

## Tilburg University

### De rekening van het kind

van Roermund, G.C.G.J.

*Published in:*  
Rechtskundig Weekblad

*Publication date:*  
1997

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
van Roermund, G. C. G. J. (1997). De rekening van het kind: Aansprakelijk voor 'wrongful birth'. *Rechtskundig Weekblad*, 60(39), 1313-1318.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## DE REKENING VAN HET KIND: AANSPRAKELIJK VOOR «WRONGFUL BIRTH»

### I. De zaak

Onder verwijzing naar het Hof Arnhem heeft de Hoge Raad der Nederlanden<sup>1</sup> een (tussen)arrest gecasseerd van het Hof Leeuwarden in de zaak van mevrouw O. tegen de gynaecoloog B. De zaak lag als volgt. De gynaecoloog heeft tijdens een operatie in maart 1986 bij O. een spiraaltje verwijderd en niet teruggeplaatst. Hij heeft haar daarover niet geïnformeerd, hoewel hij wist dat dat spiraaltje twee jaar eerder door hemzelf was geplaatst, omdat het echtpaar uitdrukkelijk geen kinderen meer wilde; hetgeen hij achteraf erkent als een beroepsfout. In augustus 1986 blijkt mevrouw O. (gehuwd, 2 kinderen, toentertijd 11 en 6 jaar) zwanger. Op 1 mei 1987 wordt, gezond en wel, het kind geboren. Het echtpaar leeft dan van een RWW-uitkering aan de man. Deze laatste lijdt aan een chronische ziekte. De gynaecoloog erkent aansprakelijkheid en zijn verzekeraar keert als voorschot onder algemene titel een bedrag uit van f 10.000,-. O. echter vordert voor de rechtbank een vergoeding voor de kosten van verzorging en opvoeding van het kind tot zijn achttiende jaar, alsmede een vergoeding voor inkomensderving en immateriële schade. De rechtbank wijst de eerste post toe, de laatste twee af. O. gaat in beroep bij het Hof, alwaar zij op nog meer bedenkingen stuit. Het Hof onderschrijft in beroep niet alleen het oordeel van de Rb inzake immateriële schade, maar stelt ook dat inkomensderving hier niet aan de orde is, omdat deze het gevolg is van een keuze van de vrouw om te stoppen met werken en voor haar kind te gaan zorgen. Bovendien meent het Hof dat slechts in bijzondere omstandigheden (met name een ernstige verlaging van de levensstandaard van betrokkene(n) gedurende een bepaalde periode) plaats is voor vergoeding van de kosten voor opvoeding en verzorging. Het stelt pp. in de gelegenheid deze bijzondere omstandigheden te bewijzen dan wel te betwisten. Het Hof overweegt daarbij dat van de vrouw weliswaar niet gevegd kan worden het kind, omwille van schadebeperking, te laten aborteren of af te staan, maar dat kosten voor verzorging en opvoeding van kinderen niet zonder meer voor vergoeding in aanmerking komen, daar het nu eenmaal de natuurlijke en door de wet opgelegde plicht van ouders is om hun kinderen te verzorgen en op te voeden.

Deze laatste redenering van het Hof blijkt een voorzet die door het cassatiemiddel succesvol wordt ingekopt: als mevrouw door een beroepsfout binnen het kader van een overeenkomst is opgepadeld met een nogal dure wettelijke plicht waar ze uitdrukkelijk niet om gevraagd heeft, dan heeft ze evident recht op schadevergoeding tot een redelijk bedrag van wat het vervullen van die plicht met zich meebrengt. De HR volgt deze redeneerlijn voluit, zij het met de kleine waarschuwing dat dit niet betekent dat elke rekening ten behoeve van verzorging en opvoeding voortaan naar de dokter gestuurd kan worden.

Wat betreft de vergoeding van schade wegens inkomensderving verloopt de procedure op ongeveer dezelfde manier. Het Hof had de Rb ondersteund in zijn afwijzing door te stellen dat in het algemeen aan het opvoeden van een kind het hebben van een (volledige) werkkring niet in de weg staat. Als de vrouw niet kan aantonen dat zij gedwongen is van werk af te zien en ervoor kiest om gedurende de eerste levensjaren van het kind niet te werken, dan komt dat voor haar rekening. Ook dat geeft volgens de HR blijk van een onjuiste rechtsopvatting, gelijk het middel stelt. Beoordeeld moet worden of haar keuze om tijdelijk niet te werken in de gegeven omstandigheden als redelijk kan worden beschouwd. Daarbij zal enerzijds gewicht moeten worden toegekend aan de vrijheid van de vrouw om haar leven met het oog op het belang van het kind zodanig in te richten als haar goedgevoelt, onverlet haar plicht tot schadebeperking. Anderzijds spelen de specifieke gezinsomstandigheden een belangrijke rol: aantal en leeftijd van de kinderen, de positie van de echtgenoot op de arbeidsmarkt, de financiële middelen van het gezin in het algemeen.

