

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/36839>

Please be advised that this information was generated on 2020-12-05 and may be subject to change.

<b>Publicatie</b>	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
<b>Uitgever</b>	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
<b>Jaargang</b>	136
<b>Publicatiedatum</b>	08-10-2005
<b>Afleveringsnummer</b>	6637
<b>Titel</b>	Schadevergoeding én leven Compositie met rood, geel en blauw
<b>Auteurs</b>	Mw. prof. mr. C.H. Sieburgh, Hoogleraar Burgerlijk Recht, Radboud Universiteit Nijmegen.
<b>Samenvatting</b>	Normschending, schade en causaal verband: de drie vereisten voor aansprakelijkheid die worden onderscheiden en vervolgens hun plaats in de compositie innemen. De Hoge Raad maakt in het wrongful life arrest onvoldoende onderscheid, stelt dat men geen recht heeft op het eigen niet-bestaan en wijst vervolgens alle schade verbonden aan het leven toe. Een inconsistentie die voor het recht vermijdbaar is.
<b>Trefwoorden</b>	Aansprakelijkheid Abortus Gehandicapt geboren kind Prenatale diagnostiek Schadevergoeding
<b>Paginanummers</b>	755-762
<b>Rubriek</b>	Artikel



WPNR 2005(6637) Schadevergoeding én leven Compositie met rood, geel en blauw

# Schadevergoeding én leven Compositie met rood, geel en blauw

## Hoge Raad: aansprakelijkheid jegens het gehandicapt geboren kind

Op 18 maart van dit jaar wees de Hoge Raad arrest in de zaak die de ouders van het gehandicapte meisje Kelly, mede namens hun kind, aanspanden tegen de verloskundige die de zwangerschap begeleidde en de werkgever van de verloskundige, het Leids Universitair Medisch Centrum.[\[noot:1\]](#) Zowel Kelly als haar ouders hebben recht op vergoeding van schade die het gevolg is van een fout die de verloskundige heeft gemaakt. Hoewel de moeder van Kelly tijdens een van de zwangerschapscontroles had aangegeven dat een neef van Kelly's vader een chromosomale afwijking heeft en daardoor gehandicapt is, liet de verloskundige na onderzoek naar de mogelijke aanwezigheid van deze afwijking bij de ongeboren vrucht of verwijzing naar een medisch geneticus te overwegen. Dit is een kunstfout omdat vaststaat dat de afwijking die de neef heeft, een indicatie is om wel in overweging te nemen nader onderzoek te (doen) verrichten.

Door het nalaten van de verloskundige is de ouders van Kelly relevante informatie onthouden. Als gevolg daarvan hebben zij hun keuzerecht om prenatale diagnostiek te overwegen en te laten verrichten niet kunnen effectueren. In het verlengde is hun eveneens belet om op grond van de uitslag weloverwogen te kiezen voor een vroegtijdige afbreking van de zwangerschap.

Deze aaneenschakeling van (mede)oorzaken en gevolgen heeft ertoe geleid dat Kelly werd geboren. Zij heeft dezelfde chromosomale afwijking als haar neef en is zwaar gehandicapt.

## **De drie primaire kleuren van aansprakelijkheid: rood, geel en blauw**

Verloskundige noch ziekenhuis erkenden dat zij een belangrijke steek hadden laten vallen. Dit leidde er uiteindelijk toe dat Kelly's ouders hun toevlucht bij de rechter zochten. De Rechtbank kende de moeder een schadevergoeding toe. Daarmee waren de ouders ruimschoots tevreden. In het door het ziekenhuis ingestelde hoger beroep werd ook de vordering van Kelly toegewezen.[\[noot:2\]](#) Toen het ziekenhuis bij de Hoge Raad trachtte de aansprakelijkheid te ontzenuwen, werd ten slotte ook de vordering van de vader gehonoreerd.

De vergoedbaarheid van de schade berust op het oordeel dat de verloskundige zowel jegens de ouders als jegens Kelly zelf een norm heeft geschonden, dat deze normschending de oorzaak was van door hen geleden schade en dat deze schade vergoedbaar is. De primaire kleuren waaruit een aansprakelijkheidscompositie is samengesteld zijn goed herkenbaar: normschending, causaal verband en schade - rood, geel en blauw.

## **Praktische onmogelijkheid**

Vooraf ten aanzien van de toewijsbaarheid van Kelly's vordering is betoogd dat aan de drie vereisten voor aansprakelijkheid onmogelijk voldaan kan zijn. De belangrijkste bedenking die enkele juristen, ethici en journalisten naar aanleiding van de arresten van Hof en Hoge Raad en de conclusie van de Procureur-Generaal Hartkamp hebben opgeworpen, luidt dat de vergoeding van schade die samenhangt met gehandicapt leven niet verenigbaar is met het leven.[\[noot:3\]](#) Of omgekeerd: dat uit de toewijsbaarheid van de vordering dwingend volgt dat Kelly recht heeft op haar eigen niet-bestaan.[\[noot:4\]](#) Kelly's schade is immers onlosmakelijk verbonden aan haar eigen leven. Omdat de genetische afwijking die haar handicaps veroorzaakt vanaf het moment der conceptie aanwezig is, kunnen deze handicaps alleen dan afwezig zijn als zij niet zou zijn geboren. Juist dit uit de natuurlijke wetmatigheden voortvloeiende gegeven blijkt in de meningsvorming over de vergoedbaarheid van schade op drie niveaus terug te keren. De eventuele normschending, het causale verband en de vergoedbaarheid van de schade worden alle betrokken op Kelly's bestaan. De Hoge Raad ontkent in zijn arrest verscheidene malen uitdrukkelijk dat de toewijzing van de vordering impliceert dat Kelly recht zou hebben op haar eigen niet-bestaan of op afbreking van de zwangerschap van haar moeder.[\[noot:5\]](#) Maar doorbreekt hij daarmee ook inhoudelijk de lijnen der logica?

## **De benadering van de Hoge Raad**

De beoordeling van de vordering van Kelly is vervat in de rechtsoverwegingen 4.11-4.20. In r.o. 4.11-4.13 staat centraal of Kelly een vorderingsrecht heeft en daarmee of er een rechtsgrond is voor haar vordering. De overwegingen 4.14-4.18 betreffen de vergoedbaarheid van Kelly's schade. De rechtsoverwegingen 4.19-4.20 brengen de voorgaande overwegingen samen door te toetsen of de door Kelly geleden, vergoedbare schade het gevolg is van de normschending. In deze overwegingen zijn steeds enkele geopperde tegenwerpingen betrokken.

