

Aan de andere kant wijst de Hoge Raad ook een opvatting af die beweerd 'schade' voortvloeiend uit de geboorte van een mens – anders dan persoonlijke alimentatieverhoudingen – privaatrechtelijk buiten beschouwing laat. Dat was wél de opvatting van het Duitse Bundesverfassungsgericht, zoals aangehaald door advocaat-generaal Vranken.

De Hoge Raad komt dus tot een behandeling van de medische fout op de 'gewone' manier van het aansprakelijkheidsrecht. Daar is veel voor te zeggen, nu de maatschappelijke realiteit is dat het grootbrengen van een kind kosten veroorzaakt die ten laste van het gezinsbudget komen en een deel van de rechtsgenoten daarvan een punt van afweging maakt of zelfs moet maken. De uitkomst van deze procedure doet ook recht aan het volgens de Hoge Raad 'terecht niet bestreden' oordeel van het hof, dat van de vrouw niet kon worden gevegd dat zij de materiële schade zou hebben beperkt door abortus provocatus of afstand van het kind. Het toekennen van schadevergoeding voor de financiële gevolgen van de medische fout mag dan ook zeker niet worden weggezet als een economisering van het leven. Eerder zie ik het als een bescherming tegen het onbeheersbaar worden van het financiële aspect van (nieuw) leven.

Het arrest geeft eerder aanleiding tot een andere vraag, namelijk of de rechtsorde wel voldoende erop is ingericht, het mensenrecht op gezinsvorming te beschermen tegen een voortschrijdende economisering. In een publicatie van de (liberale) prof. mr B.M. Teldersstichting hebben D.J.D. Dees, G.A. van der List en E.G. Terpstra gewaarschuwd tegen de denkbare situatie van 'drang van de kant van de overheid, die, door het verstrekkingenpakket voor gehandicapten te veranderen, de kosten van de verzorging van (erfelijk) gehandicapten (voor een groot deel) zou kunnen afwentelen op de schouders van de 'nalatige' ouders, dat wil zeggen die ouders die een erfelijk belaste foetus niet hebben laten aborteren.' Zoiets noemen zij terecht 'onaanvaardbaar', en zij verbinden daaraan de conclusie dat de overheid zich in ieder geval dient 'te onthouden van dwang en drang op dit vlak' en ook zal 'moeten trachten sociale druk te voorkomen' (*Gentechnologie, Een liberale visie*, 's-Gravenhage 1994, p. 34).

Ongeacht de gezondheid, *earning capacity* en andere financieel-economische belangen bij een mensenleven verdienen de kosten van nieuw leven een behandeling die er recht aan doet dat kinderen niet op dezelfde schaal van afweging thuishoren als consumptiegoederen. Dat heeft zowel gevolgen in het privaatrecht als in het publiekrecht. Het privaatrecht is een oriëntatie op stabiliteit van de vermogensrechtelijke positie eigen; verstoringen daarvan geven aanleiding tot aanspraken op schadevergoeding, en blijktens het hier besproken arrest van de Hoge Raad is dat ook in het belang van het gezinsleven. Het publiekrecht heeft een waarborgende en ondersteunende functie ten aanzien van belangen die – overgelaten aan marktwerking – in de knel zouden komen. Daarom zou, consequenter dan tot op heden het geval is geweest, rekening moeten worden gehouden met de kosten van opvoeding als het gaat om de sociale zekerheid of de vaststelling van fiscale draagkracht. Het arrest van de Hoge Raad onderstreept immers dat een kind grootbrengen niet voor niets geschiedt.

E.M.H. Hirsch Ballin

(hoogleraar internationaal recht en wetgevingsvraagstukken KUB en lid van de Eerste Kamer)

Zij die niet geboren hadden mogen worden, groeten u

Ik ben het resultaat van wanprestatie. Door een fout van een arts ben ik ter wereld gekomen. Mijn ouders hebben de kosten van mijn opvoeding en verzorging opgevat als schade. Mijn opvoeding, waarvan de kosten door een schade-expert zijn begroot op f 240 000, is betaald door de (aansprakelijkheidsverzekeraar van de) arts. Is deze gang van zaken een schending van mijn waardigheid als mens?

Het Duitse Bundesverfassungsgericht vindt van wel: 'Die Verpflichtung, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen' (zie conclusie Openbaar Ministerie onder 13).

De Hoge Raad verwerpt dit standpunt en 'gaat uit van het rechtens te respecteren besluit van de ouders dat zij hun gezinsomvang wensten te beperken en neemt voor wat betreft de situatie nadat deze wens door de fout van de arts is doorkruist, uitsluitend tot uitgangspunt dat de ouders, die geacht moeten worden het kind in de nieuwe situatie te hebben aanvaard, aanspraak maken op een vergoeding voor het beslag dat op het gezinsinkomen wordt gelegd'. Een vergoeding voor de extra last die door de fout van de arts op het gezinsinkomen wordt gelegd en die juist door de aanvaarding van het kind is ontstaan, komt niet in strijd met 'de waardigheid van het kind als mens' (r.o. 3.8).

