

## Wrongful life<sup>1</sup>

*In deze aflevering van de rubriek VAN TWEE KANTEN geven twee Nijmeegse hoogleraren Burgerlijk recht hun visie op de mogelijkheid vergoeding van schade te vorderen voor leven*

### I. Toewijsbaarheid van de wrongful life-vordering is geen ontkenning van 'het zijn'

*Prof. mr. C.H. Sieburgh<sup>2</sup>*

Een kind wordt geboren met een chromosomale afwijking en is als gevolg daarvan zwaar gehandicapt. Zij vordert vergoeding van schade die is verbonden aan het eigen bestaan. Haar ouders hebben tijdens de zwangerschap advies gevraagd aan een verloskundige. Zij zagen daartoe aanleiding omdat zij een neef hebben die als gevolg van een chromosomale afwijking gehandicapt is. De verloskundige laat na een zorgvuldige familieanamnese af te nemen en (eventueel) overleg te plegen met een klinisch geneticus. Ze komt daardoor niet toe aan het geven van een advies om ten aanzien van deze chromosomale afwijking prenataal onderzoek te laten verrichten.

Zowel de ouders als het kind zelf stellen een vordering tot vergoeding van schade in. Het kind betoogt dat ze niet zou hebben bestaan bij afwezigheid van de fout van een derde, de verloskundige. Deze had moeten onderkennen dat het raadzaam was om prenatale diagnostiek te laten verrichten. Indien daaruit was gebleken dat het meisje de chromosomale afwijking had, zouden de ouders de zwangerschap vroegtijdig hebben laten afbreken.

Terwijl ten aanzien van de methoden die de ouders kunnen aanwenden om de conceptie of de geboorte van het kind te voorkomen geen breed gedragen maatschappelijke onrust bestaat, is deze wel aanwezig ten aanzien van de vraag of zij en/of hun kind rechtens waardeer-

bare schade lijden als gevolg van het niet of onjuist toepassen daarvan. Deze onrust blijkt uit diverse reacties van zowel niet-juristen als juristen. Daarbij wordt benadrukt dat ieder leven uniek is. De toewijsbaarheid van de vordering zou impliceren dat de menselijke waardigheid wordt aangetast en dat het kind recht heeft op het niet-bestaan<sup>3</sup>. Bovendien zou zij in de hand werken dat in de toekomst artsen en paramedici<sup>4</sup> snel aandringen op het laten onderbreken van de zwangerschap.

Het aanwenden van deze argumenten toont aan dat is nagelaten te onderzoeken op de schending van welke norm de vordering van het kind kan berusten. Uit de in onze samenleving aanvaarde uitgangspunten vloeit voort dat jegens het kind niet een plicht bestaat om het voor zijn bestaan te behoeden of om zijn bestaan te vermijden of te beëindigen. Een vordering gegrond op de stelling dat de arts jegens het kind de plicht had de zwangerschap te beëindigen, zal derhalve moeten worden afgewezen. Daarmee is echter niet gezegd dat iedere vordering van het kind die verband houdt met aan zijn bestaan gerelateerde schade principieel ontoewijsbaar is. Centraal staat of aan de wijze waarop de maatschappij is ingericht en aan het rechtssysteem dat daartoe is ontwikkeld, normen kunnen worden ontleend die jegens het kind in acht genomen moeten worden. Schending van zo'n norm kan aan de vergoeding van schade ten grondslag worden gelegd.

Ervan uitgaande dat mensen vrij zijn gebruik te maken of juist af te zien van bestaande legale methoden als orale anticonceptie, sterilisatie, prenatale diagnostiek en abortus, moeten de daaraan verbonden keerzijden mijns inziens op dezelfde wijze worden benaderd.<sup>5</sup> Evenals, indien gewenst, een oordeel moet worden gegeven wanneer als gevolg van een fout geen leven ontstaat c.q. een einde wordt gemaakt aan een menselijk leven, moet een standpunt bepaald worden als (mede) door een fout van een derde leven ontstaat of tot wasdom komt. De stelling dat het recht zich principieel afzijdig moet houden en niet mag reageren op de vordering, gaat dan ook niet op. De houding die het recht behoort aan te nemen, wordt immers bepaald door hetgeen in de maatschappij waarin het geldt, blijktens wetgeving en het daarop aansluitende gedrag legaal en/of aanvaard-

