

Hof van Cassatie, 1^e kamer, 5 juni 2008

CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID – VORDERING TOT SCHADEVERGOEDING – OORZAKELIJK VERBAND – BEWIJSLAST – VERLIES VAN KANS – FOUT

CHARGE DE LA PREUVE – RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE – LIEN DE CAUSALITÉ – CHARGE DE LA PREUVE – PERTE DE CHANCE – FAUTE

Degene die schadevergoeding vordert, moet bewijzen dat er tussen de fout en de schade, zoals zij zich heeft voorgedaan, een oorzakelijk verband bestaat; dit verband veronderstelt dat, zonder de fout, de schade niet had kunnen ontstaan, zoals ze zich heeft voorgedaan.

Het verlies van een reële genezings- of overlevingskans komt voor vergoeding in aanmerking indien tussen de fout en het verlies van deze kans een conditio sine qua non verband bestaat.

De rechter kan vergoeding toekennen voor het verlies van een kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel indien het verlies van deze kans te wijten is aan een fout.

Il incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage tel qu'il s'est réalisé; ce lien suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est réalisé.

La perte d'une chance réelle de rétablissement ou de survie entre en ligne de compte pour une indemnité s'il existe un lien constituant une condition sine qua non entre la faute et la perte de cette chance.

Le juge peut accorder une indemnité pour la perte de la chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un préjudice si la perte de cette chance est due à une faute.

Voorzitter: M. Verougstraete
Afdelingsvoorzitters: MM. Boes en Waüters
Raadsheren: MM. Dirix en Fettweis
Advocaat-generaal: M. Vandewal
Pleit.: Mrs. Nelissen Grade en Wouters

H.K., M.S., M.S. t. D.C., P.L.

II. Cassatiemiddel

De eisers voeren in hun verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

– de artikelen 1147, 1149 en 1151 van het Burgerlijk Wetboek.

Aangevochten beslissingen

De appelrechters verklaren in het bestreden arrest de hogere beroepen van de verweerders ontvankelijk en deels gegrond, hervormen het bestreden vonnis, verklaren de oorspronkelijke vorderingen van de verweerders ontvankelijk en deels gegrond en veroordelen dienvolgens de eisers om aan elk van de verweerders voor het verlies van de overlevingskans van het paard Prizrak een vergoeding te betalen van 80 pct. van 198.186,22 euro of 158.548,97 euro, te vermeerderen met de gerechtelijke interest vanaf 20 juni 1994 tot de datum van betaling, en verwijzen de eisers in de kosten van beide aanleggen.

Zij steunen deze beslissing voornamelijk op de volgende overwegingen:

«1. De fout

(...) 1.2. (De verweerders) behoren aan te tonen dat dierenarts M. een beroepsfout beging, met name dat hij niet heeft gehandeld als een normaal zorgvuldig en

voorzichtig dierenarts die in dezelfde omstandigheden verkeert wanneer hij het paard Prizrak op 29 september 1993 onderzoekt» (bestreden arrest, pagina 8, laatste alinea).

«Een weerhouden fout leidt tot zijn contractuele aansprakelijkheid» (bestreden arrest, pagina 9, voorlaatste alinea).

(...)

«De vraag rijst of elke normaal voorzichtig en zorgvuldig dierenarts ingevolge die informatie reeds bij het eerste onderzoek een maagsondage zou hebben toegepast?

De gerechtsdeskundige stelt enerzijds dat oprispingen een sterk indicatief voor maagdilatatatie vertonen en anderzijds dat die symptomen eerder uitzondering dan regel bij maagdilatatatie zijn (deskundigenverslag van 21 oktober 1994, blz. 6). De gerechtsdeskundige bedoelt blijkbaar dat wanneer die symptomen zich uitzonderlijk voordoen, de dierenarts moet gealarmeerd zijn, omdat die symptomen op maagdilatatatie wijzen.

Dierenarts M. heeft aan de gerechtsdeskundige bevestigd dat hij heeft nagekeken of er symptomen van maagovervulling (braakneigingen, oprispingen) aanwezig waren. Zelf heeft hij geen oprispingen vastgesteld. Volgens de deskundige zijn bij een maagdilatatatie oprispingen niet constant aanwezig. De ontvangen informatie moest door dierenarts M. bij het onderzoek worden geanalyseerd en was dan ook van die aard dat met de op dat ogenblik gekende wetenschap tot een maagsondage moest worden overgegaan.

Op dat ogenblik bleef de mogelijkheid van transport naar een dierenkliniek open. Een maagsondage zou de spanning in de maag op voorhand, voor elk transport hebben weggenomen.

(De verweerders) tonen derhalve aan dat dierenarts M. niet heeft gehandeld als een normaal zorgvuldig en voorzichtig dierenarts die in dezelfde omstandigheden

verkeert wanneer hij het paard Prizrak op 29 september 1993 onderzoekt» (bestreden arrest, pagina 10, laatste alinea, tot en met pagina 11, vierde alinea).

«2. Oorzakelijk verband

De gerechtsdeskundige besluit:

«Daarom ben ik van oordeel dat het uitvoeren van een maagsondage door Dr. M. de maagruptuur en bijgevolg de dood van het paard waarschijnlijk had kunnen voorkomen of minstens had kunnen uitstellen. De kans is bijgevolg groot dat er tussen het niet uitvoeren van de maagsondage en de dood van het paard een oorzakelijk verband bestaat».