○ Aan vergoeding van immateriële schade brandt de HR zijn vingers niet. Het Hof meende dat de gang van zaken misschien tot min of meer sterk psychisch onbehagen had geleid, maar in ieder geval niet tot geestelijk letsel van een aard die schadevergoeding indiceert. De HR. laat dit oordeel voor wat het is, omdat het te zeer met feitelijke waarderingen verweven is om in cassatie ten toets te komen en in ieder geval niet blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

### II. De discussie

Dit arrest van de HR inzake zgn. 'wrongful birth' - het eerste in Nederland - zou misschien nauwelijks de aandacht hebben getrokken als het hierbij gebleven was. Maar de HR gaat een uitgebreid debat aan over een aantal denkmogelijkheden van principiële aard die door A.G. Vranken in zijn rijk gedocumenteerde conclusie naar voren zijn gebracht.<sup>2</sup> Het rechtscollege had zich daar op een meer apodictische manier vanaf kunnen maken, maar - gelukkig - verschaft het ons deze keer een kijkje in de keuken van de juridische benaderingswijze. Vranken heeft de HR voor een uitdaging geplaatst en de HR is erop ingegaan. Dat is ook de reden waarom de redactie van het NJB onmiddellijk een handvol reacties over het arrest heeft uitgelokt en gepubliceerd.<sup>3</sup> In de meeste ervan overweegt het oordeel dat de A.G. er met zijn «overdreven» (Legemaate) en «tobberige» (Verdonk) conclusie flink naast zat. Alleen Nieuwenhuis is genuanceer-

<sup>2</sup> Conclusie, *RvdW*, 1997, 54, p. 213 vv. Ik ben collega Vranken dank verschuldigd voor de wijze waarop hij mij inzage en inzicht in de zaak heeft gegeven.

<sup>3</sup> Zie *Nederlands Juristenblad*, 72, 1997, nr. 11, met reacties van Sutorius en Lijftogt, Leijten, Hirsch Ballin, Nieuwenhuis, Legemaate, Verdonk en Cobben.

<sup>1</sup> *H.R.*, 21 februari 1997, *RvdW*, 1997, nr. 54.

der.<sup>4</sup> Wat hem betreft ligt de grond voor de toekenning van schadevergoeding niet zonder meer bij de geringere financiële speelruimte die het echtpaar heeft gekregen door de ongeplande geboorte van het derde kind. Met Stolker<sup>5</sup> is hij van mening dat in dit geval, zoals bij mislukte sterilisatie, de aansluiting bij het systeem van de wet een meer specifieke grondslag impliceert dan het algemene aansprakelijkheidsrecht: een onderhoudsuitkering met alimentatie (dus: draagkracht-)trekken. Hij had dan ook van de HR willen vernemen «(...) of het gezin voor het geval schadevergoeding achterwege zou blijven, genoeg zou moeten nemen met een aanmerkelijke verlaging van zijn levensstandaard»<sup>6</sup> en hij had het in principe niet onredelijk gevonden als de aansprakelijkheid van de arts was beperkt tot de periode waarin door zijn fout drie, in plaats van de geplande twee, kinderen moesten worden onderhouden. Dat de ouders dan voor een langere periode voor twee kinderen moeten zorgen acht hij een mogelijke teleurstelling waarvoor de aansprakelijkheidsassuradeur van de arts niet hoeft op te draaien.

Daarmee is overigens nog niet gezegd dat Nieuwenhuis tot zijn inzicht komt om dezelfde redenen als die Vranken aandragt. Nieuwenhuis redeneert vooral vanuit een betere af-tasting van datgene waarop de HR zich ook op zegt te beroepen: het systeem van de wet. Vranken brengt wat hij noemt «ethische» redenen naar voren om te stellen dat schadevergoeding niet geïndiceerd is tenzij er bijzondere omstandigheden zijn die de draagkracht van het gezin aanmerkelijk zwaarder belasten dan zonder het handelen van een derde het geval zou zijn geweest. Zulke bijzondere omstandigheden spelen volgens hem als er sprake is van verkrachting, van een gehandicapt kind, van bijkomende materiële kosten (de noodzaak van uitzet, een groter huis (!), extra hulp, inkomstenderving door de keuze het kind te verzorgen) en ten slotte van armlastigheid. Ik meen te moeten opmerken dat, zeker in de omstandigheden van het geval voorzover uit het arrest kenbaar – via deze lijnen hetzelfde resultaat had kunnen worden bereikt als via de lijnen die de HR uitzet. De gedachte dat de HR de lijn van de sociale bewogenheid vertegenwoordigt versus een A.G. die de «ieder voor zich» benadering voorstaat, moet m.i. worden afgewezen. Het gaat om een verschil in fundamentele optiek, die wellicht in andere gevallen, maar waarschijnlijk niet in dit geval, tot andere uitkomsten zou leiden.

