

EEN ACADEMISCH COLLEGE OVER WRONGFUL BIRTH EN WRONGFUL LIFE

Pieter DE TAVERNIER

Universiteit Leiden / Universiteit Antwerpen

Toen ik een uitnodiging kreeg om voor het *Liber Amicorum Alois Van Oevelen* een bijdrage te schrijven, heb ik geen seconde getwijfeld. Tijdens mijn academische tijd in Antwerpen was het immers Van Oevelen die mij begeleidde bij het schrijven van een proefschrift. Vanuit de Universiteit Leiden, waar ik ondertussen meer dan tien jaar werkzaam ben, krijg ik nu de kans om met een artikel hulde te brengen aan mijn promotor.

Over het *thema* van mijn artikel hoefde ik niet te lang na te denken. Ik koester al geruime tijd het plan om een stuk te schrijven over het debat dat in de rechtspraak en in de juridische literatuur wordt gevoerd over de zogenaamde wrongful birth- en wrongful life-vorderingen. De vergelijking van drie arresten, namelijk het Amerikaanse *Tomlinson*-arrest van de Court of Appeals van Oregon van 10 december 2013 met de in de Lage landen befaamde uitspraken van het Hof van Cassatie van 14 november 2014 en het *Baby Kelly*-arrest van de Hoge Raad der Nederlanden van 18 maart 2005, maakte mijn keuze voor het onderwerp definitief.

De keuze van de *aanpak* van mijn artikel was een stuk lastiger. Over wrongful birth en wrongful life is immers al bijzonder veel bijeengeschreven.¹ Zou mijn bijdrage wel voldoende aanspreken, zo vroeg ik me af. Om die reden heb ik geko-

¹ Hierbij een kleine selectie van waardevolle bijdragen over wrongful birth en wrongful life: M. BUIJSSEN (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Annalen van het Thijmgenootschap 94-I, Nijmegen, Uitgeverij Valkhof Pers, 2006, 240 p.; E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind", *TBBR* 2002, 209-211; T. HARTLIEF, "Hollandse toestanden: de Hoge Raad over 'wrongful life'", *NTBR* 2005/6, 232-248; B. DUBUISSON, "L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant: l'alternative illégitime", *JT* 2015, 209-219; W.F. HENSEL, "The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 2005, 140-195; A. HUYGENS, "Wrongful life-vordering overleeft cassatietoets niet", *T.Ge.* 2015, 195-201; R. KRUIITHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?" in *Juridische aspecten van de geneeskunde*, Antwerpen, Kluwer, 1989, 379-434; J-M. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé. Heeft een genetisch zwaar beschadigde foetus een in rechte

zen voor een enigszins originele aanpak: geen klassiek tijdschriftartikel, maar een uitgeschreven college dat ik in Leiden heb verzorgd in het raam van het master-onderwijs, meer bepaald voor het vak *Privatissimum burgerlijk recht*. Alvorens over te gaan tot de beschrijving van het college, licht ik even toe wat het vak *Privatissimum* te Leiden eigenlijk inhoudt en waarom de keuze voor *wrongful birth* en *wrongful life* in het raam daarvan verantwoord is, zowel vanuit didactisch als vanuit privaatrechtelijk oogpunt.

Het Leidse *Privatissimum burgerlijk recht* vormt, aldus de Leidraad², het thematisch opgezette onderdeel van de master, waarin de student rondom hetzelfde thema vier schriftelijke werkstukken maakt en één voordracht houdt. Tijdens de bijeenkomsten wordt, mede op basis van de schriftelijke opdrachten en de referaten, een discussie gevoerd over het thema van het *privatissimum*. Het accent ligt op het aanleren van voor rechtswetenschappelijk onderzoek benodigde onderzoeks- en schrijfvaardigheden. Daarnaast dragen de verschillende te maken opdrachten bij aan de verdieping van de kennis en het inzicht in de samenhang en de structuur van het burgerlijk recht. De opdrachten liggen alle op het terrein van een vermogensrechtelijk thema, dat de student kan kiezen uit een reeks aangeboden alternatieven. Zo leert de student zich op zelfstandige wijze een deelgebied van het burgerlijk recht eigen te maken.

Zo konden de studenten de afgelopen jaren ook kiezen voor het door mij aangeboden thema: *Rechtsvergelijkend aansprakelijkheidsrecht*. In de lijst van aangeboden alternatieven wordt het thema als volgt toegelicht. *Aansprakelijkheidsrecht* vormt een belangrijk onderdeel van de juridische opleiding. In het kader van het vak 'Verbintenissenrecht' hebben studenten de belangrijkste wets-artikelen over onrechtmatige daad de revue zien passeren. In dit *privatissimum* gaan we deze kennis verdiepen en verbreden. Dit gebeurt door middel van de rechtsvergelijkende methode. Onder meer de volgende vragen zullen daarbij aan bod komen. Hoe worden klassieke vraagstukken van onrechtmatige daad in de ons omringende landen opgelost? Is er sprake van harmonisatie van regels van aansprakelijkheidsrecht binnen de Europese Unie en, zo ja, kan die nog verder worden doorgevoerd? Welke politieke keuzes en maatschappelijke belangen liggen er aan de aansprakelijkheidsregels in ons BW ten grondslag en in welke mate treffen we die ook elders aan (of niet aan)? In dit *privatissimum* beperken we de actieradius niet tot de grenzen van de Europese Unie. Ook het Amerikaanse aansprakelijkheidsrecht, om maar één voorbeeld te noemen, biedt interessante aanknopingspunten om het eigen aansprakelijkheidsrecht in perspectief te plaatsen en, jawel, enigszins te relativiseren. Na afloop van dit *privatissimum* zult u merken: "Andere rechtssystemen bestuderen is nuttig omdat men heel veel zaken beter van

beschermde belang bij zijn eigen abortus?", *NJW* 2011, 354-365; B.C. STEININGER, "Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions", *JETL* 2010, 125-155.

² Gepubliceerd op blackboard, te raadplegen via www.law.leidenuniv.nl.

buiten af ziet, dan wanneer men er zelf in zit”, aldus M.E. STORME over de methodologie van de rechtsvergelijking.³

In opdracht 4 komen wrongful birth en wrongful life aan de orde. Ik vraag daarin aan de studenten een juridische lezing voor een medisch congres over wrongful birth en wrongful life voor te bereiden, dit naar aanleiding van de uitspraak van de Court of Appeals of the State of Oregon inzake *Tomlinson v. Metropolitan Pediatrics, LLC and Legacy Emanuel Hospital and Health Center*⁴ (hierna verkort: *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*). Bij de voorbereiding moeten zij als volgt te werk te gaan: 1) Lees, minstens twee keer, aandachtig de zaak *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy* door; 2) Maak voor jezelf een schema van de partijen en hun eisen/verweren; 3) Vat de uitspraak op een gedegen structurele wijze samen; 4) Tracht op grond van de bestaande Nederlandse literatuur en een kort overzicht naar Amerikaans recht (zie het uittreksel uit het boek *Understanding Torts* van John L. DIAMOND, Lawrence C. LEVINE en Anita BERNSTEIN⁵, te vinden op blackboard) inzicht te krijgen in de problematiek van wrongful birth en wrongful life en 5) Onderzoek hoe de uitspraak van de Court of Appeals zich verhoudt tot de wijze waarop soortgelijke gevallen naar Nederlands recht berecht zouden worden. Met andere woorden: zou de uitkomst (u denke bijvoorbeeld aan het *Baby Kelly*-arrest) naar Nederlands recht anders zijn geweest? Of niet?

