

2014•2015
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef
Aansprakelijkheid ten opzichte van het ongeboren leven

Promotor :
Prof. dr. Ilse SAMOY

Anouck Vanzeer
Proefschrift ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2014•2015
FACULTEIT RECHTEN
master in de rechten

Masterproef

Aansprakelijkheid ten opzichte van het ongeboren leven

Promotor :
Prof. dr. Ilse SAMOY

Anouck Vanzeer
Proefschrift ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten

Samenvatting

Deze masterscriptie handelt over de vraag of er in België een mogelijkheid bestaat om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen tegen personen die aan ongeboren leven schade toebrengen. Vandaar ook de titel 'Aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven'.

Vooreerst worden de verschillende actoren toegelicht. Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen de personen die een dergelijke aansprakelijkheidsvordering kunnen instellen en de personen tegen wie een aansprakelijkheidsvordering kan worden ingesteld. Hiernaast is het ook van belang om de verschillende soorten vorderingen toe te lichten. Zo bestaat er een vordering van de ouders tegen een arts of een andere geneeskundige waarin zij deze persoon aansprakelijk stellen voor het niet kunnen voorkomen van het geboren worden van een, initieel gewenst, maar gehandicapt kind. Deze vordering staat bekend onder de noemer '*wrongful birth*-vordering'. Daarnaast bestaan er ook de '*prenatal injury*-vorderingen' waarbij een arts of een derde een fout maakt, waardoor het kind gehandicapt of met een ernstige afwijking ter wereld komt. Ten laatste dient in het licht van deze masterscriptie ook de '*wrongful life*-vordering' te worden toegelicht waarbij een kind een arts of zijn of haar ouders aansprakelijk wil stellen voor het leven dat hij of zij dient te leiden met een handicap of ernstige afwijking. Het onderzoek verloopt aan de hand van een analyse van de verschillende voorwaarden om van aansprakelijkheid te kunnen spreken, nl. fout, schade en oorzakelijk verband. In het verdere verloop van deze masterscriptie zal echter duidelijk worden dat bij de verschillende soorten aansprakelijkheidsvorderingen inzake de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven, de verschillende voorwaarden problemen zullen opleveren naar Belgisch recht.

Het Hof van Cassatie oordeelde in een recent arrest van november 2014 dat een schadevergoeding om het loutere feit dat men geboren werd, niet toegelaten kan worden. Hiermee zette het Hof meteen de toon naar mogelijke latere vorderingen inzake de vergoeding voor schade geleden door ongeboren leven. Aangezien in België op het vlak van aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven echter nog steeds onduidelijkheid bestaat en hieromtrent tot op heden een lacune bestaat in de wetgeving, is het van belang om te onderzoeken of een wettelijke regeling wenselijk, dan wel noodzakelijk is. Dergelijke aansprakelijkheidsvorderingen brengen immers naast juridische, ook morele en ethische vragen met zich mee.

Voorwoord

Deze masterscriptie vormt één van de mijlpalen, en daarmee ook meteen het sluitstuk, in mijn opleiding tot het behalen van het diploma van Master in de rechten. In deze opleiding en in het schrijven van deze masterscriptie heb ik geleerd om zelfstandig te werken en om niets als vanzelfsprekend te nemen.

Vooraf het aansprakelijkheidsrecht wekte tijdens de opleiding mijn interesse, aangezien men hiermee in het dagdagelijkse leven vaak in contact komt. Om deze reden ben ik dan ook zeer blij om het genoeg gehad te hebben om een masterscriptie over het aansprakelijkheidsrecht, en meer bepaald de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven, te hebben kunnen schrijven. Het onderwerp van deze masterscriptie is er één dat in België (nog steeds) openstaat voor veel discussie. Daarom is het onderzoek naar en het schrijven van deze masterscriptie een zeer leerrijke ervaring geweest waaruit ik veel voldoening heb gehaald

Zonder de hulp van enkele personen zou deze masterscriptie echter nooit geworden kunnen zijn tot wat ze nu is. Vooreerst zou ik graag mijn promotor, Prof. Dr. Ilse Samoy, en mijn begeleidster, mevr. Elisabeth Verjans, willen bedanken voor de vakkundige begeleiding, opbouwende feedback en handige tips die ik kreeg. Deze zijn van zeer groot belang geweest voor de totstandkoming van deze masterscriptie.

Hiernaast zou ik mijn dank ook willen richten aan mijn ouders, en familie, die het voor mij mogelijk maakten om deze opleiding te kunnen volgen en mij steunden door dik en dun. Ten laatste wil ik ook enkele vrienden en vriendinnen bedanken om de opleiding tot een plezier maken.

Mijn oprechte dank,

Anouck Vanzeer

Inhoudsopgave

Inleiding	1
I. Probleemstelling	1
II. Onderzoeksvragen	4
III. Onderzoeksmethode	4
IV. Onderzoeksplan	5
I. Situering	7
1. Wie?	7
1.1 Het kind	7
1.1.1 In eigen naam	7
A. Rechtsbekwaamheid.....	7
B. Handelings(on)bekwaamheid.....	8
1.1.2 Door vertegenwoordiging	8
1.2 De ouders.....	9
1.2.1 In eigen naam	9
1.2.2 In naam van het kind	9
2. Tegen wie?	9
2.1 De ouders.....	9
2.2 De arts.....	10
2.3 Het ziekenhuis	10
2.4 De overheid	11
2.5 Derden.....	11
II. De invulling van het foutbegrip in het licht van de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven.....	13
1. Contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid?	13
2. De fout	15
2.1 Objectief bestanddeel.....	17
2.1.1 Schending van een specifieke rechtsnorm	17
2.1.2 Schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm	18
2.1.3 Schending van een recht.....	19
2.2 Subjectief bestanddeel	19
2.2.1 Schuldbekwaamheid.....	19
2.2.2 Toerekenbaarheid	20
2.3 Overzicht van de potentiële daders	21
2.3.1 Fout door de ouders	21
A. <i>Wrongful life</i> -vordering.....	21

B. <i>Prenatal injury</i> -vordering	21
2.3.2 Fout door de arts	22
A. Vordering ingesteld in naam van het kind.....	22
B. Vordering ingesteld in naam van de ouders – <i>Wrongful birth</i> -vordering	26
2.3.3 Fout door het ziekenhuis	29
2.3.4 Fout door de overheid.....	31
2.3.5 Fout door een derde	33
III. Schade	35
1. Rechtmatig belang.....	36
2. Zekere schade	37
3. Persoonlijke schade	38
4. Schade in het licht van de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven ..	38
4.1 <i>Wrongful life</i> -vordering.....	38
4.2 <i>Wrongful birth</i> -vordering	42
4.3 <i>Prenatal injury</i> -vordering	45
IV. Oorzakelijk verband	47
1. Feitelijke causaliteit	47
2. Juridische causaliteit.....	48
3. Het oorzakelijk verband in de context van aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven	50
3.1 <i>Wrongful life</i> -vordering.....	50
3.2 <i>Wrongful birth</i> -vordering	51
3.3 <i>Prenatal injury</i> -vordering	52
Besluit.....	53
Bibliografie	55
Wetgeving	55
Rechtspraak	56
Rechtsleer.....	60
Varia	67

Inleiding

I. Probleemstelling

1. Gezien de constante juridisering van onze maatschappij ziet men alsmaar meer aansprakelijkheidsvorderingen die ingesteld worden tegen de meest uiteenlopende actoren. In bepaalde gevallen schommelen deze vorderingen op de rand tussen rechtvaardig en ethisch correct. Ook bij fouten die begaan werden ten aanzien van ongeboren leven, kan men soms discussiëren over de rechtvaardigheid van dergelijke aansprakelijkheidsvorderingen. Een passend voorbeeld hiervan is het arrest van 17 november 2000 dat het Franse Hof van Cassatie velde, dat beter bekend staat als de zaak Perruche. Een man, Nicolas Perruche, stelde een aansprakelijkheidsvordering in tegen een arts, omdat deze arts een prenatale fout beging. Naar aanleiding van deze fout kwam Perruche gehandicapt ter wereld. De man kreeg een schadevergoeding omdat hij gehandicapt door het leven diende te gaan. Het Hof oordeelde dat dit gehandicapt leven veroorzaakt werd door een fout van de arts, waardoor de ouders niet meer in de mogelijkheid waren om de foetus te laten verwijderen door middel van een abortus.¹ In Nederland kent men, in dezelfde context, de baby Kelly-zaak. Een vrouw vroeg aan een verloskundige of een zwangerschapsonderzoek van de foetus aangewezen leek, rekening houdende met de erfelijke afwijkingen die in de familie van haar man bestonden. Na een negatief advies van de arts hieromtrent, werd het kind toch geboren met de afwijking waar beide ouders voor vreesden. Uit later onderzoek is gebleken dat de afwijkingen konden worden vastgesteld tijdens de zwangerschap. De ouders van baby Kelly zouden, in dit geval, naar alle waarschijnlijkheid voor een afbreking van de zwangerschap hebben gekozen. Zowel in naam van Kelly, als in eigen naam, stelden de ouders respectievelijk een *wrongful life*-vordering en *wrongful birth*-vordering in. De Hoge Raad kende een schadevergoeding toe aan het gehandicapt kind en aan de ouders voor alle kosten die nodig waren om in haar leven met een handicap te kunnen voorzien.² Ook in ons land werden reeds dergelijke *wrongful life*-vorderingen ingesteld. In het arrest van het Hof van Beroep van Brussel werd geoordeeld dat een ongeboren kind een rechtmatig belang heeft bij zijn eigen abortus wanneer tijdens de geboorte reeds wordt vastgesteld dat het kind aan een ongeneeslijke ziekte zal lijden en hierdoor, naar alle waarschijnlijkheid, op jonge leeftijd zal sterven. Het kind in kwestie overleed daadwerkelijk aan deze ziekte; de ouders stelden een aansprakelijkheidsvordering in ten aanzien van het ziekenhuis in naam en voor rekening van het kind.³ Het Hof van Cassatie oordeelde echter in een zeer recent arrest dat een kind geen schadevergoeding kan claimen voor het leven dat het dient te leiden met een handicap. *In casu* kwam een kind gehandicapt ter wereld nadat de behandelende arts had nagelaten om aan de ouders mee te delen dat het kind ernstige afwijkingen zou hebben bij de geboorte. Het Hof oordeelde dat de arts, zonder twijfel, een fout had begaan. Er werd echter geoordeeld dat een

¹ Cass. (Fr.) 17 november 2000, 99-13.701, www.courdecassation.fr; Zie hierover T. BALTHAZAR, "Frans Hof van Cassatie aanvaardt vordering van kind bij prenatale fout", *Juristenkrant* 2001, 12; K. SWERTS, "Franse wetgever mengt zich in debat rond arrest-Perruche", *Juristenkrant* 2002, 12.

² HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, www.rechtspraak.nl.

³ J. PIRET, "Wrongful life en de zaak Rukiyé", *NJW* 2011, 365.

vergelijking tussen een gehandicapt leven en het niet geboren zijn, geen grond kan zijn om aanspraak te kunnen maken op een schadevergoeding.⁴

2. Het onderwerp van deze masterscriptie is derhalve in welke mate een belanghebbende een aansprakelijkheidsvordering kan instellen voor de schade die een kind geleden heeft in de baarmoeder. Kan men *überhaupt* een vordering instellen voor schade geleden vóór het geboren zijn? Tegen wie kan voor dergelijke schade een vordering worden ingesteld? Ook rijst hierbij de vraag wie een dergelijke vordering kan instellen. Er zijn omstandigheden mogelijk waarin het kind zelf een persoon aansprakelijk zou willen stellen voor schade dat het geleden heeft in de baarmoeder. Men kan denken aan de situatie waarin de moeder zelf daden stelt die schadelijk zijn voor de gezondheid van het kind, bijvoorbeeld naar aanleiding van een drugs- of alcoholverslaving. Een andere situatie waaraan gedacht kan worden is die waarin een dokter een fout begaat, door bijvoorbeeld een verkeerde diagnose te stellen, het verkeerde medicijn toe te dienen, een test verkeerd uit te voeren of een operatie waarbij het ongeborn kind schade ondervindt, uit te voeren. Men dient zich echter af te vragen of een kind over de nodige bekwaamheid beschikt om een aansprakelijkheidsvordering te kunnen instellen. Hiernaast zouden ook de ouders van een kind, dat schade ondervond voor de geboorte, de mogelijkheid moeten hebben om een vordering in te stellen tegen een persoon voor deze schade in eigen naam. Er zijn, immers, meerdere scenario's denkbaar waarin een ongeborn kind schade kan ondervinden en waarin deze schade ook na de geboorte nog gevolgen kan hebben, voor de ouders weliswaar. Een ongeborn kind kan, bijvoorbeeld, schade ondervinden door een ongeval of door een medicijn dat de moeder innam tijdens de zwangerschap. De schadeposten waarin men in deze hypothese kan denken zijn, bijvoorbeeld, aanpassingen aan de woning om te voorzien in de noden van het kind dat met de handicap of afwijking moet leven, de medische kosten die gepaard gaan met de handicap etc. In dit geval zal dus onderzocht moeten worden of een derde, zijnde een arts of een derde-persoon of de overheid, aansprakelijk gesteld kan worden.

3. Vooreerst dient gesteld te worden dat, wanneer de persoon aansprakelijk kan gesteld worden, men dient uit te maken of er sprake zal zijn van een contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid. Wanneer er sprake is van een contractuele aansprakelijkheid, kan worden vastgesteld dat men art. 1134 BW kan invoeren. De overeenkomst strekt de partijen immers tot wet. De buitencontractuele aansprakelijkheid, op grond van art. 1382-1383 BW, vereist een fout, schade en oorzakelijk verband tussen beide.⁵ Dezelfde voorwaarden gelden voor de contractuele aansprakelijkheid. De fout kan de schending van een rechtsregel of door het nalatig of onvoorzichtig handelen, zijn ontstaan. *In casu* zal er in de meeste gevallen sprake zijn van een nalatigheid of onvoorzichtigheid. Denkt men, bijvoorbeeld, aan de situatie waarin een persoon een ongeluk veroorzaakt. De bestuurster van één van de betrokken wagens is een zwangere vrouw. De aansprakelijke van het ongeval was naar alle waarschijnlijkheid niet te kwader trouw. In deze situatie zal de aansprakelijke zich derhalve onzorgvuldig of nalatig hebben gedragen. In bepaalde gevallen zal men zich echter ook schuldig kunnen maken aan de schending van een bepaalde

⁴ Cass. 14 november 2014, AR C.13.0441.N, www.cass.be; I. SAMOY, "Cassatie verwerpt vraag om schadevergoeding voor geboorte", *Juristenkrant*, afl. 299, 3 december 2014, 1.

⁵ S. STIJNS, *Verbindenissenrecht Boek Ibis*, Brugge, Die Keure, 2013, 40.

rechtsregel. Een arts kan de rechten van een minderjarig kind schenden die zijn opgevat in de Wet Patiëntenrechten⁶; een persoon kan een norm uit het Strafwetboek schenden en hierdoor schade aan een ongeboren kind toebrengen.

4. Hiernaast moet er, overeenkomstig met art. 1382-1383 BW, ook sprake zijn van schade. Deze schade moet zeker zijn en men moet een persoonlijk en rechtmatig belang hebben op schadeloosstelling. Dat een schade zeker is betekent dat: "[...] *de schade in zo'n hoge mate waarschijnlijk is dat de rechter niet meer ernstig aan het tegendeel moet denken, al is dat theoretisch nog mogelijk*⁷." Aangezien men er van uit kan gaan dat de kinderen in deze kwestie schade hebben ondervonden tijdens de zwangerschap en deze in de meeste gevallen ook nog verder duurt na de zwangerschap, mag men aannemen dat de schade zeker is. De vraag die zich stelt is of een ongeboren kind persoonlijk schade kan lijden. Is een ongeboren kind wel een persoon? Bovendien dient ook het rechtmatigheidsvereiste onderzocht te worden, aangezien niet duidelijk is wat het rechtmatig belang precies inhoudt voor een kind dat schade ondervond tijdens de zwangerschap. Heeft een kind een rechtmatig belang om niet te moeten leven met een handicap of een andere aandoening die niet werd tijdig werd gemeld of ontdekt in het licht van de *wrongful life*-vordering? Maakt het leven, met andere woorden, de schade uit in zulke gevallen? Een meer fundamentele vraag in het licht van de vereiste van schade is echter of een gehandicapt kind ook effectief schade heeft geleden. Kan een handicap of andere afwijking gekwalificeerd worden als schade?

5. Als derde vereiste moet er een oorzakelijk verband of *conditio sine qua non* bestaan tussen de fout en de schade. Dit betekent concreet dat: "[...] *zonder de fout de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich in concreto heeft voorgedaan*⁸." Inzake de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven zal ook het oorzakelijk verband voor enige problemen zorgen. De schade dient immers te zijn ingetreden na de fout. Wanneer een kind schade heeft geleden voor de geboorte, zal de schade echter reeds voor de schade zijn ingetreden. Hiernaast kan er in bepaalde situaties ook sprake zijn van een causaliteitsverbrekende factor. Daarenboven op dient er op gewezen te worden dat de schadevereiste inzake de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven voor problemen kan zorgen en dat, in dit geval, het oorzakelijk verband ook moeilijk vast te stellen zal zijn. In het licht van deze masterscriptie is het ook van belang om te onderzoeken of het Belgische rechtssysteem de *wrongful life*-vordering aanvaardt. Dit is de vordering, uitgaande van het fysiek of mentaal gehandicapt kind, voor het leven dat het moet leiden met een handicap die mogelijks tijdens de zwangerschap had kunnen worden voorkomen. Deze vordering kan worden ingesteld hetzij tegen de ouders, hetzij tegen een derde (bijvoorbeeld de arts) wegens een tekortkoming.⁹ In deze situatie zal een kind derhalve een aansprakelijkheidsvordering proberen in te stellen voor het leven dat het dient te l(e)i(j)den met een handicap. De vraag die zich opdringt is of men in dit geval een rechtmatig belang op schadevergoeding zal kunnen opwerpen. Wanneer deze vraag bevestigend beantwoord wordt, zou men immers aannemen dat het leven van het kind

⁶ Art. 5-12 Wet 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt.

⁷ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 102.

⁸ Cass. 4 maart 1968, AR N-19680304-6, www.cass.be; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 108.

⁹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 546.

met de handicap, de schade uitmaakt. Ook in het geval van de *wrongful life*-vorderingen zal er sprake zijn van een buitencontractuele aansprakelijkheid op basis van art. 1382-1383 BW en zal men een fout, schade en oorzakelijk verband moeten kunnen bewijzen. Zoals hierboven reeds werd gesteld, zal de schade het grootste knelpunt uitmaken in onderhavige procedures. Ook in het licht van de *wrongful life*- en *wrongful birth*-procedures zal de schade vereiste het grote hekelpunt uitmaken, aangezien het leven van het kind dat schade ondervond in de baarmoeder en deze schade nog voortduurt na het geboren zijn, moet getoetst worden aan de situatie waarin het kind niet zou geboren zijn.¹⁰ Kan dit gekwalificeerd worden als een menswaardige redenering?

6. Hoewel procedures omtrent de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven vaak ethisch en emotioneel geladen zijn, is het in onze huidige maatschappij zeker relevant om deze mogelijkheden te onderzoeken. Immers, om de kracht van het anker te voelen, moet men de storm trotseren. Kan een ongeboren kind, met andere woorden, in zulke situaties vertrouwen op ons huidige Belgische rechtsstelsel?

II. Onderzoeksvragen

7. Uit het voorgaande kan volgende centrale onderzoeksvraag geformuleerd worden: Kan men een aansprakelijkheidsvordering instellen, en derhalve een schadevergoeding vorderen, voor fouten gepleegd in de periode vóór de geboorte? Hiernaast dienen ook enkele subvragen onderzocht te worden. Vooreerst zal de huidige stand van zaken in het recht onderzocht worden. Wie kan dergelijke aansprakelijkheidsvorderingen instellen, de ouders of ook het kind zelf? Tegen wie kan dergelijke vordering worden ingesteld? Hoe dienen de aansprakelijkheidsvoorwaarden uit art. 1382 BW, zijnde fout, schade en oorzakelijk verband, in dergelijke gevallen te worden ingekleurd? Daarnaast zal er ook aan enkele criteria getoetst worden. Leidt het huidige recht tot de gewenste resultaten? Een laatste vraag die zal worden beantwoord is of een verbetering van het huidige Belgische recht gewenst is. Dit normatieve onderzoek zal ervoor zorgen dat erachter kan worden gekomen hoe het recht, in feite, zou moeten zijn.¹¹

III. Onderzoeksmethode

8. Het onderzoek naar de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven zal verricht worden door aan te vangen met een klassieke bronnenstudie waarin zowel wetgeving, rechtsleer en rechtspraak zal worden onderzocht. Er zal gebruik gemaakt worden van enkele basiswerken, maar ook bronnen die specifiek handelen over het onderwerp, zullen geraadpleegd worden. Hiernaast zal het onderzoek ook een rechtsvergelijkend karakter hebben. Het lijkt aangewezen om te vergelijken met het Franse recht, aangezien de Franse Code civil grote gelijkenissen vertoont met het Belgische Burgerlijk Wetboek en deze Code civil een grote inspiratie is geweest voor het Belgische BW. Hiernaast zal vergeleken worden met het Nederlandse recht omdat, sinds de hervorming van '92, het Burgerlijk Wetboek een grote transformatie heeft ondergaan. In beide

¹⁰ J.M. PIRET, "Wrongful life' en de zaak Rukiyé", *NJW* 2011, nr. 243, 357.

¹¹ L. KESTEMONT en P. SCHOUKENS, *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2012, 25-27.

landen heeft men al enkele ophefmakende arresten met betrekking tot de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven gekend, waardoor een analyse van deze rechtspraak noodzakelijk lijkt. Ook zal de aansprakelijkheidsregeling op Europees niveau, met name de *Draft Common Frame of Reference* en de *Principles of European Tort Law*, kort belicht worden.

IV. Onderzoeksplan

9. Het onderzoek zal aangevat worden met een beknopte situering waarin alle mogelijke actoren en alle mogelijke aansprakelijkheidsvordering uiteen worden gezet, waardoor de mogelijke knelpunten in deze vorderingen aan het licht zullen komen. Hierna zullen deze knelpunten uitgebreider onderzocht worden door dieper in te gaan op de vereisten die gesteld worden voor een aansprakelijkheidsvordering op basis van art. 1382 BW, zijnde fout, schade en oorzakelijk verband.

I. Situering

10. Overzicht Alvorens over te gaan tot het echte onderzoek met betrekking tot de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven, is het van belang om een algemeen kader te schetsen waarbinnen de knelpunten kunnen worden gesitueerd. Er zal uiteengezet worden welke de mogelijke actoren zijn *in casu*. Vooreerst zal dus onderzocht worden wie een vordering kan instellen en daarna tegen wie deze vorderingen kunnen worden ingesteld. Hierbij zal een duidelijk onderscheid gemaakt worden tussen de verschillende vorderingen die openstaan voor de *claimers* van de schade.

1. Wie?

1.1 Het kind

11. Belangrijkste actor In de eerste plaats dient men in het licht van de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven, steeds de aandacht te schenken aan de persoon die fysiek schade heeft geleden. Dit zal steeds het kind zijn.

1.1.1 *In eigen naam*

12. Plan Om een vordering in te kunnen leiden, moet een persoon naar Belgisch recht zowel rechtsbekwaam als handelingsbekwaam zijn.¹²

A. Rechtsbekwaamheid

13. Rechtssubject, ook rechtsbekwaam? Iedere persoon heeft vanaf de geboorte de mogelijkheid om drager te zijn van rechten en plichten, hetgeen betekent dat iedere persoon vanaf zijn of haar geboorte een rechtssubject is.¹³ Men kan echter ook vanaf de verwekking een rechtssubject zijn wanneer aan twee cumulatieve voorwaarden is voldaan: men moet levend en levensvatbaar geboren worden. Hier speelt het adagium *infans conceptus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*.¹⁴ In principe is ieder rechtssubject rechtsbekwaam. Ieder persoon, en derhalve ook een minderjarig persoon, is in beginsel dus geschikt om drager te zijn van rechten en plichten. De wetgever heeft op dit beginsel enkel uitzonderingen gemaakt, die - in het licht van deze masterscriptie - echter van weinig relevantie zijn.¹⁵

¹² T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (39) 39-40; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 45-46.

¹³ T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (39) 39-40.

¹⁴ T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (39) 39-40; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 28.

¹⁵ P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 43-44.

B. Handelings(on)bekwaamheid

14. Vrij zijn rechtshandelingen te stellen Handelingsbekwaamheid betekent dat de persoon, die drager is van rechten en plichten en derhalve rechtsbekwaam is, in de mogelijkheid is om deze rechten en plichten zelf en zelfstandig uit te oefenen. Om als handelingsbekwaam bestempeld te kunnen worden moet de persoon in kwestie dus vrij alle rechtshandelingen kunnen stellen waarbij hij of zij beschikt over zijn of haar rechten en plichten.¹⁶ Het BW heeft echter bepaalde categorieën van personen als handelingsonbekwaam gekwalificeerd. Eén van deze categorieën zijn de minderjarigen. Artt. 1124 en 1125 BW bepalen dat de minderjarigen onbekwaam zijn om overeenkomsten aan te gaan of om hier tegen op te komen. De wetgever koppelde de algemene handelingsonbekwaamheid van de minderjarige aan het ontbreken van een voldoende onderscheidingsvermogen.¹⁷ Uit bovenstaande analyse kan worden afgeleid dat een minderjarige niet in de mogelijkheid zal zijn om in eigen naam een vordering in te stellen.