De kernoverwegingen en de behandeling van de tegenargumenten geef ik weer.

De Hoge Raad geeft herhaaldelijk aan waarop Kelly geen recht heeft. Zij heeft geen recht op haar eigen niet-bestaan en op het afbreken van de zwangerschap door haar moeder (r.o. 4.2 jo 4.13). De jegens haar in acht te nemen zorgplicht brengt evenmin mee dat de geneeskundige

behandelaar gehouden is zich in te spannen de zwangere vrouw ertoe te bewegen haar zwangerschap af te laten breken (r.o. 4.13).

De Hoge Raad geeft ook aan waarop Kelly wel recht heeft (r.o. 4.13). De behandelaar moet de onder de gegeven omstandigheden vereiste prenatale diagnostiek (doen) verrichten om aldus de vrouw in de gelegenheid te stellen een goed geïnformeerde keuze te maken ten aanzien van de vraag of zij mede met het oog op het belang van haar nog ongeborn kind voortzetting of afbreking van de zwangerschap wenst.

De Hoge Raad werkt de norm die jegens het kind geldt niet nader uit en rondt af met de vaststelling dat de behandelaar die jegens de vrouw in de nakoming van deze verplichting tekortschiet, tevens in strijd handelt met hetgeen hem jegens de ongeborene volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

De precieze strekking van de norm wordt verderop in het arrest evenmin uitgewerkt, terwijl daaraan wel wordt gerefereerd bij de beantwoording van de vragen welke schade voor vergoeding in aanmerking komt (r.o. 4.15) en of causaal verband tussen schade en normschending aanwezig is (r.o. 4.20).

Met betrekking tot de vergoedbaarheid van Kelly's schade overweegt de Hoge Raad dat uit het feit dat aan Kelly's niet-bestaan geen bepaalbare waarde kan worden toegekend, niet volgt dat de door Kelly gevorderde schade niet voor vergoeding in aanmerking komt. De schade moet volgens art. 6:97 BW namelijk begroot worden op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Volgens de Hoge Raad brengt de aard van de schade mee dat Kelly een vergoeding moet krijgen van alle kosten die worden gemaakt voor haar opvoeding en verzorging (ook na het 21e jaar) en ter bestrijding van de gevolgen van haar handicaps. Dan volgt de verwijzing naar de geschonden norm: alleen op deze wijze kan een vergoeding worden gegeven voor de gevolgen van de gemaakte fout. Met dit oordeel ontkent de rechter de menselijke waardigheid van het gehandicapte kind niet en doet hij daaraan evenmin tekort. De vordering berust immers niet op het oordeel dat Kelly's bestaan lager moet worden gewaardeerd dan haar niet-bestaan, maar op de door de verloskundige gemaakte fout. Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat de schadevergoeding Kelly juist in staat stelt zoveel mogelijk een menswaardig bestaan te leiden. Als sluitstuk overweegt de Hoge Raad:

“Kelly zou veeleer tekortgedaan worden indien zij niet alleen door die fout een gehandicapt leven moet leiden, maar bovendien van elke schadevergoeding verstoken zou blijven op grond van een argument dat is gebaseerd op de situatie - het niet-bestaan - die zich zou hebben voorgedaan indien de moeder van haar keuzerecht gebruik had kunnen maken, maar die als gevolg van de gemaakte fout niet is ingetreden.”

Dit oordeel opent niet de mogelijkheid voor Kelly om ook haar ouders of althans haar moeder aansprakelijk te stellen voor haar bestaan. Met een verwijzing naar r.o. 4.13 (jo 4.2) wordt nogmaals vastgesteld dat Kelly geen recht heeft op haar eigen niet-bestaan en/of op afbreking van de zwangerschap van haar moeder (r.o. 4.16). Gevaar voor een meer defensieve geneeskunde ziet de Hoge Raad evenmin. Getoetst is immers aan de reeds lang bestaande en beproefde maatstaf dat een geneeskundige behandelaar moet handelen zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot ten tijde van dat handelen mocht worden verwacht. In het onderhavige geval is in strijd met die norm gehandeld. Met andere woorden: er worden geen nieuwe of strengere eisen gesteld aan het handelen van de geneeskundige behandelaar. Bovendien betekent defensiever optreden allerm minst dat de behandelaar handelt zoals dat van

een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot wordt verwacht. Bij de ouders aandringen op het verrichten van abortus is evenzeer onjuist als hen niet in de gelegenheid stellen op grond van de resultaten van in de concrete omstandigheden geïndiceerde prenatale diagnostiek een weloverwogen keuze te maken.<sup>[noot:6]</sup>Tussen de door Kelly geleden schade en de fout van de verloskundige bestaat causaal verband (r.o. 4.19 jo. 4.4). Ondanks het feit dat de chromosomale aandoening niet door de verloskundige is veroorzaakt, is haar nalaten wel degelijk *condicio sine qua non* voor de geleden schade. Zonder haar fout zou prenatale diagnostiek verricht zijn, zou het resultaat daarvan hebben uitgewezen dat de ongeboren vrucht de chromosomale aandoening had en zouden de ouders de zwangerschap vroegtijdig hebben laten afbreken. Dat wij in Nederland (nog) sociale voorzieningen kennen, doorbreekt het *condicio sine qua non* verband evenmin en staat ook niet aan toerekening op grond van art. 6:98 in de weg.

Opnieuw verwijst de Hoge Raad naar de grondslag van de onderhavige aansprakelijkheid (hetgeen mijns inziens betekent: naar de inhoud van de geschonden norm). Bij deze grondslag past dat Kelly's vordering tot het volle bedrag wordt toegewezen. Hieraan voegt hij toe dat bij een ander oordeel (beperking tot vergoeding van de extra kosten van de handicap) Kelly ten aanzien van de kosten van haar opvoeding en verzorging afhankelijk zou zijn van haar ouders, die de kosten van haar opvoeding en verzorging wel hebben vergoed gekregen. Ten slotte overweegt hij dat het onderscheiden tussen de extra kosten verbonden aan de handicap en de kosten van de opvoeding en verzorging zou leiden tot een gekunstelde splitsing tussen het kind en haar handicaps, welke niet kan worden aanvaard.

