



Toewijzing wrongful life-vordering door Hoge Raad

Pro Vita Humana, 2005, 3, 74-76

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



Op 18 maart j.l. heeft de hoogste rechter zich uitgesproken in de zaak Kelly, Nederlands eerste wrongful life-casus. In dit belangwekkende arrest geeft de Hoge Raad antwoord op tal van interessante rechtsvragen. In het hiernavolgende beperk ik mij tot een bespreking van de vraag die de onderhavige zaak een zaak van wrongful life doet zijn: heeft het kind zelf recht op vergoeding van de door haar geleden en te lijden schade die het gevolg is van een beroepsfout van een hulpverlener?

Wrongful life

De Kelly-zaak betreft problematiek die in de literatuur wordt aangeduid als wrongful birth en wrongful life. Daarnaast kennen we ook nog de termen wrongful conception en wrongful pregnancy. Men pleegt deze begrippen nogal eens te verwarren. Een wrongful birth-claim is een vordering waarbij de ouders van een kind dat met een handicap geboren is, aangeboren of anderszins veroorzaakt, de hulpverlener aansprakelijk stellen omdat zij zonder diens fout niet tot conceptie zouden zijn overgegaan, dan wel zouden zijn overgegaan tot zwangerschapsafbreking.

Bij zaken van wrongful pregnancy (ook wel wrongful conception genoemd) draait het om sterilisaties die niet tot het gewenste resultaat hebben geleid of om anticonceptie die zwangerschap niet heeft kunnen voorkomen. In deze gevallen is het kind dat geboren wordt gezond, maar is de zwangerschap (en dus ook de geboorte) onrechtmatig. In het befaamde arrest van de Hoge Raad van 21 februari 1997, dat als het Wrongful birth I - arrest bekend staat, ging het feitelijk om wrongful pregnancy.

Kelly is meervoudig geestelijk en fysiek gehandicapt ter wereld gekomen als gevolg van een chromosomale afwijking. Het gerechtshof noemde de situatie van het meisje 'deerniswekkend'. De ouders voerden aan dat het meisje niet zou hebben bestaan, indien de verloskundige zou hebben gehandeld overeenkomstig de maatstaven die golden ten tijde van dat handelen. Gegeven de informatie die de hulpverlener tot haar beschikking had, zo wist zij dat een neef van het paar als gevolg van een chromosomale afwijking gehandicapt was, had zij over moeten gaan tot een zorgvuldige familieanamnese en overleg met een klinisch geneticus. Had de verloskundige dat gedaan, dan zou vroeg in de zwangerschap zijn ontdekt dat de vrucht beschadigd was. En met die wetenschap zou de moeder hebben besloten tot abortus.

De hulpverlener had inderdaad grondiger te werk moeten gaan, zo oordeelden de lagere rechters. Door dit niet te doen handelde de verloskundige niet overeenkomstig de reeds destijds geldende professionele standaard, handelde zij derhalve niet als een 'redelijk bekwaam en redelijk handelende beroepsgenoot', en beging zij dus een fout.

Zowel de ouders als Kelly zelf (vertegenwoordigd door de ouders) vorderden schadevergoeding. Voor zover het deze vordering betreft, is de onderhavige zaak dus een zaak van wrongful birth. De vordering van de dochter maakt het ook tot een wrongful life-zaak. Kelly vorderde haar toekomstige kosten van levensonderhoud en de extra kosten (in verband met de handicap) die gemaakt zullen worden na haar 21e levensjaar. Deze materiële kosten worden na het 21e levensjaar immers door de dochter zelf geleden. Daarnaast vorderde zij smartegeld. In hoger beroep wees het gerechtshof Kelly's vordering toe en veroordeelde de verloskundige (en haar werkgever, het LUMC) tot vergoeding van de immateriële schade, alsook van de materiële schade, voor zover



deze niet aan de ouders vergoed wordt.

Wrongful life-vorderingen zijn berucht. Juist het feit dat het kind is dat vordert, stelt de rechter voor dilemma's, die zowel juridische als morele vragen oproepen, vragen die ook in de zaak Kelly aan de Hoge Raad werden voorgelegd.

Dilemma's van wrongful life

Het eerste dilemma dat een wrongful life-claim oproept, betreft de schadebepaling. In het recht vat men schade op als het nadelige verschil tussen de situatie waarin de benadeelde thans verkeert en de situatie waarin deze zou hebben verkeerd indien de fout niet zou zijn gemaakt. In een zaak als deze houdt de hypothetische situatie in dat het kind er niet zou zijn geweest. Maar wat weten wij van niet-zijn? Kunnen wij de voor schadebepaling noodzakelijke vergelijking dan wel maken? En ook als men aanvaardt dat een dergelijke vergelijking wel mogelijk is, hoe kan dan worden vastgesteld dat niet-zijn meer waard is dan het leven met een handicap? Of is het misschien zo dat leven altijd, ook met een handicap, waardevoller is dan niet-leven? Wordt bij toewijzing de waarde van gehandicapt leven niet miskend? En zal dan de tolerantie in onze maatschappij voor gehandicapt leven uiteindelijk niet afnemen?