1.1.2 Door vertegenwoordiging

15. Art. 376 BW Gezien een minderjarige in beginsel handelingsonbekwaam is, zal hij of zij zich dienen te laten vertegenwoordigen wanneer hij of zij een aansprakelijkheidsvordering wenst in te stellen voor het geval hij of zij schade heeft ondervonden voor de geboorte. De wet bepaalt dat de ouders het minderjarige kind vertegenwoordigen in alle burgerlijke rechtshandelingen.¹⁸

16. Vertegenwoordiging door andere persoon dan ouder Er zijn echter ook situaties denkbaar waarin het belang van de ouders indruist tegen het belang van de minderjarige. In het licht van deze masterscriptie kan men denken aan de situatie waarin de minderjarige schade heeft ondervonden voor de geboorte door, bijvoorbeeld, overmatige alcoholconsumptie of drugsgebruik door de moeder tijdens de zwangerschap. In deze situaties zal de rechtbank een voogd *ad hoc* aanwijzen om de minderjarige te vertegenwoordigen in de aansprakelijkheidsvordering die tegen zijn/haar beide ouders wordt ingesteld.¹⁹

¹⁶ Art. 1123 BW; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 45-46.

¹⁷ Rb. Gent 16 mei 2002, *RW* 2002-03, 1110; S. MOSSELMANS, "De verkoop van een goed van een handelingsonbekwame", *Not. Fisc. M.* 2005, 86; T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (39) 39-40.

¹⁸ Art. 376 BW; T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (39) 44-46.

¹⁹ Art. 378, §1, lid 5 BW; Vred. Roeselare 15 november 2001, *T. Vred.* 2002, 395; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 400-401.

1.2 De ouders

1.2.1 *In eigen naam*

17. Rechtsbekwaam en handelingsbekwaam Zoals hierboven reeds werd uiteen gezet, moet een persoon rechtsbekwaam en handelingsbekwaam zijn om een aansprakelijkheidsvordering in te kunnen stellen.²⁰ In de veronderstelling dat de ouders meerderjarig zijn, zijn zij in staat om een aansprakelijkheidsvordering in eigen naam in te stellen.

1.2.2 *In naam van het kind*

18. Vertegenwoordiging Art. 376 BW bepaalt dat de ouders hun minderjarig kind vertegenwoordigen in alle burgerlijke rechtshandelingen. Eén en ander mede omdat het minderjarige kind handelingsonbekwaam is. Dit betekent dat de ouders hun kind ook zullen vertegenwoordigen in aansprakelijkheidsvorderingen ten aanzien van derden die het kind schade berokkenen.²¹

2. Tegen wie?

19. Plan Naast de vraag wie een vordering in het licht van de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven kan instellen, dient men zich ook af te vragen tegen welke personen deze vorderingen kunnen worden ingesteld.

2.1 De ouders

20. Schade door ouders Wanneer een kind schade heeft ondervonden door toedoen van de ouders, zal dit minderjarig kind in beginsel vertegenwoordigd kunnen worden bij het instellen van een aansprakelijkheidsvordering tegen de ouders.

21. Drug- en alcoholgebruik Men kan, bijvoorbeeld, denken aan de situatie waarin de moeder drugs gebruikte tijdens de zwangerschap. Door toedoen van het maternaal drugsgebruik zal het kind vanaf de geboorte afkickingsverschijnselen vertonen, hetgeen beter bekend staat onder de noemer Neonataal Absintetiesyndroom. De pasgeborene zal een drugsverslaving ontwikkeld hebben tijdens de periode voor de geboorte.²² Hiernaast kan men ook wijzen op de situatie waarin de moeder van de ongeboren baby een alcoholverslaving heeft. Het gevolg hiervan zal zijn dat de pasgeborene zal lijden aan het Foetaal Alcoholyndroom. Het minderjarige kind kan,

²⁰ T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (39) 39-40; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 28.

²¹ Art. 376 BW ; T. ROBERT, "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in CENTRUM VOOR BEROEPSVERVOLMAKING IN DE RECHTEN (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (39) 44-46.

²² K. SMETS, "Zwangerschap en drugs, Beleid bij de pasgeborene", *Tijdschr. voor Geneeskunde* 2005, 1219.

door het overmatige alcoholgebruik tijdens de zwangerschap, aan verschillende fysieke en mentale afwijkingen lijden.²³

22. Wrongful life Ten laatste zou een kind ook een aansprakelijkheidsvordering kunnen instellen tegen de ouders in het licht van de *wrongful life*-vordering. Wanneer een kind mentaal of fysiek gehandicapt ter wereld komt, en de ouders het leven met een handicap niet hebben voorkomen, kan een kind in beginsel een vordering instellen voor het leven dat hij of zij dient te leiden met deze handicap.²⁴ De vraag die nu rijst is of dergelijke vordering een slaagkans zal kennen in ons huidige Belgisch recht.

2.2 De arts

23. Wrongful life Een kind kan, hetzij zelf wanneer het meerderjarig is of door middel van vertegenwoordiging, een *wrongful life*-vordering instellen tegen een arts. Deze vordering, die uitgaat van het kind, bestaat erin de arts aansprakelijk te stellen voor het leven dat een persoon dient te leiden met een aangeboren handicap. Het gehandicapt leven wordt in deze gevallen derhalve als schade aanzien, en net daarom zijn deze vordering moeilijk ethisch aanvaardbaar.²⁵

24. Wrongful birth Ook in het geval de arts een fout maakt waardoor een initieel gewenst kind, gehandicapt blijkt te zijn, kan deze arts mogelijks aansprakelijk gesteld worden door de ouders van dit kind. Men kan in dit verband denken aan een prenatale test niet of verkeerd uitvoeren waardoor de handicap van het kind niet tijdig aan het licht kwam.

25. Prenatal injury Daarnaast kan de arts, in beginsel, ook aansprakelijk gesteld worden voor een afwijking of handicap die niet aangeboren was, maar die ontstaan is door een fout van de arts tijdens de zwangerschap. Deze vorderingen staan beter bekend onder de prenatale letselschadevorderingen. Men kan, bijvoorbeeld, denken aan een operatie die verkeerd loopt tijdens de zwangerschap of de toediening van een verkeerd medicijn.²⁶

2.3 Het ziekenhuis

26. Onzorgvuldig handelen In het licht van de zaak RUKIYÉ is het ook van belang om te wijzen op de mogelijkheid het ziekenhuis aansprakelijk te stellen wanneer er onzorgvuldig zou gehandeld zijn geweest.²⁷ Een ziekenhuis kan aansprakelijk worden gesteld zowel in het geval van een *arts-out*- als in het geval van een *all-in*-overeenkomst. Wanneer een *arts-out*-overeenkomst met het ziekenhuis wordt gesloten zal het ziekenhuis enkel dienen te voorzien in de algemene medische

²³ M. GASTKEMPER, *Ontwikkelingsstoornissen bij kinderen*, Assen, Koninklijke Van Gorcum BV, 2005, 217; J.G. KOPPE, *Neonatalogie*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghem, 2002, 79; X., "Alcohol, drugs en roken", <http://www.kindengezin.be/zwangerschap-en-geboorte/zwanger/levenswijze/alcohol-drugs-en-roken/#Alcohol>.

²⁴ T. Balthazar, "Wrongful birth, wrongful life", *Juristenkrant* 2010, 7.

²⁵ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 546.

²⁶ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 547.

²⁷ Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, 14675, noot N. ESTIENNE; J. PIRET, "Wrongful life en de zaak Rukiyé", *NJW* 2011, 354.

verzorging, in het logement en dergelijke van de patiënt. Een *all-in*-overeenkomst met het ziekenhuis is de overeenkomst waarbij het ziekenhuis instaat voor zowel de medische verzorging, het logement etc. en de medische behandeling door een arts.²⁸ In het licht van de aansprakelijkheidsvorderingen die worden ingesteld voor schade geleden door ongeboren leven zal het ziekenhuis aansprakelijk gesteld kunnen worden in geval tussen de patiënt en het ziekenhuis een *all-in*-overeenkomst werd gesloten, in geval de communitie in het ziekenhuis gebrekkig verloopt, het labo een test verkeerd uitvoert etc. In principe zal men een *prenatal injury-claim* kunnen instellen tegen het ziekenhuis wanneer door een fout schade werd berokkend aan de ongeborene en deze schade nog bestaat na de geboorte.²⁹

2.4 De overheid

27. Aansprakelijkheid voor optreden uitvoerende macht De ouders of de vertegenwoordiger van het kind kunnen in principe proberen om de overheid aansprakelijk te stellen in het geval het (ongeboren) kind schade lijdt. Dit kan bijvoorbeeld in de situatie waarin een arts een medicijn, dat specifiek bij zwangerschappen wordt voorgeschreven, voorschrijft aan een zwangere vrouw en dit medicijn een schadelijk effect heeft op de foetus. De overheid zou *in casu* aansprakelijk gesteld kunnen worden voor het onrechtmatig optreden (of nalaten) van de uitvoerende macht, gezien dit medicijn nooit in de handel zou mogen zijn geweest voor het verhelpen van zwangerschapskwaaltjes.

28. Softenonkwestie In het licht van bovenstaand voorbeeld zou men kunnen denken aan de, zogenaamde, *Softenon*-baby's die in de loop van de jaren '50 en '60 ter wereld kwamen. Het ging om een geneesmiddel, Thalidomide, dat werd voorgeschreven aan zwangere vrouwen die last hadden van ochtendmisselijkheid. De kinderen werden echter zeer vaak geboren met zware fysieke afwijkingen, zoals bijvoorbeeld een baby zonder oren, een baby met maar één arm of andere dergelijke handicaps.³⁰

De vraag die zich derhalve opdringt is of de uitvoerende macht in dit geval aansprakelijk kan gesteld worden voor haar onzorgvuldig optreden wanneer naar de effecten van een bepaald geneesmiddel niet voldoende onderzoek werd gedaan.

2.5 Derden

29. Prenatal injury Ook tegen een derde kan een aansprakelijkheidsvordering worden ingesteld voor de schade geleden door een kind voor de geboorte.

²⁸ T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht Volume I* in *Reeks gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1257) 1259.

²⁹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 547.

³⁰ X., "Wat ging er mis met 'wondermiddel' Softenon?", 2014, <http://www.demorgen.be/wetenschap/wat-ging-er-mis-met-wondermiddel-softenon-a1831487/>.

Men kan bijvoorbeeld denken aan de veroorzaker van een ongeval waarbij een zwangere vrouw betrokken is of de producent van een medicijn. In deze gevallen zal het in principe steeds gaan om een prenatale letselschadevordering (*cf. supra*).³¹

³¹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 547.

II. De invulling van het foutbegrip in het licht van de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven

1. Contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid?

30. Twee opvattingen Vooreerst is het van belang om te weten met welke vorm van aansprakelijkheid men te maken zal hebben in voorgaande situaties. Zal het *in casu* gaan om een contractuele, dan wel een buitencontractuele burgerlijke aansprakelijkheid? In de rechtsleer worden beide stellingen verdedigd. Sommige auteurs zijn de opvatting aangedaan dat wanneer een moeder op consultatie gaat bij een arts, zij dit niet enkel doet in haar eigen naam en belang maar ook in het belang van haar ongeboren kind.³² Men zal contractueel aansprakelijk zijn wanneer men een wanprestatie levert binnen een overeenkomst, er schade is geleden door het slachtoffer en deze schade in causaal verband staat met de wanprestatie.³³ Sinds het bekende MERCIER-arrest van het Franse Hof van Cassatie wordt zowel in België als in Frankrijk aangenomen dat tussen de ouders en de arts en/of het ziekenhuis, een medische overeenkomst bestaat.³⁴

31. Buitencontractuele aansprakelijkheid Het lijkt echter aangewezen om zich aan te sluiten bij de meerderheidsopvatting en de aansprakelijkheidsvordering voor schade geleden door een ongeboren kind te kwalificeren als buitencontractueel. Verschillende auteurs gaan er immers van uit dat een kind geen partij kan zijn bij de overeenkomst tussen de moeder en de behandelende arts.³⁵ Het is niet denkbaar dat een foetus een overeenkomst zal sluiten met een persoon op eender welke denkbare - of eerder ondenkbare - manier. In principe zal het dus steeds gaan om een onrechtmatige daad en om deze reden zal men dus in ieder geval te maken krijgen met een buitencontractuele aansprakelijkheid.³⁶ Hiernaast moet er ook rekening worden gehouden met de rechtspraak van het Hof van Cassatie waarin gesteld wordt dat wanneer een persoon contractueel aansprakelijk kan worden gesteld, men deze persoon in principe niet buitencontractueel aansprakelijk kan stellen, *i.e.* het zogenaamde samenloopverbod.³⁷ Op dit principe maakt het Hof

³² E. DIRIX, "De schade van het handicapt geboren kind" (noot onder Cass. Fr. 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 210; H.C.F. SCHOORDIJK, "Wrongful life mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief", *NTBR* 2001, (212) 215-218; C.J.J.M. STOLKER en S.P. SOMBROEK-VAN DOORM, "De wrongful life-vordering: schadevergoeding of euthanasie", *NTBR* 2003, (496) 501.

³³ J. BILLIET, *Overeenkomstenrecht 1999-2000*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 165; S. CALLENS, A. VERMOTE en L. MARTENS, "De patiënt in de gezondheidszorg en medische aansprakelijkheid" in S. CALLENS en J. PEERS (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (559) 590-593; L. CORNELIS, "Aansprakelijkheidsrecht vanuit Europees perspectief: de ergernis voorbij, de wanhoop nabij?" in Vlaamse conferentie bij de balie te Antwerpen (eds.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht Permanente Vorming 2011-2012*, Gent, Larcier, 2012, (1) 1; P. WÉRY, *Droit des obligations Volume 1: Théorie général du contrat*, Brussel, De Boeck, 2011, 476.

³⁴ Cass. (Fr.) 20 mei 1936, *D* 1938, I, 88.

³⁵ Gent 3 november 2011, N-20111103-6, www.cass.be; A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan", *T. Gez.* 2012, 224; R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2742; T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht Volume I in Reeks gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1257) 1399-1400.

³⁶ T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht Volume I in Reeks gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1257) 1399-1400.

³⁷ Cass. 4 juni 1971, *Arr. Cass.* 1971, 989; Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis in APR*, Antwerpen, Maklu, 1992, 439.

van Cassatie echter zelf een uitzondering. Het Hof stelde: "*Hij kan slechts quasi-delictueel aansprakelijk worden gesteld indien de hem ten laste gelegde fout een tekortkoming uitmaakt niet alleen aan de contractuele verbintenis maar ook aan de algemene zorgvuldigheidsplicht die op hem rust en indien deze fout andere dan aan de slechte uitvoering te wijten schade heeft veroorzaakt.*"³⁸ Een tweede uitzondering die op dit principe werd gemaakt is wanneer de contractuele wanprestatie eveneens als een strafrechtelijk misdrijf kan gekwalificeerd worden.³⁹ Medische fouten kunnen vaak in deze categorie worden gekwalificeerd, aangezien er meestal sprake zal zijn van onopzettelijke slagen en verwondingen. Dit betekent dat een slachtoffer van een medische fout derhalve zal kunnen kiezen tussen een contractuele dan wel een buitencontractuele aansprakelijkheid. VANSWEEVELT is echter de mening toegedaan dat wanneer ouders een vordering instellen tegen een arts voor het laten geboren worden van een kind dat gehandicapt ter wereld komt, *i.e.* een *wrongful birth*-vordering, deze niet buitencontractueel kan worden ingesteld aangezien er geen sprake is van onopzettelijke slagen en verwondingen.⁴⁰ Zoals hierboven reeds werd gesteld, zal dit voor de *wrongful life*-vordering anders zijn. Hier zal een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering wel mogelijk zijn.

32. Onrechtmatige daad De buitencontractuele aansprakelijkheid of de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is de aansprakelijkheid van een persoon die, onrechtmatig, schade toebrengt aan een ander.⁴¹ Deze aansprakelijkheid werd vastgelegd in de artt. 1382 en 1383 BW. Het eerstgenoemde artikel luidt dan ook uitdrukkelijk: "*Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden.*"⁴² Om derhalve aansprakelijk te kunnen worden gesteld op basis van de artt. 1382 en 1383 BW dient er steeds sprake te zijn van een handelen of een nalaten/onzorgvuldigheid in hoofde van de aansprakelijke dat gekwalificeerd kan worden als onrechtmatig. In het geval van de aansprakelijkheid ten opzichte van ongebornen leven zal het dus in principe steeds gaan om een aansprakelijkheid overeenkomstig art. 1382-1383, BW. De schade die door het ongebornen leven geleden wordt, zal in beginsel worden toegebracht door een (onrechtmatige) daad van de mens, ongeacht of deze bewust dan wel door een onzorgvuldigheid of onvoorzichtigheid werd toegebracht.

33. Voorwaarden buitencontractuele aansprakelijkheid Uit art. 1382 en art. 1383 BW kan worden afgeleid dat men enkel buitencontractueel aansprakelijk kan worden gesteld wanneer aan een aantal voorwaarden is voldaan. Vooreerst moet er sprake zijn van een onrechtmatige daad of een fout door de dader, aangezien art. 1382 e.v. BW een foutaansprakelijkheid veronderstellen.⁴³ Hiernaast moet er, om aansprakelijk te kunnen worden gesteld op basis van art. 1382 en 1383

³⁸ Cass. 29 september 2006, AR C.03.0502.

³⁹ Cass. 26 oktober 1990, Arr. Cass. 1990-91, 244.

⁴⁰ T. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* in APR, Antwerpen, Maklu, 1992, 443.

⁴¹ I. CLAEYS, "Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden..." in B. TILLEMANS en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid in Recht en onderneming 11*, Brugge, Die Keure, 2004, (3) 3; L. CORNELIS, "Aansprakelijkheidsrecht vanuit Europees perspectief: de ergernis voorbij, de wanhoop nabij?" in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht Permanente Vorming 2011-2012*, Gent, Larcier, 2012, (1) 1; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 33.

⁴² Art. 1382 BW.

⁴³ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 33.

BW, ook sprake zijn van een schade die door het slachtoffer werd geleden. Ten laatste moet de schade van het slachtoffer ook in oorzakelijk of causaal verband staan met de fout van de dader.⁴⁴ Wanneer aan deze cumulatieve voorwaarden wordt voldaan, heeft het slachtoffer, in beginsel, recht op een volledig herstel van de schade.⁴⁵

2. De fout

34. Definitie Gezien 'de fout' niet wordt gedefinieerd in het BW, lijkt het aangewezen om hiervan een algemene omschrijving te geven. De fout kan op verschillende wijzen gedefinieerd worden, maar de fout overeenkomstig het buitencontractueel aansprakelijkheidsregime uit art. 1382 van het Belgische BW is ietwat complexer. Er zal steeds sprake moeten zijn van zowel een objectief, als een subjectief bestanddeel. Het objectief bestanddeel betekent dat er een schending moet zijn van een specifieke rechtsnorm of de algemene zorgvuldigheidsnorm en het subjectief bestanddeel betekent dat de dader schuldbequaam moet zijn en de daad aan hem toerekenbaar moet zijn. Beide bestanddelen moeten cumulatief vervuld zijn.⁴⁶ Daarenboven dienen deze beide bestanddelen cumulatief vervuld te zijn alvorens men kan spreken van een fout in de zin van art. 1382. *In concreto* zou men derhalve de fout kunnen definiëren als de schending van een specifieke rechtsnorm of de algemene zorgvuldigheidsnorm, dat de dader van de fout schuldbequaam is en dat de fout aan hem kan worden toegerekend. Net zoals in het Belgische BW, is het sleutelartikel in verband met de onrechtmatige daad in de Franse Code civil, het art. 1382. Aangezien de fout *an sich*, net zoals in België, niet wordt gedefinieerd in het Franse BW, hebben verschillende auteurs zich eraan gewaagd de fout te definiëren. De meest bekende definitie is waarschijnlijk die van PLANIOL. Hij omschreef de fout als "*le manquement à une obligation préexistante*".⁴⁷ In het Franse recht bestaat er echter nog steeds geen eenduidige definitie van de fout.⁴⁸ In het Nederlandse recht zal de persoon die aan een ander schade toebrengt, deze schade dienen te vergoeden aangezien dit, in beginsel, een onrechtmatige daad zal uitmaken. Sinds 1992 is het basisartikel voor de onrechtmatige daad art. 6:162 BW. Het eerste lid van dit artikel luidt: "*Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.*"⁴⁹ In tegenstelling tot het Belgische recht definieert het Nederlandse BW 'de onrechtmatige daad' expliciet: "*Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.*"⁵⁰ Men kan derhalve van een

⁴⁴ Cass. 12 oktober 2005, RW 2008-09, 16; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 40.

⁴⁵ Cass. 28 juni 1991, AR N-19910628-36, www.cass.be.

⁴⁶ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 40; H. VANDENBERGHE, *Onrechtmatige daad - Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 4.

⁴⁷ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil II*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1943, 323.

⁴⁸ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, LexisNexis, 2014, 194-195; J. FLOUR, J. AUBERT en E. SAVAUX, *Les obligations 2. Le fait juridique in Droit civil*, Parijs, Dalloz, 2007, 98.

⁴⁹ Art. 6:162 NBW 1 januari 1992; J.H. NIEUWENHUIS, *Hoofdstukken verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1986, 130; J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 1997, 1-2; C.J. VAN ZEBEN, W.H.M. REEHUIS en E.E. SLOB, *Voortgang van het nieuwe BW, volume 3*, Deventer, Kluwer, 1993, XII.

⁵⁰ Art. 6:162 NBW 1 januari 1992.

onrechtmatige daad spreken wanneer men de gedraging onder één van de drie volgende categorieën kan onderbrengen: een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht, een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

35. Onrechtmatige daad in de EU Op Europees vlak is er (nog) geen sprake van een algemeen geldend aansprakelijkheidsrecht. Om deze reden hebben bepaalde groepen van geleerden initiatieven genomen om in regels te voorzien die hiertoe kunnen bijdragen. In de *Principles of European tort law* (PETL) kan uitdrukkelijk worden gelezen dat een persoon die schade aan een ander toebrengt, ook gehouden zal zijn om deze te vergoeden. Art. 1:101 PETL bepaalt immers: "A person to whom damage to another is legally attributed is liable to compensate that damage."⁵¹ Net zoals in Nederland voorziet de PETL in een aantal gedragingen die als onrechtmatige daad beschouwd dienen te worden. Deze daden zijn: "the person whose conduct constituting fault has caused it or whose abnormally dangerous activity has caused it or whose auxiliary has caused it within the scope of his functions."⁵² Een persoon stelt derhalve een onrechtmatige daad wanneer zijn gedragingen de schade hebben veroorzaakt, wanneer hij een abnormaal gevaarlijk gedrag heeft of wanneer hij heeft toegedragen aan de onrechtmatige daad. De *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) is net zoals de PETL een brouwsel van Europese geleerden dat – op termijn – tot een éénmaking van het Europese privaatrecht en daarbij ook het aansprakelijkheidsrecht zou moeten leiden. De basisregel voor het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht werd in art. VI.-1:101 DCFR opgenomen en bepaalt dat: "A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage." In de DCFR wordt er hoegenaamd niet uitdrukkelijk gesproken over 'de fout'. Men spreekt telkens, wanneer men het over de onrechtmatige daad heeft, over opzet of nalatigheid. Er is sprake van opzet wanneer men handelde met het oogmerk om te schaden of wanneer een persoon bewust handelde en wist dat deze handeling dergelijke schade kon veroorzaken.⁵³ De nalatigheid - in het licht van de DCFR – stemt grotendeels overeen met een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm zoals deze in het Belgische en Nederlandse recht gekend is (*cf. infra*). Wanneer men het voorgaande bekijkt, dient te worden vastgesteld dat niet iedere schade die een persoon heeft geleden vergoed dient te worden wanneer men werkt, rekening houdende, met de DCFR. In principe wordt de fout in de DCFR dus gekoppeld aan de juridische causaliteit, *i.e.* welke oorzaken ook effectief aan de dader zullen worden toegerekend (*cf. infra*).

⁵¹ C.H.M. JANSEN, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen in Monografieën B.W.*, Deventer, Kluwer, 2009, 3-5; S.D. LINDENBERGH, *Schadevergoeding : algemeen, deel 1 in Monografieën B.W.*, Deventer, Kluwer, 2008, 30-32.

⁵² Art. 1 :101, lid 2 PETL.

⁵³ Art. VI.-3 :101 DCFR.

2.1 Objectief bestanddeel

36. Invulling DABIN en LAGASSE vulden het objectief bestanddeel van de fout in door te stellen dat dit steeds de schending van een opgelegde gedragsnorm zal uitmaken en dat de onrechtmatige daad steeds zal bestaan uit de schending van een specifieke rechtsnorm oftewel uit de schending van de algemene zorgvuldigheidnorm. Deze invulling wordt door zowel de Belgische rechtsleer, als de Belgische rechtspraak, steeds als algemeen aanvaard beschouwd.⁵⁴

2.1.1 *Schending van een specifieke rechtsnorm*

37. Steeds een objectieve onrechtmatige daad Wanneer een persoon door een handelen of een nalaten een specifieke rechtsnorm schendt, zal dit in principe steeds een objectieve onrechtmatigheid uitmaken in de zin van art. 1382 BW, tenzij er sprake kan zijn van een bepaalde rechtvaardigingsgrond.⁵⁵ Ook het Hof van Cassatie bevestigde dit principe in haar arrest van 8 november 2002: “*de overtreding van een wettelijke of reglementaire bepaling (...) is op zichzelf een fout die leidt tot de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van diegene die de overtreding heeft begaan (...)*.”⁵⁶ Wanneer men te maken heeft met een schending van een specifieke rechtsnorm, dient men niet meer te toetsen aan de algemene zorgvuldigheidnorm. Elke *bonus pater familias* wordt immers geacht de letter van de wet te kennen en deze ook na te leven.⁵⁷ De schending van een specifieke rechtsnorm kan op zich vergeleken worden met een contractuele resultaatsverbintenis. Wanneer een (wets)bepaling een bepaalde gedraging gebiedt, dan wel verbiedt, maakt dit in feite een resultaatsverbintenis uit voor de rechtsonderhorige. Het niet naleven van de wetsbepaling maakt een onrechtmatigheid uit.⁵⁸ De schending van iedere specifieke rechtsnorm wordt ook in het Franse recht gekwalificeerd als een fout. Het kan hier gaan om een wet, in materiële zin, of om een reglement.⁵⁹ Ook in Nederland kan de schending van een specifieke rechtsnorm als een fout worden gekwalificeerd. Wanneer men handelt in strijd met een wettelijke plicht, begaat men in principe een onrechtmatige daad. Het kan hierbij gaan om zowel een wet in materiële als in formele zin.⁶⁰

⁵⁴ J. DABIN en A. LAGASSE, “Examen de jurisprudence (1939 à 1948), la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle”, *RCJB* 1949, 57; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, *La responsabilité civile, Chronique de jurisprudence 1996-2007, volume 1 : le fait générateur et le lien causal*, Brussel, De Boeck, 2009, 21-24; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 40; H. VANDENBERGHE, *Onrechtmatige daad - Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 4; J. VAN MEERBEECK, “Le contrôle de la Cour de Cassation sur la qualification de la faute en matière aquilienne : trente ans après” (noot onder Cass. 19 mei 2005), *RCJB* 2008, 381-384; B. WEYTS, “Wordt de algemene zorgvuldigheidnorm steeds subjectiever?” (noot onder Cass. 5 mei 2003), *TBBR* 2005, 112.

