te doen vervallen. Aldus geschiedde (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 28).

4. *Onderzoek of behandelingen met een eugenetisch oogmerk (niet-correctieve germinale gentherapie)*

1147 Artikel 5, 4° verbiedt het uitvoeren van onderzoek of behandelingen met een eugenetisch oogmerk, dit wil zeggen gericht op de selectie of de verbetering van niet-pathologische kenmerken van de menselijke soort.

In de Toelichting bij het wetsvoorstel wordt verwezen naar artikel 13 E.V.R.M.B. waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen onderzoek in verband met somatische gentherapie enerzijds en germinale gentherapie anderzijds. Het verdrag staat het eerste type van onderzoek toe, maar verbiedt het tweede. Volgens de indieners is dit verbod volstrekt begrijpelijk en ook aanvaardbaar als het verbod alleen slaat op germinale gentherapie die gericht is op de verbetering van het menselijke wezen. Correctieve germinale gentherapie daarentegen wil bepaalde ziekten bestrijden, zoals de ziekte van Huntington, mucoviscidose, hemofilie en verschillende neurodegeneratieve ziekten zoals amyotrofische lateraalsclerose. De germinale therapeutische technieken die inwerken op een cellijn van gameten van een levend wezen kunnen er in de nabije toekomst voor zorgen dat deze ziekten voor hemzelf en zijn nakomelingen overwonnen worden.
In het licht van deze Toelichting was de Raad van State van oordeel dat de voorgestelde bepaling niet helemaal in overeenstemming is met artikel 13 E.V.R.M.B. Dat artikel verbiedt ingrepen, ook om preventieve, diagnostische of therapeutische redenen, als een verandering wordt beoogd in het genoom van nakomelingen. Ook op dit punt zal dus een voorbehoud moeten worden gemaakt bij de ondertekening of de bekrachtiging van het E.V.R.M.B. (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/16, 14). Een poging om de tekst van de wet in overeenstemming te brengen met het verdrag, strandde op het verzet van de indieners (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 27).

5. *Onderzoek of behandelingen gericht op geslachtsselectie*

1148 Artikel 5, 5° verbiedt onderzoek of behandelingen uit te voeren die gericht zijn op geslachtsselectie, met uitzondering van de selectie ter voorkoming van geslachtsgebonden ziekten.

In het wetsvoorstel kwam geen bepaling van deze strekking voor. Tijdens de bespreking in eerste lezing werd eenparig een amendement goedgekeurd dat als volgt luidde: "onderzoek of behandelingen uit te voeren die gericht zijn op de geslachtsselectie van het embryo, met uitzondering van de selectie ter voorkoming van levensbedreigende, geslachtsspecifieke genetische en aangeboren ziekten" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 151). Tijdens de bespreking in tweede lezing poogde senator REMANS dit verbod op de helling te zetten maar hij stuitte op verzet van senator MONFILS die erop wees dat "alle internationale verdragen eensluidend zijn op dit vlak" en dat noch het raadgevend comité voor bio-ethiek noch de Raad van State opmerkingen hadden geformuleerd aangaande het verbod van geslachtsselectie (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 29). Na enige

discussie (die vooral betrekking had op de uitbreiding van het verbod van geslachtsselectie tot gameten: zie verder) werd een amendement goedgekeurd langswaar de wettekst is tot stand gekomen (*t.a.p.*, 33). In een later uitgebracht advies over geslachtskeuze om niet-medische redenen (advies nr. 22 van 19 mei 2003 van het raadgevend comité voor bio-ethiek) is deze consensus overigens niet meer aanwezig.

1149 Door het schrappen van "levensbedreigende" ziekten wijkt de Embryowet aanzienlijk af van artikel 14 E.V.R.M.B. dat geslachtsselectie enkel toelaat ter voorkoming van "ernstige" geslachtsgebonden aandoeningen.

§ 2. Onderzoek op aangemaakte embryo's *in vitro*

A. AANMAKEN VAN EMBRYO'S *IN VITRO*

1150 Artikel 4 § 1 Embryowet verbiedt het aanmaken van embryo's *in vitro*. Indien twee voorwaarden tegelijkertijd zijn vervuld, kunnen ondanks dit verbod toch embryo's *in vitro* voor onderzoek worden aangemaakt. De eerste voorwaarde is dat het "doel van het onderzoek niet kan worden bereikt door onderzoek op overtallige embryo's". De tweede voorwaarde luidt: "voorzover voldaan is aan de voorwaarden van deze wet". Deze bepaling stemt letterlijk overeen met artikel 4 van het wetsvoorstel.

Tijdens de bespreking in eerste lezing poogde senator REMANS het verbod houdende de aanmaak van embryo's *in vitro* voor onderzoeksdoeleinden te laten schrappen. Senator MONFFILS wees erop dat de goedkeuring van het amendement niets zou veranderen aan de situatie in de praktijk: "de tekst zoals hij voorligt is geïnspireerd door artikel 18 E.V.R.M.B. Het gaat hier dan ook eerder om een semantische discussie" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 130). Deze argumentatie gaat uiteraard slechts op in de mate dat België dit verdrag zal ratificeren. Zolang dit niet het geval is, heeft een wettelijk verbod van aanmaak van embryo's *in vitro* meer dan een semantische betekenis.

Naast de twee in artikel 4 § 1 genoemde voorwaarden, moet bij het aanmaken van embryo's *in vitro* voor onderzoeksdoeleinden ook artikel 4 § 2 worden in acht genomen. Krachtens deze bepaling is eicelstimulatie toegestaan als de betrokken vrouw meerderjarig is, als zij schriftelijk haar toestemming heeft gegeven en als de stimulatie wetenschappelijk verantwoord is. Het onderzoek op embryo's die hieruit resulteren dient te beantwoorden aan de regels in deze wet bepaald.

1. Het doel van het onderzoek kan niet worden bereikt door onderzoek op overtallige embryo's

1151 In de toelichting bij artikel 4 van het wetsvoorstel wordt gesteld dat het noodzakelijk is om embryo's voor onderzoeksdoeleinden aan te maken om een hele reeks problemen te kunnen verhelpen. Tegelijkertijd wordt getracht deze noodzakelijkheid te verduidelijken aan de hand van enkele voorbeelden.

"Vrouwen bij wie op jonge leeftijd borstkanker of leukemie wordt vastgesteld en die een behandeling ondergaan die de kwaliteit en de kwantiteit van de eicellen aantast, zodat zij het gevaar lopen geconfronteerd te worden met problemen van onvruchtbaarheid. Onderzoek naar een methode om onrijpe eicellen in te vriezen, deze later te ontdooien en te bevruchten, is noodzakelijk om die vrouwen, eens zij genezen zijn en een kinderwens hebben, te helpen. Voor sperma wordt die invriestechniek reeds gebruikt. Als die techniek ook voor eicellen zou kunnen worden gebruikt, zou een discriminatie uit de wereld geholpen worden.

Door het invriezen van onrijpe eicellen zou het mogelijk zijn om vrouwen die een IVF-behandeling krijgen, niet telkens een stimulatie en een eicelpunctie te moeten laten ondergaan. Dit zou eveneens de problemen met het bewaren van embryo's geheel of gedeeltelijk uitschakelen.
Door genetische pre-implantatiediagnose, uitgevoerd op embryo's vooraleer ze ingeplant worden, kunnen ongeneeslijke ziekten worden opgespoord" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-695/1, Toelichting bij art. 4).

1152 Gelezen in samenhang met de tweede voorwaarde (voorzover is voldaan aan de voorwaarden van deze wet) zijn de voorbeelden die in de Toelichting bij artikel 4 worden gegeven niet overtuigend.

Pre-implantatie genetische diagnostiek (derde voorbeeld) is geen onderzoek dat beantwoordt aan de definitie van onderzoek gegeven in artikel 2, 4° Embryowet. PGD valt buiten het toepassingsgebied van de Embryowet en is geen goed voorbeeld van onderzoek dat niet anders dan met kweekembryo's kan worden verricht. Het tweede voorbeeld houdt verband met een van de in artikel 3, 1° Embryowet genoemde doeleinden van toegelaten onderzoek, nl. onderzoek dat bijdraagt tot een betere kennis van vruchtbaarheid, onvruchtbaarheid, het voorkomen of behandelen van ziekten. Op geen enkele manier wordt duidelijk gemaakt dat dit onderzoek enkel kan worden bereikt door gebruik te maken van aangemaakte embryo's.
Wat het eerste voorbeeld betreft, geldt dezelfde bemerking. Bovendien leidt onderzoek in verband met invriezen van onrijpe eicellen niet naar een betere kennis ter voorkoming of behandeling van leukemie of borstkanker, de ziekten die worden vermeld in dit voorbeeld.

1153 Een open vraag is door wie of welke instantie wordt beoordeeld dat het doel van het onderzoek niet kan worden bereikt door onderzoek op overtallige embryo's.

De parlementaire voorbereiding zwijgt hierover in alle talen. Het is nochtans een belangrijke aangelegenheid: vermits uit de gegeven voorbeelden blijkt dat het niet eenvoudig is om inhoudelijk te bepalen of onderzoek al dan niet kan worden verricht met overtallige embryo's, is een transparante procedure waarin de verschillende argumenten voor en tegen kunnen worden afgewogen, een noodzaak. Dat deze beoordeling dient te gebeuren door het plaatselijk ethisch comité mag dan wel voor de hand liggen, de Embryowet zelf bevat ter zake geen enkele aanwijzing. Zoals eerder reeds bleek, is ook voor het onderzoek op overtallige embryo's nergens uitdrukkelijk bepaald dat dit comité de wettelijke voorwaarden toetst. Daar komt bij dat het hier niet gaat om de wettelijke voorwaarden waaronder onderzoek met embryo's mag gebeuren (zie verder) maar wel over de noodzakelijkheid embryo's aan te maken.
Ervan uitgaande dat het niet de bedoeling van de wetgever kan geweest zijn dat uitsluitend de onderzoeker zelf oordeelt over deze noodzakelijkheid, ligt het voor de hand om deze toetsing door het plaatselijk ethisch comité te laten verrichten. Dan rijst de vraag of in geval van een ongunstig advies hieromtrent, het onderzoeksproject is "opgegeven" en of, in geval van een gunstig advies, de Federale Commissie kan tussenkomen. Dat de Embryowet op deze vragen geen duidelijke antwoorden verschaft, valt vanuit legistiek oogpunt wel te betreuren, maar roept wellicht geen onoverkomelijke praktische problemen op.

2. Er is voldaan aan de voorwaarden van de wet

1154 Volgens artikel 4 § 1 "is het aanmaken van embryo's *in vitro* voor onderzoeksdoeleinden verboden, behalve (...) voorzover voldaan is aan de voorwaarden van deze wet".

De Embryowet bepaalt nergens als dusdanig voorwaarden in verband met het aanmaken van embryo's *in vitro* voor onderzoeksdoeleinden. De vraag die opkomt is welke voorwaarden hier dan wel worden bedoeld. Dit kunnen

slechts de voorwaarden zijn waaronder de Embryowet het onderzoek met embryo's *in vitro* toelaat (zie boven), zoniet hebben we te maken met een voorschrift zonder inhoud. Artikel 4 § 1 komt dus hier op neer dat het aanmaken van embryo's *in vitro* voor onderzoeksdoeleinden verboden is, behalve indien het doel van het onderzoek niet kan worden bereikt door onderzoek op overtallige embryo's en voorzover het onderzoek met aangemaakte embryo's voldoet aan de voorwaarden van deze wet. Artikel 4 § 2, tweede lid bepaalt trouwens dat onderzoek op embryo's *in vitro* die na eicelstimulatie zijn totstandgebracht, dient te beantwoorden aan de regels in deze wet bepaald.

3. De voorwaarden voor eicelstimulatie worden nagekomen

1155 Om embryo's *in vitro* al dan niet voor onderzoeksdoeleinden te kunnen aanmaken, is zgn. eicelstimulatie zo goed als onontbeerlijk. In het wetsvoorstel was geen bepaling dienaangaande opgenomen. Artikel 4 § 2 Embryowet is tot stand gekomen na een intens parlementair debat.

Tijdens de bespreking in eerste lezing dienden de senatoren DE ROECK en GALAND een amendement in bij artikel 4 dat het volgende bepaalde: "geen enkele vrouw mag gestimuleerd worden tot het produceren van eicellen, uitsluitend met het doel op deze eicellen of de daaruit ontstane embryo's wetenschappelijk onderzoek uit te voeren" (*Parl. St.* Senaat 2001-2002, 2-695/12, 130-131); dit is een bijzonder hypothetische situatie (*t.a.p.*, 132). Dit verbod sloot de aanmaak van embryo's *in vitro* voor onderzoeksdoeleinden niet geheel uit, aangezien nog gebruik zou kunnen worden gemaakt worden van overtallige eicellen (dit zijn eicellen die al dan niet na eicelstimulatie werden bekomen met het oog op bevruchting *in vitro*, maar die daarvoor niet werden gebruikt) (*t.a.p.*, 132). Niettegenstaande deze nuancering, meende één van de indieners van het wetsvoorstel dat het amendement "in wezen hierop neerkomt dat wordt verboden dat embryo's tot stand komen voor louter wetenschappelijke doeleinden, behalve wanneer men een beroep doet op het therapeutisch klonen" (*t.a.p.*, 133). Senator DE ROECK diende daarop een subamendement in op haar amendement dat het stimuleren van een vrouw met als enig doel eicellen te bekomen voor wetenschappelijke doeleinden verbood "tenzij een wetenschappelijke verantwoording de noodzaak aantoont en mits de goedkeuring door het plaatselijk ethisch comité en de Federale Commissie". Eén van de indieners van het wetsvoorstel kantte zich ook tegen het subamendement omdat dit "betrekking heeft op volwassen personen en derhalve buiten de toepassingssfeer valt van het voorliggend wetsvoorstel dat het wetenschappelijk onderzoek op embryo's als onderwerp heeft" (*t.a.p.*, 135). Zowel het amendement als het subamendement werden met een overgrote meerderheid verworpen (*t.a.p.*, 136). Nog tijdens de bespreking in eerste lezing dienden de senatoren VAN KESSEL en VANKRUNKELSVEN een amendement in, luidend als volgt: "het stimuleren van een vrouw met enig doel eicellen te bekomen voor wetenschappelijk onderzoek is verboden, tenzij een wetenschappelijke verantwoording de noodzaak aantoont en mits goedkeuring ervan door de lokale en federale ethische commissie" (*t.a.p.*, 141-142). Eén van de indieners van het wetsvoorstel verklaarde niet gekant te zijn tegen het amendement maar herhaalde dat men zich best beperkt tot het eigenlijke thema van het wetsvoorstel, nl. wetenschappelijk onderzoek op embryo's. In zijn ogen betrof het amendement experimenten op een volwassen persoon (*t.a.p.*, 142). Hij herhaalde ook "dat dat standpunt er in wezen op neerkomt dat men zich verzet tegen de opzettelijke aanmaak van embryo's. Hij pleit ervoor om dat dan ook duidelijk te zeggen". Senator REMANS diende vervolgens een subamendement in om "is verboden, tenzij" te vervangen door "is toegelaten op voorwaarde dat". Het aldus gewijzigde amendement tot invoering van artikel 4 § 2 werd met 12 stemmen tegen 3 goedgekeurd (*t.a.p.*, 143).

Tijdens de bespreking in tweede lezing werd de discussie over de eicelstimulatie hernomen naar aanleiding van meerdere amendementen met verschillende strekking. Uiteindelijk dienden de senatoren COLLA en LEDUC een amendement in dat zonder enige discussie noch toelichting werd goedgekeurd en dat heeft geleid tot de definitieve tekst van artikel 4 § 2.

1156 Artikel 4 § 2, eerste lid bevat drie toelaatbaarheidsvoorwaarden voor eicelstimulatie. Opvallend is dat deze bepaling het heeft over eicelstimulatie zonder enige nadere beperking. In dit opzicht lijkt de wettekst strenger dan de eerste amendementen die eicelstimulatie enkel verboden met het oog op wetenschappelijk onderzoek. Artikel 4 § 2 daarentegen laat eicelstimulatie, welke de bedoeling ervan ook is, slechts toe als de drie voorwaarden vervuld zijn. De derde voorwaarde luidt dat de eicelstimulatie "wetenschappelijk verantwoord" moet zijn. Vermits eicelstimulatie met het oog op een bevruchting *in vitro* en later een embryotransfer nooit "wetenschappelijk verantwoord" is, zou een letterlijke interpretatie van deze voorwaarde eicelstimulatie met het oog op een zwangerschap onmogelijk maken. Dat kan uiteraard niet de bedoeling zijn geweest. De derde voorwaarde moet zo worden begrepen dat eicelstimuatie met het oog op het aanmaken van embryo's *in vitro* voor onderzoek enkel is toegelaten indien dit wetenschappelijk verantwoord is.

M.b.t. deze voorwaarde rijst de vraag of zij wel een zelfstandige betekenis kan hebben. De eicelstimulatie kan maar wetenschappelijk verantwoord zijn in de mate dat het onderzoek dat verricht wordt op de aangemaakte embryo's *in vitro* wetenschappelijk verantwoord is, d.w.z. "dat het doel van het onderzoek niet kan worden bereikt door onderzoek op overtallige embryo's" (art. 4 § 1). In de mate dat het beoogde onderzoek wetenschappelijk verantwoord is, is ook de eicelstimulatie wetenschappelijk verantwoord. Anders dan de eerder ingediende amendementen bepaalt artikel 4 § 2 niet wie of welke instantie bevoegd is om deze voorwaarde te toetsen. Het ligt voor de hand dat dit dient te gebeuren door het plaatselijk ethisch comité en desgevallend ook door de Federale Commissie.

Naast het wetenschappelijk verantwoord karakter van de eicelstimulatie, dient de betrokken vrouw meerderjarig te zijn en moet zij schriftelijk haar toestemming gegeven hebben. Hoewel dit niet uitdrukkelijk is bepaald, dient deze toestemming voorafgaandelijk te worden gegeven. Ook moet voorafgaandelijk informatie worden gegeven. Dit kan worden afgeleid uit artikel 8, waarin o.m. noodzakelijke informatie wordt vereist over het doel, de methodologie en de duur van het onderzoek of de behandeling. Onder dit laatste wordt eicelstimulatie verstaan, volgens de Raad van State (*Parl. St.* Senaat 2001-2002, 2-695/16, 10). De toestemming in artikel 4 § 2 slaat enkel op de eicelstimulatie alsdusdanig. Op grond van artikel 8 dient nog een afzonderlijke schriftelijke toestemming te worden gegeven voor het gebruik van de resulterende embryo's *in vitro* voor onderzoeksdoeleinden (zie verder).

B. VERRICHTEN VAN ONDERZOEK OP AANGEMAAKTE EMBRYO'S *IN VITRO*

1157 Zoals reeds bleek in nr. 1154 kan uit artikel 4 § 1, laatste zinsdeel worden afgeleid dat onderzoek op aangemaakte embryo's *in vitro* moet voldoen aan alle in de Embryowet gestelde voorwaarden voor dergelijk onderzoek. Voor embryo's *in vitro* die werden aangemaakt bij middel van eicellen die na eicelstimulatie werden bekomen, wordt dit uitdrukkelijk bepaald in artikel 4 § 2, laatste lid. Voor een gedetailleerde bespreking van deze voorwaarden: zie boven, nr. 1121 e.v. Hieronder wordt slechts kort ingegaan op die elementen die specifiek zijn voor het onderzoek met aangemaakte embryo's *in vitro*.

In de adviesaanvraag die wordt overgemaakt aan het plaatselijk ethisch comité en de Federale Commissie moet uitdrukkelijk worden vermeld dat het onderzoek wordt verricht op voor onderzoeksdoeleinden aangemaakte embryo's (art. 7 § 1, laatste lid).
De betrokkenen dienen vrij en na behoorlijk geïnformeerd te zijn hun voorafgaande schriftelijke toestemming te geven voor het gebruik van de embryo's *in vitro* voor onderzoeksdoeleinden. In dit geval zijn de "betrokkenen" "de personen met wier gameten of genetisch materiaal het embryo is aangemaakt om onderzoeksdoeleinden, dat wil zeggen de donoren van gameten of genetisch materiaal" (art. 2, 5°).

§ 3. Gebruik van gameten

1158 De Embryowet bevat niet alleen bepalingen die het onderzoek op embryo's *in vitro* regelen, maar ook enkele bepalingen die voorschriften bevatten m.b.t. gameten.

Tijdens de bespreking in tweede lezing werd een amendement ingediend om het opschrift van de wet hieraan aan te passen. Het werd naderhand ingetrokken (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 10).

1159 Artikel 5, 3° Embryowet verbiedt gameten te gebruiken voor commerciële doeleinden. Dit verbod moet worden gezien in het licht van artikel 4 § 2 dat eicelstimulatie voorwaardelijk toestaat en artikel 8 dat o.m. betrekking heeft op gametendonatie. Het kwam tot stand na de unanieme goedkeuring van een amendement in deze zin (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 150).

1160 Artikel 5, 5° verbiedt "onderzoek of behandelingen uit te voeren die gericht zijn op geslachtsselectie, met uitzondering van de selectie ter voorkoming van geslachtsgebonden ziekten". Deze bepaling vermeldt niet (menselijke) embryo's en evenmin gameten. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat dit geen toeval is. Het is de uitdrukkelijke bedoeling dat ook geslachtsselectie met gameten wordt verboden.

Tijdens de bespreking in eerste lezing werd een amendement goedgekeurd dat, kort gezegd, geslachtsselectie op embryo's verbood (zie boven). In zijn advies merkte de Raad van State dienaangaande op "dat niet met zekerheid kan worden afgeleid of het verbod enkel slaat op selectie van embryo's zelf, dan wel of het ook slaat op het onderzoek van gameten met als doel het verkrijgen van een embryo van een bepaald geslacht". Indien de tweede interpretatie de bedoeling van de bijzondere commissie zou weergeven, suggereerde de Raad van State volgende bepaling: "onderzoek of behandelingen uit te voeren op gameten of embryo's, die gericht zijn op geslachtsselectie, met uitzondering van ..." (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/16, nr. 15). Tijdens de bespreking in tweede lezing werden door meerdere senatoren amendementen ingediend om, in de lijn van de suggestie van de Raad van State, het verbod van geslachtsselectie op embryo's en gameten toepasbaar te verklaren. Doorslaggevend was evenwel een amendement ingediend door senator De Roeck om de woorden "van het embryo" weg te laten in de in eerste lezing goedgekeurde versie van artikel 5, 5°. De verantwoording laat geen twijfel bestaan over de bedoeling hiervan: "mevr. De Roeck blijft erbij dat de geslachtskeuze moet verboden worden zowel voor gameten als van embryo's. Om elke twijfel hieromtrent weg te nemen, wordt voorgesteld om in het algemeen 'de geslachtskeuze' te verbieden". Dit amendement werd met een overgrote meerderheid goedgekeurd (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 30-32).

1161 Krachtens artikel 8, eerste lid, dienen de betrokkenen vrij en na behoorlijk geïnformeerd te zijn hun voorafgaande schriftelijke toestemming te geven voor het gebruik van gameten voor onderzoeksdoeleinden. Zie in dit

verband ook: artikel 4 § 2 dat de schriftelijke toestemming vereist van eicelstimulatie. Niet duidelijk is wie hier onder "betrokkenen" dient te worden verstaan. De definitie van "betrokkenen" in artikel 2, 5° schiet tekort omdat zij enkel ziet op personen – al dan niet gametendonoren – voor wie een embryo werd aangemaakt. Dat is hier niet het geval. Hier zijn er geen betrokkenen, maar slechts één betrokkene, nl. de gametendonor. Diens toestemming volstaat.

Reeds in het wetsvoorstel kwam deze toestemmingseis voor het gebruik van gameten voor onderzoeksdoeleinden voor. Op zichzelf is daar niets mis mee. Andere voorwaarden voor het gebruik van gameten voor onderzoeksdoeleinden bepaalt de wet echter niet.

§ 4. Gebruik van embryonale stamcellen

1162 Artikel 5, 3° verbiedt het gebruik van embryonale stamcellen voor commerciële doeleinden.

Deze bepaling werd in een eerste lezing zonder enige discussie goedgekeurd na een amendement in deze zin (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 150).

Andere bepalingen verband houdend met embryonale stamcellen bevat de Embryowet niet.

§ 5. Reproductief kloneren

1163 Artikel 6 Embryowet verbiedt het reproductief kloneren. Daaronder wordt verstaan "het voortbrengen van één of meerdere menselijke individuen wier genen identiek zijn met die van het organisme van waaruit het kloneren werd gerealiseerd" (art. 2, 7°).

Zie in dit verband ook: het aanvullend protocol van 12 januari 1998 bij het E.V.R.M.B. dat het kloneren van menselijke wezens verbiedt (zie: N. JEGER, "Menselijk reproductief kloneren en het recht op menselijke waardigheid", *R.W.* 2002-03, 201-213).

§ 6. Sancties

A. GELDBOETE EN/OF GEVANGENISSTRAF

1. Jaarverslag

1164 Wie, nadat hem een herinnering is toegestuurd, verzuimt de in artikel 11 bedoelde jaarverslagen binnen de gestelde termijn over te zenden, wordt gestraft met geldboete van 50 tot 5000 EUR (art. 13 Embryowet).

2. Verboden handelingen

1165 Ieder die handelingen stelt die verboden zijn bij de artikelen 3, 5°, 4, 5 en 6 van deze wet, wordt gestraft met gevangenisstraf van een tot vijf jaar en/of met een geldboete van 1.000 tot 10.000 EUR (art. 13 Embryowet).

1166 Artikel 3, 5° verbiedt strikt genomen geen handeling. Artikel 3, 5° bevat een van de specifieke toelaatbaarheidsvoorwaarden voor onderzoek op embryo's *in vitro*, nl. dat dit onderzoek wordt uitgevoerd op embryo's tijdens de eerste 14 dagen van het ontwikkelingsstadium, de periode van invriezing niet inbegrepen. Het niet-eerbiedigen van deze voorwaarde wordt door artikel 13 Embryowet beschouwd als een verboden handeling. Dit geldt niet voor het niet-eerbiedigen van de vijf andere in artikel 3 genoemde toelaatbaarheidsvoorwaarden.

In artikel 13 van het wetsvoorstel werd in het geheel niet verwezen naar artikel 3. Tijdens de bespreking in eerste lezing werd een amendement ingediend met de bedoeling naar artikel 3 in zijn totaliteit te verwijzen. Senator MONFILS repliceerde dat "sommige ernstige feiten worden ook strafrechtelijk beteugeld, maar met deze sancties dient men omzichtig om te springen. Hij kan zich bv. niet voorstellen dat een strafrechter moet oordelen of een onderzoek met embryo's wel degelijk gebaseerd is op de recentste wetenschappelijke bevindingen, zoals wordt bepaald in artikel 3, 2°". Hij kon zich wel akkoord verklaren met een strafrechtelijke sanctionering van artikel 3, 5°. Een amendement in die zin werd ingediend en aangenomen (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 208-209).

1167 Artikel 4 § 1 verbiedt het aanmaken van embryo's *in vitro* voor onderzoeksdoeleinden, voorzover de wettelijk gestelde voorwaarden niet worden nageleefd.

Vermits deze voorwaarden al de in artikel 3 bedoelde voorwaarden betreffen moet de strafrechter in dit geval wel in staat worden geacht om de naleving ervan te beoordelen.

1168 Artikel 4 § 2 bevat geen verboden handeling, maar staat de eicelstimulatie voorwaardelijk toe.

Het is niet zeker of de wetgever heeft bedoeld dat de verwijzing naar artikel 4 ook betrekking heeft op artikel 4 § 2. In het wetsvoorstel hield artikel 4 enkel verband met het aanmaken van embryo's voor onderzoeksdoeleinden. Tijdens de parlementaire bespreking werd deze bepaling § 1 en werd § 2 toegevoegd (zie boven). Er is geen enkele aanwijzing dat de verwijzing naar artikel 4 ook betrekking heeft op deze § 2.

B. BEROEPSUITOEFENINGSVERBOD

1169 Iedere veroordeling wegens feiten bedoeld in artikel 6 (reproductief menselijk kloneren) kan een verbod inhouden om gedurende vijf jaar enige medische of onderzoeksactiviteit uit te oefenen (art. 14 Embryowet).

Deze bepaling kwam niet voor in het wetsvoorstel. Tijdens de bespreking in eerste lezing werd de suggestie voor het invoeren van een dergelijk beroepsverbod nog van de hand gewezen door senator MONFILS omdat "het verbod om gedurende enkele jaren een beroepsactiviteit uit te oefenen voor een onderzoeker meteen het einde van zijn loopbaan betekent" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/12, 210). Tijdens de bespreking in tweede lezing kwam hij zelf met een amendement dat na goedkeuring artikel 14 Embryowet is geworden. Het verbod is een mogelijkheid, geen verplichting: het komt aan de rechter toe om daarover te oordelen (*Parl. St.* Senaat 2002-03, 2-695/18, 59).

C. BEVEL TOT STOPZETTING VAN EEN ONDERZOEK

1170 De Federale Commissie voor medisch en wetenschappelijk onderzoek op embryo's *in vitro* kan "een onderzoek doen stopzetten indien zij tijdens de uitvoering ervan vaststelt dat deze wet niet wordt nageleefd" (art. 10 § 2, derde lid).

De toelaatbaarheidsvoorwaarden voor het verrichten van onderzoek met embryo's *in vitro* werden onderscheiden in algemene en specifieke voorwaarden. De laatst genoemde vindt men in artikel 3. Enkel de overtreding van artikel 3, 5° is uitdrukkelijk strafbaar gesteld. Op de niet-naleving van de andere specifieke voorwaarden en de algemene voorwaarden staan geen strafsancties. In dat verband vermeldt het advies van de Raad van State het volgende: "het feit dat de wetgever voorziet in een bescherming van embryo's, betekent op zich nog niet dat hij deze bescherming op alle onderdelen middels strafbepalingen moet concretiseren, zoals bv. het geval is voor euthanasie en zwangerschapsafbreking. Het behoort integendeel in beginsel tot de beleidsvrijheid van de wetgever om te beslissen of handelingen die worden gesteld met miskenning van de in de wet gestelde voorwaarden, al dan niet onder de toepassing van het strafrecht moeten worden gebracht. Te dezen vereist artikel 25 E.V.R.M.B. wel dat in passende sancties wordt voorzien, voor het geval een inbreuk wordt gepleegd op de bepalingen van het verdrag.
Vanuit het oogpunt van die laatste bepaling verdienen de artikelen 3 en 8 van het voorstel nader onderzoek. Artikel 3 stelt de voorwaarden vast waaraan een onderzoek op embryo's *in vitro* moet voldoen. Artikel 8 houdt bepalingen in met betrekking tot de toestemmning die door een persoon gegeven moet worden, opdat gameten of embryo's, afkomstig van die persoon, *in vitro* gebruikt mogen worden voor onderzoeksdoeleinden.
Het voorstel voorziet niet in een algemene strafbaarstelling van handelingen die in strijd met de artikelen 3 en 8 worden gesteld. Amendementen die ertoe strekten elke overtreding van de bepalingen van die artikelen strafbaar te stellen werden in eerste lezing door de Bijzondere Commissie trouwens uitdrukkelijk verworpen. Alleen een overtreding van artikel 3, 5° (verbod om onderzoek te verrichten op een embryo dat ouder is dan 14 dagen, periode van de invriezing niet inbegrepen) is, naar luid van artikel 13 van het voorstel, strafbaar.
Blijkbaar opteert de Bijzondere Commissie ervoor om het toezicht op de naleving van de bepalingen van de artikelen 3 en 8 in hoofdzaak te laten uitoefenen door andere overheden dan de gerechtelijke, meer bepaald door de plaatselijke ethische comités en de Federale Commissie. De sanctie die uit dat toezicht kan voortvloeien, is dat de stopzetting van een onderzoek, als de Commissie vaststelt dat het wordt uitgevoerd in strijd met de bepalingen van de voorgestelde wet (art. 10 § 2, derde lid). Die maatregel kan als 'een passende sanctie' worden beschouwd" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-695/16, 5-6).
Er is geen sanctie voorzien voor het geval dat een onderzoeker een bevel tot stopzettting naast zich zou neerleggen.

§ 7. Federale Commissie voor medisch en wetenschappelijk onderzoek op embryo's *in vitro*

1171 Artikel 9 § 1 Embryowet richt de "Federale Commissie voor medisch en wetenschappelijk onderzoek op embryo's *in vitro*" op.

De samenstelling van de commissie is geregeld in artikel 9 § 2. Zij bestaat uit 14 leden die gespecialiseerd zijn in de medische, wetenschappelijke, juridische, ethische en maatschappelijke aspecten die betrekking hebben op het onderzoek op embryo's, nl. 4 artsen, 4 doctors in de wetenschappen, 2 juristen en 4 deskundigen in de ethische problemen en de sociale wetenschappen. Men kan niet tegelijk lid zijn van de commissie en van het raadgevend comité voor de bioethiek.

1172 De Federale Commissie heeft een aantal algemene opdrachten (art. 10 § 1 en art. 10 § 4) en een aantal specifieke opdrachten die verband houden met onderzoeksprojecten waarin gebruik wordt gemaakt van embryo's *in vitro* (art. 10 § 2).

De algemene opdrachten van de Federale Commissie zijn:
– het inwinnen en centraliseren van informatie over de verschillende projecten inzake onderzoek op embryo's, met inbegrip van die projecten waarover de plaatselijke ethische comités een negatief advies hebben uitgebracht (art. 10 § 1, 1°);
– wetenschappelijk onverantwoorde ontwikkeling van identieke onderzoeksprojecten (art. 10 § 1, 2°);
– het evalueren van de toepassing van de wet (art. 10 § 1, 3°);
– het formuleren van aanbevelingen in de vorm van adviezen met het oog op wetgevende initiatieven of andere maatregelen (art. 10 § 1, 4°);
– het formuleren van aanbevelingen in de vorm van adviezen over de toepassing van de wet ten behoeve van de plaatselijke ethische comités (art. 10 § 1, 5°);
– elk jaar ten behoeve van de wetgevende kamers een rapport op te stellen waarin verslag wordt uitgebracht over de uitoefening van haar taken (art. 10 § 4).

HOOFDSTUK III

WETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK MET LICHAAMSMATERIAAL EN GEGEVENS

1173 Een van de basisregels voor wetenschappelijk onderzoek met proefpersonen en embryo's is de subsidiariteit. Dergelijk onderzoek is pas geoorloofd voorzover de resultaten ervan niet via andere onderzoeksmethoden kunnen worden bekomen. Tot die andere onderzoeksmethoden kunnen onderzoek met dieren maar in toenemende mate onderzoek met menselijk lichaamsmateriaal en onderzoek met medische persoonsgegevens worden gerekend.

De term (menselijk) lichaamsmateriaal verwijst naar een biologische realiteit. Hij omvat zowel organen (regenereerbaar, bv. huid en niet-regenereerbaar bv. hart, nieren) als stoffen die door het lichaam op regelmatige basis worden geproduceerd ("producten": bv. sperma, bloed); cellen en weefsels, vitale lichaamsdelen en wat men gewoonlijk als afval (operatieresten) of onbelangrijke lichaamsafscheidingen beschouwt (urine, tranen, speeksel, haar, nagels enz.). De generieke term lichaamsmateriaal dekt aldus een lading die sterk kan verschillen (C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels,* Antwerpen, Intersentia, 2003, 9-10).

Medische persoonsgegevens kunnen worden gedefinieerd als persoonsgegevens die betrekking hebben op de gezondheidstoestand van een individu of die met deze gezondheidstoestand in verband kunnen worden gebracht (S. CALLENS, *Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek,* Antwerpen, Maklu, 1995, 31).

In toenemende mate kan via nieuwe analyse-methoden (bv. de PCR-techniek) uit om het even welke lichaamskern zeer veel informatie (gegevens) m.b.t. een persoon worden gehaald. Toch dienen lichaamsmateriaal en gegevens van elkaar te worden onderscheiden (zie hierover: S. CALLENS, *a.w.*, 34-50; C. TROUET, *a.w.* 14-17), hoewel dit onderscheid niet absoluut is hetgeen gevolgen heeft voor zeggenschapsregelingen m.b.t. lichaamsmateriaal en gegevens. Zowel lichaamsmateriaal als medische persoonsgegevens kunnen voor zeer uiteenlopende doeleinden binnen en buiten de gezondheidszorg worden aangewend. De bespreking hier is beperkt tot het wetenschappelijk onderzoek met lichaamsmateriaal en medische persoonsgegevens.

AFDELING I

WETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK MET LICHAAMSMATERIAAL

§ 1. Juridisch statuut van lichaamsmateriaal

1174 Wanneer het oorspronkelijk doel waarvoor lichaamsmateriaal afgenomen werd is bereikt (bv. wanneer met afgenomen bloed of weefsel een diagnose werd gesteld) of als er van meet af aan geen doel is (bv. restmateriaal na een operatie) of als het oorspronkelijke doel niet (meer) kan worden bereikt (bv. een orgaan weggenomen voor transplantatie blijkt ongeschikt te zijn) kan dit lichaamsmateriaal voor andere doeleinden worden gebruikt o.m. wetenschappelijk onderzoek. Men noemt dit gebruik het "nader gebruik" van lichaamsmateriaal (zie over nader gebruik uitvoerig: C. TROUET, *a.w.*, 24).

1175 De praktijk van het nader gebruik roept de vraag op naar het juridisch statuut van lichaamsmateriaal, eenmaal dit van het lichaam is afgescheiden.

Zolang het lichaamsmateriaal nog niet is gescheiden van het lichaam geniet het dezelfde bescherming als het lichaam zelf. Het lichaam maakt op zijn beurt deel uit van de persoon die beschermd wordt door het recht op lichamelijke integriteit (onaantastbaarheid van het lichaam) en de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam (art. 1128 B.W.).
Meer en meer wordt aanvaard dat elke persoon ook een zekere beschikkingsmacht heeft over zijn lichaam. Mits binnen de grenzen van de openbare orde en de goede zeden wordt gebleven en de menselijke waardigheid gerespecteerd blijft, kan iemand beschikken over zijn lichaam en zo toelaten dat zijn lichamelijke integriteit wordt geschonden (C. TROUET, *a.w.*, 53-58).

1176 Van het lichaam afgescheiden lichaamsmateriaal kan bezwaarlijk worden geassimileerd met de menselijke oorsprong als dusdanig. Omwille van de onderlinge exclusiviteit van de categorieën persoon en zaak leidt dit tot de conclusie dat lichaamsmateriaal een zaak, een rechtsobject is (C. TROUET, *a.w.*, 341 en de daar aangehaalde literatuur).

Sommige auteurs betwisten nochtans het zakelijk karakter van lichaamsmateriaal omdat zij de "reïficatie" (verzakelijking) van het lichaam en de menselijke persoon willen tegengaan. Toch is het ontkennen van elk zakelijk karakter van lichaamsmateriaal moeilijk te rechtvaardigen. Lichaamsmateriaal is een zaak, geen persoon (C. TROUET, *a.w.*, 342-343).

1177 Lichaamsmateriaal is als zaak vatbaar voor eigendomsrecht. Voor de meeste auteurs is lichaamsmateriaal eigendom van de persoon van wie het afkomstig is (C. TROUET, *a.w.*, 351 en daar aangehaalde literatuur). Volgens TROUET kan het ontstaan van een eigendomsrecht in hoofde van degene van wie het lichaamsmateriaal afkomstig is (de "bron" van lichaamsmateriaal genoemd) via de afgeleide (art. 711 B.W.) of de oorspronkelijke wijzen (art. 712 B.W.) van eigendomsverkrijging worden betwist. De arts, de onderzoeker of het ziekenhuis waar het lichaamsmateriaal wordt bewaard is slechts een detentor, geen eigenaar van lichaamsmateriaal. De bron van het lichaamsmateriaal heeft een zakenrechtelijke band met het lichaamsmateriaal, hij is er

de eigenaar van (C. TROUET, *a.w.*, 355). Deze kan vervolgens wel afstand doen van het lichaamsmateriaal (*derelictio*) of zijn recht overdragen aan een derde (bv. een arts, een ziekenhuis). Door te stellen dat de patiënt afstand doet van zijn eigendomsrecht en dat de arts het eigendomsrecht verkrijgt door de inbezitname (art. 2228 B.W.) is voor het (nader) gebruik van lichaamsmateriaal geen toestemming van de patiënt van wie het lichaamsmateriaal afkomstig is, noodzakelijk. In toenemende mate groeit het besef dat deze zakenrechtelijke benadering onvoldoende bescherming biedt voor de "bron" van het lichaamsmateriaal en wordt gestreefd naar persoonsgebonden zeggenschap over lichaamsmateriaal.

§ 2. Regulering van wetenschappelijk onderzoek met lichaamsmateriaal

1178 In België bestaat nog geen omvattende regeling van wetenschappelijk onderzoek met lichaamsmateriaal. De Medische experimentenwet (zie boven, nr. 1011) is er niet op van toepassing vermits van onderzoek op een menselijke persoon geen sprake is. In oktober 2000 werd het toepassingsgebied van de Verklaring van Helsinki (zie boven, nr. 1024) verruimd tot wetenschappelijk onderzoek met identificeerbaar lichaamsmateriaal. De verklaring bevat geen aanwijzingen over de precieze implicaties van die uitbreiding. Aangenomen wordt nochtans dat die uitbreiding niet beoogt om alle wetenschappelijk onderzoek met identificeerbaar lichaamsmateriaal onder de verklaring te laten vallen. Veeleer lijkt het zo te zijn dat enkel het afstaan van lichaamsmateriaal door proefpersonen in het kader van hun deelname aan wetenschappelijk onderzoek beoogd wordt (C. TROUET, *a.w.*, 426). In een advies van 19 september 1998 oordeelde de Nationale raad van de Orde der geneesheren dat als "experimenten op mensen" dienen te worden aangezien: alle studies op "personen of weefsels en lichaamsvochten afkomstig van personen die bijdragen tot meerdere kennis van het menselijk functioneren" (*T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 82, 19). Dit impliceert dat de deontologische voorschriften inzake wetenschappelijk onderzoek met proefpersonen *mutatis mutandis* ook gelden voor wetenschappelijk onderzoek met herleidbaar lichaamsmateriaal.

1179 Artikel 22 E.V.R.M.B. kent aan de patiënt wiens lichaamsmateriaal wordt aangewend voor een of andere wijze van nader gebruik zeggenschap toe over dit lichaamsmateriaal, zonder zich daarbij uit te spreken over het juridisch statuut ervan en over het eigendomsrecht. Krachtens artikel 22 mag lichaamsmateriaal dat in het kader van een medische tussenkomst werd afgenomen, enkel worden bewaard en gebruikt voor andere doeleinden wanneer aangepaste voorlichting en toestemming door de persoon van wie het lichaamsmateriaal afkomstig is, werd gegeven.

Dit vereiste geldt niet enkel voor tot de patiënt herleidbaar lichaamsmateriaal maar ook voor anoniem lichaamsmateriaal. De modaliteiten van voorlichting en toestemming kunnen wel verschillen naargelang de omstandigheden en de aard van het lichaamsmateriaal. Het zal niet steeds nodig zijn de uitdrukkelijke toestemming van de bron van het lichaamsmateriaal te bekomen. In sommige gevallen zal het volstaan dat de bron geen bezwaar heeft te kennen gegeven nadat hij voldoende informatie heeft ontvangen. Bij het gebruik van lichaamsmateriaal voor genetisch

onderzoek zal dan weer een expliciete toestemming vereist zijn, zeker wanneer het om herleidbaar lichaamsmateriaal gaat (C. TROUET, *a.w.*, 450-451; zie voor een uitgewerkt voorstel *de lege ferenda*: C. TROUET, *a.w.*, 466-528 en in bijlage een informatiebrochure en een toestemmingsformulier).

AFDELING II

WETENSCHAPPELIJK ONDERZOEK MET MEDISCHE PERSOONSGEGEVENS

§ 1. Gebruik van medische persoonsgegevens voor eigen onderzoek

1180 Een eerste wijze van wetenschappelijk onderzoek met medische persoonsgegevens die de gezondheid betreffen is het onderzoek dat door artsen wordt verricht met gegevens afkomstig van hun patiënten, ook wel "eigen onderzoek" genoemd (zie: S. CALLENS, *a.w.*, 425).

In de praktijk blijkt dat artsen – zeker indien het onderzoek betreft met gegevens van patiënten met wie geen behandelingsrelatie meer bestaat – meestal geen toestemming vragen voor het verrichten van onderzoek met gegevens afkomstig van hun patiënt. Er wordt vanuit gegaan dat de (al dan niet stilzwijgende) toestemming voor de diagnosestelling en behandeling tevens de toestemming impliceert voor het in onderzoek betrekken van medische gegevens. Artikel 458 Sw. houdt wel de verplichting in van de arts er voor te waken dat de medische gegevens niet worden bekend gemaakt, bv. in een wetenschappelijke publicatie. Dit professioneel gebruik werd bekrachtigd in de Code van medische plichtenleer. Artikel 43 bepaalt dat een arts bij zijn wetenschappelijke werkzaamheden mag gebruik maken van zijn medische dossiers, op voorwaarde dat geen namen of details in zijn publicaties voorkomen die de indentificatie van patiënten door derden zou mogelijk maken. Bovendien moet een gunstig advies worden bekomen van een door de Nationale raad van de Orde der geneesheren erkende commissie voor medische ethiek (advies Nationale raad van 16 april 1994, *T. Orde Geneesh.* 1994, nr. 65, 17-18) (H. NYS, "Rechtsontwikkelingen inzake bescherming van de privacy bij medisch-wetenschappelijk onderzoek", in M. STORME (red.), *Gezin en recht in een postmoderne samenleving*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 32). Zie voor een afwijkende mening: Arbh. Brussel 23 maart 1993, *T. Gez.* 1995-96, 296 met noot J. STIEVENARD; *T.S.R.* 1993, 144-145 en de kritiek van S. CALLENS, *a.w.*, 427: "het advies van het Arbeidsauditoriaat en het arrest van het Hof wekken enige verbazing. Het is merkwaardig vast te stellen hoe deontologische regels die gelden voor medische experimenten met proefpersonen zomaar worden toegepast op het beschikken over gegevens voor medisch-wetenschappelijk onderzoek" (zie ook boven, nr. 390).

1181 Artikel 7 § 1 Wet Verwerking Persoonsgegevens verbiedt de verwerking van persoonsgegevens die de gezondheid betreffen. Artikel 7 § 2, k laat de verwerking van deze gegevens toe "wanneer de verwerking noodzakelijk is voor het wetenschappelijk onderzoek en wordt verricht onder de voorwaarden vastgelegd door de Koning bij een in ministerraad overlegd besluit na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer". Deze voorwaarden werden bepaald in het K.B. 13 februari 2001 ter uitvoering van de Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens (*B.S.* 13 maart 2001); zie: M.-H. BOULANGER, S. CALLENS en S. BRILLON, "La protection des données à caractère personnel relatives à la santé et la loi du

8 décembre 1992", *T. Gez.* 2000-01, 326-345; S. CALLENS en S. BRILLON, "Het omgaan met gezondheidsgegevens in het ziekenhuis en de wetgeving verwerking van persoonsgegevens", in D. DE BOT e.a., *Privacy en verwerking van gegevens in het ziekenhuis*, Diegem, Kluwer, 2002, 48-53). Dit K.B. regelt echter enkel de zgn. latere verwerking van persoonsgegevens (zie verder). Noch de Wet Verwerking Persoonsgegevens noch het uitvoeringsbesluit bevatten specifieke bepalingen omtrent het gebruik van medische persoonsgegevens voor eigen onderzoek. Indien dit eigen onderzoek verenigbaar is met de oorspronkelijke doeleinden van de verwerking, met name de diagnose en de behandeling van de patiënten dient enkel de Wet Verwerking Persoonsgegevens te worden nageleefd en niet hoofdstuk II K.B. 13 februari 2001 aangezien hoofdstuk II enkel van toepassing is op latere verwerkingen voor wetenschappelijke doeleinden die niet verenigbaar zijn met de oorspronkelijke verwerking.

§ 2. Gebruik van medische persoonsgegevens voor onderzoek door derden

1182 Onder onderzoek met medische persoonsgegevens door derden verstaan we onderzoek met medische persoonsgegevens die oorspronkelijk voor een bepaald doel (meestal diagnose en therapie) werden gebruikt en die later terbeschikking worden gesteld voor wetenschappelijk onderzoek door een derde. Wanneer diegene die deze gegevens aanvankelijk heeft gebruikt voor diagnose en therapie, ze naderhand aanwendt voor wetenschappelijk onderzoek dat niet-verenigbaar is met de oorspronkelijke doelstelling, dient dit onderzoek eveneens te worden beschouwd als onderzoek door een derde en niet als eigen onderzoek.

A. TOELAATBAARHEID VAN HET TERBESCHIKKING STELLEN

1183 De arts die de gegevens over zijn patiënten ter beschikking stelt voor wetenschappelijk onderzoek door een derde, het weze een arts of niet, schendt artikel 458 Sw. Nu hoofdstuk 2 K.B. 13 februari 2001 uitdrukkelijk de latere verwerking met het oog op wetenschappelijk onderzoek toelaat, kan hierin een wettelijke toelating worden gezien voor het ter beschikking stellen van de gegevens aan derden.

In dit kader is ook artikel 44 Code medische plichtenleer van belang: een arts mag met het oog op het wetenschappelijk belang bepaalde gegevens uit medische dossiers, waarvoor hij verantwoordelijk is, aan derden meedelen voorzover hij het beroepsgeheim niet schendt en de interpretatie van die gegevens geschiedt onder toezicht van een arts. Zie ook artikel 62: binnen de perken van volstrekte noodzaak, mag een diagnose of een inlichting van geneeskundige aard worden meegedeeld aan instellingen met een wetenschappelijke opdracht, zonder vermelding van naam. De Nationale raad van de Orde der geneesheren heeft het principe om alleen anonieme gegevens te verstrekken voor medisch-wetenschappelijk onderzoek in haar adviezen bevestigd (zie de adviezen vermeld door: S. CALLENS, *a.w.*, 446, noot 119; sporadisch lijkt de Nationale raad van het principe af te wijken, zie: H. NYS, *t.a.p.*, 33 en S. CALLENS, *a.w.*, 445, noot 118). In een interpretatieve Toelichting gegeven bij artikel 44 van de Code van medische plichtenleer heeft de Nationale raad de voorwaarden bepaald waaronder gecodeerde gegevens kunnen worden verstrekt voor medisch-wetenschappelijk onderzoek: 1) de anonimiteit brengt de relevantie van de resultaten van de studie in het gedrang; 2) de degelijk ingelichte persoon heeft zijn toestemming

gegeven, behalve wanneer dit onmogelijk is, hetgeen moet worden beoordeeld door een commissie voor medische ethiek; 3) de gegevens worden enkel overgemaakt aan een arts die verantwoordelijk is voor het wetenschappelijk onderzoek of aan een derde die onder gezag staat van een arts; 4) de arts die verantwoordelijk is voor de geheimhouding verbindt er zich toe uit die gegevens alle elementen te vernietigen die een identificatie van personen mogelijk maken zodra deze niet meer onmisbaar zijn voor de relevantie van het onderzoek en 5) in elke vorm van wetenschappelijke mededeling of publicatie mogen de gegevens nooit enige aanduiding van de identiteit van de persoon bevatten, en dit volgens de vereisten van de eerbiediging van de menselijke persoon en van het medisch beroepsgeheim (advies 16 april 1994, *T. Orde Geneesh.* 1994, nr. 65, 18). In een advies over een ontwerp van K.B. ter uitvoering van de Wet Verwerking Persoonsgegevens stelde de Nationale raad: "wat de verwerking van gecodeerde gegevens voor wetenschappelijke doeleinden betreft, kan de Nationale raad niet accepteren dat dit gebeurt zonder informatie en zonder toestemming van de betrokkene" (advies 19 februari 2000, *T. Orde Geneesh.* 2000, nr. 88, 18).

B. REGELING IN DE WET VERWERKING PERSOONSGEGEVENS

1184 Hoofdstuk 2 K.B. 13 februari 2001 regelt de zgn. latere verwerking van persoonsgegevens voor wetenschappelijke doeleinden in het algemeen terwijl hoofdstuk 3 meer specifieke voorwaarden bevat voor de verwerking van (o.m.) gegevens die de gezondheid betreffen. De bepalingen van hoofdstuk 2 gelden eveneens voor de gegevens die de gezondheid betreffen.

De notie "latere verwerking" wordt niet gedefinieerd. Dit begrip heeft betrekking op het geval waarin de verantwoordelijke voor de verwerking persoonsgegevens verwerkt in het kader van zijn normale en legitieme werkzaamheden, die gegevens zelf wenst te hergebruiken of ze aan een ontvanger mee te delen met het oog op wetenschappelijk onderzoek (Verslag aan de Koning bij K.B. 13 februari 2001, *B.S.* 13 maart 2001, 7846).

1. Wetenschappelijk onderzoek met anonieme gegevens

1185 Het gebruik van medische persoonsgegevens voor wetenschappelijke doeleinden door een derde dient in principe te gebeuren aan de hand van anonieme gegevens (art. 3, eerste lid K.B. 13 februari 2001).

Anonieme gegevens zijn gegevens die niet met een geïdentificeerd of identificeerbaar persoon in verband kunnen worden gebracht en die derhalve geen persoonsgegevens zijn (art. 1, 5° K.B. 13 februari 2001; terecht merken M.-H. BOULANGER e.a., *t.a.p.*, 337 op dat deze regel is opgenomen in een reglementering die het gebruik door derden van persoonsgegevens beoogt. Anonieme gegevens vereisen geen specifieke waarborg). Zie hierover ook: S. CALLENS, *t.a.p.*, 461 die erop wijst dat ook onderzoek met anonieme gegevens zorgvuldig moet gebeuren. In een advies over een ontwerp K.B. ter uitvoering van de Wet Verwerking Persoonsgegevens bevestigde de Nationale raad van de Orde der geneesheren zijn mening dat de verwerking van gezondheidsgegevens voor wetenschappelijke doeleinden in principe aan de hand van anonieme gegevens dient te gebeuren. Voor de verwerking van genetische gegevens is de Nationale raad van oordeel dat anonimiteit de enige mogelijkheid is en dit niettegenstaande de schriftelijke toestemming van de betrokkene. Voorts meent de Nationale raad dat het aangewezen is de schriftelijke toestemming van de betrokkene te bekomen wanneer het onderzoek met anonieme gegevens slechts op een kleine groep slaat en dit ter bescherming van de groepsprivacy (zie ook: S. CALLENS, *a.w.*, 462). De Nationale raad betreurde ook dat er geen bijzonder beschermingsregime werd ontworpen voor genetische gegevens (advies van 19 februari 2000, *T. Orde Geneesh.* 2000, nr. 88, 18). CALLENS nuanceert het onderscheid tussen genetische gegevens en andere medische gegevens en meent dat er voor een aparte regelgeving andere argumenten moeten kunnen worden aangehaald dan de zogenaamde unieke eigenschappen van genetische gegevens (S. CALLENS, *a.w.*, 135).

2. Wetenschappelijk onderzoek met gecodeerde gegevens

1186 Indien het gebruik van anonieme gegevens niet de mogelijkheid biedt de wetenschappelijke doeleinden te verwezenlijken, mag gebruik worden gemaakt van gecodeerde gegevens. In dat geval moet de verantwoordelijke voor de verwerking van de gegevens in de aangifte betreffende de verwerking die hij overeenkomstig artikel 17 Wet Verwerking Persoonsgegevens aflegt, vermelden waarom anonieme gegevens niet de mogelijkheid bieden de wetenschappelijke doeleinden te verwezenlijken (art. 4 K.B. 13 februari 2001).

Gecodeerde persoonsgegevens zijn persoonsgegevens die slechts door middel van een code in verband kunnen worden gebracht met een geïdentificeerd of identificeerbaar persoon (art. 1, 3° K.B. 13 februari 2001). Het blijven evenwel persoonsgegevens met alle gevolgen van dien wat betreft de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Een algemeen geldende regel is dat de persoonsgegevens moeten worden gecodeerd alvorens later op enigerlei wijze voor wetenschappelijke doeleinden te worden verwerkt (art. 7 K.B. 13 februari 2001). Voorts maakt het K.B. een onderscheid tussen verschillende situaties in functie van wie het wetenschappelijk onderzoek zal verrichten. Ingeval de verantwoordelijke voor de verwerking van persoonsgegevens deze aan een derde meedeelt met het oog op gebruik voor wetenschappelijke doeleinden, worden die persoonsgegevens voorafgaand aan de mededeling gecodeerd door de verantwoordelijke voor de verwerking of door een intermediaire organisatie (art. 9 K.B. 13 februari 2001). Een intermediaire organisatie is de natuurlijke persoon, rechtspersoon, de feitelijke vereniging of de openbare overheid, andere dan de verantwoordelijke voor de verwerking van de niet-gecodeerde gegevens, die voornoemde gegevens codeert (art. 1, 6° K.B. 13 februari 2001). Ingeval verscheidene verantwoordelijken voor de verwerking van persoonsgegevens aan dezelfde derde(n) persoonsgegevens meedelen met het oog op wetenschappelijk onderzoek, worden die persoonsgegevens voorafgaand aan de mededeling gecodeerd door een intermediaire organisatie die onafhankelijk is van de verantwoordelijk voor de latere verwerking van de persoonsgegevens voor wetenschappelijke doeleinden (art. 11 K.B. 13 februari 2001).

1187 Voorafgaand aan de codering van persoonsgegevens die de gezondheid betreffen moet de verantwoordelijke voor de codering de betrokken patiënt op de hoogte brengen van (o.m.) het bestaan van een recht van verzet (art. 14 K.B. 13 februari 2001). Deze verplichting moet evenwel niet worden nagekomen indien zij onmogelijk blijkt of onevenredig veel moeite kost en mits de procedure bepaald in artikel 16 werd nageleefd (art. 15, eerste lid K.B. 13 februari 2001). Op grond van artikel 16 moet de verantwoordelijke voor de verwerking de aangifte die hij moet doen krachtens artikel 17 Wet Verwerking Persoonsgegevens aanvullen met bijkomende gegevens waaruit o.m. blijkt waarom de kennisgeving onmogelijk is of onevenredig veel moeite kost. De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer deelt binnen een termijn van 45 dagen te rekenen van de ontvangst van de aangifte een zgn. aanbeveling mee. Indien binnen deze termijn geen aanbeveling is meegedeeld, wordt het verzoek geacht te zijn aanvaard (art. 16).

3. Wetenschappelijk onderzoek met niet-gecodeerde gegevens

1188 Indien het gebruik van gecodeerde gegevens niet de mogelijkheid biedt de wetenschappelijke doeleinden te verwezenlijken, mag de verantwoordelijke voor de latere verwerking niet-gecodeerde gegevens gebruiken voor zijn we-

tenschappelijk onderzoek. In dat geval vermeldt hij in de aangifte van de verwerking overeenkomstig artikel 17 Wet Verwerking Persoonsgegevens waarom het gebruik van gecodeerde gegevens niet de mogelijkheid biedt de wetenschappelijke doeleinden te verwezenlijken (art. 5 K.B. 13 februari 2001).

Niet-gecodeerde gegevens zijn andere dan gecodeerde persoonsgegevens (art. 1, 4° K.B. 13 februari 2001).

1189 Alvorens niet-gecodeerde persoonsgegevens voor wetenschappelijke doeleinden te gebruiken, wijst de verantwoordelijke voor de latere verwerking de betrokken persoon (o.m.) op het bestaan van de verplichting om aan de betrokken persoon voorafgaandelijk toestemming te vragen voor de verwerking van niet-gecodeerde gegevens voor wetenschappelijke doeleinden (art. 18 K.B. 13 februari 2001). Overeenkomstig artikel 19 K.B. 13 februari 2001 moet de betrokken persoon uitdrukkelijk zijn toestemming geven voor het gebruik van hem betreffende niet-gecodeerde persoonsgegevens voor wetenschappelijke doeleinden vooraleer het onderzoek wordt aangevat.

De uitdrukkelijke toestemmingsverplichting moet niet worden nageleefd in volgende gevallen. De latere verwerking voor wetenschappelijke doeleinden blijft beperkt tot niet-gecodeerde persoonsgegevens die kennelijk door betrokkene zelf publiek zijn gemaakt of die in nauw verband staan met het publiek karakter van betrokkene of van die feiten waarbij deze laatste betrokken is of is geweest (art. 20, 1° K.B. 13 februari 2001). De nakoming van deze verplichting blijkt onmogelijk of kost onevenredig veel moeite en artikel 21 werd nageleefd (art. 20, 2° K.B. 13 februari 2001).

HOOFDSTUK IV

WEGNEMING VAN ORGANEN, WEEFSELS EN CELLEN BIJ LEVENDEN

AFDELING I

WEGNEMING MET HET OOG OP TRANSPLANTATIE MET THERAPEUTISCHE BEDOELINGEN

1190 De wegneming van organen, weefsels of cellen met het oog op transplantatie voor therapeutische doeleinden wordt geregeld door de zgn. Orgaantransplantatiewet (Wet 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *B.S.* 14 februari 1987 Wet, *err. B.S.* 26 februari 1987, gewijzigd door Wet van 17 februari 1987, *B.S.* 14 april 1987, Wet van 7 december 2001, *B.S.* 31 december 2002 en Wet van 22 december 2003, *B.S.* 31 december 2003; de aanbevolen afkorting van deze wet is Orgaantransplantatiewet (zie *Juridische verwijzingen en afkortingen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1997, derde uitgave, 169). Die afkorting is minder geslaagd vermits deze wet niet de transplantatie van organen regelt maar de wegneming. Niettemin wordt deze afkorting ook hier gebruikt).

§ 1. Toepassingsgebied

1191 De wet is van toepassing op het wegnemen van organen, weefsels of cellen van het lichaam van een persoon, "donor" genoemd, met het oog op het voor therapeutische doeleinden transplanteren van die organen, weefsels of cellen op het lichaam van dezelfde of een andere persoon, "receptor" genoemd (art. 1 § 1, eerste lid zoals gewijzigd door art. 156 Programmawet 22 december 2003).

Aanvankelijk viel de zgn. autotransplantatie of het wegnemen van weefsel of cellen met het oog op gebruik bij dezelfde persoon niet onder de wet. Donor en receptor dienden verschillende personen te zijn (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85 nr. 832/1, 4). Om deze reden beval de Raad van State de schorsing van K.B. 23 december 2002 betreffende het wegnemen, bewaren, bereiden, invoeren, distribueren en afleveren van weefsels van menselijke oorsprong alsook betreffende de banken voor weefsels van menselijke oorsprong (*B.S.* 11 februari 2003). Dit K.B. verbood de opslag van stamcellen voor later gebruik bij de donor van die cellen. Volgens de Raad van State vond dit K.B. geen wettelijke basis in de Orgaantransplantatiewet aangezien donor en receptor verschillende personen dienen te zijn (R.v.St., A.G. Cryo-Cell Switzerland, nr. 116.329, 24 februari 2003; zie: H. Nys, "De belangrijkste ontwikkelingen in het medisch recht in 2003", in *Recht in beweging. 11 de VRG-Alumnidag 2004*, Antwerpen, Maklu, 2004, 303-304).

1192 Uit artikel 1 § 1 volgt nog dat de wegneming enkel door de bepalingen van de Orgaantransplantatiewet wordt beheerst wanneer zij gebeurt met het oog op de transplantatie met een therapeutische bedoeling (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 26; nr. 832/2, 10 waar in dit verband sprake is van een "fundamentele keuze"). Wegneming van een orgaan met

het oog op andere (transplantatie)doeleinden, bv. experimentele, valt niet onder deze wet (zie boven, nr. 976).

Niet vereist is dat de transplantatie onmiddellijk volgt op de wegneming. Zo kan de wegneming gebeuren om een reserve samen te stellen, bv. een huidbank. Op het ogenblik dat de wegneming gebeurt is de receptor vaak niet gekend maar de wegneming moet gebeuren met het oog op de behandeling van een, niet nader bepaalde, receptor (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 4-5; zie nochtans art. 6 dat betrekking heeft op de wegneming met het oog op de behandeling van een receptor die in levensgevaar verkeert. In dat geval zal het wel om een gekende receptor gaan en zal de transplantatie snel na de wegneming gebeuren; zie ook: art. 7: wegneming met het oog op transplantatie bij broer of zus). De bevoegdheid van de Koning om de wegneming tot andere doeleinden uit te breiden (art. 2) slaat slechts op de wegneming na overlijden (zie boven, nr. 978).

1193 De wet definieert "transplanteren" niet. Volgens de Toelichting bij het wetsontwerp moet die term "in zijn ruimste betekenis" worden verstaan, nl. "elke overbrenging, inplanting of overenting of welke andere term ook wordt gebruikt" (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 4).

Artikel 1 § 1, tweede lid brengt evenwel een beperking aan: het overbrengen van een embryo, het wegnemen en transplanteren van testes en ovaria en het gebruiken van eicellen en sperma worden niet geregeld door deze wet.

Die beperking kwam in het oorspronkelijk wetsontwerp niet voor en volgt uit een regeringsamendement (zie hieromtrent: H. AKVELD, *Transplantatie en wetgeving. Werkelijkheid en ideaal*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1987, 75-76). Het was nooit de bedoeling van de regering de problemen rond onvruchtbaarheid en voortplanting door deze wet te regelen. Zij maken een specifieke problematiek uit die een eigen regeling behoeft (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 10; zie ook: de Resolutie van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 11 mei 1978 inzake harmonisatie van wetgeving op het terrein van orgaantransplantatie, art. 1 § 2; zie in verband met de donatie van sperma en eicellen: advies nr. 27 van 8 maart 2004 van het raadgevend comité voor bio-ethiek).

1194 In de oorspronkelijke versie was de wet van toepassing op organen en weefsels. Nu is zij ook van toepassing op cellen. Geen van deze termen worden gedefinieerd. Volgens de Toelichting bij het ontwerp betreft het hier alle bestanddelen van menselijke oorsprong, behalve bloed en secreties. Een opsomming zou snel voorbij gestreefd zijn. De termen moeten ruim worden begrepen (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 4).

Ingevolge artikel 1 § 1, tweede lid zijn embryo's, testes, ovaria, eicellen en sperma uitgesloten. Ook foetaal weefsel valt buiten de wet. De wet betreft organen of weefsels van het lichaam van een persoon (art. 1 § 1, eerste lid) en een foetus is geen persoon in de juridische betekenis van het woord. De wet is evenmin van toepassing op de wegneming van organen bij anencefalen (T. VANSWEEVELT, "Orgaantransplantatiewet", *a.w.*, art. 1-9).
Wegnemen van bloed wordt geregeld door de Wet van 5 juli 1994 betreffende bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong (zie verder). De Wet van 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong naar waar wordt verwezen in artikel 1 § 2 Orgaantransplantatiewet werd door artikel 23, eerste lid van de Wet van 5 juli 1994 opgeheven.

§ 2. Algemene voorwaarden voor wegneming

A. DOOR EEN ARTS IN EEN ZIEKENHUIS

1195 Een wegneming van organen, weefsels of cellen dient te gebeuren door een arts in een ziekenhuis zoals bepaald in de Gecoördineerde Ziekenhuiswet (art. 3 gewijzigd door art. 158 Programmawet 22 december 2003; zie voor strafsancties bij niet-naleving van deze bepaling: art. 17 § 1).

Niet enkel de wegneming maar ook de transplantatie moet gebeuren door een arts in een ziekenhuis zoals bepaald in de Ziekenhuiswet.

B. ZONDER WINSTOOGMERK

1196 De afstand van organen, cellen of weefsels mag niet met een oogmerk van winst gebeuren, ongeacht de partijen tussen welke die afstand plaats heeft (art. 4 § 1 gewijzigd door art. 159 Programmawet 22 december 2003).

De term "afstand" heeft een ruimere betekenis dan "wegneming". In een vroeger wetsontwerp was enkel bepaald dat de afstand van organen en weefsels zonder winstoogmerk diende te geschieden. De Raad van State merkte daarbij op dat de term "afstand stellig op de rechtsbetrekking tussen donor en receptor doelt", maar meende dat het niet duidelijk was of afstand ook slaat op de instelling (bv. een weefselbank) die in voorkomend geval de gift heeft ontvangen om ze vervolgens door te geven. Terwijl volgens de Raad juist in dat geval het verbod van winstoogmerk het meeste zin lijkt te hebben (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 13). Om uit te drukken dat het verbod van winstoogmerk niet enkel slaat op de relatie tussen donor en receptor suggereerde de Raad het verbod uit te breiden tot "alle fasen van de afstand" (ontwerp van wet, *Parl. St. Senaat* 1984-85, nr. 832/1, 28). Vandaar de woorden "ongeacht de partijen tussen welke hij plaats heeft" in artikel 4 § 1, eerste lid. De term "afstand" impliceert dus de gehele procedure en niet alleen de daad waardoor de wegneming wordt uitgevoerd, daarin begrepen alle tussenfasen (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 23-24) (zie in dit verband ook: art. 9 K.B. 15 april 1988 betreffende de weefselbanken en het wegnemen, bewaren, bereiden, invoeren, vervoeren, distribueren en afleveren van weefsels, *B.S.* 29 april 1988). Overtreding van het verbod van winstoogmerk is strafbaar gesteld in artikel 17 § 3.

1197 Ook tussen donor en receptor geldt het verbod van winstoogmerk. Artikel 4 § 1, tweede lid voegt daar nog aan toe dat de donor noch zijn naastbestaanden enig recht lastens de receptor kunnen doen gelden. Deze bepaling is vooral van belang t.a.v. levende donoren, vermits artikel 14 dat voorziet in de anonimiteit van donor en receptor jegens elkaar slechts geldt voor de wegneming bij een overleden donor. Bij levende donoren is handhaving van de anonimiteit om praktische redenen meestal niet haalbaar (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 11).

1198 Het verbod van winstoogmerk verhindert niet dat de kosten en gederfde inkomsten van een donor worden vergoed. Aan de Koning is opgedragen regelen vast te stellen om een vergoeding toe te kennen aan de donor ten laste van de overheid of de sociale zekerheid. Deze vergoeding dekt zowel de onkosten als de inkomstenderving die het rechtstreeks gevolg zijn van de afstand van organen (art. 4 § 2). Zie K.B. van 27 februari 1987 tot vaststelling

van een vergoeding toe te kennen aan de levende donor, bedoeld in artikel 4 § 2 Orgaantransplantatiewet, *B.S.* 27 maart 1987.

Deze regeling tot vergoeding van de kosten en inkomstenderving treedt niet in de plaats van de vergoeding van de schade die de donor zou ondervinden ten gevolge van een fout van de arts. De schadeloosstellingsregeling van de wet laat het recht van de donor overeenkomstig het gemeen recht te worden vergoed voor de schade die hem mocht zijn berokkend door een tekortkoming bij het wegnemen, onverkort. Voor de arts die overgaat tot de wegneming van een orgaan bij een levende donor blijft dus een risico bestaan met een rechtsvordering te worden geconfronteerd (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1980-81, nr. 774/1, 14).
De wettelijke vergoedingsregeling is evenmin bedoeld om alle schade die de donor mocht ondervinden te vergoeden. Artikel 4 § 2, tweede lid gebruikt het woord "rechtstreeks" hetgeen als een beperking kan worden begrepen. De voorbereidende werken zijn op dit punt onduidelijk en geven op een bepaalde plaats wel de indruk dat een ruime interpretatie zich opdringt. "Indien de schenking geneeskundige kosten meebrengt, zelfs 10 jaar na de wegneming, behoort de maatschappij de waarde van die schade te erkennen en de schade te vergoeden" (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 11-12).

C. LEEFTIJD VAN DE DONOR

1199 De wegneming van een orgaan, weefsel of cellen kan slechts worden verricht bij een donor die de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt (art. 5 zoals gewijzigd door art. 160 Programmawet 22 december 2003). Op deze minimumleeftijd wordt in artikel 7 een dubbele uitzondering voorzien. Wanneer de wegneming normalerwijze geen ernstige gevolgen kan hebben voor de donor en wanneer zij betrekking heeft op organen en weefsels die kunnen regenereren en wanneer deze wegneming bestemd is voor een transplantatie bij een broer of zus van de donor, dient de donor geen 18 jaar te zijn. Er is dan zelfs geen minimumleeftijd voorzien (i.v.m. deze bepaling en de wijziging ervan door de Wet van 7 december 2001: zie boven, nr. 648 e.v.; anders: J. AKVELD, *a.w.*, 76 die meent dat de wet een minimumleeftijdsgrens van 15 jaar heeft voorzien). De tweede uitzondering werd aangebracht door de wijziging van artikel 7 § 1 door artikel 162 Programmawet 22 december 2003. Wanneer de wegneming van cellen bij levenden normalerwijze geen ernstige gevolgen kan hebben voor de donor dan kan zij worden verricht op de personen die de leeftijd van 18 jaar niet bereikt hebben (zie boven, nr. 648).

D. TOESTEMMING VAN DE DONOR

1200 Artikel 5 eist dat de donor vooraf in de wegneming heeft toegestemd.

Voor het geval de donor nog niet meerderjarig is: zie uitvoerig boven, nr. 648 e.v.

1201 Deze toestemming moet vrij en bewust worden gegeven (art. 8 § 1). De vrije en bewuste toestemming impliceert dat onbekwaamverklaarden of verlengd minderjarigen niet in aanmerking kunnen komen als donor (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 8 en 30). Anderzijds is niet vereist dat de onbekwaamheid juridisch werd vastgesteld: of iemand al dan niet vrij en bewust zijn toestemming kan geven is een feitenkwestie.

In een nota toegevoegd als bijlage bij het verslag van de Kamercommissie worden de personen opgenomen in een krankzinnigengesticht zonder meer beschouwd als niet in staat vrij en bewust in te stemmen in een wegneming van een orgaan. Dit mag in het algemeen zo zijn, het is te ongenuanceerd om dit als regel te stellen (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 53).
In dezelfde nota worden, terecht, de stervenden uitgesloten als donor. In die omstandigheden kan van een vrije en bewuste toestemming geen sprake zijn. Om dezelfde reden komen comateuze patiënten evenmin in aanmerking als donor. Artikel 53 Code van medische plichtenleer laat toe dat bij een patiënt die zich in een zgn. "onomkeerbaar coma" bevindt en dus nog leeft – het artikel spreekt overigens over preleveren *ex vivo* – organen worden weggenomen met de voorafgaandelijke toestemming van de wettelijke vertegenwoordigers van deze patiënt. Juridisch is een dergelijke wegneming onaanvaardbaar. De Orgaantransplantatiewet heeft niet voorzien in een systeem van vervangende toestemming voor wegneming bij een levende donor (behoudens wanneer de donor geen 12 jaar oud is en wegneming uitzonderlijk is toegelaten). De donor zelf dient toestemming te verlenen. Een vervangende toestemming is waardeloos vermits de wegneming geenszins het belang van de donor dient.

1202 De toestemming moet schriftelijk worden gegeven in het bijzijn van een meerderjarige getuige. Zij moet gedagtekend en ondertekend zijn door de personen die hun toestemming moeten geven en door de getuige (art. 8 § 2).

De arts die de wegneming zal verrichten kan niet optreden als getuige (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 18). Een familielid wel, maar niet de verwante die desgevallend samen met de donor toestemming dient te verlenen (*t.a.p.*). Zie hieromtrent ook: K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de toestemming tot het wegnemen van organen en weefsels bij levenden wordt uitgedrukt, *B.S.* 14 februari 1987.

1203 De bewuste en vrije toestemming van de donor veronderstelt dat hij weet wat hij doet. Hier geldt zonder twijfel de eis van "informed consent". Overeenkomstig artikel 9, tweede lid moet de arts die zich voorneemt een wegneming te verrichten de (potentiële) donor duidelijk en volledig inlichten over de lichamelijke, psychische, familiale en sociale gevolgen van de wegneming.

Wanneer de arts de vereiste voorlichting niet heeft gegeven, kan hij worden gestraft, zelfs als de donor zou verklaren dat hij in ieder geval zijn toestemming zou hebben gegeven. Het parket zal dan oordelen of het opportuun is te vervolgen (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 36).

1204 De toestemming van de donor is te allen tijde herroepbaar (art. 8 § 1, *in fine*). De herroeping is aan geen enkel vormvereiste gebonden en kan gebeuren tot op het laatste ogenblik (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 32).

De toestemming dient schriftelijk te worden gegeven. De herroeping daarentegen kan zonder vormvereiste gebeuren. Dit stelt het probleem van het bewijs van de herroeping (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 32-33). In artikel 3 K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de toestemming tot het wegnemen van organen en weefsels bij levenden wordt uitgedrukt (*B.S.* 14 februari 1987), wordt als bewijs van de herroeping een geschrift geëist. Hieruit mag niet worden afgeleid dat een mondelinge herroeping ongeldig zou zijn. Wel kan het bewijs ervan moeilijk te leveren zijn. Die bewijslast rust op degene die de herroeping inroept (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1: om praktische redenen werd bepaald dat degene die er zich op beroept zijn toestemming te hebben herroepen daarvan het bewijs dient te leveren). Men mag hierbij niet uit het oog verliezen dat de arts die de toestemming heeft gekregen voor het wegnemen van een orgaan geen recht heeft op die wegneming. De toestemming van de patiënt

mag tot op het laatste ogenblik worden herroepen. De patiënt beschikt over een absoluut recht tot inkeer (M. VAN QUICKENBORNE, "De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 13). *A fortiori* geldt dit voor de potentiële donor die heeft ingestemd in een ingreep die voor hem geen enkel therapeutisch nut heeft. De potentiële donor heeft zich, door zijn toestemming, niet verbonden zijn lichaam ter beschikking van de arts te stellen. De arts heeft er geen recht op dat de donor zijn lichaam ter beschikking stelt voor de ingreep. Hij kan de donor niet dwingen de wegneming te ondergaan, ook al gaf de donor tevoren zijn schriftelijke toestemming.
De donor die zijn toestemming herroept oefent zijn recht op fysieke integriteit uit. Hij kan dan ook niet aansprakelijk worden gehouden voor de gevolgen van die weigering. Behalve wanneer die herroeping zou zijn gebeurd met het opzet de receptor te schaden (in die zin: de Minister van Justitie bij de bespreking van het wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 33-34) (zie hieromtrent ook de beschouwingen van: J. DE BOER, "Het kinderlichaam afgewogen", *N.J.B.* 1990, 1367 over een Amerikaanse rechtszaak waarin een leukemiepatiënt zijn nicht dagvaardde opdat zij door de rechter bevolen zou worden beenmerg aan hem af te staan).

1205 Het bewijs van de toestemming moet worden geleverd aan de arts die zich voorneemt de wegneming te verrichten (art. 8 § 3). Uit deze wat enigmatische bepaling (toelichting ontbreekt nagenoeg en slaat, vreemd genoeg, op het herroepen van de toestemming; ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 9) kan worden afgeleid dat de arts die de wegneming verricht geen vrede mag nemen met het bewijs van toestemming dat hem niet rechtstreeks door de donor wordt bezorgd maar langs een omweg.

Sommigen hebben deze bepaling zo begrepen dat zij de bewijslast inzake de toestemming legt op de arts die de wegneming verricht (ontwerp van wet, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 34). Er is echter sprake van "aan" en niet "door". Zie hieromtrent ook nog: artikel 2 K.B. 30 oktober 1986 tot regeling van de wijze waarop de toestemming tot het wegnemen van organen en weefsels bij levenden wordt uitgedrukt, *B.S.* 14 februari 1987.

1206 De toestemming van de receptor wordt door de wet niet geregeld.

Het werd niet opportuun geacht in specifieke regels te voorzien m.b.t. de toestemming van de receptor aangezien de toestemming van een patiënt in beginsel altijd noodzakelijk is voor om het even welke ingreep. Bijzondere regels zijn derhalve overbodig (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 30). Die toestemming valt onder artikel 8 Patiëntenrechtenwet.

E. BEOORDELING VAN DE VOORWAARDEN DOOR DE WEGNEMENDE ARTS

1207 Artikel 9, eerste lid Orgaantransplantatiewet draagt aan de arts die zich voorneemt een wegneming te verrichten op zich er van te vergewissen dat de voorwaarden inzake leeftijd en toestemming wel degelijk zijn vervuld.

Wat het verbod van winstoogmerk aangaat verplicht artikel 9, derde lid deze arts "vast te stellen" dat de donor zijn beslissing oordeelkundig en met een niet te betwijfelen altruïstisch doel heeft genomen.

Niet-naleving van beide bepalingen is strafbaar (zie art. 17 § 3).

Vooral de formulering van artikel 9, derde lid heeft aanleiding gegeven tot vragen in het parlement. Wat is "oordeelkundig" en een "niet te betwijfelen altruïstisch doel"? Onder "oordeelkundig" wordt verstaan "gezond van geest" (vgl.: art. 901 B.W.). Dit is een gegeven waarover een arts bevoegd is te oordelen (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 36-37). Kan hetzelfde worden gezegd over het beoordelen van het altruïstisch doel? De Toelichting bij het ont-

werp drukte zich voorzichtig uit: van de arts "kan niet worden verwacht een enquête in te stellen om te weten of de donor met een altruïstisch doel handelt. Wanneer hij uit de mededelingen van de donor tot het inzicht komt dat dit niet het geval is mag hij niet overgaan tot de wegneming" (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/1, 9). Dat het altruïstisch doel "niet te betwijfelen is" moet dan ook in relatieve zin worden begrepen. Is een altruïstisch doel hetzelfde als zonder winstoogmerk? In de Kamercommissie werd gewezen op de relatie tussen artikel 9, derde lid en artikel 4 § 1, eerste lid. Deze laatste bepaling is ruimer in die zin dat ze betrekking heeft op de gehele afstandsprocedure en artikel 9, derde lid slechts op de beslissing tot wegneming. Daartegenover staat dat artikel 9, derde lid van de donor meer eist dan louter afwezigheid van winstoogmerk (negatief). Het vereist op een positieve wijze een altruïstische ingesteldheid.

§ 3. Specifieke voorwaarden voor wegneming

A. WEGNEMING MET MOGELIJK ERNSTIGE GEVOLGEN OF VAN EEN NIET-REGENEREERBAAR ORGAAN

1208 Wanneer de wegneming ernstige gevolgen kan hebben voor de donor of betrekking heeft op organen of weefsels die niet regenereren, dan moeten bijkomende voorwaarden worden vervuld (art. 6). Het gaat hier om twee verschillende hypothesen: ofwel kan de wegneming ernstige gevolgen hebben voor de donor, ofwel heeft zij betrekking op niet-regeneerbare organen of weefsels (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 25).

De wet bepaalt niet de "ernstige gevolgen" omdat de wetgever dat moeilijk kan doen. Het oordeel hierover wordt aan de arts overgelaten (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 832/9, 25).

1209 In zo'n geval kan de wegneming slechts worden verricht als de receptor in levensgevaar verkeert en de transplantatie van lijkorganen geen even bevredigend resultaat kan opleveren. Als de donor gehuwd is moet de met hem samenlevende echtgenoot eveneens toestemmen. Is de donor geen 21 jaar (maar hij moet hoe dan ook 18 jaar zijn) en ongehuwd dan is de toestemming van de personen of persoon van wie volgens het B.W. de toestemming tot het huwelijk van een minderjarige is vereist, nodig.

Het verkeren in levensgevaar moet worden beoordeeld in het licht van de ontwikkeling van de medische wetenschap (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 26). Uit de gebruikte formulering kan men afleiden dat de receptor, op het ogenblik dat de wegneming wordt verricht, in levensgevaar verkeert. Het volstaat derhalve niet dat het levensgevaar dreigt te ontstaan als niet snel tot transplantatie zal worden overgegaan. Om deze voorwaarde te controleren is vereist dat de receptor reeds gekend is. Zoniet zou deze voorwaarde gemakkelijk kunnen worden omzeild omdat ergens ter wereld altijd wel iemand zal te vinden zijn die in levensgevaar verkeert en die baat kan hebben bij een transplantatie met het orgaan dat men wil wegnemen. Vermits de arts die voornemens is tot wegneming over te gaan, zich er moet van vergewissen dat alle wettelijke voorwaarden zijn vervuld (zie: art. 9, eerste lid) brengt dit voor hem de verplichting mee het levensgevaar waarin de receptor verkeert vast te stellen. Hoewel de wet hierover niets bepaalt, zou de arts die tot wegneming wenst over te gaan niet de behandelend arts van de receptor mogen zijn om belangenconflicten te vermijden. Hij zou kunnen geneigd zijn het levensgevaar te lichtvaardig te aanvaarden. Een andere moeilijk te beoordelen voorwaarde is deze van de subsidiariteit: de wegneming van een orgaan bij een levende donor mag slechts gebeuren wanneer de transplantatie van een lijkorgaan geen even bevredigend resultaat kan opleveren. Een van de vragen die zich hierbij stelt is of deze voorwaarde *in concreto* of *in abstracto* moet worden beoordeeld. Stel dat het gebruik van een lijkorgaan even (of zelfs meer) bevredigende resultaten kan opleveren maar dat zo'n orgaan ontbreekt? Volgens een beoordeling *in abstracto* mag niet tot wegneming worden

overgaan. Maar volgens een beoordeling *in concreto* wel, vermits in dit geval een transplantatie met een lijkorgaan hoe dan ook geen even bevredigend resultaat kan opleveren (zie ook over dit probleem: S. en U. OSCHINSKY, "Prélèvement et transplantation d'organes", *J.T.* 1987, 171). Aanvaardt men die redenering, dan rijst vervolgens de vraag hoever moet worden uitgekeken naar een lijkorgaan. In het ziekenhuis zelf? de wijde omgeving? in België? in Europa? wereldwijd? De toelaatbaarheid van de wegneming wordt dan een zodanig aleatoire aangelegenheid, dat men geneigd is een beoordeling *in abstracto* voor te staan. Wanneer op grond van de huidige stand van de medische wetenschap een transplantatie met lijkorganen geen even bevredigende resultaten kan hebben, dan is de wegneming van een orgaan bij een levende donor geoorloofd. Anders niet. De wet eist niet dat beide echtgenoten samenwonen zodat de arts geen getuigschrift van woonplaats dient te vragen ten bewijze van dit samenwonen. Slechts het samenleven is vereist, wat niet een samenwonen impliceert. Al dan niet samenleven van gehuwden is een feitelijke kwestie (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 27). Weigert de samenlevende echtgenoot de toestemming dan is niet voldaan aan de wettelijke voorwaarden tot wegneming. Tegen die weigering is geen beroep mogelijk (zie voor kritische bedenkingen bij deze regeling vanuit het zelfbeschikkingsrecht: H. AKVELD, *a.w.*, 92-93). Inzake de toestemming voor de donor tussen 18 en 21 jaar, zie boven, nr. 648 e.v.

1210 Volgens een kamerlid zou artikel 6 toelaten dat een orgaan wordt weggenomen bij een donor ook al heeft dit het overlijden van de donor tot gevolg (wetsontwerp, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 220/9, 26; als voorbeeld wordt de wegneming van het hart vermeld).

De Minister van Justitie gaf toe dat een letterlijke interpretatie van artikel 6 deze stelling kan schragen maar wees er op dat zij niet met de bedoeling van het ontwerp strookte. Hij voegde daar nog aan toe dat de medische deontologie artsen verbiedt een persoon te helpen bij zelfmoord. Dit laatste is niet ter zake: van hulp bij zelfmoord is geen sprake wanneer een arts bij een levende "donor" het hart wegneemt, ook al gebeurt dit op verzoek van die "donor". Voorts valt het te betreuren dat de Minister van Justitie de indruk als zou artikel 6 een dergelijke ingreep toelaten, heeft bevestigd en niet krachtiger de stelling van het kamerlid heeft afgewezen. Dit artikel laat de wegneming van een niet-regeneerbaar orgaan slechts toe voorzover de transplantatie van een lijkorgaan geen even bevredigend resultaat kan opleveren. Hoe zou men daarover een uitspraak kunnen doen nu er geen vergelijking mogelijk is tussen transplantatie met een lijkhart en een hart afkomstig van een levende donor? Dit laatste komt tot op heden niet voor. En zou dat toch het geval zijn, zoals het kamerlid beweerde, dan vertoont zo'n transplantatie klaarblijkelijk een experimenteel karakter, terwijl de wet enkel wegnemingen toelaat met het oog op transplantatie voor therapeutische doeleinden. De tekst van artikel 6 laat dus de wegneming van een hart bij een levende donor geenszins toe. Trouwens de arts die tot een dergelijke wegneming overgaat maakt zich schuldig aan opzettelijke doding. M.a.w., zo'n wegneming is niet alleen niet toegelaten, zij is strafbaar op grond van het gemeen strafrecht (zie in dezelfde zin voor het Franse recht: A. CHARAF ELDINE, "Les prélèvements d'organes, Commentaire de la loi n° 76-1181 du 22 december 1976", *Revue dr. sanitaire* 1978, 458).

B. WEGNEMING BIJ EEN MINDERJARIGE DONOR (FAMILIEDONATIE)

1211 Artikel 5 stelt als voorwaarde dat de donor meerderjarig is. In afwijking hierop laat artikel 7 de wegneming van een orgaan toe bij een minderjarige donor. Naast de algemene voorwaarden (zie boven, nr. 1196-1208) moeten dan specifieke voorwaarden worden nageleefd. Voor een bespreking: zie boven, nr. 648 e.v.

AFDELING II

AFNEMING VAN BLOED

1212 Het afnemen van bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong wordt geregeld door de Wet van 5 juli 1994 betreffende bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong (*B.S.* 8 oktober 1994 gewijzigd door art. 158-160 Programmawet I van 8 april 2003, *B.S.* 17 april 2003), verder afgekort tot Bloedwet. De wet regelt behalve de afneming ook de bereiding, invoer, bewaring, verdeling, terhandstelling, aflevering en gebruik. De bespreking is hier beperkt tot de afneming.

De concrete aanleiding voor het uitvaardigen van de Bloedwet was de Richtlijn 381/89/EEG (*Parl. St.* Kamer 1993-94, 1229/1, 1). Daarnaast moet worden rekening gehouden met Richtlijn 2002/98/EG van 27 januari 2003 tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het inzamelen, testen, bewerken, opslaan en distribueren van bloed en bloedbestanddelen van menselijke oorsprong, *PB.L.* 33/30.

1213 Bloed of bloedderivaten mogen alleen door een arts of onder diens toezicht worden afgenomen of gebruikt (art. 3, eerste lid).

Bijlage I K.B. 18 juni 1990 houdende vaststelling van de lijst van de technische verpleegkundige prestaties en de lijst van de handelingen die door een geneesheer aan beoefenaars van de verpleegkunde kunnen worden toevertrouwd, alsmede de wijze van uitvoering van die prestaties en handelingen en de kwalificatievereisten waaraan de beoefenaars van de verpleegkunde moeten voldoen (*B.S.* 26 juli 1990) bepaalt in rubriek 6 dat de bloedafneming door veneuze en capillaire punctie of langs een aanwezige arteriële catheter mag gebeuren door een verpleegkundige op voorschrift van de arts. Artikel 3, eerste lid Bloedwet voegt daaraan toe dat toezicht van de arts vereist is.
De bijlage bij K.B. 2 juni 1993 betreffende de beroepstitel en de kwalificatievereisten voor de uitoefening van het beroep van medisch laboratorium technoloog en houdende vaststelling van de lijst van handelingen waarmee deze laatste door een arts kan worden belast vermeldt onder 1.1 de bloedafneming door veneuze of capillaire punctie of langs aanwezige arteriële catheter. Een arts mag een medisch laboratorium technoloog belasten met deze handeling met toepassing van artikel 5 § 1, eerste lid W.U.G. Hierin is bepaald dat een arts op eigen verantwoordelijkheid en onder eigen toezicht personen die een paramedisch beroep uitoefenen kan belasten met het verrichten van bepaalde handelingen. Artikel 3, eerste lid Bloedwet bevestigt de voorwaarde van toezicht.

1214 Afneming van bloed wordt niet gedefinieerd. Nergens wordt gesteld dat de afneming dient te gebeuren met het oog op een therapeutisch gebruik bij een receptor of de bereiding van geneesmiddelen. Uit de gehele context van de Bloedwet valt evenwel af te leiden dat het afnemen van bloed bij een patiënt teneinde dit in diens belang te gebruiken (met name voor het verrichten van onderzoek en het stellen van een diagnose) niet wordt geregeld door de Bloedwet. Deze afneming valt onder de Patiëntenrechtenwet. De Bloedwet regelt echter wel een aantal aspecten van de afneming met het oog op een geprogrammeerde autologe transfusie, d.w.z. de afneming van bloed uitgevoerd bij een persoon met het oog op het gebruik ervan bij een geprogrammeerde

ingreep op diezelfde persoon (art. 1, 4° K.B. 4 april 1996 betreffende de afneming, de bereiding, de bewaring en de terhandstelling van bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong, *B.S.* 16 oktober 1997). In afwijking van het verbod van afneming na de leeftijd van 65 jaar (zie verder) bepaalt artikel 9, tweede lid Bloedwet dat een afneming van bloed na die leeftijd kan worden verricht met het oog op een geprogrammeerde autologe transfusie. Zie ook: artikel 17 § 2, derde tot vijfde lid Bloedwet en artikel 13 K.B. 4 april 1996.

Het raadgevend comité voor bio-ethiek boog zich over de vraag of het bekomen van stamcellen uit navelstrengbloed als een afneming van bloed kan worden beschouwd en dus valt onder de Bloedwet. Navelstrengbloed komt beschikbaar omdat de functie van de placenta is beëindigd. Dit bloed kan worden beschouwd als een secundair product van een medische ingreep (de bevalling) en als zodanig is van wegneming geen sprake. De Bloedwet zou dan niet van toepassing zijn omdat het niet zou gaan om een wegneming die uitgevoerd wordt bij een ingrijpen dat speciaal met die doelstelling wordt uitgevoerd. Toch blijft er volgens het comité twijfel hangen over de wettelijke status van de inzameling van stamcellen uit het navelstrengbloed (raadgevend comité voor bioethiek, advies nr. 11 van 20 december 1999 betreffende het wegnemen van organen en weefsels bij gezonde, levende personen met het oog op transplantatie; zie over deze problematiek ook: C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 145-146).

1215 De afneming van bloed is uitsluitend toevertrouwd aan instellingen die voldoen aan de voorwaarden die door de Koning zijn vastgesteld en die zijn erkend door de minister tot wiens bevoegdheid de volksgezondheid behoort (art. 4, eerste lid).

Zie: K.B. 4 april 1996 betreffende de afneming, de bereiding, de bewaring en de terhandstelling van bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong, *B.S.* 16 oktober 1997 en M.B. 25 juli 2002 betreffende de erkenning van instellingen en centra voor de afneming, de bereiding, de bewaring en de terhandstelling van bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong (*B.S.* 10 augustus 2002).

1216 De afneming van bloed mag enkel plaatsvinden bij vrijwillige, niet-vergoede donors (art. 5 eerste lid; zie ook: art. 20 Richtlijn 2002/98/EG). De minister tot wiens bevoegdheid de volksgezondheid behoort stelt de prijs waartegen bloed en bloedderivaten worden terhandgesteld en afgeleverd zo vast dat winst is uitgesloten (art. 6 en art. 7).

Niet-vergoede donors zijn personen die bloed en bloedderivaten afstaan, zonder hiervoor een financiële vergoeding te ontvangen noch in speciën noch onder de vorm van een compensatie *in natura* die zou kunnen beschouwd worden als het equivalent van een bedrag in geld. Moet onder andere als compensatie worden beschouwd het toekennen van verlof dat uitgebreider is dan wat noodzakelijk is voor de afname van het bloed en de verplaatsing (*Parl. St.* Kamer 1993-94, 1229/1, 6).

1217 De afneming mag enkel plaatsvinden met toestemming van de donor. De wijze waarop de toestemming wordt gegeven wordt niet wettelijk geregeld. De Memorie van Toelichting eist een "expliciete" toestemming (*Parl. St.* Kamer 1993-94, 1229/1, 6).

Artikel 8 § 1, 4° Bloedwet verbiedt de afneming van bloed en bloedderivaten bij personen van wie uit de anamnese of uit het medisch dossier blijkt dat zij lijden aan een psychiatrische ziekte. Deze uitsluiting werd gemotiveerd met de toestemmingseis: "in dit geval wordt elke twijfel uit de weg

geruimd, door de uitsluiting van de potentiële donor die niet in staat zou zijn om op een weloverwogen wijze tot een beslissing te komen" (*Parl. St.* Kamer 1993-94, 1229/1, 8; *Parl. St.* Senaat 1993-94, 1048-2, 6). Deze absolute uitsluiting komt als overdreven en discriminerend over.

1218 Behalve in geval van uiterste medische noodzaak, mag de identiteit van de donor en van de ontvanger niet worden meegedeeld, met dien verstande dat de opspoorbaarheid van de producten gewaarborgd moet zijn en dat de identiteit van de donor en/of de ontvangers kan worden medegedeeld onder de bescherming van de medische geheimhouding wanneer deze mededeling door omstandigheden noodzakelijk is (art. 5, tweede lid; zie ook: art. 14.1 Richtlijn 2002/98/EG).

Ook met een strikt in acht nemen van de regels inzake de afneming van bloed wordt niet altijd en automatisch gegarandeerd dat het afgenomen product veilig is, gezien onder andere de wisselende incubatieduur van sommige infectueuze aandoeningen en gezien de opsporing beperkt is tot de huidige kennis inzake potentiële gevaren. Het is dan ook absoluut noodzakelijk niet alleen de donor maar ook alle ontvangers van bloed of van een bloedderivaat te kennen. Indien een ontvanger een symptomatologie zou vertonen die verenigbaar is met een ziekte overgedragen door bloed of een bloedderivaat, dan is het noodzakelijk de donor van het bestanddeel terug te vinden. Ook na jaren blijft dit mogelijk omdat van elke gift een staal bewaard blijft gedurende minimum 5 jaar (*Parl. St.* Kamer 1993-94, 1229/1, 6-7).
Artikel 5, tweede lid bevat, naast de noodzaak van opspoorbaarheid, nog een tweede reden voor het maken van een inbreuk op de anonimiteit van donor en receptor, nl. de uiterste medische noodzaak. Daarmee wordt het geval bedoeld dat een specifieke bloedgroep alleen in de familie van de ontvanger kan worden gevonden. In dat geval kent de donor de identiteit van de ontvanger en omgekeerd (*Parl. St.* Kamer 1993-94, 1048-2, 16).

1219 Geen enkele afneming mag worden verricht bij personen die jonger zijn dan 18 jaar (art 9 eerste en derde lid; zie titel V). Afnemingen bij personen die ouder zijn dan 65 mogen alleen worden verricht mits de door de Koning vastgestelde voorwaarden zijn nageleefd (art. 9, eerste lid). Dergelijke voorwaarden werden niet vastgesteld.

Voor de wegneming na de leeftijd van 65 jaar met het oog op een geprogrammeerde autologe transfusie (art. 9, tweede lid): zie boven, nr. 1215.

Artikel 8 somt daarnaast de gevallen op waarin afneming verboden is bij personen die lijden aan overdraagbare ziekten en verbiedt ook de afneming bij zwangere vrouwen. Elke bloedafneming wordt voorafgegaan door een ondervraging bedoeld om de in de artikel 8 opgesomde toestanden of aandoeningen op te sporen (art. 5, derde lid).

1220 Artikel 14 § 2 bepaalt dat de donor de mogelijkheid moet hebben te verzoeken dat het afgenomen bloed of bloedderivaat niet wordt gebruikt. In de Memorie van Toelichting wordt deze bepaling als volgt verklaard: "dit kan van toepassing zijn in het geval dat een donor zich laattijdig bewust wordt van de aanwezigheid van een verbods(bepaling), die hij evenwel niet verplicht was mede te delen" (*Parl. St.* Kamer 1993-94, 1229/1, 11). Deze Toelichting illustreert dat het hier niet zozeer gaat om een bevestiging van de zeggenschap van de betrokkene over zijn lichaamsmateriaal (in die zin: Y-H. LELEU en G. GENICOT, "La maîtrise de son corps par la personne", *J.T.* 1999, 595-596, zie ook: C. TROUET, *a.w.*, 106) maar eerder om een beschermende maatregel.

Overigens bepaalt de wet niet dat aan dit verzoek moet worden tegemoet gekomen.

1221 Voor iedere afneming moet de donor systematisch een informatiefolder over aids overhandigd worden (art. 14) en moet hij worden onderworpen aan een diepgaand klinisch onderzoek als het om een eerste afneming gaat (te herhalen minstens om de 2 jaren) en een beknopt cardiovasculair onderzoek bij iedere afneming (art. 15). Artikel 16 bepaalt in detail de biologische analyses die vooraf, tegelijk of onmiddellijk na de afneming dienen te gebeuren. Artikle 17 schrijft voor dat elke afneming op aseptische wijze moet gebeuren, meer bepaald door ontsmetting van de huid en gebruik van steriel wegwerpmateriaal.

