

## Inleiding<sup>1</sup>

### INTRODUCTIE

Op 18 maart 2005 sprak de Hoge Raad zich uit in de zaak Baby Kelly, Nederlands eerste *wrongful life*-casus.<sup>2</sup> In dit belangwekkende arrest, waarnaar door velen reikhalzend werd uitgekeken, gaf de cassatierechter antwoord op meerdere interessante vragen.

De Kelly-zaak betreft problematiek die in de literatuur wordt aangeduid als *wrongful birth* en *wrongful life*. Daarnaast kennen we ook nog de termen *wrongful conception* en *wrongful pregnancy*.<sup>3</sup> De begrippen pleegt men nogal eens te verwarren.<sup>4</sup> Een *wrongful birth*-claim is een vordering waarbij de ouders van een kind dat met een handicap geboren is, aangeboren of anderszins veroorzaakt, de hulpverlener aansprakelijk stellen omdat zij zonder de fout van de hulpverlener niet tot conceptie van het kind zouden zijn overgegaan, dan wel zouden zijn overgegaan tot zwangerschapsafbreking.

Bij zaken van *wrongful pregnancy* (ook wel *wrongful conception* genoemd) draait het om sterilisaties die niet tot het gewenste resultaat hebben geleid of om anticonceptie die zwangerschap niet heeft kunnen voorkomen.<sup>5</sup> In deze gevallen is het kind dat geboren wordt gewoonlijk gezond, maar is de zwangerschap (en dus ook de geboorte) onrechtmatig.<sup>6</sup> In het befaamde arrest van de Hoge Raad van 21 februari 1997, dat als het *Wrongful birth I*-arrest bekend staat,<sup>7</sup> ging het dus feitelijk om *wrongful pregnancy*. Met de Kelly-zaak diende zich in Nederland de eerste *wrongful life*-claim aan. Kelly is meervoudig geestelijk en fysiek gehandicapt ter wereld gekomen als gevolg van een chromo-

somale afwijking. In 1996 stelde een kinderarts multiple pathologie vast bij het toen tweeëneenhalf jaar oude kind. Het hof liet weten geen andere conclusie te kunnen trekken dan dat de medische situatie ‘van dien aard is dat [de dochter] er bepaald deerniswekkend aan toe is’.<sup>8</sup>

De ouders voerden aan dat het meisje niet zou hebben bestaan, indien de verloskundige zou hebben gehandeld overeenkomstig de maatstaven die golden ten tijde van dat handelen. Gegeven de informatie die de hulpverlener tot haar beschikking had, zo wist zij dat een neef van het paar als gevolg van een chromosomale afwijking gehandicapt was, had zij over moeten gaan tot een zorgvuldige familie-anamnese en (eventueel) overleg met een klinisch geneticus. Had de verloskundige dat gedaan, dan zou vroeg in de zwangerschap zijn ontdekt dat de vrucht beschadigd was. En met die wetenschap zou de moeder hebben besloten tot abortus.

De hulpverlener had inderdaad grondiger te werk moeten gaan, zo oordeelde het hof, door dit niet te doen handelde de verloskundige niet overeenkomstig de reeds destijds geldende professionele standaard, handelde zij derhalve niet als een ‘redelijk bekwaam en redelijk handelende beroepsgenoot’, en beging zij dus een fout.<sup>9</sup>Zowel de ouders als Kelly vorderden schadevergoeding. De eersten vorderden vergoeding van de materiële en de immateriële schade die zij hebben geleden. Voor zover het deze vordering betreft, is de zaak Kelly dus een zaak van *wrongful birth*. De vordering van de dochter, gedaan bij incidenteel appel, maakt het ook tot een *wrongful life*-zaak. Kelly vorderde haar toekomstige kosten van levensonderhoud en de extra kosten (in verband met de handicap) die gemaakt zullen worden na haar 21<sup>e</sup> levensjaar. Deze materiële kosten worden na het 21<sup>e</sup> levensjaar immers door de dochter zelf geleden. Daarnaast vorderde ook zij smartegeld.

Het hof wees de vordering van Kelly toe en veroordeelde de verloskundige (en haar werkgever, het Leids Universitair Medisch Centrum) tot vergoeding van de immate-

riële schade van de dochter, alsook van de materiële schade die zij zal lijden, voor zover deze niet aan de ouders vergoed wordt.<sup>10</sup> In zijn conclusie (het advies aan de cassatierechter) maakte procureur-generaal Hartkamp kenbaar er de voorkeur aan te geven de begrippen *wrongful birth* en *wrongful life* te vermijden. Niet alleen zijn de begrippen naar zijn mening onvoldoende afgebakend en worden ze niet door een ieder in dezelfde betekenis gebruikt, ook het eraan gekoppelde onderscheid tussen een vordering van de ouder(s) en een vordering van het kind ligt allerminst voor de hand: zowel bij de vordering van de ouder(s) als bij die van het kind was immers vooraf zowel de geboorte als – in het verlengde daarvan – het leven ongewenst. In zijn conclusie onderscheidde hij dan ook slechts tussen de vordering van de ouders en die van het kind.

Strikt positiefrechtelijk bezien is dat wellicht ook zuiver, maar juist het feit dat de vordering door het kind wordt ingesteld, roept bijzondere vragen op – niet alleen juridische – die casus als deze zoveel reliëf verlenen dat daarmee het gebruik van de term *wrongful life* wel degelijk verdedigbaar is.

## WRONGFUL LIFE IN HET BUITENLAND

In het buitenland worden *wrongful life*-vorderingen soms toewijsbaar geacht, soms niet. Soms is er een wettelijke regeling, soms niet. De vragen waarvoor deze vorderingen rechters (maar ook wetgevers) stellen, zijn evenwel overal dezelfde.

