

De relativiteit der onrechtmatigheid

*A.J. Van**

Teneinde de waarde der relativiteitsleer te kunnen toetsen, zullen wij hebben na te gaan, of hetgeen te haren voordele is aangevoerd juist kan worden bevonden. Is dat immers niet het geval, dan is voor aanvaarding uiteraard geen grond aanwezig. (A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige Daad*, Leiden, 1946, p. 94).

I. INLEIDING

Wolfsbergen was geen voorstander van de relativiteitsleer. Sterker nog, samen met onder anderen Smits en Van Dunné behoort hij tot de meest uitgesproken tegenstanders van dit uit het Duitse recht afkomstige leerstuk. Deze afwijzende houding vloeit in hoofdzaak voort uit de door Wolfsbergen gehanteerde methode van rechtsvinding. Hierin staat — evenals in de latere leer van de toerekening naar redelijkheid — niet de relativiteit of enig ander vereiste voor het ontstaan van civiele aansprakelijkheid voorop, maar draait het veeleer om de vraag of er aansprakelijkheid is, of de eiser in concreto recht heeft op schadevergoeding. Er is, in de woorden van Wolfsbergen, ‘niet aansprakelijkheid, omdat een Schutznorm is geschonden, maar er blijkt een Schutznorm op te stellen, omdat aansprakelijkheid wordt aangenomen.’¹ In de door hem bestudeerde jurisprudentie ziet Wolfsbergen geen aanleiding voor afwijking van dit standpunt. Nu de relativiteitsleer kennelijk niets heeft toe te voegen aan hetgeen ook zonder haar zou gelden en zij bovendien het gevaar oproept van onjuiste beslissingen, moet zij volgens Wolfsbergen als ‘overbodig en

* Mr. A.J. Van werkt als advocaat bij Beer Advocaten te Amsterdam. De auteur dankt zijn kantoorgenoten John Beer, Atty Vogelzang en Josée van de Laar voor hun waardevolle suggesties op een eerdere versie van dit artikel.

1. A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Universitaire pers, Leiden, 1946, p. 106.

onbruikbaar' worden verworpen.

Na een periode van 'relatieve' stilte, mag de relativiteitsleer zich thans in een hernieuwde belangstelling verheugen. Een belangrijke aanleiding daarvoor zijn de vele procedures geweest die in de afgelopen jaren zijn gevoerd over milieu-aansprakelijkheid bij bodemvervuiling in het verleden. Daarnaast mag uiteraard niet onvermeld blijven de invoering van artikel 6:163 BW. De jurisprudentie van de Hoge Raad inzake bodemverontreiniging² heeft mij niet kunnen overtuigen van het onmisbare karakter van het relativiteitsvereiste. Omdat over dit onderwerp reeds genoeg inkt is gevloeid, volsta ik hier met een verwijzing naar eerdere geschriften waarin deze mening door mij naar voren is gebracht.³

Een geheel ander terrein waarop het relativiteitsvereiste in de toekomst wellicht een belangrijke rol kan gaan spelen, is dat van het psychische letsel. Bekend is het geval van de ouders van baby Joost die vier maanden na zijn geboorte aan een liesbreuk wordt geopereerd.⁴ Door een medische fout raakt Joost lichamelijk en geestelijk zwaar gehandicapt. Bestaat voor de ouders van Joost recht op vergoeding van immateriële schade, of is de fout jegens hen niet onrechtmatig? Iets verder in de toekomst, omdat in ons land op dit terrein nog geen uitspraken bekend zijn, ligt de problematiek van het prenatale letsel. Als gevolg van een medische fout die voor of tijdens de zwangerschap is gemaakt, komt een lichamelijk en geestelijk gehandicapt kind ter wereld. Bestaat voor dit kind een zelfstandig vorderingsrecht tegen de verantwoordelijke medicus, of mist de onrechtmatige daad hier relativiteit? In dit artikel zal ik een aantal gevallen van psychisch en prenatiaal letsel bespreken; gedeeltelijk zullen deze afkomstig zijn uit de praktijk van het kantoor waar ik als advocaat werkzaam ben. De vraag die bij de bespreking steeds centraal zal staan, is welke rol in deze zaken mogelijk is weggelegd voor het relativiteitsvereiste.

