

UNIVERSITEIT GENT
FACULTEIT RECHTSGELEERDHEID

Academiejaar 2011-2012

Aansprakelijkheid en vergoeding voor schade bij wrongful birth en wrongful life

MASTERPROEF
van de opleiding
'Master in de rechten'

Ingediend door

Katia Schets
stamnummer: 00702668
2ste master rechten

Promotor Prof. I. Boone
Commissaris J. Rogge

WOORD VOORAF

Deze masterproef werd geschreven met het oog op het behalen van het diploma master in de rechten.

In het tweede jaar van de opleiding rechten ontdekte ik het aansprakelijkheidsrecht. Een rechtstak die mijn interesse zeer snel wist te wekken en ook bleef behouden. Het lag dus voor de hand dat ik mijn masterproef binnen dit onderzoeksdomein zou schrijven. Een moeilijkere opgave was het vaststellen van een specifiek onderwerp. Tijdens enkele opzoeken kwam ik een vonnis betreffende een wrongful birth-vordering tegen. Niet veel later trok ook een wrongful life-vordering mijn aandacht. Deze problematiek wist door de combinatie van juridische en ethische vragen mijn nieuwsgierigheid op te wekken. Aangezien ik graag meer wou weten over dit onderwerp besloot ik om mijn masterproef eraan te wijden.

Mijn dank gaat uit naar iedereen die mij gesteund heeft bij de realisatie van deze masterproef. Eerst zou ik graag mijn promotor prof. Ingrid Boone bedanken voor haar steun en hulp bij mijn onderzoek. Vervolgens gaat mijn dank uit naar mijn familie en vrienden. Zij hebben dapper verdragen dat ik de laatste maanden steeds praatte over een voor hen duister en onbekend probleem. Mijn bijzondere dank gaat uit naar mijn stagewerkgever Ethias, evenals naar mijn collega's daar, voor de toegang die ik kreeg tot de rechterlijke beslissingen in de zaak Rukiyé.

Katia Schets - 12/05/2012

INHOUDSTABEL

<u>WOORD VOORAF</u>	II
<u>INHOUDSTABEL</u>	IV
<u>DEEL I. INLEIDING</u>	1
<u>DEEL II. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID</u>	5
<u>HOOFDSTUK 1. Rechtsverhoudingen tussen de partijen</u>	5
§1 De behandelende arts.....	5
§2 Het ziekenhuis.....	6
§3. Het verpleegkundig personeel.....	7
§4. Het medisch team.....	8
<u>HOOFDSTUK 2. Contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid</u>	10
§1. Het samenloopverbod.....	10
§2. Verschilpunten.....	12
A. Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak.....	12
B. Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door hulppersonen.....	14
C. De verjaring.....	15
§3. Buitencontractuele aansprakelijkheid.....	15
A. Buitencontractuele aansprakelijkheid van de geneesheer.....	15
B. Buitencontractuele aansprakelijkheid van het ziekenhuis.....	17
§4. Contractuele aansprakelijkheid.....	18
A. Contractuele aansprakelijkheid van de geneesheer.....	18
B. Contractuele aansprakelijkheid van het ziekenhuis.....	20
<u>HOOFDSTUK 3. Vergoeding voor medische ongevallen</u>	21
§1. Problemen bij de toepassing van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid.....	21
§2. Antwoord van de wetgever.....	23
A. Wet van 15 mei 2007.....	23

<i>B. Wet van 31 maart 2010</i>	25
§3. De medische aansprakelijkheidsverzekering.....	31
DEEL III. WRONGFUL BIRTH	33
HOOFDSTUK 1. Inleiding	33
HOOFDSTUK 2. Grondslag van de aansprakelijkheid	35
§1. Algemeen.....	35
§2. Aansprakelijkheid van een zorgverstreker.....	36
<i>A. Sterilisatie en vasectomie</i>	37
A.1. Een fout bij de ingreep zelf.....	39
A.2. Een fout bij de controle.....	40
A.3. Een fout in de informatieplicht.....	41
<i>B. Abortus</i>	43
B.1. Een fout bij de ingreep zelf.....	44
B.2. Een fout bij de controle.....	44
B.3. Een fout in de informatieplicht.....	45
<i>C. Verkeerde prenatale diagnose</i>	45
C.1. Ontbreken van een diagnose.....	46
C.2. Een fout bij de diagnose zelf.....	47
C.3. Een fout in de informatieplicht.....	48
<i>D. Gebrekkige zaak</i>	48
<i>E. Andere fouten die aanleiding kunnen geven tot aansprakelijkheid</i>	50
<i>F. Fout van een hulppersoon</i>	51
<i>G. Fout van het labo</i>	52
§3. Aansprakelijkheid van een verwekker.....	54
A. Verkrachting.....	54
B. Onzorgvuldigheid.....	54
HOOFDSTUK 3. Het causaal verband	54

§1. Doorbreking van het causaal verband.....	55
§2. Verlies van een kans.....	56
<u>HOOFDSTUK 4. De schade</u>	58
§1. Het schadebegrip.....	58
<i>A. Het kind als schade?</i>	58
<i>B. Schending van een rechtmatig belang?</i>	61
§2. Opvoedingsplicht van de ouders.....	62
§3. Schadebeperkingsplicht.....	64
<i>A. Algemeen</i>	64
<i>B. Abortus en adoptie</i>	65
§4. Voordeelstoerekening.....	68
§5. Schadeposten.....	70
<i>A. Morele schade</i>	71
<i>B. Materiële schade</i>	72
<i>C. Conclusie</i>	74
<u>DEEL IV. WRONGFUL LIFE</u>	77
<u>HOOFDSTUK 1. Inleiding</u>	77
<u>HOOFDSTUK 2. Aanspraakgerechtigdheid</u>	79
<u>HOOFDSTUK 3. Vertegenwoordiging</u>	80
<u>HOOFDSTUK 4. Grondslag van de aansprakelijkheid</u>	82
§1. Algemeen.....	82
§2. Aansprakelijkheid van een zorgverstreker.....	84
§3. Aansprakelijkheid van een verwekker.....	86
<u>HOOFDSTUK 5. Het causaal verband</u>	87
§1. <i>Conditio sine qua non</i> en het bestaan van een schade.....	88
§2. Verlies van een kans.....	89
<u>HOOFDSTUK 6. De schade</u>	89

§1. Het schadebegrip	89
<i>A. Schending van een rechtmatig belang?</i>	90
<i>B. Het eigen leven als schade?</i>	93
<i>C. Schending van de menselijke waardigheid?</i>	97
§2. Wie draagt de schade?	98
§3. Schadeposten	100
<i>A. Morele schade</i>	100
<i>B. Materiële schade</i>	100
§4. Conclusie	101
<u>HOOFDSTUK 7. Aansprakelijkheidsrecht of nationale solidariteit?</u>	103
<u>DEEL V. BESLUIT</u>	107
BIBLIOGRAFIE	109

DEEL I. INLEIDING

1. De medische wetenschap is in de laatste eeuw sterk vooruit gegaan. Deze vooruitgang heeft zijn invloed ook laten gelden op het gebied van de voortplanting. Zo kan men via een echografie de foetus reeds voor de geboorte bekijken en eventuele morfologische afwijkingen vaststellen. Bij een in vitro fertilisatie wordt er zelfs direct een selectie gemaakt om het 'beste' embryo te kiezen. De huidige patiënt verwacht dat zowel de medische wetenschap, als de geneesheer, onfeilbaar is. Het hoeft niet te verbazen dat schadelijdende patiënten steeds vaker naar de rechter stappen om een vergoeding te vorderen van de arts die volgens hen een fout heeft begaan.

In onze huidige maatschappij is het dan ook normaal geworden dat een geneesheer, die door zijn fout iemand van het leven berooft, aansprakelijk gesteld wordt. In deze masterproef komt echter een meer controversieel onderdeel van de medische aansprakelijkheid aan bod; namelijk de vraag of een geneesheer aansprakelijk gesteld kan worden, niet wegens iemand zijn dood, maar wegens het leven. Het betreft de problematiek van de toelaatbaarheid van wrongful birth- en wrongful life-vorderingen.

2. Een wrongful birth-vordering is een vordering die ingesteld wordt door de ouder(s) met de bedoeling om de door hen opgelopen vermogensschade, voortvloeiend uit de verwekking en/of de geboorte van een kind, vergoed te zien.¹
3. Een wrongful life-vordering daarentegen is een vordering die ingesteld wordt door het (gehandicapte) kind zelf. Dit vormt het grote onderscheid met de wrongful birth-vordering, die uitgaat van de ouders. Het kind vraagt in dergelijke gevallen een vergoeding van degenen die zijn bestaan hebben teweeg gebracht of niet hebben voorkomen, omdat het liever niet in een dergelijk leven was terecht gekomen.²
4. Uit deze korte definities blijkt duidelijk dat het belangrijkste probleem betreffende dergelijke vorderingen zich voordoet op het gebied van de schade. Het puur juridisch-theoretisch denken wordt hier doorkruist met ethische vragen. Bij een wrongful birth-vordering dient men zich af te vragen of

¹ Concl. VRANKEN (Hoge Raad 21 februari 1997), *NJ* (NL) 1999, 841; I. GIESEN, "Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems", *THRHR* (Zuid-Afrika) 2009, Vol. 72, 259 en <http://papers.ssrn.com>; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 356; C. TROUET, "Wrongful birth en wrongful life", 284; J.P. WILS, "Wrongful birth en wrongful life – ethische kanttekeningen" in S.C.J.J. KORTMAN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 24.

² E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 546; I. GIESEN, "Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems", *THRHR* (Zuid-Afrika) 2009, Vol. 72, 259-260 (<http://papers.ssrn.com>); J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 356-357; C. TROUET, "Wrongful birth en wrongful life", 284-285; J.P. WILS, "Wrongful birth en wrongful life – ethische kanttekeningen" in S.C.J.J. KORTMAN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 36.

men een gezond kind als schade kan beschouwen. Bij een wrongful life-vordering stelt zich een probleem bij de vergelijking tussen de huidige toestand, het leven, en de hypothetische toestand, het niet-leven. Dit komt meer bepaald neer op de vraag of men een schadevergoeding kan vorderen wegens het feit dat men geboren is en (gehandicapt) leeft.

5. Er zijn ook nog andere problemen die spelen bij dergelijke vorderingen. Zo kan het zeer moeilijk zijn om aan te tonen dat de arts een fout heeft begaan. Medische handelingen worden immers doorgaans als een middelenverbintenis gekwalificeerd, zodat de patiënt moet bewijzen dat de arts een onzorgvuldigheid heeft begaan.

De wet legt aan de ouders de verplichting op om in te staan voor het onderhoud en de opvoeding van hun kinderen. Doorbreekt deze verplichting het causaal verband tussen fout en schade of zorgt deze er misschien voor dat er helemaal geen schade bestaat?

Volgt uit de schadebeperkingsplicht dat ouders zouden moeten beslissen om hun kind te laten aborteren of ter adoptie af te staan?

Schendt het aanvaarden van een wrongful life-vordering de menselijke waardigheid? Komt dit niet neer op het besluit dat een gehandicapt leven minderwaardig is aan een leven zonder handicap?

6. Het blijkt dat betreffende wrongful birth- en wrongful life-vorderingen nog veel twistpunten bestaan. De belangrijke bedragen en de enorme ethische vragen die dergelijke vorderingen met zich meebrengen zorgen ervoor dat uitspraken in dergelijke zaken bij de media in de belangstelling staan.

In België verdient de zaak Rukiyé³ vermelding. Dit was de eerste Belgische zaak betreffende een wrongful life-vordering waarover uitspraak werd gedaan door een hof van beroep. Het hof van beroep te Brussel besloot in dit arrest dat zowel de wrongful birth- als de wrongful life-vordering ontvankelijk en gegrond waren. Het hof kende aan Rukiyé een vergoeding toe wegens het feit dat zij gehandicapt diende te leven. Deze uitspraak kon in België dan ook op media-aandacht rekenen.⁴ Op dit moment is het afwachten wat het Hof van Cassatie in deze zaak zal beslissen.

³ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, nr. 14675, noot N. ESTIENNE.

⁴ J. DESLOOVER en T. YSEBAERT, "Moet alle potentiële leven ook gerealiseerd worden?", *De Standaard* 10 december 2010, www.standaard.be; J. DE WIT, "Het recht om niet geboren te worden", *Gazet van Antwerpen* 10 december 2010, www.gva.be; B. MAECKELBERGH, "Geboorte gehandicapt kind kost ziekenhuis 400.000 euro", *De Morgen* 9 december 2010, www.demorgen.be.

Ook in het buitenland staan dergelijke zaken in de kijker. Zo was bijvoorbeeld in Nederland de zaak Kelly⁵ van enorm belang⁶ en verschijnt een recente Amerikaanse uitspraak betreffende een toegekende wrongful birth-vordering op verscheidene mediasites⁷.

7. Er is dus voldoende aanleiding om een overzicht te geven van de verschillende visies in rechtspraak en rechtsleer betreffende de wrongful birth- en wrongful life-vorderingen.
8. Ik zal deze masterproef beginnen met een overzicht betreffende de medische aansprakelijkheid in het algemeen. Vervolgens zal ik wrongful birth-vorderingen bespreken en daarna wrongful life-vorderingen.

Het uitgangspunt van deze masterproef is het Belgische rechtssysteem. Ik zal echter ook rechtspraak en rechtsleer uit het buitenland aanhalen.

⁵ Hoge Raad 18 maart 2005, nr. C03/206HR, LJN AR5213; Gerechtshof 's-Gravenhage 26 maart 2003, nr. 2000/564, LJN AF6263.

⁶ M. FOGTELOO, "Ongewenst geboren. Ongewenst kind zorgt voor chaos onder juristen én artsen", *De Groene Amsterdammer* 28 juni 2003, www.groene.nl; M. HAGERS, "Kelly krijgt haar leven vergoed", *NRC Handelsblad* september 2005, www.nrc.nl, 7.

⁷ M.H. DUERSON, "Parents awarded \$2.9M in 'wrongful birth' lawsuit over daughter born with Down syndrome", *New York Daily News* 11 maart 2012, www.nydailynews.com; A. GREEN, "Portland-area couple sues Legacy Health for \$3 million for 'wrongful birth' after child born with Down syndrome", *The Oregonian daily newspaper* 8 maart 2012, www.oregonlive.com; O. KATRANJIAN, "Parents Get \$2.9M in Down Syndrome Girl 'Wrongful Birth' Suit", *abcNews* 10 maart 2012, abcnews.go.com.

DEEL II. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

9. Vooraleer over te gaan tot een bespreking van de aansprakelijkheid bij wrongful birth en wrongful life, is het aangewezen om de medische aansprakelijkheid in het algemeen te bekijken.
10. De medische aansprakelijkheid omvat een complex geheel van regels. Dit komt onder meer omdat een medische relatie meestal niet enkel de patiënt en één arts betreft. In veel gevallen werken verschillende artsen samen en/of wordt de arts bijgestaan door verscheidene hulppersonen. Indien de medische zorgverstrekking daarnaast plaats heeft in ziekenhuisverband, dient ook het ziekenhuis in de relatie betrokken te worden. Vervolgens dient ook nog vastgesteld te worden wat voor soort relatie de patiënt met de verschillende zorgverstrekkers heeft, contractueel of buitencontractueel, en wie hij op welke manier voor zijn schade kan aanspreken.
11. Ik zal eerst de rechtsverhouding tussen de patiënt en de verschillende zorgverstrekkers bespreken (Hs 1). Vervolgens ga ik over tot de bespreking van de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid van de geneesheer en van het ziekenhuis (Hs 2). Tot slot zal ik het vergoedingssysteem voor medische ongevallen bespreken (Hs 3).

HOOFDSTUK 1. Rechtsverhoudingen tussen de partijen

§1. De behandelende arts

12. Het aanvaarden van medische aansprakelijkheid heeft een hele evolutie ondergaan. Vroeger werd ze aanvaard op grond van de art. 1382 en 1383 BW en kon de arts enkel buitencontractueel aangesproken worden.⁸ In de 20ste eeuw gingen echter steeds meer stemmen op om de aansprakelijkheid van de arts als contractueel te beschouwen.⁹ In navolging van de Franse cassatierechtspraak¹⁰ aanvaardt momenteel een haast unanieme rechtsleer dat er sprake is van een medisch contract of een geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen arts en patiënt.¹¹ Ook de meerderheid van de Belgische rechtspraak aanvaardt de contractuele aansprakelijkheid van de arts.¹²

⁸ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 47-48.

⁹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 48-49.

¹⁰ Cass. (FR) 20 mei 1963, *Dalloz* 1963, 88, concl. P. MATTER (MERCIER-arrest).

¹¹ S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 72; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 96-97; T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 285; P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 803; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 48; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 140; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 49-51.

¹² Brussel 24 september 1992, *T.Gez.* 1998-99, 51; Rb. Bergen 4 november 1980, *RGAR* 1982, nr. 10467; Rb. Turnhout 24 februari 1981, *RGAR* 1982, nr. 10480; Rb. Mechelen 9 juni 1992, *T.Gez.* 1996-97, 374.

Er dient echter een nuance gemaakt te worden op het principiële aanvaarden van het bestaan van een contract tussen arts en patiënt. Er zijn gevallen denkbaar, waarin er een buitencontractuele relatie geldt tussen de arts en de patiënt. Men denke hierbij aan de precontractuele (bvb. foutieve weigering om de patiënt te behandelen) en de postcontractuele fase (bvb. niet eerbiedigen van het beroepsgeheim), de feitelijke onmogelijkheid om te contracteren (bvb. de patiënt was bewusteloos en er moest met spoed gehandeld worden) en strikte dwangsituaties (bvb. bloedmonster nemen van een autobestuurder die verdacht wordt van dronkenschap of intoxicatie). Ook de rechtsverhouding tussen de patiënt en de medische hulppersoon is buitencontractueel van aard (bvb. de patiënt sluit enkel een contract met het ziekenhuis). Nog andere gevallen waarin de relatie tussen arts en patiënt buitencontractueel van aard is, zijn de gevallen waarin er sprake is van een ongeldige overeenkomst, de gevallen waar de patiënt geen partij bij de overeenkomst is en deze waar de schade niet voortvloeit uit een contractuele wanprestatie.¹³

§2. Het ziekenhuis

13. De problematiek van de medische aansprakelijkheid omvat echter niet enkel de relatie tussen arts en patiënt. Een derde belangrijke speler is het ziekenhuis. In de regel sluit de beslissings- en handelingsbekwame patiënt een overeenkomst met het ziekenhuis.¹⁴ Het kan hier volgens T. VANSWEEVELT gaan om een arts-out-overeenkomst of een all in-contract. In een arts-out-overeenkomst verbindt het ziekenhuis zich hoofdzakelijk tot het verstrekken van begeleidende medische verzorging, logement, medische infrastructuur... Met de arts sluit de patiënt dan een aparte overeenkomst (geneeskundige behandelingsovereenkomst) betreffende de medische prestaties sensu stricto.¹⁵ In een all in-contract neemt het ziekenhuis het geheel van de verzorgingstaken op zich, zodat ook de medische prestaties sensu stricto via een contract met het ziekenhuis geregeld worden.¹⁶

¹³ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 77-101.

¹⁴ Rb. Gent 7 mei 2004, *T.Gez.* 2007-08, 162; J. HERBOTS, "Basisbeginselen van civielrechtelijke aansprakelijkheid" in A. PRIMIS, B. DE RUYVER, E. GULDIX en T. VANSWEEVELT (eds.), *De aansprakelijkheid in ziekenhuisverband*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 19; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 139; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 141-143; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 59.

¹⁵ Brussel 24 september 1992, *T.Gez.* 1998-99, 51; M. FAURE en H. KOZIOL (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Wenen, Springer, 2001, 85; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 97-98; P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 813-814; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 59.

¹⁶ Luik 20 december 1995, *T.Gez.* 1996-97, 271; M. FAURE en H. KOZIOL (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Wenen, Springer, 2001, 85; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 97-98; P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 813; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 59 en 553.

Ook in de ziekenhuis-patiënt-relatie kan er sprake zijn van een buitencontractuele band, en wel in dezelfde gevallen als bij de relatie tussen arts en patiënt (pre- en postcontractuele fase, feitelijke onmogelijkheid in te stemmen, strikte dwangsituaties, ongeldige overeenkomst, de patiënt is geen partij, schade is vreemd aan de contractuele wanprestatie).¹⁷ Daarnaast bestaat er ook een buitencontractuele band in de rechtsverhouding tussen de patiënt en de openbare ziekenhuizen.¹⁸

§3. Het verpleegkundig personeel

14. Bij een medische (be)handeling in het ziekenhuis is heel vaak verpleegkundig personeel betrokken. Dit verpleegkundig personeel treedt op als hulppersoon van de arts of van het ziekenhuis. De rechtsverhouding tussen de patiënt en dit verpleegkundig personeel is dan ook buitencontractueel van aard.¹⁹

De buitencontractuele relatie die tussen de patiënt en de hulppersoon bestaat, houdt echter niet in dat de patiënt hem zomaar buitencontractueel aansprakelijk kan stellen (quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent en art. 18 WAO). Het is dan ook van belang om de rechtsverhouding tussen het verpleegkundig personeel en het ziekenhuis en de arts na te gaan. Een verpleegkundige is meestal door een arbeidsovereenkomst verbonden met het ziekenhuis, maar staat bvb. tijdens een operatie vaak onder het gezag van een andere persoon, namelijk de arts. Het is dan ook niet automatisch het ziekenhuis dat aansprakelijk gesteld kan worden.²⁰

15. Indien de patiënt, noch met de arts, noch met het ziekenhuis een contract heeft gesloten, dient men na te gaan wie de aansteller in de zin van art. 1384, derde lid BW is: het ziekenhuis of de arts. Het Hof van Cassatie stelt dat de aansteller diegene is die het effectief gezag uitoefent over de aangestelde. Dit effectief gezagscriterium zal steeds in concreto dienen nagegaan te worden, aangezien het niet automatisch de werkgever is die het effectief gezag heeft.²¹ Vaak zal dan ook de arts als gelegenheidsaansteller aansprakelijk gesteld kunnen worden.²² Het lijkt ook niet onmogelijk om op basis van het effectieve gezagscriterium zowel het ziekenhuis als de arts aansprakelijk te stellen.²³ Wie er dus uiteindelijk als aansteller van een verpleegkundige aangesproken kan worden is niet steeds duidelijk en zal van situatie tot situatie verschillen.

¹⁷ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 77-101.

¹⁸ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 83-93.

¹⁹ Antwerpen 27 november 2006, *T.Gez.* 2008-09, 132, noot R.V.

²⁰ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 521.

²¹ Cass. 3 januari 2002, AR C.98.0280.N; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 527.

²² Antwerpen 27 november 2006, *T.Gez.* 2008-09, 132, noot R.V.; P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 809; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 543.

²³ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 531-544.

16. Zoals reeds eerder gezien sluit de patiënt echter in de meeste situaties een contract met de arts en/of het ziekenhuis. In de hypothese dat de patiënt zowel met de arts als met het ziekenhuis een contract heeft gesloten, moet men volgens de heersende opinie telkens in concreto nagaan of de hulppersoon de verbintenissen van de arts dan wel die van het ziekenhuis uitvoert.²⁴
17. In de hypothese dat de patiënt enkel met het ziekenhuis een overeenkomst heeft gesloten, treedt het verpleegkundig personeel op als uitvoerend personeel van de contractuele verbintenissen van het ziekenhuis.²⁵
18. Een laatste situatie is deze waar de patiënt enkel een contract met de arts heeft gesloten. De relatie tussen het ziekenhuis en de patiënt is buitencontractueel van aard, zodat men eventueel art. 1384, derde lid BW kan toepassen. De relatie tussen de arts en de patiënt is contractueel van aard. Om de verantwoordelijkheid van de arts voor de verpleegkundige na te gaan, dient men te controleren of de verpleegkundige optreedt ter uitvoering van de arts zijn contractuele verbintenissen.²⁶

§4. Het medisch team

19. In sommige gevallen wordt een patiënt geconfronteerd met een aantal zorgverstrekkers die handelen in groepsverband (een chirurg, een anesthesist, een cardioloog, verpleegkundigen, enz.). De patiënt bevindt zich dan tegenover een heel medisch team. Voor de verpleegkundigen, die duidelijk in een ondergeschikt verband staan, geldt de bovenstaande regeling. Wat de andere zorgverstrekkers betreft geldt een vergelijkbare regeling.
20. In de hypothese dat de patiënt noch met de arts, noch met het ziekenhuis een overeenkomst heeft gesloten, is het ziekenhuis verantwoordelijk voor deze zorgverstrekkers onder de voorwaarden van art. 1384, derde lid BW.²⁷ De behandelende arts wordt in België (volgens de meerderheidsvisie) niet aansprakelijk gesteld voor fouten van de overige artsen van het medisch team. Art. 1384, derde lid BW vereist immers een feitelijke gezagsverhouding ten opzichte van de aangestelde.²⁸ Dit standpunt is echter niet absoluut. Sommige Belgische auteurs zijn voorstander van de "captain of the ship"-doctrine.²⁹ In deze visie wordt de chirurg beschouwd als de feitelijke leider van het medisch team,

²⁴ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 572.

²⁵ P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 814; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 554-559.

²⁶ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 548-553.

²⁷ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 473-505.

²⁸ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 514-516.

²⁹ P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 811-813.

zodat de andere leden van het medisch team beschouwd worden als zijn aangestelden. Dit is echter een minderheidsvisie, die niet terug te vinden is in de Belgische rechtspraak.³⁰

21. Een patiënt die zich laat behandelen in een ziekenhuis sluit vaak een contract met het ziekenhuis en/of de arts. In de hypothese dat de patiënt met zowel de arts als met het ziekenhuis een contract sluit, staat het ziekenhuis slechts in voor de begeleidende verzorging en behoren de medische prestaties sensu stricto tot de verantwoordelijkheid van de behandelende arts. Het ziekenhuis zal in deze hypothese niet aansprakelijk zijn voor de fouten die artsen begaan hebben bij de medische (be)handeling.³¹ De behandelende arts daarentegen dient in principe in te staan voor de hulppersonen die hij inschakelt voor de uitvoering van zijn overeenkomst, waaronder de medische prestaties (sensu stricto) van het medisch team.³² In principe is het dus de chirurg die instaat voor fouten van het medisch team, maar hij kan zich van deze aansprakelijkheid bevrijden door, zelfs impliciet, met de patiënt overeen te komen dat bepaalde taken door andere personen zullen worden uitgevoerd.³³ Het is ook niet uitgesloten dat de patiënt eveneens een overeenkomst sluit met een ander teamlid dan de behandelende arts. In dergelijke situaties staat de behandelende arts niet meer in voor dit teamlid, aangezien dit teamlid niet meer handelt als zijn hulppersoon.³⁴
22. Een derde hypothese is deze waarin de patiënt enkel met het ziekenhuis een contract heeft gesloten. In deze gevallen is het ziekenhuis verantwoordelijk voor de wanprestaties die zijn uitvoeringsagenten hebben begaan. Het ziekenhuis zal dus instaan voor de fouten van het hele medische team.³⁵
23. Bij medische (be)handelingen in ziekenhuisverband bestaat tot slot de hypothese waarin de patiënt enkel met de arts een overeenkomst sluit. De andere teamleden treden in principe op ter uitvoering van de overeenkomst die met de behandelende arts werd gesloten. De behandelende arts kan dan aangesproken worden, aangezien hij dient in te staan voor de hulppersonen die hij inschakelt ter uitvoering van zijn overeenkomst.³⁶

³⁰ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 514-516.

³¹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 563-564.

³² P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 808-809; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 566-571.

³³ Cass. 3 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 780; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 571.

³⁴ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 580-596.

³⁵ P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 814; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 553-559.

³⁶ P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 808-809; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 550.

HOOFDSTUK 2. Contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid

§1. Het samenloopverbod

24. Wanneer tussen partijen een contractuele band bestaat, kunnen zij elkaar in principe enkel contractueel aansprakelijk stellen.³⁷ Dit vloeit voort uit de onderstelling dat contractspartijen hun contractuele rechtsverhouding en een in dit raam begane wanprestatie, behoudens andersluidend beding, uitsluitend door de regels van de contractuele aansprakelijkheid willen laten beheersen.³⁸

25. Indien er een contractuele fout is, zal een partij haar medecontractant contractueel aansprakelijk moeten stellen. Het Hof van Cassatie formuleert echter een uitzondering op dit principe:

"Hij kan slechts quasi-delictueel aansprakelijk worden gesteld indien de hem ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt niet alleen aan de contractuele verbintenis maar ook aan de algemene zorgvuldigheidsplicht die op hem rust en indien deze fout andere dan aan de slechte uitvoering te wijten schade heeft veroorzaakt."³⁹

In de rechtsleer zijn er twee verschillende standpunten over deze rechtspraak. Volgens sommigen blijft een samenloop mogelijk indien cumulatief aan twee voorwaarden is voldaan. De eerste voorwaarde is dat de fout niet een *louter* contractuele fout is, maar tevens een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm inhoudt. De tweede voorwaarde is dat de schade niet *enkel* het verlies van een louter contractueel voordeel inhoudt. Dit standpunt wordt ook wel de verfijningstheorie genoemd.⁴⁰ De meerderheid van de rechtsleer interpreteert de cassatierechtspraak echter anders.⁴¹ Zij zijn van mening dat de mogelijkheid van samenloop bijna geheel wordt uitgesloten. Er kan enkel nog een samenloop zijn indien de fout en de schade geheel vreemd zijn aan de uitvoering van het contract. In dit geval spreekt men van de verdwijningstheorie.⁴²

26. Er is nog een belangrijke uitzondering op dit samenloopverbod. Indien de contractuele fout eveneens een strafrechtelijke inbreuk uitmaakt, mag de schadelijder kiezen op basis van welke

³⁷ Cass. 4 juni 1971, *Arr.Cass.* 1971, 989; Cass. 7 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 395; Cass. 14 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 179; Cass. 29 september 2006, AR C.03.0502.N; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 41-45.

³⁸ Cass. 27 november 2007, AR C.05.0310.N.

³⁹ Cass. 29 september 2006, AR C.03.0502.

⁴⁰ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 440.

⁴¹ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 41-45; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van*, 440.

⁴² M. FAURE en H. KOZIOL (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Wenen, Springer, 2001, 84; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 440.

aansprakelijkheid hij de schadeverwekker aanspreekt.⁴³ Een medische fout zal meestal onder deze categorie vallen, aangezien er vaak sprake zal zijn van onopzettelijke doding of onopzettelijke slagen en verwondingen.⁴⁴ De wrongful birth- en wrongful life-vorderingen worden echter vaak als een uitzondering hierop beschouwd.⁴⁵

Er is sprake van het misdrijf onopzettelijke slagen en verwondingen wanneer men door een gebrek aan voorzichtigheid (gelijklopend met art. 1383 BW)⁴⁶ lichamelijk letsel aan iemand veroorzaakt.⁴⁷ Het lichamelijk letsel in de zin van art. 418 e.v. Sw. betreft ieder uitwendig of inwendig letsel, hoe licht ook, dat door een uitwendige factor wordt veroorzaakt aan het menselijk lichaam en inwerkt op de fysieke of mentale toestand van het slachtoffer, waarbij het letsel zowel organisch als functioneel kan zijn.⁴⁸ Een verzuim om te voldoen aan de verplichtingen kan ook als een uitwendige oorzaak van de schadelijke evolutie beschouwd worden.⁴⁹ In het licht van deze definitie dient men zich toch af te vragen of er bij een wrongful birth-vordering nooit sprake kan zijn van het misdrijf onopzettelijke slagen en verwondingen. In het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van 23 april 2009 werd namelijk besloten dat de fysieke integriteit van de vrouw werd aangetast:

"Een zwangerschap van 9 maanden en de bevalling op zich houden een tijdelijke aantasting van de fysieke integriteit in. De bevalling en gebeurlijk ook de zwangerschap hebben gebeurlijk eveneens een arbeidsongeschiktheid tot gevolg."

Het lijkt dus niet onmogelijk om te besluiten dat een zwangerschap en bevalling als een lichamelijk letsel in de zin van art. 418 e.v. Sw. beschouwd kunnen worden. Een interessante uitspraak is deze van het Engelse Court of Appeal in *Walkin v. South Manchester HA*⁵⁰:

"The next question is whether the one cause of action is for damages consisting of or including damages in respect of personal injury. In my view, the failure of the attempt to sterilise the plaintiff was not itself a personal injury. It did her no harm; it left her as before [...] However, it seems to me that the unwanted conception, whether as a result of negligent advice or negligent surgery, was a

⁴³ Cass. 26 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 244.

⁴⁴ Rb. Turnhout 24 februari 1981, *RGAR* 1982, nr. 10480; Rb. Hasselt 26 september 1989, *TBBR* 1990 (verkort), 76; Rb. Gent 7 mei 2004, *T.Gez.* 2007-08, 162; Corr. Leuven 30 juni 1992, *VI.T.Gez.* 1992-93, noot F. DEWALLENS; M. FAURE en H. KOZIOL (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Wenen, Springer, 2001, 84; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 440-443.

⁴⁵ R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée", 120; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 443.

⁴⁶ A. MASSA, "Onopzettelijk doden en onopzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel", O 95/2 - O 95/3 en www.jura.be.

⁴⁷ A. MASSA, "Onopzettelijk doden en onopzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel", O 95/1 en www.jura.be.

⁴⁸ Cass. 23 januari 1991, AR 8511; A. MASSA, "Onopzettelijk doden en onopzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel", O 95/8 en www.jura.be.

⁴⁹ Cass. 23 januari 1991, AR 8511.

⁵⁰ *Walkin v. South Manchester HA* [1995] 1 W.L.R. 1543, 1995 WL 1082723.

personal injury in the sense of an "impairment" in the illustrative definition in section 38(1). The resultant physical change in her body resulting from conception was an unwanted condition which she had sought to avoid by undergoing the sterilisation operation."

A. WHITFIELD QC⁵¹ brengt echter enkele argumenten naar voor die zich tegen het veralgemenen van deze uitspraak verzetten. Het argument dat mij het meest aanspreekt is echter de bedenking van ROCH J.L. in het arrest *Walkin v. South Manchester HA*:

"I have some difficulties in perceiving a normal conception, pregnancy and the birth of a healthy child as 'any disease or any impairment of a person's physical or mental condition' in cases where the only reasons for the pregnancy and subsequent birth being unwanted are financial."⁵²

Indien er een "normal conception" is (en dus geen verkrachting) en indien de zwangerschap en de geboorte geen complicaties met zich meebrengen, zal men mijns inziens dus moeilijk van een letsel in de zin van art. 418 Sw. kunnen spreken.

§2. Verschilpunten

27. Tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid zijn er heel wat verschillen. Het belang van deze verschillen is in de medische aansprakelijkheid eerder theoretisch van aard. In de praktijk hebben de meeste verschillen slechts een beperkte draagwijdte.⁵³ Toch zijn er enkele belangrijke, mogelijke verschilpunten die verdere aandacht verdienen: de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak, de aansprakelijkheid voor schade door hulppersonen en de verjaring.⁵⁴

A. Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak

28. De buitencontractuele aansprakelijkheid voor een gebrekkige zaak is opgenomen in art. 1384, eerste lid BW. Het gaat om een objectieve aansprakelijkheidsgrond, zodat er geen fout bewezen moet worden. De schadelijder dient enkel aan te tonen dat de zaak gebrekkig was, dat dit gebrek in causaal verband staat met zijn schade en dat de aangesprokene de bewaarder van de gebrekkige zaak was.⁵⁵

⁵¹ A. WHITFIELD QC, "Actions Arising From Birth" in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 828-829 en 834.

⁵² Nadat ROCH J.L. zijn bedenkingen heeft geformuleerd, gaat hij echter akkoord met de kwalificatie als personal injury, o.a. vanwege de kortere verjaringstermijn.

⁵³ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 433-437.

⁵⁴ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 436-438.

⁵⁵ Cass. 26 september 2002, AR C.00.0648.F; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 438; B. WEYTS, "Over een ontplofte vuilniszak met schade aan een wagen tot gevolg. Bewaring van een gebrekkige zaak in de zin van artikel 1384, 1ste lid B.W." (noot onder Brussel 18 april 2007), *TBBR* 2008, 333-334.

29. In het contractuele kader is er echter geen wettekst over schade veroorzaakt door gebrekkige zaken. Hieruit kan men afleiden dat de algemene regels van contractuele aansprakelijkheid toegepast moeten worden, zodat de schadelijder in principe een fout in hoofde van de medecontractant dient te bewijzen.⁵⁶ Indien er echter sprake is van een resultaatsverbintenis, volstaat het om te bewijzen dat het bedongen resultaat niet bekomen werd.⁵⁷

Een voorbeeld vindt men terug in het arrest van het hof van beroep te Gent van 15 februari 2007.⁵⁸ In dit arrest werd beslist dat de vordering niet gesteund kon worden op art. 1384, eerste lid BW, aangezien er een contract was en aangezien er geen sprake was van een uitzondering op het samenloopverbod.

30. Men dient de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door gebrekkige zaken te onderscheiden van de productaansprakelijkheid. Wanneer het commercialiseren, voor het gebruik door derden, van gebrekkige producten tot schade leidt, dan zijn de regels betreffende de productaansprakelijkheid van toepassing. We vinden deze regels terug in de Wet Productaansprakelijkheid⁵⁹. In deze wet wordt er geen onderscheid gemaakt tussen de contractuele en buitencontractuele schadelijders; beiden kunnen zich op deze wet beroepen.⁶⁰ De wet laat de rechten die de schadelijder ontleent aan het contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht onverlet.⁶¹

De aansprakelijkheid voor gebrekkige producten is een objectieve aansprakelijkheid, zodat de schadelijder geen fout van de producent dient te bewijzen. Er zijn echter wel andere toepassingsvoorwaarden waaraan voldaan moet worden: (1) een product, dat (2) behept is met een gebrek en (3) schade heeft veroorzaakt, terwijl (4) er een causaal verband bestaat tussen het gebrek en de schade, en (5) de aangesprokene producent is.⁶² De producent beschikt over een reeks bevrijdingsgronden die in artikel 8 Wet Productaansprakelijkheid werden opgenomen.

⁵⁶ Gent 15 februari 2007, *NjW* 2007, 415, noot G. JOCQUE ; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 438.

⁵⁷ E. DIRIX, B. TILLEMEN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 301.

⁵⁸ Gent 15 februari 2007, *NjW* 2007, 415, noot G. JOCQUE.

⁵⁹ Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken.

⁶⁰ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 499.

⁶¹ Art. 13 Wet Productaansprakelijkheid; J. VERLINDEN, "Twintig jaar productaansprakelijkheid. Een stand van zaken" in M. DEBAENE en P. SOENS (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht: actuele tendensen*, Gent, Larcier, 2005, 31.

⁶² H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 208-213; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 500-528.

B. Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door hulppersonen

31. De buitencontractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen is opgenomen in art. 1384, derde lid BW. Ingevolge dit artikel zijn aanstellers aansprakelijk voor de schade door hun aangestelden veroorzaakt in de bediening waartoe zij gebezigd zijn.⁶³ Voor de toepassing van deze bepaling dient de aangestelde hulppersoon in ondergeschikt verband te staan ten opzichte van de aansteller.⁶⁴ De vereiste verhouding van ondergeschiktheid bestaat zodra een persoon zijn gezag en toezicht op daden van een ander *in feite* kan uitoefenen.⁶⁵ De juridische verhouding tussen een werknemer en een werkgever gebonden door een arbeidsovereenkomst valt niet noodzakelijk samen met deze feitelijke gezagsverhouding.⁶⁶ Op dit punt wordt de aansprakelijkheid dus beperkt. Daarentegen volstaat het dat de fout tijdens de bediening werd gepleegd en, zij het onrechtstreeks en occasioneel, daarop betrekking heeft.⁶⁷ Het Hof van Cassatie stelt hierover het volgende⁶⁸:

"De enkele omstandigheid dat de onrechtmatige daad, zij het een misdrijf, opzettelijk werd gepleegd of gepleegd werd zonder de toestemming van de aansteller, volstaat niet om te besluiten dat de dader ervan niet gehandeld heeft binnen de bediening waartoe hij werd gebezigd. Evenmin volstaat de enkele omstandigheid dat het misdrijf werd uitgevoerd buiten de diensturen en enkel de voorbereidende handelingen plaatsvonden tijdens de diensturen, om te besluiten dat de dader niet heeft gehandeld binnen de bediening waartoe hij werd gebezigd."

Het begrip "in de bediening waartoe zij gebezigd zijn" wordt dus ruim ingevuld.

32. De contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen is algemeen en dus niet beperkt tot ondergeschikten.⁶⁹ Een contractuele schuldenaar die zich voor de uitvoering van zijn verbintenissen laat vervangen, is tegenover zijn medecontractant contractueel aansprakelijk voor de hulppersoon op wie hij een beroep heeft gedaan, ongeacht of deze onder zijn feitelijk gezag stond of niet.⁷⁰ Wat de invulling van 'de fout' betreft is de contractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een hulppersoon, beperkter dan de buitencontractuele aansprakelijkheid van art. 1384, derde lid

⁶³ Cass. 3 januari 2002, AR C.98.0280.N.

⁶⁴ Cass. 3 januari 2002, AR C.98.0280.N; P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 804; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 438.

⁶⁵ Cass. 3 januari 2002, AR C.98.0280.N; Antwerpen 27 november 2006, *T.Gez.* 2008-09, 132, noot R.V.

⁶⁶ Cass. 3 januari 2002, AR C.98.0280.N.

⁶⁷ Cass. 19 september 2008, AR C.07.0317.N, *NjW* 2009, 218, noot G. JOCQUE; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 438.

⁶⁸ Cass. 19 september 2008, AR C.07.0317.N, *NjW* 2009, 218, noot G. JOCQUE.

⁶⁹ P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 804; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 438.

⁷⁰ Cass. 27 februari 2003, AR C.01.0457.F; Cass. 4 februari 2010, AR C. 09.0246.N; Rb. Gent 14 april 2006, *T.Gez.* 2009-10, 142, noot T.V.

BW. De contractuele schuldenaar is slechts gehouden voor fouten van hulppersonen wanneer deze fouten een inbreuk vormen op een van zijn contractuele verbintenissen.⁷¹

C. De verjaring

33. De regeling betreffende de verjaring van medische aansprakelijkheidsvorderingen is opgenomen in art. 2262bis BW. Ingevolge dit artikel verjaart de contractuele rechtsvordering door het verloop van tien jaar.⁷² Indien de vordering daarentegen van buitencontractuele aard is, verjaart zij door verloop van vijf jaar vanaf de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade of van de verzwarende ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon en in ieder geval door verloop van twintig jaar vanaf de dag volgend op die waarop het feit waardoor de schade is veroorzaakt, zich heeft voorgedaan. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van het hof van beroep te Gent van 3 november 2011:⁷³

"Er bestaat geen contract tussen henzelf en de patiënten die zij behandelen. De door de ouders tegen hen gerichte vordering is bijgevolg van buitencontractuele aard. [...] De ouders hadden vanaf de geboorte van I. (15.01.2002) kennis van de schade en van de identiteit van de (beweerd) aansprakelijke artsen. Hun pas bij conclusies van 19.06.2009 tegen dr. De. en dr. V. gestelde vordering is bijgevolg verjaard."

