

McFarlane v. Tayside Health Board: aansprakelijkheid van artsen voor 'wrongful conception'¹

I. Inleiding

Op 25 november 1999 deed het House of Lords uitspraak in de zaak *McFarlane and Another v. Tayside Health Board (Scotland)*.² Deze zaak betrof de aansprakelijkheid van een ziekenhuis voor een ondeugdelijk uitgevoerde sterilisatieprocedure die resulteerde in de geboorte van een gezond kind. De moeder vorderde vergoeding van de schade met betrekking tot de 'pain and suffering' die zij als gevolg van de ongewenste zwangerschap en de geboorte had geleden. Daarenboven vorderden de ouders gezamenlijk vergoeding van de kosten met betrekking tot het onderhoud van het kind. Het is voor het eerst dat in het Verenigd Koninkrijk een dergelijke zaak op het hoogste niveau is beslist. De lagere rechtspraak tenderde de laatste 20 jaar in een toekenning van beide vorderingen. De meerderheid van de Lords volgde die rechtspraak voorzover het de vordering van de moeder betrof. De vordering met betrekking tot de onderhoudskosten werd daarentegen unaniem afgewezen, waarmee een definitieve streep door de lagere rechtspraak werd gezet.

De uitspraak is lijk en indrukwekkend. De Lords trekken alle registers open en laten met betrekking tot de vordering van de ouders geen voor- of tegenargument onderbelicht, daarbij veelvuldig verwijzend naar Amerikaanse en Commonwealth jurisprudentie en, zij het in veel bescheidenere mate, naar rechtspraak van het Bundesgerichtshof, de Hoge Raad en de Cour de Cassation.³ Alle Lords doen een poging hun 'opinion' in te bedden in het stelsel van het Engelse aansprakelijkheidsrecht, waarbij de een wat sterker dan de ander leunt op louter morele overwegingen.⁴ Uit elke 'opinion' blijkt dat de betreffende Lord zich voor een dilemma gesteld heeft gezien. Dat mag op zich niet vreemd worden genoemd, wanneer we terugdenken aan de beroering die in 1997 in ons land ontstond naar aanleiding van het 'wrongful birth'-arrest van de Hoge Raad.⁵ Zeker bij een 'wrongful birth'-zaak - of wellicht beter: 'wrongful conception'⁶ - blijkt eens te meer dat rechtsvinding meer is dan een proces van louter probleemformulering en -oplossing, uitgeoefend door vakbekwame maar emotionele loodgieters.⁷

In deze bijdrage willen wij wat dieper ingaan op de uitspraak van het House of Lords in de *McFarlane*-zaak. Die uitspraak nemen wij als vertrekpunt, om vervolgens het Engelse recht⁸ te vergelijken met het Nederlandse recht. Wij zijn met name geïnteresseerd in het antwoord op de vraag waarom de Lords tot een andere uitkomst kwamen dan de Hoge Raad.

2. De McFarlane-zaak in feitelijke instanties

2.1. De feiten

George en Laura McFarlane hebben reeds vier kinderen wanneer zij, mede vanwege de omvang van hun gezin, naar een wat grotere woning verhuizen. Om die nieuwe woning te kunnen bekostigen sluiten zij een hogere hypotheek af. Ten einde aan de toegenomen financiële verplichtingen van het gezin te kunnen vol-

- 1 Zie voor de verantwoording voor het bezigen van het begrip 'wrongful conception' in plaats van 'wrongful birth' hierna noot 7.
- 2 [1999] 4 All ER 963; N.L.J. 1999, 1868. Voor de eerste (niet juridische) publicaties over deze zaak zie: D. Brahams, 'End of compensation for unwanted healthy children', *The Lancet*, vol. 354, 1999, p. 1924; 'No damages for cost of bringing up child', *The Times*, 26 November 1999; F. Gibb, 'Couple fail in vasectomy payout battle', *The Times*, 26 November 1999; J. Ellis Cameron-Perry, 'Return of the burden of the "blessing"', *N.L.J.* 1999, 1887.
- 3 Zie [1999] 4 All ER 969 (j) t/m 970 (a) en 976 (b-c), waaruit overigens lijkt te kunnen worden afgeleid dat de continentale rechtspraak 'slechts' in beschouwing is genomen aan de hand van rechtsvergelijkende literatuur: W. Van Gerven e.a. (red.), *The common law of Europe casebooks, Torts*, Oxford 1998; A. Stewart, *Damages for the Birth of a Child*, (1995) 40 *JLSS* 298; B.S. Markesinis, *The German Law of Obligations, vol. 2, The Law of Torts: A Comparative Introduction*, 3rd edition, Oxford 1997, p. 155-156.
- 4 Waarmee wij overigens niet zouden willen beweren dat dergelijke overwegingen niets van doen zouden hebben met juridisch inhoudelijke argumenten.
- 5 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 m.nt. CJHB. Zie over dit arrest onder andere: 'Wrongful birth, meningen over HR 21 februari 1997, RvdW 1997, 54C', (E.Ph.R. Sutorius, H.W. Lijftogt, J. Leijten, E.M.H. Hirsch Ballin, J.H. Nieuwenhuis, J. Legemaate, J. Verdonk, P. Cobben) *NJB* 1997, p. 475 en de daaropvolgende reacties van A. Heida en P.J. Slot, *NJB* 1997, 1176; C.J.J.M. Stolker, 'Who's afraid of wrongful birth?', *WPNR* (1997) 6262, p. 191 en dezelfde, *A&V* 1997/4, p. 100; B. van Roermund, 'Het verdwijnpunt van de wet', *Centrum voor wetgevingsvraagstukken*, Deventer 1997, p. 81 e.v. en dezelfde, 'De rekening van het kind: aansprakelijkheid voor "wrongful birth"', *RW* 1997, p. 1317, alsmede 'Het kind als schade. Over ethiek, dogmatiek en "wrongful birth"', *RM Themis* 1998/1; A.J. Verheij, "'Wrongful birth'", *VR* 1998, p. 353; E.M. Hoogervorst e.a., *AAe Katern* 63, p. 2982. Zie over de 'wrongful birth'-problematiek ook J.B.M. Vranken, 'Wrongful birth-zaak splijt Duitse Bundesverfassungsgericht', *NJB* 1998, p. 990.
- 6 Aldus Lord Clyde, [1999] 4 All ER 992 (c-f), ontleend aan de classificatie die werd aangenomen in de Canadese uitspraak *Kealey v. Berezowski* (1996) 136 D.L.R. (4th) 708: 'wrongful life', 'wrongful birth' en 'wrongful conception'. De laatste twee gevallen onderscheiden zich van elkaar in die zin, dat bij 'wrongful birth' sprake is van een medische fout in het kader van de afbreking van een zwangerschap, terwijl in een geval van 'wrongful conception' de fout wordt gemaakt in het kader van een medische behandeling die specifiek is gericht op het voorkomen van zwangerschap. Vergelijk voor het gebruik van de term 'wrongful conception' ook de Supreme Court van Minnesota in de zaak *Sherlock v. Stillwater Clinic* (1977) 260 NW 2d 169 op 170-171.
- 7 Uitdrukking ontleend aan 'P. Essers, Het geweten van de fiscalist', in: C. de Waele (red.), *Betrokken in verscheidenheid*, Tilburg University Press, Tilburg 1994, p. 60. De conclusie van A-G Vranken voor HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, spreekt wat dat betreft boekdelen.
- 8 Hoewel de *McFarlane*-zaak zich onder Schots recht afspeelt, wordt door het House of Lords vastgesteld dat ten aanzien van de te beantwoorden rechtsvraag het Engelse en het Schotse recht hetzelfde zijn: [1999] 4 All ER 974 (b) en eerder op 965 (f), 'It would be strange, even absurd, if they were not', aldus Lord Slynn of Hadley.

doen, besluit Laura McFarlane weer te gaan werken. In overleg met haar man neemt zij voorts het besluit om geen kinderen meer te nemen. Na dit besluit laat George McFarlane zich op 16 oktober 1989 in het ziekenhuis steriliseren. In de maanden januari en februari 1990 worden er enkele tests uitgevoerd om te bezien of de ingreep is geslaagd en of McFarlane onvruchtbaar is geworden. Op 23 maart 1990 wordt hem door de arts medegedeeld dat 'your sperm counts are now negative and you may dispense with contraceptive precautions'.⁹ Dit advies wordt door het echtpaar opgevolgd. In september 1991 echter wordt de zwangerschap bij Laura McFarlane geconstateerd en op 6 mei 1992 wordt het vijfde kind van de McFarlanes geboren, Catharine, waarvan verschillende Lords zich haasten op te merken dat de McFarlanes haar met liefde in hun gezin hebben opgenomen.¹⁰

2.2. De vorderingen en de beoordeling daarvan door de lagere instanties

Er worden twee vorderingen ingesteld jegens het ziekenhuis waar de sterilisatie is uitgevoerd. Laura McFarlane vordert een bedrag van £ 10 000 in verband met 'pain and distress suffered from the pregnancy and the birth'.¹¹ De ouders vorderen gezamenlijk een bedrag van £ 100 000 in verband met 'the cost of rearing the child'.¹² Beide vorderingen worden ingesteld op basis van 'tort of negligence', om precies te zijn 'under the extended *Hedley Byrne*-principle'¹³ (...) based on an assumption of responsibility by the doctor who gave the negligent advice'.¹⁴ De McFarlanes verwijten de arts derhalve niet zozeer dat de sterilisatie mislukt zou zijn, maar dat er een onjuist advies zou zijn gegeven. Beide vorderingen worden in eerste instantie afgewezen door de Lord Ordinary.¹⁵ Ten aanzien van de vordering van de moeder oordeelt Lord Gill,¹⁶ kort gezegd, dat een zwangerschap niet gelijk kan worden gesteld met 'physical injury'. Zelfs wanneer dat wel zou kunnen, zo stelt hij, dan betreft het geen 'injury' waarvoor schadevergoeding kan worden gevorderd. De reden die hij daarvoor aanvoert, is dat de pijn en het ongemak van een zwangere vrouw opzij worden gezet door het bestaan van het kind zelf, alsmede door het geluk dat voor de vrouw als moeder voortvloeit uit het bestaan van het kind.¹⁷ Ten aanzien van de vordering van de ouders oordeelt Lord Gill dat het voorrecht om ouder te mogen zijn niet op geld waardeerbaar is en dat de voordelen van het ouderschap groter zijn dan 'any patrimonial loss' dat door de ouders wordt geleden ten gevolge van het bestaan van het kind. Derhalve kan niet worden gezegd dat de ouders in een 'overall position of loss' zijn komen te verkeren, zodat ook deze vordering dient te worden afgewezen.¹⁸ De uitspraak van de Lord Ordinary wordt in zijn geheel vernietigd door de Second Division of the Court of Session.¹⁹ Dit hof, bestaande uit drie Lords, oordeelt unaniem dat zowel de claim van de moeder als die van de ouders schade betreft die in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt en dat zij dus 'should be allowed a proof before answer that if they could establish negligence they should be given the opportunity to prove the loss, injury and damage which they aver

arises directly from the fact that the wife became pregnant'.²⁰ Het hof volgt de traditionele benadering van het schadevergoedingsrecht. Uitgangspunt is dat er een recht geschonden is, waardoor schade is ontstaan. De schade bestaat uit de fysieke en financiële consequenties van de ongewenste zwangerschap en de geboorte. Het is derhalve niet het bestaan van het kind zelf dat als 'harm' voor de ouders zou moeten worden gekwalificeerd, om tot toekenning van de vorderingen te kunnen overgaan. Ten aanzien van de afwijzing door de Lord Ordinary van de primaire vordering oordeelt het hof dat de door Laura McFarlane geleden schade niet teniet wordt gedaan door de post-natale vreugde die zij als moeder ervaart. Met betrekking tot de tweede vordering wordt geoordeeld dat de McFarlanes extra kosten moeten maken als gevolg van de nalatigheid van de arts: dat is de schade die zij hebben geleden. Hun beslissing om Catharine te houden en niet voor abortus of adoptie te kiezen heeft het causale verband tussen de 'negligence' van de arts en die schade niet doorbroken.²¹ Ten onrechte heeft de Lord Ordinary aangenomen dat de vreugde die ouders beleven door het hebben van een kind in alle gevallen de door hen geleden financiële schade zou overstijgen. Ook zogenaamde 'public policy'-argumenten staan aan de vordering niet in de weg: dat zijn geen argumenten op basis waarvan een dergelijke kwestie door een rechter bevestigd moet worden.