### *Bondrepubliek Duitsland*

Naar Duits recht is een arts die als hulpverlener is tekortgeschoten, niet jegens het kind aansprakelijk. Reeds in 1983 ontkende het *Bundesgerichtshof* het bestaan van een delictuele plicht om de geboorte te verhinderen, wanneer voorzienbaar is dat het kind met gebreken ter wereld zal

komen, Een dergelijke aanvaarding zou een *Fremdkörper* opleveren in het geheel van op *Integritätsschutz* gerichte normen van de relevante bepaling van het Duitse burgerlijk wetboek. En omdat de plicht buiten het door deze bepaling beschermde belang van *Integrität* valt, onttrekt zich aan rechterlijke beoordeling de vraag of een leven met zware handicaps überhaupt als schade (in juridische zin) op te vatten is, vergeleken met het alternatief van niet leven. Aan aansprakelijkheid op grond van wanprestatie en derdenbescherming wilde het hof evenmin: slechts aan de moeder, en uitsluitend in haar belang, komt het recht op abortus toe. Daarnaast gaf het hof als zijn mening dat met de vordering van het kind de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht overschreden zijn: ‘Der Mensch hat grundsätzlich sein Leben hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und hat keinen Anspruch auf seine Verhütung oder Vernichtung durch andere.’ Het *Bundesgerichtshof* overwoog ten slotte dat indien de aansprakelijkheid van de arts wel zou worden aangenomen, daarvan dan de consequentie zou zijn dat het kind ook zijn ouders aansprakelijk zou stellen.<sup>11</sup>

### *Verenigd Koninkrijk*

De aansprakelijkheid jegens kinderen die ten gevolge van een fout gehandicapt geboren zijn, is in het Verenigd Koninkrijk (Schotland niet inbegrepen) geregeld in de *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*. Hierin is bepaald dat een ander dan de moeder jegens het kind aansprakelijk is indien dat kind ter wereld gekomen is met handicaps die het gevolg zijn van een gebeurtenis (‘occurrence’) die zich voordeed voor de geboorte (en gevolgen had voor de moeder gedurende de zwangerschap dan wel voor haar of het kind gedurende de bevalling), en waarvoor die ander verantwoordelijk is.

In de McKay-zaak stelden de rechters dat de gebeurtenis waarvan de wet spreekt, slechts op een welbepaalde wijze als *condicio sine qua non* mocht worden begrepen.

Namens het kind werd van arts en *health authority* schadevergoeding gevorderd op de grond dat de arts jegens haar (als ongeboren vrucht) onzorgvuldig had gehandeld door de moeder niet te adviseren een wettelijk toegestane abortus te ondergaan, welk advies de vrouw ter harte zou hebben genomen. Aan dit laatste werd niet getwijfeld. I.c. had de vrouw tijdens haar zwangerschap aan rubella geleden, en had de arts van de vrouw haar bloed laten onderzoeken door de *health authority* maar was door nalatigheid de infectie niet aan het licht gekomen. Omdat er geen sprake was van schending van een 'duty to take reasonable care not to injure' het kind, en omdat haar handicap niet door de arts of de *health authority* was veroorzaakt, maar door rubella, wees de Engelse beroepsrechter de vordering af.

Met andere woorden, de gebeurtenis waarvan de *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* spreekt, dient uitsluitend te worden opgevat als gebeurtenis zonder welke het kind 'normal and healthy' ter wereld zou zijn gekomen, en niet als gebeurtenis zonder welke de geboorte van het kind in het geheel niet zou hebben plaatsgevonden. In de McKay-zaak kon het kind dus niet volhouden zonder handicap geboren te zijn, indien arts en *health authority* niet nalatig geweest zouden zijn. Het enige recht waarvan het kind kan aanvoeren dat het geschonden is, is het recht om niet gehandicapt of misvormd geboren te worden, en voor een kind dat reeds voor de geboorte door ziekte of andere natuurlijke oorzaken gehandicapt is geraakt of is misvormd, kan dat alleen maar het recht zijn om geaborteerd te worden. De enige verplichting die de hulpverlener kan hebben jegens het ongeboren kind dat met invaliderende rubella besmet is geraakt, is de verplichting om het te laten aborteren. Een dergelijke verplichting zou evenwel in strijd zijn met de menselijke waardigheid, aldus het *Court of Appeal*, omdat zij zou inhouden dat het leven van een gehandicapt kind minder waard is dan dat van een niet-gehandicapt kind.

Voorts voerden de Britse appelrechters aan dat de aanvaarding van een dergelijke verplichting het een gehandi-

capt kind ook mogelijk zou maken schadevergoeding te vorderen van zijn moeder voor het feit dat zij zich niet heeft laten aborteren. En ten slotte meenden zij dat het niet mogelijk is om bij een vordering als deze de aard en de omvang van de schade vast te stellen, omdat de bepaling immers gebaseerd zou moeten zijn op ‘a comparison between the value of non-existence (...) and the value of her existence in a disabled state’.<sup>12</sup>

### *Frankrijk*

De *Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* van 4 maart 2002 beperkt het recht van gehandicapte kinderen op vergoeding van schade als gevolg van medische fouten. Bepaald is dat ‘nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance’. Daaraan is toegevoegd dat iemand die geboren is met een handicap welke te wijten is aan een medische fout, recht heeft op vergoeding van zijn schade, indien de handicap het onmiddellijke gevolg is van de foutieve handeling of indien deze de handicap heeft verergerd, of indien men verzuimd heeft passende maatregelen te nemen om de handicap te verminderen. Deze wet, het resultaat van de publieke commotie die volgde op het tweede *Perruche*-arrest,<sup>13</sup> sluit dus een vordering uit zoals die in de Britse McKay-zaak werd gedaan.

Nicolas Perruche ontwikkelde een jaar na zijn geboorte handicaps die erop wezen dat zijn moeder tijdens de zwangerschap aan rubella had geleden. Vanwege verschijnselen die op deze ziekte konden duiden, had zij toentertijd een arts geconsulteerd, en als haar wens te kennen gegeven een abortus te ondergaan indien zou blijken dat zij inderdaad aan rubella leed. Laboratoriumonderzoek wees evenwel uit dat zij voor de ziekte immuun was.

