

Het Zijn Of Het Niet

*Ongewenst zwanger door beroepsfout
gynaecoloog.*

1. casusbeschrijving

Carolien heeft een operatie ondergaan waarbij een oud spiraaltje vervangen zou zijn door een nieuwe, althans dat dacht ze, want de gynaecoloog was na de verwijdering van het oude spiraaltje een nieuwe vergeten in te zetten. Na verloop van tijd bemerkt Carolien dat zij toch zwanger is geraakt.

Carolien en haar man Gerard wensen vooral om financiële redenen geen gezinsuitbreiding.

2. Rechtsvraag

Carolien vraagt advies of zij de schade die zij zal lijden vergoed kan krijgen en wanneer dit het geval zou zijn, op grond waarvan en van wie. Tevens wil zij weten mocht er een aansprakelijke aangewezen worden, welke gronden van verweer deze dan kan aanvoeren. In het advies worden zowel juridisch technische als maatschappelijk-juridische aspecten inbegrepen.

3. Schadevergoeding

Om haar eerste vraag te kunnen beantwoorden moet er gekeken worden of de acties waar mee er schadevergoeding geëist kan worden toepasbaar zijn. Met andere woorden er moet gekeken worden of er in dit geval sprake is van wanprestatie of onrechtmatige daad.

Voor haar tweede vraag moet er gekeken worden naar uitsluitingsgronden die de tegenpartij kan aanvoeren om aan haar aansprakelijkheid en dus vergoeding van de schade te ontkomen.

3.1 Aansprakelijkheid

In de eerste plaats dient er gekeken te worden of in casu de gynaecoloog aansprakelijk gesteld kan worden. Carolien en de gynaecoloog hebben een overeenkomst welke inhoudt dat de gynaecoloog het spiraaltje vervangt door een nieuwe. Deze overeenkomst valt onder de behandelingsovereenkomst, art. 7:446 BW. Omdat deze overeenkomst binnen de contractuele sfeer ligt valt het niet naar behoren uitvoeren van deze overeenkomst onder de wanprestatie. Om een beroep te

kunnen doen op wanprestatie dient er te worden voldaan aan de eisen van art. 6:74 BW.

Er moet sprake zijn van een tekortkoming in de nakoming waardoor schade is ontstaan welke toerekenbaar is en causaal verband moet hebben met het doen of nalaten van de aangesprokene. Ook dient er verzuim te worden ingesteld wanneer de nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is.

Of er in een situatie als deze schade is wordt door sommige betwist. Deze zeggen namelijk dat de geboorte van een kind nooit als schade mag worden gezien. De Hoge Raad deelt deze mening, maar omzeilt dit probleem op tactische wijze. De Hoge Raad stelt dat het kind aanzich niet als schade mag worden aangemerkt maar dat er bijzondere omstandigheden zijn waardoor de kosten voor opvoeding, gederfd inkomen of immateriële schade wel voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. Over de schade zal ik verder uitweiden in de volgende paragraaf.

Door het feit dat Carolien en de gynaecoloog een afspraak hadden voor het plaatsen van een nieuw spiraaltje en de gynaecoloog dit niet heeft gedaan is er sprake van een tekortkoming in de nakoming.

Het nalaten van het plaatsen van het spiraaltje door de gynaecoloog is toerekenbaar. Om deze fout aan te tonen is het in beginsel voldoende dat door de fout een risico is geschapen dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Deze behandelingsovereenkomst moet

uitgevoerd worden met in acht name van de zorg van een goed hulpverlener en in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid. Met andere woorden de gynaecoloog dient te handelen zo als het een goede hulpverlener met deze professie betaamt, art 7: 453 BW. Dat een goed hulpverlener het spiraaltje had moeten vervangen kan je op je klompen al aanvoelen en ook in het arrest *Wrongful Birth* werd het nalaten van plaatsen van het spiraaltje toerekenbaar geacht.¹

Het causaal verband in deze is evident. Het nalaten van de gynaecoloog is een noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van de schade. Had de gynaecoloog niet nagelaten het spiraaltje te plaatsen dan was Carolien niet zwanger geworden en zou er geen doorkruising van de gezinsplanning plaatsvinden.