2. HR 30 september 1994, NJ 1996, 196-199, m.nt. CJHB; Staat/Gemeente Ouderkerk en Shell Ned. Raffinaderij B.V.; Staat/Solvay Duphar B.V.; Staat/Fasson Ned. B.V. en Van den Brink; Van den Brink/Staat.
3. Zie A.J. Van, Collectieve verantwoordelijkheid in het civiele aansprakelijkheidsrecht, Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie 1993, p. 102-124 en idem, Onzekerheid over ouderschap en causaliteit, diss. Rotterdam, Gouda Quint, Arnhem, 1995, p. 196.
4. Rb. Amsterdam 5 juli 1995, NJkort 1995, 35.

2. PSYCHISCH LETSEL

Psychisch letsel wordt in de literatuur vaak onderverdeeld in schrik-schade (of ook wel shockschade) en affectieschade.⁵ Onder *schrik-schade* wordt dan verstaan het psychische letsel dat ontstaat door de confrontatie met een ongeval waarbij een ander ernstig letsel oploopt of overlijdt. De oorzaak van de schade is hier vooral gelegen in de verstoring van het psychische evenwicht van degene die getuige is geweest van een schokkende gebeurtenis. Een typische vorm van schrik-schade is *Post Traumatic Stress Disorder* (PTSD), een syndroom dat zich kenmerkt door een voortdurende herinnering aan een bepaalde gebeurtenis in de vorm van gedachten, dromen, nachtmerries en herbeleving van het trauma indien zich een soortgelijke situatie voordoet.⁶ Uit een onderzoek naar de psychische gevolgen van de Bijlmerramp is gebleken dat een aantal van de personen die deze aangrijpende gebeurtenis van nabij heeft meegemaakt anderhalf jaar daarna nog steeds last heeft van PTSD.⁷

Hiervan te onderscheiden is *affectieschade*, de psychische schade die iemand lijdt door het ernstige letsel of overlijden van een dierbaar persoon. De oorzaak van deze vorm van schade ligt hoofdzakelijk in de verstoring van de affectieve relatie die bestaat tussen degene die de vordering instelt en de gelaedeerde; hierin gaan een aantal waarden verloren, zoals liefde, genegenheid, gezelschap en soms ook seks. Een voorbeeld van affectieschade vormt de uitspraak van de rechtbank Assen van 14 juni 1994.⁸ Hierin verloor een vrouw haar echtgenoot als gevolg van een verkeersongeval waarvan zij zelf geen getuige was.

Een derde categorie gevallen van psychisch letsel die tot dusverre nog nauwelijks als zodanig is onderkend, is die waarin degene die de vordering instelt zowel schrik- als affectieschade heeft opgelopen.

5. Zie onder anderen H.Th. Bouma, *Psychische schade, smartegeld en verplichting tot schadebeperking*, VR 1995, p. 207-210 en F.C. Schirmeister, *Amerikaanse toestanden in het schadevergoedingsrecht?*, diss. Amsterdam, Vermande, Lelystad, 1996, p. 335 v.
6. Zie voor een uitgebreide beschrijving van dit syndroom Schirmeister, a.w., p. 340 v.
7. Zie Schirmeister, a.w., p. 344. Andere voorbeelden van schrik-schade — vooral afkomstig uit het Engelse recht — zijn te vinden bij R.J.P. Kottenhagen, *Shock-schade: een rechtsgebied in beweging*, NTBR 1996, p. 119-127.
8. Rb. Assen 14 juni 1994, rolnr. 269/1993, Booij-Kruize/Univé.

Een voorbeeld hiervan vormt het arrest Van der Heijden/Holland.⁹ Hierin verloor een moeder haar twee jaar oude dochtertje doordat een andere automobilist de auto waarin zij zich met haar kind bevond ten onrechte geen voorrang gaf. Ook het geval van de ouders van baby Joost reken ik tot deze groep gevallen. Er is hierin weliswaar geen sprake van een directe confrontatie met een schokkende gebeurtenis, maar de ouders van Joost waren wel getuige van het onzorgvuldige gedrag van de artsen en de verwoestende uitwerking die de door hen gemaakte medische fouten hadden op de gezondheid van hun kind.¹⁰ Het typerende — en tegelijkertijd problematische — van deze groep gevallen is dat het in de praktijk vaak niet mogelijk is om te zeggen welk deel van het psychische letsel een gevolg is van de confrontatie met een schokkende gebeurtenis en welk deel voortkomt uit de verstoring van een affectieve relatie. In wezen gaat het hier om een geheel nieuwe categorie psychisch letsel; hieronder zal deze worden aangeduid met de naam ‘gecombineerde schrik- en affectieschade’.