In het eerste *Perruche*-arrest,<sup>14</sup> gaf de Franse cassaterechter te kennen het standpunt van de appelrechter niet te delen. Deze had de schadevergoedingsactie afgewezen wegens het ontbreken van causaal verband tussen de handicaps van Nicolas enerzijds en de fouten van de arts en

het laboratorium anderzijds: de gebreken waren het gevolg van rubella. Het *Cour de Cassation* oordeelde dat de relevante bepaling ter zake van niet-nakoming van verbintenissen door het hof niet juist was toegepast, daar het paar duidelijk had aangegeven de zwangerschap te willen afbreken in geval van rubella en de fouten van de arts en het laboratorium het paar ten onrechte hadden doen geloven in de immuniteit van de vrouw voor de ziekte. Toen ook het hof van verwijzing in de Perruche-zaak de vordering van het kind afwees wegens het ontbreken van causaliteit, stelde de cassatierechter simpelweg dat het kind deze vergoeding van de schade wèl kan vorderen, omdat de fouten van de arts en het laboratorium, begaan bij het nakomen van een contractuele verbintenis met de vrouw, ‘avaient empêché celle-ci d’exercer son choix d’interrompre sa grossesse afin d’éviter la naissance d’un enfant atteint d’un handicap’.

Ook nadien, maar voor de komst dus van de *anti-Perruche*-wet, heeft de Franse cassatierechter meermaals overwogen dat een gehandicapt kind schadevergoeding kan vorderen wanneer de handicap ‘en relation de causalité directe’ is met fouten van hulpverleners als gevolg waarvan de moeder niet voor abortus heeft kunnen kiezen.<sup>15</sup>

### *Verenigde Staten*

In een aantal staten zijn *wrongful life*-vorderingen wettelijk beperkt of uitgesloten. In andere staten achten rechters dergelijke claims toewijsbaar. Opmerkelijk is dat causaliteit en toerekening van minder belang geacht worden dan het vraagstuk van de (on)mogelijkheid van de voor schadevergoeding vereiste vergelijking tussen gehandicapt leven en ‘nonexistence’. Werd aanvankelijk geoordeeld dat een dergelijke vergelijking onmogelijk is,<sup>16</sup> later maakten rechters haar wel en werd een vordering afgewezen omdat het bestaan van schade niet kon worden aanvaard, daar ‘life – whether experienced with or without a major physical handicap – is more precious than non-life’.<sup>17</sup>

Een pragmatische benadering is te vinden in een uitspraak van het Californische Hooggerechtshof. Dit hof stond niet stil bij de (on)mogelijkheid van de vergelijking en de relatieve waarde van gehandicapt leven en niet-leven. De rechters stelden zich op het standpunt dat er omtrent dit laatste hoe dan ook opvattingen in de maatschappij bestaan. Een *wrongful life*-vordering werd dan ook (deels) toegewezen, onder meer omdat naar het oordeel van het Hooggerechtshof er mogelijk niet in alle situaties een ‘societal consensus’ bestaat volgens welke ‘life is preferable to never having been born at all’.<sup>18 19</sup>

#### TOEWIJSBAARHEID: JURIDISCHE ARGUMENTEN VOOR EN TEGEN

*Wrongful life*-vorderingen kenmerken zich door het gegeven dat het het kind is dat vordert, het kind dat tevens gehandicapt is. Deze gegevens roepen vragen op die ook in de Nederlandse juridische literatuur inmiddels uitvoerig zijn behandeld. Het betreft de vraagstukken van de schadebepaling en de grondslag van de rechtsvordering. Ook het causaliteitsvraagstuk neemt bijzondere dimensies aan in *wrongful life*-zaken, maar dat kenmerk wordt gedeeld met zaken van *wrongful birth*.

#### *De (on)mogelijkheid van schadebepaling*

Niet alleen in de buitenlandse jurisprudentie, maar ook in de literatuur wordt vaak tegen toewijzing van de vordering aangevoerd dat de schade niet te begroten is. Kortmann meent dat men in *wrongful life*-zaken de gewone weg bij het vaststellen van de schade dient te volgen, hetgeen betekent dat schade moet worden opgevat als het nadelige verschil tussen de situatie waarin de benadeelde thans verkeert en de hypothetische situatie waarin deze zou hebben verkeerd indien de fout niet zou zijn gemaakt. In een *wrongful life*-zaak houdt de hypothetische situatie in dat het kind er



niet zou zijn geweest. En omdat wij niets weten van niet-zijn, is het maken van de noodzakelijke vergelijking onmogelijk. Ook als men aanvaardt dat een dergelijke vergelijking wel mogelijk is, zo vervolgt Kortmann, blijft het de vraag hoe kan worden vastgesteld dat niet-zijn meer waard is dan het leven met een handicap.<sup>20</sup>

De redeneertrant van Kortmann c.s. voert meestal tot de vaststelling dat met *wrongful life*-vorderingen de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht overschreden zijn. Immers, wat zich niet laat conceptualiseren, onttrekt zich aan de bemiddelende functie van het recht.<sup>21</sup> Stolker noemt het evenwel een ‘heel flauw argument’, en spreekt zelfs van een ‘typisch staaltje juristerij, dat geen recht doet aan de situatie van het kind’.<sup>22</sup> Anderen menen dat het aansprakelijkheidsrecht ook in kwesties als deze uitkomst kan bieden, *moet* bieden zelfs. Zo meent Lindenbergh dat we consequent moeten zijn. ‘Het eigen recht op schadevergoeding van het kind verdient dan erkenning, omdat wij – wanneer we de mogelijkheden die de medische wetenschap ons biedt op het terrein van voortplanting aanvaarden en gebruiken – ook niet te zeer moeten terugschrikken voor de juridische consequenties.’<sup>23</sup>

Sieburgh stelt zich op het standpunt dat het aansprakelijkheidsrecht oplossingen aanreikt die aansluiten bij de feiten zoals ze gegeven zijn. De redenering van Kortmann c.s. zou miskennen dat het in het aansprakelijkheidsrecht niet zozeer om herstel in de oude feitelijke toestand gaat, als wel om herstel van de oude *vermogensrechtelijke* toestand. Toepassing vindt het dus ook in die gevallen waar de feiten niet omkeerbaar zijn. De ouders van een kind van wie de conceptie en/of geboorte niet was beoogd, kunnen dan ook aanvoeren dat het relevante verschil tussen ‘het zijn’ en ‘het niet’ gevormd wordt door de kosten die het bestaan van het kind met zich meebrengt. Leven is dan weliswaar niet te vergelijken met niet leven maar zoals met betrekking tot derden (de ouders) wordt aangenomen dat aan het zijn van het kind bepaalde vermogensrechtelijke

consequenties zijn verbonden, kan naar het oordeel van Sieburgh niet worden uitgesloten dat ook het kind zelf kan betogen dat ‘het zijn’ voor hem vermogensrechtelijke consequenties heeft die bij afwezigheid van de fout niet tot expressie gekomen waren.<sup>24</sup>