TITEL IX

MEDISCH BEROEPSGEHEIM EN MEDISCH GETUIGSCHRIFT

HOOFDSTUK I
MEDISCH BEROEPSGEHEIM

AFDELING I

PERSONEEL TOEPASSINGSGEBIED

§ 1. Artsen

A. NOODZAKELIJKE VERTROUWENSPERSONEN

1222 Artikel 458 Sw. bedreigt met strafsancties de "geneesheren, heelkundigen, officieren van gezondheid" die de geheimen bekend maken waarvan zij uit hoofde van hun beroep kennis hebben.

Alle artsen, zonder enig onderscheid, vallen onder de toepassing van artikel 458 Sw. voorzover zij uit hoofde van hun beroep kennis hebben van geheimen. De arts die een patiënt aan een onderzoek onderwerpt met het oog op het bepalen van een diagnose en eventueel instellen van een therapie, oefent uiteraard zijn beroep uit en valt onder de toepassing van artikel 458 Sw.

1223 In de rechtsliteratuur wordt de opvatting verdedigd dat de arts die iemand aan een medisch onderzoek onderwerpt in opdracht van een derde (een werkgever; een verzekeraar) niet valt onder de toepassing van artikel 458 Sw.

Zo is HAAGDORENS van mening dat de arts die werd aangesteld door een werkgever om de arbeidsongeschiktheid van een werknemer te beoordelen, niet valt onder toepassing van artikel 458 Sw., hoewel hij "in aanmerking komt met feiten die uiteraard geheim zijn of die uitdrukkelijk of stilzwijgend aan hem zijn toevertrouwd en daardoor een beroepsgeheim heeft". Volgens deze auteur is artikel 458 Sw. enkel van toepassing op artsen die hun beroep uitoefenen d.w.z. "verzorging verstrekken" (J. HAAGDORENS, "De discretieplicht van de door de werkgever gemachtigde en betaalde controlegeneesheer", *R.W.* 1985-86, 1233). Deze opvatting is overigens nog vrij algemeen verspreid (zie o.m.: M. DELHUVENNE, "Juridische dubbelzinnigheden van het medisch beroepsgeheim", *B.T.S.Z.* 1978, 558; Y. HANNEQUART, "L'assureur face au secret médical", *Cons. M.* 1979, 114; R. GROSEMANS, noot onder Arbh. Bergen 5 september 1980, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1981, 151; J. PETIT, "De bevoegdheid van de controlerend geneesheer bij geschil nopens de arbeidsongeschiktheid van de werknemer", *Vl. T. Gez.* 1982-83, 7, noot 9; R.O. DALCQ, "Expertises civiles et secret professionnel des médecins", in *Liber Amicorum E. Krings*, Brussel, Story-Scientia, 1991, 506; W. VAN EECKHOUTTE, "Gebruik van alcohol op en om het werk: juridische aspecten", *O.R.* 1989, 122).

1224 Door de toepassing van artikel 458 Sw. te beperken tot artsen die in een relatie *ad sanandum* staan tot hun patiënten (zie o.a.: R. GROSEMANS, *t.a.p.*, 151) wordt een voorwaarde gesteld die in dit artikel niet voorkomt. Aan het andere uiterste vinden we de opvatting dat iedere arts, omdát hij arts is, valt onder het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. Op het eerste gezicht lijkt dit een juiste opvatting omdat artikel 458 Sw. uitdrukkelijk de "artsen"

noemt. Maar men moet het gehele artikel lezen: enkel de arts die uit hoofde van zijn beroep kennis draagt van geheimen die hem zijn toevertrouwd, valt onder het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. Doorslaggevend voor het afbakenen van het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. is of de arts de "noodzakelijke vertrouwenspersoon" of "noodzakelijke confident" is van degene die zich, op eigen initiatief of op verzoek van een derde tot hem heeft gewend (B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes", *R.W.* 2003-04, 5: "Beroepsgeheim wordt enkel verleend aan vertrouwenspersonen waarvoor de geheimhouding een noodzaak is om hun beroep adequaat te kunnen uitoefenen").

Het Hof van Cassatie heeft dit als volgt geformuleerd: "Geneesheren behoren tot de noodzakelijke confidenten die krachtens artikel 458 verplicht worden het stilzwijgen te bewaren over al wat ze aldus vernomen hebben wegens het vertrouwen dat aan hun beroep is gehecht; die verplichting berust, wat de geneesheren betreft, op de noodzakelijkheid een volledige zekerheid te verschaffen aan de personen die zich aan hen moeten toevertrouwen" (Cass. 30 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1979, 235; *Pas.* 1979, I, 248; *R.W.* 1978-79, 2232; *J.T.* 1979, 369; *R.D.P.* 1979, 293 noot R.S.; *De Verz.* 1979, 91 noot J.R.; *Inf. R.I.Z.I.V.* 1979 noot R. GROSEMANS).

1225 Het is deze noodzakelijkheid, dit moeten voor de patiënt om vertrouwelijke gegevens betreffende zijn persoon in het algemeen en zijn gezondheid in het bijzonder toe te vertrouwen aan een arts, die de grondslag vormt voor de wettelijke bescherming van het beroepsgeheim in artikel 458 Sw.

Het interne recht moet aangepaste beschermingsmaatregelen voorzien om bekendmaking of openbaarmaking van medische persoonsgegevens in strijd met artikel 8 E.V.R.M. te voorkomen. Het respect voor de vertrouwelijkheid van gezondheidsgegevens is niet enkel van belang omwille van de privacy van de patiënt, maar ook om het vertrouwen van patiënten in het medisch beroep en het geheel van de gezondheidsvoorzieningen te behouden (E.H.R.M. 25 februari 1997, Z. t. Finland, nr. 95, *N.J.C.M.-Bulletin* 1997, 7-12; E.H.R.M. 27 augustus 1997, M.S. t. Zweden, *R.W.* 1998-99, 510-511). Het beroepsgeheim dient aldus zowel het belang van de individuele patiënt als het algemeen belang. Sommigen zien in de meest recente rechtspraak van het Hof van Cassatie evenwel een aanwijzing dat dit Hof enkel nog de belangen van de patiënt in rekening brengt (B. ALLEMEERSCH, "Medische attesten gebruiken als bewijs in rechte. Hoe relatief is het beroepsgeheim?", *T.B.B.R.* 2003, 62, noot onder Cass. 7 maart 2002).
De noodzaak in de relatie tussen een noodzakelijke vertrouwenspersoon en een patiënt vertoont twee facetten. Het eerste is dat de patiënt niet vrij kiest om zijn persoonlijke gegevens in verband met zijn gezondheidstoestand mee te delen – zijn gezondheidstoestand dwingt hem daar als het ware toe. Het tweede facet is dat zonder die gegevens de arts zijn beroep niet naar behoren kan vervullen en dus de patiënt niet op een professioneel verantwoorde wijze zal kunnen helpen. Dit tweede aspect wordt vaak over het hoofd gezien maar is intrinsiek verbonden aan de hoedanigheid van noodzakelijke vertrouwenspersoon. De patiënt heeft de verplichting zijn medewerking te verlenen (zie art. 4 Patiëntenrechtenwet), in het bijzonder door informatie waarover hij reeds beschikt aan de arts mee te delen. Het beroepsgeheim verplicht de arts die gegevens vertrouwelijk te behandelen (anders: F. VAN NESTE, noot onder Cass. 4 december 1979, *R.W.* 1980-81, 312: "De grondslag van de geheimhouding ligt niet in de waarheidsplicht van degene die zich aan iemand noodzakelijk toevertrouwt, maar in het gebrek aan recht op het vernemen van de particuliere waarheid bij anderen").

1226 Het prototype van de noodzakelijke vertrouwenspersoon is uiteraard de arts die een relatie *ad sanandum* heeft met zijn patiënt. Of ook artsen die in opdracht van een derde (werkgever of verzekeraar) iemand aan een medisch

onderzoek (medische controle; medische keuring) onderwerpen, als noodzakelijke vertrouwenspersoon kunnen worden beschouwd, wordt betwist.

VAN REEPINGHEN verdedigde de stelling dat artikel 458 Sw. niet van toepassing is op dergelijke artsen omdat men niet verplicht is om zich aan hen toe te vertrouwen zodat het noodzakelijkheidselement ontbreekt (C. VAN REEPINGHEN, "Le secret professionnel du médecin", *R.D.P.* 1955-56, 113; in dezelfde zin en veel recenter: B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458", *t.a.p.*, 6 die van oordeel is dat "deze artsen in beginsel geen vertrouwensrelatie met de individuen die zij onderzoeken (hebben), omdat zij hoofdzakelijk een controlerende of onderzoekende taak hebben"). Misschien was die opvatting 50 jaar geleden correct. Maar met het voortschrijden van de verzorgingsstaat (later de actieve welvaartstaat) waarin een job en private verzekeringen niet als luxe – maar als noodzakelijke sociale goederen – worden beschouwd, is zij betwistbaar geworden. Weinigen kunnen het zich veroorloven om zich niet te onderwerpen aan een medisch onderzoek voorafgaand aan een aanwerving of een verzekering. Daarom concludeerde BALTHAZAR: "In dergelijke omstandigheden kan men de raadgevende arts van de verzekeringsmaatschappij moeilijk anders dan als een noodzakelijke confident beschouwen. Bij medische onderzoeken die onder drang verlopen, lijkt de vrijheid van de onderzochte persoon om zijn geheimen al dan niet 'toe te vertrouwen' ons nog geringer dan in een therapeutische relatie" (T. BALTHAZAR, *Arts, werknemer en sociaal verzekerde. De taak van de arts bij de toepassing van het sociaal recht*, Gent, 2000, Proefschrift, *onuitg.*, nr. 752; zie ook: F. KEFER, "Le secret médical dans la législation sociale", *R.D.P.* 1992, 631). Hiertegenover kan worden gesteld dat de noodzaak van een andere aard is dan in de therapeutische relatie. In dat laatste geval kan men spreken van een "interne noodzaak": de gezondheidstoestand van de patiënt brengt hem ertoe een arts te raadplegen. De noodzaak in geval van een medisch onderzoek in opdracht van een derde is een "externe" noodzaak. Dat leidt tot een minder sterke vertrouwensrelatie met de arts. Van zijn kant nuanceert ook ALLEMEERSCH zijn mening omdat "in de praktijk de zaken niet altijd zo eenvoudig zijn als hier wordt voorgesteld. Bepaalde adviserende of controlerende artsen treden weliswaar op ter behartiging van de (financiële) belangen van een werkgever of instelling, maar hebben soms ook een medisch-sociale taak die niets te maken heeft met hun controleopdracht" (B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458", *t.a.p.*, 7).

1227 Artsen die iemand aan een medisch onderzoek onderwerpen in het kader van een procedure tot onbekwaamverklaring (art. 1244 Ger. W.), tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder (art. 488*bis*, a B.W.) of tot gedwongen opname in een psychiatrische ziekenhuisdienst (zie titel VI) zijn geen noodzakelijke vertrouwenspersonen voor de toepassing van artikel 458 Sw. (in die zin: B. ALLEMEERSCH, *a.w.*, *t.a.p.*, 6: "ook een geheimhouder die uitzonderlijk optreedt als privaat expert in opdracht van een derde zal in die hoedanigheid geen vertrouwensfunctie vervullen en dus geen beroepsgeheim genieten).

1228 Niets sluit uit dat een associatie van artsen aansprakelijk wordt gesteld voor een schending van het beroepsgeheim, overeenkomstig artikel 5, eerste lid Sw. (B. ALLEMEERSCH, *a.w.*, *t.a.p.*, 5).

B. ENKELE BIJZONDERE GEVALLEN

1. Gerechtsdeskundigen

1229 Een arts die als gerechtsdeskundige is aangesteld in privaatrechtelijke geschillen of in strafzaken is geen noodzakelijke vertrouwenspersoon en valt

niet onder de toepassing van artikel 458 Sw. (B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458", *t.a.p.*, 6).

Vooreerst is de gerechtelijk deskundige geen vertrouwenspersoon: "ook al behoort het beroep dat door de gerechtsdeskundige buiten zijn opdracht wordt uitgeoefend, tot een van de beroepen waarvan de beoefenaar door artikel 458 Sw. tot geheimhouding wordt verplicht, dan nog kan hij door de verdachte niet als een vertrouwenspersoon worden beschouwd. De opdracht zelf, namelijk het verrichten van vaststellingen en het verlenen van een zodanig technisch advies in verband met de betichtingen die tot gevolg kunnen hebben dat de verdachte wordt veroordeeld evenals de bestemming van die opdracht sluiten immers principieel elke vertrouwensrelatie tussen de verdachte en de deskundige uit" (A. CHRISTIAENS, "Deskundige en beroepsgeheim", in *Bestendig Handboek Deskundigen onderzoek*, Diegem, Kluwer, 2001, losbl., 56840; F. VAN NESTE, *t.a.p.*, 312; H. NYS, "Het beroepsgeheim van de deskundigen", in W. VAN DE VOORDE e.a. (eds.), *Multidisciplinair forensisch onderzoek. Juridische en wetenschappelijke aspecten*, Brussel, Politeia, 2003, deel I, 57-58). Dezelfde redenering kan worden gevolgd t.a.v. de gerechtelijke deskundige in privaatrechtelijke geschillen (R.O. DALCQ, *a.w.*, 506; R. SCREVENS en B. BULTHE, "Le médecin témoin ou expert devant les jurisdictions et les droits de l'homme", *R.D.P.* 1982, 122).

Bovendien is de gerechtelijk deskundige geen n o o d z a k e l i j k e vertrouwenspersoon. Wie medisch onderzocht wordt door een gerechtelijk deskundige en aan hem vertrouwelijke gegevens meedeelt, doet dit niet noodgedwongen omwille van zijn gezondheidstoestand. Evenmin is er sprake van een externe dwang aangezien "in geen geval de deskundige dwang mag uitoefenen om de verdachte tot deelname aan de expertise te bewegen" (B. DE SMET, "Deskundigenonderzoek in strafzaken", in *A.P.R.*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 2001, nr. 215). Ook in privaatrechtelijke geschillen mag de deskundige niemand dwingen zich aan een medisch onderzoek te onderwerpen.

Dat de gerechtelijke deskundige niet valt onder het beroepsgeheim geregeld in artikel 458 Sw. betekent niet dat hij niet onder een geheimhoudingsplicht zou vallen (zie in strafzaken: art. 28*quinquies* en art. 57 § 1, tweede lid Sv. Dat beide artikelen uitdrukkelijk verwijzen naar de sancties bepaald in art. 458 Sw. geldt als bijkomend argument dat de gerechtelijk deskundige *in se* niet onder deze bepaling valt). De gerechtelijke deskundige aangesteld in privaatrechtelijke geschillen valt onder een discretieplicht (R.O. DALCQ, *a.w.*, 506; R. VERBEKE, "De rol van de deskundige, de partijen en de rechter", in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, 50).

1230 Het voorgaande heeft belangrijke gevolgen voor wat betreft de relatie tussen de gerechtelijke deskundige en behandelende artsen. Dat behandelende artsen niet kunnen optreden als gerechtelijke deskundigen t.a.v. hun patiënten wordt nagenoeg algemeen aanvaard. Minder eenstemmigheid is er over de vraag of de behandelend arts het medisch dossier van één van zijn patiënten mag of moet meedelen aan een gerechtelijke deskundige die belast is met een opdracht jegens de patiënt. De behandelende arts mag medische gegevens overmaken aan een deskundige als de patiënt daarmee instemt (B. DE SMET,

t.a.p., nr. 268; P. LURQUIN, *Traité de l''expertise*, II, Brussel, Bruylant, 1985, 361) maar is daartoe niet verplicht (anders: R.O. DALCQ, *a.w.*, 506).

Het Arbeidshof te Bergen wees de mogelijkheid van overhandiging van het dossier aan een ander dan de rechter zelf af (Arbh. Bergen 16 januari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1976, 256. Zie uitgebreider: H. NYS, "Het beroepsgeheim in de gezondheidszorg – Overzicht van rechtspraak 1970-1984", *R.W.* 1985-86, 1258, nr. 19). De Handelsrechtbank te Brussel beval het medisch diensthoofd van een ziekenhuis het medisch dossier over te maken aan een door de rechter aangestelde medisch deskundige (Kh. Brussel 16 februari 1984, *De Verz.* 1987, 124, noot M. STANDAERT). De annotator betwijfelt of deze arts wel op zo'n bevel mag ingaan. De deskundige zou dan zelf tot geheimhouding verplicht zijn jegens de rechter en dat maakt de deskundigenopdracht zinloos. De Arbeidsrechtbank te Brussel beval het medisch dossier over te maken aan de aangestelde gerechtsdeskundige (art. 982 Ger. W.). De gerechtsdeskundige kan zijn verslag steunen op dat dossier en, indien de bescherming van het privé-leven het eist, zijn bron geheim houden (Arbrb. Brussel 2 februari 1990, *J.T.T.* 1990, 276; Brussel 18 januari 1991, *R.G.A.R.* 1992, nr. 11905). Zie in dit verband ook: R. VERBEKE, *t.a.p.* en de daar aangehaalde rechtspraak. Indien de deskundige de gevraagde gegevens niet vrijwillig meegedeeld krijgt, kan de rechtbank de overlegging ervan bevelen overeenkomstig artikel 878 Ger. W. (Pol. Nijvel 27 mei 1998, *R.G.A.R.* 2000, 13203; Pol. Nijvel 2 april 1993, *R.G.A.R.* 1996, nr. 12662, noot).
Artsen die belast zijn met een opdracht die niets te maken heeft met de behandeling van een patiënt op diagnostisch en/of therapeutisch vlak zoals een arts die is tewerkgesteld door een verzekeringsinstellling, hebben niet het recht om de gegevens die zij binnen het welomlijnde kader van hun opdracht hebben verkregen met betrekking tot deze patiënt mede te delen aan een gerechtelijk deskundige ("Adviserend arts van een verzekeringsinstelling – Mededeling van gegevens aan een arts-gerechtelijk deskundige en aan een verzekeringsarts", *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 80, 21; "Beroepsgeheim – Arbeidsongevallen – Adviserende artsen", *T. Orde Geneesh.* 1996, nr. 72, 30 e.v.)

2. Gevangenisartsen

1231 De vrij door een gevangene gekozen arts valt onder toepassing van artikel 458 Sw. Hetzelfde geldt voor de door de instelling aangewezen arts (B. BULTHE, "De gevangenisarts en de rechten van de mens", *Bull. straf.* 1982, 293-294; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht*, 49-50).

Ook de Nationale raad van de Orde der geneesheren is van mening dat de gevangenisarts het beroepsgeheim moet respecteren ("AIDS en gevangenis", *T. Orde Geneesh.* 1985-86, afl. 34, 25). PIETERS daarentegen verdedigt dat een gevangenisarts de directie en het gevangenispersoneel moet inlichten, wanneer bij een gevangene HIV-seropositiviteit wordt vastgesteld. Ten onrechte beriep hij zich hiervoor op K.B. 1 maart 1971 betreffende de profylaxe tegen overdraagbare ziekten (zie boven, nr. 939) (F. PIETERS, "Het jaar van het virus: AIDS-virus in de Belgische gevangenissen", *Panopticon* 1986, 565). Vragen rijzen bij de wettelijkheid van artikel 153, derde lid van de Algemene Instructie voor de Strafinrichtingen (M.B. 12 juli 1971, *B.S.* 10 augustus 1971) dat de gevangenisarts verplicht aan de gevangenisdirecteur te melden welke gedetineerden een ziekte hebben geveinsd.

3. De medisch directeur (hoofdgeneesheer) van een ziekenhuis

1232 In ieder ziekenhuis dient een hoofdgeneesheer te worden benoemd en/of aangewezen door de ziekenhuisbeheerder (art. 13, 1° Ziekenhuiswet). De minimale opdrachten van deze hoofdgeneesheer worden in K.B. 15 december 1987 (*B.S.* 25 december 1987) bepaald.

Noch de Ziekenhuiswet noch dit uitvoeringsbesluit bevatten bepalingen in verband met het beroepsgeheim van een hoofdgeneesheer *qualitate qua*.

De schaarse rechtspraak dateert van vóór de verplichte aanwezigheid van een hoofdgeneesheer in ieder ziekenhuis. De Arbeidsrechtbank te Brussel was van mening dat de arts die deelneemt aan de leiding van een ziekenhuis als zodanig niet onder de toepassing valt van artikel 458 Sw. (Arbrb. Brussel 3 juni 1977, *J.T.* 1977, 627). Het Hof van Cassatie oordeelde daar anders over. Wel betrof het een arts die, naast zijn directiefunctie, ook nog een medische praktijk had en als behandelend arts was opgetreden (Cass. 30 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1979, 235; *Pas.* 1979, I, 248; *R.W.* 1978-79, 2232; *J.T.* 1979, 369; *R.D.P.* 1979, 293 noot R.S.; *De Verz.* 1979, 91 noot J.R., *Inf. R.I.Z.I.V.* 1979, 55 noot R. GROSEMANS).
BRUYNEEL vroeg zich af of dit *a contrario* betekent dat een medisch directeur die niet betrokken is geweest bij de behandeling niet onder artikel 458 Sw. valt. Hijzelf meent dat er sprake is van een zgn. gedeeld beroepsgeheim tussen de behandelend arts en de medisch directeur (A. BRUYNEEL, "Le secret bancaire en droit belge après l'arrêt rendu par la Cour de Cassation du 25 octobre 1978", *J.T.* 1979, 377). Het Hof te Brussel was van mening dat de medisch directeur van een psychiatrisch ziekenhuis door het beroepsgeheim is gebonden (Brussel 3 januari 1972, *Pas.* 1972, II, 56; in dezelfde zin: Brussel 23 oktober 1990, *J.T.* 1991, 496).

4. Leden van de raden van de Orde der geneesheren

1233 De leden van de provinciale raden, van de raden van beroep en van de Nationale raad van de Orde der geneesheren zijn verplicht tot het beroepsgeheim voor alle aangelegenheden waarvan zij kennis krijgen in en/of ter gelegenheid van de uitoefening van hun functie (art. 30 K.B. nr. 79 betreffende de Orde der geneesheren, Cass. 18 juni 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 993; *Pas.* 1992, I, 924). Wanneer een provinciale raad zodoende bij vermoeden van psychische of fysieke ongeschiktheid van een arts dit ambtshalve meedeelt aan de provinciale geneeskundige commissie, kan de provinciale raad bijgevolg geen enkel gegeven verstrekken uit het dossier ("Toxicomanie", 29 mei 1999, *T. Orde Geneesh.* 1999 nr. 85, 22).

§ 2. Andere beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg

1234 Gelet op de ruime formulering van artikel 458 Sw. ("alle andere personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd") bestaat er geen betwisting over dat alle personen die beroepshalve een taak vervullen in de gezondheidszorg die hen in direct contact brengt met de patiënt onder de toepassing van dat artikel vallen.

Zeker geldt dit voor die beroepen die zoals de arts rechtstreeks betrokken zijn bij de patiëntenzorg, nl. paramedici en verpleegkundigen (zie voor deze laatsten: A. CARELS, "Het beroepsgeheim van de verpleegkundige", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 331-342; W. DE BEER, "Het juridische aspect van het beroepsgeheim van verpleegkundigen", *Hospitalia* 1985, 79; H. NYS, "Beroepsgeheim van de verpleegkundigen", in M. DE BAUW e.a., *Handboek Recht voor Verpleegkundigen en vroedvrouwen*, Antwerpen, Kluwer, 2003, 6 herwerkte uitgave, nr. 400-407; E. PEETERS, "Het beroepsgeheim van de verpleegkundige", *Verpleegkundigen en Gemeenschapszorg* 1985, 136; K.I. Antwerpen 2 november 2000, *Limb. Rechtsl.* 2002, 192 met noot J. KERKHOFS).
Rechtspraak in dit verband is zeer schaars. Het Hof van Cassatie overwoog dat artikel 458 Sw. naast artsen "andere gezondheidsverzorgers" tot het beroepsgeheim verplicht (Cass. 9 februari 1988, *Arr. Cass.* 1988, 720; *Pas.* 1988, I, 662; Brussel 11 maart 1969, *R.W.* 1968-69, 1515: van toepassing op personeel dat toegang heeft tot de medische dossiers; Bergen 9 december 1975, *Pas.* 1976, II, 159; *Rev. not. b.* 1977, 123 noot F.L.: art. 458 Sw. is van toepassing op kinesitherapeuten,

verpleegkundigen, vroedvrouwen; Pol. Luik 8 januari 1986, *Jur. Liège* 1986, 103-104: van toepassing op wie rechtstreeks of onrechtstreeks meewerkt aan medische hulpverlening, zoals paramedici; Pol. Florenville 20 februari 1968, *J.T.* 1970, 311: van toepassing op paramedisch personeel; K.I. Antwerpen 2 november 2000, *Limb. Rechtsl.*, 2002, 192 met noot J. KERKHOFS; Arbh. Luik 25 april 2002, *R.R.D.* 2002, 266 noot F. LAGASSE: van toepassing op een psycholoog die actief was in een psychiatrisch ziekenhuis).

Ook de bestuurder van een ziekenwagen van de dienst 100, en bij uitbreiding van om het even welke spoedhulpwagen, valt onder de zwijgplicht (Corr. Charleroi 27 juni 1974, *J.T.* 1975, 28; K.I. Luik 6 maart 1985, *Jur. Liège* 663, concl. A. SPIRLET).
Zie inzake het beroepsgeheim van de aangestelden van een 100-oproepcentrum ook artikel 5 § 2 K.B. 2 april 1965 houdende vaststelling van de modaliteiten tot inrichting van de dringende geneeskundige hulpverlening en houdende aanwijzing van het eenvormig oproepstelsel (*B.S.* 12 mei 1965) en H. ANRYS, *L'aide médicale urgente*, *a.w.*, 48-49.

Volgens de Politierechter te Luik is de verantwoordelijke voor het onthaal van patiënten op een verpleegafdeling niet gebonden door een zwijgplicht omdat deze persoon geen informatie verneemt over de gezondheidstoestand van de patiënten (Pol. Luik 8 januari 1986, *Jur. Liège* 1986, 103-104; zie voor kritiek op deze uitspraak: R. AERDEN, "Het beroepsgeheim in het ziekenhuis", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 346; positiever: R. MEERT-VAN DE PUT, "La confidentialité des données et le sécret médical: aspect juridique", *Louvain Médical* 1986, 522). Deze uitspraak kan worden onderschreven. Men mag niet uit het oog verliezen dat enkel noodzakelijke vertrouwenspersonen aan wie de patiënt noodgedwongen vertrouwelijke informatie bekendmaakt, onder het toepassingsgebied vallen van artikel 458 Sw. Volgens STESSENS wordt het beroepsgeheim steeds meer uitgebreid tot andere beroepen "waarbij de betrokken personen niet de vertrouwenspersoon zijn van een geheimgerechtigde". Hij waarschuwt terecht "voor de tendens waarbij beroepscategorieën het beroepsgeheim als een prestige-attribuut gaan beschouwen" (G. STESSENS, "Beroepsgeheim versus (economisch-financieel) strafrecht", in *Jaarboek 1996-97, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de rechten*, Antwerpen, Maklu, 1997, 445; L. HUYBRECHTS, "Gebruik en misbruik van het beroepsgeheim door revisoren, accountants en advocaten", *T.B.H.* 1995, 678; T. BALTHAZAR, "Het beroepsgeheim t.o.v. minderjarigen", *Medi-Sfeer*, 1997 (2), 27; *id.*, "Het beroepsgeheim in de jeugdgezondheidszorg", in *Juridische en deontologische aspecten van de jeugdgezondheidszorg*, Leuven, Garant, 1997, 39; D. FRERIKS, "De aangiftemisdrijven en het medisch beroepsgeheim", *T. Gez.* 1996-97, 27). Poetspersoneel in een ziekenhuis, onthaalbedienden, technici in laboratoria zijn geen noodzakelijke vertrouwenspersonen. De patiënt die vertrouwelijke informatie meedeelt aan een poetsvrouw in een ziekenhuis doet dit niet noodgedwongen maar vrijwillig. Wel kunnen de vermelde beroepsgroepen vallen onder een burgerlijke/arbeidsrechtelijke discretieplicht (anders: J. VANDEMOORTEL, "Beroepsgeheim voor de gezondheids- en welzijnswerker", in R. STOCKMAN (ed.), *Het beroepsgeheim in de zorgverleningssector: een confrontatie tussen recht en praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 26; zie ook: J. KERKHOFS, "Het beroepsgeheim van paramedici, verpleegkundigen en personeelsleden van O.C.M.W.'s: een pad in de mand van het gerechtelijk onderzoek?", noot onder K.I. Antwerpen 2 november 2000, *Limb. Rechtsl.* 2002, 195-204: "in die zin moet worden aangenomen dat het beroepsgeheim zich opdringt aan alle noodzakelijke medewerkers, bedienden, helpers en stagiairs van de beroepsbeoefenaar aan wie het beroepsgeheim zich overeenkomstig artikel 458 Sw. opdringt").
Wat het administratief personeel in dienst van ziekenfondsen betreft, aanvaardde de Correctionele Rechtbank te Gent de toepasselijkheid van artikel 458 Sw. (Corr. Gent 18 september 1987, *Vl. T. Gez.* 1987-88, 340 noot van M. LIL). Zie voor O.C.M.W. personeel: D. ADRIAENS, "Enkele beschouwingen over het beroepsgeheim in de sociale sector", *O.C.M.W.-visies*, 1999, 29-44. Zie over de discretieplicht en het onderscheid met het beroepsgeheim: B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458", *t.a.p.*, 2.

Of de echtgenoot/ote of partner van een arts door een zwijgplicht is gebonden, wordt betwist (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 172 vermelden hen bij de geheimplichtigen; K.I. Luik 22 januari 1987, *Pas.* 1987, II, 79-80, concl. H. MASSA; *Jur. Liège* 1987, 217; *J.T.* 1988, 174 aanvaardde geen schending van de zwijgplicht door de vriendin van een arts die de politie op de hoogte bracht van diens contact met een gekwetste gangster).
Indien de partner op een geregelde wijze de arts bijstaat bij de uitoefening van zijn beroep, bv.

door opnemen van telefoon, bijhouden van de agenda, assistentie enz., dan kan sprake zijn van geheimen die in het kader van een beroep werden toevertrouwd en waarvoor geheimhouding verschuldigd is. Volgens een bepaalde opvatting zou de partner van een arts uit hoofde van de "staat" onder artikel 458 Sw. vallen (zie: J. VANDE MOORTEL, *t.a.p.*, 27).

§ 3. Beoefenaars van niet-conventionele praktijken

1235 Artikel 9 § 3, tweede lid van de Wet van 29 april 1999 betreffende de niet-conventionele praktijken inzake de geneeskunde (zie boven, nr. 119) onderwerpt de beoefenaars van deze praktijken aan de toepassing van artikel 458 Sw. Zie voor kritische bedenkingen hierbij: B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458", *t.a.p.*, 11.

§ 4. Onwettige beoefenaars van de geneeskunde

1236 Men is het eens dat het medisch beroepsgeheim niet kan worden ingeroepen door personen die op onwettige wijze de geneeskunde uitoefenen (L. VIAENE, "Huiszoeking en beslag in strafzaken", in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1962, nr. 500).

Maar het blijft bestaan t.a.v. de arts die wegens een tuchtmaatregel zijn beroep niet mag uitoefenen.

AFDELING II

MATERIEEL TOEPASSINGSGEBIED

1237 Artikel 458 Sw. bevat drie elementen die van belang zijn voor het bepalen van het materiële toepassingsgebied van dat artikel. Opdat een gegeven zou vallen onder de toepassing van artikel 458 moet de arts er uit hoofde van zijn beroep kennis van hebben gekregen (§ 1), moet het een geheim karakter hebben (§ 2) en moet het hem zijn toevertrouwd (§ 3).

§ 1. Kennis uit hoofde van het beroep

1238 Om uit te drukken dat de geheimhoudingsplicht enkel geldt voor geheimen waarvan men kennis draagt uit hoofde van het beroep, wordt meestal de term (medisch) beroepsgeheim gebruikt.

Het beroepsgeheim, aldus VAN NESTE, betreft "de kennis omtrent bepaalde aangelegenheden – en deze kennis is niet noodzakelijk uiteraard geheim – aan personen toevertrouwd die een bepaald beroep uitoefenen of een bepaalde staat hebben" (F. VAN NESTE, "Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?", *R.W.* 1977-78, 1286).

In dit verband duiken twee vragen op. Is artikel 458 Sw. ook van toepassing op mededelingen gedaan aan een arts buiten diens beroepsuitoefening maar als kennis, vriend of collega? Vervolgens: geldt het artikel ook voor gegevens toevertrouwd in het kader van de beroepsuitoefening maar die niet relevant zijn daarvoor?

De eerste vraag wordt negatief beantwoord (zie: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations* nr. 184; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Brussel, Nemesis, 1985, 156, zie ook de rechtspraak aangehaald door: H. NYS, *t.a.p.*, 1254, nr. 8, *in fine*).
Ook de tweede vraag wordt door meerdere auteurs ontkennend beantwoord (zie: P. LAMBERT, *a.w.*, 157: een arts is tijdens een huisbezoek de ongewilde getuige van een echtelijke ruzie; wat hij zo verneemt valt niet onder de strafrechtelijke zwijgplicht, maar een tuchtsanctie kan worden opgelegd. Artikel 57 Code van geneeskundige plichtenleer vermeldt als vallend onder het beroepsgeheim niet enkel wat tijdens de uitoefening van het beroep werd vernomen, maar ook bij gelegenheid daarvan; zie ook: F. DUMON, "Le secret médical", *Cons. M.* 1987, 23-24, die instemmend LAMBERT citeert).

Het voorbeeld door LAMBERT gegeven kan ons misleiden omtrent de vraag waarover het hier werkelijk gaat, nl. of gegevens die een arts over zijn patiënt verneemt en die met de vervulling van zijn taak op het eerste gezicht niets te maken hebben, kunnen worden beschouwd als zijnde ter kennis gekomen in het kader van de beroepsuitoefening. In dat voorbeeld gaat het niet alleen om "extra professionele" gegevens die hij over een patiënt verneemt, maar ook over derden. In dat geval zou zijn besluit kunnen onderschreven worden. Het gaat evenwel te ver als regel te stellen dat gegevens die (ogenschijnlijk) niets te maken hebben met de gezondheidstoestand niet onder artikel 458 Sw. vallen, omdat zij niet werden toevertrouwd in het kader van het beroep. Gegevens die voor een leek met een ziekte niets te maken hebben zoals een echtscheiding of financiële problemen kunnen wel degelijk relevant zijn voor de taakvervulling van de arts. Het valt dan ook niet goed in te zien hoe het onderscheid zal worden gemaakt tussen de gegevens die wel en andere die niet onder het toepassingsgebied vallen van artikel 458 Sw. ALLEMEERSCH schuift als criterium het begrip "redelijk verband" naar voor. Opdat de geheimhoudingsplicht van toepassing zou zijn, is vereist dat er tussen de vertrouwelijke informatie en de beroepsactiviteit een redelijk verband bestaat. Het begrip "redelijk verband" mag niet worden geïnterpreteerd als een vereiste dat de informatie nuttig of belangrijk moet zijn voor de opdracht in kwestie. Ook gegevens die later onbruikbaar of futiel blijken, kunnen nog in redelijk verband staan met de vertrouwensopdracht. Meteen is duidelijk dat het vaak niet eenvoudig zal zijn om te bepalen welke gegevens een redelijk verband vertonen met de vertrouwensopdracht en welke niet. Wat artsen betreft, aldus ALLEMEERSCH, neemt men aan dat het om medische gegevens moet gaan "of minstens informatie die rechtstreeks of onrechtstreeks te maken heeft met de reden voor het doktersbezoek" (B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458", *t.a.p.*, 14).

§ 2. Geheimen

1239 Vooral de interpretatie van "geheimen" leidt tot moeilijkheden bij de toepassing van artikel 458 Sw.

VAN NESTE heeft de volgende omschrijving gegeven van "geheimen": "feiten, gegevens, beslissingen, oordelen, meningen die verborgen gehouden moeten worden. Particuliere waarheden dus die, overeenkomstig algemeen aanvaarde criteria en normen, niet kenbaar, openbaar gemaakt mogen worden" (F. VAN NESTE, *t.a.p.*, 1281). De vermelding van "waarheden" is hier van belang. "Een deel van de waarheid wordt 'afgezonderd' van de cummunicatie, wordt *secretum* (*secernere*) d.i. afscheiden van, *in casu*, een particuliere waarheid die terecht niet volledig moet of mag worden meegedeeld".
VAN NESTE wijst er voorts op dat men geheimen teveel als op zichzelf staand is gaan beschouwen, buiten het verband met het oorspronkelijke recht op waarheid. Dat heeft dan geleid tot een verabsolutering van het geheim en van de zwijgplicht. De door VAN NESTE gegeven omschrijving is nog om een andere reden interessant. Een gegeven blijkt geheim niet zozeer omdat het als zodanig geheim is, maar omdat het "overeenkomstig algemeen aanvaarde criteria en normen niet openbaar gemaakt mag worden". Dergelijke criteria en normen kunnen uiteraard veranderen. Wat in 1867 als geheim zou worden beschouwd kan het thans niet meer zijn.
Dergelijke criteria kunnen bovendien verschillen naargelang de situatie waarin de geheimplichtige verkeert. Of een bepaald gegeven geheim dient te blijven kan anders worden beoordeeld naargelang de arts als getuige is gedagvaard of dient te antwoorden op de vraag van een collega optredend voor een verzekeringsmaatschappij. Ook de omstandigheden waarin de geheimgerech-

tigde zich bevindt zullen invloed hebben. Iemands bloedgroep is in het algemeen een weinig vertrouwelijk gegeven, behalve in gerechtelijke procedures zoals de vaststelling van het vaderschap.
De vraag of een gegeven geheim is of niet kan derhalve niet worden losgezien van de context waarin deze vraag wordt gesteld. De belangen die tegenover het beroepsgeheim moeten worden afgewogen bepalen mee deze context. Soms zijn dat private belangen van derden, in andere gevallen kunnen openbare belangen betrokken zijn. De afweging van belangen is mede bepalend voor het geheim karakter van een gegeven. Een en ander betekent dat algemene uitspraken over wat als een geheim kan worden beschouwd met terughoudendheid moeten benaderd worden.

1240 De bevoegdheid om na te gaan wat als geheim moet worden beschouwd komt niet toe aan de patiënt of aan de tuchtrechtelijke overheid, maar aan de rechter (B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458", *t.a.p.*, 15).

Uit de rechtspraak kunnen voorbeelden worden geput die de interpretatiemoeilijkheden illustreren.

Behalve de in het overzicht van rechtspraak 1970-1984 (H. NYS, *t.a.p.*, 1255, nr. 10-14) vermelde gevallen zijn ook nog de volgende zaken van belang. Het feit dat iemand in een ziekenhuis is opgenomen valt "strikt genomen onder het beroepsgeheim". Dat is het uitgangspunt van een advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren van 12 februari 1983 ("Medische attesten", *T. Orde Geneesh.* 1983, afl. 31, 26 e.v.; zie ook: M. GUILLEMIN, A. LUYCKX, D. MATTEEUWS, "Politiële informatievergaring bij medische hulpdiensten", *T. Gez.* 1995-96, 352-357; *Vigiles* 1996, afl. 2, 10-16; "Opname in een psychiatrisch ziekenhuis – Mededeling aan politie of procureur des Konings", *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 85, 10; "Onrustwekkende verdwijning van een patiënt uit een psychiatrisch ziekenhuis – aangifte", *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 85, 9; zie ook: "Onrustwekkende verdwijning van een patiënt uit een psychiatrisch centrum – onderzoek van de rijkswacht", *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 81, 14; "Spoedopname – Beroepsgeheim", *T. Orde Geneesh.* 1995, nr. 71, 22; "Gerechtelijke politie – Beroepsgeheim", *T. Orde Geneesh.* 1991, nr. 54, 28). Maar men kan niet staande houden dat een ziekenhuisopname t.g.v. een rijkswachter nog geheim is, wanneer die het gevolg was van een ongeval op de openbare weg en gebeurde door tussenkomst van de dienst 100. In deze zin deed de Correctionele Rechtbank te Brussel uitspraak. De dienstdoende arts had aan een politieagent toestemming gegeven tot het zien van de patiënt "die daartoe in staat werd geacht". Door het geven van die toestemming, waardoor meteen ook de opname in het ziekenhuis bekend werd, werden geen geheimen geopenbaard (Corr. Brussel 1 oktober 1985, bevestigd door Cass. 19 februari 1986, *Arr. Cass.* 1986, 856; *R.W.* 1986-87, 1259; *Pas.* 1986, I, 760: of het hier een opname via de dienst 100 betrof is niet met zekerheid uit te maken, maar lijkt wel zeer aannemelijk). Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde dat een eenvoudig gegeven als de naam van de persoon die bij een patiënt een bloedafname had verricht, niet geheim is (Antwerpen 18 september 2000, *T. Gez.* 2000-01, 292).

De Arbeidsrechtbank te Gent sprak uit dat de behandelend arts die op verzoek van de werkgever van een patiënt bevestigt dat deze laatste niet meer in staat is zijn gewone arbeid verder uit te voeren, daardoor zijn beroepsgeheim niet schendt, omdat hij niets vermeldde over de ziekte van de werknemer. Hij heeft slechts de arbeidsgeschiktheid nader gepreciseerd in een attest afgeleverd aan de werkgever (Arbrb. Gent 6 februari 1989, *R.W.* 1988-89, 1093). In deze uitspraak wordt er klaarblijkelijk van uitgegaan dat arbeids(on)geschikheid als zodanig niet onder het beroepsgeheim valt. Artikel 31 Arbeidsovereenkomstenwet onttrekt de arbeidsongeschiktheid uitdrukkelijk aan de zwijgplicht van de arts die door een werkgever betaald wordt om de arbeids(on)geschiktheid van een werknemer te evalueren (B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458", *t.a.p.*, 17). *A contrario* dient de arts die niet door de werkgever wordt betaald maar de behandelend arts is van de werknemer de arbeidsgeschiktheid te beschouwen als vallend onder zijn zwijgplicht. Zie ook: Arbh. Bergen 20 januari 1992, *J.L.M.B.* 1992, 1221: "Het past niet in de opdracht van de controlerende arts te rapporteren wat de patiënt heeft gezegd. De controlerende arts is immers niet enquêteur of getuige, hij is een arts die belast is met het constateren van een

situatie die voortvloeit uit de geneeskunde en conform de regels die daaraan zijn verbonden"; Arbrb. Antwerpen 21 december 1999, *Limb. Rechtsl.* 2000, 417; *Or.* 2000, afl. 4, 4; Arbrb. Bergen 15 november 1995, *J.T.T.* 1996, 338; "Reglement medische controle – Mededeling van de medische redenen van arbeidsongeschiktheid", *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 85, 8; "Controlegeneeskunde – Beleidsnota", *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 79, 29.

§ 3. Toevertrouwd

1241 Dit element is nauw verbonden met het voorgaande. "In het beroepsgeheim ontstaat het geheim pas na communicatie van bepaalde gegevens aan personen uit een bepaald beroepsmilieu. Het is een toevertrouwd geheim" (F. VAN NESTE, *t.a.p.* 1287). M.a.w. men deelt geen geheimen mee; door de mededeling worden gegevens geheim.

"Toevertrouwen" mag niet letterlijk worden opgevat. Behalve hetgeen de patiënt uitdrukkelijk aan de arts heeft toevertrouwd, valt ook nog onder de bescherming van artikel 458 Sw. wat de arts zelf heeft vastgesteld (B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458", *a.w.*, 13). Men kan dit beschouwen als zijnde stilzwijgend toevertrouwd (Brussel 8 maart 1972, *R.D.P.* 1971-72, 923; Antwerpen 18 september 2000, *T. Gez.* 2000-01, 292). Maar in de rechtspraak treft men ook striktere interpretaties aan. "Het beroepsgeheim strekt ertoe de in vertrouwen door een patiënt aan zijn arts meegedeelde gegevens niet openbaar te maken" (Arbrb. Gent 6 februari *R.W.* 1988-89, 1093).

AFDELING III

BEKENDMAKEN VAN GEHEIMEN

1242 Voor de toepassing van artikel 458 Sw. is ook nog de bekendmaking vereist, onder welbepaalde voorwaarden.

§ 1. Opzet

1243 Artikel 458 Sw. is een wanbedrijf en voor deze misdrijven is opzet in de regel vereist, tenzij duidelijk blijkt dat de strafbaarheid reeds bij onachtzaamheid bestaat (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, nr. 427). Gelet op de formulering van artikel 458 Sw. neemt men aan dat opzet vereist is (Chr. HENNAU en J. VERHAEGEN, "Recherche policière et secret médical", *J.T.* 1988, 167). Een algemeen opzet volstaat; er is geen bijzonder oogmerk vereist (Corr. Neufchâteau 15 mei 1986, *Jur. Liège* 1986, 446).

Door de bekendmaking van medische gegevens via een onachtzaamheid kan artikel 458 Sw. niet worden geschonden. Maar tuchtrechtelijke sancties en een burgerrechtelijke veroordeling tot schadevergoeding zijn niet uitgesloten (Chr. HENNAU en J. VERHAEGEN, *t.a.p.*, 167).

§ 2. Bekendmaken

1244 Wanneer is sprake van (strafbaar) bekendmaken van geheimen? In het gewone spraakgebruik wijst "bekendmaken" op het verspreiden in ruimere kring.

Doch voor de overtreding van artikel 458 Sw. is het zonder belang of het geheim werd bekend gemaakt aan slechts één persoon, bv. een advocaat bij een echtscheidingsprocedure (Corr. Neufchâteau, 15 mei 1986, *Jur. Liège* 1986, 446) of aan talrijke personen. Het kwantitatieve element is niet doorslaggevend. Maar de kwaliteit van degene aan wie een geheim wordt meegedeeld kan wel van belang zijn om te oordelen of er sprake is van bekendmaken in de zin van artikel 458 Sw. Wanneer een arts gegevens over een patiënt doorgeeft aan een collega die belast is met de diagnosestelling of de therapie, kan men niet spreken van bekendmaken. Er is dan wel sprake van een "toevertrouwen" van een geheim aan een persoon die eveneens onder de toepassing valt van artikel 458 Sw. Dit artikel vereist niet dat de gegevens door de patiënt zelf worden meegedeeld aan een arts. Ook tussen artsen onderling kan sprake zijn van het "toevertrouwen" van gegevens. In de literatuur (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 166) wordt veelvuldig beroep gedaan op de theorie van het zgn. gedeelde beroepsgeheim (secret partagé) om het doorgeven van geheimen aan collega's te verantwoorden (zie ook: Brussel 23 oktober 1990, *J.L.M.B.* 1991, 717; *J.T.* 1991, 496, noot J. CRUYPLANTS). Maar deze "theorie" is zeker niet vrij van dubbelzinnigheid (zie voor een kritische bespreking van de verschillende opvattingen over het gedeeld beroepsgeheim: P. LAMBERT, *t.a.p.*, 121). Een eerste bezwaar betreft de terminologie. Als er al sprake is van iets te delen dan is dat niet een geheim maar wel de kennis omtrent het geheim. Men zou dus moeten spreken van "gedeelde kennis omtrent geheimen" veeleer dan van een "gedeeld beroepsgeheim". Een tweede en belangrijker bezwaar tegen de opvatting van het gedeeld beroepsgeheim is dat zij vlug aanleiding geeft tot misverstanden. Zo aanvaarden sommigen dat een arts patiëntengegevens mag verstrekken aan een notaris omdat beiden door een zwijgplicht zijn gebonden. Zij delen dan het beroepsgeheim. Die opvatting is evenwel onjuist (zie verder, nr. 1245).
Al bij al heeft men geen behoefte aan dubbelzinnige contructies als het gedeeld beroepsgeheim om patiëntengegevens in de gezondheidszorg vlot te laten doorstromen en toch voldoende te beschermen. Artikel 458 Sw. verhindert niet het toevertrouwen van patiëntengegevens door een arts aan een collega of aan een medewerker met het oog op de hulpverlening aan een patiënt.

1245 De moeilijkheid is het maken van het onderscheid tussen straffeloos toevertrouwen aan de ene kant en strafbaar bekendmaken aan de andere kant.

Dit onderscheid is zeker geen sinecure want in beide gevallen is er communicatie, uitwisseling van gegevens. En in beide gevallen is er opzet, wetens en willens meedelen. Opdat het doorgeven van patiëntengegevens als toevertrouwen i.p.v. bekendmaken kan worden gekwalificeerd, dienen de volgende voorwaarden vervuld te worden.

Het doorgeven dient te gebeuren hetzij op verzoek van de patiënt hetzij met diens uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming. Het doorgeven geschiedt aan een persoon met wie de patiënt een vertrouwensrelatie heeft (bv. van medisch specialist naar huisarts) of zal ontwikkelen (bv. van huisarts naar medisch specialist).

Deze voorwaarde houdt voorts in dat de persoon aan wie gegevens worden overgemaakt tot een vertrouwensrelatie kan komen met de patiënt. Dit is uitgesloten wanneer de arts handelt in opdracht van een derde, bv. een verzekeringsmaatschappij. Dan is er geen sprake van toevertrouwen, maar van bekendmaken. Deze voorwaarde kan nog worden gespecifieerd. De vertrouwensrelatie dient verband te houden met het patiënt-zijn van de persoon over wie gegevens worden doorgegeven. De vertrouwensrelatie die kan ontstaan tussen hem en bv. een notaris, een advocaat of een bankier is van een heel andere aard. Om die reden kan hier van toevertrouwen niet worden gesproken. Het gaat dan om bekendmaken (zie: H. NYS, *t.a.p.*, 1273, nr. 51).

Vervolgens mogen niet meer gegevens worden overgemaakt dan nodig. Nodeloos toevertrouwen van patiëntengegevens kan met bekendmaken worden gelijk gesteld.

AFDELING IV

UITZONDERINGEN

§ 1. In rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis afleggen

A. TOELATING VAN DE WET OM TE SPREKEN. SPREEKRECHT

1246 De arts die geheimen die hem werden toevertrouwd bekend maakt wanneer hij geroepen wordt om in rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis af te leggen, is niet strafbaar wegens overtreding van artikel 458 Sw.

Door artikel 10 van de Wet van 30 juni 1996 tot wijziging van de Wet van 3 mei 1880 op het parlementair onderzoek en van artikel 458 van het Strafwetboek, *B.S.* 16 juli 1996 werd de getuigenis voor een parlementaire onderzoekscommissie toegevoegd. Zie omtrent deze bepaling, toen zij nog in het stadium van de parlementaire voorbereiding verkeerde: W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH e.a., "A propos de l'indépendance du pouvoir judiciaire", *J.T.* 1990, 423- 425).

1247 Over de juridische kwalificatie van deze niet-strafbaarheid bij getuigenis in rechte bestaan uiteenlopende opvattingen.

Sommigen hebben dit gekwalificeerd als een recht, nl. een spreekrecht (Chr. HENNAU en J. VERHAEGEN, *a.w.*, 117, voetnoot 6; R. RUTTIENS, "Getuigenis in rechte en medisch beroepsgeheim", *T. Orde Geneesh.* 1987, nr. 38, 56) dat evenwel niet mag worden misbruikt.
Voor anderen gaat het niet om een spreekrecht, maar om een louter straffeloze bekendmaking, die burgerrechtelijke of tuchtrechtelijke sancties niet zou beletten. Het betreft dan veeleer een toelating van de Strafwet dan een recht (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht* nr. 352; F. DUMON, *t.a.p.*, 24). Of nog, een strafrechtelijke immuniteit (in deze zin: Cass. 30 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1979, 235; *Pas.* 1979, I, 248; *R.W.* 1978-79, 2232; *J.T.* 1979, 369; *R.D.P.* 1979, 293 noot R.S.; *De Verz.* 1979, 91 noot J.R., *Inf. R.I.Z.I.V.* 1979, 55 noot R. GROSEMANS; F. DUMON, *t.a.p.*).

1248 Onder het afleggen van een getuigenis in rechte verstaat men het afleggen van een mondelinge of schriftelijke verklaring voor de burgerlijke rechter, de strafrechter of de onderzoeksrechter (Cass. 12 april 1976, *R.D.P.* 1975-76, 917).

Het verlenen van medewerking aan politie of rijkswacht valt hier niet onder (Chr. HENNAU en J. VERHAEGEN, *a.w.*, 165). De K.I. Antwerpen was van oordeel dat onder het afleggen van een getuigenis in rechte niet louter de verklaringen onder eed voor een rechtbank moeten worden verstaan, maar alle mondelinge en schriftelijke verklaringen die in rechte worden afgelegd en zulks in de meest brede zin. Dit geldt ook voor verklaringen ten overstaan van de vaste afgevaardigde

van de sociale dienst bij de jeugdrechtbank aangesteld door en handelend in opdracht van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, zetelend in kort geding voorzover de verklaringen werden afgelegd aan die vaste afgevaardigde nadat deze persoon zich uitdrukkelijk in die hoedanigheid kenbaar had gemaakt (K.I. Antwerpen 24 februari 1995, *onuitg.*)

B. ZWIJGRECHT

1249 De arts die ingaat op de uitnodiging getuigenis af te leggen, kan niet worden gestraft wegens overtreding van artikel 458 Sw. Hij kan ook beslissen geen getuigenis af te leggen.

Hier lijkt het bestaan van een recht i.p.v. een straffeloze mogelijkheid meer aanvaard (Cass. 23 september 1986, *Arr. Cass.* 1987, 96; *Pas.* 1987, I, 89; *T.G.R.* 1987, 128: "dat aan het recht van een getuige om wegens het beroepsgeheim, het stilzwijgen te bewaren ..."; Pol. Luik 16 oktober 1985, *Jur. Liège* 1985, 594; Y. HANNEQUART, noot onder Cass. 13 mei 1987, *Jur. Liège* 1987, 1171; B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458", *t.a.p.*, 2). Anders: R.v.St., Afd. Wetgeving, achtste kamer: "Het beroepsgeheim bestaat niet ten gunste van de geheimen maar ten gunste van hem welke die geheimen aan een ambtsdrager of beroepsbeoefenaar heeft toevertrouwd. Hij aan wie de geheimen zijn toevertrouwd heeft dus een zwijgplicht, maar geen zwijgrecht. Indien, derhalve, hij van zijn zwijgplicht bij wet wordt vrijgesteld, kan hij zich niet op een vermeend zwijgrecht beroepen" (*Parl. St.* Kamer 1988-89, nr. 675/2, 7.2).

1250 Van het recht om niet te getuigen wegens het beroepsgeheim wordt geen afstand gedaan door de omstandigheid dat de arts tijdens het vooronderzoek verklaringen zou hebben afgelegd en zich dan niet op het beroepsgeheim zou hebben beroepen (Cass. 23 september 1986, *Arr. Cass.* 1987, 96; *Pas.* 1987, I, 89; *T.G.R.* 1987, 128).

1251 Er bestaat geen eensgezindheid over de grondslag van dit recht om te zwijgen.

Sommigen leiden het recht om te zwijgen impliciet af uit artikel 458 Sw. zelf. Het "recht" om te spreken zou zonder enige twijfel ook het "recht" inhouden dat niet te doen en dus te zwijgen (R. RUTTIENS, *t.a.p.*, 55). Toch laat artikel 458 Sw. niet toe een dergelijk besluit te trekken. Daaruit kan enkel een mogelijkheid (of een recht) om te zwijgen voortvloeiend uit het respecteren van de zwijgplicht worden afgeleid. De opvatting die het zwijgrecht impliciet afleidt uit artikel 458 Sw. houdt onvoldoende rekening met de spreekplicht die in beginsel geldt voor eenieder die als getuige wordt gedagvaard (art. 80 Sv. in strafzaken en art. 926 Ger. W. in burgerlijke zaken).

De arts die gedagvaard wordt om in rechte getuigenis af te leggen, wordt met twee tegenstrijdige plichten geconfronteerd, nl. een spreekplicht en een zwijgplicht. Artikel 458 Sw. dat hem straffeloosheid waarborgt wanneer hij spreekt doet de balans doorslaan naar de spreekplicht. Het zwijgrecht kan dan ook niet volgen uit artikel 458 Sw. In burgerlijke zaken is dat neergelegd in artikel 929 Ger. W., dat weliswaar niet naar artikel 458 Sw. verwijst maar in het algemeen naar het beroepsgeheim. Volgens COLLE is artikel 929 Ger. W. "aan een dringende herziening toe". Het beroepsgeheim "zou zomaar niet verder als wettige reden mogen beschouwd worden om ontslagen te worden van de plicht getuigenis af te leggen. De beoordeling ter zake zou uitsluitend de rechter moeten toekomen" (Ph. COLLE, "Zelfmoord, medisch beroepsgeheim en levensverzekering", *De Verz.* 1990, 239). Voor strafzaken vindt men in het Wetboek van Strafvordering geen analoge bepaling. Toch wordt ook in strafzaken het zwijgrecht algemeen aanvaard (H. NYS, "Getuigenis in rechte", *T. Orde Geneesh.* 1987, afl. 36, 57-61).

C. SPREKEN OF ZWIJGEN

1252 Over de opportuniteit te spreken of te zwijgen oordeelt de arts die als getuige wordt gedagvaard. Oordeelt hij dat hij het geheim dient te bewaren dan kan hij niet tot spreken worden gedwongen zelfs indien hij van zijn geheimhoudingsplicht werd ontslagen (Cass. 23 september 1986, *Arr. Cass.* 1986; 96; *Pas.* 1986, I, 89; *T.G.R.* 1987, 128; Brussel 29 augustus 1997, *T.B.B.R.* 2000, 112; *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1907/1, 38).

Volgens sommige rechtspraak zou de getuige toch moeten spreken wanneer hij door de patiënt werd ontslagen van zijn zwijgplicht (Arbh. Bergen 16 januari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1976, 256; Arbh. Bergen 20 september 1977, *T.S.R.* 1978, 203 kwam hierop terug; Arbrb. Brussel 3 juni 1977, *J.T.* 1977, 627 vernietigd door Cass. 30 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1979, 235; *Pas.* 1979, I, 248; *R.W.* 1978-79, 2232; *J.T.* 1979, 369; *R.D.P.* 1979, 293 noot R.S.; *De Verz.* 1979, 91 noot J.R., *Inf. R.I.Z.I.V.* 1979, 55 noot R. GROSEMANS). Volgens Procureur-generaal DUMON is een arts in principe wel degelijk verplicht te getuigen wanneer de patiënt hem heeft ontheven van de geheimhoudingsplicht (F. DUMON, *t.a.p.*, 24). Maar dat is geen absolute verplichting. Als een arts twijfelt over de opportuniteit van een getuigenis, dan dient uiteindelijk de rechter daarover te oordelen. Die kan desgevallend het advies inwinnen van een lid van een raad van de Orde der geneesheren of besluiten tot een niet-openbare zitting (F. DUMON, *t.a.p.*).
COLLE is van mening dat artikel 458 Sw. aan de rechter de macht heeft verleend "om de arts tot getuigenis te brengen", maar geeft voor deze klaarblijkelijk afwijkende mening geen argumenten (Ph. COLLE, *t.a.p.*, 239).

1253 Het Hof van Cassatie is van oordeel tot nu toe dat de beslissing over de opportuniteit te zwijgen of te spreken ligt bij de arts. Wel dient de feitenrechter na te gaan of "in acht genomen de gegevens van de zaak, de getuige, door het stilzwijgen te bewaren, het beroepsgeheim niet afwendt van zijn doel" (Cass. 18 juni 1992, *Arr. Cass.* 1992, 993; *R.W.* 1992-93, 16; Cass. 29 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1992, 197; *Pas.* 1992, I, 162; Cass. 23 september 1986, *Arr. Cass* 1986, 96; *Pas.* 1986, I, 89; *T.G.R.* 1987, 128; in dezelfde zin: Cass. 30 oktober 1978 *Arr. Cass.* 1979, 235; *Pas.* 1979, I, 248; *R.W.* 1978-79, 2232; *J.T.* 1979, 369; *R.D.P.* 1979, 293 noot R.S.; *De Verz.* 1979, 91 noot J.R.; *Inf. R.I.Z.I.V.* 1979, 55 noot R. GROSEMANS en Cass. 23 juni 1958, *Arr. Cass.* 1958, 854; *Pas.* 1958, I, 1180; *R.D.P.* 1957-58, 1020).

In het arrest van 30 oktober 1978 wordt hieromtrent de volgende toelichting verstrekt: "die afwijking op de algemene regel (nl. de verplichting getuigenis af te leggen) moet beperkt worden tot de maatschappelijke noodwendigheden waardoor zij gemotiveerd en verantwoord wordt".

1254 Kan de arts die n.a.v. een getuigenis in rechte geheimen bekend maken, waarvoor hij strafrechtelijk niet kan worden gestraft toch tuchtrechtelijk gesanctioneerd kunnen worden door een raad van de Orde der geneesheren? Hierover bestaan uiteenlopende opvattingen (zie: H. NYS, "Getuigenis in rechte", *T. Orde Geneesh.* 1987, afl. 36, 59).

MARECHAL en LEGROS (beiden geciteerd door P. LAMBERT, *a.w.*, 139) zijn van mening dat een disciplinaire sanctie onwettig zou zijn omdat de Strafwet aan de arts straffeloosheid garandeert. In dezelfde zin heeft RUTTIENS zich uitgesproken (R. RUTTIENS, "Getuigenis in rechte en medisch beroepsgeheim", *T. Orde Geneesh.* 1987, afl. 38, 56, als reactie op H. NYS, *a.w.*). Genuanceerder is DUMON. In principe acht deze een tuchtsanctie in een dergelijk geval onwettig. Daardoor zou worden gestraft nl. het afleggen van getuigenis in rechte, wat de Strafwet toelaat. Toch sluit

DUMON een tuchtsanctie niet uit, wanneer n.a.v. de getuigenis in rechte een deontologische fout zou worden begaan. De getuigenis als zodanig zou hem nooit kunnen worden aangewreven voor de tuchtrechter, wel de omstandigheden waarin de verklaringen werden afgelegd (F. DUMON, *t.a.p.*, 25). HENNAU en VERHAEGEN sluiten een tuchtsanctie en een burgerrechtelijke veroordeling tot schadevergoeding niet uit wanneer misbruik wordt gemaakt van het spreekrecht (Chr. HENNAU en J. VERHAEGEN, *a.w.*). HANNEQUART is van oordeel dat de tuchtoverheid bevoegd is op te treden tegen de arts die het spreekrecht gebruikt maar stelt twee grenzen aan deze bevoegdheid. De raad van de orde mag haar mening niet in de plaats stellen van het geweten van de arts. En het tuchtrechtelijk optreden is maar geoorloofd voorzover door het getuigenis de eer en de waardigheid van het beroep in gedrang werd gebracht (Y. HANNEQUART, *t.a.p.* 1172-1173). LAMBERT gaat het verst met zijn opvatting dat tuchtrecht en strafrecht twee onderscheiden sanctiestelsels zijn. Het tuchtrecht staat geheel los van het strafrecht en niets belet dat een tuchtrechtelijke sanctie wordt opgelegd aan de arts die zijn spreekrecht laat primeren op zijn zwijgrecht (P. LAMBERT, *a.w.*, 139-140).

§ 2. Overleggen van een medisch dossier

1255 Overeenkomstig artikel 877 Ger. W. kan de rechter wanneer er gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens bestaan dat een partij of een derde een stuk onder zich heeft, dat het bewijs inhoudt van een ter zake dienend feit, bevelen dat het stuk of een eensluidend afschrift ervan bij het dossier van de rechtspleging wordt gevoegd.

Het Hof van Cassatie heeft deze verplichting gelijkgesteld met de verplichting een getuigenis in rechte af te leggen (Cass. 30 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1979, 235; *Pas.* 1979, I, 248; *R.W.* 1978-79, 2232; *J.T.* 1979, 369; *R.D.P.* 1979, 293 noot R.S.; *De Verz.* 1979, 91 noot J.R., *Inf. R.I.Z.I.V.* 1979, 55 noot R. GROSEMANS; Cass. 29 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1992, 197; *Pas.* 1992, I, 162; Cass. 17 juni 1992, *J.T.* 1993, 106; Cass. 18 juni 1992, *Arr. Cass.* 1992, 993, *Pas.*1992, I, 924; *R.W.* 1992-93, 616).

Het Arbeidshof te Bergen had zich reeds eerder in deze zin uitgesproken (Arbh. Bergen 16 januari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1976, 256). Deze analoge behandeling van getuigenis in rechte en overmaken van een dossier is niet zonder kritiek gebleven (zie: P. HENRY, "Contre le droit au secret médical", *Jur. Liège* 1980, 129).

Nu het voorleggen van een medisch dossier wordt gelijkgesteld met een getuigenis in rechte, volgt hieruit dat de verplichting opgelegd door artikel 877 Ger. W. door een arts niet moet worden nageleefd, voorzover het geheime gegevens betreft en onder voorbehoud van toetsing door de rechter (Cass. 20 maart 1989, *Arr. Cass.* 1989, 835; *Pas.* 1989, I, 749; *J.T.* 1990, 195 en P. LAMBERT, "Secret professionnel et dossier disciplinaire", *J.T.* 1990, 196: "Les principes qui régissent la matière de la production de documents et celle du témoignage en justice sont analogues") (anders: Ph. COLLE, *t.a.p.* 239 die in deze analoge benadering een "cirkelredenering" ontwaart). De rechter mag evenwel een verzoek tot overlegging van stukken niet afwijzen op de enkele grond dat diegene die het stuk onder zich heeft, tot het beroepsheim gehouden is en reeds geweigerd heeft aan een partij in het geding dit stuk over te leggen. Nu het beroepsgeheim niet absoluut is, kan de rechter de weigering die op het beroepsgeheim gegrond is, slechts beoordelen nadat hij de overlegging heeft bevolen (Cass. 19 december 1994, *R.W.* 1995-96, 1207, noot S. VAN OVERBEKE, "Het beroepsgeheim van de geneesheren en de overlegging van stukken"; *T. Gez.* 1996-97, 257, noot C. HENNAU-HUBLET, "Là où la preuve en matière d'assurances se heurte à la règle du secret médical"; Antwerpen 18 september 2000, *T. Gez.* 2000-01, 290: wanneer de aansprakelijkheid van een bloedtransfusiecentrum wordt opgeworpen n.a.v. een beweerde fout bij een bloedafname, kan het bloedtransfusiecentrum verplicht worden het protocol van de bloedafname en het reglement en/of de richtlijnen aan de rechter over te maken (art. 877 Ger. W.); wanneer het bloedtransfusiecentrum op grond van het beroepsgeheim weigert het protocol te overhandigen, moet de rechter nagaan of het beroepsgeheim niet wordt afgewend van de maat-

schappelijke noodzaak waarin het zijn verantwoording vindt. Zie ook: Antwerpen 15 januari 2001, *T. Gez.* 2001-02, 163).

1256 Het bevel een stuk dat men onder zich heeft over te maken, kan niet enkel worden gericht tot een van de partijen, maar eveneens tot een derde, *in casu* een raad van de Orde der geneesheren.

Zo beval de Arbeidsrechtbank te Doornik "alvorens recht te doen de provinciale raad te Henegouwen van de Orde der geneesheren het origineel of een gelijkluidend afschrift van het volledig dossier (....) bij het dossier van de rechtspleging te voegen". Het cassatieberoep hiertegen werd niet ontvankelijk verklaard (Cass. 23 juni 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1460-1461; *Pas.* 1986, I, 1315; Cass. 20 maart 1989, *J.T.* 1990, 194, noot P. LAMBERT, waarin het Hof oordeelde dat een arbeidsrechtbank wettig de overlegging mocht bevelen van een tuchtdossier van een arts met het oog op het onderzoek van een doktersattest op grond waarvan een werkneemster was ontslagen; i.v.m. de overhandiging van het medisch dossier aan de patiënt, in het kader van een gerechtelijke procedure: zie boven, nr. 379).

§ 3. Wettelijke verplichting geheimen bekend te maken

A. WET IN FORMELE OF MATERIËLE ZIN

1257 Het verbod beroepsgeheimen bekend te maken geldt niet wanneer "de wet verplicht de geheimen bekend te maken" (art. 458 Sw.). Is hier een wet in formele zin bedoeld of volstaat een K.B., voorzover dat steun vindt in een formele wet?

Over deze kwestie lopen de standpunten in de literatuur uit elkaar (zie: H. NYS, *Overzicht van rechtspraak 1970-1984*, 1259-1260; H. NYS, "Is aangifte van AIDS wettelijk verplicht?", *R.W.* 1987-88, 1326, nr. 4). Volgens sommigen kan slechts een wet in formele zin uitzonderingen bepalen op artikel 458 Sw. (zie o.m.: F. DUMON, *t.a.p.*, 20-21). Anderen verdedigen de opvatting dat een wet in materiële zin volstaat (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 125).

Slechts een wet in formele zin kan in uitzonderingen voorzien op de geheimhoudingsplicht. Maar een dergelijke wet kan aan de Koning opdragen deze uitzonderingen nader uit te werken.

B. ARTIKEL 150 Z.I.V.-WET-1994

1258 Artikel 150, eerste lid Z.I.V.-Wet-1994 verplicht "de personen die de bij deze wet omschreven geneeskundige verstrekkingen mogen verlenen" – daaronder dienen vanzelfsprekend de artsen te worden gerekend – aan de geneesheren-inspecteurs van de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle van het R.I.Z.I.V. "alle inlichtingen en stukken te verstrekken welke zij ter uitoefening van hun controleopdracht behoeven. De mededeling en het gebruik van die inlichtingen en bescheiden zijn afhankelijk gesteld van de eerbiediging van het geneeskundig geheim" (R. DELAHAYE en J. RIGA, "Het geneeskundig geheim in het kader van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1990, 309-317; R.v.St., Defalque, nr. 105.838, 24 april 2002, *Inf. R.I.Z.I.V.* 2002, 223).

Zie in dezelfde zin: artikel 58, a Code van geneeskundige plichtenleer. Artikel 171, eerste lid Z.I.V.-Wet-1994 voorziet in de toepassing van strafsancties nl. gevangenisstraf van 8 dagen tot

1 maand en/of een geldboete van 25 tot 500 EUR, indien de inspecteur wordt gehinderd bij de uitoefening van zijn taak of hem onjuiste inlichtingen worden verstrekt. Luidens het tweede lid kan inroeping van het beroepsgeheim door arts "een reden van verantwoording" zijn, inzoverre het gaat over andere bescheiden of inlichtingen dan die waarvoor krachtens een wets- of verordeningsbepaling de verplichting geldt om ze te verstrekken of ze bij te houden ten behoeve van de inspecteurs. Om na te gaan of de aldus aangevoerde verantwoording gegrond is, kan de rechter een lid van de Raad van de Orde der geneesheren van het betrokken ressort als deskundige aanwijzen.

1259 SCHUTYSER kwalificeerde artikel 150, eerste lid *in fine* als een "mysterieuze zin" (K. SCHUTYSER, *De geneeskundige controle in de sociale zekerheid*, Gent-Leuven, E. Story-Scientia, 1973, nr. 13). Volgens hem is "de meest aannemelijke uitleg van deze mooi klinkende frase dat de behandelend geneesheer steeds mag weigeren, onder het inroepen van zijn beroepsgeheim, mededeling te doen en dat de geneesheer-inspecteur zelf betreffende eventuele toch gedane mededelingen door het beroepsgeheim is gebonden ... Elke geneesheer kan dus aan de toepassing van dit strafartikel (nl. art. 171, eerste lid Z.I.V.-Wet-1994) ontsnappen door zich op het medisch beroepsgeheim te beroepen. De strafrechter oefent toezicht uit op de aanvaardbaarheid van deze verontschuldiging". Kritiek op artikel 58, a Code van geneeskundige plichtenleer wordt uitgeoefend door DELHUVENNE. De verwijzing naar het beroepsgeheim verhindert de inspecteurs hun opdracht naar hun werkgever behoorlijk te vervullen (M. DELHUVENNE, "Juridische dubbelzinnigheden van het medisch beroepsgeheim", *B.T.S.Z.* 1978, 562).

1260 Een meer genuanceerde benadering treft men aan bij PURNELLE, die erop wijst dat de rechtspraak ter zake beperkt is daar de conflicten in de dagdagelijkse praktijk worden opgelost door een dialoog. Volgens PURNELLE heeft de wetgever door artikel 171 Z.I.V.-Wet-1994 enige voorrang willen geven aan het principe van het beroepsgeheim "als de mogelijkheid bestaat dat men de feiten die erdoor beschermd worden voor de controle niet nodig heeft" (G. PURNELLE, "Het beroepsgeheim in het raam van de geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V.", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1990, 161). Anders uitgedrukt: het *adagium* beroepsmisdrijf sluit beroepsgeheim uit (zie verder, nr. 1318) is ook hier van toepassing. Het beroepsgeheim wordt slechts opgeheven voorzover de uitoefening van de controleopdracht daartoe noodzaakt. Volgens het Hof van Cassatie verplicht artikel 84 Z.I.V.-Wet (thans art. 150 Z.I.V.-Wet-1994) een arts aan de geneesheer-inspecteur alle inlichtingen te verstrekken die deze behoeft ter uitoefening van zijn controleopdracht (Cass. 7 september 1989, *R.W.* 1989-90, 404).

Eigenlijk kan men artikel 150 Z.I.V.-Wet-1994 niet beschouwen als een "zuivere" verplichting tot bekendmaking van geheimen. De bekendmaking dient niet op eigen initiatief van de arts te gebeuren, maar op verzoek van de geneesheer-inspecteur. Bovendien, en vooral, is de bekendmaking ("mededeling") afhankelijk van de eerbiediging van het beroepsgeheim. In plaats van een wettelijke uitzondering te zijn op artikel 458 Sw., bevestigt artikel 150 Z.I.V.-Wet-1994 dit artikel. Daar komt bij dat degene die de mededeling ontvangt bij het gebruik ervan verplicht is het geheim te eerbiedigen (zie ook: Antwerpen 23 mei 1985, *Vl. T. Gez.* 1985-86, 85; Rb. Brussel 4 september 1992, *J.T.* 1993, 230: "De geneesheer-inspecteur die inlichtingen heeft verzameld tijdens een controle uitgevoerd ten aanzien van een geneesheer, is gebonden, niet door het beroepsgeheim

zoals voorzien door art. 458 Sw. maar door de verplichting, in de hoedanigheid van orgaan van gerechtelijke politie, het geheim van het onderzoek te bewaren").

C. AANGIFTE VAN BESMETTELIJKE ZIEKTEN

1261 Om profylactische maatregelen te kunnen nemen, bepaalt de Vlaamse Regering de door kiemen veroorzaakte ziekten die aangegeven moeten worden, alsook de wijze van aangifte en de vorm van het aangifteformulier. De inhoud van dit formulier vermeldt o.m. het geslacht, de leeftijd en het beroep van de patiënt. Indien de besmettingsbron een persoon is, worden op het aangifteformulier geen gegevens vermeld, die zijn identificatie toelaten (art. 2 § 1 Vlaams Decreet van 5 april 1995 betreffende de profylaxe van besmettelijke ziekten, *B.S.* 19 juli 1995. Zie over dit decreet: K. DE SCHRIJVER, "Decreet betreffende de profylaxe van besmettelijke ziekten", *T. Gez.* 1995-96, 338-346; H. NYS, "Stopt besmettingsgevaar voor de (taal) grens?", *Journ. proc.* 1995, nr. 295, 20-21).

Aan artikel 2 § 1 werd uitvoering gegeven door het Besluit van de Vlaamse Regering tot uitvoering van het Decreet van 5 april 1995 betreffende de profylaxe van besmettelijke ziekten (*B.S.* 14 juli 1995). Artikel 2 van het uitvoeringsbesluit legt aan iedere arts en ieder hoofd van een laboratorium van klinische biologie die een ziektegeval vermeld in de bijlage I bij dit besluit kent of vermoedt, de verplichting op de gezondheidsinspecteur hiervan onmiddellijk, hetzij mondeling, hetzij telefonisch, op de hoogte te brengen. Deze mededeling moet binnen de 24 uren schriftelijk worden bevestigd. Artikel 3 legt aan iedere arts of ieder hoofd van een laboratorium van klinische biologie die een ziektegeval vermeld in bijlage II bij dit besluit kent of vermoedt, de verplichting op de gezondheidsinspecteur hiervan binnen de 48 uren schriftelijk op de hoogte te brengen. De schriftelijke aangifte bedoeld in artikelen 2 en 3 gebeurt door middel van een formulier waarvan het model als bijlage IV bij dit besluit is gevoegd (art. 5). Het niet-nakomen van de aangifteverplichting wordt door artikel 8, 1° van het decreet bestraft met een geldboete van 26 tot 20000 EUR.

Het K.B. van 1 maart 1971 betreffende de profylaxe tegen overdraagbare ziekten (*B.S.* 23 april 1971) werd voor de Vlaamse Gemeenschap opgeheven door artikel 9, 2° van het Decreet van 5 april 1995.
De wettelijkheid van dit K.B. werd door sommigen ten onrechte in twijfel getrokken (zie hieromtrent uitgebreid: H. NYS, "Is aangifte van AIDS wettelijk verplicht?", *R.W.* 1987-88, 1326, nr. 5-9). Alle bepalingen in verband met de aangifte van seksueel overdraagbare ziekten in de Besluitwet van 24 januari 1945 betreffende de profylaxe der geslachtsziekten (*B.S.* 26 januari 1945) werden opgeheven door artikel 9, 1° van het Decreet van 5 april 1990.

Ook artikel 23 K.B. 31 mei 1885 legt artsen een zeer algemene aangifteverplichting op van gevallen van overdraagbare ziekten. Deze verplichting is niet meer voorzien van strafsancties en men mag aannemen dat artikel 23 impliciet werd opgeheven. Dit artikel verplicht nl. aan te geven bij de gemeenten, terwijl tijdens de bespreking van de Gezondheidswet van 1 september 1945 werd erkend dat de gemeenten in deze opdracht hebben gefaald (H. NYS, *t.a.p.* 1326, nr. 5).

De aangifteplicht in het Decreet van 19 juli 1831, nl. artikelen 10 en 13 is dermate vaag geformuleerd ("daadzaken van aard om dat gevaar mede te brengen") en laat zoveel appreciatieruimte aan de arts ("zonder wettige reden" weigeren aangifte te doen) dat van een werkelijke verplichting geen sprake is. Anders: P. LAMBERT, "Enfants maltraités et toxicomanes dans la polémique du secret professionnel", *R.D.P.* 1990, 315 die suggereert dat de aangifte van AIDS op grond hiervan verplicht is; in die zin ook: F. DEWALLENS, "Problemen omtrent beroepsgeheim en aansprakelijkheid bij de behandeling van drugsverslaafden", in *Juridische aspecten van druggebruik*, Gent, Mys & Breesch,1996, 41, noot 3).

D. KENNISGEVING VAN BEVALLING. AANGIFTE VAN GEBOORTE

1262 In welbepaalde gevallen, nl. bij bevalling buiten een ziekenhuis, is de arts die bij de bevalling aanwezig was verplicht hiervan kennis te geven aan de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 56 § 2, tweede lid B.W.; voor meer details: zie boven, nr. 622-623).

Voorzover men de bevalling kan beschouwen als een geheim – dat zal afhangen van de omstandigheden – heeft men hier te maken met een duidelijk geval waar de wet verplicht onder dreiging met strafsancties (zie: art. 361 Sw.), een geheim bekend te maken.

1263 De eigenlijke geboorteaangifte is in de regel geen verplichting van de arts. Slechts wanneer hij kennis heeft gegeven van de bevalling, wat op zich al zeldzaam is, zal hij soms verplicht zijn een geboorte aan te geven (zie boven, nr. 624).

Ook in dat geval verplicht de wet een geheim – zo een geboorte als zodanig kan worden beschouwd – bekend te maken (art. 56 § 3 B.W.).
Voor de aangifte van overlijden: zie boven, nr. 955-956.

E. AANGIFTE VAN ARBEIDSONGEVALLEN

1264 Artikel 58, f Code van geneeskundige plichtenleer vermeldt de aangifte van arbeidsongevallen bij de wettelijke verplichtingen tot bekendmaking van geheimen. Toch betreft het hier geen "zuivere" toepassing van een dergelijke verplichting.

Artikel 62, vierde lid Arbeidsongevallenwet legt aan de werkgever of zijn aangestelde de verplichting op aangifte te doen van een ongeval dat aanleiding kan geven tot toepassing van deze wet. Bij deze aangifte wordt een verklaring van een arts gevoegd. Van een wettelijke verplichting tot aangifte in hoofde van deze arts is geen sprake. SCHUTYSER vraagt zich wel af of de arts niet op grond van de overeenkomst met de patiënt tot afgifte van deze verklaring kan gehouden zijn (K. SCHUTYSER, *a.w.*, nr. 343).

F. MEDISCH VERSLAG VOORAFGAAND AAN GEDWONGEN OPNAME IN PSYCHIATRISCH ZIEKENHUIS

1265 Artikel 58, g Code van geneeskundige plichtenleer vermeldt als laatste "wettelijke" verplichting tot bekendmaking van geheimen het geneeskundig verslag dat door een arts dient te worden afgeleverd alvorens tot gedwongen opname van een geesteszieke kan worden overgegaan (uitgebreid: zie boven, nr. 686).

Ook in dit geval gaat het niet om een "zuivere" verplichting tot bekendmaking van geheimen, vermits geen arts door de wet verplicht wordt een dergelijk verslag op te stellen en/of af te leveren. Bovendien is de arts die een dergelijk verslag opstelt op verzoek van een derde geen noodzakelijk vertrouwenspersoon van de geesteszieke.

G. GEEN PLICHT TOT AANGIFTE VAN MISDRIJVEN

1266 De vraag welke hieronder wordt behandeld is de volgende: bestaat er een bij wet opgelegde verplichting tot bekendmaking van misdrijven waarvan een arts kennis heeft gekregen in het kader van zijn beroepsuitoefening? Anders gesteld: bestaat er een wettelijke bepaling die de arts, onder bedreiging met strafsancties, verplicht misdrijven aan de bevoegde overheid te melden.

1. Artikel 20 K.B. 31 mei 1885

1267 Artikel 20 K.B. 31 mei 1885 verplicht iedere arts "geroepen in de gevallen die tot een gerechtelijk onderzoek zouden aanleiding kunnen geven, zo bv. vergiftiging, onmiddellijk aan de gerechtelijke overheid ervan kennis (te) geven".

1268 In de recente literatuur en jurisprudentie bestaat er eensgezindheid over dat dit artikel geen verplichting inhoudt om geheimen bekend te maken en misdrijven aan te geven. Wel lopen de opgegeven redenen uiteen.

Volgens sommigen kan een K.B. geen uitzondering bepalen op een wettelijke opgelegde zwijgplicht (Y. HANNEQUART, *t.a.p.*, 1171; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 189). Maar voor zover artikel 20 K.B. 31 mei 1885 een geldige wettelijke basis heeft is dat argument niet doorslaggevend. Het K.B. 31 mei 1885 vindt steun in de W.U.G. die de Wet van 12 maart 1818 waarop het K.B. 31 mei 1885 aanvankelijk steunde, heeft vervangen. Ernstiger is het argument dat artikel 20 K.B. 31 mei 1885 van in het begin was aangetast door onwettigheid (F. DUMON, *t.a.p.*, 20). Noch de Wet van 12 maart 1818, noch de W.U.G. hebben de Koning de bevoegdheid gegeven een zo ruim gestelde verplichting op te leggen tot bekendmaking van geheimen. Volgens DUMON loopt de arts die gevolg zou geven aan artikel 20 het risico strafrechtelijk en tuchtrechtelijk te worden veroordeeld.

Het Hof van Cassatie besliste dat "het geheim evenmin wordt beperkt door het voorschrift van K.B. 31 mei 1885 ... nu die wettelijke bepaling de afwijkingen op de genoemde regel niet kon uitbreiden buiten de door haarzelf gestelde grenzen" (Cass. 14 juni 1965, *J.T.* 1965, 486; *Pas.* 1965, I, 1102 noot; *Rev. adm.* 1965, 10; Cass. 30 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1979, 235; *Pas.* 1979, I, 248; *R.W.* 1978-79, 2232; *J.T.* 1979, 369; *R.D.P.* 1979, 293 noot R.S.; *De Verz.* 1979, 91 noot J.R., *Inf. R.I.Z.I.V.* 1979, 55 noot R. GROSEMANS). Het Hof van Cassatie lijkt, anders dan DUMON, een interpretatie van artikel 20 waardoor deze bepaling een wettelijk karakter heeft niet uit te sluiten. Maar in dat geval kan artikel 20 wel niet de verplichting inhouden geheimen bekend te maken (in de zinsnede: "buiten de door haarzelf gestelde grenzen" slaat "haarzelf" dan op art. 20 K.B. 31 mei 1885 en niet op art. 458 Sw., zoals in de samenvatting van het arrest van 30 oktober 1978 in de *Pasicrisie* wordt gesuggereerd. Zelf ben ik er in het *Overzicht van rechtspraak 1970-1984* eveneens van uitgegaan dat "haarzelf" sloeg op art. 458 Sw. Bij nader inzien heeft dat minder zin) (H. NYS, *t.a.p.*, 1269, nr. 41).
De feiten die ten grondslag hebben gelegen aan beide cassatiearresten betroffen telkens een misdrijf waaraan de patiënt zich schuldig had gemaakt. In het eerste geval een vruchtafdrijving; in het tweede geval het afleggen van valse verklaringen. Uit deze arresten kan dan ook worden besloten dat artikel 20 geen verplichting inhoudt aangifte te doen van een misdrijf waaraan een patiënt zich heeft schuldig gemaakt. Vast staat ook dat de niet-naleving van artikel 20 K.B. 31 mei 1885 niet strafrechtelijk kan worden beteugeld (K.I. Gent 5 januari 1971, *R.W.* 1970-71, 1714 concl. Proc. Gen. J. MATTHIJS). Artikel 44 K.B. 31 mei 1885 stelt de overtredingen van de bepalingen van het K.B. strafbaar met de straffen bepaald in de Wet van 12 maart 1818. Die wet werd opgeheven door artikel 50 § 1 W.U.G. (A. DASSEN, "Kindermishandeling en het beroepsgeheim van de

geneesheer", *R.W.* 1972-73, 936; L. HUYBRECHTS, "Aangifte van misdrijven", *Comm. Strafr.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 18).

2. *Artikel 30 Sv.*

1269 Artikel 30 Sv. bevat een algemene verplichting tot aangifte in hoofde van de burger die getuige is geweest van een aanslag, hetzij tegen de openbare veiligheid, hetzij op iemands leven of eigendom.

Het nalaten van deze verplichting wordt ook in dit geval als dusdanig niet strafrechtelijk beteugeld (L. HUYBRECHTS, *t.a.p.*, nr. 18).

Bovendien zal de arts doorgaans geen getuige zijn van de aanslag tegen iemands leven doch met de gevolgen van de aanslag worden geconfronteerd wanneer hij het slachtoffer ervan verzorgt, of met de pleger van de aanslag, wanneer hij deze laatste verzorgt.

H. PLICHT TOT WAARSCHUWING VAN DERDEN OP GROND VAN ARTIKEL 422*BIS* SW.

1270 De vraag die hier aan de orde wordt gesteld is of artikel 422*bis* Sw. in een bepaald geval de plicht kan inhouden een geheim bekend te maken aan derden. Met andere woorden: kan de hulpverleningsplicht alszodanig voorrang hebben op de zwijgplicht?

Doorgaans wordt de vraag vanuit een andere invalshoek bekeken, nl. vanuit het conflict dat zich voordoet tussen twee evenwaardige plichten. Zie verder, nr. 1280 e.v. Hier wordt onderzocht of de hulpverleningsplicht als zodanig zwaarder kan wegen dan de zwijgplicht.

1271 De in nr. 1270 gestelde vraag kan zich voordoen wanneer een arts geconfronteerd wordt met een HIV-seropositieve patiënt die weigert zijn partner op de hoogte te brengen van de besmetting. Maar er zijn ook andere situaties denkbaar, zoals het waarschuwen van derden voor de moordplannen van een patiënt.

Volgens VANSWEEVELT zou uit artikel 422*bis* Sw. volgen dat "bij voorlichtingsweigering van de patiënt de arts niet gerechtigd maar verplicht is de partner te waarschuwen teneinde diens fysieke integriteit te vrijwaren. De waarschuwingsverplichting veronderstelt de vervulling van 2 voorwaarden: a) de patiënt weigert zijn partner over het gevaar in te lichten; b) de derde moet in voorzienbaar gevaar verkeren (T. VANSWEEVELT, *Aids en Recht*, 55-56). Artikel 422*bis* eist dat de persoon die geholpen dient te worden in "groot" gevaar verkeert. Voorzienbaar gevaar volstaat op zichzelf niet. Afgezien hiervan – het gaat om een feitenkwestie – valt niet in te zien om welke reden de hulpverleningsplicht, aangenomen dat hij bestaat, zonder meer zou primeren op de zwijgplicht. De stelling van VANSWEEVELT komt er op neer dat artikel 422*bis* Sw. een "wet" uitmaakt die in welbepaalde gevallen verplicht geheimen bekend te maken. Argumenten hiervoor ontbreken. Dat zich een conflict kan voordoen tussen de hulpverleningsplicht aan een derde en de zwijgplicht tegenover de patiënt is aannemelijk. Dit conflict zal dan door een belangenafweging geval per geval moeten worden opgeheven. Zonder meer stellen dat de hulpverleningsplicht, omdat hij bestaat, de zwijgplicht zou verdringen, gaat te ver.

§ 4. Geheimhoudingsplicht en rechtvaardigingsgronden

1272 Artikel 458 Sw. mag niet worden losgezien van de algemene systematiek van het strafrecht. Behalve de uitzonderingen die in artikel 458 Sw. zelf of op basis van een uitdrukkelijke wetsbepaling zijn voorzien en die hierboven werden behandeld, kunnen uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht ook voortvloeien uit de toepasselijkheid in een concreet geval van een rechtvaardigingsgrond (zie: A. DE NAUW, "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité", noot onder Cass. 13 mei 1987, *R.C.J.B.* 1989, 609). Hieronder worden de rechtvaardigingsgronden die tot nog toe in rechtspraak en rechtsleer werden aanvaard, besproken.

A. TOESTEMMING VAN DE PATIËNT

1273 Over de toestemming van de benadeelde als rechtvaardiging van een misdrijf schrijven DUPONT en VERSTRAETEN: "Niemand kan er rechtsgeldig in toestemmen dat afbreuk gedaan zou worden aan bepaalde rechtsgoederen die door de wetgever zo belangrijk worden geacht dat hij de vrije beschikking erover aan de burgers onttrekt (...). Men kan derhalve zeggen dat de toestemming van het slachtoffer niet als rechtvaardigingsgrond kan gelden (...). In bepaalde gevallen heeft de wetgever precies het vrije beschikkingsrecht van individuen over rechtsgoederen willen waarborgen" (L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, nr. 392-394).

Als rechtsgoederen waarover geheel of gedeeltelijk vrij beschikt kan worden vermeldt DUPONT het eigendomsrecht en de seksuele vrijheid. Als zodanig wordt de beschikking over gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen niet vermeld.

1274 In de rechtsliteratuur is een duidelijke strekking aanwezig om het vrije beschikkingsrecht van de patiënt over de gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen, te erkennen. Anders gezegd: de arts die, op verzoek of met toestemming van de patiënt, de geheimhoudingsplicht niet eerbiedigt, pleegt geen misdrijf. De patiënt kan de arts van zijn geheimhoudingsplicht ontslaan.

Zie voor een overzicht van deze literatuur: het "Overzicht van rechtspraak 1970-1984" (H. NYS, *t.a.p.* 1264, nr. 30; alsook R. DIERKENS, "Beroepsgeheim en recht", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 263; F. DUMON, *t.a.p.*, 21 en 26; F. VAN NESTE, "Het medisch beroepsgeheim", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 4). Deze auteur schreef elders: "De toestemming tot spreken door de geheimgerechtigde gegeven, neemt ongetwijfeld de strafbaarheid weg van de schending van het geheim. Het lijkt o.i. een bijzondere toepassing te zijn van het algemene rechtsbeginsel *volenti non fit iniuria*" (F. VAN NESTE, "Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?", *R.W.* 1977-78, 1294. Anders: F. DEWALLENS, "De contextualisering van het medisch geheim: een goedbedoelde poging voor meer rechtszekerheid met een omgekeerd effect", in R. STOCKMAN (ed.), *Het beroepsgeheim in de zorgverleningssector. Een confrontatie tussen recht en praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 1998, 79 en I. VAN DER STRAETE, J. PUT en E. LEENAERTS, "Het beschikkingsrecht over het beroepsgeheim", *T.P.R.* 2003, 1119-1120: de instemming van de patiënt rechtvaardigt de schending van het beroepsgeheim niet maar belet dat het beroepsgeheim wordt geschonden).

1275 De rechtspraak blijft over deze kwestie verdeeld. Een niet-onbelangrijk deel van de rechtspraak heeft aangenomen dat een arts geheimen kan bekend-

maken indien de geheimgerechtigde hiervoor toestemming verleent (S. CALLENS, *Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*, Antwerpen, Maklu, 1995, 175 en de rechtspraak waarnaar wordt verwezen in noot 52; Brussel 21 oktober 1999, *J.T.* 2001, 35).

1276 Het Hof van Cassatie heeft zich tot nog toe niet expliciet uitgesproken over de vraag of een arts zonder schending van de geheimhoudingsplicht geheimen kan bekendmaken op grond van toestemming van de betrokkene.

Volgens GROSEMANS maakte het cassatiearrest van 30 oktober 1978 "een einde aan een controverse over de vraag of de toestemming van de patiënt, waarbij de geneesheer van het beroepsgeheim wordt ontheven, voldoende is om de geneesheer zijn vrijheid terug te geven" (R. GROSEMANS, noot onder Cass. 30 oktober 1978, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1979, 55-70). Dit cassatiearrest stelt wat volgt: "Het beroepsgeheim raakt de openbare orde en de zieke kan daarover niet beschikken; de geneesheer wordt niet ontheven van het geheim door de omstandigheid dat de zieke zou hebben ingestemd met het verspreiden van de door hem aan de geneesheer gedane confidenties" (Cass. 30 oktober 1978, *Arr. Cass.* 1979, 235; *Pas.* 1979, I, 248; *R.W.* 1978-79, 2232; *J.T.* 1979, 369; *R.D.P.* 1979, 293 noot R.S.; *De Verz.* 1979, 91 noot J.R., *Inf. R.I.Z.I.V.* 1979, 55 noot R. GROSEMANS).
Vooralsnog heeft het Hof van Cassatie zich nog niet in een andere zin uitgesproken hoewel sommigen het arrest van 9 februari 1988 hebben geïnterpreteerd als een ommekeer tegenover de vroegere rechtspraak (in die zin: P. COLLE, "Zelfmoord, medisch beroepsgeheim en levensverzekering", *De Verz.* 1990, 237, noot 35 en B. WEYTS, "De informatieplicht van de kandidaatverzekerde en de afgifte van het medisch dossier in het raam van een levensverzekeringsovereenkomst", *T. Gez.* 1997-98, 330; zie ook: R. JANVIER, "Medisch beroepsgeheim", *Medi-ius* 1991, afl. 1, 22-23). Uit het oordeel van het Hof dat het beroepsgeheim strekt tot bescherming van de patiënt afleiden dat het Hof ook heeft aanvaard dat een patiënt zijn arts kan ontslaan van zijn zwijgplicht is een voorbarige conclusie. Er is een verschil tussen het geheim ter bescherming van de patiënt en het geheim ter beschikking van de patiënt. Wel lijkt het Hof van Cassatie zijn houding enigzins te nuanceren. Het verbod om, behoudens rechtvaardigingsgrond, feiten bekend te maken die aanleiding kunnen geven tot strafrechtelijke vervolgingen ten laste van de patiënt, kan volgens het Hof niet worden uitgebreid tot feiten waarvan de patiënt het slachtoffer zou zijn (Cass. 9 februari 1988, *Arr. Cass.* 1988, 720; *Pas.* 1988, I, 622). De verwijzing naar "behoudens rechtvaardigingsgrond" sluit niet uit dat het Hof bereid is de toestemming tot bekendmaking als rechtvaardigingsgrond te aanvaarden (S. CALLENS, *a.w.*, 177-178). Wel heeft zich bij de auteurs die het cassatiearrest van 30 oktober 1978 bekritiseren, ook de vroegere Procureur-generaal DUMON gevoegd (F. DUMON, *t.a.p.*, 30). Uit het openbare orde karakter van de geheimhoudingsplicht afleiden dat de patiënt die verplichting niet kan opheffen is volgens DUMON geenszins pertinent. Vanzelfsprekend is de geheimhoudingsplicht van openbare orde. Maar de toestemming of het verzoek van de patiënt maakt een bekendmaking mogelijk: "celle-ci ne méconnait aucune règle d'ordre public ou non" (F. DUMON, *t.a.p.*, 30). Ook het arrest van het Hof van Justitie te Luxemburg van 10 juni 1980 wordt door sommige auteurs in verband gebracht met de toestemming van de patiënt en een voorbode genoemd van een zwenking van de cassatierechtspraak (zie hieromtrent: het "Overzicht van rechtspraak 1970-84", H. NYS, *t.a.p.*, 1264, nr. 30-33; H. CLAESSENS, "Le point de vue de l'assureur", *Cons. M.* 1987, 56 en F. DUMON, *t.a.p.* 27-28 stelden hoge verwachtingen in dit arrest).

1277 De Code van geneeskundige plichtenleer vertolkt in artikel 64 eenzelfde opvatting als het cassatiearrest van 30 oktober 1978: "de verklaring van een zieke waarbij hij zijn geneesheer ontheft van zijn zwijgplicht, volstaat niet om de geneesheer van zijn verplichting te ontslaan".

1278 Door de toestemming van de patiënt wordt de wederrechtelijkheid van de schending van de geheimhoudingsplicht opgeheven.

In dit verband rijst nog de vraag op welk rechtsgoed deze vrije beschikking van de patiënt betrekking heeft. Het beschikkingsrecht van de patiënt over de gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen van de patiënt is geen eigendomsrecht. Beroepsgeheim staat in verband met persoonlijkheidsrechten en niet met vermogenrechten (F. VAN NESTE, *a.w.*, 1989, 197, nr. 3). Artikel 458 Sw. bevindt zich in titel VIII van het Sw., "Misdaden en wanbedrijven tegen personen". Het geheim zelf kan op zich niet het voorwerp zijn van zakelijke rechten. Het materieel substraat waarin het geheim is opgenomen, bv. een medisch dossier, een magneetband enz., kan wel het voorwerp zijn van een zakelijk recht (zie: K. SCHUTYSER, "Eigendomsrecht en medische dossiers", *R.W.* 1983-84, 3021-3048; zie boven, nr. 379).

1279 De toestemming van de patiënt zal moeten beantwoorden aan de voorwaarden die in het algemeen worden gesteld aan de toestemming van de benadeelde als rechtvaardigingsgrond. Dit betekent dat de toestemming op voorhand moet zijn gegeven; dat zij vrij en dus met kennis van zaken wordt gegeven en dat degene die toestemt de enige belanghebbende mag zijn (L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, Leuven, Acco, 2002, vol. 1, nr. 322).

De toestemming heft de wederrechtelijkheid van de bekendmaking op. Een verplichting tot bekendmaking kan de toestemming van de patiënt niet bewerkstelligen (S. CALLENS, *a.w.*, 176 en de daar aangehaalde rechtsleer en rechtspraak). Indien het beroepsgeheim enkel het individuele belang van de betrokken patiënt zou beschermen, zou de toestemming van de patiënt volstaan om de arts te verplichten zijn beroepsgeheim te schenden. Maar het beroepsgeheim beschermt niet alleen het individuele belang van de patiënt (anders: B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458", *t.a.p.* die het beroepsgeheim in het medisch recht herleidt tot de bekommernis om de privacy van de patiënt; in dit verband ook de interpretatie die deze auteur geeft aan het arrest van het Hof van Cassatie van 7 maart 2002: zie boven, nr. 1225). Het beroepsgeheim garandeert dat iedereen zich in vertrouwen kan wenden tot een arts en dient zowel een individueel belang als een maatschappelijk belang. Indien de arts van oordeel is dat de toestemming niet vrij is gegeven of wanneer door de bekendmaking de belangen van andere patiënten die wel gehecht zijn aan de geheimhouding, zouden worden geschaad, dient de arts de door de patiënt gevraagde bekendmaking te weigeren. Anders: I. VAN DER STRAETE, J. PUT en E. LEENAERTS, *t.a.p.*, 1124-1125.

B. NOODTOESTAND EN AANGIFTE VAN MISDRIJVEN

1280 DUPONT definieert de noodtoestand als een situatie waarin het overtreden van strafrechtsbepalingen en het schenden van strafrechtelijk beschermde rechtsgoederen en rechtsbelangen het enige middel is om andere – belangrijker – rechtsgoederen of rechtsbelangen te vrijwaren. Bij noodtoestand staat men voor de keuze: hetzij de Strafwet te respecteren en te dulden dat iemands rechtsgoederen of rechtsbelangen geschonden worden; hetzij de Strafwet te overtreden en een rechtsgoed van een lagere orde op te offeren voor een rechtsgoed of rechtsbelang van een hogere orde (L. DUPONT, *a.w.*, nr. 311).