Waarom koos ik voor een schriftelijke opdracht en een nadien door mij verzorgd hoorcollege over wrongful birth en wrongful life? Daar zijn verschillende redenen voor aan te geven. In de eerste plaats is de casus bijzonder geschikt om de masterstudent vertrouwd en enthousiast te maken voor de wetenschappelijke rechtsvergelijking. Daartoe leent het onderwerp zich erg goed, ten bewijze waarvan de boeiende wetenschappelijke bijdragen van Ivo GIESEN (“The Use and Influence of Comparative Law in ‘Wrongful Life’ Cases”)⁶ en Albert RUDA (“‘I Didn’t Ask to be Born’: Wrongful Life from a Comparative Perspective”)⁷. In de tweede plaats biedt het onderwerp de gelegenheid om de kennis die de masterstudent tijdens de bachelorfase over een aantal aansprakelijkheidsrechtelijke kwesties heeft meegekregen en die onder meer in hun studieboek *Verbintenissen uit de Wet en Schadevergoeding*⁸ staat beschreven, verder uit te diepen en kritisch te bevragen. Men denke bijvoorbeeld aan de schadebeperkingsplicht of de leer van de voordeelstoerekening. In de derde plaats is het thema van wrongful birth en wrongful

³ Zie hierover de syllabus van M.E. STORME over de methodologie van de rechtsvergelijking, te raadplegen via <https://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/rvgl2002-II.doc>.

⁴ *Tomlinson v. Metropolitan Pediatrics, LLC and Legacy Emanuel Hospital and Health Center*, 275 Or App 658 (2015).

⁵ J.L. DIAMOND, L.C. LEVINE en A. BERNSTEIN, *Understanding Torts*, Matthew Bender & Company, Inc. 2013, 382 p. en bijlagen.

⁶ I. GIESEN, “The Use and Influence of Comparative Law in ‘Wrongful Life’ Cases”, *Utrecht Law Review* 2/2012, 35-54, te raadplegen via www.utrechtlawreview.org.

⁷ A. RUDA, “‘I Didn’t Ask to be Born’: Wrongful Life from a Comparative Perspective”, *JETL* 2/2010, 204-241.

⁸ J. SPIER, T. HARTLIEF, A.L.M. KEIRSE, S.D. LINDENBERGH en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 7e ed., 2015, 465 p.

life geschikt om niet alleen aansprakelijkheidstechnische kwesties te behandelen, maar ook aandacht te besteden aan een paar rechtspolitieke en ethische kwesties of, met andere woorden, het besproken onderwerp niet alleen juridisch, maar ook metajuridisch te duiden. Gelet op de beperkte ruimte van de bijdragen in het *Liber Amicorum*, gaat mijn aandacht voornamelijk uit naar aspecten van civiele aansprakelijkheid. Op het einde wijs ik de studenten weliswaar op de metajuridische vragen die wrongful birth en wrongful life doen rijzen, maar ik ga er slechts beknopt op in. Ik attendeer hen wel op enkele uitstekende bijdragen die daarover kunnen worden geconsulteerd.⁹

Binnen een week moeten de studenten hun paper hebben afgerond. Op de dag dat het stuk wordt ingeleverd, verzorg ik over wrongful birth en wrongful life een hoorcollege. Daarmee ontdekt de student reeds welke punten hij of zij al dan niet heeft ontdekt en of de gemaakte analyses correct en volledig waren. Een week later ontvangen zij een cijfer en uitgebreide feedback.

HET HOORCOLLEGE

Ik begin mijn college met een beschrijving van de beproevingen van de familie Tomlinson uit de Noord-Amerikaanse staat Oregon. In 2003 is er in het gezin Tomlinson grote vreugde om een geboorte. Moeder Tomlinson schenkt het leven aan een eerste zoon, Manny. Maar de vreugde om de geboorte wordt al snel overschaduwd door ernstige problemen. Al gauw begint Manny immers te lijden aan ‘*mental abnormalities*’ en vertoont hij symptomen van ‘*serious illness*’. Herhaaldelijk medisch onderzoek in twee ziekenhuizen, *Metropolitan* en *Legacy*, brengt weinig uitsluitsel omtrent de precieze oorzaak van Manny’s klachten. Het loodzware verdict valt in 2010, dus pas zeven jaar (!) na de geboorte: Manny lijdt aan de ziekte van Duchenne of spierdystrofie van Duchenne (DMD), een ongeneeslijke spierziekte die voornamelijk mannen treft. De ziekte verloopt progressief en tast steeds meer spierweefsel aan, zodat op de leeftijd van 12 tot 13 jaar een rolstoel onvermijdelijk is. Op 25-jarige leeftijd is de ziekte zo ver gevorderd dat patiënten permanent van een ademhalingsmachine afhankelijk zijn. De aftakeling zet zich vervolgens ongenadig door. Op 40-jarige leeftijd zijn de meeste mannen ten gevolge van de ziekte overleden.¹⁰

⁹ Ik heb onder meer de volgende bijdragen vermeld: I. GIESEN, “Een constitutioneel Hof in Nederland? Zuid-Afrika en wrongful life als voorbeeld ...”, *NTBR* 2015/9, 65-66; Y.-H. LELEU, “De redactie privaat. Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht”, *TPR* 2002, 1373-1380; J.M. PIRET, “De jurisdisering van menselijke relaties en de legitimiteit van wrongful birth en wrongful life claims”, 28 november 2003, te raadplegen via www.thijmgenootschap.nl/sites/thijmgenootschap.nl/files/artikelen/t92-1-11-j-m-piret-de-jurisdisering-van-menselijke-relaties-en-de-legitimiteit-van-wrongful-birth-en-wrongful-life-claims.pdf; C.J.J.M. STOLKER en M.P. SOMBROEK-VAN DOORM, “De wrongful life-vordering: schadevergoeding of euthanasie?”, *NTBR* 2003/9, 496-506.

¹⁰ Zie https://nl.wikipedia.org/wiki/Ziekte_van_Duchenne.

Ondanks de voortdurende gezondheidsproblemen van hun eerste zoon Manny wensen vader en moeder Tomlinson een tweede kind te krijgen. Teddy wordt geboren in 2008, dus ruim vóór de juiste diagnose omtrent de mentale en fysieke klachten van diens broer Manny is vast komen te staan. Na medisch onderzoek van Teddy valt het loodzware verdict: ook de tweede zoon van het gezin lijdt aan de ongeneeslijke ziekte van Duchenne. De ouders, door de ziekte van hun twee zonen geconfronteerd met zware mentale én financiële zorgen, besluiten in eigen naam en in hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers van Teddy een rechtszaak te beginnen tegen Metropolitan en Legacy. Indien deze hospitalen tijdig en correct de diagnose van Manny hadden gesteld, zouden zij hun wens voor een tweede kind nooit tot uitvoering hebben gebracht.

Ik leg de studenten uit dat het in *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy* gaat over een dubbele vordering, bekend onder de Engelstalige benamingen wrongful birth en wrongful life. Voor een goed begrip van de juridische strijd van de Tomlinsons en de afloop ervan wijs ik de studenten op het belang van een correcte duiding van beide claims.

Bij wrongful birth gaat het over de vordering waarbij *de ouders* van een kind dat met een aangeboren of door een intra-uteriene¹¹ infectie veroorzaakte handicap is geboren, de arts aansprakelijk stellen voor de door hen geleden materiële en immateriële schade.¹² Zonder de beroeps- of informatiefout van de arts zouden zij de zwangerschap hebben afgebroken. De zaak van de Tomlinsons is een variant van wrongful birth. De ouders betogen dat zij ten gevolge van de onzorgvuldigheid van Metropolitan en van Legacy geen kennis hadden van het feit dat zij “conceived and bore a child with a severe genetic defect”¹³ en dat zij, indien tijdig een juiste diagnose was gesteld omtrent de ziekte van Manny, “would not have produced another child suffering from DMD”.¹⁴

In het verleden hebben wrongful birth-zaken tot felle discussies geleid. Men denke daarbij aan de tegengestelde visie omtrent de aanvaardbaarheid van de vordering van de eerste¹⁵ en de tweede¹⁶ Senaat van het Duitse Bundeverfassungs-

¹¹ In de uterus of baarmoeder.