Volgens het verslag van dierenarts V.M., verantwoordelijke van de dierenkliniek Noorderwijk-Voortkapel, is het paard gestorven aan de gevolgen van maagruptuur. De diagnose bij de lijkschouwing was maagruptuur. Er zijn geen gegevens dat die lijkschouwing op tegenspraak ten aanzien van de dierenarts M. is gebeurd. Dierenarts V. D. P., de die de belangen van dierenarts M. behartigde tijdens het deskundigenonderzoek, heeft niet betwist dat het om een maagruptuur ging nu hij op 27 september 1994 aan de deskundige faxte:

«Bij aankomst werd de optie van maagruptuur niet vernoemd gezien de nog vrij goede toestand van het paard. Pas toen het dier plots verslechterde, werd voor de eerste maal een buikpunctie uitgevoerd en concludeerde men toen pas dat er zich een maagruptuur had voorgedaan. De diagnose maagruptuur is pas gesteld geweest toen de shock-symptomen zich begonnen te manifesteren en zeker niet bij de aankomst in de kliniek» (definitief deskundigenverslag blz. 4-5).

Er mag bijgevolg worden aangenomen dat het paard aan de gevolgen van maagruptuur stierf.

Bij uitsluiting van andere oorzaken en steunend op de verklaring van (de eerste verweerster), vermag de gerechtsdeskundige te adviseren dat de oorzaak van de ruptuur waarschijnlijk te wijten is aan een voorafgaande maagdilatatatie.

(De eisers) verwijzen naar de eigen fout van (de eerste verweerster). Ze tonen echter niet aan dat (de verweerster) zou hebben getalmd met het vervoeren van het paard naar de dierenkliniek. Terecht merkt (de verweerster) op dat het om een delicaat vervoer per vrachtwagen ging dat uiterst voorzichtig met een ziek paard moest gebeuren. Er zijn geen aanwijzingen dat (de verweerster) hierbij onzorgvuldig optrad.

De gerechtsdeskundige zegt dat de kans groot is dat er tussen het niet uitvoeren van de maagsondage, zijnde de fout, en de dood van het paard een oorzakelijk verband bestaat. Het uitvoeren van een maagsondage had de maagruptuur en bijgevolg de dood van het paard waarschijnlijk kunnen voorkomen. Voor het verlies van die kans moet de (eerste verweerster) – bedoeld worden de verweerders – worden vergoed» (bestreden arrest, pagina 11, vijfde alinea, tot en met pagina 12, laatste alinea).

«3. De schade

3.1. De gerechtsdeskundige begroot de schade op 396.372,45 euro (voorheen 15.989.625 frank)» (bestreden arrest, pagina 13, eerste alinea).

«3.3. Er is geen grond om een bijkomend deskundigenonderzoek te bevelen om de kans te becijferen en

om advies te geven welk impact die zou hebben op de ontstane schade.

De gerechtsdeskundige achtte de kans groot. Die kans wordt begroot op 80 pct. van de reële schade.

De schade wordt begroot op de datum van de uitspraak. De tussen (de verweerders) gevoerde betwisting omtrent het eigendomsrecht van het paard en het verloop van het deskundigenonderzoek zijn niet aan enige tekortkoming van (de verweerders) te wijten. Ze hebben recht op de intrest tegen de wettelijke rentevoet op het schadebedrag gedurende de gevorderde periode.

3.4. Aan (de eerste verweerster) komt toe:

80 pct. van 198.186,22 euro of 158.548,97 euro te vermeerderen met de gerechtelijke intrest vanaf 20 juni 1994 tot datum van betaling.

3.5. (De tweede verweerder) gaat er onterecht vanuit dat de som van 15.989.625 frank moet worden omgezet in 396.972,45 euro waar dit 396.372,45 euro behoort te zijn.

Hiervan komt aan (de tweede verweerder) toe:

80 pct. van 198.186,22 euro of 158.548,97 euro (...))» (bestreden arrest, pagina 14, tweede tot en met zevende alinea).

Grieven

Krachtens artikel 1147 van het Burgerlijk Wetboek, is de schuldenaar gehouden tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit een tekortkoming aan zijn contractuele verbintenis.

Krachtens artikel 1149 van het Burgerlijk Wetboek, moet de schuldenaar, bij wanuitvoering van een contractuele verplichting, volledig instaan voor het verlies van de schuldeiser en voor de winst die hij heeft moeten derven, behoudens de toepassing van de artikelen 1150 en 1151 van het Burgerlijk Wetboek.

Overeenkomstig artikel 1151 van het Burgerlijk Wetboek, moet de schadevergoeding alleen omvatten hetgeen een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van het niet uitvoeren van de overeenkomst. Hieruit wordt afgeleid dat hij die een contractuele fout heeft begaan enkel gehouden is tot schadevergoeding wanneer er een oorzakelijk verband bestaat tussen de contractuele wanprestatie en de schade.

De rechter kan slechts wettig beslissen dat een fout in oorzakelijk verband staat met de schade, wanneer hij vaststelt dat de schade zoals ze zich in concreto voordeed, zich niet zou hebben voorgedaan, wanneer de fout niet was gepleegd.

Wanneer hij vaststelt dat er onzekerheid blijft bestaan over het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade, kan de rechter degene die de fout heeft begaan niet veroordelen tot vergoeding van de schade zoals ze zich heeft voorgedaan.

De vordering van de verweerders strekte te dezen tot vergoeding van de schade die zij geleden hebben ingevolge de dood van het paard Prizrak, welke dierenarts M. verweten wordt niet te hebben kunnen voorkomen.