3. DE ROL VAN HET RELATIVITEITSVEREISTE BIJ DE VERGOEDING VAN PSYCHISCH LETSEL

In het Nederlandse recht is lange tijd als uitgangspunt gehanteerd dat geen recht bestaat op vergoeding van immateriële schade, indien deze het gevolg is van letsel of overlijden van een ander. De strekking van de artikelen 6:107 en 6:108 BW zou aan toekenning van een dergelijke schadevergoeding in de weg staan, reden waarom Lankhorst in dit verband spreekt van een ‘wettelijk gefixeerde relativiteit’.¹¹ In 1983 komt in deze situatie verandering. Uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Van der Heijden/ Holland kan volgens annotator Brunner worden afgeleid, dat psychisch letsel dat zijn oorzaak vindt in de confrontatie met of de waarneming van een ernstig ongeval voor vergoeding in aanmerking komt. In de parlementaire geschiedenis van

9. HR 8 april 1983, NJ 1984, 717, m.nt. CJHB.

10. In de vergelijkbare Amerikaanse zaak *Ochoa v. Superior Court* (703 P.2d 1 (Cal. 1989)) werd het ontbreken van een directe confrontatie met een schokkende gebeurtenis evenmin gezien als een belemmering voor vergoeding van psychische schade. Een bespreking van deze zaak is te vinden bij Schirmeister, a.w., p. 382.

11. G.H. Lankhorst, De relativiteit van de onrechtmatige daad, diss. Leiden, Kluwer, Deventer, 1992, p. 32. In artikel 6:107 BW wordt weliswaar gesproken van geestelijk letsel maar dit betreft het letsel van de direct gekwetste, niet dat van de vorderingsgerechtigde derde.

het huidige artikel 6:106 BW wordt deze visie uitdrukkelijk bevestigd: volgens het Eindverslag valt onder lid 1 sub b van dit artikel ook het toebrengen van psychische storingen ‘mits deze ernstig genoeg zijn om van “aantasting” van de persoon te spreken.’¹² Opvallend daarbij is dat de Minister geen bijzondere eisen stelt aan de kring van gerechtigden: ieder die schrikschade heeft, kan in beginsel in aanmerking komen voor vergoeding daarvan. Artikel 6:106 lid 1 sub b (aantasting van de persoon ‘op andere wijze’) prevaleert op dit gebied derhalve boven de artikelen 6:107 en 6:108 BW.

Tot zo ver lijkt alles duidelijk, maar dan wordt bij de behandeling van de Invoeringswet van de boeken 3, 5 en 6 BW in de Eerste Kamer aan de Minister gevraagd of de Memorie van Antwoord zo mag worden begrepen, dat naar nieuw recht in een geval als Van der Heijden/Holland een vergoeding van ‘shock’-schade mogelijk is. Het cryptische antwoord van de Minister luidt dat dit arrest zich onder het nieuwe recht zonder bezwaar onder artikel 6:106 lid 1 sub b laat brengen. Wel is daarbij terughoudendheid op zijn plaats: alleen in ‘zeer ernstige gevallen’ mag volgens de Minister schadevergoeding worden toegekend en de kring van gerechtigden mag ‘niet al te ruim’ worden getrokken.¹³

Over de strekking van dit antwoord bestaat in de literatuur groot verschil van mening. Volgens Bolt heeft de Minister het hier uitsluitend over vergoeding van schrikschade; zij leidt dit af uit het gebruik van het woord ‘shock’. Zo opgevat houden de woorden van de Minister een bevestiging in van het eerder door de regering ingenomen standpunt en brengen zij daarop zelfs een extra beperking aan: alleen indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan — onder meer met betrekking tot de kring van gerechtigden — komt schrikschade voor vergoeding in aanmerking. In de ogen van Bolt bestaat er dan ook geen grond om aan te nemen dat vergoeding van zuivere affectieschade mogelijk is.¹⁴

Tegen dit standpunt pleit dat de Minister spreekt over een ‘beperkte kring van gerechtigden’. Dit moet aldus worden opgevat, dat een vorderingsrecht alleen toekomt aan personen met wie het slacht-

12. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 389.