¹² The Court of Appeals of the State of Oregon definieert wrongful birth, op correcte wijze, als volgt: “In general terms, wrongful birth refers to the cause of action of parents who claim that negligent advice or treatment by the defendant deprived them of the choice of avoiding conception or of terminating the pregnancy usually because of some genetic disability of the child.” (p. 664). Het hof maakt voorts een terecht onderscheid tussen wrongful birth en wrongful pregnancy of wrongful conception. Deze laatste is, aldus het hof, “used for the parents’ action in connection with the birth of a normal and healthy (but unplanned) child”. (p. 665). Voor een accurate definitie van de voormelde vorderingen, zie bv. Adv. Gen. A. VAN INGELGEM, concl. voor Cass. 14 november 2014, RW 2014-15, 1612 en de verwijzingen aldaar.

¹³ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 663.

¹⁴ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 663.

¹⁵ BVerfG 12 november 1997, BverfGE 96, 375, NJW 1998, 519 (*Sterilisation*).

¹⁶ BVerfG 28 mei 1993, BverfGE 88, 203, 296, NJW 1993, 2407 (*Schwangerschaftsabbruch II*).

gericht.¹⁷ Heden ten dage worden wrongful birth-vorderingen in de meeste landen probleemloos toegewezen. Zo heeft VRANKEN voor Nederland in zijn conclusie bij het eerste wrongful birth-arrest geschreven: “In Nederland hebben zich tot nu toe in de discussie over wrongful birth-vorderingen geen principiële tegenstanders gemeld. Er zijn slechts meer of minder genuanceerde voorstanders”.¹⁸ Maar opgelet, van een *globale* acceptatie van wrongful birth is geen sprake! In dit verband zij bijvoorbeeld verwezen naar een recent ingediende Bill 25 in de Noord-Amerikaanse staat Texas: “A cause of action may not arise, and damage may not be awarded, on behalf of any person, based on the claim that but for the act or omission of another, a person would not have been permitted to have been born alive but would have been aborted.”¹⁹ Voor sommige auteurs wegen de ethische bezwaren tegen wrongful birth zelfs zwaarder dan die tegen wrongful life-vorderingen.²⁰

Bij wrongful life gaat om de vordering tot schadevergoeding *van het kind zelf* dat, na te zijn geconfronteerd met zijn ernstige handicaps, aanvoert dat het zonder de fout van de arts niet zou zijn geboren en dat dit ook beter zou zijn geweest.²¹ Gelet op het tragische lot van Teddy, geef ik zijn wrongful life-vordering integraal weer: “As a direct and foreseeable result of the negligence of the defendants, and each of them, Teddy was born with [DMD], and will suffer muscle weakness and wasting, loss of the ability to walk, progressive paralysis, and premature death. He will become increasingly disabled and totally dependent on others for his care and his most basic functions, and will never be able to work or to participate in or enjoy many of the activities that healthy people enjoy. He carries an increased likelihood of cognitive and behavioral problems and will experience physical and emotional pain and suffering, including the emotional pain and suffering associated with the knowledge of his own premature death, as well as emotional pain and suffering associated with his knowledge and awareness of the grief, anguish and emotional pain and suffering of his parents on account of his incurable illness and early death, all to his non-economic damages in the amount of \$10,000,000.00.”²²

¹⁷ Zie daarover (terecht kritisch) J.B.M. VRANKEN, “Wrongful birth splijt Bundesverfassungsgericht”, *NJB* 1998, 990-991. Zie ook C.C. VAN DAM, *European Tort Law*, Second Edition, Oxford, University Press, 2013, 194.

¹⁸ J.B.M. VRANKEN, concl. voor HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, noot CJHB (*Wrongful Birth I*), sub 11.

¹⁹ Zie over dit wetsvoorstel (*Bill*) www.capitol.state.tx.us/tlodocs/85R/billtext/pdf/SB000251.pdf.

²⁰ J.-M. PIRET, “De juridisering van menselijke relaties en de legitimiteit van ‘wrongful birth’ en ‘wrongful life’-claims”, *l.c.*, 196, met verwijzing naar H.C.F. SCHOORDIJK, “Wrongful life mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief”, *NTBR* 2001/5, 214.

²¹ The Court of Appeals of the State of Oregon definieert wrongful life als “a cause of action brought by and on behalf of a child with an impairment who claims that but for the defendant’s negligence, the child would not have been born.” (p. 664). Zie hierover bv. J.M. PIRET, *ibid.*, 183-184; Adv. Gen. A. VAN INGELGEM, concl. voor Cass. 14 november 2014, *l.c.*, 1612; M. DILLEN en P. DEWALLENS, “Wrongful life made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden”, *T.Gez.* 2011-12, 191-192.

²² *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 663.

De problematiek van wrongful life heeft in vele landen tot controverse geleid.²³ Voor een helder overzicht van de (weinige) landen waar wrongful-vorderingen zijn toegelaten, verwijs ik de studenten naar een goed gedocumenteerde publicatie van een Italiaans onderzoeksteam, gepubliceerd in *Human Reproduction Update* en getiteld “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”.²⁴

In eerste aanleg krijgen de ouders van Teddy, met betrekking tot hun wrongful birth-claim, nul op het rekest. In de eerste plaats oordeelt de rechter dat de ouders zich niet kunnen beroepen op het bestaan van een arts-patiëntrelatie. Alleen tussen de ziekenhuizen en Manny is er immers sprake van een medische behandelingsovereenkomst. De *trial court* meent dat “to survive dismissal, a complaint must include an allegation of a professional relationship between a physician and patient in a medical malpractice case (...). All parties agree that none of the plaintiffs is, or was, a patient of defendants.”²⁵

Ook de kansen (*alternative reasons*) van vader en moeder Tomlinson op schadeloosstelling via de buitencontractuele weg wijst de *trial court* af, zowel ten aanzien van de vermogensschade (*economic damages*) als ten aanzien van de morele schade (*emotional harm*). Ten eerste wordt de wrongful birth-vordering afgewezen omdat niet voldoende is aangetoond dat er sprake is van causaal verband tussen het gedrag van verweerders en de beslissing van de ouders om voor een tweede kind te kiezen.²⁶ Ten tweede kent de *trial court* geen immateriële schadevergoeding toe omdat “[n]o physical impact or duty to the plaintiffs to avoid emotional harm has been alleged”.²⁷ De *trial court* baseert dit oordeel op de zogenaamde *physical impact rule*²⁸: er is geen plaats voor schadevergoeding voor louter *psychic or emotional injury* indien deze niet gepaard gaat met lichamelijke schade of inbreuk op een ander wettelijk beschermd belang.²⁹

In hoger beroep keren de kansen ten gunste van de ouders van Teddy.

Volgens de Court of Appeals staat, in de eerste plaats, de afwezigheid van een contractuele relatie tussen de twee ziekenhuizen en de ouders Tomlinson de aansprakelijkheid van de verweerders niet in de weg. Het is namelijk voor aansprakelijkheid voldoende dat een arts of ziekenhuis “whose negligent conduct unreasonably creates a foreseeable risk of harm to others and causes injury to another is

²³ Zie bv. voor Israël, waar wrongful life-vorderingen sinds *Zeitsov v. Katz* (1986) werden aanvaard, maar sinds *Hamer v. Amit* (2012) worden afgewezen: N. KARAKO-EYAL, “A critical disability theory analysis of wrongful life/birth actions in Israel”, *International Journal of Private Law* 2013, 289-302.