1. De auteurs hechten eraan op te merken dat de voor de vordering van het kind veel gebruikt term 'wrongful life-vordering' ten onrechte suggereert dat de geboorte en/of het leven van het kind verkeerd is.
2. Hoogleraar burgerlijk recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen. Deze bijdrage is een bewerking van 'Het zijn en het niet. De beoordeling in rechte van de gevolgen van een niet beoogde conceptie of geboorte', in: S.C.J.J. Kortmann & B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 65-92, waarin literatuurverwijzingen en bronnenmateriaal zijn opgenomen.
3. Zuiverder is om in dit verband te spreken van 'het niet' omdat het alternatief, 'het niet-bestaan', reeds een bestaan impliceert.
4. In het hiernavolgende dienen zowel verloskundige als arts te worden verstaan als hulpverlener in de zin van art. 7:446 BW.
5. Zie over de in de westerse democratie noodzakelijke neutraliteit van de staat (en daarmee van de rechter), Rawls, *A Theory of Justice*, 1999, p. 186-190.

baar wordt geacht.<sup>6</sup> Zou worden aangenomen dat recht ethischer kan zijn dan de samenleving waarbinnen het functioneert, dan is daarvan de consequentie dat gedragingen die in strijd zijn met in de maatschappij aanvaard gedrag en die daaruit onvermijdelijk voortvloeien, voor het recht niet controleerbaar zijn. Aldus blijft het recht achter bij de maatschappelijke werkelijkheid, hetgeen onwenselijk is.

Tegen deze achtergrond kan de reactie van het recht op de aanspraak van het kind op vergoeding van schade die verband houdt met zijn leven, niet zijn dat deze uit haar aard onethisch is. Het laten verrichten van prenataal onderzoek (ter constatering van de zwangerschap of ter constatering van een bepaalde (erfelijke) afwijking) is niet onethisch. Om dit (mede) in het vermeende belang van het kind te doen is niet onethisch. Dat het kind aan de reden voor het verzoek tot verrichting van prenatale diagnostiek en/of abortus een aanspraak ontleent op vergoeding van schade die aan zijn bestaan is verbonden, is derhalve niet om die reden reeds onethisch.

Het voorgaande houdt uiteraard niet in dat het recht moet geven wat wordt gevraagd. Dat een vordering tot vergoeding van schade niet principieel behoeft te worden afgewezen, betekent niet dat zij dus moet worden toegewezen.

Een vordering tot vergoeding van schade is slechts toewijsbaar indien daarvoor in het recht een rechtvaardiging aanwezig is. Voor het hier besproken geval betekent dit dat jegens het kind een norm moet zijn geschonden. Omdat een fout niet een absoluut gegeven is, maar steeds wordt vastgesteld tegen de achtergrond van de concrete verhouding tussen dader en benadeelde, moet worden nagegaan of jegens het kind foutief is gehandeld. Een gedraging die verkeerd is jegens de ouders van een kind is dat niet automatisch en om dezelfde reden jegens het kind zelf.

Ten aanzien van de grond waarop het kind een vordering tot vergoeding van schade kan stelen, wordt als belangrijkste bezwaar gezien dat het contract tussen de moeder en de arts, strekkende tot het verrichten van abortus of tot het verrichten van prenatale diagnostiek, uitsluitend is gericht op de bescherming van belangen van de moeder. Een kind heeft geen recht op eigen abortus of op een niet-gehandicapt bestaan. De arts met wie de moeder een contract heeft gesloten, kan geen betaling van het kind vorderen.

Voorzover het contract tussen arts en moeder strekt tot het afbreken van de zwangerschap, kan het kind daaraan dan ook niet ontleen dat deze overeenkomst jegens hem in dezelfde zin geldt. Dat neemt echter niet weg dat het contract tussen de ouders en de arts wel mede als doel kan hebben de bescherming van een bepaald door het kind in te roepen belang.

Wat betreft de grondslag voor de aanspraak van het kind bestaan de volgende mogelijkheden. 1. De arts sluit behalve met de moeder/de ouders een contract met het

kind.<sup>7</sup> Het kind wordt, vertegenwoordigd door de ouders, zelf contractspartij.<sup>8</sup> Veelal wordt daarbij verondersteld dat het contract met het kind dezelfde inhoud heeft als het contract met de moeder. Mogelijk is echter ook dat met het kind een contract met een eigen inhoud totstandkomt. 2. De arts sluit uitsluitend met de ouders een contract, maar sprake kan zijn van een derdenbeding ten behoeve van het kind. Indien het kind het ten behoeve van hem gemaakte beding aanvaardt, wordt hij contractspartij en kan hij zich jegens de arts op het beding beroepen.<sup>9</sup> Een variant hierop is dat het belang van het kind binnen het beschermingsbereik van de uit de overeenkomst tussen de derde en de moeder voortvloeiende contractuele norm valt.<sup>10</sup> 3. Het kind kan zich jegens de derde uitsluitend op onrechtmatige daad beroepen.<sup>11</sup>

Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zal de toepassing van de ene grond meer in de rede liggen dan van de andere. Het is daarom mijns inziens niet nodig en wenselijk om bij uitsluiting van andere mogelijkheden te kiezen voor een van deze theorieën. In een geval waarin met de ouder(s) van het kind niet een contract is gesloten, zal in het algemeen evenmin gesproken kunnen worden van een met het kind zelf gesloten overeenkomst. Zijn vordering moet dan berusten op een onrechtmatige daad. Overigens zullen een vordering uit onrechtmatige daad en die uit contract wat betreft de daaraan ten grondslag gelegde normschending niet wezenlijk uiteenlopen.

Zoals reeds betoogd zijn de rechten en verplichtingen van de derde jegens de moeder resp. het kind, niet gelijklopend.<sup>12</sup> Wel geldt het contract tussen de arts en de moeder als uitgangspunt bij het vaststellen van de zorgplicht van de arts jegens het kind. Als de moeder geen abortus wilde, zal het kind niet kunnen betogen dat de arts het (mede) op zijn belang gerichte keuze-recht van zijn moeder heeft doorgekruist door ten onrechte niet een abortus te verrichten.

Hiervan uitgaande is de benadering op grond waarvan tussen derde en moeder resp. derde en kind dezelfde overeenkomst totstandkomt, niet verkieslijk. Om het kind wel de voordelen van de contractuele weg te doen toekomen (zoals de ruimere aansprakelijkheid voor hulppersonen), kan uit de strekking van de overeenkomst tussen de derde en de moeder worden afgeleid dat, eventueel stilzwijgend, een derdenbeding ten behoeve van het kind is overeengekomen. Dit derdenbeding is niet gelijk aan het contract tussen de derde en

6. Wiarda, bewerkt door Koopmans, *Drie typen van rechtsvinding*, 1999, p. 31.

7. Dirix, *TBBR* 2002, p. 210 die niet uitwerkt welke inhoud het contract tussen arts en kind heeft.

8. Schoordijk, *NTBR* 2001, p. 216.

9. Asser/Hartkamp 4-II (2001), nr. 383, 416-433.

10. Deze constructie wordt in Duitsland gebruikt. Vgl. Deutsch, 'Anmerkung zu BGH 18.1.983', *JZ* 1983, p. 451 onder 4.

11. Zie over de diverse mogelijkheden Du Perron, *Overeenkomst en derden*, 1999, p. 251-305.

12. Het verlies van een kans door de moeder, dat in Frankrijk als grond voor de aansprakelijkheid jegens het kind is aanvaard, is mijns inziens dan ook niet een juiste grond voor de aansprakelijkheid jegens het kind.

de moeder. Het kind ontleent daaraan dan ook niet dezelfde rechten als zijn moeder terwijl op hem evenmin dezelfde verplichtingen rusten. Dit sluit aan bij de gedachte dat een kind niet het recht heeft op zijn eigen abortus of op niet-gehandicapt zijn. Hiermee vergelijkbaar is de mogelijkheid om zonder derdenbeding aan te nemen dat de overeenkomst onder de concrete omstandigheden van het geval naar haar aard mede strekt ter bescherming van bepaalde belangen van het kind.

De kern van het probleem is derhalve of de derde jegens het kind een verplichting heeft geschonden die voortvloeit uit het contract dat met de moeder is gesloten. Deze verplichting bestaat indien de derde het belang van het kind waarvoor het met behulp van een schadevergoedingsvordering bescherming vraagt, in aanmerking moest nemen toen hij zich jegens de ouder(s) van het kind foutief gedroeg. Of dit zo is, hangt in de eerste plaats af van hetgeen de ouders en de arts zijn overeengekomen en voorts – tegen de achtergrond van de relatie tussen benadeelde en dader – van de aard van het belang, de voorzienbaarheid en de omvang van de schade aan dat belang, de ernst van de wanprestatie, het jegens de derde opgewekte vertrouwen, de hoedanigheid van de dader en de derde en de bezwaarlijkheid van de zorgplicht.<sup>13</sup>

Als een gehandicapt kind wordt geboren van wie de ouders betogen dat het niet geboren zou zijn als zij juist waren voorgelicht over de kansen op de aanwezigheid van een aangeboren afwijking en/of als op dit kenbare verhoogde risico met prenatale diagnostiek was gereageerd, geldt het volgende. De arts heeft jegens de ouders een contractuele norm geschonden. Gezien het verzoek tot prenatale diagnostiek dat de ouders zouden hebben gedaan en de daarvoor opgegeven redenen, is aannemelijk dat zij de zwangerschap vroegtijdig zouden hebben laten onderbreken mede in het vermeende belang van het kind dat zij een moeilijk en zwaar leven wilden besparen. In de situatie waarin het kind desalniettemin geboren wordt en het vergoeding van schade vordert, zal opnieuw gekeken moeten worden naar het concrete door de ouders gesloten contract.