De bescherming van het privé-leven van een patiënt en van de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt is geen absolute waarde of belang. Die bescherming kan in conflict komen met de bescherming van andere waarden en belangen zoals de opsporing van misdadigers, de bescherming van minderjarigen tegen mishandeling enz. Vermits artikel 458 deel uitmaakt van het strafrecht is er op zich geen reden waarom bij de toepassing van dat artikel niet de in het Sw. voorziene mechanismen die ten voordele van de beklaagde kunnen werken, zouden spelen. Aldus de noodtoestand (zie: A. DE NAUW, *t.a.p.*, 608-609; Chr. HENNAU en J. VERHAEGEN, *a.w.*, 165; P. LAMBERT, *a.w.*, 46; Bergen 9 april 2001, *J.T.* 2002, 409; K.I. Bergen 22 november 1996, *Rev. dr. pén.* 1997, 575).

Het klassieke voorbeeld waarvan overigens in de rechtspraak geen sporen terug te vinden zijn is de arts wiens patiënt die treinbestuurder is epilepticus blijkt te zijn. In dat geval, zo wordt geleerd, zou de arts ter bescherming van het leven van de treinreizigers, de werkgever van de bestuurder op de hoogte mogen brengen van de ziekte, zonder dat hem een inbreuk op artikel 458 Sw. kan worden aangewreven.

In de praktijk gaat het om meer genuanceerde, moeilijker te beoordelen situaties. Met name de aangifte van de patiënt die een misdrijf zou hebben gepleegd en die zich voor verzorging aanbiedt bij een arts of een ziekenhuis, geeft aanleiding tot delicate vragen. In het verleden werd getracht hierop een antwoord te formuleren door een beroep te doen op de noodtoestand.

1. Patiënt is dader

1281 De klassieke opvatting luidt dat onder geen beding de dader van een misdrijf mag worden aangegeven aan de gerechtelijke overheid. In het arrest van 9 februari 1988 heeft het Hof van Cassatie deze opvatting in beginsel onderschreven: artikel 458 Sw. bevat een verbod om feiten bekend te maken die aanleiding kunnen geven tot strafrechtelijke vervolgingen ten laste van de patiënt (Cass. 9 februari 1988, *Arr. Cass.* 1988, 720-721; *Pas.* 1988, I, 662; F. GEYS, "Het beroepsgeheim van de arts", *Liga* 1997, afl. 7-8, 13-15). Geen enkele wettelijke bepaling verplicht de arts tot aangifte over te gaan (zie boven, nr. 1267-1270). De vervolging van een patiënt als vermoedelijke dader op grond van een dergelijke bekendmaking is nietig (Cass. 14 juni 1965, *Pas.* 1965, I, 1102; *J.T.* 1965, 486; K.I. Gent 5 januari 1971, *R.W.* 1970-71, 1714 concl. Proc. Gen. J. MATTHIJS).

In geen van beide gevallen (vruchtafdrijving en kindermoord) werd een beroep gedaan op de noodtoestand. Het lag inderdaad geenszins voor de hand dat door de aangifte van deze misdrijven de arts nog het leven van iemand had kunnen beschermen.

1282 Doch wanneer het misdrijf waaraan de hulpvrager zich heeft schuldig gemaakt en de omstandigheden waarin het misdrijf werd gepleegd, laten vermoeden dat nog inbreuken op de fysieke integriteit of aanslagen tegen het leven kunnen volgen, zou een beroep op de noodtoestand wel aan de orde kunnen komen. Het Hof van Cassatie oordeelde dat behoudens rechtvaardigingsgrond artikel 458 Sw. verbiedt om feiten bekend te maken die aanleiding kunnen geven tot strafrechtelijke vervolging ten laste van de patiënt (Cass. 9 februari 1988, *Arr. Cass.* 1988, 720; *Pas.* 1988, I, 662). Deze uitspraak bevestigt ondubbelzinnig hetgeen het Hof in de arresten van 8 mei 1985 (*Arr. Cass.* 1985, 1219; *Pas.* 1985, I, 1106) en vooral 13 mei 1987 (*Arr. Cass.* 1987, 1203; *Pas.* 1987, I, 1061; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 173 noot M. VAN LIL; *J.T.* 1988, 170-171; *Jur. Liège* 1987, 1165-1168 noot Y. HANNEQUART; *Journ. proc.* 1987, afl. 111, 30-31 *R.C.J.B.* 1989, 588 noot A. DE NAUW) had laten doorschemeren.

Zo oordeelde de K.I. te Luik dat de strafvordering tegen een druggebruiker niet nietig was, hoewel zij was gebaseerd op feiten die aan het licht waren gekomen d.m.v. de schending van de geheimhoudingsplicht van een arts. Deze arts, hoofd van de reanimatieafdeling van een ziekenhuis, had spontaan de rijkswacht op de hoogte gebracht van de opname van een slachtoffer van een overdosis heroïne. Toen dit zich herhaalde, bevestigde hij schriftelijk tegenover de politie de opname van die persoon wegens een overdosis (in het laatste geval was de politie reeds verwittigd door de

dienst-100). Het O.M. oordeelde dat de strafvordering tegen de patiënt was gebaseerd op een flagrante schending van de geheimhoudingsplicht en dat zij derhalve nietig was. Zonder zich uit te spreken over een mogelijke schending van die plicht oordeelde de K.I. dat de arts zich had kunnen bevinden in een noodtoestand, rekening houdend met het gevaar dat de betrokkene vormde voor zichzelf en voor anderen enerzijds en artikel 422*bis* Sw. anderzijds (K.I. Luik 6 maart 1985, *Jur. Liège* 1985, 661, concl. A. SPIRLET, noot F.P.).

Tegen dit arrest werd in de voorziening in cassatie o.a. aangevoerd dat het niet naar recht was verantwoord omdat de voorwaarden voor het bestaan van een noodtoestand niet waren vastgesteld en evenmin de aanwezigheid van de voorwaarden van artikel 422*bis* Sw. Het Hof van Cassatie oordeelde dat deze middelen geen verband hielden met de bevoegdheid en de ontvankelijkheid van de strafvordering en uitsluitend betrekking hadden op de regelmatigheid van het voorbereidend onderzoek. Ook de andere middelen werden afgewezen (Cass. 8 mei 1985, *Arr. Cass.* 1985, 1219; *Pas.* 1985, I, 1106).

In zijn commentaar bij het arrest van de K.I. acht PIEDBOEUF de argumentatie ervan weinig overtuigend en voor discussie vatbaar. Het beroep op de hulpverleningsplicht als rechtvaardiging voor een schending van de zwijgplicht tast het wezen zelf aan van die zwijgplicht. Bovendien waren de voorwaarden voor het bestaan van de hulpverleningsplicht niet eens vervuld. Zo maakt het arrest niet duidelijk hoe de aangifte als hulp zou kunnen worden beschouwd (F. PIEDBOEUF, "Reveil ou déclin des droits de l'homme", *Jur. Liège* 1985, 666).
Ook HENNAU en VERHAEGEN gaven uiting aan hun bezorgdheid n.a.v. dit arrest. Zij zien er de uitdrukking in van een neiging om voorrang te geven aan de bescherming van de samenleving tegen criminaliteit en wettelijke waarborgen zoals het beroepsgeheim hieraan ondergeschikt te maken (Chr. HENNAU en J. VERHAEGEN, *a.w.*, 166).
Afgezien van beide kritische commentaren, in het laatste geval nog veeleer terloops, is deze uitspraak vrijwel onopgemerkt gebleven.

1283 Geheel anders verliep het met een ander arrest van de K.I. te Luik, waarin de vraag naar de mogelijke schending van de geheimhoudingsplicht wel centraal stond (K.I. Luik 22 januari 1987, *Pas.* 1987, II, 79-80, concl. Adv. Gen. H. MASSA; *J.T.* 1988, 174; *Jur. Liège* 1987, 217).

Deze uitspraak betrof de klacht van enkele personen tegen een arts aan wie werd verweten dat hij zijn beroepsgeheim zou hebben geschonden jegens zijn vriendin en tegenover leden van de Bijzondere opsporingsbrigade (B.O.B.). Op grond van verklaringen van de arts had men de klagers, die gezocht werden wegens het gijzelen van een persoon kunnen inrekenen. Na hun aanhouding dienden zij klacht in tegen deze arts wegens schending van zijn geheimhoudingsplicht. De K.I. besliste tot buitenvervolgingstelling van de arts. Ook al vermeldt artikel 458 Sw. slechts twee gevallen waarin een arts is ontheven van zijn geheimhoudingsplicht, nl. de getuigenis in rechte en de wettelijke verplichting tot bekendmaking, kan de toepassing van een rechtvaardigingsgrond niet worden uitgesloten. *In casu* aanvaardde de K.I. het bestaan van een noodtoestand, m.n. een conflict tussen de geheimhoudingsplicht en de morele plicht om aan de handhaving van de orde mee te werken door de verblijfplaats bekend te maken van personen die actief worden opgespoord omwille van ernstige misdrijven en waarvan mag worden verwacht dat zij opnieuw feiten zullen plegen die een groot gevaar inhouden voor de veiligheid van anderen.
Geconfronteerd met een dergelijk conflict van plichten, waarvan de naleving uiteenlopende waarden en belangen beschermt, was de arts volgens de K.I. geenszins verplicht tot bekendmaking van het schuiladres van de misdadigers, ook niet op verzoek van de B.O.B. De keuze tussen beide plichten kwam aan de betrokkene zelf toe. De keuze ten voordele van bekendmaking kon, gelet op de bijzondere omstandigheden, door het "sociale geweten" niet enkel dan worden goedgekeurd.

1284 Het Hof van Cassatie was van oordeel dat de Luikse K.I. op grond van de beschreven feiten, zonder de artikelen 71 en 458 Sw. te schenden heeft kunnen beslissen dat de door de arts aangevoerde noodtoestand in aanmerking moest worden genomen, aangezien hij, gelet op de waarde van de met

elkaar in conflict verkerende plichten en gelet op de dreiging van een ernstig kwaad voor anderen, redenen had om aan te nemen dat hem ter vrijwaring van een hoger belang geen andere weg openstond dan de feiten te plegen die hem werden verweten (Cass. 13 mei 1987, *Arr. Cass.* 1987, 1203; *Pas.* 1987, I, 1061; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 173 noot M. VAN LIL; *J.T.* 1988, 170-171; *Jur. Liège* 1987, 1165-1168, noot Y. HANNEQUART; *Journ. proc.* 1987, afl. 111, 30-31; *R.C.J.B.* 1989, 588 noot A. DE NAUW).

1285 De reacties op beide uitspraken in de rechtsleer waren zeer uiteenlopend.

HANNEQUART keurde de uitspraak goed; gezien de zeer bijzondere omstandigheden van de zaak, lag een beroep op de noodtoestand voor de hand (Y. HANNEQUART, noot onder Cass. 13 mei 1987, *Jur. Liège* 1987, 1165-1168; in dezelfde zin: A. DE NAUW, *t.a.p.*, 611; zie ook: R. SCHREVENS, "Het medisch geheim", *T. Orde Geneesh.* 1989, afl. 48, 58-60). De uitspraak houdt overigens in dat het schuiladres van misdadigers alszodanig onder de geheimhoudingsplicht valt zoniet was een beroep op de noodtoestand overbodig geweest. Voorts waarschuwt HANNEQUART voor een evolutie waardoor het uiteindelijke oordeel over het doorbreken van het geheim niet meer bij de arts maar bij de rechter zou worden gelegd.
HENNAU en VERHAEGEN analyseren deze jurisprudentie vanuit de definitie van noodtoestand als een kritieke, uitzonderlijke en moeilijk te voorziene situatie. De kernvraag is dan of het sociaal belang dat de aanhouding van misdadigers zeker vertoont, kan worden beschouwd als een dergelijke situatie. Die vraag beantwoorden zij ontkennend.
De voorkoming van misdadigheid in het algemeen en zelfs van zware criminaliteit vormt geen uitzonderlijke omstandigheid die een schending van artikel 458 Sw. zou kunnen rechtvaardigen. Zij beroepen zich op de straffeloosheid van het verbergen van vervolgde of veroordeelde personen.
Voorts vragen zij zich af of wellicht een andere uitzonderlijke omstandigheid de inbreuk op artikel 458 Sw. kon rechtvaardigen. Aldus de aanwezigheid van een ernstig en dreigend gevaar voor anderen. Ook hiervan trekken HENNAU en VERHAEGEN de ernst in twijfel.
Besluitend kan de commentaar van HENNAU en VERHAEGEN als volgt samengevat worden. Een inbreuk op artikel 458 Sw. is gerechtvaardigd wanneer hierdoor een ernstig en dreigend gevaar voor anderen kan worden afgewend. *In casu* was het bestaan van dit gevaar niet aangetoond (Chr. HENNAU en J. VERHAEGEN, *a.w.*, 165-167). Ook LEGEIN meende dat in dit geval van een noodtoestand niet kon worden gesproken (M. LEGEIN, "Le secret professionnel du médecin", *Journ. proc.* 1987, afl. 111, 15).
Sommige commentaren gaan verder en beschouwen de uitspraken als "een duidelijke zwenking, zoniet ommekeer", omdat zij "duidelijk afwijken van een tot dusver gevestigde rechtsleer en rechtspraak en van de geest die aan de redactie van artikel 458 Sw. ten grondslag ligt" (R. DIERKENS, "Beroepsgeheim en recht", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 265-266). Met de gevestigde rechtspraak worden wellicht het cassatiearrest van 14 juni 1965 (Cass. 14 juni 1965, *Pas.* 1965, I, 1102 noot; *J.T.* 1965, 486) en het arrest van de Gentse K.I. (K.I. Gent 5 januari 1971, *R.W.* 1970-71, 1714 concl. Proc. Gen. J. MATTHIJS) bedoeld. Een vergelijking gaat nochtans niet op omdat in geen van beide gevallen een beroep was gedaan op de noodtoestand ter rechtvaardiging van de aangifte van het misdrijf (zie boven, nr. 959). Dat de noodtoestand kan worden ingeroepen als rechtvaardiging voor een inbreuk op het beroepsgeheim kan in redelijkheid niet worden betwist. Het arrest van het Hof van Cassatie 9 februari 1988 heeft dat trouwens ondubbelzinnig bevestigd (Cass. 9 februari 1988, *Arr. Cass.* 1988, 720; *Pas.* 1988, I, 662; zie boven, nr. 960). Of het beroep op de noodtoestand *in casu* voldoende verantwoord was, kan in twijfel getrokken worden. Men mag overigens niet uit het oog verliezen dat hier geen sprake is geweest van een spontane aangifte. De bekendmaking van het schuiladres is pas gebeurd nadat de misdadigers medisch waren verzorgd en nadat de B.O.B. op de hoogte was gesteld door de vriendin van de arts. Terecht wijst DE NAUW erop dat dit arrest geenszins de arts verplicht tot aangifte van de patiënt aan de gerechtelijke overheden. De beslissing aan welk belang voorrang wordt gegeven ligt bij de arts zelf (A. DE NAUW, *t.a.p.*, 612-613).

1286 Van een schending van het beroepsgeheim is geen sprake wanneer een arts of een apotheker een misdrijf, gepleegd door een persoon die door hem niet als consultant of patiënt werd ontvangen, ter kennis brengt van het gerecht omdat de bekendgemaakte feiten buiten het kader van de beroepsuitoefening werden vernomen (Cass. 16 december 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 1455; *Pas.* 1992, I, 1390; *T. Gez.*, 1996-97, 25, noot D. FRERIKS, "De aangifte van misdrijven en het medisch beroepsgeheim"; B. ALLEMEERSCH, "Het toepassingsgebied van art. 458", *t.a.p.*, 14). Een beroep op de noodtoestand is dan overbodig.

In casu betrof het iemand die zich bij een apotheker had aangeboden om verdovende middelen te verkrijgen. De apotheker had geweigerd, waarop de betrokkene spontaan had verklaard verslaafd te zijn en gebruik te maken van valse voorschriften. Daarop had de apotheker aangifte gedaan bij de politie. Enkele dagen later had ook een arts bij wie hij al tweemaal op consultatie was geweest en die hem telkens een voorschrift had afgeleverd, hem aangegeven. Hetzelfde gebeurde nog eens enkele maanden later door een andere arts; de aanhouding gebeurde in het kabinet van deze arts. In al deze gevallen zou de verdachte de arts enkel geraadpleegd hebben om een misdrijf te kunnen plegen en niet omwille van een of ander gezondheidsprobleem. Dat is een feitenkwestie waarover de rechter ten gronde oordeelt. Toch lijkt in het geval van drugsverslaving het onderscheid tussen het plegen van een misdrijf en het zoeken naar professionele hulp niet eenvoudig te maken; zie in dezelfde zin: Brussel 7 november 1991, *Rev. dr. pén.* 1992, 446, noot; K.I. Luik 25 januari 1996, *J. dr. jeun.* 1998, afl. 149, 43; *J.L.M.B.* 1996, 666.

2. *Patiënt is slachtoffer*

a. Algemeen

1287 Ook wanneer de patiënt het slachtoffer is van feiten die tot strafrechtelijke vervolging kunnen aanleiding geven is een constructie mogelijk, waarbij de arts zijn zwijgplicht doorbreekt met een beroep op de noodtoestand als rechtvaardiging.

In die zin heeft VAN NESTE zich uitgesproken: "Het actueel en reëel gevaar voor het leven of de gezondheid van derden kan in bepaalde gevallen een rechtvaardigingsgrond (noodtoestand) zijn om het zwijgen te verbreken. Bij het vaststellen van kindermishandeling kan deze rechtvaardigingsgrond voorhanden zijn" (H. NYS, "Kindermishandeling en medisch beroepsgeheim", in X, *Kindermishandeling. Perspectief in interacties*, 172; F. VAN NESTE, *a.w.* 1989, 201; G. DEMANET, "Secret professionnel et collaboration entre juristes et thérapeutes dans les secteurs de la toxicomanie et des enfants victimes de mauvais traitements", *Rev. dr. pén.* 1990, 325-338; D. LYBAERT, "Beroepsgeheim van de hulpverlener in relatie tot de politiediensten", *R.W.* 1996-97, 969-974; C. MARNEFFE, "Secret professionnel et enfance maltraitée: quand le silence est l'or", *Rev. dr. pén.* 1990, 339-345; E. SCHAMPAERT, "Medisch beroepsgeheim bij kindermishandeling: aangifteplicht of -recht, *De Pol.* 1993, afl. 5, 15-25; zie ook: A. DE NAUW, *t.a.p.*, 610; P. LAMBERT, "Le secret médical: questions pratiques", in X., *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, 121-132; F. HUTSEBAUT, "Het ambtsgeheim, beroepsgeheim en de meldingsplicht van personeelsleden in het onderwijs", *T.O.R.B.* 1999-2000, 49-54; "Kindermishandeling – Beroepsgeheim", *T. Orde Geneesh.* 1991, nr. 55, 32. Zie ook: M. MICHIELS, "Lichamelijke kindermishandeling. Enige beschouwingen naar aanleiding van een recent vonnis" (Gent 30 mei 1996), *T. Gez.* 1996-97, 369-372.

1288 In het arrest van 9 februari 1988 heeft het Hof van Cassatie evenwel een andere redenering gevolgd. Artikel 458 Sw. beoogt de bescherming van de patiënt. Het verbod om feiten bekend te maken die aanleiding kunnen geven

tot strafrechtelijke vervolging ten laste van de patiënt kan dan ook niet worden uitgebreid tot feiten waarvan de patiënt het slachtoffer zou zijn. Het nietig verklaren van de strafvordering tegen de dader van een misdrijf dat werd bekendgemaakt door een personeelslid van het ziekenhuis waar het slachtoffer wordt verzorgd schendt artikel 458 Sw.

In dit arrest (Cass. 9 februari 1988, *Arr. Cass.* 1988, 720; *Pas.* 1988, I, 662) beroept het Hof zich niet op een rechtvaardigingsgrond (een rechtvaardigingsgrond komt wel ter sprake ingeval de patiënt dader is van het misdrijf; zie boven, nr. 1282). Veeleer lijkt het Hof te steunen op de bedoeling van artikel 458 Sw., nl. de bescherming van de patiënt. Het verhinderen van de bestraffing van de dader van het misdrijf waarvan de patiënt slachtoffer is geweest, is met die bedoeling klaarblijkelijk in strijd. Overigens oordeelt het Hof niet dat feiten waarvan de patiënt het slachtoffer is geweest, niet onder het beroepsgeheim zouden vallen. Wel strekt het verbod tot bekendmaking aan de gerechtelijke overheid dat in het beroepsgeheim ligt besloten, zich niet uit tot deze feiten (zie ook: Antwerpen 14 oktober 1997, *R.W.* 1998-99, 194-195). Voor het overige blijft het beroepsgeheim zonder meer gelden.

1289 Van een juridisch afdwingbare verplichting tot aangifte van misdrijven waarvan de patiënt het slachtoffer is, is geen sprake. Noch artikel 20 K.B. 31 mei 1885 noch artikel. 30 Sv. voorzien sancties in geval van niet-naleving van de aangifteplicht die deze bepalingen bevatten (zie boven, nr. 1268).

Sommige auteurs verdedigen wel de opvatting dat de arts verplicht is over te gaan tot de aangifte wanneer de patiënt het slachtoffer is geweest van een misdrijf (in deze zin: R. BLANPAIN, "Juridische aspecten van het beroepsgeheim", *R.W.* 1965-66, 287; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 190). Van een mogelijk conflict tussen aangifte en geheimhouding kan geen sprake zijn, vermits artikel 458 Sw. niet van toepassing is. De geheimhoudingsplicht betreft slechts de arts-patiëntrelatie, terwijl de arts hier gegevens over een derde verneemt en bekendmaakt. Voor wat betreft kindermishandeling nuanceren RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT hun standpunt. Als de ouders de daders zijn en zij patiënt zijn bij dezelfde arts als het kind dan geldt toch de geheimhoudingsplicht (in dezelfde zin: G. DELVOYE, "Oudergeweld rond wieg en kinderledikant", *R.W.* 1979-80, 2151). Maar wanneer ondanks herhaalde waarschuwingen van de arts de mishandelingen verder gaan, zou toch weer opnieuw een aangifteverplichting kunnen ontstaan. De Minister voor Volksgezondheid sloot zich bij deze opvatting aan in antwoord op een parlementaire vraag (*Vr. en Antw.* Kamer 1979-80, 20 november 1979, 330, Vr. nr. 143 VAN CAUWENBERGHE).
Andere auteurs stellen zich genuanceerder op (zie: A. DASSEN, "Kindermishandeling en het beroepsgeheim van de geneesheer", *R.W.* 1972-73, 936; A. DE NAUW, *t.a.p.*, 610-611 spreekt over een mogelijkheid tot aangifte, geen plicht; zie ook: F. HUTSEBAUT, "Kindermishandeling en justitie", in R. CLARA (ed.), *Kindermishandeling en -verwaarlozing in Vlaanderen*, Leuven, Acco, 1990, 161).
Het nalaten van een wettelijk verplichte aangifte kan onrechtstreeks onder de Strafwet vallen. Wie een wettelijke plicht heeft het misdrijf op te sporen en eraan medewerkt door het bewust te laten begaan kan als mededader of medeplichtige beschouwd worden (L. HUYBRECHTS, *t.a.p.* 15, nr. 18). Tot de wettelijke plichten van de arts behoort niet het opsporen van misdrijven.

b. Patiënt is minderjarig (art. 458*bis* Sw.)

1290 Artikel 33 van de Wet van 28 november 2000 betreffende de strafrechtelijke bescherming van minderjarigen (*B.S.* 17 maart 2001) ligt aan de basis van artikel 458*bis* Sw. Krachtens deze bepaling kan eenieder, die uit hoofde van zijn staat of beroep houder is van geheimen en die hierdoor kennis heeft van een misdrijf zoals omschreven in de artikelen 372 tot 377, 392 tot

394, 396 tot 405*ter*, 409, 423, 425 en 426, gepleegd op een minderjarige, onverminderd de verplichtingen hem opgelegd door artikel 422*bis*, het misdrijf ter kennis brengen van de procureur des Konings, op voorwaarde dat hij het slachtoffer heeft onderzocht of door het slachtoffer in vertrouwen werd genomen, er een ernstig en dreigend gevaar bestaat voor de psychische of fysieke integriteit van de betrokkene en hij deze integriteit zelf of met behulp van anderen niet kan beschermen.

1291 Alhoewel het personeel toepassingsgebied van artikel 458*bis* Sw. niet overeenstemt met artikel 458 Sw. kan niet worden betwijfeld dat artsen en de andere gezondheidszorgberoepen onder de toepassing vallen van artikel 458*bis* Sw.

In het wetsontwerp dat heeft geleid tot artikel 458*bis* Sw. was dit overduidelijk. Artikel 24 van het wetsontwerp (*Parl. St.* Kamer 1998-99, 1907/1) voegde aan artikel 458 Sw. een tweede lid toe dat als volgt aanving "de in het eerste lid genoemde personen ...". In de loop van de parlementaire bespreking werd voorgesteld om geen nieuw lid toe te voegen aan artikel 458 Sw., maar een afzonderlijk artikel op te nemen in het Sw. (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 0695/006, amendement nr. 33). Uit de Toelichting bij dit amendement kan worden afgeleid dat het geenszins de bedoeling is geweest om het personeel toepassingsgebied van artikel 458*bis* in te perken, vergeleken met artikel 458 Sw., wel integendeel (zie in die zin ook: *Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-280/13, 2: "Het toepassingsgebied (van art. 458*bis*) is aanzienlijk verruimd").

1292 Artikel 458*bis* Sw. regelt enkel de kennisgeving van (bepaalde) misdrijven gepleegd op een minderjarige.

De Minister van Justitie verduidelijkte dat verlengd minderjarigen burgerrechtelijk gelijkgesteld worden met minderjarigen beneden 15 jaar (*Parl. St.* Kamer 2000-01, 0695/009, 36). Maar omdat artikel 458*bis* Sw. over het beroepsgeheim handelt, "doelt men met de term 'minderjarige' dus niet op de verlengd minderjarige, die ouder dan achttien jaar (*sic*) is" (*t.a.p.*, 49).
Gelet op de formulering van artikel 458*bis* Sw. kan op grond van dit artikel ook aangifte worden gedaan ingeval een arts in vertrouwen wordt genomen door een meerderjarige die als minderjarige het slachtoffer is geweest van kindermishandeling. Er moet echter wel worden rekening gehouden met het feit dat de integriteit van het slachtoffer op het ogenblik waarop de hulpverlener aangifte doet, ernstig bedreigd moet zijn (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 695/09, 38). Het is niet duidelijk of de vaststelling dat het misdrijf waarvan de hulpverlener op de hoogte werd gesteld, intussen is verjaard, de hulpverlener het recht ontneemt om aangifte te doen (I. VAN DER STRAETE en J. PUT, "Het spanningsveld tussen beroepsgeheim en kindermishandeling: wetgevende initiatieven in België en Nederland", *T. Gez.* 2001-02, 74).
De in artikel 458*bis* Sw. bedoelde misdrijven zijn: aanranding van de eerbaarheid en verkrachting (art. 372-377 Sw.), doodslag (art. 392-394 Sw.), opzettelijk doden en opzettelijk toebrengen van lichamelijke letsels (art. 396-405*ter* Sw.), genitale verminking bij personen van het vrouwelijk geslacht (art. 409 Sw.), het verlaten of in een behoeftige toestand achterlaten van kinderen of onbekwamen (art. 423 Sw.) en het onthouden van voedsel of verzorging aan minderjarigen en onbekwamen (art. 425-426 Sw.).

1293 Het (wat slachtoffers en misdrijven betreft) beperkte toepassingsgebied van artikel 458*bis* Sw. belet niet dat een arts buiten dit toepassingsgebied kan afwijken van de geheimhoudingsplicht opgelegd door artikel 458 Sw. Tijdens de parlementaire voorbereiding werd bevestigd dat "de noodtoestand voor de toepassing van artikel 458 Sw. onverminderd blijft bestaan" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-280/13, 3) (zie boven, nr. 1287).

Over de rechtsfiguur van artikel 458*bis* Sw. lopen de meningen uit elkaar. Volgens de indiener van het amendement waaruit artikel 458*bis* Sw. is voortgekomen, is het "duidelijk geen rechtvaardigingsgrond vermits een mogelijkheid wordt geboden aan de betrokkene en geen verplichting door de wet is voorgeschreven. Het is een specifieke verschoningsgrond, zonder afbreuk te doen aan de principes van de noodtoestand" (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 0695/006, 2). Volgens anderen gaat het wel degelijk om een rechtvaardigingsgrond vermits artikel 458*bis* Sw. het wederrechtelijk element van de schending van het beroepsgeheim opheft (I. VAN DER STRAETE en J. PUT, *t.a.p.*, 73; N. COLETTE-BASECQZ, "Le secret professionnel face à l'enfance maltraitée", *Ann. dr. Louvain* 2002, 7).

1294 Opdat een arts in toepassing van artikel 458*bis* Sw. een in dat artikel vermeld misdrijf waarvan een minderjarige patiënt het slachtoffer is geworden, kan ter kennis brengen van de procureur des Konings moeten drie voorwaarden cumulatief zijn vervuld.

Ten eerste moet hij het slachtoffer hebben onderzocht of door het slachtoffer in vertrouwen zijn genomen.

Deze voorwaarde werd in de tekst opgenomen om te voorkomen dat iemand die de mishandeling niet zelf heeft vastgesteld of niet heeft vernomen van het slachtoffer zelf, kennis zou geven van feiten die mogelijkerwijs niet hebben plaatsgevonden (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 695/09, 35). Deze voorwaarde sluit niet uit dat een beroep wordt gedaan op artikel 458*bis* Sw. wanneer de dader van het misdrijf een patiënt is van de kennisgevende arts, op voorwaarde dat het slachtoffer door deze arts werd onderzocht of dat de arts door het slachtoffer in vertrouwen werd genomen.

Vervolgens is vereist dat er een ernstig en dreigend gevaar bestaat voor de psychische of fysieke integriteit van de betrokkene. Hiervan kan uiteraard nooit sprake zijn indien de minderjarige het slachtoffer is geweest van doodslag (art. 392-394 Sw.).

Deze beperking werd noodzakelijk geacht om het principe van het beroepsgeheim "niet volledig uit te hollen. Het dreigend karakter heeft betrekking op het bestaan van een actuele nood om in de situatie in te grijpen. Het ernstig karakter heeft betrekking op de omvang en het ingrijpend karakter van de feiten" (*Parl. St.* Senaat 1999-2000, 2-280/2, amendement nr. 3, verantwoording). De verantwoording voegt er nog aan toe dat "het hier vanzelfsprekend een persoonlijke evaluatie betreft die door de drager van het beroepsgeheim wordt gemaakt, rekening houdend met alle hem op dat ogenblik beschikbare gegevens van de situatie *in concreto*". Een gevaar dat op zich beschouwd niet ernstig is, kan het wel zijn in een breder perspectief: "Zo kan een drager van het beroepsgeheim geconfronteerd worden met een zekere situatie van kindermishandeling op één bepaald ogenblik, waaraan niet onmiddellijk de begrippen dreigend en ernstig kunnen worden gekoppeld, maar die over een zekere periode blijven aanslepen (...). De drager van het beroepsgeheim kan, na grondige evaluatie van de situatie, de mening toegedaan zijn dat omwille van het aanslepende karakter van de situatie, deze een dreigend en ernstig karakter verkrijgt, zodat hij meent van het spreekrecht gebruik te moeten maken".
Het vereiste van een "dreigend" gevaar houdt in dat het gevaar zich nog niet moet hebben gerealiseerd: het volstaat dat het gevaar actueel is, d.w.z. onmiddellijk dreigend.

Ten derde vereist artikel 458*bis* Sw. dat de drager van het beroepsgeheim "deze integriteit zelf of met behulp van anderen niet kan beschermen". Deze voorwaarde bevat het zgn. subsidiariteitsbeginsel: dit garandeert dat enkel wordt gebruik gemaakt van het door artikel 458*bis* Sw. toegekende spreekrecht als het gevaar voor de fysieke of psychische integriteit van de minderjarige op geen enkele andere wijze kan worden afgewend, niet door de hulpverlener zelf noch met behulp van anderen, bv. collega's, een multidisciplinair team enz. (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 280/5, 42 en 111). Het ter kennis brengen van het misdrijf aan de procureur des Konings wordt ook wel een *ultimum remedium* genoemd (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 0695/006, amendement nr. 33). Ook deze voorwaarde kan onmogelijk worden vervuld als de minderjarige het slachtoffer was van doodslag.

1295 Aangezien de verplichting om daadwerkelijk hulp te verlenen reeds is vervat in de derde voorwaarde, rijst de vraag naar de betekenis van de verwijzing in artikel 458*bis* Sw. naar artikel 422*bis* Sw.

Artikel 422*bis* Sw. legt de verplichting op hulp te verlenen aan een persoon in groot gevaar (zie boven, nr. 434). Door deze verwijzing wordt opnieuw benadrukt dat de hulpverlening voorrang heeft op de kennisgeving van het misdrijf. Tijdens de bespreking in de Senaatscommissie verklaarde de Minister van Justitie dat "de vermelding van artikel 422*bis* (...) het subsidiariteitsbeginsel beklemtoont" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-280/13, 3 en 4). Voorts heeft de wetgever over het hoofd gezien dat artikel 422*bis* Sw. niet alleen de verplichting oplegt om daadwerkelijk hulp te bieden maar uitzonderlijk, op grond van noodtoestand (met name het conflict tussen de hulpverleningsplicht en de zwijgplicht) ook de verplichting tot kennisgeving van een misdrijf waarvan een minderjarige het slachtoffer is. De Wet van 13 april 1995 betreffende seksueel misbruik t.a.v minderjarigen heeft de maximum straf wegens niet-naleving van artikel 422*bis* verhoogd van 6 maanden tot één jaar. Tevens werd een verzwarende omstandigheid ingevoerd: de straf wordt op twee jaar gebracht wanneer de persoon die zich in groot gevaar bevindt minderjarig is. Alzo wenste de wetgever een duidelijk signaal te geven: het stilzwijgen van een volwassene is onaanvaardbaar wanneer een minderjarige in groot gevaar is (zie boven, nr. 444). De verwijzing naar artikel 422*bis* in artikel 458*bis* kan dus leiden tot de situatie dat een arts die wordt geconfronteerd met een minderjarige in groot gevaar enerzijds zal moeten melden op grond van artikel 422*bis* Sw. en anderzijds zal mogen melden op grond van artikel 458*bis*. Dit bevordert uiteraard niet de beoogde rechtszekerheid. Tijdens de bespreking in de Senaatscommissie is hierop met zoveel woorden gewezen: "De drager van het beroepsgeheim zou derhalve altijd verplicht zijn artikel 422*bis* na te leven en desgevallend daartoe zijn beroepsgeheim moeten prijsgeven, terwijl hij in de omstandigheden van artikel 458*bis* het beroepsgeheim zou kunnen prijsgeven" (*Parl. St.* Senaat 2000-01, 2-280/13, 4). Een poging om de verwijzing naar artikel 422*bis* Sw. weg te laten faalde.

Artikel 61 § 1, tweede lid van de Code van medische plichtenleer, zoals gewijzigd op 16 november 2002 bevat een analoge bepaling als artikel 458*bis* Sw.: "indien een geneesheer vaststelt dat een kind in ernstig gevaar verkeert, dient hij onmiddellijk het nodige te doen om het kind te beschermen. Indien het gevaar dreigend is en er geen andere middelen zijn om het kind te beschermen, kan de geneesheer de procureur des Konings in kennis stellen van zijn bevindingen".

C. WETTELIJK VOORSCHRIFT

1296 Artikel 70 Sw. bepaalt dat er geen misdrijf is wanneer het feit door de wet geboden is.

Alle wettelijke bepalingen die de arts verplichten geheimen bekend te maken, kunnen worden beschouwd als toepassingen van de regel die artikel 70 Sw. bevat, nl. dat een gedraging niet tegelijk rechtmatig en onrechtmatig kan zijn.

1297 Volgens DUPONT kan met een wettelijk voorschrift worden gelijkgesteld de uitdrukkelijke toelating door de wet (L. DUPONT, *a.w.*, nr. 288 e.v.).

Als voorbeeld citeert hij het verbreken van het beroepsgeheim om in rechte te getuigen (zie boven, nr. 1246).

1298 Zelfs wat door de wet impliciet geduld of toegelaten wordt kan volgens hem met een wettelijk voorschrift worden gelijkgesteld.

Een aantal wettelijke bepalingen die, ten onrechte, worden gerangschikt bij verplichtingen tot bekendmaking, zoals de aflevering van een omstandig verslag vóór gedwongen opname in een psychiatrisch ziekenhuis kunnen beter beschouwd worden als een expliciete of impliciete toelating van de wet de geheimen bekend te maken.

D. OVERHEIDSBEVEL (BLOEDMONSTERNEMING)

1299 Volgens artikel 70 Sw. is er geen misdrijf wanneer het feit door de overheid bevolen is. Ook van deze rechtvaardigingsgrond vindt men een toepassing op het gebied van de medische geheimhoudingsplicht.

Artikel 63 § 1 Wegverkeerswet legt de verplichting op een bloedmonster te laten nemen "door een daartoe opgevorderde geneesheer". K.B. 10 juni 1969 betreffende de bloedproef met het oog op het bepalen van het alcoholgehalte bevat nadere bepalingen i.v.m. het verrichten van bloedafnemingen. De arts die wordt opgevorderd mag zich hieraan niet onttrekken behoudens wanneer hijzelf een tegenindicatie heeft vastgesteld of wanneer de betrokken persoon een geldige reden tegen het nemen van het bloedmonster aanvoert (art. 1 K.B. 10 juni 1959). De niet-naleving van de opvordering buiten deze 2 uitzonderingen is strafbaar (art. 10 W. 1 juni 1849 tot herziening van het crimineel tarief, *B.S.* 21 juni 1849).
Wanneer de bloedafneming bevolen wordt in het kader van de Wegverkeerswet, dient de opgevorderde arts bovendien een formulier in te vullen volgens het model in bijlage I bij het K.B. 10 juni 1959 (art. 2 K.B. 10 juni 1959). Daarin dient hij verslag te geven van zijn klinisch onderzoek en bevindingen bekend te maken die onder zijn geheimhoudingsplicht vallen zoals het vaststellen van symptomen van hersenschudding, het lijden aan enige kwalen en andere geneeskundige bevindingen die hij heeft vastgesteld.

1300 De arts die opgevorderd wordt voor het nemen van een bloedmonster is derhalve niet enkel verplicht aan deze vordering gevolg te geven; bovendien dient bij een aantal vaststellingen bekend te maken op een formulier waarop de identiteit van de onderzochte is vermeld. Men kan hierin een toepassing zien van het wettelijk voorschrift. Beter lijkt het hier een beroep te doen op het overheidsbevel als rechtvaardigingsgrond, omdat deze bekendmaking geschiedt in het kader van een per geval besliste opvordering, in combinatie met het wettelijk voorschrift.

1301 De arts die wordt opgevorderd voor het nemen van een bloedstaal en het opstellen van een verslag van het klinisch onderzoek wordt hierdoor iemand die optreedt als deskundige. Het is een algemeen aanvaarde regel dat de behandelend arts van een patiënt niet mag worden aangesteld als deskundige met het oog op het onderzoeken van deze patiënt vermits hij door een geheimhoudingsplicht is gebonden (Corr. Charleroi 22 oktober 1980, *R.G.A.R.* 1982, nr. 10.444; Corr. Neufchâteau 6 november 1996, *J.L.M.B.* 1997, 102).

Een bijzondere toepassing van deze regel doet zich hier voor. Algemeen wordt aanvaard dat de behandelend arts van een persoon bij wie een bloedmonster dient te worden genomen, niet mag overgaan tot het opstellen van het klinisch verslag (Cass. 19 mei 1982, *Pas.* 1982, I, 1099; *Jur. Liège* 1983, 1 noot F. PIEDBOEUF, waardoor Corr. Luik 7 december 1981, *Jur. Liège* 1983, 4 werd bevestigd; zie verder: Luik 1 februari 1983, *Jur. Liège* 1983, 166; Gent 12 november 1985, *T.V.B.R.* 1986, 6 met anonieme noot; Corr. Brussel 8 maart 1984, *Pas.* 1985, III, 4; Pol. Hasselt 4 oktober 1985 *Limb. Rechtsl.* 1986, 71-72; *T. Vred.* 1987, 60-61; zie over dit alles: F. HUTSEBAUT, "De bloedproef en het beroepsgeheim van de geneesheer", *Panopticon* 1984, 150-152; F. GOOSSENS en F. HUTSEBAUT, "Ademtest en bloedproef" *Comm. Strafr.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., nr. 28 e.v.; L. HUYBRECHTS, "En een bloedmonster nemen, en verzorgen", *R.W.* 1989-90, 225-227). Desgevallend zal dit verslag uit de debatten worden geweerd. Wanneer dit verslag wordt opgesteld door de behandelend arts is het risico aanwezig dat hij zich zal laten leiden door zijn voorkennis als behandelend arts.

Als behandelend arts wordt beschouwd de arts die wachtdienst heeft in een ziekenhuis en de eerste verzorging heeft toegediend (Cass. 19 mei 1982, *Arr. Cass.* 1982, 1154; *Pas.* 1982, I, 1099; *Jur. Liège* 1983, 1, noot F. PIEDBOEUF, *R.D.P.* 1983, 1018; Corr. Charleroi 17 juni 1980, *J.T.* 1980, 522; *R.G.A.R.* 1981, nr. 10.420; Corr. Brussel 8 maart 1984, *Pas.* 1985, III, 4; Pol. Namen 27 februari 1981, *T. Vred.* 1981, 5; *Jur. Liège* 1981, 182; *R.G.A.R.* 1982, nr. 10.542; Pol. Charleroi 5 februari 1982, *R.D.P.* 1982, 1006; *Rev. Rég. Dr.* 1982, 153; Pol. Huy 17 mei 1982, *R.D.P.* 1982, 1007; *Jur. Liège* 1982, 324).

Maar een behandelend arts kan zich op grond van zijn geheimhoudingsplicht niet onttrekken aan de verplichting het bloedstaal te nemen. Het nemen van een bloedstaal wordt door rechtspraak en rechtsleer *in casu* niet beschouwd als een medische maar een louter materiële handeling en de tevoren door de arts bij de patiënt gedane medische vaststellingen kunnen daarbij van geen invloed zijn (zie in deze zin: Cass. 19 maart 1962, *R.W.* 1962-63, 751; *Pas.* 1962, I, 798; *R.D.P.* 1963, 359; Cass. 19 mei 1982, *Pas.* 1982, I, 1099; *Jur. Liège* 1983, 1, noot F. PIEDBOEUF, *R.D.P.* 1983, 1018; Cass. 3 april 1985, *Arr. Cass.* 1985, 1064-1065; *Pas.* 1985, I, 975; Cass. 21 juni 1988, *Arr. Cass.* 1988, 1378; *Pas.* 1988, I, 1272; Cass. 25 april 1989, *Arr. Cass.* 1989, 989; *Pas.* 1989, I, 883; *R.W.* 1989-90, 224 noot L. HUYBRECHTS; Luik 1 februari 1983, *Jur. Liège* 1983, 166; Corr. Luik 7 december 1981, *Jur. Liège* 1983, 4; Pol. Mechelen 24 juli 2001, *Kluwer VKJ-DCJ* 2002, 289-291; in andere zin: Corr. Charleroi 17 juni 1980, *J.T.* 1980, 552; *R.G.A.R.* 1981, 10.420; Pol. Huy 17 mei 1982, *R.D.P.* 1982, 1007; *Jur. Liège* 1982, 324; Pol. Antwerpen 9 november 1982, *Pas.* 1983, III, 48; *De Pol.* 1987, 83). LURQUIN heeft deze opvatting betwist. Naar zijn mening gaat het niet om een zuiver materiële handeling vermits de arts met mogelijke tegenindicaties die hem dus bekend moeten zijn of redenen opgegeven door de betrokkene kan rekening houden om niet tot de bloedafneming over te gaan. Voorzover de opgevorderde arts als behandelend arts op de hoogte is van een tegenindicatie, bv. hemofilie, zal hij de opvordering dienen te weigeren (P. LURQUIN, *L'expertise médicale*, Brussel, Bruylant, 1989, 2; zie boven, nr. 54 waar de wetgeving, rechtspraak en rechtsleer wordt onderzocht i.v.m. de bloedafname als medische handeling. Men kan hierin een argument zien ten voordele van de opvatting die door LURQUIN wordt voorgestaan).
Voorts bepaalt artikel 131 Code van geneeskundige plichtenleer dat de arts zich aan de vordering mag onttrekken wanneer de persoon die een bloedmonster moet afstaan, een van zijn patiënten is en op voorwaarde dat de vorderende overheid een beroep kan doen op een andere arts. Een door een arts genomen bloedstaal is evenwel niet nietig wegens het enkele feit dat het genomen is met miskenning van dit voorschrift van de Code (Cass. 25 april 1989, *R.W.* 1989-90, 244 noot L. HUYBRECHTS).

§ 5. Andere uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht

A. DWALING

1302 HENNAU en VERHAEGEN hebben in hun commentaar bij het cassatiearrest van 13 februari 1987 (zie boven, nr. 1285) de vraag gesteld of, zo de noodtoestand niet was aanvaard, een veroordeling wegens schending van de geheimhoudingsplicht onvermijdelijk zou zijn geweest (Chr. HENNAU en J. VERHAEGEN, *a.w.*, 167).

Zo vragen zij zich af of hier geen toepassing kon worden gemaakt van de zgn. "putatieve noodtoestand". Daaronder wordt verstaan "een situatie waarin iemand verkeerdelijk meent zich in de voorwaarden van noodtoestand te bevinden" (L. DUPONT, *a.w.*, nr. 320). Wanneer men een arts oproept voor een ernstig verkeersongeval en deze zich zo snel mogelijk, met overschrijding van de snelheidsbeperking, naar de plaats van het ongeval begeeft, doch het slechts om een grap ging, dan kan deze arts zich niet op noodtoestand beroepen. Volgens DUPONT en VERSTRAETEN zou de arts zich wel op een schuldopheffingsgrond, zoals de onoverwinnelijke dwaling, kunnen beroepen.

1303 Volgens HENNAU en VERHAEGEN had de arts in kwestie zich op de onoverwinnelijk dwaling kunnen beroepen.

"La complexité de la situation, reconnue par la cour d'appel, les hésitations de la jurisprudence quant à la solution à donner à ce type de conflit et dont témoignent plusieurs décisions prononcées sur conclusions non conformes du ministère public, les hésitations tout aussi perceptible du législateur confronté avec le délicat problème du secret médical en rapport avec les enfants maltraités, le manque de transparence des règles déontologiques en la matière suffisaient amplement semble-t-il, à faire admettre l'erreur non fautive" (Chr. HENNAU en J. VERHAEGEN, *a.w.*, 167). Beide auteurs erkennen dat het beroep op de onoverwinnelijke dwaling geen afdoende oplossing kan bieden voor dit soort inbreuken op de geheimhoudingsplicht in het algemeen.

Een andere toepassing van de dwaling wordt geciteerd door THIRY. Een pas afgestudeerd arts had inlichtingen verstrekt aan een ambtenaar van het Openbaar Ministerie over de alcoholemie in het bloed van een patiënt. De arts verkeerde in de overtuiging dat hij de gevraagde inlichtingen moest geven. De provinciale raad van de Orde der geneesheren te Oost-Vlaanderen besliste de zaak zonder gevolg te laten omdat de onwettige houding van de ambtenaar deze arts in dwaling had gebracht (Y. THIRY, "Problematiek van het beroepsgeheim. Tuchtrecht Orde der geneesheren", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 328).

B. OPTREDEN IN RECHTE

1. Recht op verdediging

1304 In de mate dat hij zichzelf in rechte moet verdedigen mag de arts op wie een geheimhoudingsplicht rust, geheimen prijsgeven. Het algemeen rechtsbeginsel van het recht op verdediging heeft dan voorrang op de geheimhoudingsplicht.

Dit is het standpunt dat door de recente rechtspraak en rechtsleer wordt aanvaard. Artikel 458 Sw. vindt geen toepassing als degene die tot het bewaren van een beroepsgeheim is gehouden, zich in rechte moet verdedigen. Dit artikel wordt door de rechter niet geschonden wanneer hij beslist dat een arts die wegens een misdrijf in de uitoefening van zijn beroep, m.n. een vruchtafdrijving, wordt vervolgd geen onbeperkt beroepsgeheim kan doen gelden om zichzelf aan de vervolgingen te onttrekken (Cass. 5 februari 1985, *Arr. Cass.* 1985, 760; *Pas.* 1985, I, 670; *Journ. proc.* 1985, afl. 59, 28; in dezelfde zin: Corr. Gent 12 februari 1988, *T.G.R.* 1988, 35; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 347 noot M. VAN LIL). Daarbij is niet van belang of de patiënt hem heeft ontslagen van zijn geheimhoudingsplicht. De Rechtbank te Brussel aanvaardde de voorrang van het recht op verdediging wanneer de arts wordt gedagvaard wegens een professionele fout (Rb. Brussel, Kort. Ged. 7 maart 1988, *J.T.* 1988, 458; zie ook: Brussel 18 oktober 1989, *De Verz.* 1990, 177 noot BRASSEUR: een arts tegen wie een vordering op grond van artikel 1382 B.W. werd ingesteld, schendt het beroepsgeheim niet wanneer hij bij zijn verdediging aan het college van deskundigen gegevens over de gezondheidstoestand van zijn patiënt verstrekt). Deze opvatting treft men ook aan bij VAN NESTE. Bij vorderingen tot schadevergoeding tegen een arts ingeleid is hij niet gebonden door de zwijgplicht (F. VAN NESTE, *a.w.* 1989, nr. 7). Vroeger reeds had VAN NESTE in het algemeen de voorrang verdedigd van het recht op verdediging op de geheimhoudingsplicht (F. VAN NESTE, "Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?", *R.W.* 1977-78, 1292; zie ook: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 205 en P. LAMBERT, Uiteenzetting voor de Kamercommissie voor Justitie, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 0695/009, 10). Ook DUMON aanvaardt de voorrang van het recht op verdediging, voorzover de bekendmaking wordt beperkt tot de noodwendigheden van de verdediging in rechte. Hij voegt er aan toe dat het moeilijk is en delicaat om dit uit te maken. Volgens DUMON zou de patiënt door zijn vordering tegen de arts noodzakelijk aansturen op een "opheffing" van het medisch beroepsgeheim. Die verklaring schiet wel te kort wanneer een arts gedagvaard wordt wegens een beroepsmisdrijf zoals vruchtafdrijving (F. DUMON, *t.a.p.*, 22; zie in dezelfde zin voor Frankrijk: L. DUBOUIS, "La conciliation entre le secret médical et le droit pour le médecin de se défendre en justice", *Rev. dr. sanitaire* 1985, 302 die zich beroept op art. 6 E.V.R.M. en het recht op een eerlijk proces). Vroeger werd een absolute opvatting over de geheimhoudingsplicht voorgestaan, onder invloed van de Franse jurisprudentie (zie hierover: P. LAMBERT, *a.w.*, 109-110). Opvallend bij dit alles is dat geen enkele geciteerde auteur

erop wijst dat de rechtspraak in beginsel openbaar is waardoor de bekendmakingen die de arts zich veroorlooft om zich in rechte te verdedigen op ruime schaal kunnen worden verspreid (zie in deze zin: P.A. DE HOOG, "De reikwijdte van het medisch beroepsgeheim", *Advocatenblad* 1989, 98 voor wat betreft het Nederlandse recht).

2. *Optreden als eisende partij*

1305 De vraag hier aan de orde, is of een arts die een vordering instelt tegen een patiënt en die rechtstreeks verband houdt met de beroepsuitoefening geheimen mag bekendmaken om zijn eis te staven. Men denkt hierbij meestal aan een vordering tot betaling van honorarium.

RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT zijn van mening dat bij een honorariumbetwisting de arts tot staving van zijn eis geen geheime gegevens mag bekendmaken. Noch het geldelijk belang van de arts noch de zgn. impliciete toestemming van de patiënt kunnen de bekendmaking in dit geval rechtvaardigen. Beide auteurs citeren instemmend VAN REEPHINGEN volgens wie de arts zou kunnen eisen dat de patiënt in persoon verschijnt om te vermijden dat het geheim zou worden openbaar gemaakt in de rechtszaal (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 204; op die plaats vindt men reeds oude jurisprudentie die de bekendmaking in zo'n geval wel heeft aanvaard. Zie hierover ook: P. LAMBERT, *a.w.* 113 en dezelfde, "Enfants maltraités et toxicomanes dans la polémique du secret professionnel", *R.D.P.* 1990, 14 die geen graten ziet in de bekendmaking van geheimen n.a.v. een vordering tot inning van honorarium. Tijdens een uiteenzetting in de Kamercommissie voor Justitie, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 0695/009, 10 bevestigde LAMBERT: "men aanvaardt dat van het beroepsgeheim wordt afgeweken als de drager van het beroepsgeheim iemand voor de rechtbank daagt met het oog op het betalen van de honoraria").

1306 Zo men afwijzend staat tegenover het doorbreken van de geheimhoudingsplicht in zaken die rechtstreeks met de beroepsuitoefening verband houden, dan zal men *a fortiori* de bekendmaking afwijzen als de vordering van de arts daarmee geen uitstaans heeft.

Een unieke illustratie hiervan vindt men in een Frans cassatiearrest. De eiser in cassatie, een arts, was door het Hof te Lyon veroordeeld wegens schending van het beroepsgeheim. De arts had klacht ingediend tegen een van zijn patiënten die hem telefonisch reeds meerdere malen met de dood had bedreigd. In de brief aan de procureur had hij deze patiënt beschreven als een geesteszieke en er aan toegevoegd dat de patiënt zijn echtgenote meermaals met een mes had bedreigd. Dat laatste kon de arts maar weten omdat de patiënt het hem had verteld. Volgens het Hof te Lyon had de arts zich in zijn klacht moeten beperken tot de feiten waardoor hij persoonlijk schade leed. Andere gegevens vielen onder zijn geheimhoudingsplicht, ook tegenover de procureur. Nog volgens dit hof zou de bekendmaking van geheimen in rechte enkel geoorloofd zijn om zich te verdedigen tegen het in gedrang brengen van zijn professionele kwaliteiten. Het Hof van Cassatie oordeelde dat het Hof te Lyon zijn arrest voldoende had gemotiveerd (Cass. fr. 18 juli 1984, *Rev. dr. sanitaire* 1985, 299, noot L. DUBOUIS). DUBOUIS leidt uit deze rechtspraak af dat de rechter terughoudend staat tegenover bekendmaking wanneer de arts optreedt als eiser.

3. *Optreden in tuchtzaken en loyauteitsverplichting*

1307 De arts die een klacht neerlegt bij de provinciale raad van de Orde der geneesheren tegen een collega wegens een professionele fout die hij bij een van zijn patiënten heeft vastgesteld, schendt zijn geheimhoudingsplicht niet. Een dergelijke verplichting bestaat nl. niet jegens de tuchtoverheid aan wie de arts eerlijkheid en loyauteit verschuldigd is krachtens de plichtenleer van zijn be-

roep (Cass. 29 mei 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1329; *R.W.* 1986-87, 1027; *Pas.* 1986, I, 1194; zie uitgebreider boven, nr. 204).

1308 De plicht in hoofde van een arts die tuchtrechtelijk wordt vervolgd, blijk te geven van oprechtheid tegenover de tuchtoverheid is geen algemeen rechtsbeginsel (Cass. 21 maart 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1008; *Pas.* 1986, I, 915; Cass. 7 september 1989, *Arr. Cass.* 1990, 12, *Pas.* 1990, I, 11).

Maar een arts is tegenover de tuchtoverheid wel eerlijkheid en loyauteit verschuldigd, op grond van de plichtenleer (Cass. 29 mei 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1329; *R.W.* 1986-87, 1027; *Pas.* 1986, I, 1194; *J.T.* 1987, 331 met noot P. LAMBERT; F. DUMON, *t.a.p.*, 22: "Ceux qui sont convoqués devant leurs autorités disciplinaires doivent dire la vérité"; P. LAMBERT, *a.w.*, 71, die pleit voor het stellen van grenzen aan de waarheidsverplichting; zie ook: P. LAMBERT, Uiteenzetting voor de Kamercommissie voor Justitie, *Parl. St.* Kamer 1999-2000, 0695/009, 10). DUMON wees er ook op dat de loyauteitsplicht in botsing dreigt te komen met de door hem bestreden openbaarheid in tuchtzaken. In dit verband is de volgende uitspraak van het Hof van Cassatie van belang. Om te vermijden dat, door de openbaarheid in tuchtzaken enerzijds en het feit dat tegenover de tuchtoverheid geen geheimhoudingsplicht bestaat anderzijds, geheimen bekend zouden geraken in hoofde van onbevoegden mag de raad van beroep beslissen "dat het recht op een openbare behandeling moet wijken voor de zorg voor het beroepsgeheim. Hij oordeelt daarover op onaantastbare wijze" (Cass. 23 december 1988, *Arr. Cass.* 1989, 522; *Pas.* 1989, I, 468; *R.W.* 1988-89, 1086) (zie hieromtrent boven, nr. 217).

1309 Een arrest van het Arbitragehof (nr. 3/2001, 25 januari 2001, *B.S.* 10 februari 2001) zou de loyauteitsverplichting van artsen tegenover hun tuchtoverheid op de helling hebben gezet. Voor het Arbitragehof doorstaat de onvoorwaardelijke loyauteitsverplichting tegenover de tuchtoverheden van de politie de toets van de evenredigheid tussen doel en middelen niet wanneer ze ook geldt indien de betrokkene zelf het voorwerp van het tuchtonderzoek is. "Er valt niet in te zien dat wat ten aanzien van het personeel van politiediensten niet evenredig is, wel evenredig zou zijn ten aanzien van advocaten of artsen" (D. LINDEMANS, "De waarheidsverplichting van de advocaat tegenover zijn tuchtoverheid op de helling", *R.W.* 2003-04, 56).

1310 De Franstalige raad van beroep van de Orde der geneesheren besliste dat de tuchtrechtelijke bevoegdheid van de raden noodzakelijk impliceert dat degenen die voor een raad worden opgeroepen om te getuigen zich niet achter hun zwijgplicht mogen verschuilen (L. GOFFIN, "L'avocat ou le médecin peut-il révéler à ses autorités disciplinaires le secret dont il est professionnellement le dépositaire?", *Ann. dr.* 1984, 370) (zie boven, nr. 241).

Die uitspraak wordt eveneens geciteerd door THIRY (Y. THIRY, "Problematiek van het beroepsgeheim. Tuchtrecht orde der geneesheer" *Vl. T. Gez.* 1986-87, 328). Deze auteur meent dat de regel geformuleerd in deze uitspraak is overgenomen in artikel 69, tweede lid Code van geneeskundige plichtenleer. Nochtans bevat deze bepaling wel de mogelijkheid zich te beroepen op de geheimhoudingsplicht als men wordt geroepen om in tuchtzaken als getuige op te treden.

§ 6. Geheimhoudingsplicht en het opsporen van misdrijven in de artsenpraktijk

A. ALGEMEEN

1311 Omtrent de verhouding tussen de geheimhoudingsplicht en het opsporen van misdrijven d.m.v. zoeking en inbeslagneming bestonden vroeger twee, tegengestelde opvattingen (L. VIAENE, *Huiszoeking en beslag in strafzaken*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, nr. 473).

Aanvankelijk werd door sommigen voorgehouden dat het beroepsgeheim een strikt persoonlijke aangelegenheid zou zijn van de geconsulteerde arts die enkel verplichtingen voor hem meebracht, terwijl het de gerechtelijke overheid volledig vrij zou staan om alle middelen aan te wenden die zij in geweten geschikt achtte om de waarheid te achterhalen. Voorstanders van deze stelling beriepen zich op de algemene bewoordingen van artikelen 86 en 87 Sv. die aan het recht tot zoeking en inbeslagneming geen enkele beperking m.b.t. het beroepsgeheim opleggen.
Deze zienswijze gaf aanleiding tot reacties in tegengestelde zin. Zo werd beweerd dat telkens wanneer een onderzoeksrechter toegang verlangt tot een artsenpraktijk, de arts verplicht zou zijn de toegang te weigeren. Dit kwam er op neer een onschendbaarheid toe te kennen aan de plaatsen waar de geraadpleegde arts zijn beroep uitoefent.

1312 Rechtspraak en rechtsleer zijn evenwel eensgezind tot de bevinding gekomen dat beide extreme stellingen niet houdbaar zijn.

Het is nooit de bedoeling geweest van de wetgever aan de praktijk van de arts een soort asielrecht te verlenen, waardoor zowel de verdachte stukken als de overtuigingsstukken onvoorwaardelijk aan de gerechtelijke opsporingen kunnen onttrokken worden. Toch is de plicht tot geheimhouding niet denkbaar zonder een recht tot geheimhouding dat op zijn beurt moet geëerbiedigd worden ook door het gerecht.

1313 Volgens VIAENE ligt de oplossing voor het probleem dat zich hier voordoet in een parallelle benadering tussen de ontheffing van de verplichting getuigenis in rechte af te leggen en de onschendbaarheid van de aan de arts toevertrouwde documenten bij zoeking en inbeslagneming. De plicht tot eerbiediging van het recht tot geheimhouding is onsplitsbaar. Wanneer de bekendmaking niet door getuigenis kan afgedwongen worden, kan dat in de regel evenmin door huiszoeking of beslag (L. VIAENE, *a.w.*, 474). Deze oplossing is zeer bruikbaar voorzover de arts geen verdachte is van het misdrijf (zie verder, nr. 1315). Wanneer de arts daarentegen zelf verdacht is van het misdrijf, dient zich een andere oplossing aan (zie verder, nr. 1319).

B. ARTS IS GEEN VERDACHTE

1314 De medische praktijk is geen asielplaats. Artikel 458 Sw. kan dan ook niet worden ingeroepen tegen huiszoekingen en inbeslagnemingen.

1. Voor beslag vatbare zaken

1315 Voor beslag zijn vatbaar de overtuigingsstukken en de bewijselementen.

Onder overtuigingsstukken worden verstaan de overtuigingsstukken in de strikte zin, zoals omschreven door artikel 42 Sw. De geheimhouding betreft nooit deze overtuigingsstukken omdat het niet tot de normale uitoefening van het medisch beroep behoort dergelijke stukken te bewaren (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 475).

"Onder bewijselementen worden verstaan alle zaken die, ofschoon zij niet het voorwerp uitmaken van het misdrijf, niet gediend hebben om het te plegen, noch ertoe bestemd waren of ook niet uit het misdrijf voortkomen, niettemin toch een element zijn in het bewijs van schuld of onschuld, of tot beoordeling van de graad van de schuld" (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 477). Over de inbeslagneming van bewijselementen die zich in handen van de arts bevinden, bestaat geen eensgezindheid. Maar in de praktijk wordt meestal aanvaard dat dit mogelijk is, behalve de voorwerpen en de bescheiden die hun ontstaan hebben gevonden in de betrekkingen tussen de patiënt en de arts, zoals het medisch dossier. Dat kan niet in beslag worden genomen.

2. *Voorzorgsmaatregelen bij zoeking*

a. Bewijzen of zware vermoedens

1316 De gerechtelijke overheid zal in een artsenpraktijk slechts tot zoeking overgaan, indien er bewijzen bestaan of minstens zware vermoedens gesteund op nauwkeurige en betrouwbare gegevens, dat er bij deze arts overtuigingsstukken of voor beslag vatbare bewijselementen van het misdrijf berusten (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 480).

b. Respect voor gebruiken inzake opsporing en inbeslagneming

1317 Wanneer men een zoeking in een artsenpraktijk verantwoord acht, komt het er op aan de zoeking zodanig te verrichten dat de geheimhouding van de patiëntendossiers en andere documenten die onder het medisch beroepsgeheim vallen gevrijwaard blijft. Geen enkele wettelijke regeling heeft hierin voorzien. Wel zijn er in dat verband tradities gegroeid. De niet-naleving ervan is op zichzelf geen oorzaak van de onwettigheid van de zoeking, maar de inbeslagneming van een stuk dat door de geheimhoudingsplicht is gedekt of dat slechts door een schending van die plicht kon worden bemachtigd, is onwettig en bijgevolg nietig. Om dit te voorkomen hebben de officieren van gerechtelijke politie er dus alle belang bij de gevestigde tradities inzake opsporing en inbeslagneming zo getrouw mogelijk na te leven (L. VIAENE, *a.w.*, 481).

De door VIAENE bedoelde tradities stemmen vrijwel volledig overeen met de voorzorgsmaatregelen die de Nationale raad van de Orde der geneesheren in een advies van 8 maart 1975 heeft geformuleerd (*T. Orde Geneesh.* 1975, afl. 24, 56-58).

De onderzoeksrechter zal persoonlijk overgaan tot de huiszoeking in de artsenpraktijk (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 482; advies Nationale raad, I, 3). De zoeking gebeurt in aanwezigheid van een lid van de (provinciale) raad van de Orde der geneesheren waartoe de arts behoort (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 483; advies Nationale raad, I, 4). Alle documenten die berusten in de plaatsen waar de arts zijn beroep uitoefent, worden geacht in het kader van de beroepsuitoefening te zijn toevertrouwd en worden door het beroepsgeheim beschermd (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 484). Het advies van de Nationale raad is op dit punt minder genuanceerd. Wanneer de arts niet verdacht wordt van een misdrijf "mag het object van de inbeslagneming niet zijn medische documenten of andere bewijsstukken die betrekking hebben op de door een arts aan een zieke verstrekte zorgen" (advies Nationale

raad, II, B). Over de afbakening van de bevoegdheden van de onderzoeksrechter en het lid van de raad van de orde bestaan sterk uiteenlopende opvattingen (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 485).

VIAENE maakt een onderscheid tussen de eigenlijke zoeking en de inzage van de aangetroffen documenten. Het lijdt geen twijfel, aldus VIAENE, dat de bevoegdheid tot eigenlijke zoeking krachtens de wet zelf uitsluitend aan de onderzoeksrechter behoort. In geen enkel geval kan hij dit recht overdragen aan de tuchtoverheid of een door hem aangesteld expert. Wel zal hij zoals reeds vermeld, de zoeking doen in aanwezigheid van een lid van de raad van de orde alsook van de arts bij wie wordt opgetreden (zie voor dit laatste eveneens: het advies van de Nationale raad, I, 1. Dit advies erkent dat noch de voorzitter noch het lid van de raad van de orde zich mogen verzetten tegen de huiszoeking noch tegen de inbeslagneming, zie: I, 5). Wanneer de onderzoeksrechter nu stukken aantreft "die alleen reeds te oordelen naar hun uiterlijk voorkomen, enig verband kunnen hebben met de uitoefening van het beroep, zal hij ze overhandigen aan de afgevaardigde van de disciplinaire overheid zonder zelf kennis te nemen van hun inhoud" (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 485; in dezelfde zin: P. LAMBERT, *a.w.*, 176-177). Volgens het advies van de Nationale raad kan het lid van de raad zich in dit geval verzetten tegen de inbeslagneming maar haar niet verhinderen. In die zin ook: VIAENE: "De onderzoeksrechter moet zich niet onvoorwaardelijk neerleggen bij de zienswijze van de tot zwijgen gerechtigde of bij deze van de disciplinaire overheid. De onderzoeksrechter beslist in laatste instantie of hij een geschrift in beslag neemt of niet" (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 489).

Bij betwisting zal de onderzoeksrechter tot inbeslagneming kunnen overgaan, zonder de stukken in te zien. Volgens VIAENE komt het toe aan het lid van de raad van de orde om de betwiste stukken in te zien. "Toelaten dat de onderzoeksrechter wel inzage neemt van alles wat hem tijdens de zoeking onder de hand valt zou insluiten dat men aanneemt dat het recht tot geheimhouding vrijelijk mag geschonden worden" (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 486). Het advies van de Nationale raad bevat de volgende regeling in geval van betwisting tussen de onderzoeksrechter en het lid van de raad van de orde: "Indien de onderzoeksrechter niettemin meent de stukken te moeten in beslag nemen, mag de afgevaardigde in het proces-verbaal doen akte geven van zijn meest uitdrukkelijk voorbehoud, zich baserend op de eerbiediging van het beroepsgeheim; hij mag ook eisen dat de inbeslaggenomen stukken in een verzegelde omslag zullen geborgen worden, waarop hij zijn handtekening zal zetten. Deze omslag zal later slechts in aanwezigheid van een lid van de raad der orde mogen geopend worden" (advies Nationale raad, II, B). Over de rol van het lid van de raad van de orde schrijft VIAENE nog dat hij "niet de verdediger van de verdachte, of de geraadpleegde (is), noch de tegenstrever van de onderzoeksrechter, noch een scheidsrechter tussen deze personen" (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 488).

Zie ook: het advies van de Nationale raad uitgebracht op 20 november 1999, "Huiszoeking en inbeslagneming van medische documenten – Rol van de afgevaardigde van de provinciale raad", *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 87: "de rol van een arts afgevaardigd door zijn provinciale raad bij een inbeslagneming of bij een huiszoeking bestaat erin te waken over het respect van het medisch beroepsgeheim. Hiervoor moet hij de aangetroffen en eventueel in beslag te nemen stukken als eerste onderzoeken".

C. ARTS WORDT VERDACHT

1. "Beroepsmisdrijf sluit beroepsgeheim uit"

1318 Artikel 458 Sw. vormt geen wettelijk beletsel tegen de inbeslagneming van een medisch dossier. Een arts die ervan wordt verdacht als arts, in de uitoefening van zijn beroep, een misdrijf te hebben gepleegd, kan zich niet beroepen op een onbeperkt beroepsgeheim teneinde zich aan de vervolgingen te onttrekken (Brussel 23 april 1999, *T. Gez.* 1999-00, 353, noot M.-H. BOULANGER). Bij de beoordeling van het al dan niet wettelijk karakter van de inbeslagneming dient geen onderscheid te worden gemaakt tussen de gevallen

waarin een patiënt zelf om de opheffing van het beroepsgeheim verzoekt of integendeel vraagt om de geheimhouding te bewaren (Cass. 5 februari 1985, *Arr. Cass.* 1985, 760; *Pas.* 1985, I, 670; *Journ. proc.* 1985, afl. 59, 28; *In casu* betrof het een vruchtafdrijving; zie in dezelfde zin m.b.t. hetzelfde misdrijf: Cass. 22 december 1992, *Arr. Cass.* 1992, 1462; *Pas.* 1992, I., 1402; *R.W.*, 1993-94, 464 noot M. WOUTERS; *R.D.P.* 1993, 650; Corr. Gent 18 september 1987, *Vl. T. Gez.* 1987- 88, 340 noot M. VAN LIL; Corr. Gent 12 februari 1988, *T.G.R.* 1988, 35; *Vl. T. Gez.* 1987- 88, 347 noot M. VAN LIL). Het beroepsmisdrijf sluit aldus het beroepsgeheim uit.

Onder een "beroepsmisdrijf" verstaat VIAENE "het misdrijf gepleegd door de noodzakelijke vertrouwensman waardoor zijn beroepsactiviteit in het gedrang wordt gebracht" (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 491). Denk aan vruchtafdrijving, (on)vrijwillige slagen of verwondingen, valsheid in medische geschriften, opzettelijke levensbeeïndiging zonder verzoek van de betrokkene enz. Ook misdrijven die verband houden met de reglementering inzake de ziekteverzekering kunnen als een beroepsmisdrijf worden beschouwd. Overeenkomstig artikel 169, tweede lid Z.I.V.-Wet 1994 oefenen de geneesheren inspecteurs van het R.I.Z.I.V. hun opdracht uit overeenkomstig de bepalingen van de Wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie. Op grond van deze bepaling kunnen deze inspecteurs een medisch dossier in beslag nemen (zie hierover: PURNELLE, *t.a.p.*,166 en een nota van de studiedienst van de Nationale raad van de Orde der geneesheren, *T. Orde Geneesh.* 1993, nr. 60, 31 alsook de reactie hierop van de Algemeen Geneesheer-Inspecteurs van het R.I.Z.I.V., *T. Orde Geneesh.* 1993, nr. 61, 20; zie omtrent deze problematiek in het algemeen: M. DELHUVENNE, "Juridische en administratieve implicaties in de medische controles in de ziekteverzekering", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 197-219 en P. BALLEGEER, "De strafrechtelijke sanctionering van de verzorgingsverstrekkers bij de benadeling van de ziekteverzekering", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1988, 88-90).

1319 Ook wanneer de arts geen verdachte is maar er op hem niettemin verdenkingen wegen, zullen de stukken die een streng vertrouwelijk karakter hebben hun vertrouwelijk karakter verliezen zodra zij op het misdrijf betrekking hebben (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 493).

2. *Voor beslag vatbare zaken*

1320 Wanneer de arts verdacht wordt van een misdrijf of op hem verdenkingen rusten, kunnen niet alleen de overtuigingsstukken en de bewijselementen (zie boven, nr. 1314 en 1315) in beslag worden genomen, maar ook brieven, aantekeningen en andere stukken of geschriften die tussen arts en patiënt werden uitgewisseld, zelfs als zij met het oog op de behartiging van de toevertrouwde belangen werden opgesteld (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 493 en 506, zie eveneens: het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren i.v.m. huiszoeking en inbeslagneming, *T. Orde Geneesh.* 1975, afl. 24, 57: "In principe mag de rechter alles in beslag nemen wat hem nuttig schijnt").

3. *Voorzorgsmaatregelen*

1321 Aan een huiszoeking bij een arts die verdacht is van een misdrijf worden niet dezelfde strenge eisen gesteld als aan de zoeking in de praktijk van een arts op wie geen verdenkingen wegen. Zware vermoedens dat zich voor beslag vatbare stukken in de praktijk bevinden zijn dan niet vereist (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 494).

In beginsel moeten evenwel dezelfde voorzorgsmaatregelen genomen worden als i.v.m. de zoeking bij de arts die geen verdachte is van een misdrijf (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 495; advies Nationale raad, I).

Ook in dit geval worden deze voorzorgsmaatregelen in acht genomen om te vermijden dat bij het verrichten van het onderzoek medische geheimen zouden bekend geraken zonder dat dit voor de opsporing en bestraffing van het misdrijf noodzakelijk is (Corr. Gent 18 september 1987, *Vl. T. Gez.* 1987-88, 340 noot M. VAN LIL; Corr. Gent 12 februari 1988, *T.G.R.* 1988, 35; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 347 noot M. VAN LIL; zie eveneens de oudere rechtspraak en literatuur bij: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 202, noot 28; P. LAMBERT, *a.w.*, 175-177). Van deze voorzorgsmaatregelen mag omwille van "praktische efficiëntie-overwegingen" slechts worden afgeweken "waar een snel en/of onverwachts optreden de enige mogelijkheid biedt om te voorkomen dat bewijsstukken zouden worden weggemaakt" (Corr. Gent 18 september 1987, *Vl. T. Gez.* 1987-88, 340 noot M. VAN LIL; Corr. Gent 12 februari 1988, *T.G.R.* 1988, 35; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 347, noot M. VAN LIL). In dit geval is de taak van het lid van de raad van de Orde der geneesheren anders en delicater dan wanneer de arts niet verdacht wordt van een misdrijf. In dat laatste geval is inbeslagneming van medische gegevens niet de bedoeling van de zoeking. In het thans besproken geval wel. Luidens het advies van de Nationale raad zal de taak van het lid van de raad van de orde erin bestaan te waken voor de beveiliging van het medisch beroepsgeheim van de personen die met het misdrijf niets hebben te maken. Zo moet hij zich verzetten tegen de inbeslagneming van een hele steekkaartenbak maar hij moet wel toelaten dat de door de rechter aangeduide steekkaarten er uit genomen worden. Bij betwistingen moet het lid van de raad de verzegeling eisen van alle in beslag genomen documenten. Het is niet de taak van het lid van de raad van de orde bepaalde documenten uit het dossier te verwijderen of zinnen te schrappen (Corr. Gent 16 mei 1984, *T.G.R.* 1985, 125).

VIAENE acht het "minder aangewezen" dat de afgevaardigde van de raad van de orde een zgn. wetsdokter zou zijn (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 503). Het advies van de Nationale raad is radicaler: "de wetsdokter, die als expert door de rechter wordt aangeduid, heeft geen deontologische rol te vervullen" (*T. Orde Geneesh.* 1975, afl. 24, 58).

D. PLAATS VAN BEWARING EN INBESLAGNEMING

1322 In het voorgaande werd steeds uitgegaan van de zoeking in de praktijkruimte van een arts. De plaats waar de medische documenten worden bewaard heeft als zodanig evenwel geen invloed op de toepasselijkheid van de uiteengezette regels (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 505).

Artikel 15 Ziekenhuiswet bevat de verplichting het dossier van iedere patiënt in het ziekenhuis te bewaren. Overeenkomstig artikel 6 § 1 K.B. 3 mei 1999 houdende bepaling van de algemene minimumvoorwaarden waaraan het medisch dossier, bedoeld in artikel 15 van de Wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987, moet voldoen (*B.S.* 30 juli 1999), worden de dossiers van alle patiënten die de dienst verlaten hebben geklasseerd en bewaard in een medisch archief dat bij voorkeur centraal en elektronisch, of minstens op het niveau van de ziekenhuisdienst wordt gegroepeerd met een enig nummer per patiënt binnen het ziekenhuis. Voorts kunnen medische dossiers zich bevinden in poliklinieken, bedrijfsgeneeskundige diensten, centra voor

medisch schooltoezicht, ziekenfondsen en ook bij een patiënt thuis of in de ziekenhuiskamer waarin hij is opgenomen.

Een geval apart is de zoeking en inbeslagneming van een medisch dossier in de zetel van de provinciale raad van de Orde der geneesheren. Het komt voor dat een arts die moeilijkheden vreest met het gerecht het dossier overbrengt naar de zetel van de provinciale raad waarvan hij lid is. In dat verband heeft de Nationale raad in het advies van 15 november 1986 de volgende houding aangenomen: "De Nationale raad is de mening toegedaan dat een plaatsopneming door het Parket in de kantoren van een provinciale raad slechts kan gebeuren voorzover de betrokken voorzitter er voorafgaandelijk van in kennis wordt gesteld dat het Parket een huiszoeking zal uitvoeren. Bij elke plaatsopneming hoort de provinciale raad te wijzen op de principes die ter zake moeten worden nageleefd" ("Tuchtzaken – Plaatsopneming door het parket", *T. Orde Geneesh.* 1986, nr. 35, 16-17). Ook het disciplinair dossier lastens een arts kan op de zetel van de betrokken provinciale raad van de Orde der geneesheren in beslag worden genomen, wanneer dit stuk het voorwerp uitmaakt van een strafbaar feit, *in casu* omschreven in artikel 445 Sw. (zie: het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren van 17 december 94, "Disciplinair dossier", *T. Orde Geneesh.* 1994, nr. 67, 25).

De patiëntenkamers in een ziekenhuis kunnen worden beschouwd als woning in de zin van artikel 184 Franse Code pénal en genieten als zodanig van de onschendbaarheid van de woning (Parijs 17 maart 1986, *Gaz.Palais* 2-3 juli 1986, noot J.P. DOUCET; zie ook: J.P. DOUCET, *La protection pénale de la personne humaine,* Université de Liège, Faculté de droit, 1979, 190).
Zie voor een zelfde gedachte maar op grond van artikel 8 E.V.R.M.: J. DE BOER, *Art. 8 E.V.R.M. Algemeen*, Preadvies Nederlandse Juristenvereniging, 1990, 48.

E. SANCTIES

1323 Wanneer een stuk in beslag wordt genomen dat door het beroepsgeheim is gedekt of wanneer het maar kon worden bemachtigd door een schending van de geheimhoudingsplicht is de inbeslagneming onwettig en bijgevolg nietig (L. VIAENE, *a.w.*, nr. 481; P. LAMBERT, "Le secret professionnel et les dossiers de l'aide sociale" *J.T.* 1987, 540: in geval van onwettige inbeslagneming geldt het algemeen rechtsbeginsel dat voorschrijft dat ieder bewijselement dat op onwettige wijze werd verworven, uit het dossier moet worden geweerd; zie ook: Corr. Gent 16 mei 1984, *T.G.R.* 1985, 125; Brussel 9 juni 1999, *De Verz.* 1999, 655, noot A. PIRE; Rb. Aarlen 18 november 1994, *J.T.* 1995, 500; Rb. Tongeren 3 december 1993, *Limb. Rechtsl.* 1994, 95).

F. TELEFOONTAP BIJ EEN ARTS VERDACHT VAN EEN MISDRIJF

1324 Artikel 91*octies* Sv. bepaalt dat een onderzoeksrechter kan overgaan tot het afluisteren, de kennisneming en het opnemen van de privé-communicatie of telecommunicatie tijdens de overbrenging ervan als deze maatregel betrekking heeft op de lokalen aangewend voor beroepsdoeleinden, de woonplaats of de communicatie- of telecommunicatiemiddelen van een arts, die wordt verdacht een in artikel 90*ter* Sv. vermeld misdrijf te hebben gepleegd of eraan te hebben deelgenomen. De maatregel mag bovendien niet ten uitvoer worden gelegd zonder dat de vertegenwoordiger van de provinciale orde (*sic*) van geneesheren ervan op de hoogte is. Deze vertegenwoordiger zal door de onderzoeksrechter ook in kennis worden gesteld van hetgeen volgens hem als communicatie of telecommunicatie onder het beroepsgeheim valt en bijgevolg

niet wordt opgetekend in het proces-verbaal overeenkomstig artikel 90*sexies*, derde lid Sv. (zie over deze bepaling: Arbitragehof nr. 26/96, 27 maart 1996, *R.W.* 1996-97, 427 en R. DEVLOO, "Het beroepsgeheim van de accountant na het arrest van het Arbitragehof van 27 maart 1996", *R.W.* 1996-97, 422).

HOOFDSTUK II
MEDISCH GETUIGSCHRIFT

AFDELING I

BEGRIP EN INHOUD

1325 Een getuigschrift is een geschreven verklaring waarin door een gezaghebbend persoon een getuigenis wordt gegeven omtrent iemands bekwaamheid of hoedanigheden (VAN DALE). Toegepast op een medisch getuigschrift betekent dit een geschreven verklaring waarin door een arts een getuigenis wordt gegeven omtrent iemands gezondheidstoestand in de brede zin van het woord, met inbegrip van onderzoeken en behandelingen. Getuigschriften, attesten en certificaten zijn synoniem. Kenmerkend voor een medisch getuigschrift is de getuigenis hetgeen impliceert dat een medisch getuigschrift steeds bestemd is voor een derde: "de finaliteit van medische certificaten is steeds iets naar buiten uit, dit is aan derden, kenbaar maken" (K. SCHUTYSER, *a.w.*, 284; P. MARCHAL, "Les incapables majeurs", in *Rép. not.*, t. I, 1, VIII, Brussel, Larcier, 1998, 284, nr. 395: "un écrit rédigé par un médecin et destiné à des tiers pour faire preuve d'un fait médical concernant la personne examinée"; P. LUCAS, "Philosophie des certificats médicaux", *Con. M.* 1996, afl. 4, 173-176).

Het document waarin een arts aan zijn patiënt schriftelijke informatie verschaft over zijn gezondheidstoestand (zie: art. 7 Patiëntenrechtenwet) beantwoordt niet aan de definitie van getuigschrift. Hetzelfde kan worden gezegd van een afschrift of kopie van (een gedeelte van) het patiëntendossier dat een arts aan zijn patiënt op diens verzoek overhandigt in toepassing van artikel 9 Patiëntenrechtenwet. Dit afschrift is niet voor een derde bestemd, is geen getuigenis en kan niet als een getuigschrift worden beschouwd (zie boven, nr. 384-385). Vooral in de medische deontologie wordt de opvatting verdedigd dat zich geen problemen inzake beroepsgeheim stellen, wanneer het medisch getuigschrift wordt overhandigd aan de patiënt die er vervolgens mee kan doen wat hij wenst, bv. het overhandigen aan een derde. Men noemt een dergelijk getuigschrift wel eens een getuigschrift "voor persoonlijk gebruik" (zie: T. BALTHAZAR, *Arts, werknemer en sociaal verzekerde*, *a.w.*, III, 631 en de verwijzingen aldaar naar enkele medische deontologische geschriften). Dat is een *contradictio in terminis*. Bovendien beroept deze "omzeilings"-constructie zich ten onrechte op het gegeven dat de arts tegenover de patiënt geen beroepsgeheim heeft. Dat laatste is uiteraard juist, maar niet ter zake vermits de medische gegevens niet in de eerste plaats voor de patiënt, maar voor een derde bestemd zijn (I. MASSIN, "La preuve de l'insanité d'esprit du testateur au moyen de certificats médicaux: violation du secret médical?", *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 147). Bovendien, indien deze opvatting wel ter zake zou zijn, valt niet in te zien waarom een arts de afgifte van een medisch getuigschrift zou mogen weigeren, hetgeen toch algemeen aanvaard is (zie verder). De arts die een getuigschrift aflevert draagt de verantwoordelijkheid na te gaan of de toestemming van de patiënt voor het bekendmaken van zijn gegevens aan een derde vrij en voorgelicht is. In de zgn. omzeilingsconstructie schuift de arts die verantwoordelijkheid van zich af (H. NYS, "De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 1996 en 1997", *T. Gez.* 1998-99, 111-137; T. BALTHAZAR, *a.w.*, 633; in dezelfde zin: I. MASSIN, *t.a.p.*, 146-147). Het enkele feit dat de gegevens vervat zijn in een getuigschrift dat rechtstreeks aan de patiënt overhandigd wordt, verantwoordt op zich nog niet de bekendmaking van die gegevens (anders: A. VANDEPLAS, "Over het beroepsgeheim van de advocaat", noot onder Cass. 12 november 1997, *R.W.* 1998-99, 817: "een geneesheer die aan zijn patiënt een attest afgeeft betreffende zijn gezondheidstoestand pleegt natuurlijk geen inbreuk op art. 458 Sw.").

1326 Omdat een medisch getuigschrift bestemd is voor een derde dient steeds de vraag te worden gesteld naar de rechtvaardiging van de bekendmaking van medische gegevens aan deze derde. Het maakt in dit verband geen enkel verschil uit of het getuigschrift rechtstreeks aan de derde wordt overhandigd dan wel onrechtstreeks doordat de arts het eerst afgeeft aan de patiënt die het op zijn beurt overhandigt aan de derde. In beide gevallen bestaat de bedoeling opzettelijk medische gegevens bekend te maken aan een derde en rijst de vraag naar de rechtvaardiging van die bekendmaking.

AFDELING II

AFLEVERING AAN DE PATIËNT

1327 De rechtspraak aanvaardt dat een arts aan zijn patiënt een getuigschrift mag afleveren waarin hetzij de gezondheid (positief getuigschrift) hetzij de afwezigheid van een ziekte (negatief getuigschrift) wordt bevestigd (Bergen 1 juni 1987, *R.G.A.R.* 1988, 11.364; Rb. Brussel 27 februari 1975, *R.G.A.R.* 1976, 9581; Rb. Brugge 19 januari 1988, *R.W.* 1988-89, 757; zie hieromtrent uitgebreider: H. NYS, "De aflevering van medische certificaten", *Vl. T. Gez.* 1981-82, 32 en K. TROCH, "Het medisch beroepsgeheim en zijn impact op de levensverzekering", *R.W.* 1993-94, 1257).

1328 De patiënt kan zijn arts niet dwingen een getuigschrift af te leveren (Arbh. Bergen 5 september 1980, *J.T.* 1980, 742 noot R. GROSEMANS; *J.T.T.* 1981, 107; *T.S.R.* 1981, 71; *R.D.P.* 1981, 99 noot R.G.; *Inf. R.I.Z.I.V.* 1981, 151 noot R. GROSEMANS; K. TROCH, *t.a.p.*, 1257).

Zie ook: artikel 67 Code van geneeskundige plichtenleer. De inhoud van deze bepaling lijkt niet helemaal verenigbaar met artikel 102 zelfde Code: "De geneesheer moet gewetensvol en in alle objectiviteit elk voor het verkrijgen van sociale voordelen vereist document opstellen". De verplichting kan zowel slaan op het gewetensvol en objectief opstellen als op het overhandigen, zonder hetwelk het opstellen doorgaans weinig zin heeft.

1329 Het afleveren van een getuigschrift aan de patiënt waarin medische gegevens van die patiënt worden bekend gemaakt kan worden beschouwd als een toepassing van de toestemming van de patiënt als geldige rechtvaardiging van een inbreuk op artikel 458 Sw. (zie boven, nr. 1273 e.v.; in die zin ook: I. MASSIN, *t.a.p.*, 147: "aussi croyons-nous que le fondement de cette solution d'admissibilité d'un certificat délivré au patiënt et destiné à un tiers réside dans le consentement du patient". Op die wijze maakt de arts, met toestemming van de patiënt en langs hem om, gegevens bekend die onder de geheimhoudingsplicht vallen.

1330 Vermits de toestemming van de patiënt slechts een geldige rechtvaardigingsgrond is voorzover zij vrijwillig wordt gegeven (zie boven, nr. 1273 e.v.) mag de arts slechts ingaan op het verzoek van een patiënt mits deze niet onder

druk werd gezet door een derde om dit getuigschrift te vragen aan de arts. Deze druk, en *a fortiori* dwang, tast de vrijwilligheid van de toestemming aan. De bekendmaking van de gegevens is dan niet gerechtvaardigd.

Om deze reden weerde de Rechtbank te Luik in een echtscheidingsprocedure een certificaat uit de debatten dat door een patiënt aan zijn echtgenote was overhandigd hoewel uitdrukkelijk was vermeld dat het om een strikt vertrouwelijk document ging. De rechtbank twijfelde aan de vrije toestemming van de patiënt (Rb. Luik 18 april 1986, *Jur. Liège* 1986, 418-419; zie ook: Brussel 27 januari 1998, *A.J.T.* 1998-99, 57-60: medische attesten en briefwisseling van een partij met zijn arts en advocaat zijn beschermd door het medisch beroepsgeheim. Zelfs als de andere echtgenoot er niet op onrechtmatige wijze van in bezit is gekomen, mag hij ze niet in een procedure tot echtscheiding gebruiken zonder de toestemming van de betrokken echtgenoot).

1331 De aflevering van een medisch getuigschrift aan de patiënt in het kader van persoonsverzekeringen wordt geregeld door specifieke wetgeving, nl. artikel 95 Wet Landverzekeringsovereenkomst.

Aanvankelijk bevatte dat artikel een verplichting tot aflevering van de geneeskundige verklaringen die voor het sluiten of het uitvoeren van de overeenkomst nodig zijn (zie: R. BROCHIER, "Het medisch beroepsgeheim en de wetgeving betreffende gevoelige persoonsgegevens", *Con. M.* 1995, afl. 3, 53-62; H. CLAASSENS, "Medische informatie en beroepsgeheim inzake persoonsverzekeringen", in X., *De nieuwe wet op de verzekeringsovereenkomst. Wat nu in de praktijk?*, 125-137; R. DEBERDT, "De geneesheren en de Wet op de landverzekeringsovereenkomst", *T. Orde Geneesh.* 1993, nr. 61, 33-43; R. DEBERDT, "Het medisch beroepsgeheim en de orde van de Geneesheren", in X., *Medisch beroepsgeheim en verzekeringen*, 1995, 65-95; D. FRERIKS, "De verzekeringswet van 25 juni 1992 en het medisch beroepsgeheim", *T. Gez.* 1994-95, 193-207; P. GORIS, "Mededeling van medische gegevens aan private verzekeraars", *Medi-ius* 1996, nr. 2, 2-8; "Landverzekeringsovereenkomst", *T. Orde Geneesh.* 1996, nr. 74, 25; H. NYS, "Van afkomst naar toekomst? Juridische grenzen van erfelijkheidsonderzoek bij verzekeringen", *T. Verz.* 1992, 209-219; K. TROCH, "Het medisch beroepsgeheim en zijn impact op de levensverzekering", *R.W.* 1993-94, 1217-1301).

1332 Artikel 19 Patiëntenrechtenwet heeft deze bepaling grondig gewijzigd.

In het wetsontwerp werd de schrapping voorgesteld van het eerste lid van dat artikel. De Memorie van Toelichting verantwoordde deze schrapping door te wijzen op het patiënt-onvriendelijke karakter van deze bepaling. Zij legde een wat de inhoud en de tijdsduur van de informatie betreft onbeperkte verplichting op aan de arts. De commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer sloot zich hierbij aan (advies nr. 30/2001 van 22 augustus 2001, http://www.privacy.fgov.be/). De Raad van State daarentegen deed de suggestie "na te gaan of er geen alternatief bestaat voor het eenvoudig opheffen van de bedoelde volzin". Het kwam de Raad voor dat door het zonder meer afschaffen van deze bepaling, de belangen van de patiënt niet steeds gediend zijn (M.v.T., *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 49). In het advies van de commissie voor verzekeringen van 13 maart 2002 (advies nr. C/2001/10, *onuitg.*) werd eveneens verdedigd dat de eenvoudige schrapping van de eerste zin van artikel 95 geen goede oplossing zou zijn, omdat ze zich kan keren tegen de verzekeringnemer zelf, die volgens de wet verplicht is het risico en het schadegeval volledig aan te geven. Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie dient hij bij een schadegeval bovendien te bewijzen dat hij aan de voorwaarden voldoet om dekking te kunnen genieten. Indien de medische gegevens niet noodzakelijk meer moeten verstrekt worden op verzoek van de verzekerde, loopt deze laatste gevaar de verzekering niet te kunnen sluiten tegen een redelijke prijs of geen aanspraak te kunnen maken op de prestaties van de verzekeraar. Daarom pleitte men voor een herziening van de formulering van artikel 95 om de informatieverstrekking aan strengere voorwaarden te onderwerpen (relevantie, noodzaak, proportioneel verband) en eventueel in burgerlijke sancties te voorzien in geval van niet-naleving van deze voorwaarden. Teneinde tegemoet te komen aan deze opmerkingen, diende de regering een amendement in tot vervanging van artikel 95 (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1642/003, amendement nr. 2).

Krachtens artikel 95, eerste lid Wet Landverzekeringsovereenkomsten is de door de verzekerde gekozen arts niet meer verplicht om de gevraagde medische getuigschriften af te leveren; hij k a n dat doen. Bovendien dienen deze verklaringen zich te beperken tot een beschrijving van de huidige gezondheidstoestand. De gezondheidstoestand uit het verleden (bv. een verslaving die inmiddels genezen is) mag niet worden vermeld.
Het tweede (gewijzigde) lid van artikel 95 bepaalt dat de verklaringen uitsluitend aan de adviserend arts van de verzekeraar worden bezorgd. Dit impliceert meteen dat iedere verzekeraar over een dergelijke arts zal moeten kunnen beschikken. Deze adviserend arts mag aan de verzekeraar geen informatie geven die niet-pertinent is gezien het risico waarvoor de verklaringen werden opgemaakt of betreffende andere personen dan de verzekerde.

Krachtens het vijfde lid van artikel 95 bezorgt de adviserend arts, wanneer er geen risico meer bestaat voor de verzekeraar, de geneeskundige verklaringen terug, op hun verzoek, aan de verzekerde of, in geval van overlijden, aan zijn rechthebbenden (zie: V. CALLEWAERT, "Les modifications apportées à la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre par les lois des 2 et 22 août 2002", *R.G.A.R.*, 20003, 13.733, nr. 19-26).

AFDELING III

AFLEVERING AAN DERDEN

1333 Artsen mogen in principe geen medisch getuigschrift afleveren aan derden, behalve wanneer dit gebeurt op basis van een geldig verleende toestemming van de patiënt of op grond van een wettelijk voorschrift (zie hierover ook: F. SWENNEN, "Alcoholmisbruik, onrechtmatige behandelingsovereenkomst en de bewijsproblemen daaromtrent in de procedure tot echtscheiding", *A.J.T.* 1998-99, 54-55; I. MASSIN, "La délivrance de certificats médicaux à un tiers au regard du secret professionnel", *T. Gez.* 2003-04, 162-174).

1334 Een toepassing van beide beginselen vindt men in het vierde (door de Patiëntenrechtenwet ongewijzigde) lid van artikel 95 Wet landverzekeringsovereenkomsten dat bepaalt dat mits de verzekeraar aantoont de voorafgaande toestemming van de verzekerde te bezitten, de arts van de verzekerde aan de adviserend arts van de verzekeraar een verklaring over de doodsoorzaak geeft. Men spreekt enkel van de "doodsoorzaak" hetgeen de vraag opwerpt of enkel de onmiddellijke en rechtstreekse doodsoorzaak moet worden vermeld dan wel of een ruimere interpretatie mogelijk is. In vele gevallen zal de uiteindelijke doodsoorzaak één (of meerdere) van de verwikkelingen zijn die met de laatste ziekte gepaard gaan. Volgens WEYTS moet geopteerd worden voor een strikte interpretatie aangezien artikel 95, lid 4 een uitzonderingsbepaling is zodanig dat enkel de rechtstreekse doodsoorzaak mag worden meegedeeld zonder de zwijgplicht te schenden (B. WEYTS, "De informatie-

plicht van de kandidaat-verzekerde en de afgifte van het medisch dossier in het raam van de verzekeringsovereenkomst", *T. Gez.* 1997-98, 327-333; "Landverzekeringsovereenkomst – beroepsgeheim", *T. Orde Geneesh.* 1993, nr. 62, 19). De term "arts van de verzekerde" laat niet toe uit te maken welke arts wordt bedoeld. Volgens de Nationale raad van de Orde der geneesheren is de arts die de dood heeft vastgesteld best geplaatst ("Landverzekeringsovereenkomst", *T. Orde Geneesh.* 1993, nr. 60, 18).

1335 De aflevering van een medisch getuigschrift aan derden, in het bijzonder de nabestaanden van de patiënt, zonder dat de patiënt zijn geldige toestemming daarvoor heeft gegeven, is in strijd met het beroepsgeheim. Het beroepsgeheim dient ook na het overlijden van de patiënt te worden bewaard (Gent 21 februari 1997, *T. Not.* 1998, 196; Gent 7 november 1996, *T. Gez.* 1997-98, 325-333, met noot B. WEYTS; K.I. Gent 10 mei 1996, *T. Gez.* 1996-97, 275; Gent 7 september 1995, *T. Not.* 1996, 591; Rb. Luik 2 mei 1994, *J.T.* 1995, 85; *T.B.B.R.* 1995, 332; Bergen 2 december 1976, *R.D.D.* 1978, 392; Bergen 9 december 1975, *Pas.* 1976, II, 162; Brussel 8 maart 1972, *Pas.* 1972, II, 108-109; Brussel 30 maart 1966, *R.W.* 1969-70, 390; Gent 12 april 1965, II, 183; Kh. Brussel 29 januari 1977, *De Verz.*1998, 78). Het recht een arts te ontheffen van zijn zwijgplicht houdt op te bestaan met het overlijden van de persoon die dit recht heeft; het is een persoonlijk en extra-patrimoniaal recht dat niet overgaat op de erfgenamen van de overledene (Rb. Brussel 27 februari 1975, *R.G.A.R.* 1976, 9581; Kh. Brussel 29 januari 1997, *De Verz.* 1998, 78-80, noot A.-J. DUMONT). Zie in zin ook: I. MASSIN, *t.a.p.*, 144.

Bovendien kan een nabestaande niet geldig toestemmen in de aflevering van een getuigschrift waarin medische gegevens worden bekend gemaakt over een overleden familielid. Rb. Brussel 14 mei 1991, *T.B.B.R.* 1992, 436; Rb. Luik 19 januari 1991, *J.L.M.B.* 1992, 620; Rb. Brugge 19 januari 1988, *R.W.* 1988-89, 757; Rb. Luik 19 oktober 1987, *T.B.B.R.* 1989, 80; Rb. Brussel 20 februari 1987, *J.T.* 1987, 525; Luik 2 december 1976, *R.R.D.* 1978, 391 met noot J. DEMBLON; Bergen 9 december 1975, *Pas.* 1976, II, 159; Gent 24 juni 1963, *R.W.* 1963-64, 1128. Zie eveneens Adv. Gen. DUBRULLE, conclusies bij Cass. 19 januari 2001: "*post mortem*, op verzoek van de familie van de overledene afgeleverde medische certficaten worden terecht eensgezind afgewezen"(Cass. 19 januari 2001, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 135-150).

Niettemin wordt door sommige rechtspraak aanvaard dat de erfgenamen van een patiënt diens behandelend arts kunnen ontslaan van zijn geheimhoudingsplicht wanneer zulks onontbeerlijk is voor de vrijwaring van de belangen van de overledene en de eigen morele en materiële belangen van de erfgenamen (Brussel 7 februari 1989, *R.G.A.R* 1991, nr. 11849; Luik 23 december 1988, *Jur. Liège* 1989, 432 met noot P. HENRY; Luik 21 november 1988, *R.G.A.R.* 1991, nr. 11848; Brussel 27 oktober 1976, *Pas.*1977, II, 128; Rb. Brussel 23 april 1999, *T. Gez.* 1999-2000, 353; Rb. Brussel 20 februari 1987, *J.T.* 1987, 525; Rb. Brussel 27 februari 1975, *R.G.A.R.* 1976, nr. 9581). ALLEMEERSCH is van mening dat na het arrest van het Hof van Cassatie van 7 maart 2002 deze rechtspraak allicht aan herziening toe is (B. ALLEMEERSCH, "Medische attesten gebruiken als bewijs in rechte. Hoe relatief is het beroepsgeheim?", *t.a.p.*, 63).