Wat zou dan de schade van het kind kunnen zijn? Hoe moet deze dan worden bepaald? Shapira betoogt dat het bestaan en de handicaps van kinderen als Kelly weliswaar onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, maar dat een conceptueel onderscheid heel wel mogelijk is. Immers, ‘[t]he impaired child brings a suit for his or her handicapped condition, not for being brought into existence. The law can and should provide an impaired newborn with the right to be compensated by a negligent counsellor for the damage inherent to his or her hopeless, agony-dominated state *as compared to healthy life*.’<sup>25</sup> Dit nu is ook de vergelijking die Hartkamp in zijn conclusie heeft gemaakt. ‘Nu het kind eenmaal leeft en juist doordat het leeft [dringt] de vergelijking zich op met een kind zonder de handicaps in kwestie, [en] is het (...) het meest in overeenstemming met de aard van de schade van het kind dat deze wordt begroot door middel van een vergelijking met een gezond leven, althans een leven zonder de handicaps in kwestie.’<sup>26</sup> Voor zover deze in verband staat met haar handicaps heeft Kelly dan ook recht op vergoeding van haar (im)materiële schade.<sup>27</sup>

### *Grondslag voor de aanspraak*

Aansprakelijkheid vereist – juridisch gezien – een wanprestatie of een onrechtmatige daad. De grondslag is derhalve contractueel, niet contractueel, of beide. Dat een ongeboren kind een overeenkomst kan aangaan is rechtegens mogelijk dankzij een fictie uit het Burgerlijk Wetboek. Maar of de vordering van het kind nu een vordering is uit contract, uit onrechtmatige daad, of uit beide, is niet zo relevant. Met betrekking tot de daaraan ten grondslag gelegde normschending zullen de verschillende vorderingen

niet wezenlijk uiteenlopen.<sup>28</sup> Waaruit bestaat die norm-schending? In de rechtswetenschappelijke literatuur is door zowel voor- als tegenstanders van toewijzing be-toogd dat het kind zich niet kan beroepen op zijn recht om niet te leven of een (indirect) recht op abortus. Het recht op abortus is een zelfbeschikkingsrecht van de moeder. Het feit dat zij dit recht (mede) in het belang van het kind kan uitoefenen, betekent nog niet dat het kind een afgeleid recht op abortus heeft. Het is uitsluitend de moeder die de beslissing neemt. De overweging van het hof (in de zaak Kelly) dat de ongebornen dochter weliswaar ‘geen afweging kan maken ter zake van haar al of niet bestaan (...) maar [dat] die beslissing (...) namens haar door de ouders [wordt] genomen, zoals bij abortus steeds het geval zou zijn geweest’,<sup>29</sup> kwalificeert Kortmann als onhoudbaar, en wel omdat zij een norm veronderstelt die het kind een recht op abortus (of niet zijn) toekent.<sup>30</sup> Sieburgh daarentegen meent dat deze conclusie niet getrokken hoeft te worden. De voor hulpverleners in deze casus jegens het kind geldende normen dienen te worden vastgesteld tegen de achtergrond van 1. het gegeven dat de jegens zijn ouders geldende gedragsnorm is geschonden, en 2. het gegeven dat het kind bestaat. In de Kelly-zaak heeft de hulpverlener jegens de ouders een contractuele norm geschonden, en de overeenkomst zou aldus verstaan kunnen worden dat een bepaald concreet belang van het kind onder haar beschermingsbereik valt. Vraagt dan het kind met de vordering tot schadevergoeding om bescherming van dit belang, dan kan deze op grond van de overeenkomst worden toegewezen, ofwel door aan de strekking van de overeenkomst te ontle-nen dat zij naar haar aard zo moet worden uitgelegd dat een op het concrete belang van het kind gerichte zorgplicht bestaat ofwel door een daarop gericht derdenbeding aan-wezig te achten. Deze benadering brengt volgens Sieburgh met zich mee dat het kind slechts vergoeding kan vragen voor de schade die aan zijn handicap is verbonden.<sup>31</sup>

Deze benadering, volgens welke het kind niet kan be-

togen dat ook jegens hem de plicht bestond te vermijden dat hij bestaat, hanteert ook Hartkamp. De kosten verbonden aan Kelly's leven voor zover deze niet op haar handicaps betrekking hebben, komen naar zijn oordeel dan ook niet voor vergoeding in aanmerking.

## OVERWEGINGEN VAN DE HOGE RAAD

### *Causaliteit*

De causaliteitsproblematiek neemt in *wrongful life*-zaken geen unieke vormen aan. De vragen die op dit punt spelen, doen zich evenzeer voor bij casus van *wrongful birth*. In de onderhavige casus ligt het tegenargument voor de hand. Tegen de vorderingen van zowel de ouders als Kelly kan worden ingebracht dat tussen de gemaakte beroepsfout en de schade geen causaal verband bestaat. Immers, de schade is niet het gevolg van het feit dat Kelly geboren is, maar van de omstandigheid dat zij ernstig gehandicapt is. Maar die handicaps vinden hun oorzaak niet in de beroepsfout van de verloskundige, maar in de chromosomale afwijking die vanaf de conceptie aanwezig is geweest, en dus niet door de hulpverlener bewerkstelligd. De laatste had de afwijking evenmin kunnen voorkomen of ongedaan maken. In navolging van Hartkamp heeft de Hoge Raad weinig sympathie voor deze gedachtegang. Zowel met betrekking tot de vordering van de ouders als met betrekking tot de vordering van Kelly oordeelt de cassatierechter dat aan het vereiste van *condicio sine qua non* is voldaan.<sup>32</sup> Vaststaat immers dat een juiste familieanamnese en daarop gevolgde consultatie van een klinisch geneticus tot nader onderzoek zou hebben geleid, waardoor de chromosomale afwijking aan de vrucht aan het licht zou zijn gekomen, naar aanleiding waarvan tot zwangerschapsafbreking zou zijn besloten. In dit verband merkt Hartkamp op – en terecht natuurlijk – dat het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht niet vereist dat de gemaakte fout de *enige* oorzaak is.