De HR wijst Vrankens benadering vooral af door haar te overdrijven. Hij overdrijft haar door ze terug te voeren naar het punt waarvandaan Vranken om retorische redenen ver-

<sup>4</sup> Ook Cobben zegt – uit ethische overwegingen – te voelen voor de positie van het Hof (en van de A.G.): geen schadevergoeding tenzij in bijzondere omstandigheden, met name verminderde draagkracht, maar ten eerste zie ik niet hoe dit voortvloeit uit zijn redenering en ten tweede laat hij die conclusie voorafgaan door een andere (waarvan ik de gevolgelijkheid al evenmin inzie) dat er plaats is voor ruim bemeten vergoeding van immateriële schade omdat de arts de vrouw «gedwongen heeft tot een existentiële keuze die ze zelf had willen voorkomen», nl. de beslissing zich als liefdevol opvoedende ouder tot een derde kind te gaan verhouden. Deze rechtstreekse doorvertaling van ethische in juridische termen lijkt mij de zaak niet te dienen.

<sup>5</sup> Zie diens proefschrift *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer, Kluwer, 1988.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 479 l.

trokken is: de zienswijze van Picker in een AcP-artikel uit 1995.<sup>6bis</sup> Deze laatste wijst het onderscheid af tussen enerzijds het bestaan en de waarde van het kind als persoon en anderzijds de opvoedings- en verzorgingskosten als schade-post. Het «hebben» van een kind brengt nu eenmaal onverbrekelijk verzorging en opvoeding met zich mee. Wie opvoeding en verzorging als schade betitelt teneinde die vergoed te krijgen, betitelt ook het hebben van het kind, ja het bestaan van dat kind als «schade». Dat is in strijd met de waardigheid van de menselijke persoon en kan ook nog eens psychisch belastend zijn voor het kind. De HR debatteert vooral met deze opvattingen, wijst ze af en trekt één lijn met zijn Duitse partner, het BGH. Daardoor gaat echter de nuance in het standpunt van Vranken verloren voor het oog van de haastige lezer. Vranken immers is van mening dat het standpunt van Picker in zijn radicaliteit *niet* deugt. Vanuit dat standpunt zou er immers geen ruimte zijn voor vergoeding van opvoedingskosten t.b.v. een kind dat geboren wordt na verkrachting, van extra verzorgingskosten t.b.v. een gehandicapt kind dat door een fout van een derde geboren wordt, van vergoeding van allerlei materiële kosten en eventuele immateriële schade. Zijn argument is eigenlijk dat onze rechtsintuïties op deze punten niet gedekt worden door de principes die Picker verkondigt (nr. 26). Echter: *precies hetzelfde* is het geval met de principes van een louter schadevergoedingsrechtelijk standpunt (nr. 25). Deze kunnen geen verklaring geven voor rechtsintuïties als:

- dat de schade beperkt zou moeten blijven tot de gemiddelde opvoedingskosten;
- dat de vrouw geen plicht heeft tot schadebeperking via abortus of afstand;
- dat de schade voortduurt tot het kind meerderjarig is, onverschillig of het achteraf wel of niet als gewenst en geliefd behandeld wordt;
- eventuele immateriële schade niet kan bestaan in het loutere ongenoegen bij de vrouw dat zij een kind heeft op te voeden dat zij niet gewenst heeft en waarop zij niet had gerekend;
- dat het kind zelf geen «wrongful life»-vordering toekomt.

Vrankens vraag, liever gezegd: zijn uitdaging, is: als noch een zuivere *Wertungsjurisprudenz*, noch een loutere schadevergoedingsrechtelijke benadering onze rechtsintuïties verklaren, welke principes zitten er dan wel achter een beslissing tot schadevergoeding? En zijn suggestie is: heeft Picker toch niet een klein beetje gelijk, omdat bij al deze rechtsintuïties het morele besef een rol lijkt te spelen dat het bestaan van een kind nooit en te nimmer als een vermogensrechtelijke schade-post mag worden beschouwd?

### III. Kanttekeningen

Kennisname van dit arrest en de conclusie, alsmede de eerste commentaren, bezorgt mij een gevoel van grote vreemding. Deze wordt niet zozeer gevoed doordat het juridisch kennelijk doorzichtig is om onder de noemer «*wrongful birth*» schadeveroorzakend handelen te scharen dat nu eens gepleegd wordt door een verkrachter, dan weer door

<sup>6bis</sup> E. PICKER, Schadenersatz für das unerwünschte Kind ('wrongful birth'), Medizinischer Fortschritt als Zivilatorischer Rückschritt', *Archiv für civilistische Praxis*, 195, 1995, pp. 483-547.