13. Eerste Kamer, vergaderjaar 1988-1989, 17451, nr. 46a, punt 5.

14. Bolt, a.w., p. 25. Dit oordeel is eveneens te vinden in Rb. Assen 14 juni 1994, rolnr. 269/1993, Booij-Kruize/Univé, een zaak waarbij Bolt betrokken was als advocaat van de gedaagde partij.

offer een duidelijke affectieve relatie onderhoudt of heeft onderhouden.¹⁵ Een dergelijke beperking van de kring van gerechtigden is alleen zinvol, wanneer de schade waarvoor vergoeding wordt gevorderd een affectief element bevat. Bij schrikschade is dat niet het geval. Het lijkt derhalve niet waarschijnlijk, dat de Minister in zijn antwoord aan de Eerste Kamer de kring van vorderingsgerechtigden bij schrikschade op deze wijze heeft willen inperken. Meer voor de hand liggend is dat hij bij deze vorm van psychisch letsel beperkingen heeft willen aanbrengen door eisen te stellen aan de ernst van de opgelopen psychische stoornis. Voorstelbaar is dat een recht op vergoeding van schrikschade uitsluitend wordt toegekend aan personen die een medisch-vaststelbare, abnormale psycho-pathologische reactie vertonen op het waargenomen ongeval. In het Amerikaanse recht staat deze regel bekend als de *serious injury rule*.¹⁶ De beperking van de kring van vorderingsgerechtigde personen die hierdoor ontstaat, is gebaseerd op het schadebegrip; het relativiteitsvereiste speelt hierbij geen enkele rol.

Een geheel andere interpretatie van de woorden van de Minister wordt gegeven door Bouma. Naar zijn oordeel verwijst de bewindsman in zijn antwoord aan de Kamer naar de casus Van der Heijden/Holland. In deze zaak werd uitsluitend vergoeding van affectieschade gevorderd; de aanwezigheid van schrikschade was daarin niet vastgesteld. Bouma concludeert hieruit dat de Minister 'om' is en dat thans ook affectieschade voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁷

Deze uitleg is in overeenstemming met de beperking die de Minister aanbrengt in de kring van gerechtigden. Het is echter zeer de vraag of de Minister met zijn antwoord inderdaad heeft beoogd een recht op vergoeding van affectieschade in het leven te roepen. Tegen deze zienswijze pleit het uitdrukkelijke gebruik van het woord 'shock' in zijn antwoord aan de Kamer. Aannemelijker lijkt dat de Minister slechts een beperkt recht op vergoeding van affectieschade heeft willen creëren, namelijk alleen voor gevallen van gecombineerde schrik- en affectieschade.¹⁸ Steun hiervoor biedt de verwijzing naar het arrest Van der Heijden/Holland, een duidelijk geval van

15. In deze zin ook Bolt, a.w., p. 33 v.

16. Zie hierover Schirmeister, a.w., p. 337 v.

17. Bouma, a.w., p. 208.

18. In deze zin ook: Schirmeister, a.w., p. 397.

gecombineerde schrik- en affectieschade.

Op grond van de hier verdedigde opvatting heeft de rechtbank Assen terecht geoordeeld dat de weduwe geen recht had op vergoeding van het psychische letsel dat zij leed als gevolg van het overlijden van haar echtgenoot. Zij was geen getuige geweest van zijn ongeval, zodat haar geestelijke letsel moest worden aangemerkt als zuivere affectieschade.¹⁹ In dit type situaties geldt derhalve nog steeds een wettelijk gefixeerde relativiteit. Deze vloeit echter niet voort uit artikel 6:163 BW, zodat ook hier geen rol van betekenis is weggelegd voor het relativiteitsvereiste.²⁰

De ouders van baby Joost zullen naar alle waarschijnlijkheid wél in aanmerking komen voor een schadevergoeding op grond van artikel 6:106 lid 1 sub b.²¹ Zoals hiervoor is betoogd, is verdedigbaar dat in hun geval sprake is van gecombineerde schrik- en affectieschade. Het relativiteitsvereiste zal hierbij waarschijnlijk geen belemmering vormen. Weliswaar wordt hier voor het ontstaan van aansprakelijkheid een bepaalde relatie vereist, doch deze betreft het directe slachtoffer en degene die de vordering instelt en niet de onrechtmatigheid en degene die de vordering instelt.