3. House of Lords: de vordering van Laura McFarlane

Wij willen slechts kort stil staan bij de beoordeling van de vordering van Laura McFarlane door het House of Lords. De McFarlane-zaak is immers hoofdzakelijk in-

9 [1999] 4 All ER 973 (f).

10 [1999] 4 All ER 964 (a), 973 (d) en 999 (d). Vergelijk ook 984 (c) en 997 (c-d).

11 Zie over het - ook voor Engelse juristen - niet geheel vastomlijnde begrip 'pain and suffering'. *Winfield and Jolowicz on Tort*, 15th ed., London 1998, p. 759; B.S. Markesinis & S.F. Deakin, *Tort Law*, 4th ed., Oxford 1999, p. 764; *Charlesworth & Percy on Negligence*, 9th ed., London 1997, nr. 4-104 t/m 4-107; *McGregor on Damages*, 16th ed., London 1997, nr. 82 t/m 87.

12 Uit de uitspraak van het House of Lords kan niet worden afgeleid voor welke periode de vergoeding wordt gevorderd. Op basis van s 1(5) van de Family Law (Scotland) Act 1985 is het kind tot het 25e levensjaar financieel afhankelijk van de ouders, zie [1999] 4 All ER 983 (j).

13 *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1964] A.C. 465.

14 [1999] 4 All ER 972 (j); 973 (j) t/m 979 (a); 1001 (b).

15 *McFarlane v. Tayside Health Board* 1997 S.L.T. 211. Zie ook [1999] 4 All ER 964 (a-f).

16 'Father of six', zoals J. Ellis Cameron-Perry, t.a.p. p. 1887, subtiel opmerkt.

17 [1999] 4 All ER 964 (b-c).

18 [1999] 4 All ER 964 (c-e).

19 *McFarlane v. Tayside Health Board* 1998 S.L.T. 307. Zie ook [1999] 4 All ER 964 (g) t/m 965 (e). Het Court of Session is de hoogste civiele rechter van Schotland (met het House of Lords in London als laatste beroepsmogelijkheid), vergelijkbaar met het Engelse Court of Appeal (zie http://www.scotcourts.gov.uk/session/session_1.htm).

20 [1999] 4 All ER 964 (a-b).

21 Er zijn overigens geen aanwijzingen in de uitspraak te vinden die er op wijzen dat de Lord Ordinary hier anders over dacht.

teressant vanwege de vordering van de ouders gezamenlijk, die zoals gezegd door de Lords werd afgewezen.

De Lords hebben relatief weinig woorden nodig om het standpunt van de Second Division of the Court of Session ten aanzien van de primaire vordering te onderschrijven.²² Voor wat betreft de honorering van die vordering is de 'leading speech' ontegenzeggelijk die van de hand van Lord Hope of Craighead.²³ Zijn opinie is gebaseerd op een uitvoerige analyse van Anglo-Amerikaanse precedentes, die alle op een enkele uitzondering na de toewijzing van de vordering kunnen schragen. Vertrekpunt van zijn betoog is de stelling dat de fysieke gevolgen die een vrouw ondervindt van een zwangerschap en de geboorte van een kind normaal gesproken als een natuurlijk proces mogen worden beschouwd en in beginsel niet als een 'harm' kunnen worden gekarakteriseerd. In *dit* geval ligt dat echter anders, nu het door het recht erkende recht van de ouders op familieplanning wordt doorkruist door nalatigheid van de adviserende arts. De conceptie van het kind kan in zo'n geval als een 'harmful event' worden beschouwd waarvoor een recht op schadevergoeding bestaat.²⁴ In het recht is vervolgens geen beginsel aan te wijzen op basis waarvan zou kunnen worden geconcludeerd dat bij de vaststelling van de schadevergoeding in een geval waarin de gelaedeerde 'pain and suffering' heeft geleden, ook de voordelen daarvan dienen te worden meegewogen. Er is dan ook geen enkele reden om de opluchting en de vreugde die Laura McFarlane ten deel vielen na de succesvolle bevalling, alsmede het plezier dat zij zal genieten bij het opvoeden van Catharine, bij de toekenning van de schadevergoeding mee te wegen. Lord Hope of Craighead stelt ten slotte nog dat de vordering zijns inziens niet alleen de periode vanaf het begin van de zwangerschap tot en met het moment van de geboorte zou moeten omvatten. Hij bepleit de toepassing van de normale regels met betrekking tot de 'remoteness of damages' zodat ook voor vergoeding in aanmerking dient te komen de schade die is geleden ten gevolge van post-natale ondervonden fysieke en emotionele problemen, alsmede de inkomensderving die is opgetreden in de periode na de geboorte, het laatste voorzover dit samenhangt met de gevolgen die het lichaam van Laura McFarlane door de zwangerschap en de geboorte hebben getroffen.²⁵

4. House of Lords: de vordering van de ouders

4.1. Het Britse recht voorafgaand aan McFarlane

Uit de uitvoerige analyse van de lagere Engelse en Schotse rechtspraak die door verschillende Lords wordt verricht, blijkt dat die rechtspraak zich in de afgelopen 20 jaar heeft ontwikkeld ten gunste van slachtoffers van mislukte sterilisaties.²⁶ Door thans te oordelen dat de kosten met betrekking tot het onderhoud van het kind niet voor vergoeding in aanmerking komen, heeft het House of Lords een einde aan die jurisprudentie gemaakt.

De zaak *Udale v. Bloomsbury Health Authority* wordt algemeen beschouwd als de opmaat tot de ontwikkeling van de voor ouders positieve jurisprudentie.²⁷ De-

ze zaak betrof een bij een vrouw uitgevoerde ondeugdelijke sterilisatie. De vrouw beviel alsnog van een kind en vorderde vergoeding van de onderhoudskosten tot het 16e levensjaar van het kind. Jupp J. wees de vordering af op basis van 'public policy'-argumenten. Deze argumenten werden stuk voor stuk weerlegd door Pain J. in de zaak *Thake and another v. Maurice*.²⁸ De door deze twee tegenstrijdige vonnissen ontstane onduidelijkheid werd vervolgens opgelost door de Court of Appeal in de zaak *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority*.²⁹ Deze zaak betrof de ongewenste geboorte van een kind met aangeboren afwijkingen. De aansprakelijk gestelde arts verweerde zich met de stelling dat onderhoudskosten alleen voor vergoeding in aanmerking dienden te komen voorzover het de met de handicap samenhangende *extra* kosten betrof. De Court of Appeal wees evenwel vergoeding van *alle* onderhoudskosten toe: 'public policy' zou zich niet tegen een dergelijke

22 [1999] 4 All ER 970 (c-f), 979 (c-e), 981 (d) t/m 983 (g), 997 (h-j).

Lord Millett formuleerde overigens een verrassende 'dissenting opinion', zie 1006 (b-g).

23 [1999] 4 All ER 981 (d) t/m 983 (g).

24 Vergelijk ook Lord Clyde: '(...) a clear example of pain and suffering (...) waarvoor (...) a form of restitution can be made', [1999] 4 All ER 995 (j) en 997 (j), alsmede Lord Steyn op 979 (c-d). Opvallend is in dit verband de ogenschijnlijk 'dissenting opinion' van Lord Millett. Hij is de enige die beide vorderingen afwijst op dezelfde gronden: 'The only difference between the two heads of damages claimed is temporal'. (Voor diens motivering tot afwijzing van de vordering van de ouders, zie hierna onder 4.3.3). Het oogt dan ook inconsequent dat hij op het laatste moment besluit de ouders niet met lege handen weg te sturen, omdat zij 'injury and loss' hebben geleden als gevolg van de inbreuk die is gemaakt op hun recht op familieplanning, zie 1006 (a-d). Lord Slynn of Hadley komt tot dezelfde oplossing als Lord Hope of Craighead, zonder de ongewenste conceptie en de geboorte te omschrijven in termen van 'harm' of 'injury'. Waar het volgens hem om gaat is dat deze gebeurtenissen zijn ingetreden terwijl de arts wist dat de ouders die niet hebben gewenst. Het doel van de sterilisatie was immers deze gebeurtenissen te voorkomen, zie 970 (c-e).

25 Vergelijk ook Lord Slynn of Hadley, die naast de toekenning van 'general damages' reden ziet voor toekenning van 'special damages' ter zake van extra medische voorzieningen, kleding (voor de eisers zelf) en een babyuitrusting, alsmede ter zake van de inkomensderving die is opgetreden in verband met de zwangerschap en de geboorte, [1999] 4 All ER 970 (e-f). De inkomensderving wordt ook genoemd door Lord Steyn, 979 (d-e). Lord Millett is van mening dat de aanschaf van zaken als de babyuitzet, de kinderwagen, de maxi-cosi, de box en de kinderstoel net als de onderhoudskosten in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komen. Veel ouders bewaren dergelijke zaken van hun eerste kind immers voor het volgende kind. Wanneer de McFarlanes deze zaken evenwel van de hand hebben gedaan omdat zij in de veronderstelling verkeerden geen kinderen meer te krijgen, dan kunnen aanschafkosten alsnog als 'special damages' voor vergoeding in aanmerking komen, zie 1006 (d-f).

26 De analyse van de Britse rechtspraak is het meest uitvoerig verricht door Lord Slynn of Hadley en Lord Hope of Craighead, zie [1999] 4 All ER 965 (j) t/m 967 (f) en 984 (e) t/m 985 (d). Zie ook Lord Steyn op 974 (c) t/m 975 (a).

27 [1983] 2 All ER 522 en [1983] 1 W.L.R. 1098.

28 [1984] 2 All ER 513 en [1985] 2 W.L.R. 215. De belangrijkste 'public policy'-argumenten zijn ook door het House of Lords gewogen. Zie voor een overzicht hierna 4.3.

29 [1985] Q.B. 1012.

toewijzing verzetten.³⁰ De *Emeh*-zaak wordt in het Verenigd Koninkrijk beschouwd als de 'landmark decision' die in de daaropvolgende jaren zowel door de lagere rechters als door de Court of Appeal steeds is gevolgd.³¹ Ook het House of Lords erkent dat hier sprake is van een consistente lijn.³²

4.2. Analyse door het House of Lords – Inleiding

Vast staat dat de door de McFarlanes gemaakte en nog te maken onderhoudskosten als '(pure) economic loss' (zuivere vermogensschade) moeten worden beschouwd.³³ Daar ligt, zoals wij hierna nog zullen laten zien, de kern van het dilemma waarvoor het House of Lords zich in deze zaak gesteld zag. In het Britse recht is men immers nooit erg happig geweest op het toekennen van 'economic loss claims'. Sinds 1990 zijn de vereisten wat betreft die toekenning alleen maar stringenter geworden.³⁴ De achterliggende reden daarvan wordt dikwijls aangeduid als het 'floodgate'-argument: een ongelimiteerde aansprakelijkheid jegens een onbepaalde groep van benadeelden wordt onwenselijk geacht.³⁵ Deze aanscherping van de eisen heeft zich echter pas ingezet *nadat* het Court of Appeal de belangrijke uitspraak in de *Emeh*-zaak deed.³⁶ De Britse 'wrongful birth'-jurisprudentie paste derhalve weliswaar nog in het aansprakelijkheidsrechtstelsel van de jaren tachtig, doch is, gelet op de ontwikkelingen die zich aan het begin van de jaren negentig voordeden, op gespannen voet met dat systeem komen te staan. Het House of Lords heeft in de *McFarlane*-zaak in essentie geoordeeld dat het huidige systeem geen plaats biedt voor de aansprakelijkheid van artsen voor de onderhoudskosten waarmee ouders worden geconfronteerd wanneer zij als gevolg van een mislukte sterilisatie ongewild een gezond kind in de schoot geworpen hebben gekregen. De Lords zijn daarbij als volgt te werk gegaan. Allereerst hebben zij ieder afzonderlijk argumenten in kaart gebracht die op zichzelf genomen tegen aansprakelijkheid van de arts zouden kunnen worden ingebracht, maar die toch *niet* opgaan. Vervolgens hebben zij de doorslaggevende argumenten gepresenteerd, op grond waarvan aansprakelijkheid desalniettemin dient te worden afgewezen. Deze volgorde van behandeling zullen wij hierna overnemen. De argumenten zijn vanzelfsprekend niet voor iedere Lord hetzelfde, doch er zijn bij verschillende Lords, hetzij direct hetzij indirect, een aantal gemeenschappelijke argumenten terug te vinden. Het feit dat de vordering unaniem is afgewezen, maakt het beantwoorden van de vraag wie de 'leading speech' heeft geschreven niet eenvoudig. Uit de uitspraak lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat dit Lord Steyn moet zijn geweest, nu verschillende van de andere Lords naar zijn speech verwijzen.³⁷ Wij denken echter dat de uitspraak wordt gedragen door de onderlinge samenhang die bestaat tussen de argumenten van Lord Steyn en Lord Hope of Craighead.