⁵⁵ H. VANDENBERGHE, *Onrechtmatige daad - Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 4; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 137.

⁵⁶ Cass. 8 november 2002, AR C000124N, www.cass.be.

⁵⁷ Cass. 3 oktober 1994, *RW* 1996-97, 1227, noot; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 102; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 41.

⁵⁸ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 102; B. DUBUISSON, “Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n’est pas raison” in S. STIJNS en P. WÉRY, *De raakvlakken tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure 2010, (1) 11-15; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 41; H. VANDENBERGHE, *Onrechtmatige daad - Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 4.

⁵⁹ M. BACACHE-GIBELL, *Les obligations : La responsabilité civile extracontractuelle V in Traité de droit civil*, Parijs, Economica, 2012, 154.

⁶⁰ J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 1997, 21-22.

2.1.2 Schending van de algemene zorgvuldigheidnorm

38. Bonus pater familias Wanneer men alle rechtsnormen en –regels naleeft, dient men nog steeds de algemene zorgvuldigheidnorm na te leven. Wanneer men dit niet doet, dient de rechter onrechtmatig gedrag aan deze norm toetsen. Om te weten te komen of een persoon in lijn met de algemene zorgvuldigheidnorm handelde, dient men deze persoon te toetsen aan de figuur van de zogenaamde *bonus pater familias*. Het abstracte criterium van de *bonus pater familias* betreft een normaal, zorgvuldig en omzichtig persoon geplaatst in dezelfde persoon als de persoon van wie het gedrag dient getoetst te worden.⁶¹ Normaal betekent dit dat men slechts moet toetsen aan het gedrag van een redelijk, normaal persoon. Zorgvuldig betekent dat men alles zal doen om een mogelijke schade te voorkomen.⁶² Een omzichtig of vooruitziend persoon betreft dan weer de persoon die de schade van zijn daden probeert in te calculeren. Dit is het bijkomende criterium van de voorzienbaarheid van de schade.⁶³ De goede huisvader beschikt, zoals in veel rechtsleer wordt aangehaald⁶⁴, immers niet over de moed van Achilles, de wijsheid van Odysseus of de kracht van Hercules. Wanneer het gedrag van de mogelijke aansprakelijke niet spoort met de toets aan de algemene zorgvuldigheidnorm, zal deze persoon zich schuldig gemaakt hebben aan een objectieve onrechtmatigheid in de zin van art. 1382 BW.

39. Nederland – LINDEBAUM COHEN In Nederland werd met het arrest LINDENBAUM-COHEN ook de schending van de algemene zorgvuldigheidnorm inbegrepen in de onderscheiden criteria die een onrechtmatige daad kunnen uitmaken.⁶⁵ De algemene zorgvuldigheidnorm betreft regels van ongeschreven recht die door de maatschappij als onzorgvuldig worden gekwalificeerd.⁶⁶

40. Frankrijk De schending van de algemene zorgvuldigheidnorm wordt in Frankrijk ruim ingevuld. Iedere schending van deze norm wordt geclassificeerd onder de noemer '*comportements déraisonnables*' of onredelijke gedragingen. Hier vallen, bijvoorbeeld, onder de onvoorzichtigheid, de onzorgvuldigheid, te kwader trouw zijn etc.⁶⁷

⁶¹ Cass. 21 maart 1986, AR 4644, www.cass.be; Cass. 5 juni 2003, RW 2006-07, 1; Antwerpen 20 oktober 1998, TBBR 2000-01, 62-63; Gent 9 mei 2005, NJW 2006, 325, noot BREWAEYS, E.; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 100-101; M. DEBAENE, "Dient de *bonus pater familias* groene vingers te hebben" (noot onder Vred. Wareme 15 maart 2001), *T. Vred.* 2003, 331; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, deuxième édition*, Brussel, Bruylant, 1948, 887-888; P. DE TAVERNIER, *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 136; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 42; H. VANDENBERGHE, *Onrechtmatige daad - Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 8; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 126; B. WEYTS, "Een aansprakelijkheidsdomper op de voetbalvreugde", *RW* 2014-15, 42.

⁶² S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 42.

⁶³ Cass. 12 november 1951, *Pas.* 1952, I, 128; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 134.

⁶⁴ G. MAES, "Algemene zorgvuldigheidnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht", *NJW* 2004, 400; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 127; B. WEYTS, *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 13.

⁶⁵ HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161.

⁶⁶ A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht Deel III De verbintenis uit de wet in C. ASSER's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, 50-52; J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 1997, 37.

⁶⁷ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, LexisNexis, 2014, 215-217.

41. Europa In de *Draft Common Frame of Reference* schendt een persoon de algemene zorgvuldigheidsnorm wanneer zijn of haar handelen niet voldoet aan de algemene zorgvuldigheidsnorm of wanneer zijn of haar handelen niet overeenstemt met het gedrag dat van een redelijk, voorzichtig persoon in dezelfde omstandigheden geplaast, mag verwacht worden.⁶⁸

2.1.3 Schending van een recht

42. Nederland In het Nederlandse recht wordt nog een derde categorie toegevoegd aan het lijstje van daden die als fout bestempeld kunnen worden in de zin van art. 6:162 NBW, nl. de inbreuk op een recht. Deze categorie is echter minder evident dan de voorgaanden. Hieronder valt enkel de situatie waarin iemand een inbreuk maakt op iemand anders recht en dan gaat het enkel om de subjectieve rechten van deze persoon. MEIJERS definieerde de subjectieve rechten als: "een bijzonder door het recht aan iemand toegekende bevoegdheid, die hem wordt verleend om zijn belang te dienen." Hieronder worden begrepen de absolute vermogensrechten en de persoonlijkheidsrechten.⁶⁹

43. Frankrijk Ook in het Franse recht kent men een derde categorie van schendingen die als fout worden gekwalificeerd, zijnde de schending van een subjectief recht. Iedere persoon wordt geacht de subjectieve rechten van anderen te respecteren.⁷⁰

2.2 Subjectief bestanddeel

44. Twee componenten Naast een objectieve onrechtmatigheid bestaat een fout ook uit een subjectief bestanddeel, hetgeen betekent dat de persoon die de onrechtmatige daad begaat schuldbequaam moet zijn en men hem of haar de fout moet kunnen toerekenen.⁷¹ Een objectieve onrechtmatigheid maakt *an sich* niet steeds een onrechtmatige daad uit in de zin van art. 1382-1383 BW. Om deze reden moet dus ook aan het subjectief bestanddeel van de fout voldaan zijn.

2.2.1 Schuldbekwaamheid

45. Zich bewust zijn van zijn daden en gevolgen Een persoon is schuldbequaam wanneer deze persoon de volledige controle heeft over zijn daden en ook voor de gevolgen hiervan kan instaan en deze goed kan inschatten. *In concreto* betekent dit derhalve dat hij zijn daden bewust stelt en ook de gevolgen hiervan goed heeft ingeschat. Het uitgangspunt is dat iedere persoon

⁶⁸ Art. VI.-3-102 DCFR; R. SCHULZE, "Non-contractual liability arising out of damage caused to another in the DCFR" in V. SAGAERT, M.E. STORME en E. TERRY (eds.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2012, (221) 226-227.

⁶⁹ HR 6 april 1883, W 4901; HR 9 december 1994, NJ 1996, 403; A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht Deel III De verbintenis uit de wet* in C. ASSER's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, 39-45; J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 1997, 21-22; A.J. VERHEIJ, *Onrechtmatige daad in Monografieën privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 37-39; X., *Basisarresten editie 2010*, Deventer, Kluwer, 2010, 675.

⁷⁰ M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations – La responsabilité civile extracontractuelle V in Traité de droit civil*, Parijs, Economica, 2012, 155.

⁷¹ R.O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, Brussel, Larcier, 1967, 728-729; B. WEYTS, *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 13.

schuldbekwaam is. De wet heeft echter bepaalde personen als schuldonbekwaam bestempeld, net om die reden dat hun mentale capaciteit niet zo ver draagt dat zij steeds kunnen instaan voor hun doen of laten. De geestesgestoorden en jonge kinderen maken hier, onder andere, deel van uit.⁷² In het Franse recht wordt de schuldbekwaamheid ingevuld door het begrip *culpabilité*. Een (onrechtmatige) daad zal pas aan een persoon kunnen worden toegerekend wanneer deze persoon zich ook bewust was van zijn daden en volledig kon instaan voor de gevolgen van zijn daden.⁷³

2.2.2 Toerekenbaarheid

46. Uit vrije wil daden stellen Naast het feit dat de dader schuldbekwaam moet zijn, moet de schending van een specifieke rechtsnorm of de algemene zorgvuldigheidsnorm ook aan hem toerekenbaar zijn.⁷⁴ Het toerekenbaar zijn aan een persoon betekent dat deze persoon de onrechtmatige daden bewust en uit vrije wil heeft gesteld. Concreet betekent dit dat de persoon de onrechtmatige daad wetens en willens heeft gesteld. Hij mocht dus niet geleid worden door factoren die voor hem onvoorzienbaar waren of waarvan hij zelfs het bestaan niet kende. Zulke factoren worden bestempeld als een 'vreemde oorzaak'. Wanneer een dader zich kan beroepen op overmacht, één of meerdere rechtvaardigingsgronden of een daad van een derde of het slachtoffer zelf, dan zal de objectieve onrechtmatigheid niet geheel aan hem kunnen worden toegerekend.⁷⁵ Ook in Nederland wordt de vereiste van toerekenbaarheid of schuld gesteld in het licht van de buitencontractuele aansprakelijkheid uit art. 6:162, lid 3 NBW en kan derhalve vergeleken worden met het subjectieve element van de fout zoals dit in het Belgische recht gekend is. Het betreft de vraag of een handeling aan een persoon kan worden toegerekend. In het Nederlandse NBW werden categorieën van personen inbegrepen die als niet-toerekeningsvatbaar moeten worden beschouwd; dit zijn de jonge kinderen en geestesgestoorden.⁷⁶ In Frankrijk kent het subjectief bestanddeel van de fout, net zoals in België, ook een tweede vereiste, namelijk die van de toerekenbaarheid of *l'imputabilité*. *L'imputabilité* betekent dat een persoon, die een daad gesteld heeft waardoor aan een ander schade werd toegebracht, deze daad bewust en uit vrije wil heeft gesteld.⁷⁷ In principe kan ook deze vereiste derhalve vergeleken worden met de vereiste van toerekenbaarheid in het Belgische recht.

⁷² Cass. 30 mei 1969, AR N-19690530-3, www.cass.be; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 48-52; H. VANDENBERGHE, *Onrechtmatige daad - Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 12-13; T. VANSWEEVELT, *Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 71-72; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, 370-371.

⁷³ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, LexisNexis, 2014, 195-196.

⁷⁴ Cass. 3 oktober 1994, RW 1996-97, 1227, noot; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 149; L. WYNANT, "De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad" in S. STIJNS en H. VANDENBERGHE (eds.), *Verbintenissenrecht in Themis School voor postacademische juridische vorming*, Brugge, Die Keure, 2001, 80-81.

⁷⁵ L. CORNELIS, "Onrechtmatige daden in de Codex Faliokante Redelijkheid (DCFR)" in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (1) 83; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 58-60.

⁷⁶ Art. 1:164-165 NBW 1 januari 1992; Rechtbank Breda 28 november 2007, NJ 2008, 21; J. SPIER, T. HARTLIEF, G.E. VAN MAANEN en R.D. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 1997, 63-64.

⁷⁷ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, LexisNexis, 2014, 195-197.

2.3 Overzicht van de potentiële daders

2.3.1 *Fout door de ouders*

47. Twee soorten vorderingen In beginsel is het denkbaar dat ouders een fout begaan waardoor het kind schade kan ondervinden voor de geboorte of waarmee het kind verder dient te leven. In dit verband kan een onderscheid gemaakt worden tussen de *wrongful life*-vordering en de *prenatal injury*-vordering.

A. *Wrongful life*-vordering

48. Is de fout het laten geboren worden van een gehandicapt kind? De *wrongful life*-vordering is de vordering die uitgaat van een kind voor het niet voorkomen van zijn of haar leven met een handicap.⁷⁸ Vooreerst dient men uit te maken wat de fout van de ouders in dit geval zal zijn. Mag men ervan uitgaan dat de ouders een fout hebben gemaakt door een kind met een aangeboren handicap laten geboren te worden? In het handboek van VANSWEEVELT en DEWALLENS maakt men hard dat de aanvaarding van de fout in hoofde van de ouders in dit soort vorderingen, één van de basisregels van het Belgische aansprakelijkheidsrecht schendt.⁷⁹ De schade moet immers een gevolg zijn van de fout. In het licht van een *wrongful life*-vordering is het echter niet de fout van de ouders dat het kind een aangeboren handicap heeft of aan een ernstige afwijking lijdt. Het lijkt de voorkeur te hebben om deze stelling bij te treden en te stipuleren dat in zulke gevallen de schade de fout voorafgaat. Dit druist in tegen de basisregels van het Belgische burgerlijke aansprakelijkheidsrecht, waardoor een vordering van het kind tegen zijn of haar ouders weinig slaagkansen zal kennen in ons huidige rechtstelsel en derhalve dient te worden afgekeurd.

B. *Prenatal injury*-vordering

49. Niet aangeboren Een *prenatal injury*-vordering is de vordering die, in dit geval, zal uitgaan van een kind dat schade heeft geleden door het handelen van zijn of haar ouders. De afwijkingen waarmee het kind geboren werd zijn met andere woorden, niet aangeboren. Men kan in dit opzicht denken aan het gebruiken van tabak, alcohol- en drugsgebruik tijdens de zwangerschap, waardoor het kind kan lijden aan het foetaal alcoholyndroom, groeistoornissen etc. alsook te vroeg geboren kan worden.⁸⁰ DE KEZEL is de mening toegedaan dat deze aansprakelijkheidsvorderingen op weinig tegenreactie zullen stoten.⁸¹ Het is immers aannemelijk om aan te tonen dat een moeder ook effectief een fout heeft begaan, en meer bepaald onzorgvuldig heeft gehandeld, wanneer zij producten consumeert die schadelijk zijn voor de gezondheid van het kind dat zij draagt en waardoor het kind gehandicapt of met ernstige afwijkingen ter wereld zal komen.

⁷⁸ A. GOSSERIES, "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, 3.

⁷⁹ T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht Volume I in Reeks gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1257) 1401.

⁸⁰ D. MÖBIUS, "Dossier alcohol", www.vad.be/media/50669/dossier_alcohol_met_titelblad.pdf.

⁸¹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 549.

2.3.2 Fout door de arts

50. Overzicht Naast de ouders, kan ook de arts een fout maken waardoor een kind een aansprakelijkheidsvordering kan instellen omdat hij of zij gehandicapt door het leven dient te gaan. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin het kind de arts aansprakelijk stelt en de situatie waarin de ouders de arts aansprakelijk stellen.

A. Vordering ingesteld in naam van het kind

51. Tijdstip KRUIHOF maakte een onderscheid tussen de soorten prenatale fouten afhankelijk van het tijdstip waarop de fout werd begaan. Wanneer een kind een vordering, door middel van vertegenwoordiging⁸², instelt tegen een arts, zal men in beginsel steeds te maken krijgen met een post-conceptionele fout. Dit zijn de fouten die begaan zijn na de verwekking van het kind; gedacht kan, bijvoorbeeld, worden aan het niet opmerken of melden van een handicap of ongeneeslijke ziekte.⁸³ Ook kan men in dit opzicht denken aan de moderne techniek pre-implantatie genetische diagnostiek. Dit is de techniek waarbij de embryo's, die door IVF ontstaan zijn, gecontroleerd worden op mogelijke erfelijke aandoeningen alvorens ze in de baarmoeder worden geïmplantieerd.⁸⁴

i. *Wrongful life*-vordering

52. Aangeboren handicap of afwijking De *wrongful life*-vordering is de vordering die uitgaat van een kind met een aangeboren handicap.⁸⁵ Zoals HUYGENS stelt, bestaat de fout van de arts niet in het veroorzaken van de handicap of het letsel. De handicap is immers aangeboren en werd niet voortgebracht door een foutief handelen of nalaten van de arts. Dit betekent dat in dergelijke scenario's, waarbij het kind de arts aansprakelijk stelt voor zijn/haar leven met een handicap, men zich steeds zal moeten beroepen op een onzorgvuldigheid of nalatigheid van de arts waardoor de ouders niet meer in de mogelijkheid waren om de geboorte van het gehandicapt kind te voorkomen.⁸⁶ Een arts kan een fout maken in de prenatale diagnose, door bijvoorbeeld een test niet uit te voeren of de test incorrect uit te voeren, of door zijn informatieplicht te schenden.

⁸² B. VAN DRUNEN, "Vertegenwoordigingsbevoegdheid bij 'wrongful life-claims': een contradictio in terminis?", *AA* 2005, 148-150.

⁸³ R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2741.

⁸⁴ Wet 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's in vitro; J.G. NYHUIS en C.E.M. DIE-SMULDERS, "Prenatale diagnostiek, voortgang en dilemma's" in S.C.J.J. KORTMAN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer, Kluwer, 2004, (123) 123-124; J. VERMYLEN en P. SCHOTSMANS, *Ethiek in de kliniek*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000, 81; X., *Pre-implantatie genetische diagnose (PGD)*, www.uzleuven.be/fertiliteitscentrum/pre-implantatie-genetische-diagnose.

⁸⁵ N. COLETTE-BASECQZ, "Een zaak 'Perruche' in België tien jaar later", *T.Gez.* 2010-11, 380.

⁸⁶ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 548; A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan", *T. Gez.* 2012, 224; H. NYS, *Geneeskunde - Recht en medisch handelen* in *APR*, Mechelen, Story-Scientia, 2005, 266; T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht Volume I* in *Reeks gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1257) 1399-1401.

53. Informatieplicht Op grond van art. 7 Wet Patiëntenrechten heeft een patiënt recht op alle informatie betreffende zijn of haar gezondheidstoestand en de evolutie van deze toestand.⁸⁷ Wanneer men de wet strikt interpreteert, zal moeten worden geconstateerd dat ook zwangere vrouwen onder het toepassingsgebied van art. 7, §1 Wet Patiëntenrechten vallen en dat de behandelende arts derhalve een informatieplicht tegenover deze vrouwen heeft.⁸⁸ Zoals hiervoor reeds werd gesteld lijkt het aannemelijker om aan te nemen dat de arts enkel een contractuele relatie heeft met de zwangere moeder en niet met de foetus. Om deze reden zal een gehandicapt kind derhalve niet kunnen inroepen dat ten aanzien van hem of haar niet voldaan werd aan de informatieplicht uit de Wet Patiëntenrechten in het licht van een *wrongful life*-vordering. Dit zal, naar Belgisch recht, geen fout uitmaken in de zin van art. 1382 BW, hetgeen betekent dat het kind op basis van deze wet geen aansprakelijkheidsvordering zal kunnen instellen. In het Franse recht wordt aan iedere patiënt een gelijkaardig informatierecht toegekend.⁸⁹ Overeenkomstig art. 1111-2 van de *Code de la santé publique* heeft iedere patiënt recht op informatie over zijn of haar gezondheidstoestand en over de aanbevolen behandelingen.⁹⁰ Wanneer men art. 35 van de *Code de déontologie médicale*, die in tegenstelling tot de *Code de la santé publique* geen wetgeving uitmaakt, echter letterlijk interpreteert, kan men hieruit afleiden dat deze informatieplicht enkel geldt ten aanzien van de persoon die behandeld wordt.⁹¹ In het licht van de *wrongful life*-vordering betekent dit dat enkel de zwangere vrouw of moeder van het kind dit recht zal kunnen inroepen. SAINTE-ROSE interpreteerde de wetgeving ook strikt en bepaalde dat de informatieplicht enkel geldt ten aanzien van de moeder, en niet ten aanzien van het ongeboren kind.⁹² Dit brengt met zich mee dat enkel de Franse moeder zich op dit artikel zal kunnen baseren en niet het ongeboren kind, hetgeen in lijn ligt met de Belgische wetgeving op dit vlak. Ook in Nederland wordt de informatieplicht van een arts ten opzichte van een patiënt wettelijk geregeld.⁹³ In tegenstelling tot wat in België en in Frankrijk algemeen aanvaard wordt, oordeelde het Gerechtshof van 's-Gravenhage net het omgekeerde met betrekking tot de personen ten aanzien van wie de informatieplicht geldt. Men oordeelde dat tussen het ongeboren kind en de arts met zekerheid een overeenkomst bestaat. De arts heeft steeds een zorgplicht ten aanzien van ongeboren leven. Dit betekent dat hij derhalve ook een informatieplicht had ten aanzien van het kind en dat het kind aldus een aansprakelijkheidsvordering zal kunnen instellen op basis van een schending van de informatieplicht.⁹⁴

⁸⁷ H. Nys, "De wet betreffende de rechten van de patiënt", *RW* 2002-03, 1125; C. TROUET en I. DREEZEN, "Rechtsbescherming van de patiënt", *NjW* 2003, 5.

⁸⁸ Art. 7, §1 Wet 2 augustus 2002 betreffende de rechten van patiënten; H. NYS, *Geneeskunde – Recht en medisch handelen* in *APR*, Mechelen, Story-Scientia, 2005, 258.

⁸⁹ S. HOCQUET-BERG en B. PY, *La responsabilité du médecin* in *Collection droit professionnel*, Parijs, Heures de France, 2006, 26.

⁹⁰ Art. 1111-2 Code 7 oktober 1954 de la santé publique ; A. DORSNER-DOLIVET, *La responsabilité du médecin* in *Collection Pratique du droit*, Paris, Economica, 2006, 80-81 ; G. GENICOT, "Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome" (noot onder Cass. (Fr.) 3 juni 2010), *JT* 2011, 109.

⁹¹ A. CASTELLETTA (ed.), *Responsabilité médicale - Droit des malades*, Paris, Dalloz, 2004, 16; A. LAUDE, B. MATHIEU en D. TABUTEAU, *Droit de la santé* in *Themis Droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, 345-346.

⁹² H. Nys, *Geneeskunde – Recht en medisch handelen* in *APR*, Mechelen, Story-Scientia, 2005, 265; J. SAINTE-ROSE, concl. Cass. (Fr.) 13 juli 2001, *JCP G* 2001, 1838.

⁹³ Art. 7:448, lid 1 NBW.

⁹⁴ Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, C00/564, www.rechtspraak.nl; Zie hierover H. Nys, *Geneeskunde – Recht en medisch handelen* in *APR*, Mechelen, Story-Scientia, 2005, 264-265; B. SLUIJTERS, "Ongewenst leven, wrongful life" in S.C.J.J. KORTMAN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer, Kluwer, 2004, (53) 60.

54. Het niet of niet correct uitvoeren van prenatale testen

In principe is het perfect mogelijk dat men gewenst zwanger raakt, maar dat men later toch tot een abortus wil overgaan omdat uit testen blijkt dat het kind aan een handicap of ernstige afwijking lijdt. Wanneer een arts een test (denk bijvoorbeeld aan een bloedtest om het syndroom van Down vroegtijdig op te sporen) verkeerd uitvoert of zelfs niet heeft aangeboden aan de patiënt-moeder, zal men moeten bewijzen dat deze arts onzorgvuldig heeft gehandeld. Dit betekent dat men zal moeten bewijzen dat een normale, vooruitziende en zorgvuldige arts, geplaatst in dezelfde omstandigheden zich niet op zulke wijze zou hebben gedragen en de test derhalve wel zou hebben aangeboden of op correcte wijze zou hebben uitgevoerd. De arts heeft immers slechts een inspanningsverbintenis ten opzichte van de moeder, hetgeen betekent dat hij alle mogelijke inspanningen moet leveren om de behandeling tot een goed resultaat te leiden.⁹⁵ Dit brengt met zich mee dat de patiënt-moeder de gehele bewijslast draagt, aangezien de arts geen resultaat beloofde.⁹⁶ Ook het Hof van Beroep te Gent oordeelde in dit verband dat een schending van zijn inspanningsverbintenis door de arts, een fout oplevert in de zin van art. 1382 BW ten opzichte van het kind.⁹⁷ Wanneer een geneeskundige een test niet correct uitvoert waardoor een verkeerde prenatale diagnose wordt gesteld, zal hij aansprakelijk zijn aangezien dit een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm uitmaakt.⁹⁸ Het kan echter ook voorkomen dat een arts een prenatale test simpelweg niet heeft uitgevoerd. In het licht hiervan is het van belang om te wijzen op de diagnostische en therapeutische vrijheid waarover een arts beschikt ingevolge art. 11 KB nr. 78.⁹⁹ Dit betekent dat een arts vrij beslist over het al dan niet uitvoeren van eender welke medische ingreep. Eén en ander brengt dan weer met zich mee dat wanneer de arts op de hoogte was van de medische voorgeschiedenis van één van de ouders en hieruit blijkt dat de kans op een handicap of afwijking bij het ongeboren kind groter is, ook zijn aansprakelijkheid hierdoor in het gedrang kan komen en men een onzorgvuldigheid in beginsel zal kunnen bewijzen.¹⁰⁰ Ook in Nederland dient een geneeskundige zich te gedragen als iedere andere redelijk handelende en redelijk bekwame arts.¹⁰¹ In dit verband is de zaak Kelly van grote relevantie. De moeder had de arts laten weten dat in haar familie een chromosale afwijking

⁹⁵ Gent 3 november 2011, *T. Gez* 2011-2012, 205, noot A. HUYGENS; S. CALLENS, A. VERMOTE en L. MARTENS, "De patiënt in de gezondheidszorg en medische aansprakelijkheid" in S. CALLENS en J. PEERS (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (559) 591; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 340-343; J. TER HEERDT, "Wrongful life en wrongful birth, een never ending story: twee arresten die de controverse rond vorderingen tot schadevergoeding voor de geboorte van een ongewenst of gehandicapt kind weer volop in de schijnwerpers plaatsen" (noot onder Luik 10 mei 2001), *T. Gez.* 2001-02, 250-251.