Men zou kunnen aanvoeren dat de ‘tussenliggende feiten’ (consultatie, nader onderzoek, beslissing van de ouders) zo talrijk zijn dat bezwaarlijk gesproken kan worden van het ‘zodanig verband’ waarvan het Burgerlijk Wetboek spreekt. Men gaat dan evenwel voorbij aan *Wrongful birth I*, nogmaals: een zaak van *wrongful pregnancy*, alwaar de Hoge Raad reeds had bepaald dat voor toerekening reeds voldoende was dat door de fout een risico is geschapen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt.<sup>33</sup> Nu ging het in deze zaak weliswaar om een echte medische kunstfout (het niet herplaatsen van een spiraaltje), waardoor de relatie tussen fout en schade aanmerkelijk directer is, maar de Hoge Raad heeft zich tevens meermaals in positieve zin uitgelaten over de aanwezigheid van oorzakelijk verband bij informatie- en toestemmingsfouten. De informatieplicht van de hulpverlener is immers mede gericht op het verkrijgen van ‘geïnformeerde toestemming’ voor geneeskundige handelingen. Informeert nu een hulpverlener zijn patiënt niet over een risico dat aan een ingreep verbonden is, en verwezenlijkt dat risico zich, dan acht de Hoge Raad in beginsel causaliteit aanwezig.<sup>34</sup>

Gegeven de eigen eerdere jurisprudentie zou het hebben verbaasd indien de cassatierechter in deze zaak anders over causaliteit had geoordeeld.

### *Nogmaals: schadebepaling en grondslag*

In een variatie op de verzuchting van Stolker, noemt Hartkamp het niet kunnen vergelijken van de actuele situatie met de hypothetische een ‘betrekkelijk technisch-juridische reden’, die het vaststellen van de omvang van de schadevergoeding geenszins in de weg staat. Zijns inziens kan men hiervoor zowel gebruik maken van een redenering berustend op het beschermingsbereik van de geschonden norm als van een redenering berustend op de wettelijke bepaling die stelt dat schade begroot moet worden op een wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Beide benaderingen voeren tot hetzelfde resultaat: ver-

goeding van de schade die in verband staat met de handicaps.<sup>35</sup>

Na te hebben geoordeeld dat de grondslag van de vordering gelegen is in het tekortschieten in de nakoming van de primair jegens de moeder geldende zorgplicht, die krachtens ongeschreven recht jegens het ongeborn kind zekere verplichtingen op de hulpverlener doet rusten, kiest de Hoge Raad voor de laatste benadering, hetgeen evenwel betekent dat de aard van de schade met zich meebrengt dat alle kosten die gemaakt worden voor de opvoeding en de verzorging van Kelly en ter bestrijding van de gevolgen van haar handicaps, in hun geheel voor vergoeding in aanmerking komen. Alleen op deze wijze kan naar het oordeel van de cassatierechter een vergoeding worden gegeven voor de gevolgen van de gemaakte fout. De schadeplichtigheid van de hulpverlener doet aan de menselijke waardigheid van het meisje niets af, maar stelt haar juist in staat – voor zover betaling van een geldbedrag dat vermag – zoveel mogelijk een *menswaardig bestaan* te leiden.<sup>36</sup> Waar toewijzing van de gevorderde immateriële schade overwogen wordt, is de Raad explicieter: '[d]e hoogte van deze schadevergoeding mag 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.'<sup>37</sup>

Ook de Hoge Raad ontkomt niet aan het maken van een vergelijking. Hoewel noties als 'menswaardig bestaan' en 'normaal leven' worden gebruikt, komt de redenering toch neer op een vergelijking met de situatie waarin een gezond kind verkeert. Maar anders dan Sieburgh – en Hartkamp met haar – verbindt de Hoge Raad hieraan niet de gedeeltelijke toewijzing van de vordering.

De redenen hiervoor zijn tweemaal. Allereerst acht de

cassatierechter toewijzing van het volle bedrag passend omdat als alleen haar ouders een vorderingsrecht zouden hebben, Kelly ten aanzien van haar opvoeding en verzorging 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 bedragen niet langer ten goede van Kelly komen. In de tweede plaats komt het onderscheid tussen het kind en haar handicaps naar het oordeel van de Hoge Raad neer op een ‘gekunstelde splitsing’, welke niet kan worden aanvaard.<sup>38</sup> Het eerste, meer praktische argument overtuigt niet echt, daar aan de onverhoopte calamiteit gevolgen verbonden worden die niet evident zijn. Maar de tweede reden intrigeert.

#### HET ONDERSCHIED TUSSEN KIND EN HANDICAPS: GEKUNSTELD OF ONGERIJD?

Hoewel er dus een vergelijking wordt gemaakt met de ‘normale’ situatie, zij het impliciet, geeft de Hoge Raad expliciet aan een conceptueel onderscheid tussen het zijn van Kelly en haar gebreken niet te willen maken. Dat lijkt met elkaar in tegenspraak, en wellicht is het dat ook, maar afgaand op het tweede argument is gedeeltelijke toewijzing kennelijk hoe dan ook geen optie. Het is alles of niets. Gezien het in *Wrongful birth I* aanvaarde uitgangspunt ter zake van causaliteit,<sup>39</sup> zou volledige afwijzing van de vordering van de ouders in deze zaak dan ook uiterst verbazingwekkend zijn geweest. En vermoedelijk relativeren de belangen van het meisje (na het eventuele wegvallen van de ouders) het feit van de herkomst van de vordering vervolgens meer dan voldoende. Het heeft er veel van weg dat de Hoge Raad Lindenberghs oproep ter harte heeft genomen.<sup>40</sup>

Maar waarom spreekt men nu van een *gekunstelde* splitsing? Ter verdediging van zijn standpunt vergelijkt Hartkamp de casus met gevallen die wat hem betreft vergelijk-

baar zijn en waar schadevergoeding wel verschuldigd is. Hij denkt daarbij aan deze gevallen: 1. Een gezonde vrucht wordt *in utero* (of bij de geboorte) door een medische fout gelaedeerd, 2. Een niet zwangere vrouw krijgt door een medische fout besmet bloed toegediend, waardoor het nadien geconcipeerde kind van de aanvang af een handicap bezit, 3. De vrouw die zwanger is van een vrucht die is gelaedeerd op de onder 1 of 2 bedoelde grond laat zich onderzoeken om vast te stellen of haar kind ongezond is; de handicap wordt niet ontdekt. Was hij wel ontdekt, dan was hij vatbaar geweest voor een prenatale behandeling, 4. Een arts voert een op zichzelf correcte medische behandeling uit bij een vrouw, maar laat ten onrechte na te waarschuwen voor een gevaar dat daaraan verbonden is voor een – reeds geconcipeerde of nog te concipiëren – vrucht.