4. PRENATAAL LETSEL

Het tweede terrein waarop het relativiteitsvereiste in de toekomst mogelijk een rol van betekenis zal gaan spelen, is dat van het zogenaamde prenatale letsel. In de Amerikaanse jurisprudentie worden hierbij twee situaties onderscheiden.²² De eerste is dat rechtstreeks letsel wordt toegebracht aan een in beginsel gezonde, ongeboren

19. Zie Rb. Assen 14 juni 1994, rolnr. 269/1993, Booij-Kruize/Univé.

20. In deze zin H.A. Bouman en A.J.O. van Wassenae van Catwijck, Schadevergoeding: personenschade, Monografieën Nieuw BW, B-37, Kluwer, Deventer, 1991, p. 30.

21. De rechtbank Amsterdam was in deze zaak eveneens tot het oordeel gekomen dat voor de ouders van Baby Joost recht op vergoeding van hun psychische letsel bestond, zij het op andere gronden: geoordeeld werd dat de ouders *pro se* een overeenkomst met de behandelende artsen hadden afgesloten. Hun recht op schadevergoeding berustte derhalve op een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis. Op de rol van het relativiteitsvereiste in contractuele relaties kan hier niet verder worden ingegaan. Zie over dit onderwerp: G.H. Lankhorst, De relativiteitseis in het aansprakelijkheidsrecht, *Ars Aequi* 1987, p. 378.

22. Zie *Turpin v. Sortini*, 182 Cal.Rptr 337 (1982).

vrucht; hieronder zal ik dit type gevallen behandelen onder de naam 'rechtstreeks toegebracht prenataal letsel'. Illustratief hiervoor is de volgende casus. Een jonge vrouw gebruikt wegens psychische problemen het antidepressivum penfluridol. In de bijsluiter wordt het gebruik van dit geneesmiddel tijdens de zwangerschap afgeraden, omdat het mogelijk invloed kan hebben op het nageslacht. De vrouw raakt zwanger en raadpleegt haar arts. Deze deelt mee dat zij zonder problemen penfluridol kan blijven gebruiken. Na negen maanden bevalt de vrouw van een ernstig misvormd kind. Hoewel dit in werkelijkheid niet vaststaat, ga ik er hier van uit dat tussen dit letsel en het gebruik van penfluridol een causaal verband aanwezig is.

De tweede groep gevallen van prenataal letsel zijn die waarin door onrechtmatig handelen of nalaten een kind wordt geboren dat tijdens de zwangerschap (mogelijk) reeds 'beschadigd' was. Een voorbeeld is het volgende geval. Een vrouw die draagster is van het gen van een ongeneeslijke spierziekte, besluit na overleg met een klinisch genetisch centrum een poging te doen om zwanger te raken. Haar was verzekerd dat door DNA-onderzoek kon worden vastgesteld of de ongeboren vrucht het aangedane chromosoom van haar had geërfd. Indien dat het geval was, zou een abortus volgen. De vrouw raakt in verwachting. Uit het onderzoek blijkt dat de vrucht niet erfelijk belast is. Drie jaar na de geboorte van het kind wordt duidelijk dat de uitslag van het onderzoek onjuist was. Het kind lijdt wèl aan de gevreesde spierziekte en zal na een periode van toenemende invaliditeit een vroegtijdige en wrede dood sterven. Deze categorie gevallen zal ik aanduiden met de term 'reeds aanwezig prenataal letsel'.

5. DE ROL VAN HET RELATIVITEITSVEREISTE BIJ DE VERGOEDING VAN PRENATAAL LETSEL

Gevalen van prenataal letsel kunnen aanleiding geven tot verschillende civielrechtelijke vorderingen. De meest voor de hand liggende zijn de schadevergoedingsacties van de ouders, respectievelijk het kind tegen de arts door wiens handelen of nalaten het letsel is ontstaan. Daarnaast kan in een aantal situaties worden gedacht aan een schadevergoedingsactie van het kind tegen de eigen ouders.