34. Medische fouten maken echter zeer vaak een inbreuk uit op de strafwet en zijn derhalve onderworpen aan art. 26 V.T.Sv. Dit artikel bepaalt dat de burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf verjaart volgens de regels die normaal van toepassing zijn, maar dat zij niet kan verjaren vóór de strafvordering.

§3. Buitencontractuele aansprakelijkheid

A. Buitencontractuele aansprakelijkheid van de geneesheer

35. De rechtsgronden voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van de arts bevinden zich in art. 1382-1383 BW en /of art. 1384 BW. Ingevolge art. 1382-1383 BW moet de patiënt bewijzen dat de arts een fout heeft begaan, dat er schade is en dat de fout in oorzakelijk verband staat met de geleden schade. De fout houdt een overtreding in van de algemene zorgvuldigheidsnorm of een overtreding van een specifieke gedragsnorm.⁷⁴ Het overtreden van de algemene zorgvuldigheidsnorm wordt in principe in abstracto beoordeeld aan de hand van het criterium van de

⁷¹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 438.

⁷² Rb. Brussel 26 oktober 2007, *T.Gez.* 2008-09, 128, noot T.V.

⁷³ Gent 3 november 2011, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

⁷⁴ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 99.

bonus pater familias.⁷⁵ Dit criterium wordt echter steeds concreter en subjectiever.⁷⁶ In het medisch aansprakelijkheidsrecht wordt het zorgvuldigheids criterium ingevuld door een vergelijking te maken met een "normaal zorgvuldige en voorzichtige arts in dezelfde omstandigheden".⁷⁷ Het gaat hier om het zorgvuldig handelen, zoals een soortgelijke⁷⁸ arts in dezelfde omstandigheden zou doen. De arts dient rekening te houden met de stand van de medische kennis en techniek van het moment waarop hij handelde.⁷⁹ Bij een overtreding van de algemene zorgvuldigheidsnorm moet een schade ook voorzienbaar zijn geweest.⁸⁰ Elke onzorgvuldigheid die een contractuele of buitencontractuele fout uitmaakt, kan, tevens als een inbreuk op art. 5 van de patiëntenrechtenwet (recht op kwaliteitsvolle dienstverlening) gekwalificeerd worden.⁸¹

36. Indien gebruik wordt gemaakt van de objectieve aansprakelijkheden in art. 1384, eerste en derde lid BW, zal er geen fout in hoofde van de (aangesproken) arts bewezen moeten worden. Men zal echter wel moeten bewijzen dat voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden van die bepalingen. Ingevolge art. 1384, eerste lid BW is de bewaarder van een gebrekkige zaak aansprakelijk voor de schade die veroorzaakt wordt door dit gebrek. De toepassingsvoorwaarden van deze bepaling zijn aldus: (1) een zaak, (2) die gebrekkig is, en (3) schade aan een derde heeft veroorzaakt, terwijl (4) er een causaal verband bestaat tussen het gebrek in de zaak en de schade, en (5) de aangesprokene de bewaarder

⁷⁵ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 100; D. PHILIPPE, "Le bon père de famille est-il désincarné?" (noot onder Cass. 5 juni 2003), *JLMB* 2004, 547-548; B. WEYTS, "Wordt de algemene zorgvuldigheidsnorm steeds subjectiever?" (noot onder Cass. 5 juni 2003), *TBBR* 2005, 112-113.

⁷⁶ Cass. 5 juni 2003, *TBBR* 2005, afl. 2, 110, noot B. WEYTS; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 100.

⁷⁷ Luik 26 maart 1991, *Pas.* 1991, II, 132; Bergen 28 juni 1994, *T.Gez.* 1995-96, 291, noot; Antwerpen 20 september 1999, *T.Gez.* 2001-02, 37; Bergen 13 januari 2000, *T.Gez.* 2000-01, 379; Antwerpen 30 april 2001, *T.Gez.* 2002-03, afl. 3, 171; Antwerpen 24 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 47, noot S. CALLENS; Brussel 16 juni 2009, *RGAR* 2010, afl. 4, nr. 14631; Rb. Hasselt 26 september 1989, *TBBR* 1990 (verkort), 76; Rb. Brussel 21 maart 2006, *T.Gez.* 2009-10, afl. 3, 137, noot M.N.V.; P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 805; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 433.

⁷⁸ Bergen 28 juni 1994, *T.Gez.* 1995-96, 291, noot; Antwerpen 20 september 1999, *T.Gez.* 2001-02, 37; Antwerpen 30 april 2001, *T.Gez.* 2002-03, afl. 3, 171; Antwerpen 24 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 47, noot S. CALLENS; Rb. Hasselt 26 september 1989, *TBBR* 1990 (verkort), 76; Rb. Brussel 21 maart 2006, *T.Gez.* 2009-10, 137, noot M.N.V.; Rb. Brussel 26 oktober 2007, *T.Gez.* 2008-09, afl. 2, 128, noot T.V.

⁷⁹ Rb. Brussel 21 maart 2006, *T.Gez.* 2009-10, 137, noot M.N.V.; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 548; P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 805; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 102.

⁸⁰ Cass. 5 mei 1971, *JT* 1971, 662; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 101-102; B. WEYTS, "Wordt de algemene zorgvuldigheidsnorm steeds subjectiever?" (noot onder Cass. 5 juni 2003), *TBBR* 2005, 113.

⁸¹ Memorie van toelichting bij wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 18; T. BALTHAZAR, "De potentiële impact van de patiëntenrechtenwet op procedures inzake aansprakelijkheid van artsen en ziekenhuizen" in Vlaamse conferentie der balie van Gent, *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 44.

van de gebrekkige zaak is.⁸² Art. 1384, derde lid BW houdt een objectieve aansprakelijkheid van de aansteller in, voor schade veroorzaakt aan derden door de fout van een aangestelde. De toepassingsvoorwaarden van deze bepaling zijn: (1) de aangesprokene bezit de hoedanigheid van aansteller, (2) de aangestelde begaat een fout die schade aan een derde veroorzaakt, en (3) het schadeverwekkend feit gebeurt in de bediening van de aangestelde.⁸³ De aansprakelijkheid van de aansteller komt niet enkel in het gedrang wanneer een aangestelde een fout begaat, maar ook wanneer een andere schadeverwekkende gebeurtenis leidt tot een vermoeden van aansprakelijkheid of tot een objectieve aansprakelijkheid in hoofde van de aangestelde.⁸⁴

37. Indien de arts een werknemer is van het ziekenhuis, dan zal art. 18 WAO⁸⁵ van toepassing zijn. In een dergelijk geval kan de arts enkel aansprakelijk gesteld worden voor zijn bedrog/opzet, grove schuld of gebruikelijke lichte fout.⁸⁶

B. Buitencontractuele aansprakelijkheid van het ziekenhuis

38. De buitencontractuele aansprakelijkheid van het ziekenhuis berust op dezelfde gronden als deze van de arts, namelijk art. 1382-1383 en/of art. 1384, eerste en/of derde lid BW. De toepassing daarvan komt dan ook overeen met de toepassing bij de buitencontractuele aansprakelijkheid van de arts.
39. Wanneer men het ziekenhuis aansprakelijk wil stellen voor fouten van de arts, dan dient deze arts ofwel een orgaan van het ziekenhuis te zijn (art. 1382-1383 BW), ofwel een aangestelde (art. 1384, derde lid BW).⁸⁷ Indien de arts een orgaan van het ziekenhuis is, wordt zijn foutieve handeling gelijkgesteld met een foutieve handeling van het ziekenhuis zelf. Indien de arts een aangestelde van het ziekenhuis is, dan geldt een onrechtstreekse aansprakelijkheid krachtens art. 1384, derde lid BW.⁸⁸

⁸² H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 196-203; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentie, 2009, 453-495.

⁸³ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 179-182; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentie, 2009, 399-424.

⁸⁴ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 182; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentie, 2009, 411.

⁸⁵ Artikel 18, eerste en tweede lid van de wet betreffende de arbeidsovereenkomsten: "Ingeval de werknemer bij de uitvoering van zijn overeenkomst de werkgever of derden schade berokkent, is hij enkel aansprakelijk voor zijn bedrog en zijn zware schuld. Voor lichte schuld is hij enkel aansprakelijk als die bij hem eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomt."

⁸⁶ Bergen 13 januari 2000, *T.Gez.* 2000-01, 379; J. HERBOTS, "Basisbeginselen van civielrechtelijke aansprakelijkheid" in A. PRIMIS, B. DE RUYVER, E. GULDIX en T. VANSWEEVELT (eds.), *De aansprakelijkheid in ziekenhuisverband*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 9-11.

⁸⁷ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 451.

⁸⁸ Bergen 28 juni 1994, *T.Gez.* 1995-96, 291, noot; Bergen 13 januari 2000, *T.Gez.* 2000-01, 379; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 452.

Indien de arts geen ondergeschikte of orgaan van het ziekenhuis is, dan zal het ziekenhuis in principe niet aansprakelijk zijn voor de door hem gemaakte fouten.⁸⁹ Het hof van beroep te Antwerpen besloot in haar arrest van 8 september 2003⁹⁰ hieromtrent het volgende:

"De vordering ten aanzien van het ziekenhuis is ongegrond bij gebrek aan contractuele band en tussen appellanten en het ziekenhuis en aan enige betrokkenheid van het ziekenhuis bij de medische ingreep zelf. Het ziekenhuis heeft enkel de behandelende gynaecoloog toegelaten en haar faciliteiten ter beschikking gesteld. Die tussenkomst en dat gedogen leveren geen fout op waarvoor het ziekenhuis moet instaan. Zij moet evenmin instaan voor de fouten van die gynaecoloog, over wie zij geen leiding, gezag en toezicht had."

40. Daarnaast draagt het ziekenhuis een centrale aansprakelijkheid betreffende inbreuken op de patiëntenrechtenwet door de er werkzame beroepsbeoefenaars. Het ziekenhuis kan aan deze aansprakelijkheid ontsnappen indien ze de patiënt duidelijk en voorafgaandelijk aan de tussenkomst van de beroepsbeoefenaar inlicht dat ze niet aansprakelijk is, gelet op de aard van de rechtsverhoudingen. Een dergelijke melding kan echter geen afbreuk doen aan andere wettelijke bepalingen inzake de aansprakelijkheid voor andermans daad.⁹¹

§4. Contractuele aansprakelijkheid

A. Contractuele aansprakelijkheid van de geneesheer

41. Zoals ik reeds eerder gezien heb, is er tussen arts en patiënt doorgaans sprake van een contractuele band. In de meerderheid van de gevallen zal de patiënt zijn arts dan ook contractueel aansprakelijk moeten stellen.
42. De bewijslast van de patiënt zal verschillen naargelang de overeenkomst als een resultaatsverbintenis dan wel als een middelenverbintenis gekwalificeerd wordt. Bij een resultaatsverbintenis heeft de arts de verplichting op zich genomen om een welbepaald resultaat te bereiken. De patiënt moet enkel bewijzen dat er een overeenkomst was en dat het beloofde resultaat niet werd bereikt.⁹² Bij een inspannings- of middelenverbintenis heeft de arts enkel beloofd

⁸⁹ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Antwerpen 24 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 47, noot S. CALLENS; Rb. Dinant 31 mei 2005, *T.Gez.* 2009-10, 35, noot N.V.

⁹⁰ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389.

⁹¹ Art. 30, vierde lid gecoördineerde wet betreffende de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen.

⁹² W. DIJKHOFFZ, "Organisatiefouten in ziekenhuisverband", *T.Gez.* 2006-07, 241; E. DIRIX, B. TILLEMEN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 301; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 105; S. PANIS, "L'action en grosse préjudiciable", 218; J. TER HEERDT, "Een heropflakking van de «Wrongful Pregnancy Claim»: enkele bedenkingen" (noot onder Antwerpen 15 juni 1994), *T.Gez.* 1996-97, 360; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 105-107.

om een bepaalde inspanning te leveren of om bepaalde middelen aan te wenden om een bepaald resultaat te bereiken. Hij heeft niet beloofd dat hij daarin zal slagen. De patiënt zal dan de volledige bewijslast dragen.⁹³ Er moet aangetoond worden dat de arts een *wanprestatie* heeft begaan, dat er *schade* is (het niet bereiken van het resultaat) en dat deze schade in *causaal verband* staat met de wanprestatie.

43. Het overgrote deel van de rechtsleer en rechtspraak kwalificeert de geneeskundige behandelingsovereenkomst als een middelenverbintenis.⁹⁴ Geneeskunde is immers geen exacte wetenschap. In de medische sector in het algemeen bestaat er nog steeds een relatief grote onzekerheid over het uiteindelijke resultaat, waardoor de verbintenissen een aleatoir karakter hebben.⁹⁵ Dit sluit echter niet uit dat er ook in de medische wereld situaties zijn waarin er toch sprake is van een resultaatsverbintenis.⁹⁶ De kwalificatie als resultaatsverbintenis kan in drie gevallen voorkomen. Ze kan het gevolg zijn van een wettelijk gebod/verbod (bvb. art. 458 Sw.: het beroepsgeheim).⁹⁷ Ze kan ook de uitdrukkelijke bedoeling van de partijen zijn geweest.⁹⁸ Tot slot kan

⁹³ W. DIJKHOFFZ, "Organisatiefouten in ziekenhuisverband", *T.Gez.* 2006-07, 241; E. DIRIX, B. TILLEMEN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 181; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 105; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 219; J. TER HEERDT, "Een heropflakking van de «Wrongful Pregnancy Claim»: enkele bedenkingen" (noot onder Antwerpen 15 juni 1994), *T.Gez.* 1996-97, 360; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 105-107.

⁹⁴ Antwerpen 24 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 47, noot S. CALLENS; Antwerpen 17 januari 2011, *T.Verz.* 2011, 334; Brussel 16 juni 2009, *RGAR* 2010, afl. 4, nr. 14631.; Rb. Turnhout 24 februari 1981, *RGAR* 1982, nr. 10480; Rb. Dinant 31 mei 2005, *T.Gez.* 2009-10, 35, noot N.V.; Corr. Leuven 30 juni 1992, *VI.T.Gez.* 1992-93, noot F. DEWALLENS; J. HERBOTS, "Basisbeginselen van civielrechtelijke aansprakelijkheid" in A. PRIMIS, B. DE RUYVER, E. GULDIX en T. VANSWEEVELT (eds.), *De aansprakelijkheid in ziekenhuisverband*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 20; P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 805; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 106; C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 379; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 219; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 114-115.

⁹⁵ C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 379; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 219; W.D., "Duidingsnoot" (noot onder rb. Brussel 15 oktober 2008), *T.Gez.* 2009-10, 44; A. WHITFIELD QC, "Actions Arising From Birth" in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 834-835.

⁹⁶ P. HERMANS en L. LAMINE, "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 805-806; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 106-107; C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 379; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 219-220; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 115-117.

⁹⁷ Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 107-108; C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 379; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 117-118.

⁹⁸ Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 108-109; C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een

ze ook voortvloeien uit het gebrek aan een aleatoir karakter (bvb. de behandeling van het juiste lichaamsdeel).⁹⁹

44. In de medische aansprakelijkheid zal er dus meestal sprake zijn van een middelenverbintenis. Dit houdt in dat de patiënt zal moeten bewijzen dat het resultaat niet werd bereikt door een fout van de arts. De regels vallen hier grotendeels samen met deze betreffende de buitencontractuele aansprakelijkheid. Men zal de situatie vergelijken met de handelingen van een normaal zorgvuldige en voorzichtige arts, in dezelfde omstandigheden en met dezelfde specialisatie.¹⁰⁰

B. Contractuele aansprakelijkheid van het ziekenhuis

45. Indien de patiënt een all in-contract met het ziekenhuis heeft gesloten, zal het ziekenhuis moeten zorgen voor alle medische prestaties, eveneens de medische prestaties sensu stricto.¹⁰¹ Aangezien 'het ziekenhuis' zelf niet de geneeskunde mag uitoefenen¹⁰², zal het beroep moeten doen op hulppersonen (of uitvoeringsagenten). Het ziekenhuis moet instaan voor de personen op wie zij een beroep doet voor de uitvoering van haar contractuele verplichtingen.¹⁰³ De patiënt moet in principe het ziekenhuis aanspreken voor de fouten die door dergelijke hulppersonen werden begaan. Hij kan de hulppersoon slechts rechtsreeks aanspreken onder de voorwaarden bepaald in de stuwadoorsrechtspraak.¹⁰⁴
46. Het kan ook voorkomen dat de patiënt een arts-out-overeenkomst met het ziekenhuis heeft gesloten. In dat geval zal het ziekenhuis niet contractueel aansprakelijk zijn voor fouten betreffende de strikt medische (be)handeling. De medische behandeling sensu stricto wordt namelijk niet in een dergelijke overeenkomst opgenomen, maar maakt het voorwerp uit van een aparte overeenkomst

inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 379; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 219; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 121-125.

⁹⁹ Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 109; C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 379; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 125-126.

¹⁰⁰ Antwerpen 27 november 2006, *T.Gez.* 2008-09, 132, noot R.V.; Antwerpen 24 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 47, noot S. CALLENS; Rb. Bergen 4 november 1980, *RGAR* 1982, nr. 10467; Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, 380; Corr. Leuven 30 juni 1992, *VI.T.Gez.* 1992-93, noot F. DEWALLENS; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 99-100 en 120; R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée", 122.

¹⁰¹ Brussel 13 januari 2010, *RGAR* 2010, afl. 6, nr. 14655; M. FAURE en H. KOZIOL (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Wenen, Springer, 2001, 89; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 553-554.

¹⁰² Art. 2, §1, eerste lid KB betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen.

¹⁰³ Cass. 21 juni 1979, *Arr.Cass.* 1978-1979, 1268; Luik 20 december 1995, *T.Gez.* 1996-97, 271; M. FAURE en H. KOZIOL (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Wenen, Springer, 2001, 89; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 554-555.

¹⁰⁴ *Infra* 51, nr. 123.

met een arts.¹⁰⁵ Het ziekenhuis kan bij een arts-out-overeenkomst wel nog contractueel aansprakelijk gesteld worden voor het geheel van de verdere verzorgingstaken, inbegrepen de verantwoordelijkheid voor de organisatie binnen het ziekenhuis.¹⁰⁶

47. In het algemeen gelden dezelfde regels die ook bij de contractuele aansprakelijkheid van de arts gelden. Zo zal de overeenkomst met het ziekenhuis in het merendeel van de gevallen als een middelenverbintenis worden beschouwd.¹⁰⁷ Er zullen echter ook bepaalde situaties zijn waarin er sprake is van een resultaatsverbintenis (bvb. voldoen aan de erkenningsnormen van bepaalde diensten). Ook hier geldt dat tussen buitencontractuele en contractuele aansprakelijkheid in de praktijk meestal weinig verschil zal zijn.

HOOFDSTUK 3. Vergoeding voor medische ongevallen

48. Het bekomen van een vergoeding bij een medisch ongeval is niet zo vanzelfsprekend. Het toepassen van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels leidt tot verschillende problemen, zowel voor de schadelijder, als voor de arts en diens verzekeraar. Wetgevende initiatieven konden dan ook niet uitblijven.
49. Ik zal hieronder eerst de problemen bij de toepassing van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid bespreken (§1), vervolgens de reactie van de wetgever hierop (§2) en tot slot zal ik even kort de medische aansprakelijkheidsverzekering aanhalen (§3).

§1. Problemen bij de toepassing van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid

50. Bij de toepassing van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels dient het slachtoffer het bewijs te leveren van een fout van de zorgverlener, van het bestaan van een schade en van het causaal verband tussen de fout en de schade. Het gebruik van dergelijke foutaansprakelijkheid is in de medische sector echter ver van ideaal.
51. De patiënt die het slachtoffer is van een medisch ongeval krijgt te kampen met verschillende problemen. T. VANSWEEVELT meent dat het eerste probleem waarmee de patiënt te maken krijgt de complexiteit van het aansprakelijkheidsrecht is: Wie kan in aansprakelijkheid worden aangesproken? Wie is de bewaarder van de gebrekkige zaak? Gaat het om een contractuele of extracontractuele

¹⁰⁵ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 463-464.

¹⁰⁶ Antwerpen 24 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 47, noot S. CALLENS.

¹⁰⁷ J. HERBOTS, "Basisbeginselen van civielrechtelijke aansprakelijkheid" in A. PRIMIS, B. DE RUYVER, E. GULDIX en T. VANSWEEVELT (eds.), *De aansprakelijkheid in ziekenhuisverband*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 20; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 115-127.

verbintenis?¹⁰⁸ Daarnaast rust er een enorm zware bewijslast op de patiënt. Het bewijs van een medische fout is niet altijd eenvoudig te leveren. De complexiteit van de gezondheidszorg maakt dat de gemiddelde patiënt geen zicht heeft op het bestaan van een mogelijke fout en artsen zullen niet steeds toegeven dat zij een fout hebben begaan. Ook het feit dat men in de geneeskunde nooit 100% zeker is van het resultaat maakt het voor de patiënt moeilijk om een fout van de medische zorgverstreker te kunnen bewijzen.¹⁰⁹ Door deze onzekerheid over het uiteindelijke resultaat, van zelfs een volledig correcte medische handeling, is het bewijs van een causaal verband met de schade voor de patiënt vaak moeilijk en zeer delicaat.¹¹⁰ Een oplossing kan bestaan uit het aantonen van een causaal verband met het verlies van een kans. De patiënt zal dan echter nog steeds moeten aantonen dat hij voor de ingreep nog een genezings- of overlevingskans had.¹¹¹ Indien de fout van de arts bestaat uit het niet correct naleven van zijn informatieplicht, dient de patiënt nog steeds aan te tonen dat de schade zich niet zou hebben voorgedaan zonder de fout, omdat hij dan bijvoorbeeld de ingreep zou hebben geweigerd.¹¹² De schade van een patiënt die geen fout en causaal verband kan aantonen, zal in principe niet vergoed worden.

Het instellen van een rechtszaak is een complexe, dure en tijdrovende aangelegenheid en men kan niet zeker zijn van het resultaat.¹¹³ Zelfs indien de vordering van de patiënt wordt toegewezen is hij niet zeker van zijn vergoeding. De arts kan bijvoorbeeld niet of onvoldoende verzekerd zijn, terwijl zijn eigen vermogen ontoereikend is om een dergelijke vergoeding te betalen.¹¹⁴

De meerderheid van de slachtoffers van medische ongevallen stellen dan ook, terecht of onterecht, geen vordering in tegen de eventueel aansprakelijke zorgverstreker, omdat zij menen dat zij toch geen enkele kans maken.¹¹⁵

¹⁰⁸ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 821-822; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 1-2.

¹⁰⁹ R. NAUDTS, "Nieuwe wettelijke regelingen voor vergoeding van gezondheidsschade", *T.Gez.* 2007-08, 316; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 2-3.

¹¹⁰ T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 3.

¹¹¹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 822.

¹¹² T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 822.

¹¹³ R. NAUDTS, "Nieuwe wettelijke regelingen voor vergoeding van gezondheidsschade", *T.Gez.* 2007-08, 316; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 3.

¹¹⁴ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 823.

¹¹⁵ J.-L. FAGNART, "De vergoeding van medische ongevallen. Voorstel van hervorming" in A. PRIMIS, B. DE RUYVER, E. GULDIX en T. VANSWEEVELT (eds.), *Aansprakelijkheid en medische ongevallen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 13.

52. De patiënt is niet de enige voor wie het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrecht problemen biedt. Het aantal schadeclaims tegen artsen en ziekenhuizen neemt toe. Men mag de invloed van het aansprakelijkheidsproces op de arts niet onderschatten. We denken hierbij vooral aan de negatieve publiciteit, de aantasting van de reputatie, de psychische last, het tijdverlies, de mogelijke consequenties op disciplinair vlak en de stijgende verzekeringspremies.¹¹⁶ Dergelijke problemen kunnen ertoe leiden dat artsen aan negatieve of positieve "defensieve geneeskunde" gaan doen. Negatieve defensieve geneeskunde is het verschijnsel waarbij artsen weigeren om een ingreep of een onderzoek te verrichten, omdat ze de ermee gepaard gaande risico's en aansprakelijkheidsvorderingen willen vermijden. Positieve defensieve geneeskunde is dan het verschijnsel waarbij artsen te veel en dus overbodige onderzoeken en behandelingen voorschrijven of uitvoeren, om eventuele nalatigheidsverwijten te vermijden.¹¹⁷ Defensieve geneeskunde kan echter eveneens leiden tot een aansprakelijkheidsvordering, bvb. wegens het uitvoeren van een overbodig en niet proportioneel onderzoek.¹¹⁸
53. Tot slot lijkt ook de medische aansprakelijkheidsverzekeraar in de moeilijkheden te komen. Dit kunnen we afleiden uit de verzekeringspremies die voortdurend worden opgetrokken om de steeds groter wordende schadelast aan te kunnen. Daarnaast kan het gebeuren dat sommige verzekeraars hun werkzaamheid als medische aansprakelijkheidsverzekeraar moeten stopzetten ofwel artsen van bepaalde categorieën moeten weigeren.¹¹⁹

§2. Antwoord van de wetgever

A. Wet van 15 mei 2007

54. De wet van 15 mei 2007 werd aangenomen om een oplossing op deze problemen te bieden. Zij is echter nooit in werking getreden. Er bleek namelijk geen maatschappelijk draagvlak te bestaan voor

¹¹⁶ R. NAUDTS, "Nieuwe wettelijke regelingen voor vergoeding van gezondheidsschade", *T.Gez.* 2007-08, 316-317; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 3-4.

¹¹⁷ R. NAUDTS, "Nieuwe wettelijke regelingen voor vergoeding van gezondheidsschade", *T.Gez.* 2007-08, 316-317; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 4.

¹¹⁸ Antwerpen 9 november 1987, *RW* 1987-88, 1336, noot T. VANSWEEVELT.

¹¹⁹ J.-L. FAGNART, "De vergoeding van medische ongevallen. Voorstel van hervorming" in A. PRIMIS, B. DE RUYVER, E. GULDIX en T. VANSWEEVELT (eds.), *Aansprakelijkheid en medische ongevallen*, Gent, Mys & Breesch, 1996, 14-15; R. NAUDTS, "Nieuwe wettelijke regelingen voor vergoeding van gezondheidsschade", *T.Gez.* 2007-08, 317; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 4.

een regeling die de zorgverstrekkers vrijuit liet gaan, maar aan de slachtoffers geen integrale vergoeding bood.¹²⁰

55. De wet van 15 mei 2007 voerde een *no fault*-vergoedingssysteem in. Dit houdt in dat er niet langer een fout van de zorgverstrekker bewezen diende te worden om een schadevergoeding te verkrijgen.¹²¹ De vergoeding van de schade zou gebeuren door een Fonds voor de vergoeding van ongevallen bij gezondheidszorg en door de verzekeringsonderneming van de betrokken zorgverlener(s).¹²² Deze vergoeding zou echter onderworpen worden aan vrijstellingen en maximumbedragen.¹²³ Een bijzonder en bekritiseerd punt van deze wetgeving was dat het slachtoffer geen burgerlijke aansprakelijkheidsvordering kon instellen tegen de gemeenrechtelijke aansprakelijke.¹²⁴ Deze immuniteit van de zorgverlener kende twee uitzonderingen, namelijk het opzet en de zware fout.¹²⁵
56. De wet van 15 mei 2007 regelde de vergoeding van alle schade die het gevolg is van (1°) het verlenen van gezondheidszorg, (2°) het niet verlenen van zorg die de patiënt rechtmatig kon verwachten, rekening houdende met de stand van de wetenschap, (3°) een infectie opgelopen als gevolg van de verleende zorg.¹²⁶ Zowel de economische als de niet-economische schade werden vergoed.¹²⁷ De wet bepaalde echter dat volgende schade niet vergoed werd: de schade die het gevolg is van (1°) de oorspronkelijke toestand van de patiënt en of de voorzienbare evolutie van die toestand, (2°) de

¹²⁰ I. BOONE, "De verhouding tussen het aansprakelijkheidsrecht en de vergoeding door het fonds voor medische ongevallen" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 64.

¹²¹ R. NAUDTS, "Nieuwe wettelijke regelingen voor vergoeding van gezondheidsschade", *T.Gez.* 2007-08, 316-317; G. SCHAMPS, "De foutloze vergoeding van schade inzake gezondheidszorg: Een stand van zaken", *T.Gez.* 2008-09, 364.

¹²² Art. 4 wet van 15 mei 2007 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg; G. SCHAMPS, "De foutloze vergoeding van schade inzake gezondheidszorg: Een stand van zaken", *T.Gez.* 2008-09, 364.

¹²³ G. SCHAMPS, "De foutloze vergoeding van schade inzake gezondheidszorg: Een stand van zaken", *T.Gez.* 2008-09, 364-365.

¹²⁴ G. SCHAMPS, "De foutloze vergoeding van schade inzake gezondheidszorg: Een stand van zaken", *T.Gez.* 2008-09, 364-365.

¹²⁵ Art. 7, §1, eerste lid wet 15 mei 2007: " De patiënt of zijn rechtverkrijgenden, het Fonds, de verzekeringsonderneming, de verzekeringsinstelling en de aanvullende verzekeraar kunnen geen rechtsvordering tegen de zorgverlener instellen overeenkomstig de burgerlijke aansprakelijkheidsregels, behalve: 1° in geval van een opzettelijke fout van de zorgverlener, of 2° in geval van een zware fout van de zorgverlener zoals bepaald in § 4;

Art. 7, §4 wet 15 mei 2007: Enkel de volgende gevallen worden beschouwd als zware fout die kan leiden tot de toepassing van § 1: 1° de schade als gevolg van een staat van alcoholintoxicatie of van het onder invloed zijn van verdovende middelen, tenzij de verzekerde aantoont dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen die feiten en de schade; 2° de schade als gevolg van het weigeren van hulp aan een persoon in nood waarvoor de dader werd veroordeeld overeenkomstig artikel 422bis van het Strafwetboek; 3° de schade als gevolg van de uitoefening van verboden activiteiten volgens de bepalingen van het koninklijk besluit nr. 78 betreffende de uitoefening van gezondheidszorgberoepen.

¹²⁶ Art. 4 wet 15 mei 2007.

¹²⁷ Art. 6 wet 15 mei 2007.

opzettelijke fout van de patiënt of geïnformeerde weigering van de zorg, (3°) normale en voorzienbare risico's of neveneffecten.¹²⁸

57. Geïnspireerd door de Franse wetgeving bepaalde de wet van 15 mei 2007 in paragraaf twee van haar artikel 5 eveneens het volgende:

"Niemand kan schadevergoeding vorderen enkel wegens het feit dat hij geboren is.

De persoon die als gevolg van het verlenen van gezondheidszorg met een handicap is geboren, kan een schadevergoeding verkrijgen als de zorg de handicap heeft veroorzaakt of verergerd, of als de zorg het niet heeft mogelijk gemaakt om maatregelen te nemen om deze handicap te verminderen. Indien de ouders van een kind dat als gevolg van een zware of opzettelijke fout van de zorgverlener met een handicap is geboren die niet tijdens de zwangerschap werd ontdekt, schade lijden in de zin van deze wet, kunnen zij een vergoeding vorderen voor hun schade. Die schade kan niet de bijzondere kosten omvatten die tijdens het leven van het kind uit deze handicap voortvloeien."

Dit artikel beoogde een omschrijving te geven van de situatie van personen die worden geboren met een handicap. Het eerste lid was gebaseerd op de Franse wetgeving en beoogde het uitsluiten van wrongful life-vorderingen. In het tweede lid werd vervolgens verduidelijkt dat prenatal injury-vorderingen¹²⁹ wel onder de toepassingsvoorwaarden voor het verkrijgen van een vergoeding vallen. Het derde lid tot slot behandelde de situatie van de ouders van een persoon die met een niet-ontdekte handicap werd geboren. De ouders konden een vergoeding vorderen indien de zorgverlener een zware of opzettelijke fout beging. Deze vergoeding mocht echter niet de kosten die voortvloeien uit de handicap omvatten.¹³⁰

B. Wet van 31 maart 2010

58. De wet van 15 mei 2007 bleek onderhevig aan zware kritiek en is dan ook voor haar inwerkingtreding vervangen door de wet van 31 maart 2010 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg. Deze nieuwe wet medische ongevallen laat het aansprakelijkheidsrecht in medische zaken onverlet. Daarnaast zullen slachtoffers van een medisch ongeval hun schadeclaim door een Fonds kunnen laten afhandelen, in een door de wet geregelde minnelijke procedure. Ook

¹²⁸ Art. 5, §1 wet 15 mei 2007.

¹²⁹ *Infra* 34, nr. 75.

¹³⁰ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, *Parl.St.* Kamer 2006-07, 3012/001, 14; J.-L. FAGNART, "L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé" in J.-P. BEAUTHIER, *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse?*, Brussel, Larcier, 2008, 92-93.

indien er geen aansprakelijke voor het medisch ongeval is, kan het slachtoffer in de door de wet bepaalde gevallen een integrale vergoeding van het Fonds bekomen.¹³¹

59. De wet van 31 maart 2010 vergoedt de schade die het gevolg is van gezondheidszorg.¹³² De wet definieert de verstrekking van gezondheidszorg als volgt: "door een zorgverlener verstrekte diensten met het oog op het bevorderen, vaststellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van de patiënt of om de patiënt bij het sterven te begeleiden".¹³³ Dit begrip dient ruim geïnterpreteerd te worden, zodat contraceptie en vrijwillige zwangerschapsafbreking er o.a. ook onder vallen.¹³⁴ Schade die louter een gevolg is van een miskening van de patiëntenrechtenwet valt er echter niet onder.¹³⁵ De wet sluit twee oorzaken van schade van haar toepassing uit. Het gaat om de schade die het gevolg is van een experiment en de schade die voortkomt uit een esthetische ingreep die niet terugbetaalbaar is.¹³⁶ In de Kamer van Volksvertegenwoordigers werd door de minister verklaard dat de wet van 31 maart 2010 evenmin van toepassing zou zijn indien de schade voortvloeit uit het gebruik van een gebrekkig product.¹³⁷
60. De verstrekking van gezondheidszorg gebeurt door een zorgverlener. Een zorgverlener is ofwel een beroepsbeoefenaar, ofwel een verzorginstelling. Beroepsbeoefenaars zijn de beroepsbeoefenaars in de zin van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 en de beoefenaars van een niet-conventionele praktijk bedoeld in de wet van 29 april 1999. Verzorginstellingen zijn de gezondheidsverstrekkende instellingen die zijn gereguleerd in de wet betreffende de ziekenhuizen en andere verzorgingsinstellingen, evenals het ziekenhuis dat beheerd wordt door het Ministerie van Landsverdediging en dat gelegen is in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, de bloedinstellingen en -centra in de zin van het koninklijk besluit van 4 april 1996 betreffende de afneming, de bereiding, de bewaring en de terhandstelling van bloed en bloedderivaten van

¹³¹ I. BOONE, S. LIERMAN en G. JOCQUÉ, "Nieuwe vergoedingsregeling voor schade ingevolge medische ongevallen. Wet 31 maart 2010", *NjW* 2011, 159.

¹³² Art. 3, §1 wet 31 maart 2010.

¹³³ Art. 2, 4° wet 31 maart 2010.

¹³⁴ T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 19.

¹³⁵ T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 35.

¹³⁶ Art. 3, §2 wet 31 maart 2010; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 20-24.

¹³⁷ Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing uitgebracht door mevrouw Colette Burgeon, *Parl.St.* Kamer 2009-10, 2240/006, 87; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 24-26.

menselijke oorsprong en de instellingen bedoeld in het koninklijk besluit nr. 143 van 30 december 1982 tot vaststelling van de voorwaarden waaraan de laboratoria moeten voldoen voor de tegemoetkoming van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging voor verstrekkingen van klinische biologie.¹³⁸

61. De schade als gevolg van gezondheidszorg wordt geleden door de patiënt en/of zijn rechthebbenden. De patiënt wordt door de wet gedefinieerd als "de natuurlijke persoon aan wie gezondheidszorg wordt verstrekt, al dan niet op eigen verzoek".¹³⁹ Wat het begrip rechthebbende betreft, wordt er in het wetsontwerp verwezen naar de gemeenrechtelijke betekenis. Het gaat om de persoon die via zijn rechtsvoorganger een recht kan uitoefenen. Ook de naasten van een nog levende patiënt kunnen 'indirecte' slachtoffers zijn en dus rechthebbende in de zin van de wet van 31 maart 2010.¹⁴⁰ Het slachtoffer en zijn rechthebbenden kunnen niet meer dan één keer worden vergoed voor dezelfde schade, door een beroep te doen op de procedure voor het Fonds en de gerechtelijke weg te bewandelen of door een beroep te doen op die procedure na reeds in der minne voor die schade te zijn vergoed buiten om het even welke procedure.¹⁴¹
62. De wet van 31 maart 2010 richt een "Fonds voor de medische ongevallen" op.¹⁴² Dit Fonds heeft als hoofdplicht de vergoeding van de slachtoffers van schade als gevolg van gezondheidszorg of van hun rechthebbenden te organiseren binnen de grenzen van de artikelen 4 en 5 van de wet.¹⁴³

De benadeelde van een medisch ongeval beschikt over twee procedures om vergoeding te verkrijgen. Hij kan een procedure voor de rechter opstarten of hij kan voor de minnelijke procedure via het Fonds kiezen.¹⁴⁴ Het opstarten van de minnelijke procedure schorst van rechtswege de verjaring van de burgerlijke rechtsvordering. Omgekeerd schorst het instellen van een rechtsvordering de verjaring van de vordering bij of tegen het Fonds.¹⁴⁵

¹³⁸ Art. 2, 1°, 2° en 3° wet 31 maart 2010; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 16-19.

¹³⁹ Art. 2, 5° wet 31 maart 2010.

¹⁴⁰ Wetsontwerp betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg (I), Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2009-10, 2240/001, 29; S. LIERMAN, "Vergoedingsvoorwaarden van het Fonds voor Medische Ongevallen" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 42.

¹⁴¹ Art. 3, §3 wet 31 maart 2010.

¹⁴² Art. 6 wet 31 maart 2010.

¹⁴³ Art. 8, §1 wet 31 maart 2010.

¹⁴⁴ Art. 3, §1 wet 31 maart 2010; G. JOCQUÉ, "Het Fonds voor Medische Ongevallen" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 88-89.

¹⁴⁵ Art. 13 wet 31 maart 2010; G. JOCQUÉ, "Het Fonds voor Medische Ongevallen" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 91-93.

De minnelijke procedure bij het Fonds wordt ingesteld door een adviesaanvraag van de benadeelde.¹⁴⁶ Indien het Fonds van oordeel is dat de aanvraag kennelijk onontvankelijk is, brengt het de aanvrager hiervan onmiddellijk op de hoogte.¹⁴⁷ Om een advies over de aanvraag te formuleren kan het Fonds inlichtingen inwinnen en bepaalde documenten opvragen. De procedureregels voor de aanvraag zijn terug te vinden in de artikelen 15 tot 20 van de wet van 31 maart 2010. Deze adviesaanvraag is voor de aanvrager gratis.¹⁴⁸ De procedureregels betreffende het advies van het Fonds staan in de artikelen 21 tot 24. Het advies van het Fonds bindt noch de aanvrager, noch de betrokken zorgverleners en hun verzekeraars, noch, in voorkomend geval, de rechter.¹⁴⁹

63. Schade als gevolg van gezondheidszorg kan haar oorzaak vinden in, ofwel een feit dat aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van een zorgverlener, ofwel een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid.¹⁵⁰

Het Fonds kan vooreerst van oordeel zijn dat er geen aansprakelijke is voor de medische schade.¹⁵¹ In een dergelijk geval zal het Fonds een voorstel tot vergoeding doen, indien de schade voldoet aan de in artikel 5 van de wet bepaalde voorwaarden van ernst.¹⁵² De regels betreffende het meedelen van dergelijk voorstel en de aanvaarding ervan vinden we terug in de artikelen 25 tot 26 van de wet.

Indien het Fonds van oordeel is dat een zorgverstrekker aansprakelijk is voor de schade, dan verzoekt het de verzekeraar van de betrokken zorgverlener (of indien deze geen verzekeraar heeft, de betrokken zorgverlener zelf) een voorstel tot vergoeding te doen ten gunste van de aanvrager.¹⁵³ Indien de verzekeraar de aansprakelijkheid van zijn verzekerde aanvaardt, dient hij een vergoedingsvoorstel aan de benadeelde te doen.¹⁵⁴ De benadeelde kan, betreffende de eventuele aanvaarding van dit voorstel, het Fonds om advies verzoeken. Indien het Fonds van oordeel is dat het voorstel kennelijk ontoereikend is, stelt het zich in de plaats van de verzekeraar.¹⁵⁵ De zorgverlener of zijn verzekeraar kunnen eveneens de aansprakelijkheid betwisten. In een dergelijk geval stelt het Fonds zich in de plaats van de verzekeraar, voor zover aan een van de voorwaarden inzake ernst van

¹⁴⁶ Art. 12, §1 wet 31 maart 2010.

¹⁴⁷ Art. 14 wet 31 maart 2010.

¹⁴⁸ Art. 20 wet 31 maart 2010.

¹⁴⁹ Art. 24 wet 31 maart 2010.

¹⁵⁰ Art. 2, 6° wet 31 maart 2010.

¹⁵¹ Art. 2, 7° wet 31 maart 2010.

¹⁵² Art. 4, 1° en art. 25 wet 31 maart 2010; S. LIERMAN, "Vergoedingsvoorwaarden van het Fonds voor Medische Ongevallen" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 53-55.

¹⁵³ Art. 22, vierde lid wet 31 maart 2010.

¹⁵⁴ Art. 29 wet 31 maart 2010.