⁹⁶ S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable (wrongful pregnancy)" (noot onder Luik 22 januari 2009), *T. Gez.* 2009-2010, 219; J. TER HEERDT, "Een heropflakking van de 'wrongful pregnancy claim': enkele bedenkingen" (noot onder Antwerpen 15 juni 1994), *T. Gez.* 1996-97, 360.

⁹⁷ A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan", *T. Gez.* 2012, 225.

⁹⁸ J. TER HEERDT, "Wrongful life en wrongful birth, een never ending story: twee arresten die de controverse rond vorderingen tot schadevergoeding voor de geboorte van een ongewenst of gehandicapt kind weer volop in de schijnwerpers plaatsen" (noot onder Luik 10 mei 2001), *T. Gez.* 2001-02, 250-251.

⁹⁹ Art. 11 KB nr. 78 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidsberoepen; Y. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical: aspect juridique de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 111-118.

¹⁰⁰ Y. LELEU en G. GENICOT, *Le droit médical: aspect juridique de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck Université, 2001, 114.

¹⁰¹ HR 9 november 1990, NJ 2004, 307; Zie hierover H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008, 407.

bestond waardoor haar neef gehandicapt door het leven ging. Ze vroeg dan ook aan de geneeskundige of een prenatale test op deze chromosale aangewezen leek. De geneeskundige stelde dat dit niet nodig zou zijn. Baby Kelly kwam gehandicapt ter wereld met dezelfde chromosale afwijking.¹⁰² De arts in kwestie beging een behandelfout¹⁰³ en de Hoge Raad willigde de *wrongful life*-vordering van Kelly in en kende een schadevergoeding toe voor het leven dat Kelly diende te leiden met de chromosale handicap. In Frankrijk oordeelde het Franse Hof van Cassatie in gelijkaardige zin.¹⁰⁴ De arts maakte een fout door te stellen dat een koppel geen risico liep op een chromosale afwijking die in de familie van de vader voorkwam en wanneer bij de geboorte van het kind blijkt dat dit kind toch lijdt aan deze chromosale afwijking.¹⁰⁵ Het niet of niet correct uitvoeren van een prenatale test zal in Frankrijk derhalve een onrechtmatige daad uitmaken.¹⁰⁶

ii. *Prenatal injury*-vordering

55. Handicap door het foutief handelen van de arts Deze vorderingen verschillen van de *wrongful life*-vorderingen door het feit dat bij de *prenatal injury*-vordering de handicap of het letsel waarmee het kind ter wereld komt, niet aangeboren is, maar veroorzaakt werd door een fout van een derde.¹⁰⁷ Men kan, bijvoorbeeld, denken aan een operatie aan een foetus die mislukt of het voorschrijven van een verkeerd medicijn aan een zwangere vrouw, waardoor het kind gehandicapt of met ernstige afwijkingen ter wereld komt. In dit geval zal er dus sprake zijn van een fout in de zin van art. 1382 BW in hoofde van de arts, indien het kind levend en levensvatbaar ter wereld komt en de schade op het moment van de geboorte nog bestaat. In principe zullen deze vorderingen derhalve een kans op slagen hebben, aangezien de handicap of de afwijking ontstaan zal zijn door een fout van de arts.¹⁰⁸ In Nederland zal de arts een fout hebben gemaakt in de zin van art. 6:162 NBW wanneer door zijn handelen een kind geboren wordt met een handicap of ernstige afwijking. Net zoals hiervoor reeds werd gesteld moet een geneeskundige handelen zoals iedere andere redelijk bekwame en redelijke handelende beroepsgeenoot.¹⁰⁹ Net zoals in België, zullen Nederlandse slachtoffers kunnen hardmaken dat een geneeskundige een toerekenbare tekortkoming heeft begaan waardoor zij schade hebben geleden. Ook in Nederland zal een *prenatal injury*-vordering derhalve een grote kans op slagen kennen. De Franse wetgever heeft na het arrest PERRUCHE¹¹⁰ een halt toegeroepen aan dergelijke *wrongful life*-vorderingen waarbij het leven als schade wordt aanzien, door de wet van 4 maart 2002 in het leven te roepen.¹¹¹ Het was echter niet de bedoeling van de wetgever om vorderingen tegen een arts, die een fout beging waardoor een kind gehandicapt of met ernstige afwijkingen ter wereld kwam, af te wijzen. Art. 1, I, lid 2 stelt

¹⁰² HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, www.rechtspraak.nl.

¹⁰³ R.W.M. GIARD, *Aansprakelijkheid van arts: Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2005, 104.

¹⁰⁴ Cass. (Fr.) 26 maart 1996, 94.11.791, www.courdecassation.fr; Cass. (Fr.) 26 maart 1996, 94.14.158, www.courdecassation.fr.

¹⁰⁵ M.C. HERMITTE, "Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés", *Gaz. Pal.* 1997, 75.

¹⁰⁶ Cass. (Fr.) 28 november 2001, *JT* 2001, 896; J. HAUSER, "L'enfant et les sortilèges... de l'autonomie de la volonté", *RTDCiv* 2001, 104.

¹⁰⁷ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 547-548.

¹⁰⁸ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 547.

¹⁰⁹ H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008, 407-408.

¹¹⁰ Cass. (Fr.) 17 november 2000, 99-13.701, www.courdecassation.fr.

¹¹¹ Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

uitdrukkelijk: “*La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.*” Met deze bepaling wil de Franse wetgever tegemoetkomen aan de *prenatal injury*-vorderingen en kan gesteld worden dat deze vorderingen ook in Frankrijk aanvaard worden wanneer de geneeskundige een onrechtmatige daad heeft begaan.

B. Vordering ingesteld in naam van de ouders – *Wrongful birth*-vordering

56. *Wrongful birth* tegenover *wrongful pregnancy* Ouders van een gehandicapt geboren kind kunnen een aansprakelijkheidsvordering instellen tegen een arts wanneer een zwangerschap of geboorte van een gehandicapt kind niet kon voorkomen worden. Deze vordering staat bekend onder de noemer ‘*wrongful birth*-vordering’.¹¹² In de rechtsleer wordt de *wrongful birth*-vordering gedefinieerd als: “*De vordering van de ouders van een gehandicapt kind tegen een derde die bepaalde (prenatale, genetische) niet of verkeerd heeft uitgevoerd of geïnterpreteerd, of het testresultaat van die testen niet of verkeerd heeft meegedeeld. Indien de fout niet was gebeurd hadden de ouders ofwel geen kind verwekt ofwel voor een abortus gekozen.*”¹¹³ In principe willen zij derhalve hun vermogensschade vergoed zien worden.¹¹⁴ De *wrongful birth*-vordering verschilt van de *wrongful pregnancy*-vordering aangezien deze laatste wordt ingesteld door de ouders, omdat zij zijn zwanger geraakt van een ongewenst gezond kind terwijl de *wrongful birth*-vordering wordt ingesteld omdat de ouders gewenst zwanger zijn geworden van een intieel gewenst, maar gehandicapt, kind.¹¹⁵

57. Informatieplicht Ook in deze situatie zal men kunnen invoeren dat de informatieplicht werd geschonden door de arts of dat een zwangerschapstest niet of incorrect werd uitgevoerd. Zoals hierboven reeds werd gesteld heeft een arts een informatieplicht ten opzichte van iedere patiënt.¹¹⁶ Wanneer een arts derhalve vaststelt dat een ongeboren kind aan een ernstige ziekte of afwijking lijdt, dient hij dit steeds mee te delen aan de ouders. Wanneer blijkt dat het kind aan een afwijking of ziekte lijdt, dient de arts dit derhalve aan de ouders mee te delen en hen in dit opzicht in te lichten over alle mogelijkheden waarover zij beschikken, onder andere over de mogelijkheid tot zwangerschapsafbreking geregeld in art. 350 Strafwetboek.¹¹⁷ Hiernaast heeft de arts tegenwoordig ook een informatieplicht aangaande de mogelijke bijwerkingen van een geneesmiddel. Dit betekent dat een arts de patiënt dient in te lichten over de gevolgen van het innemen van een medicijn. Hieruit dient te worden afgeleid dat een arts de informatieplicht

¹¹² A. HUYGENS, “Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan”, *T. Gez.* 2012, 217.

¹¹³ T. VANSWEEVELT, “Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1395.

¹¹⁴ C. TROUET, “Wrongful birth en wrongful life: nieuwe risico’s bij preconceptioneel en prenataal onderzoek”, *T. Gez.* 1998-99, 284.

¹¹⁵ A. HUYGENS, “Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan”, *T. Gez.* 2012, 221.

¹¹⁶ Art. 7, §1 Wet 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 160-161; H. NYS, *Geneeskunde – Recht en medisch handelen in APR*, Mechelen, Story-Scientia, 2005, 258.

¹¹⁷ H. NYS, *Geneeskunde – Recht en medisch handelen in APR*, Mechelen, Story-Scientia, 2005, 248-250.

schendt wanneer hij de mogelijke gevolgen van de inname van het geneesmiddel niet meedeelt aan iedere persoon, en in het licht van deze masterscriptie, zwangere vrouwen.¹¹⁸ Vooral in het licht van de Softenon-kwestie uit de jaren '60 zou deze informatieplicht van groot belang geweest zijn aangaande de aansprakelijkheid van de arts. Hierbij moet, mijn inziens, wel worden rekening gehouden met de theorie van de relevante risico's. Dit betekent dat de arts alle risico's aan de ouders moet meedelen die relevant zijn in de situatie waarin zij verkeren.¹¹⁹ Art. 8 van de Wet Patiëntenrechten bepaalt dat: "De inlichtingen die aan de patiënt verstrekt worden, met het oog op het verlenen van diens toestemming bedoeld in § 1, hebben betrekking op het doel, de aard, de graad van urgentie, de duur, de frequentie, de voor de patiënt relevante tegenaanwijzingen, nevenwerkingen en risico's verbonden aan de tussenkomst, de nazorg, de mogelijke alternatieven en de financiële gevolgen. Ze betreffen bovendien de mogelijke gevolgen ingeval van weigering of intrekking van de toestemming, en andere door de patiënt of de beroepsbeoefenaar relevant geachte verduidelijkingen, desgevallend met inbegrip van de wettelijke bepalingen die met betrekking tot een tussenkomst dienen te worden nageleefd." DELBEKE is de mening toegedaan dat dit artikel de theorie van de relevante risico's bevestigt.¹²⁰ Deze theorie houdt in dat de risico's die aan een bepaalde behandeling verbonden zijn, aan iedere normale redelijke patiënt, geplaatst in dezelfde omstandigheden als de betrokken patiënt, als het voor deze patiënt relevant is om kennis te hebben van deze risico's en om met de nodige informatie kunnen in te stemmen met de behandeling.¹²¹ In Nederland en Frankrijk is de situatie met betrekking tot de *wrongful birth*-vordering gelijkaardig aan de situatie in het licht van de *wrongful life*-vordering (zie *supra*). De informatieplicht wordt wettelijk geregeld, zowel in Frankrijk als in Nederland.¹²²

58. Niet of niet correct uitvoeren van prenatale testen Wanneer een arts een test niet heeft aangeboden, zal hij zich schuldig hebben gemaakt aan het niet verstrekken van een kwaliteitsvolle dienstverstrekking. Men kan bijvoorbeeld denken aan een bloedtest om een syndroom van Down vroegtijdig op te sporen tijdens de zwangerschap. Een arts is ertoe verplicht aan iedere individuele patiënt een behandeling te verstrekken die van hem verwacht mag worden. Dit betekent dat hij verschuldigd is aan elke patiënt een goede en kwaliteitsvolle gezondheidszorg te garanderen. De ouders zullen zich kunnen beroepen op art. 1382 BW wanneer zij kunnen hardmaken dat de arts onzorgvuldig heeft gehandeld, zij schade geleden hebben en tussen beide een oorzakelijk verband bestaat.¹²³ Ook hier kan opnieuw verwezen worden naar hetgeen hiervoor reeds besproken werd met betrekking tot de *wrongful life*-vordering, wanneer men de situatie in Frankrijk en Nederland met deze in België wil vergelijken (zie *supra*).

¹¹⁸ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer* in *APR*, Antwerpen, Maklu, 1992, 287.

¹¹⁹ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 167-168; H. NYS, *Geneeskunde – Recht en medisch handelen* in *APR*, Mechelen, Story-Scientia, 2005, 157.

¹²⁰ E. DELBEKE, "De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskening", *T. Gez.* 2007-2008, 358.

¹²¹ T. BALTHAZAR, "De potentiële impact van de patiëntenrechtenwet op procedures inzake aansprakelijkheid van artsen en ziekenhuizen" in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, 44; R. D'HAESE, "De verplicht van de arts tot het verstrekken van afdoende informatie omtrent de risico's", *TBBR* 2012, 314-316; H. NYS, "De plicht van een arts de patiënt te informeren over een zeldzaam risico op een ernstige complicatie" (noot onder Cass. 26 juni 2009), *RW* 2009-10, 1525.

¹²² Art. 1111-2 Code de la santé publique ; Art. 7:448, lid 1 NBW.

¹²³ E. MORBÉ, *De wet betreffende de rechten van de patiënt*, Heule, UGA, 2003, 39; B. PITCHO, "Wrongful life and wrongful birth regarding French law" in S.C.J.J. KORTMANN en B.C.J. HAMEL (eds.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer, Kluwer, 2004, (93) 97-98.

59. Aansprakelijkheid wegens schade door gebrekkige producten

Er zijn situaties denkbaar waarin ongeboren leven schade ondervindt door het gebruik van een gebrekkig product door een arts. Denk, bijvoorbeeld, aan de situatie waarin een foetus geopereerd dient te worden en het ongeboren leven een handicap of ernstige afwijking overhoudt aan de operatie door het gebruik van een gebrekkige naald of wanneer een arts een geneesmiddel voorschrijft dat achteraf gebrekkig blijkt te zijn. De arts is immers bewaarder van de zaak. Men dient twee situaties te onderscheiden: de ouders stellen een contractuele aansprakelijkheidsvordering in wegens het gebruik van een gebrekkig product of het kind stelt een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering in wegens het gebruik van een gebrekkig product. Zoals reeds eerder werd vermeld, verdient het de voorkeur om aan te nemen dat de moeder geen overeenkomst sloot met de arts in naam en in het belang van het ongeboren leven. Om deze reden zal de arts ten aanzien van het kind dat schade geleden heeft voor de geboorte door het gebruik van een gebrekkig product, buitencontractueel aansprakelijk zijn op basis van art. 1384, lid 1 BW.¹²⁴ Voormeld artikel stelt als voorwaarden dat er sprake moet zijn van schade, een product dat gebrekkig is en dat tussen beide een oorzakelijk verband bestaat.¹²⁵ In Nederland is deze aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrekkig product geregeld in art. 6:173 NBW. Ook de ouders zullen de arts aansprakelijk kunnen stellen voor het gebruik van een gebrekkig product. Hier zal het echter steeds gaan om een contractuele aansprakelijkheid. Zoals hiervoor reeds werd gesteld, heeft de arts een inspanningsverbintenis ten opzichte van de ouders van het ongeboren leven.¹²⁶ In het licht hiervan dient te worden gewezen op de veiligheidsverplichting, die ook in Frankrijk¹²⁷ reeds aanvaard wordt, die de Belgische rechtsleer aanvaardde op basis van art. 1135 BW.¹²⁸ In Nederland wordt deze contractuele aansprakelijkheid van de zelfstandige arts geregeld in het art. 6:77 NBW. Deze bepaling lijkt in beginsel sterk op de regeling die het Belgische recht kent; op één uitzondering na. Art. 6:77 NBW bepaalt immers uitdrukkelijk: *“schuldenaar toegerekend, tenzij dit, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspruit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn.”* Dit betekent dat een aansprakelijkheidsvordering tegen een arts afgewezen kan worden wanneer het falen van de gebrekkige zaak niet aan deze arts te wijten is en wanneer de toerekening onredelijk zou zijn.¹²⁹ Bovenstaande uitzondering leidt vaak tot rechtspraak die steeds in het voordeel van de arts zal pleiten.¹³⁰ Het voorgaande dient echter, voor wat het Belgische recht betreft, genuanceerd te

¹²⁴ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 401-402; T. VANSWEEVELT, “Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1501.

¹²⁵ T. VANSWEEVELT, “Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1501.

¹²⁶ T. VANSWEEVELT, “Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1490.

¹²⁷ Cass. (Fr.) 8 oktober 1968, *D.* 1969, 157, noot J. MAZEAUD.

¹²⁸ S. ILLEGEMS, “Contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak: nood aan een veiligheidsverplichting van arts en ziekenhuis”, *T. Gez.* 2014, 34; T. VANSWEEVELT, “Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1490.

¹²⁹ Parl. Gesch. Boek 6, 270; HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174, met noot G.J. SCHOLTEN.

¹³⁰ Hof Amsterdam 7 januari 1988, *TvGR* 1989/99; Hof Arnhem 27 juni 2000, *VR* 2002, 112.

worden. VANSWEEVELT merkt immers, mijn inziens, terecht op dat wanneer een gebrekkig product schade veroorzaakt in het ziekenhuis, het ziekenhuis als bewaarder van de zaak aanzien zal worden.¹³¹ Dit betekent dat zelfs wanneer een arts schade veroorzaakt aan ongebooren leven door middel van een gebrekkige zaak, in de meeste scenario's het ziekenhuis als bewaarder van de zaak beschouwd dient te worden.

2.3.3 Fout door het ziekenhuis

60. Centrale aansprakelijkheid Er zijn situaties denkbaar waarin ook het ziekenhuis kan aansprakelijk gesteld worden. Vooreerst dient gewezen te worden op de centrale aansprakelijkheidsregels van het ziekenhuis. Wanneer een patiënt behandeld wordt in het ziekenhuis zal, naast de arts, ook het ziekenhuis aansprakelijk kunnen gesteld worden. De Wet Patiëntenrechten voerde immers een art. 17 novies in in de Ziekenhuiswet waardoor het ziekenhuis aansprakelijk kan gesteld worden voor alle fouten met betrekking tot een schending van patiëntenrechten begaan door de beroepsbeoefenaars, *i.e.* artsen, verpleegkundigen etc., die werkzaam zijn in dat bepaalde ziekenhuis.¹³² Voor de patiënt zorgde de invoering van deze regels voor een opklaring van een complexe wirwar aan regels, aangezien het zeer onduidelijk kan zijn wie voor welke daden aansprakelijk is inzake de medische aansprakelijkheid. Vanaf de invoering van deze aansprakelijkheidsregels heeft de patiënt nu één centraal aanspreekpunt, nl. het ziekenhuis.¹³³ Op bovenstaand principe bestaat echter één uitzondering. Het ziekenhuis kan zich exoneren van deze centrale aansprakelijkheid, voor fouten door artsen die op zelfstandige basis werken, wanneer dit vooraf uitdrukkelijk wordt vermeld aan elke informatie die door het ziekenhuis aan de patiënt wordt gegeven.¹³⁴ Dit betekent dat het ziekenhuis, in beginsel, aansprakelijk kan gesteld worden zowel door de ouders als door een kind wanneer dit kind schade zou hebben opgelopen voor de geboorte en wanneer die schade werd veroorzaakt in het ziekenhuis. Volledigheidshalve dient er op te worden gewezen dat het ziekenhuis steeds kan gaan verhalen bij degene die de fout veroorzaakte.¹³⁵ In de praktijk zal het ziekenhuis echter steeds gebruik maken van deze exonatiemogelijkheid in het geval het gaat om een zelfstandige arts, waardoor art. 17 novies Ziekenhuiswet van minder groot belang zal worden. Ook in Nederland is voorzien in een centrale contractuele mede-aansprakelijkheid van het ziekenhuis wanneer een geneeskundige een fout zou begaan.¹³⁶ Art. 7:462 luidt uitdrukkelijk: "*Indien ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst verrichtingen plaatsvinden in een ziekenhuis dat bij die overeenkomst geen partij is, is het ziekenhuis voor een tekortkoming daarbij mede aansprakelijk, als ware het zelf bij de overeenkomst partij.*" In beginsel kunnen in dit artikel dezelfde waarborgen worden teruggevonden als in de Belgische wetgeving omtrent de centrale aansprakelijkheid van ziekenhuizen. Het enige verschil is dat art. 7:463 letterlijk bevestigt dat een exonatiebeding niet

¹³¹ T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1504.

¹³² Art. 17 novies Gecoördineerde wet 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen.

¹³³ S. CALLENS, A. VERMOTE en L. MARTENS, "De patiënt in de gezondheidszorg en medische aansprakelijkheid" in S. CALLENS en J. PEERS (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (559) 595.

¹³⁴ Art. 17 novies, lid 4 Gecoördineerde wet 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen.

¹³⁵ S. CALLENS, A. VERMOTE en L. MARTENS, "De patiënt in de gezondheidszorg en medische aansprakelijkheid" in S. CALLENS en J. PEERS (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (559) 595.

¹³⁶ Art. 7:462 NBW

mogelijk is. Dit betekent dat het ziekenhuis zich niet kan uitsluiten voor fouten die begaan zijn door (zelfstandige) geneeskundigen in het ziekenhuis.¹³⁷ In Frankrijk geldt de opvatting van het Franse Hof van Cassatie dat oordeelde dat een geneeskundige die tewerkgesteld is in een privé-ziekenhuis niet aansprakelijk kan zijn voor een fout die hij of zij gemaakt heeft, wanneer deze geneeskundige binnen zijn bevoegdheden handelde.¹³⁸

61. Inspannings- of resultaatsverbintenis? Hiernaast dient men te wijzen op het onderscheid tussen een *arts-out*-overeenkomst of een *all-in*-overeenkomst. De *arts-out*-overeenkomst is de overeenkomst die gesloten wordt tussen een ziekenhuis en een patiënt waarin voorzien is dat het ziekenhuis enkel de patiënt zal verzorgen en in zijn logement en voeding etc. zal voorzien. De arts voorziet zelf in de geneeskundige behandeling *sensu stricto*.¹³⁹ De *all-in*-overeenkomst is de overeenkomst waarbij het ziekenhuis zowel in de geneeskundige behandeling als alles wat daarmee gepaard gaat, voorziet.¹⁴⁰ Daarnaast moet men ook uitmaken of op het ziekenhuis een inspanningsverbintenis, dan wel een resultaatsverbintenis rust. In de meeste rechtsleer wordt aangenomen dat er, in de medische context, meestal sprake zal zijn van een inspanningsverbintenis.¹⁴¹ Ook in Nederland wordt ditzelfde principe algemeen aanvaard.¹⁴² Dit betekent dat het aan de ouders is om te bewijzen dat het ziekenhuis haar inspanningsverbintenis niet is nagekomen door haar onzorgvuldig gedrag waardoor hun ongeborn kind schade leed.¹⁴³ Voor het kind ligt de situatie echter anders, aangezien hierboven reeds werd gesteld dat het de voorkeur verdient om aan te nemen dat het kind geen contractuele relatie heeft met het ziekenhuis of de arts. Het kind dat schade leed door een fout van het ziekenhuis zal derhalve moeten aantonen dat het ziekenhuis een fout beging in de zin van art. 1382 BW.

62. Aansprakelijkheid voor schade door gebrekkige producten Net zoals de situatie die hiervoor reeds uiteen werd gezet, kunnen zowel de ouders als het kind een vordering instellen voor schade geleden door een gebrekkig product. Aangezien het kind slechts een buitencontractuele relatie heeft met het ziekenhuis, zal hij of zij zich dienen te beroepen op art. 1384, lid 1 BW. Het kind zal dienen te bewijzen dat het product een gebrek vertoont, dat het door dit gebrek schade heeft geleden en dat tussen beide een oorzakelijk verband bestaat.¹⁴⁴ Een product is gebrekkig wanneer het een abnormaal kenmerk vertoont en wanneer dit abnormaal kenmerk aan derden

¹³⁷ H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008, 410-411.

¹³⁸ Cass. (Fr.) 9 november 2004, *JCP* 2005, II, 10020; Zie hierover G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 335.

¹³⁹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* in *APR*, Antwerpen, Maklu, 1992, 59.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 340-341; T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1274-1275.

¹⁴² H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008, 406-407.

¹⁴³ T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1274.