In al deze situaties is een omissie (of een ‘commissie’) aan te wijzen, aldus Hartkamp, die leidt tot aansprakelijkheid en een recht op schadevergoeding van het kind. Waarom dan geen schadevergoeding toekennen in het onderhavige geval? Louter en alleen omdat er geen situatie van ‘niet-schade’ aangewezen kan worden!<sup>41</sup>

Maar waarom zijn deze gevallen vergelijkbaar? Dat in de genoemde situaties zonder enige twijfel aansprakelijkheid kan worden vastgesteld, komt doordat zij te vatten zijn in de logica van het medische aansprakelijkheidsrecht. En dat is omdat in elk van Hartkamps gevallen a. een situatie van ‘niet-schade’ aan te wijzen valt in de vorm van een gezond kind, b. steeds een gedraging van een hulpverlener valt aan te wijzen die het begin vormt van de keten van oorzakelijkheid die uiteindelijk heeft geleid tot de actuele schade, en c. die gedraging steeds ook bij afwezigheid geleid zou hebben tot de in a genoemde aanwijsbare situatie van niet-schade. In het vierde geval, de situatie die volgens Hartkamp ongetwijfeld de meeste overeenkomsten met de feiten van de zaak Kelly vertoont, is dat laatste de op zichzelf correcte medische behandeling. Welnu, een dergelijk feit is in het huidige medische aansprakelijkheidsrecht een



*condicio sine qua non* voor de toewijsbaarheid van vorderingen bij casus waarin sprake is van schending van de informatieplicht,<sup>42</sup> voor de toewijzing van de vordering tot vergoeding van de schade die bestaat uit het nadelige verschil tussen de actuele situatie van schade en de hypothetische situatie van niet-schade. Hartkamps vergelijkingen overtuigen niemand van de beperking van de schadeplichtigheid van hulpverleners tot schade uit handicaps die het gevolg zijn van aangeboren en onbehandelbare afwijkingen.

#### VOORLOPIGE CONCLUSIE

Het arrest in de Kelly-zaak zal theoretisch aangelegde rechtsgeleerden teleurstellen. Zowel de voorstanders van toewijzing van *wrongful life*-vorderingen als de tegenstanders zullen constateren dat de cassatierechter waar het de wezenlijke punten betreft, de grondslag van de vordering en de schadebepaling, zich er gemakkelijk vanaf maakt. Het aspect van de normschending wordt nauwelijks uitgediept, en men tracht op een tamelijk doorzichtige wijze de vergelijking met de situatie waarin een gezond kind verkeert, te ontlopen. Vervolgens wordt schadebeperking afgewezen door het onderscheid tussen het kind en haar handicaps simpelweg te kwalificeren als een onaanvaardbare gekunstelde splitsing. Maar het moet gezegd worden, ook de procureur-generaal slaagde er niet in duidelijk te maken waarom nu de hulpverlener in casu de schade zou moeten vergoeden die voortkomt uit gebreken die precies *niet* het gevolg zijn van haar handelen. Misschien laat de materie zich inderdaad niet conceptualiseren.

De Hoge Raad kan zich de gekozen oplossing permitteren, daar is het de hoogste rechter voor. Iemand moet de schade dragen, en men heeft het rechtvaardiger geacht dat dat in dit geval de verloskundige is, niet het gehandicapte kind. Dat het feit van de chromosomale afwijking geen enkel gewicht toekomt, leidt wel tot een forse oprekking

van het aansprakelijkheidsrecht voor deze hulpverleners. De vraag of die situatie bevredigend en gewenst is, is een politieke. In Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk heeft de wetgever het verstandig geacht de aansprakelijkheid van deze hulpverleners te beperken. De Nederlandse wetgever heeft tot op heden nog geen stappen in die richting ondernomen.

#### OVER DE BIJDRAGEN

Zoals gezegd deed de Hoge Raad uitspraak op 18 maart 2005. Naar aanleiding van dit historische arrest organiseerden de Rechts- en Bestuurskundige Afdeling van het Thijmgenootschap en de Wetenschappelijke Kring voor Recht, Ethiek en Gezondheidszorg op 20 mei van dat jaar een symposium over *wrongful life* aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Dit symposium, door Bert Hermans (voorzitter van de Wetenschappelijke Kring) in goede banen geleid, werd door meer dan 100 belangstellenden bijgewoond en was een groot succes.

Aan dit symposium werkten mee: de politicologe Margo Trappenburg, de rechtsfilosoof Jean-Marc Piret, de rechts-socioloog Nick Huls en de jurist Marc Loth. Hun voordrachten zijn opgenomen in deze bundel en aangevuld met bijdragen van auteurs die in Nederland als bijzonder deskundig gelden op het terrein van *wrongful life*: Govert den Hartogh (wijsgerige ethiek), mgr. Wim Eijk (geneeskunde en medische ethiek), Rob Kottenhagen (rechtsgeleerdheid) en Willem van Boom (rechtsgeleerdheid).

Uit de keuze van auteurs blijkt al wel dat de *wrongful life*-problematiek niet alleen juristen interesseert. Govert den Hartogh begint zijn bijdrage met de vaststelling dat *wrongful life* een conceptueel mijnenveld is. De vraag die hij zichzelf stelt, is dan deze: zijn de rechters (procureur-generaal Hartkamp, de Hoge Raad) erin geslaagd een begaanbare weg door dat mijnenveld te vinden?