een fabrikant die een geneesmiddel produceert dat niet deugt, dan weer door een arts die – heel vervelend – in een ogenblik van onoplettendheid een fout maakt. Een dergelijke bonte verzameling dwingt immers tot aanvaarding van een welbepaald perspectief op de zaak: het vermogensrechtelijke. Des te meer echter verbaast het mij dat er aan dit arrest allerlei morele aspecten worden vermoed die ik alsmaar niet in het oog krijg. De oud-A.G. Leijten – toch niet voor een kleintje vervaard – heft zelfs zijn handen ten hemel bij het zien van het morele Salomonsoordeel waartoe de rechter heden ten dage geroepen wordt en neemt zich ter plekke voor, er na lange studie en contemplatie elders (vermoedelijk in *Rechtsfilosofie en rechtstheorie*) op terug te zullen komen.<sup>7</sup>

Ik maak enige kanttekeningen, al was het maar om van mijn verbazing te bekomen. De samenvattende portee ervan is, dat Vrankens weergave van onze rechtsintuities op de zo-even genoemde punten voor discussie vatbaar is, en dat dus de vraag welke andere dan schadevergoedingsrechtelijke principes ons denken beheersen, in het gegeven geval nauwelijks aan de orde komt. Ik pleit voor een scherpere doordinking van de rechtsleer in plaats van een vlucht vooruit in de ethiek.

A. Met de HR ben ik van mening dat het toekennen van schadevergoeding aan iemand die door een (erkende) beroepsfout van een arts zwanger wordt, in weerwil van het feit dat met deze persoon overeengekomen behandeling in het teken stond van het voorkomen van zwangerschap, niet impliceert dat het kind dat geboren wordt op wens van de ouders, als een schadepost wordt aangemerkt. De redenering die achter deze laatste zienswijze steekt, lijkt immers ongeveer de volgende te zijn:

- om schade te vergoeden, moet er eerst schade zijn;
- er is geen schade, want het enige dat er is, is een gezond kind;
- dus valt er geen schade te vergoeden.

De redenering is geldig, maar levert geen juiste conclusie op, omdat de tweede premisse onjuist is. Als het kind, of het bestaan van het kind zelf, werkelijk als schade zou moeten worden opgevat, dan zijn er nog veel onzinniger redeneringen mogelijk. Wat te denken van de volgende:

- de arts heeft de schade veroorzaakt;
- omdat de schade identiek is aan het bestaan van het kind, betekent dit dat de arts een kind veroorzaakt heeft;
- tegen de arts is een vaderschapsactie in te stellen.

Filosofen zouden deze knoop ontwarren door te wijzen op het feit dat verschillende omschrijvingen naar dezelfde entiteit kunnen verwijzen zonder hetzelfde te betekenen: «de morgenster is de avondster» is geen tautologische mededeling, hoewel de gebruikte beschrijvingen beide naar de planeet Venus verwijzen. Zo ook kunnen de uitdrukkingen «het geliefde derde kind van het echtpaar O.» en «de grootste kostenpost voor het echtpaar O.» naar hetzelfde kind verwijzen, zonder dat men daaruit kan afleiden dat het kind op die manier voor het oog van de hele samenleving wordt gereduceerd tot een negatieve economische grootheid.

We moeten inderdaad beseffen dat het hier om een vermogensrechtelijk perspectief gaat dat alleen maar tot gelding kan komen als we niet te snel naar een morele versnel-

ling schakelen. Om de veroorzaakte schade in het juiste licht te zien zouden we dan ook in de eerste plaats vergelijkingen moeten zoeken met vermogensrechtelijke contexten. Stel bijvoorbeeld dat ik een overeenkomst sluit met een makelaar die mijn situatie zeer goed kent. Ik draag hem op tegen een bepaalde vergoeding, mijn huis aan de Tilburgse grachtengordel te verkopen en een eenvoudig appartement in dezelfde buurt aan te kopen, omdat ik de lasten van het huis niet meer kan of wil dragen. De makelaar verkoopt mijn huis, maar omdat hij bij het maken van de afspraken juist terug was van een alcoholische lunch, geen notities heeft genomen, noch mijn bevestigingsbrief van de afspraak heeft gelezen, koopt hij vervolgens voor mij geen simpel appartement, maar een nog groter huis, dat mij nog meer zal gaan kosten. In dat geval veroorzaakt hij schade, hoezeer het ook waar is dat het huis op zich piekfijn in orde is en een belangrijk onderdeel zou kunnen vormen van mijn vermogen. Het feit dat hij aanbiedt de overdrachtskosten voor zijn rekening te nemen, doet daar niet aan af, gegeven dat ik duidelijk kenbaar heb gemaakt het tegenovergestelde te willen van waar hij mee aankwam. Terug nu naar de casus: de schade bestaat erin dat er op de begroting van het echtpaar een post uitgaven is geforceerd die er eerst niet op stond en die het echtpaar er ook duidelijk niet op wilde hebben, door toedoen van iemand die uit een eerdere overeenkomst met dezelfde partij diende te begrijpen dat deze laatste er veel aan gelegen was om het ontstaan van die post te voorkomen.