4.3. Argumenten die niet aan aansprakelijkheid voor de schade in de weg staan

4.3.1. Abortus en adoptie

In theorie zou kunnen worden betoogd dat het causale verband tussen het onjuiste advies van de arts en de kosten met betrekking tot het onderhoud van het kind is doorbroken als gevolg van de beslissing van de ouders de ongeboren vrucht niet te laten aborteren en het kind evenmin na de geboorte ter adoptie af te staan. Deze stelling lijkt in het gehele geding niet te zijn aangevoerd door de Tayside Health Board, doch dat weerhoudt de meerderheid van de Lords er niet van dit argument met grote stelligheid te verwerpen. Er rust in een geval als het onderhavige op de ouders geen enkele rechtsplicht tot het arrangeren van een abortus of een adoptie. Het recht dient de beslissing van de ouders om het in eerste instantie niet gewenste kind toch te houden, te respecteren. Deze beslissing van de ouders is onverbreekbaar verbonden met hun fundamentele rechten en vrijheden. De verwekking en de geboorte van het kind, alsmede een eventuele abortus of een

30 De toegewezen onderhoudskosten bedroegen overigens een bescheiden bedrag van £ 6000.

31 *Thake v. Maurice* [1986] 1 Q.B. 644 (C.A.); *Gold v. Haringey Health Authority* [1988] 1 Q.B. 481 (C.A.); *Benarr & Another v. Kettering Health Authority* (1988) 138 N.L.J. 179; *Allen v. Bloomsbury Health Authority* [1993] 1 All ER 651; *Salih v. Enfield Health Authority* [1991] 3 All ER 400 (C.A.); *Robinson v. Salford Health Authority* [1992] 3 Med. L.R. 270; *Fish v. Wilcox* [1994] 5 Med. L.R. 230 (C.A.); *Walkin v. South Manchester Health Authority* [1995] 1 W.L.R. 1543 (C.A.); *Goodwill v. British Pregnancy Advisory Service* [1996] 1 W.L.R. 1397 (C.A.); *Crouchman v. Burke* (1997) 40 BMLR 163; *Allan v. Greater Glasgow Health Board*, 1998 S.L.T. 580; *Anderson v. Forth Valley Health Board*, 1998 S.L.T. 588.

32 [1999] 4 All ER 967 (f); 974 (h-j); 984 (g); 1000 (g-h). Zie ook Lord Hope of Craighead, die hieraan toevoegt dat sommige rechters desalniettemin hun verwondering hebben uitgesproken over deze lijn: 984 (d-e) en 984 (j) t/m 985 (d). In dezelfde zin Lord Steyn, 975 (d-f).

33 [1999] 4 All ER 971 (g); 975 (b); 983 (h); 995 (b); 1001 (c).

34 Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld *Caparo Industries plc. v. Dickman* [1990] 1 All ER 568 alsmede het terugkomen door het House of Lords op een eerder aanvaarde, ruimere opvatting in *Murphy v. Brentwood District Council* [1990] 2 All ER 908 en [1991] 1 AC 398. Zie over de laatste zaak Lord Steyn [1999] 4 All ER 975 (a-b). De *Caparo*-zaak komt in het navolgende nog uitvoerig aan de orde.

35 Het voert te ver om hier de achtergronden van en de ontwikkelingen binnen het Engelse aansprakelijkheidsrecht op dit punt uitvoerig te behandelen. Wij verwijzen daarvoor naar het boek van R. Bernstein, *Economic Loss*, 2nd. edition, Sweet & Maxwell, London 1998, alsook naar 4.4.1 en 6.2.2 hierna.

36 *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority* [1985] Q.B. 1012.

37 [1999] 4 All ER 991 (b); 1000 (g); 1001 (b-c). Dit zou kunnen betekenen, zoals dat wel vaker voorkomt, dat de andere Lords voorafgaande aan het voorbereiden van hun eigen 'opinion' inzage hebben gehad in de speech van Lord Steyn. Op 988 (j) stelt Lord Hope of Craighead dat hij ten aanzien van een bepaald aspect van de zaak een andere benadering heeft gekozen dan Lord Clyde, hetgeen suggereert dat hij de 'opinion' van Lord Clyde vooraf heeft gelezen. De opmerking is echter niet terug te vinden in de publicatie van de *McFarlane*-zaak op de internetpagina van het House of Lords.

adoptie, waren nu juist gebeurtenissen die de artsen hadden moeten voorkomen.³⁸

4.3.2. Het krijgen van een gezond kind is helemaal geen schade

In de Verenigde Staten is door rechters in verschillende staten een argument aanvaard dat veelal wordt aangeduid als de 'limited damages rule'.³⁹ Dit argument, niet zelden gepresenteerd als een uitvloeisel van 'public policy', komt er kort gezegd op neer dat het krijgen van een gezond kind, na een ten gevolge van een medische fout mislukte sterilisatie, in het geheel niet als schade kan worden beschouwd.⁴⁰ Lord Slynn of Hadley noemt het argument weliswaar, doch weegt het niet. Lord Steyn maakt er nauwelijks woorden aan vuil als hij het argument afwijst.⁴¹ Lord Millett lijkt de mening toegedaan dat het argument in feite een verkeerde manier is om het probleem te benaderen: ter discussie staat niet zozeer de vraag of de ouders wel of geen schade hebben geleden, maar of het hier nog wel gaat om schade die voor vergoeding in aanmerking komt.⁴² Lord Clyde komt net als Lord Slynn of Hadley uiteindelijk op basis van andere argumenten tot afwijzing van de vordering, doch hij wijst er aan het einde van zijn 'opinion' op dat zijn oplossing (namelijk: 'to allow limited damages') aanzienlijke steun geniet in de Verenigde Staten.⁴³

Interessant is de benadering die wordt gekozen door Lord Hope of Craighead. Hij analyseert om meerdere redenen instemmend de 'opinion' van Lax J. in de Canadese zaak *Kealey v. Berezowski*.⁴⁴ Lax J. stelde in die zaak dat er met betrekking tot de opvoeding van het kind een financiële verantwoordelijkheid op de ouders rust. De vraag die volgens hem moest worden beantwoord was, of de ouders als gevolg van de fout van de arts verhinderd werden die verantwoordelijkheid na te komen. Nu van een absolute verhindering geen sprake was, konden de onderhoudskosten volgens Lax J. niet voor vergoeding in aanmerking komen. Dit betoog, dat door Lord Hope of Craighead lijkt te worden onderschreven, wordt evenwel als te licht bevonden door zowel Lord Clyde als Lord Millett: niet te ontkennen valt dat de ouders als gevolg van de handelwijze van de arts minder te besteden hebben voor de opvoeding van hun overige kinderen en dat zij derhalve wel degelijk in een nadeliger positie zijn gebracht.⁴⁵

4.3.3. De schade valt weg tegen de voordelen van het ouderschap

Eveneens uit de Verenigde Staten is afkomstig het op 'public policy' gestoelde argument dat wordt aangeduid als de 'benefits rule'.⁴⁶ Dit argument ligt in het verlengde van de 'limited damages rule'. Uit de 'benefits rule' volgt dat ook wanneer er schade is opgetreden, die schade in beginsel voor vergoeding in aanmerking zou komen ware het niet dat op deze vergoeding de voordelen in mindering moeten worden gebracht die door de ouders worden genoten omdat zij ouders zijn. Deze benaderingswijze wordt afgewezen door de Lords Slynn of Hadley, Steyn en Clyde. Het berekenen van de onderhoudskosten en zeker het op geld waarderen van de voordelen die voortvloeien uit het

hebben van een kind, is een onmogelijke taak. Wanneer de voordelen per definitie groter zouden zijn dan de onderhoudskosten, zou die onmogelijkheid op zich niet tot problemen aanleiding geven. Op het moment dat het kind echter nog slechts een baby is, kan men onmogelijk inschatten of de kosten van het onderhoud ook daadwerkelijk zullen worden overtroffen door de voordelen die de ouders ten deel zullen vallen. Bovendien probeert men in de benadering van de 'benefits rule' in feite naar hun aard verschillende grootheden met elkaar te verrekenen.⁴⁷

Lord Millett lijkt toch het principe van de 'benefits rule' af te wijzen,⁴⁸ doch hij knoopt desalniettemin hierbij aan wanneer hij het argument formuleert op basis waarvan de vordering van de McFarlanes zijns inziens dient te worden afgewezen.⁴⁹ De geboorte van een gezonde, normale baby dient te worden beschouwd als een 'blessing, not a detriment'. De voor- en nadelen zijn niet van elkaar te scheiden. Hoe die voor- en nadelen ook tegen elkaar worden afgewogen door individuen, het staat buiten kijf dat 'society itself must regard

38 [1999] 4 All ER 970 (h); 976 (h-j) en uitvoerig Lord Millett op 1004 (g-j) t/m 1005 (a-f).

39 Deze jurisprudentie wordt met name geanalyseerd door Lord Slynn of Hadley, [1999] 4 All ER 967 (g) t/m 968 (h) en door Lord Hope of Craighead op 986 (g) t/m 987 (j) alwaar de laatste ook relevante Commonwealth jurisprudentie bespreekt. De 'limited damages rule' houdt in dat de claim voor vergoeding van schade ten gevolge 'pain and suffering' wordt gehonoreerd doch niet die met betrekking tot de onderhoudskosten.

40 Supreme Court of Florida in de zaak *Public Health Trust v. Brown* (1980) 388 So 2d 1084 op 1085-1086. Vergelijk ook het Supreme Court van Nevada in de zaak *Szekeres v. Robinson* (1986) 715 P. 2d. 1076 op 1078: '(...) the constituent element of a negligence tort namely damages, is not present here'. Vergelijk ook *Johnson v. University Hospitals of Cleveland* (1989) 540 NE 2d 1370 op 1378 (Ohio): '(...) the birth of a normal, healthy child cannot be an injury to her parent'.

41 [1999] 4 All ER 977 (a-b en h).

42 [1999] 4 All ER 999 (j) en 1003 (j): '(...) the issue is not whether the birth of the child is harmful but whether the costs of maintaining the child are recoverable.'

43 [1999] 4 All ER 998 (j).

44 (1996) 136 D.L.R. (4th) 708. De analyse van deze zaak door Lord Hope of Craighead is te vinden in [1999] 4 All ER 987 (j) t/m 988 (g).

45 [1999] 4 All ER 996 (h) t/m 997 (a): 'They have another mouth to feed'. Zie ook op 1001 (f-g).