In gevallen van *rechtstreeks toegebracht prenataal letsel* leveren de vorderingsmogelijkheden van het *kind* de minste relativiteitsproblemen op: het kind is in dit soort gevallen immers de rechtstreeks gelaedeerde. De enige vraag die men zich in dit verband zou kunnen

stellen, is of het kind ook een vorderingsrecht heeft tegen de eigen ouders indien het letsel niet het gevolg is van een medische fout, maar van een onrechtmatige daad van de ouders jegens het kind. Een voorbeeld hiervan biedt de Australische zaak *Lynch v. Lynch and Government Insurance Office of New South Wales*.²³ Hierin reed een zwangere vrouw met hoge snelheid over een slecht begaanbare weg. Zij verloor de controle over het stuur, gleed met haar wagen van een helling en kwam uiteindelijk tot stilstand tegen een aarden wal. Vier maanden later beviel zij van een kind met spastische verlamming. De echtgenoot van de vrouw stelde namens zijn pasgeboren dochtertje een vordering tot schadevergoeding tegen haar in. Het Australische Court of Appeal wees de claim toe, nadat deskundigen hadden verklaard dat tussen het ongeluk en het letsel van het kind een causaal verband aanwezig was.

In de zojuist beschreven zaak werd de aansprakelijkheid van de vrouw gedekt door een verzekeringsmaatschappij. Naar Nederlands recht zou dat eveneens het geval zijn geweest.²⁴ Onder deze omstandigheid is er in mijn ogen veel voor te zeggen om het kind inderdaad een vorderingsrecht toe te kennen.²⁵ De Hoge Raad sluit de toewijsbaarheid van dergelijke interfamiliale vorderingen niet geheel uit.²⁶ Wel zal binnen familieverhoudingen waarschijnlijk minder snel dan daarbuiten sprake zijn van onrechtmatigheid.²⁷

Voor de *ouders* van een kind waaraan op rechtstreekse wijze prenataal letsel is toegebracht, bestaat op grond van artikel 6:107 BW recht op vergoeding van zogenaamde 'verplaatste schade'. Hiermee worden bedoeld de kosten die de ouders moeten maken om hun kind de zorg te geven die met het oog op diens toestand gewenst is. Een vordering van de ouders tot vergoeding van door hen zelf geleden psychische schade zal in de hier behandelde gevallen van prenataal letsel waarschijnlijk niet snel toewijsbaar zijn. Als indirect gelaedeer-

23. [1992] 3 Med LR 62.

24. In het verleden konden naaste familieleden op grond van artikel 4 lid 2 WAM van het recht op uitkering worden uitgesloten. Onlangs is deze bepaling komen te vervallen.

25. In deze zin ook: R.M. Schoonenberg, Zijn 'wrongful birth' en 'wrongful life' acties naar Nederlands recht toewijsbaar?, in: J.K.M. Gevers en H.J.J. Leenen, Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid, Kluwer, Deventer, 1986, p. 74.

26. Zie HR 31 mei 1985, RvdW 1985, 117.

27. H.C.F. Schoordijk, Boekbespreking, NJB 1985, p. 1098.

den komen de ouders voor een dergelijke vergoeding alleen in aanmerking, indien door hen schrikshade of gecombineerde schrik- en affectieschade is geleden.²⁸ Buiten gevallen waarin het letsel van het kind een direct gevolg is van een door de moeder waargenomen schokkende gebeurtenis, zal dit vrijwel nooit het geval zijn.

In gevallen van *reeds bestaand prenataal letsel* staat niet zozeer het toebrengen van letsel aan de ongeboren vrucht, als wel de ongewenste geboorte van een gehandicapt kind centraal. De onrechtmatige daad van de arts bestaat er in dit soort gevallen uit dat hij, door een onzorgvuldige behandeling of de verstrekking van geen of onjuiste informatie, de ouders de mogelijkheid heeft ontnomen om de conceptie of geboorte van een door hen niet gewenst kind te voorkomen. De rechtstreeks gelaedeerden zijn hier dan ook in eerste instantie de ouders en niet het kind. Dit betekent dat de vordering tot schadevergoeding van de *ouders* — in de literatuur staat deze bekend als de ‘wrongful birth’ actie — door het relativiteitsvereiste niet wordt belemmerd.