²⁴ P. FRATI, V. FINESCHI, M. DI SANZO, R. LA RUSSA, M. SCOPETTI, F.M. SEVERI en E. TURILLAZZI, “Preimplantation and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies”, *Human Reproduction Update* 2017, 1-20.

²⁵ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 669-670.

²⁶ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 670.

²⁷ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 670.

²⁸ Zie <https://definitions.uslegal.com/i/impact-rule/>.

²⁹ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 679-681.

liable in damages for that injury.”³⁰ Met andere woorden: ook derden die geen partij zijn bij de overeenkomst, kunnen recht hebben op schadevergoeding.

Dit oordeel brengt mij bij de eerste rechtsvraag: is de wrongful birth-vordering *contractueel* dan wel *buitencontractueel* van aard? In de meeste wrongful birth-zaken zal er tussen de *moeder* en de arts sprake zijn van een medische behandelingsovereenkomst. Ter illustratie verwijs ik naar het *Baby Kelly*-arrest³¹, meer bepaald naar r.o. 3.2: “Tijdens de eerste bespreking met de verloskundige heeft de moeder uitdrukkelijk om een vruchtwaterpunctie verzocht. De verloskundige heeft dit niet nodig geacht, hoewel uit de haar ter beschikking staande gegevens bleek dat de moeder tot twee keer toe een spontane abortus had gehad en in elk geval de erfelijke afwijking van neef [1] in dat gesprek aan de orde is gekomen. Onder deze omstandigheden was de opstelling van de verloskundige tegenover de moeder niet alleen onjuist, maar was deze tevens een beroepsfout op grond waarvan de verloskundige toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de behandelingsovereenkomst.” Ook de *vader* heeft een belang bij de behoorlijke nakoming van de behandelingsovereenkomst door de zorgverstrekker ten opzichte van de moeder. Hij is bij de overeenkomst echter geen partij en kan daarom zijn vordering niet baseren op een contractuele grondslag.³² Zijn vordering is *buitencontractueel* van aard. In *Baby Kelly* wordt overwogen: “Weliswaar komt een beslissing tot afbreking van een zwangerschap in laatste instantie aan de moeder alleen toe (...), maar de belangen van de vader zijn daarbij ten nauwste betrokken.”³³ Tegen die achtergrond is volgens de Hoge Raad de fout van de verloskundige tegenover de moeder tevens strijdig met hetgeen deze verloskundige volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens de vader betaamde, en mitsdien onrechtmatig jegens deze.”³⁴

In de tweede plaats beslist de Court of Appeals dat het *causaal verband* tussen de fout van de ziekenhuizen en de geleden schade voldoende is aangetoond: “We conclude that, despite the absence of affirmative allegations of reliance, the Tomlinsons have sufficiently alleged that defendants’ conduct was the cause of their harm”³⁵, omdat “here, the Tomlinsons alleged that, but for defendants’ failure to diagnose Manny with DMD and inform them of his condition and their reproductive risks, they would not have produced another child suffering from [DMD].”³⁶

³⁰ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 671.

³¹ HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, noot VRANKEN (*Baby Kelly*).

³² R.P. WIJNE, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2013, 288.

³³ HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, noot VRANKEN (*Baby Kelly*), r.o. 4.2.

³⁴ K.J.O. JANSEN, “Onrechtmatige daad algemeen – Schadevergoeding” in J. HIJMA, H.J. SNIJDERS en P.C.J. DE TAVERNIER, “Overzicht van Nederlandse rechtspraak. Burgerlijk recht 2002-2006”, *TPR* 2008, 835.

³⁵ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 677.

³⁶ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 677.

Ik wijs de studenten erop dat soms wordt aangevoerd dat niet aan het vereiste van oorzakelijk verband is voldaan, omdat – zo wordt geredeneerd – het niet de fout van de zorgverlener is die de handicap van het kind heeft veroorzaakt, maar dat er sprake is van een aangeboren aandoening. Zo besliste in de zaak *Baby Kelly* de Rechtbank 's-Gravenhage in zijn vonnis van 2 februari 2000³⁷, weliswaar in het raam van de morele schadevergoeding van Kelly in het raam van de wrongful life-vordering, in r.o. 6.6: “Nu het kind haar vordering baseert op geestelijk letsel (...) strandt haar vordering omdat de aantasting als persoon niet als gevolg van de verloskundige redelijkerwijze aan haar kan worden toegerekend. Het kind is immers niet gehandicapt als gevolg van de fout van de verloskundige, want haar chromosomale afwijking bestond al, maar zij is als gevolg van die fout enkel geboren. Derhalve ontbreekt er (verder) causaal verband tussen het gestelde geestelijk letsel en de fout van de verloskundige”. Deze opvatting dient echter bestreden te worden. Immers, het oorzakelijk verband bestaat erin dat de schade zonder de fout van de zorgverlener niet zou hebben bestaan, omdat de afwijking dan eerder aan het licht zou zijn gekomen en de ouders in dat geval voor abortus zouden hebben gekozen. Op grond van de zogenaamde *condicio-sine-qua-non*-test wordt dan duidelijk dat de fout van de behandelende verloskundige een zekere oorzaak is van de schade.³⁸ Daarbij wordt geen verder onderscheid gemaakt. Volgens de equivalententieleer is elk feit dat heeft bijgedragen tot de schade en zonder dewelke de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich *in concreto* voordeed, te beschouwen als een oorzaak.³⁹

Nog in het raam van het causaliteitsvraagstuk wijs ik erop dat de zorgvers-trekker soms aanvoert dat het oorzakelijk verband onzeker is, omdat nooit met volle zekerheid kan worden vastgesteld dat de ouders, zonder de fout, tot abortus zouden hebben besloten. Ten aanzien van dit verweer wordt evenwel, bijvoorbeeld in de Belgische jurisprudentie, aanvaard dat alleen *gerechtelijke zekerheid* is vereist, dat wil zeggen “een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid, zodat de rechter niet meer ernstig aan het tegendeel hoeft te denken, hoewel dit theoretisch mogelijk blijft.”⁴⁰ Voorts rijst de vraag of in geval van causaliteitsonzekerheid, aldus VAN DE SYPE in haar noot onder het arrest van het Hof van Cassatie van 14 november 2014, “de theorie betreffende het verlies van een kans hier een uit-

³⁷ Rb. 's-Gravenhage 2 februari 2000, VR 2000, 155. Zie daarover bv. A. HUYGENS, “Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan”, *T.Gez.* 2011-12, 220.

³⁸ A. HUYGENS, *ibid.*, met verwijzing naar Y.-H. LELEU, “Le droit à la libre disposition du corps à l’épreuve de la jurisprudence ‘Perruche’”, *RGAR* 2002, 13466, nr. 20.

³⁹ Zie N. VAN DE SYPE, “Geen vergoeding voor *wrongful life*” (noot onder Cass. 14 november 2014), *RW* 2014-15, 1619, met verwijzing naar J. TER HEERDT, “‘Wrongful life’ en ‘Wrongful birth’ een ‘never ending story’: twee arresten die de controverse rond vorderingen tot schadevergoeding voor de geboorte van een ongewenst of gehandicapt kind weer volop in de schijnwerper plaatsen”, *T.Gez.* 2001-02, 252-253.