Dat laatste lijkt mij stellig juist: de enkele omstandigheid dat de opvoeding niet door de ouders, maar geheel of gedeeltelijk door derden wordt gefinancierd, vormt geen inbreuk op de waardigheid van het kind als mens. Integendeel, talloze kinderen van onvermogen ouders hebben het daaraan te danken dat zij niet op hun veertiende in de fabriek zijn beland, maar het hebben geschopt tot onderwijzer, pastoor of dominee. Kinderen kosten geld. Op 24 februari 1851 schrijft Multatuli uit Indië aan zijn Haarlemse jeugdvriend Kruseman: 'Mijn kinderen in Holland kosten mij nu al f 11 000 zei de man. – En ik vraagde of hij God de kwitanties tonen zou als Deze hem vraagde: Qu'as-tu fait des enfants que je t'ai donnés?' In dit geding wordt de rekening niet gepresenteerd aan God, maar aan diens assistent op aarde: de man in de witte jas. Het gaat misschien wat ver hem aan te merken als de verwekker van het kind, maar dat zijn handelen diens geboorte heeft veroorzaakt, staat buiten kijf. De Hoge Raad zoekt het toetsingskader dan ook in artikel 6:98 BW en overweegt dat, aangezien de schade waarvan hier vergoeding wordt verlangd, onmiskenbaar vermogensschade is, niet valt in te zien waarom deze schade, gelet op haar aard, niet aan de arts als een gevolg van zijn fout kan worden toegerekend (r.o. 3.7). De financiële situatie waarin het desbetreffende gezin verkeert, is blijkbaar niet bepalend voor de vraag in hoeverre de schade op de arts kan worden afgewenteld. Ook het vermogende gezin lijdt vermogensschade doordat het de uitgaven voor de opvoeding van het ongepland geboren kind niet kan toevoegen aan het aandelen-groefonds waarin het participeert. Het door de Hoge Raad vernietigde arrest van het Gerechtshof te Leeuwarden zag dit anders: aansprakelijkheid van de arts slechts onder bijzondere omstandigheden, zoals een aanmerkelijke verlagging van de levensstandaard van het gezin, indien de onverwachte opvoedingskosten niet zouden worden vergoed.

Het standpunt van de Hoge Raad strookt het best met het budgettair neutrale uitgangspunt van ons aansprakelijkheidsrecht. Ook de bijstandsmoeder die met haar fiets komt

Het recht moraliseert al genoeg

te vallen tegen een geparkeerde BMW – één van de vijf – van de directeur van vorenvermeld beleggingsfonds, is gehouden diens lakschade volledig te vergoeden.

Toch bestaat vanouds een belangrijke uitzondering op dit neutrale uitgangspunt: dood door schuld. Dan moet wel rekening worden gehouden met 'de wederzijdse stand en fortuin' van eiser en gedaagde. Het in dit geding berechte geval vormt in zekere zin het spiegelbeeld van de situatie bedoeld in artikel 1406 (oud) BW, thans artikel 6:108. Daar gaat het om de aansprakelijkheid voor het verlies van levensonderhoud als gevolg van dood door schuld. In ons geval gaat het om aansprakelijkheid voor het ontstaan van een verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud als gevolg van een geboorte veroorzaakt door schuld.

Toerekening naar redelijkheid; bij toepassing van artikel 6:98 vormt de aard van de schade een belangrijk gezichtspunt. Stolker heeft erop gewezen dat bij de vordering tot vergoeding van schade wegens een mislukte sterilisatie sprake is van 'een schadepost met sterke alimentatie-trekken' (Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties, p. 151). Dit brengt mee dat de behoefte van de gerechtigde aan financiële steun de grond, maar ook de grens, vormt voor de toewijsbaarheid van de vordering.

Een door de nabestaande ingestelde vordering wegens dood door schuld (art. 1406 oud BW; art. 6:108 BW) wordt afgewezen als de nabestaande, ondanks het wegvallen van de onderhoudsuitkering, heel wel in staat is uit eigen middelen zijn vroegere levenspeil voort te zetten. Moet hetzelfde ook niet gelden als het gezin dat door een fout van de arts wordt geconfronteerd met een ongeplande gezinsuitbreiding, de daaruit voortvloeiende kosten kan dragen zonder gedwongen te zijn de levensstandaard in neerwaartse richting aan te passen?

Uit de feiten waarvan in cassatie kon worden uitgegaan, valt af te leiden dat het oudste van de drie kinderen binnen zes jaar na de geboorte van zijn ongeplande broer of zuster meerderjarig is geworden. Vanaf dat moment kwamen in beginsel wederom slechts twee kinderen ten laste van het gezinsbudget. Moet de periode waarover schadevergoeding is verschuldigd niet worden beperkt tot dat moment? De ouders zouden in dat geval kunnen tegenwerpen dat zij door de fout van de arts worden geconfronteerd met een onderhoudsverplichting jegens twee kinderen die veel langer duurt dan door hen gepland. Zij hadden gedacht: 1997, de kinderen het huis uit, de hond dood; het leven begint, een reis om de wereld in 80 dagen. Deze gedachte is begrijpelijk en legitiem, maar de aansprakelijkheidsverzekeraar van de arts is er niet om voor deze teleurstelling een financiële compensatie te bieden.