¹⁵⁵ Art. 31 en art. 4, 4° wet 31 maart 2010.

artikel 5 is voldaan.¹⁵⁶ Indien de verzekeraar binnen de bepaalde termijn geen voorstel tot vergoeding doet, wordt dit eveneens als een betwisting beschouwd. Het Fonds dat zich in de plaats van de verzekeraar heeft gesteld om de benadeelde te vergoeden, treedt in de rechten van deze benadeelde tegen de zorgverlener en diens verzekeraar.¹⁵⁷ Noch de zorgverlener, noch de verzekeraar, noch de rechter zijn gebonden door het bedrag van de vergoeding die het Fonds heeft toegekend aan de aanvrager.¹⁵⁸

Indien de aansprakelijke zorgverlener niet of onvoldoende verzekerd is, zal het Fonds de benadeelde eveneens vergoeden.¹⁵⁹

64. De wet van 31 maart 2010 zal inwerking treden op de datum die door de Koning wordt bepaald. Om te vermijden dat er slachtoffers in de kou blijven staan door het uitblijven van uitvoeringsbesluiten, is bepaald dat de wet van toepassing is op schade veroorzaakt door een feit dat dateert van na de bekendmaking van de wet in het Belgisch Staatsblad (3 april 2010).¹⁶⁰
65. Wat ontbreekt in dit overzicht van de wet van 31 maart 2010 is een bepaling betreffende wrongful birth- en wrongful life-vorderingen. Dergelijke bepalingen werden in deze wet doelbewust achterwege gelaten. Wrongful birth- en wrongful life-vorderingen vallen derhalve onder de algemene regeling van de wet.¹⁶¹
66. Om na te gaan of vergoeding in wrongful birth- en wrongful life-zaken mogelijk is via de wet van 31 maart 2010, dient in de eerste plaats bewezen te worden dat er sprake is van schade ten gevolge van de verstrekking van gezondheidszorg. Dit levert niet al te veel problemen op. Indien een sterilisatie, een abortus of een prenatale diagnose mislukken, is er duidelijk sprake van gezondheidsverstrekking die (onrechtstreeks) in verband staat met de verwekking of geboorte van het kind.¹⁶² Indien het Fonds meent dat de aansprakelijk van de arts in het gedrang komt, dan kan de minnelijke procedure via het Fonds gevolgd worden. Indien het Fonds meent dat de aansprakelijkheid van de arts niet in het gedrang komt, moet men geval per geval nagaan of er sprake kan zijn van een medisch ongeval

¹⁵⁶ Art. 30 en art. 4, 3° wet 31 maart 2010.

¹⁵⁷ Art. 30, derde lid en art. 31, derde lid wet 31 maart 2010.

¹⁵⁸ Art. 30, vierde lid en art. 31, vierde lid wet 31 maart 2010.

¹⁵⁹ Art. 4, 2° wet 31 maart 2010.

¹⁶⁰ Art. 35 wet 31 maart 2010; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 35-37.

¹⁶¹ T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 30.

¹⁶² T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 30-31.

zonder aansprakelijkheid.¹⁶³ Het therapeutisch falen wordt uitgesloten van het toepassingsgebied van de wet. Hieruit volgt dat een verkeerde diagnose zonder fout geen medisch ongeval zonder aansprakelijkheid uitmaakt.¹⁶⁴ Ook schade die voortvloeit uit een loutere inbreuk op de Patiëntenrechtenwet valt niet onder het toepassingsgebied van de wet.¹⁶⁵ Er zijn echter ook gevallen denkbaar waarin er wel sprake kan zijn van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. T. VANSWEEVELT haalt het voorbeeld aan van een sterilisatie die zonder fout toch niet tot het gewenste resultaat leidt.¹⁶⁶ Een medisch ongeval zonder fout wordt door het fonds echter slechts vergoed indien aan de in art. 5 van de wet bepaalde graad van ernstigheid is voldaan. Bij wrongful birth-zaken zou men het derde punt van art. 5 kunnen toepassen. Men kan stellen dat de geboorte van het gezonde of gehandicapte kind de levensomstandigheden van de patiënt bijzonder zwaar, ook economisch, verstoort.¹⁶⁷ T. VANSWEEVELT vermeldt dat bij de geboorte van een zwaar gehandicapt kind aan de voorwaarde inzake 25% blijvende invaliditeit voldaan kan zijn.¹⁶⁸ Deze stelling dient voorafgegaan te worden door een onderzoek naar de definitie van het begrip patiënt.¹⁶⁹ Uit de parlementaire stukken blijkt dat de minister meent dat een gehandicapt ter wereld gekomen kind ook als patiënt kan worden beschouwd¹⁷⁰:

"Mevrouw Catherine Fonck (cdH) had van de minister graag de bevestiging gekregen dat een met een misvorming ter wereld gekomen kind een schadevergoeding zou kunnen krijgen, alsook dat als de foetus of het embryo het niet haalt, de moeder er eveneens een zou kunnen ontvangen.

¹⁶³ T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 31.

¹⁶⁴ S. LIERMAN, "Vergoedingsvoorwaarden van het Fonds voor Medische Ongevallen" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 50; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 31.

¹⁶⁵ T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 31 en 33.

¹⁶⁶ T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 31.

¹⁶⁷ T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 32.

¹⁶⁸ T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 31-32.

¹⁶⁹ S. LIERMAN, "Vergoedingsvoorwaarden van het Fonds voor Medische Ongevallen" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 41-42.

¹⁷⁰ Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing uitgebracht door mevrouw Colette Burgeon, *Parl.St.* Kamer 2009-10, 2240/006, 105-106.

De minister bevestigt dat de wet in beide gevallen geldt, voor zover wordt voldaan aan de erin bepaalde voorwaarden (zorgverlening, verantwoordelijke zorgverlener, medisch ongeval zonder aansprakelijkheid, oorzakelijk verband enz.)."

Het is in dit verband belangrijk om er nogmaals op te wijzen dat een verkeerde diagnose zonder fout geen medisch ongeval zonder aansprakelijkheid uitmaakt. Indien een kind gehandicapt wordt geboren ingevolge een verkeerde prenatale diagnose zonder fout, dan kunnen moeder noch kind zich op het Fonds beroepen om een schadevergoeding te bekomen.

67. We kunnen dus besluiten dat in principe zowel wrongful birth- als wrongful life-vorderingen onder het toepassingsgebied van de wet van 31 maart 2010 vallen. In dergelijke gevallen heeft de zorgverstreker immers wel een fout begaan. De schadelijder kan dan een beroep doen op het Fonds voor de Medische Ongevallen.

§3. De medische aansprakelijkheidsverzekering

68. Een aansprakelijkheidsverzekering is een "verzekeringsovereenkomst die ertoe strekt de verzekerde dekking te geven tegen alle vorderingen tot vergoeding wegens het voorvallen van de schade die in de overeenkomst is beschreven, en zijn vermogen binnen de grenzen van de dekking te vrijwaren tegen alle schulden uit een vaststaande aansprakelijkheid".¹⁷¹ Het doel van een medische aansprakelijkheidsverzekering is dus het beschermen van de zorgverstreker tegen aansprakelijkheidsvorderingen van patiënten. Een dergelijk verzekering biedt echter niet alleen een waarborg aan de verzekerde, ze zorgt er ook voor dat de schadelijder beschermd wordt tegen insolventie van de aansprakelijke.¹⁷²
69. Tot op de dag van vandaag is de medische aansprakelijkheidsverzekering niet wettelijk verplicht opgelegd, met de enkele uitzondering van art. 16 van het KB nr. 35 van 20 juli 1967, zijnde de burgerlijke en beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de adviserende geneesheer van een verzekeringsinstelling.¹⁷³ In artikel 34, §2 van de Code van 19 november 1975 van geneeskundige plichtenleer vinden we wel een verplichting tot het sluiten van een dergelijke verzekering terug:

"Een slachtoffer van een medische fout heeft recht op vergoeding van de door die fout veroorzaakte schade en elke geneesheer dient hiervoor verzekerd te zijn."

¹⁷¹ Art. 77 WLVO.

¹⁷² T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 771-772.

¹⁷³ I. BOONE, S. LIERMAN en G. JOCQUÉ, "Nieuwe vergoedingsregeling voor schade ingevolge medische ongevallen. Wet 31 maart 2010", *NjW* 2011, 163-164; S. OSSIEUR, "De medische aansprakelijkheidsverzekering" in J.B. BAEYENS, R. CUYPERS, S. D'HUYS, W. GONTHIER, G. GOVAERTS, H. NYS, S. OSSIEUR, G. POPELIER, E. VAN DEN EEDEN, H. VAN DIJCK en T. VANSWEEVELT, *Zakboekje voor de ziekenhuisarts*, Diegem, Kluwer, 2000, 111.

70. Verzekeraars die de medische aansprakelijkheid verzekeren delen de medische specialisatie op in verschillende klassen volgens hun graad van risico. De meeste verzekeraars volgen dezelfde indeling. Sommige verzekeraars verkiezen om voor iedere individuele geneesheer een polis op maat af te sluiten. Daarnaast worden ook steeds meer groepspolissen afgesloten voor het volledige medische personeel van een ziekenhuis.¹⁷⁴

¹⁷⁴ S. OSSIEUR, "De medische aansprakelijkheidsverzekering" in J.B. BAEYENS, R. CUYPERS, S. D'HUYS, W. GONTHIER, G. GOVAERTS, H. NYS, S. OSSIEUR, G. POPELIER, E. VAN DEN EEDEN, H. VAN DIJCK en T. VANSWEEVELT, *Zakboekje voor de ziekenhuisarts*, Diegem, Kluwer, 2000, 112; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 772-773.

DEEL III. WRONGFUL BIRTH

HOOFDSTUK 1. Inleiding

72. Een wrongful birth-vordering is in essentie een vordering die wordt ingesteld door de ouder(s), met de bedoeling om de door hen opgelopen vermogensschade, voortvloeiend uit de verwekking en/of de geboorte van een kind, vergoed te zien.¹⁷⁵ Over de verdere invulling van het begrip is niet iedereen het eens.
73. De meeste auteurs maken een onderscheid tussen een wrongful pregnancy- of wrongful conception-vordering en een wrongful birth-vordering (sensu stricto).¹⁷⁶ Een wrongful pregnancy-vordering houdt in dat het kind gezond werd geboren, maar dat het initieel ongewenst was.¹⁷⁷ Dergelijke gevallen doen zich voor na een mislukte sterilisatie of vasectomie en na een mislukte abortus. Het kan echter ook voorkomen dat een moeder een wrongful pregnancy-claim tegen haar verkrachter instelt. Een wrongful birth-vordering houdt in dat het om een initieel gewenste zwangerschap gaat, maar dat het kind gehandicapt geboren wordt.¹⁷⁸ Dergelijke gevallen doen zich bijvoorbeeld voor na

¹⁷⁵ Concl. VRANKEN (Hoge Raad 21 februari 1997), *NJ* (NL) 1999, 841; I. GIESEN, "Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems", *THRHR* (Zuid-Afrika) 2009, Vol. 72, 259 en <http://papers.ssrn.com>; A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 5; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 356; C. TROUET, "Wrongful birth en wrongful life", 284; J.P. WILS, "Wrongful birth en wrongful life – ethische kanttekeningen" in S.C.J.J. KORTMAN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 24.

¹⁷⁶ T. BALTHAZAR, "Wrongful birth, wrongful life", *Juristenkrant* 2010, afl. 220, 7; S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 61-74; M. DILLEN en F. DEWALLENS, "Wrongful life made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden", *T.Gez.* 2011-2012, 191; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 173-174; J.K. MASON, "Unwanted pregnancy: a case of retroversion?", *Edin.L.R.* 2000, 4(2), 191-206 en www.westlaw.com; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 356; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 250-251; T. VANSWEEVELT, "De Wet Medische Ongevallen: de krachtlijnen, de filosofie en het toepassingsgebied" in I. BOONE en S. LIERMAN (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 29.

¹⁷⁷ T. BALTHAZAR, "Wrongful birth, wrongful life", *Juristenkrant* 2010, afl. 220, 7; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 547; S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 66; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 173-174; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 356.

¹⁷⁸ T. BALTHAZAR, "Wrongful birth, wrongful life", *Juristenkrant* 2010, afl. 220, 7; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 547; S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 65-66; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 174; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 356.

een verkeerde prenatale diagnose. Tot welke categorie het initieel ongewenste en eveneens gehandicapt geboren kind behoort is niet steeds duidelijk.¹⁷⁹

74. Het bovenstaande onderscheid wordt echter niet door alle auteurs nuttig bevonden.¹⁸⁰ Het moment waarop het kind ongewenst was heeft volgens hen weinig relevantie. In beide gevallen gaat het in essentie om dezelfde situatie. Het grootste verschil tussen de twee situaties bevindt zich in de omvang van de 'schade'. Voor de ouders zal het wellicht zwaarder zijn om een gehandicapt kind op te voeden dan een gezond kind. De handicap zal niet enkel extra inspanningen van de ouders vergen. Het kan voor hen ook een zware morele last zijn om hun kind te zien lijden. In principe sluit ik mij bij deze visie aan. Ik zal dan ook de algemene term *wrongful birth* gebruiken voor zowel *wrongful pregnancy* als *wrongful birth sensu stricto*.
75. Daarnaast kan er een onderscheid gemaakt worden tussen de situatie waarin het kind gehandicapt geboren wordt door een genetisch aangeboren afwijking (*wrongful birth*) en de situatie waarin de handicap voortkomt uit een fout (*prenatal injury*).¹⁸¹ Indien een fout de oorzaak is van de handicap is er een fundamenteel verschil, namelijk dat het in de hypothetische situatie om een gewenst kind zonder handicap zou gaan. De door mij gebruikte term '*wrongful birth*' omvat niet de situatie van de '*prenatal injury*'.
76. In Frankrijk, Nederland en Engeland bestaan er reeds vastgestelde principes in verband met *wrongful birth*-vorderingen. In Frankrijk kan een dergelijke vordering in principe aanvaard worden, doch op het punt van de schade worden deze vorderingen enorm beperkt, zowel door de rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie en van de Conseil d'État, als door de wetgeving.¹⁸² In Nederland worden *wrongful birth*-vorderingen algemeen aanvaard sinds het *Wrongful Birth I*-arrest¹⁸³ van de Hoge Raad. Ook in Engeland kunnen *wrongful birth*-vorderingen worden toegekend, doch eveneens met een beperking op het vlak van de vergoedbare schade.¹⁸⁴
77. De structuur die ik in dit deel betreffende *wrongful birth* heb aangebracht volgt de verschillende toepassingsvoorwaarden van het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Zo zal ik eerst de

¹⁷⁹ S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 68.

¹⁸⁰ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 546-547; I. GIESEN, "Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems", *THRHR* (Zuid-Afrika) 2009, Vol. 72, 259 en <http://papers.ssrn.com>.

¹⁸¹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 547.

¹⁸² *Infra* 59-61, nr. 144.

¹⁸³ Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ* (NL) 1999, 145, concl. VRANKEN, noot CJHB.

¹⁸⁴ *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 S.L.T. 154, [2000] 2 A.C. 59.

grondslag van een dergelijke aansprakelijkheid bespreken (Hs 2), vervolgens het causaal verband (Hs 3) en tot slot de schade (Hs 4).

HOOFDSTUK 2. Grondslag van de aansprakelijkheid

78. In dit hoofdstuk zal ik nagaan op grond van welke gedragingen een zorgverstrekker of een verwekker aansprakelijk gesteld kan worden wegens de verwekking en/of geboorte van een kind. Ik begin met een algemeen overzicht van de grondslagen (§1), om vervolgens dieper in te gaan op meer specifieke gevallen (§2 en §3).

§1. Algemeen

79. Er zijn drie grote categorieën van aansprakelijkheden die kunnen worden weerhouden: de contractuele aansprakelijkheid, de buitencontractuele foutaansprakelijkheid en de objectieve aansprakelijkheid.
80. Indien er een contractuele relatie bestaat, dan dient er nagegaan te worden of er sprake is van een resultaats- of een middelenverbintenis. Zoals reeds eerder gezien, is er in de medische sector meestal sprake van een middelenverbintenis. In dat geval moet de patiënt aantonen dat het resultaat niet werd bekomen door een wanprestatie van de andere partij. Er is sprake van een wanprestatie wanneer een partij haar verbintenissen niet nakomt en dat dit aan haar toerekenbaar is.¹⁸⁵
81. In een aantal gevallen zijn wrongful birth-vorderingen buitencontractueel van aard. Een duidelijk voorbeeld hiervan is de situatie waarin een verwekker een fout heeft gemaakt. Men denke bvb. aan een verkrachting. Indien er een buitencontractuele foutaansprakelijkheid is, zal de schadelijder moeten aantonen dat het gewenste resultaat niet bereikt werd door een fout van de andere partij en dat deze fout in causaal verband staat met de geleden schade (art. 1382-1383 BW). Zoals reeds eerder gezien¹⁸⁶ houdt de fout een overtreding in van de algemene zorgvuldigheidsnorm of van een specifieke gedragsnorm. De handeling van de arts wordt vergeleken met de handelingen van een gelijksoortige, normale en voorzichtige arts die zich in dezelfde omstandigheden bevindt.

Het kan ook voorkomen dat er een objectieve (buitencontractuele) aansprakelijkheid is. In dit geval zal de schadelijder moeten aantonen dat aan de bepaalde toepassingsvoorwaarden voldaan is. De objectieve aansprakelijkheden die van belang zijn in het kader van wrongful birth-vorderingen zijn

¹⁸⁵ E. DIRIX, B. TILLEMEN en P. VAN ORSHOVEN (eds.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 381.

¹⁸⁶ *Supra* 15-16, nr. 35.

deze voor de gebrekkige zaken waarvan men bewaarder is (art. 1384, eerste lid BW) en deze voor de hulppersonen waarvoor men instaat (art. 1384, derde lid BW).

82. Het onderscheid tussen het vaststellen van een wanprestatie bij een middelenverbintenis en het vaststellen van een fout bij de foutaansprakelijkheid is in de praktijk beperkt.¹⁸⁷ Hierna zal ik dan ook beide situaties behandelen onder het begrip 'fout'.
83. De begane 'fouten' zijn steeds prenatale fouten. R. KRUITHOF¹⁸⁸ vermeldt dat deze fouten in drie grote categorieën verdeeld kunnen worden, naargelang het tijdstip waarop zij werden begaan. De preconceptionele fouten: dit zijn de fouten die voor de verwekking van het kind zijn gebeurd, zoals een mislukte sterilisatie of vasectomie. De conceptionele fouten: dit zijn de fouten die begaan zijn op het ogenblik van de verwekking zoals een verkrachting. En tot slot de post-conceptionele fouten: dit zijn de fouten die begaan werden na de verwekking, zoals een mislukte abortus of een foutieve prenatale diagnose.¹⁸⁹ Dit onderscheid duidt echter enkel op het tijdstip waarop de fout werd begaan. Ik zal dit onderscheid niet volgen voor de verdere bespreking van de soorten fouten en feiten die aanleiding kunnen geven tot aansprakelijkheid. Sommige van deze fouten of feiten kunnen zich trouwens zowel voor als na de verwekking voordoen (bvb. gebruik van gebrekkige producten of een fout in de informatieplicht van de zorgverstrekker).
84. Er kan ook een onderscheid gemaakt worden naargelang wie aansprakelijk gesteld kan worden; een derde (de zorgverstrekker) of de verwekker(s).¹⁹⁰ Hierna zal ik dit onderscheid gebruiken om de verschillende soorten fouten en feiten die tot aansprakelijkheid kunnen leiden van elkaar te onderscheiden.

§2. Aansprakelijkheid van de zorgverstrekker

85. In de meeste gevallen wordt een wrongful birth-vordering ingesteld door de ouders tegen derden, meestal medische zorgverstrekkers.¹⁹¹ In dergelijke gevallen rijst de vraag naar de beroepsaansprakelijkheid van de zorgverstrekker: heeft de 'arts' gehandeld zoals van een normaal voorzichtig en zorgvuldige arts in dezelfde omstandigheden mag worden verwacht, in acht genomen de huidige stand van de medische kennis en techniek?¹⁹² Ook andere derden dan een medische

¹⁸⁷ *Supra* 20, nr. 44.

¹⁸⁸ R. KRUITHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2741.

¹⁸⁹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 547.

¹⁹⁰ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 548; R. KRUITHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2741.

¹⁹¹ DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken", *NjW* 2004, 548.

¹⁹² Rb. Brussel 21 maart 2006, *T.Gez.* 2009-10, 137, noot M.N.V.; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 548.

zorgverstreker kunnen aansprakelijk gesteld worden. Dergelijke gevallen komen echter minder vaak voor. Ik zal dan ook slechts af en toe verwijzen naar dergelijke zaken.

86. Indien de ouders van mening zijn dat de medische zorgverstrekkers een fout hebben begaan, dragen zij hiervan de bewijslast.¹⁹³ De rechter mag echter wel oordelen dat het bewijs van een negatief feit niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigend feit moet gebeuren, maar hij mag niet de eisende partij van de bewijslast ontslaan en de verweerders een tegengesteld positief bewijs opleggen.¹⁹⁴ Zo kan het voorkomen dat de rechter veronderstelt dat er een fout werd gemaakt. Hij stelt dan dat de schade, zoals zij zich in concreto heeft voorgedaan, zich niet zou hebben voorgedaan in normale omstandigheden en dat zij abnormaal is, zodat deze schade slechts kan voortvloeien uit de fout van een zorgverstreker.¹⁹⁵ Niet alle rechters volgen deze cassatierechtspraak nauwgezet. Het kan gebeuren dat een rechter de bewijslast toch bij de zorgverstreker legt.¹⁹⁶
87. De fouten waarvoor zorgverstrekkers aansprakelijk gesteld kunnen worden zijn veelvuldig. Hieronder zal ik de belangrijkste fouten en feiten die tot aansprakelijkheid aanleiding kunnen geven bespreken.

A. Sterilisatie en vasectomie

88. Een vrouw kan ongewenst zwanger geraken, omdat haar sterilisatie niet het gewenste resultaat opleverde, namelijk (permanente) onvruchtbaarheid. In de rechtsleer en rechtspraak zijn er verschillende meningen omtrent de kwalificatie van een sterilisatie als middelen- of als resultaatsverbintenis. Sommigen leggen de nadruk op het feit dat er na sterilisatie nog steeds een kans op zwangerschap bestaat en zeggen dat het om een middelenverbintenis gaat.¹⁹⁷ Zo kan het na een sterilisatie namelijk gebeuren dat de vruchtbaarheid zich spontaan herstelt.¹⁹⁸ Dit spontaan herstel of rekanalisatie houdt in dat de eileider zichzelf herstelt (hij groeit bvb. om het geplaatste klipje heen). Daarnaast kan er natuurlijk ook sprake zijn van een 'method failure' (bvb. het afglijden

¹⁹³ Cass. 16 december 2004, *RW* 2004-05, 1553, noot H. Nys; Antwerpen 24 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 47, noot S. CALLENS; Antwerpen 17 januari 2011, *T.Verz.* 2011, 334; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 102.

¹⁹⁴ Cass. 16 december 2004, *RW* 2004-05, 1553, noot H. Nys.

¹⁹⁵ Antwerpen 9 november 1987, *RW* 1987-88, 1336, noot T. VANSWEEVELT; Gent 4 mei 1995, *T.Gez.* 1998-99, 53; Rb. Turnhout 24 februari 1981, *RGAR* 1982, nr. 10480; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 103-104.

¹⁹⁶ Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401.

¹⁹⁷ Antwerpen 8 april 2002, *NjW* 2002, 246, noot; Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Gent 27 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 404, noot TV; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 177-178.

¹⁹⁸ R.J.C.M. BEERTHUIZEN, *Anticonceptie op maat. Van puberteit tot overgang*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 2009, 72; D.P. ENGBERTS en L.E. KALMAN-BOGERD (eds.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2009, 82; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 177-178.

van een correct geplaatste Filshie-clip¹⁹⁹). De faalkans van een correcte sterilisatie hangt af van de gebruikte methode en van de geraadpleegde literatuur²⁰⁰. Gemiddeld is er sprake van een faalkans van ongeveer 0,5 à 1%. Anderen stellen dat het risico op een zwangerschap na sterilisatie niet groot is en dat het aanvaarden van een resultaatsverbintenis niet inhoudt dat het resultaat met 100% zekerheid bereikt moet worden. Om van een resultaatsverbintenis te kunnen spreken volstaat het immers dat het beoogde resultaat met een normaal gebruik van de middelen redelijkerwijze kan worden bereikt.²⁰¹ Zij vinden derhalve dat het aan de medische zorgverstrekker toekomt om een situatie van overmacht aan te tonen.²⁰² Een spontaan herstel van de vruchtbaarheid zal dan als overmacht worden gekwalificeerd.²⁰³ Deze mening is mede gesteund op het inzicht dat het mislukken van een vrouwelijke sterilisatie doorgaans te wijten is aan een medische fout.²⁰⁴

89. Een vasectomie of mannelijke sterilisatie wordt sneller als een resultaatsverbintenis gekwalificeerd dan een vrouwelijke sterilisatie.²⁰⁵ De ingreep voor een vasectomie of mannelijke sterilisatie is eenvoudiger dan bij de vrouwelijke sterilisatie²⁰⁶ en de onvruchtbaarheid is gemakkelijker te controleren.²⁰⁷ De kans op een zwangerschap na een vasectomie ligt gemiddeld ook lager dan bij de vrouwelijke sterilisatie (0,1 à 0,5%).²⁰⁸ Een voorbeeld van een dergelijke uitspraak is het vonnis het de

¹⁹⁹ M. DERKS en J.P.R. DOORNBOS, "Correct geplaatst, toch zwanger", *Medisch Contact* (NL) 2008, afl. 1518-1519 en medischcontact.artsennet.nl.

²⁰⁰ R.J.C.M. BEERTHUIZEN, *Anticonceptie op maat. Van puberteit tot overgang*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 2009, 32 en 72 (gemiddelde van 1%); J.T.E. DE JONG, *Chirurgie*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2002, 305 (tubasterilisatie: 0,03%); S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 220 (1,83%); C.J.J.M. STOLKER, *Aansprakelijkheid van de arts. In het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer, Kluwer, 1988, 78-79 (0,1 à 1,6%); T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 129 (0,2 à 0,4%).

²⁰¹ S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 220; J. TER HEERDT, "Een heropflakking van de «Wrongful Pregnancy Claim»: enkele bedenkingen" (noot onder Antwerpen 15 juni 1994), *T.Gez.* 1996-97, 361; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 129.

²⁰² Rb. Mechelen 9 juni 1992, *T.Gez.* 1996-97, 374, noot; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 110; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 220-221; J. TER HEERDT, "Een heropflakking van de «Wrongful Pregnancy Claim»: enkele bedenkingen" (noot onder Antwerpen 15 juni 1994), *T.Gez.* 1996-97, 361.

²⁰³ S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 220-221.

²⁰⁴ J. TER HEERDT, "Een heropflakking van de «Wrongful Pregnancy Claim»: enkele bedenkingen" (noot onder Antwerpen 15 juni 1994), *T.Gez.* 1996-97, 361; A.T.M. VERHOEVEN en W.M. ANKUM, "Miraculeus oordeel over mislukte sterilisatie", *Medisch Contact* (NL) 2007, afl. 40, 1618 en medischcontact.artsennet.nl.

²⁰⁵ Rb. Antwerpen 17 januari 1980, *T.Verz.* 1981, 183 en *VI.T.Gez.* 1981, 34; Rb. Hasselt 23 oktober 1989, *TBBR* 1990, 372; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 220.

²⁰⁶ R.J.C.M. BEERTHUIZEN, *Anticonceptie op maat. Van puberteit tot overgang*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 2009, 69; <http://www.uzleuven.be/hk-urologie/sterilisatie-bij-de-man>.

²⁰⁷ Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 178; H. Nys, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 208; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 220.

²⁰⁸ R.J.C.M. BEERTHUIZEN, *Anticonceptie op maat. Van puberteit tot overgang*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 2009, 32 (0,1 à 0,5%); J.T.E. DE JONG, *Chirurgie*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2002, 305 (0,15%); S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 220 (0,3%); T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 129 (0,3%).

rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van 17 januari 1980.²⁰⁹ Het gaat hier om de eerste gepubliceerde Belgische uitspraak ter zake. In dit vonnis besliste de rechter dat het om een resultaatsverbintenis gaat, aangezien de actuele wetenschap geen enkel probleem stelt over het bereiken van het beoogde resultaat bij een vasectomie, wanneer de nodige nazorgen verleend worden:

"Overwegende inderdaad dat de medische wetenschap nog zo onzeker is dat de meeste verbintenissen van de arts geen resultaatsverbintenissen, maar inspanningsverbintenissen zijn; Dat er nochtans een neiging bestaat sommige uitzonderingen aan deze regel te erkennen wanneer de actuele wetenschap geen enkel probleem stelt over het beoogde resultaat te bereiken, wat het geval is bij vasectomie;"

90. De meeste Belgische rechters zijn echter van mening dat zowel de sterilisatie als de vasectomie²¹⁰ een middelenverbintenis uitmaken en dat het dus aan de patiënt toekomt om een fout van de arts te bewijzen.
91. Men kan drie grote categorieën van fouten onderscheiden. Een fout bij de ingreep zelf, een fout bij de controle en een fout in de informatieverplichting.

A.1. Een fout bij de ingreep zelf

92. Het kan gebeuren dat de arts een onzorgvuldigheid heeft begaan bij de uitvoering van de gekozen ingreep. Een voorbeeld hiervan is te vinden in het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 8 september 2003.²¹¹ In dit arrest besliste de rechter dat er een medische fout werd begaan bij de sterilisatie, namelijk het verkeerd plaatsen van een Filshie-clip²¹². Bewijs van deze fout kon worden geleverd door het verslag van een tweede laparoscopische sterilisatie²¹³.

²⁰⁹ Rb. Antwerpen 17 januari 1980, *T.Verz.* 1981, 183 en *VI.T.Gez.* 1981, 34.

²¹⁰ Antwerpen 15 juni 1994, *T.Gez.* 1996-97, 358, noot J. TER HEERDT; Antwerpen 13 december 2004, *T.Gez.* 2005-06, 33; Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401.

²¹¹ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389.

²¹² De sterilisatie door middel van een Filshie-clip houdt in dat de eileider wordt geblokkeerd door het aanbrengen van een clip.

²¹³ Een laparoscopische sterilisatie is een sterilisatie die gebeurt via een kuikbuis of laparoscoop, waarbij de eileiders van buitenaf worden afgesloten. De kijkbuis wordt in de buikholte ingebracht via een klein sneetje onder de navel, om een goed zicht te krijgen op de eileiders en de baarmoeder. Vervolgens wordt via een tweede sneetje, in de buurt van de bovengrens van het schaamhaar, het instrument ingebracht waarmee de eileiders worden afgesloten. De meest gebruikte methodes zijn deze van het plaatsen van een clip of ring om het middelste gedeelte van de eileider. Het is ook mogelijk om een gedeelte van de eileiders dicht te branden.

93. Daarnaast kan het ook gebeuren dat de arts niet voor de meest adequate sterilisatietechniek heeft gekozen. Men dient namelijk rekening te houden met de mogelijkheden van de medische kennis en techniek van het moment van de ingreep.²¹⁴

A.2. Een fout bij de controle

94. Ook bij de controle van de sterilisatie of vasectomie kan het gebeuren dat de arts een fout maakt of dat hij het resultaat hiervan niet of foutief meedeelt. Het bewijs van een foutief uitvoeren of meedelen van de controle zal vaak samenvallen met het bewijs van een fout bij de eigenlijke ingreep. Een spontaan herstel van de vruchtbaarheid kan zich namelijk op elk moment voordoen, ook nog jaren na de eigenlijke ingreep.
95. Daarnaast is er ook de situatie waarin er helemaal geen controle werd uitgevoerd. Men dient hier een onderscheid te maken tussen de situatie bij een vrouwelijke sterilisatie en deze bij een vasectomie. De controle na de vrouwelijke sterilisatie wordt beschouwd als een controle die diep ingrijpt op de fysieke integriteit van de vrouw.²¹⁵ Het niet uitvoeren van een dergelijk controle wordt dus niet gezien als een fout van de arts. Zo besliste het hof van beroep te Gent op 27 september 2007²¹⁶ dat, aangezien de techniek van de controle als onaangenaam voor de vrouw wordt beschreven en bepaalde risico's inhoudt en aangezien de controle om zekerheid te geven periodiek uitgevoerd zou moeten worden, het de arts niet ten kwade kan worden geduid dat hij de patiënte niet aan dergelijke nacontroles heeft onderworpen.

Het niet uitvoeren van een nacontrole bij een vasectomie zal wel een fout kunnen uitmaken.²¹⁷ De controle van de (on)vruchtbaarheid na vasectomie is immers veel gemakkelijker dan deze bij de vrouwelijke sterilisatie. Het kan volstaan om een spermastaal te controleren.²¹⁸ In dit verband kan verwezen worden naar de uitspraak van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen van 26 februari 1992.²¹⁹ Hier besliste de rechter dat de fout van de geneesheer niet ligt in de eigenlijke uitvoering van de vasectomie, maar in de afwezigheid van de nodige controlemaatregelen na de operatie.²²⁰ Het hof van beroep te Antwerpen wijst er in zijn uitspraak van 15 juni 1994 op dat het

²¹⁴ Rb. Brussel 21 maart 2006, *T.Gez.* 2009-10, 137, noot M.N.V.

²¹⁵ H. Nys, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 207.

²¹⁶ Gent 27 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 404, noot T.V.

²¹⁷ Rb. Antwerpen 17 januari 1980, *T.Verz.* 1981, 183 en *VI.T.Gez.* 1981, 34; Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 178.

²¹⁸ Nacontroles zijn bij een vasectomie trouwens ook nodig om na te gaan of de laatste spermacellen uit het ejaculaat verdwenen zijn. Na een volledig geslaagde vasectomie blijven er immers nog geruime tijd spermacellen aanwezig

²¹⁹ Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401.

²²⁰ Zie ook Rb. Antwerpen 17 januari 1980, *T.Verz.* 1981, 183.

echter aan de patiënt is om te bewijzen dat de nacontroles door een nalatigheid van de arts niet werden uitgevoerd.²²¹

A.3. Fout in de informatieplicht

96. Tot slot kan het ook gebeuren dat de arts een fout begaat in zijn informatieverplichting. Artikel 7 van de patiëntenrechtenwet luidt in zijn eerste paragraaf als volgt:

"De patiënt heeft tegenover de beroepsbeoefenaar recht op alle hem betreffende informatie die nodig is om inzicht te krijgen in zijn gezondheidstoestand en de vermoedelijke evolutie ervan."

Daarenboven bepaalt artikel 8 van de patiëntenrechtenwet dat de patiënt in principe voldoende geïnformeerd dient te zijn om toe te stemmen met de medische behandeling. Paragraaf 2 van dat artikel luidt als volgt:

"De inlichtingen die aan de patiënt verstrekt worden, met het oog op het verlenen van diens toestemming bedoeld in § 1, hebben betrekking op het doel, de aard, de graad van urgentie, de duur, de frequentie, de voor de patiënt relevante tegenaanwijzingen, nevenwerkingen en risico's verbonden aan de tussenkomst, de nazorg, de mogelijke alternatieven en de financiële gevolgen. Ze betreffen bovendien de mogelijke gevolgen in geval van weigering of intrekking van de toestemming, en andere door de patiënt of de beroepsbeoefenaar relevant geachte verduidelijkingen, desgevallend met inbegrip van de wettelijke bepalingen die met betrekking tot een tussenkomst dienen te worden nageleefd."

Samen met E. DELBEKE²²² ben ik van mening dat dit artikel de theorie van de relevante risico's bevestigt. Dit houdt in dat een risico moet worden meegedeeld wanneer het voor een normaal redelijk patiënt, geplaatst in dezelfde omstandigheden als de betrokken patiënt, relevant is om met kennis van zaken te kunnen toestemmen met de medische (be)handeling.²²³ Deze theorie wordt tevens door de meerderheid van de rechtsleer en rechtspraak gevolgd.²²⁴

²²¹ Antwerpen 15 juni 1994, *T.Gez.* 1996-97, 358, noot J. TER HEERDT.

²²² E. DELBEKE, "De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskenning", *T.Gez.* 2007-08, 358.

²²³ E. DELBEKE, "De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskenning", *T.Gez.* 2007-08, 356-358; D'HAESE, R., "Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De informed consent-vereiste als raakpunt", *TBBR* 2010, 436.

²²⁴ T. BALTHAZAR, "De potentiële impact van de patiëntenrechtenwet op procedures inzake aansprakelijkheid van artsen en ziekenhuizen" in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 44; E. DELBEKE, "De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskenning", *T.Gez.* 2007-08, 356-358.

De arts dient de patiënt dus op de hoogte te brengen van de voor hem/haar *relevante* (rest-) risico's die aan de ingreep verbonden zijn. Deze informatieplicht dient ook in de post-operatieve periode nageleefd te worden.²²⁵

97. Uit de rechtspraak en rechtsleer blijkt dat het informeren over de kleine kans op vruchtbaarheid na een sterilisatie onder de informatieplicht van de arts valt.²²⁶ Ook de alternatieve vormen van anticonceptie dienen te worden meegedeeld.²²⁷ In het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 8 september 2003²²⁸ wordt dit als volgt gesteld:

"De behandelende geneesheer wist dat appellante reeds vier kinderen had, waarvan R.A. epilepsie en leerstoornissen vertoonde ingevolge een genetische afwijking. Een nieuwe zwangerschap hield onbetwistbaar risico's in en in de gegeven omstandigheden beoogde appellante manifest een definitieve onvruchtbaarheid. Dr. H. had de contractuele verplichting om appellante, zelfs na de ingreep, erop te wijzen dat zij omwille van de kans op mislukking bijkomende maatregelen diende te nemen om het risico op bevruchting uit te sluiten door tijdelijk aanvullend alternatieve vormen van anticonceptiva aan te wenden en hij had zelfs veiligheidshalve een tijdlang orale anticonceptiva kunnen voorschrijven."

98. De toestemming en bijgevolg ook de mededeling van de relevante informatie dient bij een sterilisatie of een vasectomie in principe niet schriftelijk te gebeuren.²²⁹ In de praktijk gebeurt de informatieverlening dan ook meestal mondeling.²³⁰ Soms maakt een arts gebruik van een toestemmingsformulier. Dit kan een belangrijke rol spelen in verband met het bewijs van de geïnformeerde toestemming. Het bestaan van een getekend toestemmingsformulier houdt echter niet in dat de patiënt niet meer tegen dit geschrift kan bewijzen dat er toch onvoldoende informatie verleend zou zijn.²³¹

²²⁵ Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 125.

²²⁶ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Gent 27 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 404, noot T.V.; Rb. Bergen 21 december 2005, *T.Verz.* 2007, 242, noot; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 178.

²²⁷ H. NYS, NYS, H., *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, 172.

²²⁸ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389.

²²⁹ Art. 7, §2 en art. 8, §1 Patiëntenrechtenwet; R. D'HAESE, "Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De informed consent-vereiste als raakpunt", *TBBR* 2010, 445-446; S. LIERMAN, "Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskening door de arts", *T.Gez.* 2004-05, 304.

²³⁰ R. D'HAESE, "Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De informed consent-vereiste als raakpunt", *TBBR* 2010, 445-446.

²³¹ Rb. Bergen 21 december 2005, *T.Verz.* 2007, 242, noot; R. D'HAESE, "Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De informed consent-vereiste als raakpunt", *TBBR* 2010, 446-447; S. LIERMAN, "Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskening door de arts", *T.Gez.* 2004-05, 304.

99. Indien de patiënt meent dat de arts aansprakelijk is wegens het verstrekken van onvoldoende informatie in verband met de retrisico's, dient hij deze fout te bewijzen.²³² Het informeren van de patiënt wordt als een middelenverbintenis beschouwd. De arts zal dus slechts aansprakelijk zijn indien een normaal vooruitziend arts, in dezelfde omstandigheden, de informatie wel meegedeeld zou hebben.²³³

B. Abortus

100. Ook over de kwalificatie van een abortus bestaan er verschillende meningen. Sommigen menen dat het uitvoeren van een abortus een middelenverbintenis is.²³⁴ Er blijft immers een gekende kans bestaan dat een abortus niet het gewenste resultaat heeft. Daartegenover staat de stelling dat het uitvoeren van een abortus een resultaatsverbintenis uitmaakt. Zoals reeds eerder gezien is er immers geen 100% zekerheid nodig om van een resultaatsverbintenis te kunnen spreken.²³⁵ Er kan hier een onderscheid gemaakt worden tussen twee uiteenlopende strekkingen, namelijk deze die stelt dat het uitvoeren van de abortus op zich een resultaatsverbintenis uitmaakt²³⁶ en deze die stelt dat de combinatie van een abortus met de navolgende controle een resultaatsverbintenis uitmaakt.²³⁷ Volgens deze laatste strekking zal de arts niet aansprakelijk zijn indien hij na controle opmerkt dat de abortus niet geslaagd was en de vrouw geen tweede abortus wil ondergaan. Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk van 1 februari 1994²³⁸, waarin de rechter het volgende besliste:

"Een gevraagde legale abortus gevolgd door een controle legt aan de geneesheer een resultaatsverbintenis op. Zelfs in geval van mislukking de eerste maal, wat bij een grondige controle vastgesteld moest zijn geweest, kon alles nog rechtsgetrokken worden met een tweede ingreep."

²³² Cass. 16 december 2004, *T.Gez.* 2004-05, 298; Bergen 29 juni 2004, *T.Gez.* 2006-07, 34, noot; Gent 27 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 404, noot TV; Rb. Bergen 21 december 2005, *T.Verz.* 2007, 242, noot; R. D'HAESE "Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De informed consent-vereiste als raakpunt", *TBBR* 2010, 451; S. LIERMAN, "Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskening door de arts", *T.Gez.* 2004-05, 302-303.

²³³ Cass. 16 december 2004, *T.Gez.* 2004-05, 298; R. D'HAESE, "Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De informed consent-vereiste als raakpunt", *TBBR* 2010, 451; S. LIERMAN, "Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskening door de arts", *T.Gez.* 2004-05, 306.

²³⁴ Luik 10 mei 2001, *T.Gez.* 2001-02, 247, noot; Luik 22 januari 2009, *T.Gez.* 2009-10, afl. 4, 215, noot S. PANIS.

²³⁵ *Supra* 38, nr. 88.

²³⁶ S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 221.

²³⁷ Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot.

²³⁸ Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot.

101. In de Belgische rechtspraak blijkt de mening dat het om een middelenverbintenis gaat nog steeds voorop te staan.²³⁹ Ook hier zijn er drie categorieën van fouten: een fout bij ingreep zelf, een fout bij de controle en een fout in de informatieplicht.

B.1. Een fout bij de ingreep zelf

102. Er kan een fout gemaakt worden bij de abortusingreep zelf. Een dergelijke situatie brengt op zich geen bijzondere juridische problemen met zich mee. Wel dient er hier nog een verwijzing gemaakt te worden naar een fout bij de ingreep die een handicap bij het kind veroorzaakt. In een dergelijk geval is er zowel sprake van een gewone wrongful birth-vordering (de kosten van de geboorte enz.) als van een prenatal injury-vordering (de kosten van de handicap).