## **De frictie in het betoog van de Hoge Raad**

Zoals reeds gesignaleerd heeft de Hoge Raad de inhoud van de zorgplicht niet geconcretiseerd. Hoewel de Hoge Raad aangeeft dat Kelly zelf geen recht heeft op niet-bestaan of op de afbreking van de zwangerschap van haar moeder, laat hij geheel onbeantwoord op de vermijding van welk risico de jegens het kind geldende norm wél gericht is. Omdat de norm een spilfunctie heeft in de overwegingen over de vergoedbaarheid van de schade (alleen door vergoeding van alle kosten die worden gemaakt voor opvoeding en verzorging van Kelly en ter bestrijding van de gevolgen van haar handicaps *kan een vergoeding worden gegeven voor de gevolgen van de gemaakte fout*) en over het causale verband (*bij de grondslag van de onderhavige aansprakelijkheid past dat deze vordering in beginsel tot het volle bedrag wordt toegewezen*) is het merkwaardig dat over de normschending niet meer is opgemerkt dan dat zij strijd met het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betreft. Pas als inhoud wordt gegeven aan de concrete zorgplicht is immers duidelijk of de geleden schade valt onder het beschermingsbereik van de norm en of de schade het gevolg is van de normschending. De lacune klemt temeer, daar de Hoge Raad alle kosten die aan Kelly's leven zijn verbonden vergoedbaar acht terwijl hij blijft volhouden dat zij geen recht heeft op niet-bestaan.

Daarmee is een frictie geslopen in het betoog.<sup>[noot:7]</sup> Want hoe kan de schending van een norm die geen recht geeft op het eigen niet-bestaan leiden tot vergoedbaarheid van alle aan het bestaan verbonden kosten? Door niet in te gaan op de inhoud van de door de verloskundige geschonden norm, laat de Hoge Raad, al zijn krachtsinspanningen ten spijt, de mogelijkheid open dat Kelly effectief wél recht heeft op haar eigen niet-bestaan.

Of aan dit bezwaar veel gewicht moet worden toegekend, hangt ervan af of het ook anders had gekund. Door een aantal juristen is betoogd dat de Hoge Raad de frictie had kunnen vermijden door toe te geven dat Kelly in rechte erover kan klagen dat haar belang bij haar

niet-bestaan is geschonden[noot:8] c.q. dat zij recht heeft op haar eigen nietbestaan.[noot:9] Hieruit leiden zij af dat zij dús recht heeft op vergoeding van alle kosten die aan haar bestaan zijn verbonden. Opvallend is dat in deze betogen een inhoudelijke uitwerking van de door de verloskundige jegens Kelly geschonden norm ontbreekt.[noot:10] Het beginpunt van deze redeneringen is hetgeen volgens het aansprakelijkheidsrecht het sluitstuk is, namelijk de vaststelling dat de gelaedeerde (Kelly) alle aan haar leven verbonden kosten vergoed krijgt.

De gedachte dat Kelly eigenlijk recht heeft op haar eigen niet-bestaan strookt niet met de door de Hoge Raad gekozen uitgangspunten. Evenmin strookt zij naar mijn mening met het weliswaar stilzwijgende maar toch zeer algemeen aanvaarde maatschappelijke uitgangspunt dat een mens geen recht heeft op zijn eigen niet-bestaan. Voor zover dit niet berust op een gedeelde ethische overtuiging, berust het ten minste op de eisen die de openbare orde stelt. Een recht op het eigen niet-bestaan doorsnijdt de maatschappelijk wenselijke situatie dat mensen vrij zijn zich voort te planten en zich erop richten het bestaan van anderen te ondersteunen. Natuurlijk is verdedigbaar dat iemand een belang bij zijn eigen niet-bestaan kan hebben. Daarmee is echter niet gezegd dat het een belang betreft dat door het recht kan worden beschermd en gehandhaafd.[noot:11]

Hieruit zou geconcludeerd kunnen worden dat de vordering van Kelly dan principieel moet worden afgewezen. Mijns inziens is het onaanvaardbaar dat de verloskundige zich tegen aansprakelijkheid zou kunnen verweren met het argument dat nu Kelly eenmaal bestaat, jegens haar geen fout gemaakt kán zijn en zij geen vergoedbare schade lijdt.

Het is mogelijk om de bezwaren tegen de zojuist genoemde uiterste posities te ondervangen en toch een concrete invulling te geven aan de jegens Kelly geldende norm.

## **Losmaken en losdenken**

De ijzeren logica van de natuurlijke wetmatigheid dat Kelly's leven slechts kan bestaan met een handicap en dat haar handicap er alleen dan niet zou zijn geweest als zij zelf niet had bestaan, heeft op drie niveaus haar werking: bij de vraag of jegens Kelly een norm is geschonden, bij de vraag of er causaal verband is tussen de normschending en de schade en bij de vraag of de schade van Kelly vergoedbaar is.

Meer concreet betekent dit volgens degenen die tegen de toewijzing van de vordering zijn het volgende. Aanvaarding van de mogelijkheid dat de verloskundige een zorgplicht jegens Kelly schendt, houdt in dat bij het naleven van de norm de gelaedeerde niet geboren was - en derhalve behoedt de norm het kind tegen het eigen bestaan. Causaal verband kan niet aanwezig zijn tussen een gebeurtenis (nalaten) en gehandicapt bestaan als bij de afwezigheid van de gebeurtenis de gelaedeerde niet had bestaan. De schade verbonden aan het bestaan kan niet worden vergoed als bij afwezigheid van de fout de gelaedeerde niet had bestaan. Op alle niveaus is de feitelijke onmogelijkheid om Kelly's leven los te maken van haar handicaps een belangrijk obstakel. Is daarmee het laatste woord gezegd?

Cruciaal is of de handicaps die niet zijn los te maken van Kelly's leven, daarvan wel los gedácht kunnen en mogen worden. Zelden laat een jurist zich in zijn denkproces belemmeren door natuurwetten, soms slechts omdat hem het vermogen daartoe ontbreekt. Dikwijls neemt hij de beperkingen die de natuur oplegt zelfs uitdrukkelijk met een korreltje zout. Wie kijkt nog op van een rechtspersoon die een fout maakt terwijl het individu dat handelde niet zelf een fout maakte? In aansluiting op de signalen die de maatschappij afgeeft zijn wij gaan

dénken dat een rechtspersoon kan handelen. Een stadium verder, geconfronteerd met de onwenselijkheden van te vergaande individuele aansprakelijkheden van hen die voor de rechtspersoon belangrijke taken verrichten, is de gedraging van het individu die te gelden heeft als de gedraging van de rechtspersoon losgedacht van het handelende individu. Zonder kritische geluiden van ethici, journalisten en juristen volgt het oordeel dat de rechtspersoon een fout maakte en het individu dat eigenlijk handelde niet. Wat de natuur niet kan, kan de jurist bij uitstek: gegevens die in de tastbare werkelijkheid samengaan, onderscheiden en van elkaar losdenken.