¹⁴⁴ T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1501.

schade kan berokkenen.¹⁴⁵ In een arrest van het Hof van Beroep te Bergen werd geoordeeld dat het ziekenhuis bewaarder is van de zaak wanneer een patiënte, bij het verlaten van de spreekkamer van de arts in het ziekenhuis, valt door een tegel die losliggend is.¹⁴⁶ Bovenstaand arrest is slechts één voorbeeld, maar wanneer het ongeborn kind hierdoor schade ondervindt, zou hij of zij in principe het ziekenhuis hiervoor aansprakelijk kunnen stellen op basis van art. 1384, lid 1 BW. De buitencontractuele aansprakelijkheidsregeling voor schade veroorzaakt door een gebrekkig product in het ziekenhuis wordt in Nederland geregeld in art. 6:181 NBW. Wanneer de arts derhalve niet op zelfstandige basis in het ziekenhuis werkt, zal de aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door gebrekkige producten derhalve rusten op het ziekenhuis waarin de arts tewerk gesteld is.¹⁴⁷ Deze regeling komt dus overeen met hetgeen VANSWEEVELT stelt inzake het Belgische recht.¹⁴⁸ Net zoals hiervoor reeds werd gesteld leidt de uitzondering uit art. 6:77 vaak tot rechtspraak waarin het ziekenhuis van enige aansprakelijkheid wordt vrijgesteld.¹⁴⁹ Net zoals in het Belgische recht, kan een Frans kind een ziekenhuis aansprakelijk stellen op basis van art. 1384 Code Civil. Het Franse Hof van Cassatie bevestigde dit principe immers in een arrest van 1990.¹⁵⁰ Ook de ouders kunnen het ziekenhuis aansprakelijk stellen wanneer het ongeborn leven schade heeft ondervonden. Opnieuw kan hier verwezen worden naar wat hiervoor reeds werd gesteld.

2.3.4 Fout door de overheid

63. Overzicht Ook is het mogelijk dat een ongeborn kind schade lijdt door de fout van de overheid. Men kan in deze situatie bijvoorbeeld denken aan het in de handel brengen van een medicijn dat negatieve gevolgen heeft voor een ongeborn kind wanneer het wordt gebruikt door een zwangere vrouw.

64. Regelgeving inzake geneesmiddelen Om te voorkomen dat geneesmiddelen in de handel worden gebracht die schadelijk of onveilig zijn voor de gezondheid van mensen en om de balans tussen het risico van een geneesmiddel en het voordeel ervan te garanderen, werd voorzien in strenge regelgeving die het beleid inzake geneesmiddelen reguleert. De Belgische wet betreffende de geneesmiddelen definieert geneesmiddelen als volgt: *“elke enkelvoudige of samengestelde substantie, aangediend als hebbende therapeutische of profylactische eigenschappen met betrekking tot ziekten bij de mens; of elke enkelvoudige of samengestelde substantie die bij de mens kan worden gebruikt of aan de mens kan worden toegediend om hetzij fysiologische functies te herstellen, te verbeteren of te wijzigen door een farmacologisch, immunologisch of metabolisch*

¹⁴⁵ Cass. 11 september 2008, *Pas.* 2008, 1916; Zie hierover N. ESTIENNE, “La responsabilité du fait des choses: quelques développements récents”, *JT* 2010, 772.

¹⁴⁶ Bergen 22 juni 1999, *T. Gez.* 2001-2002, 105.

¹⁴⁷ H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008, 409.

¹⁴⁸ T. VANSWEEVELT, “Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1504.

¹⁴⁹ HR 28 januari 2005, *GJ* 2005, 25; Hof Amsterdam 7 januari 1988, *TvGR* 1989/99; Zie hierover C. ASSERS, *Bijzondere overeenkomsten: Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst* in *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 7*, Deventer, Kluwer, 2009, 163.

¹⁵⁰ Cass. (Fr.) 10 januari 1990, *RTD Civ* 1990, 481.

*effect te bewerkstelligen, hetzij om een diagnose te stellen.*¹⁵¹ Deze definitie is de praktische omzetting van de definitie in de Europese richtlijn 2001/83/EG. De Nederlandse Geneesmiddelenwet definieert het geneesmiddel als: *“een substantie of een samenstel van substanties die bestemd is om te worden toegediend of aangewend voor dan wel op enigerlei wijze wordt gepresenteerd als zijnde geschikt voor (1) het genezen of voorkomen van een ziekte, gebrek, wond of pijn bij de mens (2) het stellen van een geneeskundige diagnose bij de mens, of (3) het herstellen, verbeteren of anderszins wijzigen van fysiologische functies bij de mens door een farmacologisch, immunologisch of metabolisch effect te bewerkstelligen.”*¹⁵² In het Franse recht vindt men de definitie terug in art. L5121-1 *et seq.* van de *Code de la santé publique*. Meteen valt op dat beide definities grote gelijkenissen vertonen met de Belgische definitie. De definities in de nationale wetgeving zijn dan ook de omzetting van Richtlijn 2001/83/EG.¹⁵³

65. Presentatie- en functie criterium Een geneesmiddel kan derhalve als geneesmiddel gekwalificeerd worden wanneer het voldoet aan of het presentatiecriterium of het functie criterium.¹⁵⁴ Het presentatiecriterium houdt zowel in het licht van de Europese rechtspraak, die het presentatiecriterium steeds ruim opvat, als in het licht van de Belgische en Nederlandse rechtsleer in dat men zal kijken naar de wijze van verpakking, de bijsluiter, het etiket etc. van het geneesmiddel.¹⁵⁵ Het functie criterium betekent dat men de functie van het geneesmiddel zal moeten beoordelen. Men zal kijken welke gevolgen deze substantie heeft op het menselijk lichaam en of dit geneesmiddel er toe zal kunnen bijdragen om een diagnose te stellen of een ziekte kan genezen of verbeteren. Hieruit kan worden afgeleid dat het functie criterium minder vaag is dan het presentatiecriterium. Het presentatiecriterium zal enkel kijken naar de wijze waarop het product gepresenteerd wordt, terwijl bij het functie criterium daadwerkelijk de functie van het product, die het voor het lichaam zal kunnen betekenen, zal worden beoordeeld.¹⁵⁶

66. Vergunning Sinds de Softenon-kwestie is er in België voorzien in een procedure waardoor iedere producent van een geneesmiddel een vergunning moet hebben om dit geneesmiddel op de markt te kunnen brengen.¹⁵⁷ Het medicijn Softenon, dat meer specifiek het bestanddeel thalidomide bevatte, was een geneesmiddel dat werd voorgeschreven aan zwangere vrouwen om ochtendmisselijkheid tegen te gaan. Achteraf bleek echter dat het geneesmiddel tot

¹⁵¹ Art. 1, §1, 1, a Wet 25 maart 1964 betreffende de geneesmiddelen.

¹⁵² Art. 1, lid 1, b Geneesmiddelenwet 1 juli 2007.

¹⁵³ H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008, 148-149

¹⁵⁴ HvJ 15 november 2007, C-319/05.

¹⁵⁵ HvJ 30 november 1983, 227/82; Antwerpen 4 oktober 1990, RW 1990-91, 713; S. CALLENS, M. GOOSSENS en L. MARTENS, “Geneesmiddelen, medische hulpmiddelen en andere gezondheidsproducten” in S. CALLENS en J. PEERS (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (443) 446-447; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008, 148-149; A. VIJVERMAN en M. DILLEN, “Geneesmiddelen” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht Volume I in Reeks gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (911) 912-913.

¹⁵⁶ S. CALLENS, M. GOOSSENS en L. MARTENS, “Geneesmiddelen, medische hulpmiddelen en andere gezondheidsproducten” in S. CALLENS en J. PEERS (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (443) 447-448; A. VIJVERMAN en M. DILLEN, “Geneesmiddelen” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht Volume I in Reeks gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (911) 914-915.

¹⁵⁷ S. CALLENS, M. GOOSSENS en L. MARTENS, “Geneesmiddelen, medische hulpmiddelen en andere gezondheidsproducten” in S. CALLENS en J. PEERS (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (443) 449.

afwijkingen bij de foetus zou leiden; de kinderen werden geboren met te korte armpjes of beentjes, of met maar één armpje of beentje etc. Naar aanleiding van de Softenonkwestie werd door de overheid een vergunningsprocedure ingevoerd in art. 6 van de Geneesmiddelenwet die voor elk geneesmiddel doorlopen moest worden. Net zoals in België dient men, in lijn met de Europese regelgeving¹⁵⁸ op dit gebied, ook in Frankrijk en Nederland een vergunning te bekomen alvorens men een geneesmiddel op de markt kan brengen.¹⁵⁹ De procedure die in alle Europese landen doorlopen moeten worden, is dezelfde. De vergunning moet worden afgeleverd door de minister van Volksgezondheid of door de Europese Commissie overeenkomstig het gemeenschapsrecht.¹⁶⁰ In het geval van de Softenonkwestie en in het geval een vergunning wordt verleend voor een geneesmiddel dat achteraf negatieve bijwerkingen blijkt te hebben, zou het mogelijk kunnen zijn om de overheid aansprakelijk te stellen voor het onrechtmatig optreden van de uitvoerende macht.¹⁶¹ Voormeld cassatiearrest bevestigt dat de overheid enkel buitencontractueel aansprakelijk zal kunnen worden gesteld, hetgeen betekent dat er sprake dient te zijn van een fout in de zin van art. 1382 BW. Het lijkt de voorkeur te hebben om er van uit te gaan dat de overheid onzorgvuldig heeft gehandeld en zich niet zoals een *bonus pater familias* in dezelfde omstandigheden heeft gedragen; een zorgvuldige overheid zou immers een geneesmiddel goed opvolgen en tijdig reageren wanneer problemen met betrekking tot de werking van het geneesmiddel worden vastgesteld.

2.3.5 Fout door een derde

67. Producent van een geneesmiddel In bepaalde situaties is het denkbaar dat ongeboren leven schade ondervindt door toedoen van een fout van een derde. In onderstaande paragrafen zal de hypothese besproken worden waarin waarin een producent van een medicijn een fout maakt waardoor een ongeboren kind schade ondervindt.

68. Benadeelde – Producent – Geneesmiddel Sinds 1991 kent het Belgische recht een wet betreffende de productaansprakelijkheid (Wet Productaansprakelijkheid).¹⁶² Dit betekent, samengevat, derhalve dat producten die gebrekkig zijn en waardoor een persoon schade ondervindt, onder het spectrum van deze wet vallen. De voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn derhalve: schade, gebrek in het product en oorzakelijk verband.¹⁶³ Iedere benadeelde kan zich beroepen op de wet Productaansprakelijkheid. Men maakt geen onderscheid tussen de situaties waarin de benadeelde al dan niet een contractuele band met de producten heeft.¹⁶⁴ De benadeelde kan zich richten tot de producent van een geneesmiddel. Art. 3 van de Wet Productaansprakelijkheid definieert de producent als zijnde: "Onder "producent" wordt in de zin

¹⁵⁸ Richtlijn 2001/83/EG.

¹⁵⁹ Art. L5121-8 Code de la santé publique ; Art. 40 Geneesmiddelenwet 1 juli 2007.

¹⁶⁰ S. CALLENS, M. GOOSSENS en L. MARTENS, "Geneesmiddelen, medische hulpmiddelen en andere gezondheidsproducten" in S. CALLENS en J. PEERS (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (443) 479; A. VIJVERMAN en M. DILLEN, "Geneesmiddelen" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht Volume I in Reeks gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (911) 920-921.

¹⁶¹ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193.

¹⁶² Wet 25 maart 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *BS* 22 maart 1991.

¹⁶³ A. VAN DEN BOSSCHE, "Objectieve aansprakelijkheid geldt ook voor medische sector", *Juristenkrant* 2001, 8.

¹⁶⁴ J. VERLINDEN, "Twintig jaar productaansprakelijkheid. Een stand van zaken" in Het Vlaams pleitgenootschap, *Aansprakelijkheidrecht actuele tendensen*, Gent, Larcier, 2005, (29) 32.

van deze wet verstaan de fabrikant van een eindprodukt, de fabrikant van een onderdeel van een eindprodukt, de fabrikant of de producent van een grondstof, alsmede eenieder die zich als fabrikant of producent aandient door zijn naam, zijn merk of een ander herkenningsteken op het produkt aan te brengen.” Deze definitie komt grotendeels overeen met de definitie die gegeven wordt aan het begrip ‘producent’ in zowel het Franse als het Nederlandse burgerlijk recht.¹⁶⁵ Men kan hieruit afleiden dat de producent van een geneesmiddel aansprakelijk kan gesteld worden door een persoon die schade heeft geleden door een geneesmiddel of door de bijwerkingen van een geneesmiddel. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel oordeelde in dit opzicht dat de producent van een geneesmiddel aansprakelijk is voor zowel de omkeerbare als de onomkeerbare bijwerkingen van een geneesmiddel.¹⁶⁶ Zowel de Franse als de Nederlandse wetgeving betreffende de productaansprakelijkheid komen grotendeels overeen met de Belgische wetgeving op dit gebied en hanteren in grote lijnen dezelfde definities.¹⁶⁷

69. Softenonkwestie Aangezien de Wet Productaansprakelijkheid pas in werking is getreden in 1991 konden de slachtoffers van de Softenonkwestie zich hierop niet beroepen. Dit brengt met zich mee dat deze slachtoffers zich moesten beroepen op de buitencontractuele aansprakelijkheid uit art. 1382 BW en dat zij derhalve een fout, zijnde de schending van een specifieke rechtsnorm of de schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm, moesten bewijzen.

¹⁶⁵ Art. 1386-6 Code Civil ; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008, 159-160.

¹⁶⁶ Rb. Brussel 10 februari 2005, *JLMB* 2006, 1193.

¹⁶⁷ Art. 1386-1 *et seq.* Code Civil ; H.J.J. LEENEN, J.C.J. DUTE en W.R. KASTELEIN, *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008, 159-161.

III. Schade

70. Definitie Als tweede voorwaarde om van een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382-1383 BW te kunnen spreken, moet er bovendien sprake zijn van een schade die door het slachtoffer werd geleden. Het Hof van Cassatie definieerde de schade als: “*het verlies van een goed dat tot het vermogen behoorde of van een voordeel dat te verwachten was*”¹⁶⁸. In de rechtsleer wordt bijna steeds tot de conclusie gekomen dat schade de situatie is waarin een slachtoffer terecht komt na de onrechtmatige daad en dat deze situatie nadeliger is voor hem/haar dan de situatie vóór de onrechtmatige daad. De schade maakt derhalve ‘het negatieve verschil’ uit.¹⁶⁹

71. Integrale schadeloosstelling Wanneer wordt vastgesteld dat er sprake is van schade, en ook aan de andere voorwaarden uit art. 1382-1383 BW (m.n. fout en oorzakelijk verband) is voldaan, heeft het slachtoffer of de benadeelde recht op een integrale schadeloosstelling.¹⁷⁰ De rechter heeft met betrekking tot deze schadeloosstelling een appreciatiemarge. Hij beslist, vooreerst, of men wel degelijk schade heeft ondervonden en, zo ja, in hoeverre deze schade moet worden vergoed om terug in zijn oorspronkelijke situatie te worden geplaatst.¹⁷¹ Om aanspraak te kunnen maken op een schadeloosstelling moet er daarnaast aan drie voorwaarden voldaan zijn, nl. een rechtmatig belang hebben, de schade moet zeker zijn en ze moet persoonlijk zijn.¹⁷² In Nederland kan, net zoals in het Belgische recht, een persoon enkel buitencontractueel aansprakelijk kunnen worden gesteld wanneer uit zijn onrechtmatig handelen ook schade ontstaat. De persoon die de schade heeft veroorzaakt, dient deze te vergoeden.¹⁷³ In tegenstelling tot de onrechtmatige daad werd ‘schade’ niet gedefinieerd in het Nederlandse BW. Art. 6:95 NBW deelde de schade echter wel in twee categorieën in, nl. vermogensschade en ander nadeel. Vermogensschade bestaat in een geleden verlies of in gederfde winst. In feite gaat het dus steeds om een financieel verlies. ‘Een ander nadeel’ wordt in art. 6:106 NBW verder gepreciseerd en betreft o.a. de schade die werd geleden door een schending van eer en goede naam.¹⁷⁴ De *Principles of European Tort Law* bepalen dat er naast fout en oorzakelijk verband, ook sprake moet zijn van schade. De schadevereiste verschilt niet zo heel erg van zowel het Belgische en Nederlandse buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. In de PETL wordt uitdrukkelijk opgesomd welke belangen beschermd worden en wordt bepaald dat een schending hiervan zal bijdragen aan

¹⁶⁸ Cass. 4 maart 1975, AR F-1970304-4, www.cass.be.

¹⁶⁹ E. DIRIX, *Het begrip schade in Reeks Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1984, 15-16; I. DURANT, “Le dommage reparable dans les deux ordres de responsabilité” in S. STIJNS en P. WÉRY, *De raakvlakken tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure 2010, (53) 58-59; J. RONSE, *Schade en schadeloosstelling in Algemene praktische rechtsverzameling*, Gent, Story-Scientia, 1984, 114; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 100; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 633.

¹⁷⁰ Cass. 14 mei 2003, RW 2005-06, 743.

¹⁷¹ Cass. 6 mei 2011, RW 2012-13, 558; I. DURANT, “Le dommage reparable dans les deux ordres de responsabilité” in S. STIJNS en P. WÉRY, *De raakvlakken tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure 2010, (53) 58-59; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 633-634.

¹⁷² S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 100; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 635-658.

¹⁷³ Art. 6:162 NBW.

¹⁷⁴ Art. 6:95-106 NBW; J.W.P. VERHEUGT, *Inleiding in het Nederlands recht. Hoofdstukken vermogensrecht*, Den Haag, Boom juridische uitgeverij, 2003, 327.

het bekomen van een schadevergoeding.¹⁷⁵ Hiernaast is ook bepaald dat de omvang van de bescherming van een bepaald belang afhangt van de waarde die aan dit belang wordt gehecht etc.¹⁷⁶ De DCFR spreekt enkel over rechtens relevante schade die vergoed kan worden op basis van de regels die zijn opgenomen in de DCFR. Gezien dit begrip redelijk vernieuwend is, was het natuurlijk ook nodig om dit te definiëren. Dit werd gedaan in art. VI.-2:101; rechtens relevante schade is de schade die bepaald is hoofdstuk 2 van de DCFR of de schade die voortvloeit uit de schending van een recht dat door de wet werd toegekend of de schade die voortvloeit uit de schending van een belang dat wettelijke bescherming verdient.¹⁷⁷ Hiernaast dient er op gewezen te worden dat ook de DCFR in een integrale schadeloosstelling voorziet.¹⁷⁸

1. Rechtmatig belang

72. Begrip Het slachtoffer dat schadeloosstelling nastreeft moet hierbij een rechtmatig belang hebben.¹⁷⁹ Een belang is onrechtmatig wanneer het in strijd is met de openbare orde en goede zeden of wanneer het in strijd is met regels van dwingend recht.¹⁸⁰ Het rechtmatig karakter van dit belang moet, daarenboven, worden beoordeeld op het moment waarop het schadeverwekkende feit zich voordoet.¹⁸¹

73. Rechtmatigheid bij schade ten opzichte van ongeboren leven Men dient zich af te vragen of een persoon een schadevergoeding kan vorderen voor schade die hij/zij of zijn/haar kind heeft geleden voor de geboorte. Wanneer een kind een vordering instelt tegen de ouders, een arts of derden, dient men vast te stellen dat het moeilijk zal zijn om uit te maken of dit kind al dan niet een rechtmatig belang heeft om schadevergoeding te vragen. Ook wanneer de vordering uitgaat van de ouders ten aanzien van een arts, de overheid of andere personen, is het moeilijk om uit te maken of deze ouders hierbij een rechtmatig belang hebben. Ouders die een vordering instellen voor schade die hun kind geleden heeft voor de geboorte, zullen dan per slot van rekening aanhalen dat zij schade hebben ondervonden door de schade die aan hun kind is toegebracht voordat dit kind geboren werd. De schade moet immers ook persoonlijk zijn, waardoor zij hun eigen schade zullen moeten bewijzen. (*cf. infra*) Kan deze vordering dan als rechtmatig worden bestempeld? Kunnen ouders de schade die zij leden door de schade die het kind heeft geleden, aanhalen om tot schadeloosstelling te komen? Hier zal het, in feite, niet zo zeer gaan om een juridische kwestie maar eerder om een ethische kwestie. De mogelijkheid van de ouders om een

¹⁷⁵ Art. 2 :102, 2°-6° PETL.

¹⁷⁶ Art. 2 :102, 1° PETL.

¹⁷⁷ Art. VI.-201 DCFR; L. CORNELIS, "Onrechtmatige daden in de Codex Faliekante Redelijkheid (DCFR)" in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (1) 34-37; R. SCHULZE, "Non-contractual liability arising out of damage caused to another in the DCFR" in V. SAGAERT, M.E. STORME en E. TERRYEN (eds.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2012, (221) 225-226.

¹⁷⁸ Art. VI. 6-101 DCFR.

¹⁷⁹ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 471.

¹⁸⁰ Cass. 2 april 1998, AR C940438, www.cass.be; Cass. 14 mei 2003, RW 2005-2006, 743; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 64-65; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 636-638.

¹⁸¹ I. BOONE, "Schadevergoeding voor onwettig aangeplante kerstbomen" (noot onder Cass. 6 juni 2008), *NJW* 2008, 927-928.

dergelijke aansprakelijkheidsvordering in te stellen zal derhalve in het verdere verloop van deze masterscriptie uitvoeriger worden besproken.

2. Zekere schade

74. Vaststaan Men zal slechts tot schadevergoeding gerechtigd zijn wanneer de schade ook zeker is.¹⁸² Dit betekent dat de schade moet vaststaan en dat ze, daarenboven, niet op loutere hypothesen gebaseerd mag zijn.¹⁸³ Ook in Frankrijk dient de schade (*dommage* of *préjudice*), die door het slachtoffer werd geleden, zeker te zijn. Men mag zich immers niet louter baseren op hypothesen of veronderstellingen.¹⁸⁴ In tegenstelling tot het Belgische en het Franse recht, kent het Nederlandse recht geen specifieke voorwaarden voor de schade. Art. 6:98 NBW bepaalt echter wel dat: "Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend." Hieruit kan men impliciet afleiden dat de schade die men beweert te hebben geleden, moest vaststaan en derhalve zeker is.

75. Verlies van een kans In het licht van deze masterscriptie is het ook relevant om te wijzen op de theorie van het verlies van een kans die in België, net zoals in Frankrijk¹⁸⁵, aanvaard wordt. Ook de Nederlandse Hoge Raad bevestigde de verlies van een kans-leer als bron van schadevergoeding.¹⁸⁶ Deze theorie houdt in dat een slachtoffer van schade niet meer in de mogelijkheid is om een bepaald voordeel te behouden of een bepaald nadeel te vermijden omdat hij of zij schade heeft geleden. Als voorwaarde wordt nog gesteld dat de kans definitief verloren moet zijn. Er mag dus geen enkele mogelijkheid meer bestaan om dezelfde kans te krijgen. Een persoon die voor de geboorte schade heeft geleden en waarvan hij/zij ook na de geboorte de gevolgen van moet dragen, kan bepaalde kansen hebben verloren. De relativiteit van de verlies van een kans-leer, in het licht van de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven, zal in het verdere verloop van deze masterscriptie verder onderzocht worden.¹⁸⁷

¹⁸² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, deuxième édition*, Brussel, Bruylant, 1948, 1060 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 102.

¹⁸³ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 54.

¹⁸⁴ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, LexisNexis, 2014, 121.

¹⁸⁵ M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations – La responsabilité civile extracontractuelle V* in *Traité de droit civil*, Parijs, Economica, 2012, 402-406; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, LexisNexis, 2014, 122.

¹⁸⁶ HR 24 oktober 1997, LJN ZC2467, www.rechtspraak.nl.

¹⁸⁷ Cass. 1 april 2004, RW 2004-05, 105; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, *La responsabilité civile, Chronique de jurisprudence 1996-2007, volume 1 : le fait générateur et le lien causal*, Brussel, De Boeck, 2009, 368-387; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 644-647 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade* in *Recht en Praktijk 47*, Mechelen, Kluwer, 2007, 71.

3. Persoonlijke schade

76. Persoonlijk lijden Als laatste voorwaarde moet de schade, die wordt ingeroepen, persoonlijk zijn. De persoon die de schade inroept moet deze zelf geleden hebben. Men kan geen schadevergoeding eisen voor schade die aan een ander werd toegebracht. Hierop zijn evenwel enkele uitzonderingen, m.n. beroepsverenigingen etc.¹⁸⁸ Deze zijn voor het onderzoek van deze masterscriptie van minder groot belang. Ook in Frankrijk kan men slechts een schadevergoeding vorderen voor schade die iemand persoonlijk geleden heeft.¹⁸⁹

77. Schade bij weerkaatsing Hiernaast moet ook worden opgemerkt dat ook de schade bij weerkaatsing bestaat en voor de aansprakelijkheden in kwestie van belang kan zijn. Dit is de schade die door andere personen dan de rechtstreekse schadelijder wordt geleden. De personen in zijn/haar naaste omgeving kunnen (morele) schade lijden door de schade die de schadelijder heeft geleden.¹⁹⁰ Ook in het licht van deze masterscriptie kan de schade bij weerkaatsing relevant zijn, aangezien ouders schade kunnen ondervinden door hun kind te zien lijden onder de schade die het heeft geleden voor de geboorte.

78. Infans conceptus-regel Voor de persoon die schade leed voor zijn geboorte geldt het adagium *Infans conceptus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius agitur*. Deze rechtspraak betekent niet meer dan dat een kind vanaf zijn verwekking een rechtssubject is, met als voorwaarde dat het kind levend en levensvatbaar geboren wordt. Dit brengt met zich mee dat een kind een vordering kan instellen, en dus ook schadeloosstelling kan vorderen, voor schade die hij of zij geleden heeft voor de geboorte, op voorwaarde dat het op dat moment reeds verwekt is en daarna levensvatbaar ter wereld komt.¹⁹¹

4. Schade in het licht van de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven

4.1 *Wrongful life*-vordering

79. Vergelijking van twee situaties Zoals hiervoor reeds werd vermeld is de schade de situatie waarin een slachtoffer terecht komt na de onrechtmatige daad en deze situatie nadeliger is voor hem of haar dan de situatie vóór de onrechtmatige daad. Wanneer men dit *in concreto* toepast betekent dit dat men het leven met een handicap zou moeten vergelijken met de hypothetische situatie waarin het kind niet zou geboren zijn.¹⁹² Zoals KRUIHOF¹⁹³, VANSWEEVELT¹⁹⁴ en DIRIX¹⁹⁵ allen

¹⁸⁸ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 103-104.