Uit het arrest van de Hoge Raad valt niet af te leiden dat de aansprakelijkheid van de arts beperkt is tot de periode waarin door zijn fout drie, in plaats van de geplande twee, kinderen moeten worden onderhouden. De Hoge Raad acht immers toewijsbaar een vergoeding van de kosten gedurende de minderjarigheid van het (als gevolg van de fout van de arts geboren) kind.

Kortom: anders dan de Hoge Raad, zou ik met het Hof en de conclusie van de advocaat-generaal Vranken menen dat het voor de toewijsbaarheid van de vordering van belang is te vernemen of het gezin voor het geval dat schadevergoeding achterwege zou blijven, genoeg zou moeten nemen met een aanmerkelijke verlaging van zijn levensstandaard.

J.H. Nieuwenhuis
(hoogleraar burgerlijk recht RUG)

Gynaecoloog moet voor kind betalen', aldus de suggestieve kop boven een bericht in het NRC Handelsblad naar aanleiding van HR 21 februari 1997, nr 16 197. Er was nog meer ophef in de media over deze uitspraak. Waarom eigenlijk? Lagere rechters hadden al eerder uitgesproken dat foutief medisch handelen kan leiden tot aansprakelijkheid van de arts voor (onder meer) de opvoedingskosten van een kind tot het 18de jaar, indien een vrouw na en ten gevolge van die fout zwanger wordt. Reeds in 1988 zette Stolker in zijn proefschrift de bezwaren tegen vergoeding van de opvoedingskosten op een rij, om te concluderen dat deze bezwaren maar weinig overtuigend zijn (Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties, Deventer, 1988, p. 97 e.v.). In de casus waarop dit arrest betrekking heeft, hadden de man en de vrouw om verschillende redenen 'zeer uitdrukkelijk het besluit genomen niet meer kinderen te willen hebben'. Dit besluit was bekend bij de gynaecoloog die de vrouw in maart 1986 opereerde. Na deze operatie verzuimde de arts een spiraaltje terug te plaatsen. Ook liet hij na de vrouw hierover te informeren. Twee evidente fouten. In dat licht gezien is het niet onbegrijpelijk dat de Hoge Raad oordeelt dat de opvoedingskosten deel uitmaken van de vermogensschade die in een zodanig verband staat met de fout dat zij de arts als een gevolg van die fout kan worden toegerekend. De redenering van het Hof dat door de algemene ouderlijke plicht om de opvoedingskosten te dragen die kosten in beginsel geen schade in de zin van het vermogensrecht vormen, wordt door de Hoge Raad terecht verworpen. Die plicht is immers primair gerelateerd aan een keuze van de ouders zelf om kinderen te krijgen. Onderdelen van de uitspraak van de Hoge Raad roepen echter vragen op. Een voorbeeld: 'De schade waarvan hier vergoeding wordt verlangd, bestaat in kosten waarvan alleen al wegens hun omvang moet worden aangenomen dat zij gedurende de minderjarigheid van het kind in beginsel mede de financiële armslag van het gezin zullen gaan bepalen. Dergelijke kosten zijn onmiskenbaar vermogensschade'. We weten uit de uitspraak dat het echtpaar in kwestie leeft van een RWW-uitkering. Maar wat indien de inkomenspositie van een (echt)paar zodanig is dat – om het wat cru te zeggen – een kind meer of minder er financieel gezien niet zo toe doet?

Het komt mij voor dat de conclusie van de Advocaat-Generaal Vranken meer vragen en discussiepunten oproept dan de uitspraak van de Hoge Raad. Dat komt vooral door de morele 'lading' die de A-G aan de casus geeft, in het bijzonder in de onderdelen 27 en 28 van zijn conclusie. 'Duidelijk [is] dat er belangen op het spel staan die het individuele zelfbeschikkingsrecht van de vrouw c.q. van het (echt)paar om geen kinderen (meer) te wensen, te boven gaan', aldus de A-G, om vrijwel aansluitend op te merken dat op de achtergrond de veel bredere vraagstelling staat naar de verhouding van en spanning tussen ethiek en recht. Een spanning die naar zijn mening vooral in het gezondheidsrecht en het personen- en familierecht aan het licht treedt: 'Om mij tot het gezondheidsrecht te beperken: is wat technisch kan, ook ethisch-sociaal toelaatbaar? Verdient wat technisch kan en ethisch-sociaal toelaatbaar is, ook juridische normering en sanctionering? (Conclusie, onderdeel 28.) Interessante vragen en moeilijke discussiepunten, die evenwel in het licht van de feiten en omstandigheden van de casus nogal overdreven aandoen. Deze vragen en discussiepunten raken in dit geval niet de kern van de zaak. Het is ongewenst om