Omstreden is of in de hier behandelde gevallen ook aan het *kind* een vordering tot schadevergoeding tegen de arts — een zogenaamde ‘wrongful life’ actie — toekomt. Niet in de laatste plaats is dit te wijten aan het relativiteitsvereiste. De vraag waarom het volgens dit vereiste draait, is of een arts die aan de ouders de mogelijkheid heeft ontnomen om weloverwogen te kiezen voor het voorkomen of beëindigen van een zwangerschap, daarmee tevens een onrechtmatige daad heeft gepleegd tegenover het nog ongeboren kind. Het Duitse Bundesgerichtshof heeft deze vraag in 1983 in ontkennende zin beantwoord.²⁹ Een andersluidend oordeel zou volgens het Hof impliceren dat voor het kind een recht op abortus bestond.³⁰ Dit argument berust in mijn ogen op een onjuiste invulling van de op de arts rustende zorgverplichting. Deze luidt immers niet dat hij ervoor had moeten zorgen dat het kind nooit was geboren, maar dat hij de ouders had behoren te waarschuwen tegen het risico van de geboorte van een geestelijk en/of lichamelijk gehandicapt kind. Deze verplichting vloeit voort uit de overeenkomst tussen de ouders en de arts, een overeen-

28. Zie § 3 van dit artikel.

29. BGH 18 januari 1983, Juristenzeitung 1983, p. 450.

30. In dezelfde zin: G.H.A. Schut, Redactionele kanttekeningen: wrongful life, RM Themis 1987, p. 3 en R. Kruithof, Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?, Rechtskundig Weekblad 1987, p. 2746 v.

komst die behalve in het belang van de ouders ook is gesloten in het belang van het kind. Ik ben het dan ook met Stolker eens dat in dit soort gevallen door de arts tevens jegens het kind een norm is geschonden, namelijk een contractuele norm.³¹ Het relativiteitsvereiste kan naar mijn idee dan ook niet in de weg staan aan de 'wrongful life' actie van het kind tegen de arts.

Het voorgaande betekent niet dat de vordering van het kind tegen de arts zonder meer toewijsbaar is. Een niet onaanzienlijk dogmatisch probleem is hoe de omvang van de schade in dit soort gevallen moet worden vastgesteld. In de regel geschiedt dit aan de hand van een vergelijking tussen de werkelijke toestand van de benadeelde (gehandicapt-leven) en die waarin hij zich zou hebben bevonden indien de onrechtmatige daad niet had plaatsgevonden (niet-leven). Deze laatste situatie biedt evenwel geen geschikt vergelijkingspunt, omdat daarover niets bekend is; het vaststellen van de schade-omvang is daardoor onmogelijk. Voor een aantal auteurs vormt dit een belangrijk argument om te kiezen voor afwijzing van de 'wrongful life' vordering.³² Met Schoonenberg en Schoordijk ben ik geneigd hierover anders te denken.³³ Het immateriële karakter van de schade dwingt hier in mijn ogen tot een meer normatieve benadering, waarin het vergelijkingselement niet noodzakelijkerwijs voorop hoeft te staan.³⁴ Hoewel daarover veel meer is te zeggen, moet ik het onderwerp van de schadevaststelling hier verder laten rusten.

Een interessante slotvraag is of het kind ook een vordering geldend zal kunnen maken tegen de eigen ouders, indien dezen ten tijde van de verwekking of zwangerschap wisten of behoorden te weten dat zij (mogelijk) een gehandicapt kind ter wereld zouden brengen. Te denken valt hierbij aan situaties waarin een van beide ouders erfelijk belast is of besmet is met het aidsvirus. In de Amerikaanse zaak *Curlender v. Bio Science Laboratories*³⁵ werd deze vraag door het

31. Zie C.J.J.M. Stolker, Een onrechtmatig bestaan. Over de grenzen van de aansprakelijkheid, in: A.M. Hol en M.A. Loth (red.), Dilemma's van aansprakelijkheidsrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1991, p. 13; Stolker baseert zijn standpunt mede op het Verstekeling-arrest (HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536, m.nt. G).

32. Zie Stolker, a.w., p. 13 v. en Kruithof, a.w., p. 2751 v.

33. Zie Schoonenberg, a.w., p. 68 v. en Schoordijk, a.w., p. 130.

34. Zie Van, diss., p. 209.

35. 106 Cal. App. 3d 811; 165 Cal. Rptr 477 (1980).