B.2. Een fout bij de controle

103. Het kan gebeuren dat de controle foutief werd uitgevoerd of meegedeeld. Een voorbeeld van een foutieve mededeling vinden we in het arrest van het hof van beroep te Luik van 22 januari 2009.²⁴⁰ Hier had de arts een controle laten uitvoeren van het weggenomen weefsel. Uit de resultaten bleek dat er geen embryonale cellen waren weggenomen en dat de abortus derhalve mislukt was. Er werd echter nagelaten om de patiënte hiervan tijdig op de hoogte te brengen, zodat zij haar zwangerschap diende te voldragen.
104. Het kan ook gebeuren dat er geen of onvoldoende controle werd gedaan. Het ontbreken van enige controle kan zeker als een fout beschouwd worden. Zo is bijvoorbeeld het controleren van het weggenomen weefsel op embryonale cellen niet bijzonder ingrijpend en wordt dit zelfs beschouwd als een uitvoering volgens de goede medische praktijk.²⁴¹ Maar de vraag is wanneer het slagen van de abortus voldoende gecontroleerd werd. Een illustratie hiervan is het arrest van het hof van beroep te Luik van 10 mei 2001.²⁴² In deze zaak voerde de arts een abortus uit en leek deze geslaagd, omdat het weggenomen weefsel embryonale cellen bevatte. De arts besloot dat een verdere post-operatieve controle overbodig was en deed geen controle meer van de baarmoeder. Later bleek evenwel dat de vrouw nog steeds zwanger was, naast het reeds weggenomen weefsel was er nog een embryo aanwezig dat niet weggenomen was. De rechter besloot in deze zaak dat de arts hier een fout heeft begaan door het niet uitvoeren van een controle van de baarmoeder. Uit deze schrijnende situatie blijkt dat de arts zelfs indien hij het weggenomen weefsel controleert, toch nog rekening moet houden met de mogelijkheid van een verdere zwangerschap. Ook uit het arrest van de

²³⁹ Luik 22 januari 2009, *T.Gez.* 2009-10, 215.

²⁴⁰ Luik 22 januari 2009, *T.Gez.* 2009-10, 215.

²⁴¹ Luik 22 januari 2009, *T.Gez.* 2009-10, 215.

²⁴² Luik 10 mei 2001, *T.Gez.* 2001-02, 247, noot J. TER HEERDT.

rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk van 1 februari 1994²⁴³ blijkt dat een grondige controle nodig is en dat een louter vaginale controle onvoldoende is. Een extra controle van de baarmoeder lijkt dus noodzakelijk, zeker aangezien ook deze ingreep niet als ingrijpend beschouwd dient te worden.

B.3. Een fout in de informatieplicht

105. Tot slot kan de arts bij een abortus ook een fout in zijn informatieplicht begaan. Naast de reeds geziene informatieplicht op grond van de patiëntenrechtenwet²⁴⁴, is er hier sprake van een bijzondere pre-operatieve informatieplicht voor de arts. Art. 350 Sw. stelt het uitvoeren van een abortus in principe nog steeds strafbaar. Hierop worden in hetzelfde artikel direct uitzonderingen gemaakt. Een van de voorwaarden om de abortus uit het strafbare kader te halen is een informatieplicht van de arts.²⁴⁵ Zo stelt art. 350, 2°, Sw. het volgende:

"De geneesheer tot wie een vrouw zich wendt om haar zwangerschap te laten afbreken, moet (a) de vrouw inlichten over de onmiddellijke of toekomstige medische risico's waaraan zij zich blootstelt door het afbreken van de zwangerschap;"

Uit het arrest van het hof van beroep te Luik van 10 mei 2001²⁴⁶ blijkt dat men, door de algemene bewoordingen van de wet, van de informatieplicht niet mag uitsluiten: de mogelijkheid op een eventuele gehele of gedeeltelijke bevalling en de psychologische of fysieke gevolgen voor de moeder of het kind.

106. Omdat het om een exceptie op het abortusverbod gaat, behoort het toe aan de arts om te bewijzen dat voldaan werd aan deze bepaling van openbare orde.²⁴⁷ In de praktijk zal de arts hier meestal aan proberen voldoen door het laten ondertekenen van een toestemmingsformulier.²⁴⁸
107. Daarnaast blijft er ook een post-operatieve informatieplicht bestaan. De arts zal de patiënt voldoende dienen te informeren omtrent de noodzaak van controle-onderzoeken.²⁴⁹

C. Verkeerde prenatale diagnose

108. Het kan ook gebeuren dat er sprake is van een initieel gewenst kind, maar dat men de zwangerschap wenst te onderbreken indien de vrucht gehandicapt blijkt te zijn. Indien de arts dan meedeelt dat het

²⁴³ Rb. Kortrijk 1 februari 1994, RW 1995-96, 57.

²⁴⁴ *Supra* 41-43, nrs. 96-99.

²⁴⁵ H. NYS, "Abortus provocatus of zwangerschapsafbreking" in G. DECOCK, M. DE BAUW, H. D'HANIS, V. JANSSENS, H. NYS, E. PEETERS, J. VANDE MOORTELE en K. VANCORENLANDE, *Recht voor verpleegkundigen en vroedvrouwen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 204.

²⁴⁶ Luik 10 mei 2001, T.Gez. 2001-02, 247, noot J. TER HEERDT.

²⁴⁷ Luik 10 mei 2001, T.Gez. 2001-02, 247, noot J. TER HEERDT.

²⁴⁸ <http://www.centrumdurmelaan.be/abortuspil.htm>; <http://www.vub.ac.be/sjerp/deabortuspil.html>.

²⁴⁹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 272.

om een gezonde vrucht gaat, terwijl achteraf blijkt dat het kind toch gehandicapt ter wereld is gekomen, kan zijn aansprakelijkheid in het gedrang komen.

109. Het uitvoeren van een onderzoek om prenatale ziektes of afwijkingen op te sporen wordt meestal als een middelenverbintenis beschouwd.²⁵⁰ Er blijft immers een faalkans bestaan.²⁵¹ De patiënt zal bijgevolg een fout van de arts moeten aantonen. Er kunnen drie soorten fouten worden gemaakt in het kader van een prenatale diagnose.²⁵² Een eerste fout is het ontbreken van een diagnose, daarnaast kan er ook een fout worden gemaakt bij de diagnose zelf en ten slotte kan het ook gebeuren dat de informatieplicht niet werd nageleefd.

Een analoge redenering geldt voor preconceptionele onderzoeken. Dit zijn onderzoeken die de ouders laten uitvoeren voor de conceptie om na te gaan of, al dan niet genetische, afwijkingen kunnen voorkomen bij hun nakomelingen.²⁵³

C.1. Ontbreken van een diagnose

110. Elke medische handeling die een arts stelt dient een diagnostisch of therapeutisch doel te hebben. Ingevolge art. 11 KB nr. 78²⁵⁴ beschikt een arts in beginsel over een diagnostische en therapeutische vrijheid.²⁵⁵ Het komt dus aan hem toe om in eer en geweten, rekening houdend met de huidige stand van de medische kennis en techniek, te beslissen over de noodzaak of nuttigheid van een bepaalde medische handeling.²⁵⁶ Indien uit de medische voorgeschiedenis van een patiënt blijkt dat er een risico is op een gehandicapte foetus en de arts laat na om dit te onderzoeken, dan kan dit een fout uitmaken.²⁵⁷

²⁵⁰ Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS; Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, afl. 5, 380; R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée", 122; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 252.

²⁵¹ N. KANFAOUI, "Que penser de l'enfant né handicapé et de l'absence de diagnostic anténatal?" in J.-P. BEAUTHIER (ed.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse?*, Brussel, Larcier, 2008, 70-72; J. LANSAC en M. SABOURAUD, "Les conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale", *Les Tribunes de la santé* 2004/4, nr. 5, 53-54 en www.cairn.info/revue-les-tribunes-de-la-sante-2004-4-page-47.htm.

²⁵² J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 252.

²⁵³ C. TROUET, "Wrongful birth en wrongful life", 284.

²⁵⁴ Art. 11, eerste lid KB nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidsberoepen: "Aan de beoefenaars bedoeld bij de artikelen 2, 3 en 4 mogen geen reglementaire beperkingen worden opgelegd bij de keuze van de middelen die aangewend moeten worden, hetzij voor het stellen van de diagnose, hetzij voor het instellen en uitvoeren van de behandeling, hetzij voor het uitvoeren van magistrale bereidingen."

²⁵⁵ Art. 36 Code geneeskundige plichtenleer van 17 april 2000; R. D'HAESE, "Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De informed consent vereiste als raakpunt", *TBBR* 2010, 450; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 115-118; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 252.

²⁵⁶ Rb. Brussel 21 april 2001, *TBBR* 2006, 108, noot R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ.

²⁵⁷ Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical: aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 114; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 252.

111. Indien de vrouw zelf vraagt om een prenatale diagnose, kan de weigering van de arts als foutief beschouwd worden. Een belangrijk arrest in dit verband is het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 26 mei 2011.²⁵⁸ In dit arrest weigerden de Poolse dokters op een onrechtmatige manier de toegang tot de prenatale diagnostiek voor een vrouw die gegronde redenen had om te vrezen voor de gezondheidstoestand van haar foetus. Het EHRM benadrukt in haar arrest het belang van recht op toegang tot informatie over de eigen gezondheidstoestand. Staten die een abortus toelaten moeten zorgen dat er een adequaat wettelijk kader bestaat, zodat dit recht ook daadwerkelijk uitgeoefend kan worden. Toegang tot informatie over de gezondheidstoestand van de foetus valt hieronder. Indien dit niet wordt voorzien is er sprake van een schending van art. 8 EVRM (recht op privacy). In de behandelde zaak vond het Hof de feiten zo ernstig dat er tevens werd besloten tot een schending van art. 3 EVRM (verbod van foltering en van onmenselijke en vernederende behandelingen).²⁵⁹

Uit het feit dat een abortus, zelfs na 12 weken, in België gelegaliseerd wordt indien "het voltooien van de zwangerschap een ernstig gevaar inhoudt voor de gezondheid van de vrouw of indien vaststaat dat het kind dat geboren zal worden, zal lijden aan een uiterst zware kwaal die als ongeneeslijk wordt erkend op het ogenblik van de diagnose" (art. 350, 4° Sw.) volgt dat er wel degelijk toegang dient te zijn tot de prenatale diagnostiek. Tevens bepaalt in België artikel 7, §1 van de patiëntenrechtenwet dat de patiënt tegenover de beroepsbeoefenaar recht heeft op alle hem betreffende informatie die nodig is om inzicht te krijgen in zijn gezondheidstoestand en de vermoedelijke evolutie ervan. Hieruit volgt mijns inziens eveneens dat de patiënt recht heeft op een toegang tot de prenatale diagnostiek.

C.2. Een fout bij de diagnose zelf

112. Indien een arts wel een prenataal onderzoek doet, maar hij maakt hierbij een fout, dan is hij hiervoor aansprakelijk. Er is ook sprake van een fout indien de arts de resultaten van de diagnose verkeerd interpreteert, terwijl een normaal zorgvuldig arts in dezelfde situatie tot een andere (juiste) diagnose zou zijn gekomen.²⁶⁰

Het niet opnieuw herhalen van een onderzoek kan eveneens een fout uitmaken. Zo besliste het hof van beroep te Luik in haar uitspraak van 24 juni 2002²⁶¹ dat de arts die, er na een eerste onderzoek

²⁵⁸ EHRM 26 mei 2011, nr. 27617/04.

²⁵⁹ L. LAVRYSEN, "Recht op toegang tot reproductieve gezondheidsinfo belangrijk voor EHRM", *Juristenkrant* 2011, afl. 235, 2.

²⁶⁰ Luik 26 maart 1991, *Pas.* 1991, II, 132; Luik 23 december 1997, *RGAR* 1999, nr. 13.168; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 252.

²⁶¹ Luik 24 juni 2002, *T.Gez.* 2007-08, 242.

vanuit gaande dat de vrouw immuun is voor toxoplasmose, het onderzoek niet herhaalt een fout begaat die in oorzakelijk verband staat met de schade.

C.3. Een fout in de informatieplicht

113. Tot slot kan ook bij het stellen van een prenatale diagnose een fout weerhouden worden in de informatieplicht van de arts. De regels zijn hier gelijklopend bij deze van de informatieplicht bij sterilisatie en vasectomie.²⁶² Artikel 7 en 8 van de patiëntenwet zijn ook in de context van een prenatale diagnose van toepassing. De arts dient de patiënt dus op de hoogte te brengen van de voor hem/haar *relevante* (rest-)risico's die aan de ingreep verbonden zijn.

D. Gebrekkige zaak

114. Ingevolge art. 1384, eerste lid BW bestaat er een buitencontractuele aansprakelijkheid voor de bewaarder van een gebrekkige zaak. Het gaat hier om een objectieve aansprakelijkheid, los van enige fout.²⁶³ Een zaak is gebrekkig wanneer zij een abnormaal kenmerk vertoont waardoor zij in bepaalde omstandigheden schade kan veroorzaken.²⁶⁴ Dit gebrek moet geen inherent of blijvend gebrek zijn.²⁶⁵ Of er al dan niet een gebrek is wordt in concreto beoordeeld.²⁶⁶ De bewaarder is diegene die voor eigen rekening de zaak gebruikt, ervan geniet of ze onder zich houdt met de mogelijkheid er leiding, toezicht en controle op uit te oefenen.²⁶⁷ Het komt aan de feitenrechter toe om hierover te oordelen.²⁶⁸
115. In principe geldt er een samenloopverbod voor contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Indien er tussen de partijen een contractuele band bestaat, is artikel 1384, eerste lid BW dan ook niet van toepassing.²⁶⁹ Men zal zich moeten beroepen op de algemene regels inzake

²⁶² *Supra* 41-43, nrs. 96-99.

²⁶³ Rb. Bergen 8 december 1989, *T.Verz.* 1992, 281; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 122-123 en 140; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 669; B. WEYTS, "Over een ontplofte vuilniszak met schade aan een wagen tot gevolg. Bewaring van een gebrekkige zaak in de zin van artikel 1384, 1ste lid B.W." (noot onder Brussel 18 april 2007), *TBBR* 2008, 333.

²⁶⁴ Cass. 28 januari 2005, AR C.02.0272.N; Rb. Bergen 8 december 1989, *T.Verz.* 1992, 281; Rb. Gent 7 mei 2004, *T.Gez.* 2007-08, 162; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 671.

²⁶⁵ Cass. 28 januari 2005, AR C.02.0272.N; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 672.

²⁶⁶ Cass. 28 januari 2005, AR C.02.0272.N.

²⁶⁷ Cass. 24 januari 1991, AR 8802; Rb. Bergen 8 december 1989, *T.Verz.* 1992, 281; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 673-675; B. WEYTS, "Over een ontplofte vuilniszak met schade aan een wagen tot gevolg. Bewaring van een gebrekkige zaak in de zin van artikel 1384, 1ste lid B.W." (noot onder Brussel 18 april 2007), *TBBR* 2008, 333-335.

²⁶⁸ Cass. 25 maart 1999, AR C.96.0404.N; B. WEYTS, "Over een ontplofte vuilniszak met schade aan een wagen tot gevolg. Bewaring van een gebrekkige zaak in de zin van artikel 1384, 1ste lid B.W." (noot onder Brussel 18 april 2007), *TBBR* 2008, 333.

²⁶⁹ Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 123 en 140; C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale

contractuele aansprakelijkheid, hetgeen een foutaansprakelijkheid inhoudt. De patiënt moet dus in principe een wanprestatie van de arts aantonen.²⁷⁰ De bewijslast van de patiënt hangt in dat geval af van de kwalificatie als resultaats- of als middelenverbintenis.²⁷¹ De meeste medische verbintenissen houden zoals reeds eerder gezien een middelenverbintenis in.²⁷²

116. Het leveren van het bewijs van een fout is niet gemakkelijk voor de patiënt. Sommige rechtsleer en rechtspraak komt hieraan tegemoet door een soepele aanvaarding van het foutbewijs voorop te stellen. Er wordt dan nagegaan of de arts wel voldoende zorgvuldig was bij de keuze of de controle van de medische hulpmiddelen.²⁷³ Een andere oplossing werd gevonden door de creatie van de veiligheidsverbintenis..²⁷⁴ De veiligheidsverbintenis wordt gelezen in art. 1135 BW:

"Overeenkomsten verbinden niet alleen tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend."

Ingevolge dit artikel wordt de veiligheidsverbintenis van de arts dan gezien als een accessorium van de hoofdovereenkomst.²⁷⁵

Men kan de veiligheidsverbintenis als een middelenverbintenis kwalificeren.²⁷⁶ In sommige gevallen kan een dergelijke verbintenis echter ook als een resultaatsverbintenis gekwalificeerd worden.²⁷⁷ Het gebruik van veilige (en dus niet gebrekkige) medische hulpmiddelen wordt meestal als een

infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 379; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 629.

²⁷⁰ C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 379; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 629-630.

²⁷¹ C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 379; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 630.

²⁷² *Supra* 17-18, nrs. 43-44.

²⁷³ Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 144; C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 380; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 631-633.

²⁷⁴ W. DIJKHOFFZ, "Organisatiefouten in ziekenhuisverband", *T.Gez.* 2006-07, 255-256; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 144; C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 380; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 633-639.

²⁷⁵ C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 380; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 633-634.

²⁷⁶ Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 144; C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 380-381; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 635-636.

²⁷⁷ Rb. Luik 17 januari 2005, *JLMB* 2006, 1185; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 144; C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 380-381; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 635-636.

resultaatsverbintenis gekwalificeerd. Het belangrijkste argument hiervoor is dat het gebruiken van hulpmiddelen die niet behept zijn met een gebrek, geen aleatoir karakter heeft.²⁷⁸

117. Zowel indien er sprake is van een buitencontractuele relatie, als in het meest voorkomende geval van een contractuele relatie, zal de arts aansprakelijk gesteld kunnen worden voor het gebruik van een gebrekkige zaak.
118. Uit enkele rechtspraakvoorbeelden blijkt dat het vaak het ziekenhuis is dat aansprakelijk wordt gesteld voor een gebrek in de zaak die zij ter beschikking stelt.²⁷⁹ Een voorbeeld hiervan in verband met een wrongful birth- (en een wrongful life-) vordering is de recente zaak Rukiyé van het hof van beroep te Brussel van 21 september 2010.²⁸⁰ In deze zaak werd het ziekenhuis op grond van art. 1384, eerste lid BW buitencontractueel aansprakelijk gesteld voor het gebruik van een onvoldoende zuiver product bij de prenatale diagnose. Het hof van beroep wees er hier op dat het ziekenhuis als bewaarder zich niet van haar aansprakelijkheid kan ontslaan door haar onkunde over het gebrek, noch door het feit dat zij geen fout had aan het gebrek.
119. Naast de gebrekkige zaken die door een arts of het ziekenhuis worden gebruikt, kunnen er ook andere gebrekkige producten in causaal verband staan met de geboorte van een kind. Zo kan het bijvoorbeeld gebeuren dat een kind wordt verwekt door een fabrieksfout in condooms.²⁸¹ De wet productaansprakelijkheid van 25 februari 1991 stelt de producent aansprakelijk voor de schade die door een gebrek in zijn product werd veroorzaakt.²⁸² Het slachtoffer dient geen fout in hoofde van de producent aan te tonen.²⁸³

E. Andere fouten die aanleiding kunnen geven tot aansprakelijkheid

120. Naast de ter zake meest voorkomende fouten kan er ook sprake zijn van andere fouten. Een eerste mogelijkheid in dit verband is een gebrek in de informatieplicht van de arts, anders dan in de reeds besproken situaties. Een arts dient bij elke medische (be)handeling te voldoen aan artikel 7 en 8 van de patiëntenwet. Indien hij een patiënt onvoldoende inlicht over zijn of haar toestand kan dit

²⁷⁸ W. DIJKHOFFZ, "Organisatiefouten in ziekenhuisverband", *T.Gez.* 2006-07, 240-241; C. LEMMENS, "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 381; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 636-639.

²⁷⁹ Bergen 28 juni 1994, *T.Gez.* 1995-96, 291, noot; Gent 4 mei 1995, *T.Gez.* 1998-99, 53; Rb. Bergen 8 december 1989, *T.Verz.* 1992, 281; Rb. Luik 24 oktober 1995, *T.Gez.* 1996-97, 42.

²⁸⁰ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl. 8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE.

²⁸¹ R. KRUIJTHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2737.

²⁸² Art. 1 wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 661.

²⁸³ Art. 7 wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 661.

eveneens tot een wrongful birth-vordering leiden.²⁸⁴ Een voorbeeld van een dergelijke situatie is deze waarin een arts nalaat de ouders op de hoogte te stellen dat de afwijking (doofheid) van hun eerste kind een erfelijke afwijking betreft, zodat ook een tweede kind hieraan kan lijden.²⁸⁵

121. Nog andere situaties kunnen zich voordoen. Zo is er in een Nederlandse zaak het voorbeeld terug te vinden van een arts die na een operatie het spiraaltje van zijn patiënte vergeet terug te plaatsen.²⁸⁶ Ook een apotheker kan een fout begaan die in causaal verband staat met de geboorte van een kind. In de Verenigde Staten bijvoorbeeld werd een apotheker aansprakelijk gesteld omdat hij verkeerdelijk niet de anticonceptiepil, maar een ander medicijn had meegegeven.²⁸⁷
122. De mogelijke toepassingen van een wrongful birth-vordering wordt dus niet beperkt tot de reeds eerder genoemde gevallen. Er kunnen zich verschillende situaties voordoen waar een derde zijn aansprakelijkheid in het gedrang ziet komen wegens de geboorte van een (initieel) ongewenst kind.

F. Fout van een hulppersoon

123. Bij de uitvoering van de medische (be)handelingen worden er vaak ook hulppersonen (of uitvoeringsagenten) ingeschakeld. Indien de patiënt in een contractuele verhouding staat tot de opdrachtgever, kan hij deze hulppersoon slechts rechtstreeks buitencontractueel aanspreken onder de voorwaarden bepaald in de stuwadoorsrechtspraak.²⁸⁸ De opdrachtgever zal dan aansprakelijk worden gesteld voor de fouten die zijn hulppersoon heeft begaan.²⁸⁹ Deze aansprakelijkheid is gebaseerd op art. 1135 BW.²⁹⁰ Indien de medische fout tevens een strafrechtelijke inbreuk uitmaakt, zal het samenloopverbod tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid niet meer spelen.²⁹¹ Staat de patiënt in een buitencontractuele relatie met de opdrachtgever, dan kan hij de hulppersoon onbeperkt op grond van artikel 1382-1383 BW aanspreken.²⁹² Indien de hulppersoon een werknemer van de opdrachtgever is, wordt zijn aansprakelijkheid echter wel beperkt op grond

²⁸⁴ Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, LJN BB2375; R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2737.

²⁸⁵ *Turpin v. Sortini*, 31 Cal. 3d 220 (1982).

²⁸⁶ Hoge Raad 21 februari 1997, *Ars Aequi* (NL) 1997 (weergave J. HIJMA), 431, noot J. HIJMA; Gerechtshof Arnhem 21 november 2000, nr. 2000/137, LJN AA8999; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 356.

²⁸⁷ *Tropi v. Scarf*, 31 Mich.App. 240 (1971); R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2737; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 356.

²⁸⁸ Cass. 7 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 395; Cass. 29 september 2006, AR C.03.0502.N; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 49-51; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 82.

²⁸⁹ Luik 20 december 1995, *T.Gez.* 1996-97, 271; Corr. Leuven 30 juni 1992, *VI.T.Gez.* 1992-93, 109, noot F. DEWALLENS; Rb. Gent 14 april 2006, *T.Gez.* 2009-10, 142, noot T.V.; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 142.

²⁹⁰ Corr. Leuven 30 juni 1992, *VI.T.Gez.* 1992-93, 109, noot F. DEWALLENS.

²⁹¹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 472.

²⁹² T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 82.

van artikel 18 WAO. De opdrachtgever kan buitencontractueel aansprakelijk gesteld worden voor de fouten van een hulppersoon op basis van artikel 1384, derde lid BW.

De contractuele aansprakelijkheid voor een hulppersoon is zeer ruim en omvat alle soorten hulppersonen, terwijl de aansprakelijkheid op basis van art. 1384, derde lid BW beperkt is tot de ondergeschikten.²⁹³ Een persoon is ondergeschikt ten opzichte van zijn aansteller indien hij onder diens gezag en toezicht stond op het ogenblik van de feiten.²⁹⁴ Daarentegen is de contractuele aansprakelijkheid beperkter wat het foutbegrip betreft dan de buitencontractuele aansprakelijkheid. Bij de contractuele aansprakelijkheid dient de fout van de hulppersoon een inbreuk op de contractuele verbintenissen uit te maken. In geval van art. 1384, derde lid is het voldoende dat de fout tijdens de duur van deze bediening gebeurde en dat ze met deze bediening in verband staat, al is het slechts onrechtstreeks en occasioneel.²⁹⁵

124. Een arts zal dus aansprakelijk worden gesteld voor de fouten die door de door hem gebezigde hulppersonen worden begaan.²⁹⁶ Hij zal toezicht moeten uitoefenen op de taken van deze hulppersonen, zelfs indien het om een gespecialiseerde hulppersoon gaat.²⁹⁷
125. Voor het ziekenhuis bestaat er nog een speciale verbintenis. Het ziekenhuis heeft ten opzichte van de arts de verplichting om hem voldoende en bekwaam personeel ter beschikking te stellen.²⁹⁸

G. Fout van het labo

126. Diagnoses worden vaak gesteld met behulp van testen die door een medisch labo worden uitgevoerd.²⁹⁹ Er bestaan verschillende opvattingen over wie de patiënt kan aanspreken, indien er een fout wordt begaan door het labo. Enerzijds wordt betoogd dat een arts niet kan worden aangesproken voor fouten die in het labo gebeurd zijn. Deze stelling wordt beargumenteerd door te stellen dat de arts de verbintenis tot het uitvoeren van de test niet heeft aanvaard, omdat hij hiertoe niet over de nodige uitrusting en/of kennis beschikt. Anderzijds blijkt uit het cassatiearrest van 3 maart 1978³⁰⁰ dat een schuldenaar contractueel aansprakelijk kan zijn, zelfs voor (gebrekkige)

²⁹³ Cass. 3 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 780; Brussel 13 januari 2010, *RGAR* 2010, afl. 6, nr. 14655; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 438 en 557.

²⁹⁴ Cass. 21 februari 2006, AR P.05.1473.N.

²⁹⁵ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 438 en 557.

²⁹⁶ Corr. Leuven 30 juni 1992, *VI.T.Gez.* 1992-93, 109, noot F. DEWALLENS; Rb. Gent 14 april 2006, *T.Gez.* 2009-10, 142, noot TV ; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 142.

²⁹⁷ Corr. Leuven 30 juni 1992, *VI.T.Gez.* 1992-93, 109, noot F. DEWALLENS; Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical: aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 114.

²⁹⁸ Rb. Gent 14 april 2006, *T.Gez.* 2009-10, 142, noot TV.

²⁹⁹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 616.

³⁰⁰ Cass. 3 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 780.

werken die hij zelf niet had kunnen uitvoeren bij gebrek aan opleiding of uitrusting. De regels betreffende de aansprakelijkheid voor de fout van een hulppersoon gelden. De schuldenaar kan zich van deze aansprakelijkheid ontdoen door, zelfs stilzwijgend, overeen te komen dat een derde deze opdracht zal uitvoeren.³⁰¹ We kunnen deze problematiek als volgt uiteenzetten.

127. Vaak sluit de patiënt een overeenkomst met het labo. De arts kan de patiënt naar het labo sturen met een laboformulier, om daar de gewenste test te laten uitvoeren. In een dergelijk geval zal het labo aansprakelijk zijn voor de daar uitgevoerde testen. De aansprakelijkheid van de arts kan enkel nog in het gedrang komen indien hij de patiënt naar een slecht functionerend labo stuurde of indien de arts nalaat om de onderzoeksresultaten te controleren, zoals een normaal en zorgvuldig arts, geplaatst in dezelfde omstandigheden, had gedaan.³⁰²
128. Een andere situatie is deze waarin de arts zelf het testmateriaal bij de patiënt wegneemt (bloed, weefsel, enz.) en dit dan doorstuurt naar het labo. Indien aan de patiënt, uitdrukkelijk of stilzwijgend, duidelijk werd gemaakt dat dit materiaal door een extern labo onderzocht zal worden en niet door de arts zelf, kan de arts zich hier van zijn aansprakelijkheid bevrijden. Hij blijft wel gehouden tot de keuze van een behoorlijk labo en tot de controle van de onderzoeksresultaten.³⁰³ Om de relatie tussen de patiënt en het labo in een dergelijk geval te verklaren beroept men zich op de figuur der lastgeving. De arts sluit in naam en voor rekening van de patiënt een overeenkomst met het labo.³⁰⁴
129. In de meeste situaties zal er dus sprake zijn van een contract tussen de patiënt en het labo, zodat de arts niet aansprakelijk is voor de fouten die in het labo werden begaan. In sommige gevallen is de patiënt echter niet op de hoogte van de inschakeling van een extern labo. Dergelijke situaties kunnen zich voordoen in ziekenhuisverband. De patiënt is veelal niet op de hoogte wanneer het ziekenhuislabo de onderzoeken laat uitvoeren door een extern labo. Het ziekenhuis zal dan aansprakelijk gesteld kunnen worden volgens de regels die gelden voor de aansprakelijkheid van een hulppersoon.³⁰⁵
130. Indien de onderzoeken door het ziekenhuislabo werden uitgevoerd, staat het ziekenhuis uiteraard in voor de fouten die haar labo-personeelsleden hebben begaan.³⁰⁶

³⁰¹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 616-617.

³⁰² Cass. 3 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 780; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 617-618.

³⁰³ Cass. 3 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 780.

³⁰⁴ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 618-619.

³⁰⁵ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 619-620.

³⁰⁶ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid* 7, 619.

§3. Een verwekker begaat de fout

A. Verkrachting

131. Dat een verkrachting een fout uitmaakt is duidelijk. Artikel 375 Sw. stelt immers strafbaar "elke daad van seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon die daar niet in toestemt". De dader van een verkrachting zal dus ten aanzien van zijn slachtoffer aansprakelijk zijn op basis van artikel 1382 BW. Ter zake kan verwezen worden naar het arrest van het hof van beroep te Brussel van 8 mei 1985.³⁰⁷ In dit arrest besliste de rechter dat het slachtoffer van een verkrachting op basis van art. 1382 BW recht heeft op een integrale vergoeding van haar schade, met inbegrip van de materiële schade bestaande uit de kosten van onderhoud en opvoeding van het kind dat uit die verkrachting werd geboren. De aansprakelijke moet die schadevergoeding dus geenszins betalen op basis van zijn onderhoudsplicht jegens het kind.
132. Er werd dus aanvaard dat de moeder een vordering tot schadevergoeding wegens haar initieel ongewenste zwangerschap kan instellen tegen de verkrachter-verwekker. Zij had hier immers geen enkele verantwoordelijkheid bij de totstandkoming van de zwangerschap en zij had deze zwangerschap onder geen enkele omstandigheid kunnen voorzien, noch had zij deze moeten dragen.³⁰⁸
133. R. KRUIHOF vermeldt dat soortgelijke vorderingen denkbaar zijn in geval van aanranding van de eerbaarheid van een vrouw en wanneer een man een vrouw verleidt door middel van bedreigingen en bedrieglijke huwelijksbeloften.³⁰⁹ Het verleiden van een vrouw door het bedrieglijk beloven van een huwelijk lijkt mij in de huidige maatschappij echter achterhaald.

B. Onzorgvuldigheid

134. Dat een onzorgvuldigheid van een ouder bij het gebruik van anticonceptiva zou kunnen leiden tot een schadeclaim op grond van artikel 1382-1383 BW wordt niet aanvaard. Beide ouders dienen hun verantwoordelijkheid te dragen betreffende de totstandkoming van een zwangerschap uit gewenste seksuele betrekkingen.³¹⁰

HOOFDSTUK 3. Het causaal verband

135. In België wordt het bestaan van een causaal verband nagegaan via de *conditio sine qua non*-test. Dit houdt in dat wordt nagegaan of de fout een noodzakelijke voorwaarde was voor de schade, zoals zij

³⁰⁷ Brussel 8 mei 1985, *JT* 1986, 252, noot A. VAN GYSEL.

³⁰⁸ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 548.

³⁰⁹ R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2739.

³¹⁰ Vred. Gent 7 oktober 1994, *TGR* 1996, 12; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 548.

zich in concreto heeft voorgedaan. Alle noodzakelijke voorwaarden zijn hierbij gelijk. Dit noemt men de equivalentietheorie.³¹¹ Het komt toe aan de feitenrechter om de feiten vast te stellen waaruit hij al dan niet tot een causaal verband besluit tussen fout en schade. Het Hof van Cassatie controleert of de rechter uit de vastgestelde feiten wettig een causaal verband kon halen.³¹²

136. Bij een wrongful birth-vordering zal er een causaal verband moeten bestaan tussen de fout en de geboorte van het kind. In zo goed als alle gevallen wordt het bestaan van een causaal verband zonder problemen aanvaard. Het kind zou niet geboren zijn zonder de fout van de arts. Er zijn echter nog bijzondere problemen. Sommige rechtspraak meent dat de opvoedingsplicht van de ouders het causaal verband met de schade verbreekt (§1). Daarnaast is er ook rechtspraak die meent dat in sommige gevallen er slechts een kans op het zich niet voordoen van de schade verloren gaat (§2).

§1. Doorbreking van het causaal verband

137. De doorbrekingsleer houdt in dat in de regel het oorzakelijk verband verbroken wordt wanneer tussen de fout en de schade een eigen juridische oorzaak ingrijpt zoals een verplichting uit een wet of een reglement, die op zichzelf voldoende is om de uitvoering te verantwoorden.³¹³

Sinds de doorbrekingsleer voor het eerst in de Belgische rechtsleer en rechtspraak werd gelanceerd, heeft het Hof van Cassatie hierover reeds verschillende standpunten ingenomen.³¹⁴ Met de arresten van 19 en 20 februari 2001³¹⁵ heeft het Hof van Cassatie de doorbrekingsleer verworpen en verschuift het de vraag of er wel een schadevergoeding kan toegekend worden naar het domein van de schade.³¹⁶

³¹¹ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 79-80; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 549; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 131 ; J. TER HEERDT, „“Wrongful life” en “Wrongful Birth””, 252-253; B. WEYTS, “Wordt de algemene zorgvuldigheidsnorm steeds subjectiever?” (noot onder Cass. 5 juni 2003), *TBBR* 2005, 112.

³¹² H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 80-82.

³¹³ T. ROBERT, "De nieuwe cassatierechtspraak over de doorbreking van het oorzakelijk verband door een eigen juridische oorzaak: samen met de doorbrekingsleer ook het secundariteitscriterium definitief verworpen?" (noot onder Cass. 10 december 2001), *TBBR* 2003, 525.

³¹⁴ T. ROBERT, "De nieuwe cassatierechtspraak over de doorbreking van het oorzakelijk verband door een eigen juridische oorzaak: samen met de doorbrekingsleer ook het secundariteitscriterium definitief verworpen?" (noot onder Cass. 10 december 2001), *TBBR* 2003, 525.

³¹⁵ Cass. 19 februari 2001, AR C.99.0014.N; Cass. 19 februari 2001, AR C.99.0183.N; Cass. 19 februari 2001, AR C.99.0228.N; Cass. 19 februari 2001, AR C.00.0242.N; Cass. 20 februari 2001, AR P.98.1629.N.

³¹⁶ Cass. 30 mei 2011, AR C.09.0499.N; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 90-91; E. DE KEZEL, „Wrongful birth en wrongful life", 549; T. ROBERT, "De nieuwe cassatierechtspraak over de doorbreking van het oorzakelijk verband door een eigen juridische oorzaak: samen met de doorbrekingsleer ook het secundariteitscriterium definitief verworpen?" (noot onder Cass. 10 december 2001), *TBBR* 2003, 526.

"Dat immers het bestaan van een contractuele, wettelijke of reglementaire verplichting niet uitsluit dat schade, in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek ontstaat, tenzij wanneer, blijkens de inhoud of de strekking van de overeenkomst, de wet of het reglement, de te verrichten uitgave of prestatie definitief voor rekening moet blijven van diegene die zich ertoe heeft verbonden of die ze ingevolge de wet of het reglement moet verrichten; Overwegende dat de omstandigheid dat de overheid statutair verplicht is een wedde te betalen aan de ambtenaren vreemd is aan de vraag of er een oorzakelijk verband bestaat tussen de fout begaan door een derde en de schade die voor de overheid voortvloeit uit de omstandigheid dat zij een wedde moet doorbetalen zonder hiervoor een tegenprestatie te genieten."³¹⁷

138. De stelling dat het causaal verband bij een wrongful birth-vordering wordt verbroken door de eigen juridische oorzaak van art. 203 BW (opvoedingsplicht van de ouders) is in het licht van de huidige cassatierechtspraak dus achterhaald. Toch blijven sommigen de term "doorbreking van het causaal verband" gebruiken om na te gaan of art. 203 BW de schade definitief ten laste legt van de ouders of niet.³¹⁸

De invloed van artikel 203 BW op het al dan niet bestaan van een schade, zal ik dan ook bespreken onder het hoofdstuk schade.³¹⁹

Ook in buitenlandse wrongful birth-zaken wordt opgeworpen dat het causaal verband wordt verbroken door de opvoedingsplicht van de ouders of bijvoorbeeld door het niet afstaan van het kind ter adoptie.³²⁰ Aangezien deze theorie in België niet gevolgd wordt, zal ik ook dergelijke zaken bespreken onder het hoofdstuk betreffende de schade.

§2. Verlies van een kans

139. Het verlies van een kans doet zich voor in situaties waar de mogelijkheid, maar niet de zekerheid, bestaat dat de benadeelde de uiteindelijke schade ook zou hebben geleden zonder de fout.³²¹ De techniek van 'het verlies van een kans' wordt dan gebruikt om aan de benadeelde toch een

³¹⁷ Cass. 19 februari 2001, AR C.99.0228.N.

³¹⁸ S. PANIS, "L'action en grosse préjudiciable", 225; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 253-254.

³¹⁹ *Infra* 62-64, nrs. 149-152.

³²⁰ Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, LJN BB2375; *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 S.L.T. 154, [2000] 2 A.C. 59.

³²¹ H. BOCKEN, "Het verlies van een kans: vergoedbare schade? Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008", *T.Verz.* 2008, 422; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 55.

vergoeding toe te kennen.³²² Deze techniek mag wel niet aangewend worden om de onzekerheid met betrekking tot het causaal verband tussen de fout en de schade te maskeren.³²³

In de Belgische causaliteitsleer wordt bij de *conditio sine qua non*-test nagegaan of de fout een noodzakelijke voorwaarde was voor de schade, zoals zij zich in concreto heeft voorgedaan. Dit houdt in dat met gerechtelijke zekerheid moet vaststaan dat de schade zich niet op dezelfde wijze zou hebben voorgedaan zonder de desbetreffende fout.³²⁴ Wanneer de mogelijkheid, maar niet de zekerheid, bestaat dat de schade zich op dezelfde manier zou hebben verwezenlijkt zonder de foutieve gedraging, dan past men de theorie van het verlies van een kans toe.³²⁵ Niet de schade zelf, maar het verlies van de kans om de schade te vermijden wordt vergoed.³²⁶ De fout dient dan in causaal verband te staan met dit verlies van een kans.³²⁷ Hieruit volgt dat het verlies van een kans eerder een schadetheorie dan een causaliteitstheorie is.³²⁸ Aangezien het succes van deze theorie echter zijn oorsprong vindt in de onzekerheid van het causaal verband behandel ik haar onder dit hoofdstuk.³²⁹

140. In het kader van een wrongful birth-vordering komt de theorie van het verlies van een kans voornamelijk aan bod wanneer een verkeerde prenatale diagnose werd gesteld.³³⁰ In dergelijke gevallen dient te worden nagegaan of men met gerechtelijke zekerheid kan stellen dat de moeder voor een zwangerschapsonderbreking zou hebben geopteerd. Een voorbeeld hiervan vinden we terug in het arrest van het hof van beroep te Gent van 3 november 2011³³¹:

"dat er geen gerechtelijke zekerheid bestaat dat tot zwangerschapsafbreking zou zijn overgegaan, maar wel een zeer grote, op 80% te ramen kans dat daartoe zou zijn beslist."

³²² Cass. 5 juni 2008, AR C.07.0199.N; Luik 9 september 2010, *T.Verz.* 2011, 459.

³²³ Antwerpen 1 december 2008, *T.Gez.* 2010-11, 158, noot R.V. en S.P.; H. BOCKEN, "Het verlies van een kans: vergoedbare schade? Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008", *T.Verz.* 2008, 423; S. CALLENS, "Duidingsnoot" (noot onder Antwerpen 24 september 2007), *T.Gez.* 2008-09, 54.

³²⁴ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 73-75; S. LIERMAN, "Causaliteit en verlies van een kans in de medische context", *T.Gez.* 2006-07, 259.

³²⁵ H. BOCKEN, "Het verlies van een kans: vergoedbare schade? Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008", *T.Verz.* 2008, 422; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 55.

³²⁶ H. BOCKEN, "Het verlies van een kans: vergoedbare schade? Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008", *T.Verz.* 2008, 421; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 55.

³²⁷ S. LIERMAN, "Causaliteit en verlies van een kans in de medische context", *T.Gez.* 2006-07, 260.

³²⁸ Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, afl. 5, 380; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 55; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 127-128; S. LIERMAN, "Causaliteit en verlies van een kans in de medische context", *T.Gez.* 2006-07, 260.

³²⁹ S. LIERMAN, "Causaliteit en verlies van een kans in de medische context", *T.Gez.* 2006-07, 260.

³³⁰ Luik 24 juni 2002, *T.Gez.* 2007-08, 242; Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl. 8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, afl. 5, 380; A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 14-16.

³³¹ Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

In de meeste gevallen blijkt de rechtbank van mening dat het vaststaat dat de moeder voor een zwangerschapsafbreking zou hebben geopteerd, zodat de theorie van het verlies van een kans niet van toepassing is.³³² Uit de praktijk blijkt ook dat de meerderheid van de ouders die leren dat hun kind met een zware handicap zal worden geboren, kiezen voor een abortus.³³³ Er dient echter nog opgemerkt te worden dat een causaal verband (betreffende een verkeerde prenatale diagnose) slechts aanvaard kan worden, indien aan de toepassingsvoorwaarden van art. 350 Sw. voldaan was.

HOOFDSTUK 4. De schade

141. In de vorige hoofdstukken heb ik reeds verschillende mogelijke fouten besproken en hun causaal verband met de geboorte van het kind. Het kunnen bewijzen van een dergelijke fout en een causaal verband met de geboorte van het kind heeft voor de patiënt echter pas nut indien de rechtspraak aanvaardt dat er een vergoedbare schade is. In dit hoofdstuk zal ik dan ook bespreken of de geboorte van een kind voor de ouders een schade kan uitmaken. Zeker bij de geboorte van een gezond kind rijzen hieromtrent vragen (§1). Daarna komt de vraag aan bod of de wettelijke opvoedingsplicht van de ouders de kosten van onderhoud en opvoeding definitief bij hen legt (§2). Vervolgens behandel ik de problematiek van de schadebeperkingsplicht (§3) en van de voordeelstoerekening (§4). Tot slot zal ik de verschillende schadeposten bespreken (§5).

§1. Het schadebegrip

A. Het kind als schade?

142. Om over het bestaan van een schade te oordelen wordt in principe een vergelijking gemaakt tussen de huidige toestand en de hypothetische toestand waarin de benadeelde zich zou hebben bevonden indien de fout niet werd begaan.³³⁴ Bij een wrongful birth-vordering houdt deze hypothetische toestand in dat de vrouw nooit zwanger was geworden en/of dat het kind nooit geboren werd. De vraag die zich hier dus stelt is of de geboorte van een kind, en dan vooral van een gezond kind, eigenlijk wel schade kan uitmaken.
143. De schade die men aanvaardt bij de geboorte van een kind bestaat uit de schending van het belang van de ouders betreffende de financiële en morele lasten van de zwangerschap, de geboorte en de

³³² Luik 24 juni 2002, *T.Gez.* 2007-08, 242; Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl. 8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, afl. 5, 380.