Na eerder een contractuele fout in hoofde van dierenarts M. te hebben vastgesteld, beslissen de appelrechters dat verweerders voor het verlies van de overlevingskans van het paard dienen vergoed te worden op grond van de motieven dat «de gerechtsdeskundige

zegt dat de kans groot is dat er tussen het niet uitvoeren van de maagsondage, zijnde de fout, en de dood van het paard een oorzakelijk verband bestaat» en dat «het uitvoeren van een maagsondage de maagruptuur en bijgevolg de dood van het paard waarschijnlijk (had) kunnen voorkomen» (bestreden arrest, pagina 12, laatste alinea).

Met deze overwegingen sluiten de appelrechters evenwel niet uit dat de werkelijke schade ook zonder de fout van dierenarts M. had kunnen ontstaan zoals ze zich heeft voorgedaan.

Met voormelde overwegingen nemen de appelrechters integendeel, impliciet doch noodzakelijk, aan dat het oorzakelijk verband tussen de door dierenarts M. begane fout, bestaande in het niet uitvoeren van een maagsondage, en de reële schade die voor de verweerders voortvloeit uit de dood van het paard, niet met zekerheid vaststaat.

Door verder te oordelen dat de verloren kans om de dood van het paard te voorkomen, kan worden begroot op 80 pct. van de reële schade (bestreden arrest, pagina 14, derde alinea), bevestigen de appelrechters in werkelijkheid dat er enkel een waarschijnlijkheid van 80 pct. bestond dat de schade zich zonder de fout van dierenarts M. niet zou hebben voorgedaan, zoals ze is ontstaan.

De appelrechters stellen derhalve niet wettelijk het oorzakelijk verband vast tussen de fout van dierenarts M. en de door de verweerders geleden schade, zoals ze zich heeft voorgedaan, en miskennen bijgevolg het wettelijk begrip «oorzakelijk verband».

Door vervolgens te besluiten dat de verweerders voor «het verlies van die kans» moeten vergoed worden, nemen de appelrechters bovendien een andere dan de door de verweerders werkelijk geleden schade in aanmerking als vergoedbare schade, nu de reële schade van de verweerders niet bestond in het verlies van de kans om de dood van het paard te voorkomen maar in de gevolgen van de dood van het paard, en miskennen zij bijgevolg het wettelijk begrip «schade».

In zoverre de appelrechters de eisers veroordelen om aan de verweerders 80 pct. van de door hen werkelijk geleden schade te betalen en hiertoe niet wettelijk konden vaststellen dat er een zeker causaal verband bestaat tussen de fout van dierenarts M. en de schade van de verweerders, zoals ze zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, doch deze causale onzekerheid dienden te compenseren door een andere dan de door de verweerders werkelijk geleden schade in aanmerking te nemen, miskennen zij dan ook zowel het wettelijk begrip «oorzakelijk verband» als het wettelijk begrip «schade» (schending van de artikelen 1147, 1149 en 1151 van het Burgerlijk Wetboek).

III. Beslissing van het hof

1. Degene die schadevergoeding vordert moet bewijzen dat er tussen de fout en de schade, zoals die zich heeft voorgedaan, een oorzakelijk verband bestaat. Dit verband veronderstelt dat, zonder de fout, de schade niet had kunnen ontstaan, zoals ze zich heeft voorgedaan.

2. Het verlies van een reële genezings- of overlevingskans komt voor vergoeding in aanmerking indien tussen de fout en het verlies van deze kans een *conditio sine qua non* verband bestaat.

De rechter kan vergoeding toekennen voor het verlies van een kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel indien het verlies van deze kans te wijten is aan een fout.

De rechter kan aldus een verlies van een kans op genezing of overleving van een dier vergoeden indien hij vaststelt dat de eigenaar van een ziek dier dat mits een zorgvuldige behandeling slechts een kans had op genezing of overlijden, de kans op een gunstig resultaat heeft verloren door de fout van een dierenarts.

3. Uit de stukken waarop het hof vermag acht te slaan, blijkt dat de verweerders in ondergeschikte orde aanspraak maakten op vergoeding van het verlies van overlevingskans van het paard Prizrak wegens het niet uitvoeren van een maagsondage.

4. Het arrest stelt vast dat:

- de dierenarts een fout beging door in de gegeven omstandigheden geen maagsondage te hebben toegepast;
- het paard ten gevolge van een maagruptuur is gestorven;
- het uitvoeren van een maagsondage, de maagruptuur en bijgevolg de dood van het paard waarschijnlijk had kunnen voorkomen;
- de deskundige de overlevingskans bij de juiste therapie op 80 pct. heeft bepaald.

5. De appelrechters oordelen aldus dat het paard bij de toepassing van de juiste therapie een reële overlevingskans had en laten geen twijfel bestaan over het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade, te weten het verlies van de overlevingskans en sluiten aldus uit dat deze schade zich ook zonder de fout van de veearts zou hebben voorgedaan.

6. Door op die gronden de vordering van de verweerders tot het betalen van schadevergoeding wegens het verlies van de overlevingskans gegrond te verklaren, verantwoorden de appelrechters hun beslissing naar recht.

Het middel kan niet worden aangenomen.

Opmerkingen

Het verlies van een kans: vergoedbare schade?

Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008

In de rechtsleer is er betwisting over de vraag of het verlies van een kans aanleiding kan geven tot schadevergoeding. Uit een reeks recente cassatiearresten en vooral uit een arrest van 1 april 2004 werd door vele auteurs afgeleid dat dit niet langer mogelijk is of minstens dat dit enkel het geval kan zijn indien de schade waarop de kans betrekking heeft zich nog niet heeft voorgedaan. Het cassatiearrest van 5 juni 2008 stelt een einde aan de betwisting. Het hof herhaalt de gebruikelijke causaliteitsregelen. Tezelfdertijd bevestigt het dat het verlies van een kans wel aanleiding kan geven tot schadevergoeding. Dit blijft ook het geval wanneer het gaat om het verlies van een kans op genezing en wanneer de uiteindelijke schade waarop de kans betrekking heeft zich wel reeds heeft voorgedaan.

1. Sinds enkele jaren is er twijfel over de vergoedbaarheid van het verlies van een kans. Tussen 1998 en 2007 verbrak het Hof van Cassatie immers zes (1) uitspraken die een verlies van deze aard vergoedden (2). Vooral het arrest van 1 april 2004 (3) werd door een groot deel van de rechtsleer geïnterpreteerd als een afwijzing van de vergoedbaarheid van het verlies van een kans. Minstens zou het hof het vergoeden van het verlies van een kans beperken tot gevallen waarin de schade waarop de kans betrekking heeft, zich nog niet heeft gerealiseerd. Met name zou het verlies, door een medische fout, van een kans op genezing of overleving niet meer in aanmerking komen (4). Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008 (5) stelt in erg duidelijke bewoordingen een einde aan de twijfel: het verlies van een kans komt wel degelijk voor vergoeding in

aanmerking (6), ook als het gaat om het verlies van een kans op genezing of overleving. Deze noot geeft een korte toelichting bij dit belangrijke arrest. Voor meer details wordt naar andere besprekingen verwezen (7).

2. Het vergoeden van het verlies van een kans is een techniek die door de Franse en Belgische rechtspraak gebruikt wordt om in gevallen waar het causaal verband tussen een fout (8) en een schade onzeker is, aan de benadeelde toch enige vergoeding toe te kennen. Niet de schade zelf wordt dan vergoed, maar het verlies van de kans om deze schade te vermijden. Bij het verlies van een kans komen dus twee soorten schade ter sprake: de «uiteindelijke» schade en het verlies van de kans om deze te vermijden.

Het probleem waarop de rechtspraak die het verlies van een kans vergoedt, een reactie is, hangt samen met de causaliteitsregelen. Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie moet een vordering tot schadevergoeding afgewezen worden indien het causaal verband slechts waarschijnlijk is en indien de fout slechts het risico heeft vergroot dat de schade zou optreden. Causale onzekerheid blijft dus voor rekening van de benadeelde.

Causaal verband is er wanneer de schade zich niet zou hebben voorgedaan zonder de fout. Om uit te maken of dit het geval is of niet, moet de rechter de *hypothese* construeren dat de verweerder niet onrechtmatig maar rechtmatig zou gehandeld hebben, terwijl alle andere omstandigheden van het schadegeval ongewijzigd blijven. Vervolgens moet hij zich afvragen of de schade ook zou ontstaan zijn in dit hypothetisch rechtmatig alternatief (9). Een antwoord op deze vraag ver-