B. Om een benadering vanuit het schadevergoedingsrecht af te wijzen is ook geargumenteed dat het kind gekwetst zou kunnen worden wanneer het door het leven moet met het besef niet gewenst te zijn geweest, ja zijn voortbestaan eigenlijk te danken te hebben aan de geldelijke steun van derden. Vanwaar deze roerende juridische zorg voor de kinderziel? In dit geval was gezinsuitbreiding niet gewenst, maar het kind kennelijk wel. Er is voldoende empirische steun, zou ik menen, voor de hypothese dat kinderen, mits verder niet te zeer gekoeieneerd, betrekkelijk weinig last hebben van het besef dat hun geboorte niet direct in de bedoeling van de ouders lag – wat heel iets anders is dan niet gewenst te zijn. Als alle kinderen die zich in het verleden hebben gerealiseerd dat hun conceptie «een ongelukje was» (of in Roomsche tijden: een vurige wens van de pastoor) gekweld zouden worden door groot psychisch leed, had men daar – bijvoorbeeld te Nijmegen – al lang onderzoek naar gedaan. En wat de geldelijke ondersteuning betreft: het zal de ouders – die blijkens de data van het arrest toch al een jaar of tien op een schadeloosstelling zitten te wachten – weinig moeite kosten om het betreffende kind duidelijk te maken dat voor zijn levensonderhoud niet is betaald door een boosdoener of weldoener in persoon, maar door een verzekering waar uiteindelijk een groot gedeelte van de samenleving aan meebetaalt. Wat dat betreft verschilt hun situatie niet van ouders die voor het onderhoud van hun kinderen gebruik maken van sociale voorzieningen als – ik noem eens wat – de kinderbijslag.

C. Dat in gevallen als deze het schadevergoedingsrecht in de sleutel komt te staan van de alimentatieverplichting, en dat dus het draagkrachtprincipe een belangrijke rol gaat spelen, komt mij al evenzeer raadselachtig over. Alimentatieverplichtingen lijken mij daar te ontstaan waar ter fine van

<sup>7</sup> LIJTEN, *ibid.*, p. 477.

liquidatie van een plicht tot (wederzijdse) ondersteuning in de materiële lasten van het samenleven, continuering van de levensstandaard van betrokkene(n) vereist kan worden nadat partijen de lusten tot samenleven zijn vergaan. Een geneeskundige behandelingsovereenkomst heeft niet die verbintenis tot steun in zich die een samenlevingsovereenkomst dan wel een huwelijk of in het algemeen een familierelatie kenmerkt. Het opvallendste aan een overeenkomst tot geneeskundige behandeling is naar mijn smaak dat er een sterke inspanningscomponent aan de verbintenis zit. Zo willen sterilisaties wel eens mislukken – alle gevallen in Nederland die de A.G. noemt<sup>8</sup> betreffen inderdaad mislukte sterilisatie – om dezelfde reden als andere operaties wel eens niet het gewenste resultaat hebben: al zijn de dokters knap, het menselijk lichaam blijft een ingewikkeld organisme. Omdat in onze samenleving de overtuiging is gegroeid dat er ondanks alle onzekerheid ruimte moet zijn om de aansprakelijkheid voor het risico aan de kant van de (verzekerde) arts te leggen, terwijl het anderzijds onbillijk is om het onzekere resultaat geheel en al voor zijn rekening en risico te laten komen, zoekt men voor het bepalen van de hoogte van een beperkte schadevergoeding aansluiting bij andere gevallen waarin het om levensonderhoud gaat. Maar dat wil nog niet zeggen dat er nu «alimentatierechtelijke» facetten geslepen kunnen worden aan de rechtsbetrekking die hier aan de orde is: een geneeskundige behandelingsovereenkomst. In het gegeven geval is een dergelijke analogie extra vreemd, omdat het niet gaat om een minder wenselijk resultaat van een overigens goed uitgevoerde behandeling, maar om een evidente wanprestatie in de behandeling zelf: er bleek in de operatie helemaal geen contraceptieve maatregel toegepast waar die in een eerder stadium juist gewenst was gebleken. Dat verschil spreekt des te meer, wanneer men zich realiseert wat de rechtsgevolgen zouden zijn wanneer wij een ander verzekeringsregime zouden prefereren. Het zou immers denkbaar zijn dat patiënten zich voor bepaalde operaties als sterilisatie zouden moeten bijverzekeren. Zo'n verzekering zou overeenkomsten vertonen met een reisverzekering: er volgt een uitkering als zich bepaalde risico's verwezenlijkt hebben die nu eenmaal nooit geheel uit te sluiten zijn. In het gegeven geval echter zou er onmiskenbaar geen beroep op zo'n verzekering kunnen worden gedaan, althans niet zonder verhaalsmogelijkheid op de verzekering van de arts. Want het handelen zelf van de arts staat ter discussie, niet het resultaat ervan.

