

## Een jurist over ‘Kelly’

*Katholiek Nieuwsblad, 4 april 2003*

door mr. dr. M.A.J.M. Buijsen, universitair hoofddocent gezondheidsrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam

[KatholiekNieuwsblad](#)

Het is voor het eerst dat een Nederlandse rechter een beroep op het omstreden principe van wrongful life (onrechtvaardig bestaan) heeft gehonoreerd. Wat hiervan te denken?

### **Informatie**

In het gezondheidsrecht wordt algemeen aanvaard dat hulpverleners ook aansprakelijk gesteld kunnen worden voor schade die voortvloeit uit informatiefouten. Neemt een patiënt een beslissing op basis van onjuiste of gebrekkige informatie en is gezondheidsschade het gevolg, dan neemt de rechter een causaal verband aan indien vaststaat dat de patiënt een andere keuze had gemaakt indien hem of haar wel voldoende informatie was verstrekt.

In de Kelly-zaak hanteert het hof een soortgelijke redeneerwijze. Het gaat ervan uit dat de moeder tot een legale abortus zou zijn overgegaan, indien bij onderzoek tijdens de zwangerschap aan het licht zou zijn gekomen dat haar vrucht een chromosomale afwijking had. De verloskundige, door na te laten wat zij in overeenstemming met de professionele standaard had moeten doen, heeft een beroepsfout begaan.

### **Causaal verband?**

In de Kelly-zaak heeft het hof bepaald dat het kind zelf smartengeld kan vorderen wegens wrongful life. Dit gegeven maakt de zaak uniek. Daarmee heeft het hof aangenomen dat er een causale relatie aangenomen mag worden tussen de beroepsfout van de verloskundige en de immateriële schade die het kind ondervindt. Waarschijnlijk zijn hiermee de grenzen van de redelijkheid overschreden. Waarom wordt de verloskundige aansprakelijk gehouden voor de gevolgen van een handicap waaraan zij part noch deel heeft en waarop ook haar beroepsfout geen enkele negatieve invloed heeft?

Ook de Haagse rechtbank stelde zich op dit standpunt. De rechtbank wees de vordering van het kind dan ook af, ofschoon zij wel een causaal verband erkende tussen de beroepsfout van de verloskundige en het enkele geboren worden van Kelly. Met andere woorden, het is onredelijk een hulpverlener te verplichten de immateriële schade te vergoeden van een kind dat lijdt aan een aangeboren en niet-behandelbare afwijking die door het toedoen van diezelfde hulpverlener ten onrechte niet is gediagnosticeerd. Naar ik aanneem is het aansprakelijk houden van een hulpverlener die een dergelijke fout begaat wel redelijk, indien de medische wetenschap de mogelijkheden zou hebben om na het stellen van de diagnose de afwijking effectief te behandelen. Abortus valt daar niet onder.

### **‘Zorgplicht’**

De rechtbank erkende wel een causale relatie tussen de fout en het geboren worden van Kelly, maar verbond daaraan – terecht – geen consequenties in termen van schadevergoeding. Het gerechtshof doet dat wel. Het hof verwijt de Haagse rechtbank te eenzijdig uit te gaan van een medisch-biologische visie: “door tijdig (menselijk) ingrijpen (had) de geboorte van een ernstig gehandicapte voorkomen kunnen worden.”

Het hof spreekt voorts van een zorgplicht aan de kant van de appellanten, die mede ten doel heeft de belangen van de ongeborene te dienen. De ongeborene kan daaraan ook rechten ontlenen. Naar het oordeel van het hof heeft de verloskundige in casu ook haar zorgplicht veronachtzaamd, waardoor de ouders namens de dochter geen beslissing hebben kunnen nemen terzake van haar al of niet bestaan.

Het komt mij voor dat het hof de inhoud van het begrip 'zorgplicht' toch wel erg ruim neemt. Een dergelijke notie van zorgplicht veronderstelt zoets als een recht om zonder aangeboren en niet-behandelbare handicap geboren te worden of, sterker nog, de rechtsplicht om het leven van kinderen met aangeboren en niet-behandelbare handicaps te voorkomen. Naar verwachting zullen de appellanten in cassatie gaan.

Het valt ten zeerste te hopen dat de Hoge Raad zich redelijk opstelt. Zo niet, dan is het aan de wetgever om, net als in Frankrijk, de aansprakelijkheid voor hulpverleners te limiteren tot datgene waarvoor zij in alle redelijkheid wel aansprakelijk gehouden kunnen worden.

### **Toename abortussen**

Met de zaak Kelly ontstaat een nieuwe claimmogelijkheid. Het ligt namelijk voor de hand te veronderstellen dat een uitspraak waarin het leven van een ernstig gehandicapte als schadepost wordt gezien, zal leiden tot een toename van het aantal verzoeken om prenatale diagnostiek. De druk van ouders op artsen om prenataal onderzoek te verrichten zal toenemen. En uit vrees voor toekomstige schadeclaims zullen artsen daarvoor in toenemende mate zwichten. Naarmate men meer zoekt, zal men ook meer aangeboren en onbehandelbare afwijkingen vinden.

Het hof laat in het midden wanneer een leven wrongful is. Dat van Kelly is kennelijk wel wrongful. Maar betekent dit nu dat de levens van alle ernstig gehandicapten wrongful zijn? Het is niet onwaarschijnlijk dat wanneer de Hoge Raad het arrest van het Haagse gerechtshof niet vernietigt, een maatschappelijke debat ontbrandt over wat door mag gaan als een rightful life. Om nu te voorkomen dat organisaties die deelbelangen behartigen (artsenorganisaties, organisaties van verzekeraars) hierin het voortouw nemen en wellicht zelf overgaan tot nadere normering, lijkt het mij wijs dat de kwestie opgenomen wordt op het hoogste politieke niveau. Wat de schrijver dezes betreft volgt de Nederlandse wetgever dan het verstandige voorbeeld van de Franse.

*Overgenomen met toestemming van Katholiek Nieuwsblad.*