³³³ J. DESLOOVER en T. YSEBAERT, "Moet alle potentiële leven ook gerealiseerd worden?", *De Standaard* 10 december 2010, www.standaard.be.

³³⁴ E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. (FR) 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 210-211; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 127; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 357; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 254.

aanwezigheid van het niet geplande kind. Het kind zelf wordt in principe niet als schade aanzien.³³⁵ Zonder de fout hadden de ouders deze last niet moeten dragen. Nochtans kan men deze schade niet bepalen zonder het bestaan van het kind weg te denken. Schendt het relativeren van een mensenleven tot een in centen en procenten kwalificeerbare schadepost niet de menselijke waardigheid? De meeste rechtspraak en rechtsleer menen van niet.³³⁶ Zo besliste de Nederlandse Hoge Raad³³⁷ dat de vergoeding uitsluitend de extra last beoogt die als gevolg van de fout op het gezinsinkomen wordt gelegd en die juist door de aanvaarding van het kind ontstaat.³³⁸ Een dergelijke gedachtegang kan volgens de Hoge Raad niet in strijd worden bevonden met de menselijke waardigheid, noch wordt het bestaansrecht van het kind ontkend.

144. In Frankrijk meent het Hof van Cassatie dat het bestaan van een kind op zich geen vergoedbare schade kan uitmaken³³⁹:

"Mais attendu que l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse; que l'arrêt attaqué relève que l'enfant était parfaitement constitué et retient que Mlle X... ne prouvait pas que la naissance ait été pour elle la cause d'une souffrance morale certaine et se bornait à faire état de difficultés probables dans sa vie de jeune fille et ses perspectives d'avenir; qu'ainsi, en l'absence d'un dommage particulier qui, ajouté aux charges normales de la maternité, aurait été de nature à permettre à la mère de réclamer une indemnité, la cour d'appel a, abstraction faite du motif justement critiqué par le premier moyen, légalement justifié sa décision."

Ook de Franse Raad van state (Conseil d'État) heeft beslist dat de geboorte van een gezond kind op zich geen schade uitmaakt³⁴⁰:

³³⁵ Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ* (NL) 1999, 145, concl. VRANKEN, noot CJHB; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 221; *contra* Vred. Gent 7 oktober 1994, *TGR* 1996, 12: de rechter meent hier dat een dergelijke vordering het kind als schade beschouwd en dat dit niet mogelijk is "het leven van een kind is geen schade, maar een geschenk".

³³⁶ Brussel 8 mei 1985, *JT* 1986, 252, noot A. VAN GYSEL; Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ* (NL) 1999, 145, concl. VRANKEN, noot CJHB; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 361-362.

³³⁷ Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ* (NL) 1999, 145, concl. VRANKEN, noot CJHB.

³³⁸ Gerechtshof 's-Gravenhage 26 maart 2003, nr. 2000/564, LJN AF6263; S.D. LINDENBERGH, "Blij met de geboorte van... een schadeclaim. Schadevergoeding wegens wrongful birth en wrongful life", *Ars Aequi* (Ned.) 2003, 368-369; C.J.J.M. STOLKER, "Who's afraid of wrongful birth", *WPNR* (Ned.) 1997, 193 en <https://openaccess.leidenuniv.nl/>.

³³⁹ Cass. Fr. 25 juni 1991, nr. 89-18617.

³⁴⁰ Conseil d'État 2 juli 1982, nr. 23141.

"Considérant que la naissance d'un enfant, même si elle survient après une intervention pratiquée sans succès, en vue de l'interruption d'une grossesse demandée dans les conditions requises aux articles L. 162-1 à L. 162-6 du code de la santé publique par une femme enceinte, n'est pas génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir à la mère un droit à réparation par l'établissement hospitalier où cette intervention a eu lieu, à moins qu'existent, en cas d'échec de celle-ci, des circonstances ou une situation particulières susceptibles d'être invoquées par l'intéressée."

De geboorte van een gezond kind leidt in Frankrijk, op zich, dus niet tot een vergoedbare schade.³⁴¹ Het is echter niet uitgesloten dat de geboorte van een (gezond) kind leidt tot allerlei andere moeilijkheden, bovenop de normale lasten van het ouderschap, die wel een vergoedbare schade kunnen uitmaken.³⁴² Hieruit volgt dat een wrongful birth-vordering sensu stricto zonder al te veel problemen wordt aanvaard. De last ligt hier boven de normale lasten van het ouderschap, zodat de ouders wel een vergoedbare schade lijden.³⁴³

Dit standpunt dient echter genuanceerd te worden. Ten gevolge van een wrongful life-vordering die door het Franse Hof van Cassatie werd toegekend (de zaak Perruche), is de Franse wetgever tussengekomen door de invoering van de wet van 4 maart 2002.³⁴⁴ Hierin zat eveneens een regeling betreffende de toelaatbaarheid van wrongful birth-vorderingen vervat:

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

De vergoedbare schade van de ouders kan derhalve niet de bijzondere lasten van de handicap betreffen. Het komt toe aan de nationale solidariteit om dit te compenseren. Via het aansprakelijkheidsrecht zullen de ouders dus enkel een vergoeding voor hun morele schade kunnen krijgen. De economische schade (onderhoudskosten, aangepaste voorzieningen, enz.) dient via de

³⁴¹ V. BONNINGUES, *Naissance et vie préjudiciables*, 26-27; G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 81; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Parijs, Dalloz, 2004, 736.

³⁴² Cass. (FR) 9 mei 1983, nr. 82-12227.

³⁴³ Cass. (FR) 26 maart 1996, nrs. 94-11791 en 94-14158, *Dalloz* 1997, 35; Cass. (FR) 17 november 2000, nr. 99-13701; Conseil d'État 14 februari 1997, nr. 133238; V. BONNINGUES, *Naissance et vie préjudiciables*, 56; G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 84-86; S. HOCQUET-BERG en B. PY, *La responsabilité du médecin*, Parijs, Heures de France, 2006, 54; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Parijs, Dalloz, 2004, 736-737; B. PITCHO, "Wrongful Birth and Wrongful Life regarding French Law" in S.C.J.J. KORTMANN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 93-94 en 98.

³⁴⁴ Loi n° 2002-303 relative aux droits des malades et la qualité du système de santé.

nationale solidariteit vergoed te worden. Sommige auteurs vragen zich echter af of een vergoeding via de nationale solidariteit geen illusie is.³⁴⁵

145. In Engeland was the House of Lords³⁴⁶ van mening dat het niet nodig is om een ongewenste zwangerschap en geboorte te behandelen vanuit de klassieke betekenis van "harm" of "injury". Ze waren ongewenst en de zorgverstrekkers wisten dit, bijgevolg is de vordering van de moeder toelaatbaar. De schadevergoeding wordt echter wel zodanig beperkt dat de kosten van onderhoud en opvoeding er niet ondervallen.³⁴⁷ De bijzondere kosten betreffende de opvoeding van een gehandicapt kind worden dan weer wel als een vergoedbare schade beschouwd.³⁴⁸

B. Schending van een rechtmatig belang?

146. Een argument dat door sommigen aangehaald wordt is dat het toekennen van een vergoeding wegens de geboorte van een kind in strijd is met de openbare orde. Een eerste standpunt hierover vinden we terug in een oud arrest uit de Verenigde Staten.³⁴⁹ Het kind kan wel een schadepost zijn voor de ouders, maar het kind als schade beschouwen mag niet, omdat het immoreel is:

"Defendant argues, however, and pleads, that plaintiff has suffered no damage. We agree with defendant. The only damages asked are the expenses of rearing and educating the unwanted child. We are of the opinion that to allow damages for the normal birth of a normal child is foreign to the universal public sentiment of the people. Many consider the sole purpose of marriage a union for having children."

Dit komt neer op de mening dat het belang om geen kinderen te krijgen een onrechtmatig belang zou zijn. Een dergelijke mening kan niet bijgetreden worden, omdat een dergelijk belang wel degelijk als rechtmatig gezien moet worden.³⁵⁰ Het gebruik van anticonceptiva is zonder meer geoorloofd, evenals het ondergaan van een sterilisatie of vasectomie. De rechtmatigheid van het belang van ouders om geen (gehandicapt) kind geboren te laten worden en een zwangerschapsonderbreking te

³⁴⁵ J.-L. FAGNART, "L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé" in J.-P. BEAUTHIER (ed.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse?*, Brussel, Larcier, 2008, 89; S. HOCQUET-BERG en B. PY, *La responsabilité du médecin*, Parijs, Heures de France, 2006, 56; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Parijs, Dalloz, 2004, 740.

³⁴⁶ *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 S.L.T. 154, [2000] 2 A.C. 59.

³⁴⁷ *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2004] 1 A.C. 309, 2003 WL 22257848; LORD RODGER OF EARLSFERRY, "Wrongful Birth in United Kingdom Law" in S.C.J.J. KORTMANN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 46-52.

³⁴⁸ *Parkinson v St James and Seacroft University Hospital NHS Trust* 2001 WL 171997; *Groom v Selby* 2001 WL 1171779.

³⁴⁹ *Shaheen v. Knight*, 11 Pa D. & C.2d 41 (1957).

³⁵⁰ Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401; *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 S.L.T. 154, [2000] 2 A.C. 59; R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2757-2758.

ondergaan vloeit voort uit de desbetreffende mogelijkheid die de strafwet in haar art. 350 aan de vrouw biedt.³⁵¹

147. Er bestaat echter nog een ander argument om het aanvaarden van deze schade in strijd te bevinden met de openbare orde.³⁵² Het inwilligen van de wrongful birth-vordering is volgens deze stelling onrechtmatig, omdat het aanvaarden van de schade zou uitgaan van de voorrang van de pecuniaire belangen van de ouders op het morele welzijn van het kind en omdat het kind zou worden geconfronteerd met de ongewenstheid van zijn eigen bestaan, wat een groot gevoel van verwerping zou bezorgen. Ook een dergelijke stelling wordt meestal niet aanvaard. Zo besliste het hof van beroep te Antwerpen in zijn uitspraak van 8 september 2003:

"Het belang van de ouders om geen kinderen meer te krijgen is geen onrechtmatig belang; het moreel welzijn van het kind veronderstelt immers dat de ouders een voldoende pecuniaire basis hebben om het kind op te voeden en te laten opgroeien naar volwassenheid."

148. In Nederland besliste de Hoge Raad eveneens dat een dergelijk argument niet aanvaard kan worden.³⁵³ Het voorkomen van vooralsnog anonieme gezinsuitbreiding, waarop de kosten betrekking hebben, is iets van een geheel andere orde dan het niet wensen of aanvaarden van het kind als het eenmaal zijn individuele menselijke identiteit heeft verkregen. Ook in de Engelse zaak *McFarlane v. Tayside Health Board*³⁵⁴ werd beslist dat een wrongful birth-vordering niet in strijd is met de openbare orde.³⁵⁵

§2. Opvoedingsplicht van de ouders

149. Artikel 203, §1 BW luidt als volgt:

"De ouders dienen naar evenredigheid van hun middelen te zorgen voor de huisvesting, het levensonderhoud, de gezondheid, het toezicht, de opvoeding, de opleiding en de ontplooiing van hun kinderen. Indien de opleiding niet voltooid is, loopt de verplichting door na de meerderjarigheid van het kind."

³⁵¹ R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2758; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 254.

³⁵² Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2758.

³⁵³ Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ (NL)* 1999, 145, concl. VRANKEN, noot CJHB.

³⁵⁴ *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 S.L.T. 154, [2000] 2 A.C. 59.

³⁵⁵ LORD RODGER OF EARLSFERRY, "Wrongful Birth in United Kingdom Law" in S.C.J.J. KORTMANN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 47; J.K. MASON, "Unwanted pregnancy: a case of retroversion?", *Edin.L.R.* 2000, 4(2), 191-206 en www.westlaw.com.

Zoals reeds eerder gezien doorbreekt deze wettelijke verplichting volgens sommigen het causaal verband.³⁵⁶ Dit is echter een verkeerde opvatting. Ingevolge de huidige cassatierechtspraak dient er nagegaan te worden of art. 203 BW de schade definitief ten laste legt van de ouders of niet.³⁵⁷ Een dergelijke controle doet zich voor op het vlak van de schade en niet op het vlak van het causaal verband.³⁵⁸

Uit de rechtspraak blijkt dat er geen eensgezindheid bestaat betreffende de vraag of de uiteindelijke kosten van de opvoeding definitief bij de ouders dienen te blijven³⁵⁹ of niet³⁶⁰. De meerderheid van rechtsleer en rechtspraak is echter van mening dat art. 203 BW niet verhindert dat de ouders deze kosten kunnen terugvorderen van de aansprakelijke.³⁶¹ Zo luidt het arrest van het hof van beroep te Antwerpen van 8 september 2003 als volgt:

"De wettelijke verplichting tot onderhoud en opvoeding geldt tussen ouders en kinderen maar een verhaalsrecht ten aanzien van de aansprakelijke derde is wettelijk niet uitgesloten."

Zelfs indien men van mening is dat art. 203 BW de kosten van onderhoud en opvoeding bij de ouders legt, dan mag men dit niet zo ver doortrekken dat hieronder ook de kosten van een handicap, die is veroorzaakt door een fout, vallen. Een dergelijke interpretatie is veel te verregaand en dient bijgevolg gemeden te worden.³⁶²

150. Zoals ik reeds gezien heb, is de het Franse Hof van Cassatie, evenals de Conseil d'État, van mening dat de geboorte van een kind op zich geen vergoedbare schade met zich meebrengt, tenzij de lasten boven de normale lasten van het ouderschap liggen.³⁶³ Hieruit kan men afleiden dat de wettelijke onderhoudsplicht van de ouders³⁶⁴ een vergoeding voor de onderhouds- en opvoedingskosten verhindert.³⁶⁵ Dit blijkt ook uit het arrest van 'le cour administrative d'appel' te Nancy van 30 september 1993³⁶⁶:

³⁵⁶ *Supra* 55-56, nrs. 137-138.

³⁵⁷ Cass. 30 mei 2011, AR C.09.0499.N; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 549; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 253.

³⁵⁸ Cass. 19 februari 2001, AR C.99.0228.N; T. ROBERT, "De nieuwe cassatierechtspraak over de doorbreking van het oorzakelijk verband door een eigen juridische oorzaak: samen met de doorbrekingsleer ook het secundariteitscriterium definitief verworpen?" (noot onder Cass. 10 december 2001), *TBBR* 2003, 526.

³⁵⁹ Luik 10 mei 2001, *T.Gez.* 2001-02, 247, noot J. TER HEERDT.

³⁶⁰ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401.

³⁶¹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 549; S. PANIS, "L'action en grosse préjudiciable", 225.

³⁶² J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 253.

³⁶³ *Supra* 59-61, nr. 144.

³⁶⁴ Art. 371-2 Code Civil.

³⁶⁵ V. BONNINGUES, *Naissance et vie préjudiciables*, 24-25.

³⁶⁶ C.A.A. Nancy 30 september 1993, nr. 92NC00655.

"Considérant que la naissance d'un enfant, même lorsqu'elle intervient après l'échec d'une intervention destinée à interrompre la fécondité de la mère, n'est pas, par elle-même, génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir un droit à réparation par l'établissement Hospitalier où cette intervention a eu lieu ; qu'il n'en va autrement que si cette naissance a entraîné, eu égard aux circonstances dans lesquelles elle s'est produite, un préjudice particulier, distinct des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui sont normalement à la charge des parents."

151. In Nederland is de Hoge Raad van mening dat de wettelijke onderhouds- en opvoedingsplicht van de ouders niet in de weg staat van het toekennen van een schadevergoeding (Wrongful Birth I-arrest/Missing IUD)³⁶⁷.
152. In de Engelse zaak *McFarlane v. Tayside Health Board*³⁶⁸ werden de kosten voor onderhoud en opvoeding van het normaal en gezond geboren kind niet toewijsbaar geacht.³⁶⁹ Deze beslissing werd genomen op basis van "the requirement of being fair, just and reasonable" en niet op basis van een wettelijke onderhoudsplicht van de ouders.³⁷⁰ Het resultaat is echter hetzelfde.

§3. Schadebeperkingsplicht

A. Algemeen

153. Uit de rechtspraak blijkt dat er in België een schadebeperkingsplicht bestaat voor de benadeelde.³⁷¹ Degene aan wie schade berokkend is heeft in beginsel recht op een volledige vergoeding van de door hem geleden schade. Hij is niet verplicht deze schade zoveel mogelijk te beperken. De benadeelde dient echter wel de schade te beperken door de redelijke maatregelen te nemen die stroken met de houding van een redelijk en voorzichtig persoon.³⁷²

De algemene verplichting tot het beperken van de schade vinden we niet uitdrukkelijk terug in het Burgerlijk Wetboek.³⁷³ In een buitencontractuele context wordt de schadebeperkingsplicht gesteund

³⁶⁷ Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ* (NL) 1999, 145, concl. VRANKEN, noot CJHB.

³⁶⁸ *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 S.L.T. 154, [2000] 2 A.C. 59.

³⁶⁹ Zie ook: *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2004] 1 A.C. 309, 2003 WL 22257848.

³⁷⁰ De onderliggende reden voor deze beslissing was de noodzaak aan een soort van voordeelstoerekening (*infra* 70, nr. 162).

³⁷¹ Cass. 14 mei 1992, AR 9336; Antwerpen 10 april 2000, *Huur* 2000, 148; Rb. Veurne 10 oktober 2007, *T.Verz.* 2008, 440.

³⁷² Cass. 14 mei 1992, AR 9336; Antwerpen 10 april 2000, *Huur* 2000, 148; Rb. Veurne 10 oktober 2007, *T.Verz.* 2008, 440; L. DE SOMER, "Beperking van de schade door de benadeelde" in L. BREWAEYS, E. DE KEYSER, L. DE SOMER, G. HULLEBROECK, C. SCHILDERMANS, J. SCHRIJVERS en S. SURMONT, *Handboek Letselschade Gemeen Recht*, Mechelen, Kluwer, 2011, losbl., A.II, 37-38 en www.jura.be; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 222; D. SIMOENS, "Plicht tot schadeloosstelling en plicht tot schadebeperking: twee facetten van eenzelfde wetsvoorschrift", *TBBR* 2004, 425-427.

³⁷³ S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 221; D. SIMOENS, "Plicht tot schadeloosstelling en plicht tot schadebeperking: twee facetten van eenzelfde wetsvoorschrift", *TBBR* 2004, 425.

op de fout van de benadeelde. Indien de benadeelde niet de redelijke maatregelen neemt om de door hem opgelopen schade te beperken, begaat hij een fout in de zin van art. 1382-1383 BW.³⁷⁴ In een contractuele relatie vinden we de grondslag van een dergelijke verplichting terug in de goede trouw van art. 1134, derde lid BW.³⁷⁵

De gevolgen van het niet-naleven van de schadebeperkingsplicht door de benadeelde leidt dus tot een verdeling van de schadelast. De benadeelde zal geen integrale schadevergoeding bekomen, omdat zijn eigen fout bijgedragen heeft tot het ontstaan van de schade zoals zij zich in concreto voordeed.³⁷⁶ Het is incorrect om te beweren dat het niet-naleven van de schadebeperkingsplicht het causaal verband verbreekt. Volgens de equivalententieleer zijn alle noodzakelijke fouten immers gelijk.³⁷⁷ Bijgevolg staan zowel de oorspronkelijke fout als de fout die bestaat uit het niet naleven van de schadebeperkingsplicht in causaal verband met de schade.³⁷⁸

B. Abortus en adoptie

154. Aangezien er in België duidelijk sprake is van een schadebeperkingsplicht voor de benadeelde, dient te worden nagegaan of deze plicht uitgebreid wordt tot het onderbreken van een zwangerschap of tot het afstaan van het kind. Met andere woorden dienen de ouders het kind te aborteren of af te staan ter adoptie om de schade aldus te beperken.

Het hof van beroep te Luik blijkt van mening te zijn dat dit inderdaad onder de schadebeperkingsplicht valt.³⁷⁹ Zo wordt in haar arrest van 22 januari 2009³⁸⁰ als volgt beslist:

"Le fait pour I.K. d'avoir pris en définitive la décision d'élever son enfant a interrompu la relation causale entre la faute retenue et l'existence d'un éventuel préjudice pour la période postérieure à la naissance."

³⁷⁴ L. DE SOMER, "Beperking van de schade door de benadeelde" in L. BREWAEYS, E. DE KEYSER, L. DE SOMER, G. HULLEBROECK, C. SCHILDERMANS, J. SCHRIJVERS en S. SURMONT, *Handboek Letselschade Gemeen Recht*, Mechelen, Kluwer, 2011, losbl., A.II, 37 en www.jura.be; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 222; D. SIMOENS, "Plicht tot schadeloosstelling en plicht tot schadebeperking: twee facetten van eenzelfde wetsvoorschrift", *TBBR* 2004, 425-426.

³⁷⁵ S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 222; D. SIMOENS, "Plicht tot schadeloosstelling en plicht tot schadebeperking: twee facetten van eenzelfde wetsvoorschrift", *TBBR* 2004, 425.

³⁷⁶ D. SIMOENS, "Plicht tot schadeloosstelling en plicht tot schadebeperking: twee facetten van eenzelfde wetsvoorschrift", *TBBR* 2004, 427.

³⁷⁷ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 79-80; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 549; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 252-253; B. WEYTS, "Wordt de algemene zorgvuldigheidsnorm steeds subjectiever?" (noot onder Cass. 5 juni 2003), *TBBR* 2005, 112.

³⁷⁸ S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 222.

³⁷⁹ Luik 10 mei 2001, *T.Gez.* 2001-02, 247, noot TER HEERDT; Luik 22 januari 2009, *T.Gez.* 2009-10, afl. 4, 215, noot S. PANIS.

³⁸⁰ Luik 22 januari 2009, *T.Gez.* 2009-10, afl. 4, 215, noot S. PANIS.

De meerderheid van de rechtspraak en de rechtsleer is echter van mening dat een dergelijke schadebeperkingsplicht te verregaand is.³⁸¹ Zo besliste de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen in haar arrest van 23 april 2009³⁸² dat de patiënte niet gedwongen mag worden tot een abortus of adoptie, "aangezien een abortus of afstand voor adoptie van een kind dermate persoonlijk ingrijpt op de persoonlijke lichamelijke en psychische integriteit van de benadeelde".

155. Ik sluit mij aan bij deze laatste visie. Men kan niet van ouders verwachten dat zijn hun kind afstaan ter adoptie. De schadebeperkingsplicht betreft enkel de *redelijke* maatregelen die stroken met de houding van een redelijk en voorzichtig persoon.³⁸³ Mijns inziens kan de keuze van de ouders om hun kind zelf op te voeden niet als onredelijk beschouwd worden.³⁸⁴ Door de zwangerschap en de geboorte wordt er een band gecreëerd tussen de ouders en hun kind. Het afstaan van hun kind kan dan ook een schuldgevoel teweeg brengen bij de ouders.³⁸⁵ Daarnaast vermeldt S. DE MEUTER dat de belangen van het kind het best gediend worden wanneer het in zijn origineel familieverband kan opgroeien.³⁸⁶ In dit verband kan ook verwezen worden naar de uitspraak van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk van 1 februari 1994.³⁸⁷ In dit vonnis werd beslist dat een kind inderdaad een psychologische schade kan oplopen door de kennis dat het oorspronkelijk niet gewenst was en als schadepost werd beschouwd, maar dat een risico op dergelijke psychische schade ook bestaat bij laatkomertjes, adoptiekinderen, enz.

De moeder kan ook niet verplicht worden om, ter beperking van de schade, een abortus te ondergaan. Zwangerschapsonderbreking is, mits het binnen de wettelijke grenzen van art. 350 Sw. gebeurt, een vrijheid. Het kan nooit een plicht zijn.³⁸⁸ Art. 350 Sw. stelt een abortus in principe nog

³⁸¹ Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401; Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550; S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 70; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 223; J. TER HEERDT, ., "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 255.

³⁸² Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot.

³⁸³ Cass. 14 mei 1992, AR 9336; Antwerpen 10 april 2000, *Huur* 2000, 148; Rb. Veurne 10 oktober 2007, *T.Verz.* 2008, 440; L. DE SOMER, "Beperking van de schade door de benadeelde" in L. BREWAEYS, E. DE KEYSER, L. DE SOMER, G. HULLEBROECK, C. SCHILDERMANS, J. SCHRIJVERS en S. SURMONT, *Handboek Letselschade Gemeen Recht*, Mechelen, Kluwer, 2011, losbl., A.II, 37-38 en www.jura.be; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 222; D. SIMOENS, "Plicht tot schadeloosstelling en plicht tot schadebeperking: twee facetten van eenzelfde wetsvoorschrift", *TBBR* 2004, 425-427.

³⁸⁴ Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 223.

³⁸⁵ Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 223.

³⁸⁶ S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 70, noot 1.

³⁸⁷ Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot.

³⁸⁸ S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 223-224; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 255.

steeds strafbaar. Slechts indien aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan ontsnapt men aan het strafrechtelijke karakter. Volgens mij kan men dan ook van een normaal, redelijk en voorzichtig persoon niet verwachten om zomaar voor een abortus te opteren.³⁸⁹ Tussen de ouders en hun kind kan tevens een psychische band gevormd zijn, zeker indien de zwangerschap reeds vrij ver gevorderd is.³⁹⁰ Ik sluit echter niet uit dat het in bepaalde uitzonderlijke gevallen als onredelijk kan beschouwd worden om geen abortus te ondergaan.³⁹¹

Bovenstaande redenering geldt mijns inziens ook voor het ondergaan van een tweede abortus, nadat de eerste abortus mislukt is. Dit geldt a fortiori indien de zwangerschap op dat moment reeds relatief ver gevorderd is. Het kan zeker niet voorgehouden worden dat een vrouw in het buitenland een zwangerschapsonderbreking moet ondergaan, omdat deze buiten de Belgische wettelijke termijn valt.³⁹² Een dergelijke stelling voorhouden zou absurd zijn.

156. Er bestaat ook nog een algemener argument om te stellen dat het weigeren van een abortus geen fout uitmaakt. J. RONSE³⁹³ stelt dat de weigering van een patiënt om een heelkundige ingreep te ondergaan slechts een fout uitmaakt indien de volgende elementen cumulatief aanwezig zijn: (1) afwezigheid van gevaar aan de ingreep verbonden, (2) de ingreep mag niet te pijnlijk zijn, (3) een zeer hoge graad van waarschijnlijkheid nopens de schadevermindering, (4) de kosten van de ingreep moeten worden voorgesloten door de aansprakelijke en (5) alle nieuwe schadelijke gevolgen van de ingreep moeten door de aansprakelijke worden vergoed. Aan een abortus blijft gevaar verbonden en een dergelijke ingreep brengt ook intrinsieke pijn met zich mee. Deze stelling bevestigt dus nogmaals dat het weigeren van een abortus geen fout kan uitmaken.³⁹⁴
157. Het Franse Hof van Cassatie is eveneens van mening dat op de ouders geen plicht tot een abortus of adoptie rust. In haar arrest van 25 juni 1991 moest het Hof zich uitspreken over het arrest van het hof van beroep te Riom van 6 juli 1989. Dit hof van beroep besloot dat er geen schade was. Een van de motieven om tot dit besluit te komen was dat de vrouw haar kind ter adoptie had kunnen afstaan. Het arrest van het Hof van cassatie luidde daarover als volgt³⁹⁵:

³⁸⁹ S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 224-225; A. WHITFIELD QC, "Actions Arising From Birth" in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 837-839.

³⁹⁰ Rb. Kortrijk 1 februari 1994, RW 1995-96, 57, noot.

³⁹¹ A. WHITFIELD QC, "Actions Arising From Birth" in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 838-839.

³⁹² Rb. Kortrijk 1 februari 1994, RW 1995-96, 57, noot.

³⁹³ J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling* in APR, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 337-338.

³⁹⁴ Rb. Kortrijk 1 februari 1994, RW 1995-96, 57, noot; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 223.

³⁹⁵ Cass. (FR) 25 juni 1991, nr. 89-18617.

"Attendu qu'en un premier moyen, Mlle X... fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir décidé qu'elle ne justifiait pas d'un préjudice matériel au motif qu'elle avait la possibilité d'abandonner son enfant [...] la cour d'appel a, *abstraction faite du motif justement critiqué par le premier moyen*, légalement justifié sa décision." [Eigen cursivering]

158. De Nederlandse Hoge Raad sprak zich veel duidelijker uit tegen een abortus of adoptie ter beperking van de schade. Derhalve prevaleert in Nederland de mening dat het van een (aanstaande) moeder niet gevegd kan worden dat zij haar kind laat aborteren, noch dat zij haar kind ter adoptie afstaat.³⁹⁶ Indien een eerste abortus gefaald heeft en de moeder geen tweede abortus wenst te ondergaan, blijft de arts aansprakelijk voor de geboorte van het kind.³⁹⁷
159. Ook in Engeland geldt dat er niet voor een abortus of adoptie moet worden geopteerd.³⁹⁸ Zo besliste the House of Lords in de zaak *McFarlane v. Tayside Health Board*³⁹⁹ dat:

"There was no legal or moral duty to arrange an abortion or an adoption of an unplanned child."⁴⁰⁰

§4. Voordeelstoerekening

160. Een onrechtmatige daad heeft niet altijd enkel negatieve gevolgen. Soms kan een benadeelde ook bepaalde voordelen bekomen. Het vraagstuk van de voordeelstoerekening behandelt in hoeverre de voordelen die de benadeelde heeft ingevolge de fout, in rekening moeten worden gebracht op de schadeloosstelling.⁴⁰¹ Bij de geboorte van een kind zijn er verschillende voordelen denkbaar. De morele voordelen kunnen bestaan uit de vreugde van de geboorte van een normaal en gezond kind en de liefde, de genegenheid en de vriendschap die de ouders van dat kind ontvangen.⁴⁰² De

³⁹⁶ Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ* (NL) 1997, 145, concl. VRANKEN, noot CJHB; Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, LJN BB2375; S.D. LINDENBERGH, "Blij met de geboorte van... een schadeclaim. Schadevergoeding wegens wrongful birth en wrongful life", *Ars Aequi* (NL) 2003, 368.

³⁹⁷ Hoge Raad 16 april 2010, nr. 09/00417, LJN BL2229; Gerechtshof Amsterdam 30 september 2008, nr. 106.002.479/01, LJN BN5622.

³⁹⁸ LORD RODGER OF EARLSFERRY, "Wrongful Birth in United Kingdom Law" in S.C.J.J. KORTMANN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 47; J.K. MASON, "Unwanted pregnancy: a case of retroversion?", *Edin.L.R.* 2000, 4(2), 191-206 en www.westlaw.com.

³⁹⁹ *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 S.L.T. 154, [2000] 2 A.C. 59.

⁴⁰⁰ Deze beslissing valt echter eerder in het kader van het vaststellen van een causaal verband: "I would reject (had it been suggested, which it was not) that a failure to arrange adoption (like an abortion) was a new act which broke the chain of causation or which made the damage necessarily too remote."

⁴⁰¹ Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; L. DE SOMER, "Beperking van de schade door de benadeelde" in L. BREWAEYS, E. DE KEYSER, L. DE SOMER, G. HULLEBROECK, C. SCHILDERMANS, J. SCHRIJVERS en S. SURMONT, *Handboek Letselschade Gemeen Recht*, Mechelen, Kluwer, 2011, losbl., A.II, 45 en www.jura.be; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 225; D. SIMOENS, "Beschouwingen over de voordeelstoerekening bij de begroting van schade, geleden door een onrechtmatige daad", *TBBR* 2005, 389-390.

⁴⁰² Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401; Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 226.

materiële voordelen kunnen bestaan uit een belastingvermindering, de gezinsbijslag/kindergeld, bouwpremies en de onderhoudsverplichting van de kinderen ten opzichte van hun ouders.⁴⁰³

Het Hof van Cassatie besliste dat de rechter bij de raming van de geleden schade slechts met latere gebeurtenissen die de toestand van de benadeelde persoon verbeteren rekening mag houden, *zo die gebeurtenissen niet vreemd zijn aan de onrechtmatige daad of aan de schade zelf*.⁴⁰⁴ De reeds opgesomde voordelen vallen ongetwijfeld onder het toegelaten criterium; zij vloeien voort uit de onrechtmatige daad.⁴⁰⁵

161. Uit de rechtspraak⁴⁰⁶ blijkt dat er inderdaad een voordeelstoerekening wordt toegepast bij de toegestane wrongful birth-vordering. Het hof van beroep te Antwerpen meent ten deze dat de morele schade volledig gecompenseerd wordt door morele voordelen bij de geboorte van een normaal en gezond kind.⁴⁰⁷ Dat de morele voordelen, zoals de vreugde en de genegenheid, een zekere reductie van de morele schade te weeg brengen is normaal, maar de vraag kan gesteld worden of een volledige compensatie tussen de voor- en nadelen niet te verre gaand is.⁴⁰⁸ De voordeelstoerekening mag er ook niet toe leiden dat de schadevergoeding wordt geweigerd.⁴⁰⁹

Ook de materiële voordelen worden in mindering gebracht. Het gaat hier voornamelijk om de uitkeringen (kindergeld, belastingvermindering, bouwpremies).⁴¹⁰ Bij de voordeelstoerekening in verband met uitkeringen komen we op het gebied van de 'cumulatie van vergoedingen'. De vraag is dan of de uitkeringen hetzelfde vergoedend karakter hebben. In dit verband besliste het Hof van Cassatie⁴¹¹ het volgende:

"Uitkeringen die derden aan het slachtoffer of zijn rechthebbenden betalen, mogen slechts op de schadevergoeding die de aansprakelijke verschuldigd is worden aangerekend wanneer die uitkeringen vergoeding beogen van dezelfde schade als die welke voortvloeit uit de fout van de aansprakelijke."

Het hof van beroep te Antwerpen besliste in haar uitspraak van 8 september 2003 hierover als volgt:

⁴⁰³ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401; Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 226.

⁴⁰⁴ Cass. 12 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 424; Cass. 28 maart 1990, *JT* 1990, 452.

⁴⁰⁵ Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 225-226.

⁴⁰⁶ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401; Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot.

⁴⁰⁷ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389.

⁴⁰⁸ S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 226.

⁴⁰⁹ S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable", 226.

⁴¹⁰ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550.

⁴¹¹ Cass. 16 maart 2006, AR C.05.0299.N.

"Voordelen ontstaan door uitkeringen van derden (kindergeld, belastingvermindering, bouwpremies) dienen in mindering te worden gebracht, omdat ze tot doel hebben de onderhouds- en opvoedingsverplichting van de ouders ten opzichte van het kind te verlichten."

Het Hof van Cassatie lijkt echter van mening dat de kinderbijslag niet in mindering moet worden gebracht van de schadevergoeding. In haar arrest van 22 februari 2005 besliste het Hof namelijk het volgende⁴¹²:

"Overwegende dat de verhoogde kinderbijslag voor wezen niet strekt tot vergoeding van schade ingevolge het overlijden van de ouder en niet in aanmerking moet worden genomen bij de berekening van de door de derde aansprakelijke verschuldigde schadevergoeding."

162. In Frankrijk komt de problematiek van voordeelstoerekening niet aan bod, aangezien enkel de bijzondere lasten, met uitzondering van de meerkosten betreffende handicap, voor schadevergoeding in aanmerking komen.⁴¹³ In Nederland wordt het principe van de voordeelstoerekening aanvaard. De Hoge Raad besliste echter dat het voordeel dat volgt uit de geboorte van een normaal en gezond kind niet van die aard is dat het tegen elke vermogensschade opweegt. Veeleer moet worden aangenomen dat immateriële voordelen slechts in rekening behoren te worden gebracht bij de vaststelling van eventuele immateriële schade.⁴¹⁴ In de Engelse zaak *McFarlane v. Tayside Health Board*⁴¹⁵ werd beslist dat de vermogensrechtelijke gevolgen die verbonden zijn aan de geboorte van een gezond kind, niet op correcte wijze vergeleken kunnen worden met de voordelen en het plezier van het ouderschap. Op basis van die redenering wees the House of Lords een schadevergoeding voor de kosten van onderhoud en opvoeding af.⁴¹⁶

§5. Schadeposten

163. Naargelang het geval kan de rechter verschillende schadeposten in acht nemen. Er zijn drie periodes waaruit er schade kan voortvloeien. Allereerst kan er schade zijn betreffende de zwangerschap (o.a. medische kosten, zwangerschapskledij). Er worden ook kosten gemaakt betreffende de geboorte zelf van het kind (o.a. medische kosten) die een vergoedbare schade kunnen uitmaken. Tot slot is er de

⁴¹² Cass. 22 februari 2005, AR P.04.0689.N.

⁴¹³ Art. L114-5 Code de l'action sociale et des familles; Cass. (FR) 25 juni 1991, nr. 89-18617; Conseil d'État 2 juli 1982, nr. 23141.

⁴¹⁴ Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ* (NL) 1999, 145, concl. VRANKEN, noot CJHB.

⁴¹⁵ *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 S.L.T. 154, [2000] 2 A.C. 59.

⁴¹⁶ LORD RODGER OF EARLSFERRY, "Wrongful Birth in United Kingdom Law" in S.C.J.J. KORTMANN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 47-48; J.K. MASON, "Unwanted pregnancy: a case of retroversion?", *Edin.L.R.* 2000, 4(2), 191-206 en www.westlaw.com.

schade die bestaat uit al de kosten na de geboorte van het kind (o.a. kosten van opvoeding en onderhoud).

Ik zal eerst de morele schade bespreken (A) en vervolgens de materiële schade (B). Ik besluit deze paragraaf met een korte conclusie, waarin ik ook de buitenlandse schadeposten zal bespreken (C).

*A. Morele schade*⁴¹⁷

164. Bij wrongful birth-vorderingen kan men een morele schade weerhouden. Het gaat hier om de morele lasten die verband houden met de zwangerschap, de geboorte en opvoeding van het kind. Zo weerhield het hof van beroep te Antwerpen de volgende morele schadeposten in haar arrest van 8 september 2003⁴¹⁸: "De morele schade om de frustratie van de mislukking van de gezinsplanning, om de vrees voor genetische afwijking, om de noodzaak van loopbaanonderbreking en om het ongenoegen over de zwangerschap." De rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen maakt in haar vonnis van 23 april 2009⁴¹⁹ eveneens melding van de morele schade "uit de vrees en frustraties omtrent het mislukken van de gezinsplanning" en voegt daaraan toe "de vrees en frustraties [...] omtrent de financiële en praktische gevolgen van een vijfde kind, evenals de bijkomende last en zorg voor een vijfde kind."

Dit zijn echter niet de enige denkbare vormen van morele schade bij een wrongful birth-vordering. Zo kan er ook gedacht worden aan het geval waarbij een vrouw, bvb. na een mislukte sterilisatie, besluit tot een zwangerschapsonderbreking. Ook het afstaan van het kind ter adoptie zal naar mijn mening een zware morele last met zich mee brengen.

165. Indien de vordering wordt ingesteld wegens de geboorte van een zwaar gehandicapt kind, kan het bestaan van een morele schade niet ontkend worden. De ouders moeten immers toezien hoe hun kind lijdt.⁴²⁰ De morele schade die de ouders lijden is echter ruimer dan dit. In het arrest Rukiyé van het hof van beroep te Brussel⁴²¹ werden de volgende elementen weerhouden: de realisatie dat hun kind gehandicapt is en een moeilijk en weinig vervullend leven tegemoet gaat, dat bovendien zeer kort zal zijn; het machteloos toezien hoe hun kind lijdt en achteruit gaat; de beperkte mogelijkheden die zij hebben om met hun kind te communiceren; de angst en depressiviteit die beide ouders lijden ten gevolge van de ontdekking dat hun kind aan dezelfde handicap lijdt waaraan hun ander kind

⁴¹⁷ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401; Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550.

⁴¹⁸ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389.

⁴¹⁹ Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot.

⁴²⁰ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl.8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

⁴²¹ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl.8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE.

reeds eerder was overleden; de ongerustheid over de achteruitgang van de klinische staat van hun kind. In het arrest Rukiyé werd nog een bijzondere morele schadevergoeding toegekend aan de ouders wegens het overlijden van hun kind. Het hof van beroep te Gent⁴²² voegt hier nog aan toe "alle zorgen en alle beperkingen voor de eigen ontplooiing" van de ouders. Daarnaast is dit arrest ook interessant vanwege volgende motivering:

"De stelling [...] dat de vergoeding voor de morele schade van de ouders nooit groter kan zijn dan de vergoeding die doorgaans aan ouders wordt toegekend voor het overlijden van een kind, kan niet worden bijgetreden. In beide situaties is het moreel leed geheel verschillend. [...] Bij een zwaar gehandicapt kind is er daarentegen een voortdurende confrontatie."

*B. Materiële schade*⁴²³

166. Een zwangerschap kan verschillende soorten materiële schade met zich meebrengen. Naargelang het geval kan de materiële schade volgende schadeposten omvatten:

- De medische kosten. Hieronder vallen de medische kosten verbonden aan de zwangerschap en de geboorte (o.a. echografieën, genetisch onderzoek).⁴²⁴ Ook de kosten van een nieuwe sterilisatie-ingreep vallen hieronder.⁴²⁵ Indien de vrouw besluit om een (tweede) abortus te ondergaan, dan zullen deze kosten voor haar een te vergoeden schade uitmaken.

De medische kosten dienen te worden vergoed, voor zover deze kosten en de omvang ervan gerechtvaardigd zijn en gestaafd worden door stukken.⁴²⁶ In het andere geval zal een vergoeding ex aequo et bono toegekend worden.⁴²⁷

- Aantasting fysieke integriteit. Een zwangerschap en de bevalling op zich houden een tijdelijke aantasting van de fysieke integriteit in. Ze kunnen soms ook een arbeidsongeschiktheid tot gevolg hebben. Bij gebrek aan voldoende concrete elementen en bewijsstukken zal voor deze schade ex aequo et bono een forfaitaire vergoeding worden toegekend.⁴²⁸

⁴²² Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

⁴²³ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550.

⁴²⁴ Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot.; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550.

⁴²⁵ Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; *contra* Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401: in deze uitspraak besliste de rechter dat de nieuwe ingreep niet vergoed moest worden, omdat de fout zich had voorgedaan bij de controle en niet bij de ingreep zelf.

⁴²⁶ Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot.

⁴²⁷ Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401.

⁴²⁸ Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot.