D. Het enige punt dat niet verklaard lijkt te kunnen worden vanuit een schadevergoedingsrechtelijk standpunt is dat de vrouw niet geacht wordt de schade te beperken door de zwangerschap te laten afbreken dan wel afstand te doen van het kind. Dit is een belangrijk punt, want als deze overweging niet uit een zuiver schadevergoedingsrechtelijk oogpunt verklaard kan worden, heeft Vranken in ieder geval in beginsel gelijk dat hier de ethiek met kracht het recht binnenkomt. De suggestie van die tweede mogelijkheid wekt overigens verwondering, omdat afstanddoen nauwelijks aangemerkt kan worden als schadebeperking. Immers, het kind is er, het zal verzorgd en opgevoed moeten worden en of die

kosten nu door de vrouw of door een tehuis worden gemaakt, maakt in wezen niets uit.

De andere mogelijkheid van schadebeperking is abortus. Laten we nog even terugkeren naar de vergelijking met de makelaar die mij tegen mijn wil een groter huis koopt dan waarvoor ik wens op te draaien. In het geval van het huis kan het kwaad misschien gekeerd worden doordat de makelaar het ongewenste pand vliegensvlug weer van de hand doet. In ieder geval zal ik de makelaar niet kunnen laten opdraaien voor de kosten door achteraf toch maar te besluiten het grotere huis te houden. Stel echter dat ik voor langere tijd op reis ben gegaan en de makelaar het huis in mijn naam geleverd heeft gekregen, dan zal hij mij toch minstens de kosten moeten vergoeden die gedurende mijn afwezigheid zijn ontstaan. Een kind vliegensvlug van de hand doen zo gauw het zich aankondigt, is een vorm van schadebeperking die in onze maatschappij (gelukkig) niet als vanzelfsprekend wordt beschouwd, al zal de vrouw die in de gegeven situatie voor een abortus zou kiezen, misschien weinig moreel verwijt vanuit de maatschappij treffen. Als men deze maatschappelijke opvattingen het ethische aspect van de casus wil noemen, dan mag dat wat mij betreft, maar het gaat hier wel om «een ethiek van twee kwartjes», om een staande uitdrukking van wijlen Nico Luijpen te gebruiken. Veeleer zou ik menen dat er dogmatisch onzindelijk geredeneerd wordt. Anders dan Vranken (nr. 23) ben ik dan ook van mening dat de dogmatiek van het schadebegrip ons hier wel degelijk verder helpt. Wat is het verschil tussen de twee gevallen die ik vergeleken heb? In het geval van de huisaankoop is het huis het rechtsobject dat in mijn vermogen valt. In het geval van het kind gaat het om een rechtssubject voor wie de ouders met hun vermogen hebben in te staan. Schade beperken kan niet betekenen: de positie van het rechtssubject aantasten (laat staan vernietigen) terwille waarvan de kosten gemaakt worden die tot vergoeding aanleiding geven want het begrip onderscheid rechtssubject-rechtsobject is constitutief voor het begrip schade. Mijn makelaar kan ook niet eisen dat ik – om zijn schade te beperken – mij met terugwerkende kracht krankzinnig laat verklaren, zodat mijn opdracht alsnog nietig zal blijken. Dit principe zou overigens ook gelden wanneer dat rechtssubject een rechtspersoon was; bijvoorbeeld, een patiënt die door een arts wordt aangesproken tot vergoeding van schade kan moeilijk van de arts eisen dat hij de schade aan zijn maatschap toegebracht beperkt door de maatschap op te heffen.

Het is dus eerder de logica van de juridische begrippen dan ons hoogstaand moreel besef over de waarde van het menselijk leven die hier zijn werk doet. Overigens wil ik graag toegeven dat iets van dit moreel besef in die logica is neergeslagen, maar het is er al lang niet meer in zuivere vorm uit te distilleren. Tenslotte: er rust op de vrouw volgens de HR wel degelijk een plicht tot schadebeperking in vermogensrechtelijke zin. En vermogensrechtelijk is het kind niet de schade, zoals we al gezien hebben, maar de kosten die ten behoeve van het kind moeten worden gemaakt.

E. Een les in juridische moraal lijkt vooral het Hof Leeuwarden te krijgen, en wel op twee punten. Ten eerste had het Hof niet het standpunt mogen betrekken dat, grof gezegd, kinderen krijgen een gezonde zaak is en dat dus alleen in bijzondere omstandigheden, met name de draagkracht betreffende, de arts voor vergoeding van kosten aangesproken kan

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 214, nr. 10.