AFDELING IV

GEBRUIK VAN EEN MEDISCH GETUIGSCHRIFT

1336 Een medisch getuigschrift wordt steeds opgesteld met een specifiek doel. Indien de rechtvaardiging van de bekendmaking verband houdt met de toestemming van de patiënt volgt het doelgebonden gebruik uit de noodzakelijk beperkte draagwijdte van de toestemming. Een onbeperkte toestemming zou de bekendmaking niet rechtvaardigen. Indien de rechtvaardiging steunt op een wettelijk voorschrift vloeit het doelgebonden gebruik voort uit de draagwijdte van het wettelijk voorschrift.

Een medisch getuigschrift mag in beginsel enkel worden gebruikt voor het specifieke doel waarmee het werd opgesteld en afgeleverd. Wanneer een medisch getuigschrift op verzoek van de patiënt werd afgeleverd met een welbepaalde bedoeling en het achteraf voor andere doeleinden wordt aangewend zonder dat de attesterende arts en de patiënt hierin hebben ingestemd dan is de bekendmaking van deze gegevens niet langer gerechtvaardigd door de oorspronkelijke toestemming van de patiënt. De bekendmaking houdt dan een strafbare schending van het beroepsgeheim in. Dit geldt ook wanneer een medisch getuigschrift wordt aangewend voor andere doeleinden dan deze voorzien in het wettelijk voorschrift op basis waarvan het werd afgeleverd. M.a.w. éénmaal afgeleverd, blijft een medisch getuigschrift beschermd door het beroepsgeheim van de arts die het heeft opgesteld. Dit gaat slechts op voorzover het medisch getuigschrift werd opgesteld door een arts die als noodzakelijk vertrouwenspersoon valt onder het toepassingsgebied van artikel 458 Sw. Wanneer een medisch getuigschrift of een medisch verslag wordt opgesteld door een arts die geen noodzakelijke vertrouwenspersoon is, dan wordt dat getuigschrift of verslag niet beschermd door artikel 458 Sw. (zie boven).

1337 Het aldus gemaakte onderscheid is van groot belang voor de toelaatbaarheid van het zgn. "dubbel gebruik" van een medisch getuigschrift of gebruik voor een ander dan het oorspronkelijk doel. Wanneer een medisch getuigschrift werd opgesteld na een medisch onderzoek dat wordt uitgevoerd door een arts die geen noodzakelijk vertrouwenspersoon is, dan kan dit getuigschrift worden aangewend voor andere doeleinden zonder dat hierdoor het beroepsgeheim van de attesterende arts wordt geschonden.

Een arrest van het Hof van Beroep te Bergen illustreert deze regel (Bergen 9 april 2001, *J.T.* 2002, 409; *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 151). In een geding over de geldigheid van een testament werd door de partij die de vernietiging ervan vroeg, een medisch getuigschrift voorgelegd dat afkomstig was uit een procedure tot aanstelling van een voorlopig bewindvoerder voor de testator. Uit dit getuigschrift zou blijken dat de testateur ten tijde van het verlijden van het testament niet meer gezond van geest was. De begunstigden eisten dat dit getuigschrift uit de debatten zou worden geweerd. Het hof van beroep aanvaardde evenwel het getuigschrift omdat het regelmatig was afgeleverd in een procedure inzake voorlopig bewind.

1338 Het Hof van Cassatie oordeelde dat artikel 458 Sw. en artikel 1240, derde lid Ger. W. niet verhinderen dat een doktersattest, regelmatig afgeleverd met het oog op het instellen van een vordering tot onbekwaamverklaring van de testateur, wordt overgelegd in een latere procedure tot nietigverklaring van het testament van deze testateur. Het medisch beroepsgeheim is niet absoluut en heeft tot doel de patiënt te beschermen, zodat het niet tot gevolg mag hebben dat de bescherming voortvloeiend uit artikel 901 B.W. aan de geesteszieke wordt ontnomen en dat de geesteszieke niet wordt beschermd tegen zijn eigen daden (Cass. 19 januari 2001, *R.W.* 2001-02, 952; *A.J.T.* 2001-02, 416 met noot S. BROUWERS; *J.T.* 2002, 9; *T. Not.* 2001, 228; *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 136 met noot I. MASSIN; C. TROUET, "Medische getuigschriften en beroepsgeheim", *Juristenkrant* 23 mei 2002, nr. 50, 4; Luik 19 maart 2002, *J.L.M.B.* 2003, 410).

Artikel 1240, tweede lid Ger. W. bepaalt dat het verzoekschrift tot onbekwaamverklaring een opgave bevat van de feiten waaruit "de onnozelheid of de krankzinnigheid" blijkt, terwijl het derde lid bepaalt dat de bewijsstukken, indien die er zijn, bij het verzoekschrift worden gevoegd. Artikel 1244 bepaalt verder dat de rechter één of meer neuro-psychiaters aanwijst om de verweerder te onderzoeken en hem over diens toestand verslag uit te brengen. Uit de vaststellingen van het bestreden arrest bleek dat het niet ging om een verslag dat werd afgeleverd op verzoek van de rechter, maar om een medisch getuigschrift dat gevoegd was bij het verzoekschrift (zie de conclusies van Adv. Gen. DUBRULLE bij het arrest van 19 januari 2001, *Rev. trim. dr. fam., t.a.p.*).

1339 Het arrest van het Hof van Cassatie van 19 januari 2001 gaat er klaarblijkelijk van uit dat de medische getuigschriften gevoegd bij het verzoekschrift tot onbekwaamverklaring door het medisch beroepsgeheim werden beschermd. Dit veronderstelt dat zij door een arts in zijn hoedanigheid van noodzakelijk vertrouwenspersoon werden afgeleverd. Ware dat niet zo dan zouden de getuigschriften niet worden beschermd door het beroepsgeheim en zou de vraag naar een mogelijke schending van artikel 458 zich niet hebben gesteld. Dat zou het geval zijn indien niet de gevoegde medische getuigschriften, maar het verslag van de door de rechter aangewezen neuro-psychiater zou zijn gebruikt in de procedure tot nietigverklaring van het testament.

Of de gevoegde attesten daadwerkelijk werden afgeleverd door een arts in zijn hoedanigheid van noodzakelijke vertrouwenspersoon is een feitenkwestie. Er zijn onvoldoende feitelijke gegevens beschikbaar om hierover uitspraak te doen.

1340 Een medisch getuigschrift dat wordt beschermd door artikel 458 Sw. kan in principe niet voor andere doeleinden worden aangewend zonder deze bepaling te schenden. Aan dit uitgangspunt wordt door het arrest van 19 januari 2001 niet getornd. Wel beslist het arrest dat artikel 458 Sw. niet verhindert dat een getuigschrift door derden die het regelmatig hebben bekomen wordt gebruikt in een latere procedure wanneer dit de bescherming van de patiënt tegen zijn eigen daden, dient.

1341 Het Hof van Cassatie heeft deze zienswijze bevestigd in een arrest van 7 maart 2002 (Cass. 7 maart 2002, *A.J.T.* 2001-02, 921, noot; *J.T.* 2003, 290-

292, met noot I. MASSIN, "Secret médical et insanité d'esprit: jurisprudence récente de la Cour de Cassation"; *T. Gez.* 2002-03, 85 met noot W. DIJKHOFFZ, "Rol van medische getuigschriften in de functionele opvatting van het beroepsgeheim"). Waar het arrest van 19 januari 2001 zich beperkte tot de in het geding zijnde attesten, lijkt het Hof van Cassatie door het gebruik van de woorden "een doktersattest dat regelmatig is afgeleverd *zoals* ..." te willen aangeven dat zijn oordeel niet beperkt mag worden tot het attest in kwestie maar een meer algemene draagwijdte heeft.

Ook de feiten verschilden. Het ging niet om een medisch getuigschrift afgeleverd in het kader van een gerechtelijke procedure maar om een getuigschrift dat werd afgeleverd met het oog op de opname van de testateur in een rust- en verzorgingstehuis. In dit geval staat het buiten kijf dat het getuigschrift werd afgeleverd door een arts handelend in zijn hoedanighied van noodzakelijke vertrouwenspersoon, daar waar hierover in het eerder besproken geval nog enige twijfel had kunnen bestaan. Een ander hiermee samenhangend feitelijk verschil is dat het getuigschrift afgeleverd met het oog op de opname in een rust- en verzorgingstehuis niet eerder in een gerechtelijke procedure was openbaar gemaakt. Dit was wel zo in het eerst besproken geval. Terecht is ALLEMEERSCH van mening dat de interpretatie die was gegeven aan het arrest van 19 januari 2001 als zou het Hof het dubbel gebruik hebben aanvaard omdat het getuigschrift reeds een openbaar karakter had, niet de juiste is (B. ALLEMEERSCH, *t.a.p.*, *T.B.B.R.* 2003, 64).

1342 Door sommigen is aan de arresten van 19 januari 2001 en 7 maart 2002 een ruime interpretatie gegeven. Zo is ALLEMEERSCH van mening dat na deze arresten "het beroepsgeheim nu moet wijken wanneer de patiënt – bij leven of na zijn dood – geacht mag worden daarmee zijn voordeel te doen" (B. ALLEMEERSCH, *t.a.p.*, *T.B.B.R.* 2003, 61). Wellicht is dit ruimer geformuleerd dan het Hof van Cassatie heeft bedoeld. Het beroepsgeheim moet (enkel) wijken wanneer dit de patiënt beschermt tegen zijn eigen daden. Hiermee is nog niet uitgemaakt dat andere voordelen of belangen van de patiënt zonder meer zullen opwegen tegen daarmee strijdige maatschappelijke belangen. Door de inbreuk op het beroepsgeheim geoorloofd te achten wanneer het belang van de patiënt erin bestaat tegen zijn eigen daden te worden beschermd, laat het Hof van Cassatie nog ruimte voor de afweging van andere belangen van de patiënt tegen maatschappelijke belangen.

Dit neemt niet weg dat de kritiek van ALLEMEERSCH op de arresten van 19 januari 2001 en 7 maart 2002 terecht is waar hij schrijft: "de vaste regel die het Hof nu lijkt afgekondigd te hebben, zal niet altijd even billijk zijn". Het is inderdaad nog de vraag of de testator wiens testament wordt vernietigd, dit zou ervaren als zijn belangen dienende. Bestaat de bescherming van artikel 901 B.W. niet in de eerste plaats in de bescherming van de materiële belangen van de erfgenamen? Moeten deze belangen van de nabestaanden dan hoger geacht worden dan het belang van de testator om zijn of haar privacy ook na het overlijden beschermd te zien? In dit verband kan men ook de vraag stellen welk belang van de patiënt tijdens zijn leven primeert. Het belang om zich in een rust- en verzorgingstehuis te kunnen laten opnemen zonder vrees dat men zijn privacy moet prijsgeven of het belang tegen zijn eigen daden te worden beschermd bij het opstellen van een testament? Als dit laatste belangrijker wordt geacht dan het eerste, valt dan niet te vrezen dat sommige mensen zich niet zullen laten opnemen in een rust- en verzorgingstehuis uit vrees dat de daarvoor nodige medische getuigschriften naderhand zullen worden gebruikt in een procedure tot nietigverklaring van hun testament? Dat zou dan niet alleen gaan ten koste van de zorg voor de gezondheid van de betrokkene maar ook het maatschappelijk belang zou daaronder te lijden hebben.

AFDELING V

VALSHEID IN MEDISCHE GETUIGSCHRIFTEN

§ 1. Inleiding

1343 Het leerstuk van de valsheid in geschriften werd door DUPONT ooit bestempeld als "een juridisch labyrint" (L. DUPONT, "Valsheid in medische ge(tuig)schriften", *Vl. T. Gez.* 1984-85, 288). Dit is volgens hem vooral te wijten aan het feit dat de strafwetgever verregaande onderscheidingen heeft gemaakt tussen diverse soorten getuigschriften en valsheidprocédé's en hieraan zeer uiteenlopende strafrechtelijke regimes heeft verbonden. Hoewel een aantal artikelen van het Sw. in het bijzonder betrekking hebben op "medische getuigschriften", vnl. artikel 204 Sw., (zie verder, § 2) mag niet uit het oog worden verloren dat het Sw. de valsheid in tal van medische geschriften niet specifiek, als zodanig, heeft strafbaar gesteld. Dit betekent geenszins dat de valsheid in deze niet afzonderlijk vernoemde medische geschriften aan de strafbaarheid ontsnapt. In de meeste gevallen zullen de valsheden in medische ge(tuig)schriften strafbaar zijn zoals de valsheden in andere geschriften (L. DUPONT, *a.w.*, 295; zie verder, § 3). Bepaalde medische getuigschriften zijn door de wetgever op een bijzondere wijze beschermd tegen vervalsing (zie verder, § 4). Ten slotte wordt het wijzigen van een medisch getuigschrift door een onbevoegde besproken (zie verder, § 5).

§ 2. Valselijk bevestigen van ziekte of gebrek (art. 204 Sw.)

1344 Artikel 204 Sw. stelt strafbaar met gevangenisstraf van 8 dagen tot 2 jaar de arts die, om iemand te bevoordeligen, valselijk het bestaan bevestigt van ziekten of gebreken waarvoor vrijstelling kan worden verleend van een wettelijk verschuldigde dienst of van enige andere door de wet opgelegde verplichting. Indien de arts zich daartoe heeft laten bewegen door giften of beloften, dan wordt de straf verhoogd tot minimum een jaar en maximum vijf jaar. Hij kan tevens worden ontzet uit zijn politieke en burgerlijke rechten. Er kunnen in dit artikel vijf toepassingsvoorwaarden worden onderscheiden, die in de onderstaande paragrafen zullen worden toegelicht (zie: P. ARNOU, "De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 47).

A. GETUIGSCHRIFT

1345 Dat voor de toepassing van artikel 204 Sw. een getuigschrift wordt vereist, staat niet met zoveel woorden in de tekst van deze bepaling.

Artikel 204 bevindt zich echter in afdeling II van Boek I, Titel III, Hoofdstuk IV Sw. en deze afdeling heeft betrekking op geschreven stukken.
De Strafwet geeft geen bepaling van het getuigschrift. Het begrip moet dus in zijn gebruikelijke betekenis worden verstaan d.w.z. "een schriftelijke verklaring die van een feit of een beoordeling

getuigt; het is een geschreven getuigenis" (J. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *Valsheid in geschriften*, in *A.P.R.*, Gent/Leuven, Story-Scientia, 1975, nr. 212). Dezelfde auteurs plaatsen artikel 204 bij de artikelen die de zgn. "geneeskundige getuigschriften" beschermen (*t.a.p.*, nr. 222) (zie ook: L. DUPONT, *a.w.*, 294, nr. 28; L. DUPONT, "Valsheid in geschriften", in J. DE PEUTER e.a., *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, 1990, nr. 44).

B. BEVESTIGING VAN EEN ZIEKTE OF GEBREK

1346 Het bestaan van een ziekte of gebrek moet met het vereiste bedrieglijk opzet, nl. de vrijstelling van een plicht of een dienst, gebeuren. Als de arts zich vergist in zijn diagnose en ten onrechte een ziekte bevestigt in een getuigschrift, vindt de Strafwet geen toepassing (W. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 224).

Dit leidt tot bewijsmoeilijkheden en verklaart waarom dit artikel maar zelden tot vervolging aanleiding geeft. Volgens DELHUVENNE is deze bepaling een "in de vergeethoek geraakte beschikking" (M. DELHUVENNE, noot onder Corr. Brugge 11 februari 1980, *Vl. T. Gez.* 1980-81, afl. 1, 33).
Indien de arts een getuigschrift aflevert en naar waarheid bevestigt dat de patiënt ziek is, maar wanneer deze ziekte en de gevolgen ervan sterk worden overdreven, dan zal hij niettemin strafbaar zijn indien alle andere elementen van het misdrijf aanwezig zijn (W. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 224; anders: S. SASSERATH, "Des faux certificats médicaux", *R.D.P.* 1928, 325). Voor de interpretatie van VAN HALEWIJN en DUPONT valt veel te zeggen. Strafbaar is het bevestigen van het bestaan van een ziekte waardoor vrijstelling kan worden verleend van een plicht of een dienst. Wanneer nu iemand werkelijk lijdt aan een ziekte die niet van aard is dat zij tot vrijstelling kan leiden terwijl een andere ziekte wordt bevestigd die wel aanleiding geeft tot vrijstelling of terwijl de gevolgen van de werkelijk bestaande ziekte schromelijk worden overdreven, valt niet goed in te zien waarom artikel 204 Sw. niet zou van toepassing zijn. Anders zou dit artikel nooit kunnen gelden t.o.v. personen die werkelijk ziek zijn. Overlijden is geen ziekte of gebrek. Een vals getuigschrift van overlijden valt buiten de toepassing van artikel 204 Sw. (W. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 225; L. DUPONT, *a.w.* 294, nr. 28).

C. OP VALSELIJKE WIJZE

1347 Op valselijke wijze bevestigen betekent bevestigen wat onwaar is (P. ARNOU, *a.w.*, *t.a.p.*, nr. 47). De onwaarheid kan slaan op de ziekte zelf (die niet bestaat), op de gevolgen ervan (die worden overdreven) of op een andere ziekte dan deze die in werkelijkheid bestaat.

In verband met deze voorwaarde duikt de vraag op of het noodzakelijk is dat de arts de (vermeende) zieke werkelijk heeft onderzocht. Men kan stellen dat het maar mogelijk is een ziekte valselijk te bevestigen, na onderzoek. Toch zou men uit een arrest van het Hof van Cassatie en meer bepaald de weergave van het bevestigde arrest van het hof van beroep kunnen afleiden dat een onderzoek niet noodzakelijk is (Cass. 5 mei 1987, *Arr. Cass.* 1987, 1162; *Pas.* 1987, I, 1024).

D. UITGAANDE VAN EEN ARTS

1348 Deze voorwaarde zal in het algemeen weinig problemen opleveren.

Er bestaat wel enige discussie over of de houder van het diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde die de overige voorwaarden voor de uitoefening van de geneeskunde niet vervult onder de toepassing kan vallen van artikel 204 Sw. Volgens MARCHAL zou het volstaan dr. in de geneeskunde te zijn (A. MARCHAL, "Faux commis dans les écritures et les dépêches télégraphiques", *Les Novelles*, Droit Pénal, II, Brussel, Larcier, 1967). Dit wordt betwist door VAN HALE-

WIJN en DUPONT: een dr. in de geneeskunde die niet bevoegd is de geneeskunde uit te oefenen kan ook niet bevoegd zijn de door artikel 204 Sw. beschermde getuigschriften af te leveren. De hypothese van artikel 204 Sw. kan zich dan niet voordoen. Deze arts moet met een particulier worden gelijkgesteld (J. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 525. Zie i.v.m. de verouderde terminologie in art. 204 Sw. en de toepassing ervan op tandheelkundigen en vroedvrouwen: *t.a.p.*, nr. 522-524).

E. VRIJSTELLING VAN EEN WETTELIJKE DIENST OF VERPLICHTING

1349 Opdat artikel 204 Sw. van toepassing zou kunnen zijn wordt een bijzonder opzet vereist, nl. de bedoeling om iemand te bevoordeligen door vrijstelling te verlenen van een wettelijke dienst of verplichting (L. DUPONT, "Valsheid in medische ge(tuig)schriften", 294, nr. 30).

1350 Wat wettelijk verschuldigde diensten of verplichtingen zijn, wordt ruim geïnterpreteerd (J. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 228).

Niet vereist is dat de naleving van de verplichting strafrechtelijk zou zijn beteugeld. "De tekst zelve houdt dergelijke beperking niet in en omvat dan ook, naar onze mening, alle wettelijke verplichtingen, al dan niet strafrechtelijk beteugeld: het zijn alle verplichtingen van openbare orde, tot welke tak van het recht ze ook behoren" (M. DELHUVENNE, *t.a.p.*, 34).
VAN HALEWIJN en DUPONT vermelden: de vrijstelling van militaire dienst en de aanwezigheid van een militair in dienst in zijn eenheid; de vrijstelling deel uit te maken van een jury; de vrijstelling om in rechte te getuigen; het valselijk bevestigen van de ziekte van een gevangene teneinde hem te doen overbrengen van een gevangenis naar een ziekenhuis; door de wet opgelegde persoonlijke plichten, zoals voogdij en deelname aan de familieraad (J. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 228).
Ook de verplichting opgelegd door artikel 52, 2° Wegverkeerswet, nl. ter plaatse blijven na een ongeval teneinde de nodige vaststellingen te laten gebeuren, kan aanleiding geven tot toepassing van artikel 204 Sw. (zie: Corr. Brugge 11 februari 1980, *Vl. T. Gez.* 1980-81, nr. 1, 33, noot M. DELHUVENNE: aflevering van een getuigschrift teneinde iemand die vluchtmisdrijf pleegde een reden te verschaffen waarom hij zich uit de voeten had gemaakt; de arts had valselijk bevestigd dat hij een geneesmiddel had toegediend, wat beschouwd werd als de impliciete bevestiging van ziekte of gebrek, waardoor de dader de daarop volgende 12 uur geen activiteit meer mocht verrichten). Vanzelfsprekend wordt ook de leerplicht hier bedoeld (J. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 228; zie hieromtrent ook: het advies van het Nationale raad van de Orde der geneesheren van 16 september 1989 inzake medische getuigschriften en schoolverzuim, *T. Orde Geneesh.* 1989, nr. 46, 37-38). Zelfs t.a.v. een niet meer leerplichtige leerling kan sprake zijn van een onwettelijke vrijstelling. De omstandigheid dat leerlingen niet meer leerplichtig zijn en niet verplicht zijn een diploma te behalen neemt niet weg dat wanneer het regelmatig volgen van de lessen een wettelijke verplichting is voor het behalen van het diploma, het afleveren van valse attesten voor het rechtvaardigen van schoolverzuim van aard kan zijn aan die wettelijke verplichting afbreuk te doen (Cass. 5 mei 1987, *Arr. Cass.* 1987, 1162; *Pas.* 1987, I, 1024) (zie L. DUPONT, in *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, nr. 46).

Een ander voorbeeld is het verplicht interview georganiseerd te Brussel door de Dienst Vreemdelingenzaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken in het kader van de asielprocedure voor politieke vluchtelingen (Gent 21 oktober 1997, *T. Gez.* 1999-2000, 224: een arts maakt zich schuldig aan het misdrijf van valsheid in medische getuigschriften door aan vreemdelingen medische attesten af te leveren zonder dat er ernstige aanwijzingen van ziekte waren en dit met het oog te ontsnappen aan de controle van de Dienst Vreemdelingenzaken).

1351 Wanneer een dienst niet wettelijk verschuldigd is, maar een privaat karakter heeft, geldt artikel 204 Sw. niet.

Aldus het getuigschrift om de afwezigheid te verantwoorden van een werknemer die in private dienst werkt (Antwerpen 25 maart 1983, *Pas.* 1983, II, 64; L. DUPONT, "Valsheid in medische ge(tuig)schriften", 294, nr. 28).

1352 Wanneer van een wettelijke verplichting of dienst geen sprake is, kan artikel 204 Sw. evenmin toepassing vinden.

Aldus het getuigschrift dat valselijk de ziekte van een beklaagde bevestigt die verzet aantekent tegen een veroordelend vonnis, teneinde zijn afwezigheid op de daaropvolgende zitting te rechtvaardigen (Cass. 12 juni 1950, *Arr. Cass.* 1950, 630; *Pas.* 1950, I, 714; *R.W.* 1950-51, 552; *J.T.* 1950, 498; Corr. Hasselt 18 juni 1969, *Jur. Liège* 1969-70, 127; dit vonnis bevestigt dat de beklaagde steeds het recht heeft verstek te laten). Zo ook het getuigschrift waarin valselijk de maagdelijkheid van een meisje wordt bevestigd in een strafvervolging wegens een zedenmisdrijf (Brussel 29 mei 1949, *J.T.* 1949, 467; er nog van afgezien dat hier van de bevestiging van een ziekte of gebrek geen sprake is).

1353 Artikel 204 Sw. vereist niet dat het getuigschrift werd afgeleverd vóór de vrijstelling werd bekomen. Een onrechtmatige vrijstelling kan inderdaad bekomen worden door een belofte later een getuigschrift voor te leggen (J. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 230). Evenmin is vereist dat de vrijstelling dank zij het valse getuigschrift werd bekomen. Het lijkt zelfs niet vereist dat daadwerkelijk een vrijstelling werd bekomen. Artikel 204 Sw. spreekt inderdaad over de vrijstelling die "kan worden verleend".

1354 Er bestaat geen twijfel over dat een vals medisch getuigschrift betrekking kan hebben op een andere persoon dan degene die er gebruik zal van maken of er baat bij zal vinden. De rechtspraak is op dat punt eensgezind (Luik 27 juni 1962, *Jur. Liège* 1962-63, 18; J. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 232 en de verwijzingen aldaar).

F. GIFTEN OF BELOFTEN

1355 Indien de arts zich bij het opmaken van het valse getuigschrift heeft laten leiden door giften of beloften kunnen zwaardere sancties worden opgelegd.

Onder giften wordt niet verstaan het gewone honorarium dat de arts voor de raadpleging en het opstellen van het getuigschrift ontvangt (P. ARNOU, *t.a.p.*, nr. 46).

§ 3. Valsheid in geschriften (art. 196 Sw.)

1356 Dat een geneeskundig getuigschrift niet beantwoordt aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 204 Sw. betekent niet dat er van een mogelijk misdrijf geen sprake kan zijn (J. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 231; L. DUPONT, *a.w.*, 295, nr. 32).

In de meeste gevallen zullen de valsheden gepleegd in medische ge(tuig)schriften strafbaar zijn zoals valsheden in andere geschriften. Doorgaans is een medisch getuigschrift bestemd voor derden en inzoverre is het dan ook van aard om in enigerlei mate tot bewijs te dienen van de vermeldingen die erin voorkomen. Als zodanig zijn deze geschriften dan ook vatbaar voor de strafbare valsheid, overeenkomstig artikelen 194 tot 196 Sw. (L. DUPONT, *a.w.*, 295, nr. 35).

1357 Het getuigschrift voor verstrekte hulp is volgens DUPONT "potentieel een onuitputtelijke bron van valsheid".

Vermits getuigschriften voor verstrekte hulp hoe dan ook in enigerlei mate bestemd zijn of van aard om een bewijs te vormen voor de feiten die ze vaststellen, zullen valsheden in deze geschriften als criminele valsheden strafbaar zijn overeenkomstig artikel 196 Sw. (L. DUPONT, *a.w.*, 296, nr. 37; in dezelfde zin: P. BALLEGEER, "De strafrechtelijke sanctionering van de verzorgingsverstrekkers bij benadeling van de ziekteverzekering", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1988, 93-94; zie ook: Cass. 19 oktober 1964, *Pas.* 1965, I, 185: valselijk bevestigen van verzorging van een ziekenfondslid; Brussel 26 februari 1968, *R.D.P.* 1967-68, 991: zorg verstrekt door een ander dan de ondertekenende arts. Zie hierover ook: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 490; Gent 6 januari 1970, *R.W.* 1969-70, 1970: valselijk bevestigen dat een persoon werd onderzocht in een getuigschrift dat geldt als aanvraag voor terugbetaling van honoraria; Bergen 29 januari 1990, *J.L.M.B.* 1991, 220-225). Een blanco ondertekend getuigschrift voor verstrekte zorgen maakt valsheid in geschriften uit, indien nog geen verzorging werd toegediend (P. BALLEGEER, *a.w.*, 94). Ook de patiënt kan zich schuldig maken aan valsheid. Wanneer een patiënt zijn vordering tot terugbetaling van verleende hulp tegenover het ziekenfonds laat verjaren en nadien de data van de medische getuigschriften aanpast om deze verjaring te ontlopen, maakt hij zich schuldig aan valsheid in geschriften in de zin van artikel 196 Sw. (Cass. 11 december 1985, *Arr. Cass.* 1986, 530; *Pas.* 1986, I, 459; *R.W.* 1985-86, 2306; *J.T.* 1986, 601).

1358 Een geneeskundig getuigschrift opgesteld om een vordering tot schadevergoeding te staven kan onder de toepassing vallen van artikel 196 Sw. (J. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 231; L. DUPONT, *a.w.*, 294, nr. 29).

1359 Valselijk opgestelde getuigschriften met het oog op de gedwongen plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis kunnen eveneens onder artikel 196 Sw. vallen.

De arts die valselijk bevestigt d.i. zonder de betrokkene te hebben onderzocht, dat iemand aan een geestesstoornis lijdt teneinde hem te laten plaatsen in een krankzinnigengesticht valt onder de toepassing van artikel 196 Sw. (Gent 22 mei 1965, *R.W.* 1965-66, 38; J. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 231 en de aangehaalde literatuur; L. DUPONT, *a.w.*, 294, nr. 29). De arts die in een getuigschrift met het oog op gedwongen opname niet de vermelding schrapt dat hij de patiënt persoonlijk heeft gezien, onderzocht en ondervraagd terwijl hij in werkelijkheid deze handelingen niet heeft gesteld, pleegt valsheid; toch kan hij niet worden veroordeeld wegens valsheid omdat geen bedrieglijk opzet of het oogmerk om te schaden was bewezen. Lichtzinnig handelen volstaat niet (Corr. Charleroi 4 oktober 1984, *Rev. Rég. Dr.* 1985, 89-91); DUPONT noemt deze uitspraak "verbijsterend" (L. DUPONT, *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, nr. 74).

1360 De arts die met bedrieglijk opzet in een geneeskundig getuigschrift valselijk bevestigt dat zijn patiënt arbeidsongeschikt is, maakt zich in beginsel schuldig aan criminele valsheid in geschriften (art. 196 Sw.) (Antwerpen 25 maart 1983, *Pas.* 1983, II, 64-65; L. DUPONT, *a.w.* 296, nr. 39).

In casu ging het om de bevestiging van de arbeidsongeschiktheid zonder onderzoek. De valsheid kan ook slaan op de duur van de arbeidsongeschiktheid, zelfs al bestaat de mogelijkheid van vervroegde gedwongen werkhervatting via een geneeskundige controle van werkgever of zieken-

fonds (L. DUPONT, *a.w.*, 296, nr. 39; zie: Corr. Charleroi 18 februari 1958, *J.T.* 1958, 367 en RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations* nr. 490).

1361 Valsheid in geschriften in de zin van artikel 196 Sw. kan ook hierin bestaan dat een arts in een geschrift valselijk bevestigt dat een vrouw zwanger is en dat de geboorte tegen een bepaalde dag mag worden verwacht, met het oog op de vervroegde uitbetaling van kraamgeld (Cass. 27 april 1982, *Arr. Cass.* 1982, 1033; *Pas.* 1982, I, 970).

Een wit blad waarop onderzoeksresultaten worden genoteerd en deel uitmakend van het medisch dossier, is geen strafrechtelijk beschermd geschrift. Wanneer op dit blad evenmin de waarheid wordt vermomd, er geen oogmerk bestond te schaden en er geen nadeel werd berokkend, kan er geen sprake zijn van valsheid in geschriften (Corr. Hasselt 9 maart 2001, *T. Gez.* 2001-02, 258-264).

1362 Ook in geneesmiddelenvoorschriften kan valsheid worden gepleegd in de zin van artikel 196 Sw.

Aldus het opstellen van voorschriften zonder dat hieraan een aflevering beantwoordt of zonder corresponderende aflevering van een geneesmiddel (Brussel 30 mei 1979, *R.W.* 1979-80, 1497; zie hierover: L. DUPONT, *a.w.*, 297, nr. 42; zie ook: Cass. 7 maart 1966, *Pas.* 1966, I, 733; *R.D.P.* 1965-66, 797; Cass. 2 januari 1956, *Pas.* 1956, I, 479; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations* nr. 490).

Is eveneens valsheid in geschriften het voorschrijven van geneesmiddelen op naam van een verzekeringsgerechtigde, terwijl de geneesmiddelen bestemd zijn voor een derde die volkomen vreemd is aan de persoon op wiens naam het voorschrift werd uitgeschreven (L. DUPONT, *a.w.*, 297, nr. 42; zie ook: G. PURNELLE, "Het voorschrijven van verzorging door een geneesheer en de rechtspraak", *Inf. R.I.Z.I.V.* 1978, 364 en de daar aangehaalde uittreksels uit niet-gepubliceerde rechtspraak).

§ 4. Welwillendheidsgetuigschriften (art. 205 Sw.)

1363 Soms zal een medisch getuigschrift kunnen worden opgevat als een zgn. welwillendheidsgetuigschrift. Dit is een getuigschrift dat wordt afgeleverd uit pure welwillendheid van de opsteller, die geenszins verplicht is het af te leveren en die voorts een beroep doet op de welwillendheid van de geadresseerde, die geenszins verplicht is er een gevolg aan te geven (L. DUPONT, *a.w.*, 295, nr. 36; J. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 235).

Bij wijze van voorbeeld noemt DUPONT getuigschriften waarin bevestigd wordt "dat het wenselijk is dat patiënt X, om gezondheidsredenen, zittend werk zou verrichten; aan de binnendienst geaffecteerd zou worden; niet zou deelnemen aan deze of gene activiteit".
Valsheid in dergelijke geschriften wordt slechts strafbaar gesteld in geval van onderschuiving van de persoon onder wiens naam het welwillendheidsgetuigschrift wordt uitgeschreven. Andere vervalsingen blijven in principe straffeloos, althans voorzover het gaat om een werkelijk welwillendheidsgetuigschrift, d.w.z. een getuigschrift zonder enige juridische draagwijdte. DUPONT merkt op dat door de "overjuridisering van het medisch bedrijf" de meeste medische geschriften wel een juridische draagwijdte (kunnen) hebben. Welwillendheidsgetuigschriften zijn dan ook eerder uitzonderlijk (L. DUPONT, *a.w.*, 290, nr. 15).

§ 5. Wijzigen van een medisch getuigschrift door een onbevoegde (art. 203 Sw.)

1364 Volledigheidshalve wordt hier ook aandacht besteed aan artikel 203 Sw. Dit artikel bestraft de onderschuiving van de naam van een arts of de hoedanigheid van een arts aan wie het getuigschrift wordt toegeschreven, terwijl het in feite niet het geval was. De term "valselijk opmaken" is zo ruim, dat ook de toevoegingen van een particulier op een door een arts opgesteld getuigschrift, onder de toepassing vallen van artikel 203 Sw. (L. DUPONT, *a.w.*, 293, nr. 25).

Voor de toepassing van artikel 203 Sw. gelden dezelfde voorwaarden als voor artikel 204 Sw., behalve dat in dit geval het getuigschrift – de term wordt hier wel gebruikt – schijnbaar dient uit te gaan van een arts. Ook het bijzonder opzet van bevrijding van een wettelijke opgelegde dienst of verplichting geldt hier. Voor de interpretatieproblemen daaromtrent: zie boven, nr. 1021 e.v.
Door artikel 203 Sw. kan slechts diegene bestraft worden die een geschrift opstelt dat de kenmerken van een medisch getuigschrift bezit d.w.z. een stuk dat rechtstreeks uitgaat van een arts. Het opstellen van een vals afschrift van een medisch getuigschrift kan dus niet bestraft worden door deze bepaling vermits dit valse afschrift, zelfs indien het voor echt aanzien wordt, niet de benaming "medische getuigschrift" verdient (Brussel 12 februari 1949, *J.T.* 1946, 157 noot G. HOORNAERT). Wel kunnen valse afschriften van medische getuigschriften het vertrouwen wekken en als dusdanig het materieel element uitmaken van een misdaad bedoeld in artikel 196 Sw. Overigens is de vervalsing van een getuigschrift, nl. de materiële wijziging ervan door toevoeging, schrapping of overschrijving, steeds strafbaar krachtens artikel 207 Sw. (J. VAN HALEWIJN en L. DUPONT, *a.w.*, nr. 348). De vervalsing door een militair, om zich aan de dienst te onttrekken, van de vermeldingen door de eenheidsgeneesheer ingeschreven in het ziekenboek, wordt bestraft door de artikelen 203 en 207 Sw. (Krijgsraad te velde A, 3 november 1972, *R.D.P.* 1976-77, 96, nr. 19).

TITEL X

DIAGNOSTISCHE EN THERAPEUTISCHE VRIJHEID

HOOFDSTUK I

DIAGNOSTISCHE EN THERAPEUTISCHE VRIJHEID ALGEMEEN BESCHOUWD

AFDELING I

WETTELIJKE BEPALINGEN EN BEGRIPSAFBAKENING

1365 De diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts wordt door verscheidene wettelijke bepalingen bevestigd.

Volgens artikel 73 § 1 Z.I.V.-Wet-1994 oordeelt de arts en de tandarts "in geweten en in volle vrijheid over de aan de patiënten te verlenen verzorging". Krachtens artikel 11, eerste lid W.U.G. mogen aan artsen, tandartsen en apothekers "geen reglementaire beperkingen worden opgelegd bij de keuze van de middelen die aangewend moeten worden, hetzij voor het stellen van de diagnose, hetzij voor het instellen en uitvoeren van de behandeling, hetzij voor het uitvoeren van magistrale bereidingen". Regels m.b.t. de structuur en de organisatie van de medische praktijk mogen geen betrekking hebben op het stellen van de diagnose, de keuze, het instellen van de behandeling en de uitvoering ervan (art. 35*duodecies*, tweede lid W.U.G.). Ten slotte bepaalt artikel 130 § 1, tweede lid Ziekenhuiswet 1987 dat de professionele autonomie van de individuele ziekenhuisarts op het vlak van het stellen van de diagnose of het uitvoeren van de behandeling niet in het gedrang mag worden gebracht.

Deze bepalingen formuleren allemaal eenzelfde beginsel dat doorgaans de diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts wordt genoemd. Men kan betreuren dat die formuleringen niet meer gelijkluidend zijn. Artikel 73 § 1 Z.I.V.-Wet-1994 spreekt enkel over "verzorging". Artikel 130 § 1 Ziekenhuiswet is begrijpelijk beperkt tot de ziekenhuisarts maar vermeldt niet de vrijheid inzake het instellen van de behandeling. Artikel 11 en artikel 35*duodecies* W.U.G. zijn in alle opzichten het ruimst gesteld (zie voor het onderscheid tussen diagnostische en therapeutische vrijheid en professionele autonomie: H. NYS, "Professionele autonomie, vrijheid van medisch handelen en beperking van middelen", in H. BAERT (ed.), *Welzijn en gezondheid in 2002: kiezen en/of delen*, Leuven, Referatenboek Lucas-Congres, 1995, DI-5-3-5).

1366 De diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts wordt in deze bepalingen niet zozeer bevestigd in de relatie tussen arts en patiënt dan wel tegenover de overheid (art. 73 § 1 Z.I.V.-Wet-1994, art. 11 en art. 35*duodecies* W.U.G.) of de beheerder van ziekenhuizen (art. 11 W.U.G. en art. 130 § 1 Ziekenhuiswet).

Tegenover de patiënt heeft de arts ook een diagnostische en therapeutische vrijheid in die zin dat de arts, wanneer meerdere behandelingsmethoden voor een aandoening beschikbaar zijn, een keuze kan maken. Maar deze vrijheid is niet onbeperkt. Deze keuze zal moeten worden gemaakt binnen de grenzen van de zorgvuldigheid. In beginsel moet worden gekozen voor de veiligste (minst riskante) en de zekerste (meeste genezingskansen) methode. (T. VAN-

SWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid, van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, 471 en zie boven, nr. 354).

In de literatuur wordt de toestemming van de patiënt wel eens voorgesteld als een begrenzing van de therapeutische en diagnostische vrijheid van de arts die artikel 11 W.U.G. hem toekent (zie: H. ANRYS, *La responsabilité civile médicale*, nr. 73; Ch. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 9; T. BALTHAZAR, *Arts, werknemer en sociaal verzekerde. De taak van de arts bij de toepassing van het sociaal recht*, Gent, proefschrift, 1999-00, III, 532). Die benadering is niet overtuigend. Wanneer een arts een bepaalde ingreep niet kan uitvoeren omdat hij de (stilzwijgende) toestemming van de patiënt niet heeft bekomen, dan wordt de therapeutische vrijheid van de arts zoals bedoeld in artikel 11 W.U.G. daardoor niet beperkt of geschonden. Zou dit het geval zijn dan zou de weigering van de patiënt nietig zijn. Krachtens artikel 12 W.U.G. is het namelijk zo dat als niet geschreven worden beschouwd in overeenkomsten gesloten door artsen, de bepalingen die hun diagnostische en therapeutische vrijheid schenden. Een dergelijke interpretatie is zo flagrant in strijd met het recht op fysieke integriteit van de patiënt dat zij niet bedoeld kan zijn door de (volmacht)wetgever. De toestemming van de patiënt beperkt niet de vrijheid van keuze van behandeling, maar wel het recht om te behandelen tout court.

1367 De bevestiging van de diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts in artikelen 11 en 12 W.U.G. moet voornamelijk worden gezien in het kader van de verhouding van de artsen tegenover de verplichte ziekteverzekering.

Zo ziet DILLEMANS in artikel 11 W.U.G. "grotendeels een herhaling van de versie die artikel 35 (thans: art. 73) Z.I.V.-Wet aan het beginsel geeft" (R. DILLEMANS, "De wetgevende besluiten inzake geneeskunst in perspectief", *T.P.R.* 1974, nr. 22; in dezelfde zin: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations* nr. 422).

1368 Dit neemt niet weg dat ook buiten het verband van de verplichte ziekteverzekering een beroep op artikelen 11 en 12 W.U.G. kan worden gedaan. Aldus door de arts die in opdracht van een derde iemand aan een medisch onderzoek (keuring) onderwerpt. Tegenover zijn opdrachtgever geniet de arts van de diagnostische en therapeutische vrijheid wat inhoudt dat hij de keuring in volledige professionele onafhankelijkheid moet (kunnen) uitvoeren (in die zin ook: T. BALTHAZAR, *a.w.*, 537).

De gemeenteraad die zich bij het nemen van een beslissing tot ambtshalve ontslag van een personeelslid wegens ziekte steunt op het verslag van een medische commissie moet worden vermoed een commissie in het leven te hebben willen roepen die een nuttig advies d.w.z. een objectief advies zou uitbrengen. Leden van adviserende commissies zijn in het algemeen verplicht zich onafhankelijk te gedragen tegenover het bestuur dat zij van advies moeten dienen en de beoefenaars van de geneeskunde moeten in het bijzonder vanwege hun vrijheid van diagnose en therapie (art. 11 W.U.G.) de inhoud van de door hen gestelde handelingen die tot de geneeskunde behoren – en een aan de commissie opgedragen onderzoek van de gezondheidstoestand van een personeelslid behoort daartoe – in volle onafhankelijkheid kunnen bepalen. De arts-ambtenaar is voor medische handelingen rechtens volkomen onafhankelijk en staat met name niet onder het hiërarchisch gezag van zijn overheid. Bij gebrek aan een uitdrukkelijke tekst die zulk een vermoeden in het leven roept mag hem op grond van een algemeen vermoeden dat hij in feite mogelijk niet-conform dat recht op en die plicht tot onafhankelijkheid zou handelen, de toegang tot een medische commissie niet worden ontzegd (R.v.St., Thys, nr. 26.116, 28 januari 1986).

1369 Dat de bevestiging van de vrijheid van diagnose en therapie van de arts voornamelijk is bedoeld om de verhoudingen van de artsen tegenover de verplichte ziekteverzekering te bepalen, mag evenmin verkeerd worden begre-

pen. Geen wetsbepaling en ook artikel 73 § 1 Z.I.V.-Wet-1994 niet noch artikelen 11 en 12 W.U.G., schrijft voor dat de verplichte verzekering onbeperkt moet zijn of zonder enig voorafgaandelijk toezicht de kosten van om het even welke behandeling voorgeschreven door om het even welke arts en toegepast in om het even welke omstandigheden zou moeten dragen. Integendeel, de Z.I.V.-Wet heeft een zodanig stelsel van voorafgaandelijk toezicht georganiseerd en opgedragen aan de adviserend artsen van de verzekeringsinstellingen. Die bepalingen verhinderen niet dat de behandelend arts de behandeling verder zet noch dat de patiënt ze op eigen kosten ondergaat als de verzekering weigert bij te dragen. Zij beperken de therapeutische vrijheid niet en schenden dan ook niet artikel 35 (thans art. 73 § 1 Z.I.V.-Wet) noch artikel 11 W.U.G. (R.v.St., Oger, nr. 16.387, 26 april 1974). M.a.w. de diagnostische en therapeutische vrijheid houdt geen aanspraak in tegenover de overheid op onbeperkte middelen.

Hetzelfde geldt voor een bepaling die de tussenkomst van de verplichte ziekteverzekering in een elektrotherapiebehandeling afhankelijk stelt van het voorschrift van een medisch specialist daar waar voorheen ook een huisarts die behandeling kon voorschrijven. Een dergelijke regeling houdt geen verband met de uitoefening van de vrijheid bedoeld in artikel 11 W.U.G. maar beperkt zich tot het vaststellen van de voorwaarden waaronder de ziekteverzekering financieel tussenkomt in de medische behandeling (R.v.St., Algemene Kinesitherapeutenvereniging, nr. 16.362, 10 april 1974). Een regeling uitgevaardigd in het kader van de Z.I.V.-Wet waarin wordt voorzien in een verzekeringstussenkomst ten voordele van de erkende huisarts die een bezoek brengt aan zijn patiënt die in het ziekenhuis is opgenomen, terwijl die tussenkomst niet wordt toegekend aan specialisten, maakt geen inbreuk op de therapeutische vrijheid van de specialisten. Het staat hen immers vrij deze prestatie te verrichten en daar een honorarium voor te vragen dat dan evenwel niet wordt betaald door de ziekteverzekering (R.v.St., Verbond van Beroepsverenigingen van Belgische Specialisten, nr. 30.635, 7 september 1988).

Ook in de relatie tussen ziekenhuis en ziekenhuisartsen is er geen beperking van de diagnostische en therapeutische vrijheid zolang de getroffen maatregel de vrijheid om bepaalde middelen aan te wenden voor het stellen van een diagnose of instellen van een therapie als zodanig niet aantast.

Aldus de beslissing van de raad voor maatschappelijk welzijn van een O.C.M.W. dat een ziekenhuis beheert en waarbij de anatomische en weefselonderzoekingen die ten behoeve van de patiënten opgenomen in het ziekenhuis moeten gebeuren, exclusief worden opgedragen aan één bepaald laboratorium en niet langer aan het privé-laboratorium dat een van de ziekenhuisartsen thuis had ingericht. Volgens de Raad van State maakt dit een maatregel uit van organisatie van het ziekenhuis als openbare dienst die niet de vrijheid van de ziekenhuisartsen inperkt om die onderzoekingen voor te schrijven die zij in het belang van de zieken nodig achten (R.v.St., Dumont, nr. 21.1933, 22 mei 1981). Het bestuur van een ziekenhuis dat bepaalde isotopen-onderzoeken uitsluitend laat verrichten door sommige artsen en de persoonlijke uitoefening ervan door de andere artsen uitsluit beperkt daardoor alleen niet de vrijheid bedoeld in artikelen 11 en 12 W.U.G. wanneer deze artsen zich tot andere diensten kunnen wenden om daar die isotopen-onderzoeken te laten verrichten die zij met het oog op het stellen van een diagnose nodig achten (Cass. 29 januari 1981, *Arr. Cass.* 1981, 605; *R.W.* 1982-83, 171; *Pas.* 1981, I, 587; *J.T.* 1981, 342; *Vl. T. Gez.* 1981-82, 112).

De voornamelijk financiële beperkingen die in het kader van de verplichte ziekteverzekering worden gesteld t.a.v. de beschikbaarheid van bepaalde medische verzorging (eigen bijdragen, voorafgaandelijke toelatingen enz.) beperken als zodanig de vrijheid van diagnose en van therapie niet (Arbh. Brussel 10 januari 1989, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1989, 89). Toch kan bezwaarlijk worden ontkend dat dergelijke beperkingen *de facto* de therapeutische en diagnostische vrijheid kunnen inperken en zelfs kunnen uithollen. In dat geval kunnen dergelijke beperkingen een juridische relevantie krijgen in die zin dat de bekommernis om het behoud van hun therapeutische vrijheid

aan artsen en hun beroepsverenigingen een eigen, rechtstreeks en gewettigd belang geeft opdat het bedrag van de eigen bijdrage die door hun patiënten moet worden betaald binnen zodanige grenzen zou blijven dat de verzorging niet te kostelijk wordt voor de armsten onder hun patiënten en bijgevolg nog maar moeilijk aan hen voor te schrijven (R.v.St., Coutelier, nr. 25.314, 10 mei 1985). De wetgever beschikt over een ruime beoordelingsvrijheid om, in het stelsel van de verplichte ziekteverzekering, de nomenclatuur van de medische verstrekkingen te bepalen, in acht genomen inzonderheid de vereisten van een optimale gezondheidszorg en het financiële evenwicht van het stelsel. Ten aanzien van dat laatste vereiste komt het de wetgever toe om na te gaan in welke mate de stijging van de uitgaven of de overconsumptie inzake medische prestaties is toe te schrijven aan een welbepaalde categorie van zorgverleners en om in het licht hiervan te oordelen welke maatregelen moeten worden genomen. Evenwel mag de wetgever hierbij de draagwijdte van de artikelen 10 en 11 G.W. niet miskennen door, m.b.t. eenzelfde groep van medische prestaties, een bepaalde categorie van zorgverleners op een bijzondere wijze te behandelen t.o.v. een andere, met hen vergelijkbare categorie van zorgverleners, zonder dat verschil redelijkerwijs te kunnen verantwoorden (Arbitragehof nr. 37/96, 13 juni 1996, *B.S.* 29 juni 1996).

Artikel 10.2 van het Europees Wetboek inzake Sociale Zekerheid, opgemaakt te Straatsburg op 16 april 1964 en goedgekeurd door de Belgische Wet van 26 mei 1969 stelt een plafond vast waarboven de eigen bijdrage van de patiënt in de kosten van gezondheidszorg niet mag uitstijgen, m.n. 25 % van deze kosten. Deze bepaling is evenwel niet rechtstreeks toepasselijk in de interne Belgische rechtsorde (R.v.St., Coutelier, nr. 25.314, 10 mei 1985).

1370 Artikel 11 W.U.G. verbiedt reglementaire beperkingen van die vrijheid; artikel 12 beschouwt contractuele beperkingen als niet-geschreven. De wetgever daarentegen kan wel beperkingen stellen aan de middelen die kunnen worden aangewend voor het stellen van een diagnose of het instellen van een therapie (zie de bepalingen in de Ziekenhuiswet omtrent de planning van zware medische apparatuur die door sommigen als een inbreuk op de diagnostische vrijheid werd ervaren; zie: H. NYS en A. PRIMS, *Ziekenhuiswetgeving in een impasse*, Heule, UGA, 1979, 42-43; Corr. Brussel 22 maart 1994, *Vl. T. Gez.* 1993-94, 362 (de installatie van een magnetische resonantie tomograaf zonder vergunning werd gerechtvaardigd door een beroep op noodtoestand; het Hof van Beroep te Brussel wees noodtoestand af, Brussel 12 januari 1995, *T. Gez.* 1995-96, 219; cassatieberoep verworpen door Cass. 24 januari 1996, AR P. 95.190.F, *niet uitg.*)).

1371 De regel dat elke beoefenaar van de geneeskunde vrij de behandelingswijze van zijn patiënten mag kiezen, vastgesteld in artikel 11, eerste lid W.U.G. geldt in het Belgische recht niet als een algemeen rechtsbeginsel (Cass. 13 november 1986, *Arr. Cass.* 1987, 343; *Pas.* 1987, I, 317; *R.W.* 1986-87, 2026).

1372 Ook de gebruikte bewoordingen in artikel 11 W.U.G. zetten aan tot een relativerende interpretatie van de vrijheid van diagnose en therapie. Krachtens deze bepalingen mogen geen reglementaire beperkingen worden opgelegd bij de keuze van de middelen die aangewend "moeten" worden. De diagnostische en therapeutische vrijheid slaat niet op de middelen die zouden kunnen worden aangewend, maar die "moeten" worden aangewend. Artikel 73 Z.I.V.-Wet 1994 bevatte tot voor de wijziging ervan door artikel 13 Wet 24 december 2002 (*B.S.* 31 december 2002) een aanwijzing die ook nu nog relevant is voor het begrijpen van "moeten" in artikel 11 W.U.G. Na te

hebben bepaald dat artsen zich "zullen onthouden van het voorschrijven van onnodig dure onderzoeken en behandelingen alsook van het verrichten van overbodige verstrekkingen ten laste van de regeling voor verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen", stipuleerde dit artikel dat "het onnodig dure karakter van onderzoeken, behandelingen en het overbodig karakter van verstrekkingen dienen geëvalueerd te worden in vergelijking met de onderzoeken, behandelingen en verstrekkingen die een zorgverlener voorschrijft, verricht of laat verrichten in gelijkaardige omstandigheden". Het Arbitragehof was van oordeel dat de bedoelde zorgverlener in dezelfde omstrandigheden "een normaal voorzichtige en bedachtzame zorgverstrekker is geplaatst in dezelfde omstandigheden gelijkwaardig aan die waarin de betrokken zorgverstrekker zich bevond" Arbitragehof nr. 28/93, 1 april 1993, *B.S.* 7 mei 1993). "Moeten" in artikel 11 W.U.G. verwijst eveneens naar de zorgvuldig handelende arts in dezelfde omstandigheden. Artikel 11 beschermt de vrijheid om met het oog op een diagnose of een behandeling die middelen aan te wenden, die een zorgvuldig arts in dezelfde omstandigheden zou aanwenden. De diagnostische en therapeutische vrijheid is dan ook een gebonden vrijheid: het is de vrijheid om ongehinderd door overheid en ziekenhuisbeheerders te kunnen handelen, zoals men moet handelen. Middelen die een zorgvuldige arts niet zou aanwenden omdat er geen medische indicatie voor bestaat of omdat zorgvuldig handelen impliceert dat de patiënt wordt doorverwezen naar een meer deskundige collega, vallen niet onder de bescherming die artikel 11 W.U.G. waarborgt.

1373 Dat de vrijheid van diagnose en therapie geen absoluut beginsel is, volgt voorts nog hieruit dat misbruik ervan mogelijk is. Wat kan worden misbruikt, kan niet absoluut zijn. Zie daarover: afdeling II.

AFDELING II

BETEUGELING VAN HET MISBRUIK VAN DIAGNOSE EN THERAPIE

§ 1. Door de raden van de Orde der geneesheren

1374 Deze afdeling behandelt de beteugeling van het zgn. misbruik van diagnose en therapie. Beter zou het zijn te spreken van het misbruik van de vrijheid van keuze van de middelen voor het stellen van een diagnose of het instellen en uitvoeren van een therapie. Dit brengt duidelijker tot uiting dat de beteugeling geen betrekking heeft op de diagnosestelling of de therapie als zodanig, maar wel op de middelen die daartoe worden aangewend. De uitdrukking "misbruik van diagnose en therapie" is echter gemeengoed geworden. Zij wordt hier ook gebruikt maar moet worden begrepen met de nuance die hiervoor werd aangebracht.

Een bijzonder geval van misbruik van therapeutische vrijheid is het misbruik bij het voorschrijven van drugs. Zie daarover: het volgende hoofdstuk.

1375 Artikel 11, tweede lid W.U.G. bepaalt dat de misbruiken van de vrijheid van diagnose en therapie worden beteugeld door de raden van de Orde der geneesheren wanneer het misbruik door een arts wordt gepleegd.
Volgens het Hof van Cassatie beduidt het woord "misbruik" in artikel 11, tweede lid W.U.G. "een verkeerd gebruik" (Cass. 5 november 1987, *Arr. Cass.* 1988, 308; *Pas.* 1988, I, 289). Door deze interpretatie krijgt misbruik een ruime betekenis. Het intentionele element dat misbruik impliceert is afwezig bij verkeerd gebruik. Door misbruik als verkeerd gebruik te omschrijven, is voor misbruik geen opzet vereist. Dit wordt met zoveel woorden bevestigd in dit cassatiearrest: "misbruik van therapeutische vrijheid vereist geen opzet" (Cass. 5 november 1987, *Arr. Cass.* 1988, 308; *Pas.* 1988, I, 289). Misbruik bij het voorschrijven van drugs daarentegen veronderstelt wel opzet (zie verder, nr. 1392). Overigens is misbruik in artikel 11, tweede lid W.U.G. geen misdrijf. Doch de omstandigheden waarin het misbruik wordt gepleegd kunnen met zich brengen dat het onder een of andere strafrechtelijke kwalificatie kan worden gebracht. Aldus valsheid in geschriften (zie boven, nr. 1343) of misbruik bij het voorschrijven van drugs (zie verder, nr. 1381 e.v.).

Bij het beoordelen van het misbruik bij het voorschrijven van drugs dient de strafrechter zich te onthouden van een oordeel over de gegrondheid van de voorgeschreven therapie (Cass. 15 september 1987, *Arr. Cass.* 1988, 60; *Pas.*, I, 55; *R.W.* 1988-89, 809 noot D. MERCKX; uitvoeriger: zie verder, nr. 1383 e.v.). Wanneer nu misbruik in artikel 11, tweede lid W.U.G. wordt begrepen als verkeerd gebruik impliceert dit dat de tuchtrechter zich wel een oordeel mag vormen over het al dan niet juist aanwenden van de diagnostische en therapeutische vrijheid. Aldus kan de tuchtrechter wel doordringen tot de kern van het professioneel oordeel (zie in die zin ook: R.v.St., De Saedeleer, nr. 30.628, 7 september 1988: het oordeel over de gepastheid of de waarde van de verleende zorgen is de exclusieve bevoegdheid van de raden van de Orde der geneesheren; zie ook: de beslissing van de raad van beroep van de Orde der geneesheren met het Nederlands als voertaal waarin de schrapping van de lijst wegens misbruik van therapeutische vrijheid werd gemotiveerd met de overweging "dat betrokkene tegen alle thans geldende wetenschappelijke kennis van oordeel is en blijft dat zijn behandeling correct was". Het cassatiemiddel waarin werd gesteld dat een verschil van mening over de "thans geldende wetenschappelijke kennis" niet als misbruik van therapeutische vrijheid kan worden beschouwd omdat misbruik opzet veronderstelt, werd niet aangenomen (Cass. 5 november 1987, *Arr. Cass.* 1988, 308; *Pas.* 1988, I, 289).
Deze uiteenlopende interpretaties van "misbruik" zijn niet van aard de toepassing van deze bepalingen te vergemakkelijken. Het verschil is wel te verklaren doordat in het ene geval de strafrechter bevoegd is en die zich als leek op medisch gebied dient te onthouden van een uitspraak over het professionele oordeel van een arts, terwijl in het andere geval de tuchtrechter daar wel toe in staat kan geacht worden.

1376 Misbruik in de zin van artikel 11, tweede lid W.U.G. kan zowel slaan op een kwalitatief verkeerd gebruik van de vrijheid van diagnose en therapie (zie boven) als op een kwantitatief verkeerd gebruik (zie: art. 36, a) Code van geneeskundige plichtenleer: de arts zal vermijden "onnodig dure onderzoekingen en behandelingen voor te schrijven of overbodige verstrekkingen te verrichten"). In geval van misbruik kunnen de raden van de orde de wettelijk voorziene tuchtsancties opleggen (zie boven, nr. 1393).

§ 2. Door het comité van de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle van het R.I.Z.I.V.

1377 Artikel 73 § 1, tweede lid Z.I.V.-Wet-1994 draagt artsen op zich te onthouden van het voorschrijven, uitvoeren of laten uitvoeren van overbodige of onnodig dure verstrekkingen ten laste van de verplichte ziekteverzekering. Overeenkomstig artikel 73 § 2, eerste lid wordt het onnodig dure of overbodige karakter van deze verstrekkingen geëvalueerd op basis van één of meerdere indicatoren van manifeste afwijkingen t.o.v aanbevelingen van goede medische praktijk. Zowel de indicatoren van manifeste afwijkingen als de aanbevelingen van goede medische praktijk worden gedefinieerd door de Nationale raad voor Kwaliteitspromotie (art. 73 § 3, eerste lid). De Koning bepaalt de wijze waarop de aanbevelingen en de indicatoren worden bekend gemaakt (art. 75 § 3, laatste lid).

Bij gebrek aan indicatoren van manifeste afwijking wordt de praktijk vergeleken met de praktijk van normaal voorzichtige en toegewijde zorgverleners in gelijkaardige omstandigheden. Hierbij wordt onder andere rekening gehouden met wetenschappelijke informatie aanvaard door wetenschappelijke verenigingen of instellingen die een algemene bekendheid genieten (art. 73 § 4).

In het R.I.Z.I.V. wordt een Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle ingesteld die er o.a. mee belast is de verstrekkingen van de verzekering voor geneeskundige verzorging te evalueren in het licht van de bepalingen van artikel 73 op basis van de indicatoren van manifeste afwijking in vergelijking met de aanbevelingen van goede medische praktijkvoering en, bij ontbreken van dergelijke indicatoren op basis van de kwantiteit van de voorgeschreven of verleende verstrekkingen beoordeeld in vergelijking met de praktijk van normaal voorzichtige en toegewijde zorgverleners in gelijkaardige omstandigheden (art. 139, 2°, a) en c) Z.I.V.-Wet-1994).

De opdracht van de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle bedoeld in artikel 139, 2°, a) wordt geregeld in artikel 141 § 2 Z.I.V.-Wet-1994.

Op initiatief van de verzekeringsinstellingen of op eigen initiatief verzamelt de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle de gegevens over de verstrekkingen waarop de indicatoren bedoeld in artikel 73 § 2, betrekking hebben. De Dienst informeert het Comité van de Dienst bedoeld in artikel 141 § 1 Z.I.V.-Wet-1994, over de vastgestelde afwijkingen, alsmede over het aantal en de specificiteit van de betrokken zorgverleners. De Dienst nodigt die zorgverleners uit om zich schriftelijk te verantwoorden binnen een termijn van twee maanden. De Dienst deelt hen ook mee dat zij kunnen vragen gedurende deze termijn gehoord te worden door een geneesheer-inspecteur.

Na onderzoek van de ontvangen verklaringen, stelt de Dienst van het Comité voor, al naargelang het geval, ofwel hem/haar een satisfecit toe te sturen, ofwel een meer diepgaand onderzoek te voeren door een gehele praktijk onder monitoring te plaatsten. De beslissingen van het Comité worden betekend aan de zorgverlener. De plaatsing onder monitoring bestaat uit de evaluatie van het voorschrijfgedrag en de uitvoeringswijze van een zorgverlener op basis van indicatoren bedoeld in artikel 73 § 2, of bij gebrek daaraan in vergelijking met de praktijkvoering van een normaal voorzichtige en toegewijde zorgverlener in gelijkaardige omstandigheden. De plaatsing onder monitoring duurt minimum zes maanden. Bij de betekening van deze maatregel moet de

begindatum precies vermeld worden. Wanneer na afloop van de monitoring blijkt dat de zorgverlener niet of onvoldoende zijn praktijkvoering heeft aangepast in de zin van een goede medische praktijkvoering, verzoekt de Dienst de betrokken zorgverlener zijn verklaringen binnen de termijn van twee maanden na de datum van het verzoek schriftelijk te bezorgen. De ontvangen verantwoordingen worden door de Dienst aan het Comité voorgelegd. Indien deze aanvaard worden, stuurt het Comité de zorgverlener een satisfecit. Bij gebrek aan voldoende verantwoording wijst het Comité in zijn schoot twee artsen-auditeurs aan, waarvan één het artsenkorps vertegenwoordigt en de andere de verzekeringsinstellingen, die ermee belast zullen worden de betrokkene binnen de twee maanden te horen, zo hij dit wenst, en verslag uit te brengen bij het Comité. De Voorzitter wijst de auditeurs aan wanneer binnen het Comité geen akkoord wordt bereikt. De zorgverlener wordt gehoord en zo hij dit wenst, bijgestaan door personen naar keuze. De leidend ambtenaar van de Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle wijst de beambten aan die belast zijn met het secretariaat en de organisatie van het horen van de zorgverlener. Na kennis te hebben genomen van het verslag van de auditeurs, kan het Comité een administratieve geldboete opleggen van minimum 1.000 EUR en maximum 5.000 EUR. Wanneer indicatoren van manifeste afwijking ontbreken (zie art. 73 § 4 en art. 139, 2°, c Z.I.V.-Wet-1994) dient de procedure beschreven in artikel. 141 § 2 te worden aangepast overeenkomstig wat is bepaald in artikel 141 § 3.

De Dienst voor Geneeskundige Evaluatie en Controle verzamelt spontaan of op initiatief van de verzekeringsinstellingen de gegevens met betrekking tot de verstrekkingen die de zorgverlener heeft voorgeschreven, uitgevoerd of laten uitvoeren op een wijze die klaarblijkelijk in strijd is met de bepalingen van artikel 73 § 4. De Dienst doet de nodige vaststellingen en informeert het Comité dat ofwel een administratieve geldboete kan opleggen aan de zorgverlener, ofwel hem een satisfecit toesturen, ofwel een meer diepgaand onderzoek kan laten uitvoeren door de volledige praktijk onder monitoring te plaatsen. Bij het verstrijken van de periode van de monitoring, die verloopt zoals voorzien in § 2, vijfde en zesde lid, wordt de zorgverlener, wanneer de praktijk niet of onvoldoende evolueert in de zin van de praktijk van normaal voorzichtige en zorgvuldige artsen in dezelfde omstandigheden, door de Dienst uitgenodigd zijn schriftelijke verweermiddelen toe te sturen, binnen een termijn van twee maanden. De procedure wordt vervolgens verder gezet zoals voorzien in § 2, achtste, negende en tiende lid. Wanneer het Comité beslist de betrokkene niet onder een voorafgaande monitoring te plaatsen, kan deze laatste gehoord worden zo hij dit wenst, zoals voorzien in § 2, negende en tiende lid. Het Comité kan een administratieve geldboete opleggen van minimum 1.000 EUR en maximum 5.000 EUR, ongeacht al dan niet plaatsing onder monitoring.

De beslissingen van het Comité zijn ambtshalve uitvoerbaar. Tegen de beslissingen kan beroep worden aangetekend bij de Kamer van Beroep, bedoeld in artikel 155 § 6. Dat beroep is opschortend. De definitieve beslissingen van het Comité van de Kamers van Beroep worden anoniem gepubliceerd via het internet op het adres http://www.riziv.fgov.be

Zie in verband de vroegere wetgeving: P. MATTON en Ph. MALHERBE, "De geneeskundige verzorging en het verbod op overconsumptie", *T. Gez.* 1997-98, 218.

HOOFDSTUK II
MISBRUIK BIJ VOORSCHRIJVEN VAN DRUGS

AFDELING I

MISBRUIKVERBOD

1378 Artikel 3 § 3 Drugwet bedreigt met zware strafsancties de beoefenaars van de geneeskunde of van een paramedisch beroep die misbruik maken van het voorschrijven, toedienen of afleveren van geneesmiddelen die slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotrope stoffen bevatten die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen, onderhouden of verergeren. Deze middelen worden hieronder gemakshalve aangeduid als drugs.

Artikel 3 § 3 Drugwet was in de versie van deze wet na de wijziging door de Wet van 9 juli 1975 artikel 3, derde lid. Ten gevolge van de invoeging van een bepaling tussen het tweede en het derde lid van artikel 3, met name door artikel 2 van de Wet van 17 november 1998 tot wijziging van de Wet van 24 februari 1921 en het K.B. nr. 78 betreffende de uitoefening van de geneeskunst (*B.S.* 23 december 1998), werd het derde lid het vierde lid van artikel 3. Dat vierde lid werd op zijn beurt § 3 van artikel 3 door de wijziging aangebracht door artikel 2, 3 van de Wet van 22 augustus 2002 strekkende tot de wettelijke erkenning van behandelingen met vervangingsmiddelen en tot wijziging van de Wet van 24 februari 1921 (*B.S.* 1 oktober 2002).

Misbruik is strafbaar met de sancties bepaald in artikel 2*bis* § 1 Drugwet, nl. gevangenisstraf van 3 maanden tot 5 jaar en/of geldboete van 1.000 tot 100.000 EUR. De leeftijd van de verslaafde, ernstige gezondheidsconsequenties of overlijden van het slachtoffer gelden als verzwarende omstandigheden (art. 2*bis* § 2, 3 en 4 Drugwet). Een arts kan bovendien tijdelijk of definitief worden ontzet van de uitoefening van zijn beroep op grond van artikel 4 § 2 Drugwet. Overtreding van de ontzetting is op haar beurt strafbaar met gevangenisstraf van 3 maanden tot 1 jaar en/of geldboete van 1.000 tot 5.000 EUR (art. 4 § 5 Drugwet). De ontzetting kan ook worden opgelegd wanneer een arts buiten de uitoefening van zijn beroep de Drugwet overtreedt (H. MAHIEU, "Drugs: de straffen", *Comm. Strafr.* Antwerpen, Kluwer, losbl., 9). De ontzetting is een bijkomende straf, geen veiligheidsmaatregel. Uitstel is dus mogelijk (*t.a.p.*).

1379 Krachtens artikel 23, eerste lid K.B. 31 december 1930 omtrent de handel in slaap- en verdovende middelen dat werd genomen op grond van de Drugwet moet iedere arts of tandarts die overdreven hoeveelheden verdovingsmiddelen heeft voorgeschreven of gekocht, het gebruik ervan kunnen verantwoorden t.o.v. de arts die door de provinciale geneeskundige commissie is afgevaardigd en door de inspectie der apotheken wordt bijgestaan. Ook deze bepaling laat controle toe op het gebruik en misbruik bij het voorschrijven van drugs. Deze bepaling staat de toepassing van artikel 3 § 3 Drugwet niet in de weg (Cass. 15 september 1987, *Arr. Cass.* 1988, 60; *Pas.* 1988, I, 55; *R.W.* 1988-89, 809 noot D. MERCKX). Iedere arts of tandarts die psychotrope stoffen heeft voorgeschreven of verkregen moet in voorkomend geval het gebruik ervan kunnen verantwoorden t.o.v. de bevoegde provinciale geneeskundige commissie (art. 16, derde lid K.B. 22 januari 1998 tot reglementeringen van sommige psychotrope stoffen, *B.S.* 14 januari 1999).

Het tweede lid van artikel 23 K.B. 31 december 1930 stelt strafbaar het "zonder noodzakelijkheid" voorschrijven van verdovingsmiddelen en daardoor doen ontstaan, aanhouden of verergeren van toxicomanie. Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde dat de schuldnorm "zonder noodzakelijkheid" in deze bepaling niet meer verenigbaar is met de schuldnorm "misbruik" die voorkomt in artikel 3 § 3 Drugwet en die recenter is. Artikel 3 § 3 Drugwet kwam tot stand door de Wet van 9 juli 1975, *B.S.* 26 september 1975. Artikel 23, tweede lid is een onwettige bepaling geworden en kan derhalve niet meer worden toegepast (Antwerpen 14 mei 1985, *Pas.* 1985, II, 132; D. MERCKX, "Betreffende art. 3, derde lid Drugwet," noot onder Brussel 16 december 1986, *R.W.* 1988-89, 473). Vermits artikel 3 § 3 Drugwet recenter is en inhoudelijk strijdig is met artikel 23, tweede lid K.B. 31 december 1930 kan deze laatste bepaling niet meer worden toegepast (A. DE NAUW, "Drugs", in *A.P.R.*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1998, 23). Er wordt daaraan in de verdere bespreking geen aandacht meer besteed tenzij dit voor een goed begrip van artikel 3 § 3 Drugwet nuttig is (zie voor het onderscheid "zonder noodzakelijkheid" – "misbruik" en de reden waarom de wetgever in 1975 voor het misbruik als schuldnorm opteerde: H. NYS, "Apotheker, arts en drugs. Enkele gezondheidsrechtelijke aspecten van het voorschrijven en afleveren van drugs", *Panopticon* 1986, 339 en 343-344).

1380 Het voorschrijven als zodanig van deze middelen is niet gereglementeerd en dat zou ook niet op een rechtstreekse wijze kunnen op basis van de Drugwet (H. NYS, *a.w.*, 335). De Koning kan voor het voorschrijven van geneesmiddelen die slaap- of verdovende middelen bevatten evenals van psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen het gebruik opleggen van speciale voorschriftenbriefjes waarvan Hij het model bepaalt. Hij stelt de lijst van deze stoffen vast. De Koning kan de afgifte van deze speciale voorschriftenboekjes onderwerpen aan de inning van een bijdrage (art. 21, laatste lid W.U.G.). Aan deze bepaling werd nog geen uitvoering gegeven.

Krachtens artikel 19 K.B. 31 december 1930 mag een apotheker verdovingsmiddelen enkel afleveren op schriftelijk, gedagtekend en ondertekend oorspronkelijk medisch voorschrift. Op dit voorschrift moeten duidelijk naam en adres van de ondertekenende arts worden vermeld en moet de hoeveelheid voluit worden geschreven (de naam van de patiënt dient niet te worden vermeld). Artikel 15 § 1 K.B. 22 januari 1998 heeft deze verplichting tot de psychotrope stoffen uitgebreid. Via een verplichting opgelegd aan de afleverende apotheker wordt het voorschrijven van deze geneesmiddelen aan strengere regels onderworpen dan gewoonlijk: in de regel dient een geneesmiddelenvoorschrift slechts ondertekend en gedagtekend te zijn en zo uitvoerig mogelijk de gebruiksaanwijzing van het middel te bevatten (art. 21, eerste lid W.U.G.).

AFDELING II

BESTANDDELEN VAN HET MISBRUIKVERBOD

1381 Artikel 3 § 3 Drugwet bevat drie bestanddelen (A. DE NAUW, "Overzicht van rechtspraak. Tien jaar vernieuwde drugwet", *R.W.* 1986-87, 835). Vooreerst een handeling van een beoefenaar van de geneeskunde gericht op het voorschrijven, toedienen of afleveren van bepaalde geneesmiddelen. De dr. in de genees-, heel- en verloskunde of arts is hier zonder twijfel bedoeld.

Zie over de vraag of ook een apotheker onder deze omschrijving valt: H. NYS, *a.w.*, 337 en A. DE NAUW, *a.w.*, 16-17.

1382 Het voorschrijven, toedienen of afleveren betreft een geneesmiddel dat slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotrope stoffen bevat die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen, onderhouden of verergeren.

De lijst van slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotrope stoffen die afhankelijkheid kunnen teweegbrengen wordt door de Koning vastgesteld (art. 2*bis* § 1 Drugwet; zie: K.B. 31 december 1930 omtrent de handel in slaap- en verdovende middelen en K.B. 22 januari 1998 tot reglementering van sommige psychotrope stoffen). Er bestaat daarentegen geen lijst van geneesmiddelen die slaapmiddelen, verdovende middelen of psychotrope stoffen bevatten.
Afhankelijkheid heeft een ruimere betekenis dan toxicomanie. Het gaat niet alleen om lichamelijke verslaving d.i. de onmogelijkheid om met het gebruik van het middel te breken, maar ook om ongewenste of ongewenst geachte psychische gevolgen. Het volstaat dat het middel afhankelijkheid kan veroorzaken. Een resultaat is niet vereist (H. NYS, *a.w.*, 344). Het Hof te Antwerpen oordeelde dat het gebruik van zelfs kleine hoeveelheden verdovende middelen of psychotrope stoffen tot afhankelijkheid kan leiden. De wetgever heeft geen voorwaarde gesteld betreffende de kwantiteit waarin het product wordt voorgeschreven, afgeleverd of toegediend (Antwerpen 12 oktober 1988, *R.W.* 1988-89, 818-819).

1383 Het derde constitutieve element is het misbruik waarmee het voorschrijven, afleveren of toedienen gebeurt. De beoordeling van dit element stelt de meeste interpretatieproblemen.

1384 De wet geeft geen definitie van misbruik. De regering verkoos een afzonderlijke beoordeling van ieder geval in functie van het normaal gebruik van de therapeutische vrijheid (H. NYS, *a.w.*, 341). In de rechtsleer werden pogingen ondernomen om het misbruik af te bakenen.

Volgens MAHIEU is er sprake van misbruik als de rechter vaststelt dat de arts op een ongeoorloofde wijze voorschrijft, in strijd met de regels van zijn beroep (W. MAHIEU, "Drugs: de strafbare feiten", in *Comm. Strafr.*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 31). J.C. spreekt over "onvoorzichtig en overdreven voorschrijven" (J.C., "Methadonverstrekking: enkele bedenkingen naar aanleiding van een recent proces", *Panopticon* 1984, 357). Nog andere auteurs geven voorbeelden, geen definitie. Aldus het gebruik van blanco voorschriften en het voorschrijven aan patiënten die men niet kent of niet heeft onderzocht (E. BOUTMANS en D. LUYTEN, *Drugs*, Antwerpen, Van Loghum Slaterus, 1981, 130).

1385 Volgens MERCKX sluiten deze pogingen onvoldoende aan bij de tekst van de wet. De wetgever heeft slechts het misbruik strafbaar willen maken. Voor de betekenis hiervan gaat MERCKX zowel te rade bij VAN DALE (misbruik is verkeerd, slecht of overdadig gebruik) als bij de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass. 22 mei 1980, *Arr. Cass.* 1980, 1176; *Pas.* 1980, I., 1166; *R.D.P.* 1980, 902).

Uit een en ander leidt MERCKX af dat er sprake is van misbruik "indien het voorschrift medisch niet verantwoord is" (D. MERCKX, "Betreffende art. 3 derde lid Drugwet", *R.W.* 1988-89, 472) (zie hierover ook: A VANDEPLAS, "Kanttekeningen bij de immuniteit van de geneesheer", *Vl. T. Gez.* 1990-91, 111).

Ook het Hof van Beroep te Antwerpen was van mening dat met misbruik wordt bedoeld "medisch niet verantwoord" (Antwerpen 12 oktober 1988, *R.W.* 1988-89, 818-819; Antwerpen 9 december 1988, *R.W.* 1989-90, 19, noot D. MERCKX). Het hof van beroep beroept zich op de parlementaire voorbereiding van artikel 3 § 3 Drugwet. Nergens in de parlementaire stukken of handelingen kon een verwijzing in deze zin worden aangetroffen. Wel integendeel. De wetgever heeft bewust gekozen voor "misbruik maken" i.p.v. de oorspronkelijk voorgestelde term "afwezigheid van nood-

zaak". Het beoordelen van de afwezigheid van noodzaak zou de strafrechter dwingen uitspraak te doen "over de gegrondheid van het instellen van een therapie". Om zo'n oordeel waartoe de strafrechter geenszins bevoegd is te vermijden gaf de wetgever de voorkeur aan "misbruik maken" (zie in deze zin: Cass. 15 september 1987, *Arr. Cass.* 1988, 60; *Pas.* 1988, I, 55; *R.W.* 1988-89, 809, noot D. MERCKX; zie over de parlementaire voorbereiding ook: D. MERCKX, "Betreffende art. 3 derde lid Drugwet", *R.W.* 1988-89, 471-472). Indien men uit de parlementaire voorbereiding iets kan afleiden dan is het wel dat de gegrondheid van het medisch oordeel buiten de rechterlijke toetsing dient te blijven. Hoe dit kan wanneer het medisch verantwoord zijn van het voorschrijven wel mag worden beoordeeld valt niet goed in te zien.

1386 In het arrest van 22 mei 1980 aanvaardde het Hof van Cassatie dat naar recht verantwoord is de beslissing dat een arts misbruik heeft gemaakt wanneer wordt vastgesteld dat deze arts de geneesmiddelen bedoeld in artikel 3 § 3 Drugwet "op ongeoorloofde wijze, in strijd met de regels" heeft voorgeschreven (Cass. 22 mei 1980, *Arr. Cass.* 1980, 1176; *Pas.* 1980, I, 1166; *R.D.P.* 1980, 902). Uit dit arrest leidt MERCKX af dat "het toe te passen criterium eigenlijk de medische en therapeutische verantwoording van het toedienen van dergelijke geneesmiddelen is" (D. MERCKX, "Betreffende art. 3, derde lid Drugwet", *R.W.* 1988-89, 473).

1387 Misbruik maken interpreteren als medisch niet-verantwoord voorschrijven verengt de draagwijdte van artikel 3 § 3 Drugwet aanzienlijk. Zo wordt klassiek het voorschrijven van geneesmiddelen aan een patiënt die men niet heeft onderzocht als een misbruik beschouwd (zie: E. BOUTMANS en D. LUYTEN, *a.w.*, 130; Brussel 7 november 1985, *J.T.* 1986, 371; Brussel 16 december 1986, *Pas.* 1987, II, 51; Corr. Brussel 16 februari 1984, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1984, 347; *Journ. proc.* 1984, afl. 36, 25-33). Maar in de opvatting die door MERCKX wordt gegeven aan misbruik, zijnde het medisch niet-verantwoord voorschrijven is dat niet steeds het geval. "Indien achteraf zou blijken dat het toedienen van een geneesmiddel, ressorterend onder de wetgeving op de verdovende middelen, voor die onbekende patiënt wel degelijk medisch verantwoord was, dan zal de arts niet gestraft kunnen worden op basis van artikel 3, derde lid" (D. MERCKX, "Betreffende art. 3, derde lid Drugwet", *R.W.* 1988-89, 473).

Het Hof van Beroep te Antwerpen dat, zoals MERCKX, het misbruik eveneens interpreteert als medisch niet-verantwoord voorschrijven, kwam daarentegen tot een ander besluit. Volgens dit hof is het afleveren van een voorschrift voor pervitine zonder, zelfs onvolledig, onderzoek "op zichzelf een misbruik" (Antwerpen 12 oktober 1988, *R.W.* 1988-89, 818-819).

1388 De uiteenlopende praktische consequenties die worden verbonden aan eenzelfde criterium nl. medisch verantwoord voorschrijven doen twijfels rijzen omtrent de bruikbaarheid van dat criterium. Volgens het Hof van Beroep te Antwerpen bestaat er overigens "geen algemeen geldend beginsel waaruit de medische verantwoording kan worden afgeleid". Men zal daarom steeds *in concreto* dienen na te gaan of een geneesmiddel werd voorgeschreven in situaties waar dit medisch niet-verantwoord was (Antwerpen 12 oktober 1988, *R.W.* 1988-89, 818-819; in dezelfde zin ook: MERCKX, in latere publicaties; D.

MERCKX, "Andermaal over art. 3, derde lid Drugwet", noot onder Cass. 15 september 1987, *R.W.* 1988-89, 811; *id.*, "Over art. 3, derde lid Drugwet", noot onder Antwerpen 9 december 1988, *R.W.* 1989-90, 19). Het medisch verantwoord voorschrijven is derhalve als toetssteen voor de toepassing van artikel 3 § 3 Drugwet weinig bruikbaar (in dezelfde zin: A. DE NAUW, *t.a.p.*, 20).

1389 Naast deze bedenking in verband met de bruikbaarheid kan ook het principe zelf van het medisch (on)verantwoord voorschrijven in vraag worden gesteld.

MERCKX verwijt de rechtspraak en rechtsleer over artikel 3 § 3 Drugwet dat zij dit artikel te casuïstisch toepast en geen "gefundeerde criteria" hanteert. "Men hanteert geen algemene criteria doch veelal een aantal voorbeelden van wat een geneesheer al dan niet mag doen aan de hand waarvan het begrip misbruik ingevuld wordt". Hiertegenover stelt hij een basiscriterium, nl. het medisch verantwoord voorschrijven.
Nu is het medisch onverantwoord voorschrijven al even vaag en even vatbaar voor interpretatie als het misbruik maken. MERCKX zelf verwijst voor het invullen van het onverantwoord voorschrijven naar "het criterium van de ongeoorloofdheid en de strijdigheid met de medische regels en wetenschap" (D. MERCKX, "Betreffende art. 3, derde lid Drugwet", *R.W.* 1988-89, 473). Dit stemt ongeveer overeen met het arrest van het Hof van Cassatie van 22 mei 1980 (Cass. 22 mei 1980, *Arr. Cass.* 1980, 1176; *Pas.* 1980, I, 1166; *R.D.P.* 1980, 902).
Het Hof van Cassatie heeft het over voorschrijven "in strijd met de regels". Wat daaronder, en onder "medische regels" dient te worden verstaan is onduidelijk. "Regels" kunnen net zo goed medisch-deontologische regels zijn als "medische regels en wetenschap", of beter, medisch-wetenschappelijke regels. MERCKX verkiest deze laatste interpretatie maar verantwoordt die keuze niet.

Hoe dan ook, door het medisch verantwoord zijn van een voorschrift te toetsen aan medisch-wetenschappelijke regels komt men zeer dicht bij de kern van het professionele oordeel van de voorschrijvende arts. Terwijl de wetgever een toetsing van het professionele oordeel van de arts juist heeft willen vermijden door te kiezen voor misbruik i.p.v. zonder noodzakelijkheid (zie boven, nr. 1385; zie ook: H. NYS, *a.w.*, 340).

Zo bekeken blijkt het medisch onverantwoord voorschrijven niet alleen weinig bruikbaar in de praktijk. Bovendien leidt het tot de beoordeling van de therapeutische gegrondheid van een voorschrift, en dat heeft de wetgever in 1975 juist willen vermijden. In dit verband is het ook treffend dat in de literatuur van vóór de wetswijziging "zonder noodzakelijkheid" werd beschouwd als "onverantwoord" voorschrijven (zie: P. VAN DROOGHENBROECK, "Le délit d'entretien de toxicomanie", *J.T.* 1973, 189: "Les mots 'sans nécessité' reviennent, au fond, à dire: lorsque la prescription n'est pas médicalement justifiée").

1390 Eerder dan te zoeken naar één zgn. basiscriterium van waaruit dan mogelijke gevallen van misbruik kunnen worden gededuceerd, is het aangewezen bij de toepassing van artikel 3 § 3 Drugwet uit te gaan van de voorbereidende werken en de elementen die daarin terug te vinden zijn (zij het schaars en niet eenduidig). Het gaat om volgende elementen.

Het misbruik zelf is maatstaf of basiscriterium.

Of het voorschrijven als misbruik kan worden beschouwd moet voor ieder geval afzonderlijk worden beoordeeld. Voor een strafrechtelijke bepaling is een dergelijke zgn. casuïstische benadering vanzelfsprekend.

Bij deze beoordeling moet worden uitgegaan van "de normale beoefening van de therapeutische vrijheid".

De "gegrondheid van het instellen van een therapie" mag evenwel door de rechter niet worden beoordeeld (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1971-72, nr. 484, 3).

1391 De meeste rechterlijke uitspraken liggen in de lijn van deze aanwijzingen afkomstig uit de parlementaire voorbereiding.

Een vonnis van de Correctionele Rechtbank te Brussel is zeer uitvoerig ingegaan op de betekenis van "misbruik" (Corr. Brussel 16 februari 1984, *Journ. proc.* 1984, afl. 36, 25-33; *Inf. R.I.Z.I.V.* 1984, 347). De redenering van de rechtbank kan als volgt worden samengevat.

Om een oordeel te kunnen uitspreken, moeten criteria worden gedefinieerd die toelaten misbruik te omschrijven. Dit komt er, in de woorden van het vonnis, op neer dat antithetisch moet worden te werk gegaan, d.w.z. dat het tegengestelde van misbruik, zgn. normaal gebruik of gebruik volgens de beroepsregels wordt bepaald.

Het voorschrijven van methadon (het middel in kwestie) is een medische handeling die als zodanig dient te worden beschouwd als behorend tot de aanvaarde medische praktijk in België. Zij beantwoordt aan de huidige stand van wetenschap en geneeskunde.

De vraag naar het misbruik kan daarom geen betrekking hebben op het voorschrijven van methadon als zodanig maar op de wijze en de procedure volgens welke het voorschrijven is gebeurd. M.a.w.: niet het professioneel oordeel, maar de omstandigheden waarin het zich voltrok staan ter beoordeling.

Bij deze beoordeling dient de rechter na te gaan of de arts geen vergissing of fout heeft begaan die een voorzichtig en waakzaam arts niet zou hebben begaan. De rechtbank voert hier dus ter beoordeling van het mogelijke misbruik de algemene zorgvuldigheidsnorm (de *bonus pater-familias*) ten tonele. De gelijkenis met het vroegere artikel 35 Z.I.V.-Wet is bijzonder treffend (zie boven, nr. 1372; zie in dezelfde zin: Brussel 16 december 1986, *Pas.* 1987, II, 51). De rechtbank mag haar oordeel als zodanig niet baseren op de richtlijnen en aanbevelingen van de raden van de Orde der geneesheren of de provinciale geneeskundige commissies aangezien deze geen enkele bindende kracht hebben. Wel mag de rechtbank onderzoeken of zij niet de huidige stand van wetenschap en medische praktijk tot uitdrukking brengen. Hetzelfde geldt voor de bevindingen van de farmaceutische inspectie en de adviezen van de medische deskundigen.

Uiteindelijk kwam de rechtbank tot een stel van richtlijnen die de normale praktijk bij het voorschrijven van methadon uitmaken; het gaat niet om bindende regels, maar praktische aanwijzingen voor de beroepsuitoefening die beantwoorden aan de wijze waarop een voorzichtig en waakzaam arts zou handelen in functie van vaststaande medische gegevens en de huidige stand van de wetenschap. De rechtbank noemde dat "misbruik normen en criteria" en somde er acht op:
a. de noodzaak de patiënt te onderzoeken alvorens een middel voor te schrijven (zie ook: Brussel 7 november 1985, *J.T.* 1986, 371-372; Brussel 16 december 1986, *Pas.* 1987, II, 51; Antwerpen 12 oktober 1988, *R.W.* 1988-89, 818-819);
b. slechts uitzonderlijk voorschrijven van het middel in inspuitbare vorm (zie ook: Brussel 16 december 1986, *Pas.* 1987, II, 51; Antwerpen 12 oktober 1988, *R.W.* 1988-89, 818-819; dit arrest beschouwt het zelf injecteren op zichzelf als uiting van verslaving);
c. bij aanvankelijk inspuitbaar voorschrijven, streven naar overgang naar perorale toediening (zie ook: Brussel 16 december 1986, *Pas.* 1987, II, 51);
d. niet zodanig voorschrijven dat het middel door de verslaafde gemakkelijk kan worden gemanipuleerd. Bv. geen tabletten die kunnen worden opgelost en vervolgens ingespoten;
e. de voorgeschreven hoeveelheid strikt beperken tot de persoonlijke behoefte van de patiënt;
f. de voorgeschreven hoeveelheid regelmatig opnieuw beoordelen om te komen tot een ontwenning en genezing van de patiënt (zie ook: Antwerpen 14 mei 1985, *Pas.* 1985, II, 132);

g. voorschrijven in het kader van een globale medisch-psychosociale begeleiding (zie ook: Brussel 16 december 1986, *Pas.* 1987, II, 51);
h. vermijden een mengeling van meerdere middelen voor te schrijven.

Deze "misbruik-richtlijnen" kunnen in drie categorieën worden ingedeeld.
a. richtlijnen m.b.t. het onderzoek (dat steeds noodzakelijk is) en de wijze waarop het wordt uitgevoerd (opsporen van de persoonlijke behoeften van de patiënt; herevaluatie);
b. richtlijnen m.b.t. het voorschrijven: strikte beperking tot de persoonlijke behoefte; in het kader van een globale medisch-psychosociale begeleiding; geen mengeling van meerdere middelen;
c. richtlijnen m.b.t. het gebruik van het middel: peroraal, uitzonderlijk inspuitbaar, niet-manipuleerbaar.

1392 Misbruik maken van het voorschrijven van geneesmiddelen die slaap-, verdovende en psychotrope stoffen bevatten veronderstelt niet dat de voorschrijvende arts met kwade bedoelingen of bedrieglijk opzet heeft gehandeld (Cass. 22 mei 1980, *Arr. Cass.* 1980, 1176; *Pas.* 1980, I, 1166; *R.D.P.* 1980, 902; Cass. 15 september 1987, *Arr. Cass.* 1988, 60; *Pas.* 1988, I, 55; *R.W.* 1988-89, 809 noot D. MERCKX). Het algemeen opzet volstaat, nl. de door de wet geviseerde situatie vrijwillig tot stand te hebben gebracht (Brussel 16 december 1986, *Pas.* 1987, II, 51; Antwerpen 12 oktober 1988, *R.W.* 1988-89, 818-819; A. DE NAUW, *t.a.p.*, 835).

Vóór de wetswijziging in 1975 was nalatigheid strafbaar op basis van artikel 23, tweede lid K.B. 31 december 1930. Maar de wetgever heeft gekozen voor misbruik i.p.v. zonder noodzakelijkheid. Termen als "nalatigheid, onwetendheid, lichtzinnigheid of onvoorzichtigheid" zijn nu verouderd (D. MERCKX, "Betreffende artikel 3 derde lid, Drugwet", *R.W.* 1988-89, 811). Dat nalatigheid als zodanig niet meer strafbaar is, mag niet tot verkeerde conclusies leiden. Wanneer wordt voorgeschreven zonder onderzoek is er geen sprake van nalatigheid maar wetens en willens voorschrijven in omstandigheden die misbruik uitmaken (A. DE NAUW, *a.w.*, 21).

AFDELING III

MISBRUIKVERBOD EN DE BEOORDELING DOOR DE ORDE DER GENEESHEREN

1393 Artikel 11, tweede lid W.U.G. draagt de beteugeling van misbruiken van therapeutische vrijheid op aan de raden van de Orde der geneesheren.

Uit artikel 3 § 3 Drugwet volgt evenwel dat het bestraffen van het misbruik van deze vrijheid voorzover zij betrekking heeft op de door die wet bedoelde middelen aan de strafrechter toekomt zonder dat er voorafgaandelijk een deontologisch onderzoek moet worden verricht (Brussel 16 december 1986, *Pas.* 1987, II, 51). Het stellen van een prejudiciële vraag aan de bevoegde raad van de Orde der geneesheren is dan ook niet vereist alvorens een arts kan worden vervolgd of veroordeeld wegens een inbreuk op de Drugwet (Cass. 15 september 1987, *Arr. Cass.* 1988, 60; *Pas.* 1988, I, 55; *R.W.* 1988-90, 468 noot D. MERCKX; Brussel 16 december 1986, *Pas.* 1987, II, 51). Bovendien schrijft geen enkele wettelijke bepaling voor dat een strafvordering uit hoofde van de overtreding van de Drugwet slechts mag worden ingesteld en doorge-

voerd na advies van een raad van de Orde der geneesheren (Antwerpen 12 oktober 1988, *R.W.* 1988-89, 818-819) of een provinciale geneeskundige commissie (Cass. 15 september 1987, *Arr. Cass.* 1988, 60; *Pas.* 1988, I, 55; *R.W.* 1988-90, 468 noot D. MERCKX).

1394 De bevoegdheid die artikel 11, tweede lid W.U.G. toekent aan de raden van de Orde der geneesheren om het misbruik van therapeutische vrijheid te sanctioneren, omvat ook het misbruik van het voorschrijven van verdovende en daarmee gelijkgestelde middelen. Aldus mag een raad van de orde een sanctie opleggen aan een arts die langer dan noodzakelijk de verslaving van sommige van zijn patiënten in stand heeft gehouden, nl. door hen aanzienlijke dosissen verdovende middelen voor te schrijven in de vorm van inspuitingen en door niet systematisch genoeg te informeren naar de werkelijke gezondheidstoestand van deze patiënten (Cass. 13 november 1986, *Arr. Cass.* 1987, 343; *Pas.* 1987, I, 317; *R.W.* 1986-87, 2022).

1395 De Nationale raad van de Orde der geneesheren heeft geen omstandige richtlijnen uitgevaardigd m.b.t. het voorschrijven van verdovende en daarmee gelijkgestelde middelen.

Het is de taak van elke provinciale raad om, afhankelijk van de behoeften, in samenwerking met de provinciale geneeskundige commissie van zijn ambtsgebied, een beleid uit te stippelen inzake de aangifte en de follow-up van een behandeling met vervangingsmiddelen ("Toxicomanie", *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 85, 22). Door het beleid inzake de aangifte van patiënten die een behandeling met vervangingsmiddelen ondergaan, toe te vertrouwen aan de provinciale raden is de Nationale raad teruggekomen op de richtlijnen inzake deze aangifte vervat in de adviezen van 15 februari 1992 en 20 maart 1993 waarin het volgende werd gesteld: "aangezien de arts, gebonden door het medisch geheim, zijn patiënt niet kenbaar mag maken aan de geneeskundige commissie, dient hij de patiënt ervan te overtuigen zichzelf alsmede zijn behandeling te melden aan deze geneeskundige commissie" (*t.a.p.*). I.v.m. de aangifte of registratie: zie ook verder, nr. 1400).
Een onderzoekscommissie aangesteld door een provinciale raad met eerbiediging van de voorschriften van het K.B. nr. 78 (lees: nr. 79) van 10 november 1967 kan, wanneer er verdenking is van het onderhouden van toxicomanie of een schending van de therapeutische vrijheid, een onderzoek vragen aan de inspecteur van de artsenijbereidkunde over het voorschrijfgedrag van een arts. De vraag moet worden gesteld door bemiddeling van de voorzitter van de provinciale raad ("Geneesmiddelenvoorschriften – Mededeling aan een onderzoekscommissie van een provinciale raad", *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 82, 11). Overeenkomstig artikel 35 K.B. 31 mei 1885 houdende goedkeuring der nieuwe onderrichtingen voor de geneesheren, de apothekers en de drogisten mag een apotheker geen mededeling geven van een geneesmiddelenvoorschrift zonder toestemming van hem door of voor wie het voorschrift voorgeschreven werd, behalve aan o.a. de farmaceutische inspecteurs wanneer deze nuttig oordelen die mededeling te vorderen.

AFDELING IV

BEHANDELING MET VERVANGINGSMIDDELEN

§ 1. Onttrokken aan het misbruikverbod

1396 De Wet van 22 augustus 2002 strekkende tot de wettelijke erkenning van behandelingen met vervangingsmiddelen en tot wijziging van de Drugwet (*B.S.* 1 oktober 2002) heeft aan artikel 3 Drugwet een nieuwe § 4 toegevoegd. Hierin is bepaald dat de behandeling met vervangingsmiddelen verstrekt door een beroepsbeoefenaar van de geneeskunde niet kan worden bestraft krachtens het misbruikverbod vervat in artikel 3 § 3. Onder "behandeling met vervangingsmiddelen" wordt verstaan elke behandeling die bestaat in het voorschrijven, toedienen of afgeven aan een verslaafde patiënt van verdovende middelen bij wijze van geneesmiddel en die, in het kader van de therapie, de verbetering van de gezondheid en de levenskwaliteit van de patiënt beoogt en indien mogelijk tot diens ontwenning leidt (art. 3 § 4, tweede lid Drugwet).

De Wet van 22 augustus 2002 strekkende tot de wettelijke erkenning van behandelingen met vervangingsmiddelen komt voort uit een parlementair initiatief (*Parl. St.* Senaat B.Z. 1999, 2-11/1). Volgens de indieners zouden de rechtbanken bij de toepassing van artikel 3 § 3 Drugwet "ongetwijfeld gesterkt door de opstelling van de Raden van de Orde, zich op het standpunt gesteld hebben dat wanneer bij behandelingen met vervangingsmiddelen de ontwenning niet snel was gerealiseerd of de patiënt opnieuw heroïne ging gebruiken, de arts zich schuldig maakte aan misbruik en aan het onderhouden van de drugsverslaving". Zie in dezelfde zin: A. DE NAUW, *a.w.*, 106 die er aan toevoegt: "Die problemen zijn nog aangescherpt geworden ten gevolge van de adviezen en circulaires van de Orde der geneesheren, waarin met tuchtstraffen wordt gedreigd". Een wetgevend initiatief werd nodig geacht (zie reeds: *Parl. St.* Senaat 1983-84, nr. 592/1), alhoewel sommige auteurs zich hebben afgevraagd of een wettelijke regeling van behandeling met vervangingsmiddelen geen verstrenging met zich meebrengt omdat onder het vroeger geldende recht er geen misdrijf was als de arts op grond van zijn medische kennis tot het inzicht kwam dat het vooralsnog niet mogelijk was de afhankelijkheid van een product af te breken en een onderhoudstherapie maatschappelijk aan te bevelen was en derhalve medisch verantwoord kon zijn (E. BOUTMANS, "Drugsdelinquentie volgens strafwet en rechtspraak", in S. CHRISTIAENSENS en J. GOETHALS (eds.), *De illegale druggebruiker tussen strafrechtspleging en hulpverlening*, Leuven, Acco, 1994, 43). Volgens de indieners van het wetsvoorstel zou "een wet waarin de behandeling met vervangingsmiddelen wordt erkend, de artsen de rechtszekerheid bieden die zij nodig hebben om zich vrijelijk een oordeel te vormen en ongehinderd hun therapeutische vrijheid uit te oefenen". Zie voor een gestoffeerd pleidooi ten voordele van dergelijke wetswijziging: T. BALTHAZAR, "Juridische aspecten", in B. DE RUYVER, J. VAN BOUCHAUTE en T. BALTHAZAR, *Methadon: hulpmiddel of wondermiddel*, 1994, Leuven, Garant, 155-160 en T. BALTHAZAR, "Substitutieproducten: een wijziging van de Drugwet is even moeilijk als noodzakelijk", in B. DE RUYVER en A. DE LEENHEER, *Drugbeleid 2000*, Antwerpen, Maklu, 1994, 285-294.