- Verplaatsingskosten en administratieve kosten. O.a. de kosten die gemaakt worden om zich van en naar de zorgverstrekkers te begeven kunnen ook vergoed worden.⁴²⁹
- Zwangerschapskledij. Een zwangerschap vereist aangepaste kledij. Ook dit kan als een schadepost beschouwd worden.⁴³⁰
- Kosten van geboortegeschenken en geboorteaankondigingen.⁴³¹
- Babyuitzet. Het onderhoud en de opvoeding van een baby vereist aangepast materiaal. Indien de benadeelde(n) echter reeds een kind heeft, kan rekening gehouden worden met de mogelijkheid van nog aanwezige babyspullen, zodat er op dit vlak minder schade geleden werd.⁴³²
- Kosten van onderhoud en opvoeding. Ingevolge art. 203, §1 BW zijn de ouders verplicht om in te staan voor het levensonderhoud van hun kinderen. Deze verplichting loopt minstens totdat het kind meerderjarig (of ontvoegd) is en kan zelfs verder reiken indien de opleiding van het kind op dat ogenblik nog niet voltooid is.⁴³³ Indien we ervan uitgaan dat art. 203 BW niet verhindert dat deze kosten schade kunnen uitmaken, wanneer de ouders ze moeten doen in gevolge de fout van een zorgverstrekker⁴³⁴, dan dienen ook deze kosten vergoed te worden door de schadeverwekker.⁴³⁵ Indien de ouders helemaal geen kind wilden, kunnen de volledige (redelijke) kosten van onderhoud en opvoeding als schade bestempeld worden. Indien de ouders wel een kind wilden, maar geen zwaar gehandicapt kind, is het denkbaar dat de rechtbank enkel de meerkost voor onderhoud en de opvoeding van het gehandicapte kind als vergoeding toekent.⁴³⁶
- Inkomstenderving en/of kinderopvang. Bij de komst van een kind kan het voorkomen dat de moeder of vader een loopbaanonderbreking neemt of de arbeidsprestaties vermindert, om voor het kind te kunnen zorgen.⁴³⁷ Indien zij dit niet doen, zal de kost van de kinderopvang zwaarder zijn.

⁴²⁹ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl.8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot.

⁴³⁰ Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; *contra* Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401.

⁴³¹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550; *contra* Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401.

⁴³² Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot.

⁴³³ K. UYTTERHOEVEN, "Onderwijsrechtelijke bedenkingen over de ouderlijke onderhoudsverplichting ten aanzien van meerderjarige studerende kinderen", *T.Fam.* 2011, 86.

⁴³⁴ *Supra* 62-64, nrs. 149-152.

⁴³⁵ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401; Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ (NL)* 1999, 145, concl. VRANKEN, noot CJHB; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550; S.D. LINDENBERGH, "Blij met de geboorte van... een schadeclaim. Schadevergoeding wegens wrongful birth en wrongful life", *Ars Aequi (NL)* 2003, 369.

⁴³⁶ J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 354-355.

⁴³⁷ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550.

Beide schadeposten zijn terugvorderbaar van de aansprakelijke. De omvang van deze vergoeding zal afhangen van de concrete gezins- en arbeidssituatie. Zo zal er een vermindering in de inkomstenderving zijn indien er kosten worden uitgespaard, omdat er geen kinderopvang meer nodig is voor de andere kinderen.⁴³⁸ De Hoge Raad⁴³⁹ in Nederland wees er hier op dat men slechts aanspraak kan maken op dergelijke kosten, indien de keuze om tijdelijk niet te werken in de gegeven omstandigheden als redelijk kan worden beschouwd.

- Uitbreiding gezinsinfrastructuur. Hieronder vallen voornamelijk de kosten van verbouwing van de woning, maar ook bijvoorbeeld het aanschaffen van een nieuwe, grotere wagen. Indien er een kind bijkomt zal de inrichting van de woning hieraan aangepast moeten worden. Een woning dient voldoende veilig te zijn (o.a. trapeleuning) en het kind heeft o.a. ook een slaapplek nodig. Men dient echter aan te tonen dat dergelijke kosten noodzakelijk waren. Daarnaast mag men deze kosten niet overdrijven.⁴⁴⁰

- Handicap. Indien het kind gehandicapt werd geboren kunnen de ouders vergoeding vorderen voor de extra kosten die deze handicap met zich meebrengt.⁴⁴¹

Zo kan men de schadepost 'hulp van derden' weerhouden. Deze schade komt voor vergoeding in aanmerking, ook wanneer het door de ouders zelf verstrekte hulp betreft die de normale zorgen voor een niet-gehandicapt kind overtreft.⁴⁴²

Een opmerking die gemaakt kan worden is dat men bij wrongful birth-vorderingen *sensu stricto* focust op de specifieke noden die aan de handicap van het kind verbonden zijn. Zo wordt voornamelijk aandacht besteed aan de schadepost hulp van derden. De andere schadeposten die men terugvindt in de twee arresten van de Belgische hoven van beroep, betreffen de verplaatsingskosten en administratieve kosten, evenals de medische kosten.⁴⁴³ Kosten voor zwangerschapskledij, geboortekaartjes, babyuitzet e.d. vinden we niet terug.

C. Conclusie

167. In de rechtspraak worden niet steeds al de bovenstaande schadeposten volledig vergoed. De rechter gaat na welke kosten redelijkerwijze als gevolg van de fout van de arts op deze kunnen worden

⁴³⁸ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550.

⁴³⁹ Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ (NL)* 1999, 145, concl. VRANKEN, noot CJHB.

⁴⁴⁰ Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401; Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550.

⁴⁴¹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550.

⁴⁴² Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl.8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

⁴⁴³ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl.8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

afgewenteld.⁴⁴⁴ Vaak zullen de schadeposten ook ex aequo et bono beoordeeld worden.⁴⁴⁵ Een verregaand voorbeeld vinden we terug in het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Mechelen van 9 juni 1992:

"In casu is de arts dan ook [...] enkel aansprakelijk voor de menselijke en financiële ontreddeering die door het bedrogen verwachtingspatroon (ingevolge de niet meer te verwachten zwangerschap) veroorzaakt werd bij de contractpartij, hetzij in casu enkel bij dame C.; De geldelijke begroting van de hiervoor toe te kennen schadevergoeding (een zogenaamde "ontreddeeringspremie") dient in elk concreet geval verschillend te gebeuren, rekening houdende met de specifieke menselijke en financiële situatie van de patiënt; In casu blijkt de geboorte van een vierde kind geen financiële problemen veroorzaakt te hebben, zodat de materiële uitgaven voor opvoeding en kleding van het gezonde kind niet op de contracterende arts kunnen afgewenteld worden."

Een dergelijke uitspraak kan niet bijgetreden worden. De rechter beslist hier namelijk dat een rijkere persoon geen schade lijdt, omdat hij door de extra uitgaven niet in financiële problemen komt. Een beslissing die ingaat tegen de klassieke definitie van schade, waarbij de huidige toestand wordt vergeleken met de hypothetische toestand.⁴⁴⁶

168. In principe worden er door de meerderheid Belgische rechtspraak geen schadeposten uitgesloten. Of een bepaalde post voor vergoeding in aanmerking komt zal afhangen van het concrete geval. Ook in Nederland wordt in principe geen enkele schade post uitgesloten. Het toekennen van morele schade wordt echter enorm beperkt door de Nederlandse wetgeving betreffende de morele schade. Vooraleer een immateriële schadevergoeding mogelijk is dient er namelijk sprake te zijn van een geestelijk letsel.⁴⁴⁷ De Hoge Raad⁴⁴⁸ besliste hierover dat de geboorte van een gezond kind weliswaar een zeker psychisch onbehagen kan meebrengen, maar dat er geen sprake is van een geestelijk letsel dat recht geeft op smartengeld. In Frankrijk worden zo goed als alle schadeposten uitgesloten. De enige schade post die overeind blijft staan is de morele schade bij de geboorte van een gehandicapt kind.⁴⁴⁹ In Engeland werd door the House of Lords besloten dat de kosten voor onderhoud en

⁴⁴⁴ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550.

⁴⁴⁵ Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389; Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot; Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot.

⁴⁴⁶ E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. (FR) 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 210-211; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 357; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 254; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 370.

⁴⁴⁷ J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, 292-300.

⁴⁴⁸ Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ (NL)* 1999, 145, concl. VRANKEN, noot CJHB.

⁴⁴⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation*, Parijs, Dalloz, 2004, 736-740.

opvoeding niet voor vergoeding in aanmerking komen. Andere schadeposten worden in principe wel toegelaten.⁴⁵⁰

⁴⁵⁰ *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 S.L.T. 154, [2000] 2 A.C. 59.

DEEL IV. WRONGFUL LIFE

HOOFDSTUK 1. Inleiding

169. Een wrongful life-vordering is een vordering die ingesteld wordt door het (gehandicapte) kind. Dit vormt het grote onderscheid met de wrongful birth-vordering, die uitgaat van de ouders. Het kind vraagt in dergelijke gevallen een vergoeding van degenen die zijn bestaan hebben teweeg gebracht of niet hebben voorkomen, omdat het liever niet in een dergelijk leven was terecht gekomen.⁴⁵¹ Het kan hier gaan om een kind dat de arts die een medische fout beging aanspreekt. Het kan echter ook voorkomen dat het kind één van zijn ouders aanspreekt, bijvoorbeeld in geval van verkrachting.⁴⁵² In de meerderheid van de gevallen gaat het om een gehandicapt geboren kind, dat een vordering instelt tegen een medische zorgverstreker, omdat zijn genetisch aangeboren handicap niet tijdig werd ontdekt, zodat zijn moeder geen abortus kon ondergaan.⁴⁵³

De gevallen waarin de handicap werd veroorzaakt door de fout van een derde (prenatal injury⁴⁵⁴), vallen volgens mij niet onder het begrip wrongful life.⁴⁵⁵ In de hypothetische situatie zou het kind namelijk zonder handicap zijn geboren, zodat een vergoeding wordt gevorderd voor een niet-aangeboren handicap.

170. Over de al dan niet toelaatbaarheid van wrongful life-vorderingen bestaan veel verschillende meningen. In Frankrijk worden wrongful life-vorderingen niet toegelaten op basis van art. L114-5 Code de l'action sociale et des familles (ingevoerd door de anti-Perruche wet⁴⁵⁶):

"Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

⁴⁵¹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 546; M. DILLEN en F. DEWALLENS, "Wrongful life made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden", *T.Gez.* 2011-2012, 191; I. GIESEN, "Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems", *THRHR* (Zuid-Afrika) 2009, Vol. 72, 259-260 (<http://papers.ssrn.com>); J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 356-357; C. TROUET, "Wrongful birth en wrongful life", 284-285; J.P. WILS, "Wrongful birth en wrongful life – ethische kanttekeningen" in S.C.J.J. KORTMAN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 36.

⁴⁵² Concl. VRANKEN (Hoge Raad 21 februari 1997), *NJ* (NL) 1999, 842; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 546; R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2741.

⁴⁵³ S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 63-64.

⁴⁵⁴ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 547.

⁴⁵⁵ Zie ook M. DILLEN en F. DEWALLENS, "Wrongful life made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden", *T.Gez.* 2011-2012, 191-192; A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 5.

⁴⁵⁶ Loi n° 2002-303 relative aux droits des malades et la qualité du système de santé.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer."

Ook in Engeland is de wetgever tussengekomen om wrongful life-vorderingen uit te sluiten. De Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976, die van kracht is in Engeland, Wales en Noord-Ierland, luidt als volgt:

"(1) If a child is born disabled as the result of such an occurrence before its birth as is mentioned in subsection (2) below, and a person (other than the child's own mother) is under this section answerable to the child in respect of the occurrence, the child's disabilities are to be regarded as damage resulting from the wrongful act of that person and actionable accordingly at the suit of the child.

(2) An occurrence to which this section applies is one which— (a) affected either parent of the child in his or her ability to have a normal, healthy child; or (b) affected the mother during her pregnancy, or affected her or the child in the course of its birth, so that the child is born with disabilities which would not otherwise have been present."

The Court of Appeal besliste dat de "occurrence" waarvan sprake is in deze wet, moet opgevat worden als de gebeurtenis zonder dewelke het kind normaal en gezond zou zijn geboren⁴⁵⁷:

"Subsection (2) (b) is so worded as to import the assumption that, but for the Occurrence giving rise to a disabled birth, the child would have been born normal and healthy—not that it would not have been born at all."

In Nederland daarentegen is de wetgever nog niet tussengekomen. De hele problematiek wordt daar geregeld door de visie van de Hoge Raad. In de zaak Kelly⁴⁵⁸ besliste de Hoge Raad in het voordeel van wrongful life-vorderingen. Het kind kan een schadevergoeding bekomen indien het gehandicapt wordt geboren.

Ook in België worden wrongful life-vorderingen niet door de wet geregeld. Alles zal dan ook afhangen van het standpunt van de rechter. Tot op heden heeft het Hof van Cassatie zich nog niet uitgesproken in een dergelijke zaak. Het hof van beroep te Brussel en het hof van beroep te Gent hebben dergelijke zaken al wel toelaatbaar geacht.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ *McKay v. Essex AHA* [1982] Q.B. 1166.

⁴⁵⁸ Hoge Raad 18 maart 2005, nr. C03/206HR, LJN AR5213.

⁴⁵⁹ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

171. Het eerste probleem dat ik behandel is de vraag of het kind aanspraakgerechtigd is (Hs. 2). Vervolgens behandel ik de problematiek van de vertegenwoordigingsbevoegdheid (Hs. 3). Daarna bespreek ik, in overeenstemming met de structuur die werd gevolgd in het deel wrongful birth, de gronden van de aansprakelijkheid (Hs. 4), het causaal verband (Hs. 5) en de schade (Hs. 6). Tot slot komt de centrale vraag aan bod, namelijk dient men het kind te vergoeden via het aansprakelijkheidsrecht of is een systeem van nationale solidariteit preferabel (Hs. 7)?

HOOFDSTUK 2. Aanspraakgerechtigdheid

172. Om aanspraakgerechtigd te kunnen zijn dient een persoon te bestaan. Dit houdt in dat hij levend en levensvatbaar geboren dient te zijn.⁴⁶⁰ Deze regel wordt afgezwakt door het adagium *Infans conceptus pro iam nato habetur quoties de commodis eius agitur*. Wanneer het kind levend en levensvatbaar geboren is, werkt zijn bekwaamheid om titularis te zijn van rechten (en dus niet van plichten) retroactief terug tot op het moment van de verwekking.⁴⁶¹ Hieruit zou men kunnen besluiten dat een kind slechts schadevergoeding kan vorderen voor de onrechtmatige daden die na zijn verwekking zijn gebeurd. Fouten voor de conceptie of bij de conceptie zouden aan het kind dan geen rechten op schadevergoeding geven. Een andere mening is dat het moment dat van belang is voor de *infans conceptus*-regel het ogenblik is waarop het kind schade lijdt. Op het ogenblik van de schade dient het kind verwekt te zijn en daarna levend en levensvatbaar geboren te worden.⁴⁶² Deze laatste mening zou volgens R. KRUIHOF⁴⁶³ echter kunnen leiden tot een belangrijke toename van het aantal veroordelingen op grond van de artikelen 1382 e.v. BW.
173. R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ⁴⁶⁴ menen echter dat de *infans conceptus*-regel helemaal niet van toepassing is. De toepassing van de *infans conceptus*-regel bij een wrongful life-vordering

⁴⁶⁰ S. CALLENS, *Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*, Antwerpen, Maklu, 1995, 56; S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 64; R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2746; C. LEMMENS, "Levensindebeslissingen en zwangere vrouwen. Recht op zelfbepaling of dwingt de foetus tot naastenliefde?", *T.Gez.* 2010-11, 304.

⁴⁶¹ S. CALLENS, *Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*, Antwerpen, Maklu, 1995, 57; M. DILLEN en F. DEWALLENS, "Wrongful life made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden", *T.Gez.* 2011-2012, 193; A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan" (noot onder Gent 3 november 2011), *T.Gez.* 2011-2012, 223; R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2746; C. LEMMENS, "Levensindebeslissingen en zwangere vrouwen. Recht op zelfbepaling of dwingt de foetus tot naastenliefde?", *T.Gez.* 2010-11, 304; J. PIET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 359-360.

⁴⁶² S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 64-65; R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2746-2748.

⁴⁶³ R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2747-2748.

⁴⁶⁴ R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée", 125.

negeert de aard en de context van de rechten van het kind die zo erkend werden. Dit principe is immers afgeleid van een reeks bepalingen die uitsluitend betrekking hebben op economische rechten. Zonder kunstgreep kan men volgens hen hieruit in ieder geval geen argument halen voor het recht om niet geboren te worden.

174. De meerderheidsvisie is dat het kind op grond van de *infans conceptus*-regel een vordering kan instellen wegens een fout (of feit) die zich voor zijn geboorte voordoet.⁴⁶⁵ Ook in Frankrijk werd de *infans-conceptus*-regel gebruikt om wrongful life-vorderingen toe te staan.⁴⁶⁶ In de Common Law-landen wordt een vergelijkbare regel aanvaard, voornamelijk om prenatal injury-vorderingen toe te staan.⁴⁶⁷ In Nederland zorgt art. 1:2 BW (NL)⁴⁶⁸ ervoor dat het kind over een vorderingsrecht beschikt wegens een fout (of feit) van voor de geboorte.⁴⁶⁹

Ik sluit mij aan bij de meerderheidsvisie. Vooral met het oog op prenatal injury-vorderingen lijkt het mij noodzakelijk dat het kind over een vorderingsrecht beschikt wegens fouten en feiten die zich voor zijn geboorte voordoen.⁴⁷⁰

HOOFDSTUK 3. Vertegenwoordiging

175. Vanaf de geboorte wordt een mens erkend als een (potentiële) drager van rechten en verbintenissen. Minderjarigen zijn dus rechtsbekwaam. Een van de rechten waarover een minderjarige beschikt is het recht om zijn zaak voor te leggen aan een rechter. Zij kunnen deze rechten echter niet zelf en zelfstandig uitvoeren, omdat zij in principe handelingsonbekwaam zijn.⁴⁷¹ Deze handelingsonbekwaamheid wordt *a contrario* afgeleid uit art. 488 BW⁴⁷²:

⁴⁶⁵ Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, afl. 5, 380.

⁴⁶⁶ V. BONNINGUES, *Naissance et vie préjudiciables*, 66-67; B. PITCHO, "Wrongful Birth and Wrongful Life regarding French Law" in S.C.J.J. KORTMANN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 96.

⁴⁶⁷ C. WELLMAN, *Medical Law and Moral Rights*, Dordrecht, Springer, 2005, 70-71.

⁴⁶⁸ Art. 1:2 BW (NL): "Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan."

⁴⁶⁹ Hoge Raad 18 maart 2005, nr. C03/206HR, LJN AR5213, ro 4.12.

⁴⁷⁰ Ook preconceptionele fouten (en feiten) vallen hieronder. Zo kan het bijvoorbeeld gebeuren dat een vrouw een medicijn neemt, dat leidt tot de *verwekking* van een gehandicapt kind. Ik sluit mij derhalve aan bij de mening die stelt dat het moment dat van belang is voor de toepassing van de *infans conceptus*-regel, het ogenblik is waarop het kind schade lijdt. Op het ogenblik van de schade dient het kind verwekt te zijn en daarna levend en levensvatbaar geboren te worden. Het recht op herstel ontstaat trouwens op het moment waarop de schade zich voordoet (J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling* in *APR*, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 115).

⁴⁷¹ E. DE KEZEL, "Het recht op rechtsingang van de minderjarige: een nieuwe lente in zicht?", *TJK* 2002, 129-130; T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 39-41.

⁴⁷² E. DE KEZEL, "Het recht op rechtsingang van de minderjarige: een nieuwe lente in zicht?", *TJK* 2002, 129-130.

"De meerderjarigheid is vastgesteld op de volle leeftijd van achttien jaren; op die leeftijd is men bekwaam tot alle handelingen van het burgerlijk leven."

Aangezien zij hun vordering niet zelf voor de rechter kunnen brengen, worden minderjarigen in principe in rechte vertegenwoordigd door hun ouders of voogd.⁴⁷³ De gedachte achter deze handelingsonbekwaamheid is de bescherming van de minderjarige. Het belang van de minderjarige wordt als uitgangspunt genomen.⁴⁷⁴ Wanneer de minderjarige over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt, kan hij in principe wel rechtshandelingen stellen, voor zover deze hem niet kunnen benadelen.⁴⁷⁵ Het oordeel over het onderscheidingsvermogen van een minderjarige zal afhangen van zijn geestelijke ontwikkeling, van zijn sociale positie in de maatschappij, van zijn financiële vermogens, van de aard van de handeling die gesteld moet worden...⁴⁷⁶ Buiten enkele wettelijke uitzonderingen betreft deze handelingsbekwaamheid echter niet de procesbekwaamheid. Toch wordt er soms afgeweken van deze principiële procesonbekwaamheid indien de minderjarige wilsgeschikt wordt bevonden.⁴⁷⁷

De vertegenwoordiging in rechte door de ouders is een bestanddeel van het gezag over de minderjarige. De ouders treden dan op in naam en voor rekening van hun minderjarig kind. Het onbekwame kind wordt zelf niet in het geding betrokken.⁴⁷⁸

176. Bij een wrongful life-vordering wordt het kind meestal door zijn ouders vertegenwoordigd. De ouders stellen dan twee vorderingen tegelijk in: de wrongful life-vordering in naam en voor rekening van

⁴⁷³ E. DE KEZEL, "Het recht op rechtsingang van de minderjarige: een nieuwe lente in zicht?", *TJK* 2002, 130; T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in *CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN* (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 43-44.

⁴⁷⁴ E. DE KEZEL, "Het recht op rechtsingang van de minderjarige: een nieuwe lente in zicht?", *TJK* 2002, 130; T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in *CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN* (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 42.

⁴⁷⁵ E. DE KEZEL, "Naar een veralgemeende procesbekwaamheid van minderjarigen in burgerrechtelijke zaken?", *TJK* 2001, 51; T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in *CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN* (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 53.

⁴⁷⁶ E. DE KEZEL, "Naar een veralgemeende procesbekwaamheid van minderjarigen in burgerrechtelijke zaken?", *TJK* 2001, 51.

⁴⁷⁷ S. AUDOORE, "Kinderen zelf naar de rechter?", *T.Fam.* 2008, 157-159; E. DE KEZEL, "Naar een veralgemeende procesbekwaamheid van minderjarigen in burgerrechtelijke zaken?", *TJK* 2001, 53-57; T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in *CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN* (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 67-70.

⁴⁷⁸ T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in *CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN* (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 42-44; E. DE KEZEL, "Naar een veralgemeende procesbekwaamheid van minderjarigen in burgerrechtelijke zaken?", *TJK* 2001, 52.

hun kind en een wrongful birth-vordering in eigen naam en voor hun eigen rekening.⁴⁷⁹ N. COLETTE-BASECQZ stelt zich vragen bij de legitimiteit om aan de ouders van een kind dat ernstig gehandicapt werd geboren ingevolge een medische fout, het recht toe te kennen om op te treden in naam van hun kind bij een wrongful life-vordering. Zij vraagt zich af of het niet opportuun zou zijn om een voogd ad hoc aan te stellen. De schade die door de ouders gevorderd wordt zal in sommige gevallen immers eerder de perceptie van de ouders in een situatie van psychologisch lijden kunnen weerspiegelen dan die van het gehandicapte kind dat zich toch gelukkig kan voelen.⁴⁸⁰ Ook B. VAN DRUNEN⁴⁸¹ meent dat de ouders hun kind niet mogen vertegenwoordigen bij een wrongful life-vordering. Hij meent dat een wrongful life-vordering zo eerder het verlengde van de vordering van de ouders wordt. Hij maakt tevens een vergelijking met de situatie van euthanasie. Vertegenwoordiging is in geval van euthanasie, waar ook een waardeoordeel over het leven wordt geveld, immers niet toegestaan. In dit verband dient er echter gewezen te worden op het recente Belgische wetsvoorstel van M. VANLERBERGHE, R. LANDUYT en M. DETIÈGE, waarin wordt voorgesteld om euthanasie ook voor minderjarigen mogelijk te maken en om voor kinderen die geen “oordeelsvermogen” hebben, de ouders de mogelijkheid te geven om het verzoek tot euthanasie in hun plaats te doen.⁴⁸²

177. Ik kan begrijpen dat B. VAN DRUNEN stelt dat een wrongful life-vordering het verlengde wordt van de vordering van de ouders. Ik ben echter van mening dat dit niet noodzakelijk iets slechts is. De ouders en het kind hebben hier in principe een overeenstemmend belang: zorgen dat het kind een zo comfortabel en gelukkig mogelijk leven kan leiden.

HOOFDSTUK 4. Grondslag van de aansprakelijkheid

§1. Algemeen

178. Bij een wrongful life-vordering zal er in principe sprake zijn van een buitencontractuele aansprakelijkheid. Het schadelijdend kind was op het moment van de fout immers nog niet geboren en kon dus onmogelijk een contractuele relatie aangaan.⁴⁸³ Sommigen verdedigen echter de stelling dat de contractuele band tussen de arts en de moeder zich uitstrekt tot het later geboren kind.⁴⁸⁴

⁴⁷⁹ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl. 8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Rb. Brussel 7 juni 2002, *TBBR* 2002, 483; Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, afl. 5, 380; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 179.

⁴⁸⁰ N. COLETTE-BASECQZ, "Een zaak 'Perruche' in België tien jaar later!", *T.Gez.* 2010-11, 380.

⁴⁸¹ B. VAN DRUNEN, "Vertegenwoordigingsbevoegdheid bij 'wrongful life'-claims: een contradictio in terminis?", *Ars Aequi* (NL) 2005, 148-150.

⁴⁸² Wetsvoorstel tot aanvulling van de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, wat minderjarigen betreft, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 0496/011.

⁴⁸³ S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum*

De Nederlandse Hoge Raad heeft hierover een genuanceerd standpunt ingenomen⁴⁸⁵:

"Ten aanzien van een geneeskundige behandelingsovereenkomst die een vrouw ter begeleiding van haar zwangerschap sluit, bestaat tegen deze achtergrond in het algemeen de mogelijkheid dat zij niet alleen voor zichzelf, maar mede ten behoeve van haar nog ongeborn kind contracteert. Het kind waarvan een vrouw zwanger is, wordt immers als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert (art. 1:2 BW). Bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel brengt de aard van de onderhavige overeenkomst echter in beginsel mee dat de aanstaande moeder deze uitsluitend voor zichzelf sluit. Op zichzelf is juist dat ook het nog ongeborn kind waarvan zij zwanger is een eigen belang bij deze overeenkomst heeft, maar die enkele omstandigheid is niet voldoende om te rechtvaardigen dat het kind mede als partij bij die overeenkomst heeft te gelden, of dat de moeder geacht moet worden ten behoeve van haar nog ongeborn kind een afzonderlijke overeenkomst met de behandelaar te hebben gesloten."

179. Het Franse Hof van Cassatie leek eerst de mening toegedaan dat het kind over een contractuele vordering beschikt. In het tweede arrest-Perruche⁴⁸⁶ werd echter beslist dat het om een buitencontractuele vordering gaat.⁴⁸⁷ Deze discussie is in Frankrijk echter onbetekenend geworden, aangezien wrongful life-vorderingen nu worden uitgesloten door de Franse wet. Ook in Engeland worden wrongful life-vorderingen uitgesloten door de wetgeving.
180. Mijns inziens gaat het om een buitencontractuele band, ook indien tussen de ouders en een arts een contractuele relatie bestond. Het schadelijgend kind zal dus moeten aantonen dat het gewenste resultaat niet bereikt werd door een fout van de andere partij en dat deze fout in causaal verband staat met de geleden schade (art. 1382-1383 BW). Zoals reeds eerder gezien houdt de fout een overtreding in van de algemene zorgvuldigheidsnorm of van een specifieke gedragsnorm. De handeling van de arts wordt vergeleken met de handelingen van een gelijksoortige, normale en voorzichtige arts die zich in dezelfde omstandigheden bevindt. Het kan ook voorkomen dat er een objectieve (buitencontractuele) aansprakelijkheid is. In dit geval zal het kind moeten aantonen dat aan de toepassingsvoorwaarden van die aansprakelijkheidsregel voldaan is.

Prof. em. E. Krings, Brussel, *E.Story-Scientia*, 1991, 67; R. KRUIJTHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2741-2742.

⁴⁸⁴ E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. (FR) 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 210.

⁴⁸⁵ Hoge Raad 18 maart 2005, nr. C03/206HR, LJN AR5213, ro 4.12.

⁴⁸⁶ Cass. (FR) 17 november 2000, nr. 99-13701.

⁴⁸⁷ B. PITCHO, "Wrongful Birth and Wrongful Life regarding French Law" in S.C.J.J. KORTMANN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 97.

181. Indien men er vanuit gaat dat er toch een contractuele relatie bestaat tussen de arts en het kind, dient men na te gaan of er sprake is van een middelen- of een resultaatsverbintenis. In de meeste gevallen zal men beslissen dat het gaat om een middelenverbintenis. Het schadelijgend kind zal dan moeten aantonen dat het resultaat niet werd bekomen door een wanprestatie van de andere partij.⁴⁸⁸
182. Ik zal ook hier het onderscheid tussen de fout van een zorgverstrekker en de fout van een verwekker maken.⁴⁸⁹

§2. Aansprakelijkheid van een zorgverstrekker

183. De fouten die ten opzichte van de ouder(s) werden begaan kunnen in sommige gevallen eveneens leiden tot een aansprakelijkheid ten opzichte van het kind. Een kind kan enkel een wrongful life-vordering instellen tegen een zorgverstrekker vanwege diens fout, indien het met een handicap werd geboren. Een gezond kind kan geen vordering instellen tegen de zorgverstrekker die zijn bestaan niet heeft voorkomen, omwille van het feit dat er dan geen sprake kan zijn van een juridisch vergoedbare schade.⁴⁹⁰ Ook indien het kind met een handicap ter wereld komt, is het bestaan van een juridisch vergoedbare schade omstreden. Het wordt echter door de rechtspraak niet uitgesloten, zodat het hier wel de moeite loont om de mogelijke fout van de arts te bespreken.⁴⁹¹
184. Aangezien de situatie waarin de handicap door de zorgverstrekker werd veroorzaakt, naar mijn mening, niet onder de term wrongful life valt, zal het gaan om de fouten die een zorgverstrekker kan begaan bij het stellen van preconceptionele en prenatale diagnoses. Het gaat om de volgende gevallen: Het ontbreken van een diagnose, een fout bij de diagnose zelf, het niet-naleven van de informatieplicht en de objectieve aansprakelijkheid wegens het gebruik van een gebrekkige zaak. Indien deze fouten door een hulppersoon werden begaan, kan de arts of, naargelang het geval, het ziekenhuis hiervoor aansprakelijk gesteld worden.
185. De arts beschikt in beginsel over een diagnostische en therapeutische vrijheid.⁴⁹² Indien blijkt dat er een risico op een gehandicapt kind is en de arts laat na om dit te onderzoeken, dan kan dit echter

⁴⁸⁸ *Supra* 20, nr. 44.

⁴⁸⁹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 548-549.

⁴⁹⁰ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 548.

⁴⁹¹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 548.

⁴⁹² Art. 11, eerste lid KB nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidsberoepen.

een fout uitmaken.⁴⁹³ Indien de zwangere vrouw zelf vraagt om een prenatale diagnose, kan de weigering van de arts eveneens als foutief beschouwd worden.⁴⁹⁴

Er kan eveneens een fout worden gemaakt bij de diagnose zelf. Zo kan het bijvoorbeeld gebeuren dat de arts de resultaten van de diagnose verkeerd interpreteert en/of dat hij eventueel foutief nalaat het onderzoek te herhalen.⁴⁹⁵

186. Ingevolge art. 7 en 8 van de patiëntenrechtenwet, dient de arts zijn patiënt op de hoogte te brengen van de relevante (rest-)risico's die aan een ingreep verbonden zijn. Hij zal hem dus op de hoogte dienen te brengen van de faalkansen van de prenatale diagnostiek.⁴⁹⁶

Geldt een dergelijke informatieplicht ook ten aanzien van het ongeboren kind, zij het dan uitgeoefend via de ouders? Hierbij is van belang of de arts bij zijn informatieplicht al dan niet bedacht moet zijn op de aanwezigheid en redelijkerwijze voorzienbare belangen van het kind.⁴⁹⁷ In de Belgische rechtspraak vinden we geen voorbeeld terug waar een dergelijk onderscheid wordt gemaakt. Het aanvaarden van een dergelijke informatieplicht brengt eveneens de vraag naar voor of het kind een *recht* heeft om geaborteerd te worden.⁴⁹⁸ Een dergelijk recht kan echter niet aanvaard worden.⁴⁹⁹ Het is enkel de vrouw die het recht heeft om te beslissen of ze overgaat tot een zwangerschapsafbreking.

187. Een foutieve prenatale diagnose kan eveneens gesteld worden omdat een zorgverstrekker gebruik maakte van een gebrekkige zaak. Ingevolge art. 1384, eerste lid BW zal de bewaarder van deze zaak dan objectief aansprakelijk zijn voor de hierdoor veroorzaakte schade.⁵⁰⁰ Een voorbeeld hiervan is de uitspraak van het hof van beroep te Brussel van 21 september 2010 in de zaak Rukiyé.⁵⁰¹ In dit arrest werd besloten dat er een verkeerde prenatale diagnose werd gesteld door het gebruik van een gebrekkig, namelijk onvoldoende zuiver, product. Het ziekenhuis werd als bewaarder van dit product aansprakelijk gesteld.

⁴⁹³ Y.-H. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical: aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 114; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 252.

⁴⁹⁴ Art. 7 Patiëntenrechtenwet; EHRM 26 mei 2011, nr. 27617/04; L. LAVRYSEN, "Recht op toegang tot reproductieve gezondheidsinfo belangrijk voor EHRM", *Juristenkrant* 2011, afl. 235, 2.

⁴⁹⁵ *Supra* 45-48, nrs. 108-113.

⁴⁹⁶ *Supra* 48, nr. 113.

⁴⁹⁷ C. TROUET, "Wrongful birth en wrongful life", 287.

⁴⁹⁸ C. TROUET, "Wrongful birth en wrongful life", 287.

⁴⁹⁹ H. NYS, "Prenatale erfelijkheidsdiagnostiek: juridische beschouwingen" in Vlaamse Wetenschappelijke Vereniging voor Jeugdzorg (ed.), *Juridische en deontologische aspecten van de jeugdgezondheidszorg*, Leuven, Garant, 1996, 15.

⁵⁰⁰ *Supra* 48, nr. 114.

⁵⁰¹ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl. 8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE.

§3. Aansprakelijkheid van een verwekker

188. Het kan ook gebeuren dat het kind een van zijn verwekkers aansprakelijk stelt. Dergelijke gevallen zijn in de Belgische rechtspraak echter nauwelijks te vinden.
189. Een onzorgvuldigheid bij het gebruik van anticonceptiva kan niet als fout weerhouden worden, het kind zal in dat geval ook geen juridisch vergoedbare schade hebben. Indien het kind echter voortkomt uit een verkrachting, kan aan de verkrachter wel een fout ten laste worden gelegd die leidt tot schade voor het kind.⁵⁰² Een oud en vergelijkbaar voorbeeld is het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Doornik van 13 december 1928.⁵⁰³ Twee minderjarigen hadden samen een kind verwekt. Dit werd door de rechtbank beoordeeld als een aanranding van de eerbaarheid van de jonge ongehuwde moeder en als een burgerrechtelijke fout van de vader ten opzichte van het kind. De rechtbank kende aan het kind een vergoeding toe tot haar 18 jaar, wegens de stigmatiserende omstandigheden waarin het was verwekt en verder moest leven.⁵⁰⁴ In navolging van deze rechtspraak zou het dus een fout van de ouders kunnen uitmaken indien het kind werd verwekt in door de maatschappij niet aanvaarde omstandigheden (bvb. incestueuze betrekkingen⁵⁰⁵). Vorderingen van kinderen die normaal en gezond zijn geboren worden echter meestal niet aanvaard.
190. Een belangrijk punt is de vraag of het niet laten aborteren van een gehandicapte foetus een fout kan uitmaken in hoofde van de ouders. Indien we aannemen dat het gehandicapt leven een schade met zich meebrengt, kan een kind dan zijn ouders aansprakelijk stellen vanwege het feit dat zij hem willens en wetens in een dergelijk leven hebben gebracht? Het standpunt hierover is in het algemeen afwijzend.⁵⁰⁶ Deze stelling wordt o.a. verdedigd door te zeggen dat het familierecht voorrang heeft op het burgerlijk recht en door een rechtspolitiek argument: een dergelijke vordering zou een sterke druk zetten op de ouders om een prenataal onderzoek te laten uitvoeren en dit zou onaanvaardbaar zijn.⁵⁰⁷ Het belangrijkste argument om een dergelijke vordering af te wijzen is mijns inziens dat het belang van het kind op een niet-gehandicapt leven hier plaats moet maken voor het recht op

⁵⁰² E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 548-549.

⁵⁰³ Rb. Doornik 13 december 1928, *Pas.* 1929, III, 152.

⁵⁰⁴ De rechter spreekt, nadat hij vaststelt dat de verweerder burgerrechtelijk aansprakelijk is ten opzichte van het kind, van "une pension alimentaire". Zodat er geen duidelijk onderscheid is met de onderhouds- en verzorgingsplicht van de ouders ten opzichte van hun kind.

⁵⁰⁵ Cass. (FR) 4 februari 1998, nr. 97-80305.

⁵⁰⁶ G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 95; Y.-H. LELEU, en G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 179; H. NYS, "Prenatale erfelijkheidsdiagnostiek: juridische beschouwingen" in Vlaamse Wetenschappelijke Vereniging voor Jeugdzorg (ed.), *Juridische en deontologische aspecten van de jeugdgezondheidszorg*, Leuven, Garant, 1996, 12; C. TROUET, "Wrongful birth en wrongful life", 287-288.

⁵⁰⁷ H. NYS, "Prenatale erfelijkheidsdiagnostiek: juridische beschouwingen" in Vlaamse Wetenschappelijke Vereniging voor Jeugdzorg (ed.), *Juridische en deontologische aspecten van de jeugdgezondheidszorg*, Leuven, Garant, 1996, 12.

zelfbeschikking van de moeder. Art. 350 Sw. laat aan de moeder de mogelijkheid om voor een abortus te kiezen bij een zwaar gehandicapte foetus. Deze vrijheid van keuze sluit uit dat de beslissing het kind te houden als een fout beschouwd kan worden.⁵⁰⁸

Niet iedereen meent echter dat een wrongful life-vordering tegen de ouders wegens het willens en wetens laten geboren worden van een gehandicapt kind dient uitgesloten te worden. Moraalfilosoof J. BRAECKMAN meent zelfs dat het op de wereld zetten van een zwaar en ongeneeslijk gehandicapt kind misdadig kan zijn.⁵⁰⁹ J. PIRET stelt dat het toestaan van dergelijke vorderingen geen horrorscenario inhoudt. Het is immers moreel niet zo shockerend dat ouders die een dergelijk zwaar gehandicapt kind willens en wetens ter wereld brengen veroordeeld worden tot een levenslange financiële zorgplicht tegenover dat kind.⁵¹⁰

191. Tot slot dient er nog verwezen te worden naar de situatie waarin een kind gehandicapt geboren werd vanwege het drugs-, drank- of tabakgebruik van zijn moeder. Vorderingen van dergelijke kinderen tegen hun moeder hebben zich nog niet voorgedaan in de Belgische rechtspraak. Strikt gezien gaat het in dergelijke gevallen om een prenatal injury-vordering; in de hypothetische situatie zou het kind immers gezond geboren worden. De ethische vragen die een dergelijke vordering met zich meebrengt sluiten echter aan bij de vragen die wrongful life-vorderingen opwerpen. In Engeland worden dergelijke vorderingen uitdrukkelijk uitgesloten door s 1(1) van de Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1979, maar is er wel plaats voor vorderingen in het kader van verkeersongevallen.⁵¹¹ In België is er noch een specifieke wetgeving, noch rechtspraak over dergelijke gevallen. Mijns inziens kan een dergelijke vordering in sommige zware gevallen toegekend worden. Een prenatal injury-vordering lijkt mij in ieder geval sneller aanvaardbaar dan een werkelijke wrongful life-vordering tegen de ouders.

HOOFDSTUK 5. Het causaal verband

192. In België wordt het bestaan van een causaal verband nagegaan via de *conditio sine qua non*-test. Dit houdt in dat wordt nagegaan of de fout een noodzakelijke voorwaarde was voor de schade, zoals zij zich in concreto heeft voorgedaan. De equivalentietheorie stelt dat alle noodzakelijke voorwaarden

⁵⁰⁸ Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, 380; Zie ook G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 95.

⁵⁰⁹ J. BRAECKMAN in J. DESLOOVER en T. YSEBAERT, "Moet alle potentiële leven ook gerealiseerd worden?", *De Standaard* 10 december 2010, www.standaard.be.

⁵¹⁰ J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 364-635.

⁵¹¹ S 2 Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1979; A. WHITFIELD QC, "Actions Arising From Birth" in A. GRUBB (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 807-808.

hierbij gelijk zijn.⁵¹² Het komt toe aan de feitenrechter om de feiten vast te stellen waaruit hij al dan niet tot een causaal verband besluit tussen fout en schade. Het Hof van Cassatie controleert daarna of de rechter uit de vastgestelde feiten wettig een causaal verband kon halen.⁵¹³

§1. *Conditio sine qua non* en het bestaan van een schade

193. Bij een wrongful life-vordering vordert het kind een vergoeding voor het feit dat het gehandicapt moet leven. De fout van de arts heeft echter niet tot deze handicap geleid. Zonder de fout van de arts was het kind er wellicht zelfs niet geweest. De toepassing van het klassiek causaliteitscriterium lijkt dus niet optimaal.⁵¹⁴ Wel kan gesteld worden dat de fout van de arts die aan de moeder de mogelijkheid heeft ontnomen om de zwangerschap af te breken, in causaal verband staat met de geboorte en het leven van het gehandicapte kind. Er is dus geen causaal verband met de handicap, maar wel met het gehandicapt leven. Het knelpunt met de *conditio sine qua non*-test ligt dus op het vlak van de schade.⁵¹⁵ Kan het kind hier wel een schade doen gelden? Zou het erkennen van schade er niet toe leiden dat het kind zijn eigen bestaansrecht ontkent? ik zal verder op deze problematiek ingaan in "Hoofdstuk 6. De schade".
194. Een dergelijke herkwalificatie van de schade ter omzeiling van het causaliteitsprobleem wordt echter niet door iedereen nodig geacht.⁵¹⁶ Zo is de Nederlandse Hoge Raad⁵¹⁷ eveneens van mening dat er een causaal verband bestaat, doch zij lijkt het niet nodig te vinden om de schade te herkwalificeren:

“dat de gebeurtenis waarop hun aansprakelijkheid berust, niet is gelegen in het feit dat Kelly is geboren of in de bij haar vanaf de conceptie aanwezige chromosomale afwijking, doch in de nalatigheid van de verloskundige de in de gegeven omstandigheden noodzakelijke prenatale diagnostiek te (doen) verrichten. In dit geding staat vast dat een juiste familieanamnese en daarop

⁵¹² H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 79-80; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 549; J. TER HEERDT, „, "Wrongful life" en "Wrongful Birth"", 252-253; B. WEYTS, "Wordt de algemene zorgvuldigheidsnorm steeds subjectiever?" (noot onder Cass. 5 juni 2003), *TBBR* 2005, 112.