worden. Ten tweede had het Hof niet de opvatting mogen huldigen dat het in zulke omstandigheden in beginsel voor rekening van de vrouw komt om gedurende kortere of langere tijd haar baan op te geven en voor het kind te zorgen. Wat het eerste betreft zou ik menen dat het Hof een juridische, geen morele black-out moet hebben gehad door te pogen aansprakelijkheid voor zo'n zuivere beroepsfout te keren door een argument (wettelijke plicht) dat als een boemerang zou werken. Wat het tweede betreft mag men met enige nieuwsgierigheid uitzien naar het besluit van het Hof Arnhem dat de zaak gaat afhandelen: hier zullen immers door de vrouw wel «bijzondere omstandigheden» moeten worden aangevoerd, met name de gezinssituatie betreffende. Het valt op dat het Hof Leeuwarden niet op *beide* punten de gelegenheid gaf tot het aanvoeren van bijzondere omstandigheden: als dat t.a.v. het eerste punt het spoor was, zou men verwachten dat t.a.v. tweede punt datzelfde spoor gevolgd zou worden. Het lijkt erop dat het Hof met (rechts)politiek gemotiveerde vastbeslotenheid de vrouw de weg naar een hoge schadevergoeding heeft willen versperren en in zijn drift enkele juridische evidenties over het hoofd heeft gezien.

F. Dan is er ook nog een en ander op te merken over het ethisch gehalte van de beslissing van de HR zelf. Ik vind het arrest op dat punt enige tegenstrijdige aspecten hebben. Het zoeken naar een grens aan de vergoeding doet wat vreemd aan wanneer men het arrest leest als een eerbetoon aan «de waarde van nieuw leven in de rechtsorde»<sup>9</sup> De HR waarschuwt dat de ouders niet alles zullen kunnen declareren en dat uitgaven die het gemiddelde overstijgen hun eigen keuze zullen zijn, waarvoor zij zelf hebben te betalen. Ongetwijfeld zou dit anders hebben gelegen wanneer het kind gehandicapt zou zijn geweest en bijzondere zorg nodig zou hebben gehad. Maar stel nu eens dat het kind op jonge leeftijd over zeer uitzonderlijke muzikale gaven blijkt te beschikken, waar geen enkele NIBUC-norm op berekend is. Binnen de kortste keren moet er een reuzenharp worden aangeschaft, moeten er pedagogen van naam worden ingehuurd en moeten er buitenlandse verblijven worden georganiseerd. Dan wordt, niet vanwege de spilzucht van de ouders, maar vanwege hun plicht dit derde kind zich ten volle te laten ontplooiën naar zijn persoonlijke, maar toevallig wel dure mogelijkheden,<sup>10</sup> de vraag naar de grens heel wat interessanter. De arts zelf zou zijn eigen kind onmiddellijk deze ontplooiingsmogelijkheden gunnen en geven. Zou het aansprakelijkheidsrecht hem niet moeten dwingen open te staan voor schadevergoeding van dergelijke, nog niet bekende kosten? Waarom zouden de kosten van een handicap wel en de kosten van een talent niet vergoed moeten worden, als in de opvoeding niet «het gemiddelde», maar het respect voor de persoonlijkheid van het kind de norm is?

<sup>9</sup> Aldus Hirsch Ballin in de titel van zijn eerder geciteerde reactie, p. 477 r.

<sup>10</sup> Op dit punt is een blik over de grens interessant. Art. 2, Abs. 1 Gg luidt: «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.»

Opvallend is ook – en hierin verschil ik lichtelijk van mening met Sutorius en Lijftogt<sup>11</sup> – dat de HR ter inperking van de schadevergoedingsplicht zich verschuilt achter de Rb die de meerderjarigheid (18 jaar) als grens heeft genomen, terwijl de «onderhoudsgerechtigde leeftijd» bij 21 jaar ligt (art. 1:385a BW), zoals de A.G. opmerkt. Hoewel de HR de limiet niet uitdrukkelijk bekrachtigt, zet hij er ook geen vraagtekens bij, wat uit een oogpunt van consistentie voor de hand had gelegen. Het gaat immers van meet af aan om een aanspraak op vergoeding voor kosten voortvloeiend uit de onderhoudsplicht zoals de wet die voorschrijft. Dat is immers wat de HR het Hof heeft ingepeperd.

Een derde onevenwichtigheid wordt gevormd door de wijze waarop de HR omgaat met het laatste element van het cassatiemiddel, dat zich keert tegen het afwijzen van vergoeding van immateriële schade. Dit punt wordt op de bekende wijze «dichtgetimmerd». Het oordeel van het Hof lijkt de HR dermate «met feitelijke waarderingen verweven» dat het in cassatie niet ten toets hoeft te komen. Deze snelle toverformule staat in duidelijk contrast met de vrij uitvoerige beschouwingen die de HR zich veroorlooft ten aanzien van andere aspecten van de zaak die niet minder met de feiten verweven zijn (zoals met name de inkomstenderving). De peremptoire wijze waarop het Hof «min of meer sterk psychisch onbehagen» omtrent een in beginsel niet gewenste zwangerschap (met alle consequenties van dien voor bijvoorbeeld het arbeidsperspectief van de vrouw) onderscheidt van «psychisch letsel» door die ervaring opgelopen, terwijl het bovendien fijntjes opmerkt dat juist dit laatste niet is gesteld, lijkt mij in beginsel vatbaar voor een correctie analoog aan die n.a.v. het tweede onderdeel: het zou juist zijn geweest de vrouw in de gelegenheid te stellen aannemelijk te maken dat dit onbehagen zo sterk was dat van letsel van enige duur en ingrijpendheid kan worden gesproken. Psychisch incasseringsvermogen is immers geen voldoende grond om vergoeding van gederfde levensvreugde te onthouden, zoals financiële draagkracht geen reden is om vergoeding van schade aan eigendommen te ontzeggen.