1397 De bedoeling van het oorspronkelijke voorstel was de behandeling met vervangingsmiddelen zonder enige bijkomende voorwaarde te onttrekken aan de kwalificatie als misbruik in de zin van artikel 3 § 3. Er diende geen lijst te worden opgesteld van dergelijke middelen en de Koning werd enkel gemachtigd bijkomende voorwaarden te stellen. Deze voorwaarden waren niet vereist opdat de behandeling met vervangingsmiddelen wettelijk mogelijk werd. De

behandeling met vervangingsmiddelen werd zonder enige bijkomende voorwaarde aan het toepassingsgebied van artikel 3 § 3 onttrokken "teneinde de volledige therapeutische vrijheid van de arts te waarborgen" (*Parl. St.* Senaat B.Z. 1999, 2-11/1, Artikelsgewijze toelichting bij art. 2 en 3).

Artsen die een behandeling met vervangingsmiddelen voorschrijven, zouden niet meer kunnen worden vervolgd wegens ten onrechte voorschrijven van verdovende middelen. Wel zouden artsen "die onachtzaam handelen of handelen met winstoogmerk of met het oogmerk te schaden, ook in de toekomst strafrechtelijk kunnen worden vervolgd" (*idem*). Of deze vervolging steunde op artikel 3 § 3 Drugwet of op een andere grondslag (slagen en verwondingen) werd niet verduidelijkt. De regering was het duidelijk niet eens met dit voorstel omdat het, zoals het was geformuleerd, "de bestraffing van eventueel misbruik in het kader van de behandeling met vervangingsmiddelen" uitsloot. Om die reden diende de regering een amendement in dat uitging van het standpunt dat de behandeling met vervangingsmiddelen strafbaar blijft, maar niet zal worden gestraft indien bepaalde voorwaarden worden nageleefd (zie: de verklaring van de Minister van Volksgezondheid in *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-11/3; advies van de Commissie voor Sociale Aangelegenheden, Verslag namens de Commissie, 3). Om deze reden stelde de regering voor artikel 3 § 4, eerste lid als volgt te formuleren: "Onverminderd de bepalingen van de vorige §, wordt de behandeling met vervangmiddelen evenwel toegestaan ..." Met deze formulering werd duidelijk gemaakt dat een behandeling met vervangingsmiddelen uitgevoerd volgens de nader te bepalen voorwaarden niet strafbaar wordt geacht, maar dat eventueel misbruik van voorschrijven wel strafbaar wordt geacht (Amendement nr. 7, *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-11/2). Door de indiener van het wetsvoorstel werd evenwel een amendement ingediend waarin de oorspronkelijke versie opnieuw werd voorgesteld, nl. dat de behandeling met vervangingsmiddelen niet kan worden gestraft krachtens het in artikel 3 § 3 Drugwet bepaalde misbruikverbod (Amendement nr. 9, *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-11/2). Ook de bijkomende voorwaarden bleven een optie, geen verplichting. Tijdens de bespreking van het voorstel in de Commissie voor Justitie verklaarde de heer MAHOUX "er persoonlijk niet van overtuigd te zijn dat moet worden voorzien in bijkomende voorwaarden (...). Hij ziet nog steeds niet in waarom een specifieke regeling nodig is voor dergelijke behandeling (...). De onmiddellijke risico's van een overdosis insuline bv. zijn veel groter dan die van een overdosis methadon. Nochtans voorziet de wet daarvoor niet in een specifieke regeling (...)" (Verslag namens de Commissie voor Justitie uitgebracht door mevr. DE T' SERCLAES, Algemene bespreking, *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-11/5, 5; in dezelfde zin: *Hand.* Senaat 17 april 2002, 7: "La prescription d'un traitement de substitution par un médecin doit donc être considérée comme l'administration d'un traitement comme un autre. Il convient dès lors d'éviter de qualifier cet acte d'entretien de toxicomanie et de sortir du Code pénal la prise en charge des toxicomanes à travers des traitements de substitution").

Tijdens de besprekingen in de Senaatscommissie voor Jusititie verklaarde de Minister van Volksgezondheid echter dat "de regering zich perfect kon vinden" in het voorstel MAHOUX. Wel wenste de Regering een lid toe te voegen luidende: "de lijst van verdovende middelen en psychotrope stoffen die bij wijze van geneesmiddel toegelaten zijn voor de behandeling met vervangingsmiddelen wordt bepaald door de Koning op voorstel van de Minister tot wiens bevoegdheid de volksgezondheid behoort" (Verslag namens de Commissie voor de Justitie uitgebracht door mevr. DE T'SERCLAES, *Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-11/5, 9). De regering had in dit verband reeds vroeger een amendement ingediend dat als volgt werd verantwoord: "Aangezien deze behandeling een afwijking vormt van de Strafwet is het aangewezen de voorwaarden en de modaliteiten ertoe zo nauwkeurig mogelijk vast te leggen". De heer MAHOUX schaarde zich zonder meer achter dit amendement "dat volgens hem paste in de logica van de tekst" (verslag, 16). Bovendien had een van de mede-ondertekenaars van het wetsvoorstel, de heer COLLA, amendementen ingediend om de bij K.B. te bepalen voorwaarden niet facultatief maar verplicht op te leggen (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-11/4, amendement nr. 26). De indiener van dit amendement verklaarde in de Senaatscommissie dat hij van mening was dat "de aan de arts geboden mogelijkheid om een behandeling met vervangingsmiddelen voor te schrijven gekoppeld m o e t worden aan bepaalde randvoorwaarden die bij K.B. m o e t e n worden vastgelegd" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-11/5, 12). De heer MAHOUX verdedigde de door hem voorgestelde versie (De Koning kan ...) teneinde "te voorkomen dat de regering de uitvoering van de tekst uitstelt door de nodige besluiten niet te

nemen" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-11/5, 12). Toch werd, zonder enige discussie, het amendement van de heer COLLA goedgekeurd.

1398 Over de precieze draagwijdte van de voorwaarden ten aanzien van de straffeloosheid van een behandeling met vervangingsmiddelen in het licht van artikel 3 § 4 Drugwet, die door de Koning en de Minister van Volksgezondheid moeten worden vastgelegd blijft onduidelijkheid bestaan.

Tijdens de bespreking van het geamendeerde voorstel in de Senaat, minimaliseerde de heer MAHOUX deze voorwaarden: "Het is dus alleen om politieke redenen en om zoveel mogelijk bijval te oogsten voor de voorgestelde tekst, dat de indieners ervan zich hebben verzoend met de voorstelling van een aantal regels bij K.B., waarvan de regering de contouren zou moeten voorleggen" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-11/5, 5; in dezelfde zin: *Hand.* Senaat 2001-02, 17 april 2002, 7). Op de vraag van mevr. NYSSEN: "Je suppose que la philosophie du texte veut que le médecin applique ce traitement de substitution aux conditions fixées par le Roi et que ces conditions sont donc contraignantes" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-11/5, 7), kwam geen duidelijk antwoord van MAHOUX. Wel had hij eerder geantwoord op een andere vraag van NYSSEN, nl. "qu'en est-il d'un médecin qui abuse d'une prescription d'un traitement de substitution?" dat "il existe des lois concernant les abus dans la prise en charge thérapeutique, et ces lois sont toujours applicables" (*Parl. St.* Senaat 2001-02, 2-11/5, 16). Tijdens de bespreking van het dan wetsontwerp geworden voorstel, verklaarde de Minister van Volksgezondheid "dat de bewoordingen 'de Koning bepaalt' impliceren dat alle voorwaarden vervuld moeten zijn", "dat er hoegenaamd geen sprake van kan zijn de toepassing van de voorwaarden tot sommige producten uit die lijst te beperken" en dat "voor alle straffen alle voorwaarden verplicht vervuld moeten zijn" (*Parl. St.* Kamer 2001-02, 1749/003, Verslag namens de Commissie voor de volksgezondheid uitgebracht door de heer HONDERMARCQ, 7, 10 en 12).

1399 De verdovende middelen en psychotrope stoffen die bij wijze van geneesmiddel toegelaten zijn voor de behandeling met vervangingsmiddelen zijn bepaald in artikel 4 K.B. 19 maart 2004 tot reglementering van de behandeling met vervangingsmiddelen (*B.S.* 30 april 2004). Het betreft methadon en buprenorfine.

§ 2. Na te leven voorwaarden

A. DESKUNDIGHEID EN REGISTRATIE VAN DE VOORSCHRIJVENDE ARTS

1400 De arts die gewoonlijk een behandeling met vervangingsmiddelen voorschrijft, moet ofwel een arts-specialist zijn die, tijdens of na zijn opleiding, specifiek werd opgeleid voor de behandeling van patiënten-drugsgebruikers en de instelling van een behandeling met vervangingsmiddelen of die, op het moment van de inwerkingtreding van het K.B. van 19 maart 2004 expertise had op dit vlak; ofwel een erkende huisarts zijn die een specifieke opleiding heeft gevolgd voor een behandeling van patiënten-druggebruikers en de instelling van een behandeling met vervangingsmiddelen, of die, op het moment van de inwerkingtreding van genoemd besluit, expertise had op dit vlak (art. 2 § 1, eerste en tweede lid K.B. 19 maart 2004).

Onder specifieke opleiding voor de behandeling van patiënten-druggebruikers door behandeling met vervangingsmiddelen verstaat men een opleiding met dat doel georganiseerd gezamenlijk door wetenschappelijke organisaties van huisartsen of van geneesheren-specialisten, door een

centrum voor opvang van toxicomanen, door een netwerk voor de opvang van druggebruikers of door een gespecialiseerd centrum.

Onder expertise verstaat men specifieke en continue opleiding, kennis van de farmacologie, wetenschappelijke publicaties en ervaring in behandelingen met vervangingsmiddelen. Het centrum, het netwerk voor opvang van druggebruikers of het gespecialiseerd centrum oordeelt of de expertise van de arts die kandidaat is voor de registratie voor de behandeling met vervangingsmiddelen bewezen is.
Elke arts die behandelingen met vervangingsmiddelen verstrekt, moet het bewijs kunnen leveren dat hij een continue opleiding volgt, artikels leest in verband met deze materie en deelneemt aan de activiteiten van een centrum van een netwerk voor opvang van druggebruikers of van een gespecialiseerd centrum (art. 2 § 1, derde tot vijfde lid K.B. 19 maart 2004).

1401 De arts die behandelingen met vervangingsmiddelen verstrekt moet geregistreerd zijn bij een centrum, bij een netwerk voor opvang van druggebruikers of bij een gespecialiseerd centrum.

Bij zijn registratie verbindt hij er zich toe:
1. de patiënten-druggebruikers te behandelen conform de geldende wetenschappelijke aanbevelingen;
2. te waken over hun psychosociale begeleiding;
3. in het medisch dossier van de patiënt de kenmerken, de evolutie en de opvolging van de patiënt, de voorgeschreven behandeling, de dosering en de toedieningsmodaliteiten, alsook de multidisciplinaire of gespecialiseerde adviezen die werden gevraagd en verkregen, te bewaren en deze gegevens op vraag van de verantwoordelijke arts van het centrum of het netwerk voor opvang voor druggebruikers, mee te delen.

De registratie van de arts die de behandelingen met vervangingsmiddelen verstrekt wordt meegedeeld aan het Instituut voor Farmaco-epidemiologie van België, aan de bevoegde farmaceutisch inspecteur en de bevoegde provinciale geneeskundige commissie (art. 2 § 2 en art. 12, tweede lid K.B. 19 maart 2004).

Wordt beschouwd als een centrum voor opvang van toxicomanen, in de zin van artikel 6, tweede lid, 2° K.B. 10 oktober 1986, een centrum dat samengesteld is uit minstens 2 huisartsen, waarvan één aan de voorwaarden bedoeld in artikel 2 voldoet, een psychiater of een psycholoog en een maatschappelijk werker, die allen ervaring hebben in de behandeling van druggebruikers.
Het wordt erkend voor de taken die haar zijn toebedeeld in dit besluit en voor maximaal vijf jaar, door de minister op advies van de bevoegde provinciale geneeskundige commissie.
Indien er in een provincie geen centrum voor opvang van druggebruikers bestaat, kan het centrum van een andere provincie de taken vervullen die haar zijn toebedeeld in dit besluit (art. 3 § 1 K.B. 19 maart 2004).
Een netwerk voor de opvang van druggebruikers is een rechtspersoon onder andere samengesteld uit artsen, dat zorgt voor de psychosociale begeleiding, de kwaliteit van de zorg voor druggebruikers die behandeld worden in het netwerk en voor de continue opleiding en de peer-review van de beoefenaars van een gezondheidszorgberoep van het netwerk.
Het wordt erkend voor de taken die haar door dit besluit zijn toebedeeld en voor maximaal vijf jaar, door de minister na advies van de bevoegde provinciale geneeskundige commissie (art. 3 § 2).
Worden beschouwd als gespecialiseerde centra, de verzorgingsinstellingen die door de bevoegde overheid erkend worden voor het uitvoeren van vervangingsbehandeling alsook de ziekenhuizen en gespecialiseerde ziekenhuisdiensten die regelmatig druggebruikers behandelen (art. 3 § 3).

1402 Van de bepalingen inzake de deskundigheid en de registratie kan worden afgeweken voor gestructureerde diensten die zich bezig houden met gedetineerde druggebruikers en die door de Minister van Justitie worden georganiseerd en erkend (art. 14 K.B. 19 maart 2004.)

B. AFLEVERING EN TOEDIENING VAN HET VERVANGINGSMIDDEL

1403 De geneesmiddelen gebruikt in het kader van een behandeling met vervangingsmiddelen worden door een officina-apotheker afgeleverd en door personen door de Koning gemachtigd om geneesmiddelen af te leveren krachtens artikel 4 § 2, 6° W.U.G. (zie verder, nr. 1539) alsmede door artsen die een vergunning hebben om een geneesmiddelendepot te houden, en dit in een verpakking met een veiligheidssluiting ten behoeve van kinderen (art. 5, eerste lid K.B. 19 maart 2004).

Ieder vervangmiddel moet aan de patiënt persoonlijk worden afgeleverd en dit in dagelijkse dosissen, behalve wanneer de voorschrijvende arts andere regels heeft bepaald inzake de toediening indien de medische of psychosociale toestand van de patiënt dit rechtvaardigt (art. 5, tweede lid en art. 7 K.B. 19 maart 2004).

De centra voor opvang van druggebruikers en de gespecialiseerde centra kunnen overgaan tot de verdeling van grotere verpakkingen naar kleinere verpakkingen in dagelijkse dosissen en per patiënt, zonder dat enige wijziging aan de eigenschappen van het vervangingsgeneesmiddel wordt aangebracht (art. 5, tweede lid K.B. 19 maart 2004).

1404 Het geneesmiddel wordt dagelijks met respect voor de intimiteit van de patiënt en indien mogelijk in een voor het publiek niet-zichtbaar gedeelte van de officina, oraal toegediend, hetzij in aanwezigheid van de apotheker die het aflevert of van een ander persooon die onder zijn verantwoordelijkheid optreedt, hetzij in aanwezigheid van een zorgverstrekker in een centrum, in een netwerk voor opvang van druggebruikers of in een gespecialiseerd centrum die onder de veranwoordelijkheid van de voorschrijvende arts optreedt (art. 6 K.B. 19 maart 2004).

De voorschrijvende arts kan andere regels bepalen inzake de toediening indien de medische of psychosociale toestand van de patiënt dit rechtvaardigt (art. 7 K.B. 19 maart 2004).

1405 De persoon die het vervangingsmiddel aflevert of toedient, verwittigt onverwijld de voorschrijvende arts, indien de patiënt de voorwaarden inzake aflevering en toediening niet naleeft (art. 8 K.B. 19 maart 2004).

C. REGISTRATIE VAN DE VERVANGINGSBEHANDELINGEN

1406 De gegevens van het voorschrift voor vervangingsmiddelen worden verzameld en geregistreerd door de tariferingsdiensten erkend krachtens het K.B. tot vaststelling van de erkenningscriteria voor de tariferingsdiensten (art. 9, eerste lid K.B. 19 maart 2004).

De gegevens van de patiënt worden door deze tariferingsdienst geanonimiseerd en worden aan het Instituut voor Farmaco-epidemiologie van België (IFEB) ter behandeling in het kader van de monitoring overgemaakt.
De geanonimiseerde gegevens van het voorschrift die komen van de centra voor opvang en van de gespecialiseerde centra die vervangingsbehandelingen verstrekken worden aan het IFEB toege-

stuurd, volgens het model van de voorschriften die door de tariferingsdiensten verzameld en geregistreerd worden.
Deze geanonimiseerde gegevens worden ook voor wetenschappelijke doeleinden gebruikt alsook in het kader van epidemiologische analyses.
Wanneer het Instituut voor Farmaco-epidemiologie van België vaststelt dat een identieke patiëntcode voorkomt bij namen van verschillende artsen, neemt het onmiddellijk contact op met de artsen, met de bevoegde geneeskundige commissie alsmede met de tariferingsdienst die de naam van de patiënt onmiddellijk aan de voorschrijver overmaakt (art. 9, tweede tot vijfde lid K.B. 19 maart 2004).
De gegevens, de technische en epidemiologische aspecten alsook de protocollen voor de registratie en de overdracht worden bepaald en behandeld in de technische cel ingericht in de schoot van de Cel Gezondheidsbeleid Drugs, ingesteld door het protocolakkoord gesloten tussen de federale overheid en de overheden bedoeld bij artikelen 128, 130 en 135 van de Grondwet, betreffende de invoering van een geïntegreerd gezondheidsbeleid inzake drugs (art. 10 K.B. 19 maart 2004).

1407 Van de registratieverplichting kan worden afgeweken voor gestructureerde diensten die zich bezighouden met gedetineerde druggebruikers en die door de Minister van Justitie worden georganiseerd en erkend (art. 14 K.B. 19 maart 2004).

D. BEPERKING VAN HET AANTAL PATIËNTEN

1408 Het aantal patiënten dat een arts voor zijn rekening neemt mag niet hoger zijn dan 150 verschillende patiënten per jaar. Deze beperking is niet van toepassing voor de artsen die behandelingen met vervangingsmiddelen verstrekken in een centrum voor opvang van druggebruikers (art. 11 K.B. 19 maart 2004). BALTHAZAR is van oordeel dat deze beperking moeilijk afdwingbaar is: "Verschillende beginselen van het medisch recht verzetten zich tegen de beperking van de mogelijkheid van patiënten om zich tot de arts van hun keuze te wenden en tegen een verplichting van artsen om hun patiënten tot een bepaald aantal te beperken" (T. BALTHAZAR, *a.w.*, 293).

Het centrum voor opvang van toxicomanen, het netwerk voor opvang van druggebruikers, het gespecialiseerd centrum kan op eigen initiatief contact opnemen met de arts, bij hen geregistreerd, die behandelingen met vervangingsmiddelen verstrekt inzonderheid wat de sociale wederopname van de patiënt betreft, de risico's die verband houden met het gebruik van andere geneesmiddelen, psychotrope stoffen of verdovende middelen en de werklast die gepaard gaat met het aantal patiënten dat hij voor zijn rekening neemt (art. 12 K.B. 19 maart 2004).

TITEL XI

HONORARIUM VAN DE ARTS

HOOFDSTUK I

HONORARIUM VAN DE ARTS EN DE GEZONDHEIDSZORGWETGEVING

AFDELING I

RECHT OP HONORARIUM OF FORFAITAIRE BEZOLDIGING

§ 1. Onderscheid honorarium en forfaitaire bezoldiging. Afstand van het recht op honorarium

1409 Onverminderd de bepalingen van artikel 18 § 2 W.U.G. hebben de beoefenaars van de geneeskunde, mits eerbiediging van de plichtenleer, recht op honoraria of forfaitaire bezoldigingen voor de door hen geleverde prestaties. In die bewoordingen bevestigt artikel 15, eerste lid W.U.G. het recht van een arts op vergoeding van de door hem geleverde prestaties (H. ANRYS, "Les honoraires médicaux", *J.T.* 1971, 125). Deze vergoeding kan bestaan in een honorarium of een forfaitaire bezoldiging. Artikel 15 heeft een einde gemaakt aan een lange controverse over de forfaitaire vergoeding van de arts (H. ANRYS, *t.a.p.* 125; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Les récents arrêtés en matière d'art de guérir*, Brussel, Larcier, 1968, 23; Cass. 23 maart 1970, *Arr. Cass.* 1970, 695; *R.W.* 1970-71, 1035; *Pas.* 1970, I, 651, concl. Adv. Gen. F. DUMON; Cass. 5 november 1981, *Arr. Cass.* 1982, 344; *Pas.* 1982, I, 337, concl. Proc. Gen. F. DUMON; R.v.St., Verdonk, nr. 18.396, 15 juli 1977; R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987; Antwerpen 31 januari 2000, *T. Gez.* 2000-01, 363).

1410 Forfaitaire betaling wordt in de literatuur in een dubbele betekenis begrepen. Een forfaitaire vergoeding die een patiënt betaalt aan een arts voor diens prestaties. En de forfaitaire vergoeding die een derde, meestal een ziekenhuis, betaalt aan een arts in ruil voor het onderzoeken en behandelen van patiënten. Ook in de eerste betekenis is een forfaitaire vergoeding wettelijk toegelaten, op voorwaarde dat de bepaling van het bedrag van het forfait niet vooraf wordt gekoppeld aan de doelmatigheid van de behandeling, want dat is in strijd met artikel 16 W.U.G. (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Les récents arrêtés*, 24; *Droits et obligations*, nr. 269 *in fine* en nr. 271). Doorgaans wordt de tweede betekenis bedoeld.
Het onderscheid tussen een honorarium en een forfaitaire bezoldiging houdt verband met de betaling per prestatie en een betaling die geen of althans in mindere mate verband houdt met de werkelijk geleverde prestaties. Het onderscheid is dus niet geheel terug te brengen tot de betaling van de arts door de patiënt zelf of door een ander dan de patiënt (zie boven), hoewel in de regel de betaling door de patiënt zal gebeuren per prestatie en dus als een honorarium kan worden beschouwd.

1411 Het onderscheid tussen honorarium en forfaitaire bezoldiging treft men ook nog aan in artikel 132 Ziekenhuiswet 1987, zij het op een meer genuanceerde wijze.

Dit artikel bepaalt 5 vergoedingsstelsels voor een ziekenhuisarts, namelijk:
a) de vergoeding per prestatie in de eigenlijke betekenis;

b) de vergoeding op grond van de verdeling van een "pool" van vergoedingen per prestatie die voor het hele ziekenhuis of per dienst wordt gevormd. Het gaat hier dus om een variante van de betaling per prestatie, waardoor het mogelijk wordt gemaakt bepaalde distorsies weg te werken die voortvloeien uit de toepassing van de nomenclatuur en waardoor de samenwerking tussen de artsen van het ziekenhuis of de dienst kan worden bevorderd (ontwerp van wet houdende organieke bepalingen in aanvulling op de Wet van 23 december 1963 op de ziekenhuizen, *Parl. St.* Senaat 1983-84, nr. 653/1, 25);
c) de vergoeding bestaande uit een contractueel of statutair bepaald percentage van de vergoeding per prestatie of van een "pool" van vergoedingen per prestatie. In de bevoegde Senaatscommissie kwam het tot een discussie over de vraag of het hier een variante betreft van de betaling per prestatie of de forfaitaire vergoeding. Sommigen verdedigden de stelling dat het een betaling per prestatie betreft omdat het bedrag dat de arts ontvangt afhankelijk is van het aantal prestaties door hem verricht. Anderen hechtten meer belang aan het feit dat het aandeel van de arts in het totale volume honoraria contractueel of statutair vastligt, wat wijst op een forfaitaire bezoldiging. Volgens de minister betreft het een variante van de betaling per prestatie (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat, 1983-84, nr. 653/2, 100 en 115);
d) de forfaitaire vergoeding bestaande uit een wedde;
e) de vaste vergoeding, eventueel vermeerderd met een aandeel in de "pool" van de vergoedingen per prestatie.

Of een ziekenhuisarts per prestatie of op een forfaitaire wijze wordt vergoed heeft aanzienlijke consequenties voor de inspraak die deze arts heeft over de wijze waarop de centraal geïnde honoraria in het ziekenhuis worden aangewend. Artikel 140 § 1, laatste lid Ziekenhuiswet 1987 bepaalt dat de aanwending van de honoraria van de ziekenhuisartsen die niet op een forfaitaire wijze worden vergoed, dient te geschieden overeenkomstig de procedures bepaald in die wet. Voor de artsen die op een forfaitaire wijze worden vergoed dienen deze inspraakprocedures niet gevolgd te worden. De ziekenhuisbeheerder beslist autonoom over de aanwending van deze honoraria, vanzelfsprekend na betaling van de aan de artsen verschuldigde forfaitaire honoraria.

1412 Artikel 15, eerste lid W.U.G. specifieert niet de aard van het recht op honorarium of forfaitaire bezoldiging en evenmin de schuldenaar van dit recht. Deze bepaling verleent aan de arts een vorderingsrecht om betaling te bekomen voor de geleverde prestaties, zonder dat daarin is gesteld dat dit vorderingsrecht bij wege van rechtstreekse inning bij de patiënt wordt uitgeoefend (R.v.St., Beckers, nr. 37.835, 10 oktober 1991).

In artsenkringen wordt het recht op honorarium dikwijls opgevat als een werkelijk eigendomsrecht. Sporen van deze opvatting treft men aan in artikel 72 Code van geneeskundige plichtenleer. Zie hierover: F. DEWALLENS, "Eigendomsrecht en kostenregeling in ziekenhuisverband", in X, *De arts en zijn honorarium*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 90-92).

1413 Het in artikel 15 bepaalde recht op honoraria is "in geen geval een onvervreemdbaar recht op het volledig bedrag van de erelonen die door patiënten of verzekeringsinstellingen omwille van de medische prestaties worden betaald" (Gent 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.* 1986-87, 435).

Niet enkel kan een arts afstand doen van het recht op een deel van het honorarium (zie verder, nr. 1133: gebruiksvergoedingen) maar hij kan ook in zijn geheel afstand daarvan doen in ruil voor een forfaitaire vergoeding. Het recht op honorarium gaat dan over op degene die aan de arts een forfaitaire vergoeding verschuldigd is (R.v.St., Verdonk, nr. 18.396, 15 juli 1977; Vred. Malmedy 26 mei 1989, *Vl. T. Gez.* 1989-90, 144, noot G. PATERNOSTER; F. DEWALLENS, *a.w.*, *t.a.p.*, 94).

Volgens de Raad van State vestigt artikel 15 W.U.G. het beginsel dat een arts krachtens de wet zelf recht heeft op een vergoeding voor door hem gegeven medische zorgen of bijstand, vergoeding waarvan hij in beginsel zelf het bedrag bepaalt, tenzij hij in een bijzondere rechtsverhouding getreden is in het kader waarvan zijn prestaties getarifieerd zijn of op een forfaitaire basis bezoldigd wordt. Het woord tenzij kan zowel slaan op het bepalen van het bedrag als het recht op vergoeding. Beide interpretaties hebben zin. Maar hieronder zal nog blijken dat de vrijheid om het bedrag van het honorarium te bepalen nog op andere manieren kan worden beperkt dan door een bijzondere rechtsverhouding, bv. door de wet. Uit het vervolg van het arrest kan trouwens ook nog worden afgeleid dat tenzij, zo niet uitsluitend, toch ook slaat op het recht op een vergoeding: "dokters die in de rijksuniversiteiten zieken verzorgen treden op als organen van de universiteit; de vergoedingen die de patiënten dienen te betalen zijn retributies die aan de universiteit toekomen d.w.z. aan de instelling aan wie de prestaties in rechte moeten worden toegerekend; noch artikel 15 W.U.G. noch de ziekteverzekeringswetgeving leveren een rechtsgrond op om te stellen dat de inkomsten, voortgekomen uit de medische prestaties in beginsel toekomen aan degenen welke die prestaties verricht hebben of zelfs niet om te stellen dat de universiteit op die gronden de verplichting heeft om die inkomsten naar de medische faculteit of naar de diensten welke de prestaties hebben verricht, te doen terugvloeien" (R.v.St., Verdonk, nr. 18.396, 15 juli 1977).

1414 Een volledige afstand van het recht op honorarium is niet onwettelijk op voorwaarde dat dan het recht op forfaitaire vergoeding wordt geëerbiedigd. Bij het vaststellen van het bedrag van deze vergoeding of, zo men wil, van het bedrag dat niet aan de arts wordt uitbetaald, zal met artikelen 17 en 18 § 2 W.U.G. rekening moeten worden gehouden (zie verder, nr. 1472: gebruiksvergoedingen). Noch artikel 15 noch artikel 18 W.U.G. bepalen welke procedure dient te worden gevolgd bij het vaststellen van de forfaitaire honoraria voor verstrekkingen van klinische biologie verleend aan in een ziekenhuis opgenomen rechthebbenden. Deze bepalingen houden geen regel in die zou opleggen dat bij het vaststellen van die honoraria het advies van de klinische biologen moet worden ingewonnen, of dat in dat verband verboden zou zijn dienaangaande het advies van de betrokken ziekenhuizen in te winnen (R.v.St., Dierick, nr. 114.932, 23 januari 2003).

Vergelijkbaar met de afstand van het recht op honorarium maar toch niet hetzelfde is de beslissing van een arts geen honorarium te vragen, bv. bij de behandeling van een collega (zie verder, nr. 1427). Er wordt dan geen afstand gedaan van het recht op honorarium ten voordele van een derde in ruil voor een forfaitaire bezoldiging. Wel wordt gebruik gemaakt van het recht om in beginsel vrij het bedrag van het honorarium te bepalen en dus eventueel geen euro te vragen.

Niemand wordt vermoed zijn rechten te verzaken, zodat men niet mag veronderstellen dat een arts gratis zijn diensten heeft verleend. Bij twijfel dient men er van uit te gaan dat een arts de bedoeling had zich te laten vergoeden (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 265 en nr. 271).

Wie afstand heeft gedaan van zijn recht op honorarium in ruil voor een forfaitaire vergoeding kan aan een patiënt geen vrijstelling verlenen van de betaling van het honorarium (Vred. Malmedy 26 mei 1989, *Vl. T. Gez.* 1989-90, 144, noot G. PATERNOSTER).

§ 2. Beperkingen aan het recht op honorarium of forfaitaire bezoldigingen

1415 Artikel 15, eerste lid W.U.G. stelt twee beperkingen aan het recht op honoraria of forfaitaire bezoldigingen, namelijk de eerbiediging van artikel 18 § 2 van deze wet en van de medische plichtenleer.

A. ARTIKEL 18 § 2 W.U.G.

1416 Artikel 18 § 2 verbiedt "onverminderd de bepalingen van artikelen 15 en 17" elke overeenkomst van welke aard gesloten tussen artsen onderling of tussen een arts en een derde "wanneer deze overeenkomst betrekking heeft op hun beroep en ertoe strekt aan de een of de ander rechtstreeks of onrechtstreeks winst of voordeel te verschaffen".

De vraag die hier rijst is of een contractuele of statutaire regeling tussen een arts en een derde, in het bijzonder verzekeringsinstellingen en ziekenhuizen waarin een forfaitaire bezoldiging wordt afgesproken zoals mogelijk gemaakt door artikel 15, niet strijdig is met artikel 18 § 2.

Op het eerste gezicht lijkt artikel 18 § 2 afspraken tot forfaitaire bezoldiging te verbieden. Maar de rechtspraak heeft deze interpretatie niet gevolgd.

Artikel 34*ter* Z.I.V.-Wet-1963 (thans: art. 52 § 1 Z.I.V.-Wet-1994) voorziet in de mogelijkheid dat tussen artsen en verzekeringsinstellingen overeenkomsten of akkoorden worden afgesloten tot forfaitaire betaling i.p.v. betaling per prestatie van deze artsen. Volgens de Raad van State kan de betekenis van artikel 18 § 2 niet zijn dergelijke overeenkomsten te verbieden, aangezien artikel 18 § 2 uitdrukkelijk het bij artikel 15 W.U.G. aan artsen toegekende recht op forfaitaire bezoldigingen voorbehoudt (R.v.St., Nationaal Verbond Socialistische Mutualiteiten, nr. 15.533, 27 oktober 1972). Artikel 18 § 2 spreekt inderdaad van "onverminderd de bepalingen van artikelen 15 en 17".

Wat afspraken tot forfaitaire bezoldiging tussen artsen en ziekenhuizen betreft, kan worden vastgesteld dat artikel 18 § 2 slechts spreekt van overeenkomsten en niet van statutaire regelingen (Gent 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.* 1986-87, 435). Voor artsen die in een openbaar ziekenhuis hun medische prestaties verlenen op grond van een statutaire regeling en daarvoor een forfaitaire vergoeding ontvangen stelt het probleem van de mogelijke onverenigbaarheid van artikel 15 met artikel 18 § 2 W.U.G. zich niet. De Raad van State liet wel de vraag onbeantwoord "of de in artikel 18 § 2 gebruikte term overeenkomst zo ruim moet worden opgevat dat hij ook slaat op regelingen die statutair zijn bepaald" (R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987). Er is geen reden om overeenkomst hier ruimer te begrijpen dan gebruikelijk. In een later arrest heeft de Raad van State de toepassing van artikel 18 § 2 op statutaire regelingen uitgesloten (R.v.St., A.M.H.I.C.I., nr. 31.897, 3 februari 1989: art. 18 § 2 K.B. nr. 78 heeft geen verband met de in een saneringsplan vervatte maatregelen, die geen contractueel maar wel een eenzijdig karakter hebben, zelfs indien zij een overeenkomst wijzigen).

Wat hier van zij, in het arrest Kiebooms meende de Raad van State dat "derden" in artikel 18 § 2 geen betrekking heeft op ziekenhuizen. Blijkbaar interpreteerde de Raad "inzonderheid" in dit artikel zodanig dat de er in gegeven opsomming (nl. producenten van farmaceutisch producten; leveranciers van geneeskundige of protheseapparaten) limitatief is en niet exemplatief: "de ziekenhuizen worden niet vernoemd; zij zijn ook niet bedoeld" (R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987). Volgens het Groot Woordenboek der Nederlandse Taal (VAN DALE, dertiende herziene druk, 1999) kan inzonderheid zowel een exemplatieve (voornamelijk) als een limitatieve (bepaaldelijk d.i. uitdrukkelijk) betekenis hebben. Procureur-generaal DUMON suggereerde dat het Franse "notamment" zou wijzen op een exemplatieve opsomming en het Nederlandse "inzonderheid" op een limitatieve (Cass. 5 november 1981, *Pas.* 1982, I, 339, concl. Proc. Gen. F. DUMON; anders: A. LUST, "Zijn ereloonafspraken steeds verboden?", in X., *De arts en zijn honorarium*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 69 die meent dat "inzonderheid" wil zeggen "exemplatief" en "notamment" "exhaustief"). Naast deze taalkundige uitlegging, is er nog de bedoeling van de wetgever. Zowel DUMON als de Raad van State vragen zich af of men mag veronderstellen dat de wetgever "de ene (producenten en leveranciers) en de andere (ziekenhuizen) aan dezelfde regeling heeft willen onderwerpen" (R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987).

1417 Een ziekenhuis is dus geen derde in de zin van artikel 18 § 2 W.U.G. Een overeenkomst tot forfaitaire bezoldiging tussen een arts en een ziekenhuis is niet verboden (in dezelfde zin: Gent 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.* 1986-87, 435; Antwerpen 31 januari 2000, *T. Gez.* 2000-01, 364).

Anders dan de Raad van State heeft het Hof van Cassatie ziekenhuizen niet uitdrukkelijk uit het toepassingsgebied van artikel 18 § 2 gesloten. Wel vallen volgens het Hof buiten dit artikel "de overeenkomsten betreffende het regelmatig vergoeden van de prestaties die de geneesheer in dienst van een ziekenhuis werkelijk verricht" (Cass. 28 april 1987, *Arr. Cass.* 1987, 1142; *Pas.* 1987, I, 1007; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 30). Het Hof diende *in casu* de wijze van vergoeding niet te verduidelijken. Maar er is geen reden om aan te nemen dat een overeenkomst tot forfaitaire bezoldiging niet is bedoeld. Een jaar eerder besliste het Hof dat artikel 18 § 2 "geenszins de arbeidsovereenkomsten tussen de geneesheren en de ziekenhuizen" beoogt (Cass. 3 februari 1986, *Arr. Cass.* 1986, 746; *Pas.* 1986, I, 654; *Vl. T. Gez.* 1985-86, 316 noot G. PATERNOSTER). Dikwijls, maar niet noodzakelijk altijd, zal bij een arbeidsovereenkomst een forfaitaire vergoeding worden betaald. Zo'n overeenkomst valt dan ook niet onder artikel 18 § 2 W.U.G.

1418 Samenvattend kan worden besloten dat een overeenkomst tussen een arts en een derde meer bepaald een ziekenhuis of een verzekeringsinstelling, waarin is voorzien in de forfaitaire betaling van de arts niet in strijd is met artikel 18 § 2 W.U.G. Wat de ziekenhuizen betreft kan nog de Ziekenhuiswet 1987, artikelen 130 en 131 worden aangehaald. Deze bepalingen leggen de verplichting op collectieve en individuele afspraken te maken tussen artsen en ziekenhuisbeheerders omtrent o.m. de "financiële schikkingen m.b.t. de medische activiteit, met inbegrip van de wijze van vergoeding". Een van deze vergoedingswijzen kan de forfaitaire vergoeding zijn.

B. MEDISCHE PLICHTENLEER

1419 Hier is artikel 82 Code van geneeskundige plichtenleer van belang en met name de tweede zin van het tweede lid waarin is bepaald: "De forfaitaire vergoeding mag niet lager liggen dan het overeenkomstige inkomen van een geneesheer die voor gelijkwaardige activiteiten per prestatie wordt vergoed". Deze bepaling beperkt het recht op forfaitaire vergoeding aanzienlijk.

Zij komt er op neer dat de forfaitaire bezoldiging moet overeenstemmen met wat de arts bij wijze van vergoeding per prestatie als honorarium zou hebben ontvangen verminderd met de werkelijke gemaakte kosten. De forfaitaire vergoeding is dan eigenlijk een soort van gecumuleerde betaling van een reeks prestaties verminderd met de werkelijk gemaakte kosten. Terecht wijst LUST erop dat het "inherent is aan het systeem van de arbeidsovereenkomst en/of de forfaitaire vergoeding dat de werkgever zich een winst berekent op de loonkost, hetgeen in zulk door de wet toegelaten systeem ook aan de ziekenhuisbeheerders niet mag worden ontzegd"(A. LUST, *a.w.*, *t.a.p.*, 77-78).

Vermits de Code van medische plichtenleer door de Koning niet bindend werd verklaard (zie boven, nr. 143) kan de Code geen beperking stellen aan het beginsel van artikel 15 W.U.G. volgens hetwelk artsen, met inachtneming van de regels van de medische plichtenleer recht hebben op forfaitaire bezoldigingen (Cass. 3 februari 1986, *Arr. Cass* 1986, 746; *Pas.* 1986, I, 654; *Vl. T. Gez.* 1985-86, 316 noot G. PATERNOSTER).

De omstandigheid dat artikel 15 W.U.G. bepaalt dat het vaststellen van de honoraria of forfaitaire vergoedingen van de artsen moet gebeuren met eerbiediging van de regels van de deontologie

betekent niet dat deze regels een algemene reglementaire waarde zouden hebben zelfs zonder bekrachtiging door de Koning (Gent 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.* 1986-87, 435).

§ 3. Recht op honorarium in enkele bijzondere situaties

A. RECHT OP HONORARIUM TEGENOVER VERWANTEN

1420 Kan een arts het recht op honorarium dat artikel 15 W.U.G. hem toekent ook laten gelden tegenover verwanten in het bijzonder deze tegenover wie hij een plicht tot levensonderhoud heeft? Het antwoord op deze vraag is tevens bepalend voor het recht op terugbetaling ten laste van de verplichte ziekteverzekering van (een deel van) dit honorarium.

Volgens de Raad van State stelt artikel 15 W.U.G. "geen absoluut, algemeen beginsel vast op grond waarvan een apotheker van een ieder, zelfs van personen te zijnen laste, honoraria mag vorderen voor prestaties welke hij voor hen levert; dit artikel strekt er noch toe, noch heeft het tot gevolg dat wordt afgeweken van de beginselen van het B.W. betreffende de rechten en de plichten van personen op wie, hetzij "rechtstreeks krachtens de wet, hetzij krachtens een rechterlijke beslissing, een plicht tot levensonderhoud of tot alimentatie rust t.a.v. de leden van hun familie of van die van hun echtgenoot" (R.v.St., Chambre Syndicale des pharmaciens d'expression française, nr. 16.408, 7 mei 1974). Wat geldt voor de apotheker, gaat *mutatis mutandis* op voor een arts, vermits artikel 15 naar beiden verwijst.

1421 Tegenover bepaalde verwanten kan een arts het recht op honorarium niet laten gelden vermits de burgerrechtelijke onderhoudsverplichting voorrang heeft. Deze regel treft men ook aan in artikel 79 Code van geneeskundige plichtenleer, zoals gewijzigd op 18 maart 1995: "Het is gebruikelijk dat een geneesheer geen ereloon aanrekent voor de verzorging van zijn naaste verwanten en zijn medewerkers, alsook van zijn collega's en de personen ten laste van deze laatsten. Niettemin mag een vergoeding gevraagd worden voor de kosten die eruit voortspruiten".

1422 Bij het bepalen van de kring van verwanten tegenover wie geen recht op honorarium geldt, laat men zich leiden door het B.W.

Ouders dienen te zorgen voor het levensonderhoud van hun kinderen (art. 203 § 1 B.W.). De chirurg die een heelkundige ingreep bij zijn dochter zelf uitvoert "heeft niet meer dan zijn plicht t.o.v. zijn kind gedaan. De vervulling van zijn natuurlijke en wettelijke plicht van vader t.o.v. zijn kind doet in zijnen hoofde noch tegenover het kind noch tegenover de derde die tot het vervullen van de plicht aanleiding gaf, een vorderingsrecht ontstaan" (Corr. Tongeren 30 januari 1968, *R.W.* 1969-70, 483; enkel de materiële uitgaven veroorzaakt door de heelkundige ingreep zoals de huur van de operatiezaal, medische apparatuur enz. kwamen voor vergoeding in aanmerking). Kinderen zijn op hun beurt levensonderhoud verschuldigd aan hun ouders en hun andere bloedverwanten in de opgaande lijn die behoeftig zijn (art. 205 B.W.). Schoonzonen en -dochters zijn levensonderhoud verschuldigd aan hun schoonouders (art. 206 B.W.) zoals echtgenoten elkaar bijstand zijn verschuldigd (art. 213 B.W.). Tussen broers en zusters daarentegen bestaat er geen wettelijke onderhoudsverplichting (P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 769, nr. 2206). Wel wordt het bestaan van een natuurlijke plicht tot bijstand erkend (J. GERLO, *Personen- en Familierecht*, Brussel, Story - Scientia, 1986, vol. 3, 338).

Er bestaat derhalve geen recht op honorarium tegenover ouders, grootouders, kinderen, echtgenoot, echtgenote, schoonouders. Maar tegenover een broer of een zuster, en *a fortiori* een schoon-

broer of een schoonzuster, bestaat wel een recht op honorarium wanneer men het niet-bestaan van een wettelijke onderhoudsplicht als criterium neemt voor het bepalen van dat recht.

1423 Het beheerscomité van de dienst geneeskundige verzorging R.I.Z.I.V. is wettelijk niet bevoegd om een onweerlegbaar vermoeden van niet-betaling van een honorarium in hoofde van een arts die zijn naaste verwanten verzorgt, te vestigen (R.v.St., Algemene Pharmaceutische Bond en co, nr. 17.543, 26 maart 1976).

Door dit arrest vernietigde de Raad artikel 7, vierde lid K.B. 24 december 1963 houdende verordening op de geneeskundige verstrekkingen inzake verplichte Z.I.V., ingevoegd door een verordening van het beheerscomité van de dienst geneeskundige verzorging van 1 augustus 1974, *B.S.* 27 augustus 1974. Dit artikel luidde: "de tegemoetkoming van de Z.I.V. is niet verschuldigd voor de kosten van de verzorging die door een verstrekker (geneesheer, tandheelkundige, apotheker, vroedvrouw, verpleegster, paramedische verstrekker) is verleend aan zijn echtgenoot, descendenten, ascendenten, schoonvader, schoonmoeder, schoonzoons en schoondochters. De kosten van de producten en de benodigdheden die bij het verlenen van de verstrekking zijn aangewend, mogen evenwel worden vergoed tot een beloop van de kostende prijs". Deze verordening werd aangevochten door de Algemene Pharmaceutische Bond en de Belgische Federatie der Syndicale Kamers van geneesheren wegens de schending van artikel 15 W.U.G. en de schending van een aantal bepalingen uit de Z.I.V.-Wet. Het beheerscomité steunde zijn beslissing "op de onmogelijkheid de betaling van een honorarium te controleren als er tussen degene die de verzorging verstrekt en de verzekerde bloed- of aanverwantschap bestaat". Volgens de Raad van State heeft het Beheerscomité door deze verordening "het onweerlegbaar vermoeden gevestigd dat geen honorarium wordt betaald (in de gevallen vermeld in art. 7, vierde lid) zelfs wanneer de regels van de plichtenleer en die van het burgerlijk recht er zich niet tegen verzetten dat er een wordt gevraagd". Door het vestigen van zo'n vermoeden waartoe het wettelijk niet bevoegd is heeft het beheerscomité de wettelijke regels geschonden die aan artsen en apothekers het recht op honorarium verlenen en is het zijn wettelijke bevoegdheid te buiten gegaan.

Het belang van beide beroepsverenigingen bij de vernietiging van deze verordening lag niet voor de hand. In een andersluidend advies was het auditoraat van oordeel dat de beroepen niet-ontvankelijk waren omdat de verzoekende verenigingen niet konden laten gelden dat de belangen van het geheel van hun leden in het gedrang waren gebracht. De verordening raakte immers niet, althans niet rechtstreeks, aan hun recht om een honorarium te vragen, wel aan het recht op terugbetaling voor hun patiënten die tevens naaste verwanten zijn. De Raad van State oordeelde niettemin dat de verordening de beroepsbelangen van de gezamenlijke apothekers en artsen kon schaden.

1424 Zo het beheerscomité van de dienst geneeskundige verzorging geen bevoegdheid heeft om een onweerlegbaar vermoeden van niet-betaling van een honorarium te vestigen omdat dit in strijd is met het recht op honorarium in hoofde van een arts, dan kan *a fortiori* het beheerscomité een verordening tot niet-terugbetaling van een honorarium niet motiveren door een beroep te doen op de afwezigheid van een recht op honorarium voor verzorging verstrekt aan familieleden (R.v.St., Chambre Syndicale des pharmaciens d'expression française, nr. 16.404, 7 mei 1974).

Een beslissing van dit beheerscomité van 17 november 1969 had bepaald "dat de verzekering (slechts) tegemoet komt wanneer de geneeskundige verzorging kosten oplevert voor degene die ze verstrekt". In zoverre deze beslissing betrekking heeft op verstrekkers van verzorging op wie wettelijke onderhoudsverplichtingen rusten, schendt ze artikel 15 W.U.G. niet. Doch zij schendt deze bepaling wel voorzover ze betrekking heeft op prestaties verricht voor personen, ook al gaat het om familieleden van de zorgverstrekker, tegenover wie deze laatste geen wettelijke onderhoudsverplichtingen heeft. De algemene termen waarin de bestreden beslissing was gesteld wet-

tigden geen interpretatie die haar werking beperkte tot echtgenoot, echtgenote en bloedverwanten in de opgaande en neerdalende lijn.

1425 Het beheerscomité van de dienst geneeskundige verzorging heeft niet de bevoegdheid om bij wijze van algemeen geldende regel een vermoeden van niet-betaling van een honorarium noch een verbod van terugbetaling van het honorarium op grond van de afwezigheid van een recht op honorarium vast te stellen, in de gevallen dat een arts aan een van zijn naaste verwanten medische hulp verleent. Wel heeft volgens de Raad van State dit beheerscomité de bevoegdheid, op grond van artikel 12, 4° Z.I.V.-Wet-1963, te beslissen dat de verzekering niet tegemoet komt wanneer de geneeskundige verzorging geen aanleiding geeft tot het betalen van een honorarium en om regels te stellen om te controleren of er werkelijk betaling is geweest (R.v.St., Algemene Pharmaceutische Bond, nr. 17.543, 26 maart 1976).

Dergelijke regels werden tot nu toe niet uitgevaardigd. Het probleem van de terugbetaling van honoraria betaald door verwanten aan een arts-familielid blijft gesteld (J. VAN LANGENDONCK en J. PUT, *Handboek Sociale zekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 445, nr. 1145).

Zie over die problematiek ook: H. VAN DEN BOSSCHE, *De verzorging van familieleden van zorgenverstrekkers: gratis? terugbetaalbaar?*, Leuven, Centrum voor Ziekenhuiswetenschap, Verhandeling Lic. Med. Soc. Wetenschappen en Ziekenhuisbeleid, 1989, 44.

1426 Eng verbonden met de terugbetaling van honoraria betaald door verwanten van een arts is de aflevering van getuigschriften voor verleende hulp aan verwanten. Artikel 79 Code van geneeskundige plichtenleer zwijgt hieromtrent. RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT vermelden een al ouder advies van de provinciale raad van Franstalig Brabant van de Orde der geneesheren, volgens hetwelk geen getuigschriften mogen worden afgegeven aan ascendenten en descendenten (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 265). De Vrederechter te Namen aanvaardde het recht op terugbetaling van honoraria in hoofde van een zoon voor een medische ingreep verstrekt door de vader. Dat de zoon in werkelijkheid de vader geen honorarium zou hebben betaald omwille van de vaderlijke onderhoudsplicht, beschouwde deze rechter als een *res inter alios acta* in de relatie zoon-ziekenfonds (Vred. Namen 2 juni 1967, *Jur. Liège* 1967-68, 109).

B. RECHT OP HONORARIUM TEGENOVER MEDEWERKERS, COLLEGA'S EN HUN VERWANTEN

1427 Artikel 79 Code van geneeskundige plichtenleer noemt het gebruikelijk dat een arts geen ereloon aanrekent voor de verzorging van zijn medewerkers, alsook van zijn collega's en de personen ten laste van deze laatsten. Niettemin mag een vergoeding gevraagd worden voor de kosten die eruit voortspruiten (zie boven, nr. 1421).

In de vroegere versie van artikel 79 was tevens voorzien dat een honorarium dat overeenstemt met het zgn. terugbetalingstarief kon worden gevraagd. Daarvan is nu geen sprake meer. Wellicht houdt dit verband met het wettelijk verplicht karakter van het remgeld in een aantal gevallen (zie daarover: het advies van de Nationale raad van 17 juni 1995, "Remgeld", *T. Orde Geneesh.* 1995, nr. 69, 29). Op de vraag of het past dat in een ziekenhuis gratis medische zorg wordt verleend door een arts aan een verpleegkundige, verwees de Nationale raad naar het vermelde artikel 79 (advies Nationale raad 16 november 2002, "Kosten betreffende medische zorgen als extra-legaal voordeel voor de werknemer", *T. Orde Geneesh.* 2003, nr. 99, 5).

1428 Een juridische verplichting om kosteloze verzorging te verlenen aan een collega of medewerker bestaat niet. Artikel 79 Code van geneeskundige plichtenleer werd niet-bindend verklaard terwijl ook overigens geen plicht tot onderhoud of bijstand jegens collega's of medewerkers bestaat.

Zie over het gebruik geen ereloon te vragen althans kosteloze verzorging te verlenen: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT. Volgens deze auteurs ontstaat er tussen collega's geen contractuele relatie maar steunt de hulpverlening op een morele verbintenis. Die mening is niet algemeen aanvaard (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 266 en 267). Een contractuele relatie is goed te verdedigen.

1429 Overeenkomstig artikel 1135 B.W. verbinden overeenkomsten niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk is bepaald, maar ook tot alle gevolgen die door o.a. het gebruik aan de verbintenis worden toegekend. Tot nog toe werd voor een Belgische rechter geen beroep gedaan op deze bepaling door een arts om betaling van een honorarium aan een collega te weigeren.

C. RECHT OP HONORARIUM EN VERGOEDING BIJ NIET-NAGEKOMEN AFSPRAAK

1430 Artikel 15 W.U.G. bepaalt een recht op honorarium voor door de arts geleverde prestaties. Men mag aannemen dat hiermee worden bedoeld m e d i s c h e prestaties. Wanneer de arts daarnaast nog andere, materiële prestaties levert zoals het ter beschikking stellen van verbanden dan heeft hij recht op vergoeding van de daaraan verbonden kosten.

Naast het ereloon en de kostenvergoeding is denkbaar dat de patiënt schadevergoeding dient te betalen aan de arts. Wanneer de patiënt een afspraak met een arts niet nakomt waardoor deze arts schade lijdt (tevergeefs gemaakte kosten, gederfde winst) dan kan de patiënt tot vergoeding van de schade worden aangesproken. Aldus artikel 77 Code van geneeskundige plichtenleer: de arts mag een schadeloosstelling vragen voor een nutteloos geworden huisbezoek of voor de verzuimde afspraak indien zij niet tijdig werd afgezegd. Toch zal de arts dienen te bewijzen dat hij schade heeft geleden (in dezelfde zin: advies Nationale raad 17 januari 1998, "Honoraria voor niet-nagekomen afspraak", *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 80, 23) (dikwijls zijn er nog voldoende andere patiënten aanwezig in de wachtkamer opdat geen tijd zou verloren gaan). Bovendien zal moeten worden aangetoond dat de patiënt foutief handelde door de afspraak niet na te komen of niet tijdig te verwittigen (zie: M. VAN QUICKENBORNE, "De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 16 e.v., die de hypothese bespreekt waarin een patiënt zijn toestemming in een behandeling intrekt).
Wat door de patiënt zou worden betaald bij niet-nakoming van een afspraak is een schadevergoeding, geen honorarium. Er werd nl. geen medische prestatie verricht door de arts voor die patiënt. Om die reden kan ook geen getuigschrift voor verstrekte zorg worden afgeleverd (advies Nationale raad 17 januari 1998, "Honoraria voor niet-nagekomen afspraak", *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 80, 23). Volgens de Vrederechter van Brussel is het enkele feit een patiënt in zijn kabinet te hebben ontvangen een prestatie die recht geeft op een honorarium (Vred. Brussel 16 februari 1967, *J.T.* 1967, 486). Deze uitspraak dateert van vóór de inwerkingtreding van de W.U.G. Maar hij is ook nu nog van belang.

In verband met het vragen van een honorarium dan wel schadevergoeding bij niet-naleven van een afspraak is ook het volgende advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren (*T. Orde Geneesh.* 1977-78, nr. 26, 26-27) van belang. Dit advies veroordeelt de praktijk die er in bestaat dat psychiaters en psychotherapeuten een honorarium aanrekenen wanneer een afspraak door een patiënt niet werd nagekomen zelfs wanneer de afspraak werd afgezegd. Het vragen van een honorarium wordt verdedigd om zgn. therapeutische redenen. In zijn advies wijst de Nationale

raad er op dat artikel 71 Code van geneeskundige plichtenleer het bewerkstelligen van een therapeutisch effect niet vermeldt als criterium voor het bepalen van het bedrag van het ereloon. Volgens de Nnationale raad "kan niet worden aanvaard dat om therapeutische redenen een bijdrage wordt gevraagd voor een niet-nageleefde afspraak (...). Wanneer een psychiatrische patiënt zich niet aan een gemaakte afspraak houdt, is dit ongetwijfeld een belangrijk gebeuren in de therapie". Maar "het is uitgesloten dat de enige mogelijkheid om de therapie met kans op succes verder te zetten erin zou bestaan van de patiënt een financiële bijdrage te eisen". Een en ander belet niet dat, in toepassing van het voor alle artsen geldende artikel 77 van de Code, een schadeloosstelling kan gevraagd worden voor een verzuimde afspraak indien zij niet tijdig werd afgezegd (advies Nationale raad 17 september 1994, "Niet-nagekomen afspraak", *T. Orde Geneesh.* 1994, nr. 66, 18-19).

AFDELING II

BEDRAG VAN HET HONORARIUM

§ 1. Vrije bepaling

1431 In beginsel bepalen artsen "vrij het bedrag van hun honoraria" (art. 15, tweede lid W.U.G.).

Hier is nog enkel sprake van het bedrag van het honorarium. Het bedrag van de forfaitaire bezoldiging wordt niet bepaald door de arts, maar door diegene die deze bezoldiging betaalt, al dan niet in overleg met de arts. Het bedrag van het honorarium op basis waarvan de forfaitaire bezoldiging wordt berekend, kan wel in beginsel vrij door de arts worden bepaald (F. DEWALLENS, *a.w.*, *t.a.p.*, 96).

1432 De vrijheid van de arts om in beginsel zelf het bedrag van zijn honorarium te bepalen komt overeen met wat het gemeen recht leert (K. GEENS, *Het vrij beroep*, nr. 435-437).

Indien er vanuit wordt gegaan dat de relatie tussen arts en patiënt een contract is dan zijn de artikelen 1135 en 1160 B.W. van toepassing. Beide bepalingen vermelden het gebruik of gebruikelijke bedingen als bron van verbintenissen. "Welnu, ligt het niet voor de hand dat de dienstverstrekker beter vertrouwd is met de gebruikelijke honoraria", vraagt GEENS zich af. Toch zou men de verwijzing naar het gebruik en naar gebruikelijke honoraria ook kunnen zien als een element dat de vrijheid van de arts beperkt, eerder dan als een bevestiging van die vrijheid in het gemeen recht.
Het gebruik als bron van recht in de relatie tussen arts en patiënt kan nog betekenen dat de arts vrij het bedrag van het honorarium mag bepalen omdat dit nu eenmaal gebruikelijk is, behoudens een uitdrukkelijke andersluidende afspraak. Dit gebruik wordt ook wel eens als een impliciete afspraak bestempeld. "Wanneer een patiënt en een beoefenaar van de geneeskunde geen uitdrukkelijke afspraak hebben gemaakt over het te betalen ereloon, mag aangenomen worden dat zij impliciet zijn overeengekomen dat dit bedrag door de arts binnen de wettelijke perken mag bepaald worden" (R. KRUITHOF, noot onder Vred. Antwerpen 15 april 1980, *Vl. T. Gez.* 1980-81, nr. 5, 35). Deze auteur beschouwt de vrijheid van de arts als een toepassing van de theorie van de partijbeslissing d.w.z. de bij contract aan één der partijen verleende bevoegdheid om de rechtsbetrekkingen met de wederpartij nader te bepalen (R. KRUITHOF, *t.a.p.*; in dezelfde zin: Vred. Antwerpen 3 juni 1986, *R.W.* 1986-87, 963 noot A.M. CAEYERS- DE HONDT; A. DE BOECK, "De matiging van het overdreven honorarium van een ziekenhuisarts bij verblijf van een patiënt in een eenpersoonskamer", noot onder Vred. Antwerpen 30 juni 1992, *R.W.* 1994-95, 755). Volgens GONTHIER bevat artikel 15, tweede lid W.U.G. "niets meer dan de bevestiging van een algemeen

rechtsbeginsel" (W. GONTHIER, "De omvang van het ereloon", in X, *De arts en zijn honorarium*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 4).

§ 2. Beperkingen aan de vrije bepaling

1433 Artikel 15, tweede lid W.U.G. stelt drie beperkingen aan de vrije bepaling van het ereloon. Vooreerst zijn er de beperkingen die voortvloeien uit "de toepassing van bedragen vastgesteld door of krachtens de wet of voorzien bij statuten of overeenkomsten". Zij worden hieronder besproken als "wettelijke of reglementaire beperkingen" (nr. 1434 tot 1451) en "statutaire of contractuele beperkingen" (nr. 1452 tot 1453). Een tweede beperking vloeit voort uit de bevoegdheid van de rechter om het bedrag van het honorarium te matigen (nr. 1454 tot 1459). Ten derde zijn er deontologische beperkingen aan het bedrag van het honorarium (nr. 1460).

Ten slotte moet bij de bespreking van mogelijke beperkingen aan de vrije bepaling van het bedrag van het honorarium rekening worden gehouden met artikel 16 W.U.G. Dit artikel verbiedt iedere vooraf gesloten overeenkomst die het honorarium koppelt aan de doelmatigheid van een behandeling.

A. WETTELIJKE EN REGLEMENTAIRE BEPERKINGEN

1. Z.I.V.-Wet

1434 Naast de Ziekenhuiswet, vormt de Z.I.V.-Wet de meest belangrijke wettelijke beperking van de vrijheid het bedrag van het honorarium naar goeddunken te bepalen. Artsen oefenen hun activiteit uit in de gezondheidssector, die georganiseerd is volgens het principe van de onderlinge risicoverdeling en waarvan het deficit uiteindelijk wordt gedragen door de gemeenschap. Dergelijke bijzonderheden maken het niet mogelijk hen inzake het bepalen van de honoraria te vergelijken met alle andere personen die een vrij beroep uitoefenen (Arbitragehof nr. 136/2000, 21 december 2000, *B.S.* 20 januari 2001; B.30.3).

a. Vaststelling van de honoraria t.a.v de rechthebbenden van de ziekteverzekering

1435 De financiële en administratieve relaties tussen artsen en rechthebbenden van de ziekteverzekering en tussen artsen en de verzekeringsinstellingen worden geregeld door zgn. akkoorden (art. 50 § 1 Z.I.V.-Wet-1994). Deze akkoorden komen tot stand in het kader van de nationale commissie artsen-ziekenfondsen (art. 26 en 50 § 2 Z.I.V.-Wet-1994). Die akkoorden treden in een bepaalde streek in werking 45 dagen na hun bekendmaking in het *B.S.* behalve indien meer dan 40 % van de artsen hun weigering tot toetreding tot de termen van de genoemde akkoorden betekend hebben bij een per post aangetekende brief. Opdat in elke streek de akkoorden in werking kunnen treden, mogen bovendien niet meer dan 50 % van de algemeen geneeskundigen, noch meer dan 50 % van de medische specialisten geweigerd hebben tot

het akkoord toe te treden (art. 50 § 3 Z.I.V.-Wet-1994). De akkoorden worden gesloten voor een periode van minstens twee jaar (art. 50 § 8 Z.I.V.-Wet-1994).

1436 Deze akkoorden stellen in het bijzonder de honoraria vast die t.o.v. de rechthebbenden van de verzekering nageleefd dienen te worden door de artsen die geacht worden tot de akkoorden toegetreden te zijn. Die honoraria worden bepaald door het vaststellen van factoren waarmee de betrekkelijke waarde die iedere verstrekking die voorkomt in de nomenclatuur van de geneeskundige verstrekkingen moet worden vermenigvuldigd (art. 50 § 6, eerste en tweede lid Z.I.V.-Wet-1994).

1437 Het vaststellen van de honoraria die moeten worden nageleefd in het kader van de verplichte Z.I.V. gebeurt dus in deze akkoorden. Gelet op de gebruikte bewoordingen, kan men hierin eerder een contractuele beperking zien van de vrijheid het honorarium te bepalen, dan een wettelijke of reglementaire. Maar over het precieze rechtskarakter van die akkoorden bestaat betwisting.

Er wordt zowel een burgerrechtelijke als een publiekrechtelijke thesis verdedigd. Volgens DELHUVENNE zou men in de oorspronkelijke versie van de Z.I.V.-Wet aan deze akkoorden die toen nog overeenkomsten werden genoemd, een privaatrechtelijk karakter hebben kunnen toeschrijven: zij verkregen slechts rechtsbestaan door de uitdrukkelijke individuele toetreding van de artsen. Sedert de wijziging van de Z.I.V.-Wet in 1970 gelden de akkoorden (de naamsverandering dateert al uit 1965) verplicht voor al de artsen die de toepassing ervan binnen een gestelde termijn niet afwijzen. Hierdoor verdween de vrije en bewuste wilsuiting van de betrokken artsen om plaats te maken voor een vermoeden van instemming dat na verloop van de gestelde termijn onomkeerbaar wordt. In dat stelsel kan er van een consensus in de burgerrechtelijke zin van het woord geen sprake zijn. Voorts is een consensueel stelsel onverenigbaar met artikel 158 § 2, laatste lid Z.I.V.-Wet-1963 (art. 218 K.B. 14 juli 1994, *B.S.* 27 augustus 1994). Luidens die bepaling, die overigens werd opgeheven door artikel 136 Wet 8 augustus 1980 (*B.S.* 15 augustus 1980), kon een arts die herhaaldelijk de vastgestelde honoraria overschreed, geschrapt worden van de lijst van verbonden artsen. Hij verloor daardoor de rechten die uit de overeenkomst voortvloeien maar bleef wel gehouden de plichten na te komen. Een dergelijke eenzijdige afbraak van de overeenkomst zou in strijd zijn met de basisbegrippen van het burgerlijk recht inzake de uitvoering van overeenkomsten, o.a. de *exceptio non adimpleti contractus* (M. DELHUVENNE, "De overeenkomsten tussen de ziekteverzekering en de zorgenverstrekker", in *Commentaar Gezondheidsinstellingen*, Heule, UGA, losbl., 59).
In dezelfde zin: VAN LANGENDONCK: "Wanneer een collectieve overeenkomst door de overheid algemeen verbindend wordt verklaard zijn de rechten en verplichtingen van de betrokkenen van reglementaire aard: zij vinden hun oorsprong in de wet of het K.B. en niet in de overeenkomst, waarbij zij immers veelal geen partij zijn" (J. VAN LANGENDONCK, *Harmonisering van de sociale verzekering voor gezondheidszorgen in de E.E.G.*, Leuven, Faculteit Rechtsgeleerdheid, 1971, nr. 1095 en 1097).
Ook de Arbeidsrechtbank van Brussel heeft zich aangesloten bij de publiekrechtelijke thesis (Arbrb. Brussel 31 maart 1988, *J.T.* 1988, 519: de relaties tussen de verzekeringsinstellingen en de medische hulpverleners zijn niet contractueel doch publiekrechtelijk van aard).
Maar ook de contractuele opvatting heeft aanhangers (zie: H. ANRYS, *t.a.p.*, 126; Ph. GOSSERIES, "La collaboration des médecins et des praticiens de l'art dentaire à l'assurance-maladie obligatoire", *J.T.T.* 1970, 50; W. GONTHIER, *t.a.p.*, 11).

De publiekrechtelijke opvatting omtrent de akkoorden is meer overtuigend dan de privaatrechtelijke zodat een bespreking van deze akkoorden onder de wettelijke of reglementaire beperkingen verantwoord lijkt. In de mate dat de in de akkoorden voorziene beperkingen ook kunnen gelden voor niet-verbonden artsen (zie verder) gaat het hoe dan ook om wettelijke of reglementaire beperkingen (W. GONTHIER, *t.a.p.*, 11).

1438 De bedragen die in de akkoorden worden vastgesteld dienen niet enkel als basis voor het berekenen van de honoraria die moeten worden nageleefd. De zgn. verzekeringstegemoetkoming wordt eveneens op basis van die honoraria vastgesteld (zie: art. 37 § 1 Z.I.V.-Wet-1994).

1439 Indien om welke reden ook geen akkoord bestaat zijn er geen vastgestelde honoraria en is er evenmin een basis om de verzekeringstegemoetkoming te berekenen. Artikel 50 § 11 Z.I.V.-Wet-1994 bevat drie alternatieven om het hoofd te bieden aan een dergelijke situatie.

Het meest ver gaat de maatregel vermeld in artikel 50 § 11, eerste lid. Wanneer bij het verstrijken van een akkoord geen nieuw akkoord werd gesloten of wanneer een nieuw akkoord in alle streken van het land niet in werking kan treden of blijven kan de Koning, voor het hele land of voor bepaalde streken, voor alle of voor bepaalde verstrekkingen en voor alle of bepaalde categorieën van rechthebbenden maximumhonoraria vaststellen. Het staat aan de wetgever, aan wie artikel 23, derde lid, 2° Grondwet de verplichting oplegt het recht op bescherming van gezondheid te waarborgen, om de honoraria en de honorariumsupplementen vast te stellen wanneer de bij wet voorgeschreven onderhandelingsprocedures zulks niet mogelijk hebben gemaakt. Het recht op collectief onderhandelen zou niet zo ver kunnen gaan de overheid haar beslissingsrecht te ontnemen wanneer de onderhandelingen niet tot een overeenkomst leiden (Arbitragehof nr. 136/2000, 21 december 2000, *B.S.* 20 januari 2001, B.33). De twee andere maatregelen vermeld in artikel 50 § 11, derde en vierde lid betreffen het vaststellen van de grondslag voor de berekening van de verzekeringstegemoetkoming. Zij zijn in dit kader minder relevant.

1440 Van de bevoegdheid die de Koning bezit om maximumhonoraria op te leggen bij ontstentenis van een akkoord is tot nu toe maar zelden gebruik gemaakt. Dit gebeurde wel bij K.B. 26 april 1989 tot vaststelling van de maximumbedragen van de honoraria voor bepaalde tandheelkundige verstrekkingen inzake verplichte Z.I.V. Dit besluit legde de honorariumvrijheid van de tandartsen in de arrondissementen waar een op 13 februari 1989 in werking getreden akkoord was afgewezen door meer dan 40 % van de tandartsen aan banden: de honoraria van deze tandartsen mochten niet hoger zijn dan deze bepaald in het akkoord. Genoemd K.B. maakte het voorwerp uit van een verzoek tot vernietiging voor de Raad van State. De verzoekers voelden zich gediscrimineerd tegenover de collega's die gevestigd zijn in een streek waar het akkoord wel in werking was getreden en die eveneens het akkoord hadden afgewezen. Zij bleven wel volledig vrij in het bepalen van hun honoraria.

Bij arrest van 11 december 1991 stelde de Raad van State een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof over deze vermeende ongelijke behandeling. Het Arbitragehof beantwoordde deze vraag als volgt: "Door artikel 34 van de Wet van 9 augustus 1963 te nemen heeft de wetgever een doelstelling in verband met de volksgezondheid nagestreefd: de geneeskundige verzorging verzekeren op basis van gelijkheid, de zieken inzonderheid de sociaal verzekerden werkelijke vrijheid waarbor-

gen inzake keuze van de arts, een doeltreffende werking van de ziekte- en invaliditeitsverzekering waarborgen. Hij heeft getracht die doelstelling te verzoenen met de bekommernis om de vrijheid van de artsen te respecteren door te voorzien in een onderhandelingsprocedure, een toetredingsprocedure en door hen betrekkelijk vrij te laten bij het vaststellen van de honoraria. De wetgever kon zonder de regels van de gelijkheid en niet-discriminatie te schenden ervan uitgaan dat de nagestreefde doelstellingen met elkaar in overeenstemming zijn voorzover, in een bepaalde streek, ten minste 60 % van de artsen en de tandartsen niet geweigerd hebben tot de akkoorden toe te treden. Hij kon ook beslissen dat, wanneer in een bepaalde streek geen 60 % wordt bereikt, het streven naar bescherming van de zieke voorrang moet kunnen hebben op de vrijheid om de honoraria vast te stellen. Door te bepalen dat de Koning de maximumtarieven van de honoraria kan vaststellen in een streek waar minder dan 60 % van de (tand)artsen tot het akkoord zijn toegetreden, heeft de wetgever een maatregel genomen die ten aanzien van het nagestreefde doel objectief en redelijk kan worden verantwoord. Met andere woorden: de wettelijke bevoegdheid tot het opleggen van maximumhonoraria aan (tand)artsen in een streek waar geen akkoord geldt, houdt op zich geen verboden ongelijke behandeling in en schendt de Grondwet derhalve niet.
Het Arbitragehof voegde aan het voorgaande nog toe dat het aan de Koning toekomt om te bepalen wanneer en in welke mate de doelstellingen van de wet een dwingende maatregel in een bepaalde streek verantwoorden, rekening houdend met de concrete situatie in die streek (Arbitragehof nr. 22/93, 11 maart 1993, *B.S.* 22 mei 1993).

Uit deze laatste toevoeging leidde de Raad van State af dat het volgens het Arbitragehof niet volstaat vast te stellen dat in een bepaalde streek minder dan 60 % van de tandartsen tot het akkoord zijn toegetreden om maximumhonoraria op te leggen. De Koning moet beoordelen of de concrete situatie in die streek het beroep op deze dwingende maatregel rechtvaardigt om de door de wetgever beoogde doelstellingen te bereiken. Uit de overwegingen die het bestreden K.B. voorafgaan blijkt niet dat de Koning tot een dergelijke beoordeling is overgegaan. Volgens de verzoekende partijen is het aantal tandartsen in hun regio zo talrijk dat er geen gevaar is dat de sociaal verzekerden geen tandarts zouden vinden die het akkoord wil naleven. Bijgevolg is de noodzaak van de opgelegde maximumhonoraria niet aangetoond. Het bestreden besluit werd vernietigd (R.v St., Cordier, nr. 52127 van 8 maart 1995). Het vernietigde besluit was genomen op grond van artikel 34 § 13, eerste lid Z.I.V.-Wet. Door artikel 22 van de Wet van 29 december 1990 werd artikel 34 § 13 gewijzigd en kreeg het de inhoud die thans artikel 50 § 11 Z.I.V.-Wet 1994 heeft. Deze wijzigingen zijn niet van aard om t.a.v. de bevoegdheid van de Koning om maximumhonoraria vast te stellen tot andere besluiten te komen. Het volstaat derhalve niet vast te stellen dat in een bepaalde streek minder dan 60 % van de artsen tot het akkoord zijn toegetreden om maximumhonoraria op te leggen. De Koning moet beoordelen of de concrete situatie in die streek het beroep op deze dwingende maatregel rechtvaardigt.

b. Bindend karakter van de honoraria

1441 Hoe bindend zijn de aldus vastgestelde honoraria voor de artsen? Voor het beantwoorden van deze vraag dient een onderscheid te worden gemaakt tussen artsen die het akkoord niet uitdrukkelijk hebben afgewezen en die derhalve geacht worden ermee in te stemmen (de zgn. verbonden artsen) en de niet-verbonden artsen.

– Verbonden artsen

1442 Artikel 50 § 6, eerste lid Z.I.V.-Wet-1994 bepaalt dat de in de akkoorden vastgestelde honoraria worden nageleefd "t.o.v. de rechthebbenden van de verzekering door de geneesheren die geacht worden tot de akkoorden te zijn toegetreden". In beginsel geldt deze binding voor de volledige beroepsactiviteit van de verbonden artsen (art. 50 § 3, voorlaatste lid Z.I.V.-Wet-1994).

1443 Toch gaat het om een relatieve binding. Vooreerst kan een verbonden arts beperkingen stellen aan de tijd gedurende en/of de plaats waar hij de vastgestelde honoraria zal naleven (art. 50 § 3, voorlaatste lid Z.I.V.-Wet-1994).

Die mogelijkheid om zich gedeeltelijk te onttrekken aan de binding van de tarieven wordt voor de verbonden ziekenhuisartsen evenwel beperkt door artikel 138 § 1 Ziekenhuiswet. Voor de patiënten opgenomen in een gemeenschappelijke ziekenhuiskamer of in een tweepatiëntenkamer moeten de verbintenistarieven steeds worden nageleefd door een verbonden ziekenhuisarts (zie verder, nr. 1448).

Een tweede relativering kan voortvloeien uit de akkoorden zelf. Op grond van artikel 50 § 6, tweede lid Z.I.V.-Wet-1994 stellen de akkoorden "de voorwaarden inzake tijd, plaats, bijzondere eisen of economische toestand van de rechthebbenden vast waarin die honoraria mogen worden overschreden".

Die voorwaarden houden o.m. verband met het tijdstip van de consultatie (week-end, 's nachts), de plaats (bij de patiënt thuis), bijzondere eisen (verzoek tot opneming in een afzonderlijke ziekenhuiskamer om persoonlijke redenen) en de economische toestand van de rechthebbende (wanneer de patiënt meer verdient dan een bepaald bruto-inkomen dient zijn arts de verbintenistarieven niet na te leven). SCHUTYSER oefent kritiek uit op deze laatste afwijking: volgens hem wordt de arts in de rol van "fiscaal controleur" gedrongen, en is zij een reminiscentie uit de tijd dat ook de bijdragen voor de Z.I.V. nog werden geheven op een geplafoneerd loon (K. SCHUTYSER, "Controle en akkoorden", in *De hervorming van de ziekteverzekering*, Antwerpen, Kluwer, 1984, 133-134). Voor een verbonden arts is de toepasselijkheid van de in het nationaal akkoord vastgestelde honoraria de regel binnen de overeenkomen omstandigheden van plaats en tijd. Eventueel moet de arts bewijzen dat de rechthebbende op grond van de in het akkoord bepaalde inkomengrens geen aanspraak kan maken op toepassing van de vastgestelde honoraria (Arbh. Antwerpen 10 januari 1990, *R.W.* 1990-91, 190 noot A. CLAEYS).

1444 Ten derde dient de binding van de honoraria te worden gerelativeerd, gelet op de beperkte draagwijdte van de sancties die kunnen worden genomen t.a.v. een verbonden arts die zich niet houdt aan deze honoraria.

Wanneer "herhaalde malen" een overschrijding van de honoraria wordt vastgesteld in hoofde van een arts mag de nationale commissie artsen-ziekenfondsen beslissen de als sociaal statuut toegekende voordelen te schrappen of te verminderen (art. 52 § 2 Z.I.V.-Wet-1994). Gelet op het feit dat in 1996 een derde van de verbonden artsen nalieten hun sociaal statuut aan te vragen bij het R.I.Z.I.V. betwijfelen BAEYENS en DERIEUW het effect van deze sanctie (A. BAEYENS en S. DERIEUW, "Supplementen aanrekenen aan de patiënt: wat kan, wat mag?", *T. Gez.* 1997-98, 68).

Voorts voorzien die akkoorden in strafbedingen in de zin van artikelen 1226 t.e.m. 1233 B.W., die kunnen worden toegepast op de arts die de bepalingen van de akkoorden niet naleeft (art. 50 § 7, eerste lid Z.I.V.-Wet-1994). Zie voor een concrete toepassing: Arbh. Antwerpen 10 januari 1990, *R.W.* 1990-91, 190 noot A. CLAEYS. "Betwistingen over de toepassing van deze strafbedingen behoren tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechter" (Arbrb. Antwerpen 21 september 1976,

R.W. 1976-77, 1023; anders: Arrond. Antwerpen 8 februari 1977, *T.S.R.* 1977, 169 die oordeelde dat de arbeidsrechtbank bevoegd is. Zie: J. PETIT, *Arbeidsgerechten en sociaal procesrecht*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1980, nr. 217).

Ten slotte kan een geldboete van 26 tot 500 EUR worden opgelegd aan de arts die de honoraria vastgesteld op grond van artikel 52 Eenheidswet niet in acht neemt (art. 170, lid c. Z.I.V.-Wet-1994). Hierbij is over het hoofd gezien dat in artikel 50 § 11, eerste lid Z.I.V.-Wet-1994 niet langer meer wordt verwezen naar artikel 52 Eenheidswet.

De ziekenfondsen en de landsbonden kunnen in rechte optreden ter verdediging van de individuele rechten van hun leden mits het uitdrukkelijk akkoord van het betrokken lid of van de collectieve rechten van hun leden die voortvloeien uit de akkoorden tot vaststelling van honoraria en uit artikel 52 van de Eenheidswet (art. 39 § 1, tweede lid Wet 6 augustus 1990 betreffende de ziekenfondsen, *B.S.* 28 september 1990). Door de ziekenfondsen dit recht toe te kennen hoopt men een betere naleving van de overeengekomen of opgelegde honoraria te kunnen afdwingen.

Artikel 39 § 1 Ziekenfondswet verleent aan de ziekenfondsen geenszins een algemene of onbeperkte bevoegdheid. Het voorziet in een stelsel van processuele substitutie: de ziekenfondsen en de landsbonden kunnen, binnen de perken gesteld door die bepaling, in rechte optreden om de individuele rechten van hun leden te verdedigen. Zij moeten dit doen in een geest van voorzorg, onderlinge hulp en solidariteit en zonder winstoogmerk (Arbitragehof nr. 23/92, 2 april 1992, *B.S.* 8 mei 1992).

1445 Ten slotte, en dit is nog een ander element dat de betrekkelijkheid van de vastgestelde honoraria aantoont, slaan deze honoraria enkel op medische verstrekkingen die zijn opgenomen in de desbetreffende nomenclatuur. De verbonden arts bepaalt derhalve vrij zijn honorarium voor de verstrekkingen die niet in de nomenclatuur zijn opgenomen (art. 50 § 6, tweede lid *in fine* Z.I.V.-Wet-1994; A. BAEYENS en S. DERIEUW, *t.a.p.*, 72, nr. 41; W. GONTHIER, *t.a.p.*, 12-13). Wel is het zo dat de nomenclatuur zeer omvangrijk is en praktisch alle medische verrichtingen zou omvatten (P. CALCOEN en B. CORREMANS, "Honorariumsupplementen van artsen bij opname in een ziekenhuis", *R.W.* 1995-96, 377).

– Niet-verbonden artsen

1446 De vraag naar de binding van de vastgestelde honoraria voor de niet-verbonden artsen kan enigszins verrassend lijken. Per definitie hoeven zij zich niet te houden aan deze honoraria. Toch is het antwoord minder vanzelfsprekend.

1447 Op grond van artikel 35 § 1, derde lid Z.I.V.-Wet-1994 zijn de uit de nomenclatuur voortvloeiende tarieven de maximumhonoraria voor alle artsen voor hun verstrekkingen in het raam van een georganiseerde wachtdienst.

Bij gebrek aan een nadere verduidelijking kan men hieronder verstaan de wachtdiensten bedoeld in artikel 9 § 1 W.U.G. D.w.z. de wachtdiensten ingesteld door de representatieve beroepsverenigingen van artsen en waarvan de wachtrol werd meegedeeld aan de bevoegde provinciale geneeskundige commissie. Ofwel de wachtdiensten bedoeld in artikel 9 § 2 en § 3 van dezelfde wet die werden opgericht op verzoek van de provinciale geneeskundige commissie of op initiatief van de bevoegde gezondheidsinspecteur (W. GONTHIER, *t.a.p.*, 11).

In dit geval dienen ook de niet-verbonden artsen de vastgestelde honoraria na te leven. Het gaat hier om een "absoluut verbod op supplementen voor alle artsen voor alle prestaties (opgenomen

in de nomenclatuur HN) verleend binnen het kader van een georganiseerde wachtdienst" (A. BAEYENS en S. DERIEUW, *t.a.p.*, 68, nr. 28).
Voor de vraag of de vastgestelde honoraria ook bindend kunnen zijn voor niet-verbonden artsen buiten de hypothese bedoeld in artikel 35 § 1, derde lid Z.I.V.-Wet-1994: zie verder, nr. 1448 e.v.

2. *Ziekenhuiswet*

a. Beperkingen aan de honorariumvrijheid van de verbonden ziekenhuisartsen voor patiënten opgenomen in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers en daarmee gelijkgestelde patiënten

1448 Een verbonden arts kan beperkingen stellen aan de tijd gedurende en/of de plaats waar hij de vastgestelde honoraria zal naleven (art. 50 § 3, voorlaatste lid Z.I.V.-Wet-1994). Deze mogelijkheid om zijn honorariumvrijheid in dit opzicht opnieuw te laten gelden, wordt dan weer aan banden gelegd door artikel 138 § 1 Ziekenhuiswet. Indien er een akkoord zoals bedoeld in artikel 50 Z.I.V.-Wet-1994 van kracht is, moeten de verbonden ziekenhuisartsen de verbintenistarieven (in art. 50 § 3, voorlaatste lid Z.I.V.-Wet de "vastgestelde honorariumbedragen" genoemd) naleven voor de patiënten opgenomen in tweepatiënten- of in gemeenschappelijke kamers. Volgens het Arbitragehof is het niet onredelijk te vermoeden dat de patiënten die hebben gevraagd te worden opgenomen in een twee- of meerpatiëntenkamer niet over de middelen beschikken om supplementen te betalen (Arbitragehof nr. 136/2000, 21 december 2000, *B.S.* 20 januari 2001).

Worden gelijkgesteld met de patiënten opgenomen in tweepatiënten- of in gemeenschappelijke kamers, de patiënten die beantwoorden aan één van de volgende voorwaarden: a) de gezondheidstoestand van de patiënt of de technische voorwaarden van onderzoek, behandeling of van toezicht vereisen het verblijf in een individuele kamer; b) de noodwendigheden van de dienst of het niet-beschikken over onbezette bedden in tweepatiënten- of in gemeenschappelijke kamers vereisen het verblijf in een individuele kamer; c) de opname geschiedt op een eenheid voor intensieve zorg of voor spoedgevallen, buiten de wil van de patiënt en voor de duur van het verblijf in een dergelijke eenheid (art. 138 § 1, tweede lid *j°* art. 90 § 2 Ziekenhuiswet). Volgens het Arbitragehof is een dergelijke beperking verantwoord omdat "kan worden vermoed dat de personen die in een wachtdienst of een dienst intensieve verzorging zijn opgenomen, niet de mogelijkheid hadden het tarief van de verzorging dat op hen zou worden toegepast te beoordelen en te bespreken" (Arbitragehof nr. 136/2000, 21 december 2000, *B.S.* 20 januari 2001). Voor de patiënten in daghospitalisatie die zijn opgenomen in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers of die daarmee worden gelijkgesteld op grond van artikel 138 § 1, tweede lid *j°* artikel 90 § 2 geldt de verplichting om de verbintenistarieven na te leven voor de verstrekkingen omschreven door de Koning (art. 138 § 1, derde lid Ziekenhuiswet). Deze verstrekkingen werden bepaald in artikel 1 K.B. 29 september 2002 tot uitvoering van artikel 138 Ziekenhuiswet (*B.S.* 29 oktober 2002) gewijzigd door K.B. 9 januari 2003 (*B.S.* 3 februari 2003). Zie voor strafsancties: artikel 148, 4°.

b. Beperkingen aan de honorariumvrijheid van de niet-verbonden ziekenhuisartsen voor patiënten opgenomen in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers en daarmee gelijkgestelde patiënten indien er een akkoord is in de zin van artikel 50 Z.I.V.-Wet-1994

1449 Artikel 138 § 2, tweede lid dat is bedoeld voor het geval er een akkoord is in de zin van artikel 50 Z.I.V.-Wet-1994 (zie: art. 138 § 2, eerste lid, aanhef),

bevat vooreerst een bevestiging van de honorariumvrijheid van de niet-verbonden artsen: zij kunnen t.a.v. de patiënten die zijn opgenomen in tweepatiëntenkamers of in gemeenschappelijke kamers en de daarmee gelijkgestelde patiënten "tarieven aanrekenen die afwijken van de verbintenistarieven". Dezelfde bepaling koppelt hieraan evenwel een voorwaarde en voorziet bovendien een uitzondering op die honorariumvrijheid. De voorwaarde om te kunnen afwijken van de verbintenistarieven is dat in de algemene regeling, bedoeld in artikel 130 Ziekenhuiswet (zie verder, nr. 1454) maximumtarieven zijn vastgesteld en deze door de betrokken artsen worden nageleefd. Dit onderdeel van de algemene regeling dient door de ziekenhuisbeheerder aan de paritaire commissie artsen ziekenhuizen en, via het R.I.Z.I.V., aan de verzekeringsinstellingen te worden meegedeeld. Krachtens artikel 138 § 2, laatste lid geldt deze regeling ook voor de patiënten in daghospitalisatie (zonder dat hier de aard van de kamer wordt gespecifieerd) voor verstrekkingen zoals omschreven door de Koning (zie: art. 1 K.B. 29 september 2002; zie boven, nr. 1448). De uitzondering op de honorariumvrijheid van de niet-verbonden artsen in geval er een akkoord is in de zin van artikel 50 Z.I.V.-Wet-1994 is vastgesteld in artikel 138 § 5, eerste lid Ziekenhuiswet. Die bepaling draagt de Koning op de categorieën van patiënten te bepalen t.a.v dewelke niet-verbonden ziekenhuisartsen geen tarieven mogen aanrekenen die afwijken van de verbintenistarieven. Dit is gebeurd in artikel 2 K.B. 29 september 2002, zoals gewijzigd door K.B. 9 januari 2003. Het gaat met name om personen die recht hebben op een gewaarborgd inkomen of bestaansminimum, personen die recht hebben op een verhoogde verzekeringstegemoetkoming (WIGW's), personen die recht hebben op een tegemoetkoming voor gehandicapten, werklozen, O.C.M.W.-steuntrekkers en personen die recht hebben op verhoogde kinderbijslag en de personen ten laste van de voornoemden. Zie voor strafsancties: artikel 148, 4° Ziekenhuiswet.

c. Beperkingen aan de honorariumvrijheid van de ziekenhuisartsen voor patiënten opgenomen, in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers en daarmee gelijkgestelde patiënten indien er geen akkoord is in de zin van artikel 50 Z.I.V.-Wet-1994

1450 Indien er geen akkoord is in de zin van artikel 50 Z.I.V.-Wet-1994 kunnen alle ziekenhuisartsen in beginsel de honorariumvrijheid inroepen. Artikel 138 § 4 Ziekenhuiswet bevestigt deze vrijheid maar verbindt er wel een voorwaarde aan. De ziekenhuisartsen kunnen t.a.v. de patiënten die verblijven in een tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamer of daarmee gelijkgestelde patiënten "tarieven aanrekenen die afwijken van de tarieven die als grondslag dienen voor de berekening van de verzekeringstegemoetkoming" voorzover in de algemene regeling maximumtarieven zijn vastgesteld en deze door de artsen worden nageleefd. Ook hier geldt een mededelingsplicht aan de paritaire commissie en de verzekeringsinstellingen en geldt de regeling ook in geval van daghospitalisatie (art. 138 § 4, tweede lid). Op grond van artikel 138 § 5, tweede lid gelden t.a.v. de door de Koning bepaalde categorieën van patiënten de tarieven die dienen als grondslag voor de berekening van de

verzekeringstegemoetkoming tevens als maximumtarieven die door deze ziekenhuisartsen kunnen worden aangerekend. Zie: artikel 2 K.B. 29 september 2002 (zie boven, nr. 1448). Zie voor strafsancties: artikel 148, 4° Ziekenhuiswet.

d. Waarborgen van verzorging tegen verbintenistarieven van patiënten opgenomen in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers en daarmee gelijkgestelde patiënten

1451 Artikel 138 § 3 Ziekenhuiswet draagt de beheerder en de medische raad op te waarborgen dat patiënten opgenomen in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers en daarmee gelijkgestelde patiënten tegen verbintenistarieven kunnen worden verzorgd. De beheerder neemt, na overleg met de medische raad daartoe de nodige initiatieven en geeft daarom kennis aan de medische raad. De Koning kan modaliteiten bepalen voor de toepassing van deze bepaling.

De waarborgen bedoeld in artikel 138 § 3 vloeien thans in belangrijke mate reeds voort uit de Ziekenhuiswet zelf, althans wat betreft de verbonden ziekenhuisartsen omdat hun honorariumvrijheid door artikel 138 § 1 aan banden is gelegd. De niet-verbonden ziekenhuisartsen daarentegen genieten, behoudens t.a.v. patiënten die onder specifieke sociale beschermingsstatuten vallen, op grond van artikel 138 § 2 wel van de honorariumvrijheid, op voorwaarde dat er – overigens door de wet niet-beperkte – maximumtarieven zijn bepaald in de algemene regeling. Op grond van artikel 138 § 3 kan een patiënt die niet onder één van de behartenswaardige categorieën valt er om verzoeken door een niet-verbonden ziekenhuisarts aan verbintenistarieven te worden behandeld (A. BAEYENS en S. DERIEUW, *a.w.*, 69, nr. 31; P. CALCOEN en B. CORREMANS, *t.a.p.*, 378). Deze ziekenhuisarts is echter niet verplicht op dit verzoek in te gaan. Teneinde artikel 138 § 3 na te leven kan dat ertoe leiden dat, wanneer in een bepaalde ziekenhuisdienst enkel niet-verbonden artsen werkzaam zijn, het ziekenhuis een beroep zal moeten doen op een verbonden arts die niet in dit ziekenhuis werkzaam is (A. BAEYENS en S. DERIEUW, *a.w.*, 69, nr. 31).

e. Honorariumvrijheid van verbonden ziekenhuisartsen t.a.v. patiënten op eigen verzoek opgenomen in een individuele kamer

1452 Sommige auteurs leiden uit artikel 138 § 1 Ziekenhuiswet dat een verplichting bevat in hoofde van verbonden ziekenhuisartsen om de verbintenistarieven na te leven t.a.v. patiënten in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers af dat "*a contrario* verbonden ziekenhuisartsen niet de verbintenistarieven moeten naleven voor patiënten opgenomen in een afzonderlijke kamer" (A. BAEYENS en S. DERIEUW, *a.w.*, 71, nr. 36). Wellicht is dit een te snelle conclusie. De *ratio legis* van artikel 138 § 1 lijkt te zijn om de op grond van de Z.I.V.-Wet nog bestaande honorariumvrijheid van gedeeltelijk verbonden artsen aan banden te leggen. Een volledig verbonden arts heeft die vrijheid in beginsel niet meer, ook niet t.a.v. patiënten in een individuele kamer. Het lijkt niet logisch dat een wettelijke maatregel die is bedoeld om de honorariumvrijheid van gedeeltelijk verbonden artsen aan banden te leggen, voor gevolg zou hebben dat volledig verbonden artsen hun honorariumvrijheid gedeeltelijk zouden herwinnen.

Niet omwille van een *a contrario* toepassing van artikel 138 § 1 Ziekenhuiswet maar op andere gronden heeft een verbonden ziekenhuisarts toch nog vaak een honorariumvrijheid t.a.v patiënten opgenomen in een eenpersoonskamer. De akkoorden stellen de voorwaarden vast inzake "bijzondere eisen" waaronder de vastgestelde honoraria mogen worden overschreden (art. 50 § 6, tweede lid Z.I.V.-Wet-1994). Als bijzondere eis vermeldden de akkoorden steevast "het verzoek om opneming in een afzonderlijke kamer om persoonlijke redenen" (zie bv.: het nationaal akkoord artsen-ziekenfondsen voor 2003, 6.2.2.1, *B.S.* 20 januari 2003). Opdat deze bijzondere eis zou zijn vervuld en de verbonden ziekenhuisarts mag afwijken van de vastgestelde honoraria dient vast te staan dat de patiënt voorafgaand aan de medische prestaties waarop de honoraria betrekking hebben, om de opname in een individuele kamer heeft verzocht. De bewijslast hiervoor berust op de arts (A. BAEYENS en S. DERIEUW, *a.w.*, 71, nr. 37; W. GONTHIER, *a.w.*, 8; Vred. Gent 6 mei 1992, *T.G.R.* 1993, 20, noot A. CLAEYS). Vervolgens is vereist dat de patiënt ook daadwerkelijk is opgenomen in de individuele kamer; een verzoek daartoe volstaat niet. Zo de patiënt was opgenomen in een tweepatiënten- of een gemeenschappelijke kamer moeten op grond van artikel 138 § 1 Ziekenhuiswet de verbintenistarieven worden nageleefd. De bewoordingen gebruikt in het akkoord ("het verzoek om opneming") zijn in dit opzicht misleidend. Uiteraard kan het akkoord de Ziekenhuiswet niet wijzigen en zou het akkoord op dit punt in de toekomst accurater kunnen worden geformuleerd. Tot slot is vereist dat de patiënt om persoonlijke redenen wordt opgenomen in een individuele kamer. Indien de opname in een individuele kamer uit hoofde van de gezondheidstoestand van de patiënt, of de technische voorwaarden van onderzoek, van behandeling of van toezicht of uit hoofde van de noodwendigheden van de dienst of het niet-beschikken over onbezette beddden in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers gebeurde, wordt deze patiënt gelijkgesteld met een patiënt opgenomen in een tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamer (art. 138 § 1, tweede lid *f°* art. 90 § 2 a) en b) Ziekenhuiswet). Of de opname in een individuele kamer op verzoek van de patiënt gebeurde om persoonlijke redenen dan wel omwille van zijn gezondheidstoestand is vaak bron van discussie. Als men er vanuit gaat dat een ziekenhuisopname steeds gebeurt omwille van de gezondheidstoestand van de patiënt (zie: de definitie van ziekenhuis in art. 2 Ziekenhuiswet: "die er worden opgenomen omdat hun gezondheidstoestand dit geheel van zorgen vereist") dan ligt het voor de hand dat in het algemeen het verzoek om te worden opgenomen in een afzonderlijke kamer gebeurt om persoonlijke redenen en niet omwille van de gezondheidstoestand. Voeg daarbij dat het aan de behandelende arts is om uit te maken of de gezondheidstoestand de opname in een individuele kamer noodzakelijk maakt en dat deze zelf belanghebbende is bij deze kwalificatie, dan begrijpt men dat in het nationale akkoord artsen-ziekenfondsen voor 2003 wordt gestipuleerd dat een "werkgroep wordt belast met een onderzoek van zowel de algemene problematiek van de bijzondere eisen als de interpretatie en toepassing van de bijzondere eisen zoals ze omschreven zijn in de punten 6.2.1 en 6.2.2. met het doel tot meer duidelijkheid en rechtszekerheid te komen voor de patiënten en de artsen" (6.2.3). Deze onzekerheid heeft regelmatig geleid tot rechtspraak (zie verder, nr. 1458).

f. Honorariumvrijheid van niet-verbonden ziekenhuisartsen t.a.v. patiënten op eigen verzoek opgenomen in een individuele kamer

1453 Niet-verbonden ziekenhuisartsen bepalen in principe vrij de honoraria voor hun medische prestaties voor patiënten opgenomen in een individuele kamer. Dit volgt uit artikel 15 W.U.G. en uit artikel 138 § 2, tweede lid Ziekenhuiswet. Op grond van deze bepaling kunnen de niet-verbonden ziekenhuisartsen voorwaardelijk tarieven aanrekenen die afwijken van de verbintenistarieven voor patiënten die zijn opgenomen in tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamers. *A fortiori* hebben zij dit recht t.a.v. patiënten die op eigen verzoek werden opgenomen in een individuele kamer.

Hierbij moet wel worden opgemerkt dat wanneer die opname niet om persoonlijke redenen gebeurde, de patiënt wordt beschouwd als opgenomen in een tweepatiënten- of gemeenschappelijke kamer zodat de honorariumvrijheid slechts bestaat in de mate dat in de algemene regeling maximumtarieven zijn vastgesteld (art. 138 § 2, tweede lid Ziekenhuiswet).

g. Honorariumvrijheid van de ziekenhuisartsen t.a.v. patiënten opgenomen in een individuele kamer indien er geen akkoord is in de zin van artikel 50 Z.I.V.-Wet-1994

1454 In deze hypothese hebben alle ziekenhuisartsen in beginsel de honorariumvrijheid op grond van artikel 15 W.U.G. en artikel 138 § 4 Ziekenhuiswet. Voor patiënten die niet om persoonlijke redenen in een individuele kamer werden opgenomen is de vrijheid om tarieven aan te rekenen die afwijken van de tarieven die als grondslag dienen voor de berekening van de verzekeringstegemoetkoming afhankelijk van het bestaan en respecteren van maximum tarieven in de algemene regeling van het desbetreffend ziekenhuis.

B. STATUTAIRE OF CONTRACTUELE BEPERKINGEN

1455 Dergelijke beperkingen treft men in de praktijk vooral aan in de contractuele of statutaire rechtspositieregelingen tussen ziekenhuisartsen en ziekenhuizen. In private ziekenhuizen zijn die regelingen steeds contractueel; in openbare ziekenhuizen kunnen zij zowel contractueel als statutair zijn. Artikel 15, tweede lid W.U.G. laat toe dat dergelijke beperkingen worden gesteld aan de honorariumvrijheid.

Deze beperkingen kunnen in de plaats komen van de reeds vermelde wettelijke of reglementaire beperkingen, wanneer een arts zich niet verbonden heeft de vastgestelde honoraria te eerbiedigen. Maar zij kunnen, voor de verbonden artsen, ook bovenop deze wettelijke beperkingen komen. Veel voorkomend is de clausule in de rechtspositieregeling van een ziekenhuisarts dat voor patiënten opgenomen in een éénpersoonskamer niet meer dan het dubbele van het verbintenishonorarium mag worden gevraagd. Volgens de Vrederechter te St. Jans-Molenbeek is een dergelijke clausule tussen arts en ziekenhuis een *res inter alios acta* tegenover de patiënt. Indien deze onder de verplichte ziekteverzekering valt moeten de verbintenishonoraria worden toegepast (Vred. St. Jans-Molenbeek 20 mei 1970, *J.T.* 1971, 134).