-
- (1) Cass. 19 juni 1998, AR C.97.0142.F. – C.97.0152.F, *Arr. Cass.* 1998, 721, noot E.L.; *Bull.* 1998, 763; Cass. 20 februari 2002, AR P.01.1517.F, *Arr. Cass.* 2002, 569; *Pas.* 2002 (samenvatting), 531; Cass. 1 april 2004, AR C.01.0211.F – C.01.0217.F, *J. dr. jeun.* 2004, afl. 239, 44; *J.L.M.B.* 2006, 1076, *J.T.* 2005, 357, noot N. Estienne, *Juristenkrant* 2005 afl. 102, 5, *NjW* 2005, 628, noot S. Lierman, *Pas.* 2004, 527, concl. T. Werquin, *R.W.* 2004-05, 106, *T.B.B.R.* 2005, 368, noot C. Eyben, *T. Verz.* 2006, 235; concl. T. Werquin, *R.W.* 2004-05, 106; Cass. 2 december 2004, AR C.03.0633.F, *Pas.* 2004, 1900; Cass. 12 oktober 2005, AR P.05.0262.F, *Pas.* 2005, 1913; Cass. 12 mei 2006, AR C.05.0021.F, *J.T.* 2006, afl. 6232, 491; *J.L.M.B.* 2006, afl. 27, 1170. Kort na het arrest van 5 juni 2008 werd een nieuw vernietigingsarrest gewezen door dezelfde kamer van het hof: Cass. 26 juni 2008, C.07.0272.N/1, www.cass.be.
 - (2) Over deze rechtspraak werd heel wat geschreven. Zie o.m. H. Bocken, «Geen kans verloren. Causale onzekerheid en de rechtspraak van het Hof van Cassatie over het verlies van een kans», in X. (ed.), *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 271-326 (hierna geciteerd als H. Bocken, «Geen kans verloren»), I. Boone, «Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband», *R.W.* 2004-05, 92-97; B. Dubuisson, «La théorie de la perte d'une chance en question: le droit contre l'aléa?», *J.T.* 2007, 489-497; J.-L. Fagnart, «La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain», in *La réparation du dommage, Questions particulières*, coll. *Droit des assurances*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006 (hierna geciteerd als «La perte d'une chance»), 79; J.-L. Fagnart, «Petite navigation dans les méandres de la causalité», *R.G.A.R.* 2006, nr. 14.080; S. Lierman, «Causaliteit en verlies van een kans in de medische context», *T. Gez.*, 2006-07, 259 – 273; A. Putz en E. Montero, «La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque: un préjudice illusoire?», *J.L.M.B.* 2006, 1085-1092; M. Van Quickenborne, «Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade», in *Recht en Praktijk*, nr. 47, Mechelen, Kluwer, 2007 (hierna geciteerd als «Oorzakelijk verband 2007»), 74 e.v. Voor verdere verwijzingen naar literatuur kan verwezen worden naar mijn hiervoor geciteerde studie «Geen kans verloren» en naar een uitvoeriger commentaar bij het arrest van 5 juni 2008 die gepubliceerd wordt in *NjW* januari 2009.
 - (3) Geciteerd in noot 1.
 - (4) Er waren ook twee arresten waarin het vergoeden van het verlies van een kans wel goedgekeurd werd, maar deze kregen weinig of geen aandacht: Cass. 23 februari 2005, AR P.04.1517.F, *Pas.* 2005, 442; *R.W.* 2007-08 (samenvatting), 62, *T.B.B.R.* 2007, 123; Cass. 27 februari 2008, AR P.07.1567.F; www.cass.be
 - (5) C. 07.0199N, www.cass.be.
 - (6) In deze zin ook K. Beirnaert, «Verlies van een kans-theorie terug van weggeweest?» *Juristenkrant*, 15 oktober 2008, 3.
 - (7) Zie ook mijn meer uitvoeriger commentaar die gepubliceerd wordt in *NjW* januari 2009 onder de titel «Het verlies van een kans. Vervolg en (voorlopig?) slot. Het cassatiearrest van 5 juni 2008.»
 - (8) «Fout» zou hier moeten aangevuld worden met «of een andere tot aansprakelijkheid aanleiding gevende gebeurtenis». Kortheidshalve spreek ik hierna enkel van een fout.
 - (9) Een recente omschrijving van deze benadering is te vinden in het cassatiearrest van 28 mei 2008, P.08.0226.F, www.cass.be; *Forum de l'assurance* 2008, 132 met noot J.-L. Fagnart, «La notion de causalité et le contrôle de la Cour de Cassation» met talrijke verwijzingen naar rechtspraak en rechtsleer.

eist dat men uitmaakt of de gebeurtenissen die aan het schadegeval voorafgingen of er gelijktijdig mee plaatsvonden, na weglating van de fout, samen *volgende* zouden geweest zijn om het schadegeval tot stand te brengen of niet. Dit is geen feitenkwestie zoals een andere. De hypothese waarover de rechter uitspraak moet doen, heeft zich immers niet in werkelijkheid voorgedaan en zal zich ook nooit in werkelijkheid voordoen (10). In vele gevallen zijn enkel min of meer plausibele veronderstellingen mogelijk over de uitkomst van de hypothese.

In de gevallen waar het verlies van een kans ter sprake komt, volgt de onzekerheid over het causaal verband hieruit dat de mogelijkheid, maar niet de zekerheid (de kans dus) bestaat dat de benadeelde de uiteindelijke schade ook zou geleden hebben zonder de fout van de verweerder. Onder deze omstandigheden kan geen antwoord gegeven worden op de vraag of de schade ook zonder de fout van de verweerder zou ontstaan zijn.

Een patiënt wiens gezondheidstoestand van die aard is dat hij, indien hij goed verzorgd wordt, enkel een kans heeft om te genezen, bevindt zich in deze situatie. Indien de arts een fout begaat en de patiënt hierdoor overlijdt, kan men dus niet met zekerheid beweren dat de benadeelde, zonder de fout van de arts, genezen zou zijn zodat de fout van de arts als oorzaak van het overlijden kan beschouwd worden. Een vordering tegen de arts tot vergoeding van de schade veroorzaakt door het overlijden, moet dus worden afgewezen bij gebrek aan vaststaand causaal verband. Het staat echter wel vast dat de arts de patiënt de kans op genezing heeft ontnomen die hij bij goede verzorging zou gehad hebben.

De zwart-wit oplossing ten voordele van de verweerder tot dewelke de toepassing van de causaliteitsregelen leidt, is beleidsmatig niet zeer bevredigend wanneer er een ernstige kans bestaat dat de fout van verweerder wel degelijk de oorzaak is van de schade. Indien men de benadeelde zou ter hulp komen met een omkering van de bewijslast zou dit opnieuw tot een zwart-wit oplossing leiden, maar dan ten voordele van de benadeelde.

Zoals men weet, vond de rechtspraak een billijkere tussenoplossing, niet door van de causaliteitsregelen af te wijken, maar wel door vergoeding toe te kennen voor een andere schade, nl. het verlies van de kans om een nadeel te vermijden of een voordeel te verwerven. Aldus wordt aan de benadeelde wel enige vergoeding toegekend, ook al staat het causaal verband tussen de fout en de uiteindelijke schade niet vast. Wordt het verlies van de kans begroot op een percentage van de uiteindelijke schade, dan wordt deze laatste verdeeld over beide partijen, in functie van de waarschijnlijkheid dat zij al dan niet in causaal verband staat met de fout van de verweerder. Dit komt op hetzelfde neer als een proportionele aansprakelijkheid.