In het geval van Kelly gaat het om een zeer tastbaar feit: zij bestaat en daaraan zijn haar handicaps onlosmakelijk verbonden. Is de praktische onmogelijkheid van een bestaan zonder handicaps beslissend ten aanzien van de normstelling, het causaal verband en de vaststelling van de schade, dan leidt dit tot de volgende positie. De verloskundige die een kunstfout maakt door na te laten op de vaststelling van een bepaalde aandoening gerichte diagnostiek in te zetten waarna het kind met de aandoening wordt geboren, kan als verweer voeren dat zij jegens het kind geen fout maakte omdat het die aandoening al had. Dat het risico waartegen de plicht van de verloskundige beschermt zich verwezenlijkt, sluit als het ware de aansprakelijkheid uit. Meestal wordt een dergelijke redenering niet serieus genomen. Zodra het om menselijk leven gaat dat noodzakelijkerwijs verbonden is met het hebben van een handicap, ontstaat de angst dat de aansprakelijkheid van de verloskundige het kind een recht toekent op zijn eigen niet-bestaan en dat de vergoedbaarheid van de schade duidelijk maakt dat zijn bestaan minderwaardig is.[\[noot:12\]](#)

Angst was zelden een goede raadgever. De drie primaire kleuren van de aansprakelijkheidscompositie inspireren tot het zoeken naar een betere: “Who is afraid of red, yellow and blue?”[\[noot:13\]](#) Van een jurist kan verlangd worden dat hij de begrijpelijke en invoelbare angst toetst aan zijn opvattingen over rechtvaardigheid. Uiteraard is de menselijke waardigheid daarbij een uitgangspunt.

De techniek die ik gebruik om de gerechtvaardigheid van de angst voor de componenten van aansprakelijkheid te toetsen, houdt in dat de handicaps van Kelly niet van haar leven kunnen worden losgemaakt maar wel als zelfstandig onderdeel van haar leven kunnen worden gedácht.[\[noot:14\]](#) Hiervan uitgaand worden de drie niveaus van aansprakelijkheidstelling beoordeeld. Wetten die de natuur dwingen, dwingen de jurist niet. Voor hem is het mogelijk te onderscheiden tussen het wel of niet bestaan van de gelaedeerde en het gehandicapte bestaan van de gelaedeerde. Nu Kelly is geboren, zoals gezegd onvermijdelijk mét handicap, mag haar leven niet verhinderen dat haar handicap gecompenseerd kan worden. Tegelijkertijd dient de wijze waarop de compensatie van de handicap wordt onderbouwd ruimte te laten voor dat leven.

## **Maatschappelijke realiteit en legale mogelijkheden**

De inhoud van de eventuele norm die een verloskundige jegens een ongeboren vrucht in dit verband in acht moet nemen, wordt gekleurd door de volgende feiten. In Nederland bestaat de mogelijkheid om indien daartoe aanleiding is[\[noot:15\]](#), prenatale diagnostiek te doen verrichten. Afhankelijk van het resultaat daarvan kunnen de ouders besluiten de zwangerschap af te breken. Dit systeem is tot stand gekomen met in achtneming van kennis over (onder meer) de pijn en last die gezien de potentiële erfelijke of aangeboren aandoening met het leven van het kind gepaard zouden gaan, over de grootte van de kans dat een erfelijke of aangeboren aandoening zich in het algemeen of in een bepaalde familie voordoet, over het



risico dat een potentieel ongestoorde zwangerschap door de prenatale diagnostiek wordt beschadigd en over de kans dat de prenatale diagnostiek een fout-positieve of fout-negatieve uitslag geeft. Met deze indicatoren is een evenwichtig systeem ontwikkeld waarmee wordt beoordeeld óf in een concrete situatie prenatale diagnostiek wordt aangeboden en derhalve of op de mogelijkheid daarvan moet worden gewezen.

Er zijn bijvoorbeeld aandoeningen die zo zelden voorkomen, dat zij met onvoldoende zekerheid door een test zijn vast te stellen. Door de zeldzaamheid van de aandoening is het percentage fout-negatieve en fout-positieve testresultaten te groot. Bovendien is in zo'n geval het risico verbonden aan de inspanningen die gepaard gaan met het laten verrichten van de test (de autorit naar het ziekenhuis, het uitvoeren van het onderzoek) groter dan het risico dat de aandoening aanwezig is. Prenatale diagnostiek wordt dan niet aangeboden. Indien echter verantwoord wordt gevonden om de aanstaande ouders te attenderen op de mogelijkheid om te screenen op het bestaan van een erfelijke of aangeboren aandoening, is de aanleiding daartoe (mede) gelegen in het belang van het kind. Met het oog op de hierna volgende behandeling van een eventuele normschending jegens het kind wijs ik erop dat prenatale diagnostiek en afbreking van de zwangerschap er niet op zijn gericht het kind te behoeden voor het leven of het recht te geven op niet-leven. Zij zijn gericht op de mogelijkheid om, indien gewenst, de aan de handicaps verbonden pijn en last te vermijden. Dit doel wordt verwezenlijkt door de ouders met behulp van de beschikbare informatie tot een keuze te laten komen die naar hun mening het meeste recht doet aan het welzijn van hun kind.

Hoewel het keuzerecht van de ouders mede bestaat in het belang van het kind, kan hieruit niet onmiddellijk worden afgeleid dat dus het kind zelf een in rechte handhaafbaar belang (en in het verlengde daarvan een recht) heeft op zijn eigen niet-bestaan of op zijn eigen abortus.[\[noot:16\]](#)

In het onderhavige geval heeft de familieanamnese de verloskundige ten onrechte niet doen besluiten om Kelly's ouders prenatale diagnostiek in overweging te geven. Dit is een fout jegens de ouders, niet zonder meer jegens het kind. Van betekenis is in hoeverre het keuzerecht van de ouders ook ziet op de bescherming van de belangen van het kind. Bij het maken van een keuze in een concreet geval zullen de ouders de hierboven aangegeven aspecten in overweging nemen. Wie zou in het algemeen willen betogen dat ouders zo'n keuze puur in hun eigen belang maken? Iedereen die zich inleeft in dit keuzemoment, weet dat de ouders zich zullen afvragen:

“Wat voor leven zal mijn kind hebben als het geboren wordt, hoe groot zal de kans zijn dat de handicap ernstige gevolgen heeft, hoeveel pijn zal mijn kind moeten doorstaan, wie ben ik om mijn kind deze narigheid niet te besparen, wie ben ik om te menen dat dit leven te zwaar en te pijnlijk zal zijn, hoe groot is de kans dat de handicap mee zal vallen?”