In deze situatie is nakoming blijvend onmogelijk, dus hoeft er geen verzuim te worden ingesteld. Ook al zou de overeenkomst inhouden het spiraaltje te vervangen en het voor de gynaecoloog nog mogelijk zijn het spiraaltje te plaatsen, waardoor letterlijk de overeenkomst nog wel na te komen is. Er moet echter tussen de regels van de overeenkomst door gelezen worden en er moet gekeken worden naar het doel van die overeenkomst, namelijk het voorkomen van bevruchting van de eikel.² Carolien is reeds zwanger en

¹ HR 21- 02- 1997 NJ 1999, 145 *Wrongful birth*, r.o. 3.7.

² HR 13- 03- 1981 NJ 1981, 635 *Haviltex*

daardoor is het nakomen van de prestatie blijvend onmogelijk.

Het gaat hier om een medische fout die de gynaecoloog heeft gemaakt, waardoor hem toegerekend kan worden dat hij tekort geschoten is in de nakoming in zijn verbintenis met Carolien. In verband met art. 6:74, 6:96 en 6:98 BW, in onderlinge samenhang brengt dit met zich mee dat de gynaecoloog aansprakelijk is voor alle vermogensschade die in zodanig verband met die fout staat dat zij hem naar de maatstaf van art. 6:98 BW als gevolg van die fout kan worden toegerekend.

Al met al lijkt wanprestatie van de gynaecoloog aantoonbaar. Wellicht wordt de behandeling van de gynaecoloog uitgevoerd namens een ziekenhuis. Dan maakt het ziekenhuis gebruik van een hulppersoon die daarnaast ondergeschikte is, art 6:76 j° 6:74 BW. De tekortkoming die uit deze verbintenis voortvloeit, is het niet nakomen van een afgesproken prestatie die wel reeds opeisbaar is, art. 6:38 BW. Bovendien is er voor de gynaecoloog geen geldige reden om zich te beroepen op een opschortingrecht.

3.2 Vormen van schade

Schade die op basis van een wettelijke verplichting dient te worden vergoed, bestaat uit vermogensschade en ander nadeel, voor het laatste geldt voorzover dat uit de wet voort vloeit, art. 6:95 BW. Hierbij komt wel dat Ca-

rolien de nodige moeite moet nemen om de schade te beperken, art 6:96 lid 2 BW.

Ook immateriële schade kan voor vergoeding in aanmerking komen, art. 6:106 BW. Art. 6:98 BW stelt dat er een causaal verband moet zijn tussen de geleden schade en de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de gynaecoloog berust, dat zij hem mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als gevolg van de gebeurtenis kan worden toegerekend.

Materiële schade

Onder materiele schade in deze zaak zouden opvoedingskosten en het genderd inkomen kunnen vallen. De Hoge Raad stelt dat de opvoedingskosten wel voor schade aangemerkt kunnen worden, maar dan moet er wel sprake zijn van een bijzondere reden.³ De kosten zijn veroorzaakt door een beroepsfout van de gynaecoloog en moeten derhalve voor schadevergoeding in aanmerking komen. Deze vergoeding wordt uitsluitend toegekend in bijzondere situaties en alleen wanneer het kind ongewenst is. Voor Carolien en haar echtgenoot is het kind ongewenst om financiële redenen.⁴

De kosten die voor vergoeding in aanmerking komen zijn de kosten die gelijk staan aan de normale kosten die aan de opvoeding verbonden zijn. De

³ HR 21- 02- 1997 NJ 1999, 145 Wrongful birth, r.o. 33

⁴ HR 21- 02- 1997 NJ 1999, 145 Wrongful birth, r.o. 39

hoogte van de normale kosten van de opvoeding van een kind worden gebaseerd op gegevens van het NIBUD.⁵