1456 Ook de overeenkomst tussen arts en patiënt kan de vrijheid het honorarium te bepalen beperken. Niets belet de wettelijk voorziene vrijheid en de partijbeslissing (zie boven, nr. 1432) te vervangen door onderling overleg tussen arts en patiënt om het honorarium te bepalen (K. GEENS, *Het vrij beroep*, nr. 427 en 434).

De verplichting voor de arts om de patiënt voorafgaandelijk te informeren over het bedrag van het honorarium volgt uit artikel 8 § 2 Patiëntenrechtenwet. De inlichtingen die aan de patiënt verstrekt worden met het oog op het verlenen van diens toestemming hebben o.m. betrekking op de "financiële gevolgen". De opvatting dat het aan de patiënt is om zich vooraf te informeren bij de (tand)arts omtrent het aantal vereiste prestaties en het bedrag van de overeenkomstige erelonen is voorbij gestreefd (zie voor deze opvatting, zij het minder uitgesproken dan uit de samenvatting blijkt: Brussel 22 september 1998, *T. Gez.* 1999-2000, 224).

Daarnaast kan deze verplichting worden gebaseerd op het algemeen verbintenissenrecht. Een verbintenis kan slechts rechtsgeldig tot stand komen wanneer het voorwerp ervan bepaald of bepaalbaar is (art. 1129 en 1591 B.W.). Is derhalve nietig het contract waarbij één der partijen zich

verbindt tegen betaling van een prijs bepaalde prestaties te verrichten, wanneer die prijs niet bepaald of bepaalbaar is (R. KRUITHOF, noot onder Vred. Antwerpen 15 april 1980, *Vl. T. Gez.* 1980-81, afl. 5, 36). Een probleem hierbij is wel dat vaak niet op voorhand kan worden uitgemaakt welke onderzoekingen en/of behandelingen zullen nodig zijn en/of andere artsen zullen moeten worden ingeschakeld. Een "economische informed consent" zoals door sommigen wordt bepleit (P. CALCOEN en B. CORREMANS, *a.w.*, 389) is in een gezondheidszorgstelsel waarin de hulpverleners meestal per prestatie worden betaald, in de praktijk niet eenvoudig te realiseren. Dit kan slechts gedeeltelijk worden gecompenseerd door de verplichting om achteraf tekst en uitleg te verschaffen over het gevraagde ereloon. Deze verplichting is opgenomen in artikel 71, laatste lid Code van medische plichtenleer: "Hij weigert niet aan de zieke of diens vertegenwoordiger uitleg te verstrekken omtrent het bedrag van het ereloon betreffende zijn prestaties". Alhoewel dit artikel vooral betrekking lijkt te hebben op informatie na het verrichten van de prestaties zou het ook slaan op het nog aan te rekenen ereloon (L. DEMUYNCK, "De Wet van 3 april 1997 betreffende de oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen beoefenaren van vrije beroepen en hun cliënten: much ado about nothing" (eerste deel), *R.W.* 1997-98, 1329, noot 170).

1457 De arts die er zich toe heeft verbonden de vastgestelde honoraria te eerbiedigen dient zijn clienteel daarover te informeren. De akkoorden afgesloten in de nationale commissie artsen-ziekenfondsen bevatten steeds een clausule in die zin.

Een dergelijke informatie d.m.v. aanplakking in de spreekkamer is geen verboden reclame (zie: art. 127 Z.I.V.-Wet-1994). Datzelfde artikel verbiedt wel reclame waarin de kosteloosheid van de door de Z.I.V. (terug)betaalde medische verstrekkingen wordt vermeld of waarin naar de Z.I.V.-tegemoetkomingen wordt verwezen (art. 127 Z.I.V.-Wet-1994). Zie ook: K.B. 3 oktober 1991 dat de nadere regels bepaalt inzake de mededeling aan de patiënten van de supplementen die ten opzichte van de verbintenistarieven worden aangerekend en van ieder ander supplement (*B.S.* 30 oktober 1991); A. CLAEYS "Informatieplicht inzake medische honoraria: een nieuw K.B. Ook een nieuwe waarborg voor de patiënt?", *Vl. T. Gez.* 1991-92, 386).

C. TOETSING EN BEPERKING DOOR DE RECHTER

1458 Op grond van artikel. 15, tweede lid W.U.G. en artikel 1134, derde lid B.W. (overeenkomsten moeten te goeder trouw worden uitgevoerd) bezit de rechter de bevoegdheid om de gevraagde honoraria te beoordelen en desgevallend te matigen indien zij kennelijk overdreven zijn (R. KRUITHOF, noot onder Vred. Antwerpen 15 april 1980, *Vl. T. Gez.* 1980-81, afl. 5, 35; Vred. Antwerpen 3 juni 1986, *R.W.* 1986-87, 963, noot A.M. CAEYERS-DE HONDT; Vred. Tielt 8 december 1971, *R.W.* 1971-72, 1160).

Doorgaans stelt de kwestie zich voor de burgerlijke rechter. Een enkele keer ook voor de strafrechter (Corr. Neufchâteau 24 oktober 1965, *Bull. ass.* 1967, 379 noot R.P.: het slachtoffer van een ongeval heeft volgens de annotator in het kader van de schadebeperkingsplicht de plicht de honoraria van zijn arts aan te vechten en de dader kan hem deze verplichting tegenwerpen).

1459 In het kader van zijn bevoegdheid om het bedrag van het honorarium te matigen, toetst de rechter marginaal. Vermits het vaststellen van het bedrag van het honorarium – uiteraard binnen de reeds besproken grenzen – een partijbeslissing is van de arts kan de rechter geen volledige maar slechts een marginale toetsing uitvoeren. De rechter moet dus een zekere beleidsvrijheid respecteren en mag slechts ingrijpen wanneer de beslissing *kennelijk* indruist tegen de eisen van redelijkheid en billijkheid. De rechter mag niet zijn eigen

oordeel in de plaats stellen van de partijbeslissing maar moet nagaan wat in het algemeen als onredelijk, onbillijk of onbehoorlijk wordt ervaren (A. DE BOECK, *a.w.*, 755; F. DEWALLENS, "Ereloonsupplementen kunnen overdreven, maar nooit onredelijk zijn", noot onder Rb. Antwerpen 27 mei 1993, *Vl. T. Gez.* 1993-94, 217; Brussel 22 september 1998, *T. Gez.* 1999-2000, 222; Vred. Bergen 27 maart 1997, *J.L.M.B.* 1999, 281; Vred. Antwerpen 19 november 1996, *T. Gez.* 1997-98, 99; Vred. Antwerpen 30 juni 1992, *D.C.C.R.* 1994, 759; *R.W.* 1994-95, 757, noot A. DE BOECK; *Vl. T. Gez.* 1993-94, 213, noot F. DEWALLENS).

1460 Nogal wat aan de rechter voorgelegde betwistingen betreffende de draagwijdte van een door een patiënt bij opname in het ziekenhuis ondertekende verklaring waarin wordt gesteld: "ongeacht het kamersupplement waarvan hierboven sprake of elk ander supplement, kan het verblijf in een gemeenschappelijke kamer of in een tweepersoonskamer aanleiding geven tot een maximumsupplement op de honoraria van de geneesheren, van X % of Y t.o.v. de verbintenistarieven, wanneer de geneesheren niet-verbonden zijn; het verblijf in een éénpersoonskamer kan aanleiding geven tot een maximumsupplement op de honoraria van X % of Y t.o.v. de verbintenistarieven, ongeacht het feit of de geneesheer al dan niet verbonden is" (art. 5 K.B. 3 oktober 1991, *B.S.* 30 oktober 1991).

Volgens DE BOECK mag in het geval van ondertekening van een dergelijke verklaring door de patiënt worden gesteld dat partijen *uitdrukkelijk* zijn overeengekomen dat de arts de verbintenis het honorarium te betalen nader zou invullen (DE BOECK, *a.w.*, 755). M.a.w. arts en patiënt komen uitdrukkelijk met elkaar overeen dat de arts het bedrag van het honorarium nader kan bepalen binnen de maximumgrens aangegeven in de verklaring. In die zin: Gent 6 september 1996, *T. Gez.* 1999-2000, 290 ("door het ondertekenen van de verklaring zich akkoord verklaarde met een verdubbeling van de honoraria") en Vred. Deurne 21 december 1997, *T. Gez.* 1998-99, 16 ("bij de begroting van zijn ereloon, op basis van de tussen partijen getroffen overeenkomst"). Andere rechters beschouwen een dergelijke verklaring veeleer als een mogelijkheid om hogere honoraria toe te passen, waarvan enkel kan worden gebruik gemaakt na overleg met de patiënt (Rb. Luik 12 november 1997, *J.L.M.B.*, 1999, 277; Vred. Antwerpen 19 november 1996, *T. Gez.* 1997-98, 99).

1461 In sommige uitspraken wordt de vordering van een hoger honorarium afgewezen omdat zij zonder voorwerp zou zijn. Zo oordeelde de Rb. Antwerpen in een spraakmakend vonnis: "het kan niet aanvaard worden dat er een onderscheid in ereloon kan bestaan voor patiënten die op een éénpersoonskamer verblijven en anderen, zonder dat dit gepaard gaat met een bijkomende of bijzondere medische behandeling (...). Het gevorderde ereloon berust derhalve op een ongeoorloofde oorzaak waardoor dat gedeelte van de overeenkomst door nietigheid is aangetast" (Rb. Antwerpen 27 mei 1993, *D.C.C.R.* 1994, 762, noot H. NYS, "Enkele bedenkingen bij de toelaatbaarheid van ereloonsupplementen in geval van bijzondere eisen van de patiënt"; *Vl. T. Gez.* 1993-94, 216-222, noot F. DEWALLENS; zie over dit vonnis ook: F. DEWALLENS, "Over de grenzeloze eerloosheid van onbegrensde erelonen", *V.J.V.* 1994, nr. 4, 6; W. GONTHIER, *t.a.p.*, 20, 23-25).

Ook in andere uitspraken treft men de opvatting aan dat tegenover een hoger honorarium een bijkomende prestatie moet staan. Aldus Rb. Luik 12 november 1997, *J.L.M.B*, 1999, 277 ("qu'il existe un 'supplément' de prestations en contrepartie du 'supplément' d'honoraires"); Vred. Antwerpen 19 november 1996, *T. Gez.* 1997-98, 99 ("dat een honorarium nog altijd de prestatie van een dokter moet dekken en in deze prestatie haar oorzaak vindt, en het dus onmogelijk kan zijn dat eenzelfde prestatie aanleiding geeft tot dergelijke discrepanties in het aangerekende bedrag"); Vred. Antwerpen 30 juni 1992, *D.C.C.R.* 1994, 759; *R.W.* 1994-95, 757, noot A. DE BOECK; *Vl. T. Gez.* 1993-94, 213, noot F. DEWALLENS.

1462 Het staat vast dat slechts een recht op honorarium bestaat in de mate dat werkelijk een medische prestatie werd verricht (art. 15 W.U.G. en zie boven, nr. 1430). De honorariumvrijheid brengt met zich dat éénzelfde medische prestatie op uiteenlopende wijze kan worden begroot. Voorzover bij het uitoefenen van deze vrijheid de wettelijke en andere beperkingen (zie verder) in acht worden genomen, is daar juridisch niets mis mee.

Er wordt wel eens voorgehouden dat het recht om hogere honoraria te vragen van patiënten die op hun verzoek in een individuele kamer worden opgenomen, zou steunen op solidariteit tussen vermogende en minder vermogende patiënten. Zo werd ter verantwoording van een hoger honorarium aangevoerd "dat een verdubbeling van de honoraria een gewoon gevolg is van de kostenstructuur van een ziekenhuis, waarbij uiteindelijk de tarieven uit de conventie, tarieven zijn die onder de werkelijke kostprijs liggen en waarbij dan dient beroep te worden gedaan op meer begoede burgers krachtens een algemeen principe van solidariteit om via een verdubbeling van deze tarieven tot een normaal evenwicht te komen". Terecht wees de rechter deze redenering van de hand (Vred. Antwerpen 19 november 1996, *T. Gez.* 1997-98, 99; zie ook: Rb. Antwerpen 27 mei 1993, *D.C.C.R.* 1994, 762 met noot H. NYS).
Anderen hebben gepoogd de hogere honoraria te verantwoorden doordat daartegenover voor de arts hogere kosten staan in individuele ziekenhuiskamers. Zo is DEWALLENS van oordeel dat "het verblijf in een éénpersoonskamer wel degelijk de kostenstructuur van de medische prestaties beïnvloedt". Op welke wijze dit gebeurt, maakt hij echter niet duidelijk. Integendeel, het berekenen van die bijkomende kosten is "gezien de complexe kostenstructuur in een ziekenhuis in de praktijk onuitvoerbaar". Niettemin concludeert hij dat "het supplement de weergave moet zijn van de werkelijke bijkomende kosten die het verblijf in een éénpersoonskamer van een patiënt met een welomschreven pathologie kan veroorzaken" (F. DEWALLENS, noot Rb. Antwerpen, *t.a.p.*, 219-220). In wezen komt ook deze opvatting er dus op neer dat tegenover een hoger honorarium een bijkomende prestatie dient te staan. Voor deze opvatting bestaan wellicht ethische argumenten (zie omtrent het aanrekenen van kamer- en honorariasupplementen in ziekenhuisverband het advies dat hierover door de commissie medische ethiek van het Verbond der Verzorgingsinstellingen van Caritas Catholica werd uitgebracht op 18 december 1998). Zij gaat evenwel voorbij aan de in artikel 15 W.U.G. neergelegde honorariumvrijheid. Die vrijheid houdt in dat voor eenzelfde prestatie een verschillend honorarium kan worden aangerekend. Uit een beperkt onderzoek is inderdaad gebleken "dat het medische prestatiepatroon niet beïnvloed wordt door het soort kamer waar de patiënt ligt (met uitzondering van de epidurale anesthesie bij bevallingen die gewoonlijk niet op medische indicatie gebeurt" (P. CALCOEN en B. CORREMANS, *a.w.*, *t.a.p.*, 389, nr. 62). De auteurs besluiten hieruit dat "het vragen van een honorariumsupplement bij verblijf op een éénpersoonskamer veelal in tegenspraak is met het 'voor wat, hoort wat' principe". Dit gaat voorbij aan de honorariumvrijheid neergelegd in artikel 15 W.U.G.

1463 Een niet-verbonden arts dient de vastgestelde honoraria niet te respecteren behoudens wanneer daarover met de patiënt een afspraak zou zijn gemaakt. Wanneer de patiënt het honorarium betwist voor de rechter, kan deze het bedrag matigen. Daarbij kan met uiteenlopende elementen worden rekening gehouden.

Eén van deze elementen zijn de in de akkoorden vastgestelde honoraria. De honoraria die voortvloeien uit de nomenclatuur worden door sommigen beschouwd als een "criterium", een "richtlijn" voor de rechter ter beoordeling van het honorarium aangerekend door een niet-verbonden arts (Rb. Brugge 7 december 1981, *R.W.* 1982-83, 1463; Vred. Beringen 18 december 1981, *Limb. Rechtsl.* 1983, 58, noot G.P.; Vred. Antwerpen 3 juni 1986, *R.W.* 1986-87, 963 noot A.M. CAEYERS-DE HONDT). Verwijzend naar (nog) oudere rechtspraak spreken sommigen van "een tendens in de rechtspraak om de akkoorden-tarieven als de 'normale honoraria' te laten gelden tussen geneesheer of tandarts en patiënt, wanneer geen bepaalde afspraak is gemaakt over het honorarium, ook daar waar de verstrekker niet gebonden is door het akkoord" (J. VAN LANGENDONCK en J. PUT, *a.w.*, 478, nr. 1247).

Deze tendens wordt nog versterkt door het nationaal akkoord artsen-ziekenfondsen zelf, nu daarin uitdrukkelijk aanbevolen wordt dat de niet-verbonden artsen de honoraria die voortvloeien uit het akkoord zouden in acht nemen voor de verzekerden die de voorkeursregeling genieten, de patiënten die recht hebben op de zgn. maximumfactuur (MAF) en de chronisch zieken (Nationaal akkoord 2003, 10.2). Uit een rechtspraakonderzoek inzake honorariumsupplementen bleek dat nagenoeg alle rechters direct of indirect verwezen naar de in de akkoorden vastgestelde honoraria. Slechts in één van de besproken vonnissen ontbrak elke verwijzing hiernaar (P. CALCOEN en B. CORREMAN, *a.w.*, *t.a.p.*, 380, nr. 23). Vermits het K.B. van 3 oktober 1991 (zie boven, nr. 1457) de verplichting oplegt om in het opnameformulier de maximum honoraria uit te drukken in relatie tot de verbintenistarieven lijkt het hen onmogelijk (voor rechters) om nog voorbij te gaan aan die tarieven bij het beoordelen van honorariumbetwistingen (tussen een patiënt en een ziekenhuisarts). Overigens concludeerden zij ook dat "op enkele uitzonderingen na de patiënt een goede zaak doet bij een geding inzake honorariumsupplementen" (*t.a.p.*, 318, nr. 27).
Volgens GONTHIER zou er ook "een bepaalde theorie (bestaan) – overigens ook terug te vinden in bepaalde gerechtelijke uitspraken – die stelt dat de Z.I.V.-terugbetalingstarieven 'richtinggevend' zouden moeten kunnen zijn bij de beoordeling van een betwisting omtrent een gevorderd ereloon" (W. GONTHIER, *a.w.*, 14). Aangezien niet wordt verwezen naar auteurs die deze "theorie" verdedigen noch naar "bepaalde gerechtelijke uitspraken" kan zij niet worden getoetst.

1464 Volgens CALCOEN en CORREMANS heeft de keuze om de honorariumsupplementen uit te drukken in een percentage t.o.v. het verbintenistarief te maken met het afgenomen belang dat wordt gehecht aan welke criteria dan ook. Meer bepaald heeft dit volgens hen gevolgen voor de deontologische criteria, neergelegd in artikel 71 Code van geneeskundige plichtenleer. Die criteria zijn: het belang van de geleverde prestaties, de financiële draagkracht van de patiënt, de bekendheid van de arts en de eventuele bijzondere omstandigheden. Uit hun rechtspraakonderzoek concluderen zij dat die deontologische criteria in de jurisprudentie niet ernstig worden genomen.

1465 Wat het eerste criterium betreft maken RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT een onderscheid tussen het belang van de geleverde prestaties waarvan de beoordeling kwantitatief gebeurt (aantal huisbezoeken, raadplegingen, verplaatsingen enz.) en het belang van de uiteindelijk geleverde dienst d.w.z. het bereikte resultaat.

Het ligt voor de hand dat de arts die zonder dat hem een fout kan worden aangewreven, het vooropgestelde resultaat niet of in mindere mate dan verwacht bereikt, meer gematigd en bescheiden moet zijn dan zijn collega die dit resultaat wel of althans in grotere mate verwezenlijkt.

Dit is niet in strijd met de medische deontologie, vermits artikel 71 Code van medische plichtenleer toelaat rekening te houden met de "belangrijkheid van de geleverde prestaties". Een dergelijke praktijk is evenmin in strijd met artikel 16 W.U.G. Dit artikel verbiedt iedere v o o r a f gesloten overeenkomst die het honorarium koppelt aan de doelmatigheid van de behandeling. Achteraf rekening houden met de doelmatigheid is niet verboden.
Bij de zgn. inspannings- of middelverbintenissen zal het al dan niet bereiken van het resultaat, voorzover de arts geen fout kan worden verweten, doorgaans weinig invloed mogen hebben op het gevraagde honorarium. In een dergelijk geval spelen naast de deskundigheid en de inspanning van de arts, nog andere onzekere elementen, die het bereiken van het resultaat kunnen bevorderen of doorkruisen. Bij zgn. resultaatsverbintenissen ligt dit anders. In een dergelijk geval garandeert de arts, ondanks het bestaan van onzekere elementen die de goede afloop kunnen beletten, niettemin een goed resultaat. Hierdoor loopt hij een groter risico in rechte te worden aangesproken bij mislukking en betaalt hij hogere verzekeringspremies. Dat zulks tot uiting komt in hogere honoraria wanneer het resultaat wordt bereikt en aanzienlijk lagere als dat niet het geval is, lijkt redelijk. Maar op voorhand een dergelijke afspraak maken is strijdig met artikel 16 W.U.G.
Bovendien zou de vrije toestemming van sommige patiënten voor riskante ingrepen in het gedrang kunnen komen door dergelijke afspraken. Ook andere auteurs hebben er geen bezwaren tegen dat het belang van de opgenomen verantwoordelijkheid wordt doorberekend in het honorarium (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 282; zie ook: Vred. St.-Jans-Molenbeek 20 mei 1970, *J.T.* 1971, 134). Bij wijze van spreken mag het "juridisch" risico tot uiting komen in het honorarium. Maar het besmettingsrisico dat een arts loopt bij een behandeling niet (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 295).
Ook een foutief medisch handelen dat schade berokkent aan de patiënt beïnvloedt het honorarium. Volgens RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT mag een arts die een "zware" fout begaat of ernstig tekort komt aan zijn beroepsplichten, geen honorarium vorderen van zijn patiënt. Voor de medische behandeling die nodig is om aan de gevolgen van de beroepsfout te verhelpen mag evenmin een honorarium worden aangerekend (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 295).

1466 Betwist is of de ernst van de ziekte invloed mag hebben op het bedrag van het honorarium. De Koninklijke Academie voor Geneeskunde is van mening dat dit niet mag ("Rapports de la Commission de l'Académie Royale de Médecine de Belgique sur les avants-projets de loi concernant *l'art de guérir*", *Archieven Belgische Academie voor Geneeskunde* 1967, 674). Artikel 71 Code van geneeskundige plichtenleer vermeldt de ernst van de ziekte niet. De Vrederechter te Tielt daarentegen beschouwde de ernst van de ziekte wel als een criterium voor het toetsen van het honorarium (Vred. Tielt 8 december 1971, *R.W.* 1971-72, 1160).

Hoe dan ook laat de ernst van de ziekte langs de andere algemeen aanvaarde criteria om onrechtstreeks een invloed gelden op het gevraagde honorarium, bv. via het belang van de verrichte prestaties of via de bekendheid van de geraadpleegde arts.

1467 Dat de "financiële draagkracht" (art. 71 Code van geneeskundige plichtenleer) mee bepalend kan zijn is reeds tot uiting gekomen bij het bespreken van de "bijzondere eisen" opgenomen in de akkoorden afgesloten in de nationale commissie artsen-ziekenfondsen (zie boven, nr. 1443).

Een recente toepassing van dit klassiek aanvaarde criterium bestaat erin rekening te houden met de aanvullende, vrije hospitalisatie- en aanverwante verzekeringen, die de eigen risico's, supplementen, remgelden enz. verzekeren. Behalve de financiële toestand, kan ook de verzekeringstoestand van de patiënt de hoogte van het honorarium beïnvloeden. Daarentegen mag het in rekening brengen van het persoonlijk vermogen van de patiënt geen verdoken vermogensbelasting worden (K. GEENS, *Het vrij beroep*, nr. 448).

1468 De faam van de arts, gebaseerd op zijn bekendheid, ervaring en wetenschappelijke kennis, is traditioneel een criterium voor het bepalen van het bedrag van het honorarium.

Terwijl zowel de nomenclatuur als de akkoorden afgesloten in de nationale commissie artsenziekenfondsen in zekere mate rekening houden met de aard van de geleverde prestaties en de economische toestand van de patiënt komt de faam van de arts daarin veel minder tot uiting. Het verschil in honorering tussen huisartsen en medische specialisten kan in verband worden gebracht met hun verschil in opleiding en ervaring, maar heeft evenzeer te maken met de geleverde prestaties.

Indien de faam en de bekendheid van een arts voornamelijk steunt op het toepassen van een door hem ontworpen techniek of apparaat zal hij er zich voor moeten hoeden misbruik te maken van zijn monopoliesituatie bij het bepalen van zijn honorarium (zie voor een voorbeeld: Conseil d'Etat (fr.) 11 juli 1984, *D.* 1985, 150 concl. M. GENEVOIS; tuchtrechtelijke veroordeling wegens te hoge honoraria voor behandeling van seksuele impotentie d.m.v. implantaten waarop de arts een octrooi bezat).

D. TUCHTRECHTELIJKE BEPERKINGEN (MAXIMA EN MINIMA)

1469 De vrijheid om het bedrag van het honorarium te bepalen kan worden beperkt door de bevoegdheid van raden van de Orde der geneesheren ingeval van betwisting over het gevraagde honorarium.

1470 De raden van de Orde der geneesheren bezitten inzake medische honoraria een drievoudige bevoegdheid.

Vooreerst is er de arbitragebevoegheid van de provinciale raden van de orde inzake honoraria betwistingen (art. 6, 5° Wet Orde geneesheren) (zie boven, nr. 234).
Vervolgens kunnen de provinciale raden om advies worden verzocht door de hoven en rechtbanken omtrent betwistingen betreffende honoraria (art. 6, 6° Wet Orde geneesheren) (zie voor zeldzame voorbeelden: Corr. Neufchâteau 24 oktober 1965, *Bull. ass.* 1967, 379 noot R.P.; Vred. Oostrozebeke 2 oktober 1973, *R.W.* 1973-74, 2399) (zie boven, nr. 237).

1471 Ten derde bezitten de provinciale raden de bevoegdheid om tuchtrechtelijk op te treden tegen overdreven hoge of lage honoraria.

Het vragen van honoraria die merkelijk te hoog liggen duidt op een gebrek aan eerlijkheid en bescheidenheid en kan aanleiding geven tot tuchtmaatregelen (art. 78, eerste lid Code van geneeskundige plichtenleer; zie voor enkele concrete toepassingen: R. KRUITHOF, noot onder Vred. Antwerpen 15 april 1980, *Vl. T. Gez.* 1980-81, afl. 5, 37).
Anderzijds mag een arts "geen daden stellen die een misbruik zouden betekenen van het recht lagere erelonen te vragen en vooral geen cliënteel werven door, op welke wijze ook, van hun stelselmatig lagere erelonen melding te maken" (art. 78, tweede lid Code van geneeskundige plichtenleer). Het werken aan zgn. terugbetalingstarieven, ook op een systematische wijze, is niet onwettig (Cass. 25 april 1975, *Arr. Cass.* 1975, 940; *Pas.* 1975, I, 850; *R.W.* 1975-76, 291, noot K. SCHUTYSER: Het gebruik maken van een recht, met name het uitoefenen van de geneeskunde tegen terugbetalingstarieven, wordt geen fout door het systematisch uitoefenen van dit recht en/of door een ruchtbaarheid die enkel "uiteraard en onvermijdelijk" ontstaat, als niet enig misbruik van dat recht wordt vastgesteld). Artikel 37 § 1, laatste lid Z.I.V.-Wet-1994 is duidelijk: "Het persoonlijk aandeel van de rechthebbende is in alle gevallen eisbaar". Dit betekent dat dit aandeel kan, maar niet moet geëist worden, behalve bij een andersluidende wettelijke bepaling. Zie artikel 37 § 17, laatste lid Z.I.V.-Wet-1994 "verplicht geïnd wordt voor de verstrekkingen inzake klinische biologie in de kosten waarvan een dergelijk aandeel is voorzien door de Koning. De Koning kan afwijkingen voorzien op die verplichting".

Volgens LECLERCQ zou het werken aan terugbetalingstarieven slechts geoorloofd zijn om humanitaire redenen en moet het een uitzondering blijven. Het systematisch werken aan terugbetalingstarieven is strijdig met de wil van de wetgever (M. LECLERCQ, "Un médecin lié par l'accord national définissant les honoraires est-il obligé d'appliquer à ses patients les tarifs prévus par l'accord non seulement en tant que maxima mais aussi en tant que minima?", *J.T.T.* 1974, 274-275). LECLERCQ gaat hiermee in tegen de opvatting van SCHUTYSER, volgens wie uit geen enkele bepaling van de wet en uit geen enkele clausule van het op dat ogenblik geldende akkoord, de bedoeling blijkt om naast het maximumbedrag tevens een minimumprijs vast te stellen (R. SCHUTYSER, "Het nationaal akkoord geneesheren-ziekenfondsen en de vaststelling van de honoraria der geneesheren", *B.T.S.Z.* 1973, 806). Volgens SCHUTYSER zou de verplichting de eigen bijdrage te innen wel kunnen worden ingeschreven in het akkoord afgesloten tussen artsen en ziekenfondsen. Maar zo'n akkoord zou weinig kans maken te worden goedgekeurd door de bevoegde minister en onverenigbaar zijn met de medische deontologie (R. SCHUTYSER, *a.w.*, *t.a.p.*, 806).

GEENS vreest dat "honoraria die gelijk staan met het terugbetalingstarief tot artificiële dienstengeneratie aanleiding kunnen geven". Maar een algemeen verbod enkel de terugbetalingstarieven te vorderen lijkt niet op zijn plaats omdat sommige patiënten het remgeld niet kunnen dragen (K. GEENS, *Het vrij beroep*, nr. 757).

Als curiosum kan nog de volgende uitspraak van de Raad van State worden vermeld: het feit dat een arts die kandidaat is bij de gemeenteraadsverkiezingen geen honorarium of een lager tarief dan het wettelijke zou hebben aangerekend, is niet een zodanig belangrijk voordeel dat kan worden aangenomen dat de kiezers daardoor onder ongeoorloofde druk werden gezet om hun stem aan de lijst van die arts te geven (R.v.St., Gemeenteraadsverkiezingen te Nieuwerkerken, nr. 23.037, 15 maart 1983).

AFDELING III

GEBRUIKSVERGOEDINGEN EN ERELOONVERDELING

§ 1. Gebruiksvergoedingen tussen artsen en derden

A. PRINCIPIËLE GELDIGHEID VAN GEBRUIKSVERGOEDINGSREGELINGEN

1472 Artikel 17, eerste lid W.U.G. eist een statutaire regeling of een uitdrukkelijke overeenkomst tussen een arts en een derde waarin de voorwaarden worden vastgelegd waaronder deze arts mag gebruik maken van personeel, lokalen en materiaal dat hem, voor de uitoefening van zijn beroep, ter beschikking wordt gesteld door een derde.

Hoewel dit artikel niet spreekt over financiële voorwaarden, volgt zowel uit de plaats van artikel 17 in de W.U.G., de verwijzing naar betalingen door anderen dan de arts zelf en de verwijzing naar artikel 18 § 2 W.U.G. dat ook de financiële voorwaarden hier bedoeld zijn, zo zij niet de belangrijkste zijn. Om die reden spreken we van gebruiksvergoedingen.

1473 Artikel 17, eerste lid W.U.G. laat niet alleen (financiële) afspraken toe over het gebruik van personeel, materiaal en lokalen. Dit artikel eist zelfs dergelijke afspraken wanneer dit gebruik niet voor het geheel voorwerp is van een betaling ten welke andere titel ook.

1474 De principiële geldigheid van een statutaire of contractuele gebruiksvergoedingsregeling kan niet worden betwijfeld, ook niet wanneer de derde een ziekenhuis is.

Volgens de Raad van State is artikel 17, eerste lid zelfs uitdrukkelijk bedoeld voor het geval dat de derde een ziekenhuis is (R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987; R.v.St., V.Z.W. "Conseil médical du Centre Hospitalier Paul Brien", nr. 29.104, 6 januari 1988). Ook voor het Hof van Cassatie kan een ziekenhuis een derde als bedoeld in artikel 17, eerste lid zijn (Cass. 5 november 1981, *Arr. Cass.* 1982, 344; *Pas.* 1982, I, 337 concl. Proc.Gen. F. DUMON; anders: Rb. Brugge 14 maart 1983, *Vl. T. Gez.* 1983-84, 30, noot H. NYS).

De laatste twijfels werden weggenomen door artikel 140 § 3 Ziekenhuiswet. Wettelijk zijn inhoudingen van de centraal geïnde honoraria "tot dekking van de kosten veroorzaakt door de medische prestaties die niet door de verpleegdagprijs worden vergoed".

B. GEBRUIKSVERGOEDINGSREGELINGEN EN ARTIKEL 18 § 2 W.U.G.

1475 Zoals artikel 15 W.U.G., verwijst ook artikel 17 van deze wet naar artikel 18 § 2. Opnieuw rijst de vraag hoe beide bepalingen tezamen, in dit geval artikelen 17 en 18 § 2, zinvol kunnen worden geïnterpreteerd (zie boven, nr. 1415 e.v.).

Volgens het Hof van Cassatie heeft artikel 18 § 2 geen betrekking op overeenkomsten waardoor een arts zich ertoe verbindt het gebruik te vergoeden van personeel, lokalen en materiaal van een ziekenhuis, dit is de in artikel 17 bedoelde overeenkomst (Cass. 28 april 1987, *Arr. Cass.* 1987, 1142; *Pas.* 1987, I, 1007; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 30).

In dezelfde zin sprak het Hof van Beroep te Gent zich uit. In artikel 18 § 2 worden overeenkomsten geviseerd die, anders dan de conventionele en statutaire regelingen over kostenbijdragen waarvan de toelaatbaarheid blijkt uit artikel 17 W.U.G., steeds ongeoorloofd zijn. Artikel 18 daarentegen beoogt niet de verhoudingen te regelen tussen ziekenhuizen en de daar werkende artsen (Gent 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.* 1986-87, 435; in dezelfde zin: Antwerpen 31 januari 2000, *T. Gez.* 2000-01, 364: "Uit de toepassingssfeer van de verbodsbepaling van artikel 18 zijn uitgesloten de overeenkomst betreffende de vergoeding, door de geneesheer voor het gebruik van personeel, lokalen en materieel van een ziekenhuis, evenals de overeenkomst betreffende het regelmatig vergoeden van prestaties die de geneesheer in dienst van een ziekenhuis werkelijk verricht".

Ook de Raad van State nam dit standpunt in. Artikel 17 heeft betrekking op geoorloofde overeenkomsten en statutaire bepalingen. Artikel 18 § 2 op nooit geoorloofde overeenkomsten. Het bij artikel 18 § 2 ingestelde verbod kan onmogelijk van toepassing zijn op de in artikel 17 geregelde rechtsverhouding tussen een arts en een ziekenhuis. Deze rechtsverhouding heeft immers als zodanig niet tot doel de een of de ander "winst of voordeel" te verschaffen. Het tegenovergestelde zou leiden tot een uitholling van artikel 17, eerste lid. Bovendien, ziekenhuizen worden in artikel 18 § 2 niet vernoemd noch bedoeld (zie boven, nr. 1415; zie verder, nr. 1476) (R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987).

In de rechtsleer worden analoge opvattingen verdedigd (zie: H. NYS, "Opmerkingen over het bindend karakter van de code van medische plichtenleer en onkostenvergoedingen door zieken-

huisgeneesheren", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 30 en de daar aangehaalde literatuur; T. VANSWEEVELT, "Overeenkomsten omtrent honorariadeling", *R.W.* 1987-88, 1034).

C. VOORWAARDEN VOOR EEN GELDIGE GEBRUIKSVERGOEDINGSREGELING

1. Algemeen

1476 De principiële geldigheid van gebruiksvergoedingsregelingen tussen arts en ziekenhuis belet niet dat artikel 17, eerste lid W.U.G. en artikel 140 § 3 Ziekenhuiswet daaraan voorwaarden verbinden.

Artikel 17, eerste lid W.U.G. eist, en laat tevens toe, een regeling voor de vergoeding voor het gebruik van personeel, lokalen en materiaal wanneer dit gebruik niet "voor het geheel" voorwerp is geweest van een betaling ten welke andere titel ook. Dit betekent dat wanneer de kosten veroorzaakt door dit gebruik reeds werden vergoed op een andere manier, bv. langs het budget van financiële middelen van het ziekenhuis, artikel 17, eerste lid geen gebruiksvergoedingsregeling eist maar evenmin toelaat door de verwijzing naar artikel 18 § 2. Wanneer het ziekenhuis vanwege een arts een vergoeding zou ontvangen voor het gebruik van materiaal enz., terwijl het ziekenhuis reeds daadwerkelijk werd vergoed op een andere wijze voor diezelfde prestatie dan zou de betaling door de arts, via de inhouding op zijn honorarium rechtstreeks of minstens onrechtstreeks winst of voordeel verschaffen aan het ziekenhuis.

Zo beschouwd heeft de verwijzing naar artikel 18 § 2 in artikel 17, eerste lid W.U.G. wel degelijk zin. Een algemene en onvoorwaardelijke uitsluiting van ziekenhuizen uit het toepassingsgebied van artikel 18 § 2 zoals door de Raad van State voorgehouden (zie boven, nr. 1415) is dan ook niet voldoende genuanceerd (in dezelfde zin: A. LUST, *a.w.*, 72)

Wanneer het gebruik niet "voor het geheel", maar slechts gedeeltelijk wordt betaald ten welke andere titel ook, eist en laat artikel 17, eerste lid W.U.G. eveneens een gebruiksvergoedingsregeling toe. In dat geval voor het gedeelte van de gebruikskosten waarvoor geen vergoeding ten welke andere titel ook wordt ontvangen. Ook dan moet rekening worden gehouden met artikel 18 § 2 W.U.G.

2. Forfaitair vastgestelde gebruiksvergoedingen

1477 I.v.m. de toepassing van artikel 17, eerste lid W.U.G. is de vraag gerezen of de gebruiksvergoeding op een forfaitaire wijze mag worden berekend dan wel of de vergoeding precies moet overeenstemmen met de kosten veroorzaakt door het gebruik.

Het Hof van Beroep te Gent nam hier een zeer strikt standpunt in. Inzake gebruiksvergoedingen gaat het om een materie van openbare orde waarin de vrijheid van partijen om te contracteren beperkt is. Wanneer een percentsgewijze, in verhouding tot de geïnde honoraria bepaalde vergoeding, nauwkeurig aan de werkelijke onkosten van het ziekenhuis zou beantwoorden, zou de wet geëerbiedigd zijn. *In casu* bleek het niet mogelijk dit na te gaan. Derhalve was deze afspraak niet geoorloofd en niet afdwingbaar (Gent 27 december 1984, *Vl. T. Gez.* 1985-86, 137). Advocaat-generaal DUMON nam een soepeler houding aan. Als de forfaitaire betaling van een arts door artikel 15 W.U.G. uitdrukkelijk wordt toegelaten (zie boven, nr. 1409) impliceert dat dan niet

meteen de wettelijkheid van een forfaitaire inhouding op de honoraria als gebruiksvergoeding? (Cass. 5 november 1981, *Pas.* 1981, I, 339 concl. Adv. Gen. F. DUMON; in dezelfde zin: R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987: nu art. 15 W.U.G. de forfaitaire bezoldiging toelaat is ook het forfait bij de aftrek van de bijdrage in de kostenregeling van het ziekenhuis op zichzelf niet verboden; zie ook: Antwerpen 31 januari 2000, *T. Gez.* 2000-01, 364).
Bij dit laatste standpunt moet worden opgemerkt dat het verband tussen een forfaitaire bezoldiging en een forfaitaire gebruiksvergoeding niet zomaar voor de hand ligt. Als een arts op een forfaitaire wijze wordt bezoldigd dan gebeuren er geen inhoudingen meer op zijn honoraria. Integendeel hij doet afstand van het recht op honorarium ten voordele van degene die hem bezoldigt (zie boven, nr.1412). De geldigheid van een forfaitair vastgestelde gebruiksvergoeding afleiden uit artikel 15 W.U.G. is betwistbaar.

1478 Wat hier van zij, door artikel 140 Ziekenhuiswet is het geschetste probleem grotendeels achterhaald.

Allereerst laat artikel 140 § 3 toe dat de inhoudingen op de centraal geïnde honoraria tot dekking van de kosten veroorzaakt door medische prestaties die niet door de verpleegdagprijs worden vergoed, in percenten d.i. forfaitair, worden uitgedrukt.
Bovendien dient deze inhouding niet strikt te worden geïndividualiseerd, per arts.
Dit betekent dat inhoudingen kunnen gebeuren op het honorarium van een arts om kosten veroorzaakt door de medische prestaties van een andere arts te financieren. Dit staat niet met zoveel worden in artikel 140 § 3. Maar deze bepaling heeft betrekking op de wijze van besteding van de centraal geïnde honoraria, en niet op het honorarium van iedere afzonderlijke arts. Bovendien verklaarde de minister in de Senaatcommissie dat "de kosten veroorzaakt door de medische prestaties" niet enkel slaan op de kosten van elke afzonderlijke dienst apart, maar ook globaal over het gehele ziekenhuis bekeken (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1983-84, nr. 653/2, 113).

D. INSTANDHOUDINGSVERGOEDING

1479 Een derde reden waarom de precieze kostenberekening per arts minder noodzakelijk is dan voorheen houdt verband met artikel 140 § 1, 4° Ziekenhuiswet. Deze bepaling laat toe dat een deel van de centraal geïnde honoraria wordt aangewend voor "de verwezenlijking van maatregelen om de medische activiteit in het ziekenhuis in stand te houden of te bevorderen". Het betreft hier inhoudingen op de honoraria welke niet dienen tot vergoeding van het gebruik van materiaal enz. De wettelijkheid van dergelijke inhoudingen was in het licht van artikel 17, eerste lid en 18 § 2 W.U.G. betwist.

In de Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp waaruit uiteindelijk artikel 140 § 1, 4° Ziekenhuiswet is ontstaan (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1983-84, nr. 653/1, 20) werd hierover het volgende gezegd: "in vele, zoniet in alle ziekenhuizen, bestaat de praktijk dat, bij overschrijding van een loutere kostenregeling, vanuit de honoraria bijgedragen wordt om de medische activiteit in het ziekenhuis in stand te houden of te bevorderen. Voorzover nog twijfel mocht bestaan omtrent de strikt wettelijke gegrondheid van die algemeen verspreide praktijk, wordt die juridische en deontologische onzekerheid thans weggenomen door een uitdrukkelijke bepaling". Deze, wat men kan noemen, instandhoudingsvergoeding heeft thans een wettelijk karakter. Door een arrest van 6 januari 1988 vernietigde de Raad van State een beslissing van het O.C.M.W. te Schaarbeek waardoor eenzijdig de kosten verband houdend met de werking van de polikliniek en de medisch-technische diensten ten laste van de honoraria werden gelegd. Deze beslissing dateerde nog van vóór de inwerkingtreding van artikel 140 Ziekenhuiswet. Volgens de Raad van State overschreden dergelijke inhoudingen de perken van artikelen 15 en 17 W.U.G. De Raad van State liet evenwel verstaan dat met instemming van de betrokkenen deze inhoudingen wel wettig zouden zijn geweest (R.v.St., V.Z.W. "Conseil médical du Centre Hospitalier Paul Brien", nr. 29.104, 6 januari 1988).

1480 Toch zijn artikel 17, eerste lid en artikel 18 § 2 W.U.G. niet zonder voorwerp geworden wat instandhoudingsvergoedingsregelingen betreft.

Artikel 140 Ziekenhuiswet geldt enkel voor de honoraria van ziekenhuisartsen voor prestaties verricht bij gehospitaliseerde patiënten. Voor alle andere honoraria blijven de artikelen 17 en 18 W.U.G. zonder meer gelden. Zo is in een polikliniek, zeker wanneer ze niet met een ziekenhuis is verbonden, een instandhoudingsvergoeding bovenop een gebruiksvergoeding betwistbaar. Maar ook voor de honoraria van de ziekenhuisartsen blijft een zo juist mogelijk inzicht in de werkelijke kosten en de daaraan corresponderende inhoudingen van belang. Tussen de regeling die de Ziekenhuiswet voorziet voor de gebruiksvergoeding en deze voor de instandhoudingsvergoeding bestaat nl. één groot verschil. De medische raad van het ziekenhuis heeft een medebeslissingsrecht over de wijze van besteding van de instandhoudingsvergoeding. Dat is niet zo voor de gebruiksvergoeding. Daarom blijft het van belang uit te maken of een inhouding op honoraria dient tot vergoeding van kosten voor gebruik of voor instandhouding.

Het medebeslissingsrecht van de medische raad over de aanwending van de instandhoudingsvergoeding houdt verband met de vrees die ook in de Senaatscommissie werd geuit nl. dat artsenhonoraria zouden worden gebruikt voor alles en nog wat, bv. ook voor het aanleggen van een grasperk rond het ziekenhuis. De minister gaf toe dat het hier inderdaad om een ruim gestelde bepaling ging. Toch verwijst artikel 140 § 1, 4° duidelijk naar een medische activiteit. In het oorspronkelijk ontwerp was sprake van "alle" maatregelen om de medische activiteit in stand te houden of te bevorderen. Om te vermijden dat aan deze bepaling een overdreven ruime interpretatie zou worden gegeven, betuigde de minister zijn instemming met de suggestie "alle" te doen vervallen (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat, 1983-84, nr. 653/2, 144).

1481 Bij het onderscheiden van de gebruiksvergoeding en de instandhoudingsvergoeding veroorzaakt de interpretatie van de woorden "medische prestaties die niet door de verpleegdagprijs worden vergoed" problemen. Onverminderd artikel 140 dekken de honoraria, centraal geïnd of niet, alle kosten die direct of indirect verbonden zijn aan de uitvoering van medische prestaties zoals o.m. kosten van medisch, verpleegkundig, paramedisch, verzorgend, technisch, administratief, onderhouds- en ander hulppersoneel, kosten verbonden aan gebruik van lokalen, kosten van aanschaffing, vernieuwing, grote herstellingen en onderhoud van de benodigde uitrusting, kosten van materiaal en geneeskundige verbruiksgoederen en kosten van goederen en door derden geleverde diensten m.b.t. de gemeenschappelijke diensten, die niet door het budget van financiële middelen (voorheen: verpleegdagprijs) worden vergoed (art. 139*bis* Ziekenhuiswet).

Overeenkomstig artikel 94 Ziekenhuiswet dekt het budget van een ziekenhuis "op forfaitaire wijze *alle* kosten die verband houden met het verblijf in een kamer met meer dan twee bedden en het verstrekken van zorgen aan de patiënten in het ziekenhuis". Artikel 5 Ziekenhuiswet 1963 bevatte een soortgelijke bepaling m.b.t. de verpleegdagprijs. Op grond hiervan werden gebruiksvergoedingen aangevochten omdat alle kosten reeds vanuit de verpleegdagprijs zouden zijn vergoed. De rechtspraak wees deze argumentatie af omdat artikel 5 niet de bedoeling had de arts-ziekenhuis relatie te regelen (Rb. Brugge 14 maart 1983, *Vl. T. Gez.* 1983-84, 30, noot H. Nys) maar wel die tussen het ziekenhuis en de ziekteverzekering (Gent 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.* 1986-87, 435; zie eveneens: Cass. 5 november 1981, *Arr. Cass.* 1982, 344; *Pas.* 1982, I, 337 concl. Adv. Gen. F.

DUMON). Een analoge interpretatie geldt voor artikel 94 Ziekenhuiswet dat ook de relatie ziekenhuis-ziekteverzekering regelt.

§ 2. Gebruiksvergoedingen en ereloonverdeling tussen artsen

A. ERELOONVERDELING TUSSEN ARTSEN

1. Principieel verbod

1482 Artikel 18 § 1 W.U.G. verbiedt onder de beoefenaars van eenzelfde tak van de geneeskunst elke verdeling van honoraria onder welke vorm ook, behalve zo die verdeling geschiedt in het raam van de organisatie van de groepsgeneeskunde.

De geneeskunde bestaat uit de volgende takken: de geneeskunde, de tandheelkunde inbegrepen, en de artsenijbereidkunde (art. 1 W.U.G.). Artikel 18 § 1 verbiedt dus o.m. de verdeling van honoraria tussen beoefenaars van de geneeskunde en niet enkel tussen artsen en apothekers (Cass. 23 maart 1970, *Arr. Cass.* 1970, 695; *Pas.* 1970, I, 651; *R.W.* 1970-71, 1035; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 289; J. STEENBERGEN, "Professionele vennootschappen, het aanwenden van vennootschapsvormen bij de uitoefening van een vrij beroep", *T.P.R.* 1974, 250, nr. 55).

Wat ereloonverdeling juist betekent, wordt in de W.U.G. niet bepaald. Men dient daaronder te verstaan de afstand van een deel van het honorarium door een arts aan een collega of een derde, zonder dat daartegenover een prestatie, althans geoorloofde prestatie, staat in hoofde van diegene die dat deel van het honorarium ontvangt. Indien een deel van het honorarium wordt afgestaan zonder dat de ontvangende partij in ruil daarvoor enige prestatie heeft gedaan, heeft men steeds te maken met ereloonverdeling. Indien tegenover de afstand van het honorarium wel een prestatie staat dient deze geoorloofd te zijn. Zo is het afstaan van een deel van het honorarium in ruil voor het doorverwijzen van patiënten ereloonverdeling omdat deze prestatie – het doorverwijzen – ongeoorloofd is vermits hierdoor de vrije keuze van arts door de patiënt zoniet onmogelijk wordt gemaakt, dan toch in negatieve zin wordt beïnvloed.

LUST geeft een vergelijkbare definitie, nl. "alle afspraken tussen collegae onderling waarbij ofwel een gesimuleerde of gecamoufleerde medische prestatie (zoals een 'bijstand' bij een heelkundige ingreep), ofwel om het even welke andere prestatie van de ene collega door de andere collega met een deel van het ereloon wordt vergoed". Daarna vervolgt hij: "bedoeld is hier elke overeenkomst van zodra het ereloon geheel of deels het voorwerp van de prestatie van de andere partij uitmaakt, zonder dat er een *medische tegenprestatie* (cursivering toegevoegd) is vanwege de andere partij. Enkel medische prestaties laten zich immers met ereloon betalen". Er van uitgaande dat een medische prestatie steeds een geoorloofd karakter heeft, voegt dit weinig toe aan de door mij gegeven definitie. Overigens kan de toevoeging misleidend zijn in geval van zgn. gesimuleerde of gecamoufleerde medische prestaties (A. LUST, "Gebruiksvergoedingsovereenkomst in de tandartsenpraktijk: verboden dichotomie", noot onder Antwerpen 23 april 1996, *T. Gez.* 1999-2000, 144).

1483 Wanneer tegenover de afstand van het honorarium een werkelijke, geoorloofde en met het afgestane honorarium proportionele tegenprestatie staat, is er van ereloonverdeling in de zin van artikel 18 § 1 geen sprake.

Wanneer twee artsen overeenkomen dat de ene een medische praktijk ter beschikking stelt van de andere in ruil waarvoor de andere een vergoeding betaalt (de gebruiksvergoeding) dan kan die overeenkomst niet zonder meer als nietig worden beschouwd (anders: Antwerpen 23 april 1996, *A.J.T.* 1996-97, 67-69, met noot H. NYS, "Ereloonverdeling onder (tand)artsen"; *T. Gez.* 1999-2000, 141-142 met noot A. LUST). In elk concreet geval zal moeten worden nagegaan of de prestatie geoorloofd is en/of er tussen beide prestaties een proportionele verhouding bestaat (gebruiksvergoedingsregelingen tussen artsen: zie verder, nr. 1488).

1484 De niet-naleving van artikel 18 § 1 kan niet strafrechtelijk gesanctioneerd worden (anders: Rb. Turnhout 13 oktober 1994, *Pas.* 1994, III, 39). Tuchtsancties zijn wel mogelijk: honorariumverdeling is door de wetgever zelf als een tuchtmisdrijf gekwalificeerd (art. 38 § 3, d W.U.G.; vgl.: art. 80 Code van geneeskundige plichtenleer; in die zin ook: A. LUST, *t.a.p.*, 54).

Opgevat in de klassieke betekenis van het woord, nl. afspraken tussen chirurgen en huisartsen waarbij de laatsten met een vergoeding worden beloond in ruil voor de aanbreng van patiënten, wordt dichotomie ook burgerrechtelijk gesanctioneerd. Dergelijke afspraken worden als nietig beschouwd wegens een ongeoorloofde oorzaak of wegens een ongeoorloofd voorwerp (T. VANSWEEVELT, "Overeenkomsten omtrent honorariadeling", *R.W.* 1987-88, 1033 en de daar aangehaalde rechtspraak).

1485 Kan ereloonverdeling tussen artsen niettemin toch strafrechtelijk worden gesanctioneerd? Om deze vraag te beantwoorden moet worden nagegaan of artikel 18 § 2 W.U.G. van toepassing is op de verdeling van erelonen tussen artsen. Overtreding van dat artikel is namelijk strafbaar (art. 38 § 1 W.U.G.).

Of ereloonverdeling tussen artsen enkel valt onder artikel 18 § 1 of ook onder artikel 18 § 2 W.U.G. wordt in de rechtsleer niet eensgezind beantwoord. RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT beperken de toepassing van artikel 18 § 2 tot overeenkomsten gesloten tussen de beoefenaars van verschillende takken van de geneeskunst onderling of met derden. De overeenkomst tussen beoefenaars van eenzelfde tak, aldus artsen, valt daar niet onder (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Les droits et les obligations*, nr. 289; elders zijn beide auteurs van mening dat deze overeenkomst ook onder art. 18 § 2 valt: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Les récents arrêtés en matière d'art de guérir*, 25 § 5). STEENBERGEN volgt de eerstgenoemde interpretatie van RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT (J. STEENBERGEN, *a.w.*, 251, nr. 56 en 253, nr. 61). Ook LUST heeft zich geschaard achter de enge interpretatie op grond van de volgende overwegingen. "Er is vooreerst de legiferatietechniek zelf. Wanneer de wetgever eenzelfde bepaling opsplitst in twee paragrafen, moet daaruit logisch worden afgeleid dat hij ook twee verschillende gevallen heeft willen regelen en niet twee keer hetzelfde heeft willen zeggen doch in andere woorden". Hiertegenover kan men stellen dat in de brede interpretatie niet tweemaal hetzelfde wordt gezegd: in artikel 18 § 1 wordt ereloonverdeling tussen artsen tuchtrechtelijk beteugeld; in artikel 18 § 2 strafrechtelijk. LUST vervolgt dan: "Er is vervolgens een zuiver tekstargument: artikel 18 § 1 heeft het over ereloonverdeling 'onder' beoefenaars van eenzelfde tak van de geneeskunde, terwijl artikel 18 § 2 het heeft over overeenkomsten 'tussen' hetzij de beoefenaars bedoeld in artikel 2, 3, 4 en 21*bis*, hetzij 'tussen' hen en derden. Die woorden hebben niet dezelfde betekenis. 'Onder' wijst op een relatie in eigen kring en 'tussen' op een externe relatie". Het voor de hand liggende tegenargument dat in de Franse tekst in beide gevallen sprake is van "entre" wordt als volgt afgedaan: "het is juist dat, wellicht wegens taalarmoede, in de Franse tekst telkens sprake is van 'entre', doch dit kan op zichzelf geen tegenargument zijn". Het onderscheid dat gemaakt wordt tussen "onder" en "tussen" is zeker verdedigbaar, maar evengoed vindt men de opvatting terug dat beide uitdrukkingen synoniem zijn (VAN DALE, dertiende uitgave, V° onder, 12 de betekenis). "Er is ten slotte de

duidelijke wil van de wetgever om wat tot collega's beperkt is gebleven uitsluitend disciplinair te beteugelen en de strafrechtelijke beteugelingen slechts te laten spelen van zodra de inbreuk de betrokken medische kring te buiten gaat" (A. LUST, *a.w.*, 83). Dit is geen argument maar slechts een herhaling van de verdedigde stelling.
Terecht interpreteert de rechtspraak artikel 18 § 2 ruimer. Volgens Rb. Mechelen verbiedt artikel 18 § 2 iedere overeenkomst tussen artsen onderling, wanneer deze betrekking heeft op hun beroep en ertoe strekt aan de ene of de andere rechtstreeks of onrechtstreeks winst of voordeel te verschaffen (Rb. Mechelen 21 januari 1975, *R.W.* 1977-78, 1649; zie in dezelfde zin: Rb. Antwerpen 16 maart 1987, *R.W.* 1987-88, 1033 noot T. VANSWEEVELT). Het Hof van Beroep te Antwerpen daarentegen leek er van uit te gaan dat een ereloonafspraak onder (tand)artsen enkel krachtens artikel 18 § 1 W.U.G. kan worden aangevochten: "overwegende dat appellant de ingeroepen nietigheid van de overeenkomst steunt op artikel 18 § 2 doch dat appellant artikel 18 § 1 bedoelt" (Antwerpen 23 april 1996, *A.J.T.* 1996-97, 67 met noot H. NYS, "Ereloonverdeling onder tandartsen").

De ruimere opvatting verdient derhalve de voorkeur. Ook afspraken tot ereloonverdeling tussen artsen vallen onder artikel 18 § 2 (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 1033; F. DEWALLENS en R. VAN GOETHEM, "Ereloonafspraken tussen kinesitherapeuten", noot onder Gent 16 juni 1995, *T. Gez.* 1998-99, 64).

2. *Toegelaten bij groepsgeneeskunde*

1486 Artikel 18 § 1 W.U.G. laat honorariumverdeling tussen artsen toe wanneer deze verdeling geschiedt in het raam van de organisatie van de groepsgeneeskunde.

Een definitie van "organisatie van de groepsgeneeskunde" wordt in de wet niet gegeven. Volgens de raad van beroep van de Orde der geneesheren veronderstelt groepsgeneeskunde in de zin van artikel 18 § 1 dat "al de zich voordoende gevallen voor doorgaans onderling overleg moeten openstaan met daarbij behorende ingerichte gelegenheden tot bespreking". Het Hof van Cassatie bevestigde deze beslissing: bij gebrek aan daadwerkelijke samenwerking tussen artsen kon de raad van beroep oordelen dat het onderling overleg, de aanwezigheid van technische hulpmiddelen en diensten en het poolsysteem ontoereikend waren om als een organisatie van groepsgeneeskunde te worden beschouwd (Cass. 23 maart 1970, *Arr. Cass.* 1970, 695; *Pas.* 1970, I, 651 concl. Adv. Gen. F. DUMON; *R.W.* 1970-71, 1035). De Advocaat-generaal meende dat uit al deze elementen wel een organisatie van groepsgeneeskunde kon worden afgeleid. De Raad van State vatte de forfaitaire bezoldiging op als groepsgeneeskunde (R.v.St., Nationaal verbond socialistische Mutualiteiten, nr. 15.533, 27 oktober 1972). Dat is een merkwaardige opvatting. Forfaitaire betaling van artsen is één, belangrijk element op grond waarvan kan worden besloten tot het bestaan van groepsgeneeskunde. Maar tussen forfaitair betaalde artsen die niet samenwerken, bestaat geen groepsgeneeskunde.
Volgens het Hof van Beroep te Gent is de activiteit van twee gynaecologen die "een gemeenschappelijke dienstregeling en de nodige afspraken hebben gemaakt, zodat zij ook onvermijdelijk elkaars patiënten hebben behandeld gelijk te stellen met groepsgeneeskunde" (Gent 4 april 1989, *R.W.* 1988-89, 405, noot H. NYS). Gelet op de concrete omstandigheden is dit betwistbaar (H. NYS, "Honorariumverdeling onder artsen", *R.W.* 1988-89, 408, nr. 11). Ook volgens LUST is er meer nodig dan de enkele vorming van een pool tussen twee of meer artsen opdat er van groepsgeneeskunde sprake zou kunnen zijn (A. LUST, *t.a.p.*, 58; zie voor een soepele interpretatie van groepsgeneeskunde eveneens: Rb. Turnhout 13 oktober 1994, *Pas.* 1994, III, 37).

1487 Oorsponkelijk stelde artikel 18 § 1 nog een tweede voorwaarde, nl. de honorariumverdeling diende aan de patiënt bekend te zijn. Die voorwaarde werd vernietigd omdat zij werd toegevoegd na de raadpleging van de Afdeling

Wetgeving van de Raad van State (R.v.St., Nationaal Verbond Socialistische Mutualiteiten, nr. 15.533, 27 oktober 1972).

Deze voorwaarde spruitte voort uit een opvatting die men vnl. in de Franse literatuur aantreft. Dichotomie of ereloondeling zou voornamelijk laakbaar zijn omdat het de patiënt in het ongewisse laat over de bestemming van een deel van het door hem betaalde honorarium (R. SAVATIER, noot onder Cass. fr. 28 mei 1976, *J.C.P.* 1977, II, 18.535). Hierdoor wordt hij tevens misleid over de werkelijke waarde van de geleverde prestatie (R.L., noot onder Cass. fr. 23 januari 1968, *J.C.P.* 1968, II, 15.433; *D.* 1968, 547, noot). Dichotomie waarvan de patiënt niet op de hoogte is, is strijdig met de vrije onderhandeling over het bedrag van het honorarium (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 289; Rb. Antwerpen 16 maart 1987, *R.W.* 1987-88, 1033, noot T. VANSWEEVELT).Voor LUST blijft het ook nu nog een open vraag "of artikel 18 § 1 de formele legaliteitstoets wel kan doorstaan". Naar alle waarschijnlijkheid is dat volgens hem niet het geval (A. LUST, *t.a.p.*, 52).

B. GEBRUIKSVERGOEDINGSREGELINGEN TUSSEN ARTSEN

1488 Ereloonverdeling tussen artsen is enkel toegelaten in het kader van de organisatie van de groepsgeneeskunde (zie boven, nr. 1486). Iedere andere overeenkomst tussen artsen is verboden wanneer zij betrekking heeft op hun beroep en hun rechtstreeks of onrechtstreeks winst of voordeel verschaft (art. 18 § 2 W.U.G.). Betekent een en ander dat een gebruiksvergoedingsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 17, eerste lid W.U.G. evenmin is toegelaten? Opnieuw rijst de vraag naar de interpretatie van artikel 17, eerste lid in het licht van artikel 18 § 2 W.U.G. (zie boven, nr. 1476).

1489 Vooraf moet echter worden nagegaan of artikel 17, eerste lid wel van toepassing is op afspraken tussen artsen.

Dit artikel spreekt over het ter beschikking stellen door een "derde persoon" zonder enige specifiëring. Volgens VANSWEEVELT "zou een redelijke benadering van artikel 17 erin bestaan om de term 'derde persoon' zo ruim mogelijk te lezen, in die zin dat ook artsen daaronder vallen" (T.VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 1033). Daardoor zou ook de vergoeding die een vervangende arts afstaat aan de door hem vervangen collega als compensatie voor het gebruik van praktijkruimte, materiaal, diensten van personeel enz. wettelijk zijn (zie ook: art. 154 en 155 Code van geneeskundige plichtenleer). Volgens LUST lijkt die extensieve interpretatie noch met de letter noch met de geest van artikel 17 verzoenbaar: "artikel 17 heeft het duidelijk over, eensdeels, 'een beoefenaar bedoeld bij de artikelen 2, 3 of 4' en anderdeels, over 'een derde persoon', waarmee duidelijk te kennen wordt gegeven dat die 'derde persoon' elke andere is dan de beroepsbeoefenaar van de artikelen 2, 3 en 4 K.B. nr. 78. Artikel 17 bedoelt zodoende duidelijk overeenkomsten tussen eensdeels, beroepsbeoefenaars, en, anderdeels, niet-gekwalificeerden, die geen anderen kunnen zijn dan ziekenhuizen en andere verzorgingsinstellingen" (A. LUST, *t.a.p.*, 65). Men kan er op wijzen dat artikel 18 § 2 eveneens spreekt over "derden" en dat daar de beoefenaars van de geneeskunde niet kunnen bedoeld zijn. Ook blijkt uit artikel 17, tweede lid dat de wetgever bij de redactie van artikel 17, eerste lid toch wel voornamelijk heeft gedacht aan de ziekenhuizen. LUST voegt er nog de feitelijke overweging aan toe "dat de wetgever een veel groter wantrouwen heeft gekoesterd tegen overeenkomsten tussen beroepsbeoefenaars onder elkaar met onder één of andere vorm het ereloon tot inzet, dan tegen overeenkomsten tussen de beroepsbeoefenaars en de ruime waaier van verzorgingsinstellingen, welke laatste doorgaans veel inzichtelijker en transparanter zijn" (A. LUST, *t.a.p.*, 65). Dat laatste is zeker voor betwisting vatbaar. Indien het juist zou zijn, is het een belangrijk argument om artikel 17 ook toe te passen op de overeenkomsten tussen artsen.

1490 Hoewel de toepassing van artikel 17, eerste lid op afspraken tussen artsen onderling minder vanzelfsprekend is dan op regelingen tussen artsen en ziekenhuizen, is er toch geen doorslaggevend (tekst)argument om deze toepasselijkheid te verwerpen.

Een volgende vraag is dan of een forfaitaire vaststelling van de gebruiksvergoeding tussen artsen onderling mogelijk is (zie boven, nr. 1478 inzake ziekenhuizen).

Wanneer een forfaitaire afhouding een normale vergoeding vormt voor werkelijk verrichte prestaties dan bestaat er geen gevaar dat patiënten als handelswaar worden gebruikt door artsen die "in de eerste plaats winst nastreven" (T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 1034). De Rechtbank te Antwerpen aanvaardde de wettelijkheid van een forfaitaire vergoeding voor de huur van een tandartsenkabinet nl. de helft van de nettohonoraria (Rb. Antwerpen 16 maart 1987, *R.W.* 1987-88, 1033, noot T. VANSWEEVELT).

De beantwoording van de vraag naar de mogelijkheid de gebruiksvergoeding tussen artsen forfaitair vast te stellen, brengt ons terug naar de in nr. 1488 gestelde vraag nl. hoe artikel 17, eerste lid en artikel 18 § 2 W.U.G. met elkaar in overeenstemming te brengen.

1491 Een volledige analogie tussen de gebruiksvergoeding tussen artsen onderling en tussen een ziekenhuis en een arts bestaat er niet. Vooreerst is het zonder meer duidelijk dat artikel 17, eerste lid geschreven is voor ziekenhuizen; voor artsen is dat iets minder vanzelfsprekend (zie boven, nr. 1489). Ten tweede en vooral: artikel 17, eerste lid en artikel 18 § 2 met elkaar in overeenstemming leverde niet zo'n grote problemen op voor de ziekenhuizen door ofwel de ziekenhuizen te beschouwen als zijnde geen derde in de zin van artikel 18 § 2 (de opvatting van de Raad van State: zie boven, nr. 1416) ofwel bepaalde overeenkomsten met ziekenhuizen uit de toepassing van artikel 18 § 2 te sluiten (de opvatting van het Hof van Cassatie: zie boven, nr. 1417). Maar artsen, en ook overeenkomsten tussen en met artsen, worden wel uitdrukkelijk vermeld in artikel 18 § 2. Ten slotte is artikel 140 Ziekenhuiswet niet van toepassing op (gebruiksvergoedings)overeenkomsten tussen artsen onderling tenzij een van beide artsen als ziekenhuis zou optreden; een situatie die in de praktijk niet voorkomt.

1492 In de rechtsleer zijn pogingen ondernomen om aan artikel 18 § 2 een beperkende interpretatie te geven en zo meer ruimte te scheppen voor de toepassing van artikel 17, eerste lid.

Het verst gaat DELHUVENNE: "Deze tekst (art. 18 § 2) is vrij algemeen en het is wellicht omwille van een zeker schaamtegevoel dat er geen allusie gemaakt wordt op het wezensresultaat der dichotomie, nl. de clientèleaanbrengst" (M. DELHUVENNE, "De verbruiksvergoeding", *A. Hosp.* 1971, 27-28). Zo beschouwd, houdt artikel 18 § 2 slechts een herhaling in van het verbod van een vergoeding voor patiëntenaanbreng dat in artikel 18 § 1 is te vinden. Die interpretatie is te eng. Volgens het Hof van Cassatie verbiedt artikel 18 § 2 ook een overeenkomst waarbij een participatie in de winst wordt bedongen ten voordele van de arts naar aanleiding van door anderen uit te voeren labo-onderzoeken. In dat geval wordt geen vergoeding betaald voor het doorzenden van patiënten maar voor een staal bloed tesamen met een onderzoeksaanvraag (Cass. 28 april 1987, *Arr. Cass.* 1987, 1142; *Pas.* 1987, I, 1007; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 30).
Volgens RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT is de bedoeling van artikel 18 § 2 voornamelijk te vermijden dat afbreuk wordt gedaan aan de vrije onderhandelingen tussen arts en patiënt over het

bedrag van het honorarium (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 289; Rb. Antwerpen 16 maart 1987, *R.W.* 1987-88, 1031 noot T. VANSWEEVELT, alsook T. VANSWEEVELT, *t.a.p.* 1033). Deze verklaring is ontoereikend. Afgezien ervan dat thans van vrije onderhandelingen doorgaans geen sprake is, verklaart dit slechts het verbod van ereloonverdeling in de klassieke betekenis van het woord, nl. als vergoeding voor het doorsturen van patiënten.
Ook de vrije artsenkeuze welke als zodanig overigens niet voorkomt in de W.U.G. kan op zich het ruim geformuleerde artikel 18 § 2 niet verklaren (Rb. Antwerpen 16 maart 1987, *R.W.* 1987-88, 1031 noot T. VANSWEEVELT). In nogal wat gevallen is er van een werkelijk vrije keuze geen sprake, bv. bij bloedanalyse door een klinisch laboratorium. Maar dat betekent geenszins dat dan ereloondeling wel toegelaten zou zijn. Omgekeerd zal een afspraak tussen artsen i.v.m. het doorverwijzen van patiënten, deze laatsten er niet van kunnen weerhouden toch vrij een arts te kiezen (vgl.: Cass. fr. 23 januari 1968, *J.C.P.* 1968, II, 15.433 noot R.L.; *D.* 1968, 547, noot T. VANSWEEVELT, *t.a.p.*, 1033).
VANSWEEVELT stelt als criterium voor een onderscheid tussen verboden en toegelaten overeenkomsten in het licht van artikel 18 § 2 voor, de beschermingsgedachte die achter deze bepaling steekt. "Dit artikel beoogt hoofdzakelijk te voorkomen dat het menselijk lichaam als een soort handelswaar wordt ge- of misbruikt". Artikel 18 § 2 verbiedt aldus overeenkomsten waarin een "patiënten-handel" wordt georganiseerd. Zo beschouwd, verbiedt dat artikel niet alleen de klassieke dichotomieafspraken maar ook afspraken tussen een arts en een laboratorium voor klinische biologie i.v.m. het doorzenden van bloedstalen. Ook de verkoop van een medische cliënteel is op grond van deze redenering verboden door artikel 18 § 2. Aldus is nietig de overeenkomst waarbij een chirurg een röntgenstralentoestel verkoopt aan een radioloog, terwijl deze er zich toe verbindt slachtoffers van ongevallen naar de chirurg te verwijzen en terwijl op de dag dat deze overeenkomst werd ondertekend de radioloog als enige wordt benoemd in het ziekenhuis waar ook de chirurg werkt waardoor de radioloog de vroeger clientèle van de chirurg exclusief verwerft. Zo'n overeenkomst is strijdig met artikel 18 § 2 omdat de "koop-verkoop slechts zinnig was in de optiek van de exclusieve verwerving van de clientèle" (Rb. Mechelen 21 januari 1975, *R.W.* 1977-78, 1649).

Ook de verklaring van artikel 18 § 2 als een bescherming tegen patiëntenhandel is niet overtuigend. Vanzelfsprekend dient patiëntenhandel niet letterlijk te worden genomen. Bedoeld is dat boven de hoofden van de patiënten afspraken worden gemaakt tussen artsen over doorverwijzing van patiënten, doorzenden van bloedstalen, overdragen van medisch clienteel enz.
Het argument valt in belangrijke mate samen met de vrije artsenkeuze welke hierboven reeds werd afgewezen als ontoereikend als ratio van artikel 18 § 2. Bovendien, zelfs als het een redelijke verklaring biedt, dan nog maar voor één aspect van artikel 18 § 2, nl. de ongeoorloofde ereloonverdeling. Het andere element dat in artikel 18 § 2 is terug te vinden, nl. de ongeoorloofde verrijking (zie verder, nr. 1495) wordt er niet door verklaard.

1493 De meest aannemelijke verklaring van het verbod van artikel 18 § 2 wordt gegeven door STEENBERGEN nl. de bescherming van de professionele onafhankelijkheid.

"De voorbeelden van ongeoorloofde overeenkomsten in artikel 18 § 2 wijzen er op dat vooral die overeenkomsten ongeoorloofd worden geacht waarbij kan worden gevreesd dat de beoefenaar van de geneeskunst ten koste van zijn professionele onafhankelijkheid ingeschakeld zal worden in de economische bedrijvigheid van de contractpartner. Contracten die krachtens artikel 17 in principe niet ongeoorloofd zijn worden dit dan wanneer zij de onafhankelijkheid van de geneesheer bijzonder bedreigen" (J. STEENBERGEN, *t.a.p.*, 254, nr. 63).

De professionele onafhankelijkheid van een huisarts die zich ertoe heeft verbonden tegen vergoeding zijn patiënten naar een bepaald ziekenhuis en de daar werkende artsen te verwijzen, komt in het gedrang wanneer hij een patiënt rechtstreeks naar een ander, meer gespecialiseerd ziekenhuis zou willen verwijzen. De arts naar wie wordt verwezen en die in ruil een vergoeding betaalt, zal geneigd zijn dit te compenseren door meer prestaties te verrichten dan strikt medisch noodzakelijk. In hoofde van beide partijen komt de diagnostische en therapeutische vrijheid in het gedrang.

Zo artikel 18 § 2 W.U.G. uiteindelijk de professionele onafhankelijkheid van de arts beschermt kan men zich wel afvragen in hoeverre dit artikel verschilt van artikel 12 van dezelfde wet (zie daarover uitvoeriger: H. NYS, "De overeenkomst is het kader van de uitoefening van de geneeskunde", in M. STORME e.a. (ed.) *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, nr. 518-519).

1494 Een zuivere gebruiksvergoeding waarbij de ene arts aan de andere de werkelijke kosten voor het gebruik van lokalen, materiaal, personeel enz. betaalt en die toegelaten, zelfs geëist wordt door artikel 17 W.U.G. is niet in strijd met artikel 18 § 2. Zo'n afspraak brengt de professionele onafhankelijkheid van geen enkele partij in het gedrang. Hetzelfde geldt voor de forfaitair vastgestelde vergoeding die zo dicht mogelijk de werkelijke onkosten benadert (zie boven, nr. 1478 en 1490).

De Rechtbank te Antwerpen oordeelde dat een huurovereenkomst, waardoor een tandarts aan een collega een tandartsenpraktijk ter beschikking stelde gedurende twee dagen in de week tegen betaling van een maandelijkse vergoeding gelijk aan de helft van de netto ontvangen honoraria geldig was en niet in strijd met artikel 18 § 2 (Rb. Antwerpen 16 maart 1987, *R.W.* 1987-88, 1033). Nochtans, wanneer de huurprijs varieert naargelang het aantal patiënten bestaat het gevaar dat vanaf een bepaald aantal patiënten de verhuurder voordelen opstrijkt zonder dat hij daarvoor enige prestatie dient te leveren. Zo'n systeem houdt ook een gevaar in voor de professionele onafhankelijkheid van de tandarts-huurder omdat de verhuurder en hijzelf er alle belang bij hebben zoveel mogelijk prestaties te verrichten. Dit vonnis werd vernietigd door het Hof van Beroep te Antwerpen (Antwerpen 23 april 1996, *A.J.T.* 1996-97, 67, noot H. NYS; *T. Gez.* 1999-2000, 141, noot A. LUST). Deze vernietiging is terecht in het licht van de kritiek op het vonnis in eerste aanleg maar de motivering ervan bevredigt niet. Het hof van beroep ging ervan uit dat het hier om ereloonverdeling ging die steeds wordt verboden door artikel 18 § 1. Het heeft nagelaten te onderzoeken of de afstand van honorarium niet als een geoorloofde gebruiksvergoeding kon worden gekwalificeerd.

AFDELING IV

ONGEOORLOOFDE VERRIJKING

1495 Artikel 18 § 2 W.U.G. verbiedt een arts afstand te doen van (een deel van) zijn honorarium aan een derde zonder dat is voldaan aan de voorwaarden bepaald in artikel 17, eerste lid of aan een collega zonder dat is voldaan aan artikel 18 § 1 (groepsgeneeskunde). Maar artikel 18 § 2 is daar niet toe beperkt.

Dezelfde bepaling verbiedt ook overeenkomsten tussen artsen en derden "inzonderheid (voor de betekenis hiervan, zie boven, nr. 1415) producenten van farmaceutische producten of leveranciers van geneeskundige of protheseapparaten". In de Code van geneeskundige plichtenleer treft men een gelijkaardige bepaling aan, nl. artikel 174.

Beide artikelen hebben eenzelfde bedoeling, nl. verhinderen dat een arts er financieel beter van wordt wanneer hij bepaalde producten of apparaten verkiest boven andere en dat derden winst halen uit de beoefening van de geneeskunde, meer bepaald uit het voorschrijven van een bepaald geneesmiddel of het gebruik van een bepaald apparaat.

Het gaat hier niet om een ongeoorloofde verdeling van erelonen maar een ongeoorloofde verrijking in hoofde van de arts en/of de derde (bij ongeoorloofde ereloondeling is er vanzelfsprekend ook sprake van ongeoorloofde verrijking in hoofde van de arts die ten onrechte een vergoeding ontvangt).

De verwijzing in artikel 15 W.U.G. naar artikel 18 § 2 wordt in dit licht duidelijker: het recht op ereloon bestaat slechts voor daadwerkelijk geleverde medische prestaties.

1496 Vergelijkbaar met artikel 18 § 2 W.U.G. is artikel 10 § 1 Geneesmiddelenwet.

Artikel 10 § 1, tweede lid van laatst genoemde wet verbiedt fabrikanten, invoerders en groothandelaars van geneesmiddelen, rechtstreeks of zijdelings premies of voordelen aan te bieden of te verlenen aan personen die geneesmiddelen mogen voorschrijven. Artikel 10 § 1, derde lid verbiedt om premies of voordelen te verzoeken of ze te aanvaarden. Overtreding van deze bepalingen kan worden gestraft met gevangenisstraf van één maand tot één jaar en/of met geldboete van 500 tot 15.000 EUR (art. 16 § 3, 1° Geneesmiddelenwet) (zie over de totstandkoming van deze bepalingen: H. NYS, "De gewijzigde wet op de geneesmiddelen", *R.W.* 1983-84, 618-619). Artikel 10 § 1, tweede lid maakt geen enkel onderscheid naargelang de aan een voorschrijvende arts aangeboden premie of voordeel al dan niet de tegenprestatie is voor een aanvullende prestatie van laatstgenoemde. Zij verbiedt elke praktijk die erin bestaat een beoefenaar van de geneeskunst enig voordeel toe te kennen (Cass. 9 januari 1997, *Arr. Cass.* 1997, I, 49-51; *Pas.* 1997, I, 50-53; *T. Gez.* 1998-99, 28). Ook de vergoeding voor het uitvoeren van een medisch experiment of een klinische studie kan worden beschouwd als een ongeoorloofde premie of voordeel in de zin van artikel 10 § 1 Geneesmiddelenwet (zie: T. VANSWEEVELT, "De cadeaucultuur in de medische sector: there's no such thing as a free lunch?", *T. Gez.* 1998-99, 19; C. DESMET, *Pharmaceutical firms' generosity and physicians: legal aspects in Belgium*, 14th World Congress on Medical Law, Maastricht, Book of Proceedings, II, 2002, 390-391). Zie ook het advies van de Nationale raad van de Orde der geneesheren van 16 mei 1998 waarin de raad stelt: "de door u beschreven procedure (...) waarbij aan de verwijzende arts een financiële vergoeding wordt toegekend voor zijn bijdrage aan het onderzoek en ter compensatie voor het verlies aan inkomen voortvloeiend uit de verwijzing, kan door de Nationale raad niet worden goedgekeurd" ("Medisch onderzoekscentrum 'Good Clinical Practice' – Vestiging in België", *T. Orde Geneesh.* 1998, nr. 81, 15). Voorts hechtte de Nationale raad op 22 augustus 1992 zijn goedkeuring aan een advies van een provinciale raad waarin deze provinciale raad de praktijk die erin bestond dat een arts voor ieder geopend dossier i.v.m. een proef uit te voeren met een product ter behandeling van prostaatkanker, bij wijze van vergoeding een staaltje van het product kreeg en een som geld als onaanvaardbaar bestempelde ("Experimenten met geneesmiddelen", *T. Orde Geneesh.* 1992, nr. 58, 20). Teneinde dergelijke vergoedingen in wettelijk opzicht mogelijk te maken werd artikel 10 gewijzigd bij Wet van 2 augustus 2002 (*B.S.* 29 augustus 2002). Artikel 10 § 2 bepaalt dat "onverminderd het bepaalde in § 1, kunnen personen die geneesmiddelen mogen voorschrijven, vergoed worden voor hun geleverde prestaties bij het uitvoeren van klinische proeven of andere wetenschappelijke studies".
Zie over de relatie tussen artsen en farmaceutische industrie ook het gemeenschappelijk advies van 16 november 2002 van de Koninklijke Academie voor Geneeskunde van België en de Nationale raad van de Orde der geneesheren, "Relatie artsen met farmaceutische industrie en experimenten", *T. Orde Geneesh.* 2002, nr. 99, 6.

LUST vraagt zich terecht af of artikel 12 K.B. 7 april 1995 betreffende de voorlichting op reclame inzake geneesmiddelen voor menselijk gebruik wel bestaanbaar is met artikel 18 § 2 (A. LUST, *a.w.*, 143-144).

1497 Maatregelen om onrechtmatige verrijking van artsen tegen te gaan, treft men voorts aan in K.B. nr. 143 van 30 december 1982 tot vaststelling van de voorwaarden waaraan de laboratoria moeten voldoen voor de tegemoetkoming van de ziekteverzekering voor verstrekkingen van klinische bio-

logie (*B.S.* 12 januari 1983, *err. B.S.* 12 februari 1983, gewijzigd door K.B. 29 augustus 1983, *B.S.* 6 september 1983; Wet 7 november 1987, *B.S.* 17 november 1987; Wet 30 december 1988, *B.S.* 5 januari 1989; Wet 6 juli 1989, *B.S.* 8 juli 1989 en Wet 30 december 1992, *B.S.* 9 januari 1993).

Artikel 3 K.B. nr. 143 stelt een aanzienlijk aantal voorwaarden aan de uitbating van een laboratorium voor klinische biologie. Artikel 3 § 1 somt op limitatieve wijze de natuurlijke personen of rechtspersonen op die een laboratorium voor klinische biologie mogen uitbaten. Natuurlijke personen die een laboratorium voor klinische biologie uitbaten mogen enkel artsen zijn of personen die anderszins gemachtigd zijn de klinische biologie te beoefenen, nl. apothekers-biologen of licenciaten in de wetenschappen (art. 3 § 1, 1° en 3°). Deze personen mogen slechts één laboratorium uitbaten. Zij mogen noch lid noch vennoot zijn van een rechtspersoon, noch rechtstreeks noch onrechtstreeks titels, die al dan niet kapitaal vertegenwoordigen, bezitten in een vennootschap, waarvan het maatschappelijk doel in verband staat met de geneeskunst – o.m. de uitbating van een laboratorium voor klinische biologie, het vervaardigen van farmaceutische producten, de productie of de levering van geneeskundige apparatuur of prothesen, de productie of de uitbating van informatica-apparatuur die in verband staat met de geneeskunst – of de levering van goederen en diensten aan de beoefenaars van de geneeskunst. Zij mogen noch de hoedanigheid hebben van orgaan, noch lid zijn van een orgaan, noch de vennoten, organen of leden van organen van deze vennootschappen vertegenwoordigen (art. 3 § 3, 1° en 2°) (zie over het K.B. nr. 143 en het arrest van het Arbitragehof van 13 oktober 1989 inzake Biorim: J. VELAERS, "Discriminatie in de sector van de klinische biologie: de zaak Biorim voor het Arbitragehof", *T.B.P.* 1990, 454-463).

1498 Aan de artsen die verstrekkingen van klinische biologie voorschrijven mag noch rechtstreeks noch onrechtstreeks enig voordeel worden toegekend, noch enige vergoeding voor een activiteit vermeld in artikel 6 K.B. nr. 143 (art. 5 K.B. nr. 143).

De in artikel 6 bedoelde activiteiten zijn het afnemen, de identificatie, de bewaring en het transporteren van stalen.

HOOFDSTUK II
BETWISTINGEN IN VERBAND MET ERELONEN

AFDELING I

BEWIJSLAST

1499 Wanneer een patiënt (of meer algemeen de schuldenaar van het honorarium) het gevraagde bedrag (geheel of gedeeltelijk) betwist, rust de bewijslast i.v.m. de geleverde prestatie en de waarde ervan op de arts (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 296). GEENS heeft dit genuanceerd.

Uitgaande van het verschil in feite en in rechte naargelang de patiënt al of niet heeft betaald, stelt hij het volgende onderscheid voor. Heeft de patiënt reeds betaald en betwist hij naderhand het honorarium, dan volgt uit de bewijsregel neergelegd in artikel 1315 B.W. (*actori incumbit probatio*) dat het bewijsrisico ligt bij de patiënt-eiser; werd het ereloon nog niet betaald, dan verschuift het bewijsrisico naar de arts (K. GEENS, *a.w.*, nr. 439).

1500 In de laatste hypothese aanvaardt men meestal dat de arts in de morele onmogelijkheid verkeert om zich vooraf een geschreven bewijs te verschaffen van de door hem geleverde prestaties en van de waarde ervan (K. GEENS, *a.w.*, nr. 440; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 296-297).

Derhalve mag hij het bewijs leveren door alle middelen van recht (K. GEENS, *a.w.*, nr. 440 en de op p. 292, noot 1 aangehaalde rechtspraak i.v.m. artsenhonoraria; *adde* Vred. Charleroi 12 oktober 1987, *Jur. Liège* 1988, 285: bewijs van door tandarts geleverde prestaties via vermeldingen in zijn agenda aanvaard; zie uitvoerig hierover en de bewijsregeling in het algemeen: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 296 e.v.).

AFDELING II

AFDWINGEN VAN BETALING

§ 1. Algemene beschouwingen

1501 Wanneer een patiënt weigert aan de arts het honorarium te betalen waarop hij meent recht te hebben zal de arts doorgaans aarzelen zich tot de rechter te wenden om de betaling ervan op die manier af te dwingen. Behalve de bewijslast, dreigen nog andere moeilijkheden zoals de mogelijke verjaring (zie verder, nr. 1511 e.v.) en het medisch beroepsgeheim (zie boven, nr. 1305).

Veeleer dan zich tot een rechter te wenden zal een arts de patiënt onder druk trachten te zetten. Dikwijls gebeurt dit door de afgifte te weigeren van het getuigschrift voor verstrekte hulp, dat de patiënt nodig heeft om (terug)betaling van die hulp te bekomen van zijn ziekenfonds (zie verder, nr. 1502 e.v.).

Veel zeldzamer wordt een beroep gedaan op minder klassieke drukkingsmiddelen. Aldus het inschakelen van een incasso- of factoringkantoor. Zo'n handelwijze stemt niet overeen met artikel 74 tweede lid Code van geneeskundige plichtenleer: "Bij het innen van zijn erelonen moet de geneesheer zich onthouden van elke handelwijze die niet strookt met de vereiste waardigheid van de geneesheer-patiënt verhouding". Zie voor Frankrijk, in dezelfde zin: G. MEMETEAU en L. MELENNEC, "Le Contrat Médical", in *Traité de droit médical*, T. II, Parijs, Maloine, 1982, 14. Ook mag een arts niet weigeren gegevens uit het dossier van de patiënt aan de patiënt zelf of een collega te overhandigen, teneinde zijn patiënt tot betaling te dwingen. Zie artikel 45 Code van geneeskundige plichtenleer: "De geneesheer heeft geen recht van terughouding op de medische gegevens van het dossier ingeval van niet-betaling van honoraria" (zie voor een toepassing van het retentierecht door een tandarts op het door hem te leveren kunstgebit: Cass. fr. 9 en 29 oktober 1985, *D.* 1986, 417 noot J. PENNEAU, "De la nature de l'obligation du chirurgien-dentiste et de l'interdiction de retenir la prothèse en cas de non-paiement").
Zie voor het beslag dat de arts kan laten leggen op bezittingen van de patiënt: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 310.

§ 2. Weigering van afgifte getuigschrift voor verstrekte hulp

1502 Artikel 53 Z.I.V.-Wet-1994 (voorheen: art. 34*quater* Z.I.V.-Wet-1963) legt aan de behandelende arts de verplichting op tot aflevering van een getuigschrift voor verleende hulp, waarop de verleende verstrekkingen zijn vermeld. De zorgverlener moet dit document zodra mogelijk, en uiterlijk binnen een door de Koning bepaalde termijn, overhandigen. Een administratieve geldboete van 25 tot 250 EUR kan worden opgelegd voor elke inbreuk van de zorgverlener op deze verplichting (art. 53, vierde lid Z.I.V.-Wet-1994).

Ter uitvoering van artikelen 53 en 168 Z.I.V.-Wet-1994 bepaalt artikel 1 van het K.B. van 19 mei 1995 dat het getuigschrift moet worden afgeleverd binnen een termijn van twee maanden, volgend op de maand waarin de verstrekking werd verleend. Een uitzondering hierop geldt in geval van reglementair toegelaten driemaandelijkse opmaak van facturen: dan loopt de termijn vanaf het einde van het kwartaal waarop de factuur betrekking heeft. De administratieve geldboete bedraagt 25 EUR per maand vertraging, zonder dat het bedrag 250 EUR per document mag overschrijden (art. 3 K.B. 19 mei 1995).

De patiënt kan met dit getuigschrift van de ziekteverzekering de – vaak gedeeltelijke – (terug)-betaling bekomen van het bedrag dat hij aan de arts heeft betaald of dient te betalen als honorarium. Artikel 102 Code van geneeskundige plichtenleer bevat een vergelijkbare verplichting: "De geneesheer moet gewetensvol en in alle objectiviteit elk voor het verkrijgen van sociale voordelen vereist document opstellen".

1503 Er bestaat onzekerheid over het tijdstip waarop de arts deze verplichting moet nakomen. Zou de arts de afgifte ervan mogen weigeren zolang de patiënt niet heeft betaald? Anders uitgedrukt: mag hij bij wijze van *exceptio non adimpleti contractus* de afgifte van het getuigschrift weigeren wanneer de

patiënt weigert het honorarium te betalen? Het Arbeidshof te Antwerpen beantwoordde deze vraag positief.

Artikel 53 Z.I.V.-Wet schakelt de toepassing van de *exceptio non adimpleti contractus* niet uit. Als de patiënt niet betaalt, kan hij het getuigschrift evenmin als de hieraan gehechte kwijting opvorderen (Arbh. Antwerpen 23 september 1983, *Vl. T. Gez.* 1983-84, 227). Die opvatting is op unaniem verzet in de rechtsleer gestuit. Volgens DECLERCQ bepaalt het vroegere artikel 34*quater* Z.I.V.-Wet nergens dat de aflevering van het getuigschrift onderworpen is aan de voorafgaande betaling. Het is integendeel de bedoeling geweest van de wetgever om afgifte en betaling van elkaar los te maken. In die zin druist het arrest in tegen de wil en de geest van de wetgever (L. DECLERCQ, "Enkele beschouwingen i.v.m. het arrest van het Arbeidshof Antwerpen d.d. 23 sept. 1983", *Vl. T. Gez.* 1984-85, 369). Volgens dezelfde auteur is het beroep op de *exceptio non adimpleti contractus* niet dienend omdat de afgifteplicht een wettelijke en geen contractuele plicht is. KENIS voegt daar nog het volgende aan toe. De *exceptio* veronderstelt dat de wederzijdse verbintenissen gelijktijdig moeten uitgevoerd worden. Men dient er hier evenwel vanuit te gaan dat de wetgever uitdrukkelijk de gelijktijdigheid doorbroken heeft en als regel heeft gesteld: eerst het getuigschrift, dan het honorarium (F. KENIS, noot onder Arbh. Gent 5 december 1983, *Vl. T. Gez.* 1984-85, 370, nr. 2).
Volgens MALLEMS en CLAEYS maakt de wettelijke verplichting tot aflevering van het getuigschrift geen deel uit van het contract tussen arts en patiënt, omdat het een plicht is die *in se* met de contractuele verhouding geen uitstaans heeft. Toepassing van de *exceptio* is dus uitgesloten (I. MALLEMS en A. CLAEYS, "Art. 34*quater* van de Wet van 9 aug. 1963: een klein artikel in de branding", *Vl. T. Gez.* 1984-85, 373, nr. 10).

1504 Ook kan de vraag worden gesteld of de patiënt zich op zijn beurt op de *exceptio* kan beroepen om betaling van het honorarium te weigeren. Het antwoord hierop is evenzeer betwist.

De Rechtbank te Oudenaarde beantwoordde deze vraag positief. De wetgever heeft door artikel 53 Z.I.V.-Wet de verbintenis van de arts uitgebreid tot het afleveren van het getuigschrift. Die verplichting maakt aldus deel uit van de overeenkomst zelf en de uitvoering ervan kan gevorderd worden op grond van het contract zelf. Ten onrechte werd de toepassing van de *exceptio* in eerste aanleg geweigerd (Rb. Oudenaarde 8 december 1987, *D.C.R.* 1989, 130 noot H. NYS en *Vl. T. Gez.* 1987-88, 268). In dezelfde zin KENIS. Anders dan DECLERCQ en MALLEMS, is deze auteur van mening dat de verplichting tot aflevering van het getuigschrift wel deel uitmaakt van de overeenkomst tussen arts en patiënt. Hierdoor kan de patiënt zich op de *exceptio* beroepen. Het bezwaar dat bestaat tegen de toepassing van de *exceptio* door de arts nl. dat het om een wettelijke verplichting gaat geldt hier niet. De plicht van de patiënt is zuiver contractueel (F. KENIS, *t.a.p.*, 371).
Volgens SWENNEN kan de patiënt, nu het afleveren van het getuigschrift krachtens de wet tot de (contractuele) prestaties behoort van de arts, betaling weigeren (behoudens andersluidend beding) als hem niet terzelfdertijd het getuigschrift wordt afgeleverd. Maar uit artikel 53 Z.I.V.-Wet als zodanig put hij geen recht om de gevraagde betaling uit te stellen (H. SWENNEN, "Concurrentie in het medisch beroep", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 32).
In de minder recente Franstalige literatuur wordt een andere opvatting verdedigd. Volgens ANRYS heeft het getuigschrift niets te maken met het contract tussen arts en patiënt. Deze kan zich niet op de *exceptio* beroepen om betaling te weigeren (H. ANRYS, "Les honoraires médicaux", *J.T.* 1971, 125-126; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 452). Ook in de rechtspraak treft men deze zienswijze aan (Bergen 3 februari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1976, 271; Rb. Brugge 10 april 1974, *R.W.* 1973-74, 2394; Rb. Gent 1 februari 1985, *Vl. T. Gez.* 1987-88, 265; Vred. Luik 6 december 1968, *J.T.* 1969, 246; anders, maar daterend van vóór art. 34*quater* Z.I.V.-Wet: Vred. St.-Joost-ten-Node 18 november 1959, *T. Vred.* 1960, 241: de verplichting om het getuigschrift af te leveren is bekrachtigd door een gebruik; zij maakt aldus deel uit van het contract tussen arts en patiënt).

1505 Bij het beantwoorden van de vraag of beide partijen zich wederzijds kunnen beroepen op het niet-naleven van de verplichtingen jegens elkaar

dient men er zich rekenschap van te geven dat de verplichting het getuigschrift voor verstrekte hulp af te leveren als zodanig geen uitstaans heeft met de betaling van het honorarium. Het getuigschrift houdt een bevestiging in dat bepaalde medische hulp werd verleend, maar is geen bewijs van betaling (H. ANRYS, *t.a.p.* 125-126; I. MALLEMS en A. CLAEYS, *t.a.p.*, noot 12).

Weliswaar is de ziekteverzekering wat de ambulante hulpverlening betreft in belangrijke mate een terugbetalingsverzekering (J. VAN LANGENDONCK en J. PUT, *Handboek Socialezekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 437 en 489). Dit betekent dat de uitbetaling in principe gebeurt in de vorm van een terugbetaling. D.w.z. dat de patiënt zelf betaalt voor de geleverde prestaties en met het bewijs daarvan terugbetaling vraagt aan zijn ziekenfonds. Echter, de Z.I.V.-Wet-1994 spreekt in artikel 53, derde lid niet over terugbetaling. Volgens die bepaling mogen de verzekeringsinstellingen geen v e r g o e d i n g toekennen indien het getuigschrift niet afgegeven werd (in de Franse versie van art. 53, derde lid is wel sprake van *remboursement* maar dat kan ook worden verstaan als vergoeding i.p.v. terugbetaling; zie: Vred. Luik 6 december 1968, *J.T.* 1969, 246).

Uit de gebruikte terminologie kan worden afgeleid dat het getuigschrift voor verstrekte hulp geen verband houdt met de betaling. De arts is verplicht het getuigschrift af te leveren; de patiënt is verplicht het honorarium te betalen. De ene plicht vloeit niet voort uit de andere, noch omgekeerd. De ene partij kan zich niet beroepen op de niet-naleving van de plicht door de andere partij om nakoming van de eigen plicht te weigeren (in die zin: I. MALLEMS en A. CLAEYS, *t.a.p.* 373; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations* nr. 451-452; Arbh. Bergen 3 februari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1976, 271; Arbh. Gent 5 december 1983, *Vl. T. Gez.* 1984-85, 367 met noten F. KENIS, I. MALLEMS en A. CLAEYS; Vred. Luik 6 december 1968, *J.T.* 1969, 246).

1506 Op een indirecte wijze heeft de wetgever aangegeven binnen welke termijn dit getuigschrift moet worden afgeleverd.

Overeenkomstig artikel 174, 10° Z.I.V.-Wet-1994 (voorheen: art. 106 § 1, 3° Z.I.V.-Wet-1963) verjaart de vordering tot betaling van geneeskundige verstrekkingen twee jaar na het einde van de maand waarin de verzorging is verstrekt, onafgezien of deze prestaties werden betaald via de derdebetalingsregeling. Deze verjaring waarborgt de bescherming van het openbaar belang. Er is een volstrekt verbod om af te zien van deze verjaring (Cass. 11 december 1985, *J.T.* 1986, 601; Arbh. Bergen 28 september 1984, *J.T.T.* 1985, 273).

1507 Uit het vroegere artikel 106 § 1, 3° Z.I.V.-Wet wordt afgeleid dat de arts ten laatste bij het verstrijken van deze termijn het getuigschrift moet hebben afgeleverd (Vred. Luik 6 december 1968, *J.T.* 1969, 246). Anders verliest de patiënt zijn recht op (terug)betaling en kan hij schadevergoeding eisen van de arts.

Wanneer de arts de patiënt in de onmogelijkheid heeft gesteld de vergoeding van de ziekteverzekering te bekomen doordat de verzekeringsinstelling zich beroept op de verjaring ingevolge artikel 106 § 1, 3° Z.I.V.-Wet, dient hij de schade, nl. de verzekeringsvergoeding, te betalen (Arbh. Bergen 3 februari 1976, *Inf. R.I.Z.I.V.* 1976, 271). Het Arbeidshof te Gent stelde om dezelfde reden de schuld vast in hoofde van de arts maar meende dat ook de patiënt in gebreke was gebleven door de verjaring niet te stuiten. In die omstandigheden beschouwde het hof als meest billijke oplossing de veroordeling van de patiënt tot betaling van het honorarium verminderd met de helft van de gederfde verzekeringstegemoetkoming en vermeerderd met de verwijlinteresten (Arbh. Gent 5 december 1983, *Vl. T. Gez.* 1984, 367, vernietigd door Cass. 6 mei 1985, *Arr. Cass.* 1985, 1207; *Pas*,

1985, I, 1095; *T.S.R.* 1985, 580; *J.T.* 1986, 460: de keuze voor de meest billijke oplossing zonder een principiële stellingname is niet wettelijk verantwoord).

1508 Het voorgaande laat wel toe het uiterste tijdstip vast te stellen waarop de arts het getuigschrift moet hebben afgeleverd, maar hieruit kan niet worden afgeleid op welk ogenblik de verplichting ontstaat.