⁴⁰ A. HUYGENS, “Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan”, *l.c.*, 220; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia 2009, 61, nr. 69 *et seq.*

weg biedt.”⁴¹ Want, aldus VAN DE SYPE, in de Belgische rechtspraak en jurisprudentie “wordt niet langer betwijfeld dat het verlies van een kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel vergoedbare schade uitmaakt (...). De vergoeding waarop een dergelijk verlies recht geeft, is een percentage van de werkelijk geleden schade, overeenstemmend met de graad van waarschijnlijkheid dat het risico zich niet had voltrokken.”⁴² Over de toepassing van de leer van het verlies van het kans bestaat er in het raam van wrongful birth en wrongful life-claims evenwel geen eensgezindheid.⁴³

In de derde plaats behandelt de Court of Appeals het door verweerders aangevoerde vereiste van een wettelijk beschermd belang (*legally protected interest*) van de ouders. In antwoord op de stelling van verweerders dat er bij afwezigheid van een lichamelijk letsel (*any physical injury*) van een dergelijk wettelijk beschermd belang geen sprake kan zijn, onder verwijzing naar de uitspraak van de Supreme Court van Oregon inzake *Hammond v. Central Lane Communication Center*⁴⁴, vraagt de Court of Appeals zich allereerst af “whether (1) the Tomlinsons have adequately pleaded the infringement of a distinct ‘legally protected interest’ and (2) if they have, whether that interest is ‘of sufficient importance as a matter of public policy to merit protection from emotional impact’.”⁴⁵

Het hof beantwoordt beide vragen bevestigend. In de eerste plaats hebben de ouders Tomlinson voldoende bewijs geleverd van “the existence of a relationship of reliance between defendants and the Tomlinsons that gave rise to a duty to avoid infringing on the Tomlinsons’ interest in making reproductive choices. In other words, the interest in making informed reproductive decisions is a ‘legally protected interest’ under the limited circumstances alleged here.”⁴⁶ Het hof verwijst daarbij naar de Minnesota Supreme Court, dat in *Molloy v. Meier*⁴⁷ oordeelde dat “genetic testing and diagnosis does not affect only the patient. Both the patient and her family can benefit from accurate testing and diagnosis. And conversely, both the patient and her family can be harmed by negligent testing and diagnosis.”⁴⁸

De vraag of het belang van de ouders dat is aangetast voldoende is om, in het licht van de openbare orde (*public policy*), aanleiding te geven tot het vergoeden van de door hen geleden emotionele schade, beantwoordt het hof bevestigend: “The Tomlinsons have alleged the invasion of a legally protected interest that is ‘of sufficient interest as a matter of public policy to merit protection from emotio-

⁴¹ Vgl. P.C.J. DE TAVERNIER, “Over het bewijs van causaal verband met betrekking tot de geïnformeerde toestemming bij medische behandelingen”, *MvV* 2010/5, 139-146.

⁴² N. VAN DE SYPE, ‘Geen vergoeding voor wrongful life’, *l.c.*, 1619.

⁴³ N. VAN DE SYPE, *ibid.* en de verwijzingen aldaar.

⁴⁴ *Hammond v. Central Lane Communications*, 312 Or, 17, 23, 816 P2d 593 (1991).

⁴⁵ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 682.

⁴⁶ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 684.

⁴⁷ *Molloy v. Meier*, 679 NW2d 711 (Minn 2004).

⁴⁸ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 685.

nal impact”⁴⁹, daaraan toevoegend dat de claim van de ouders niet alleen *purely economic loss* inhoudt.⁵⁰

Uitgaande van de hierboven weergegeven rechtsoverwegingen van de Court of Appeals besluit ik, aansluitend bij de daarin vermelde kwestie van de ‘*protection from emotional impact*’, voor mijn hoorcollege aandacht te besteden aan de vraag *in welke mate* de ouders een vergoeding kunnen vorderen voor de door hen geleden schade. Ik ga daarbij kort in op de vraag naar de vergoeding van drie schadeposten: 1) de bijzondere kosten die voortvloeien uit de aandoening van het kind (bv. de medische kosten, de verplaatsings- en administratiekosten en de kosten ten gevolge van de hulp van derden)⁵¹, 2) de gewone opvoedings- en onderhoudskosten voor het minderjarige kind en 3) de immateriële (of: morele) schade van de ouders.⁵² Ik stel mijn studenten voor om deze schadeposten even kort in rechtsvergelijkend perspectief te plaatsen, overeenkomstig het opzet van mijn *Privatissimum*.

Wat de *bijzondere* materiële schade van de ouders betreft, dat wil zeggen deze die samenhangt met de handicap van het kind, is het interessant te wijzen op de bijzondere positie die het Franse recht op dat punt inneemt. In Frankrijk heeft de *Loi Anti-Perruche* uit 2002⁵³, waarmee een einde werd gemaakt aan de wrongful life-jurisprudentie van de Cour de Cassation zoals die bestond sinds het befaamde *Perruche*-arrest⁵⁴, de bestaande mogelijkheden tot toewijzing van een wrongful birth-vordering stevig ingeperkt. In de voormelde wet lezen we namelijk:

“Lorsque la responsabilité d’un professionnel ou d’un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d’un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d’une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l’enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.”

Het gevolg van deze wettelijke bepaling is dat ouders van wie de geboorte van hun gehandicapt kind te wijten is aan een fout van de zorgverlener, niet langer een wrongful birth-claim kunnen indienen met betrekking tot de materiële schade die voortvloeit uit de handicap van hun kind. Hiervoor moeten de ouders een

⁴⁹ *Ibid.*, p. 686.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 687.

⁵¹ Wat de eerste schadepost betreft, moet wel rekening worden gehouden met de voordelen die het kind zijn ouders biedt. Zie over deze toepassing van de leer van de voordeelstoerekening E. DE KEZEL, “Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken”, *NJW* 2004, 550.

⁵² Zie over de verschillende schadeposten in verband met wrongful birth: E. DE KEZEL, *ibid.*, 550.

⁵³ Cass. fr. ass. plén. 17 november 2000, *JCP* 2000, II, 10438, p. 2293, noot CHABAS.

⁵⁴ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO* 5 mars 2002, 4118, gewijzigd door loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l’égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, *JO* 12 février 2005, 2353.

beroep doen op een fonds.⁵⁵ VAN BEERS heeft hierover terecht kritische bedenkingen geformuleerd: “De belangenorganisaties van gehandicapten die eerst publiekelijk actie hadden gevoerd voor de Loi Anti-Perruche, verenigden zich dan ook later opnieuw om de wet zo snel mogelijk geschrapt te zien. Zo wordt op pijnlijke manier duidelijk hoe een wet die de menselijke waardigheid van de gehandicapte hoog in het vaandel voert, resulteert in de veronachtzaming van de financiële belangen van de ouders van diezelfde gehandicapten.”⁵⁶ VINEY, JOURDAIN en CARVAL, van Franse zijde, vragen zich dan weer af of de wet niet “déroge ouvertement au principe de la réparation intégrale”.⁵⁷

Tegen de vergoeding van de *gewone* opvoedingskosten en de kosten van levensonderhoud voor het minderjarige kind wordt vaak ingeroepen dat de ouders hun kind initieel hebben gewenst en dus bereid waren deze kosten ten behoeve van het kind te dragen. Deze opvatting vinden we bijvoorbeeld terug in de Engelse jurisprudentie.⁵⁸ Voorts kan men zich afvragen, en ik doe dit even naar Belgisch recht, of de ouders wel aanspraak kunnen maken op een vergoeding voor de verdere opvoeding van het kind. Immers, artikel 203 van het Belgische Burgerlijk Wetboek verplicht hen te voorzien in – onder meer – de opvoeding en het levensonderhoud van hun kind.⁵⁹ Daarom zou de zorgverstrekker die een foutieve diagnose heeft gesteld, enkel moeten instaan voor de kosten die gemaakt worden tijdens de zwangerschap en de geboorte.⁶⁰ Het Belgische Hof van Cassatie heeft deze visie echter afgewezen. De wettelijke onderhoudsplicht die op de ouders rust, mag niet tot gevolg hebben dat zij geen vergoeding zouden kunnen vorderen wanneer schade werd aangericht door een derde.⁶¹ Ten slotte kan men zich nog de vraag stellen of op de zwangere vrouw geen verplichting rust om haar schade

⁵⁵ B.C. VAN BEERS, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, 308.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ G. VINEY, P. JOURDAIN m.m.v. S. CARVAL, *Traite de droit civil. Les conditions de la responsabilité civile*, Parijs, LGDJ, 2013, 39.