46 Lord Hope of Craighead analyseert op dit punt de Amerikaanse en Commonwealth jurisprudentie: [1999] 4 All ER 986 (g) t/m 987 (j). Zie ook Lord Slynn of Hadley op 968 (j) t/m 969 (b) en Lord Millett op 1002 (j) t/m 1004 (f).

47 Zie [1999] 4 All ER 970 (j) t/m 971 (d); 977 (b-c); 995 (j) t/m 996 (c). Ter onderbouwing van het hoofdargument waarmee Lord Clyde de vordering uiteindelijk afwijst, lijkt de 'benefits rule' indirect echter toch een zekere rol te spelen: zie 998 (a-b). Lord Hope of Craighead heeft de vordering reeds voldoende gefundeerd afgewezen wanneer hij aan het slot van zijn 'opinion' nog eens de 'benefits rule' ten tonele voert. Hij stelt dat, nu niet kan worden aangetoond dat de onderhoudskosten op lange termijn de voordelen zullen overschaduwen, vergoeding van die kosten niet kan worden gevorderd: zie 990 (h) t/m 991 (a).

48 [1999] 4 All ER 1003 (d): 'I cannot accept that the solution lies in requiring the cost of maintaining the child to be offset by the benefits derived from the child's existence'.

49 [1999] 4 All ER 1005 (g) t/m 1006 (a).

the balance as beneficial'.⁵⁵ Daarmee heeft hij nog niet de vraag beantwoord of de voordelen dienen te worden meegewogen en de vordering derhalve dient te worden afgewezen, of dat zij daarentegen buiten beschouwing moeten worden gelaten om de vordering vervolgens toe te wijzen. Lord Millett kiest voor het eerste, wederom op basis van het argument dat de voordelen nu eenmaal onlosmakelijk met de nadelen, de onderhoudskosten, verbonden zijn.⁵¹

4.3.4. (Andere) 'public policy'-argumenten

De drie voornoemde argumenten zijn in feite alle 'public policy'-argumenten. Het is met name Lord Clyde die in meer algemene zin het gebruik van dergelijke argumenten stellig afwijst.⁵² Zijn belangrijkste bezwaar is dat zowel voor- als tegenstanders van toekenning van vergoeding van onderhoudskosten argumenten kunnen ontleenen aan 'public policy'.⁵³

Lord Slynn of Hadley verwerpt in aanvulling op het voorgaande nog een tweetal aan 'public policy' ontleende argumenten die zouden kunnen worden ingebracht tegen de toekenning van de vordering. In de eerste plaats is dat het argument dat geen schadevergoeding zou mogen worden toegekend omdat anders het kind wordt geconfronteerd met het gegeven dat het ongewenst was en psychisch daaronder zou leiden.⁵⁴ Echter, het feit dat een kind niet is gepland wil nog niet zeggen dat, wanneer het eenmaal is geboren, het in het gezin ongewenst zou zijn.⁵⁵ Ook verwerpt hij het argument dat toekenning van schadevergoeding artsen zou aanzetten tot abortus in (te) late stadia. De ethische normen van de medische professie zijn volgens hem een voldoende waarborg tegen dergelijke praktijken.⁵⁶

4.4. Argumenten die wél aan aansprakelijkheid voor de schade in de weg staan⁵⁷

4.4.1. Juridisch argument: er is niet voldaan aan de Caparo-vereisten

De reeds gemaakte en nog te maken onderhoudskosten kunnen als 'economic loss' worden beschouwd.⁵⁸ Om de aansprakelijkheid voor dergelijke schade te kunnen vestigen, moet eerst worden onderzocht of er op de aansprakelijk gestelde persoon een 'duty' rustte tot het vermijden van het ontstaan van die schade. Het bestaan van zo'n 'duty' is afhankelijk van een aantal vereisten. In de jaren tachtig kondigde zich in verschillende uitspraken van het House of Lords reeds een aanscherping van die vereisten aan, die in 1990 zijn definitieve beslag kreeg in de zaak *Caparo Industries plc v. Dickman*.⁵⁹ Vanaf *Caparo* is in geval van 'economic loss' de 'duty' niet alleen meer afhankelijk van de omstandigheid dat de schade redelijkerwijze 'foreseeable' is. Er dient daarenboven sprake te zijn van een 'relationship of neighbourhood or proximity' tussen de persoon op wie de beweederlijke 'duty' rust en de persoon jegens wie die 'duty' zou bestaan. In de derde plaats moet zich een situatie voordoen waarin het volgens de rechter 'fair, just and reasonable' is dat de concrete 'duty' van de ene partij ten gunste van de ander wordt aangenomen.⁶⁰

Daartoe op het spoor gezet door de belangrijke publicatie van Stewart,⁶¹ neemt Lord Slynn of Hadley de *Caparo*-zaak tot vertrekpunt van zijn redenering die uiteindelijk leidt tot een afwijzing van de vordering van de McFarlanes. Toegegeven moet worden, zo stelt hij, dat de onderhoudskosten 'foreseeable' zijn.⁶² Er dient echter ook te zijn voldaan aan de aanvullende eisen die uit *Caparo* voortvloeien.⁶³ In dat verband merkt

50 [1999] 4 All ER 1005 ((h): 'I would be repugnant to its own sense of values to do otherwise. It is morally offensive to regard a normal, healthy baby as more trouble and expense than its worth.'

51 [1999] 4 All ER 1005 (j): 'Nature herself does not permit parents to enjoy the advantages and dispense with the disadvantages. In other contexts the law adopts the same principle. It insists that he who takes the benefit must take the burden.'

52 [1999] 4 All ER 993 (c) t/m 994 (c).

53 Hij suggereert voorts dat het uiteindelijk de 'public policy'-argumenten zijn geweest die de lagere Britse jurisprudentie op dit terrein hebben gedomineerd: [1999] 4 All ER 994 (g-h).

54 Dit staat ook wel bekend als 'the emotional bastard problem'.

55 [1999] 4 All ER 971 (e-f).

56 [1999] 4 All ER 971 (f).

57 Wij behandelen alleen de echte doorslaggevende argumenten. Er zijn nog drie argumenten aangevoerd die de hoofdargumenten verder ondersteunen maar die van individuele Lords afkomstig zijn en niet als de dragende argumenten kunnen worden beschouwd. In de eerste plaats is dat het argument van Lord Hope of Craighead dat toekenning van de vordering in de rechtspraak van de Verenigde Staten een minderheidsstandpunt inneemt en dat dit minderheidsstandpunt op een ongelukkige manier is overgenomen in de eerder genoemde 'landmark'-zaak *Emeh*, die vervolgens de Britse ontwikkeling van jurisprudentie domineerde: zie [1999] 4 All ER 985 (h) t/m 986 (g). Zie ook Lord Millett op 1000 (h). In de tweede plaats is er het argument dat er in geval van toewijzing van de vordering wellicht sprake is van een disproportionele verhouding tussen de omvang van de aansprakelijkheid van de arts en de gemaakte fout. Zie Lord Hope of Craighead en Lord Clyde op 985 (d-g) en 998 (f-j). Dit argument wordt overigens afgewezen door Lord Millett op 1001 (g-j). Ten slotte is er nog het derde argument dat afkomstig is van Lord Steyn. Hij wijst op 978 (g-j) op het belang van coherentie. Gelet op de omstandigheid dat de vordering van het kind in geval van 'wrongful life' in Engeland wordt afgewezen, zou ook de vordering van ouders in geval van 'wrongful conception' moeten worden afgewezen.

58 Zie hierboven 4.2.

59 [1990] 1 All ER 568.

60 Zie met name de opinion van Lord Bridge: [1990] 1 All ER 573 (h) t/m 574 (a) als ook die van Lord Oliver of Aylmerton op 585 (e).

61 A. Stewart, *Damages for the Birth of a Child* (1995) 40 JLSS 298. Deze publicatie lijkt voor meer Lords een belangrijke bron van inspiratie te zijn geweest bij het vormen van hun 'opinion': zie [1999] 4 All ER 971 (h-j); 974 (f); 986 (d).

62 [1999] 4 All ER 971 (g). Dat aan het vereiste van 'foreseeability' is voldaan, wordt ook uitdrukkelijk overwogen door Lord Hope of Craighead: zie op 988 (j).

63 [1999] 4 All ER 971 (j) t/m 972 (a), onder verwijzing naar de opinion van Lord Bridge in *Caparo*. Ten onrechte wekt Lord Slynn of Hadley de suggestie dat Lord Bridge het bestaan van een 'relationship of proximity' afhankelijk zou hebben gesteld van het antwoord op de vraag of het 'fair just and reasonable [is] for the law to impose the duty'. Zie echter hierna 6.2.2. Lord Slynn of Hadley wijst er voorts op dat het onderzoek ook kan verlopen door toepassing van 'the alternative test' waarbij de vraag centraal staat 'whether the doctor or the board has assumed responsibility for the economic interest of the claimant with concomitant reliance by the claimant'. Het 'principle of assumption of responsibility' is afkomstig uit *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.* [1963] 2 All ER 575 en moet sinds 1990 in feite in de bredere context worden geplaatst van de case law die vanaf *Caparo* is gewezen; zie Winfield & Jolowicz on Tort, a.w. p. 367.

Lord Slynn of Hadley op dat de arts slechts een 'duty' op zich heeft genomen om de zwangerschap van Laura McFarlane te voorkomen. Die 'duty' strekt er evenwel niet toe dat de arts ook de onderhoudskosten dient te vermijden: dat acht hij niet 'just, fair and reasonable'. Van deze kosten kan niet worden gezegd dat de arts daarvoor de verantwoordelijkheid heeft aanvaard. Indien de ouders de mogelijkheid hadden willen behouden dergelijke kosten te verhalen op de arts, hadden zij dat voorafgaande aan de sterilisatie door het sluiten van een overeenkomst met de arts uitdrukkelijk moeten regelen. Hij voegt daar nog aan toe dat zijn conclusie niet is gebaseerd op 'public policy' maar op de 'inherent limitation of the liability relied on'.⁶⁴

Aldus beschouwd volgt Lord Slynn of Hadley een louter 'juridische' redenering die is geworteld in de *Caparo*-zaak. De opinion van Lord Steyn die, zoals hierna nog zal blijken,⁶⁵ op een andere manier tot afwijzing van de vordering komt, besluit zijn argumentatie eveneens met een verwijzing naar het derde vereiste uit de *Caparo*-zaak.⁶⁶ Lord Clyde aarzelt over deze benaderingswijze,⁶⁷ doch ook zijn uiteindelijke argumentatie lijkt wel degelijk aan te sluiten bij de *Caparo*-zaak.⁶⁸

Ook voor Lord Hope of Craighead is de kern van de oplossing voor het probleem in *Caparo* te vinden,⁶⁹ doch anders dan Lord Slynn of Hadley zoekt hij daarnaast veel meer aansluiting bij een rechtspolitek argument dat in de *Caparo*-zaak is gebruikt om de aanscherping van de eisen die aan een 'duty' worden gesteld, te kunnen schragen. Dat argument, dat ook wel bekend staat als het 'floodgate'-argument, is in *Caparo* het sterkst verwoord door Lord Oliver of Aylmerton: 'the postulate of a simple duty to avoid any harm that is, with hindsight, reasonably capable of being foreseen becomes untenable without the imposition of some intelligible limits to keep the law of negligence within the bounds of common sense and practicality. Those limits have been found by the requirement of what has been called a "relationship of proximity" between plaintiff and defendant and by the imposition of a further requirement that the attachment of liability for harm which has occurred be "just and reasonable".'⁷⁰ Volgens Lord Hope of Craighead is in het onderhavige geval niet aan die nadere vereisten voldaan. Ter nadere onderbouwing van de afwijzing van de vordering legt hij ook nog een verband met het door Lord Steyn aangevoerde onderscheid tussen 'corrective justice' en 'distributive justice'.