¹⁸⁹ M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations – La responsabilité civile extracontractuelle V* in *Traité de droit civil*, Parijs, Economica, 2012, 432.

¹⁹⁰ E. DIRIX, *Het begrip schade in Reeks Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1984, 93-94; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 650-651.

¹⁹¹ E. DIRIX, *Het begrip schade in Reeks Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1984, 132-133; F. SWENNEN, *Personenrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 12; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 652-653.

¹⁹² T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1401.

¹⁹³ R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind ?", *RW* 1986-87, 2751.

stellen is het voor het kind onmogelijk om het leven met het niet leven te kunnen vergelijken, aangezien dit zou leiden tot de situatie waarin het kind zijn of haar eigen recht om te leven of te bestaan zou moeten ontkennen.

80. Bestaat er schade? Wanneer men de voorwaarden voor vergoedbare schade overloopt, kan tot de conclusie worden gekomen dat er sprake moet zijn van rechtstreekse, persoonlijke en zekere schade en dat men een rechtmatig belang moet hebben op vergoeding van deze schade.¹⁹⁶ De voorwaarde dat de schade rechtstreeks geleden moet zijn, zal in principe voor weinig problemen zorgen. Het kind, dat de *wrongful life*-vordering in eigen naam of door middel van vertegenwoordiging instelt, heeft de schade, als deze al bestaat, immers rechtstreeks door de fout geleden. De meer prominente vraag is echter of er *überhaupt* schade bestaat in hoofde van het kind en of dit kind dan een rechtmatig belang heeft op de vergoeding van deze schade? Een eerste betwisting van de vraag of het kind wel schade heeft geleden, werd eerder in deze masterscriptie al aangehaald. VANSWEEVELT betoogt immers dat het toelaten van een *wrongful life*-vordering indruist tegen één van de basisregels van het huidige aansprakelijkheidsrecht, aangezien de schade steeds moet volgen uit de fout.¹⁹⁷ In het licht van de *wrongful life*-vordering kan men spreken van een net omgekeerde situatie; de fout van de arts of de ouders doet zich voor na de schade, aangezien de aangeboren handicap als schade aanzien wordt en deze reeds bestond voor de fout van de ouders of de arts in kwestie. VANSWEEVELT wijst er ook nog op dat de schade persoonlijk moet zijn, en dat in dit verband kan gesteld worden dat het ongeborn kind (nog) geen rechtssubject is en dat men dus niet kan spreken van een drager van rechten en plichten waardoor het kind ook geen recht kon opwerpen om niet geboren te moeten worden.¹⁹⁸ De *infans conceptus*-regel is hier derhalve niet van toepassing.

81. Rechtmatig belang Hiernaast dient ook de vereiste van een rechtmatig belang op schadervergoeding te worden onderzocht. In de rechtspraak en rechtsleer wordt, door een minderheid¹⁹⁹, verdedigd dat een kind een rechtmatig belang heeft om zijn of haar geboorte met een aangeboren handicap, te voorkomen. PIRET wijst er ook op dat wanneer een moeder een zwangerschap legitiem kan afbreken op basis van art. 350 SW en zij toch nog een kind ter wereld brengt, zelfs wanneer dit ongewild was, zij in haar rechtmatig belang gekrenkt wordt en dat zij hiertoe een schadevergoeding kan bekomen. Wanneer de ouders hiervoor een schadevergoeding kunnen bekomen, lijkt het, althans volgens PIRET, niet gerechtvaardigd om een kind dat schade

¹⁹⁴ T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1401.

¹⁹⁵ E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. Fr. 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 209;

¹⁹⁶ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 470-471.

¹⁹⁷ T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1401.

¹⁹⁸ T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1401.

¹⁹⁹ Cass. Fr. 17 november 2000, AR 99-13.701, www.courdecassation.fr; Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, noot N. ESTIENNE; Rb. Hasselt 16 oktober 2006, *T. Gez.* 2012-2013, 49, noot; T. BALTHAZAR, "Frans Hof van Cassatie aanvaardt vordering van kind bij prenatale fout", *Juristenkrant* 2001, 12; A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan", *T. Gez.* 2012, 226.

leed voor het geboren worden met een aangeboren handicap, een schadevergoeding hiervoor te ontkennen.²⁰⁰ Nys stelt hiertegenover dat niet het leven als zodanig als handicap dient te worden beschouwd, maar wel de aangeboren handicap of afwijking.²⁰¹ De opvatting, die nochtans de voorkeur verdient, gaat er van uit dat een kind in dergelijke situaties geen rechtmatig belang op schadeloosstelling kan bekomen. Men houdt voor dat een kind geen rechtmatig belang heeft, aangezien men dan zou aannemen dat het kind een recht had om niet geboren te worden en een recht had om geaborteerd te worden en, meer zelfs, een recht had om zonder handicap ter wereld te komen.²⁰² Ook het Hof van Cassatie kwam in een, reeds eerder aangehaald, recent arrest tot dezelfde conclusie. Het Hof concludeerde: *"Er bestaat geen vergoedbare schade in de zin van voormelde wetsbepalingen wanneer de vergelijking moet worden gemaakt tussen de toestand van een gehandicapt bestaan van een persoon en zijn niet-bestaan."*²⁰³ Dit brengt met zich mee dat wanneer dit wel zou gebeuren, het kind eenieder die heeft bijgedragen tot het geboren worden met een handicap aansprakelijk zou kunnen stellen.²⁰⁴ In België werden reeds meerdere initiatieven²⁰⁵ genomen om dergelijke *wrongful life*-aansprakelijkheidsvorderingen tegen te gaan of, meer precies, tegen te gaan dat een kind hiervoor een rechtmatig belang op schadevergoeding kon laten gelden. Het meeste recente wetsvoorstel hieromtrent dateert van 7 oktober 2014 en werd ingediend door enkele leden van de Waalse liberale partij MR.²⁰⁶ In dit wetsvoorstel betoogt men dat er steevast een leemte bestaat in de huidige Belgische wetgeving inzake de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven. De wet van 15 mei 2007, die echter nooit in werking trad, bevatte een bepaling die letterlijk klonk: *"Niemand kan schadevergoeding vorderen enkel wegens het feit dat hij geboren is."*²⁰⁷ In het huidige Belgische recht ontbreekt derhalve ieder verbod om schadervergoeding te vorderen voor het leven of het bestaan op deze wereld. De indieners van het wetsvoorstel beargumenteren daarenboven dat het ondenkbaar is om te stellen dat een persoon een recht heeft om schadevergoeding te vorderen, wanneer men hierbij dient vast te stellen dat het de initiële wens was van deze persoon om nooit geboren te zijn. Hierbij merken zij ook op dat wanneer deze persoon nooit zou geboren zijn, hij of zij zelfs nooit de mogelijkheid zou gehad hebben om ieder recht te doen gelden. Zoals hierboven reeds werd gesteld, stellen ook de indieners van het wetsvoorstel dat het ongeboren kind nog geen rechtssubject was op het moment van de fout. Zij stellen letterlijk: *"Het recht opeisen niet geboren te worden, doet uitschijnen dat men vóór de geboorte al bij machte was vrij te kiezen. Die redenering is zo absurd dat we niet kunnen aanvaarden dat iemand de legitimiteit van zijn eigen geboorte kan betwisten."*²⁰⁸ De

²⁰⁰ J. PIRET, "Wrongful life en de zaak Rukiyé", *NJW* 2011, 362.

²⁰¹ H. NYS, *Geneeskunde – Recht en medisch handelen in APR*, Mechelen, Story-Scientia, 2005, 267.

²⁰² A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan", *T. Gez.* 2012, 226.

²⁰³ Cass. 14 november 2014, AR C.13.0441.N, www.cass.be.

²⁰⁴ K. SWERTS, "Franse wetgever mengt zich in debat rond arrest-Perruche", *Juristenkrant* 2002, 12-13.

²⁰⁵ Wetsvoorstel (J. MILQUET) tot invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een art. 1383bis, *Parl. St. Kamer* 2003 (BZ), nr. 54 0389/001; Wetsvoorstel (D. BACQUELAINE) tot invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een art. 1383bis waarin wordt gepreciseerd dat iemands geboorte op zich niet als schade kan worden aangemerkt, *Parl. St. Kamer* 2003 (BZ), nr. 51 0090/001.

²⁰⁶ Wetsvoorstel (D. BACQUELAINE *et al.*) tot invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een art. 1383bis waarin wordt gepreciseerd dat iemands geboorte op zich niet als schade kan worden aangemerkt, *Parl. St. Kamer* 2014 (BZ), nr. 51 0047/001.

²⁰⁷ Art. 5, §2 wet 15 mei 2007 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, *BS* 6 juli 2007.

²⁰⁸ Wetsvoorstel (D. BACQUELAINE *et al.*) tot invoeging in het BW van een art. 1383bis waarin wordt gepreciseerd dat iemands geboorte op zich niet als schade kan worden aangemerkt, *Parl. St. Kamer* 2014 (BZ), nr. 54 0389/001, 5.

wetsvoorstelindieners hebben derhalve, net zoals HUYGENS²⁰⁹ en VANSWEEVELT²¹⁰, vooral het (on)ethische aspect van het toelaten van dergelijke gevolgen voor ogen. Een tweede argument dat zij poneren is het solidariteitsbeginsel. Door dergelijke aansprakelijkheidsvorderingen toe te laten, zou men er van uit dienen te gaan dat ouders van een gehandicapt kind geen verantwoordelijkheidsgevoel hebben door een gehandicapt kind geboren te laten worden. Dit is wel heel verregaand, aangezien iedereen, ook mensen met een handicap, solidair in onze huidige maatschappij opgenomen dienen te worden. Door deze vorderingen toe te laten zouden immers ook het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel geschonden worden. Men zou dan per slot van rekening stipuleren dat een gehandicapt leven minder waard is dan het leven van een persoon zonder handicap.²¹¹ Om al deze redenen is het, volgens de indieners van het voorstel, van uiterst groot belang om een bepaling in te voeren in het BW waarin gesteld wordt: "*Iemands geboorte kan op zich niet als schade worden aangemerkt.*"²¹² Tot slot wensen de indieners er nog op te wijzen dat uit de tekst van het voorstel niet mag worden afgeleid dat het hun bedoeling is om iedere vordering voor schade ten opzichte van ongebooren leven uit te sluiten. Een aansprakelijkheidsvordering tegen een arts, die een fout begaat waardoor een kind gehandicapt ter wereld komt, moet in principe mogelijk blijven aangezien de handicap in deze situatie niet aangeboren is. De indieners van het wetsvoorstel vonden inspiratie in één van onze buurlanden, nl. Frankrijk. Naar aanleiding van het arrest Perruche mengde de Franse wetgever zich in de problematiek of een gehandicapt geboren kind al dan niet kon overgaan tot het vorderen van een schadevergoeding.²¹³ De wet van 4 maart 2002 opent dan ook in art. 1 met te stellen dat het zuivere feit geboren te worden nooit kan aanleiding kan geven tot een schadevergoeding. Hiernaast gaat de Franse wet verder met te stellen dat een fout door een arts, waardoor een kind gehandicapt ter wereld komt, in beginsel nog steeds het voorwerp kan uitmaken van een aansprakelijkheidsvordering.²¹⁴ Zoals GENICOT stelt heeft de wetgever, door middel van de invoering van de wet van 4 maart 2002, een halt toegeroepen aan de PERRUCHE-rechtspraak waardoor een gevaarlijk precedent geschapen werd.²¹⁵ De Franse wetgeving veroordeelt de *wrongful life*-vorderingen en heeft er derhalve ook komaf mee gemaakt door de vorderingen simpelweg te verbieden. De indieners van het wetsvoorstel van 7 oktober 2014 willen hetzelfde resultaat bekomen in België. Zij hebben zich derhalve grotendeels gebaseerd op de Franse wet,

²⁰⁹ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 579-580; A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan", *T. Gez.* 2012, 226.

²¹⁰ T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1400-1401.

²¹¹ Wetsvoorstel (D. BACQUELAINE *et al.*) tot invoeging in het BW van een art. 1383bis waarin wordt gepreciseerd dat iemands geboorte op zich niet als schade kan worden aangemerkt, *Parl. St.* Kamer 2014 (BZ), nr. 54 0389/001, 6-7.

²¹² *Ibid.*

²¹³ Cass. (Fr.) 17 november 2000, 99-13.701, www.courdecassation.fr; F. BELLIVER, "Le contentieux de la naissance avec un handicap congénital non décelé par suite d'une erreur de diagnostic au risque de la convention européenne : sous la technique, l'éthique", *Rev. Trim. Dr. H.* 2006, 669 ; R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable? La perte d'une chance de ne pas naître?" (noot onder Rb. Brussel 21 april 2004), *TBBR* 2006, 117-118.

²¹⁴ Art. 1 loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé; A. LAUDE, B. MATHIEU en D. TABUTEAU, *Droit de la santé* in *Themis Droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, 493-494 ; M.-C. DE MONTECLER, "Les premiers effets de la loi anti-Perruche", *D.* 2002, 2156-2157; T. DE RAVEL D'ESCAPLON, "Loi 'anti-Perruche' et dispositions transitoires: après la QPC, le mot de la Cour de Cassation", *D.* 2012, 1-2.

²¹⁵ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 574-576.

aangezien de basisbeginselen van deze wet ook terug te vinden zijn in het voorstel.²¹⁶ In Nederland ligt de situatie echter anders ten opzichte van in België en Frankrijk; hier wordt de *wrongful life*-vordering immers wel aanvaard. Sinds de baby Kelly-zaak is er geen wetgevend initiatief genomen om dergelijke vorderingen te verbieden.²¹⁷

82. Verlies van een kans Zoals hiervoor reeds werd gesteld moet de schade ook zeker zijn. Het verlies van een kans is, naar de mening van GENICOT, een bepaald type van schade.²¹⁸ In medische aansprakelijkheidszaken zal echter moeilijk vast te stellen zijn of de schade zeker is, aangezien de patiënt of een derde enkel zal kunnen aantonen dat hij door de fout van de geneeskundige een kans heeft verloren.²¹⁹ In zulke situaties zal de verlies van een kans-leer derhalve een rol spelen. Deze theorie bestaat erin schade te vergoeden aan een persoon die door de fout van een ander, de kans op een bepaald voordeel te bekomen of een bepaald nadeel te vermijden, niet meer kan realiseren.²²⁰ Het Hof van Cassatie aanvaardde deze theorie ook in het medisch aansprakelijkheidsrecht.²²¹ Toegepast op het debat rond de *wrongful life*-vorderingen betekent dit dat het kind, dat geboren werd met een handicap door een fout van een arts of de ouders, zal moeten aantonen dat het kansen verloren heeft door de handicap waar hij of zij mee dient te leven. Het lijkt aannemelijk dat een gehandicapt kind bepaalde nadelen zal ondervinden en hierdoor ook bepaalde kansen zal verliezen. Men kan, bijvoorbeeld, denken aan de kans om verder te studeren die verloren gaat wanneer het kind lijdt aan een mentale handicap of de kans om normaal te kunnen lopen of wandelen wanneer het kind lijdt aan een fysieke handicap.

4.2 *Wrongful birth*-vordering

83. Schade? Zoals hiervoor reeds uiteen werd gezet, is de *wrongful birth*-vordering de vordering van de ouders tegen een arts voor de geboorte van een, initeel gewenst kind, maar dat later gehandicapt blijkt te zijn. Om in aanmerking te komen voor schadevergoeding moeten de ouders kunnen bewijzen schade te hebben geleden. In het geval van de *wrongful birth*-vordering gaat het de ouders niet in de eerste plaats om de handicap waarmee het kind geboren werd, maar om het feitelijk geboren worden van een, initieel gewenst, maar nu ongewenst kind vanwege de handicap.²²² De schadepost die hier voor de rechtbank zal worden gebracht zijn het geboren

²¹⁶ Wetsvoorstel (D. BACQUELAINE *et al.*) tot invoeging in het BW van een art. 1383bis waarin wordt gepreciseerd dat iemands geboorte op zich niet als schade kan worden aangemerkt, *Parl. St. Kamer* 2014 (BZ), nr. 51 0047/001, 4.

²¹⁷ E.P.H.R. SUTORIUS en H.W. LIJTOGT, "Wat meer zelfbeschikking, wat minder lotsbeschikking", *RvdW* 1997, 54C, 476; T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1400.

²¹⁸ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 479.

²¹⁹ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 480-481; A. LAUDE, B. MATHIEU en D. TABUTEAU, *Droit de la santé* in *Themis Droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, 494-495.

²²⁰ Cass. 19 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 585; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 480-481; T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1386-1387.

²²¹ Cass. 5 juni 2008, C.07.0199.N, www.cass.be.

²²² H. NYS, *Geneeskunde – Recht en medisch handelen* in *APR*, Mechelen, Story-Scientia, 2005, 257-269.

worden van een, in feite, gewenst kind met een aangeboren handicap.²²³ De ouders zullen zowel een materiële als een morele schadevergoeding kunnen vorderen voor, bijvoorbeeld, aanpassingen van de woning aan de handicap van het kind, de medische zorg voor het gehandicapt kind *etc.* . Uit het werk van De Kezel blijkt daarenboven dat voor dergelijke *wrongful birth*-vorderingen in de meeste gevallen zal worden aangenomen dat men schade heeft geleden door de fout van de geneeskundige. Het is echter aan de rechter om naar billijkheid te oordelen over de schade die effectief is voortgevloeid uit de fout van de arts waardoor het gehandicapt kind geboren werd en welke schade derhalve daadwerkelijk zal worden vergoed.²²⁴

84. Schadebeperkingsplicht Een slachtoffer van een onrechtmatige daad dient steeds, maar voor zover dit mogelijk is, de schade te beperken tot het absolute minimum.²²⁵ Het Hof van Beroep te Gent oordeelde dat de schadebeperkingsplicht erin bestaat dat het slachtoffer alle redelijke maatregelen moet nemen om de schade te kunnen beperken. Gebeurt dit niet, dan kan ook het recht van het slachtoffer op integrale schadevergoeding in vraag worden gesteld. Zoals hiervoor reeds werd gesteld, wordt in België immers aanvaard dat iedere fout die heeft bijgedragen tot de schade, als oorzaak van de schade kan worden beschouwd naar aanleiding van de equivalentieleer. In het licht van de *wrongful birth*-vordering staan er voor de ouders van het kind twee opties open om hun schade te beperken, nl. een abortus laten uitvoeren of het kind afstaan ter adoptie.²²⁶ De rechtspraak gaat er echter van uit dat het niet afstaan van het kind ter adoptie, niet gekwalificeerd kan worden als een schending van de schadebeperkingsplicht die op de ouders rust. Zo wordt geoordeeld dat het afstaan ter adoptie sterk negatieve morele gevolgen zou hebben voor de ouders en dat derhalve niet redelijk kan verwacht worden dat zij hun eigen kind, waarmee sterke emotionele banden zijn ontwikkeld, afstaan ter adoptie²²⁷ Evenmin kan het laten uitvoeren van een abortus redelijk verwacht worden van de ouders om zo hun schade te beperken in het licht van de *wrongful birth*-vordering. Een abortus moet steeds aanzien worden als een vrije keuze van de beide ouders, waardoor het verplicht moet overgaan tot een dergelijke zwangerschapsafbreking om de schade te beperken, niet redelijkerwijs kan verwacht worden van de ouders.²²⁸ Ook in het Nederlandse recht kent men de schadebeperkingsplicht en is deze plicht ook gecodificeerd, met name in art. 6:101 NBW. Net zoals in het Belgische recht houdt de schadebeperkingsplicht in dat het slachtoffer van een onrechtmatige daad al het mogelijke moet doen om de schade te beperken.

²²³ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 550; S.D. LINDENBERGH, "Blij met de geboorte van... een schadeclaim", *AA* 2003, 368-369; C.J.J.M. STOLKER, "Who's afraid of wrongful birth", *WPNR* 1997, 192.

²²⁴ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 550; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 563.

²²⁵ R. KRUIHOF, "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2770-2776.

²²⁶ Gent 3 november 2011, *RW* 2012-13, 1311; T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1403.

²²⁷ Cass. 14 november 2014, AR C.13.0441.N, www.cass.be; Gent 3 november 2011, *RW* 2012-13; Rb. Kortrijk 3 januari, *RW* 1988-89, 1171; Zie hierover E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 550.

²²⁸ G. GENICOT, "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 95; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 570-571; S. PANIS, "L'action en grossesse préjudiciable (wrongful pregnancy)" (noot onder Luik 22 januari 2009), *T. Gez.* 2009-2010, 222-223; J. TER HEERDT, "Wrongful life en wrongful birth, een never ending story: twee arresten die de controverse rond vorderingen tot schadevergoeding voor de geboorte van een ongewenst of gehandicapt kind weer volop in de schijnwerpers plaatsen" (noot onder Luik 10 mei 2001), *T. Gez.* 2001-02, 255; C.J.J.M. STOLKER, "Wrongful life: the limits of liability and beyond", *International and comparative law quarterly*, vol. 43, 525-526.

Gebeurt dit niet, dan slinken de kansen op een integrale schadevergoeding.²²⁹ De Hoge Raad oordeelde, in lijn met de Belgische rechtspraak en rechtsleer hieromtrent, dat het niet laten uitvoeren van een abortus niet op een redelijke wijze kan en mag verwacht worden van de ouders.²³⁰ Ook in Frankrijk heerst dezelfde opvatting. Het Franse Hof van Cassatie oordeelde dat het weigeren van een chirurgische ingreep niet kan leiden tot een schending van de schadebeperkingsplicht.²³¹

85. Voordeelstoerekening en de schadeposten

De theorie van de voordeelstoerekening is een techniek om de omvang van de schadevergoeding te bepalen. VANSWEEVELT stelt dat in het licht van een *wrongful birth*-vordering bijna nooit zal worden overgegaan tot een integrale schadeloosstelling van de ouders.²³² In principe bestaat de theorie van de voordeelstoerekening in het onderzoeken van de voordelen die een slachtoffer ondervindt door een onrechtmatige daad.²³³ Eén en ander betekent dat er dus ook voordelen verbonden zijn aan het geboren worden van een, initieel, gewenst maar gehandicapt kind en dat deze zullen worden aangerekend aan de ouders. Ten eerste zullen de ouders een materiële schadevergoeding kunnen vorderen voor, bijvoorbeeld, de medische kosten, de aanpassingen van het huis aan de handicap van het kind *etc.* De materiële schade die door de ouders geleden werd door het geboren worden van het (gehandicapt) kind, wordt verminderd met de voordelen inzake kinderbijslag, bouwpremies die de ouders ontvangen voor de aanpassingen aan de handicap enz.²³⁴ Dat de ouders ook morele schade lijden en hiervoor een schadevergoeding wensen te vorderen, is onbetwistbaar. De ouders hebben nu immers een gehandicapt kind, terwijl zij, zonder de fout van de arts, mogelijks zouden zijn overgegaan tot een abortus. DE KEZEL betoogt dat er met de geboorte van het kind zware morele lasten, pijn en smart aan te pas komen.²³⁵ Omtrent de toekenning van een, al dan niet, integrale morele schadeloosstelling lijkt het de voorkeur te hebben om aan te nemen dat ouders van een gehandicapt kind steeds zware morele schade lijden. Ook bepaalde rechtspraak gaat hier van uit.²³⁶

86. Verlies van een kans

Net zoals bij de *wrongful life*-vordering, kan ook de verlies van een kans-leer ook bij *wrongful birth*-vordering relevant zijn. In Frankrijk oordeelde het Hof van Cassatie reeds in het befaamde arrest van november 2000 dat een moeder een schadevergoeding dient te krijgen voor het geboren worden van een gehandicapt kind waarvoor zij enorm veel bijkomende kosten moet doen. Het Hof oordeelde dat de moeder, door de fout van de artsen, niet

²²⁹ A.L.M. KEIRSE, *Schadebeperkingsplicht: Over eigen schuld aan de omvang van de schade in Recht en Praktijk* 27, Deventer, Kluwer, 2003, 78-79.

²³⁰ HR 21 februari 1991, *RvdW* 1997; HR 16 april 2010, 09/00417, www.rechtspraak.nl; Zie hierover B. VAN ROERMUND, "De rekening van het kind: aansprakelijkheid voor 'wrongful birth'", *RW* 1996-97, 1315-1316.

²³¹ Cass. (Fr.) 19 juni 2003, 00-22.302, www.courdecassation.fr; Zie hierover P. JOURDAIN, "La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage", *RTD Civ.* 2003, 716-719; D. MAZEAUD, "La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage", *D.* 2004, 1346-1347.

²³² T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1396.

²³³ D. SIMOENS en R. DILLEMANS, *Schade en schadeloosstelling: Buitencontractuele aansprakelijkheid, II*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 92.

²³⁴ T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1396.

²³⁵ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 550.

²³⁶ Brussel 21 september 2010, *T. Gez.* 2011-12, 183, noot M. DILLEN en F. DEWALLENS.

heeft kunnen overgaan tot abortus en dat zij derhalve hierdoor een kans op abortus heeft verloren.²³⁷ Ook in België oordeelde het Hof van Beroep te Gent op dezelfde manier.²³⁸ De ouders hadden de kans verloren om een abortus uit te laten voeren binnen de door de wet voorgeschreven termijn.

4.3 Prenatal injury-vordering

87. Weinig tegenkanting Zoals hiervoor reeds werd gesteld, zullen *prenatal injury*-vorderingen op weinig tegenkanting stuiten aangezien de arts of geneeskundige effectief een fout begaan heeft. Wanneer dit kan worden aangetoond, zal het in principe ook geen onoverkomelijke zaak zijn om hard te maken dat de schade, *i.e.* de handicap of ernstige afwijking en alle andere kosten en lasten die hiermee gepaard gaan, door deze fout ontstaan is.²³⁹

²³⁷ Cass. (Fr.) 17 november 2000; K. SWERTS, "Franse wetgever mengt zich in debat rond arrest-Perruche", *Juristenkrant* 2002, 12-13.