⁵⁸ *McFarlane v. Tayside Health Board* [1999] 4 All ER 963. Zie daarover bv. C.C. VAN DAM, *European Tort Law*, Second Edition, Oxford, University Press, 2013, 197.

⁵⁹ Art. 203, § 1 BW: “De ouders dienen naar evenredigheid van hun middelen te zorgen voor de huisvesting, het levensonderhoud, de gezondheid, het toezicht, de opvoeding, de opleiding en de ontplooiing van hun kinderen. Indien de opleiding niet voltooid is, loopt de verplichting door na de meerderjarigheid van het kind.” Zie over dit argument, naar Nederlands recht, B.C. VAN BEERS, *o.c.*, 297, met verwijzing naar een arrest van het Hof Leeuwarden van 27 september 1995: “Waar het dragen van de kosten van verzorging en opvoeding door de ouders voortvloeit uit een natuurlijke en door de wet erkende plicht van ouders om hun kinderen te verzorgen en op te voeden, vormen de kosten van verzorging en opvoeding niet zonder meer rechtens voor vergoeding in aanmerking komende schade in de zin van het vermogensrecht.”

⁶⁰ M. DILLEN en F. DEWALLENS, “Wrongful life made in Belgium. Geboren worden kan uw gezondheid schaden”, *l.c.*, 192, met verwijzing naar Luik 10 mei 2001, *T.Gez.* 2001-02, 247, noot J. TER HEERDT.

⁶¹ Cass. 29 februari 2001, *Arr.Cass.* 2001, 324. Zie daarover M. DILLEN en F. DEWALLENS, *ibid.*; E. DE KEZEL, “Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken”, *l.c.*, 549.

zoveel mogelijk te beperken. In het raam van wrongful birth rijst de vraag of de ouders desgevallend voor adoptie zouden moeten kiezen. In dit verband wijs ik de studenten op een arrest van het hof van beroep te Gent van 3 november 2011.⁶² Daarin besliste het hof dat de wrongful birth-vordering gegrond was en dat de morele en materiële schade van de ouders het verlies van een kans omvatte om de geboorte van het gehandicapte kind te voorkomen. De verloskundige voerde aan dat de ouders de schade hadden kunnen beperken door het kind af te staan voor adoptie. Het hof antwoordde hierop dat een dergelijke maatregel in redelijkheid niet van de ouders kan worden verwacht. Daarbij moet rekening worden gehouden met de emotionele band tussen de ouders en het kind.⁶³

Met betrekking tot de vraag of de ouders recht hebben op vergoeding van de *volledige* kosten van opvoeding en verzorging van hun gehandicapte kind, of slechts op vergoeding van de kosten die met de handicap samenhangen, heeft de Hoge Raad zich in *Baby Kelly* in r.o. 4.6 duidelijk uitgesproken: “Vaststaat (...) dat de ouders zowel hun dochter Kelly als zichzelf de ernstige handicaps waarmee Kelly vanaf de conceptie was behept, hadden willen besparen, en daarom Kelly voor haar bestaan hadden willen behoeden. Door de geboorte van Kelly is het door de geldende rechtsorde gewaarborgde recht van de ouders in dit opzicht hun leven naar eigen inzicht in te richten, dus doorkruist. De feitelijke gevolgen daarvan zijn onherroepelijk, maar dit neemt niet weg dat economisch gezien de ouders, juist omdat zij die gevolgen (het bestaan van Kelly) aanvaarden, zoveel mogelijk – in de vorm van schadevergoeding – in de positie moeten worden gebracht waarin zij zonder de fout zouden zijn geweest, dus in de positie waarin zij geen kosten voor opvoeding en verzorging van Kelly hadden hoeven maken.”⁶⁴ De Hoge Raad verwijst hieromtrent naar zijn arrest van 21 februari 1997 inzake wrongful birth.⁶⁵

Nog enkele woorden over de *immateriële* schade van de ouders. Daarover heeft de Hoge Raad in *Baby Kelly* niet de dagelijkse zware lasten die de verzorging van een gehandicapt kind met zich meebrengt, als schade bedacht, maar wel de doorkruising, door de fout van de verloskundige, van het fundamentele recht op zelfbeschikking dat aan beide ouders toekomt.⁶⁶ Die benadering treft men ook in

⁶² Gent 3 november 2011, RGAR 2013, nr. 14943, noot D. DE CALLATAY. Zie over dat arrest o.m. L.M. KEIRSE en B. WEYTS, “Schadebeperkingsplicht in rechtsvergelijkend perspectief”, *TBBR* 2016/2, 65 en A. HUYGENS, “Zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan”, *T.Gez.* 2011-12, 212 *et seq.*

⁶³ Zie L.M. KEIRSE en B. WEYTS, *ibid.*

⁶⁴ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, noot VRANKEN (*Baby Kelly*), r.o. 4.6.

⁶⁵ HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, noot BRUNNER (*Wrongful birth I*).

⁶⁶ R 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, noot VRANKEN (*Baby Kelly*), r.o. 4.8 en 4.9. Aangaande het recht van de moeder op smartengeld overweegt de Hoge Raad in r.o. 4.8 dat de handelwijze van de verloskundige een inbreuk op haar keuzerecht omtrent abortus oplevert, en daarmee een aantasting van haar persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 sub b BW, zodat de moeder in verband daarmee recht heeft op smartengeld. Voor de vader geldt, aldus de Hoge Raad in r.o. 4.9, in wezen hetzelfde, voor zover diens vordering erop berust dat hem de mogelijkheid is ontnomen om samen met de moeder te kiezen voor het voorkomen van de geboorte van een ernstig

het *Tomlinson*-arrest van de Court of Appeals of the State of Oregon aan: “Moreover, there can be little doubt that informing parents of their child’s genetic condition so that they can make informed reproductive decisions is an obligation imposed to avoid the severe emotional distress that is the direct consequence of its infringement.”⁶⁷ Ook naar Frans recht kunnen de ouders een wrongful birth-claim indienen met betrekking tot de door hen geleden morele schade ten gevolge van de handicap van hun kind. Die schade valt niet onder de *Loi Anti-Per-ruche*, aangezien die wet alleen de bijzondere kosten die voortvloeien uit de handicap van het kind (*les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l’enfant, de ce handicap*) van vergoeding uitsluit. De morele schade van de ouders valt daar niet onder. Of zoals VINEY, JOURDAIN en CARVAL het gevat formuleren: “Seul le préjudice moral sera certainement réparable”.⁶⁸

Ik ga nu over tot de bespreking van de wrongful life-vordering van Teddy Tomlinson. De Court of Appeals of the State of Oregon vertrekt van de uitspraak van de *trial court*, die van oordeel was dat Teddy’s wrongful life-claim moest worden afgewezen, omdat “there is no yardstick by which to measure his damages” en “that the viability of such claims is better left to policy-makers than to judges and juries”.⁶⁹ Het hof gaat daarin mee: “Under established negligence principles in Oregon, Teddy’s allegations are insufficient to state a cognizable negligence claim because he has failed to plead that he suffered legally relevant damages.”⁷⁰ Het hof verwijst daarbij naar de relevante rechtspraak van Oregon met betrekking tot het vereiste van rechtens kenbare schade (*legally cognizable damage*) inzake vorderingen op grond van *negligence*.⁷¹ Volgens het hof gaat Teddy ervan uit dat, zonder de onzorgvuldigheid van de ziekenhuizen met betrekking tot de diagnose van de aandoening van Manny, hij nooit zou geboren zijn. Dit betekent dat Teddy aanvoert dat “injury is life itself”.⁷² Niettegenstaande Teddy’s afwijzing van deze kwalificatie – hij meent dat “his injury is ‘not life itself’ but rather ‘the impairment that accompanies the life as a result of the defendant’s conduct’”⁷³ –

gehandicapt kind (K.J.O. JANSEN, “Onrechtmatige daad algemeen – Schadevergoeding”, *l.c.*, 836.