4.4.2. 'Morality'-argument: 'corrective justice' versus 'distributive justice'

Dit is een argument dat in belangrijke mate wordt geformuleerd door Lord Steyn.⁷¹ Hij stelt in de eerste plaats dat wanneer de problematiek wordt gezien vanuit het perspectief van 'corrective justice', de vordering van de ouders in beginsel zou moeten worden gehonoreerd. Wordt de kwestie evenwel bekeken vanuit het perspectief van 'distributive justice', dan is 'a focus on the just distribution of burdens and losses among members of a society' noodzakelijk. In dit verband merkt hij op dat, wanneer men de forenzen in de Lon-

dense metro⁷² zou vragen of de ouders in een geval als het onderhavige de onderhoudskosten bij de arts zouden moeten kunnen claimen, die vraag met een 'emphatic No' zou worden beantwoord. De achterliggende reden voor een dergelijke reactie zal dan zijn: 'an inarticulate premise as to what is morally acceptable and what is not'. Daarbij zullen de gedachten onder andere uitgaan naar de mensen die kinderen zouden willen doch die ze niet kunnen krijgen, alsmede naar de mensen die door een speling van de natuur met de zorg voor gehandicapte kinderen belast zijn. Ook zal men denken aan het feit dat er in geval van toekenning van de vordering een onderscheid tussen rijke en arme gezinnen gemaakt moet worden (concrete schadeberekening) en dat ouders in rechte zullen betogen dat een kind meer een last dan een voordeel voor hen is. Men zal instinctief menen, zo betoogt Lord Steyn, dat het aansprakelijkheidsrecht hier niets te zoeken heeft, nu het immers gaat om een gezond kind dat door eenieder als waardevol wordt beschouwd.

64 [1999] 4 All ER 972 (a-c). Het is echter de vraag of men het 'just, fair and reasonable'-vereiste eigenlijk wel kan toepassen zonder gebruik te maken van 'public policy'-argumenten, zie Winfield and Jolowicz on Tort, a.w. 1998, p. 107-108 en 111. Vergelijk ook Bernstein 1998, a.w. p. 67-68 en Markesinis/Deakin 1999, a.w. p. 83.

65 Zie hierna 4.4.2.

66 [1999] 4 All ER 978 (g): 'If it were necessary to do so, I would say that the claim does not satisfy the requirement of being fair, just and reasonable'.

67 [1999] 4 All ER 994 (h) t/m 995 (e).

68 [1999] 4 All ER 997 (f) t/m 998 (f). Lord Clyde bouwt zijn betoog op het erkende beginsel dat 'restitution reasonable' dient te zijn. Zie met name op 998 (e-f): '(...) economic loss following upon allegedly negligent advice. In such a context I would consider it appropriate to have regard to the extent of the liability which the defenders could reasonably have thought they were undertaking. It seems to me that even if a sufficient causal connection exists, the cost of maintaining the child goes far beyond any liability which in the circumstances of the present case the defenders could reasonably have thought they were undertaking.'

69 [1999] 4 All ER 987 (j). Voor de parallellen met de benadering door Lord Slynn of Hadley, zie met name op 988 (j) t/m 989 (d) en op 990 (f) en 991 (a) *in fine*. Lord Hope of Craighead stelt eveneens dat niet aan alle vereisten die aan de 'duty' worden gesteld, is voldaan. Hij doet dat mede met een beroep op de Canadese 'wrongful birth'-zaak *Kealey v. Berezowski* (1996) 136 DLR (4th) 708, waarin Lax J. zich bij het afwijzen van de vordering liet inspireren door de 'opinion' van Lord Oliver of Aylmerton in de *Caparo*-zaak, [1990] 1 All ER 599 (f): '[T]he duty of care is inseparable from the damage which the plaintiff claims to have suffered from its breach. It is not a duty to take care in the abstract but a duty to avoid causing in the particular plaintiff damage of the particular kind which he has in fact sustained.' Zie [1999] 4 All ER 987 (j) t/m 988 (g) en met name op 988 (e).

70 [1990] 1 All ER 585 (e), alsmede 593 (c). Zie voor een weergave door Lord Hope of Craighead: [1999] 4 All ER 989 (e) alsmede de daaraan voorafgaande passages, in het bijzonder de verwijzing naar *Candlerwood Navigation Corp. Ltd. v. Mitsui OSK Lines Ltd., The Mineral Transporter, The Ibaraki Maru* [1985] 2 All ER 935.

71 [1999] 4 All ER 977 (c) t/m 978 (f). Het argument bouwt voort op de 'opinions' die Lord Steyn formuleerde in *Smith New Court Securities Ltd v. Scrimgeour Vickers (Asset Management) Ltd* [1996] 4 All ER 769, [1997] AC 254 en in *White v. Chief Constable of South Yorkshire Police* [1999] 1 All ER 1, [1998] 3 WLR 1509.

72 De 'man on the Clapham omnibus' lijkt definitief te zijn vervangen door de 'commuter on the Underground'.

Lord Steyn spreekt, in tegenstelling tot de meeste andere Lords,⁷³ met open vizier. Hij wil niet verwijzen naar 'unrealistic and formalistic propositions' die de werkelijke argumenten op basis waarvan de vordering dient te worden afgewezen, maskeren. Hij stelt dat rechters in een geval als het onderhavige de werkelijke argumenten moeten noemen die aan toekenning van een dergelijke vordering in de weg staan. Dat zijn volgens hem de argumenten die aan het beginsel van 'distributive justice' kunnen worden ontleend. Dat is, zo geeft hij toe, een 'moral theory' en men zou kunnen betogen dat er in het recht geen plaats is voor moraliteit. Bij moeilijke zaken moet de rechter echter niet afgaan op zijn eigen subjectieve inzichten maar moet hij afgaan op wat naar zijn redelijke mening door de gemiddelde burger als juist wordt ervaren.⁷⁴

Om aan te geven dat het aansprakelijkheidsrecht niet los kan worden gezien van 'morality' en dat daarin de beginselen van 'corrective justice' en 'distributive justice' op hun beurt weer onlosmakelijk met elkaar zijn verweven, verwijst Lord Steyn naar zijn eerdere opinion in de zaak *White v. Chief Constable of the South Yorkshire Police*,⁷⁵ die met instemming werd begroet door andere Lords die in die zaak oordeelden. De *White*-zaak betrof de nasleep van de Hillsborough-ramp. Politieagenten die ten tijde van de ramp in het stadion waren, claimden van hun werkgever de vergoeding van de door hen geleden 'psychiatric loss'. Deze vordering werd uiteindelijk door het House of Lords afgewezen op basis van argumenten ontleend aan het beginsel van 'distributive justice': het werd moreel onaanvaardbaar geacht wanneer het recht enerzijds weigerde de slachtoffers van de nabestaanden tegemoet te komen terwijl anderzijds de agenten wel tegemoet zouden worden gekomen.⁷⁶ In de onderhavige zaak ligt dat volgens Lord Steyn niet anders, indachtig de redenen die door de Londense metro-forenzen tegen toekenning van de vordering zullen worden aangevoerd.⁷⁷ Lord Hope of Craighead sluit hier naadloos op aan. Hij legt de verbinding tussen het strikt juridische argument dat aan de *Caparo*-zaak kan worden ontleend, het rechtspolitieke 'floodgate'-argument dat in die zaak alsmede in vervolgzaken een belangrijke rol speelde en het beginsel van 'distributive justice'⁷⁸

5. Een vergelijking met het Nederlandse recht: de vordering van de moeder

De Lords zijn vrijwel unaniem van mening dat de moeder recht heeft op een vergoeding wegens 'pain and suffering'.⁷⁹ Het Engelse recht kent bij 'injury' de mogelijkheid van vergoeding van 'pain and suffering'.⁸⁰ Deze hendiadys komt in grote lijnen overeen met onze immateriële schadevergoeding bij letsel.⁸¹ Heikel punt in de redenering van de Lords is het aanmerken van de zwangerschap als 'injury'. De gevolgde redenering komt er kort gezegd op neer dat een zwangerschap als zodanig geen 'injury' is, maar dat daarvan in dit geval wel sprake is vanwege de doorkruising van het recht op familieplanning.⁸² Hier is sprake van een opmerkelijk contrast met de Nederlandse 'wrongful birth' zaak.⁸³ Het hof had in die zaak namelijk kort gezegd geoordeeld dat het feit dat het leven van de moeder

door de zwangerschap en de geboorte van het kind een andere wending had genomen en dat daaruit psychisch onbehagen voortvloeide, onvoldoende grond voor een vergoeding van immateriële schade opleverde. Dit oordeel bleef in cassatie overeind. Het is opmerkelijk dat de Engelse Lords met weinig inspanning een 'injury' construeren waar de Nederlandse raadsheren met weinig inspanning de boot afhouden. De beslissing van de Hoge Raad lijkt te zijn gestoeld op de gedachte dat een 'gewone' zwangerschap tot 'gewone' pijnen en ongemakken leidt, en dat dit in beginsel letsel noch aantasting van de persoon oplevert.⁸⁴ Aan het verschil in benadering ligt naar het lijkt een verschil in visie ten grondslag op het leerstuk van smartengeld, en misschien nog wel meer een andere visie op het levensverschijnsel zwangerschap en geboorte.⁸⁵ Om het wat ongepolijst uit te drukken: de Lords kruisen met empathisch verbeterd blik de benen wanneer ze denken aan de barensweeën, terwijl de raadsheren van de Hoge Raad fier denken: 'chin up, dames!'

73 Met uitzondering van Lord Millett.

74 'But judges' sense of the moral answer to a question, or the justice of the case, has been one of the great shaping forces of the common law'. zie [1999] 4 All ER 977 (j).

75 [1999] 1 All ER 1, [1998] 3 WLR 1509. Zie ook hierna de bespreking van deze zaak in paragraaf 6.2.3.

76 Zie voor de zaak waarin de positie van de benadeelde nabestaanden aan de orde kwam: *Alcock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1991] 4 All ER 907, [1992] 1 AC 310.

77 Een en ander betekent overigens niet, zo stelt hij, dat hij de zaak beslist op gronden van 'public policy': 'Relying on principles of distributive justice I am persuaded that our tort law does not permit parents of a healthy unwanted child to claim the costs of bringing up the child from a health authority or a doctor': zie [1999] 4 All ER 978 (f).

78 Eveneens onder verwijzing naar de *White*-zaak, zie [1999] 4 All ER 990 (b-f): 'It was a practical attempt to preserve the general perception of the law as a system of rules which is fair as between one citizen and another.' Vergelijk ook Lord Millett over 'legal policy' op 1000 (f-g): '(...) maintain the coherence of the law and the avoidance of inappropriate distinctions if injustice is to be avoided in other cases.'

79 Zie hiervoor paragraaf 3.

80 Winfield & Jolowicz 1998, a.w. p. 759, Markesinis/Deakin 1999, a.w. p. 764.

81 Hoewel geen expliciete concretisering of categorisering pleegt te worden gemaakt (S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. RU Leiden) 1998, p. 241), lijkt 'pain' in meer directe relatie tot de fysieke beperkingen te staan, terwijl 'suffering' meer op de psychische belasting van de benadeelde lijkt te zien. Zie Charlesworth & Percy on negligence 1997, a.w. nr. 82.

82 De Lords lijken de vordering voor 'pain and suffering' overigens toe te spitsen op de fysieke gevolgen van zwangerschap en bevalling.

83 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 m.nt. CJHB.

84 Kritisch daarover A.J. Verheij, 'Wrongful birth', *VR* 1998, p. 355; hij lijkt te menen dat psychisch onbehagen in zaken als deze voldoende grond is voor smartengeld. Hij illustreert zijn betoog met verwijzing naar zwangerschap *na verkrachting* en naar *depressiviteit* door het vooruitzicht van een gewijzigde levensloop; uiteraard *kan* in die gevallen sprake kan zijn van psychisch letsel, maar over een dergelijk geval ging de 'wrongful birth' zaak niet. De ongemakken en het onbehagen, opgesomd in het cassatiemiddel ad 3, waren blijkbaar niet ernstig genoeg om als letsel te gelden. Daartegen G.C.G.J. Van Roermund, 'Het kind als schade. Over ethiek, dogmatiek en wrongful birth', *RM Themis* 1998, p. 8.