Heen en weer geslingerd tussen deze overwegingen zullen de ouders tot een keuze komen die volgens hen het meeste strookt met het welzijn van hun kind en die daarmee gericht is op het belang van hun kind en van henzelf. Dikwijls wordt het recht om deze keuze te (kunnen) maken omschreven als een zelfbeschikkingsrecht van de ouders. Deze omschrijving dekt de lading niet omdat het keuzerecht hun mede wordt verleend om te beschikken ten behoeve van hun kind.

## **Rood: normschending jegens kind?**



Het keuzerecht dat de ouders onder omstandigheden wordt geboden, ziet erop dat zij mede in het belang van hun kind kunnen beslissen. Indien de ouders wordt onthouden dit keuzerecht te verwezenlijken, wordt hun ook deze mogelijkheid onthouden. Van de weeromstuit wordt het kind de mogelijkheid onthouden te profiteren van de mede op zijn belang gerichte keuze van de ouders. De schending van de jegens de ouders geldende norm brengt mee dat het kind met handicaps bestaat en dat het afbreken van de zwangerschap (juist en mede als gevolg van de fout van de verloskundige) een inmiddels gepasseerd station 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. Dit betekent echter niet dat de arts geen zorgplicht jegens het kind had en/of op schending daarvan niet kan worden aangesproken.

Door een fout wordt de ouders de mogelijkheid onthouden om op individueel niveau de voor- en nadelen van prenatale diagnostiek af te wegen, de onzekerheden in te schatten en een beslissing te nemen die volgens hen het meeste recht doet aan het welzijn van hun kind. De geschonden norm ziet mede op de belangen van het kind. Het feit dat het risico waartegen de norm beschermt zich verwezenlijkt kan dan ook geen reden zijn om te betogen dat deze norm er niet toe strekte degene om wie het bij uitstek gaat te beschermen.

Tussen de jegens de ouders in acht te nemen zorgvuldigheid en de aan de ouders geboden mogelijkheid om mede ten behoeve van hun kind te kiezen bestaat een nauwe en onontwarbare samenhang. De verloskundige kan jegens het kind dan ook niet zonder meer betogen dat jegens hem geen norm is geschonden omdat hij bij afwezigheid van de jegens zijn ouders gemaakte fout zelf niet had bestaan. Dat het leven van het kind en zijn handicaps feitelijk niet zijn te scheiden, kan niet als gevolg hebben dat het kind niet beschermd kan worden in het belang tegen de schending waarvan de legale mogelijkheden juist zijn ontwikkeld.

Het enige dat deze feitelijke onscheidbaarheid wél bevestigt is dat geen enkel wezen een recht geldend kan maken op zijn eigen niet-bestaan. De norm die geldt jegens het kind kan derhalve niet dezelfde zijn als de norm die jegens de ouders geldt. Nu Kelly in het verlengde van de fout van de verloskundige is geboren, moet het juridisch denken niet afstuiten op de natuurwet dat een kind met een aangeboren handicap die handicap alleen niet heeft als het niet bestaat. Maar het moet evenmin stoppen bij de constatering dat jegens haar een zorgplicht is geschonden. Dat kan door, in lijn met de strekking van de bestaande legale mogelijkheden, de zorgplicht die de verloskundige jegens het kind in acht moet nemen toe te spitsen op de bescherming van het concrete belang van het kind. De zorgplicht is erop gericht het kind te beschermen tegen de aan zijn handicaps verbonden pijn en last, niet tegen zijn bestaan.[\[noot:17\]](#)

### **Geel: causaal verband?**

Ook voor het aannemen van causaal verband tussen de normschending en de schade is het feitelijke gegeven dat Kelly (gehandicapt) bestaat een hindernis. Omdat het bestaan van het kind niet valt los te maken van zijn bestaan met een handicap, zou tussen een eventuele fout en de schade geen causaal verband kunnen bestaan. De rechter die een verplichting tot schadevergoeding aanneemt, zou het vereiste van causaal verband veronachtzamen.[\[noot:18\]](#) Deze constatering is opmerkelijk omdat zij geen acht slaat op de breed aanvaarde opvatting dat nalaten condicio sine qua non kan zijn voor schade. Zo is het nalaten om te waarschuwen tegen een gevaarlijke toestand die men niet zelf in het leven heeft

geroepen een noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van de schade. Als men het nalaten wegdenkt - en daarvoor dus in de plaats stelt het verstrekken van een adequate waarschuwing - is aannemelijk dat de schade niet was geleden. Niet alleen in het geval van Kelly geldt dat een waarschuwingsplicht een risico had moeten afwenden dat zich zonder de waarschuwing zonder meer had verwezenlijkt en aan welk risico de potentiële waarschuwer op zich niets heeft toegevoegd. Iemand die ziet dat over een pad een touwtje is gespannen en nalaat de postbode te waarschuwen schendt een norm. Deze norm moet de postbode behoeden tegen de verwezenlijking van een risico dat zich zonder de waarschuwing zou hebben verwezenlijkt. Het nalaten een waarschuwing te geven voegt derhalve niet iets toe aan het risico. Toch vinden we dat iemand die dit ziet aankomen moet waarschuwen en dat, als de postbode over het touwtje struikelt en verwondingen oploopt, er causaal verband is tussen de verwonding en het nalaten te waarschuwen (de normschending). Hieraan staat niet in de weg dat als de toeschouwer niet aanwezig was geweest, de postbode ook had kunnen struikelen.

Kan daarentegen van waarschuwen geen enkel gunstig resultaat worden verwacht, dan ontbreekt causaal verband tussen het nalaten te waarschuwen en de schade. De schade zou zich immers ook met de waarschuwing hebben verwezenlijkt. Zo'n gegeven werkt door in de normstelling: het verstrekken van nutteloze waarschuwingen is niet te vergen. [\[noot:19\]](#)

Ook ten aanzien van het ontstaan en voortbestaan van leven is aanvaard dat nalaten daarvoor een noodzakelijke voorwaarde kan zijn. Een arts die tijdens een ingreep een sterilisatie bij een vrouw opheft en deze aan het einde van de ingreep nalaat te herstellen, levert een noodzakelijke voorwaarde voor de conceptie die vervolgens plaatsvindt. Duidelijk is dat het nalaten van de arts niet tot een geslaagde conceptie leidt: het is niet een voldoende voorwaarde.