Het tweede dilemma heeft te maken met de grondslag van de rechtsvordering. De normschending van de hulpverlener treft het kind, zoveel is duidelijk. Maar welk recht wordt geschonden? Een verloskundige heeft zonder meer de plicht om de belangen van een ongeborn kind te beschermen, maar welk recht ontleent het kind hieraan? Alleen zwangerschapsafbreking had de handicaps – de schade dus – kunnen voorkomen. Is het dan niet zo dat met een dergelijke claim het kind in feite het recht op eigen abortus vordert of het recht op niet-bestaan? Zullen dergelijke vorderingen dan niet tot defensievere geneeskunde leiden? Zullen hulpverleners niet meer en meer tot abortus adviseren? En, ten slotte, zullen ook vorderingen jegens de moeder die heeft nagelaten van het wettelijke recht op abortus gebruik te maken, niet mogelijk worden?

Theoretische uitwegen

Omdat vergelijking met een hypothetische situatie niet mogelijk is, achten veel juristen wrongful life-vorderingen niet toewijsbaar. Zij menen dat de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht hier overschreden worden.

Anderen stellen zich juist op het standpunt dat het aansprakelijkheidsrecht oplossingen aanreikt die aansluiten bij de feiten zoals ze gegeven zijn. De ouders van een kind van wie de conceptie en/of geboorte niet was beoogd, kunnen aanvoeren dat het relevante verschil tussen 'het zijn' en 'het niet' gevormd wordt door de kosten die het bestaan van het kind met zich meebrengt. En zoals met betrekking tot de ouders wordt aangenomen dat aan het zijn van het kind bepaalde vermogensrechtelijke consequenties zijn verbonden, kan niet worden uitgesloten dat ook het kind zelf kan betogen dat 'het zijn' voor hem vermogensrechtelijke consequenties heeft die bij afwezigheid van de fout niet tot expressie gekomen waren. Voorstanders van toewijzing maken dan ook een conceptueel onderscheid tussen het bestaan van het vorderende kind en zijn of haar handicaps. In zijn advies aan de Hoge Raad maakt het openbaar ministerie eveneens de vergelijking met een gezond kind, en zijn conclusie is dat 'voor zover deze in verband staat met haar handicaps Kelly recht heeft op vergoeding van haar (im)materiële schade'.

Wat is de vorderingsgrondslag? In de literatuur is door zowel voor- als tegenstanders van toewijzing betoogd dat het kind zich niet kan beroepen op zijn recht om niet te leven of een (indirect) recht op abortus. Het recht op abortus is een zelfbeschikkingsrecht van de moeder. Het feit dat zij dit recht (mede) in het belang van het kind kan uitoefenen, betekent nog niet dat het kind een afgeleid recht op abortus heeft. Het is uitsluitend de moeder die de beslissing neemt. De overweging van het hof dat de ongeborn dochter (Kelly dus) weliswaar 'geen afweging kan maken ter zake van haar al of niet bestaan (...) maar [dat] die beslissing (...) namens haar door de



ouders [wordt] genomen, zoals bij abortus steeds het geval zou zijn geweest', zal een tegenstander als onhoudbaar kwalificeren, en wel omdat zij een norm veronderstelt die het kind een recht op abortus (of niet zijn) toekent.

Anderen menen dat deze conclusie niet getrokken hoeft te worden. De voor hulpverleners in zaken als deze jegens het kind geldende normen dienen te worden vastgesteld tegen de achtergrond van 1. het gegeven dat de jegens zijn ouders geldende gedragsnorm is geschonden, en 2. het gegeven dat het kind bestaat. In de onderhavige zaak heeft de hulpverlener jegens de ouders een contractuele norm geschonden, en de overeenkomst zou aldus verstaan kunnen worden dat een bepaald concreet belang van het kind onder haar beschermingsbereik valt, hetgeen met zich meebrengt dat het kind slechts vergoeding kan vragen voor de schade die aan zijn handicap is verbonden. Het kind kan dus niet betogen dat ook jegens hem de plicht bestond te vermijden dat hij bestaat. Ook volgens het openbaar ministerie komen de kosten verbonden aan Kelly's leven voor zover deze niet op haar handicaps betrekking hebben, niet voor vergoeding in aanmerking.

De uitspraak kritisch beschouwd

De Hoge Raad laat zich nauwelijks uit over de meer morele implicaties van de vordering: de vermeende defensievere geneeskunde, de al dan niet verwachte afnemende tolerantie jegens gehandicapt leven, etc. Wat betreft het juridisch-technische aspect van de grondslag stelt de cassatierechter simpelweg dat deze gelegen is in het tekortschieten in de nakoming van de in artikel 7:453 BW ('goed hulpverlenerschap') omschreven primair jegens de moeder geldende zorgplicht, die krachtens ongeschreven recht jegens het ongeboren kind zekere verplichtingen op de hulpverlener doet rusten. Wat betreft het juridisch-technische aspect van de schadebepaling, oordeelt de cassatierechter dat alle kosten die gemaakt worden voor de opvoeding en de verzorging van Kelly én ter bestrijding van de gevolgen van haar handicaps, in hun geheel voor vergoeding in aanmerking komen. Alleen zo kan naar zijn oordeel een vergoeding worden gegeven voor de gevolgen van de fout: 'de schadeplichtigheid van de hulpverlener (...) stelt haar juist in staat - voor zover betaling van een geldbedrag dat vermag - (...) een menswaardig bestaan te leiden.'