Margo Trappenburg constateert dat in medisch-ethische kwesties (abortus, euthanasie, kunstmatige voortplanting) de besluitvormingsprocessen niet voldoen aan het ideaal van politiek-maatschappelijke deliberatie gevolgd door oprechte besluitvorming in het parlement. De besluitvorming terzake van het vraagstuk van de prenatale diagnostiek kenschetst zij als halfslachtige depolitisering (of halfslachtige medicalisering), doordat de politiek de kwestie eerst aan de medici overgelaten heeft maar vervolgens met warrig beleid de status van door die medici opgestelde richtlijnen in twijfel heeft getrokken. Het arrest *Baby Kelly* ziet zij als de officiële bekrachtiging van de in medische kring opgestelde richtlijnen voor prenatale diagnostiek. Omdat het de rechter is die bekrachtigt, wordt medicalisering van de kwestie gevolgd door juridisering, en is volgens Trappenburg sprake van *dubbele depolitisering*: een proces van besluitvorming waaraan volgens de schrijfster niettemin voordelen kleven.

Mgr. Eijk herleidt de zaak Kelly tot twee fundamentele vragen: 1. hoe kijken we aan tegen het vraagstuk van selectieve abortus?, en 2. welke zijn de ethische aspecten van prenatale diagnostiek? Op de eerste vraag antwoordt hij dat het voorkomen van lijden op zich een goed doel is, maar dat dit goede doel niet zonder meer het middel heiligt dat gebruikt wordt om het doel te realiseren. Er zijn andere wegen dan abortus provocatus waarlangs het lijden weliswaar niet geheel kan worden weggenomen maar wel tot aanvaardbare proporties terug te brengen is. Eijk maakt zich sterk voor een genereuze inzet van de samenleving en instellingen voor gezondheidszorg en gehandicaptenzorg. Ook het streven naar een andere attitude tegenover gehandicapten en de integratie van het eigen en van andermans lijden kunnen er volgens deze schrijver toe bijdragen dat ook mensen die door lijden zijn getekend hun leven als zinvol ervaren. Met betrekking tot de tweede vraag is het volgens mgr. Eijk van belang om vast te stellen dat wie het recht van ouders op selectieve abortus niet

erkent, in *wrongful life*-zaken ook nimmer van beroepsfouten van hulpverleners zal kunnen spreken. Dat is pas mogelijk wanneer door het nalaten van prenatale diagnostiek een foetale aandoening niet of niet tijdig is vastgesteld waarvoor een effectieve foetale therapie beschikbaar is.

Nick Huls plaatst de zaak Kelly in maatschappelijk perspectief en beziet achtereenvolgens de mogelijkheden en beperkingen van civiele procedures, de rechtspolitieke impact van het burgerlijke aansprakelijkheidsrecht en de monetarisering van menselijke verhoudingen in de risico-maatschappij. Eén van zijn conclusies is dat de Hoge Raad in zaken als die van Kelly rechtspolitiek bedrijft, ondanks zijn depolitiserende aanpak. Het onrechtmatige daadsrecht is namelijk een prima vehikel geworden om rechtspolitieke vraagstukken aan de rechter voor te leggen.

De rechtsfilosoof Piret zet de belangrijkste bezwaren voor en tegen toewijzing van de *wrongful life*-vordering op een rijtje. Zijn bijzondere aandacht gaat evenwel uit naar de bezwaren die vanuit christelijke hoek worden aangevoerd tegen toewijzing. De daaraan ten grondslag liggende moraal van de lijdensaanvaarding heeft zijn sympathie duidelijk niet. Hij spreekt zelfs van ongeborn kinderen waarvan vaststaat dat ze zwaar gehandicapt en lijdend zullen moeten leven als *moraaltheologisch geïnstrumentaliseerde wezens*, welke als mogelijkheidsvoorwaarde dienen voor de gelovige ouders om hun overgave aan Gods wil, hun opofferingsbereidheid en boetvaardigheid te demonstren.

Bij *wrongful life*-problematiek gaat de aandacht van juristen gewoonlijk uit naar de in deze inleiding opgeworpen vragen. Wat is de grondslag van de vordering? Welke norm moet daarvoor geschonden zijn? Kan er in casus als deze wel gesproken worden schade? En zo ja, hoe moet deze dan worden begroot? Marc Loth onderschrijft de stelling van schrijvers dezès dat de hoogste rechter in de Kelly-zaak de theoretische bezwaren uit de weg is gegaan, en onderwerpt de motivering van het oordeel aan een kri-

tisch onderzoek. Hij aarzelt niet om van een motiverings-*tekort* te spreken. De juridische argumentatie zou niet of nauwelijks blijk geven van enige begrenzing in de toepasbaarheid van de relevante begrippen, criteria en regels. Het beroep op het beginsel van de menselijke waardigheid neemt naar de mening van deze jurist dit euvel niet weg, waardoor het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *Baby Kelly* zijn inziens uiteindelijk niet door de motivering gedragen wordt en ook voor de toekomst weinig houvast biedt.

De ontwikkelingen op het terrein van de personenschade volgen elkaar snel op. Rob Kottenhagen beziet de zaak Kelly vanuit dit perspectief en stelt dat de toewijzing van de vordering welhaast een logische stap is in de ontwikkeling van de jurisprudentie. Tien jaar geleden had nog geen jurist gehoord van begrippen als angstschade, shockschade, stress- en burn out-schade, affectieschade etc. Nu zijn de begrippen gemeengoed en komen veel van dergelijke schadesoorten inmiddels voor vergoeding in aanmerking. De aansprakelijkheid op het terrein van de personenschade gaat nu eenmaal steeds verder en zo bezien mag de uitspraak van 18 maart 2005 nauwelijks een verrassing heten.

Willem van Boom staat ten slotte uitgebreid stil bij de vraag naar de wenselijkheid om claims als die van Kelly buiten het aansprakelijkheidsrecht te houden. Zo pleit artsenorganisatie KNMG voor een zogenaamd *no-fault*-arrangement. In zijn bijdrage doet de schrijver uitgebreid verslag van het onderzoek dat hij op dit terrein verricht heeft. Voorzichtig concludeert hij dat een stelselwijziging waarschijnlijk nog niet nodig is. Wel zullen de ontwikkelingen wat betreft compensatie van geboorteschade via het aansprakelijkheidsrecht nauwlettend gevolgd moeten worden.