85 Vergelijk Van Roermund 1998, a.w. p. 7-8. Mogelijk zijn de verschillen te verklaren uit culturele verschillen.

6. Een vergelijking met het Nederlandse recht: de vordering van de ouders

6.1. Argumenten die niet aan aansprakelijkheid voor de schade in de weg staan

Het House of Lords heeft onderzocht of er op de arts een 'duty' rust tot het vermijden van de onderhoudskosten. Daarbij heeft het House of Lords ten aanzien van verschillende argumenten overwogen dat zij in principe niet in de weg staan aan het aannemen van zo'n 'duty'.⁸⁶ Het betreft hier dezelfde argumenten als die waarvan de Hoge Raad in 1997 heeft overwogen dat zij hetzij niet aan de vestiging van de aansprakelijkheid van de arts in de weg staan, hetzij de omvang van diens schadevergoedingsverplichting niet beïnvloeden.⁸⁷ Zeer terecht wordt door de Lords de gedachte verworpen dat men van een vrouw mag verwachten dat zij tot beëindiging van een ongewilde zwangerschap overgaat. Deze gedachte, die in theorie geplaatst zou kunnen worden in de schadebeperkingsplicht van de benadeelde (art. 6:101 BW), miskent het fundamentele zelfbeschikkingsrecht van de vrouw om de ongeboren vrucht te aanvaarden en om vervolgens haar leven, gegeven de zwangerschap en de geboorte van haar kind, in te richten op de wijze die haar juist voorkomt. Dat haar beslissing om de vrucht als haar kind te accepteren mede causaal is voor het ontstaan van de schade, is niet relevant. Waar geen plicht is, is de veroorzakingsbijdrage irrelevant. En hier is overduidelijk geen plicht; zo zit onze maatschappij gelukkig niet in elkaar.⁸⁸ Meer woorden behoren hier niet aan te worden besteed.⁸⁹ Maar wel moet worden vastgesteld dat het argument van 'zelfbeschikkingsrecht' zwakker wordt zodra het kind is geboren, in die zin dat de belangen van de aansprakelijke dan zwaarder gaan wegen. Dat lijkt ook te volgen uit de Nederlandse 'wrongful birth' zaak, waar de beslissing van de moeder om na de geboorte van het kind geen betaalde arbeid (meer) te verrichten, mede getoetst kan worden aan de *redelijkheid*.⁹⁰ Dat de specifieke gezinsomstandigheden hierbij een rol spelen, ligt voor de hand. Het lijkt mogelijk om de beslissing om *niet* te gaan werken als onredelijk te bestempelen en dus als schending van de schadebeperkingsplicht.⁹¹ In de tweede plaats constateren wij dat zowel het House of Lords als de Hoge Raad tot een oordeel kunnen komen zonder dat de geboorte en het bestaan van het kind als 'schade' wordt gekarakteriseerd: het zijn de *onderhoudskosten* die als de geleden schade worden aangemerkt en de vraag die dan ook moet worden beantwoord is of *die* kosten voor vergoeding in aanmerking komen. Deze benadering wijkt niet af van die welke sinds 1980 wordt gevolgd door het Bundesgerichtshof.⁹²

Ook het argument inhoudende dat wanneer de voordelen van het ouderschap worden afgewogen tegen de onderhoudskosten, de ouders uiteindelijk geen schade lijden, vormt voor het House of Lords geen doorslaggevend argument waarop de afwijzing van de vordering tot vergoeding van de onderhoudskosten kan worden gebaseerd.⁹³ Een van de argumenten waarmee de Lords de toepassing van deze 'benefits rule' ontcrachten, komt overeen met een argument waarmee de

Hoge Raad in 1997 een beroep op het leerstuk van voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) afwees: de voordelen van het ouderschap zijn, anders dan de onderhoudskosten, immaterieel van aard en dergelijke voordelen behoren slechts in rekening te worden gebracht bij de vaststelling van eventuele immateriële schade.⁹⁴ Verrekening van een materieel voordeel zou bijvoorbeeld gelegen kunnen zijn in financiële overheidssteun voor de kosten van opvoeding (vergelijk de Kinderbijslagwet).

Een regelmatig terugkerend argument is dat een kind psychisch zal lijden, wanneer het op latere leeftijd kennis neemt van de rechterlijke uitspraak waarin de vordering van de ouders tot toewijzing van de onderhoudskosten wordt gehonoreerd. Zo'n kind zou moeten leven met de kwellende gedachte dat diens geboorte ongewenst was en dat diens leven door de ouders als een (financiële) last is ervaren gelet op het feit dat zij voor dat leven geld hebben gevraagd. Het argument speelt geen rol bij de afwijzing door het House of Lords van de vordering van de McFarlanes. Lord Slynn of Hadley is de enige die het argument expliciet ontkracht.⁹⁵ Zijn tegenargument komt in grote lijnen overeen met het belangrijkste argument waarmee de Hoge Raad in 1997 het 'emotional bastard problem' bagatelliseerde: 'het voorkomen van vooralsnog anonieme gezinsuitbreiding [is] iets van geheel andere orde dan het niet wensen of aanvaarden van het kind als het eenmaal zijn individuele menselijke identiteit heeft verkregen. De aanspraak ter zake van voormelde kosten houdt uitsluitend verband met het eerste, niet met het tweede. Die kosten hebben derhalve met het gewenst zijn van het kind als mens niet van doen.'⁹⁶ Vooropgesteld dat ouders en kind op een normale manier met

86 Zie hierboven 4.3.

87 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 m.nt. CJHB.

88 Ook niet in het door Van Roermund genoemde (onwaarschijnlijke) geval waarin de moeder kort gezegd een financieel slaatje denkt te slaan uit de geboorte van het ongewilde kind. Als men ervan uit gaat dat de rechter vergoeding toekent van de werkelijke schade (niet meer, hooguit minder), dan valt er toch niks te 'slaatje slaan'?

89 Zie uitgebreider Van Roermund 1998, a.w. p. 8 e.v.

90 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, r.o. 3.13.2, met verwijzing naar de alimentatiezaak HR 12 januari 1996 (W./G.), *NJ* 1996, 335.

91 Zie daarover bijvoorbeeld C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts in het bijzonder voor mislukte sterilisaties* (diss. RU Leiden) 1988, p. 154, dezelfde, *A&V* 1997/4, p. 102 en dezelfde, *WPNR* 6262 (1997), p. 195. In kritische zin over dit aspect van het 'wrongful birth' arrest T. Hartlief, 'De Hoge Raad erkent wrongful birth actie', *Vrb.* 1997, p. 34, die meent dat de Hoge Raad wel omstandigheden noemt die relevant zijn voor de redelijkheid van de beslissing van de moeder, maar niet aangeeft in welke richting deze omstandigheden wijzen.

92 Zie over de rechtspraak van het Bundesgerichtshof uitvoering en – op dit punt – kritisch de conclusie van A-G Vranken voor HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, nr. 12 t/m 19 en 23.

93 Zie hierboven 4.3.3.

94 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, r.o. 3.10. Vergelijk in dit verband ook HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 351 m.nt. A.R. Bloembergen.

95 Zie hierboven 4.3.4.

96 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, r.o. 3.9. Advocaat-Generaal Vranken kon het argument weliswaar navoelen doch onvoldoende inschatten, zie diens conclusie nr. 30.

elkaar omgaan, zal ieder kind het als vanzelfsprekend ervaren dat het door de ouders van meet af aan is gewenst. Pas wanneer het kind de leeftijd bereikt waarop het leert 'waar baby's vandaan komen' en vooral hoe voorkomen kan worden dat een kind wordt verwekt, zal het zich realiseren dat niet aan iedere verwekking een bewuste keuze van de ouders ten grondslag heeft gelegen. Hoeveel kinderen moeten wel niet leven met het besef dat hun verwekking eigenlijk 'een ongelukje' betrof, zeker wanneer het om kinderen gaat die verwekt zijn in de tijd dat het gebruik van 'de pil' nog geen gemeengoed was. Waarom lijden dat soort kinderen niet onder die nieuw verworven kennis? Enerzijds omdat zij beseffen dat hun ouders alsnog bewust moeten hebben gekozen voor het krijgen van het kind en anderzijds – veel belangrijker nog – omdat de ouders het kind liefde hebben geschonken. Waarschijnlijk is het lot van 'gewilde' kinderen die gedurende hun jeugd van hun ouders het gevoel meekrijgen dat zij hen meer tot last zijn dan hen tot vreugde dienen, minder te benijden. Toegegeven, het feit dat ouders na een fout van de arts in rechte de onderhoudskosten vorderen die gemeoid zijn met het opvoeden van het in eerste instantie ongewenste kind, kan wellicht een nieuwe dimensie aan het voorafgaande geven. Men moet echter niet overdrijven: het vonnis ligt er, doch het dringt zich niet op in de normale dagelijkse omgang tussen ouders en kind. Wanneer op basis van die dagelijkse omgang kan worden gesteld dat er sprake is van een normale, liefdevolle en gelukkige relatie tussen ouders en kind, dan zal dat voor het kind in hoofdzaak bepalend zijn bij het beantwoorden van de vraag of het door de ouders is gewenst.

6.2. Waar de wegen zich scheiden

6.2.1. Verschillen in benadering

Het House of Lords en de Hoge Raad benaderen de door de ouders ingestelde vordering met betrekking tot de vergoeding van de onderhoudskosten op een verschillende manier. De Hoge Raad beantwoordt allereerst in bevestigende zin de vraag of de aansprakelijkheid van de arts in beginsel kan worden gevestigd, om vervolgens de omvang van de schadevergoedingsverbintenis van de aansprakelijke arts te bepalen.⁹⁷ De aard en de omvang van de werkelijke schade speelt voor de Hoge Raad derhalve geen rol bij de vestiging van de aansprakelijkheid van de arts. Voor het House of Lords kunnen die zaken echter niet los van elkaar worden gezien: om de aansprakelijkheid voor de onderhoudskosten te kunnen vestigen, moet naar Engels recht derhalve worden onderzocht of er op de arts een 'duty' rustte tot het vermijden van het ontstaan van die kosten.⁹⁸

Deze verschillen in benaderingswijze zijn slechts juridisch-technisch van aard en behoeven niet noodzakelijkerwijze tot verschillende uitkomsten te leiden. Toch is dat in casu gebeurd. De Hoge Raad oordeelde immers dat de arts aansprakelijk was voor alle vermogensschade die in zodanig verband staat met diens fout dat zij hem naar de maatstaf van art. 6:98 BW als een gevolg van de medische fout kan worden toegere-

kend.⁹⁹ De Hoge Raad hechtte in dit verband in de eerste plaats belang aan het feit dat door de fout van de arts een risico is geschapen dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Voorts wees de Hoge Raad op de omstandigheid dat een gezinsplanning er in het algemeen mede toe strekt de gezinsomvang af te stemmen op de financiële mogelijkheden die de ouders verwachten te zullen hebben en dat de door de ouders te maken onderhoudskosten in beginsel de financiële armslag van het gezin zullen bepalen. Het House of Lords komt tot een tegenovergestelde uitkomst op basis van het argument, kort gezegd, dat het *niet redelijk* zou zijn de arts voor de onderhoudskosten te laten opdraaien.¹⁰⁰ In het navolgende ondernemen wij een poging tot het plaatsen van enige kritische kanttekeningen bij de argumentatie van het House of Lords. Die kritiek is niet ingegeven vanuit de gedachte – die wij overigens wel onderschrijven – dat ouders in 'wrongful conception' – zaken de onderhoudskosten van artsen vergoed zouden moeten krijgen. Onze kritiek richt zich voornamelijk op de (in)consistentie van de argumenten van het House of Lords zelf, binnen de context van het Engelse aansprakelijkheidsrecht.