De Hoge Raad schaart zich bijgevolg aan de zijde van de voorstanders van toewijzing, maar hun conclusie, toewijzing van de schade voor zover die samenhangt met de handicaps, deelt hij niet: de vordering wordt geheel toegewezen. Het argument van de voorstanders ontleent zijn kracht aan de gelijkenis met zaken van medische aansprakelijkheid, en dan vooral met zaken van informatiefouten. Bijvoorbeeld, informeert een hulpverlener zijn patiënt niet over een risico dat aan een medische ingreep verbonden is, en verwezenlijkt dat risico zich vervolgens, dan aanvaardt de Hoge Raad aansprakelijkheid, mits 1. de patiënt niet reeds wist waarover de hulpverlener hem had moeten informeren, 2. de patiënt niet iets anders zou hebben beslist indien hij wel adequaat geïnformeerd zou zijn geweest, en 3. de behandeling uiteraard oorzaak was van de verwezenlijkte schade, ook als deze correct is. In de laatste eis schuilt de zwakte van het argument. In Kelly's geval was een chromosomale afwijking, en niet een gedraging van de hulpverlener, de oorzaak. Was dat laatste het geval geweest, dan waren de feiten volledig in de logica van het gewone aansprakelijkheidsrecht te vatten geweest. Nu kent de cassatierechter geen enkel gewicht toe aan het feit dat Kelly's schade voortvloeit uit een aangeboren afwijking. Dat verloskundigen dit nauwelijks rechtvaardig zullen vinden, laat zich raden. Onder druk van de hulpverleners heeft de Franse wetgever dergelijke vorderingen dan ook verboden.

In de literatuur is wel gezegd dat we consequent moeten zijn. Wanneer we de mogelijkheden die de geneeskunde ons biedt op het terrein van voortplanting aanvaarden en gebruiken, moeten we ook niet terugschrikken voor de juridische consequenties. Wordt dan het kind met de schadelijke gevolgen van daarbij gemaakte fouten geconfronteerd, dan geeft het geen pas om in het aansprakelijkheidsrecht 'niet thuis' te geven. Het lijkt erop dat de Hoge Raad in deze zin consequent heeft willen zijn.



Samenvatting

Wrongful life-vorderingen stellen rechters en wetgevers voor dilemma's. In Nederlands eerste wrongful life-zaak wees de Hoge Raad de vordering geheel toe. Aan het feit dat de schade voortvloeit uit een aangeboren afwijking kent de cassatierechter geen enkel gewicht toe.

Literatuur

1. HR 18 maart 2004, LJN: AR5213.
2. Aldus M. Berenson, 'The wrongful life claim – the legal dilemma of existence versus non existence: "to be or not to be"', in Tulane Law Review 4 (1990), p. 895-918.
3. Zie bijvoorbeeld S. Strauss, 'Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life: the Fiest South African Cases', in Medicine and Law 15 (1996), p. 161-174.
4. T. Vansweevelt, 'Wrongful pregnancy in Nederland: enkele rechtsvergelijkende beschouwingen', in NTBR 14 (1997), p. 320-325.
5. HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, nt. CJHB.
6. Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, NJ 2003, 249, r.o. 23.
7. Zie noot 6.
8. Zie noot 6.
9. S. Kortmann, 'Geld voor leven. Schadevergoeding voor "niet beoogd" leven' , in S. Kortmann en B. Hamel (red.) Wrongful Birth en Wrongful Life, Deventer 2004, p. 16-17.
10. Bijvoorbeeld S. Kortmann, 'Geld voor leven'.
11. Zie HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, nt. CJHB.
12. C. Sieburgh, 'Het zijn en het niet. De beoordeling in rechte van de gevolgen van een niet-beoogde conceptie of geboorte', in S. Kortmann en B. Hamel (red.), p. 71-73.
13. A. Shapira, "'Wrongful life" Lawsuits for Faulty Genetic Counselling: Should the Impaired Newborn be Entitled to Sue?', in Law/Technology 3 (1998), p. 1-20.
14. Conclusie in de zaak Kelly, nr. C03/206HR, nr. 52.
15. Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, NJ 2003, 249, r.o. 38.
16. Bijvoorbeeld S. Kortmann, 'Geld voor leven', p. 15.
17. Bijvoorbeeld C. Sieburgh, 'Het zijn en het niet.', p. 89.
18. HR 18 maart 2004, LJN: AR5213, r.o. 4.15. (mijn cursivering, MAJMB)
19. Zie HR 1 december 2000, TvGR 2001/47 en HR 23 november 2001, TvGR 2002/20 en TvGR 2002/21.
20. S. Lindenbergh, 'Wrongful birth en wrongful life', in TVP 2 (2000), p. 35.

Overgenomen met toestemming van Pro Vita Humana.