²³⁸ Gent 3 november 2011, *RW* 2012-13, 1308-1314.

²³⁹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 547.

IV. Oorzakelijk verband

88. Begrip De laatste toepassingsvoorwaarde om te kunnen spreken van een onrechtmatige daad in de zin van art. 1382-1383 BW, is het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade. Dit betekent dat de schade uit de fout moet zijn voortgevloeid of dat men moet hebben bijgedragen of zijn aandeel moet hebben gehad aan de schade die door het slachtoffer werd geleden.²⁴⁰ Men moet hierbij een onderscheid maken tussen de feitelijke causaliteit en de juridische causaliteit.

1. Feitelijke causaliteit

89. Noodzakelijke voorwaarde De feitelijke causaliteit betreft het vaststellen van de feitelijke oorzaken van de onrechtmatige daad. Het draait steeds om de vraag welke gebeurtenissen hebben bijgedragen tot het schadegeval zoals het zich heeft voorgedaan.²⁴¹ Het Hof van Cassatie oordeelde in meerdere arresten dat het oorzakelijk verband vaststaat *wanneer zonder de fout van de dader de schade niet zou zijn ingetreden zoals ze zich in concreto heeft voorgedaan*.²⁴² De gebeurtenis moet dus een *conditio sine qua non* zijn voor de schade zoals deze zich heeft voorgedaan. Dit betekent dat enkel de gebeurtenissen die hebben bijgedragen tot, en derhalve causaal relevant zijn voor, de schade zoals deze zich *in concreto* heeft gemanifesteerd. Indien blijkt dat de schade zich ook zou hebben voorgedaan zonder de fout van de vermeende dader, dan zal deze persoon niet buitencontractueel aansprakelijk kunnen worden gesteld op basis van art. 1382-1383 BW. Dit wegens het gebrek aan een causaal verband tussen de fout van de dader en de schade die het slachtoffer geleden heeft en omdat de fout van de dader een noodzakelijke voorwaarde voor de schade moet uitmaken.²⁴³ In het Nederlandse recht wordt het causaal verband, dat tussen de fout en de schade moet bestaan, ook onderworpen aan de *conditio sine qua non*-test. De fout moet dus een *conditio sine qua non*, een noodzakelijke voorwaarde, geweest zijn voor de schade; de schade zou zich niet zo hebben voorgedaan zonder de fout van de dader.²⁴⁴ Net zoals in het Belgische en Nederlandse aansprakelijkheidsrecht moet in de PETL ook de *conditio sine qua non*-test worden uitgevoerd.²⁴⁵ De schade moet een noodzakelijke voorwaarde uitmaken voor de schade. De schade zou zich, met andere woorden, niet hebben voorgedaan zoals ze zich *in concreto* heeft voorgedaan zonder dat de dader een fout zou hebben gesteld.

²⁴⁰ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 103-104 ; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 763.

²⁴¹ J-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, 51.

²⁴² Cass. 1 april 2004, *RW* 2004-05, 107 ; Cass. 12 oktober 2005, *RW* 2008-09, 1 ; B. WEYTS, "De verdeelsleutel bij een samenloop van aansprakelijkheden : zijn alle knopen doorgehakt ?" (noot onder Cass. 4 februari 2008), *RW* 2009-10, 1561.

²⁴³ H. BOCKEN, "Toerekenen van aansprakelijkheid op grond van de equivalentie" in B. TILLEMEN en I. CLAEYS (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid in Recht en onderneming 11*, Brugge, Die Keure, 2004, (215) 215 en 218-219; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 73-74 ; J-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, 51; M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid. Een methodologische en postief-rechtelijke analyse*, Brussel, Elsevier-Sequoia, 1972, 17-18; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade in Recht en Praktijk 47*, Mechelen, Kluwer, 2007, 9-11.

²⁴⁴ Art. 6:98 NBW 1 januari 1992; Parket HR 17 september 2010, 09/00742; A.J. VERHEIJ, *Onrechtmatige daad in Monografieën privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 27-28.

²⁴⁵ Art. 3 :101 PETL.

2. Juridische causaliteit

90. Effectieve toerekening Wanneer blijkt dat de schade zich inderdaad niet zou hebben voorgedaan zonder de fout van de dader en er dus sprake is van een noodzakelijke voorwaarde, zal er in beginsel sprake zijn van een oorzakelijk verband in de zin van art. 1382-1383 BW. Men zal echter nog moeten beoordelen welke antecedenten ook effectief aan de dader zullen worden toegerekend, *i.e.* de juridische causaliteit.²⁴⁶

91. Equivalent Om dit te toetsen wordt in België de equivalentietheorie gehanteerd. De *conditio sine qua non*-test bepaalt welke oorzaken een noodzakelijke voorwaarde zijn voor de schade zoals deze zich heeft voorgedaan. De equivalentietheorie bepaalt dan dat iedere oorzaak die noodzakelijk is geweest voor de schade, *in concreto*, zal worden toegerekend aan de dader. Dit betekent ook dat iedere fout equivalent of gelijkwaardig zal worden behandeld; de zwaarte van de fout zal geen rol spelen in de toerekening. Door het feit dat iedere oorzaak van de schade, hoe klein of groot ook, zal worden toegerekend aan de dader, maakt deze theorie zeer slachtoffervriendelijk, aangezien zij in dergelijke gevallen steeds tot een integrale schadeloosstelling gerechtigd zal zijn. De dader zal in dit geval steeds aansprakelijk kunnen worden gesteld op basis van art. 1382-1383 BW.²⁴⁷ Net om deze reden lijkt de equivalentietheorie wat voorbijgestreefd. Slachtoffers zullen, wanneer ze het oorzakelijk verband zoals hierboven werd uiteengezet kunnen bewijzen, steeds als zegevierder uit een dergelijke aansprakelijkheidsvordering komen. Iedere dader, van eender welke fout (hoe klein of hoe zwaar ook), zal aansprakelijk kunnen worden gesteld. Deze causale ketting zal enkel kunnen worden doorbroken door een causaliteitsverbrekende factor, zoals bijvoorbeeld een eigen fout van het slachtoffer.²⁴⁸ Om de juridische causaliteit te bepalen wordt in Nederland echter niet geopteerd voor de equivalentietheorie, maar wel voor de relativiteitstheorie die vervat zit in art. 6:163 NBW. Dit betekent dat men altijd eerst zal moeten beoordelen of de geschonden norm hierin bestaat de belangen van de benadeelde te beschermen. Is het antwoord op deze vraag bevestigend en is voldaan aan alle andere voorwaarden voor een kwalificatie als onrechtmatige daad, dan pas kan men ook effectief spreken van een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 NBW. Dit betekent dat een dader van een onrechtmatige daad pas effectief aansprakelijk zal worden gesteld wanneer het slachtoffer kan bewijzen dat zijn belangen door een bepaalde norm worden beschermd en dat

²⁴⁶ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 79-80 ; J-L. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, 51; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 227-228; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade in Recht en Praktijk 47*, Mechelen, Kluwer, 2007, 14.

²⁴⁷ Cass. 15 maart 1985, AR 4482, www.cass.be; Cass. 20 december 1996; AR C950006N, www.cass.be; Gent 18 september 2013, *NJW* 2014, 411, noot S. GUILIAMS; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 78-80 ; R. DE CORTE, "Ommezwaai in causaliteit bij onrechtmatige daad", *Juristenkrant*, afl. 26, 27 maart 2001, 1 en 3 ; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 227-228 ; M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid. Een methodologische en postief-rechtelijke analyse*, Brussel, Elsevier-Sequoia, 1972, 198-201; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade in Recht en Praktijk 47*, Mechelen, Kluwer, 2007, 14-15.

²⁴⁸ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 110-111 ; M. VAN QUICKENBORNE, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid. Een methodologische en postief-rechtelijke analyse*, Brussel, Elsevier-Sequoia, 1972, 201-202.

zijn belangen gekrenkt werden door een schending van voornoemde norm.²⁴⁹ De vereiste van een causaal verband hangt in feite samen met de relativiteitsvereiste, aangezien een persoon maar aansprakelijk is voor schade wanneer een norm wordt geschonden en de benadeelde zich kan baseren op deze norm voor zijn belangenkrenking. Art. 6:98 NBW bepaalt immers dat: “*Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.*”²⁵⁰ In het Franse recht zal men, om de juridische causaliteit tussen fout en schade te bepalen, de noodzakelijkheid en rechtstreeksheid van het oorzakelijk verband gaan onderzoeken. Deze theorie betekent dat enkel de rechtstreekse en onmiddellijke gevolgen van de fout aan de aansprakelijke voor de onrechtmatige daad zullen kunnen worden toegerekend.²⁵¹ Op Europees vlak voorziet de PETL in enkele factoren waarmee moet worden gerekend wanneer men de schade zou toerekenen aan de dader. Dit komt, in feite, overeen met de juridische causaliteit zoals die in het Belgische recht gekend is. Het gaat hier over de vraag of men de fout ook effectief wil toerekenen aan de dader en in welke mate dit zal gebeuren. Men zal hierbij onder andere rekening moeten houden met de voorzienbaarheid van de schade, het doel van de geschonden norm etc.²⁵² Naast de PETL voorziet ook de DCFR in de vereiste van een oorzakelijk verband. Dit werd opgenomen in art. VI.-4:101 DCFR: “*a person who causes legally relevant damage to another if the damage is to be regarded as a consequence (a) that person’s conduct; or (b) a source of danger for which that person is responsible.*” Zoals hierboven reeds werd gesteld zal enkel de rechtens relevante schade vergoed dienen te worden. Dit brengt met zich mee dat niet iedere noodzakelijke voorwaarde voor de schade ook effectief zal vergoed dienen te worden en dat men derhalve niet de equivalentietheorie, maar wel de relativiteitsleer of de normbestemmingsleer zal moeten toepassen op schade in de DCFR.²⁵³

²⁴⁹ HR 20 maart 1970, NJ 1970, 251; A.S. HARTKAMP, *Verbintenissenrecht Deel III De verbintenis uit de wet in C. ASSER’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, 97; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 41; E.-J. ZIPPRO, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht in Recht en Praktijk 174*, Deventer, Kluwer, 2009, 361.

²⁵⁰ Parket HR 17 september 2010, 09/00742; Art. 6:98 NBW 1 januari 1992; A.J. VERHEIJ, *Onrechtmatige daad in Monografieën privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 27-28.

²⁵¹ I. BOONE, , “Recente ontwikkelingen inzake causaliteit” in Vlaamse conferentie der balie van Gent (eds.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, (51) 53; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade in Recht en Praktijk 47*, Mechelen, Kluwer, 2007, 24-29.

²⁵² Art. 3 :201 PETL.

²⁵³ L. CORNELIS, “Onrechtmatige daden in de Codex Faliekante Redelijkheid (DCFR)” in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (1) 53-57; R. SCHULZE, “Non-contractual liability arising out of damage caused to another in the DCFR” in V. SAGAERT, M.E. STORME en E. TERRYEN (eds.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2012, (221) 227.

3. Het oorzakelijk verband in de context van aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven

3.1 *Wrongful life*-vordering

92. Geen twijfel mogelijk? Zoals hierboven reeds werd gesteld worden alle fouten, die een noodzakelijke voorwaarde zijn voor de schade zoals deze zich heeft voorgedaan, zonder onderscheid gerekend als oorzaak van de schade. Hiernaast dienen, zoals ook eerder reeds werd gesteld, alle oorzaken als gelijkwaardig worden beschouwd. Ze zijn met andere woorden equivalent.²⁵⁴ In het licht van de *wrongful life*-vordering is het van cruciaal belang om te wijzen op de zekerheidsvoorwaarde die wordt gesteld aan het oorzakelijk verband. Deze zekerheid wordt gedefinieerd als: “een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid, zodat de rechter niet meer ernstig aan het tegendeel hoeft te denken [...]”²⁵⁵ Het oorzakelijk verband mag met andere woorden niet twijfelachtig zijn. Er bestaat rechtsleer die er van uitgaat dat het causaal verband tussen de fout van de arts en de schade die zich heeft voorgedaan duidelijk vaststaat. Zo bewerkstelligt men dat wanneer een arts een fout maakt waardoor een kind dient te leven met een handicap, deze fout steeds in oorzakelijk verband staat met de schade.²⁵⁶ Ook in dé bekende Nederlandse *wrongful life*-zaak aanvaardde de Hoge Raad deze stelling. De Hoge Raad beargumenteert dat het geboren worden van Kelly inderdaad geen schade is en dat de geneeskundigen ook geen fout hebben gemaakt waardoor het kind gehandicapt ter wereld is gekomen. Dit betekent, volgens de Hoge Raad, echter nog niet dat de geneeskundige geen fout heeft gemaakt door geen correcte prenatale diagnose te stellen.²⁵⁷ De meerderheid van de rechtsleer is echter de mening toegedaan dat een causaal verband tussen fout en schade bij een *wrongful life*-vordering moeilijk te bewijzen zal zijn. Ten eerste dient te worden vastgesteld dat de handicap of afwijking waaraan het kind lijdt, aangeboren is. De fout van de geneeskundige of arts ligt derhalve niet in het veroorzaken van de handicap. Naar alle waarschijnlijkheid zou het kind nooit het daglicht te zien hebben gekregen zonder de fout van de arts, maar ook deze insinuering zal opnieuw leiden tot de onomkomelijke vergelijking tussen het leven en het leven van het kind.²⁵⁸ In tegenstelling tot hetgeen aanvaard werd in de zaak PERRUCHE, werd in Frankrijk al meerdere keren de opvatting gevolgd die ook de meerderheid van de Belgische rechtsgeleerden is

²⁵⁴ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* in *APR*, Antwerpen, Maklu, 1992, 400.

²⁵⁵ A. HUYGENS, “Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan”, *T. Gez.* 2012, 220; R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, “La naissance handicapée par suite d’une erreur de diagnostic : un préjudice réparable? La perte d’une chance de ne pas naître?” (noot onder Rb. Brussel 21 april 2004), *TBBR* 2006, 123.

²⁵⁶ J.M. PIRET, “Wrongful life’ en de zaak Rukiyé”, *NJW* 2011, nr. 243, 361.

²⁵⁷ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, www.rechtspraak.nl.

²⁵⁸ M.A.J.M. BUIJSEN, “Wrongful life-vordering gehonoreerd”, *Medisch contact* 2005, 947; E. DE KEZEL, “Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken”, *NJW* 2004, nr. 70, 549; B. EDELMAN, “L’arrêt Perruche: une liberté pour la mort?”, *D.* 2002, 2349-2350; A. HUYGENS, “Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan”, *T. Gez.* 2012, 220; I. SAMOY, “Cassatie verwerpt vraag om schadevergoeding voor geboorte”, *Juristenkrant*, afl. 299, 3 december 2014, 1; T. VANSWEEVELT, “Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg” in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1409.

toegedaan.²⁵⁹ Ten tweede werd in het verleden reeds het argument aanvaard waarin de arts stelt dat het oorzakelijk verband niet vaststaat, aangezien niet met zekerheid kan worden gesteld dat de ouders sowieso voor een zwangerschapsafbreking zouden hebben gekozen wanneer de arts niet onzorgvuldig zou hebben gehandeld.²⁶⁰ In de hypothese dat de ouders kennis hadden gekregen over de toestand van hun ongeboren kind en er toch voor gekozen zouden hebben om het kind geboren te laten worden, zou de arts derhalve geen fout hebben gemaakt terwijl men in *wrongful life*-vorderingen net het tegendeel wenst te bewijzen. Ook in dit geval zal het causaal verband niet met zekerheid kunnen worden vastgesteld.

93. Geen rechtmatig belang op schadeloosstelling Losstaand van beide bovenstaande argumenten dient nog eens te worden gewezen op wat hiervoor reeds werd gesteld met betrekking tot de schadevereiste. Men kan immers concluderen dat het de voorkeur verdient om zich aan te sluiten bij de opvatting van de meerderheid van de rechtsleer²⁶¹, bij de opvatting van de indieners van een recent wetsvoorstel²⁶² en bij de recente uitspraak van het Hof van Cassatie²⁶³ dat een kind dat met een aangeboren handicap of afwijking ter wereld komt, geen rechtmatig belang op schadevergoeding kan laten gelden. Dit betekent dat men niet zal kunnen spreken van 'schade' in de zin van art. 1382 BW, waardoor er derhalve ook geen oorzakelijk verband zal kunnen bestaan tussen de fout en de schade. Men zal bijgevolg geen schadevergoeding kunnen eisen, aangezien niet aan alle voorwaarden die in art. 1382 BW gesteld worden, voldaan is.

3.2 *Wrongful birth*-vordering

94. Causaliteitsverbrekende factor? Overeenkomstig art. 203 BW hebben de ouders een wettelijke onderhoudsplicht ten aanzien van hun kind. Deze plicht is van openbare orde.²⁶⁴ Vroeger nam men aan dat deze plicht die op de ouders rust een causaliteitsverbrekende factor zou zijn, hetgeen betekent dat tussen de fout van de arts en de schade geen oorzakelijk verband meer zou bestaan.²⁶⁵ Tegenwoordig wordt door de rechtspraak echter net het tegenovergestelde aanvaard. Het Hof van Cassatie aanvaardt immers dat de fout van de arts een noodzakelijke voorwaarde voor de schade was.²⁶⁶ VANSWEEVELT stelt dat wanneer men zou aannemen dat het oorzakelijk verband doorbroken wordt door de wettelijke plicht van de ouders uit art. 203 BW, dit strijdig zou zijn met de equivalentietheorie aangezien het kind niet zou hebben bestaan zonder de fout van de arts en

²⁵⁹ P. ABERKANE, *La réparation de dommage médical et sa jurisprudence*, Brussel, De Boeck, 2013; E. DIRIX, "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. Fr. 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 209.

²⁶⁰ A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan", *T. Gez.* 2012, 220.

²⁶¹ A. HUYGENS, "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan", *T. Gez.* 2012, 226; K. SWERTS, "Franse wetgever mengt zich in debat rond arrest-Perruche", *Juristenkrant* 2002, 12-13.

²⁶² Wetsvoorstel (D. BACQUELAINE *et al.*) tot invoeging in het BW van een art. 1383bis waarin wordt gepreciseerd dat iemands geboorte op zich niet als schade kan worden aangemerkt, *Parl. St.* Kamer 2014 (BZ), nr. 51 0047/001.

²⁶³ Cass. 14 november 2014, AR C.13.0441.N, www.cass.be.

²⁶⁴ G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 565.

²⁶⁵ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 115.

²⁶⁶ Cass. 19 februari 2001, C.99.0228.N, www.cass.be; Cass. 19 februari 2001, *RW* 2001-2002, 238; R. MARCHETTI, "La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation en matière de lien de causalité : la fin de la rupture du lien de causal par une cause juridique propre?", *TBBR* 2005, 202.

de ouders dus nooit deze plicht zouden hebben gehad.²⁶⁷ Het Hof van Cassatie stelde dat de schade enkel niet vergoed kan worden wanneer de prestatie definitief voor rekening moet blijven van diegene die zich heeft verbonden of die ze op grond van de wet of een contract moet verrichten.²⁶⁸ De wettelijke plicht uit art. 203 BW belet, met andere woorden, niet dat er schade kan ontstaan in de zin van art. 1382 BW waardoor een doorbreking van de causale band hier niet aan de orde is en men kan aantonen dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de fout en de schade in het licht van de *wrongful life*-vorderingen.

3.3 Prenatal injury-vordering

95. Weinig tegenkanting Wat de *prenatal injury*-vorderingen betreft, kan men in principe beknopt blijven. Deze vordering bestaat erin een arts aansprakelijk te stellen voor de handicap of afwijking die hij veroorzaakt heeft bij een ongeboren kind door zijn eigen handelen of nalaten.²⁶⁹ Aangezien de schade, *i.e.* de handicap of afwijking, voortvloeit uit de onrechtmatigheid die de arts begaan heeft, kan men stellen dat deze fout een *conditio sine qua non* voor de schade uitmaakt en dat de schade bijgevolg in oorzakelijk verband staat met de fout.

²⁶⁷ T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1395-1396.

²⁶⁸ Cass. 19 februari 2001, *Arr. Cass.* 2001, 318; G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 565; T. VANSWEEVELT, "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht, I*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1255) 1395-1396.

²⁶⁹ E. DE KEZEL, "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 547.

Besluit

96. Door middel van enkele spraakmakende arresten omtrent de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven als voorbeeld te gebruiken, werd de toon van deze masterscriptie onmiddellijk gezet. Meteen werd duidelijk dat inzake deze aansprakelijkheid helemaal niet zoveel eensgezindheid bestaat en dat zowel in Frankrijk, Nederland als in België, de rechtspraak hieromtrent zeer divers is. Zoals blijkt uit Deel I, is er een grote verscheidenheid aan mogelijke actoren die spelen in deze problematiek. Uitmaken welke de slachtoffers zijn, leverde weinig problemen op aangezien vrijwel vaststaat dat enkel het kind zelf en de ouders een potentiële kans op slagen hebben om een aansprakelijkheidsvordering in te stellen. Op het vlak van de mogelijke aansprakelijken bestaat er meer diversiteit. Verschillende actoren kunnen hier een rol in gaan spelen. Zo kunnen zowel de arts, het ziekenhuis, in sommige gevallen de ouders, de overheid en verscheidenen derden als mogelijke daders worden aangeduid. Deel I zorgde derhalve voor weinig problemen inzake de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven. De grootste problemen deden zich pas voor wanneer de voorwaarden voor aansprakelijkheid onderzocht werden in delen II, III en IV.

97. Wanneer men onderzoekt welke personen een fout hebben begaan in het licht van de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven, dient te worden vastgesteld dat meerdere actoren hierin een rol kunnen spelen. Daarnaast dient ook te worden opgemerkt dat de fout zich op uiteenlopende vlakken kan voordoen. Zo blijkt uit Deel II dat een arts een fout kan maken ten aanzien van zijn informatieplicht, maar dat hij hiernaast ook een fout kan maken met betrekking tot prenatale testen of dat hij gebrekkige producten gebruikt. De meeste problemen doen zich, op het vlak van de fout voor, met betrekking tot een *wrongful life*-vordering die door een kind wordt ingesteld tegen de ouders. Hier zou men moeten proberen hard te maken dat het laten geboren worden van een gehandicapt kind als fout dient te worden bestempeld. Zoals blijkt uit het onderzoek hieromtrent druist dit enerzijds in tegen de basisregels van het aansprakelijkheidsrecht, maar anderzijds brengt dit ook op ethisch vlak veel problemen met zich mee.

98. Op het vlak van de schade deden zich ook grote problemen voor inzake de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven. Men moet een rechtmatig belang op schadevergoeding hebben en de schade moet zeker en persoonlijk zijn. Met betrekking tot het aanvaarden van de *wrongful life*-vordering kan gesteld worden dat dit zou indruisen tegen één van de belangrijkste basisregels uit ons Belgisch aansprakelijkheidsrecht. De fout volgt immers niet uit de schade, aangezien de schade reeds bestond vooraleer de fout begaan werd. Hiernaast dient ook te worden betwist dat er een rechtmatig belang zou zijn op schadevergoeding, aangezien men dan zou moeten aannemen dat het kind een vergelijking dient te maken tussen zijn of haar leven met een handicap en zijn of haar niet-bestaan. Om zulke vergelijkingen tegen te gaan werd dan ook een wetsvoorstel ingediend door, onder meer, BACQUELAINE. Ook in Frankrijk worden zulke vorderingen afgekeurd en werd reeds een wet ingevoerd waardoor de *wrongful life*-vordering een halt werd toegeroepen. Met betrekking tot de *wrongful birth*- en *prenatal injury*-vordering bestaan er minder grote problemen op het vlak van de schade. Zoals hiervoor reeds werd gesteld, worden

deze vorderingen vandaag de dag beter onthaald door de rechtspraak en rechtsleer dan de *wrongful life*-vorderingen.

99. Op het vlak van het oorzaak verband bestaat nog grote onenigheid tussen zowel rechtspraak, als rechtsleer inzake de *wrongful life*-vordering. In Nederland nam men met de uitspraak in de zaak van baby Kelly aan dat het oorzakelijk verband tussen de fout van de arts en de schade die door baby Kelly geleden werd, duidelijk vaststaat en derhalve zeker is. In België en Frankrijk is de meerderheidsopvatting echter dat het oorzakelijk verband helemaal niet vaststaat of zeker is. Daarnaast dient er ook op te worden gewezen dat wanneer aan de schadevereiste niet voldaan is, ook het oorzakelijk verband niet kan bestaan tussen fout en schade. Net zoals dit het geval was voor de schadevereiste, zal het oorzakelijk verband voor weinig problemen zorgen wanneer men het heeft over de *wrongful birth*- en *prenatal injury*-vorderingen.

100. Het onderzoek inzake de aansprakelijkheid ten opzichte van ongeboren leven wijst erop dat er in onze huidige maatschappij nog steeds grote onenigheid bestaat over dit onderwerp in België. In Nederland worden dergelijke vorderingen wel aanvaard, door het arrest in de zaak baby Kelly van de Hoge Raad. In Frankrijk, daarentegen, heeft men een grens getrokken door de wet van 2002 waarin verboden wordt dat het louter geboren worden als schade wordt aanzien. Het lijkt derhalve aangewezen om uit dit onderzoek te concluderen dat het wetsvoorstel van oktober 2014 dient te worden goedgekeurd en dat ook in België een wet tot stand komt zoals deze in Frankrijk bestaat. Wanneer dergelijke vorderingen toch zouden worden toegelaten, zou dit voor gevaarlijke precedentes kunnen zorgen. Zoals het oude spreekwoord immers zegt: "*Voorkomen is beter dan genezen.*"

Bibliografie

Wetgeving

België

Wet 25 maart 1964 betreffende de geneesmiddelen, *BS* 17 april 1964.