In Kelly's geval staat vast dat haar ouders prenatale diagnostiek zouden hebben laten verrichten en, mede gezien hun kennis omtrent de pijn en zwaarte verbonden aan de handicap die hun neef heeft, de zwangerschap vroegtijdig zouden hebben laten afbreken. Het nalaten hen voor te lichten leidde ertoe dat deze stappen niet zijn gezet. Zonder dit nalaten was Kelly niet geboren. Hoewel het nalaten niet de enige oorzaak is voor haar gehandicapte bestaan, is het wel een noodzakelijke schakel. [\[noot:20\]](#)

Nu zijn we op het punt aangekomen waarop het essentieel wordt om een duidelijk beeld te hebben van de inhoud van de normschending. Dat het kind niet had bestaan als de fout niet was gemaakt is een te grofmazige benadering. De jegens hem/haar geschonden norm beschermt niet tegen bestaan maar tegen het bestaan met een handicap. Als het kind door de normschending eenmaal bestaat is het onjuist om terug te vallen op de natuurwet dat het alleen door niet te bestaan geen handicap kon hebben. Zowel de totale afwijzing van de vordering als de totale toewijzing daarvan geven blijk van een te grote verknochtheid aan deze natuurwet. Het recht moet subtiliteit betrachten en ten aanzien van het causale verband aanvaarden dat het juridisch mogelijk is om Kelly's bestaan en haar gehandicapte bestaan te onderscheiden.

## **Blauw: vergoedbare schade?**

Ten aanzien van de vergoedbaarheid van de veroorzaakte schade moet onderscheid gemaakt worden tussen de vraag of aan Kelly's leven aspecten zijn verbonden die voor schadevergoeding in aanmerking komen en, als dat zo is, hoe de schade berekend moet worden.

Leven met een handicap is kostbaarder dan leven zonder handicap. Om de gevolgen van de handicap te ondervangen en/of te verlichten wordt gebruik gemaakt van ondersteunende instrumenten en van pijnverzachtende behandelingen. Bovendien kan de gehandicapte voor de dagelijkse verzorging afhankelijk zijn van professionele hulp. De extra kosten die zijn verbonden aan het leven met een handicap worden tot het 21e jaar door de ouders van het gehandicapte kind gemaakt. Bij overlijden van zijn ouders en/of na zijn 21e jaar maakt de gehandicapte zelf deze extra kosten.

Als door de gedraging van een derde, bijvoorbeeld de veroorzaking van een auto-ongeval, de voorheen niet aanwezige handicap wordt veroorzaakt[noot:21], wordt niet getwijfeld over de vergoedbaarheid van de daaraan verbonden schade. De soort schade die Kelly heeft geleden is dus niet principieel onvergoedbaar.

De moeilijkheid van de vergoedbaarheid van Kelly's schade ligt voornamelijk verscholen in de methode waarmee de schade in het algemeen wordt berekend: de vergelijkingsmethode. Door de toestand met en zonder normschending met elkaar te vergelijken komt de omvang van de schade vast te staan. Vergoeding daarvan leidt tot de beoogde restitutio in integrum. In het geval van Kelly is de vergelijkingsmethode niet te hanteren. Vergelijken tussen niet-bestaan en gehandicapt bestaan is een metafysische exercitie die de juridische vaardigheden ver te boven gaat.[noot:22] Dat een alom beproefde methode ter berekening van de omvang van de schade niet werkt, is op zich geen argument om niet tot het gewenste resultaat te komen: het brengen van de benadeelde in de vermogensrechtelijke toestand waarin hij zou hebben verkeerd als de fout niet was gemaakt. De vergelijkingsmethode is een middel en niet een doel op zich. Zodra zo'n hulpmiddel een obstakel wordt om te komen tot een oplossing die het beste aansluit bij de maatschappelijke verhoudingen (en bij de op die verhoudingen afgestemde normschending, zoals hiervoor uitgewerkt), is dat een aanwijzing dat het hulpmiddel niet toereikend is. Het is uiteraard niet een indicatie voor de onjuistheid en onmogelijkheid van een passende oplossing.

Het recht is ervoor om de confrontatie met nieuwe problemen niet te schuwen en om zo nodig nieuwe methoden te beproeven. De Hoge Raad doet dat, maar stemt zijn benadering niet inhoudelijk af op het geproclameerde uitgangspunt dat Kelly geen recht heeft op haar eigen niet-bestaan.[noot:23] De benadering die de Hoge Raad in de plaats stelt van de vergelijkingsmethode ondervangt derhalve evenmin het probleem dat een schadevergoeding voor het gehele leven en dat leven zelf niet met elkaar zijn te verenigen.[noot:24]

Wat is wel een zinnig alternatief voor de vergelijkingsmethode? Opnieuw is het uitgangspunt daarbij dat nu de fout jegens Kelly is gemaakt haar niet-bestaan een gepasseerd station is. Ze bestaat, ze lijdt schade als gevolg van een mede jegens haar gemaakte fout en de omvang daarvan moet op een passende wijze worden vastgesteld. Het ligt in de rede om daarbij aan te sluiten bij de bescherming die de geschonden norm beoogt te bieden. Omdat de jegens Kelly geschonden norm erop ziet haar te beschermen tegen gevolgen van haar handicaps, is Kelly's schade mijns inziens slechts vergoedbaar voor zover deze voortvloeit uit de verwezenlijking van het risico waartegen de norm beschermt. Dit houdt in dat haar schade vergoed wordt voor zover deze bestaat uit extra kosten die Kelly maakt als gevolg van haar handicap.[noot:25] Deze benadering strookt met de hiervoor uiteengezette techniek volgens welke het bestaan van Kelly en haar handicaps feitelijk onlosmakelijk verbonden zijn, maar in abstracto afzonderlijk van elkaar gedacht kunnen worden.

## **De compositie van de Hoge Raad**

De wijze waarop de Hoge Raad de mogelijke argumenten tegen de toewijsbaarheid van schadevergoeding voor Kelly weerlegt zijn wat mij betreft overtuigend. Hij slaat echter geen brug tussen de inhoudelijke onderbouwing van deze weerlegging en de inhoud van de gedragsnorm die de verloskundige in acht moet nemen. Om te bepalen welke plicht een verloskundige jegens een ongeborn vrucht heeft, kan niet worden volstaan met een opsomming van hetgeen niet tot zijn plicht behoort. Omdat de Hoge Raad in het kader van de vergoedbaarheid van de schade en het causale verband refereert aan de fout en oordeelt dat alleen de vergoeding van alle kosten die aan het leven van Kelly zijn verbonden de gemaakte fout kan compenseren introduceert hij impliciet het probleem dat hij expliciet heeft getracht te bestrijden: Kelly heeft effectief wel recht op haar eigen niet-bestaan.