- 1 Deze inleiding is een bewerking van artikelen die eerder in het *Nederlands Juristenblad* en *NRC Handelsblad* zijn verschenen naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad in de zaak Baby Kelly. Zie 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' in: *NJB* 2005/16, p. 835-840, en zie M. Buijsen, 'De zaak Baby Kelly: de wetgever is aan zet', in *NRC Handelsblad* van 22 maart 2005.
- 2 HR 18 maart 2005, LJN: AR 5213.
- 3 Aldus M. Berenson, 'The wrongful life claim – the legal dilemma of existence versus non existence: “to be or not to be”', in: *Tulane Law Review* 1990/4, p. 895-918.
- 4 J.-M. Piret, 'De juridisering van menselijke relaties en de legitimiteit van *wrongful birth* en *wrongful life*', in: E. Bruggmans en M. Buijsen (red.) *Krakend recht en verharde moraal. Maatschappelijke ontwikkelingen en hun invloed op recht en moraal* (Nijmegen 2004), p. 177-216.
- 5 Zie bijvoorbeeld S. Strauss, 'Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life: the First South African Cases', in: *Medicine and Law* 15(1996), p. 161-174.
- 6 T. Vansweevelt, 'Wrongful pregnancy in Nederland: enkele rechtsvergelijkende beschouwingen', in: *NTBR* 1997/14, p. 320-325.
- 7 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, nt. CJHB.
- 8 Hof's-Gravenhage 26 maart 2003, *NJ* 2003, 249, r.o. 23.
- 9 Hof's-Gravenhage 26 maart 2003, *NJ* 2003, 249.
- 10 Hof's-Gravenhage 26 maart 2003, *NJ* 2003, 249.
- 11 BGHZ 86, 240(*NJW* 1983, 1371), 251-255.
- 12 *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] 2 All ER 771-790.
- 13 Cour de Cassation, 17 november 2000 D. 2001, Jur. P. 332, n. D. Mazeaud en n. P. Jourdain.
- 14 Cour de Cassation, 16 maart 1996, D. 1997, Jur. P. 35, n. J. Roche-Dahan.

- 15 Zie o.a. A. Dorozynski, 'Highest French court awards compensation for 'being born'', in: *British Medical Journal* 7326(2001), p. 1384. En zie B. Pitcho, 'Wrongful birth and wrongful life regarding French law', in: S. Kortmann en B. Hamel (red.) *Wrongful Birth en Wrongful Life* (Deventer 2004), p. 93-107.
- 16 *Gleitman v. Cosgrove* 49 N J 22, 227 A.2d 689, 1967 N J LEXIS 203.
- 17 *Berman v. Allen*, 80, N J 421, 404 A.2d 8, 1979 N J LEXIS 1247. en vgl. *Greco v. United States of America*, 111 Nev 405, 893 P.2d, 1995 Nev LEXIS 333.
- 18 *Turpin v. Sortini*, 31 Cal.3d 220, 643 P.2d 954, 182 Cal.Rptr. 337(1982).
- 19 Men raadplege voorts P. Dimopoulos en M. Bagaric, 'The Moral Status of Wrongful Life Claims', in: *Common Law World Review* 2003/1, p. 35-64.
- 20 S. Kortmann, 'Geld voor leven. Schadevergoeding voor "niet beoogd" leven', in: S. Kortmann en B. Hamel (red.) *Wrongful Birth en Wrongful Life* (Deventer 2004), p. 16-17. Zie voorts ook C. Stolker, 'Wrongful life: the limits of liability and beyond', in: *International Comparative Law Quarterly* 1994/3, p. 532.
- 21 Aldus M. Loth, 'Waarden in balans. Vrijheid, gelijkheid en broederschap in het privaatrecht', in: K. van der Wal (red.) *Vrijheid, gelijkheid en broederschap? Betekenis en huidige relevantie van het devies van de Franse Revolutie* (Budel 2004), p. 81.
- 22 Geciteerd bij R. Kottenhagen, "'Ik had niet geboren mogen worden". Toewijzing van de *wrongful life*-vordering', in: *TVP* 2003/3, p. 63. Zie ook C. Stolker en M. Sombroek-van Doorn, 'De *wrongful life*-vordering: schadevergoeding of euthanasie?', in: *NTBR* 2003/9, p. 502.
- 23 S. Lindenbergh, 'Wrongful birth en wrongful life', in: *TVP* 2000/2, p. 35. Zie ook diens 'Blij met de geboorte van ... een schadeclaim. Schadevergoeding wegens *wrongful birth* en *wrongful life*', in *Ars Aequi* 2003/5, p. 374.

- 24 C. Sieburgh, 'Het zijn en het niet. De beoordeling in rechte van de gevolgen van een niet-beoogde conceptie of geboorte', in: S. Kortmann en B. Hamel (red.) *Wrongful Birth en Wrongful Life* (Deventer 2004), p. 71-73.
- 25 A. Shapira, "'Wrongful life" Lawsuits for Faulty Genetic Counselling: Should the Impaired Newborn be Entitled to Sue?', in: *Law/Technology* 3(1998), p. 1-20 (Mijn cursivering, MAJMB).
- 26 Conclusie in de zaak Kelly, nr. C 03/206HR, nr. 52.
- 27 Conclusie in de zaak Kelly, nr. C 03/206HR, nr. 54.
- 28 Aldus ook Sieburgh, 'Het zijn en het niet', p. 86.
- 29 Hof's-Gravenhage 26 maart 2003, NJ 2003, 249, r.o. 38.
- 30 S. Kortmann, 'Geld voor leven', p. 15.
- 31 Sieburgh, 'Het zijn en het niet', p. 89.
- 32 HR 18 maart 2004, LJN: AR5213, r.o. 4.4 en 4.19.
- 33 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 m.nt. CJHB, r.o. 37.
- 34 Zie HR 1 december 2000, TVGR 2001/47 en HR 23 november 2001, TVGR 2002/20 en TVGR 2002/21.
- 35 Conclusie in de zaak Kelly, nr. C 03/206HR, nr. 53.
- 36 HR 18 maart 2004, LJN: AR5213, r.o. 4.15 (mijn cursivering, MAJMB).
- 37 r.o. 4.18 (mijn cursivering, MAJMB).
- 38 r.o. 50.
- 39 Zie *supra* noot 33.
- 40 Zie *supra* noot 23.
- 41 Conclusie in de zaak Kelly, nr. C 03/206HR, nr. 53.
- 42 Zie *supra* noot 34.