⁵¹³ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 80-82.

⁵¹⁴ E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. (FR) 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 210; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 549; S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 65; J.-L. FAGNART, "L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé" in J.-P. BEAUTHIER (ed.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse?*, Brussel, Larcier, 2008, 94; A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 17-22.

⁵¹⁵ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl.8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. (FR) 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 210-211; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 549; J.-L. FAGNART, "L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé" in J.-P. BEAUTHIER (ed.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse?*, Brussel, Larcier, 2008, 94; G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 89.

⁵¹⁶ A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 18-22.

⁵¹⁷ Hoge Raad 18 maart 2005, nr. C03/206HR, LJN AR5213.

gevolgde consultatie van een klinisch geneticus tot nader onderzoek zou hebben geleid waardoor de chromosomale afwijking van de vrucht waarvan de moeder zwanger was, aan het licht zou zijn gekomen, naar aanleiding waarvan de moeder in overleg met de vader tot afbreking van haar zwangerschap zou hebben besloten. De door de verloskundige gemaakte fout staat daarom wel degelijk in het [...] vereiste *condicio sine qua non*-verband tot de schade die de ouders lijden door de geboorte van hun gehandicapte kind.”

§2. Verlies van een kans

195. Zoals reeds vermeld, vindt de theorie van het verlies van een kans toepassing in situaties waar de mogelijkheid, maar niet de zekerheid, bestaat dat de benadeelde de uiteindelijke schade ook zou hebben geleden zonder de foutieve gedraging.⁵¹⁸ De toepassing van deze theorie bij een wrongful life-vordering verloopt analoog met deze bij de wrongful birth-vordering.⁵¹⁹ Zo klinkt het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 21 april 2004 als volgt⁵²⁰:

"Que la demanderesse a, à tout le moins, été privée de la possibilité de recourir à cet avortement et, par voie de conséquence, que G. [l'enfant] a, dans la même mesure, perdu une chance de ne pas vivre gravement et incurablement handicapé."

Zoals reeds gezien wordt in de meeste gevallen beslist dat er een gerechtelijke zekerheid bestaat dat de moeder voor een abortus zou hebben gekozen indien zij wist van de zware handicap van haar kind.⁵²¹

HOOFDSTUK 6. De schade

196. In dit hoofdstuk zal ik vooreerst de problematiek van het schadebegrip behandelen (§1). Vervolgens ga ik in op de vraag wie nu eigenlijk de schade draagt (§2). In de daarop volgende paragraaf zal ik de mogelijke schadeposten bespreken (§3). Tot slot volgt een conclusie, waarin ik ook mijn eigen mening zal weergeven (§4).

§1. Het schadebegrip

197. Het grootste twistpunt bij wrongful life-vorderingen betreft het bestaan van een vergoedbare schade. Bijna niemand is het eens over de vraag of er sprake is van een schade; of deze schade vergoedbaar is; of het kind überhaupt een recht of een rechtmatig belang heeft om niet met een

⁵¹⁸ H. BOCKEN, "Het verlies van een kans: vergoedbare schade? Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008", *T.Verz.* 2008, 422.

⁵¹⁹ *Supra* 56-58, nrs. 139-140.

⁵²⁰ Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, 380.

⁵²¹ Luik 24 juni 2002, *T.Gez.* 2007-08, 242; Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl. 8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Rb. Brussel 24 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, 380.

dergelijke toestand geconfronteerd te worden; enz. Er zijn bijna evenveel meningen als er auteurs zijn die over het onderwerp geschreven hebben. Een zo volledig mogelijk overzicht geven is dan ook geen gemakkelijke opgave.

In een poging om de hele problematiek zo duidelijk mogelijk uiteen te zetten zal ik de volgende structuur gebruiken. Allereerst behandel ik de vraag of het kind een rechtmatig belang heeft om niet geboren te worden (A). Het bestaan van een vergoedbare schade veronderstelt immers het bestaan van een rechtmatig belang. Vervolgens ga ik na of men het eigen leven als een schade kan beschouwen en of men een dergelijke schade kan begroten (B). In het derde punt behandel ik de vraag of het aanvaarden van een schade, al dan niet een schending van de menselijke waardigheid inhoudt (C).

A. Schending van een rechtmatig belang?

198. Het bestaan van een vergoedbare schade veronderstelt de schending van een rechtmatig belang.⁵²² We dienen ons dus af te vragen of het kind wel een rechtmatig belang heeft om niet geboren te worden.
199. Een eerste visie is dat het kind inderdaad over een rechtmatig belang beschikt om niet *gehandicapt* geboren te worden. Uit het bestaan van de mogelijkheid voor de moeder om te kiezen voor een zwangerschapsafbreking onder de voorwaarden bepaald in art. 350 Sw., volgt dat het onrechtmatig doorkruisen van haar beslissing om geen kinderen (of geen zwaar gehandicapt kind) te krijgen een schadevergoedingsrechtelijke compenseerbare schending van haar legitiem belang is.⁵²³ Indien men aan de ouders een vergoeding toekent voor de financiële gevolgen die voortvloeien uit de onrechtmatige geboorte van een kind, is het volgens sommigen niet verdedigbaar dat de financiële gevolgen die voor het *gehandicapte* kind zelf uit zijn onrechtmatige geboorte voortvloeien niet financieel compenseerbaar zouden zijn.⁵²⁴ J. PIRET⁵²⁵ vermeldt hierbij dat het kind niet alleen rechtstreeks betrokken is, maar dat het ook de zwakste en dus meest beschermingswaardige partij is. Uit de intrinsieke menselijke waardigheid van elk kind kan men volgens hem afleiden dat er een recht op een minimale levenskwaliteit bestaat.

⁵²² H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht.*, 64-65; G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 90; A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan" (noot onder Gent 3 november 2011), *T.Gez.* 2011-2012, 226.

⁵²³ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl.8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, 380; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 362.

⁵²⁴ Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, 380; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 362; Zie ook F. RIGAUX, "Observation - Du bon et du mauvais usage de l'alternative", *Rev.trim.D.H.* 2001, 1264; *contra* G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 90-91.

⁵²⁵ J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 362.

200. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel besliste op 21 april 2004⁵²⁶ dat het *gehandicapt* geboren kind over een rechtmatig belang beschikt om niet met een zware en ongeneeslijke handicap geboren te worden. De schade van het kind bestaat in een schending van het recht om de zwangerschap af te breken onder de voorwaarden van art. 350 Sw., een recht dat voor hem een element is van het recht van de vrouw waarvan hij onlosmakelijk deel uitmaakte gedurende de zwangerschap:

"Qu'à tout le moins, la disposition légale précitée [art. 350 Sw.] confère à l'enfant à naître un intérêt à ne pas être placé dans la situation d'avoir à vivre avec un handicap très grave et incurable, intérêt dont, une fois né, il peut se prévaloir en vue de la réparation d'un dommage; Qu'en restreignant à des conditions très strictes le droit de la mère d'avorter après le douzième semaine de conception, le législateur a pris en consideration non seulement l'intérêt de la mère, mais aussi celui de l'être en devenir qu'il a entendu ainsi protéger."

Dit standpunt werd ook gevolgd door het hof van beroep te Brussel in de zaak Rukiye⁵²⁷:

"Qu'en adoptant cette disposition, le législateur a nécessairement voulu permettre d'éviter de donner la vie à des enfants d'anomalies graves, en ayant égard, non seulement à l'intérêt de la mère, mais aussi à celui de l'enfant à naître lui-même;"

201. A. GOSSERIES⁵²⁸ is het echter niet eens met deze visie. Hij meent dat het *gehandicapt* geboren kind enkel een rechtmatig belang kan hebben, in het geval dat diens leven 'het leven niet waard is'. Hij past derhalve een soort 'waardigheidsdrempel' toe (critère "vaut la peine d'être vécue" / critère V.P.V.). Hieruit volgt dan, volgens hem, dat dit rechtmatig belang niet kan voortvloeien uit art. 350 Sw., aangezien dit een te ruim belang zou toekennen. Een moeder kan op basis van art. 350 Sw. beslissen om een gehandicapt kind te aborteren, zonder te moeten bepalen of het leven van dat kind het al dan niet waard zal zijn om geleefd te worden. Een rechtmatig belang om niet geboren te worden afleiden uit art. 350 Sw. leidt er dan toe dat niet enkel de kinderen 'wiens leven het niet waard is om geleefd te worden' hieronder vallen. A. GOSSERIES meent dan ook dat het belang van het kind, gesteund op het "critère V.P.V.", rechtstreeks uit art. 1382 BW moet worden afgeleid. Deze mening is echter radicaal in strijd met de visie van G. GENICOT.⁵²⁹ Hij meent namelijk dat het aanvaarden van het bestaan van levens die het niet waard zijn om geleefd te worden in strijd is met de menselijke waardigheid. De menselijke waardigheid verbiedt dan dat het kind een recht kan hebben om niet geboren te worden.

⁵²⁶ Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, 380.

⁵²⁷ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl.8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE.

⁵²⁸ A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 28-31.

⁵²⁹ G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 92-93.

202. Ook R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ⁵³⁰ volgen de strekking die meent dat het kind geen enkel rechtmatig belang heeft om niet geboren te worden.⁵³¹ Het leven is volgens hen een gift. Een persoon heeft noch de macht om het te vereisen, noch de macht om het te weigeren. Zij merken op dat het merkwaardig is dat het ongeborn kind geen recht heeft op het leven, maar dat men het zo wel een recht zou geven om niet geboren te worden. Het is paradoxaal dat men de status van rechtssubject toekent aan het verwekte kind, met het enkele doel om toe te geven dat hij het recht had om niet te bestaan.⁵³² Daarnaast merken zij op dat het toekennen van een schadevergoeding bij een wrongful life-vordering, leidt tot de erkenning van een nieuw persoonlijkheidsrecht. Een dergelijk preatoriaans gecreëerd nieuw subjectief recht moet juridisch houdbaar zijn. R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ menen dat men een dergelijk recht niet kan erkennen, zonder de vrijheid van de moeder om al dan niet tot een abortus te besluiten fundamenteel onderuit te halen. Indien het kind een recht van toezicht heeft op zijn geboorte, erkent men het idee dat de beslissing tot een abortus niet meer een persoonlijke beslissing is van de moeder, maar een besluit gedeeld tussen haar en het kind.⁵³³ Consistentie van dit idee impliceert dan ook dat de ouders aansprakelijk kunnen zijn ten opzichte van het kind, omdat zij verdere tests weigerden of de zwangerschap voortgezet hebben. Hoewel men tot op vandaag nog meent dat de vrouw bij een dergelijke beslissing volledige vrijheid heeft en dat een dergelijke beslissing geen fout kan uitmaken, weet niemand hoe dit in de toekomst zal evolueren. Een misbruik van recht is nu praktisch mogelijk in alle zaken. Wie kan zeggen of dit in de toekomst ook niet bij een abortus zal gelden? Bovendien geeft de wet geen definitie van wat legitiem is en wat niet. De beoordeling van het bestaan van een legitiem belang mag dus ook aan de hand van extrajuridische, morele argumenten beoordeeld worden. Men mag volgens hen stellen dat het toestaan van een dergelijk belang sociaal nefast is en in strijd is met de menselijke waardigheid. Een dergelijk standpunt is mijns inziens echter veel te rigide.
203. Uit bovenstaand overzicht blijkt duidelijk dat er geen eensgezindheid bestaat over de vraag of een *gehandicapt* kind over een rechtmatig belang beschikt om niet geboren te worden. Men is het echter wel eens over de vraag of een gezond kind over een dergelijk belang beschikt. Het antwoord is neen. Indien het kind niet gehandicapt geboren wordt, dan kan dit een schade voor de ouders uitmaken, maar voor het kind zelf kan er dan geen sprake zijn van een schade, a fortiori kan er geen sprake zijn van een vergoedbare schade.⁵³⁴

⁵³⁰ R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée", 125-126.

⁵³¹ Zie ook A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan" (noot onder Gent 3 november 2011), *T.Gez.* 2011-2012, 228.

⁵³² Zie ook G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 91-92.

⁵³³ Zie ook G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 95.

⁵³⁴ A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 7.

Tot slot valt het ook op dat de meeste auteurs die een rechtmatig belang in hoofde van het kind aanvaarden, niet zover gaan als te stellen dat het kind ook een werkelijk recht heeft om niet gehandicapt geboren te worden.⁵³⁵

B. Het eigen leven als schade?

204. De schade wordt in principe bepaald aan de hand van de vergelijking van de huidige toestand met de hypothetische toestand waarin de benadeelde zich zou hebben bevonden indien de fout niet was gepleegd.^{536 537} Op dit punt doet er zich duidelijk een probleem voor bij de wrongful life-vordering. Indien we kijken naar de hypothetische toestand, vergelijken we de situatie van 'het leven' met de situatie van 'het niet-leven'.⁵³⁸ Indien een kind gehandicapt wordt geboren na een foutieve diagnose van de arts, heeft de arts deze handicap niet veroorzaakt. De fout van de arts heeft enkel tot gevolg dat de foetus niet werd geaborteerd en dat het gehandicapte kind dus in het leven terecht kwam. De schade voor het kind bestaat dus niet uit de handicap, maar uit het feit dat het met deze handicap moet leven.⁵³⁹
205. Hoe kan men nu bepalen dat de situatie van het niet-leven te verkiezen was boven het leven? Strikt gezien bestaat de vergoeding in natura uit de mogelijkheid voor het kind om te kiezen voor het niet-leven.⁵⁴⁰ Sommigen zien hierin de onmogelijkheid om een schade te bepalen en zelfs het volledige gebrek aan een schade.⁵⁴¹ Zo luidt een klassieke filosofische stelling dat een vergelijking niet te

⁵³⁵ De schending van een rechtmatig belang volstaat immers voor het aanvaarden van een vordering tot schadevergoeding. Het is niet vereist dat een recht wordt geschonden. Zie H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 64.

⁵³⁶ E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. (FR) 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 210-211; J. PIET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 357; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 254; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid*, 370.

⁵³⁷ Ook in het buitenland wordt de schade in principe aan de hand van een dergelijke vergelijking vastgesteld (M.A.J.M. BUIJSEN, "In overeenstemming met de aard van de schade? Over de toewijzing van de wrongful life-vordering in de zaak Kelly", *NJB* (NL) 2005, 836-837).

⁵³⁸ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550; S. DE MEUTER, "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in M. MAGITS *et al.*, *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 65; J. DE WIT, "Het recht om niet geboren te worden", *Gazet van Antwerpen* 10 december 2010, www.gva.be; M. DILLEN en F. DEWALLENS, "Wrongful life made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden", *T.Gez.* 2011-2012, 193; A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 24; A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan" (noot onder Gent 3 november 2011), *T.Gez.* 2011-2012, 225-226; T. MEULENBERGS, "Recht op niet-leven?", *A.Hosp.* 2001, afl. 4, 70; J. PIET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 357.

⁵³⁹ Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, 380; M. DILLEN en F. DEWALLENS, "Wrongful life made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden", *T.Gez.* 2011-2012, 194.

⁵⁴⁰ J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 255.

⁵⁴¹ A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan" (noot onder Gent 3 november 2011), *T.Gez.* 2011-2012, 228; R. KRUIJTHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2751-2754; T. MEULENBERGS, "Recht op niet-leven?", *A.Hosp.* 2001, afl. 4, 70;

maken valt omdat de mens geen kennis heeft van de dood of het niet-leven. Zo luidt de “dissenting in part” opinie van C.J. WEINTRAUB bij de uitspraak van het Supreme Court of New Jersey van 6 maart 1967⁵⁴² als volgt:

"With respect to the claim advanced on behalf of the infant, I agree with the majority that it cannot be maintained. Ultimately, the infant's complaint is that he would be better off not to have been born. Man, who knows nothing of death or nothingness, cannot possibly know whether that is so"

Ook in het arrest McKay v. Essex AHA⁵⁴³ van het Engelse Court of Appeal werd in deze zin beslist:

"Even if a court were competent to decide between the conflicting views of theologians and philosophers and to assume an "after life" or non-existence as the basis for the comparison, how can a judge put a value on the one or the other, compare either alternative with the injured child's life in this world and determine that the child has lost anything, without the means of knowing what, if anything, it has gained?"

Een andere visie is deze die voorhoudt dat de situatie van het leven steeds te verkiezen is boven het niet-leven.⁵⁴⁴ R. KRUIHOF⁵⁴⁵ veegt de hele discussie aan de kant, omdat het kind in de absurde positie geplaatst zou worden zijn bestaansrecht te ontkennen. Ook J.-L. FAGNART⁵⁴⁶ meent dat de hele situatie absurd is: Het gehandicapte kind dat een vordering instelt wegens de schade die voortvloeit uit het feit dat hij bestaat/leeft, toont door zijn vordering juist aan dat hij wil leven en dat zijn leven de moeite waard is om geleefd te worden.

206. Niet iedereen meent dat de situatie van het gehandicapt leven geen schade uitmaakt voor het kind.⁵⁴⁷ Dit blijkt duidelijk uit het feit dat zowel het hof van beroep te Brussel⁵⁴⁸, als het hof van beroep te Gent⁵⁴⁹, de wrongful life-vordering van het gehandicapt geboren kind toekenden. Dit standpunt wordt echter niet steeds duidelijk uiteengezet. Zo motiveerde het hof van beroep te Brussel haar beslissing in de zaak Rukiyé als volgt:

J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 255; T. VANSWEEVELT en H. NYS in J. DE WIT, "Het recht om niet geboren te worden", *Gazet van Antwerpen* 10 december 2010, www.gva.be.

⁵⁴² *Gleitman v. Casgrove*, 227 A.2d 689 (1967).

⁵⁴³ *McKay v. Essex AHA* [1982] Q.B. 1166.

⁵⁴⁴ *Berman v. Allan* 26, 404 A.2d 8 (1979): "One of the most deeply held beliefs of our society is that life whether experienced with or without a major physical handicap is more precious than non-life."

⁵⁴⁵ R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2754.

⁵⁴⁶ J.-L. FAGNART, "L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé" in J.-P. BEAUTHIER (ed.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse?*, Brussel, Larcier, 2008, 95.

⁵⁴⁷ E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. (FR) 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 211; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 357-359.

⁵⁴⁸ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, nr. 14675, noot N. ESTIENNE.

⁵⁴⁹ Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

"Qu'un dommage peut être indemnisé même s'il ne consiste pas en une perte d'un acquis ou la dégradation d'un état antérieur; qu'il peut aussi consister, comme en l'espèce d'un intérêt légitime; [...] Que le dommage indemnisable consiste, dans le chef de l'enfant, dans le fait d'être né avec un handicap et de devoir vivre handicapé, alors que cette situation ne se serait pas réalisée si le diagnostic correct avait été posé ;"

J. PIRET⁵⁵⁰ gaat dieper in op deze problematiek. Volgens J. PIRET kunnen sommige fysieke en geestelijke bestaanscondities zo erg zijn dat ze de persoon die ze moet ondergaan onwaardig zijn. Het gaat er volgens hem niet om dat het leven van het gehandicapte kind, eenmaal begonnen, het niet waard is om geleefd te worden, maar wel om de redenering dat dit leven *contrary to fact* beter nooit begonnen was.

207. Maar zelfs indien we aannemen dat de situatie van het leven in sommige gevallen niet wenselijk was voor het kind, is het probleem niet opgelost. Opdat het aansprakelijkheidsrecht van toepassing kan zijn, moet er immers sprake zijn van een *vergoedbare* schade.⁵⁵¹

Zoals reeds gezien, wordt een schade volgens de klassieke zienswijze bepaald door een vergelijking te maken tussen de huidige toestand en de hypothetische toestand zonder de fout.⁵⁵² Bij een wrongful life-vordering is een dergelijke vergelijking echter onmogelijk, omdat het kind in de hypothetische situatie niet bestaat en dus geen rechten heeft.⁵⁵³ Hoe kunnen we dan de schade begroten?

208. J. TER HEERDT⁵⁵⁴ is van mening dat strikt juridisch gezien een schadevergoeding bestaat uit de keuze voor het niet-leven. Indien aan de toepassingsvoorwaarden van de euthanasiewet is voldaan⁵⁵⁵, kan degene die gehandicapt werd geboren een herstel in natura bekomen. Dit biedt echter geen oplossing voor minderjarige of handelingsonbekwame personen. Degenen die via de euthanasiewet geen herstel in natura kunnen verkrijgen, kunnen volgens J. TER HEERDT geen vergoeding bij equivalent bekomen, omdat de begroting van de schade onmogelijk is. Ik ben het echter met J. PIRET⁵⁵⁶ eens dat in dit verband opgemerkt moet worden dat men de situatie van het nooit geboren

⁵⁵⁰ J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 358.

⁵⁵¹ A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 29.

⁵⁵² E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. (FR) 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 210-211; J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 357; J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 254.

⁵⁵³ A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 25.

⁵⁵⁴ J. TER HEERDT, "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth'", 255.

⁵⁵⁵ De persoon die zich op de euthanasiewet beroept dient een meerderjarige of ontvoogde minderjarige te zijn, die handelingsbekwaam en bewust is op het ogenblik van zijn verzoek (art. 3, §1, eerste streepje Euthanasiewet).

⁵⁵⁶ J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 359.

zijn, niet kan vergelijken met de situatie van de dood. Het kind stelt in een wrongful life-vordering niet dat het dood wil, maar dat het beter nooit geleefd had.

209. Het bezwaar dat men bij een wrongful life-vordering de schade niet op de klassieke manier kan bepalen, wordt door sommigen omzeild door direct een vergelijking te maken tussen het gehandicapte leven en een normaal, gezond leven. Zo luidt de uitspraak van het Franse Hof van Cassatie in de zaak Perruche⁵⁵⁷ zeer summier als volgt:

"ce dernier [l'enfant] peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues."⁵⁵⁸

210. Een dergelijke stelling kan echter niet zomaar gevolgd worden. De arts heeft immers de handicap niet veroorzaakt. E. DIRIX⁵⁵⁹ lost dit probleem op door gebruik te maken van een abstract schadebegrip. Hij meent dat het aan de rechter toekomt om op objectieve wijze te oordelen over de omvang van de schade ten gevolge van het leven met de handicap. Van het kind kan immers niet verwacht worden dat het zijn eigen bestaansrecht in vraag stelt. Het is ook denkbaar dat het kind zijn lijden zou minimaliseren. Een beperkter besef van schade mag een integrale vergoeding niet in de weg staan. M. DILLEN en F. DEWALLENS⁵⁶⁰ menen echter dat ook dit abstract schadebegrip neerkomt op een vergelijking met de toestand van een normaal, gezond leven.⁵⁶¹ Deze stelling is echter niet volledig correct. Om bvb. de (meer)kosten van de handicap te bepalen, zal er in de praktijk inderdaad een vergelijking gemaakt worden met een normaal en gezond leven. Dit geldt echter niet voor alle schadeposten. Een voorbeeld vinden we terug in het arrest van het hof van beroep te Gent van 3 november 2011.⁵⁶² In dit arrest werd het volgende besloten in verband met de gevorderde esthetische schade en schade wegens inkomensverlies:

"Deze schadeposten gaan volledig uit van een vergelijking met de toestand van een valide persoon, terwijl dit niet de toestand is die zou hebben bestaan indien de fout niet was begaan."

A. HUYGENS⁵⁶³ is het niet met deze uitspraak eens. Zij meent dat een vergelijking tussen het gehandicapt leven en het niet-leven, voor zover dit al mogelijk zou zijn, ertoe zou moeten leiden dat

⁵⁵⁷ Cass. (FR) 17 november 2000, nr. 99-13701.

⁵⁵⁸ De hele discussie over het al dan niet bestaan van een schade, werd in Frankrijk van de tafel geveegd door de invoering van de anti-Perruche wet.

⁵⁵⁹ E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. (FR) 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 211.

⁵⁶⁰ M. DILLEN en F. DEWALLENS, "Wrongful life made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden", *T.Gez.* 2011-2012, 194-195.

⁵⁶¹ In het arrest Rukiye gebeurt dit inderdaad: "le préjudice moral subi par l'enfant du fait de son handicap [...] préjudice esthétique de l'enfant" (Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl.8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE).

⁵⁶² Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

⁵⁶³ A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan" (noot onder Gent 3 november 2011), *T.Gez.* 2011-2012, 228.

rekening wordt gehouden met het volledige leed van het kind waarmee het niet zou worden geconfronteerd indien het niet geboren zou zijn. De schadeposten van esthetische schade en inkomensverlies zouden volgens haar dus ook vergoedbaar moeten zijn.

211. A. GOSSERIES⁵⁶⁴ is eveneens van mening dat een alternatief schadebegrip een oplossing kan bieden. Hij meent echter dat het kind slechts een rechtmatig belang kan hebben, wanneer diens leven het niet waard is om geleefd te worden (critère V.P.V.). De schadevergoeding bestaat in een dergelijk geval enkel uit hetgeen nodig is om de drempel van "een leven dat het waard is geleefd te worden" te bereiken. GOSSERIES merkt echter op dat een dergelijke schadevergoeding te beperkt is, indien het gehandicapt geboren kind enkel hiervan afhankelijk zou zijn.
212. Tot slot wenst ik hier nog even stil te staan bij de vraag wie nu oordeelt over het bestaan van een dergelijke schade. De eerste mogelijkheid is dat het aan het kind zelf toekomt om hierover te beslissen.⁵⁶⁵ Het kind zal zich in de meeste gevallen echter niet zelf kunnen uitspreken. Daarnaast is het problematisch om aan een partij de mogelijkheid te geven om zelf over het bestaan en de hoegrootheid van zijn schade te beslissen.⁵⁶⁶ Een andere mogelijkheid is dat de ouders, als vertegenwoordigers van hun kind, een waardeoordeel moeten uitspreken over het leven van dat kind.⁵⁶⁷ Ook een dergelijke oplossing is niet optimaal.⁵⁶⁸ Een laatste mogelijkheid is het oordeel over het bestaan van een schade bij de rechter te leggen. De rechter zal dan een beslissing nemen volgens de maatschappelijke visie.⁵⁶⁹

C. Schending van de menselijke waardigheid?

213. Een wrongful life-vordering brengt vaak vragen met zich mee betreffende een mogelijke schending van de menselijke waardigheid. R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ⁵⁷⁰ menen dat een wrongful life-vordering in strijd is met de menselijke waardigheid.⁵⁷¹ Zij houden dan ook voor dat de waardigheid van de gehandicapte persoon beter beschermd wordt door de solidariteit.

In Frankrijk leidde het toekennen van een schadevergoeding in de zaak Perruche tot zware protesten van de Franse gehandicaptenorganisaties. Dat een gehandicapte een schadevergoeding kreeg omdat

⁵⁶⁴ A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 25 en 29.

⁵⁶⁵ Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, 380.

⁵⁶⁶ A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 33-34.

⁵⁶⁷ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, nr. 14675, noot N. ESTIENNE.

⁵⁶⁸ Zie A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 36.

⁵⁶⁹ Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

⁵⁷⁰ R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée", 126.

⁵⁷¹ Zie ook G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 92-93 (de menselijke waardigheid voorkomt het bestaan van een recht om niet geboren te worden: *supra* 92, nr. 201).

hij leefde, impliceerde volgens de manifestanten dat zo'n leven minderwaardig is.⁵⁷² Dit is echter een verkeerde interpretatie.

214. J. PIRET⁵⁷³ stelt dat wanneer we dan uit de intrinsieke menselijke waardigheid van elk kind een recht op een minimale levenskwaliteit afleiden, niets in de weg staat om het toekennen van een schadevergoeding wegens de schending van dat recht, op te vatten als een soort *empowerment* dat het kind zoveel mogelijk financieel moet helpen om een beter leven te hebben. Er wordt geen waardeoordeel uitgesproken over het leven van het kind, maar er wordt wel gesteld dat het leven van dit kind in het licht van de zware handicap en de minimale levenskwaliteit (*contrary to fact*) beter nooit begonnen was. J. BRAECKMAN⁵⁷⁴ is van mening dat het niet altijd wenselijk is dat iemand die kán bestaan, ook effectief bestaat. Een hoofdcriterium moet de levenskwaliteit zijn. De stelling dat sommige leven er beter niet zou zijn is geen aanval op het leven dat er wel is.

Vergelijkbare maatstaven zijn volgens J. PIRET⁵⁷⁵ te vinden in de beslissing of men iemand in een permanente vegetatieve toestand al dan niet mag laten inslapen. Ook hier wordt er een oordeel geveld over de te verwachten levenskwaliteit. Men kan niet stellen dat de menselijke waardigheid van de patiënt per definitie altijd geschonden is omdat hij zelf niet expliciet de levenseindebeslissing heeft kunnen nemen. In dezelfde lijn ligt o.a. het staken van een medische behandeling bij een extreem gehandicapte pasgeborene of bij terminaal zieken. Al deze gevallen vertonen grote verschillen met een wrongful life-vordering, maar ze tonen wel aan dat de menselijke waardigheid geen onvoorwaardelijke voorkeur heeft voor het leven. In sommige gevallen kan het verder leven zelfs in strijd bevonden worden met de menselijke waardigheid.⁵⁷⁶

§2. Wie draagt de schade?

215. Een belangrijke vraag in het kader van wrongful life-vorderingen is eveneens wie de schade lijdt. Over de morele schade dient er geen betwisting te zijn. Dit is een louter persoonlijke schade van het kind zelf. Wie echter de materiële schade draagt is niet altijd even duidelijk.

⁵⁷² J. DESLOOVER en T. YSEBAERT, "Moet alle potentiële leven ook gerealiseerd worden?", De Standaard 10 december 2010, www.standaard.be.

⁵⁷³ J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 362.

⁵⁷⁴ J. BRAECKMAN in J. DESLOOVER en T. YSEBAERT, "Moet alle potentiële leven ook gerealiseerd worden?", De Standaard 10 december 2010, www.standaard.be.

⁵⁷⁵ J. PIRET, "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", 362-363.

⁵⁷⁶ A. HUYGENS merkt echter op dat men uit een dergelijke vergelijking geenszins een argument kan halen ter aanvaarding van het bestaan van een belang in hoofde van het kind (A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan" (noot onder Gent 3 november 2011), *T.Gez.* 2011-2012, 228).

216. Tot de meerderjarigheid van het kind dienen de ouders voor het onderhoud en de opleiding te zorgen (art 203, §1 BW). Het kind zelf zal in die periode dan ook geen echte materiële schade leiden. Vanaf de meerderjarigheid van het kind (of het einde van de studies) valt deze onderhouds- en opvoedingsplicht van de ouders echter weg.⁵⁷⁷ Het kind dient dan in principe zelf in te staan voor zijn onderhoud en kan dan ook een materiële schade lijden, voortvloeiend uit de handicap. Dit kan als overweging gelden om aan het kind een materiële schadevergoeding toe te kennen. Er dient mijns inziens echter op gewezen te worden dat een (zwaar) mentaal gehandicapt kind niet zelfstandig in kan staan voor zijn onderhoud. In dergelijke gevallen zullen het dan ook vaak de ouders zijn die hiervoor zorgen.
217. Er zijn echter argumenten om een gedeelte van de materiële vergoeding aan het kind toe te kennen. In sommige gevallen zullen de ouders niet meer voor hun kind kunnen zorgen, bvb. in geval van overlijden. Een ander probleem kan zich voordoen indien het vermogen van de ouders getroffen wordt door een faillissement.⁵⁷⁸ In dergelijke gevallen is het voordeliger om een aparte vergoeding toe te kennen aan het kind. Men zou dan ook kunnen overwegen om de ontvankelijkheid van een schadevordering van het kind te laten afhangen van de ontvankelijkheid van de vordering van de ouders.⁵⁷⁹

Een interessante beslissing is volgens mij deze van de Hoge Raad in de zaak Kelly:

"In de eerste plaats is toewijzing van de onderhavige vordering ook aan Kelly passend omdat, als alleen haar ouders een vorderingsrecht zouden hebben, Kelly ten aanzien van de kosten van haar opvoeding en verzorging - voor zover niet door de hier te lande geldende sociale voorzieningen gedekt - ervan afhankelijk zou zijn dat haar ouders niet door een calamiteit worden getroffen die hun vorderingsrecht teniet doet gaan of ten gevolge heeft dat de dienaangaande ontvangen bedragen niet langer ten goede van Kelly komen. In de tweede plaats zou de door het LUMC en de verloskundige bepleite benadering leiden tot een gekunstelde splitsing tussen het kind en haar handicaps, welke niet kan worden aanvaard. De onderhavige kosten behoeven uiteraard niet aan Kelly te worden vergoed voor zover zij al aan haar ouders zijn voldaan."

⁵⁷⁷ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550.

⁵⁷⁸ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550.

⁵⁷⁹ Rb. Brussel 7 juni 2002, *TBBR* 2002, 483; E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life", 550.

§3. Schadeposten

A. Morele schade

218. Zowel in het arrest Rukiyé van het hof van beroep te Brussel, als in het zeer recente arrest van het hof van beroep te Gent, werd aan het gehandicapt geboren kind een morele schadevergoeding toegekend.⁵⁸⁰ Het hof van beroep te Brussel gaat niet verder op deze schadepost in, maar het hof van beroep te Gent acht een verduidelijking wel wenselijk. De beslissing van het hof van beroep te Gent luidt als volgt:

"Wat de morele schade betreft, mag er worden van uitgegaan dat, in dagdagelijkse, normale omstandigheden [...] positieve aspecten van het leven de beperkingen ervan compenseren. In die omstandigheden kan zeker niet worden gesteld dat het leven van Iliana het niet waard zou zijn geleefd te worden of, anders uitgedrukt, dat het niet-bestaan een betere toestand zou zijn dan, weliswaar met beperkingen, te bestaan. Daarentegen kan er in redelijkheid consensus over bestaan dat op de momenten dat Iliana zware heelkundige ingrepen moet ondergaan ingevolge haar handicaps [...] elke levensvreugde overstemd wordt door de pijn die het kind dan moet verdragen."

Het hof van beroep te Gent besluit dan ook dat voor de periodes van hospitalisatie en revalidatie een morele schadevergoeding kan toegekend worden.

219. Ook in Nederland wordt in principe een morele schadevergoeding toegekend aan het gehandicapt geboren kind. De Hoge Raad is, net zoals het hof van beroep te Gent, van mening dat rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden:

"heeft Kelly bovendien recht op vergoeding van immateriële schade. [...] De hoogte van deze schadevergoeding mag echter niet uitsluitend worden vastgesteld aan de hand van de aard en de ernst van de handicaps. De rechter dient alle ter zake dienende omstandigheden op het moment van zijn beoordeling mee te wegen, waaronder in elk geval de wijze waarop Kelly zich inmiddels heeft ontwikkeld, de mate waarin zij door haar handicaps wordt belemmerd 'normaal' te leven en de mate waarin zij daaronder lijdt." (de zaak Kelly⁵⁸¹)

B. Materiële schade

220. Het vaststellen van een/de materiële schade bij wrongful life-vorderingen is niet eenvoudig. Vooreerst is er natuurlijk het probleem of het kind wel werkelijk zelf een materiële schade draagt. Zo

⁵⁸⁰ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl.8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

⁵⁸¹ Hoge Raad 18 maart 2005, nr. C03/206HR, LJN AR5213.

werd in het arrest van het hof van beroep te Gent⁵⁸² beslist dat de meerkosten ingevolge de handicap wel degelijk een vergoedbare schade voor het kind uitmaken, doch dat zij deze voorlopig niet zelf moet dragen, zodat daarvoor nog geen vergoeding kan worden toegekend. De schadeposten van de esthetische schade en de schade wegens inkomstenverlies werden niet vergoedbaar geacht, omdat deze uitgaan van een vergelijking met de toestand van een normaal en gezond persoon. In het arrest Rukiye⁵⁸³ van het hof van beroep te Brussel werd er dan weer wel een esthetische schade toegekend.

221. In Nederland verdedigt de Hoge Raad een ruimere visie betreffende de toekenbare materiële schade. In de zaak Kelly⁵⁸⁴ werd besloten dat de wrongful life-vordering tot vergoeding van de kosten van opvoeding en verzorging in beginsel tot het volle bedrag moet worden toegewezen (dus niet enkel de extra kosten veroorzaakt door de handicap), ook na het 21^e levensjaar van Kelly. De Hoge Raad besloot echter wel dat de onderhavige kosten niet aan Kelly moeten worden vergoed voor zover zij al aan haar ouders zijn voldaan.
222. We kunnen dus concluderen dat er in België nog geen duidelijke richtlijn bestaat voor het vaststellen van de materiële schadeposten. Hopelijk kan een uitspraak van het Hof van Cassatie hierin verduidelijking brengen.

§4. Conclusie

223. Over wrongful life-vorderingen bestaat er enorm veel onenigheid; iedereen lijkt een andere mening te hebben. In de Belgische rechtspraak is er momenteel een tendens merkbaar die pleit voor de gegrondheid van wrongful life-vorderingen. De rechtbank van eerste aanleg en het hof van beroep te Brussel menen dat men het rechtmatig belang van een kind kan afleiden uit art. 350 Sw.⁵⁸⁵ De schade die wordt aangenomen is niet de vergoeding van de handicap, maar van het feit dat het kind met een dergelijke handicap moet leven.⁵⁸⁶ Voor de berekening van deze schade wordt uitgegaan van een alternatief schadebegrip.⁵⁸⁷ De schadeposten die al dan niet worden aanvaard verschillen, maar zowel het hof van beroep te Gent als het hof van beroep te Brussel menen dat een vergoeding voor morele schade toegekend kan worden.⁵⁸⁸

⁵⁸² Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

⁵⁸³ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl.8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE.

⁵⁸⁴ Hoge Raad 18 maart 2005, nr. C03/206HR, LJN AR5213.

⁵⁸⁵ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl. 8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, 380.

⁵⁸⁶ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl. 8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE.

⁵⁸⁷ Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

⁵⁸⁸ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, afl. 8, nr. 14675, noot N. ESTIENNE; Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS.

224. Zoals reeds aangekondigd zal ik deze conclusie gebruiken om mijn eigen visie betreffende het probleem uiteen te zetten. Ik heb reeds verdedigd dat het kind aanspraakgerechtigd is en dat een vertegenwoordiging door de ouders mogelijk is. Hier zal ik uiteenzetten of er mijns inziens ruimte is voor wrongful life-vorderingen in het huidige aansprakelijkheidsrecht.

225. Een eerste probleem is het al dan niet bestaan van een rechtmatig belang in hoofde van het kind. Kan een kind er belang bij hebben om niet geboren te worden? Mijns inziens zijn er inderdaad gevallen denkbaar waarin het kind kan stellen dat het beter niet geboren was. Ik sluit mij hier aan bij het criterium dat A. GOSSERIES gebruikt. Indien het kind dermate zwaar gehandicapt is dat men kan stellen dat diens leven het niet waard is om geleefd te worden, dan heeft het kind mijns inziens een rechtmatig belang om niet geboren te worden. De grondslag van dit belang vindt ik niet terug in art. 350 Sw., maar leid ik af uit het principe van de menselijke waardigheid. Mijns inziens zijn er handicaps die het leven zo ondraaglijk kunnen maken dat het leven mensonwaardig is. Indien men een fout maakt die ertoe leidt dat iemand in een dergelijk bestaan terecht komt, dan zal men aansprakelijk zijn op grond van art. 1382-1383 BW.

226. Hoe moet men nu een dergelijke schade vergoeden? Het lijkt mij aangewezen om hier in theorie gebruik te maken van een alternatief schadebegrip. De vergoeding zal het kind dan in staat moeten stellen om een zo menswaardig mogelijk leven te leiden.

De vergoedbare schade zal in zo goed als alle gevallen enkel een morele schadevergoeding uitmaken. Een kind dat werkelijk terecht komt in een leven dat het niet waard is om geleefd te worden zal, behalve in enkele zeer uitzonderlijke gevallen, nooit zelfstandig zijn. De kosten die de handicap met zich meebrengt zullen dan door de ouders gedragen worden. In het uitzonderlijke geval dat het kind wel zelfstandig wordt, kan men dan een vergoeding voor de meerkosten van de handicap toekennen. Dit houdt geen vergelijking in met de toestand van een gezond en normaal persoon. Deze vergoedbare meerkosten zijn mijns inziens de kosten die nodig zijn om een zo menswaardig mogelijk leven te kunnen leiden.

227. Het huidige aansprakelijkheidsrecht leent zich volgens mij dus enkel tot de aanvaardbaarheid van wrongful life-vorderingen van kinderen wiens leven het niet waard is om geleefd te worden. Houdt dit nu in dat wanneer men aan dergelijke kinderen de mogelijkheid geeft op euthanasie, dit ook de beslissing is die (door de ouders) genomen moet worden? Volgens mij niet. Men kan ouders niet moreel verplichten om een dergelijke beslissing te nemen. Ook indien het kind zelfstandig zou worden dient het mijns inziens niet noodzakelijk voor euthanasie te opteren. Ik zou in dit verband willen wijzen op het begrip dat J. PIRET gebruikt: "*contrary to fact*". Het leven was het *contrary to fact* niet waard om geleefd te worden. Indien men eenmaal leeft kan men niet meer stellen dat je dit

leven moet opgeven. Ik denk hierbij aan een voorbeeld waarin een kind volledig verlamd is, maar wel nog over al zijn cognitieve vermogens beschikt. Indien het door bepaalde technologie kan communiceren en deze persoon wenst verder te leven, dan kan het mijns inziens nog steeds mogelijk zijn om te beslissen dat een dergelijk leven, *contrary to fact* beter nooit begonnen was. Maar aangezien men nu eenmaal leeft, vindt men het toch nog de moeite waard om ermee door te gaan. Uit dit voorbeeld blijkt dat de standaard "een leven dat het waard is geleefd te worden" van een technische en maatschappelijke evolutie zal afhangen. Indien de technologie zonder veel problemen aan kinderen die volledig verlamd geboren worden toch de mogelijkheid biedt om zich uit te drukken en aan het leven deel te nemen, dan zal een dergelijk leven het wel waard zijn om geleefd te worden. Zo kan een blind geboren kind een volwaardig leven leiden. Maar wat met een kind dat blind, doof en stom geboren wordt? Een dergelijk leven dient men eens het begonnen is niet te beschouwen als minderwaardig, maar *contrary to fact* was het beter niet begonnen en kan men het beschouwen als een leven dat het niet waard is om geleefd te worden.

228. Een laatste vraag is wie dan over het bestaan van een dergelijke schade dient te oordelen? Ik ben van mening dat een dergelijk oordeel aan de rechter toekomt. De rechter zal op basis van de maatschappelijke visie een beslissing dienen te nemen. Hij kan zich hierbij mede laten leiden door het standpunt van de ouders en eventueel ook het standpunt van het kind zelf. Een uitspraak doen over "de visie van de maatschappij" is immers geen gemakkelijke opgave. Er is niet één visie. Elke sociale groep heeft zijn eigen visie en binnen die groep zijn de meningen ook nog eens verdeeld. Het vaststellen van een dergelijke schade zal dus een moeilijke ethische afweging zijn.

HOOFDSTUK 7. Aansprakelijkheidsrecht of nationale solidariteit?