Van belang is te zien dat in dit stadium het afbreken van de zwangerschap (mede als gevolg van de fout van de arts) een inmiddels gepasseerd station is. Gegeven is dat het kind bestaat en gehandicapt is. Dit confronteert ons met het feit dat de handicap slechts afwezig zou zijn geweest als het kind niet had bestaan. Het kind heeft geen recht op zijn eigen niet-bestaan en kan derhalve niet vorderen dat hij niet had moeten bestaan. Maar betekent deze onmogelijkheid nu werkelijk dat de arts geen zorgplicht jegens het kind had en/of op de schending daarvan niet kan worden aangesproken?

Omdat de plicht jegens het kind een andere is dan de plicht jegens de moeder, is de situatie waarin het kind verkeerd zou hebben zonder de fout van de arts een

andere dan die waarin de moeder zou hebben verkeerd zonder de fout van de arts. Zoals gezegd, geldt ten aanzien van het kind het gegeven dat de jegens zijn ouders geldende gedragsnorm is geschonden en dat hij bestaat. De voor de arts geldende gedragsnorm jegens het kind moet tegen deze achtergrond worden vastgesteld. Als de arts de aldus vastgestelde norm niet had geschonden door het concrete belang van het kind in aanmerking te nemen, zou het kind bestaan hebben zonder aantasting van het door deze norm beschermde belang. Onder deze fictie is ook van een impliciete plicht tot het verrichten van abortus van de arts jegens het kind geen sprake.

Mijns inziens is de overeenkomst aldus te verstaan dat onder haar beschermingsbereik valt het belang van de ouders om op grond van goede informatie te kunnen beslissen over het vroegtijdig beëindigen van de zwangerschap en in verband daarmee het belang van het kind om zonder handicap geboren te worden. Indien het kind met het instellen van een vordering tot schadevergoeding bescherming vraagt van dit belang, kan deze vordering op grond van de overeenkomst worden toegewezen. Deze oplossing wordt bereikt ofwel door aan de strekking van de overeenkomst te ontleenen dat zij naar haar aard zo moet worden uitgelegd dat een op het concrete belang van het kind gerichte zorgplicht bestaat ofwel door een daarop gericht derdenbeding aanwezig te achten. Deze benadering brengt mee dat het kind slechts vergoeding kan vragen van de schade die is verbonden aan zijn handicap. Hij kan niet betogen dat ook jegens hem de plicht gold te vermijden dat hij bestaat. De kosten verbonden aan zijn leven voorzover niet betrekking hebbende op zijn handicap, komen niet voor vergoeding in aanmerking.<sup>14</sup>

Mits de inhoud van de jegens een kind geschonden norm goed wordt doordacht, blijkt vergoeding van de schade wegens schending van die norm te passen in het geldende burgerlijk recht. 'Het zijn' kan samengaan met de toewijzing van een vordering tot vergoeding van daaraan verbonden schade, zonder dat dit de menselijke waardigheid aantast, zonder dat dit betekent dat een recht op 'het niet' bestaat en zonder dat dit in de hand werkt dat in de toekomst zal worden aangedrongen op niet-bestaan in plaats van op 'het zijn'.

De mens knabbelt aan de grenzen van zijn mogelijkheden, hij overschrijdt ze en verlegt ze vervolgens naar eigen inzicht. De fantasie die hij hierbij tentoonspreidt, confronteert hem pas met aan 'het zijn' verbonden concepten als de menselijke waardigheid, indien aan de methoden om het leven naar eigen smaak in te richten ook keerzijden blijken te kleven. Deze confrontatie kan schokkend zijn, maar zij kan niet leiden tot het compromis dat het recht zich onthoudt van een oordeel of principieel afwijzend staat tegenover een gebied dat door toedoen van de mens binnen zijn bereik valt.

*Nijmegen, juni 2004*

13. Du Perron, *Overeenkomst en derden*, 1999, p. 272-302; Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, 2002, p. 126-146, 220-230.

14. Anders kennelijk Hof Den Haag, 26 maart 2003, C00/564, NJ 2003, 249 onder 34-39.