4. Ten slotte: het arrest staat voor mij sterk in het teken van wat ik de assurantie-ethiek in onze samenleving zou willen noemen. Aan de ene kant zorgt die assurantie-ethiek ervoor dat rechtsaanspraken tot schadevergoeding zich ontwikkelen in een gevecht tussen enerzijds een particulier die zijn schade vergoed wil hebben en anderzijds een verzekeringsconcern dat primair winst wil maken en kijkt wat op termijn daartoe de beste tactiek is. Die laatste positie is een fundamenteel andere dan die van degene die de schade veroorzaakt heeft en misschien zoveel mogelijk buiten schot wil blijven. Zowel morele als economische handelingsmotieven liggen anders (bv. de vrees voor precedentwerking). Misschien heeft de arts zich wel zeer geschaamd dat zijn assuradeur in eerste instantie op de proppen kwam met het aanbod van 10.000 gulden schadevergoeding onder algemene titel. Ik krijg in ieder geval sterk de indruk dat de arts door de verzekeringsmaatschappij het veld ingestuurd is om er zo goedkoop mogelijk vanaf te komen. Het zou mij ook niet verwonderen als de vrouw pas juridische hulp is gaan inroepen en dus (DUS) op het idee gebracht werd van een schadevergoeding naar Amerikaans voorbeeld (een houding die de

<sup>11</sup> *NJB*, 72, 1997, p. 476 r.

verbetenheid van het Hof zou kunnen verklaren), toen zij zich met de aangeboden 10.000 gulden voor het lapje gehouden voelde (en terecht). Dan zou dus de verzekeraar wind gezaaid en storm geogst hebben – een storm die de HR uiteindelijk enigszins binnen de perken moest houden door toepassing van enige inconsistenties nadat het Hof te grof geschut had gebruikt. In de tweede plaats heeft de assurantie-ethiek tot gevolg dat juridische aansprakelijkheid nagenoeg los komt te staan van maatschappelijke verantwoordelijkheid: het bruikbaar houden van juridische aansprakelijkheid wordt eerder congruent met het in stand houden van de economische voorwaarden voor het continueren van bepaalde verzekeringstechnieken dan met het bevorderen van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.

De uitspraak van de HR lijkt mij niet in de eerste plaats, en misschien wel helemaal niet, op het conto te schrijven van een moreel gefundeerd zorgvuldigheidsbesef dat het bestaande recht openbreekt. Ons moreel besef in dezen is vooral afhankelijk van de mate waarin conflicten kunnen worden afgedempt en ingedamd doordat de schadegevolgen in termen van vermogen verzekeringstechnisch oneindig kunnen worden verdund over de hele samenleving.<sup>12</sup> Stel dat de arts met zijn persoonlijk inkomen had moeten instaan

voor risico's als zich in het gegeven geval hebben verwerkt: het risico is onverzekerbaar, zijn maatschap betaalt niet en hij kan geen hogere rekeningen schrijven voor zijn behandelingen. In dat geval zou de vrouw het waarschijnlijk hebben moeten stellen met een bloemetje van de arts bij de geboorte van het derde kind. De HR zou geredeneerd hebben: als we artsen met dergelijke risico's opzadelen, dan zijn er binnenkort geen artsen meer (iets wat mevrouw, gelet op haar kennelijke behoefte aan medische hulp, zelf ook niet zou willen). Het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw zou dan gediend zijn met het niet-honoreren, ja zelfs het inslikken van de eis tot schadevergoeding. Alleen doordat onze samenleving een uitgebreid verzekeringsinstrumentarium heeft ontworpen waar nagenoeg alle leden van die samenleving aan meebetalen, kunnen wij ons een moreel besef permitteren dat de arts voluit aansprakelijk stelt, *voor zover* hij althans verzekerd is (zie rechtsoverweging 3.11). Echter: niet de waarde van een kind, maar de waarde van een arts komt daarin tot uitdrukking.

*Bert van Roermund*

<sup>12</sup> Zie hiervoor F. EWALD, *L'état providence*. Paris, Grasset, 1986, en «A concept of social law», in G. TEUBNER (red.), *Dilemma's of law in the welfare state*, Berlin – New York, De Gruyter, 1986, pp. 40-75.