Voor vergoeding van het gederfde inkomen zou Carolien in aanmerking kunnen komen, maar dan moet er wel aan de eisen worden voldaan. Enerzijds stelt de Hoge Raad dat de vrijheid van de vrouw om haar leven met het oog op het belang van het kind zodanig in te richten als haar met het oog daarop goeddunkt, en aan de andere kant dat de vrouw de schade moet beperken tot wat redelijkerwijs van haar gevergd kan worden.⁶

De Hoge Raad zegt dat in het algemeen het werken niet aan de opvoeding van een kind in de weg staat. Voor het wel toekennen moet een goede motivatie zijn.⁷ In het *Wrongful Birth* arrest eiste de moeder 10 jaar vergoeding voor inkomensderving. De Hoge Raad wees deze vordering af, maar stelt daarbij dat wanneer zij de inkomensderving op 1- 1,5 jaar had geschat de vordering meer kans van slagen had gehad.⁸ Ook wordt rekening gehouden met de specifieke omstandigheden van de gezinssituatie, het aantal en de leeftijd van de kinderen, de betrokkenheid van een echtgenoot in het arbeidsproces en financiële middelen van het gezin. Ook voerde de Hoge Raad in dit arrest aan dat de echtgenoot van de vrouw werkeloos

was en het niet aannemelijk was dat hij binnenkort weer aan het werk zou gaan waardoor hij de opvoeding van het kind op zich zou kunnen nemen en de vrouw om die reden niet belet was om te werken.

Immateriële schade

Voor het vergoeden van immateriële schade is vereist dat, “De pijn de last en het psychische onbehagen van de zwangerschap en de geboorte de normale grenzen overschrijden.” Carolien zou dus alleen aanspraak kunnen maken op deze vorm van schadevergoeding als er aan dit vereiste is voldaan. Dat het niet onmogelijk is om immateriële schadevergoeding in dit soort situaties te vorderen blijkt ondermeer uit het *Kelly Arrest*.⁹ Bij een gezond kind lijkt dit niet aannemelijk te maken.¹⁰ Bij *Kelly* is er wel immateriële schade. Deze zaak verschilt echter met de zaak van Carolien, omdat daar een gehandicapt kind geboren was. De onrechtmatigheid was gelegen in het feit dat de arts niet aan zijn verplichting had voldaan 7:448 j° 7:453BW. Hij had nagelaten een prenataal onderzoek uit te voeren, als dit onderzoek wel was uitgevoerd dan was aangetoond dat de kans op een ongezond kind aanmerkelijk aanwezig was en dan had de moeder haar zelfbeschikkingsrecht kunnen uitoefenen en kunnen beslissen het kind niet te nemen. Het kind wordt geboren met een handicap. De moeder van *Kelly* heeft

⁵ HR 21- 02- 1997 NJ 1999, 145 *Wrongful birth*, r.o. 11

⁶ HR 21- 02- 1997 NJ 1999, 145 *Wrongful birth*, r.o. 3.13.2.

⁷ HR 21- 02- 1997 NJ 1999, 145 *Wrongful birth*, r.o. 36.

⁸ HR 21- 02- 1997 NJ 1999, 145 *Wrongful birth*, r.o. 39.

⁹ HR LJN: AR5213, Hoge Raad, C03-206HR *Kelly*.

¹⁰ HR 21- 02- 1997 NJ 1999, 145 *Wrongful birth* r.o. 40.

door de geboorte en de handicap van het kind psychische schade opgelopen wat objectief meetbaar is doordat zij kosten voor de psychiater maakt.

In een arrest van een gelijke strekking met de zaak van Carolien werd immateriële schade niet aangenomen doordat de vrouw in dat arrest aanvoerde dat het voor haar onplezierig was om zolang niet naar het werk te kunnen, de Hoge raad vond dit onvoldoende.