De lagere rechtspraak paste de tussenoplossing van het vergoeden van het verlies van een kans in het verleden toe, niet alleen bij gevallen van medische schade

maar ook bij het mislukken van een juridische procedure door een fout van politiemensen, advocaten of gerechtsdeurwaarders, bij openbare aanbestedingen, bij onrechtmatige mededinging en precontractuele aansprakelijkheid, bij overheidsaansprakelijkheid, bij deelname aan wedstrijden en examens, bij nalatigheid van politie of andere toezichthouders, bij het bepalen van de te verwachten levensduur of promotiekansen van een overledene of een slachtoffer van lichamelijk letsel. Het verwerpen van de vergoedbaarheid van het verlies van een kans zou dus een zeer belangrijke weerslag hebben op de rechtspraak.

3. De feiten die aanleiding gaven tot het cassatiearrest van 5 juni 2008 zijn de volgende. De Arabische dekhengst Prizrak heeft kolieken en wordt verzorgd door een dierenarts. Hoewel de eigenaar van het paard hierom vraagt, vindt de dierenarts een maagsondage niet nodig. Wanneer de kolieken niet stoppen, beslist de eigenaar, na telefonisch overleg met de dierenarts, het paard naar een dierenkliniek te voeren, waar een maagruptuur vastgesteld wordt en het dier geëuthanaseerd wordt. De eigenaars verwijten de dierenarts nalatig geweest te zijn door geen maagsondage te hebben uitgevoerd. Zij eisen vergoeding voor de dood van het paard, en, in ondergeschikte orde, voor het verlies van een kans op genezing van het paard.

In eerste aanleg wordt de eis afgewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout (11). Het Hof van Beroep van Antwerpen (12) kent wel schadevergoeding toe. Op basis van het deskundigenverslag besloot het hof dat de dierenarts een fout had begaan en dat er een grote kans was dat er een oorzakelijk verband bestond tussen deze fout en de dood van het paard. Het hof raamde de verloren kans op 80 procent van de schade volgend uit de dood van het paard.

Voor het Hof van Cassatie voeren de erfgenamen van de dierenarts aan dat het oorzakelijk verband tussen de fout van de dierenarts en de schade die voortvloeit uit de dood van het paard niet met zekerheid was aangetoond en dat de appelrechters de onzekerheid over het causaal verband hadden compenseerd door een andere dan de werkelijk geleden schade in aanmerking te nemen, waardoor zij zowel het wettelijk begrip «oorzakelijk verband» als het wettelijk begrip «schade» schonden.

Het hof verwerpt de voorziening in cassatie. Samengetvat, formuleert het de volgende regels. Wie schadevergoeding vordert moet aantonen dat de schade zich niet zou hebben voorgedaan zonder de fout van de verweerder. Het verlies van een kans is vergoedbare schade. Wordt het causaal verband aangetoond tussen een fout en het verlies van een kans, dan komt dit verlies voor vergoeding in aanmerking. Dit geldt ook voor het verlies van een reële kans op genezing die een patiënt bij zorgvuldige behandeling zou gehad hebben.

Het arrest werd geveld op strijdig advies van het openbaar ministerie dat de verbreking adviseerde. Het openbaar ministerie nam hier dus eenzelfde standpunt in als advocaat-generaal T. Werquin (13) in zijn advies

(10) M. Van Quickenborne, «Oorzakelijk verband», 63, 81.

(11) Rb. Turnhout, 13 september 2005 (vermeld in het hierna geciteerde arrest van het Hof van Beroep van Antwerpen), onuitgeg.

(12) Antwerpen, 27 november 2006, nr. 4110, rep. nr. 7819, onuitgeg.

(13) De conclusies van advocaat-generaal T. Werquin voor Cass. 1 april 2004 zijn te vinden op de website van het hof bij het arrest Cass. 1 april 2004, AR.C.01.0211.F-C.01.0217.F, www.cass.be..Zie ook *Pas.* 2004, 527.

voor het arrest van 1 april 2004 dat, zoals men weet, wel tot vernietiging besloot van een uitspraak waarin het verlies van een kans vergoed werd.

Het arrest gaat in op de verschillende aspecten van de problematiek: het causaal verband, het begrip schade en het beschikkingsbeginsel.

4. Het arrest van 5 juni 2008 bevestigt de klassieke Belgische regelen inzake causaliteit. Eiser moet het bewijs leveren van het causaal verband tussen de fout en de schade. Dit veronderstelt dat de schade zich zonder de fout niet had kunnen voordoen zoals ze zich heeft voorgedaan. Situaties waar er een structurele onzekerheid is omdat de kans bestond dat de benadeelde ook zonder de fout de schade zou hebben opgelopen, geven geen aanleiding tot een uitzondering op de causaliteitsregelen. Er is geen voorbehoud («in de regel») dat een opening laat voor uitzonderingen.

5. Zoals men weet, zocht de Belgische rechtspraak voor de hier besproken gevallen van causale onzekerheid een uitweg door een andere soort schade te vergoeden dan de uiteindelijke schade, eerder dan in een uitzondering op de causaliteitsregelen. De vraag is dus of het verlies van een kans wel vergoedbare schade uitmaakt. Hierover laat het arrest van 5 juni 2008 geen twijfel: «De rechter kan vergoeding toekennen voor het verlies van een kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel indien het verlies van deze kans te wijten is aan een fout».