6.6.2. De Caparo-vereisten

In *Caparo plc. v. Dickman* oordeelde het House of Lords bij monde van Lord Bridge dat 'economic loss' alleen voor vergoeding in aanmerking komt indien er op de veroorzaker van die schade een 'duty' rustte tot het vermijden van het ontstaan van die schade. Die 'duty' wordt aangenomen indien de schade 'reasonable foreseeable' is, er voorts sprake is van een 'relationship of proximity' tussen de schadeveroorzaker en de benadeelde en, ten slotte, het ook overigens 'fair just and reasonable' is dat er een 'duty' tot het vermijden van de schade op de veroorzaker rust.¹⁰¹ Voorts werd geoordeeld dat aan de hand van deze drieledige test niet zozeer het bestaan van een abstracte 'duty' moet worden vastgesteld, maar een concrete 'duty' tot het ver-

97 Het betrof in casu een *contractuele* aansprakelijkheid. Onduidelijk is waarom de McFarlanes in plaats van 'contract' hun vordering hebben gebaseerd op de 'tort of negligence'. Onder bepaalde omstandigheden zou dat tot rechtens relevante verschillen kunnen leiden. Is het echter zo dat uit het contract een normale algemene zorgverplichting van de arts kan worden afgeleid, dan lijkt de grondslag van de vordering niet echt meer relevant, aldus Lord Clyde, [1999] 4 All ER 992 (h) en (j).

98 Vergelijk de opinion van Lord Oliver of Aylmerton in *Caparo Industries plc v. Dickman* [1990] 1 All ER 568 op 599 (f), hierboven geciteerd in noot 70.

99 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, r.o. 3.7.

100 Voor de uitwerking van dit argument, zie hierboven paragraaf 4.4.1 en 4.4.2.

101 [1990] 1 All ER 568 op 573 (h) t/m 574 (a). Het is overigens niet zo dat deze eisen niet zouden worden gesteld indien er in plaats van 'economic loss' sprake is van personen- of zaakschade: ook dan gelden deze eisen. In dergelijke gevallen zal in de regel echter worden aangenomen dat aan die eisen is voldaan: de rechtspraak heeft zich op dit terrein zodanig duidelijk ontwikkeld dat het in een concreet geval veelal zinloos zal zijn te proberen aan te tonen dat *niet* aan die eisen zou zijn voldaan. Zie in dit verband Bernstein 1998, a.w. p. 45. Zie bijvoorbeeld *Marc Rich & Co. AG v. The Bishop Rock Marine Co. Ltd. (The Nicholas H)* [1996] 1 AC 211 op 235 bij monde van Lord Steyn.

mijden van *deze* schade die door *deze* benadeelde is geleden.¹⁰²

Uit de Britse rechtspraak en doctrine die wij hebben bestudeerd, leiden wij af dat er bepaald geen eenduidige vuistregels bestaan voor de toepassing van de *Caparo*-vereisten. Overeenstemming bestaat er over het feit dat een nadere precisering van de begrippen 'proximity' en 'fairness' in feite niet mogelijk is. De begrippen zijn slechts etiketten waaronder – afhankelijk van de concrete feitelijke constellatie – de verschillende omstandigheden schuilgaan die het aannemen van een 'duty' in het concrete geval rechtvaardigen.¹⁰³ In de praktijk lijkt het de regel te zijn dat de drie eisen telkens afzonderlijk worden getoetst, zonder ze onderling met elkaar in verband te beschouwen.¹⁰⁴ Het House of Lords heeft in de *Caparo*-zaak echter niet op de ontwikkeling van een dergelijke benadering aangestuurd en lijkt veel meer de bedoeling te hebben gehad een test te ontwikkelen waarbij de drie criteria telkens in onderling verband dienden te worden beoordeeld.¹⁰⁵ De 'opinion' van Lord Slynn of Hadley in de *McFarlane*-zaak vertoont sporen van deze benadering: hij stelde het antwoord op de vraag of de vereiste 'proximity' aanwezig was afhankelijk van het antwoord op de vraag of het 'just, fair and reasonable' was om in het gegeven geval een 'duty' aan te nemen. Die laatste vraag beantwoordde hij ontkennend, op grond waarvan hij tot afwijzing van de vordering concludeerde. Of dat nu betekent dat er volgens Lord Slynn of Hadley niet voldaan is aan het 'proximity'-vereiste, blijft daardoor in het midden.

In de zaken waarin de drie vereisten wat onafhankelijker van elkaar worden getoetst, kan men tot de conclusie komen dat weliswaar is voldaan aan het vereiste van 'foreseeability' en 'proximity' doch dat de zaak uiteindelijk toch nog afketst op het vereiste van 'just, fair and reasonable'. In die benadering wordt de laatste eis veel meer als een afzonderlijk basisvereiste beschouwd.¹⁰⁶ Wij denken zelf dat dit ook de benadering is geweest die in de *McFarlane*-zaak is gevolgd. Met betrekking tot het 'foreseeability'-vereiste wordt door de Lords uitdrukkelijk overwogen dat daaraan is voldaan.¹⁰⁷ Aan een uitdrukkelijke toetsing van het 'proximity'-vereiste wagen de Lords zich niet. Wij denken overigens dat een dergelijke toetsing tot de conclusie zou hebben geleid dat ook aan dit tweede vereiste is voldaan.¹⁰⁸ Wat daar ook van zij, de Lords Slynn of Hadley, Steyn en Hope of Craighead konden daaraan voorbij gaan omdat de vordering naar hun mening uiteindelijk strandde op de derde eis: het basisvereiste van de redelijkheid.¹⁰⁹ Ook naar Engels recht is een verwijzing naar de redelijkheid zelf echter geen afdoende argument. De verwijzing *vooronderstelt* argumenten die nader moeten worden toegelicht. Wat zijn dan die argumenten? De argumenten die in de jurisprudentie en de literatuur steeds terugkeren, hangen allemaal samen met het reeds aangehaalde 'floodgate'-argument dat ook in de *Caparo*-zaak een centrale rol vervulde ter onderbouwing van het 'proximity'-vereiste en het vereiste van 'just, fair and reasonable'.¹¹⁰ Wanneer het aannemen van een 'duty' er toe zou leiden dat de lachens met een qua omvang niet te overziene verplichting tot schade-

vergoeding jegens een ongelimiteerde groep van gelaedeerden wordt opgescheept, is het niet langer 'just, fair and reasonable' die 'duty' in het concrete geval aan te nemen.¹¹¹ Beschadigt men bij graafwerkzaamheden een gasbuis of een elektriciteitskabel, waardoor de gehele stad zonder gas of elektriciteit komt te zitten, dan is nog voorstelbaar dat men – zoals in Engeland – zegt: hier liever geen aansprakelijkheid, want dat zou een onoverzienbare cascade van claims veroorzaken.¹¹² Dit 'floodgate'-argument is ook nog wel voorstelbaar ingeval van onzorgvuldigheid van een accountant bij het controleren van een jaarrekening.¹¹³ Maar is dat ook het geval als een arts een fout maakt met als gevolg dat de patiënte zwanger raakt? Wij denken dat er meer verschillen dan overeenkomsten zijn: bij de onderhavige medische fout blijft de kring van potentiële benadeelden beperkt, de omvang van de schade is vooraf in te calculeren en een cascade van claims door een en dezelfde fout is dus niet te verwachten. Een betere benadering lijkt ons in dit verband te zijn gekozen door de Court of Appeal in de (thans door de *McFarlane*-zaak

- 102 Aldus Lord Oliver of Aylmerton, [1990] 1 All ER 599 (f), hierboven geciteerd in noot 70.
- 103 Verschillende Lords hebben hier in *Caparo* op gewezen: [1990] 1 All ER 574 (a) t/m (b) (Lord Bridge), op 582 (a) (Lord Roskill) en op 585 (g) (Lord Oliver of Aylmerton). Zie ook Winfield and Jolowicz on Tort, a.w. p. 98.
- 104 Aldus Bernstein 1998, a.w. p. 26. Een recent voorbeeld hiervan is *Law Society v. KPMG Peat Marwick and others* [2000] 1 All ER 515 (Ch.D.). Vergelijk ook *Kent v. Griffiths & Others* [2000] EWCA 7 (3 februari 2000) (C.A.).
- 105 Zie Bernstein 1998, a.w. p. 26-27 over de zogenaamde 'composite approach', met een analyse van de *Caparo*-zaak. Zie ook de rechtspraak die door Bernstein op p. 47 e.v. wordt geanalyseerd onder het kopje 'proximity'. Vergelijk ook Winfield and Jolowicz on Tort, a.w. p. 108 e.v.
- 106 Winfield and Jolowicz on Tort, a.w. 1998, p. 101; Bernstein 1998, a.w. p. 66.
- 107 Zie hierboven noot 63.
- 108 Vergelijk ook Winfield and Jolowicz on Tort, a.w. 1998, p. 101.
- 109 Dat blijkt ook uit de inleidende tekst die de redactie van de All England Law Reports aan de publicatie van de uitspraak vooraf deed gaan, [zie 1999] 4 All ER 961 (g).
- 110 Zie hierboven de toelichting op *Caparo* in paragraaf 4.4.1 in fine.
- 111 Zie over het nauwe verband tussen het 'floodgate'-argument en het vereiste van 'just, fair and reasonable' onder andere Winfield and Jolowicz on Tort, a.w. 1998, p. 103; Bernstein 1998, a.w. p. 73. Het verband blijkt heel duidelijk in een recente zaak over de aansprakelijkheid van accountants: *Law Society v. KPMG Peat Marwick and others* [2000] 1 All ER 515 (Ch.D.). Aan de vereisten van 'foreseeability' en 'proximity' was in deze zaak voldaan. Het aannemen van een 'duty' werd in het concrete geval daarenboven als 'just, fair and reasonable' geoordeeld omdat niet was gebleken dat zo'n 'duty' (...) exposes accountants to a limitless liability.' Op 521 (f) t/m 522 (b) wordt door Scott V-C het vereiste van 'just, fair and reasonable' expliciet in de context geplaatst van het 'floodgate'-argument zoals dat in *Caparo* is verwoord door Lord Oliver of Aylmerton en dat wij hierboven weergaven in paragraaf 4.4.1 in fine.
- 112 *Spartan Steel v. Martin* [1972] 3 All ER 557 (C.A.). Zie over dergelijke 'cable cases' bijvoorbeeld R.J.P. Kottenhagen, 'Over bris de cables, kabelbruchfälle en cable cases; Een rechtsvergelijkende studie naar de problematiek van de buiten-contractuele aansprakelijkheid voor leidingschade, in het bijzonder voor de daaruit ontstane zuivere vermogensschade', *BR* 1992, p. 653 e.v. en J.H.M. van Erp, 'Leidingschade, HR 2 oktober 1998, NJ 1998, 831, inzake Nacap/Shellfish', *AAe* 1999/10, p. 754 e.v.
- 113 Een voorbeeld daarvan is de *Caparo*-zaak.

geneutraliseerde) uitspraak *Goodwill v. British Pregnancy Advisory*.¹¹⁴ Daarin werd geoordeeld dat op de arts weliswaar een 'duty' rust jegens de gesteriliseerde man en diens echtgenote of partner, maar dat die duty zich niet uitstrekt tot 'a member of the indeterminately large class of women who might have sexual relations with the patient at some future time.'¹¹⁵ Wij maken ons sterk dat de aansprakelijkheid van de arts om deze redenen goed verzekeraar is. Het floodgate argument is hier naar onze mening kortom geen sterk argument tegen aansprakelijkheid.¹¹⁶