Sommigen menen dat het de bedoeling zou zijn van de wetgever om die verplichting pas te laten ontstaan wanneer de patiënt daadwerkelijk heeft betaald. Zij leiden die bedoeling af uit een verbod van de derdebetalersregeling voor ambulante medische verzorging (zie hierover: J. VAN LANGENDONCK en J. PUT, *a.w.*, 489-491). "Gelezen in samenhang met de nieuwe derdebetalersregeling die met haar verbod van rechtstreekse betaling door de verzekering van het verzekeringsaandeel het kostenbewustzijn van de patiënt wil verstevigen moet men ervan uitgaan dat de patiënt voor deze prestaties wel eerst dient te betalen en pas daarna de tegemoetkoming van de verzekering kan terugkrijgen" (H. SWENNEN, *a.w.*, *t.a.p.* nr. 32). In antwoord op een parlementaire vraag antwoordde de bevoegde minister dat geen enkele bepaling van de Z.I.V.-Wet zich verzet tegen de vergoeding van een geneeskundige verstrekking vóór de desbetreffende factuur is betaald (*Vr. en Antw.* Senaat 1985-86, 9 december 1985, 129, Vr. nr. 3 LAGASSE). Dit is ook nu nog het geval, zoals ook door SWENNEN zelf wordt vermeld: "Niet verboden is dat de patiënt eerst zelf de vergoeding vraagt aan de verzekeringsinstelling, mits voorleggen van het getuigschrift en pas nadien de zorgverstrekker betaalt" (H. SWENNEN, *t.a.p.*). Van een uitgesproken bedoeling om de aflevering van het getuigschrift afhankelijk te stellen van de betaling van het honorarium is geen sprake.
Volgens de Rechtbank te Gent bestaat er een "algemeen gebruik dat eerst betaald wordt vooraleer de arts het getuigschrift voor verstrekte hulp aflevert". Dit algemeen gebruik maakt deel uit van de contractuele betrekkingen tussen arts en patiënt (Rb. Gent 1 februari 1985, *Vl. T. Gez.* 1987-88, 265, vernietigd door Cass. 20 juni 1986, *Arr. Cass.* 1986, 1446; *Pas.* 1986, I, 1302; *Vl. T. Gez.* 1987-88, 266: geen van beide partijen had het bestaan van een dergelijk gebruik ingeroepen waardoor eiseres niet de gelegenheid had gekregen deze stelling te betwisten zodat haar recht van verdediging werd miskend).

1509 Artikel 53 Z.I.V.-Wet-1994 bepaalt niet, althans niet duidelijk, vanaf wanneer het getuigschrift voor verstrekte hulp moet worden afgeleverd. Men kan zich afvragen of dat tot grote onzekerheid dient te leiden. Op zich is de verplichting neergelegd in artikel 53 Z.I.V.-Wet-1994 duidelijk. Wanneer de wetgever een duidelijke verplichting, *in casu* het afleveren van een welbepaald getuigschrift, oplegt, waarom zou hij dan uitdrukkelijk dienen te bepalen op welk ogenblik moet worden voldaan aan die verplichting, wanneer dit tijdstip kan worden afgeleid uit de inhoud van de opgelegde plicht zelf? Uit het stilzwijgen van de wetgever mag worden afgeleid dat hij heeft gewild dat deze verplichting ontstaat vanaf het ogenblik waarop ze redelijkerwijze kan worden nageleefd. In het medisch recht bestaan er nog voorbeelden van wettelijke verplichtingen waarvan niet nauwkeurig is bepaald wanneer ze ontstaan omdat dit uit de aard van de verplichting zelf voortvloeit. Denk aan de verplichting aangifte te doen van een geboorte (art. 361 Sw.) of de wettelijke hulpverleningsplicht (art. 422*bis* Sw.).

Dit betekent dat de verplichting tot aflevering van het getuigschrift voor verstrekte hulp ontstaat vanaf het tijdstip dat de medische hulp waarop het getuigschrift betrekking heeft, daadwerkelijk werd verleend.

1510 Als algemeen besluit van deze paragraaf kan worden herhaald dat de verplichting van de arts tot afgifte van het getuigschrift en van de patiënt tot betaling van het honorarium los van elkaar bestaan. De verplichting het getuigschrift af te leveren ontstaat wanneer de hulp werd verstrekt en moet worden uitgevoerd uiterlijk binnen een termijn van twee maanden na het einde van de maand waarin de verzorging is verleend, ook al heeft de patiënt inmiddels het honorarium nog niet betaald, voor zover de rechtstreekse betaling van de zorgverstrekker door de verzekeringsinstelling niet van toepassing is. De arts die deze verplichting niet naleeft stelt zich bloot aan administratieve geldboeten (art. 53 Z.I.V.-Wet-1994) en aan strafsancties bij herhaling (art. 170 Z.I.V.-Wet-1994), schadevergoeding en tuchtrechtelijke sancties (art. 102 Code van geneeskundige plichtenleer). Volgens de heersende rechtsleer mag de arts zich niet beroepen op de *exceptio non adimpleti contractus*; of de patiënt zulks kan doen is betwist.

HOOFDSTUK III

VERJARING VAN DE RECHTSVORDERING VOOR HET HONORARIUM

AFDELING I

BEVRIJDENDE VERJARING

1511 Artikel 2277*bis* B.W. luidt als volgt:

"De rechtsvordering van verzorgingsverstrekkers met betrekking tot de door hen geleverde geneeskundige verstrekkingen, diensten en goederen, daarin begrepen de vordering wegens bijkomende kosten, verjaart ten overstaan van de patiënt door verloop van 2 jaar te rekenen vanaf het einde van de maand waarin deze zijn verstrekt.

Dezelfde bepaling is van toepassing voor geneeskundige verstrekkingen, diensten, goederen en bijkomende kosten welke door de verplegings- en verzorgingsinstelling of door derden werden geleverd of gefactureerd".

Deze bepaling werd ingevoegd door artikel 64 van de Wet van 6 augustus 1993 houdende diverse en sociale bepalingen (*B.S.* 9 augustus 1993). Artikel 63 hief artikel 2272, eerste lid B.W. op. Luidens dat artikel verjaarden de rechtsvorderingen van geneesheren, heelkundigen en apothekers wegens hun bezoeken, heelkundige behandelingen en geneesmiddelen door verloop van één jaar. Zie daarover: H. NYS, "Geneeskunde. Recht en medisch handelen", in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 1171-1179; H. VUYE en P. WERY, "La préscription de l'action des prestataires de soins: l'article 2277*bis* du Code civil", *J.T.* 1995, 93-95.

1512 Artikel 2277*bis* B.W. bevat een bevrijdende verjaringstermijn (Vred. Leuven 7 maart 1995, *R.W.* 1995-96, 440 met noot P. WERY en H. VUYE; Rb. Verviers 10 september 1996, *J.T.* 1997, 258).

Artikel 2277*bis* B.W. is, anders dan het opgeheven artikel 2272, eerste lid B.W. niet gebaseerd op een vermoeden van betaling. Het louter verloop van de verjaringstermijn volstaat, zelfs wanneer bewezen wordt dat de schuld niet is betaald (P. WERY en H. VUYE, "Een voorbeeld van programmawetgeving: artikel 2277*bis* B.W.", noot onder Vred. Leuven 7 maart 1995, *R.W.* 1995-96, 441). De oproep tot verzoening werkt niet schorsend (Vred. Brussel 11 juni 1997, *T. Gez.* 1997-98,103).

1513 Artikel 2277*bis* B.W. is niet van openbare orde. De rechter mag dit middel niet ambtshalve opwerpen, zelfs indien de schuldenaar verstek laat gaan (Luik 3 oktober 1996, *T. Vred.* 1996, 405; P. WERY en H. VUYE, "Ziekenhuisrekening en bevrijdende verjaring. Een eerste cassatiearrest omtrent art. 2277*bis* B.W.", *R. Cass.* 1998, 30).

AFDELING II

TOEPASSINGSGEBIED VAN ARTIKEL 2277*BIS* B.W.

§ 1. Personeel toepassingsgebied

1514 Artikel 2277*bis*, eerste lid B.W. is van toepassing op de rechtsvordering van "verzorgingsverstrekkers".

Bij de interpretatie van het begrip "verzorgingsverstrekkers" kan men te rade gaan in de Z.I.V.-Wet-1994, meer bepaald de definitie die artikel 2, n geeft van "zorgverlener", nl. "de beoefenaars van de geneeskunst, de kinesitherapeuten, de verpleegkundigen, de inrichtingen voor revalidatie en herscholing en de andere diensten en instellingen". Volgens WERY en VUYE verwijst de wetgever op dit punt impliciet naar deze bepaling (P. WERY en H. VUYE, *a.w.*, *t.a.p.*, 441; H. VUYE en P. WERY, *a.w.*, *t.a.p.*, 97). In de verantwoording bij het amendement dat heeft geleid tot artikel 2277*bis* wordt inderdaad gesteld dat het de bedoeling is om "de verhouding verzorgingsverstrekker-patiënt zoveel mogelijk te enten op de verhouding verzorgingsverstrekker-verzorgingsinstelling-patiënt" (*Parl. St.* Kamer 1992-93, 1040/3, amendement nr. 7, 3). Dat gelijkschakelen betreft echter alleen de tweejarige verjaringstermijn. Het nadeel van een verwijzing naar artikel 2, n Z.I.V.-Wet-1994 is dat de definitie van zorgverlener niet enkel de beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg omvat maar ook de voorzieningen, zoals ziekenhuizen. Daardoor is de afbakening met artikel 2277*bis*, tweede lid B.W. (zie verder, nr. 1515) onduidelijk. Bovendien is een verwijzing naar artikel 2, n Z.I.V.-Wet-1994 helemaal niet nodig. Het is eenvoudiger rechtstreeks te verwijzen naar de beroepen in de gezondheidszorg die zijn geregeld in de W.U.G. De opsomming in artikel 2, n Z.I.V.-Wet-1994 is trouwens, zeker na de wijziging door artikel 55 van de Wet van 24 december 1999 (*B.S.* 31 december 1999, derde druk) afgeleid van de W.U.G.
Vallen dus onder het begrip "verzorgingsverstrekkers": artsen, tandartsen, apothekers, vroedvrouwen, kinesitherapeuten, verpleegkundigen, paramedici en zorgkundigen. Ook de beoefenaars van een niet-conventionele praktijk in de geneeskunde (zie boven, nr. 100) kunnen als een "verzorgingsverstrekker" worden beschouwd voor de toepassing van artikel 2277*bis*, eerste lid B.W. "Geneeskundige verstrekkingen" mag niet letterlijk worden begrepen omdat anders deze beroepsbeoefenaren die geen geneeskundige verstrekkingen mogen verrichten, uit het toepassingsgebied zouden worden gesloten. De wetgever heeft wellicht bedoeld dat het moet gaan om prestaties die beroepshalve worden verricht (in die zin: H. VUYE en P. WERY, *a.w.*, *t.a.p.*, 98).
De verjaringstermijn van artikel 2277*bis* B.W. heeft betrekking op de vordering van de zorgverlener t.o.v. een patiënt en niet op de vordering van de patiënt t.o.v. de zorgverlener (Rb. Antwerpen 29 januari 1997, *T. Gez.* 1997-98, 352, noot A. BAEYENS).

1515 Artikel 2277*bis*, tweede lid B.W. breidt het toepassingsgebied uit tot "de verplegings- en verzorgingsinstellingen" of "derden".

Voor het invullen van het begrip "verplegings- en verzorgingsinstellingen" is een verwijzing naar artikel 2, n Z.I.V.-Wet-1994 maar van beperkt nut omdat daarin wordt verwezen naar "verplegingsinrichtingen", "inrichtingen voor revalidatie en herscholing" en "andere diensten en instellingen". Veel wijzer wordt men daar niet van. Iedere voorziening waarin door een beoefenaar van een gezondheidszorgberoep bedoeld in de W.U.G. diensten worden verstrekt kan worden beschouwd als een "verplegings- en verzorginginstelling" in de zin van artikel 2277*bis*, tweede lid. In de eerste plaats komen ziekenhuizen zoals bedoeld in artikel 2 Ziekenhuiswet in aanmerking. De aanleiding voor de opheffing van artikel 2272, eerste lid B.W. was een arrest van het Hof van Cassatie waarin werd beslist dat de schuldvordering van een ziekenhuis m.b.t. het honorarium van een ziekenhuisarts pas na verloop van dertig jaar verjaart (Cass. 21 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 88; *Pas.* 1993, I, 81; *Bull. Cass.* 1993, 81; *R.W.* 1992-93, 1248; *J.T.* 1993, 842). De wetswijziging beoogde de schuldvordering van een ziekenhuis onder dezelfde regeling te laten vallen als de schuldvordering van een arts. Daar komt bij dat krachtens artikel 141 Ziekenhuiswet de vordering

van de honoraria van de artsen voor prestaties van gehospitaliseerde patiënten dient uit te gaan van het ziekenhuis. Het Hof van Cassatie aanvaardde impliciet, maar zeker, dat ook de rechtsvorderingen aangaande de "verzorgingskosten" van O.C.M.W.-ziekenhuizen onder het toepassingsgebied vallen van artikel 2277*bis* (Cass. 24 januari 1997, *Arr. Cass.* 1997, 111, 33; *Pas.* 1997, I, 111; P. WERY en H. VUYE, "Ziekenhuisrekeningen en bevrijdende verjaring", *t.a.p.*, 32; zie i.v.m. ziekenhuizen in het algemeen ook: K. DE MUER, noot onder Vred. Gent 21 januari 1997, *T.G.R.* 1997, 63-64).
Behalve ziekenhuizen zijn er ook de rust- en verzorgingstehuizen, de rusthuizen, de diensten voor geestelijke gezondheidszorg, poliklinieken enz. Het verblijf van de patiënt in de instelling is geen vereiste. Zie voor wat betreft ziekenvervoer: artikel 65 van de Wet van 6 augustus 1993 houdende diverse en sociale bepalingen tot wijziging, in titel VII*bis* W. Kh., van artikel 9, eerste lid (zie hierover ook: H. VUYE en P. WERY, *t.a.p.*, 97).

Wat de "derden" betreft vragen VUYE en WERY zich terecht af wie dit anders kunnen zijn dan de mandatarissen of cessionarissen van schuldvorderingen van personen die vallen onder het toepassingsgebied van artikel 2277*bis*, eerste lid B.W. (H. VUYE en P. WERY, *a.w.*, *t.a.p.*, 98). Men denke aan een incassobureau, de dienst voor centrale inning van honoraria georganiseerd in een ziekenhuis in toepassing van artikel 135, eerste lid Ziekenhuiswet enz.

§ 2. Materieel toepassingsgebied

1516 Artikel 2277*bis*, eerste lid B.W. regelt de verjaring van de rechtsvordering van verzorgingsverstrekkers met betrekking tot de door hen geleverde "geneeskundige verstrekkingen, diensten en goederen, daar inbegrepen de vordering wegens bijkomende kosten".

Het onderscheid tussen verstrekkingen en diensten is niet duidelijk (in dezelfde zin: H. VUYE en P. WERY, *a.w.*, *t.a.p.* 98 die in het gebruik van twee termen met identieke betekenis de uitdrukking zien van de bedoeling van de wetgever om een zo ruim mogelijk toepassingsgebied *ratione materiae* te geven aan deze bepaling). Een beperking tot de medische verstrekkingen die door de verplichte ziekteverzekering worden terugbetaald, doet hieraan afbreuk. Wat goederen betreft, denke men aan geneesmidddelen, prothesen, aerosolapparaten en andere medische hulpmiddelen. De bijkomende kosten zijn de honorariasupplementen maar ook de vergoeding voor accessoire prestaties.

1517 De vordering voor prestaties die een arts verricht als medisch deskundige in het kader van een expertiseopdracht valt niet onder het toepassingsgebied van artikel 2277*bis*, eerste lid B.W. Als uitzondering op de gemeenrechtelijke verjaringsregeling moet deze bepaling strikt worden toegepast (Rb. Gent 31 oktober 1997, *R.W.* 1999-2000, 784; *T.G.R.* 1998, 11).

In casu waren de prestaties van de arts beperkt tot het opstellen van een medisch dossier op basis van beschikbare documenten en dus niet op basis van een medisch onderzoek en het verlenen van (niet-medische) bijstand aan de betrokkene voor de "militaire commissie voor geschiktheid en reform". Vermits dat geen medische verstrekkingen zijn, kan dit vonnis worden goedgekeurd.

Indien een medisch deskundige werkelijk medische prestaties heeft verricht, zoals het onderzoeken van de gezondheidstoestand en het stellen van een diagnose, dan valt de vordering voor zijn honorarium voor deze prestaties als dusdanig wel onder artikel 2277*bis* B.W. De beperking van het toepassingsgebied van dit artikel tot handelingen die gericht zijn op de "genezing" van de patiënt (in die zin: Vred. Grâce-Hollogne 10 februari 1998, *J.L.M.B.* 1999, 287 met noot F. GHIS, "Suppléments d'honoraires médicaux: une signature qui n'engage à rien?") is in strijd met een redelijke, niet eens zo ruime

interpretatie van geneeskundige verstrekkingen. De voorrang van artikel 2276*ter* § 2 B.W. (vijfjarige verjaringstermijn voor honoraria van deskundigen) kan enkel worden gemotiveerd door de specificiteit van deze bepaling, ten overstaan van artikel 2277*bis* B.W.

De prestaties van een deskundige vielen niet onder het opgeheven artikel 2272, eerste lid B.W. omdat die niet als "bezoeken" konden worden beschouwd (H. NYS, *a.w.*, 1176; H. VUYE en P. WERY, *a.w.*, *t.a.p.*, 96). Dat argument gaat thans niet meer op.

1518 Ook artikel 2277*bis*, tweede lid B.W. heeft betrekking op schuldvorderingen voor geneeskundige verstrekkingen, diensten, goederen en bijkomende kosten, geleverd of gefactureerd door de verplegings- en verzorgingsinstellingen of door derden.

Zie voor kritiek op het adjectief "geneeskundig": H. VUYE en P. WERY, *a.w.*, *t.a.p.*, 98.

AFDELING III

AANVANG VAN DE VERJARING

1519 De tweejarige verjaringstermijn vangt aan vanaf het einde van de maand waarin de geneeskundige verstrekkingen, diensten en goederen zijn verstrekt.

Deze aanvang stemt overeen met het bepaalde in artikel 174, 3° Z.I.V.-Wet-1994 krachtens welke de vordering tot betaling van geneeskundige verstrekkingen verjaart twee jaar na het einde van de maand waarin de verzorging is verstrekt. Deze gelijkschakeling heeft tevens tot gevolg dat de patiënten niet kunnen worden geconfronteerd met (ziekenhuis)rekeningen waarmee zij niet meer terecht kunnen bij hun ziekenfonds (L. MAROY, "Wanneer verjaart een ziekenhuisfactuur?", *Medi-ius* 1994, afl. 4, 8).

HOOFDSTUK IV

BESLAG OP EN OVERDRACHT VAN HONORARIA

1520 Volgens artikel 1410 § 2, 5°, 1 Ger. W. zijn niet vatbaar voor overdracht of beslag de bedragen uit te keren aan de rechthebbende van geneeskundige verstrekkingen als tegemoetkoming ten laste van de verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen of krachtens de Wet van 16 juni 1960 of de wetgeving betreffende de overzeese sociale zekerheid. Artikel 1410 § 2, 5°, 2 bepaalt hetzelfde voor de bedragen uit te keren als kosten voor geneeskundige, heelkundige, farmaceutische en verplegingszorgen of als kosten voor prothesen of orthopedische toestellen aan een door een arbeidsongeval of een beroepsziekte getroffen persoon krachtens de wetgeving betreffende de arbeidsongevallen of de beroepsziekten.

Aangezien deze bepaling overdracht of beslag van bedragen als tegemoetkomingen ten laste van de verzekering voor geneeskundige verzorging of uit te keren als kosten voor medische zorgen enkel uitsluit voorzover deze toekomen aan de rechthebbende van de verzekering of de persoon die slachtoffer was van een arbeidsongeval of een beroepsziekte, is overdracht of beslag van dergelijke bedragen in de vorm van honoraria voor artsen of andere gezondheidszorgbeoefenaars niet uitgesloten. M.a.w. het vorderingsrecht van een arts op zijn honorarium is voor overdracht of beslag vatbaar.

Deze bepaling kwam tot stand door artikel 3, B van de Wet van 18 maart 1999 tot wijziging van artikel 1410 § 2 Ger. W. en artikel 2071 B.W., *B.S.* 29 mei 1999. De directe aanleiding tot deze wetswijziging werd gevormd door een arrest van het Arbitragehof aangaande de voor deze wetswijziging van 18 maart 1999 geldende versie van artikel 1410 § 2, 5°, 1 Ger. W. Deze bepaling sloot in algemene bewoordingen en zonder onderscheid wat de schuldeiser betrof van overdracht of beslag uit "de bedragen uitgekeerd als geneeskundige verstrekkingen ten laste van de ziekte- en invaliditeitsverzekering". In arresten van 26 januari 1987 (Cass. 26 januari 1987, *Arr. Cass.*, 1987, 663; *Pas.* 1987, I, 612; *J.T.* 1987, 142, met noot) en 15 maart 1990 (Cass. 15 maart 1990, *Arr. Cass.* 1991, 291; *Pas.* 1991, I, 825; *R.W.* 1990-91, 28; Brussel 23 oktober 1990, *J.T.* 1991, 496, noot J. CRUYPLANTS, "La cessibilité des créances des prestataires de soins sur les organismes assureurs") besliste het Hof van Cassatie dat deze bepaling geen onderscheid maakt naargelang de tegemoetkoming van de verzekering in de kosten van de geneeskundige verzorging rechtstreeks aan de gerechtigde dan wel aan de zorgverstrekker in het kader van het systeem van de derdebetaler wordt uitgekeerd. In de gegeven interpretatie had deze bepaling voor gevolg dat de bedragen die in het raam van de verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering moeten worden betaald niet voor beslag vatbaar zijn, ook niet wanneer die bedragen door middel van het systeem van de derdebetaler niet aan de gerechtigde (d.i. de patiënt of zijn wettelijke vertegenwoordiger) maar aan de zelfstandige zorgverstrekker worden betaald. Volgens het Arbitragehof werd door deze bepaling ten aanzien van het inkomen van zelfstandige medische en paramedische zorgverstrekkers in vergelijking met alle andere zelfstandigen een bijzondere vorm van onvatbaarheid voor beslag gecreëerd op het deel van het inkomen waarop de eerstgenoemden door middel van het systeem van de derdebetaler aanspraak kunnen maken, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording kan worden gegeven. Dat het voor beslag vatbaar maken van de vergoedingen uitgekeerd d.m.v. het systeem van derdebetaler zich tegen de verzekerden zou keren, aangezien de betrokken zorgverstrekkers zouden reageren door de overeenkomst van derdebetaler op te zeggen en hun prestaties rechtstreeks te factureren aan hun patiënt, was volgens het Arbitragehof geen redelijke verantwoording voor het betwist onderscheid zodat artikel 1410 § 2, 5°, 1 Ger. W. de artikelen 10 en 11 G.W. schond (Arbitragehof nr. 69/96, 13 november 1996, *B.S.* 25 januari 1997, *R.W.* 1997-98, 223). Om deze bepaling in overeenstemming te brengen met de Grondwet werd in de

Kamer een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van artikel 1410 § 2 Ger. W. en artikel 2071 B.W. en tot opheffing van artikel 106 § 2 Ziekenhuiswet (*Parl. St.* Kamer 1997-98, 1287/1). Alhoewel het arrest van het Arbitragehof enkel betrekking heeft op de ongelijke behandeling tussen zelfstandige medische en paramedische beroepsbeoefenaren en zelfstandige beoefenaars van andere vrije beroepen, werd na discussie beslist om elke mogelijke discriminatie ongedaan te maken en artikel 1410 § 2, 5° enkel te laten gelden ten voordele van de rechthebbende (zijnde de ontvanger van de zorg of zijn vertegenwoordiger) op de tegemoetkoming van de ziekteverzekering (*Parl. St.* Senaat 1998-99, 1-1080/4, 3).

1521 De cassatiearresten van 26 februari 1987 en 15 maart 1990 (zie boven, nr. 1520) hadden reeds eerder geleid tot een parlementair initiatief om de ziekenhuizen in staat te stellen hun schuldvorderingen op de ziekenfondsen in het kader van het systeem van de derdebetaler in pand te geven (*Parl. St.* Senaat B.Z. 1991-92, nr. 422).

Dit gaf aanleiding tot de Wet van 5 augustus 1992 tot wijziging van de Wet op de ziekenhuizen, *B.S.* 21 september 1992, *err. B.S.* 28 november 1992. De enige bepaling van deze wijzigende wet werd artikel 106 § 2 Ziekenhuiswet dat bepaalt dat ongeacht andere wettelijke bepalingen de schuldvorderingen die de ziekenhuizen in de derdebetalersregeling hebben op de verzekeringsinstellingen, bedoeld in de Ziekenhuiswet, voor verpanding vatbaar zijn. Krachtens het tweede lid van artikel 106 § 2 kan de Koning, bij een in ministerraad overlegd K.B. de nadere regelen bepalen voor de toepassing van het eerste lid. Dat is tot nu toe niet gebeurd (zie over de totstandkoming van deze bepaling: A. CUYPERS, "De financiering van de ziekenhuizen door inpandgeving van de schuldvorderingen op de ziekenfondsen", *R.W.* 1992-93, 1050-1053).

In het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet van 18 maart 1999 tot wijziging van artikel 1410 § 2 Ger. W. en artikel 2071 B.W. werd voorgesteld om artikel 106 § 2 Ziekenhuiswet te schrappen vermits dit artikel "zijn voorwerp verliest wanneer artikel 1410 § 2, 5° niet meer geldt voor de zorgverstrekkers en de ziekenhuizen" (*Parl. St.* Kamer 1997-98, 1287/1, 2). Daartegen rees echter verzet (*Parl. St.* Kamer 1997-98; 1287/3, amendement nr. 6). Dit amendement vloeide voort uit de adviezen die door de verenigingen van private en openbare ziekenhuizen werden verstrekt en waarin werd gepleit voor het behoud van artikel 106 § 2 Ziekenhuiswet. Dit amendement werd goedgekeurd. Tijdens de bespreking in de Senaatscommissie voor Justitie werd een amendement ingediend teneinde artikel 106 § 2 op te heffen (*Parl. St.* Senaat 1998-99, 1-1080/2, amendement nr. 2). In de verantwoording werd de motivering van de indieners van het wetsvoorstel overgenomen, nl. dat artikel 106 § 2 Ziekenhuiswet zijn voorwerp verliest wanneer artikel 1410 § 2, 5° niet meer geldt t.a.v. de ziekenhuizen. Enkel de schuldvorderingen van de patiënten op hun verzekeringsinstellingen zijn dan nog onoverdraagbaar en onbeslagbaar en niet meer deze van de ziekenhuizen op de instellingen. Bovendien werd er op gewezen dat artikel 106 § 2 een discriminatie inhoudt tussen de ziekenhuizen en de andere verzorgingsinstellingen (rusthuizen, labo's). Deze laatsten kunnen op deze bepaling geen beroep doen omdat zij buiten het toepassingsgebied van de Ziekenhuiswet vallen. Tijdens de bespreking van het amendement merkte één van de indieners ervan nog op dat zodra de goederen vatbaar zijn voor beslag zij ook vatbaar zijn voor inpandgeving. Dit moet niet meer uitdrukkelijk bepaald worden in de wet. Om opportuniteitsredenen werd het amendement ingetrokken (*Parl. St.* Senaat 1998-99, 1-1080/4, 15).

HOOFDSTUK V
BESCHIKKING OM NIET DOOR EEN PATIËNT

AFDELING I

ALGEMEEN

1522 Overeenkomstig artikel 909 B.W. kan een arts die een persoon heeft behandeld gedurende de ziekte waaraan hij is overleden geen voordeel genieten van beschikkingen onder de levenden of bij testament die de patiënt, in de loop van die ziekte, te zijnen behoeve mocht hebben gemaakt.

De terminologie die artikel 909 B.W. gebruikt, is verouderd (zie voor de terminologie vóór de wijziging van art. 909 door de Wet van 22 april 2003, *B.S.* 22 mei 2003, ed. 2: H. NYS, "Artikel 909 B.W. en het gezondheidsrecht. Of hoe ontwikkelingen in de gezondheidszorg rechtsnormen kunnen beïnvloeden", in H. VANDENBERGHE e.a. (ed.), *Actuele problemen uit het notarieel recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1985, 124, nr. 3). Door de Wet van 22 april 2003 werden de woorden "doctoren in de geneeskunde of de heelkunde" vervangen door de woorden "doctors in de genees-, heel- en verloskunde". Op die manier wordt aangesloten bij de terminologie gebruikt in artikel 2 § 1 W.U.G. In de Vlaamse Gemeenschap is deze benaming sedert jaren vervangen door de academische graad van "arts" (zie boven, nr. 12) en hiermee houdt de nieuwe versie van artikel 909 B.W. geen rekening. Erger is dat de woorden "officieren van gezondheid" niet werden geschrapt. In het wetsvoorstel dat heeft geleid tot het gewijzigde artikel 909 B.W. was dat wél het geval (*Parl. St.* Kamer 1999-2000, 0150/001). Terecht, "gelet op het feit dat het begrip 'officieren van gezondheid' niet meer bestaat" zoals de indiener van het wetsvoorstel opmerkte (*Parl. St.* Kamer 2002-03, 0150/004, 3). Naderhand diende hij zelf een amendement in om "de leden van het verpleegkundig personeel" te schrappen uit zijn oorspronkelijk voorstel en te vervangen door "de gezondheidsofficieren" (*Parl. St.* Kamer 2002-03, 0150/003, amendement nr. 4). De verantwoording luidde als volgt: "Het is verkieslijk de huidige terminologie van het B.W. te behouden. Al is ze dan uit de tijd, de algemeenheid van de formulering maakt het niettemin mogelijk alle beoefenaars van een gezondheidsberoep te bestrijken die, in welke hoedanigheid ook, zieke mensen moeten behandelen of verzorgen. De aanvankelijk voorgestelde bewoordingen 'leden van het verpleegkundig personeel' dreigen tot een beperkende uitlegging te leiden, terwijl het wetsontwerp (*sic*) betrekking heeft op het verplegend personeel 'in de ruime betekenis'" (zie de Franse versie: "le personnel soignant au sens large"). Tijdens de bespreking van het voorstel in de Commissie voor de Justitie werd verwezen naar het antwoord van de Minister voor Justitie op een parlementaire vraag waarin de minister had vastgesteld "dat in de praktijk de begrippen 'officier van gezondheid', 'doctor in de geneeskunde' en 'apotheker' in de hedendaagse en ruime betekenis van het woord worden geïnterpreteerd". Volgens de indiener wordt het aan de rechtspraak overgelaten om de algemene term "officieren van gezondheid" in functie van de maatschappelijke evolutie te interpreteren. Terecht werd hiertegen aangevoerd dat de woorden officieren van gezondheid "nogal oubollig" zijn en dat in Frankrijk de titel van "officier de santé" reeds in 1892 werd afgeschaft. Maar om te vermijden dat een opsomming van beroepen diende te worden vermeld in artikel 909 die bij de aanvang onvolledig dreigde te zijn of na verloop van tijd achterhaald, werd de term "officier van gezondheid" behouden. In de wereld van de gezondheidszorg heeft deze term echter geen enkele betekenis (meer). Indien het de bedoeling was om het toepassingsgebied van artikel 909 B.W. uit te breiden tot de beroepen in de gezondheidszorg had de wetgever kunnen verwijzen naar de beroepen die worden geregeld in de W.U.G. Dit procédé wordt ook gebruikt in artikel 2, 3° Patiëntenrechtenwet. De term "officier van gezondheid" laat veel meer ruimte voor interpretatie en bevordert alleszins niet de rechtszekerheid. Behalve de wettelijke beoefenaars van de geneeskunde rekent de rechtsleer ook de onwettige beoefenaars van de geneeskunde tot degenen op wie artikel 909 B.W. van toepassing

kan zijn. Rechterlijke uitspraken ontbreken in België (H. NYS, *a.w.*, 128, nr. 12; zie voor Frankrijk: Cass. fr. 10 oktober 1978, *J.C.P.* 1980, II, 19.341 noot DAGOT: toepassing van art. 909 op een magnetiseur; zie ook: M. PUELINCKX-COENE, N. GEELHAND en I. BUYSSENS, "Giften 1993-98", *T.P.R.* 1999, 799, nr. 30; J. SACE, "Observations", noot onder Rb. Verviers 15 september 1998, *J.L.M.B.* 1999, 346).

1523 Artikel 909 B.W. vestigt een wettelijk vermoeden (vermoeden *iuris et de iure*) van captatie of zgn. erfenisbejaging in hoofde van de arts. Naargelang het standpunt dat wordt ingenomen beperkt dit artikel de bekwaamheid om vrij over zijn goederen te beschikken in hoofde van de *decuius* of de bekwaamheid om te ontvangen in hoofde van de in artikel 909 B.W. opgesomde personen (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 371). Omdat het een beperking inhoudt van de testeervrijheid, dient artikel 909 B.W. op een strikte wijze te worden uitgelegd. Dit slaat op alle voorwaarden die moeten worden vervuld opdat de arts onder toepassing van artikel 909 zou vallen (N. GEELHAND, "Le juge aux prises avec la lettre et l'esprit de l'article 909 du Code civil", noot onder Luik 3 mei 1988, *R.C.J.B.* 1991, 117).

AFDELING II

TOEPASSINGSVOORWAARDEN

§ 1. Behandeling van de patiënt

1524 Artikel 909 B.W. stelt dat de persoon t.a.v. wie het vermoeden van captatie geldt de *decuius* moet "hebben behandeld". Klassiek wordt voorgehouden dat de notie "behandeling" in strikte zin dient te worden begrepen.

Zo kan de aflevering van een geneesmiddel niet als een behandeling worden beschouwd (L. SWENNEN, "Over artikel 909 B.W. en feitelijk vermoeden van beïnvloeding en captatie", *R.W.* 1977-78, 1957). Een zekere continuïteit in de behandeling is vereist, hoewel de duur ervan als zodanig niet determinerend is (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *vol. 8*, *Les Testaments*, Brussel, Bruylant, 1973, 258). Volgens het Hof van Beroep te Brussel zou de behandeling zelfs ononderbroken moeten zijn (Brussel 4 mei 1949, *J.T.* 1949, 377, noot CARLIER). Wanneer een arts slechts in consult bij een patiënt wordt geroepen door een collega is er van de vereiste continuïteit en derhalve van behandeling geen sprake. Dat is evenmin het geval wanneer een arts slechts raad en advies verstrekt aan een zieke buurman (H. DE PAGE, *a.w.*). Het episodisch voorschrijven van geneesmiddelen door een psychiater werd door het Hof van Beroep te Parijs niet als een behandeling aangezien (Parijs 3 november 1982, in D. MARTIN, "Droit patrimonial de la famille", *D.* 1983, I.R., 174). Dat men gedurende jaren de vertrouwensarts was van de patiënt en hem regelmatig opzocht tijdens zijn laatste levensjaar is op zich onvoldoende: er moet ook nog een daadwerkelijke behandeling zijn geweest. Die was er als de patiënt in het ziekenhuis werd opgenomen maar deze vertrouwensarts op de hoogte werd gehouden van haar gezondheidstoestand, adviezen bleef geven en bijstand verleende tijdens een heelkundige ingreep (Rb. Marche-en-Famenne 30 januari 1975, *Jur. Liège* 1975, 189-190).

1525 De opvatting dat "behandeling" strikt moet worden begrepen, mag niet tot verkeerde conclusies leiden. Wanneer de situatie van een ongeneeslijk zieke patiënt van die aard is dat hij wat men noemt "uitbehandeld" is, dan zou

een letterlijke interpretatie tot gevolg hebben dat artikel 909 B.W. niet van toepassing kan zijn op de artsen die deze patiënt bijstaan aan het einde van het leven.

Artikel 9 van de Wet van 14 juni 2002 betreffende de palliatieve zorg heeft aan de definitie van geneeskunst in artikel 1 W.U.G. de woorden "preventief, curatief, continue en palliatief voorkomen" toegevoegd (zie boven, nr. 4). Artikel 2, derde lid van de Wet van 14 juni 2002 definieert de palliatieve zorg als "het geheel van zorgverlening aan patiënten waarvan de levensbedreigende ziekte niet langer op curatieve therapieën reageert. Voor de begeleiding van deze patiënten bij hun levenseinde is een multidisciplinaire totaalzorg van essentieel belang, zowel op het fysieke, psychische, sociale als morele vlak. Het belangrijkste doel van de palliatieve zorg is deze zieke en zijn naasten een zo groot mogelijke levenskwaliteit en maximale autonomie te bieden. Palliatieve zorg is erop gericht de kwaliteit van het resterende leven van deze patiënt en nabestaanden te waarborgen en te optimaliseren". Aan de definitie van gezondheidszorg in artikel 3, 2° Patiëntenrechtenwet ligt dezelfde opvatting ten grondslag: "diensten verstrekt door een beroepsbeoefenaar met het oog op het bevorderen, uitstellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van een patiënt of om een patiënt bij het sterven te begeleiden". Precies omdat de "uitbehandelde" patiënt zo kwetsbaar is, moet hij kunnen genieten van de bescherming die artikel 909 B.W. beoogt te bieden.

1526 De arts die palliatieve zorg verstrekt aan de patiënt aan het einde van diens leven – een fase die overigens langere tijd kan duren – "behandelt" deze patiënt in de zin van artikel 909 B.W. Ook de arts die op uitdrukkelijk verzoek van de patiënt t.a.v. deze opzettelijk levensbeëindigend handelt (d.w.z. euthanasie toepast in de zin van art. 2 van de Wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie) "behandelt" deze patiënt in de zin van artikel 909 B.W., ook al kan euthanasie juridisch niet als medisch handelen in de zin van artikel 2 W.U.G. worden opgevat (zie boven, nr. 825).

Vanzelfsprekend is het praktisch belang beperkt tot de hypothese dat volgens de arts de patiënt kennelijk niet binnen afzienbare tijd zal overlijden of zgn. niet-terminaal ziek is (art. 3 § 3 Euthanasiewet). Overigens heeft artikel 15, tweede lid Euthanasiewet de bepalingen van artikel 909 B.W. van toepassing verklaard op de in artikel 3 van die wet bedoelde "leden van het verplegend team".

1527 Over het antwoord op de vraag of een medische behandeling vereist is, bestond reeds ten tijde van de vroegere versie van artikel 909 B.W. discussie. Volgens één opvatting veronderstelt de toepasbaarheid van artikel 909 B.W. dat door de begunstigde "daden van geneeskunde" werden gesteld (zie: M. PUELINCKX-COENE e.a., *a.w.*, 799, nr. 30). Nochtans vermeldde deze versie ook reeds uitdrukkelijk de apothekers die niet de bevoegdheid hebben om dergelijke handelingen te stellen (H. NYS, *a.w.*, 124, nr. 4). Dit is een aanwijzing dat "behandeld" niet mag worden verengd tot "medisch" behandeld. Een andere aanwijzing hiervoor vond men in artikel 909 B.W., laatste lid: "dezelfde regels gelden voor de bedienaars van de eredienst". Die bepaling zou geen betekenis hebben indien "dezelfde regels" zou impliceren dat de beoefenaars van de eredienst de *decuius* medisch hebben behandeld (N. GEELHAND, *a.w.*, 132).

§ 2. Behandeling tijdens de ziekte waaraan de patiënt overleed

1528 Artikel 909 B.W. stelt als voorwaarde dat de arts de *decuius* heeft behandeld "gedurende de ziekte waaraan hij is overleden". Hier stellen zich meerdere interpretatieproblemen.

1529 Vooreerst kan men zich afvragen of de behandeling specifiek gericht dient te zijn op de ziekte waaraan de *decuius* overleed dan wel of het volstaat dat deze arts de patiënt heeft behandeld gedurende de ziekte waaraan deze is overleden ook al had die behandeling niet specifiek te maken met die ene ziekte.

Deze vraag is niet zonder praktisch belang. Als men de eerste, enge, opvatting aanvaardt dan betekent dit dat de arts die een andere ziekte behandelt, hetzij omdat hij de ware aard van de kwaal waaraan de patiënt lijdt niet heeft onderkend, hetzij omdat zich vlak vóór het overlijden nog een andere ziekte heeft gemanifesteerd waaraan de *decuius* is overleden, niet onder artikel 909 B.W. valt.
Uit de gebruikte formulering in artikel 909 B.W. leidt DE PAGE af dat de behandeling specifiek dient betrekking te hebben op die ene ziekte waaraan de testator is overleden. Weliswaar spreekt artikel 909 B.W. over behandeling "gedurende" de ziekte maar daar wordt aan toegevoegd "waaraan hij is overleden". Bedoeld is dus de behandeling voor die ziekte die de dood van de *decuius* heeft veroorzaakt (H. DE PAGE, *a.w.*, 258). Wordt dit oorzakelijk verband verbroken door een gebeurtenis die zich nadien manifesteert – dit kan zowel een andere ziekte zijn als een externe gebeurtenis, bv. een dodelijk ongeval – dan is er geen sprake van behandeling gedurende de ziekte waaraan de patiënt is overleden. Maar in de hypothese dat de arts zich heeft vergist omtrent de werkelijke aard van de ziekte en dus niet de ziekte waaraan de patiënt is overleden heeft behandeld is er van een gebeurtenis die het oorzakelijk verband verbreekt geen sprake. De arts heeft zich vergist en er is geen reden waarom hij zou kunnen genieten van een beschikking die hem, alle omstandigheden gelijk, niet te beurt had kunnen vallen als hij zich niet had vergist (H. DE PAGE, *a.w.*, 258).

1530 Ook de interpretatie van "ziekte waaraan hij is overleden" kan problemen stellen. Doorgaans wordt die ziekte in de literatuur aangeduid als de laatste ziekte, hoewel deze benaming in artikel 909 B.W. niet voorkomt (A. LORENT, "La notion de dernière maladie en droit des libéralités", *Rev. not. b.* 1979, 622; vgl.: art. 19, 3° Hypotheekwet dat wel spreekt van laatste ziekte).

In het algemeen is de ziekte ten gevolge waarvan iemand overlijdt tevens de laatste ziekte. Toch is de uitdrukking "laatste ziekte" niet correct: iemand kan overlijden ten gevolge van een ziekte, zonder dat dit chronologisch ook de laatste ziekte is geweest die deze persoon heeft getroffen. Een patiënt overlijdt aan de gevolgen van een langdurige kanker en krijgt in de stervensfase nog een pneumonie. Deze laatste ziekte verbreekt nochtans het oorzakelijk verband niet tussen de kanker en het overlijden zodat de arts die de patiënt heeft behandeld voor de kanker toch onder artikel 909 B.W. blijft vallen. Het lijkt dan ook niet zonder reden dat artikel 909 B.W. spreekt over de ziekte waaraan de beschikker is overleden. Het juist achterhalen van de doodsoorzaak kan vooral bij chronische ziekten en samenloop van meer dan één ziekte welke door verschillende artsen worden behandeld, grote problemen doen rijzen i.v.m. de toepassing van artikel 909 B.W. Overleed men in de negentiende eeuw ten gevolge van een infectieziekte met een monocausaal karakter dan is tegenwoordig het overlijden zeer dikwijls te wijten aan zgn. beschavingsziekten (kanker, cardiovasculaire aandoeningen enz.) die een chronisch verloop vertonen en multicausaal zijn (H. NYS, in H. VANDENBERGHE, *t.a.p.*, 133).

1531 Deze chronische ziekten zorgen voor nog een ander interpretatieprobleem. Wanneer is uitgemaakt dat een chronische ziekte daadwerkelijk de ziekte is waaraan iemand is overleden, rijst de vraag of bij het beoordelen van de geldigheid van een beschikking de hele duur van deze ziekte moet worden betrokken. Of kan men zich beperken tot het stadium waarin de ziekte werkelijk levensbedreigend dreigt te worden?

In het algemeen maakt de rechtsleer hier het onderscheid tussen de fase van de ziekte tijdens de welke de patiënt op een min of meer normale wijze deelneemt aan het dagelijks leven en de kritieke fase waarin de ziekte levensbedreigend wordt (A. LORENT, *a.w.*, 624; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 385). De rechtspraak oordeelt in dezelfde zin. Wanneer de testator overlijdt 7 jaar na het opmaken van een testament geldt artikel 909 B.W. niet vermits de beschikking niet gebeurde tijdens de kritieke en hopeloze fase van de ziekte (Brussel 4 mei 1949, *J.T.* 1949, 377 noot CARLIER; Rb. Brussel 4 mei 1942, *Rev. prat. not.* 1942, 373; Rb. Brussel 11 december 1957, *Rev. prat. not.* 1958, 368; Rb. Aarlen 29 mei 1979, *Jur. Liège* 1980, 301). Maar wanneer de beschikking is gebeurd tijdens de kritieke fase van een sedert meer dan 20 jaar aanslepende ziekte, geldt artikel 909 B.W. (Rb. Marche-en-Famenne 30 januari 1975, *Jur. Liège* 1975, 189-190; in die zin ook: Rb. Brussel 22 september 1995, *Rev. not. b.* 1996, 133). LAURENT staat vrij alleen met zijn opvatting dat het vermoeden van captatie geldt vanaf het ogenblik dat de eerste symptomen zich voordoen (aangehaald door: A LORENT, *a.w.*, 622).

1532 Wanneer de beschikker geneest van de ziekte tijdens dewelke de beschikking werd gemaakt (H. DE PAGE, *a.w.*, 257) of overlijdt ten gevolge van een andere ziekte, dan is aan deze voorwaarde "ziekte waaraan de beschikker is overleden" niet voldaan.

In die zin oordeelde het Hof van Beroep te Brussel. Op het ogenblik van een schenking werd de schenker sedert enkele jaren reeds behandeld omwille van hersensclerose. Maar uit verklaringen van een andere arts bleek dat de schenker uiteindelijk was overleden ten gevolge van een andere ziekte, waarvoor hij werd behandeld door een ander dan de begunstigde arts. Artikel 909 B.W. was daarom niet van toepassing (Brussel 6 januari 1982, *Rép. not.* 1982, 423). Zie ook: Rb. Brussel 22 september 1995, *Rev. not. b.* 1996, 133: de begunstigde arts was de huisarts van de *decuius* die overleed in een ziekenhuis ten gevolge van een aandoening die door een ziekenhuisarts was behandeld. De rechtbank overwoog dat het testament nietig zou zijn geweest zo de begunstigde deze ziekenhuisarts was geweest. Wanneer een patiënt tijdens de ziekte waaraan hij overleed door een team van artsen werd behandeld – vooral bij ziekenhuisopname is dit vrijwel steeds het geval – dan treft artikel 909 B.W. de arts die de patiënt op de meest duurzame wijze heeft gevolgd (J. SACE, *Rép. not.*, III, 115).

§ 3. Beschikking tijdens de ziekte waaraan patiënt overleed

1533 Artikel 909 B.W. stelt vervolgens als voorwaarde dat de beschikking gebeurde tijdens de ziekte waaraan de beschikker is overleden. Het probleem dat zich hier stelt is het volgende. Is artikel 909 B.W. ook van toepassing wanneer de beschikking is gebeurd tijdens de ziekte waaraan de beschikker is overleden en wanneer de begunstigde arts pas is opgetreden na de beschikking maar nog tijdens dezelfde ziekte? Met ander woorden: bedoelt artikel 909 B.W. beschikking tijdens de behandelde ziekte of beschikking tijdens de ziekte zonder meer?

Volgens sommigen geldt artikel 909 B.W. niet wanneer de arts slechts is opgetreden nadat de beschikking in zijn voordeel werd verricht (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 392). Het Franse Hof van Cassatie oordeelde reeds in 1835 dat behandeling noodzakelijk

is (Cass. fr. 9 april 1835, geciteerd door A. LORENT, *t.a.p.*, 623). Als er nog geen behandeling is op het ogenblik van de beschikking, kan er van beïnvloeding of misbruik van vertrouwen nog geen sprake zijn. Deze interpretatie houdt evenwel het gevaar in dat de arts door al dan niet een behandeling te beginnen zelf de toepassing van artikel 909 B.W. kan bepalen.

Het antwoord op de gestelde vragen hangt nauw samen met de interpretatie van het begrip ziekte. In het geval van een aanslepende ziekte zal men dit begrijpen als de kritieke en hopeloze fase van de ziekte die de oorzaak is geweest van het overlijden. Had de beschikking plaats vóór die fase dan is artikel 909 B.W. niet van toepassing, ook al had de begunstigde arts reeds een behandeling ingesteld. *A fortiori* zal dit artikel niet gelden als de begunstigde arts nog niet tot behandeling was overgegaan. Gebeurde de beschikking evenwel tijdens deze kritieke fase dan zal artikel 909 B.W. moeten worden toegepast ook al had de begunstigde arts op dat ogenblik nog geen behandeling ingezet op voorwaarde dat hij nadien wel degelijk tot behandeling is overgegaan. Artikel 909 B.W. eist immers niet dat de beschikking na de behandeling wegens ziekte zou hebben plaatsgevonden.

1534 Of de ziekte tijdens welke de beschikking werd gemaakt inderdaad deze is ten gevolge waarvan de beschikker is overleden, is een zuivere feitenkwestie ter beoordeling van de rechter ten gronde (A. LORENT, *t.a.p.*, 627; J. SACE, *Rép. not.* III, 116). Hij kan zich daarbij laten leiden door de verklaringen van medici (bv.: Brussel 6 januari 1982, *Rép. not.* 1982, 423), waarbij deze zich dienen te hoeden voor inbreuken op hun zwijgplicht (zie boven, nr. 1333 e.v.). Volgens sommigen gaat het hier veeleer om een juridische dan een medische kwestie: was de wil van de beschikker zodanig verzwakt op het ogenblik van de beschikking dat hij diende te worden beschermd tegen misbruik van invloed? (A. LORENT, *t.a.p.*, 625 en de daar aangehaalde literatuur).
De bewijslast om aan te tonen dat de ziekte oorzaak was van het overlijden rust op degene die de geldigheid van de beschikking bestrijdt (H. DE PAGE, *a.w.*, 258).

§ 4. Ziekte

1535 De *decuius* moet zijn overleden ten gevolge van een ziekte. Volgens DE PAGE mag met ziekte worden gelijkgesteld een ongeval (H. DE PAGE, *a.w.*, 257).

Sommige auteurs beschouwen ook een zwangerschap als een ziekte (RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 382). Juister lijkt dat zwangerschap en de daarbij optredende complicaties aanleiding kunnen geven tot tussenkomst van een arts of een vroedvrouw waardoor, als alle voorwaarden zijn vervuld, artikel 909 B.W. ook bij zwangerschap van toepassing kan zijn. Hoge leeftijd is op zich niet als een ziekte te beschouwen maar vormt vaak wel de aanleiding voor de tussenkomst van artsen omwille van de ongemakken waarmee hoge leeftijd meestal gepaard gaat (anders: N. GEELHAND, *t.a.p.*, 133: "la vieillesse n'est-elle pas la plus redoutée des maladies?").

AFDELING III

BESCHIKKINGEN DIE NIET ONDER ARTIKEL 909 B.W. VALLEN

1536 Artikel 909, derde lid B.W. bevat een drievoudige uitzondering op het vermoeden van captatie, nl. de beschikking tot vergelding van diensten, de algemene beschikkingen ten voordele van bepaalde bloedverwanten en de beschikkingen ten voordele van de echtgenoot, de wettelijk samenwonende of de persoon met wie de beschikker een feitelijk gezin vormt.

Een beschikking tot vergelding van diensten dient onder bijzondere titel te zijn gemaakt en met inachtneming van het vermogen van de beschikker en van de bewezen diensten. Een dergelijke beschikking komt in de plaats van het ereloon (J. SACE, *Rép. not.*, III, 118). De derde uitzondering werd toegevoegd door artikel 2, 3° van de Wet van 22 april 2003 tot wijziging van artikel 909 B.W. Voor deze wetswijziging werd reeds aanvaard dat op grond van artikel 213 B.W. dat de echtgenoten jegens elkaar tot hulp en bijstand verplicht, artikel 909 B.W. niet van toepassing is wanneer de arts de echtgenoot (echtgenote) is van de behandelde zieke (H. DE PAGE, *a.w.*, 256).

TITEL XII

ARTS EN ANDERE BEROEPEN EN VOORZIENINGEN IN DE GEZONDHEIDSZORG

HOOFDSTUK I

WETTELIJKE REGELING VAN BEROEPEN IN DE GEZONDHEIDSZORG IN RELATIE TOT DE ARTS

AFDELING I

BEOEFENAARS VAN DE ARTSENIJBEREIDKUNDE (APOTHEKERS)

1537 De uitoefening van de artsenijbereidkunde wordt geregeld in hoofdstuk 1 W.U.G. De artsenijbereidkunde vormt samen met de geneeskunde, de tandheelkunde inbegrepen, de geneeskunst (art. 1 W.U.G.).

Niemand mag de artsenijbereidkunde uitoefenen die niet het wettelijk diploma van apotheker bezit dat werd behaald overeenkomstig de wetgeving op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens of die niet wettelijk ervan vrijgesteld is. Bovendien moet de titel worden geviseerd door de bevoegde geneeskundige commissie en is een inschrijving verplicht op de lijst van de orde der apothekers (art. 4 § 1 en art. 7 § 1 W.U.G.; K.B. nr. 80 van 10 november 1967 betreffende de orde der apothekers, *B.S.* 14 november 1967; I. AERTS, *Het juridisch statuut van de ziekenhuisapotheker*, Leuven, Acco, 2003, 48-49; N.J. PHILIPSEN en M.G. FAURE, "The regulation of pharmacists in Belgium and the Netherlands: in the public or private interest?", *Journal of Consumer Policy* 2002, 151-201; N.J. PHILIPSEN, *Regulation of and by Pharmacists in the Netherlands and Belgium: an economic approach*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 195 p.).

1538 De gelijktijdige uitoefening van de geneeskunde en van de artsenijbereidkunde is verboden zelfs aan de houders van de diploma's die het recht verlenen elk dezer beroepen uit te oefenen (art. 4*bis* W.U.G.). Men noemt dit het verbod van medisch-farmaceutische cumulatie (zie hierover: H. NYS, "De arts als apotheker. Kan dat nog?", *R.W.* 1977-78, 123; L. DE BRUYCKERE, "Het statuut en de aansprakelijkheid van de apotheker in de rechtsverhouding tot de arts en de patiënt", in X., *Het geneesmiddel juridisch bekeken*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 96-97). Het gelijktijdig ingeschreven zijn op de lijst van de Orde der geneesheren en van de orde der apothekers leidt ertoe dat een houder van de diploma's die het recht verlenen de beide beroepen uit te oefenen, in strijd met artikel 4*bis* W.U.G., het recht verkrijgt om de twee beroepen gelijktijdig te beoefenen (Cass. 22 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 91; *Bull.* 1993, 84; *Pas.* 1993, I., 84; *R.W.* 1992-93, 1275).

Een arts, zelfs als hij de bevoegdheid heeft verworven de artsenijbereidkunde uit te oefenen mag geen handelingen stellen die tot doel hebben de bereiding, het te koop aanbieden, de detailverkoop en de terhandstelling, zelfs indien dit kosteloos gebeurt, van geneesmiddelen. Al deze handelingen maken deel uit van de beoefening van de artsenijbereidkunde (art. 4 § 1, tweede lid W.U.G.). Deze wet bevat geen definitie van de term "geneesmiddel". Daarom moet worden uitgegaan van de bepaling gegeven in artikel 1 Geneesmiddelenwet (R.v.St., Chambre syndicale des pharmaciens d'expression française, nr. 17.205, 10 oktober 1975).
Artikel 5 K.B. 19 oktober 1978 houdende regelen betreffende de officina's en de geneesmiddelendepots in de verzorgingsinrichtingen, *B.S.* 31 oktober 1978 laat toe dat voor spoedgevallen kasten met geneesmiddelen worden opgesteld. De oorspronkelijke versie van artikel 5, tweede lid

bepaalde dat de eerste bevoorrading van die kasten gebeurde tegen aflevering van een lijst van geneesmiddelen door de apotheker volgens de instructies van de geneesheer-diensthoofd. De artsen werkzaam in de dienst konden in dringende gevallen deze geneesmiddelen gebruiken zonder langs de apotheker te moeten. De omstandigheid dat die geneesmiddelen verstrekt werden aan de patiënten zonder nieuwe tussenkomst van de apotheker maar onder de verantwoordelijkheid van de geneesheer-diensthoofd doet geen afbreuk aan het monopolie van aflevering van geneesmiddelen dat artikel 4 W.U.G. aan de apothekers toekent (R.v.St., Chambre syndicale des pharmaciens d'expression française, nr. 24.853, 23 november 1984; zie i.v.m. dit monopolie: Ph. JANSSENS, "Het monopolie van de apotheker", *Vl. T. Gez.* 1981-82, 171-184). Door K.B. 2 april 2002 (*B.S.* 30 april 2002) werd deze bepaling als volgt gewijzigd: "de eerste bevoorrading van die kasten gebeurt door de apotheker-titularis na voorlegging van een lijst van geneesmiddelen opgesteld, gedateerd en ondertekend door de geneesheer die de leiding heeft over de afdeling waar de kast geplaatst wordt of door een geneesheer die daartoe door hem is aangewezen". Bovendien wordt de notie "spoedgevallen" omschreven als de gevallen waarbij:
– een eerste dosis van een geneesmiddel moet worden toegediend bij een behandeling die onmiddellijk moet worden ingesteld;
– een geneesmiddelenvoorschrift wordt opgesteld buiten de normale openingsuren van de ziekenhuisofficina in het vooruitzicht van het toedienen van het voorgeschreven geneesmiddel aan een patiënt vooraleer de ziekenhuisofficina wordt heropend;
– een geneesmiddelenvoorschrift wordt opgesteld waarbij het voorgeschreven geneesmiddel aan een patiënt moet worden toegediend, wanneer de verpleegkundige het optreden van een pathologische of fysiologische toestand vaststelt, vooraf bepaald door de voorschrijver van een schriftelijke medische opdracht;
– in de hierna vermelde medische of chirurgische ziekenhuisdiensten een situatie bestaat waar de nood aan geneesmiddelen niet voorspelbaar is en de arts zelf of, onder zijn rechtstreeks en werkelijk toezicht een ander daartoe bevoegd persoon, de geneesmiddelen toedient: spoedgevallen, intensieve zorgen, operatiekwartier, neonatologie, verloskwartier, medisch technische diensten, consultaties.

1539 Op het verbod van medisch-farmaceutische cumulatie bestaan meerdere uitzonderingen met name wat de terhandstelling van geneesmiddelen betreft. Artsen die een machtiging hebben verworven voor het houden van een geneesmiddelendepot mogen geneesmiddelen terhandstellen (zie: H. NYS, *a.w.*, 129, nr. 7). In dringende gevallen mag een arts geneesmiddelen terhandstellen. Hij mag eveneens geneesmiddelenmonsters terhandstellen. In beide gevallen mag deze terhandstelling geen aanleiding geven tot honoraria of winsten ten voordele van de arts. De aflevering van geneesmiddelenmonsters moet zelfs "ten kosteloze titel" gebeuren (art. 4 § 2, 2° W.U.G.). Men kan hieruit *a contrario* afleiden dat voor de terhandstelling van geneesmiddelen in dringende gevallen een vergoeding tot dekking van de onkosten door de arts gemaakt, mag worden gevraagd. Artikel 12 Geneesmiddelenwet machtigt de Koning de perken en de voorwaarden te bepalen waarbinnen geneesmiddelen in de vorm van monsters mogen overhandigd worden (K.B. 11 januari 1993 tot vaststelling van de voorwaarden waaronder geneesmiddelen voor menselijk gebruik in de vorm van monsters overhandigd mogen worden, *B.S.* 30 januari 1993).

Artikel 4 § 2, tweede lid W.U.G. heeft niet voorgeschreven dat die monsters aan de arts ter hand moeten worden gesteld door een officina-apotheker. Bijgevolg heeft de Koning deze bepaling niet geschonden toen hij een reglementering goedkeurde volgens welke geneesmiddelenmonsters niet verplicht door een officina-apotheker overhandigd moeten worden aan de personen die gemachtigd zijn geneesmiddelen voor te schrijven (R.v.St., Algemene Pharmaceutische Bond, nr. 21.099, 10 april 1981, *Vl. T. Gez.* 1981-82, 212, noot H. NYS).

Valt evenmin onder het verbod van medisch farmaceutische cumulatie het te koop aanbieden, de detailverkoop en de terhandstelling, zelfs kosteloos, door personen door de Koning gemachtigd, met een profylactisch doel tegen besmettelijke ziekten of met het oog op de behandeling van chronische ziekten bepaald door de Koning van voorwerpen, apparaten, enkelvoudige of samengestelde substanties met uitzondering van geneesmiddelen en van giftstoffen, slaapmiddelen, verdovende middelen en psychotrope stoffen (art. 4 § 2, 6° W.U.G. en K.B. 5 juni 2000 tot uitvoering van deze bepaling, *B.S.* 7 juli 2000).

1540 Ten slotte mag een arts geneesmiddelen bestemd om "de venerische ziekten" te bestrijden afleveren op voorwaarde dat hij het geneesmiddel heeft laten bereiden door een apotheker van het arrondissement (art. 4 § 2, 3° W.U.G.). Wat hier bedoeld wordt met "de venerische ziekten" is niet duidelijk. Gelet op de klaarblijkelijke bedoeling van deze regel nl. de bescherming van de privacy van de patiënt, dringt een ruimere interpretatie dan de vier seksueel overdraagbare ziekten vermeld in (het opgeheven) artikel 1 Besluitwet 24 januari 1945 betreffende de prophylaxe der geslachtsziekten zich op.

Eveneens om privacy redenen werd bij K.B. 12 juli 1973 houdende regelen betreffende de depots van sommige geneesmiddelen in de centra voor prematrimoniale, matrimoniale en gezinsconsultaties aan deze centra de toelating gegeven om uitsluitend ten gerieve van hun consultanten een depot te houden van anticonceptionele middelen (art. 2). Dit depot diende onder de verantwoordelijkheid te staan van een arts; de anticonceptiva moesten door een officina-apotheker of een ziekenhuisapotheker worden aangeschaft en zonder winstoogmerk worden afgeleverd. De Minister voor Volksgezondheid steunde dit besluit op artikel 44, tweede lid, 1° K.B. 6 juni 1960 betreffende de fabricage, de bereiding en distributie in het groot en terhandstelling van geneesmiddelen, *B.S.* 22 juni 1960. Luidens deze bepaling geldt het afleveringsmonopolie van de apotheker niet voor producten die, wegens hun aard of hun eigenschappen, niet voor de normale farmaceutische distributie geschikt zijn. Men kan zich afvragen of die bepaling zelf nog wel in overeenstemming is met artikel 4 § 1 W.U.G. Afgezien hiervan oordeelde de Raad van State dat de depotregeling in strijd was met dit artikel 4 § 1. Deze bepaling behoudt de aflevering van geneesmiddelen voor aan apothekers. Anticonceptiva zijn geneesmiddelen (zie boven, nr. 449) (R.v.St., Chambre Syndicale des Pharmaciens d'expression française, nr. 17.205, 10 oktober 1975). Uit artikel 44 K.B. 6 juni 1960 volgt nog dat de distributie van geneesmiddelen slechts op grond van één reden aan de officina-apothekers en aan de artsen en dierenartsen kan ontzegd worden, te weten wegens de aard en de eigenschappen van deze geneesmiddelen waardoor zij voor normale farmaceutische distributie niet geschikt zijn (R.v.St., Algemene Pharmaceutische Bond, nr. 17.437, 11 februari 1976).

1541 Artsen die vaststellen dat geneesmiddelen die door een apotheker aan hun patiënten worden afgeleverd, slecht bereid zijn, strijdig met het recept of bedorven, zetten er hun zegel op en verzoeken deze patiënten ze enkel af te geven aan wie ze zal komen halen namens de bevoegde provinciale geneeskundige commissie. Daartoe moeten zij zo snel mogelijk de secretaris van deze commissie op de hoogte brengen van hun vaststelling (art. 20 W.U.G.; zie voor sancties: art. 38 § 1, 5° en 42; zie in dezelfde zin: art. 13 K.B. 31 mei 1885 houdende goedkeuring der nieuwe onderrichtingen voor de geneesheren, hierna vermeld als Onderrichtingen 31 mei 1885).

Zie voor een toepassing van artikel 20: Rb. Charleroi 9 mei 1989, *J.T.* 1990, 48. *In casu* gaat de verwijzing naar artikel 20 niet op omdat de slechte bereiding van het geneesmiddel te wijten was aan het foutieve voorschrift van de arts zelf.

1542 De W.U.G. bevat slechts minimale bepalingen in verband met het geneesmiddelenvoorschrift: ieder voorschrift moet ondertekend en gedagtekend zijn en zo uitvoerig mogelijk de gebruiksaanwijzing van het geneesmiddel vermelden (art. 21, eerste lid W.U.G.). De Koning kan de inhoud en de modaliteiten van het voorschrijven bepalen. Hij legt bovendien de bijkomende voorwaarden vast waaraan de voorschriften in ambulante en extramurale omgeving moeten voldoen (art. 21, tweede lid W.U.G.; de uitvoeringsbesluiten ontbreken nog). Het ondertekenen van een voorschrift mag niet gedelegeerd worden (*id.*).

Onverminderd het bepaalde in artikel 21 W.U.G. en onverminderd de reglementering betreffende de verdovende middelen, de psychotrope stoffen en de gifstoffen, dient het voorschrift de volgende inlichtingen te bevatten:
- de naam en het adres van de arts of van de tandarts die het voorschrift opmaakt;
- het erkenningsnummer bij het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering (R.I.Z.I.V.);
- de voornaam en naam van de patiënt, de posologie van het geneesmiddel en, indien nodig, de aanduiding dat het geneesmiddel bestemd is voor een kind of voor een baby;
- de handtekening van de voorschrijver.

Voor zover de van kracht zijnde reglementering een vernieuwing van een voorschrift toelaat, mag een voorschrift slechts worden vernieuwd, indien de voorschrijver het aantal en de termijn der toegelaten vernieuwingen voluit vermeld heeft (art. 15 Onderrichtingen 31 mei 1885).
Wanneer een geneesmiddel krachtens de wetten en reglementen slechts mag worden afgeleverd op overhandiging hetzij van een voorschrift van een arts of een tandarts, hetzij van een schriftelijke aanvraag, eisen de apothekers, naargelang het geval, een voorschrift opgesteld overeenkomstig artikel 15 of een schriftelijke aanvraag overeenkomstig de van kracht zijnde reglementaire bepalingen. De apothekers zijn verplicht deze voorschriften en aanvragen gedurende tien achtereenvolgende jaren te bewaren (art. 29 Onderrichtingen 31 mei 1885).

Wanneer een apotheker op voorschrift van een arts een geneesmiddel verstrekt waarop een teken voorkomt dat is opgelegd bij K.B. en dat verband houdt met de therapeutische werking van dat geneesmiddel, onthult hij hiermee geen geheim dat uit hoofde van zijn beroep op hem rust en schendt hij niet de verplichting die hem is opgelegd door artikel 35 Onderrichtingen 31 mei 1885, welke verplichting erin bestaat alles te vermijden wat zou strekken om misplaatste nieuwsgierigheid uit te lokken of te voldoen (R.v.St., Algemene Pharmaceutische Bond, nr. 23.686, 18 november 1983).

Inzake het voorschrijven van verdovende middelen bestaan meer specifieke voorschriften (zie boven, nr. 1378 e.v.).

1543 De Koning bepaalt, bij een in ministerraad overlegd besluit, de modaliteiten evenals de uitvoeringsmaatregelen volgens dewelke de apotheker een voorgeschreven farmaceutische specialiteit mag substitueren door een andere, op voorwaarde dat de actieve bestanddelen ervan dezelfde zijn en de voorschrijver zich niet uitdrukkelijk tegen dergelijke substitutie heeft verzet en de prijs voor de patiënt goedkoper is (art. 11, eerste lid W.U.G.; zie over deze bepaling: T. BALTHAZAR, "Substitutie van geneesmiddelen", *Vl. T. Gez.* 1994-95, 107-136; I. AERTS, *a.w.*, 53-54). Noch de modaliteiten noch de uitvoeringsmaatregelen werden tot nu toe bepaald. Bijgevolg mag een apotheker een voorgeschreven geneesmiddel niet door een ander middel dat wel dezelfde eigenschappen bezit maar goedkoper is dan het voorgeschreven middel, vervangen (zgn. substitutie) (zie: H. NYS, "Apotheker, arts en drugs. Enkele gezondheidsrechtelijke aspecten van het voorschrijven en afleveren van

drugs", *Panopticon* 1986, 337-339; M. ROLAND, *Pharmacie et Société*, I, *Légisation et déontologie pharmaceutique*, Brussel, Précis de Pharmacie de l'Université Catholique de Louvain, 1997, 273 p.; L. HOMBROECKX, "Legal issues of the exercise of pharmacists", in S. CALLENS (ed.), *Chapters on pharmaceutical law*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 187-189; J. DE SMET, "Het statuut en de aansprakelijkheid van de officina-apotheker", *Jur.Falc.* 1999-2000, 193-235).

In beginsel mag een apotheker evenmin weigeren een geneesmiddel dat door een arts werd voorgeschreven af te leveren. Indien de apotheker de afgifte zou weigeren omdat hij het oneens is met het oordeel van de arts overschrijdt hij zijn wettelijke bevoegdheid. Hij herformuleert de diagnose en/of therapie van de arts en oefent zodoende op onwettige wijze de geneeskunde uit. Indien de afgifte wordt geweigerd om bv. economische redenen dan lijkt de weigering op substitutie die in het algemeen wordt afgewezen. Men zou zich ook kunnen beroepen op het wettelijk monopolie van de apotheker om tot een afleveringsplicht te komen. Geheel overtuigend is dat argument evenwel niet: op grond van zijn monopolie is de arts evenmin door een behandelingsplicht gebonden. In spoedeisende gevallen kan de afleveringsplicht ook nog worden gesteund op artikel 422*bis* Sw. Maar in een dergelijk geval mag ook een arts zelf tot aflevering van een geneesmiddel overgaan (zie boven, nr. 1539).

Er kunnen zich omstandigheden voordoen waarin een apotheker geen afleveringsplicht heeft. Die omstandigheden zullen meestal verband houden met de aard van het voorgeschreven middel. Wanneer het zgn. drugs betreft dan kan bezwaarlijk worden volgehouden dat de apotheker ieder voorschrift moet uitvoeren. Het misbruikverbod van artikel 3 § 3 Drugwet geldt ook voor een apotheker (zie voor de argumentatie: H. NYS, *a.w.*, 337). Het kan niet de wil van de wetgever geweest zijn om de apotheker te onderwerpen aan het misbruikverbod en het hem tegelijk onmogelijk te maken zich aan dat verbod te houden. Indien een apotheker vaststelt dat een arts het misbruikverbod overtreedt moet hij kunnen vermijden te worden meegesleurd in deze overtreding van de Drugwet. Dat kan hij door te weigeren het voorgeschrevene af te leveren (zie in dezelfde zin, maar ook ruimer: M. ROLAND, *a.w.*, 272).

Van geheel andere aard is de weigering een geneesmiddel af te leveren omdat men gewetensbezwaren heeft tegen de doeleinden die dat middel dient. Men denke bv. aan euthanatica, anticonceptiva en abortiva. Wat deze laatste betreft: de gewetensbezwaarclausule vermeld in artikel 350, 5° Sw. vernoemt niet de apothekers. Wat anticonceptiva betreft maakt VERRYCKEN een onderscheid tussen anticonceptiva die vallen onder het terhandstellingsmonopolie van de apotheker en andere anticonceptiva. Voor deze laatste acht zij een weigering op grond van morele bezwaren geoorloofd. De grondwettelijk beschermde vrijheid van mening brengt dit met zich. Voor de eerst genoemde categorie bestaat een morele maar geen wettelijke plicht tot aflevering, en dit op grond van het terhandstellingsmonopolie (M. VERRYCKEN, "De juridische aspecten van de familieplanning", *R.W.* 1972-73, 1607; Hof Mensenrechten, arrest Pichon en Sajous/Frankrijk, 2 oktober 2001, nr. 49853/99, *onuitg.*, http://hudoc.echr.coe.int; zie over deze zaak: E. FOUASSIER, "Vers une clause de conscience du pharmacien d'offine?", *Rev. dr. sanit.* 2003, 43-53). Zie voor het verschaffen van euthanatica: artikel 14 Euthanasiewet (zie boven, nr. 929).

1544 De aflevering van geregistreerde geneesmiddelen in België is onderworpen aan een in België geldig doktersvoorschrift. In België mag een voorschrift slechts worden uitgevoerd als het is opgesteld door een persoon daartoe gerechtigd hetzij krachtens een Belgisch of een in België gelijkwaardig verklaard diploma, hetzij krachtens een diploma dat door de Europese Unie als gelijkwaardig wordt erkend (Antwerpen 9 december 1993, *R.W.* 1993-94, 781).

1545 Op de apotheker rust een verplichting de kwaliteit en de conformiteit van de door hem afgeleverde geneesmiddelen te waarborgen. Deze verplichting kan worden afgeleid uit artikel 13 Geneesmiddelenwet, maar niet uit artikel 2 van die wet (R.v.St., Algemene Pharmaceutische Bond, nr. 21.099, 10 april 1981, *Vl. T. Gez.* 1981-82, 212, noot H. NYS).

Zie in dezelfde zin als artikel 13 Geneesmiddelenwet: artikel 46 K.B. 6 juni 1960 en artikel 7, derde lid Onderrichtingen 31 mei 1885. De verplichting tot conformiteit houdt volgens sommigen in dat de apotheker het voorschreven geneesmiddel moet afleveren. De verplichting tot kwaliteit dat het geneesmiddel zich in goede staat moet bevinden (H. SWENNEN, *Juridische organisatie van het vrij beroep*, Antwerpen, Kluwer, 1975, 67). Een andere en meer correcte interpretatie van de conformiteitsverplichting is dat de apotheker er voor instaat dat het geneesmiddel dat wordt afgeleverd in overeenstemming is met de wetten en reglementen (in die zin: ontwerp van wet op de geneesmiddelen, *Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 169, 5).

1546 De verplichting van de apotheker de kwaliteit en de conformiteit van de afgeleverde geneesmiddelen te waarborgen wordt voorgesteld als de keerzijde van het monopolie van de apotheker voor de terhandstelling van geneesmiddelen (ontwerp van wet op de geneesmiddelen, *Parl. St.* Senaat, 1962-63, nr. 169, 5).

Reeds in het begin van de jaren '60 van de vorige eeuw was de industriële fabricage van geneesmiddelen zover voortgeschreden dat de regering besefte dat het de apotheker niet meer mogelijk was alleen, in zijn officina, die verantwoordelijkheid op doeltreffende wijze en op alle gebieden op zich te nemen. Daarom werd de Koning gemachtigd tot het erkennen van een of meer laboratoria waaraan de apothekers de controle op de kwaliteit en de conformiteit van de door hen afgeleverde geneesmiddelen kunnen opdragen (art. 13, tweede lid Geneesmiddelenwet). Een dergelijke erkenning mag evenwel niet tot gevolg hebben de apotheker van zijn verantwoordelijkheid te ontslaan of zijn verantwoordelijkheid te beperken (art. 13, tweede lid Geneesmiddelenwet; ontwerp van wet op de geneesmiddelen, *Parl. St.* Senaat 1962-63, nr. 169, 5; zie hierover ook: H. SWENNEN, *a.w.*, 67 -68).

1547 Uit de schaarse gepubliceerde rechtspraak m.b.t. de aansprakelijkheid van een apotheker blijkt dat zowel de voorschrijvende arts als de afleverende apotheker kans lopen aansprakelijk te worden gesteld als er wat misloopt met een voorschriftgebonden geneesmiddel.

De arts die een geneesmiddel voorschrijft voor een patiënt waarvoor dat geneesmiddel niet bestemd kan zijn en dat voor die patiënt levensgevaarlijk is, zelfs als het voorschrift op een correcte manier ware uitgevoerd, maakt zich schuldig aan gebrek aan vooruitzicht of voorzorg. De apotheker die in de bereiding van dat geneesmiddel een hoeveelheid cocaïne en cafeïne gebruikt die tienmaal sterker is dan op het medisch voorschrift vermeld, begaat een grove vergissing en maakt zich eveneens schuldig aan gebrek aan vooruitzicht of voorzorg (Mil. Ger. 4 april 1962, *R.W.* 1962-63, 900. Hierdoor werd Kr. Brussel 24 oktober 1961, *R.W.* 1962-63, 908 bevestigd). De arts kan zich niet verschuilen achter de controleplicht van de apotheker wanneer hijzelf op onzorgvuldige wijze een voorschrift heeft opgesteld en aldus voorzienbare schade heeft doen ontstaan. Zowel de arts als de apotheker moeten instaan voor de gehele schadevergoeding nu beider fouten zeker hebben bijgedragen tot de schade (Rb. Dinant 22 november 1994, *T. Gez.* 1995-96, 129 met noot N. COLETTE-BASECQZ).

Hoe riskant het gebruik van hernieuwingsvoorschriften kan zijn, is gebleken uit Rb. Charleroi 9 mei 1989, *J.T.* 1990, 48. Een arts schrijft per vergissing een toxisch geneesmiddel voor. De apotheker bemerkt die vergissing en vervangt op eigen houtje het voorgeschreven middel door het juiste middel. De patiënte wenst de therapie nog verder te zetten nadat de voorraad geneesmiddelen is opgebruikt en wendt zich tot haar arts voor een hernieuwingsvoorschrift. Zonder

nadere aanduidingen, geeft de arts zo'n hernieuwing, verwijzend naar het eerste, dus foute voorschrift. Dit hernieuwingsvoorschrift wordt dan uitgevoerd door de adjunct-apotheker die de vergissing niet bemerkt en het voorgeschreven middel wel aflevert. De patiënt bemerkt thuis het verschil met de eerste levering en vraagt haar arts uitleg. Die stelt haar gerust en raadt haar aan het geneesmiddel te gebruiken. Dat heeft voor de patiënte ernstige gevolgen. De arts wordt hiervoor aansprakelijk gesteld. Hem wordt de niet-naleving van artikel 13 Onderrichtingen 31 mei en artikel 20 W.U.G. verweten (zie boven, nr. 1541). Bovendien had hij, i.p.v. de patiënt gerust te stellen moeten nagaan of het voorgeschreven middel wel onschadelijk was en tenminste de patiënt moeten aanraden de behandeling niet verder te zetten. Maar ook de apotheker-titularis werd een fout aangewreven, nl. het niet-eerbiedigen van artikel 30 Onderrichtingen 31 mei 1885 (zie boven, nr. 1542) en artikel 33 (in het register melding maken van de uitgevoerde voorschriften waardoor de adjunct de vergissing had kunnen merken). De apotheker-titularis werd bovendien aansprakelijk gehouden voor de fout begaan door zijn adjunct. Arts en apotheker-titularis werden beiden voor de helft aansprakelijk gesteld.

De arts die als oogspoelmiddel natriumhydroxide (soude caustique, d.w.z. een brandende sodaoplossing) voorschrijft begaat daardoor een (zware) beroepsfout. De apotheker die dit product, zij het na lang aarzelen, toch aflevert, eveneens (Corr. Antwerpen 14 september 1984, *Vl. T. Gez.* 1987-88, 116, noot R. HEYLEN). In zijn noot vermeldt HEYLEN een al veel ouder arrest waarin een arts en een apotheker werden veroordeeld tot vergoeding van de helft van de schade. De arts had bariumcarbonaat (rattenvergif) voorgeschreven i.p.v. bariumsulfaat. De apotheker had het voorgeschreven product zonder meer afgeleverd (Brussel 9 april 1930, *R.G.A.R.* 1931, 751, noot J. GOEDSEELS). HEYLEN spreekt i.v.m. de verplichting van de apotheker op zijn hoede te zijn voor vergissingen van de arts over een "marginale toetsingsplicht" (R. HEYLEN, "De marginale toetsingsplicht van de apotheker", *Vl. T. Gez.* 1987-88, 117). Zie over de aansprakelijkheid van de apotheker: I. AERTS, *a.w.*, 59-86.

AFDELING II

BEOEFENAARS VAN DE TANDHEELKUNDE (TANDARTSEN)

1548 In de opvatting van de wetgever omtrent de relatie geneeskunde-tandheelkunde, maakt de tandheelkunde deel uit van de geneeskunde.

Artikel 1 W.U.G. omschrijft de geneeskunst als omvattend de geneeskunde, de tandheelkunde inbegrepen, en de artsenijbereidkunde. Ook uit artikel 3, eerste lid kan men afleiden dat tandheelkunde als een onderdeel van geneeskunde wordt beschouwd.

1549 De uitoefening van de tandheelkunde wordt geregeld in de W.U.G. en het K.B. 1 juni 1934 houdende reglement op de beoefening der tandheelkunde (hierna afgekort als reglement tandheelkunde), *B.S.* 7 juni 1934.

Dit reglement tandheelkunde, zoals het werd gewijzigd door latere besluiten, is ook na de W.U.G. van kracht gebleven. Het kan enkel nog bij wet worden gewijzigd (art. 52, eerste lid W.U.G.).

1550 Niemand mag de tandheelkunde uitoefenen die niet het diploma van licentiaat in de tandheelkunde (lees: tandarts) bezit dat werd behaald overeenkomstig de wetgeving op het toekennen van de academische graden en het programma van de universitaire examens, of die niet wettelijk ervan vrijgesteld is. Bovendien moet de titel worden geviseerd door de bevoegde geneeskundige commissie (art. 3, eerste lid en art. 7 § 1 W.U.G.; zie ook art. 1

reglement tandheelkunde: van de in dit art. genoemde getuigschriften en diploma's is enkel het onder 2° vermelde nog van praktisch belang; vgl. ook met art. 51 W.U.G.). Er bestaat geen orde van tandartsen.

1551 Artikel 3 K.B. 25 november 1991 houdende de lijst van bijzondere beroepstitels voorbehouden aan de beoefenaars van de geneeskunde, met inbegrip van de tandheelkunde (*B.S.* 14 maart 1992) stelt de lijst van de bijzondere beroepstitels voorbehouden aan de titularissen van een wettelijk diploma van licentiaat in de tandheelkunde als volgt vast: algemeen tandarts, tandarts specialist in de orthodontie en tandarts specialist in de paradontologie. Deze beroepstitels hebben geen enkele invloed op de bevoegdheden van tandartsen en meer bepaald wordt de uitoefening van de orthodontie door deze beroepstitel niet onttrokken aan de bevoegdheid van de (algemene) tandartsen (R.v.St., Chambres Syndicales Dentaires et co, nr. 45.868, 28 januari 1994).

1552 Artikel 3*bis* W.U.G. bepaalt dat zodra de criteria voor het behalen van de bijzondere beroepstitels van beoefenaars van de tandheelkunde van kracht zullen zijn, het onafhankelijk en op autonome wijze uitoefenen van de tandheelkunde voorbehouden zal worden aan de houders van die bijzondere beroepstitels of van de beoefenaars van de tandheelkunde die tevens houder zijn van het wettelijk diploma van dr. in de genees-, heel- en verloskunde of van de academische graad van arts en dit met inachtneming van de bepalingen van verworven rechten.

Bij K.B. van 10 november 1996 werden de erkenningsmodaliteiten van de beoefenaars van de tandheelkunde, houders van een bijzondere beroepstitel vastgesteld (*B.S.* 4 maart 1997). Bij M.B. van 11 juni 2001 werden de gemeenschappelijke criteria voor de erkenning van tandarts-specialisten bepaald (*B.S.* 5 juli 2001). Dit M.B. trad in werking op 1 juni 2002 (art. 12). Een M.B. van 28 mei 2001 (*B.S.* 10 juli 2001) stelt de bijzondere criteria vast voor de erkenning van de beoefenaars van de tandheelkunde, houders van de bijzondere beroepstitel van tandarts-specialist in de orthodontie. Overeenkomstig artikel 7 trad dit besluit in werking op 1 juni 2002. Artikel 5 § 1 bepaalt dat tandartsen die op dat ogenblik de toelating hebben om in België de tandheelkunde te beoefenen bij de bevoegde erkenningscommissie een aanvraag kunnen indienen voor het verwerven van de bijzondere beroepstitel van tandarts-specialist in de orthodontie. Artikel 5 § 2 bepaalt wie in aanmerking komt voor de erkenning. Een M.B. van 27 juli 2001 bevat analoge bepalingen voor de erkenning van beoefenaars van de tandheelkunde, houders van de bijzondere beroepstitel van tandarts-specialist in de paradontologie (*B.S.* 19 november 2001). Ook dit M.B. is in werking getreden op 1 juni 2002 (art. 7). Voor de bijzondere beroepstitel van algemeen tandarts zijn geen erkenningscriteria vastgesteld. Een en ander betekent dat sedert 1 juni 2002 het onafhankelijk en op autonome wijze uitoefenen van de tandheelkunde is voorbehouden aan de houders van een bijzondere beroepstitel van tandarts-specialist in de orthodontie of de paradontologie en aan de beoefenaars van de tandheelkunde die tevens houders zijn van de academische graad van arts (art. 3*bis* W.U.G.).

1553 De afbakening van de uitoefening van de geneeskunde *sensu stricto* en van de tandheelkunde kan aanleiding geven tot discussie.

Onder onwettige uitoefening van de tandheelkunde wordt verstaan het gewoonlijk verrichten van alle bewerkingen of handelingen uitgevoerd in de mond der patiënten die het behoud, de genezing, het herstellen of vervangen van het gebit daarin begrepen het weefsel van de tandkas, op het oog hebben, meer bepaald die welke behoren tot de operatieve tandheelkunde, de orthodontie, en de

mond- en tandprothese (art. 3, derde lid W.U.G.; vgl.: art. 3 reglement tandheelkunde dat een vergelijkbare bepaling bevat; bovendien vermeldt dat art. ook nog de diagnose en prognose, die aan deze behandelingen en bewerkingen voorafgaan). Zie in verband met "gewoonlijk verrichten": Cass. 26 mei 1992, *Arr. Cass.* 1992, 909; *Pas.* 1992, I, 847; zie boven, nr. 89.
Het reglement tandheelkunde bevat enkele bepalingen die kunnen helpen geneeskunde en tandheelkunde van elkaar af te bakenen. Overeenkomstig artikel 5, tweede lid mogen tandartsen geen bloedige bewerking uitvoeren dan aan de tanden en de daarmee samenhangende weefsels. Evenmin mogen zij mondziekten behandelen waarvan de therapie tot de geneeskunde *sensu stricto* behoort. Enkel de arts is voorts bevoegd de volledige verdoving uit te voeren bij een tandheelkundige operatie (art. 6 reglement tandheelkunde).

1554 Gelet op de omschrijving die de W.U.G. heeft gegeven aan de uitoefening van de tandheelkunde ("bewerkingen of handelingen uitgevoerd in de mond der patiënten") is het niet voor de hand liggend dat een tandarts geneesmiddelen mag voorschrijven (zie hierover ook: RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 866. De Ministeriële Circulaire van 22 september 1934 waarnaar door deze auteurs wordt verwezen in noot 23 heeft geen juridische gelding en verwijst bovendien naar de houders van het bekwaamheidsgetuigschrift i.p.v. naar licentiaten in de tandheelkunde). Artikel 8, eerste lid reglement tandheelkunde bepaalt wel dat licentiaten in de tandheelkunde slaap- of verdovingsmiddelen mogen voorschrijven voor de behandeling van de mond- en tandziekten. Door aan de woorden "handelingen, uitgevoerd in de mond der patiënten die het behoud en de genezing" van het gebit op het oog hebben geen letterlijke betekenis te geven kan men aan het voorschrijven van geneesmiddelen door tandartsen een wettelijke basis geven. Wel mogen niet om het even welke geneesmiddelen worden voorgeschreven. Slechts deze die in verband staan met het behoud, de genezing, het herstellen of vervangen van het gebit. Over de aard van dit verband (rechtstreeks, of ook onrechtstreeks) kan uiteenlopend worden gedacht. Toch moet het verband niet al te rechtstreeks worden opgevat. Het toedienen van een kalmerend middel aan een onrustige of angstige patiënt kan ook tot de bevoegdheid van de tandarts worden gerekend.

AFDELING III

BEOEFENAARS VAN DE KINESITHERAPIE

1555 Door de Wet van 6 april 1995 tot regeling van de uitoefening van de kinesitherapie (*B.S.* 16 juni 1995) werd in de W.U.G. een regeling opgenomen betreffende de uitoefening van de kinesitherapie (zie: hoofdstuk 1*bis* W.U.G.). Zie over deze wet: F. DEWALLENS, "Het nieuwe statuut van de kinesitherapeut en de weerslag ervan op de praktijk van andere beroepen in de gezondheidszorg. Een eerste commentaar", *Vl. T. Gez.* 1995-96, 94-107; H. NYS, "Het Arbitragehof en de uitoefening van de kinesitherapie", *R. W.* 1996-97, 1052; H. NYS, "De nieuwe kinesitherapeut is aangekomen", *A. Hosp.* 1995, nr. 2, 67; E. LEMMENS en P. RABAU, "De kinesitherapeut werd terecht

uitoefenaar van geneeskunde. Een kritische commentaar", *T. Gez.* 1996-97, 67-72 met naschrift F. DEWALLENS; K. STAPPAERTS, "Een wettelijk statuut voor de kinesitherapeut", *Vl. T. Gez.* 1994-95, 60-64.

1556 In afwijking van artikel 2 § 1 en zonder de betekenis van het begrip "de geneeskunde" bepaald in dit artikel te beperken mag niemand de kinesitherapie uitoefenen die niet houder is van een erkenning afgegeven door de minister tot wiens bevoegdheid de volksgezondheid behoort (art. 21*bis* § 1, eerste lid W.U.G.). Bovendien moet de titel worden geviseerd door de bevoegde provinciale geneeskundige commissie (art. 7 § 1, eerste lid W.U.G. dat o.m. naar art. 21*bis* verwijst).

De Koning kan de voorwaarden en regels bepalen voor het verkrijgen, het behouden en het intrekken van deze erkenning (art. 21*bis* § 2, eerste lid; zie K.B. 15 april 2002 betreffende de erkenning als kinesitherapeut en de erkenning van bijzondere beroepstitels en bijzondere bekwaamheden (*B.S.* 28 juni 2002).

1557 Uit de aanhef van artikel 21*bis* § 1, eerste lid W.U.G. kan worden afgeleid dat ook artsen de bevoegdheid hebben (behouden) om handelingen die behoren tot de kinesitherapie te beoefenen. Kinesitherapie mag uitgeoefend worden door artsen zonder dat zij daartoe een specifieke erkenning behoeven (Arbitragehof nr. 81/96, 18 december 1996, *B.S.* 15 januari 1997, B. 9.4, *R.W.* 1996-97, 1052 met noot H. NYS; F. DEWALLENS, *t.a.p.*, 105, nr. 32). Een arts die tevens als kinesitherapeut is erkend dient een keuze te maken tussen beide professionele activiteiten en dient zich te beperken tot één van beide (Nationale raad van de Orde der geneesheren, "Kinesitherapeuten", 15 februari 1997, *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 76, 33; *T. Gez.* 1998-99, 183).

Onder (onwettige) uitoefening van de kinesitherapie wordt verstaan het gewoonlijk verrichten van de volgende handelingen: systematische handelingen met als doel functieproblemen van spierskeletale, zenuwfysiologische, respiratoire, cardiovasculaire en psychomotorische aard te verhelpen door het toepassen van één van de volgende vormen van therapie:
a) de lichaamsoefeningtherapie, zijnde het tot een geneeskundig doel door de patiënt doen uitvoeren van bewegingen, met of zonder fysische bijstand;
b) de massagetherapie, zijnde het tot een geneeskundig doel toepassen van massagetechnieken op de patiënt;
c) de fysische therapieën, zijnde het tot een geneeskundig doel aan de patiënt toedienen van niet-invasieve fysische prikkels, zoals elektrische stromen, elektromagnetische stralingen, ultrageluiden, warmte- en koudeapplicaties en balneotherapie (art. 21*bis* § 4, 1°- 4° W.U.G.).

1558 Een kinesitherapeut mag enkel kinesitherapie uitoefenen ten aanzien van een patiënt die op grond van een voorschrift door een arts werd verwezen (art. 21*bis* § 6, eerste lid). De kinesitherapeut die gewoonlijk de kinesitherapie beoefent zonder een voorschrift van een arts maakt zich schuldig aan de onwettige uitoefening van de geneeskunde (art. 38 § 1, 1° W.U.G.; zie: Gent 5 mei 1997, *T. Gez.* 1997-98, 346).

Het voorschrift moet een schriftelijk document zijn. Het vermeldt de diagnose of de diagnostische gegevens van de arts, de prestatie of de prestaties die hij vraagt alsook het maximum aantal behandelingsbeurten bij de kinesitherapeut (art. 21*bis* § 6, tweede lid). Wanneer de doorverwij-

zende arts ermee instemt, mag de kinesitherapeut ook andere dan de voorgeschreven prestaties verrichten of de voorgeschreven prestaties niet verrichten (art. 21*bis* § 6, derde lid; de kinesitherapeut mag dus, in overleg met de arts, afwijken van de door de arts voorgestelde behandeling. De kinesitherapeut moet voldoende zin voor kritiek aan de dag leggen en mag niet blindelings een voorschrift uitvoeren dat hem overduidelijk ongeschikt moest lijken (Rb. Brussel 20 september 1996, *R.G.A.R.* 1998, 12970)). Op verzoek van de doorverwijzende arts moet de kinesitherapeut hem een verslag bezorgen over de uitvoering van de behandeling en de verkregen resultaten (art. 21*bis* § 6, laatste lid W.U.G.).

AFDELING IV

BEOEFENAARS VAN DE VERPLEEGKUNDE

1559 De uitoefening van de verpleegkunde wordt geregeld in hoofdstuk 1*ter* W.U.G.

Niemand mag de verpleegkunde zoals ze in artikel 21*quinquies* W.U.G. is bepaald, uitoefenen indien hij niet erkend is als drager van hetzij de beroepstitel van verpleegkundige hetzij de beroepstitel van gegradueerde verpleegkundige of beantwoordt aan artikel 21*quater* § 3 W.U.G. Bovendien moeten de certificaten, brevetten of diploma's het visum krijgen van de bevoegde provinciale geneeskundige commissie. Voordat het visum wordt verleend, gaat de erkenningscommissie van de Nationale raad voor verpleegkunde na of de betrokkene beantwoordt aan de criteria voor de erkenning als houder van de beroepstitel bedoeld in artikel 24*quater* (art. 21*quater* § 1 en art. 21*sexies* § 1 W.U.G.).
Artikel 38*ter*, 1° W.U.G. stelt strafbaar wie zonder in het bezit te zijn van de vereiste erkenning of zonder het visum één of meer activiteiten van verpleegkunde van het a) type uitoefent met de bedoeling er financieel voordeel uit te halen of één of meer activiteiten van verpleegkunde van het b) of c) type op gewoonlijke wijze uitoefent. De strafsanctie in geval van onwettige uitoefening van de verpleegkunde is bepaald in artikel 38*ter*, eerste lid W.U.G. nl. gevangenisstraf van 26 dagen tot 3 maanden en/of een geldboete van 26 tot 2.000 EUR.
Het onderscheid tussen a) handelingen enerzijds en b/c handelingen anderzijds houdt verband met de bedoeling van de wetgever om "mantelzorg" (ouders-kind; kind-ouders enz.) niet buiten de wet te stellen. Verzorgende handelingen door familie, buren, vrienden enz. blijven wettelijk toegelaten zolang dat niet gebeurt met de bedoeling er financieel voordeel uit te halen.
De bepaling dat ieder die verpleegkundige handelingen stelt zonder daartoe de wettelijke bevoegdheid te hebben, strafbaar is, is niet van toepassing op personen die gemachtigd zijn de geneeskunde uit te oefenen en op de vroedvrouwen, de zorgkundigen en de beoefenaars van de kinesitherapie en de paramedische beroepen, voor wat de reglementaire uitoefening van hun beroep betreft. Ze is evenmin van toepassing op de student in de geneeskunde, in de kinesitherapie, de student vroedvrouw en de personen in opleiding tot een paramedisch beroep die de vermelde activiteiten verrichten in het kader van hun opleiding en uiteraard evenmin op de studenten verpleegkunde.

Wie niet voldoet aan het diplomavereiste maar op 1 september 1990 sinds minstens 3 jaar tewerkgesteld was in een ziekenhuis of een (tand)artsenpraktijk mag verpleegkundige activiteiten blijven uitvoeren onder dezelfde voorwaarden als de beoefenaars van de verpleegkunde die zulke prestaties uitvoeren (art. 54*bis* § 1 W.U.G.). Overeenkomstig § 2 van deze bepaling verliezen deze personen dit voordeel als zij zich niet bekendmaken binnen een door de Koning bepaalde termijn. Dit diende te gebeuren vóór 1 april 1996 (K.B. 8 september 1993, *B.S.* 26 oktober 1993 en K.B. 9 januari 1995, *B.S.* 11 februari 1995). Zie hierover: M. VANHOVE, "Uitoefening van de verpleegkunde. Toepassingsproblemen bij art. 54*bis* van het K.B. nr. 78 betreffende de uitoefening van de geneeskunde, de verpleegkunde, de paramedische beroepen en het uitvoeringsbesluit van 8 september 1993", *De Gemeente* 1993, 12, 697-699). Door te eisen dat de tewerkstelling drie jaar teruggaat tot 1 september 1990, d.w.z. in een periode waarin het niet mogelijk was de precieze

inhoud van de verpleegkunde te kennen en waarin de betrokkenen geen enkele procedure werd geboden om zich ervan te vergewissen dat zij aan de in artikel 54*bis* opgelegde voorwaarde voldeden, heeft de wetgever een maatregel aangenomen die van aard is dat de rechtmatige verwachtingen van de betrokkenen kunnen worden verschalkt. Pas wanneer zij de inhoud van het K.B. 18 juni 1990 en van de bijlagen ervan hebben vernomen, hebben die personen kunnen beslissen ofwel om een beroep waarvan de uitoefening hun voortaan werd verboden op te geven, ofwel om een studie aan te vatten teneinde de in de bijlagen van dat besluit opgesomde diploma's, titels of brevetten te behalen, wat hen in staat zou stellen dat beroep te blijven uitoefenen. Door zijn retroactieve aard is de maatregel niet evenredig met het nagestreefde doel. Derhalve schendt artikel 54*bis* de artikelen 10 en 11 G.W. inzoverre het van de personen die niet voldoen aan de bekwaamheidsvereisten van artikel 21*quater*, vereist dat zij op 1 september 1990 gedurende minstens drie jaar in een verzorgingsinstelling of in een kabinet van een arts of tandarts tewerkgesteld zijn geweest (Arbitragehof nr. 154/2002, 6 november 2002, *B.S.* 24 februari 2003 en Arbitragehof nr. 183/2002, 11 december 2002, *B.S.* 18 maart 2003). Beide arresten werden geveld na prejeduciële vragen gesteld door de Raad van State (nr. 95.626, 95.624, 95.625 en 97. 472 van 18 mei 2001 en 4 juli 2001 inzake Malfatti, Vanesse, Lenoir en Rucquoy alsook nr. 101.931 en 102.634 van 18 december 2001 en 18 januari 2002 inzake Trogu en Lienaux). Daarnaast werden de beslissingen van de provinciale geneeskundige commissies tot weigering van de verworven rechten in hoofde van de verzoekers voorlopig geschorst. Na de vermelde arresten van het Arbitragehof vernietigde de Raad van State de beslissingen tot weigering van de verworven rechten (zie o.m.: R.v.St., Malfatti, nr. 117.661, 28 maart 2003). Tot heden werd artikel 54*bis* niet aangepast.

1560 De activiteiten waarvan de uitoefening als verpleegkunde wordt beschouwd worden opgesomd in artikel 21*quinquies* § 1 W.U.G. Het betreft drie categorieën activiteiten waarvan voor de relatie tussen arts en verpleegkundige de tweede en de derde categorie van belang zijn (zie: H. NYS, "De uitoefening van de verpleegkunde. Overzicht van enkele recente wettelijke regelingen", *A. Hosp.* 1986, 38-40). De eerste categorie geeft een uitvoerige omschrijving van de traditionele, verzorgende rol van de verpleegkundigen. Doorgaans houden artsen zich daar niet mee bezig en er stellen zich hier dan ook weinig problemen i.v.m. afbakening van bevoegdheden en wederzijdse verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid.