⁶⁷ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 686.

⁶⁸ G. VINEY, P. JOURDAIN, m.m.v. S. CARVAL, *o.c.*, 39, met verwijzing naar relevante rechtspraak. Zie hierover ook C.C. VAN DAM, *o.c.*, 196.

⁶⁹ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 687.

⁷⁰ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 687-688, met verwijzing naar de Amerikaanse Staten waar wrongful life-vorderingen zijn aangenomen dan wel afgewezen. In de volgende Staten zijn wrongful life-vorderingen toegelaten: New Jersey: *Procanik v. Cillo*, 97 NJ 339, 478, A2d 755 (1984); voor Washington: *Harbeson v. Parke-Davis, Inc.*, 98 Wash 2d 460, 656 P2d 483 (1983); voor California: *Turpin v. Sortini*, 31 Cal 3d 220, 643 P2d 954 (1982). Voor een overzicht van de Staten waar wrongful life-claims zijn verworpen, zie *Lininger By and Through Lininger v. Eisenbaum*, 764 P2d 1202 (Colo 1988).

⁷¹ *Towe v. Sacagawea, Inc.*, 357 Or 74, 86, 347 P3d 766 (2015); *Brennen v. City of Eugene*, 285 Or 401, 405, 591 P2d 719 (1979).

⁷² *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 688.

⁷³ *Ibid.*

houdt het hof voet bij stuk. Teddy slaagt er niet in te voldoen aan het vereiste van schade: “Teddy failed to allege legally cognizable damages.”⁷⁴ Onder verwijzing naar *Berman v. Allan*⁷⁵ wordt die schade “computed by comparing the condition plaintiff would have been in, had the defendants not been negligent, with plaintiff’s impaired condition as a result of the negligence.”⁷⁶ Met andere woorden: hoe zou de toestand van Teddy zijn geweest zonder de fout van de ziekenhuizen? Om die vraag te beantwoorden, aldus de Court of Appeals of the State of Oregon, “a trier of fact would be required to compare the value of nonexistence – the state that Teddy would have been but for defendants’ alleged negligence – and the value of his life with DMD.”⁷⁷ Die vergelijking is volgens het hof onmogelijk te maken: “Simply put, as a matter of law, that comparison is impossible to make.”⁷⁸ Om die reden wijst het hof de wrongful life-vordering van Teddy af.

Op dezelfde grond als in het *Tomlinson*-arrest heeft ook het Belgische Hof van Cassatie de wrongful life-vordering verworpen. In zijn arrest van 14 november 2014 oordeelde het Hof in voltallige zitting “dat ieder die door zijn foutieve daad, nalatigheid of onzorgvuldigheid aan een ander schade veroorzaakt, krachtens de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek verplicht is deze schade te vergoeden. De rechter oordeelt onaantastbaar in feite over het bestaan van de schade. Het staat evenwel aan het Hof om na te gaan of hij uit zijn vaststellingen, wettig heeft afgeleid dat schade bestaat. Volgens het Hof bestaat geen vergoedbare schade in de zin van de voormelde wetsbepalingen wanneer *een vergelijking moet worden gemaakt tussen de toestand van een gehandicapt bestaan van een persoon en zijn niet-bestaan*.”⁷⁹ (eigen cursivering)

Het Hof van Cassatie gaat uit van de klassieke definitie van schade als het negatieve verschil tussen twee toestanden: de actuele toestand waarin het slachtoffer zich bevindt nadat het schadeverwekkende feit zich heeft voorgedaan en de (hypothetische) toestand waarin het slachtoffer zich zou hebben bevonden indien het schadeverwekkende feit zich niet had voorgedaan.⁸⁰ Bij wrongful life-vorderingen impliceert de toepassing van deze regel dat het gehandicapte leven van het kind moet worden vergeleken met zijn niet-bestaan. Aangezien niemand weet hoe

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Berman v. Allan*, 80 NJ 421, 404 A.2d 8 (1979).

⁷⁶ *Tomlinson v. Metropolitan and Legacy*, p. 689.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Cass 14 november 2014, *Arr.Cass.* 2014, 2597, concl. A. VAN INGELGEM, *Juristenkrant* 2014, afl. 299, 1, *JT* 2015, afl. 6595, 221, noot B. DUBUISSON, *JLMB* 2015, afl. 6, 264, noot G. GENICOT, *JLMB* 2015, afl. 6, 264, noot Y. LELEU, *Pas.* 2014, 2539, *Pas.* 2014, 2541, *RW* 2014-15 (samenvatting), 519, *RW* 2014-15, 1611, concl. A. VAN INGELGEM, noot N. VAN DE SYPE, *T.Gez.* 2014-15, afl. 3, 186, noot A. HUYGENS. Voor een samenvatting van dit arrest, zie M. REGOUT, M. TIMPERMAN, A. MEULDER en F. PARREIN, Hof van Cassatie van België. Jaarverslag 2014, 23, te raadplegen via <https://justitie.belgium.be/sites/default/files/downloads/Jaarverslag%20Hof%20van%20Cassatie%202014%20.pdf>.

⁸⁰ Zie hierover T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *o.c.*, 633, nr. 1011.

het niet-bestaan aanvoelt, kan niet worden bepaald of het gehandicapt leven een nadeel (en dus schade) dan wel een voordeel uitmaakt.⁸¹

Wegens de onmogelijkheid om bij de beoordeling van het schadevereiste een vergelijking te maken tussen de waarde van het leven en de waarde van niet-leven, zijn tal van oplossingen aangevoerd om een wrongful life-vordering toch gegrond te verklaren. Gelet op de tijd die mij voor het hoorcollege nog rest, leg ik de studenten – rechtsvergelijkend – twee alternatieven voor. *In de eerste plaats* is voorgesteld om, zoals Advocaat-generaal VAN INGELGEM in zijn conclusie voor het arrest van het Hof van Cassatie van 14 november 2014 schrijft, “los te komen van het traditionele denkschema en de rechter toe te laten abstractie te maken van bepaalde particuliere aspecten van de benadeelde door de schade ten gevolge van het leven met de handicap op objectieve wijze vast te stellen.” Dit is mogelijk, door de wrongful life-vordering als volgt te formuleren: “Het gehandicapte kind zegt immers niet dat het liever niet geboren had willen worden; het stelt gewoon: mijn moeder had mij dit leven willen besparen en de nadelige gevolgen van het leven met de handicap wil ik daarom vergoed zien.”⁸² Het is in dit raam opnieuw interessant te verwijzen naar *Baby Kelly*: heeft ook de Hoge Raad de schade van het gehandicapte kind door middel van een abstracte schadebegrotingsregel vastgesteld? Daar lijkt het op. Van de zijde van de verloskundige en het ziekenhuis was weliswaar betoogd dat de schade van Kelly onmogelijk kon worden vastgesteld, omdat daartoe een vergelijking moest worden gemaakt tussen het bestaan van Kelly in haar huidige toestand en haar niet-bestaan. De Hoge Raad zag hierin echter geen beletsel voor toekenning van Kelly’s vordering. Immers, “de rechter dient (...) ingevolge art. 6:97 BW⁸³ de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. In een geval als het onderhavige brengt de aard van de schade mee dat alle kosten die worden gemaakt voor opvoeding en verzorging van Kelly en ter bestrijding van de gevolgen van haar handicaps, in hun geheel voor vergoeding in aanmerking komen. Alleen op deze wijze kan immers een vergoeding worden gegeven voor de gevolgen van de gemaakte fout.”⁸⁴ *In de tweede plaats* wijs ik op de idee van de Belgische rechtsfilosoof PIRET, die, in het voetspoor van zijn Amerikaanse collega FEINBERG, meent “dat het in

⁸¹ N. VAN DE SYPE, “Geen vergoeding voor wrongful life”, *l.c.*, 1620, met verwijzing naar S.C.J.J. KORTMANN en B.C.J. HAMEL (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer, Kluwer, 2004, 17 en J.-M. PIRET, “‘Wrongful life’ en de zaak Rukiyé”, *l.c.*, 357-360.