De aanvullende argumenten die de Hoge Raad voor deze benadering aanvoert, zijn evenmin overtuigend. Dat Kelly's ouders wel recht hebben op vergoeding van de kosten van haar opvoeding en verzorging en Kelly zelf niet, is geen reden om Kelly de gehele schade toe te kennen. Het is juist inherent aan het feit dat de jegens de ouders geldende norm een wezenlijk andere strekking heeft dan de jegens het kind geldende norm. Wanneer een gezond kind wordt geboren als (mede) ten gevolge van een fout van een behandelaar jegens zijn ouders de conceptie en de geboorte plaatsvinden, heeft het kind ook niet een eigen vordering ten aanzien van de kosten van zijn opvoeding en levensonderhoud.

De overweging dat het splitsen tussen de verschillende schadeposten niet kan worden aanvaard, overtuigt evenmin.[\[noot:26\]](#) In Kelly's geval zullen de extra kosten die zijn verbonden aan haar handicaps door de ernst daarvan (vrijwel) overeenstemmen met de kosten verbonden aan haar leven. Dit kan naar voren komen in de schadestaat-procedure. Echter, mede gezien het feit dat de normstelling niet uniek is voor het onderhavige geval, had dit de Hoge Raad niet moeten weerhouden van het inhoudelijk maken van onderscheid.[\[noot:27\]](#)

In het uiteindelijke oordeel van de Hoge Raad vervloeien rood, geel en blauw. De belangrijkste reden daarvoor is dat de Hoge Raad de geschonden norm te weinig heeft geconcretiseerd en gestructureerd. Dit werkt door in zijn benadering van de vergoedbaarheid van de schade en het vaststellen van het causale toerekeningsverband. Hiermee heeft hij de kans laten lopen om ook inhoudelijk de tegenwerping te ondervangen dat Kelly effectief wél recht heeft op haar eigen niet-bestaan.

## **Aansprakelijkheid als een compositie met rood, geel en blauw**

In het voorgaande heb ik willen aantonen dat het mogelijk is deze tegenwerping wel inhoudelijk te ondervangen. Daartoe zijn de drie primaire kleuren van de aansprakelijkheid afzonderlijk van elkaar behandeld: rood, geel en blauw. Dat de schade vergoedbaar is, betekent niet dat zij ook vergoed wordt. Om dat te bereiken moet immers een norm geschonden zijn. Als een norm geschonden is, wordt de schade slechts dan vergoed als causaal verband aanwezig is. In het uiteindelijke oordeel over aansprakelijkheid worden de kleuren op elkaar betrokken - zij vervloeien niet tot een onaansprekende bruine massa, maar spelen hun rol binnen een afgestemde compositie.

Alle drie vereisten dwingen ertoe een positie in te nemen ten aanzien van het feit dat Kelly bestaat en dat haar handicaps alleen dan afwezig geweest waren als zij niet had bestaan. De feitelijke onmogelijkheid om de gevolgen van de schending van een norm ongedaan te maken, mogen naar mijn mening niet tot vrees voor de confrontatie met de samenstellende componenten leiden. Zij mag er niet aan in de weg staan te oordelen dat een normschending

wel aanwezig kan zijn, dat deze oorzaak is van de geleden schade en dat deze schade vergoedbaar is.

Om tot een oplossing te komen die niet inconsistent is met het uitgangspunt dat Kelly geen recht heeft op haar eigen niet-bestaan en op het afbreken van de zwangerschap van haar moeder, kunnen haar bestaan en haar handicaps van elkaar losgedacht worden. Dit vereist driemaal een abstractie van de natuurwet die het leven van Kelly hand in hand laat gaan met de aanwezigheid van een handicap. Mijns inziens is inderdaad een norm geschonden die Kelly beschermt tegen de gevolgen van haar handicap, hetgeen tot vergoedbare schade heeft geleid. Daarmee hangt samen dat Kelly's schade vergoed moet worden voor zover dat strookt met de strekking van de norm: geen recht op niet-leven (en dus geen recht op vergoeding van de kosten van opvoeding en levensonderhoud), wel recht op bescherming tegen de gevolgen van de handicap. Hier betreft het een inzicht en niet een onomstotelijke waarheid. De onderbouwing van mijn opvatting ondervangt echter, anders dan het arrest van de Hoge Raad, de tegenwerping dat Kelly effectief wél recht heeft op haar eigen niet-bestaan. Zij verhindert daarmee dat het debat kan stoppen bij de simpele constatering dat Kelly's leven niet kan samengaan met een schadevergoeding. Bovendien verbindt deze benadering de reden waarom Kelly geen recht heeft op haar eigen niet-bestaan en de reden waarom zij wel recht heeft op schadevergoeding. Daarmee komt zij tegemoet aan een breder belang: verloskundige en kind, bedrijfsjuristen advocaten en rechters weten op de vermindering van welk risico de jegens het kind geldende norm wél gericht is. Dit is een minimumvoorwaarde om met de drie vereisten voor aansprakelijkheid een consistente compositie te kunnen creëren.

[1]

HR 18 maart 2005, C03/206 HR, RvdW 2005, 42.

[2]

Toen het ziekenhuis in hoger beroep ging, handhaafden Kelly's ouders in het incidentele beroep de vorderingen tot vergoeding van de schade van Kelly en van haar vader.

[3]

P. Beishuizen, Verbied claims op 'onterecht leven'. Zaak Kelly, Trouw 24 maart 2005, p. 38; C. Stolker in 'Hoe meer je kunt, hoe meer er fout kan gaan', NRC Handelsblad 19 maart 2005, p. 2 (die overigens in Trouw, 19 maart 2005, p. 3 betoogt dat hij de redenering van de Hoge Raad ondersteunt); J. Westert, Schadevergoeding Kelly impuls ongewenst debat, Nederlands Dagblad 22 maart 2005, p. 18; A. Sériaux, Diagnostic préconceptionnel et handicap de l'enfant: encore la responsabilité du médecin, Recueil Dalloz, 2004, nr. 14, jurisprudence, p. 985- 986; zie voor een weergave van de literatuur voor het arrest van de Hoge Raad: Conclusie P-G Hartkamp, onder 19; C.H. Sieburgh, 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, Kluwer, Deventer, 2004, p. 68, noot 7; S.C.J.J. Kortmann, Geld voor leven, in: Kortmann & Hamel (red.), a.w., p. 5, noot 2.