Artikel 21*quinquies* § 1, b vernoemt het vervullen van "de technisch-verpleegkundige verstrekkingen waarvoor geen medisch voorschrift nodig is, alsook deze waarvoor wel een medisch voorschrift nodig is. Die verstrekkingen kunnen verband houden met de diagnosestelling door de arts, de uitvoering van een door de arts voorgeschreven behandeling of met het nemen van maatregelen inzake preventieve geneeskunde". Artikel 21*quinquies* § 1, c vermeldt "de uitvoering van geneeskundige handelingen die door een arts kunnen worden toevertrouwd overeenkomstig artikel 5 § 1, tweede en derde lid (W.U.G.)". Op grond van artikel 5 § 1, tweede lid kan de Koning de voorwaarden vaststellen waaronder deze handelingen kunnen worden opgedragen aan personen die bevoegd zijn om de verpleegkunde uit te oefenen. Op grond van artikel 5 § 1, derde lid kan hij de lijst vaststellen van deze handelingen, de uitvoeringsmodaliteiten en de vereiste kwalificatievoorwaarden. Inzake de handelingen vermeld in artikel 21*quinquies* § 1, b beschikt de Koning over een gelijkluidende bevoegdheid op grond van artikel 21*quinquies* § 3. Een K.B. van 11 maart 1985 stelde de lijst van technisch verpleegkundige prestaties en van handelingen die door een arts kunnen worden toevertrouwd aan de beoefenaars van de verpleegkunde vast alsook de uitvoeringsmodaliteiten ervan en de vereiste kwalificatievoorwaarden, *B.S.* 22 maart 1985. Het werd vernietigd door R.v.St., Kinart, nr. 27.781, 3 april 1987 en vervangen door K.B. 18 juni 1990 houdende vaststelling van de lijst van de technische verpleegkundige prestaties en de lijst van de handelingen die door een geneesheer aan beoefenaars van de verpleegkunde kunnen worden toevertrouwd, alsmede de wijze van uitvoering van die prestaties en handelingen en de kwalificatievereisten waaraan de beoefenaars van de verpleegkunde moeten voldoen, *B.S.* 26 juli 1990, meermaals gewijzigd (zie i.v.m. het vroegere besluit en de gevolgen van de vernietiging door de Raad van State: H. NYS, "Gezondheidsrecht", in M. DE BAUW e.a., *Recht voor Verpleegkundigen*,

Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 2° herwerkte uitgave, nr. 759 e.v.; A. SIMOENS-DESMET, "Evolutie van de toepassing van de wet op de uitoefening van de verpleegkunde", *Vl. T. Gez.* 1990-91, 165-170).

Het onderscheid tussen de tweede en de derde categorie handelingen is moeilijk te maken en wellicht onbestaand. Dat werd reeds bevestigd tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet van 20 december 1974 (*B.S.* 29 april 1975) die leidde tot de hier besproken bepalingen in de W.U.G. Volgens HENNAU-HUBLET, die ook van mening is dat het onderscheid maar moeilijk valt te maken, zou er toch een verschil zijn in deze zin dat voor de tweede categorie handelingen de arts geen controle zou dienen uit te oefenen terwijl dat wel dient te gebeuren voor handelingen behorend tot de derde categorie (C. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal*, nr. 108-112). Zie voor kritiek op deze opvatting mijn bespreking van dit werk in *R.W.* 1987-88, 63. Dat het onderscheid tussen beide categorieën handelingen zeer relatief is blijkt ook nog hieruit dat bepaalde handelingen die in het vernietigde K.B. van 11 maart 1985 in de categorie van toevertrouwde medische handelingen werden ondergebracht, in bijlage I van het K.B. van 18 juni 1990 als technische verpleegkundige handelingen worden beschouwd. Daardoor bevat deze laatste categorie nu ingrijpende medische handelingen, zoals o.m. de voorbereiding en uitvoering van en het toezicht op technieken van hemodialyse, plasmaferese, peritoneale dialyse, gebruik van en toezicht op thoraxdrainagesysteem enz. Daarentegen is de categorie van toevertrouwde medische handelingen, vermeld in bijlage II van het K.B. van 18 juni 1990 sterk ingekrompen in vergelijking met het vernietigde besluit.

1561 Bijlage I K.B. 18 juni 1990 bevat de lijst van de technische verpleegkundige prestaties die door de beoefenaars van de verpleegkunde mogen worden verricht. T.a.v. de relatie tussen arts en verpleegkundige is het onderscheid van belang dat wordt gemaakt tussen prestaties waarvoor geen voorschrift van de arts nodig is (zgn. B1-prestaties) en prestaties waarvoor een dergelijk voorschrift wel vereist is (zgn. B2-prestaties).

Nergens wordt gespecifieerd wat onder een "voorschrift" dient te worden verstaan. In bijlage III bij het vernietigde K.B. van 11 maart 1985 werd bij het voorschrift de volgende toelichting verstrekt: "de handeling mag slechts uitgevoerd worden op voldoende gedetailleerd voorschrift door een geneesheer ondertekend". Sommige verpleegkundige handelingen betreffen het assisteren van een arts. De term "assistentie" veronderstelt dat arts en verpleegkundige samen handelingen verrichten bij een patiënt, waarbij er direct visueel en verbaal contact tussen hen bestaat (art. 2 K.B. 2 juli 1999 tot wijziging K.B. 18 juni 1990, *B.S.* 29 oktober 1999).
De technische verpleegkundige prestaties vermeld in bijlage I K.B. 18 juni 1990 mogen enkel worden verricht door beoefenaars van de verpleegkunde die een van de kwalificaties vermeld in bijlage III van dit besluit bezitten (art. 2 K.B. 18 juni 1990).

1562 Bijlage II K.B. 18 juni 1990 bevat de lijst van de handelingen die door een arts aan beoefenaars van de verpleegkunde kunnen worden toevertrouwd, of de zgn. toevertrouwde geneeskundige handelingen. Deze handelingen mogen enkel worden verricht door beoefenaars van de verpleegkunde die een van de kwalificaties vermeld onder de punten a) en b) van bijlage III van het Besluit van 18 juni 1990 bezitten (art. 6 K.B. 18 juni 1990). Andere beoefenaars van de verpleegkunde zijn niet bevoegd deze handelingen te verrichten. Een van deze handelingen is de voorbereiding en toediening van vaccins, in aanwezigheid van een arts (zie daarover: de adviezen van de Nationale raad van de Orde der geneesheren van 20 januari 1996, *T. Orde Geneesh.* 1996, nr. 72, 28; 22 maart 1997, *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 78, 18 en 18 oktober 1997, *T. Orde Geneesh.* 1997, nr. 79, 24).

Nergens wordt bepaald onder welke voorwaarden een arts de uitvoering van een toevertrouwde medische handeling mag toevertrouwen aan een verpleegkundige. Eén voorwaarde volgt wel impliciet uit het hierboven vermelde artikel 6. De arts mag enkel een bevoegde beoefenaar van de verpleegkunde belasten met de uitvoering van een toevertrouwde medische handeling, zoniet begaat hij een strafbaar feit (art. 38, 2°, b W.U.G.; ook de onbevoegde beoefenaar van de verpleegkunde kan worden gestraft op grond van art. 38, 2°, d.).

1563 Op grond van artikel 5 § 1 en artikel 21*ter* § 1, c W.U.G. is de Koning bevoegd de voorwaarden vast te stellen waaronder artsen aan beoefenaars van de verpleegkunde medische handelingen kunnen opdragen. Tot op heden werd die bevoegdheid niet gebruikt. K.B. 18 juni 1990 bepaalt enkel de lijst van technisch verpleegkundige prestaties en toevertrouwde medische handelingen, de kwalificatievoorwaarden en in beperkte mate de uitvoeringsmodaliteiten. Eigenlijke delegatievoorwaarden treft men niet aan in dit besluit (zie in verband met de delegatie van medische handelingen door een arts: de adviezen van de Nationale raad van de Orde der geneesheren van 17 november 1990, *T. Orde Geneesh.* 1990, nr. 51, 30 en van 30 oktober 1999, *T. Orde Geneesh.* 1999, nr. 87, 19).

1564 Een K.B. van 18 januari 1994 (*B.S.* 9 maart 1994) bepaalt de lijst van bijzondere beroepstitels en bijzondere beroepsbekwamingen voor de beoefenaars van de verpleegkunde.

Zie voor de erkenningsprocedure: K.B. 20 mei 1994, *B.S.* 19 juli 1994. Een M.B. van 16 april 1996 stelt het formulier vast voor de erkenningsaanvraag (*B.S.* 3 augustus 1996). Een ander M.B. van 16 april 1996 stelt de criteria vast voor erkenning van beoefenaars van de verpleegkunde als houders van de bijzondere beroepstitel van gegradueerde verpleger/verpleegster in intensieve zorg en spoedgevallenzorg (*B.S.* 3 augustus 1996).

1565 De betrokkenheid van verpleegkundigen bij de uitvoering van medische handelingen heeft er toe geleid dat bij het beoordelen van de aansprakelijkheid van een arts of een ziekenhuis naar aanleiding van een schadegeval dat zich heeft voorgedaan in een ziekenhuis, ook de vraag is gerezen naar de mogelijke aansprakelijkheid van de verpleegkundigen. Voor fouten van ziekenhuisverpleegkundigen kunnen ofwel de arts die optrad als (gelegenheids)-aansteller van de verpleegkundige of het ziekenhuis burgerlijk aansprakelijk worden gesteld of beiden samen. De aard van de door de verpleegkundige gepleegde fout is daarbij doorslaggevend. Artikel 21*quinquies* § 1 W.U.G. deelt de verpleegkundige activiteiten in drie categorieën in. De eerste categorie is vaag en algemeen omschreven, met de nadruk op de kenmerkende verzorgingstaken van verpleegkundigen. Zij kunnen deze handelingen op eigen initiatief verrichten, zonder afhankelijk te zijn van een arts. In een ziekenhuis kan de verpleegkundige dan worden beschouwd als de hulppersoon van het ziekenhuis. Een fout in het optreden door een verpleegkundige brengt de contractuele aansprakelijkheid van het ziekenhuis in het gedrang (T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 575). De tweede categorie van verpleegkundige handelingen zijn de technische verpleegkundige verstrekkingen. Een arts kan aansprakelijk worden gesteld voor een fout die een verpleegkundige maakt bij de uitvoering van een dergelijke activiteit wanneer de verpleegkundige bij de uitvoering

ervan in een meer direct verband staat tot de arts dan tot het ziekenhuis. Het vereiste van een medisch voorschrift is een belangrijke maar geen doorslaggevende aanwijzing in dit verband (T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 578). Ten slotte zijn er de toevertrouwde medische handelingen. Uit de aard van deze handelingen kan worden afgeleid dat ze eerder tot de verbintenissen van de arts behoren. Fouten van verpleegkundigen in de uitvoering ervan zijn aan de arts toerekenbaar (T. VANSWEEVELT, *a.w.*, 579).

AFDELING V

BEOEFENAARS VAN PARAMEDISCHE BEROEPEN

1566 De uitoefening van de paramedische beroepen wordt geregeld in hoofdstuk II W.U.G.

Voor de toepassing van dat hoofdstuk wordt verstaan onder de uitoefening van een paramedisch beroep het gewoonlijk verrichten door anderen dan artsen, vroedvrouwen, tandartsen, apothekers, kinesitherapeuten en beoefenaars van de verpleegkunde van technische hulpprestaties die verband houden met het stellen van de diagnose of met het uitvoeren van de behandeling, zoals zij nader bepaald kunnen worden in uitvoering van artikel 23 alsook het "gewoonlijk" uitvoeren van de bij artikel 5 § 1, eerste lid bedoelde handelingen en het gewoon uitvoeren van de bij artikel 6 bedoelde handelingen (art. 22 W.U.G.). De in artikel 5 § 1 bedoelde handelingen betreffen handelingen die de diagnose voorafgaan of de toepassing van de behandeling aangaan of de uitvoering van maatregelen van preventieve geneeskunde betreffen. Zowel voor de handelingen bedoeld in artikel 22, 1° en 2° kan de Koning de prestaties nader bepalen en de uitvoeringsmodaliteiten vaststellen (zie verder, nr. 1567). Een M.B. van 12 augustus 1988 duidde de paramedische beroepen aan (*B.S.* 7 oktober 1988) maar werd vernietigd door R.v.St., Chambre Syndicale Dentaire de Wallonie, nr. 33.462, 27 november 1989 (zie omtrent dit M.B.: H. NYS, "Patiëntenvervoer als paramedisch beroep", *A. Hosp.* 1988, afl. 4, 71; zie over de problemen i.v.m. de uitvoering van deze bepalingen ook: H. NYS, "Reclameregelingen voor de beoefenaars van een paramedisch beroep", *Vl. T. Gez.* 1983-84, 149; H. NYS, "Medische en paramedische beroepsuitoefening. Over oftalmologen en opticiens", in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, nr. 3; A. DIEGENANT, "Enkele beschouwingen over het statuut van de paramedische beroepen", *Vl. T. Gez.* 1992-1993, 173-177).

De beoefenaars van de in artikel 22 bedoelde handelingen mogen alleen hun beroep uitoefenen indien zij vooraf hun titels hebben laten viseren door de bevoegde provinciale geneeskundige commissie. Bij het verlenen van het visum gaat de commissie over tot de registratie van de belanghebbende (art. 24*bis* W.U.G.).

1567 De lijst van handelingen en van de uitvoeringsmodaliteiten werd vastgesteld voor de volgende paramedische beroepen: medisch laboratorium technoloog (K.B. 2 juni 1993, *B.S.* 10 juli 1993); logopedist (K.B. 20 oktober 1994, *B.S.* 6 december 1994); ergotherapeut (K.B. 8 juli 1996, *B.S.* 4 september 1996); bandagist, orthesist, prothesist (K.B. 6 maart 1997, *B.S.* 16 mei 1997); diëtist (K.B. 19 februari 1997, *B.S.* 4 juni 1997); technoloog medische beeldvorming (K.B. 28 februari 1997; *B.S.* 7 juni 1997); farmaceutisch-technisch assistent (K.B. 5 februari 1997, *B.S.* 2 juli 1997); orthopedist (K.B. 24 november 1997, *B.S.* 25 december 1997) en podoloog (K.B. 15 oktober 2001, *B.S.* 7 december 2001).

Buiten artsen, vroedvrouwen, tandartsen, apothekers en kinesitherapeuten voor wat betreft de prestaties verbonden aan hun respectieve kunst mag niemand anders dan een paramedicus de bij zijn beroep behorende handelingen verrichten (art. 24 § 1 W.U.G.). Ook een verpleegkundige mag in het raam van zijn beroep paramedische handelingen verrichten (art. 39, 1°, laatste lid W.U.G.).

AFDELING VI

VROEDVROUWEN

1568 Bij afwijking van artikel 2, §1 W.U.G. dat de uitoefening van de geneeskunde voorbehoudt aan de houders van het wettelijk diploma van doctor in de genees-, heel- en verloskunde, zijn de houdsters van het diploma van vroedvrouw, dat overeenkomstig de door de Koning vastgestelde bepalingen werd uitgereikt, gemachtigd de praktijk van de normale bevallingen te doen (art. 2 § 2, eerste lid W.U.G.; RYCKMANS en MEERT-VAN DE PUT, *Droits et obligations*, nr. 879-894). Zij moeten hun titel laten viseren door de bevoegde provinciale geneeskundige commissie (art. 2 § 2, eerste lid en art. 7 § 1 W.U.G.).

Artikel 2 § 2, eerste lid werd door artikel 28, 2° van de Wet van 10 augustus 2001 (*B.S.* 1 september 2001) als volgt vervangen: "Bij afwijking van § 1 van dit artikel zijn de personen die door de minister tot wiens bevoegdheid de Volksgezondheid behoort of een door hem gemachtigd ambtenaar, erkend zijn als drager van de beroepstitel van vroedvrouw gemachtigd de praktijk van de normale bevallingen te doen". De inwerkingtreding van deze bepaling dient op grond van artikel 77 van de Wet van 2 augustus 2002 (*B.S.* 29 augustus 2002) door de Koning te worden bepaald hetgeen tot op heden niet is gebeurd.

De W.U.G. beschouwt de praktijk van de normale bevallingen als de uitoefening van de geneeskunde. In de mate dat vroedvrouwen wettelijk bevoegd zijn deze praktijk te beoefenen dienen zij als beoefenaars van de geneeskunde, naast de artsen en tandartsen, te worden beschouwd. De W.U.G. aanziet als onwettige uitoefening van de geneeskunde, het gewoonlijk verrichten door een onbevoegde persoon van elke handeling die tot doel heeft, of wordt voorgesteld tot doel te hebben, het toezicht uit te oefenen op de zwangerschap, op de bevalling of op het *postpartum*, alsmede elk ingrijpen dat erop betrekking heeft (art. 2 § 2, laatste lid). Buiten de praktijk van de normale bevallingen heeft een vroedvrouw geen enkele bevoegdheid om onder eigen verantwoordelijkheid welke medische handelingen dan ook te verrichten (Brussel 8 februari 1995, *T. Gez.* 1996-97, 264). Een vroedvrouw kan noch mag de resultaten van een foetale monitoring interpreteren, omdat dit in essentie tot het vakgebied van de arts behoort (Corr. Antwerpen 24 november 2000, *R.W.* 2000-01, 1423, met noot H. NYS, "Over de bevoegdheid van de vroedvrouw").

1569 De uitoefening van het beroep van vroedvrouw wordt geregeld in het K.B. van 1 februari 1991.

De vroedvrouw is bevoegd om onder eigen verantwoordelijkheid het toezicht op zich te nemen van de zwangere vrouw bij wie een zwangerschap met verhoogd risico werd uitgesloten, om bevallingen te verrichten waarvan de evolutie zeer waarschijnlijk normaal zal verlopen en om de begeleiding en verzorging van moeder en kind gedurende het normale *postpartum* waar te nemen. De normale zwangerschap en de normale bevalling zijn het geheel van fysiologische, mechanische en psychologische verschijnselen die leiden tot de spontane uitdrijving à terme van de foetus in achterhoofdligging en vervolgens van de placenta (art. 1 § 1). De vroedvrouw mag de diagnose van de zwangerschap stellen en moet zwangerschappen met verhoogd risico opsporen door de volgende onderzoeken en handelingen te verrichten of door erop toe te zien dat

deze uitgevoerd worden: het wegen; urine-onderzoek; meten van de bloeddruk; meten van de hoogte van de baarmoederfundus; abdominale palpatie; beluisteren van de foetale harttonen; vaginaal toucher en speculum onderzoek; toezicht door tococardio-metrie; aanvraag voor echografisch onderzoek uit te voeren door een gespecialiseerde arts; aanvragen van bloedonderzoek en andere aanvullende onderzoeken in het kader van de uitoefening van het beroep (art. 4 § 2). Tijdens de *partus* mag de vroedvrouw een amniotomie uitvoeren voor zover het voorliggend deel niet meer opdrukbaar is; een episiotomie toepassen (inclusief de lokale anesthesie, zie hieronder); toepassen van reanimatiemaatregelen; bij intacte aarssfincter overgaan tot het hechten van het perineum, ook in het geval van episiotomie; medewerking verlenen bij het toezicht op de parturiente onder anesthesie of analgesie (art. 5).

De vroedvrouw is verplicht de nodige schikkingen te nemen om onvoorziene verwikkelingen binnen de kortst mogelijke tijd te verhelpen (art. 1 § 2). De vroedvrouw is verplicht een verloskundig dossier bij te houden van elke ten laste genomen cliënte. Het dossier vermeldt inzonderheid de naam van de gyneacoloog en de benaming van het ziekenhuis, waarnaar de cliënte wenst te worden verwezen (art. 1 § 3). De vroedvrouw dient over het nodige materiaal te beschikken om ter voorbereiding van de bevalling aan de ouders raadgevingen te verstrekken over hygiëne en voeding; de diagnose van de zwangerschap te stellen; de zwangerschap te volgen; de bevalling uit te voeren en de eerste zorgen aan de pasgeborene toe te dienen en tijdens het *postpartum* de verzorging te verzekeren en het toezicht uit te oefenen (art. 2). Bij de uitoefening van het beroep zal de vroedvrouw waken over de strikte toepassing van de regels van hygiëne, zowel tegenover de moeder en het kind als tegenover zichzelf (art. 3). Gedurende het toezicht op het verloop van de zwangerschap moet de vroedvrouw de zwangere vrouw aanzetten zich aan een medisch onderzoek te onderwerpen in het begin van de zwangerschap en in de loop van het laatste trimester ervan (art. 4 § 1). Indien de vroedvrouw gedurende het toezicht op het verloop van de zwangerschap en tijdens de verschillende stadia van de bevalling en het *postpartum* pathologische tekens vaststelt moet ze een beroep doen op een arts of de overbrenging naar een ziekenhuis beslissen. In beide gevallen dient ze de nodige maatregelen te treffen (art. 7). In geval van maternele of neonatale sterfte moet de vroedvrouw onmiddellijk een arts verwittigen (art. 8). De vroedvrouw is verplicht via een permanente vorming zich op de hoogte te houden van de evolutie van de verloskunde (art. 9).

Naast het algemeen geldende verbod medische handelingen te stellen (behalve uiteraard de praktijk van de normale bevallingen; zie boven) is het de vroedvrouw in het bijzonder verboden de volgende handelingen te verrichten: kunstmatige dilatatie van de baarmoederhals; gebruik van de verlostang of de zuignap; uitvoeren of instandhouden van een algemene, regionale of lokale verdoving uitgezonderd lokale anesthesie voor de uitvoering en de hechting van een episiotomie; inwendige kering en extractie op stuitligging behalve in dringende gevallen van een acute foetale nood; manuele extractie van de placenta behalve in dringende gevallen en de manuele exploratie van de baarmoeder behalve in dringende gevallen (art. 6). Zie i.v.m. epidurale analgesie: R. HEYLEN, "Het recente K.B. van 18 juni 1990 en de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de anesthesioloog voor anesthesie verpleegkundigen. Medico-legale aspecten van de epidurale analgesie bij de zwangere, toegepast op de vroedvrouwen", noot bij Rb. Namen 9 juli 1987, *Vl. T. Gez.* 1990-91, 180-190; Corr. Dendermonde 19 maart 1991, *Vl. T. Gez.* 1991-92, 125, noot R. HEYLEN: "een arts die een epidurale reïnjectie overlaat aan een vroedvrouw hoort zich ter plaatse te komen vergewissen van de correcte uitvoering. Indien hijzelf de injectie uitvoert, dient hij de aangeboden producten te controleren".

1570 De drager van de beroepstitel van vroedvrouw die haar diploma heeft behaald voor 1 oktober van het vierde jaar na de inwerkingtreding van artikel 34 van de Wet van 10 augustus 2001 houdende de maatregelen inzake gezondheidszorg (*B.S.* 1 september 2001), mag van rechtswege de verpleegkunde uitoefenen onder dezelfde voorwaarden als de dragers van de beroepstitel van gegradueerde verpleegkundige (art. 21*quater* § 4, eerste lid W.U.G.). De drager van de beroepstitel van vroedvrouw mag van rechtswege de verpleegkunde uitoefenen binnen het terrein van de verloskunde, de fertiliteits-

behandeling en de neonatologie (art. 21*quater* § 4, tweede lid W.U.G.). De inwerkingtreding van artikel 21*quater* dient door de Koning te worden bepaald op grond van artikel 77 van de Wet van 2 augustus 2002 (*B.S.* 29 augustus 2002). Dit is tot heden niet gebeurd.

HOOFDSTUK II

WETTELIJKE REGELING VAN DE RECHTSVERHOUDINGEN TUSSEN ARTSEN EN ZIEKENHUIZEN

AFDELING I

WET OP DE ZIEKENHUIZEN

§ 1. Algemeen

1571 Titel IV van de Ziekenhuiswet bevat specifieke bepalingen betreffende het beheer van de ziekenhuizen en het statuut van de ziekenhuisarts.

Deze bepalingen kwamen tot stand door K.B. nr. 407 van 18 april 1986 (*B.S.* 6 mei 1986), dat zelf in aanzienlijke mate heeft geput uit een door de Senaat, maar niet door de Kamer goedgekeurd ontwerp van wet tot regeling van het statuut van de ziekenhuisgeneesheren (*Parl. St.* Senaat 1983-84, nr. 653; zie hieromtrent: R. VERMAERKE, "Het K.B. nr. 407 van 18 april 1986 en het statuut van de ziekenhuisgeneesheer", *Vl. T. Gez.* 1986-87, 89-93; zie voor een bespreking van het ontwerp van wet: H. NYS, "De bevoegdheden van de ziekenhuisbeheerder in het licht van het wetsontwerp betreffende het beheer van de ziekenhuizen en het statuut van de ziekenhuisarts", *Vl. T. Gez.* 1984-85, 443-450). Hoofdstuk I van titel IV van de Ziekenhuiswet regelt "de betrokkenheid van de ziekenhuisgeneesheren bij de besluitvorming". Die betrokkenheid verloopt ofwel via een medische raad (art. 120 t.e.m. 128) ofwel via een permanent comité van overleg tussen de beheerder en de ziekenhuisartsen (art. 129). Zie i.v.m. de samenstelling en de verkiezing van de leden van de medische raad: K.B. 10 augustus 1987 tot vaststelling van de regels m.b.t. de samenstelling en de werking van de medische raad, *B.S.* 18 augustus 1987, *err. B.S.* 15 september 1987, gew. bij K.B. 13 augustus 1990, *B.S.* 5 september 1990; zie over dit K.B.: G. POPELIER, "De verkiezing en de samenstelling van de medische raad. Een onderzoek naar de toepasbaarheid van het uitvoeringsbesluit", *Vl. T. Gez.* 1990-91, 37-55; D. VAN DAELE, "Het juridisch statuut van de medische raad in een ziekenhuis", *Vl. T. Gez.* 1992-93, 347-353; zie voor een uitgebreide bespreking van de artikelen 120 t.e.m. 129 Ziekenhuiswet: H. NYS, "Specifieke bepalingen betreffende het statuut van de ziekenhuisarts", in *Handboek Ziekenhuiswetgeving*, Brussel, Kluwer Editorial, losbl., hoofdstuk 9.2; zie i.v.m. de verplichte raadpleging van de medische raad: Rb. Leuven 26 maart 1987, *Vl. T. Gez.* 1987-88, 29.

§ 2. Begrip ziekenhuisarts

1572 In de Ziekenhuiswet wordt de ziekenhuisgeneesheer gedefinieerd als "de geneesheer verbonden aan het ziekenhuis" (art. 8, 4°). Op zijn beurt wordt de "geneesheer" begrepen als "de beoefenaar van de geneeskunde bedoeld in artikel 2 § 1 K.B. nr. 78 van 10 november 1967" (art. 8, 3°).

Tijdens de bespreking van het wetsontwerp betreffende het statuut van de ziekenhuisgeneesheer verklaarde de minister in de Senaatscommissie dat het begrip "aan het ziekenhuis verbonden" ruim mag worden opgevat. Hij vond het niet doenbaar om in de wet zelf het begrip "ziekenhuisgeneesheer" nader te specifiëren (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 653/2, 48 en 58. In dezelfde zin: het verslag aan de Koning bij K.B. nr. 407, *B.S.* 6 mei 1986, 6477-6478).
Volgens de minister houdt het begrip "verbonden aan het ziekenhuis" wel een juridisch element in, in die zin dat het begrip impliceert dat er een aanstelling of benoeming is geweest door het beheersorgaan. In die zin zouden huisartsen die hun patiënten bijstaan bij de bevalling in het ziekenhuis, niet als ziekenhuisartsen te beschouwen zijn. Toch kan een huisarts ziekenhuisarts in

de zin van de wet zijn, als hij juridisch verbonden is aan het ziekenhuis. Zie over het feitelijk gedogen van de aanwezigheid van een arts in een ziekenhuis: F. DEWALLENS, "Over ziekenhuisgeneesheren en andere artsen werkzaam in het ziekenhuis", *Vl. T. Gez.* 1993-94, 48-53. Volgens de auteur "kan niet uitgesloten worden dat in een beperkt aantal gevallen een arts zal moeten toegelaten worden zijn patiënten te verzorgen in een ziekenhuis" op grond van artikel 10 W.U.G. Deze bepaling verbiedt de regelmatige en normale uitoefening van de geneeskunde door feitelijkheden of geweld te verhinderen of te belemmeren. Om welke gevallen het zou kunnen gaan wordt niet uitgewerkt. Het Hof van Beroep te Gent wees een beroep op artikel 10 af omdat van een "feitelijkheid" geen sprake was (Gent 20 januari 1993, *Vl. T. Gez.* 1993-94, 48). Naar onze mening terecht, omdat de weigering een arts toe te laten zijn medische activiteit in het ziekenhuis uit te oefenen, hem niet belet elders die activiteiten uit te oefenen. Zie ook Rb. Dendermonde, *T.Gez.* 1998-99, 306: ook een toegelaten arts heeft de hoedanigheid van "ziekenhuisgeneesheer" wanneer hij er in feite medische prestaties leverde en wanneer er door de onderschrijving van een overeenkomst een juridische binding met het ziekenhuis was tot stand gekomen.
De bepalingen van titel IV Ziekenhuiswet 1987 zijn krachtens artikel 9 mede van toepassing "op de in het ziekenhuis werkzame beoefenaars van de tandheelkunde bedoeld in artikel 3, eerste lid K.B. nr. 78 evenals op de in het ziekenhuis werkzame apothekers of licenciaten in de scheikundige wetenschappen die overeenkomstig artikel 5 § 2 K.B. nr. 78 gemachtigd zijn analyses van klinische biologie te verrichten". Vermits de tandheelkunde (zie boven, nr. 1537) en analyses van klinische biologie deel uitmaken van de geneeskunde kunnen de beoefenaars ervan als beoefenaars van de geneeskunde worden beschouwd. Het zijn evenwel geen ziekenhuisartsen, maar met ziekenhuisartsen gelijkgestelden (zie: art. 1, 2° K.B. 10 augustus 1987 tot vaststelling van de regels m.b.t. de samenstelling en de werking van de medische raad, *B.S.* 18 augustus 1987). Daarentegen kunnen wel als ziekenhuisarts worden beschouwd, artsen in opleiding tot medisch specialist (de zgn. g.s.o. of geneesheren-specialisten in opleiding) die beschikken over een stageplan goedgekeurd door de Minister van Volksgezondheid (art. 1, 1°, b K.B. 10 augustus 1987; zie voor een concrete toepassing: Rb. Brussel (Kort Ged.) 28 mei 1997, *J.T.* 1997, 642-643; *J.L.M.B.* 1997, 1542).

§ 3. Rechtsverhoudingen tussen het ziekenhuis en de ziekenhuisarts

A. ALGEMENE REGELING VAN DE RECHTSVERHOUDINGEN

1573 Luidens artikel 130 § 1, eerste lid Ziekenhuiswet dient in elk ziekenhuis een algemene regeling te worden vastgesteld betreffende de rechtsverhoudingen tussen het ziekenhuis en de artsen, en de organisatie-, werk- en financiële voorwaarden.

De vaststelling van deze algemene regeling gebeurt op initiatief van de ziekenhuisbeheerder (art. 130 § 2, eerste lid). Dit diende uiterlijk op 6 mei 1988 te gebeuren (art. 1, 2° K.B. nr. 87 van 10 augustus 1987 houdende de vaststelling van de datum waarop de ziekenhuizen moeten voldoen aan de bepalingen van art. 1*bis*, art. 2*bis* en van titel II Ziekenhuiswet). Deze bepaling voorziet niet in een sanctie bij overschrijding van de daarin vermelde tijdslimiet (Cass. 8 april 2002, *T. Gez.* 2002-03, 322, met noot S. CALLENS). De beheerder moet voorafgaandelijk het advies vragen van de medische raad (art. 125, 1°). Indien dit advies voldoet aan de voorwaarden voor een zgn. bindend of verstrekt advies en de beheerder niet kan instemmen met dit advies dient de overleg- en bemiddelingsprocedure beschreven in artikelen 127 § 2 en § 3 en 128 § 1 § 2 en § 3 te worden gevolgd. In beginsel kan de beheerder geen beslissing nemen die afwijkt van het voorstel van de bemiddelaar maar krachtens artikel 128 § 4 kan dit wel voorzover de algemene regeling die de beheerder wenst in te voeren slechts van toepassing is voor de nog voor de eerste maal in het ziekenhuis aan te werven artsen en niet voor de reeds in het ziekenhuis werkzame artsen. Bovendien mag die afwijkende regeling geen betrekking hebben op de bepalingen i.v.m. de beëindiging van de rechtsverhoudingen noch op de rechten en plichten m.b.t. de permanentie van de medische verzorging. Voorts moet de afwijkende beslissing gemotiveerd zijn (art. 128 § 4). In publiekrechtelijke ziekenhuizen is het vragen van advies aan de medische raad een substantiële formaliteit. Elke beslissing genomen zonder voorafgaande adviesaanvraag zal door de Raad van State kunnen

vernietigd worden. De fout kan niet worden goedgemaakt door het advies achteraf te vragen, zelfs niet zo de medische raad verklaart geen bezwaar te hebben tegen de genomen beslissing (R.v.St., De Baene, nr. 38.870, 27 februari 1992; R.v.St., Temmerman, nr. 115.374, 3 februari 2003). Een gunstig advies van een medische raad betreffende het aanbieden van een aannemingscontract aan een arts sorteert geen onmiddellijke rechtsgevolgen en is niet vatbaar voor annulatie en bijgevolg ook niet voor schorsing (R.v.St., De Gezelle, nr. 47.773, 6 juni 1994).

1574 Wat de inhoud van de algemene regeling betreft bevat artikel 130 twee soorten voorschriften. Enerzijds wordt bepaald wat niet in een algemene regeling mag worden opgenomen, nl. bepalingen die de professionele autonomie van de individuele ziekenhuisarts op het vlak van het stellen van de diagnose of het uitvoeren van de behandeling in het gedrang brengen (zie ook art. 127 § 4, derde en vierde lid: bepalingen in de algemene regeling die niet verenigbaar zijn met art. 13 tot 17 of met titel IV van de Ziekenhuiswet worden als niet-geschreven beschouwd). Anderzijds wordt de minimuminhoud van de algemene regeling vastgelegd (art. 130 § 3). De algemene regeling moet minstens de volgende aangelegenheden regelen: voorwaarden i.v.m. de totstandkoming en de beëindiging van de rechtsverhoudingen tussen ziekenhuis en ziekenhuisarts; de werkvoorwaarden; de financiële regeling m.b.t. de medische activiteit en de rechten en plichten m.b.t. de permanentie van de medische verzorging.

De in artikel 130 Ziekenhuiswet bedoelde algemene regeling moet enkel de algemene principes bevatten m.b.t. de erin behandelde aangelegenheden, waaronder de financiële schikkingen m.b.t. de medische activiteit. De verdere uitwerking van deze algemene principes t.a.v. de individuele artsen zoals de bepaling van het aandeel van iedere arts in de kosten en tekorten van het ziekenhuis, moet niet het voorwerp uitmaken van de algemene regeling, zodat de medische raad daarover geen advies moet verlenen (Cass. 8 april 2002, inzake O.C.M.W. Mechelen, *T. Gez.* 2002-03, 98).

B. SCHRIFTELIJKE REGELING VAN DE RECHTSVERHOUDING ZIEKENHUIS-INDIVIDUELE ZIEKENHUISARTS

1575 Onder verwijzing naar de algemene regeling, moeten de rechten en plichten van de individuele ziekenhuisarts en de ziekenhuisbeheerder en meer bepaald de werkvoorwaarden van de ziekenhuisarts schriftelijk vastgelegd worden hetzij in een overeenkomst, hetzij in een benoemingsakte (art. 131 § 1). De schriftelijke regeling dient minstens te slaan op de concrete toepassing van de minimuminhoud van de algemene regeling en op de in artikel 131 § 2, 1° t.e.m. 4° vermelde punten (art. 131 § 2).

1576 De artikelen 130 en 131 Ziekenhuiswet noch enige andere wettelijke bepaling sluiten de opzegging als wijze van beëindiging van de rechtsverhouding tussen de beheerder en een ziekenhuisarts uit noch regelen zij de modaliteiten ervan (Cass. 8 april 2002, *T. Gez.* 2002-03, 322 noot S. CALLENS, "De verhouding algemene regeling versus individueel contract van de ziekenhuisarts").

Het Hof van Beroep te Antwerpen had in de bestreden beslissing ook gesteld dat artikel 125 Ziekenhuiswet dat de beheerder verplicht het advies van de medische raad in te winnen vooraleer

over te gaan tot afzetting van een arts, niet uitsluit dat de rechtsverhouding tussen ziekenhuisbeheerder en ziekenhuisarts wordt beëindigd op een andere wijze dan de afzetting voorzover die andere beëindigingswijze in overeenstemming is met de aard en de inhoud van de rechtsverhouding tussen ziekenhuisbeheerder en arts. De verplichting om overeenkomstig artikel 125, 7° Ziekenhuiswet het advies van de medische raad in te winnen is beperkt tot de afzetting die een sanctie is maar is niet voorzien voor andere beëindigingswijzen van de overeenkomst (Antwerpen 29 november 1999, *T. Gez.* 1999-2000, 273, noot S. CALLENS, "Opzegging van het contract tussen artsen en ziekenhuisbeheerder").
Aangezien in het cassatiemiddel geen schending van artikel 125 Ziekenhuiswet werd aangevoerd diende het Hof van Cassatie zich over dit standpunt niet uit te spreken. Niettemin houdt het arrest van 8 april 2002 ("noch enige andere wettelijke bepaling") in dat ook artikel 125 Ziekenhuiswet de opzegging als wijze van beëindiging van de rechtsverhouding niet uitsluit.

1577 Uit de opzet van artikel 125 en uit het door dit artikel beoogde doel, zoals dat wordt bepaald in artikel 125 en waarnaar het uitdrukkelijk verwijst, blijkt dat artikel 125, 7° niet vereist dat de afzegging bij wijze van sanctie wordt toegepast en dat dit artikel met name ook van toepassing is in geval dat een overeenkomst van bepaalde duur die stilzwijgend kan worden vernieuwd, niet wordt vernieuwd op initiatief van de ziekenhuisbeheerder (Cass. 15 september 2003, C020 127 F., *onuitg.*, met concl. J.F. LECLERCQ).

Artikel 125 Ziekenhuiswet bepaalt dat de medische raad in een ziekenhuis advies geeft over de in dat artikel bepaalde aangelegenheden "in het kader van het in artikel 124 bepaalde doel". Artikel 124 Ziekenhuiswet omschrijft dit doel alsvolgt: "met het doel de geneeskundige verzorging in het ziekenhuis in optimale voorwaarden voor de patiënten te verstrekken". Gelet op dit doel en ongeacht de woorden die de wetgever heeft gebruikt, zijn er derhalve geen redenen waarom artikel 125, 7° op een beperkende wijze zou moeten worden uitgelegd, in die zin dat de verplichting om het advies van de medische raad in te winnen beperkt is tot de afzetting opgevat als een sanctie. De in artikel 125, 7° vervatte regel strekt vooreerst ertoe de patiënt te beschermen tegen een gedraging van de beheerder die hem zonder wettige reden nadeel zou kunnen berokkenen. De regel komt slechts bij wijze van gevolg ook ten goede aan de ziekenhuisarts (concl. Adv. Gen. J.F. LECLERCQ die eraan toevoegde "te denken dat de wettekst als volgt moet worden begrepen: in het kader van het in art. 124 bepaalde doel verstrekt de medische raad aan de beheerder advies wanneer laatstgenoemde een einde wil maken aan de rechtsverhoudingen tussen de beheerder en een ziekenhuisarts, behalve de beëindiging om dringende reden").

1578 Uit de gecombineerde lezing van Cass. 8 april 2002 en Cass. 15 september 2003 volgt dat de ziekenhuisbeheerder door opzegging een einde kan maken aan de rechtsverhouding met een ziekenhuisarts mits dit in overeenstemming is met de inhoud van de rechtsverhouding tussen ziekenhuisbeheerder en arts en op voorwaarde dat artikel 125, 7° wordt nageleefd.

Het Hof van Cassatie heeft in het arrest van 15 september 2003 duidelijk laten verstaan dat afzetting in de zin van artikel 125, 7° niet mag worden beperkt tot een sanctie (in die zin ook: Arbh. Brussel 8 september 1999, *T. Gez.* 2000-01, 215-218, noot H. ANRYS; Rb. Dendermonde 28 november 1996, *T. Gez.* 1998-99, 306; Rb. Brussel (Kort Ged.) 28 mei 1997, *J.T.* 1997, 642; *J.L.M.B.* 1997, 1542; *T. Gez.* 1999-2000, 123; anders: Gent 22 november 2000, *T. Gez.* 2001-02, 24 met noot R. VAN GOETHEM en F. DEWALLENS, "De afzetting van de ziekenhuisarts: materieel en personeel toepassingsgebied van de afzettingsprocedure"; Antwerpen 29 november 1999, *T. Gez.* 1999-2000, 273-276, noot S. CALLENS; Arbh. Antwerpen 5 mei 2000, *T. Gez.* 2000-01, 16-25, met noot F.

DEWALLENS, "De vastheid van betrekking van ziekenhuisgeneesheren op losse schroeven"; Arbrb. Luik 7 juni 2000, *Soc. Kron.* 2002, 34, noot J.J.; Rb. Charleroi 29 juni 1995, *T. Gez.* 1996-97, 125; Rb. Neufchâteau 20 januari 1993, *T. Gez.* 1996-97, 374).

1579 De Ziekenhuiswet schrijft weliswaar niet uitdrukkelijk voor dat de adviesaanvraag van de beheerder een voorstel van beslissing moet bevatten, maar uit artikel 127 § 3 Ziekenhuiswet kan worden afgeleid dat dit wel het geval is indien de adviesaanvraag betrekking heeft op één van de aangelegenheden waarover de medische raad een versterkt advies kan uitbrengen zoals *in casu* de afzetting van een ziekenhuisarts om niet-dringende redenen (R.v.St., Dengis, nr. 106.171, 29 april 2002).

C. GELDELIJK STATUUT VAN DE ZIEKENHUISARTS

1580 Hoofdstuk III van Titel IV Ziekenhuiswet bevat bepalingen in verband met het geldelijk statuut van de ziekenhuisarts (zie boven, nr. 1488 e.v. voor een bespreking van enkele van deze bepalingen). Zie: F. DEWALLENS, "De draagwijdte van artikel 140 § 1, 3° Ziekenhuiswet", *Vl. T. Gez.* 1992-93, 273-282.

D. VERHOUDING TUSSEN ALGEMENE REGELING EN SCHRIFTELIJKE REGELING VAN DE RECHTSVERHOUDING ZIEKENHUIS-INDIVIDUELE ZIEKENHUISARTS

1581 Nadat een algemene regeling door de beheerder van het ziekenhuis is vastgesteld overeenkomstig artikel 130 Ziekenhuiswet moeten de bestaande individuele overeenkomsten tussen de ziekenhuisartsen en de beheerders van het ziekenhuis vervangen worden door nieuwe overeenkomsten waarin de respectieve rechten en verplichtingen van de individuele ziekenhuisarts en de beheerder schriftelijk worden vastgesteld, onder verwijzing naar de algemene regeling (Cass. 8 april 2002, *T. Gez.* 2002-03, 322, noot S. CALLENS). Het Hof van Cassatie sluit zich in dit arrest aan bij de opvatting dat een nieuwe algemene regeling van de rechtsverhoudingen, bedoeld in artikel 130 Ziekenhuiswet niet doorwerkt in de bestaande overeenkomsten waarin de rechtsverhoudingen tussen het ziekenhuis en een individuele ziekenhuisarts, bedoeld in artikel 131 Ziekenhuiswet, worden geregeld. Zie in die zin: Rb. Hasselt (Kort Ged.), 14 april 1994, *T. Gez.* 1996-97, 205, met noot S. CALLENS, "Conflicten tussen ziekenhuisarts en beheerder naar aanleiding van een nieuwe algemene regeling". Zie eveneens: de goedkeurende commentaar van F. DEWALLENS, "Eigendomsrecht en kostenregeling in ziekenhuisverband", in X., *De arts en zijn honorarium,* Gent, Mys & Breesch, 1996, 20. De algemene regeling is een reglement dat eenzijdig is uitgevaardigd door de ziekenhuisbeheerder, op zijn initiatief. Individuele ziekenhuisartsen zijn geen partij bij dit reglement en worden dat evenmin doordat de medische raad een gunstig advies heeft verleend over het ontwerp van algemeen reglement. Een nieuwe algemene regeling is bijgevolg pas bindend voor de individuele ziekenhuis-

artsen indien in de schriftelijke regeling van de rechtsverhoudingen tussen ziekenhuis en individuele ziekenhuisarts naar de inhoud van die nieuwe algemene regeling wordt verwezen (H. NYS, "De relaties tussen de ziekenhuisbeheerder en de ziekenhuisartsen bij fusie", in *Op maat gesneden. Samenwerking tussen ziekenhuizen in Vlaanderen voor de 21 ste eeuw*, Brussel, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, 1999, 34 e.v.; in dezelfde zin: S. CALLENS en J. PEERS, *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 97-100; S. CALLENS, "Het statuut van de ziekenhuisarts", in X., *Recht in beweging*, Leuven, 2003, 85-97; M. BOES, "De ziekenhuisgeneesheer als ambtenaar", *Vl. T. Gez.* 1992-93, 343). Wanneer de ziekenhuisarts eenzijdig (statutair) is aangesteld kan de beheerder de schriftelijke regeling van de rechtsverhouding ziekenhuis-ziekenhuisarts eenzijdig aanpassen. De arts kan dan geen aanspraak maken op "verkregen rechten" (*id.*).

1582 De overeenstemming tussen de beheerder en de medische raad bedoeld in artikel 140 § 3 en § 4 Ziekenhuiswet is bindend voor de betrokken ziekenhuisartsen, niettegenstaande elk andersluidend beding in de individuele overeenkomsten en benoemingsakten bedoeld in artikel 131 (art. 140 § 5 toegevoegd door art. 112, 2° Wet 14 januari 2002, *B.S.* 22 februari 2002). Een beroep tot nietigverklaring van deze bepaling werd door het Arbitragehof verworpen (Arbitragehof nr. 117/2003, 17 september 2003, *B.S.* 30 september 2003). Zie ook: Cass. 8 april 2002, inzake O.C.M.W. Mechelen, *T. Gez.* 2002-03, 98: overeenkomstig artikel 140 § 3 Ziekenhuiswet is het akkoord tussen medische raad en beheerder voldoende om het aandeel van iedere arts te bepalen.

Het gaat hier niet om een algemene regeling waarbij de medische raad geen partij is maar om een overeenstemming tussen de beheerder en de medische raad. Reeds vóór de invoering van artikel 140 § 5 werd het standpunt verdedigd dat die overeenstemming bindend is voor alle ziekenhuisartsen (zie: F. DEWALLENS, "De draagwijdte van art. 140 § 1, 3° Ziekenhuiswet", *a.w.*).
Ook volgens de wetgever was het steeds de bedoeling om de overeenstemming inzake financiële regelingen te laten primeren op elk andersluidend beding in individuele overeenkomsten en benoemingsakten. Omdat dit niettemin tot betwistingen op het terrein aanleiding gaf wou de wetgever door een wetswijziging dergelijke betwistingen vermijden (*Parl. St.* Kamer 2000-01, 1376/001, 56; *Parl. St.* Kamer 2001-02, 1376/006, 9 en 21).

AFDELING II

O.C.M.W.-WET

1583 Luidens artikel 147 Ziekenhuiswet strekken de bepalingen van deze wet die in de voorgaande afdeling ter sprake kwamen, voor wat betreft de ziekenhuizen die door een O.C.M.W. worden beheerd tot aanvulling van de O.C.M.W.-Wet, en met name van de artikelen 48, 51 t.e.m. 56 en 94 van die wet. De bepalingen van de Ziekenhuiswet kunnen de O.C.M.W.-Wet in geen geval wijzigen (R.v.St., Segers, 25 januari 1999, nr. 78.316, *T. Gez.* 1999-2000, 342).

Zie over het statuut van de ziekenhuisarts in een O.C.M.W.-ziekenhuis: M. MEYNTJENS-APERS, *Het juridisch statuut van de O.C.M.W.-ziekenhuisgeneesheren*, Brugge, die Keure, 1991; M. MEYNTJENS-APERS, "De aard van de rechtsverhoudingen tussen de ziekenhuisarts en het O.C.M.W.-ziekenhuis", *Vl. T. Gez.* 1991-92, 310-314.

1584 Artikel 48, eerste lid O.C.M.W.-Wet draagt aan de raad voor maatschappelijk welzijn van een O.C.M.W. op de regels te bepalen volgens welke de beoefenaars van de geneeskunst toegelaten worden tot de uitoefening van hun beroep in de instellingen en diensten van het centrum. Ingeval die beoefenaars van de geneeskunst niet benoemd worden noch bezoldigd volgens statutaire bepalingen, dan worden hun betrekkingen met het O.C.M.W. geregeld op basis van een schriftelijke overeenkomst (art. 48, tweede lid O.C.M.W.-Wet).

De Wet van 3 maart 1925 op de openbare onderstand die werd vervangen door de O.C.M.W.-Wet verbood een C.O.O. niet om overeenkomsten te sluiten om zich te verzekeren van de occasionele medewerking van sommige artsen; maar de wettelijkheid van een contractuele aanwerving van een arts voor een permanente functie was betwist (R.v.St., O.C.M.W. Leuven, nr. 23.576, 14 oktober 1983; Gent 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.* 1987, 435; R.v.St., O.C.M.W. Bree, nr. 57.528, 15 januari 1996, *T. Gez.* 1998-99, 377; Luik 4 november 1996, *T. Gez.* 1999-2000, 198).
De O.C.M.W.-Wet aanvaardt uitdrukkelijk de contractuele aanwerving. Om het even welke vorm van overeenkomst (arbeidsovereenkomst; aannemingsovereenkomst) komt hiervoor in aanmerking voorzover zij schriftelijk werd opgesteld (R.v.St., Weyns, nr. 19.895, 6 november 1979, *R.W.* 1979-80, 2246, noot S. SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN). De voorkeur die vroeger werd gegeven aan de statutaire aanwerving boven de contractuele werkt ook nog door in artikel 48 O.C.M.W.-Wet. "Uit artikel 48 volgt dat, behoudens uitzonderlijke omstandigheden die het afsluiten van een schriftelijke overeenkomst wettigen, de door het O.C.M.W. benoemde artsen onderworpen zijn aan een publiekrechtelijk statuut" (R.v.St., Langlet, nr. 22.384, 25 juni 1982; R.v.St., O.C.M.W. Leuze nr. 23.576, 14 oktober 1983; R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987: wanneer geen schriftelijke overeenkomst werd gesloten en er beslissingen voorhanden zijn waarin eenzijdig tot de aanstelling van de ziekenhuisarts werd beslist binnen de in het kader voorziene betrekkingen en wanneer bovendien de ziekenhuisartsen onderworpen zijn aan een eenzijdig wijzigbaar reglement van orde, dient te worden besloten tot het bestaan van een statutaire rechtsverhouding).
Artikel 48 O.C.M.W.-Wet aanvaardt uitdrukkelijk de contractuele aanwerving. Vanaf zijn inwerkingtreding op 1 januari 1977 beheerst deze wet de gevolgen van situaties die daarvóór bestonden. De contractuele aanwerving van een arts vóór die datum, hoewel in strijd met de toen bestaande wetgeving, kan sedertdien niet meer worden aangevochten (R.v.St., O.C.M.W. Leuze, nr. 23.576, 14 oktober 1983). De door artikel 48, tweede lid O.C.M.W.-Wet geboden mogelijkheid tot contractuele aanwerving brengt niet met zich dat een statutaire aanwerving retroactief in een contractuele aanwerving wordt omgezet (R.v.St., Monballiu, nr. 24.694, 27 september 1984; R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987; Gent 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.* 1987, 435; Antwerpen 18 april 1988, *Vl. T. Gez.* 1988, 435). Statutaire en contractuele aanwerving kunnen niet samengaan. Het voordeel van de vastheid van bediening dat voortvloeit uit de statutaire benoeming is onverenigbaar met een contractuele aanwerving. Door de combinatie van een contractuele verhouding en de vastheid van betrekking zou aan het contract niets kunnen gewijzigd worden zonder de instemming van de betrokken arts (R.v.St., Beck, nr. 14.218, 2 juli 1970; anders: Rb. Brugge 14 maart 1983, *Vl. T. Gez.* 1983-84, 30, noot H. NYS). Wel kan aan een rechtshandeling die juridisch als een eenzijdige benoeming door de overheid voorkomt, in feite een overleg tussen overheid en benoemde voorafgaan om eerst na te gaan in welke voorwaarden de te benoemen persoon de benoeming zou kunnen aanvaarden (R.v.St., Beck, nr. 14.218, 2 juli 1970, R.v.St., Machtelinckx, nr. 20.732, 27 november 1980). De ondertekening van een aanstellingsbrief "voor akkoord" maakt de aanwerving niet contractueel (R.v.St., Monballiu, nr. 24.694, 27 september 1984; Gent 11 mei 1987, *Vl. T. Gez.* 1987, 435).
Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 48 O.C.M.W.-Wet blijkt dat met de woorden "toegelaten zijn" bedoeld worden de beoefenaars van de geneeskunst die in een instelling of

een dienst van het O.C.M.W. zijn tewerkgesteld en in deze hoedanigheid op een of andere wijze gebruik maken van de mogelijkheden welke de instelling of de dienst hen biedt, zoals bv. de ziekenhuisapparatuur of een kabinet voor raadpleging. Huisartsen die hun patiënten bezoeken zonder dat zij in het ziekenhuis zijn tewerkgesteld zijn niet "toegelaten" en vallen niet onder artikel 48 (R.v.St., De Paep, nr. 20.255, 26 maart 1980, *Vl. T. Gez.* 1980-81, afl. 3, 27-29, noot S. THEYS; R.v.St., Van Heuverzwijn, nr. 23.439, 7 juli 1983) (Vgl.: de interpretatie van "toegelaten" met "verbonden aan het ziekenhuis", zie boven, nr. 1572). Artikel 9 O.C.M.W.-Wet dat beoefenaars van de geneeskunst bedoeld in artikel 48 uitsluit als lid van de raad voor maatschappelijk welzijn is niet van toepassing op een niet-toegelaten arts. De arts die zijn ereloon ontvangt van het O.C.M.W. dat ter zake ofwel als derde betalende optreedt voor rekening van een ziekenfonds ofwel als steunverlenende aan een behoeftige dit ereloon ter zijnen laste neemt, is evenmin een "door het O.C.M.W. bezoldigd personeelslid" als bedoeld in artikel 9, f O.C.M.W.-Wet (R.v.St., De Paep, nr. 20.225, 26 maart 1980; *Vl. T. Gez.* 1980-81, afl. 3, 27-29, noot S. THEYS). De onverenigbaarheid die artikel 49 § 4 O.C.M.W.-Wet instelt tussen de hoedanigheid van beoefenaar van de geneeskunst die zijn werkzaamheden uitoefent in één van de inrichtingen of diensten van een O.C.M.W. met het mandaat van burgemeester of gemeenteraadslid in de betrokken gemeente of met het lidmaatschap van het beheerscomité als bedoeld in artikel 109 Ziekenhuiswet 1987, geldt zowel voor de statutair als voor de contractueel aangeworven artsen (R.v.St., Weyns, nr. 19.895, 6 november 1979; *R.W.* 1979-80, 2246, noot S. SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN die verwijst naar de parlementaire voorbereiding van art. 49 § 4: "zij d.i. de onverenigbaarheid, slaat op alle gevallen zoals wij ze bij art. 48 hebben besproken").
Hoewel het verstrekken van zorg de fundamentele opdracht is van een O.C.M.W.-ziekenhuisarts betekent dit niet dat elke arts voortdurend moet deelnemen aan de zorgverstrekking. Hoe hoger een arts in de hiërarchie van het ziekenhuis staat, hoe meer taken in verband met klinische research, beheer en onderwijs in de plaats komen van directe zorgverstrekking (R.v.St., nr. 32.666, 31 mei 1989, *Adm. Publ. M.* 1989, 78).

1585 Artikelen 51 t.e.m. 54 O.C.M.W.-Wet hebben betrekking op de tuchtsancties die kunnen worden opgelegd aan de statutair benoemde personeelsleden, zoals de schorsing en de afzetting.

Volgens de Raad van State kan de afzetting van een statutair benoemd arts door een raad voor maatschappelijk welzijn met toepassing van artikel 51 O.C.M.W.-Wet niet afhankelijk worden gesteld van de inhoud van het voorafgaand advies van de medische raad, zoals voorgeschreven door het reglement van de commissie van openbare onderstand. Artikel 51 heeft impliciet het reglement van de commissie van openbare onderstand opgeheven, inzoverre het een dergelijk advies oplegt (R.v.St., Claeys, nr. 22.008, 11 februari 1982).
Tegenwoordig moet men rekening houden met artikel 125, 7° Ziekenhuiswet 1987. Luidens deze bepaling, samen gelezen met artikle 126 § 1, eerste lid van die wet kan de ziekenhuisbeheerder slechts overgaan tot de afzetting van een ziekenhuisarts wanneer hij voorafgaandelijk het advies van de medische raad van het ziekenhuis heeft ingewonnen. Gelet op de algemene bewoordingen van deze bepalingen en in het bijzonder gelet op artikel 147 Ziekenhuiswet 1987 gelden zij ook voor de afzetting van een statutair benoemd arts in een O.C.M.W.-ziekenhuis. Het Verslag aan de Koning bij het K.B. nr. 407 (*B.S.* 6 mei 1986, 6487) laat hieromtrent niet de minste twijfel bestaan: de verplichting een advies te vragen voorafgaand aan de afzetting geldt zowel in de private als de openbare ziekenhuizen. In zijn advies bij het ontwerp K.B. nr. 407 had de Raad van State laten verstaan te twijfelen aan de verplichting een advies te vragen bij afzetting van een statutair benoemd arts (*B.S.* 6 mei 1986, 6499). Indien aan de daarvan geldende voorwaarden is voldaan, is het advies van de medische raad zgn. bindend voor de ziekenhuisbeheerder (art. 127 § 1). Dit houdt in dat de beheerder slechts een beslissing kan nemen overeenkomstig de overleg- en bemiddelingsprocedure van artikel 127 § 2 en § 3 en artikel 128 § 1 t.e.m. § 3. De ziekenhuisbeheerder kan overgaan tot de afzetting van een ziekenhuisarts zonder advies van de medische raad, wanneer die afzetting gebeurt om een dringende reden. De Raad van State heeft bezwaar gemaakt tegen deze uitzonderingen omdat zij een onderscheid inbouwt tussen contractueel aangeworven artsen in private of openbare ziekenhuizen en statutair benoemde artsen in O.C.M.W.-ziekenhuizen. Een contractueel aangeworven arts die wordt afgezet omwille van een al dan niet terecht

ingeroepen dringende reden ontbeert iedere preventieve rechtsbescherming. Hij kan zich tot de bevoegde rechter wenden nadat hij reeds werd afgezet. De statutair benoemde artsen in O.C.M.W.-ziekenhuizen kunnen zich daarentegen beroepen op de preventieve rechtsbescherming die de O.C.M.W.-Wet biedt (*B.S.* 6 mei 1986, 6500). De regering oordeelde het echter niet redelijk om een contractueel aangeworven arts een preventieve rechtsbescherming te laten genieten en is niet ingegaan op de suggestie van de Raad van State in die zin (*B.S.* 6 mei 1986, 6488). Wel werd ingegaan op de vraag van de Raad van State om de uitzondering (afzetting om dringende reden) te verduidelijken. Zie: artikel 125, laatste leden Ziekenhuiswet 1987. Deze bepalingen laten toe een ziekenhuisarts onmiddellijk af te zetten, zonder op voorhand enige formaliteit te moeten naleven. Deze mogelijkheid kan evenwel niet gelden voor een statutair benoemde arts, omdat een dergelijke procedure, die zodanig afwijkt van de normale tuchtrechtelijke procedure, niet aanvaardbaar is en ook niet nodig. Wanneer een statutair benoemd arts zich schuldig maakt aan feiten die zijn verdere tewerkstelling onmogelijk maken, beschikt de beheerder over de mogelijkheid de arts onmiddellijk te schorsen in het belang van de dienst (dit is een ordemaatregel, geen tuchtmaatregel), waarna de eigenlijke tuchtprocedure kan worden ingezet (M. BOES, *a.w.*, 344). Deze opvatting werd door de Raad van State bevestigd: wanneer men de afzetting om dringende reden toepasselijk zou verklaren op statutaire ziekenhuisartsen, dan zou men de preventieve schorsing als ordemaatregel die de onmiddellijke verwijdering "om dringende reden" uit de dienst beoogt, t.a.v. die statutaire ziekenhuisartsen vervangen door de tuchtmaatregel van afzetting om dringende reden. Dit zou een onwettige wijziging van de O.C.M.W.-Wet impliceren. Statutaire ziekenhuisartsen werkzaam in een O.C.M.W. of een vereniging (hoofdstuk XII O.C.M.W.-Wet) kunnen bijgevolg niet afgezet worden om dringende reden zoals voorzien in artikel 125 Ziekenhuiswet (R.v.St., Segers, nr. 78.316, 25 januari 1999, *T. Gez.* 1999-2000, 341). Zie hierover ook: J. VERMEIR, "Raakvlakken tussen de O.C.M.W.-Wet en de Ziekenhuiswet. Enkele bedenkingen bij art. 147 van de Ziekenhuiswet 1987", *Vl. T. Gez.* 1990-91, 380-385.

1586 Het statutair dienstverband waarin een statutair benoemd ziekenhuisarts staat tegenover het O.C.M.W. houdt in dat hem eenzijdig verplichtingen kunnen worden opgelegd (R.v.St., Machtelinckx, nr. 20.732, 27 november 1980).

Gelet op het voltijds karakter van het ambt kan de raad voor maatschappelijk welzijn met het oog op een regelmatige zorgverstrekking in het ziekenhuis, de nevenactiviteiten van de artsen regelen (R.v.St. Machterlinckx, nr. 20.732, 27 november 1980; zie ook: R.v.St., Van Eeckhout, nr. 29.371, 18 februari 1988). De eenzijdige wijziging voor de toekomst van de regeling betreffende erelonen is geenszins onverenigbaar met de statutaire toestand van de arts (R.v.St. De Moor, nr. 19.124, 10 juli 1978; zie ook: R.v.St., Kiebooms, nr. 29.005, 10 december 1987: eenzijdige wijziging van het percentage van de afhoudingen op de inkomsten van de ziekenhuisarts). Op grond van wettelijke bepaling kunnen zelfs lopende overeenkomsten worden gewijzigd (R.v.St., A.M.H.I.C.I., nr. 31.897, 3 februari 1989: art. 4 § 2 Wet 2 februari 1982 machtigt de Koning uitdrukkelijk om de vigerende wettelijke bepalingen op te heffen, aan te vullen, te wijzigen of te vervangen. Die machtiging impliceert dat de Koning regels kan vaststellen die gelden m.b.t. lopende overeenkomst). Tegenwoordig moet de bevoegdheid van de raad voor maatschappelijk welzijn om eenzijdige wijzigingen aan te brengen in de toestand van de statutair benoemde ziekenhuisartsen nochtans worden begrepen in het licht van de bepalingen van de Ziekenhuiswet 1987 die de betrokkenheid van de ziekenhuisartsen bij de besluitvorming in het ziekenhuis regelen (zie: vorige afdeling; zie boven, nr. 1571 e.v. en R.v.St., Sas, nr. 52.130, 8 maart 1995, *T. Gez.* 1996-97, 181).

1587 Een wijziging aan het bezoldigingsstelsel van de ziekenhuisarts doet geen afbreuk aan het statutair dienstverband waaronder deze tewerkgesteld is vermits aan een dergelijk dienstverband slechts een einde kan gesteld worden door een eenzijdige overheidsbeslissing. Dit verband kan slechts een contractuele verhouding worden indien tussen het O.C.M.W. en de arts een overeenkomst gesloten werd (Antwerpen 18 mei 1988, *Vl. T. Gez.* 1987-88, 435).

AFDELING III

WET PERSOON GEESTESZIEKEN

1588 De Wet persoon geesteszieke bevat twee bepalingen die raken aan het statuut van de artsen werkzaam in een psychiatrische ziekenhuisdienst, nl. artikelen 36 en 41.

Artikel 36, 1°, b geeft aan de Koning de bevoegdheid om, naast de erkenningsnormen en voorwaarden opgelegd door de Ziekenhuiswet 1987 de specifieke voorwaarden te bepalen waaraan iedere psychiatrische dienst moet voldoen, meer bepaald de kwalificatie, de wijze van bezoldiging, de aanwijzing en intrekking van de aanwijzing van de geneesheren-diensthoofd van de psychiatrische diensten die gemachtigd zijn om de beslissingen bedoeld in deze wet te nemen, alsmede de voorwaarden waaronder zij hun opdracht uitvoeren.

Artikel 13, 2° Ziekenhuiswet 1987 bepaalt dat in ieder ziekenhuis een geneesheer-diensthoofd is voor ieder van de verschillende diensten van het medische departement. De taken van zo'n geneesheer-diensthoofd hebben betrekking op de organisatie en coördinatie van de medische activiteit in het ziekenhuis (zie: art. 13, 3°, tweede lid Ziekenhuiswet 1987 en K.B. 15 december 1987 houdende uitvoering van de art. 13 t.e.m. 17 Wet op de ziekenhuizen, *B.S.* 25 december 1987). In artikel 36, 1°, b Wet persoon geesteszieke wordt "geneesheer-diensthoofd" in een andere, meer inhoudelijke en minder organisatorische betekenis gebruikt (zie: art. 12: einde van de observatie; art. 13: beslissing tot verder verblijf; art. 16: beslissing tot nazorg; art. 17: modaliteiten van de nazorg; art. 18: overbrenging naar een andere dienst; art. 19: beëindiging van het verder verblijf; al deze bepalingen kennen aan de geneesheer-diensthoofd bevoegdheden toe om beslissingen te nemen met een zeer verregaande draagwijdte t.a.v. de persoon van de geesteszieke).

1589 Op grond van artikel 36, 1°, b, tweede lid kunnen de geneesheren-diensthoofd slechts ontslagen worden in geval van grove nalatigheid of schending van hun wettelijke of conventionele verplichtingen, maar in geen geval wegens beslissingen genomen of handelingen verricht in overeenstemming met de bepalingen van deze wet.

Deze bescherming tegen ontslag vloeit rechtstreeks voort uit de wet; een uitvoeringsbesluit is overbodig. Door deze ontslagbescherming heeft de wetgever de onafhankelijkheid van de geneesheer-diensthoofd tegenover de ziekenhuisbeheerder willen versterken. De bepaling is in zekere mate geïnspireerd door artikel 3, 4° Krankzinnigenwet 1850-1873, dat de benoeming en de afzetting van de aan de inrichtingen voor geesteszieken verbonden artsen afhankelijk maakte van de machtiging van de regering (zie: wetsontwerp betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke, *Parl. St.* Kamer 1974-75, nr. 279/9, verantwoording bij het regeringsamendement dat aan de basis ligt van de huidige wettekst). De beslissing van een geneesheer-diensthoofd om een einde te maken aan de observatie of het verder verblijf kan voor de ziekenhuisbeheerder schadelijke gevolgen hebben. Daarom verdient de geneesheer-diensthoofd een extra bescherming. Die bescherming geldt slechts voor de geneesheren-diensthoofd van een psychiatrische dienst. De artsen verbonden aan zo'n dienst (zie bv.: art. 11, tweede lid waar sprake is van "een geneesheer van de dienst"), genieten niet van deze bescherming, hoewel ook zij bevoegd zijn beslissingen te nemen die in strijd kunnen zijn met de belangen van de ziekenhuisbeheerder.

1590 De artsen die in dienst waren bij de inwerkingtreding van de Wet persoon geesteszieke en ressorteren onder het bij K.B. van 4 juni 1920 opgerichte Bijzonder Fonds, verkrijgen een tenminste even gunstige bezoldigingsregeling als zij tevoren hebben genoten (art. 41 eerste lid).

Het K.B. 4 juni 1920 (*B.S.* 14 juli 1920) werd genomen in uitvoering van artikel 3, 4° Krankzinnigenwet 1850-1873. Door de opheffing van deze wet werd ook dit Bijzonder Fonds afgeschaft (ontwerp van wet, *Parl. St.* Senaat 1988-89, nr. 733/6, 2). Voortaan valt de betaling van deze artsen ten laste van de ziekteverzekering, d.m.v. de toezichtshonoraria (*id.*).

ZAAKREGISTER

De cijfers verwijzen naar de randnummers.

A

Aangemaakte embryo's *in vitro*
- onderzoek, 1150

Aangifte
- arbeidsongevallen, 1264
- besmettelijke ziekten, 1269
- euthanasie, 919
- geboorte, 624, 1263
- misdrijven, 1266, 1280
- overlijden, 955

Aansprakelijkheid
- apotheker, 1547
- medisch experiment, 1071
- mislukte zwangerschapsafbreking, 591
- onderzoeker, 1071
- psychiater, 786, 947
- psychiatrische instelling, 947
- verpleegkundige, 1565
- *wrongful birth*, 573
- *wrongful life*, 585
- *wrongful pregnancy*, 591
- zelfdoding psychiatrische patiënt, 947

Actuele weigering van toestemming
- bindende kracht, 366
- gevolgen, 370
- modaliteiten, 369

Acupunctuur, 77

Aflevering geboorteverklaring, 625

Aflevering getuigschrift voor verstrekte zorg
- tijdstip, 1506
- weigering, 1502
- weigering betaling honorarium, 1503, 1504

Aflevering van geneesmiddelen
- anticonceptiva, 450
- misbruik, 1378

Akte van overlijden, 955

Alcoholisme, 668

Anonieme gegevens, 1185

Anticonceptiva, 449
- medisch voorschrift, 450
- minderjarige, 451

Apotheker
- aansprakelijkheid, 1547
- aflevering geneesmiddelen, 452
- aflevering vervangingsmiddelen, 1403
- afleveringsplicht, 1543
- geneesmiddelenvoorschrift, 1542
- geregistreerde geneesmiddelen, 1544
- kwaliteitswaarborging, 1545
- monopolie, 1538
- substitutie, 1543
- uitzonderingen afleveringsplicht, 1543
- verbod tot uitoefening geneeskunde, 1538
- verbod van medisch-farmaceutische cumulatie, 1538
- vereisten, 1537
- weigering tot aflevering geneesmiddel, 1543
- WUG, 1537

Arbeidsverhoudingen
- aidstest, 420
- biologische test, 418
- medisch onderzoek, 416, 418
- voorspellend genetisch onderzoek, 420

Arts, 5

Artsenijbereidkunde, 1537

Autopsie
- bewijsmiddel, 960
- definitie, 958

- geen bezwaar systeem, 966
- gerechtelijk, 959
- kind van minder dan 18 maanden, 970
- medisch-wetenschappelijke, 963
- politioneel, 959
- recht op het lijk, 964
- verwantenvoorrecht, 961
- verzet, 960

Autotransplantatie, 1191

B

Behandeling, 68
Behandeling met vervangingsmiddelen
- aflevering, 1403
- beperkt aantal patiënten, 1408
- definitie, 1396
- deskundigheid arts, 1400
- instituut voor farmaco-epidemiologie, 1401
- registratie arts, 1401
- registratie behandeling, 1406
- toediening, 1403

Bekendmaking geheimen
- opzet, 1243
- strafbaar bekendmaken, 1245

Beroepsbeoefenaar, 309
Beroepsmisdrijf sluit beroepsgeheim uit, 1318
Bescherming van de persoonlijke levenssfeer, 389
Beschikking om niet,
- uitzonderingen, 1536
- voorwaarden, 1524
- wettelijk vermoeden, 1523

Biogeneeskunde, 306
Bloed, 1212
- afname, 57, 1212
- analyse, 57

Bloedderivaten, 1212
Bloeddonatie, 60
Bloeddrukmeter, 64
Bloedmonsterneming, 1299
Bloedwet, 1212
Burgerlijke partijstelling
- beroepsvereniging, 97
- Orde der geneesheren, 96

C

Captatie, 1522 e.v.
Chiropraxie, 80
Code van medische plichtenleer
- bindende kracht, 177
- Nationale raad van de Orde der geneesheren, 175

Continuïteit van verzorging, 426
Contractuele rechtsverhouding, 316
Controlearts, 124
Controlegeneeskunde
- bevoegdheid, 123
- klachten, 126
- onafhankelijkheid, 125

D

Diagnose, 52-28
Diagnostische en therapeutische vrijheid
- beperkingen, 1370
- wettelijke regeling, 1365 e.v.

Dienst voor geneeskundige evaluatie en controle R.I.Z.I.V.
- procedure, 1377

Donorgameten
- anonimiteit, 477

Draagmoederovereenkomst, 483
Draagmoederschap, 483
Dringende geneeskundige hulpverlening, 446
Dudgeon, 462
Dwangbehandeling, 785

E

Eerlijk proces, 222

Eicelstimulatie, 1156
Embryo, 976
Embryo transfer, 466
Embryo's *in vitro*
- wettelijke regeling onderzoek, 1117
Embryonale stamcellen, 1162
Embryowet
- aanmaken van embryo's *in vitro*, 1150
- beroepsuitoefeningsverbod, 1169
- bevel tot stopzetting, 1170
- embryonale stamcellen, 1162
- federale commissie voor medisch en wetenschappelijk onderzoek op embryo's *in vitro*, 1171
- gameten, 1159
- jaarverslag, 1164
- reproductief kloneren, 1163
- sancties, 1164
- toelaatbaarheidsvoorwaarden, 1121
- verbod tot commerciële doeleinden, 1146
- verbod tot eugenetisch onderzoek, 1147
- verbod tot geslachtsselectie, 1148
- verbod tot inplanting bij dieren, 1144
- verbod tot inplanting bij mensen, 1145
- verboden handelingen, 1165
- verboden onderzoek, 1143
Ereloonverdeling
- groepsgeneeskunde, 1486
- omschrijving, 1482
- sancties, 1484
- uitzondering, 1483
- verbod, 1482
Erkenning
- artsen-specialisten, 30
- huisartsen, 29
Ethisch comité
- advies, 1050
- bevoegdheid, 1045
- jaarlijks verslag, 1046
- onafhankelijkheid, 1041
- opdracht, 1050
- samenstelling, 1040
- termijn van advies, 1052
- versnelde procedure, 1053
- verzoek, 1048
- waarde van het advies, 1061
Europees onderdaan, 14, 31
Euthanasie
- aandoening door ziekte of ongeval, 864
- aangifteplicht, 919
- aanhoudend en ondraaglijk lijden, 869
- actueel verzoek, 828, 863
- bewuste patiënt, 863
- controle op uitvoering, 923
- definitie, 814
- ernstige en ongeneeslijke aandoening, 866
- federale controle- en evaluatiecommissie, 921
- fysiek of psychisch lijden, 868
- geraadpleegde arts, 892
- gezondheidstoestand patiënt, 863
- handeling door derde, 817
- historiek, 813
- lijden bij niet-bewuste patiënt, 875
- lijden dat niet gelenigd kan worden, 870
- medewerkingsplicht, 929
- medisch uitzichtloze toestand, 872
- minderjarige, 657
- onomkeerbare situatie, 880
- opzet, 818
- overlijden, 819
- patiënt buiten bewustzijn, 874, 877
- plichten van de arts, 880 e.v.
- procureur des Konings, 927

- registratiedocument, 917
- registratieplicht, 917
- verpleegkundigen, 931
- vertrouwenspersoon, 849
- verzekeringsovereenkomst, 930
- verzoek, 832 e.v.
- voorafgaande wilsverklaring, 847 e.v.
- weigering, 827
- wettelijke toelating, 822

Expertisecentrum, 1019
Extended operation, 361

F

Familiedonatie, 1211
Federale commissie rechten van de patiënt, 407
Forfaitaire bezoldiging, 1415 e.v.
Fysieke integriteit, 345

G

Gameten
- gebruik, 1158
- toestemming, 1161
- verbod commerciële doeleinden, 1159

Geboorte van een gezond kind na sterilisatie, 455
Geboorteaangifte, 624, 1263
Geboorteverklaring, 625
Gebruiksvergoedingsregeling, 1472 e.v.
Gecodeerde gegevens, 1186
Gedwongen opname in een psychiatrische dienst, 659 e.v.
Geesteszieke
- behandeling in een ziekenhuis, 661
- beslissingsonbekwaamheid, 783
- bezoek van raadsman, 771
- briefwisseling, 770
- dwangbehandeling, 785
- euthanasie, 834
- handelingsbekwaamheid, 782
- inzage in het register, 772
- inzage medisch dossier, 772
- keuzevrijheid, 784
- klachtrecht, 770
- medisch onderzoek, 689
- medische behandeling, 777
- minderjarige, 672
- ontvluchting, 776
- opneming ter observatie, 682
- verder verblijf in een pyschiatrische dienst, 733
- verpleging in een gezin, 758
- vrijheidsbeperking, 660

Geneeskunde, 3, 4
Geneeskunst, 3, 4
Geneesmiddelenvoorschrift, 1362, 1542
Genetic counseling, 75
Gerechtsdeskundige, 1229
Gesloten ziekenhuis, 319
Getuigschrift voor verstrekte hulp, 1357
Gevangenisarts, 1231
Gezag van gewijsde, 265
Gezondheidszorg, 308
Goede trouw, 334
Groepstherapie, 75, 76

H

Handeling behorend tot de geneeskunde
- acupunctuur, 77
- chiropraxie, 80
- diagnose, 52
- gebruik onderzoeksapparaat, 67
- groepstherapie, 75
- mantelzorg, 47
- manuele therapie, 79
- meten van bloeddruk, 64
- onderzoek van de gezondheidstoestand, 56
- oogonderzoek, 66

- osteopathie, 80
- plaatsen van contactlenzen, 69
- plaatsen van tandprothese, 71
- preventieve geneeskunde, 38
- psychoanalyse, 73
- psychotherapie, 73
- radiografie, 62
- radioscopie, 63
- schriftelijke aanbevelingen, 81
- zelfzorg, 47

Heelkundige anticonceptie, 453
Honoraria
- afdwinging, 1501
- afstand, 1413
- beperkingen, 1415
- beschikking om niet, 1522
- beslag, 1520
- bevrijdende verjaring, 1514 e.v.
- collega's, 1427
- informatieplicht, 1456
- maxima, 1469
- medewerkers, 1427
- minima, 1469
- niet nagekomen afspraak, 1430
- overdracht, 1520
- raden van de Orde der geneesheren, 1469
- rechtsvordering, 1511
- verwanten, 1420
- vrije bepaling, 1433 e.v.

Honorariabetwistingen
- bewijslast, 1499
- provinciale raden, 1470

Honorariumplicht, 413
Hoofdgeneesheer, 1232
Hulp bij zelfdoding, 945
Hulpverleningsplicht
- art. 422*bis* Sw., 434
- art. 422*ter* Sw., 445
- groot gevaar, 438
- kennis van groot gevaar, 439
- medisch zinloze behandeling, 790
- opzet, 441
- pasgeboren leven, 618
- rechtvaardigingsgrond, 443
- sanctie, 444
- weigering hulp te verlenen, 440

I

In rechte getuigenis afleggen, 1246, 1249
In vitro fertilisatie, 466
Instandhoudingsvergoeding, 1478
Instelling voor gezondheidszorg,
- rapportageverplichting, 568
- voorlichtingsdienst, 541
- zwangerschapsafbreking, 540

Instituut voor farmaco-epidemiologie, 1401

K

Kennisgeving van bevalling, 623, 1261
Kennisgeving van tuchtrechtelijke beslissingen, 256
Kiesrecht voor de raden van de orde, 204
Kindermoord, 593, 619
Kinesitherapie
- onwettige uitoefening, 1557
- vereisten, 1556
- voorschrift, 1558
- WUG, 1555

Klachtrecht
- ombudsfunctie, 404

Klinische proef, 1015
Kunstmatig toedienen van voeding en vocht,
- palliatieve sedatie, 812

Kunstmatige inseminatie
- met sperma van de echtgenoot, 466
- met sperma van een donor, 466

Kwaliteitsvolle dienstverstrekking, 324

L

Le Compte, 143, 196 e.v.
Levensbeëindiging op verzoek, 813
Levensvatbaarheidsgrens, 516
Lichaamsmateriaal,
- eigendomsrecht, 1177
- juridisch statuut, 1175
- nader gebruik, 1174
- omschrijving, 1173
- onderzoek, 1174
Lijkopening, 958
Lijkschouwing, 958
Locked-in syndroom, 844

M

Mantelzorg, 47
Manuele therapie, 79
Massage, 79
Medewerkingsplicht, 411
Medisch begeleide bevruchting, 466
Medisch beroepsgeheim
- arts, 1222
- arts als noodzakelijke vertrouwenspersoon, 1224
- beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg, 1234
- beroepsmisdrijf, 1318
- beslag, 1315, 1320
- geheim, 1239
- gerechtsdeskundige, 1229
- gevangenisarts, 1231
- hoofdgeneesheer, 1232
- kennis uit hoofde van beroep, 1238
- nationale raad, 1233
- niet-conventionele praktijk, 1235
- onwettig beslag, 1323
- onwettige uitoefening van geneeskunde, 1236
- provinciale raden, 1233
- raden van beroep, 1233
- rechtvaardigingsgronden, 1272
- spreekrecht, 1246
- telefoontap, 1324
- toevertrouwd geheim, 1241
- uitzonderingen, 1302 e.v.
- zoeking in artsenpraktijk, 1316
- zwijgrecht, 1249
Medisch experiment
- aansprakelijkheid, 1071
- belang van deelnemer, 1036
- beschermingsmaatregelen, 1024
- definitie, 1013
- einde, 1109
- ernstig ongewenst voorval, 1113
- ernstige bijwerking, 1114
- ethisch comité, 1037
- ethische kwaliteitseisen, 1024
- evenredigheidseis, 1029
- expertisecentrum, 1019
- federale databank, 1035
- foutloze aansprakelijkheid, 1072
- geen ministerieel bezwaar, 1062
- gentherapie, 1022
- gratis geneesmiddel, 1075
- gunstig advies, 1037
- hoogdringendheid, 1099
- informatieplicht, 1033
- intrekken toestemming, 1034
- menselijke persoon, 1020
- minderjarige, 1076 e.v.
- ministerieel bezwaar, 1068
- ministeriële toelating, 1069
- ongewenst voorval, 1112
- persoonsgegevens, 1030
- protocol, 1037
- rapportage ernstig ongewenst voorval, 1113
- rapportage ernstige bijwerking, 1114
- rapportage ongewenst voorval, 1112
- schending van verplichtingen, 1111
- schorsing, 1109

- toestemming proefpersoon, 1032
- tussenkomst beroepsbeoefenaar, 1070
- verbod, 1109
- verzekeringsplicht, 1073
- vroegtijdige stopzetting, 1109
- wetenschappelijke aanvaardbaarheid, 1025
- wetenschappelijke kwaliteitseisen, 1024
- wijziging, 1105

Medisch getuigschrift
- aflevering, 1327
- aflevering aan derden, 1333
- dubbel gebruik, 1337
- gebruik, 1336
- omschrijving, 1325
- onbevoegde, 1364
- persoonsverzekeringen, 1331
- toestemming bij aflevering aan derden, 1333
- valsheid, 1343

Medisch onderzoek
- geesteszieke, 689

Medisch tuchtrecht
- art. 6 E.V.R.M., 207
- bronnen, 174
- extraterritoriale werking, 207
- fout, 169
- tuchtprocedure, 208
- vrijheid van meningsuiting, 195

Medisch uitzichtloze toestand, 872

Medisch verantwoord voorschrijven, 1388

Medisch experiment
- niet-commercieel experiment, 1019
- regelgeving, 1011
- toestemmingsonbekwame meerderjarige, 1089 e.v.

Medische experimentenwet
- hoogdringendheid, 1099
- inspecteurs, 1115
- inspectieverslag, 1115
- minderjarige, 1076
- sancties, 1116
- toepassingsgebied, 1012, 1015
- toestemmingsonbekwame meerderjarige, 1089
- toetsing, 1115
- uitzonderingen, 1021

Medische persoonsgegevens
- definitie, 1173
- geheimhouding, 1180
- onderzoek, 1180
- verwerking gezondheidsgegevens, 1181

Medisch-wetenschappelijke autopsie, 963

Minderjarige
- beroepsgeheim, 640
- berperkingen ouderlijke bevoegdheid, 635
- euthanasie, 657
- geesteszieke, 672
- *informed consent*, 634
- kwaliteitsvolle dienstverlening, 634
- maturiteit, 632
- medisch experiment, 1076
- orgaantransplantatie, 647
- profylaxe van besmettelijke ziekten, 655
- recht om niet te weten, 634
- recht op informatie, 634
- recht op inzage, 634
- recht op toestemming, 638
- recht op weigering, 642
- redelijke beoordeling van belangen, 636
- sterilisatie, 461
- vertegenwoordiging, 391
- verzet tegen orgaantransplantatie, 653
- vrije keuze, 634
- wegneming van organen, weefsels of cellen, 1211

Misbruik van diagnose en therapie
- beteugeling, 1374
- beteugeling door de raden van de orde, 1375

- beteugeling door dienst voor geneeskundige evaluatie en controle R.I.Z.I.V., 1377

Misbruikverbod
- afhankelijkheid geneesmiddel, 1382
- beoefenaar geneeskunde, 1381
- bestanddelen, 1381
- methadon, 1391
- misbruik, 1383
- misbruik-richtlijn, 1391
- Orde der geneesheren, 1393
- uitzondering, 1396
- voorschrijven/afleveren, 1382

Monopolie uitoefening geneeskunde
- algemeen karakter, 8
- artsen, 6
- exclusief karakter, 6
- wettelijke uitzonderingen, 7

N

Naamlening, 99

Nalaten of staken van een medische behandeling
- effectiviteit, 802
- proportionaliteit, 803
- strafrechtelijke bepalingen, 793
- toestemming patiënt, 799

Nationale raad
- adviezen, 189
- afdelingen, 298
- bevoegdheden, 301
- medisch beroepsgeheim, 1233
- samenstelling, 297

Necropsie, 958

Niet-commercieel experiment, 1019

Niet-contractuele rechtsverhouding, 323

Niet-conventionele praktijk
- definitie, 100
- kamers, 104
- paritaire commissie, 103
- registratie, 106
- registratie beoefenaar, 107
- schorsing registratie, 109
- soorten, 102
- uitoefening door arts, 120
- uitoefening door een ander dan arts, 121
- voorwaarden, 111

Niet-gecodeerde gegevens, 1189

Niet-heelkundige anticonceptie, 448

Niet-natuurlijk overlijden,
- verplichtingen arts, 955

Noodsituatie,
- zwangerschapsafbreking, 525

Noodtoestand,
- zwangerschapsafbreking, 522

Nulla poena, sine lege, 200

O

Obductie, 958

O.C.M.W.-ziekenhuis, 321

O.C.M.W.-wet
- beroepsbeoefenaars, 1584
- statutair dienstverband, 1586
- tuchtsancties, 1585

Ombudsfunctie
- bevoegdheid, 406
- voorwaarden, 405

Omstandig geneeskundig verslag
- omstandig, 688
- onderzoek, 696
- opgesteld door arts, 690
- verslag, 687

Onbevoegde persoon, 84

Onderzoek
- aangemaakte embryo's *in vitro*, 1150 e.v.
- embryo's *in vitro*, 1117
- lichaamsmateriaal, 1174
- medische persoonsgegevens, 1180 e.v.
- overtallige embryo's, 1118 e.v.

Onderzoek van de gezondheidstoestand, 56 e.v.

Onderzoeksapparaat, 67

Ongeoorloofde verrijking, 1494-818, 1495-818
Onopzettelijke kindermoord, 602 e.v.
Onopzettelijke levensbeëindiging tijdens de bevalling, 602
Onopzettelijke levensbeëindiging van pasgeboren leven, 618
Onopzettelijke levensbeëindiging voor de bevalling, 609
Onopzettelijke zwangerschapsafbreking, 609
Ontvluchting, 776
Onwettige uitoefening van de geneeskunde
- burgerlijke partijstelling, 95
- delictomschrijving, 32
- gewoonlijke wijze, 85
- handeling behorend tot de geneeskunde, 34
- naamlening, 99
- onbevoegde persoon, 84
- strafsancties, 94
- titelmisbruik, 91
- vruchtafdrijving, 532
Oogafwijking
- meting, 66
Opneming in een spoedeisend geval
- kennisgeving, 718
- medisch advies, 716
- medisch verslag, 716
- procureur des Konings, 715
- schriftelijk verzoek, 715
- spoedeisend, 717
- vrederechter, 719
Opneming ter observatie
- aanvang, 723
- beëindiging van de observatie, 730
- behandeling verzoekschrift, 705
- beroep, 710
- betekening beslissing, 708
- bijstand, 702
- cassatie, 714
- kennisgeving aan de zieke, 701
- omstandig geneeskundig verslag, 686
- periode, 729
- rechterlijke beslissing, 682
- registratie, 728
- spoedeisend geval, 714
- spoedprocedure, 699
- uitspraak, 706
- uitvoerbaar bij voorrang, 711
- verzet, 709
- verzoekschrift, 683
- vrederechter, 703
Opticien
- diagnose, 54
- oogonderzoek, 66
- plaatsen van contactlenzen, 69
Opzettelijke doding, 932
Opzettelijke levensbeëindiging tijdens de bevalling, 592
Opzettelijke levensbeëindiging van pasgeboren leven, 618
Opzettelijke levensbeëindiging zonder verzoek, 932
Orde der geneesheren
- gezag, 166
- historiek, 128
- inschrijving op de lijst, 145
- misbruikverbod, 1393
- *nulla poena, sine lege*, 200
- provinciale raden, 167
- rechtsmacht, 166
- structuur, 129
- uitzonderingen op de verplichte inschrijving, 132
Orgaantransplantatiewet
- donor, 1191
- geen bezwaar stelsel, 995
- geheimhouding, 982
- informatieverplichting, 999
- levende minderjarige, 647
- meerderjarige, 645
- melding, 983
- navraag verzet, 1000
- overleden minderjarige, 653
- pasgeborene, 1007
- receptor, 1191

- respect, 981
- therapeutisch doel, 976
- therapeutische bereidingen, 978
- toepassingsgebied, 1191
- uitdrukkelijke toestemming, 1002
- uitzonderingen, 977, 1009
- vaststellen van overlijden, 986
- verbod van winst, 980
- verplichtingen arts, 997
- verzet, 987
- voorwaarden aan toestemming, 646
- wegnemen van organen, weefsels of cellen, 1192
- wegneming door arts, 979

Oscillografie, 64
Osteopathie, 80
Overlijden van een patiënt, 954 e.v.

P

Palliatieve sedatie, 810
Palliatieve zorg, 810
Paramedisch beroep, 1566 e.v.
Paritaire commissie, 103
Patiëntendossier
- bewaartermijn, 376
- code van medische plichtenleer, 376
- modaliteiten van inzage, 380
- persoonsgegevens, 377
- recht op afschrift, 384
- recht op inzage, 379
- recht op toevoeging, 378
- verzet tegen inzage door nabestaanden, 387
- Ziekenhuiswet, 374
- zorgvuldigheid, 375

Patiëntenrechten, 306 e.v.
Patiëntenrechtenwet
- bevoegdheid ouders of voogd, 628
- definitie beroepsbeoefenaar, 309
- definitie gezondheidszorg, 308
- definitie patiënt, 307
- honorariumplicht, 413
- klachtrecht, 403
- mature minderjarige, 632
- medewerkingsplicht, 411
- minderjarige, 628
- minderjarigen, 391
- patiëntendossier, 374
- recht om toestemming te verlenen of te weigeren, 342
- recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, 389
- recht op informatie over de gezondheidstoestand, 330
- recht op kwaliteitsvolle dienstverlening, 324
- recht op vrije keuze van een arts, 327
- respect voor zijn intimiteit, 390
- toepassingsgebied, 312
- verplichtingen patiënt, 410
- wilsonbekwamen, 392

Persistent vegetatieve situatie, 880
Pijnbestrijding, 804
Pijnbestrijding met mogelijk levensverkortend gevolg
- Euthanasiewet, 809
- normaal medisch handelen, 806
- opzettelijke doding, 808
- palliatieve sedatie, 811
- strafrecht, 805

Preventief toezicht, 267
Preventieve geneeskunde, 38
Provinciale geneeskundige commissie, 16, 21, 257, 431, 1379, 1541
Provinciale raad,
- advies m.b.t. honorariumbetwistingen, 280
- adviezen, 188
- beoordelingsvrijheid, 192
- beslissing, 247
- betekening van de beslissing, 249
- bewakingsopdracht, 267
- bijdragebepaling, 284

- hoger beroep, 250
- honorariabetwistingen, 277
- kennisgeven van daden van onwettige uitoefening van de geneeskunde, 276
- medisch beroepsgeheim, 1233
- medische plichtenleer, 168, 275
- motiveringsverplichting, 197
- normerende bevoegdheid, 185
- onafhankelijkheid, 226
- onderzoek, 242
- onpartijdigheid, 226
- opmaken van de lijst, 274
- oproeping, 244
- preventief toezicht, 267
- rechtspleging, 246
- reglement van orde, 288
- samenstelling, 273
- territoriale bevoegdheid, 289
- tuchtprocedure, 210 e.v.
- tuchtrechtelijke bevoegdheid, 168
- tuchtrechtelijke opdracht, 224
- tuchtsancties, 199
- verschijning voor, 244
- verzet, 254
- wraking, 236

Psychiater
- aansprakelijkheid, 786
- inspanningsverbintenis, 786

Psychiatrische dienst
- belemmering toezicht, 775
- procureur des Konings, 773
- toezicht, 773
- voorkomen van zelfdoding, 948
- vrederechter, 773

Psychoanalyse, 73
Psychotherapie, 73

R

Raden van beroep van Orde der geneesheren
- beslissing, 246
- betekening van beslissing, 255
- cassatie, 256
- hoger beroep, 228, 252, 291
- laattijdige beslissingen van provinciale raden, 294
- normerende bevoegdheid, 185
- onafhankelijkheid, 229
- onpartijdigheid, 229
- reglement van orde, 296
- samenstelling, 290
- tuchtprocedure, 210
- tuchtrechtelijke opdracht, 228-131
- tuchtsancties, 199
- verkiezingstwisten, 292
- vervallenverklaring verkozen leden, 293
- verzet, 254
- woonplaatsbetwisting, 295
- wraking, 236, 237

Radiografie, 62
Radioscopie, 63
Recht om niet te weten, 338
Recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, 389
Recht op honoraria, 1409
Recht op informatie
- goede trouw, 334
- grondslag, 334
- klaarblijkelijk ernstig nadeel, 339
- recht om niet te weten, 338
- therapeutische exceptie, 340
- vertrouwenspersoon, 337

Recht op inzage
- patiëntendossier, 379
- persoonsgegevens, 383
- verzet tegen inzage door nabestaanden, 387

Recht op kwaliteitsvolle dienstverlening
- behoeften van de patiënt, 325
- individueel recht, 326

Recht op toestemming
- actuele weigering, 366
- bewijslast, 363
- draagwijdte, 361

- grondslag, 344
- informatie over risico's, 348
- inhoud van de informatie, 345
- intrekking, 366
- modaliteiten, 360
- stilzwijgend, 357
- strafrecht, 345
- uitdrukkelijk, 358
- veronderstelde toestemming, 372
- verplichting van de arts, 342
- voorafgaande weigering, 371

Recht op vrije keuze, 328
Reclame
- zwangerschapsafbreking, 555

Registratieverplichting
- zwangerschapsafbreking, 562

Reproductief kloneren, 473, 1163
Reproductieve geneeskunde, 1140

S

Schorsing, 206
Schrapping van de lijst, 206
Schriftelijke aanbevelingen, 81
Schuldig verzuim, 434 e.v.
Sectie, 958
Sedatieve noodtoestand, 808
Selectieve zwangerschapsafbreking, 518
Spreekrecht, 1246
Staatscommissie voor de ethische problemen, 496
Staken of nalaten van een medische behandeling
- betrokkenheid patiënt, 802
- informatieplicht, 802

Sterilisatie
- informatieplicht, 457
- inspanningsverbintenis, 455
- mentaal gehandicapte met beschermingsstatuut, 463
- mentaal gehandicapte zonder beschermingsstatuut, 465
- minderjarigen, 461
- toestemming, 454

Stilzwijgende toestemming, 357

T

Tandarts
- geneesmiddelen, 1554
- vereisten, 1550
- WUG, 1548

Tandheelkunde, 1548
Tandprothese, 71
Telefoontap, 1323
Therapeutische exceptie, 340
Therapeutische vrijheid, 324, 1365
Titelmisbruik, 91
Toestemming, 332
Toestemmingsinformatie, 332
Tuchtmaatregelen, 169
Tuchtprocedure
- dienst voor geneeskundige controle van het R.I.Z.I.V., 260
- eerlijk proces, 222
- Hof van Cassatie, 256
- hoger beroep, 250
- onttrekking, 232
- openbaarheid, 212
- provinciale raad, 238
- raad van beroep, 252
- redelijke termijn, 218
- verzet, 254

Tuchtsanctie
- extraterritoriale werking, 207
- kiesrecht voor de raden van de orde, 205
- recht geneeskunde uit te oefenen, 206

Tuchtvordering, 262

U

Uitdrukkelijke toestemming, 358
Uitoefening van de geneeskunde
- beperkingen, 165
- niet-conventionele praktijk, 101

V

Vals medisch getuigschrift, 1345
Valselijk bevestigen van ziekte of gebrek, 1343 e.v.
Valsheid in geschriften, 1355
Valsheid in medische getuigschriften, 1343
Vasectomie, 456
Venapunctie, 57
Verbod van medisch-farmaceutische cumulatie, 1538
Verder verblijf in psychiatrische dienst
- beëindiging, 747
- duur, 736
- herziening, 754
- nazorg, 738
- noodzaak, 733
- omstandig verslag, 733
- overbrenging, 744
- verlenging, 736
- vrederechter, 734

Vergoeding ziekenhuisarts, 1411
Veronderstelde toestemming, 372
Verpleegkunde
- toevertrouwde geneeskundige handelingen, 1562
- uitoefening, 1560
- voorschrift, 1561
- voorwaarden uitoefening medische behandeling, 1563
- WUG, 1559

Verpleegkundige
- aansprakelijkheid, 1565
- onwettige uitoefening, 1559
- vereisten, 1559

Verpleging in een gezin
- behandeling, 766
- gezin, 760
- herziening, 769
- observatieperiode, 762
- opheffing, 769
- verder verblijf, 765
- verzoekschrift, 762
- vrederechter, 763
- wettelijke bepalingen, 758
- wijziging, 768

Verplichte bijdrage, 285
Vervangingsmiddelen, 1396 e.v.
Visumplicht, 16
Voorafgaande weigering
- bindende kracht, 371
- modaliteiten, 372

Voorschrijven drugs, 1378
Voortplantingsmateriaal, 976
Vrijstelling van een wettelijke dienst of verplichting, 1349
Vroedvrouw
- bevoegdheid, 1569
- verboden handelingen, 1569
- vereisten, 1568
- verpleegkundige, 1570

Vruchtafdrijving
- causaal verband, 519
- kunstmatige beëindiging, 512
- misdrijf, 511
- niet-levensvatbaar embryo/foetus, 516
- opzettelijk, 513
- vernietiging van de vrucht, 514

W

Wachtdiensten, 427
Weglating van de lijst van de Orde der geneesheren, 22
Wegneming van organen, weefsels of cellen
- aflevering, 984
- arts, 979, 1195
- ernstige gevolgen, 1208
- geen verzet, 987
- geheimhouding, 982
- informatieverplichting, 999
- leeftijd donor, 1199
- melding, 983
- minderjarige, 1211
- navraag verzet, 1000-546
- niet-regenereerbaar orgaan, 1208

- Orgaantransplantatiewet, 976 e.v.
- pasgeborene, 1007
- respect, 981
- therapeutisch doel, 976-536, 1190
- therapeutische bereidingen, 978
- toestemming donor, 1200
- uitdrukkelijke toestemming, 1002
- vaststellen van overlijden, 985
- verbod van winst, 980
- verplichtingen arts, 997, 1207
- verzet na overlijden, 995
- verzet voor overlijden, 988
- zonder winst, 1196

Welwillendheidsgetuigschrift, 1363
Wettelijke hulpverleningsplicht tijdens de bevalling, 604
Wettige uitoefening van de geneeskunde
- historiek, 1
- voorwaarden, 9

Wiegendood, 975
Wilsonbekwamen
- afwijken van wil van vertegenwoordiger, 400
- ontbreken van vertegenwoordiger, 402
- samenwonende echtgenoot of partner, 398
- vertegenwoordiging, 392, 393
- zelfbenoemde vertegenwoordiger, 394

Wrongful birth, 457, 458, 459, 537, 572 e.v.
Wrongful conception, 459
Wrongful life, 457, 572 e.v.
Wrongful pregnancy, 455, 458, 460, 590 e.v.

Z

Zelfbenoemde vertegenwoordiger, 394
Zelfdoding
- aansprakelijkheid, 947
- hulp van een arts, 934

Zelfzorg, 47
Ziekenhuisarts, 1572 e.v.
Zwangerschapsafbreking
- aansprakelijkheid, 572
- draagwijdte noodsituatie, 521
- evaluatiecommissie, 564 e.v.
- instelling voor gezondheidszorg, 540
- levensvatbaarheid, 510
- moratorium, 495
- niet-toestemmende vrouw, 553
- noodsituatie, 521
- noodtoestand, 522
- rapportageverplichting, 567
- reclame, 555
- registratiedocument, 564
- registratieverplichting arts, 563
- staatscommissie voor ethische problemen, 494
- strafbaarheid toestemmende vrouw, 557
- toestemmende vrouw, 554
- weigering arts, 537
- wettelijke regeling, 485 e.v.

Zwangerschapsafbreking na verloop van 12 weken
- ernstig gevaar voor de gezondheid, 547
- levensvatbaarheid, 550
- tweede arts, 549
- uiterst zware, ongeneeslijke kwaal bij foetus, 547

Zwijgplicht, 1270
Zwijgrecht, 1249