⁸² E. DIRIX, “De schade van het gehandicapt geboren kind”, *l.c.*, 211, met verwijzing naar H.C.F. SCHOORDIJK, “Wrongful life mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief”, *l.c.*, 215. Zie hierover A. VAN INGELGEM, concl. voor Cass. 14 november 2014, *l.c.*, 1625, met verwijzing naar Y.-H. LELEU, ‘Le droit à la libre disposition du corps à l’épreuve de la jurisprudence ‘Perruche’, *RGAR* 2002, nr. 13466, p. 3-4.

⁸³ Art. 6:97 BW: “De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.”

⁸⁴ Op dit punt wijkt de Hoge Raad af van de conclusie van PG HARTKAMP, die had geoordeeld dat uitsluitend de schade die in verband stond met de handicap van Kelly, voor vergoeding in aanmerking kwam, en dus niet de volledige kosten van opvoeding en verzorging.

welbepaalde gevallen wel mogelijk is om het leven zelf als schade op te vatten en in naam van het kind een rationele preferentie uit te spreken dat het ‘beter nooit geboren was’. Daarbij dient als maatstaf voor de vergelijking, ter bepaling van de schade, de minimale drempel van levenskwaliteit. “Het gaat dus”, aldus PIRET, “niet om het oordeel dat het leven van de gehandicapte niet waard is geleefd te worden, maar om de redenering dat dit leven onder die condities *contrary to fact* beter nooit begonnen was”.⁸⁵

Ik sluit mijn hoorcollege af, *kort* zoals ik eerder al aankondigde, met een rechtspolitieke en een rechtsfilosofische overweging.

Een belangrijk *rechtspolitiek* discussiepunt met betrekking tot de wrongful life-vorderingen betreft de vraag hoe ver de rechtsvormende taak van de rechter reikt ten opzichte van die van de wetgever. Moet de wetgever de taak van de rechter niet corrigeren? Het antwoord op deze vraag is genuanceerd. “Niemand zal twijfelen aan het vanuit maatschappelijk oogpunt verantwoord karakter van de primauteit van het wettenrecht op de jurisprudentiële norm”, zo schrijft LELEU terecht.⁸⁶ Zeker wanneer een jurisprudentiële norm onenigheid veroorzaakt, zo vervolgt LELEU, “heeft de publieke opinie recht om een wens naar regulering te uiten (...) Bovendien komt het uitvaardigen van normen inzake het zelfbeschikkingsrecht of andere ethisch geladen materies in beginsel alleen aan de wetgever toe.”⁸⁷ Maar dan wel, en dit is de nuancering die ik met LELEU aanbreng, op voorwaarde dat het wetgevend werk, bijvoorbeeld met betrekking tot het wrongful life-vraagstuk, “niet gebrekkig verloopt”.⁸⁸ Indien opnieuw⁸⁹ een poging wordt ondernomen om wrongful life wettelijk te verankeren, dient men zich ernstig te hoeden “voor haastwerk en agressiviteit”.⁹⁰ Anders dreigen zich misschien toestanden voor te doen zoals in Frankrijk, waar kort na de invoering van de *Loi Anti-Perruche*, de verenigingen van ouders van gehandicapte kinderen die destijds tegen het arrest *Perruche* hadden gedemonstreerd, al kort na de invoering van de *Loi Anti-Perruche* voor de afschaffing ervan gingen pleiten, omdat “bepaalde hoven op grond van de onmiddellijke werking van de aansprakelijkheidsvrijstelling in hangende procedures in hoger beroep substantiële vergoedingen voor wrongful life hebben gereduceerd of hebben laten terugvorderen”.⁹¹

Rechtsfilosofisch blijft de vraag of wrongful life-vorderingen niet in strijd zijn met de menselijke waardigheid, omdat zij minstens de indruk wekken dat het gehandicapt geboren kind wordt aangemerkt als schadepost. Ik meen van niet.

⁸⁵ M. PIRET, “‘Wrongful life’ en de zaak Rukiyé”, *l.c.*, 358. Daarover kritisch N. VAN DE SYPE, “Geen vergoeding voor wrongful life”, *l.c.*, 1621.

⁸⁶ Y.-H. LELEU, “De redactie privaet. Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht”, *l.c.*, 1375.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Zie het ingediende wetsvoorstel van 7 oktober 2014 tot invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een artikel 1383*bis*, waarin wordt gepreciseerd dat iemands geboorte op zich niet als schade kan worden aangemerkt, *Parl.St. Doc. 54, 0398/001*.

⁹⁰ Y.-H. LELEU, “De redactie privaet. Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht”, *l.c.*, 1380.

⁹¹ *Ibid.*, p. 1376.

Men kan immers redeneren, zoals de Hoge Raad in *Baby Kelly*, dat het toekennen van een schadevergoeding aan het gehandicapte kind niet betekent dat diens leven minderwaardig is, maar dat die vergoeding als middel fungeert dat de zwaarte van het leven met een handicap kan verlichten en de kansen op een menswaardig leven kan ondersteunen.⁹² Men kan zich ook laten inspireren door het Zuid-Afrikaanse rechtssysteem, dat laat zien dat de aanwezigheid van een constitutionele rechter een inspirerende invloed kan hebben op ethisch geladen kwesties zoals wrongful life. Dit is gebleken uit de wijze waarop het Constitutioneel Hof van Zuid-Afrika in *H. v. Fetal Assessment Centre*⁹³ de kwestie heeft aangepakt. Daarin oordeelde het hof dat het vanuit het oogpunt van het belang van het kind wenselijk kan zijn dat een kind zelf een vordering kan instellen, zonder daarbij afhankelijk te zijn van de wrongful birth-vordering van de ouders.⁹⁴ Daarmee heeft het Constitutioneel Hof zich geenszins uitgesproken over de vraag of een wrongful life-claim mogelijk moet zijn, maar heeft het alleen geoordeeld dat de civiele rechter dat opnieuw moet beoordelen in het licht van de betrokken grondwettelijke waarden die in een andere zaak, *Stewart v. Botha*⁹⁵, waarin de wrongful life-claim niet was gehonoreerd, onvoldoende waren meegenomen. Zoals de waarde die besloten ligt in artikel 28 van de Zuid-Afrikaanse Grondwet: “*The best interests of the child in all matters involving the child.*”⁹⁶

⁹² HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, noot VRANKEN (*Baby Kelly*), r.o. 4.15.

⁹³ *H. v. Fetal Assessment Centre* [2014] ZACC 34, te raadplegen via www.saflii.org/za/cases/ZACC/2014/34.html.

⁹⁴ I. GIESEN, “Een constitutioneel Hof in Nederland? Zuid-Afrika en wrongful life als voorbeeld ...”, *l.c.*, 66.

⁹⁵ *Stewart and Another v. Botha and Another* [2008] ZASCA 84, 2008 (6) SA 310 (SCA), te raadplegen via www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2008/84.html.

⁹⁶ I. GIESEN, “Een constitutioneel Hof in Nederland? Zuid-Afrika en wrongful life als voorbeeld ...”, *l.c.*, 66.