Californische Court of Appeals bevestigend beantwoord: 'Under such circumstances, we see no sound public policy which should protect those parents from being answerable for the pain, suffering and misery which they have wrought upon their offspring.' Hoe controversieel dit standpunt is, moge blijken uit het feit dat de wetgever in California niet veel later een regeling vaststelde waarin ouders werden ontheven van iedere aansprakelijkheid voortvloeiend uit de weigering een abortus te ondergaan.³⁶

In wezen gaat het hier niet zozeer om een vraag van relativiteit; de Hoge Raad staat immers, zoals hiervoor reeds bleek, niet zonder meer afwijzend tegenover interfamiliale vorderingen. Veel meer aan de orde is hier of het verwekken van een kind of het afzien van abortus *überhaupt* kan worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad. Een bevestigende beantwoording van deze vraag houdt een ernstige beperking in van de fundamentele vrijheid van de ouders om zelf te beslissen over voortplanting. Daar staat tegenover dat het zelfbeschikkingsrecht van de ouders in de praktijk behoorlijk is uitgehold. Voor een aantal erfelijkheidsonderzoeken moeten de ouders van tevoren toezeggen dat zij abortus zullen laten plegen, indien de test een positief resultaat oplevert.³⁷ Een negatief oordeel over de onrechtmatigheidsvraag is strijdig met het recht van het kind om als een geheel gezond wezen ter wereld te komen. Dit recht is een logisch uitvloeisel van de morele en maatschappelijke verplichting van de ouders om te waken over de gezondheidstoestand van het ongeboren kind.³⁸ Het zal, kortom, duidelijk zijn dat het hier gaat om een zeer ingewikkelde problematiek, waarin zowel ethische, politieke, godsdienstige en juridische argumenten een rol spelen. Het relativiteitsver-eiste kan hiervoor geen passende oplossing bieden.

36. Zie A.T. Bolt, Loterij of rechtspraak: een rechtsvergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse recht inzake schadevergoeding bij letsel en overlijden, Kluwer, Deventer, 1992, p. 87.

37. Dit is bijvoorbeeld het geval voor erfelijkheidsonderzoek naar de ziekte van Huntington. Zie A.M. Vogelzang, Winkelen in patiëntenrechten, in: L. Boon (red.), Managementethiek in de gezondheidszorg, Stichting Sympos, Amstelveen, 1991, p. 90.

38. In deze zin: H.J.J. Leenen, Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Samsom Uitgeverij, Alphen a/d Rijn/Brussel, 1978, p. 103.

6. CONCLUSIE

Aansprakelijkheidsuitbreiding en relativiteit gaan hand in hand: overall waar wordt getornd aan de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht, wordt het relativiteitsvereiste ingezet om te trachten het tijt te keren. Een goed voorbeeld hiervan vormt het terrein van de aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging uit het verleden. Het relativiteitsvereiste leidde hier tot een aanzienlijke verkorting van de periode waarover deze aansprakelijkheid zich kon uitstrekken.

Met dit in het achterhoofd is niet ondenkbaar, dat de relativiteitsleer binnen afzienbare tijd ook op andere terreinen tot bloei zal komen. Daarbij valt met name te denken aan de aansprakelijkheid voor het toebrengen van psychisch en prenataal letsel, omdat in die gevallen sprake lijkt te zijn van een verruiming van het aantal situaties waarin een schadevergoeding kan worden gevorderd. Zo heeft de Rechtbank Amsterdam in de zaak van de ouders van baby Joost de deur geopend voor personen die immateriële schade lijden als gevolg van letsel toegebracht aan een naast familielid. De eerste gevallen waarin schadevergoedingen worden toegekend wegens het toebrengen van prenataal letsel zullen waarschijnlijk niet lang op zich laten wachten.

Toepassing van het relativiteitsvereiste in deze situaties zal volgens Lankhorst voor sommige juristen wat archaïsch aandoen. Wolfsbergen zou zeker hebben behoord tot degenen die deze mening zijn toegedaan. Het gebruik van de relativiteitsleer op het terrein van het psychische en prenatale letsel zou hij hoogstwaarschijnlijk hebben afgedaan als 'slechts een complicatie van toch al niet eenvoudige stof'. Ook zonder dit vereiste is het namelijk heel goed mogelijk om een balans te vinden tussen 'Amerikaanse toestanden' enerzijds, en 'archaïsche toestanden' anderzijds. Geheel in de traditie van Wolfsbergen rest in zo'n geval slechts één conclusie: op de hier besproken gebieden is voor aanvaarding van de relativiteitsleer geen grond aanwezig.