[4]

Zie in deze zin laatstelijk T. Hartlief, Hollandse toestanden: de Hoge Raad over 'wrongful life', NTBR 2005, p. 232-248, nr. 41, 43; G.A. den Hartogh, Schadevergoeding voor het leven?, Ars Aequi 2005, p. 457-463. Deze bijdragen zijn verschenen toen de redactie van WPNR dit stuk reeds voor plaatsing had aanvaard. In het navolgende zal voornamelijk met behulp van voetnoten worden aangegeven waar sprake is van een belangrijk verschil in benadering.

[5]

Hoge Raad, r.o. 4.4 slot; 4.13, 2e alinea; 4.15; 4.16.

[6]

Zie Sieburgh, Het zijn en het niet, a.w., p. 74.

[7]

Zie ook Hartlief, a.w., nr. 44 en Den Hartogh, a.w. die aan deze inconsequentie echter een ander gevolg verbinden dan ik in de loop van dit betoog zal doen.

[8]

Aldus Hartlief, a.w. nr. 41 die in het midden laat in hoeverre dit handhaafbare belang valt te onderscheiden van een recht op abortus, terwijl hij het juist introduceert om het argument dat toewijzing van Kelly's vordering inhoudt dat zij recht heeft op abortus te omzeilen.

[9]

Den Hartogh, a.w., p. 462-463.

[10]

Den Hartogh, a.w., p. 458 stelt (m.i. ten onrechte) dat het cruciale probleem dat de claim van Kelly oproept is waarin haar schade precies bestond. Hiermee slaat hij de in het aansprakelijkheidsrecht meest bepalende stap over, namelijk het probleem wat de inhoud van de jegens haar geldende norm is. Alleen als deze bekend is kan immers gedebatteerd worden over de vraag welke schade de normschending veroorzaakt zou kunnen hebben en of deze schade voor vergoeding in aanmerking kan komen.

[11]

Dat euthanasie in Nederland niet onder alle omstandigheden verboden is, houdt niet in dat degene die de doodswens heeft dus een recht c.q. een in rechte te beschermen en handhaafbaar belang heeft bij zijn eigen nietbestaan. Anders klaarblijkelijk Den Hartogh, a.w. p. 463

[12]

Ook zij die tegen het erkennen van een recht op niet-bestaan geen bezwaren zien laten zich bij hun oplossing leiden door het gegeven dat het bestaan van Kelly onlosmakelijk is verbonden



aan haar handicaps. Zij kiezen daarmee hetzelfde vertrekpunt als degenen die de vordering principieel niet toewijsbaar vinden wegens het samenvallen van Kelly's bestaan en haar handicaps. Omdat mijn betoog juist ingrijpt in dit vertrekpunt, is het evenzeer gericht tegen de positie "recht op niet-bestaan en dus vergoedbaarheid van alle kosten aan het bestaan verbonden".

[13]

Dit is de titel die Barnett Newmann gaf aan een tussen 1966 en 1970 ontstane serie van vier kunstwerken, waarvan de delen III (Stedelijk Museum Amsterdam in 1986) en IV (Neuen Nationalgalerie Berlin in 1982) grote bekendheid verwierven nadat zij door in psychische nood verkerende museumbezoekers werden beschadigd.

[14]

Zie ook Sieburgh, Het zijn en het niet, a.w., p. 85-91; C.H. Sieburgh, Wrongful life; Toewijsbaarheid van de wrongful life-vordering is geen ontkenning van 'het zijn', RM Themis, 2004, p. 204.

[15]

Deze aanleiding is dikwijls gelegen in de familieanamnese en zal derhalve berusten op door de toekomstige ouder(s) aan de (para)medicus verschaft informatie.

[16]

Zie aldus ook Conclusie P-G Hartkamp voor het arrest. Anders Hartlief, a.w., nr. 41.

[17]

Vgl. Sieburgh, Het zijn en het niet, a.w., p. 85-88 en Sieburgh, Wrongful life, RM Themis, 2004, a.w., p. 204.

[18]

E. de Kezel, Wrongful birth en wrongful life. Een stand van Zaken, NjW 2004., nrs. 10 en 18; M.A.J.M. Buijsen, Over de toewijzing van de wrongful life vordering in de zaak Kelly, NJB 2005, p. 840.

[19]

Betreft het waarschuwingen die zien op de vermindering van risico's die door het eigen gedrag van de dader in het leven zijn geroepen, dan zal de nutteloosheid van een waarschuwing mee kunnen brengen dat geheel van het handelen moet worden afgezien.

[20]

Zie over de causaliteit van nalaten J.S. Kortmann, Altruism in Private Law, Oxford University Press, 2005, p. 24-27, die op p. 26 illustreert dat de problemen ten aanzien van het bestaan van causaal verband veeleer gelegen zijn in de vraag óf een plicht bestaat.



[21]

In dit verband wordt ook wel gesproken van het “toevoegen” van schade.

[22]

Anders Hartlief, a.w., nr. 44, die (anders dan de Hoge Raad) uitgaat van een in rechte te respecteren belang bij niet-bestaan en in het verlengde daarvan opmerkt dat het juridisch technisch zeer wel mogelijk is om tussen niet-bestaan en bestaan te vergelijken.

[23]

Op dit punt wijkt de Hoge Raad af van de Conclusie van P-G Hartkamp voor het arrest, waaruit blijkt (nr. 52) dat juist het uitgangspunt dat Kelly geen recht kan doen gelden op haar eigen niet-bestaan c.q. haar eigen abortus de inhoud van de jegens haar geschonden norm beïnvloedt en in het verlengde daarvan de aan haar als gevolg van de normschending te vergoeden schade.

[24]

Hartlief, a.w., nr. 42 e.v. meent dat vermogensrechtelijk geen problemen zijn te verwachten van een vergelijking tussen bestaan en niet-bestaan omdat in geval van niet-bestaan geen kosten worden gemaakt. Deze opvatting sluit aan bij zijn vertrekpunt dat Kelly een recht kan doen gelden op haar eigen niet-bestaan.

[25]

Aldus ook P-G Hartkamp in zijn conclusie voor het arrest onder 46 en 52.

[26]

Aldus ook Hartlief, a.w., nr. 53.

[27]

Hetzelfde feitencomplex kan resulteren in de aanwezigheid van een lichtere handicap bij het kind. Een genetische afwijking komt namelijk niet altijd in dezelfde mate tot expressie. Hoewel de ouders in zo'n geval kunnen betogen dat zij op grond van de beschikbare informatie de zwangerschap zouden hebben laten afbreken (zij wisten immers op dat moment niet wat de mate van expressie zou zijn), is het moeilijk in te zien dat de schending van de jegens het kind geldende norm in zo'n geval het kind zelf recht geeft op vergoeding van alle kosten die aan zijn bestaan verbonden zijn.