6.2.3. Verdelende en vergeldende rechtvaardigheid

Wezenlijker is het argument dat vooral door Lord Steyn wordt uitgesponnen; dit argument komt er op neer dat 'distributive justice' noopt tot afwijzing van de claim.¹¹⁷ Met dit argument wordt gerefereerd aan het op Aristoteles terug te voeren onderscheid tussen verdelende rechtvaardigheid ('distributive justice') en vergeldende rechtvaardigheid ('corrective justice').¹¹⁸ Aristoteles zou zijn Nicomacheïsche onderscheid echter niet terug herkennen in de opinie van Lord Steyn.¹¹⁹ Zelden is namelijk het onderscheid tussen verdelende en vergeldende rechtvaardigheid gebruikt om, zoals hier, een vordering die op zichzelf voldoende steun zou kunnen vinden in de vergeldende rechtvaardigheid, af te wijzen met als reden dat toewijzing (beveerdelijke) strijd met de verdelende rechtvaardigheid zou opleveren. Waar Lord Steyn op doelt, heeft in wezen vrij weinig met Aristoteles' dichotomie te maken. Ook overigens menen we dat het beter is om de referentie aan Aristoteles' gedachtengoed weg te laten, want wij geloven niet dat in de onderscheidingen zoals gebruikt door Lord Steyn werkelijk veel kracht schuilt. Maar wat blijft dan over van Lord Steyn's 'speech'? Wat overblijft is de notie dat de financiële lasten gemoeid met het krijgen van een gezond kind gedragen moeten worden door de ouders. Een *morele* notie die, zo menen de Lords, breed gedragen wordt door het publiek in de Londense metro. We hebben het niet naggevraagd, en we maken ons sterk dat de Lords het evenmin hebben gedaan. Maar de strekking van het argument is helder: weldenkende mensen zouden deze vordering afwijzen. Om het argument kracht bij te zetten, maakt Lord Steyn een vergelijking tussen enerzijds (de financiële lasten van) de McFarlanes en anderzijds (die van) ongewild kinderloze echt)paren en met echt)paren die door speling van de natuur een gehandicapt kind hebben gekregen. Die krijgen ook geen schadevergoeding op grond van het aansprakelijkheidssysteem, en dus, zo lijkt de gedachte te zijn: als zij hun lot moeten dragen, dan moeten deze ouders al helemaal niet klagen.¹²⁰

De vergelijking die Lord Steyn maakt, gaat terug – we wezen daar al op in paragraaf 4.4.2 – op een speech van Lord Hoffmann in *White v. Chief Constable of the South Yorkshire Police*. In die zaak ging het om de vraag of politieagenten die bij de ramp in het Hillsborough voetbalstadion eerste hulp verleenden aan de slachtoffers, hun werkgever aansprakelijk konden stellen voor het psychisch letsel dat zij ondervonden door hun aanwezigheid bij deze zeer ernstige catastrofe.¹²¹

Deze vordering werd afgewezen, voornamelijk om 'policy reasons'. De familieleden van de slachtoffers hadden in een andere zaak ook nul op het rekest gekregen,¹²² dus lag het voor de hand om ook niet-familieleden met lege handen naar huis te sturen.¹²³ Hoffmann overweegt in zijn speech dat categorische afwijzing van schadevergoeding voor 'psychiatric injuries' heel wel te verdedigen is. Er zijn namelijk genoeg gevallen te noemen waarin een benadeelde om uiteenlopende redenen geen schadevergoeding krijgt, bijvoorbeeld omdat er geen 'negligence' was of omdat de aansprakelijke personen geen verhaal bieden. Aangezien het aansprakelijkheidsrecht als zodanig reeds een gebrekkig mechanisme is voor vergeldende rechtvaardigheid, kan categorische afwijzing van de vordering tot vergoeding van voor 'psychiatric injuries' er dus ook nog wel bij, zo vatten wij het argument samen.

Deze argumentatielijnt rust op drijfzand. Men bedient zich niet van een *morele* notie indien men de schadevergoedingsvordering van de één afwijst met een beroep op het gegeven dat het aansprakelijkheidsrecht ook anderen geen schadevergoeding bieden kon. Dat is veeleer het aanroepen van een vergelijkingsgeval. Analogieën gaan echter alleen op wanneer op relevante punten overeenkomsten bestaan tussen de verschillende gevallen. Kan het lot van ongewild kinderloze echt)paren en van echt)paren die door een speling van de natuur een gehandicapt kind hebben gekregen, werkelijk op één lijn worden gesteld met de ongewenste zwangerschap van Laura McFarlane? Zolang het een fundamenteel beginsel van aansprakelijkheidsrecht is dat een recht op schadevergoeding ontstaat ingeval van onzorgvuldig menselijk handelen, verschillen de genoemde categorieën juist in dat opzicht van elkaar. Bovendien schuilt er in de gebruikte redeneertrant het gevaar dat men gevallen qua *gevolg* vergelijkt zonder acht te slaan op de *oorzaken*. Voor aansprakelijkheidsvragen moet toch steeds worden gekeken naar een *gedraging*

114 [1996] 2 All ER 161. Zie over deze zaak *Winfield and Jolowicz on Tort*, a.w. 1998, p. 101.

115 Het citaat is afkomstig uit *Winfield and Jolowicz on Tort* 1998, a.w. p. 101.

116 Aangezien in ons recht het 'floodgate'-argument bij *cable cases* geen belemmering voor aansprakelijkheid is (zie HR 1 juli 1977, (Van Hees/Esbeek), NJ 1978, 84) zal het zeker geen belemmering in 'wrongful birth' zaken zijn.

117 Zie hiervoor paragraaf 4.4.2.

118 Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, boek VII-v. Zie hierover, en over de receptie van de *Ethica*, bijvoorbeeld J. Gordley, *Tort law in the Aristotelian Tradition*, in: D.G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 131 e.v. Vergelijk ook J.H. Nieuwenhuis, 'De constitutie van het burgerlijk recht', *RM Themis* 2000/6, p. 206 e.v.

119 Maar, zoals Posner illustreert (R.A. Posner, 10 JLS (1981), p. 187 e.v.), geldt dat eigenlijk voor elk modern gebruik van het onderscheid.

120 Deze redeneertrant komt men ook tegen bij P.S. Atiyah, *The Damages Lottery*, Oxford: Hart Publishing 1997. Daartegen: A. Burrows, In Defence of Tort, in: dezelfde, *Understanding the law of obligations*, Oxford: Hart Publishing 1998, p. 122 e.v.

121 Bij de Hillsborough ramp werden 95 voetballers dodelijk verpletterd en meer dan 400 raakten gewond.

122 *Aldock v. Chief Constable of the South Yorkshire Police* [1991] 4 All ER 907.

123 Aldus de samenvatting van Lord Steyn, [1999] 4 All ER 978 c-d.

die men als wenselijk dan wel onwenselijk bestempelt. Door alleen naar het gevolg (hier: het krijgen van kinderen) te kijken in plaats van naar de oorzaak (hier: de tekortkoming van de artsen), kan men elke aansprakelijkheid de kop indrukken. De gevolgde redeneertrant maakt het mogelijk om automobilisten die verkeersongevallen veroorzaken, niet langer aansprakelijk te achten, omdat immers de vele slachtoffers van eenzijdige verkeersongevallen ook geen claim geldend kunnen maken. Met een beroep op deze redeneertrant kan ook aan slachtoffers van een HIV-besmetting in een ziekenhuis schadevergoeding worden ontzegd omdat zij die door seksuele overbrenging besmet zijn geraakt, in de regel ook niets krijgen van het aansprakelijkheidsrecht. En slachtoffers van oneerlijke concurrentie blijven van vergoeding verstoken, simpelweg omdat marktdeelnemers die op gewone wijze zijn weggeconcentreerd ook met lege handen achterblijven. En zo kunnen we door gaan totdat het hele aansprakelijkheidsrecht weggedacht is; dat lijkt ons niet zinvol. We verwerpen daarom het gebruik van dit argument voor aansprakelijkheidsvragen.

6.2.4. Wat overblijft, is schade

Welk fundament voor het *morele* bezwaar van de Lords blijft dan eigenlijk over? Het is niet geheel duidelijk. Zij lijken zich te scharen achter diegenen die *morele* bezwaren hebben tegen de toekenning van schadevergoeding aan onderhoudsplichtige ouders. Maar waar keren deze bezwaren zich nu precies tegen? Niet tegen het idee dat een arts die een beroepsfout maakt, daarvoor zijn verantwoordelijkheid dient te dragen.¹²⁴ En hoewel de Lords aangeven geen heil te zien in de discussie of een kind als schade mag worden aangemerkt,¹²⁵ vormt dat naar ons idee toch de basis van de beslissing van de Lords. De kosten van verzorging en opvoeding komen niet voor vergoeding in aanmerking – zo parafaseren wij de Lords – omdat de gewone man het *moreel* verwerpelijk zou vinden om een prijs te zetten op het leven van een gezonde baby. Het komt dus toch aan op bezwaren tegen de notie ‘kind als schade’. Maar hoe houdbaar is dit *morele* bezwaar? Het is namelijk betrekkelijk eenvoudig te ondervangen door aan te nemen dat de arts niet *schade*plichtig is, maar *onderhoudsplichtig*.¹²⁶ Op het eerste gezicht zou dit een voor het aansprakelijkheidsrecht wezensvreemde benadering zijn, maar voor het Nederlandse recht bestaat een precedent in art. 6:108 BW. Dat is namelijk ook veeleer een op onderhoudsplicht geënte vergoedingsplicht dan een werkelijke schadevergoedingsplicht.¹²⁷ Stelt men de betalingsplicht van de arts op één lijn met die van een alimentatieplichtige verwekker, wordt het aansprakelijkheidsoordeel dan wél verteerbaar? Als dat zo is (en daar heeft het veel van weg), dan richten de *morele* bezwaren zich tegen een woord (‘schade’) en niet tegen de notie dat de arts dient mee te betalen aan de financiële gevolgen van zijn fout. Aan de notie dat de arts moet mee betalen aan de onderhoudskosten, ligt naar onze mening bovendien een sterk argument ten grondslag dat in menig opzicht onderbelicht is gebleven – ook in de ‘speeches’ van de Lords – namelijk dat van rechtsgelijkheid onder be-

roepsbeoefenaren. Acht men artsen voor de onderhavige kosten niet aansprakelijk, dan wordt deze beroeps-groep in zoverre ontslagen van de financiële verantwoordelijkheid voor hun fouten. Terwijl andere beroepsbeoefenaren ‘gewoon’ aansprakelijk zijn jegens hun wederpartij voor hun beroepsfouten, zou één specifieke groep daarvan gevrijwaard blijven omdat het product van hun fout een mens is. En mensen zijn geen schade. Dat spreekt vanuit het idee dat gelijke fouten tot gelijke verantwoordelijkheid leiden moet, niet aan. Afwezigheid van aansprakelijkheid is ook niet de meest effectieve prikkel om artsen tot zorgvuldigheid aan te sporen en om schade te voorkomen. Wij beseffen dat tegenstanders van dit argument zullen benadrukken dat dit nu juist het essentiële verschil tussen een advocaat en een arts is: wanneer de fout van deze laatste tot het ontstaan van menselijk leven leidt, is er geen schade en dus geen vergelijkbaar geval. Het is maar net welk vergelijkings-element men relevant acht. En zo zijn we weer terug bij het woord ‘schade’. Wij voelen uiteindelijk meer voor de rationele benadering die de Hoge Raad kiest. Het geboren individu is een geaccepteerd en geliefd gezinslid; wat overblijft zijn onderhoudskosten, en die kosten van levensonderhoud moeten door de nalatige arts worden vergoed.

124 Immers, de Lords achten het wel mogelijk dat de arts voor ‘pain and suffering’ van Laura McFarlane aansprakelijk is.

125 Zie hierboven paragraaf 4.3.2.

126 Vergelijk in deze zin C.J.J.M. Stolker, diss., a.w. p. 150 en J.H. Nieuwenhuis, in: ‘Wrongful birth, meningen over HR 21 februari 1997, RvdW 1997, 54C’, NJB 1997, p. 479.

127 Zie recentelijk nog HR 4 februari 2000 (Kwidama/Raphael-Richardson), RvdW 2000, 38 met een kritische noot van E.F.D. Engelhard in NTBR 2000, p. 254. Frappant in dit verband is dat J.H. Nieuwenhuis, ‘De constitutie van het burgerlijk recht’, RM Themis 2000/6 voor de ‘wrongful conception’-gevallen een behoeftegevoel introduceert, die ook relevantie toekomt in de gevallen bestreken door art. 6:108 (art. 1406 oud) BW.