229. De vraag naar de aanvaardbaarheid van wrongful life-vorderingen komt vaak neer op de vraag wat wenselijk is; een vergoeding via het aansprakelijkheidsrecht, of een vergoeding via een systeem van nationale solidariteit. Er zal een afweging gemaakt moeten worden tussen de verschillende voor- en nadelen die verbonden zijn aan zowel het aanvaarden als het afwijzen van wrongful life-vorderingen.
230. Als argument voor het aanvaarden van wrongful life-vorderingen wordt wel eens gezegd dat de keuze voor een vergoeding via de nationale solidariteit, liefdadigheid is in plaats van rechtvaardigheid.⁵⁸⁹ De meeste auteurs vinden een dergelijke stelling echter zeer betwistbaar.⁵⁹⁰ J.-L.

⁵⁸⁹ Rb. Brussel 21 april 2001, *TBBR* 2006, 108, noot R. MARCHETTI, E., MONTERO en A. PÜTZ; F. RIGAUX, "Observations - Du bon et du mauvais usage de l'alternative" (noot onder Cass. (FR) 17 novembre 2000), *Rev.trim.D.H.* 2001, 1265.

⁵⁹⁰ J.-L., FAGNART, "L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé" in J.-P., BEAUTHIER, *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse?*, Brussel, Larcier, 2008, 99; A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie

FAGNART⁵⁹¹ meent dat het eerder onrechtvaardig is om een zorgverstrekker te laten opdraaien voor een schade (de handicap) die hij niet werkelijk veroorzaakt heeft. Een vergoeding via een systeem van nationale solidariteit is dan de enige rechtvaardige oplossing. Ook A. GOSSERIES⁵⁹² is deze mening toegedaan (met de mogelijke uitzondering van het "critère V.P.V."⁵⁹³). Hij merkt op dat het aanvaarden van de aansprakelijkheid van een zorgverstrekker voor een aangeboren handicap, *mutatis mutandis*, neerkomt op het aanvaarden van de aansprakelijkheid van foutieve redders voor de gevolgen van een natuurramp.

231. G. GENICOT⁵⁹⁴ stelt de vraag of het wel redelijk is dat het kind van ouders die het slachtoffer zijn van een medische nalatigheid, zich in een betere positie bevindt dan het kind dat niet het "geluk" heeft om iemand aansprakelijk te kunnen stellen voor zijn schade.⁵⁹⁵ Een daarbij aanleunend argument van R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ⁵⁹⁶ stelt dat een systeem van nationale solidariteit de menselijke waardigheid veel beter respecteert. Zij vinden namelijk dat het aanvaarden van wrongful life-vorderingen in strijd is met de menselijke waardigheid.

Ik sluit mij echter aan bij de visie van C.H. SIEBURGH.⁵⁹⁷ Het doel van het aansprakelijkheidsrecht is het vergoeden van schade die is veroorzaakt door de *fout van een derde*. In beginsel draagt iedereen zijn eigen schade. Men kan dus steeds voorhouden dat er een categorie van personen is die niet het "geluk" hebben dat een derde een fout begaat. Het voorbeeld dat ik hierbij zou willen aanhalen is een auto-ongeval waarbij de bestuurder zijn been verliest. In situatie 1 steekt totaal onverwacht een hert de baan over, waardoor de bestuurder, zonder fout, tegen een boom rijdt. In situatie 2 steekt eveneens een hert over, waardoor de bestuurder zonder fout tegen een boom rijdt. Doch in deze tweede situatie was het niet ongewoon dat op die plaats herten overstaken, maar had de gemeente nagelaten om waarschuwingsborden te plaatsen. Het wordt niet als problematisch beschouwd dat in situatie 2 de gemeente aansprakelijk gesteld wordt voor de schade.⁵⁹⁸

De derde die een fout begaat dient dus aansprakelijk gesteld te worden voor de schade die uit deze fout voortvloeit. Zolang er geen specifiek wettelijk kader is, dient de discussie over de

préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 38; R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée", 132.

⁵⁹¹ J.-L., FAGNART, "L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé" in J.-P., BEAUTHIER, *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse?*, Brussel, Larcier, 2008, 99.

⁵⁹² A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 38.

⁵⁹³ *Supra* 92, nr. 201.

⁵⁹⁴ G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 98.

⁵⁹⁵ Zie ook: A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722, n° 38.

⁵⁹⁶ R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée", 132.

⁵⁹⁷ 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 en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 73.

⁵⁹⁸ Pol. Gent 30 juni 2008, *RW* 2009-10, 1015.

aanvaardbaarheid van wrongful life-vorderingen zich in principe voor te doen op het vlak van het aansprakelijkheidsrecht.⁵⁹⁹ Zoals hierboven gezien zijn er echter verschillende meningen over de vraag of wrongful life-vorderingen wel passen in het huidige rechtssysteem. Het al dan niet aanvaarden van wrongful life-vorderingen is dan ook vaak gebaseerd op het rechtvaardigheidsgevoel van de rechter of auteur.

232. Naast de juridische en ethische problemen die worden opgeworpen in verband met het bestaan van een schade en een causaal verband, zijn er nog andere elementen die belangrijk zijn ter beoordeling van de wenselijkheid van wrongful life-vorderingen.

Een belangrijk element is bijvoorbeeld de problematiek van de defensieve geneeskunde. Zullen artsen niet sneller een abortus adviseren, uit schrik dat zij aansprakelijk gesteld zullen worden voor de geboorte van een gehandicapt kind? Misschien wel, doch men mag dit niet overdramatiseren. De zorgverstrekker zal immers enkel aansprakelijk gesteld kunnen worden indien hij een fout heeft begaan. Indien de zorgverstrekker correct toegang biedt tot prenatale diagnostiek, op vraag of op aanraden na een familieanamnese, en indien hij de patiënt voldoende inlicht, o.a. over de kans op een verkeerd resultaat van de test, dan is er geen enkel probleem. De zorgverstrekker dient de ouders enkel in gelegenheid te stellen om een geïnformeerde beslissing te nemen. Hen werkelijk aanzetten tot abortus zal een fout kunnen uitmaken.⁶⁰⁰

Een ander element dat we in het oordeel naar de wenselijkheid van wrongful life-vorderingen kunnen betrekken is de schrik dat in de toekomst ook de ouders van gehandicapt geboren kinderen door deze kinderen aangesproken zullen worden.⁶⁰¹ Een element dat mijns inziens echter niet in alle gevallen als totaal onaanvaardbaar en onwenselijk dient beschouwd te worden.

Een belangrijke overweging lijkt mij ook de verzekeringspremies die door de zorgverstrekkers betaald moeten worden. Wrongful birth- en wrongful life-vorderingen brengen immers een enorme kost met zich mee.

233. De keuze tussen een vergoeding via het aansprakelijkheidsrecht of via een systeem van nationale solidariteit is een politieke keuze. Er zal besloten moeten worden welke wijze van vergoeding het best in onze maatschappij past.

⁵⁹⁹ 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 en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 73.

⁶⁰⁰ *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 S.L.T. 154, [2000] 2 A.C. 59; G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 96-97; 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 en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 74.

⁶⁰¹ R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée", 125-126.

234. Zoals ik reeds eerder verdedigd heb, lijken wrongful life-vorderingen mij in beperkte mate toewijsbaar.⁶⁰² De Belgische rechtspraak lijkt echter van mening dat een uitgebreidere bescherming via het aansprakelijkheidsrecht wenselijk is. Een argument dat door sommige auteurs wordt aangehaald en waarbij ik mij kan aansluiten is dat op deze manier het kind beschermd wordt tegen mogelijke calamiteiten die de ouders of hun vermogen zouden treffen. Op basis van dit argument zou ik dan ook een voorstel *de lege ferenda* willen doen.

Wrongful birth-vorderingen worden ondertussen algemeen aanvaard in de Belgische rechtspraak. De vergoeding die via een dergelijke vordering verkregen wordt, betreft voor een groot deel de kosten die nodig zijn voor de opvoeding en het onderhoud van het kind. Bij de geboorte van een gehandicapt kind betreft dit eveneens de meerkosten die de handicap met zich meebrengt. Het zou mijns inziens correct zijn om dit vermogen te beschermen tegen mogelijke calamiteiten, zodat het gebruikt kan worden waarvoor het oorspronkelijk was toegekend. Het probleem hierbij is dat deze schade in principe niet door het kind wordt geleden. De ouders dragen immers de kosten van de handicap. Mijns inziens moet het echter mogelijk zijn om de vergoeding van de meerkosten die de handicap met zich meebrengt te beschermen tegen calamiteiten, bvb. door ze aan het kind toe te kennen.

235. De wetgever zal dus een belangrijke afweging dienen te maken. Vooraleer een werkelijke beslissing te vellen over deze problematiek, lijkt het mij echter aangewezen om het standpunt van het Hof van Cassatie af te wachten.

⁶⁰² *Supra* 103-104, nr. 224-228.

DEEL V. BESLUIT

236. De problematiek van wrongful birth- en wrongful life-vorderingen is omgeven door een complex geheel van juridische en ethische vragen. Verschillende auteurs hebben reeds een bijdrage geleverd aan de doctrine betreffende dit vraagstuk. In deze masterproef heb ik een overzicht gegeven van de verschillende meningen en heb ik gepoogd om een antwoord te geven op de vragen die worden opgeworpen.
237. Wrongful birth-vorderingen worden in België vrij algemeen aanvaard. De meeste auteurs, evenals de meeste rechters, zijn van mening dat ouders een schadevergoeding kunnen vorderen voor de geboorte van een oorspronkelijk ongewenst kind. Ook ik meen dat het Belgische aansprakelijkheidsrecht dergelijke vorderingen toelaat. De schade die bij wrongful birth-vorderingen aanvaard wordt betreft niet het kind zelf, maar wel al de morele en vermogensrechtelijke gevolgen die de zwangerschap en de geboorte van het kind met zich meebrengen. Over de vergoedbare schadeposten bestaat echter nog geen consensus, hoewel men kan besluiten dat er principieel geen schadeposten uitgesloten worden. In het algemeen kan men stellen dat de rechters een schadevergoeding toekennen volgens hetgeen zij billijk achten.

Ook in Nederland worden wrongful birth-vorderingen toegestaan. De Nederlandse visie sluit dicht aan bij de Belgische. De vergoedbare schade betreft de extra last die op het gezinsinkomen wordt gelegd en die juist door de aanvaarding van het kind ontstaat. Op de vergoedbare schadeposten zijn er eveneens geen uitzonderingen, doch in Nederland geldt een ander systeem betreffende de aanvaardbaarheid van morele schade.⁶⁰³

In Engeland worden wrongful birth-vorderingen eveneens aanvaard. Ook hier wordt het kind zelf niet als de schade bestempeld. The House of Lords besliste dat een schadevergoeding toegekend kan worden, doch dat deze vergoeding niet de kosten van onderhoud en opvoeding mag omvatten.⁶⁰⁴

De regeling betreffende wrongful birth-vorderingen in Frankrijk wijkt het meest af van de huidige Belgische visie. Een gezond kind brengt volgens de Franse rechtspraak in principe geen schade met zich mee.⁶⁰⁵ De Franse wetgever heeft daaraan toegevoegd dat de meerkosten van een handicap niet vergoedbaar zijn dan via een systeem van nationale solidariteit.⁶⁰⁶

⁶⁰³ J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRISENDORP, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, 292-300.

⁶⁰⁴ *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 S.L.T. 154, [2000] 2 A.C. 59; *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2004] 1 A.C. 309, 2003 WL 22257848.

⁶⁰⁵ Cass. Fr. 25 juni 1991, nr. 89-18617; Conseil d'État 2 juli 1982, nr. 23141.

⁶⁰⁶ Art. L114-5 Code de l'action sociale et des familles.

238. Het al dan niet aanvaarden van wrongful life-vorderingen wordt in de doctrine uitgebreider betwist dan bij de wrongful birth-vorderingen. In de Belgische doctrine zijn er dan ook zeer uiteenlopende meningen merkbaar. Mijns inziens leent het huidige Belgische rechtssysteem zich tot een beperkte toekenbaarheid van dergelijke vorderingen.⁶⁰⁷

In de Belgische rechtspraak is een tendens aanwezig die pleit voor de aanvaardbaarheid van dergelijke vorderingen. De schade die het kind lijdt zou niet de handicap zelf zijn, maar het feit dat het kind met een dergelijke handicap moet leven. Voor de berekening van een dergelijke schade blijkt het gebruik van een alternatief schadebegrip noodzakelijk. De toegekende schadeposten omvatten steeds een morele schadevergoeding, maar over het bestaan van andere schadeposten is de rechtspraak het niet eens.

Sinds het arrest van de Hoge Raad in de zaak Kelly⁶⁰⁸, worden wrongful life-vorderingen in Nederland aanvaard. In Frankrijk⁶⁰⁹ en Engeland⁶¹⁰ echter is de wetgever tussengekomen om wrongful life-vorderingen uit te sluiten.

239. Op dit moment hebben noch het Belgische Hof van Cassatie, noch de Belgische wetgever een uitspraak gedaan over de aanvaardbaarheid van wrongful birth- en wrongful life-vorderingen. Het is dus afwachten totdat de uitspraak van het Hof van Cassatie bekend gemaakt wordt, voordat men het standpunt van de hoogste Belgische rechtspraak over deze problematiek kent. Indien dergelijke vorderingen toegekend worden, zal het aan de wetgever toekomen om een besluit te vellen over de wenselijkheid van deze oplossing. Over deze problematiek is het laatste woord dus zeker nog niet gezegd.

⁶⁰⁷ *Supra* 103-104, nrs. 224-228.

⁶⁰⁸ Hoge Raad 18 maart 2005, nr. C03/206HR, LJN AR5213.

⁶⁰⁹ Art. L114-5 Code de l'action sociale et des familles (ingevoerd door de anti-Perruche wet).

⁶¹⁰ S 1(1) en (2) Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976.

BIBLIOGRAFIE

EHRM

- EHRM 26 mei 2011, nr. 27617/04.

BELGIË

Parlementaire stukken

- Memorie van toelichting bij wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-02, 1642/001, 18;
- Memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, *Parl.St.* Kamer 2006-07, 3012/001, 14.
- Wetsontwerp betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg (I), Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2009-10, 2240/001, 29;
- Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid, het leefmilieu en de maatschappelijke hernieuwing uitgebracht door mevrouw Colette Burgeon, *Parl.St.* Kamer 2009-10, 2240/006, 87;
- Wetsvoorstel tot aanvulling van de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie, wat minderjarigen betreft, *Parl.St.* Kamer 2010-11, 0496/011.

Wetgeving

- Burgerlijk Wetboek
- Strafwetboek
- Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten;
- Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken;
- Wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst;
- Wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt;
- Wet van 15 mei 2007 betreffende de uitoefening van de gezondheidsberoepen;
- Gecoördineerde wet van 10 juli 2008 betreffende de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen;
- Wet van 31 maart 2010 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg;
- KB nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidsberoepen;

Codes

- Code van 19 november 1975 van geneeskundige plichtenleer.

Rechtspraak

- Cass. 5 mei 1971, *JT* 1971, 662;
- Cass. 4 juni 1971, *Arr.Cass.* 1971, 989;
- Cass. 7 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 395;
- Cass. 3 maart 1978, *Arr.Cass.* 1978, 780;
- Cass. 21 juni 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, 1268;
- Cass. 14 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-86, 179;
- Cass. 12 december 1980, *Arr.Cass.* 1980-81, 424;
- Cass. 28 maart 1990, *JT* 1990, 452;
- Cass. 26 oktober 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, 244;
- Cass. 23 januari 1991, AR 8511;
- Cass. 24 januari 1991, AR 8802;
- Cass. 14 mei 1992, AR 9336;
- Cass. 25 maart 1999, AR C.96.0404.N;
- Cass. 19 februari 2001, AR C.99.0014.N;
- Cass. 19 februari 2001, AR C.99.0183.N;
- Cass. 19 februari 2001, AR C.99.0228.N;
- Cass. 19 februari 2001, AR C.00.0242.N;
- Cass. 20 februari 2001, AR P.98.1629.N;
- Cass. 3 januari 2002, AR C.98.0280.N;
- Cass. 26 september 2002, AR C.00.0648.F;
- Cass. 27 februari 2003, AR C.01.0457.F;
- Cass. 5 juni 2003, *TBBR* 2005, afl. 2, 110, noot WEYTS, B.;
- Cass. 16 december 2004, *RW* 2004-05, 1553, noot NYS, H.;
- Cass. 16 december 2004, *T.Gez.* 2004-05, 298;
- Cass. 28 januari 2005, AR C.02.0272.N;
- Cass. 21 februari 2006, AR P.05.1473.N;
- Cass. 16 maart 2006, AR C.05.0299.N;
- Cass. 29 september 2006, AR C.030502.N;
- Cass. 27 november 2007, AR C.05.0310.N;
- Cass. 5 juni 2008, AR C.07.0199.N;
- Cass. 19 september 2008, AR C.07.0317.N, *NjW* 2009, 218, noot JOCQUE, G.;
- Cass. 4 februari 2010, AR C. 09.0246.N;
- Cass. 30 mei 2011, AR C.09.0499.N;

- Brussel 8 mei 1985, *JT* 1986, 252, noot VAN GYSEL, A.;
- Antwerpen 9 november 1987, *RW* 1987-88, 1336, noot VANSWEEVELT, T.;
- Luik 26 maart 1991, *Pas.* 1991, II, 132;
- Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401;
- Brussel 24 september 1992, *T.Gez.* 1998-99, 51;
- Antwerpen 15 juni 1994, *T.Gez.* 1996-97, 358, noot TER HEERDT, J.;
- Bergen 28 juni 1994, *T.Gez.* 1995-96, 291, noot;
- Gent 4 mei 1995, *T.Gez.* 1998-99, 53;
- Luik 20 december 1995, *T.Gez.* 1996-97, 271;
- Luik 23 december 1997, *RGAR* 1999, nr. 13168;
- Antwerpen 20 december 1999, *T.Gez.* 2001-02, 37;
- Bergen 13 januari 2000, *T.Gez.* 2000-01, 379;
- Antwerpen 10 april 2000, *Huur* 2000, 148;
- Antwerpen 30 april 2001, *T.Gez.* 2002-03, 171;
- Luik 10 mei 2001, *T.Gez.* 2001-02, 247, noot TER HEERDT, J.;
- Antwerpen 8 april 2002, *NjW* 2002, 246, noot;
- Luik 24 juni 2002, *T.Gez.* 2007-08, 242;
- Antwerpen 8 september 2003, *T.Gez.* 2004-05, 389;
- Bergen 29 juni 2004, *T.Gez.* 2006-07, 34, noot;
- Antwerpen 13 december 2004, *T.Gez.* 2005-06, 33;
- Antwerpen 27 november 2006, *T.Gez.* 2008-09, 132, noot R.V.;
- Gent 15 februari 2007, *NjW* 2007, 415, noot JOCQUE, G.;
- Antwerpen 24 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, afl. 1, 47, noot CALLENS, S.;
- Gent 27 september 2007, *T.Gez.* 2008-09, 404, noot T.V.;
- Antwerpen 1 december 2008, *T.Gez.* 2010-11, 158, noot R.V. en S.P.;
- Luik 22 januari 2009, *T.Gez.* 2009-10, afl. 4, 215, noot PANIS, S.;
- Brussel 16 juni 2009, *RGAR* 2010, nr. 14631;
- Brussel 13 januari 2010, *RGAR* 2010, nr. 14655;
- Brussel 25 mei 2010, *RGAR* 2010, nr. 14674, noot;
- Luik 9 september 2010, *T.Verz.* 2011, 459;
- Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, nr. 14675, noot ESTIENNE, N.;
- Antwerpen 17 januari 2011, *T.Verz.* 2011, 334;
- Gent 3 november 2011, 2010/AR/1768, *T.Gez.* 2011-2012, 205, noot HUYGENS, A.;

- Rb. Doornik 13 december 1928, *Pas.* 1929, III, 152;
- Rb. Antwerpen 17 januari 1980, *T.Verz.* 1981, 183 en *VI.T.Gez.* 1981, 34;
- Rb. Bergen 4 november 1980, *RGAR* 1982, nr. 10467;
- Rb. Turnhout 24 februari 1981, *RGAR* 1982, nr. 10480;
- Rb. Hasselt 26 september 1989, *TBBR* 1990 (verkort), 76;
- Rb. Hasselt 23 oktober 1989, *TBBR* 1990, 372;
- Rb. Bergen 8 december 1989, *T.Verz.* 1992, 281;
- Rb. Antwerpen 26 februari 1992, *TBBR* 1993, 401;
- Rb. Mechelen 9 juni 1992, *T.Gez.* 1996-97, 374;
- Rb. Kortrijk 1 februari 1994, *RW* 1995-96, 57, noot;
- Rb. Luik 24 oktober 1995, *T.Gez.* 1996-97, 42;
- Rb. Brussel 21 april 2001, *TBBR* 2006, 108, noot MARCHETTI, R., MONTERO, E. en PÜTZ, A.;
- Rb. Brussel 7 juni 2002, *TBBR* 2002, afl. 7, 483;
- Rb. Brussel 21 april 2004, *T.Gez.* 2004-05, afl. 5, 380;
- Rb. Gent 7 mei 2004, *T.Gez.* 2007-08, 162;
- Rb. Luik 17 januari 2005, *JLMB* 2006, 1185;
- Rb. Dinant 31 mei 2005, *T.Gez.* 2009-10, 35, noot N.V.;
- Rb. Bergen 21 december 2005, *T.Verz.* 2007, 242, noot;
- Rb. Brussel 21 maart 2006, *T.Gez.* 2009-10, 137, noot M.N.V.;
- Rb. Gent 14 april 2006, *T.Gez.* 2009-10, 142, noot T.V.;
- Rb. Veurne 10 oktober 2007, *T.Verz.* 2008, 440;
- Rb. Brussel 26 oktober 2007, *T.Gez.* 2008-09, 128, noot T.V.;
- Rb. Antwerpen 23 april 2009, *T.Gez.* 2009-10, 227, noot PANIS, S.;
- Corr. Leuven 30 juni 1992, *VI.T.Gez.* 1992-93, 109, noot DEWALLENS, F.;
- Pol. Gent 30 juni 2008, *RW* 2009-10, 1015;
- Vred. Gent 7 oktober 1994, *TGR* 1996, 12.

Rechtsleer

- AUDOORE, S., "Kinderen zelf naar de rechter?", *T.Fam.* 2008, afl. 9, 157-159;
- BALTHAZAR, T., "Wrongful birth, wrongful life", *Juristenkrant* 2010, afl. 220, 7;

- BALTHAZAR, T., "De potentiële impact van de patiëntenrechtenwet op procedures inzake aansprakelijkheid van artsen en ziekenhuizen" in Vlaamse conferentie der balie van Gent, *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 25-50;
- BEAUTHIER, J.-P. (ed.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse?*, Brussel, Larcier, 2008, 65-114;
- BOCKEN, H. en BOONE, I., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2011, 284 p.;
- BOCKEN, H., "Het verlies van een kans: vergoedbare schade? Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008", *T.Verz.* 2008, 421-424;
- BOONE, I., LIERMAN, S. en JOCQUÉ, G., "Nieuwe vergoedingsregeling voor schade ingevolge medische ongevallen. Wet 31 maart 2010", *NjW* 2011, 158-168;
- BOONE, I. en LIERMAN, S. (eds.) , *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 115;
- CALLENS, S., *Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*, Antwerpen, Maklu, 1995, 56-57;
- CALLENS, S., "Duidingsnoot" (noot onder Antwerpen 24 september 2007), *T.Gez.* 2008-09, afl. 1, 54-55;
- COLETTE-BASECQZ, N., "Een zaak 'Perruche' in België tien jaar later!", *T.Gez.* 2010-11, 380-381;
- DELBEKE, E., "De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskenning", *T.Gez.* 2007-08, 355-369;
- DE KEZEL, E., "Naar een veralgemeende procesbekwaamheid van minderjarigen in burgerrechtelijke zaken?", *TJK* 2001, 51-57;
- DE KEZEL, E., "Het recht op rechtsingang van de minderjarige: een nieuwe lente in zicht?", *TJK* 2002, afl. 3, 129-131;
- DE KEZEL, E., "Wrongful birth en wrongful life. Een stand van zaken", *NjW* 2004, 546-551;
- DE MEUTER, S., "Wrongful life - Wrongful Birth - Wrongful conception or pregnancy claim: inventarisatie van de begrippen - theoretisch raamwerk - proeve van probleemoplossing" in MAGITS, M., DE LEVAL, G., LAENENS, J., LEMMENS, P., LINSMEAU, J., STORME, M., VAN COMPERNOLLE, J., BEIRLAEN, A., HEURTERRE, P., SPRUYT, A. en BAETEMAN, J., *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E.Story-Scientia, 1991, 61-74;
- DE SOMER, L., "Beperking van de schade door de benadeelde" in BREWAEYS, L., DE KEYSER, E., DE SOMER, L., HULLEBROECK, G., SCHILDERMANS, C., SCHRIJVERS, J. en SURMONT, S., *Handboek*

Letselschade Gemeen Recht, Mechelen, Kluwer, 2011, losbl., A.II, 37-38 en 45 en www.jura.be;

- D'HAESE, R., "Medische contracten in het licht van het recht op eerbied voor de fysieke integriteit. De informed consent-vereiste als raakpunt", *TBBR* 2010, 430-457;
- DIJKHOFFZ, W., "Organisatiefouten in ziekenhuisverband", *T.Gez.* 2006-07, 240-258;
- DILLEN, M. en DEWALLENS, F., "Wrongful life made in Belgium: geboren worden kan uw gezondheid schaden", *T.Gez.* 2011-2012, 190-197;
- DIRIX, E. TILLEMANS, B. en VAN ORSHOVEN, P. (eds.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 181, 301 en 381;
- DIRIX, E., "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. (FR) 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 209-211;
- FAGNART, J.-L., "De vergoeding van medische ongevallen. Voorstel van hervorming" in PRIMIS, A., DE RUYVER, B., GULDIX, E. en T. VANSWEEVELT, T. (eds.), *Aansprakelijkheid en medische ongevallen*, Gent, Mys & Breesch, 1996,
- GENICOT, G., *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 96-98;
- GOFFIN, T., *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 285;
- GOSSERIES, A., "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, afl. 3, nr. 14722;
- HERBOTS, J., "Basisbeginselen van civielrechtelijke aansprakelijkheid" in PRIMIS, A., DE RUYVER, B., GULDIX, E. en T. VANSWEEVELT, T. (eds.), *De aansprakelijkheid in ziekenhuisverband*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 1-23;
- HERMANS, P. en LAMINE, L., "De aansprakelijkheid van het medisch team", *RW* 1979-80, 802-818;
- HUYGENS, A., "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan" (noot onder Gent 3 november 2011), *T.Gez.* 2011-2012, 212-229;
- KRUIHOF, R., "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2737-2778;
- LAVRYSEN, L., "Recht op toegang tot reproductieve gezondheidsinfo belangrijk voor EHRM", *Juristenkrant* 2011, afl. 235, 2
- LELEU, Y.-H. en GENICOT, G. *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 48-179;
- LEMMENS, C., "Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis?", *T.Gez.* 2007-08, 375-384;

- LEMMENS, C., "Levenseindebeslissingen en zwangere vrouwen. Recht op zelfbepaling of dwingt de foetus tot naastenliefde?", *T.Gez.* 2010-11, 303-316;
- LIERMAN, S., "Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskening door de arts", *T.Gez.* 2004-05, 302-308;
- LIERMAN, S., "Causaliteit en verlies van een kans in de medische context", *T.Gez.* 2006-07, 259-273;
- MARCHETTI, R., MONTERO, E. en PÜTZ, A., "La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic: un préjudice réparable? La perte d'une chance de ne pas naître?" (noot onder rb. Brussel 21 april 2001), *TBBR* 2006, 117-132;
- MASSA, A., "Onopzettelijk doden en onopzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel" in LAMBERT, P., DETERBECK, F., BRUGGEMAN, W., DELBROUCK, I., FRANSEN, H., VANSWEEVELT, T., BERKMOES, H., MARUT, A., VASTIAU, L., RUYPERS, H., LOENDERS, G., NUYTS, C., BAERT, G., HERBOTS, P., MASSET, A., PEVEE, C., CRAUWELS, D., FIERLAFIJN, M., GUTWIRTH, S., DE SCHUTTER, B., SCHAMPAERT, E., LANNON, G., LEENAERTS, J., ROEF, A., ARTEMIEFF, J., STAELENS, F., JAUMOTTE, J., MAES, F., DEWANDELEER, D., VAN BEYLEN, L., VAN CAUWENBERGHE, K., VERMEIRE, L., PLAS, G., PAUWELIJN, M., VAN KONNEGEM, F., VAN DEN HEUVEL, E., BEKE, G., DERAEEVE, D., CALLU, M., WIDAR, C., BOCKSTAELE, M., KRIKEMANS, J., VANDROMME, T., DISTER, J., MASSA, A., STUYCK, C., BERBUTO, S., BAEKE, W., LUYPAERS, P., DE RAEDT, E., GEURTS, D., GEERITS, M., JACOBS, A., D'HAESE, W., DISPA, A., BASTIAENSEN, A., MEUNIER, C., REMY, A., DERRE, S., GUERRA, V., FRANCOIS, L., QUATAERT, J., VAN DEN BERGE, Y., GEYSELS, F., DE SMET, P., VAN DE MAELE, F., WAUTERS, L., VAN DOORSLAER, D., DEBRUYNE, D., *Postal Memorialis. Lexicon strafrecht, strafvordering en bijzondere wetten*, Mechelen, Kluwer, losbl., O 95/01 - O 95/21 en www.jura.be;
- MEULENBERGS, T., "Recht op niet-leven?", *A.Hosp.* 2001, afl. 4, 68-72;
- NYS, H., *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2005, p. 714;
- NYS, H., "Prenatale erfelijkheidsdiagnostiek: juridische beschouwingen" in Vlaamse Wetenschappelijke Vereniging voor Jeugdzorg (ed.), *Juridische en deontologische aspecten van de jeugdgezondheidszorg*, Leuven, Garant, 1996, 9-15;
- NYS, H., "Abortus provocatus of zwangerschapsafbreking" in DECOCK, G., DE BAUW, M., D'HANIS, H., JANSSENS, V., NYS, H., PEETERS, E., VANDE MOORTELE, J. en VANCORENLANDE, K., *Recht voor verpleegkundigen en vroedvrouwen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 204;
- NYS, H., "De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 2007 en 2008", *T.Gez.* 2009-10, 87-116;

- OSSIEUR, S., "De medische aansprakelijkheidsverzekering" in BAEYENS, J.P., CUYPERS, R., D'HUYS, S., GONTHIER, W., GOVAERTS, G., NYS, H., OSSIEUR, S., POPELIER, G., VAN DEN EEDEN, E., VAN DIJCK, H. en VANSWEEVELT, T., *Zakboekje voor de ziekenhuisarts*, Diegem, Kluwer, 2000, 111-121;
- PANIS, S., "L'action en grossesse préjudiciable (wrongful pregnancy)" (noot onder Luik 22 januari 2009), *T.Gez.* 2009-10, 217-226;
- PHILIPPE, D., "Le bon père de famille est-il désincarné?" (noot onder Cass. 5 juni 2003), *JLMB* 2004, 547-548;
- PIRET, J., "'Wrongful life' en de zaak Rukiyé", *NjW* 2011, afl. 243, 354-365;
- RIGAUX, F., "Observations - Du bon et du mauvais usage de l'alternative" (noot onder Cass. (FR) 17 november 2000), *Rev.trim.D.H.* 2001, 1258-1267.
- ROBERT, T., "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 39-44 en 53 en 67-70;
- ROBERT, T., "De nieuwe cassatierechtspraak over de doorbreking van het oorzakelijk verband door een eigen juridische oorzaak: samen met de doorbrekingsleer ook het secundariteitscriterium definitief verworpen?" (noot onder Cass. 10 december 2001), *TBBR* 2003, 523-534;
- RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling* in APR, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 102-115 en 337-338;
- SCHAMPS, G., "De foutloze vergoeding van schade inzake gezondheidszorg: Een stand van zaken", *T.Gez.* 2008-09, 364-371;
- SIMOENS, D., "Plicht tot schadeloosstelling en plicht tot schadebeperking: twee facetten van eenzelfde wetsvoorschrift", *TBBR* 2004, 425-428;
- SIMOENS, D., "Beschouwingen over de voordeelstoerekening bij de begroting van schade, geleden door een onrechtmatige daad", *TBBR* 2005, 389-390;
- TER HEERDT, J., "Een heropflakking van de «Wrongful Pregnancy Claim»: enkele bedenkingen" (noot onder Antwerpen 15 juni 1994), *T.Gez.* 1996-97, 359-365;
- TER HEERDT, J., "'Wrongful life' en 'Wrongful Birth', een 'never ending story': twee arresten die de controverse rond vorderingen tot schadevergoeding voor de geboorte van een ongewenst of gehandicapt kind weer volop in de schijnwerper plaatsen" (noot onder Luik 10 mei 2001), *T.Gez.* 2001-02, 250-255;
- TROUET, C., "Wrongful birth en wrongful life: nieuwe risico's bij preconceptioneel en prenataal onderzoek?", *T.Gez.* 1998-99, 284-288;

- UYTTERHOEVEN, K., "Onderwijsrechtelijke bedenkingen over de ouderlijke onderhoudsverplichting ten aanzien van meerderjarige studerende kinderen", *T.Fam.* 2011, afl. 5, 86-87;
- VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1997, 960 p.;
- VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentie, 2009, 399-424 en 453-551;
- VERLINDEN, J., "Twintig jaar productaansprakelijkheid. Een stand van zaken" in DEBAENE, M. en SOENS, P. (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht: actuele tendensen*, Gent, Larcier, 2005, 29-65;
- W.D., "Duidingsnoot" (noot onder rb. Brussel 15 oktober 2008), *T.Gez.* 2009-10, 43-45;
- WEYTS, B., "Wordt de algemene zorgvuldigheidsnorm steeds subjectiever?" (noot onder Cass. 5 juni 2003), *TBBR* 2005, 112-115;
- WEYTS, B., "Over een ontplofte vuilniszak met schade aan een wagen tot gevolg. Bewaring van een gebrekkige zaak in de zin van artikel 1384, 1ste lid B.W." (noot onder Brussel 18 april 2007), *TBBR* 2008, 333-336;

Krantenartikels

- DESLOOVER, J. en YSEBAERT, T., "Moet alle potentiële leven ook gerealiseerd worden?", *De Standaard* 10 december 2010, www.standaard.be;
- DE WIT, J., "Het recht om niet geboren te worden", *Gazet van Antwerpen* 10 december 2010, www.gva.be;
- MAECKELBERGH, B., "Geboorte gehandicapt kind kost ziekenhuis 400.000 euro", *De Morgen* 9 december 2010, www.demorgen.be.

FRANKRIJK

Rechtspraak (www.legifrance.gouv.fr)

- Cass. (FR) 20 mei 1936, *Dalloz* 1936, 88, concl. MATTER, P.;
- Cass. (FR) 9 mei 1983, nr. 82-12227;
- Cass. (FR) 25 juni 1991, nr. 89-18617;
- Cass. (FR) 26 maart 1996, nrs. 94-11791 en 94-14158, *Dalloz* 1997, 35;
- Cass. (FR) 4 februari 1998, nr. 97-80305;
- Cass. (FR) 17 november 2000, nr. 99-13701;
- Conseil d'État 2 juli 1982, nr. 23141;
- Conseil d'État 14 februari 1997, nr. 133238;

- C.A.A. Nancy 30 september 1993, nr. 92NC00655.

Rechtsleer

- BONNINGUES, V., *Naissance et vie préjudiciables de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale*, masterproef vakgroep privaatrecht Lille II, 2000-01, faculty.ksu.edu.sa/dr.reda/Documents/القانونيةالمكتوبة/, p. 117;
- FAGNART, J.-L., "L'absence de diagnostic et l'enfant né handicapé" in BEAUTHIER, J.-P. (ed.), *Justice et dommage corporel. Symbiose ou controverse?*, Brussel, Larcier, 2008, 81-99;
- GENICOT, G., "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 79-98;
- HOCQUET-BERG, S. en PY, B., *La responsabilité du médecin*, Parijs, Heures de France, 2006, 51-58;
- LAMBERT-FAIVRE, Y., *Droit du dommage corporel. systèmes d'indemnisation*, Parijs, Dalloz, 2004, 732-740;
- LANSAC, J. en SABOURAUD, M., "Les conséquences de la judiciarisation de la médecine sur la pratique médicale", *Les Tribunes de la santé* 2004/4, nr. 5, 47-56 en www.cairn.info/revue-les-tribunes-de-la-sante-2004-4-page-47.htm;
- PITCHO, P., "Wrongful Birth and Wrongful Life regarding French Law" in KORTMANN, S.C.J.J. en HAMEL, B.C.J. (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 93-107.

NEDERLAND

Rechtspraak (zoeken.rechtspraak.nl)

- Hoge Raad 21 februari 1997, *NJ* (NL) 1999, 145, concl. VRANKEN, noot CJHB;
- Hoge Raad 18 maart 2005, nr. C03/206HR, LJN AR5213;
- Hoge Raad 16 april 2010, nr. 09/00417, LJN BL2229;
- Gerechtshof Arnhem 21 november 2000, nr. 2000/137, LJN AA8999;
- Gerechtshof 's-Gravenhage 26 maart 2003, nr. 2000/564, LJN AF6263;
- Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, LJN BB2375;
- Gerechtshof Amsterdam 30 september 2008, nr. 106.002.479/01, LJN BN5622.

Rechtsleer

- BEERTHUIZEN, R.J.C.M., *Anticonceptie op maat. Van puberteit tot overgang*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, 2009, 32 69 72;

- BUIJSEN, M.A.J.M., "In overeenstemming met de aard van de schade? Over de toewijzing van de wrongful life-vordering in de zaak Kelly", *NJB* (NL) 2005, 835-840;
- CJHB, "noot" (noot onder Hoge Raad 21 februari 1997), *NJ* (NL) 1999, 853-956;
- DE JONG, J.T.E., *Chirurgie*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2002, 305;
- DERKS, M. en DOORNBOS, J.P.R., "Correct geplaatst, toch zwanger", *Medisch Contact* (NL) 2008, afl. 37, 1518-1519 en medischcontact.artsennet.nl;
- ENGBERTS, D.P. en KALMAN-BOGERD, L.E. (eds.), *Gezondheidsrecht*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2009, 82.
- HIJMA, J., "Wrongful birth (O./B.)", *Ars Aequi* (NL) 1997, 431-438;
- KORTMANN, S.C.J.J. en HAMEL, B.C.J. (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, p. 204;
- LINDENBERGH, S.D., "Blij met de geboorte van... een schadeclaim. Schadevergoeding wegens wrongful birth en wrongful life", *Ars Aequi* (NL) 2003, 365-374;
- SPIER, J., HARTLIEF, T. VAN MAANEN, G.E. en VRIESENDORP, R.D., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 2009, 292-300;
- STOLKER, C.J.J.M., *Aansprakelijkheid van de arts. In het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer, Kluwer, 1988, p.214;
- STOLKER, C.J.J.M., "Who's afraid of wrongful birth", *WPNR* (NL) 1997, 191-196 en <https://openaccess.leidenuniv.nl/>;
- VAN DRUNEN, B., "Vertegenwoordiging bij 'wrongful life'-claims: een contradictio in terminis", *Ars Aequi* (NL) 2005, 148-150;
- VERHOEVEN, A.T.M. en W.M. ANKUM, W.M., "Miraculeus oordeel over mislukte sterilisatie", *Medisch Contact* (NL) 2007, afl. 40, 1618 en medischcontact.artsennet.nl;
- Concl. VRANKEN (Hoge Raad 21 februari 1997), *NJ* (NL) 1999, 841-850.

Krantenartikels

- FOGTELOO, M., "Ongewenst geboren. Ongewenst kind zorgt voor chaos onder juristen én artsen", *De Groene Amsterdammer* 28 juni 2003, www.groene.nl;
- HAGERS, M., "Kelly krijgt haar leven vergoed", *NRC Handelsblad* september 2005, www.nrc.nl, 7.

GROOT-BRITTANNIË

Rechtspraak (www.westlaw.com)

- *McFarlane v. Tayside Health Board* 2000 S.L.T. 154, [2000] 2 A.C. 59;

- *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2004] 1 A.C. 309, 2003 WL 22257848;
- *McKay v. Essex AHA* [1982] Q.B. 1166;
- *Walkin v. South Manchester HA* [1995] 1 W.L.R. 1543, 1995 WL 1082723;
- *Parkinson v St James and Seacroft University Hospital NHS Trust* 2001 WL 171997;
- *Groom v Selby* 2001 WL 1171779.

Rechtsleer

- CHICO, V., "Saviour siblings: trauma and tort law", *Med.L.Rev.* 2006, 14(2), 180-218 en www.westlaw.com;
- ELVIN, J., "Are healthy children always a blessing?", *C.L.J.* 2002, 61(3), 516-519 en www.westlaw.com;
- LORD RODGER OF EARLSFERRY, "Wrongful Birth in United Kingdom Law" in KORTMANN, S.C.J.J. en HAMEL, B.C.J. (eds.), *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer, Kluwer, 2004, 43-52;
- MASON, J.K., "Unwanted pregnancy: a case of retroversion?", *Edin.L.R.* 2000, 4(2), 191-206 en www.westlaw.com;
- WHITFIELD QC, A. "Actions Arising From Birth" in GRUBB, A. (ed.), *Principles of medical law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 789-851.

ANDERE

Rechtspraak (Verenigde Staten: www.westlaw.com)

- *Shaheen v. Knight*, 11 Pa D. & C.2d 41 (1957);
- *Gleitman v. Casgrove*, 227 A.2d 689 (1967);
- *Troppe v. Scarf*, 31 Mich.App. 240 (1971);
- *Berman v. Allan* 26, 404 A.2d 8 (1979);
- *Turpin v. Sortini*, 31 Cal. 3d 220 (1982).

Rechtsleer

- FAURE, M. en KOZIOL, H. (eds.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Wenen, Springer, 2001, p. 331;
- GIESEN, I., "Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems", *THRHR* (Zuid-Afrika) 2009, Vol. 72, 259 en <http://papers.ssrn.com>;
- WELLMAN, C., *Medical Law and Moral Rights*, Dordrecht, Springer, 2005, 70-71.

Krantenartikels

- DUERSON, M.H., "Parents awarded \$2.9M in 'wrongful birth' lawsuit over daughter born with Down syndrome", *New York Daily News* 11 maart 2012, www.nydailynews.com;
- GREEN, A., "Portland-area couple sues Legacy Health for \$3 million for 'wrongful birth' after child born with Down syndrome", *The Oregonian daily newspaper* 8 maart 2012, www.oregonlive.com;
- KATRANJIAN, O., "Parents Get \$2.9M in Down Syndrome Girl 'Wrongful Birth' Suit", *abcNews* 10 maart 2012, abcnews.go.com.