3.3 Tegenwerpingen

Dat niet iedereen het eens is met het toekennen van schadevergoeding voor “Wrongful Birth” blijkt uit literatuur in Verenigde staten van Stolker en in Duitsland van Picker.

Zij voeren ondermeer aan dat het immaterieel voordeel opweegt tegen het materiele nadeel, ‘the overriding benefit rule’, of een soortgelijk gedachte de voordeelstoerekening welke inhoudt dat tegenover nadelen van de geboorte ook materiële en immateriële voordelen staan welke ook afgewogen dienen te worden tegenover het nadeel. De Hoge Raad stelt dat het immateriële voordeel uitsluitend afgewogen kan worden ten opzichte van de materiele schade.

Een ander argument is dat de vrouw wanneer zij ongewenst zwanger is maar een abortus moet laten plegen. De Hoge Raad stelt dat dit redelijkerwijs niet van de vrouw gevergd kan worden, hetzelfde geldt voor het afstaan van het kind.

Ook wordt wel beweerd dat deze schadevergoeding niet in het systeem van de wet past, omdat daardoor een derde de op de ouders rustende wettelijke onderhoudsplicht voor het kind overneemt. Ook dit veegt de Hoge Raad van Tafel.

Sommigen denken dat schadevergoeding toekennen leidt tot psychische schade van het kind als dit later verneemt dat zijn komst ongewenst was en dat zijn ouders deswege schadevergoeding hebben gevraagd “The emotional bastard problem”. De Hoge Raad stelt in de eerste plaats dat de verhouding tussen de ouders en het kind op dat punt aan de zienswijze van de ouders dient te worden overgelaten. Ook is de afwijzing tegenover een gezinsuitbreiding anoniem en van een andere orde dan het niet wensen of aanvaarden van het kind wanneer het eenmaal een individuele menselijke identiteit heeft gekregen. Bovendien mag van de ouders verwacht worden dat zij instaat zijn het kind van de onwaarheid hiervan te overtuigen door het kind met liefde en zorg groot te brengen.

Daarnaast wordt natuurlijk het ‘flood-gates’ argument aangevoerd. Er is een vrees voor excessieve toename van al dan niet fictieve claims met alle gevolgen van dien voor (de verzekeraarbaarheid van) medisch handelen en voor de druk om abortus te plegen. Ook dit vindt de Hoge Raad niet aannemelijk.¹¹

¹¹ HR 21- 02- 1997 NJ 1999, 145 Wrongful birth, r.o. 20.

4. Conclusie/ Aanbevelingen

Mijns inziens kan Carolien in ieder geval aanspraak maken op een vergoeding van de opvoedingskosten, want het is aannemelijk dat de geboorte van het kind de gezinsplanning doorkruist. Dit vooral om Financiële redenen. De kans is een stuk kleiner dat Carolien voor vergoeding van gederfd inkomen in aanmerking komt, er moeten daarvoor aan hoge eisen voldaan worden, maar heeft met een goede motivering misschien toch kans van slagen. Voor een vergoeding van immateriële schade is de kans erg klein en heeft alleen kans van slagen wanneer de pijn de last en het psychische onbehagen van de zwangerschap en de geboorte de normale grenzen overschrijden.

Literatuur:

- A.V.T. de Bie , J. de jong van Lier (2004), Zeug geel 113, vierde druk, Deventer: Kluwer
- A.S. Hartkamp (2004), Asser serie 4 Verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer
- C.J.H. Brunner, G.T. de Jong, Verbintenissenrecht algemeen (2004), tweede druk, Deventer: Kluwer

Arresten Hoge Raad:

- HR 21- 02- 1997 NJ 1999, 145 Wrongful birth
- HR 09- 08- 2002 RvdW 2002, 132 Wrongfull birth II
- HR 13- 03- 1981 NJ 1981, 635 Haviltex
- HR LJN: AR5213, Hoge Raad, C03-206 Kelly