Ook dit is niet nieuw. Feitenrechtters erkennen sinds lang reeds het verlies van een kans als vergoedbare schade. Ook het Hof van Cassatie deed dit al lang geleden in meerdere arresten (14). Nog recent bevestigde het hof in de arresten van 23 februari 2005 en 27 februari 2008 (15) de vergoedbaarheid van het verlies van een kans. Dit standpunt kan bijgetreden worden. Ook een onzeker belang behoort in aanmerking te komen voor bescherming tegen foutieve aantastingen (16). Het verlies van een kans maakt een feitelijk nadeel uit. Er is geen reden waarom het niet voor vergoeding in aanmerking zou komen, indien het persoonlijk en niet onrechtmatig is.

Het arrest van 5 juni 2008 preciseert de omstandigheden waaronder er sprake kan zijn van een vergoedbaar verlies van een kans. Dat het om een reële kans moet gaan, is niets nieuws. Nieuw in het arrest van 5 juni 2008 is wel de vermelding dat het ziek dier mits een zorgvuldige behandeling *slechts een kans had* op genezing of overleving. Dit beantwoordt aan de vaststelling dat er enkel van een kans sprake kan zijn indien de benadeelde, ook zonder de fout, blootstond aan het risico schade op te lopen van dezelfde aard als deze die zich uiteindelijk realiseerde (17).

Het arrest bevestigt verder uitdrukkelijk dat ook het verlies van een kans op genezing of overleving in aanmerking komt, en verwerpt dus duidelijk het onderscheid dat door een deel van de rechtsleer (18) gemaakt wordt tussen gevallen waar de uiteindelijke schade zich heeft voorgedaan en deze waar dit niet het geval is. In gevallen waar de uiteindelijke schade zich heeft voorgedaan, is volgens deze rechtsleer de kans beproefd, is de onzekerheid weggenomen en kan er geen sprake zijn van het vergoeden van een verlies van een kans. Het hof beslist anders: «het verlies van een reële genezings- of overlevingskans komt voor vergoeding in aanmerking indien tussen de fout en het verlies van deze kans een *conditio sine qua non* verband bestaat». Dit is terecht (19).

6. Opmerkelijk is dat het Hof van Cassatie in het arrest van 5 juni 2008, vooraleer de bestreden uitspraak te toetsen aan de vooropgestelde rechtsregelen, uitdrukkelijk vermeldt dat uit de stukken blijkt dat de benadeelden in ondergeschikte orde aanspraak maakten op vergoeding van het verlies van een overlevingskans van het paard. Deze vaststelling is van grote betekenis. Indien de benadeelden geen vergoeding hadden gevorderd voor het verlies van een kans, zou de beslissing van het hof wellicht anders geweest zijn. Niet toevallig hebben de zes arresten, hoger vermelde vernietigingsarresten, alle betrekking op gevallen waar de rechter het verlies van een kans ambtshalve vergoedde omdat het causaal verband tussen de fout en de uiteindelijke schade niet vaststond. Het is niet de eerste keer dat het Hof van Cassatie in dit verband een beroep doet op het beschikkingsbeginsel: de arresten van 20 februari 2002 (20) en van 2 december 2004 (21) vernietigen een uitspraak waarin vergoeding werd toegekend voor het verlies van een kans op grond van de schending van het beschikkingsbeginsel.

Men komt echter ook tot een gelijksoortig resultaat op grond van een normale toepassing van de causaliteitsregelen. Deze brengen immers mee dat het causaal verband dat moet aangetoond worden, dat is tussen de fout en de schade die door de benadeelde wordt aangevoerd en waarvoor hij vergoeding vordert. Staat dit causaal verband niet vast, dan heeft de benadeelde geen recht op vergoeding, niet voor de aangevoerde schade en ook niet voor een andere schade. Uit de causaliteitsregelen volgt ook dat de benadeelde wel recht heeft op vergoeding indien hij bewijst dat de door hem aangevoerde schade in causaal verband staat met de fout van de verweerder; of het causaal verband met een andere schade al dan niet vaststaat is hierbij irrelevant. Dit laatste geldt ook wanneer het causaal verband tussen het verlies van een kans en een fout van de

(14) Cass. 6 februari 1961, *Pas.* 1961, I, 20, *R.W.* 1961-62, 875; Cass. 12 september 1972, *Arr. Cass.* 1973, 47; Cass. 19 januari 1984 *Arr. Cass.* 1983-84, 585; *R.G.A.R.* 1986, nr. 11 084, noot T. Vanswevelt; Cass. 19 juni 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 1454.

(15) Deze arresten zijn geciteerd in noot 4.

(16) Zie verder H. Bocken, «Geen kans verloren», 301.

(17) B. Dubuisson, *o.c.* noot 69; S. Lierman, *o.c.*, *T. Gez.* 2006-2007, 268, nr. 23 met verwijzing naar F. Chabas, noot onder Cass. fr. 9 januari 1980, *D.* 1980, *jur.* 19272.

(18) Zie o.m. J.-L. Fagnart, *o.m.* «La perte d'une chance», 85; M.E.STORME, «Kausaliteit in het Belgisch aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht», *Verkeersrecht* 1990, (225) 230. Advocaat-generaal T. Werquin maakt hetzelfde onderscheid in zijn conclusies voor Cass. 1 april 2004 (geciteerd in noot 13).

(19) In deze zin ook I. Boone, *o.c.*, *R.W.* 2004-05, 95; S. Lierman, *o.c.*, *T. Gez.* 2006-07, 265; M. Van Quickenborne, *Oorzakelijk verband 2007*, 77; B. Dubuisson, *o.c.*, *J.T.* 2007, 491, H. Bocken, «Geen kans verloren».

(20) Cass. 20 februari 2002 (A.R. P.04.1517), *Pas.* 2002, I, 523.

(21) Cass. 2 december 2004 (A.R. C.03.0633), *Pas.* 2004, I, 1900; Cass. 12 oktober 2005 (A.R. P.05.0262), *Pas.* 2005, 1913.

verweerder aangetoond wordt. In dat geval heeft de benadeelde recht op vergoeding voor dit verlies dat zoals gezien, vergoedbare schade uitmaakt.

Dit is wat het besproken arrest van 5 juni 2008 beslist. Het arrest staat hiermee op dezelfde lijn met een reeks oudere arresten en meer bepaald met het amputatiearrest van 19 januari 1984.

7. Het voorgaande laat ook toe te besluiten dat de gevallen die aan de orde zijn in de arresten van 1 april 2004 en 5 juni 2008, een verschillende oplossing vereisen en dat deze arresten dus niet onderling strijdig zijn.

8. In de vitrioolzaak stelden de appelrechters vast dat het causaal verband tussen de aanslag en de fout niet was aangetoond. Er kon dus geen vergoeding worden toegekend voor de schade veroorzaakt door de aanslag. Er kon ook geen vergoeding worden toegekend voor een andere schade zoals het verlies van een kans omdat deze niet was gevorderd. Uiteraard was ook het causaal verband tussen het verlies van de kans en de fout niet aangetoond.

In het geval Prizrak daarentegen stelde de rechter in beroep vast dat er causaal verband was tussen de fout van de dierenarts en het verlies van de kans op genezing van het paard, waarvoor de benadeelden vergoe-

ding hadden gevorderd. Hieruit werd terecht afgeleid dat dit verlies vergoed moest worden. De uitgangspositie voor het arrest van 5 juni 2008 is dus sterk verschillend van deze voor het vitrioolarrest (22).

Het besproken arrest brengt dus geen ommekeer mee in de rechtspraak. Het sluit aan op oudere arresten die het vergoeden van het verlies van een kans goedkeuren. Het is niet strijdig met het arrest van 1 april 2004 en met de andere geciteerde recente vernietigingsarresten. Deze hebben immers betrekking op een substantieel verschillende feitsituatie of zijn gebaseerd op een schending van het beschikkingsbeginsel.

De rechtspraak van het Hof van Cassatie van de laatste jaren komt wel neer op een veroordeling van de praktijk van een aantal rechters om ambtshalve vergoeding toe te kennen voor het verlies van een kans indien blijkt dat het causaal verband tussen fout en de schade waarop de kans betrekking heeft niet vaststaat. Dit kan enkel indien de benadeelde vergoeding vordert voor het verlies van een kans en aantoon dat dit in causaal verband staat met de fout van verweerder.

Hubert Bocken
Universiteit Gent

Cour d'appel de Liège, 4^e chambre correctionnelle, 21 mai 2007

MÉDECIN – HOMICIDE VOLONTAIRE – NON-ASSISTANCE À PERSONNE EN DANGER – TRAITEMENT AMBULATOIRE D'ALCOOLIKES DÉPENDANTS

GENEESHEER – VRIJWILLIGE DOODSLAG – WEIGERING TOT HULPVERLENING AAN EEN PERSOON DIE IN GEVAAR VERKEERT – AMBULANTE VERZORGING VAN ALCOHOLISCHE VERSLAAFDEN

Une erreur de diagnostic n'est pas assimilable à une abstention coupable; la loi n'exige pas que l'aide fournie soit efficace.

Une erreur de diagnostic ne constitue pas une faute en soi, les réactions d'un patient en sevrage alcoolique pouvant être par définition irrationnelles et donc imprévisibles.

Een diagnostische vergissing kan niet gelijkgesteld worden met een schuldig verzuim; de wet eist niet dat de geboden hulp doeltreffend zou zijn.

Een diagnostische vergissing is geen fout op zich gezien de reacties van een patiënt in alcoholische ontwenning per definitie irrationeel en dus totaal onvoorzienbaar kan zijn.

Prés.: Mme Delnoy et M. Dapsens d'Yvoir
Cons.: Mme Freson
Avoc. général: Mme Lejeune
Plaid.: Me Ph. De Smet (loco J.M. De Smet)

M.P. c. V.

Après en avoir délibéré:

Attendu que les appels respectent les formes et délais légaux;

Attendu que le dossier soumis à la censure de la cour est un dossier complexe de responsabilité médicale qui s'est attaché à la problématique de savoir s'il est opportun de traiter en milieu ambulatoire et non en milieu hospitalier fermé des alcooliques dépendants; que si la question sur un plan strictement scientifique peut présenter un certain intérêt, la cour, dans son ana-

lyse du dossier et de toutes ses composantes, doit dire s'il y a faute dans le chef du docteur V. et s'il existe un lien de causalité entre le dommage – le décès de monsieur D. – et la faute que les parties civiles qui ne sont plus à la cause voudraient lui imputer, étant entendu que le lien de causalité doit être certain;

Attendu qu'au préalable, il échet de rencontrer les éléments de droit liminaires soulevés à titre principal et à titre subsidiaire par le prévenu en termes de conclusions d'appel:

– L'action publique relative aux préventions n'est pas prescrite eu égard aux causes de suspension intervenues;

– Irrecevabilité des poursuites eu égard à la mission confiée par le juge d'instruction au collège d'expert et au rapport de ce collège, les deux étant sujets à caution;

(22) Zie verder H. Bocken, «Geen kans verloren», 306.