Wet 25 maart 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *BS* 22 maart 1991.

Wet 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, *BS* 26 september 2002.

Wet 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's in vitro, *BS* 28 mei 2003.

Wet 15 mei 2007 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, *BS* 6 juli 2007.

KB nr. 78 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidsberoepen.

Wetsvoorstel (D. BACQUELAINE) tot invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een art. 1383bis waarin wordt gepreciseerd dat iemands geboorte op zich niet als schade kan worden aangemerkt, *Parl. St. Kamer* 2003 (BZ), nr. 51 0090/001.

Wetsvoorstel (J. MILQUET) tot invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een art. 1383bis, *Parl. St. Kamer* 2003 (BZ), nr. 54 0389/001.

Wetsvoorstel (D. BACQUELAINE *et al.*) tot invoeging in het Burgerlijk Wetboek van een art. 1383bis waarin wordt gepreciseerd dat iemands geboorte op zich niet als schade kan worden aangemerkt, *Parl. St. Kamer* 2014 (BZ), nr. 51 0047/001.

Europa

Richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik.

Principles of European Tort Law.

Draft Common Frame of Reference.

Frankrijk

Code du 7 octobre 1954 de la santé publique.

Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

Nederland

Geneesmiddelenwet 1 juli 2007.

Rechtspraak

België

Hof van Cassatie

Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193, noot PANIER, C.

Cass. 12 november 1951, *Pas.* 1952, I, 128.

Cass. 4 maart 1968, AR N-19680304-6, www.cass.be, *Arr.Cass.* 1988-89, 12, *Bull.* 1989, 8, *Pas.* 1989, I, 8 en *Verkeersrecht* 1989, 74.

Cass. 30 mei 1969, AR N-19690530-3, www.cass.be.

Cass. 4 juni 1971, *Arr.Cass.* 1971, 989.

Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395, *JT* 1974, 443, *Pas.* 1974, I, 376 en *RW* 1973-74, 1597, noot HERBOTS, J.

Cass. 4 maart 1975, AR F.1970304.4, www.cass.be, *Arr. Cass.* 1975, 753, *Pas.* 1975, I, 682 en *RGAR* 1976, nr. 9651.

Cass. 19 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 585, *Bull.* 1984, 548, *Pas.* 1984, I, 548 en *RGAR* 1986, nr. 11.084, noot VANSWEEVELT, T.

Cass. 15 maart 1985, AR 4482, www.cass.be, *Arr.Cass.* 1984, 972, *Bull.* 1985, 878, *JT* 1986, 8, *Pas.* 1985, I, 878 en *RW* 1984-85, 2617, noot VAN QUICKENBORNE, M.

Cass. 21 maart 1986, AR 4644, www.cass.be, *Arr.Cass.* 1985-86, 1004, *Bull.* 1986, 911 en *Pas.* 1986, I, 911.

Cass. 26 oktober 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 244, *Bull.* 1991, 216, *Pas.* 1991, I, 216, en *RCJB* 1992, 497, noot DALCQ, R.

Cass. 28 juni 1991, AR 7186, www.cass.be, *Arr.Cass.* 1990, 1069, *Bull.* 1991, I, 938, *Iuvis* 1993, afl. 2, *JT* 1992, 32, noot, *Pas.* 1991, I, 938, *RW* 1991-92, 776, noot en *Verkeersrecht* 1992, 81.

Cass. 3 oktober 1994, *RW* 1996-97, 1227, noot.

Cass. 20 december 1996, AR C.95.0006.N, www.cass.be, *Arr.Cass.* 1996, 1243, *Bull.* 1996, 1314, *Pas.* 1996, I, 1314, *R. Cass.* 1998, 181, noot DE TEMMERMAN, B., *RW* 1998-99 681 en *Verkeersrecht* 1997, 142.

Cass. 2 april 1998, AR C.94.0438.N, www.cass.be, *Arr.Cass.* 1998, 407, *Bull.* 1998, 431, *P&B* 1998, 129, *RW* 1998-99, 502, noot, *T.Not.* 2003, afl. 9, 460 en *TBBR* 1999, 251, noot SIMOENS, D..

Cass. 8 november 2002, AR C.00.0124.N, www.cass.be, *Arr.Cass.* 2002, afl. 11, 2417, *Pas.* 2002, afl. 11, 2136, *RABG* 2003, afl. 15, 851, noot LUST, S. en *RW* 2004-05, afl. 32, 1259.

Cass. 14 mei 2003, *RW* 2005-06, 743, *Arr.Cass.* 2003, afl. 5, 1163, concl. SPREUTELS, J., *JLMB* 2003, afl. 34, 1493, *NJW* 2003, afl. 47, 1155, noot DE VOS, M., *Pas.* 2003, afl. 5-6, 982, concl. SPREUTELS, J., *RCJB* 2004, afl. 2, 135, concl. SPREUTELS, J., noot KIRKPATRICK, J., *RGAR* 2003, afl. 8, nr. 13.767, concl. SPREUTELS, J., *T.Verz.* 2003, afl. 4, 818, noot GRAULUS, P. en *Verkeersrecht* 2003, afl. 5, 174.

Cass. 5 juni 2003, *Arr.Cass.* 2003, afl. 6-8, 1337, *JLMB* 2004, afl. 13, 543, noot PHILIPPE, D, *NJW* 2004, afl. 55, 14, *Pas.* 2003, afl. 5-6, 1125, *RW* 2006-07, 133 en *TBBR* 2005, afl. 2, 110, noot WEYTS, B.

Cass. 1 april 2004, *RW* 2004-05, 107, noot BOONE, I., *Arr.Cass.* 2004, afl. 4, 549, concl. WERQUIN, T., *Juristenkrant* 2005, afl. 102, 5, *J.dr.jeun.* 2004, afl. 239, 44, noot, *JT* 2005, afl. 6182, 357, noot ESTIENNE, N., *JLMB* 2006, afl. 25, 1076, *NJW* 2005, afl. 112, 628, noot LIERMAN, S., *Pas.* 2004, afl. 3, 527, concl. WERQUIN, T., *TBBR* 2005, afl. 6, 368, noot EYBEN, C en *T.Verz.* 2006, afl. 2, 235, concl. O.M.

Cass. 12 oktober 2005, *RW* 2008-09, 16.

Cass. 29 september 2006, AR C.03.0502.N, www.cass.be, *Arr.Cass.* 2006, afl. 9, 1863, *NJW* 2006, afl. 153, 946, noot BOONE, I., *Pas.* 2006, afl. 9-10, 1911, *RABG* 2007, afl. 19, 1256, *RW* 2006-07, afl. 42, noot VAN OEVELEN, A., *TBBR* 2008, afl. 9, 557 en *TBO* 2007, afl. 2, 66, noot VANHOVE, K.

Cass. 11 september 2008, *Pas.* 2008, 1916.

Cass. 25 maart 2010, AR C.09.0403.N, www.cass.be, *NJW* 2011, afl. 239, 227, noot BOONE, I., *Pas.* 2010, afl. 3, 1007 en *RGAR* 2011, afl. 4, nr. 14734.

Cass. 6 mei 2011, *RW* 2012-13, 558.

Cass. 14 november 2014, AR C.13.0441.N, www.cass.be, *Juristenkrant* 2014, afl. 299, 1 en *RW* 2014-15, 519.

Hoven van beroep

Antwerpen 4 oktober 1990, *RW* 1990-91, 713.

Antwerpen 20 oktober 1998, *TBBR* 2000-01, 62-63.

Bergen 22 juni 1999, *T. Gez.* 2001-2002, 105.

Brussel 21 september 2010, *RGAR* 2010, 14675, noot ESTIENNE, N., *T. Gez.* 2011-12, 183, noot DILLEN, M. en DEWALLENS, F.

Gent 8 maart 1994, *RW* 1996-97, 93-94.

Gent 9 mei 2005, *NJW* 2006, 325, noot BREWAEYS, E.

Gent 3 november 2011, *J.dr.jeun.* 2013, afl. 324, 44, *RGAR* 2013, afl. 2, nr. 14943, noot DE CALLATAY, D., *Rev.trim.dr.fam.* 2013 (samenvatting DANDOY, N., FONTEYN, J., VAN HECHÉ, A.), afl. 3, 817, *RW* 2012-13, afl. 33, 1308 en *T.Gez.* 2011-12, afl. 3, 205, noot HUYGENS, A.

Gent 18 september 2013, *NJW* 2014, 410-411, noot GUILIAMS, S.

Rechtbanken van eerste aanleg

Rb. Gent 16 mei 2002, *RW* 2002-03, 1110-1111.

Rb. Brussel 10 februari 2005, *JLMB* 2006, 1193 en *T.Gez.* 2007-08, 284, noot LEMMENS, C.

Vrederegerechten

Vred. Roeselare 15 november 2001, *T. Vred.* 2002, 395-397 en *RW* 2001-02, 1184.

Europa

Europees Hof van Justitie

HvJ 15 november 2007, C-319/05.

HvJ 30 november 1983, 227/82.

Frankrijk

Hof van Cassatie

Cass. (Fr.) 20 mei 1936, *D* 1938, I, 88.

Cass. (Fr.) 8 oktober 1968, *D*. 1969, 157, noot MAZEAUD, J.

Cass. (Fr.) 26 maart 1996, 94-14.158, www.courdecassation.fr.

Cass. (Fr.) 17 november 2000, 99-13.701, www.courdecassation.fr.

Cass. (Fr.) 28 november 2001, *JT* 2001, 896.

Cass. (Fr.) 19 juni 2003, 00-22.302, www.courdecassation.fr.

Cass. (Fr.) 9 november 2004, *JCP* 2005, II, 10020.

Nederland

Hoge Raad der Nederlanden

HR 6 april 1883, *W* 4901.

HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, 161.

HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174, met noot SCHOLTEN, G..

HR 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251.

HR 9 november 1990, *NJ* 2004, 307.

HR 21 februari 1991, *RvdW* 1997.

HR 9 december 1994, *NJ* 1996, 403.

HR 24 oktober 1997, LJN ZC2467, www.rechtspraak.nl.

HR 18 maart 2005, C03/206HR, www.rechtspraak.nl, *RvdW* 2005, 42, *VR* 2005, 47, *JA* 2005/34 met annotatie door F.M. Ruitenbeek-Bart, *NJ* 2006, 606 met annotatie door J.B.M. Vranken en *RV* 2014/149 met annotatie door Redactie van Rechtspraak Vermogensrecht.

HR 16 april 2010, C09/00417, www.rechtspraak.nl, *RvdW* 2010, 539, *NJB* 2010, 865, *JA* 2010/87, *JBPR* 2010/45 met annotatie door mr. H.W. Wiersma, *TGMA* 2010/17 met annotatie door mr. dr. E.H. Hulst, *GJ* 2010/64 en *NJ* 2010, 229.

Parket HR 18 maart 2005, nr. C03/206HR, conclusie A.S. HARTKAMP 5 november 2004, www.rechtspraak.nl.

Parket HR 17 september 2010, 09/00742, www.rechtspraak.nl.

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 7 januari 1988, *TvGR* 1989/99.

Hof `s-Gravenhage 26 maart 2003, C00/564, www.rechtspraak.nl.

Rechtbanken

Rechtbank Breda 28 november 2007, *NJ* 2008, 21.

Rechtsleer

België

Boeken en bijdragen in boeken

ABERKANE, P., *La réparation de dommage médical et sa jurisprudence*, Brussel, De Boeck, 2013, 374p.

BALTHAZAR, T., "De potentiële impact van de patiëntenrechtenwet op procedures inzake aansprakelijkheid van artsen en ziekenhuizen" in VLAAMSE CONFERENTIE DER BALIE VAN GENT (ed.), *Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2004, (25) 25-50.

BILLIET, J., *Overeenkomstenrecht 1999-2000*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 563p.

BOCKEN, H., "Toerekenen van aansprakelijkheid op grond van de equivalentieleer" in TILLEMANS, B. en CLAEYS, I. (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid in Recht en onderneming 11*, Brugge, Die Keure, 2004, (215) 215-246.

BOCKEN, H. en BOONE, I., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, Die Keure, 2011, 284p.
CALLENS, S., VERMOTE, A. en MARTENS, L., "De patiënt in de gezondheidszorg en medische aansprakelijkheid" in CALLENS, S. en PEERS, J. (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (559) 559-636.

CALLENS, S., GOOSSENS, M. en MARTENS, L., "Geneesmiddelen, medische hulpmiddelen en andere gezondheidsproducten" in CALLENS, S. en PEERS, J. (eds.), *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (443) 443-558.

CLAEYS, I., "Fout, overmacht en rechtvaardigingsgronden. Zoveel hoofden..." in TILLEMANS, B. en CLAEYS, I. (eds.), *Buitencontractuele aansprakelijkheid in Recht en onderneming 11*, Brugge, Die Keure, 2004, (3) 3-42.

CORNELIS, L., "Aansprakelijkheidsrecht vanuit Europees perspectief: de ergernis voorbij, de wanhoop nabij?" in VLAAMSE CONFERENTIE BIJ DE BALIE TE ANTWERPEN (ed.), *Actueel aansprakelijkheidsrecht Permanente Vorming 2011-2012*, Gent, Larcier, 2012, (1) 1-37.

DALCQ, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, Brussel, Larcier, 1967, 740p.

DE CORTE, R. m.m.v. DE GROOTE, B., *Overzicht van het burgerlijk recht (zesde editie)*, Mechelen, Kluwer, 2005, 747p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge, deuxième édition*, Brussel, Bruylant, 1948, 1107p.

DE TAVERNIER, P., *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 670p.

DIRIX, E., *Het begrip schade in Reeks Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maarten Kluwer, 1984, 150p.

DUBUISSON, B., CALLEWAERT, V., DE CONINCK, B. en GATHEM, G., *La responsabilité civile, Chronique de jurisprudence 1996-2007, volume 1 : le fait générateur et le lien causal*, Brussel, De Boeck, 2009, 1074p.

DURANT, I., "Le dommage réparable dans les deux ordres de responsabilité" in STIJNS, S. en WÉRY, P., *De raakvlakken tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, Die Keure 2010, (53) 53-96.

FAGNART, J-L., *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, 366p.

GENICOT, G., *Droit médical et biomédical*, Brussel, Larcier, 2010, 858p.

- LELEU, Y. en GENICOT, G., *Le droit médical: aspect juridique de la relation médecin-patient*, Brussel, De Boeck, 2001, 249p.
- MORBÉ, E., *De wet betreffende de rechten van de patiënt*, Heule, UGA, 2003, 236p.
- KESTEMONT, L. en SCHOUKENS, P., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco, 2012, 135p.
- NYS, H., *Geneeskunde - Recht en medisch handelen in APR*, Mechelen, Story-Scientia 2005, 714p.
- ROBERT, T., "De burgerrechtelijke procesbekwaamheid van de minderjarige" in Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten (ed.), *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (39) 39-73.
- RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling in Algemene praktische rechtsverzameling*, Gent, Story-Scientia, 1984, 411p.
- SENAEVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 671p.
- SIMOENS, D. en DILLEMANS, R., *Schade en schadeloosstelling: Buitencontractuele aansprakelijkheid, II*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 92p.
- STIJNS, S., *Verbintenissenrecht Boek 1bis*, Brugge, Die Keure, 2013, 152p.
- SWENNEN, F., *Personenrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 150p.
- VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2010, 719p.
- VAN OEVELEN, A., *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht in Reeks Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1987, 945p.
- VAN QUICKENBORNE, M., *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid. Een methodologische en postief-rechtelijke analyse*, Brussel, Elsevier-Sequoia, 1972, 564p.
- VAN QUICKENBORNE, M., *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade in Recht en Praktijk 47*, Mechelen, Kluwer, 2007, 160p.
- VANDENBERGHE, H., *Onrechtmatige daad - Actuele tendensen*, Antwerpen, Kluwer, 1979, 252p.
- VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis in APR*, Antwerpen, Maklu, 1992, 960p.
- VANSWEEVELT, T., *Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 2007, 490p.
- VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 935p.
- VANSWEEVELT, T., "Rechtsverhoudingen, aansprakelijkheid en schadevergoeding in de gezondheidszorg" in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek gezondheidsrecht Volume I in Reeks gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (1257) 1257-1666.
- VERLINDEN, J., "Twintig jaar productaansprakelijkheid. Een stand van zaken" in HET VLAAMS PLEITGENOOTSCHAP (ed.), *Aansprakelijkheidrecht actuele tendensen*, Gent, Larcier, 2005, (29) 29-66.
- VIJVERMAN, A. en DILLEN, M., "Geneesmiddelen" in VANSWEEVELT, T. en DEWALLENS, F. (eds.), *Handboek gezondheidsrecht Volume I in Reeks gezondheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (911) 911-969.
- WÉRY, P., *Droit des obligations Volume 1: Théorie général du contrat*, Brussel, De Boeck, 2011, 1044p.
- WEYTS, B., *De fout van het slachtoffer in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 565p.

WYNANT, L., "De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad" in STIJNS, S. en VANDENBERGHE, H. (eds.), *Verbintenissenrecht in Themis School voor postacademische juridische vorming*, Brugge, Die Keure, 2001, 80-81.

Bijdragen in tijdschriften

BALTHAZAR, T., "Frans Hof van Cassatie aanvaardt vordering van kind bij prenatale fout", *Juristenkrant* 2001, 12.

BALTHAZAR, T., "Schadevergoeding voor geboorte gehandicapt kind", *Juristenkrant*, 2003, nr. 69, 8.

BALTHAZAR, T., "Wrongful life, wrongful birth", *Juristenkrant*, 2010, 7.

BOONE, I., "Schadevergoeding voor onwettig aangeplante kerstbomen" (noot onder Cass. 6 juni 2008), *NJW* 2008, 927-928.

COLETTE-BASECQZ, N., "Een zaak 'Perruche' in België tien jaar later", *T.Gez.* 2010-11, 380-381.

DABIN, J. en LAGASSE, A., "Examen de jurisprudence (1939 à 1948), la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle", *RCJB* 1949, 50-96.

DEBAENE, M., "Dient de *bonus pater familias* groene vingers te hebben" (noot onder Vred. Wareme 15 maart 2001), *T. Vred.* 2003, 329-336.

DELBEKE, E., "De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskening", *T. Gez.* 2007-2008, 355-369.

DE CORTE, R., "Ommezwaai in causaliteit bij onrechtmatige daad", *Juristenkrant*, afl. 26, 27 maart 2001, 1-3.

D'HAESE, R., "De verplicht van de arts tot het verstrekken van afdoende informatie omtrent de risico's", *TBBR* 2012, 313-316.

DE KEZEL, E., "Wrongful birth en wrongful life: een stand van zaken", *NJW* 2004, nr. 70, 546-551.

DIRIX, E., "De schade van het gehandicapt geboren kind" (noot onder Cass. Fr. 13 juli 2001), *TBBR* 2002, 208-211.

ESTIENNE, N., "La responsabilité du fait des choses: quelques développements récents", *JT* 2010, 770-776.

GENICOT, G., "Le dommage constitué par la naissance d'un enfant handicapé", *TBBR* 2002, 79-98.

GOSSERIES, A., "Causalité, dommage et vie préjudiciable", *RGAR* 2011, 1-22.

HUYGENS, A., "Late zwangerschapsafbreking en aansprakelijkheid voor ongewenst bestaan", *T. Gez.* 2012, 212-229.

ILLEGEMS, S., "Contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak: nood aan een veiligheidsverplichting van arts en ziekenhuis", *T. Gez.* 2014, 34.

KRUIHOF, R., "Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?", *RW* 1986-87, 2737-2778.

MAES, G., "Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht", *NJW* 2004, 398-404.

MARCHETTI, R., MONTERO, E. en PÜTZ, A., "La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic : un préjudice réparable? La perte d'une chance de ne pas naître?" (noot onder Rb. Brussel 21 april 2004), *TBBR* 2006, 117-132.

MARCHETTI, R., "La nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation en matière de lien de causalité : la fin de la rupture du lien de causal par une cause juridique propre?", *TBBR* 2005, 199-208.

NYS, H., "De wet betreffende de rechten van de patiënt", *RW* 2002-03, 1121-1133.

NYS, H., "De plicht van een arts de patiënt te informeren over een zeldzaam risico op een ernstige complicatie" (noot onder Cass. 26 juni 2009), *RW* 2009-10, 1522-1526.

PANIS, S., "L'action en grossesse préjudiciable (wrongful pregnancy)" (noot onder Luik 22 januari 2009), *T. Gez.* 2009-2010, 217-226.

PIRET, J., "Wrongful life' en de zaak Rukiyé", *NJW* 2011, nr. 243, 354-365.

SAMOY, I., "Cassatie verwerpt vraag om schadevergoeding voor geboorte", *Juristenkrant*, afl. 299, 3 december 2014, 1.

SMETS, K., "Zwangerschap en drugs, Beleid bij de pasgeborene", *Tijdschr. voor Geneeskunde* 2005, 1219-1225.

SWERTS, K., "Franse wetgever mengt zich in debat rond arrest-Perruche", *Juristenkrant*, 2002, 12-13.

TER HEERDT, J., "Een heropflakking van de 'wrongful pregnancy claim': enkele bedenkingen" (noot onder Antwerpen 15 juni 1994), *T. Gez.* 1996-97, 359-365.

TER HEERDT, J., "Wrongful life en wrongful birth, een never ending story: twee arresten die de controverse rond vorderingen tot schadevergoeding voor de geboorte van een ongewenst of gehandicapt kind weer volop in de schijnwerpers plaatsen" (noot onder Luik 10 mei 2001), *T. Gez.* 2001-2001, 250-255.

TROUET, C., "Wrongful birth en wrongful life: nieuwe risico's bij preconceptioneel en prenataal onderzoek", *T. Gez.* 1998-99, 284-288.

TROUET, C. en DREEZEN, I., "Rechtsbescherming van de patiënt", *NjW* 2003, 2-11.

VAN DEN BOSSCHE, A., "Objectieve aansprakelijkheid geldt ook voor medische sector", *Juristenkrant* 2001, 8.

VAN MEERBEECK, J., "Le contrôle de la Cour de Cassation sur la qualification de la faute en matière aquilienne : trente ans après" (noot onder Cass. 19 mei 2005), *RCJB* 2008, 367-404.

WEYTS, B., "Wordt de algemene zorgvuldigheidsnorm steeds subjectiever?" (noot onder Cass. 5 mei 2003), *TBBR* 2005, 112-115.

WEYTS, B., "De verdeelsleutel bij een samenloop van aansprakelijkheden : zijn alle knopen doorgehakt?" (noot onder Cass. 4 februari 2008), *RW* 2009-10, 1561-1563.

WEYTS, B., "Een aansprakelijkheidsdomper op de voetbalvreugde", *RW* 2014-15, 42.
Europa

Boeken en bijdragen in boeken

CORNELIS, L., "Onrechtmatige daden in de Codex Faliékante Redelijkheid (DCFR)" in VUYE, H. en LEMENSE, Y. (eds.), *Springlevend aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 1-140.

JANSEN, C.H.M., *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen in Monografieën B.W.*, Deventer, Kluwer, 2009, 103p.

LINDENBERGH, S.D., *Schadevergoeding : algemeen, deel 1 in Monografieën B.W.*, Deventer, Kluwer, 2008, 95p.

SCHULZE, R., "Non-contractual liability arising out of damage caused to another in the DCFR" in SAGAERT, V., STORME, M.E. en TERRY, E. (eds.), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 2012, 221-239.

Frankrijk

Boeken en bijdragen in boeken

BACACHE-GIBEILI, M., *Les obligations – La responsabilité civile extracontractuelle V in Traité de droit civil*, Parijs, Economica, 2012, 956p.

BRUN, P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, LexisNexis, 2014, 642p.

CASTELLETTA, A. (ed.), *Responsabilité médicale, Droit des malades*, Paris, Dalloz, 2004, 519p.

DORSNER-DOLIVET, A., *La responsabilité du médecin in Collection Pratique du droit*, Paris, Economica, 2006, 471p.

FLOUR, J., AUBERT, J. en SAVAUX, E., *Les obligations 2. Le fait juridique in Droit civil*, Parijs, Dalloz, 2007, 456p.

HOCQUET-BERG, S. en PY, B., *La responsabilité du médecin in Collection droit professionnel*, Parijs, Heures de France, 2006, 185p.

LAUDE, A., MATHIEU, B. en TABUTEAU, D., *Droit de la santé in Themis Droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, 728p.

PITCHO, B., "Wrongful life and wrongful birth regarding French law" in KORTMANN, S.C.J.J. en HAMEL, B.C.J. (eds.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer, Kluwer, 2004, (93) 93-107.

PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil II*, Parijs, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1943, 1312p.

Bijdragen in tijdschriften

BELLIVER, F., "Le contentieux de la naissance avec un handicap congénital non décelé par suite d'une erreur de diagnostic au risque de la convention européenne : sous la technique, l'éthique", *Rev. Trim. Dr. H.* 2006, 667-688.

DE MONTECLER, M.-C., "Les premiers effets de la loi anti-Perruche", *D.* 2009, 2156-2158.

DE RAVEL D'ESCAPLON, T., "Loi 'anti-Perruche' et dispositions transitoires: après la QPC, le mot de la Cour de Cassation", *D.* 2012, 1-2.

EDELMAN, B., "L'arrêt Perruche: une liberté pour la mort?", *D.* 2002, 2349-2352.

GENICOT, G., "Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome" (noot onder Cass. (Fr.) 3 juni 2010), *JT* 2011, 109-113.

HAUSER, J., "L'enfant et les sortilèges... de l'autonomie de la volonté", *RTD Civ.* 2001, 103-105.

HERMITTE, M., "Le contentieux de la naissance d'enfants handicapés", *Gaz. Pal.* 1997, 75.

JOURDAIN, P., "La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage", *RTD Civ.* 2003, 716-719.

MAZEAUD, D., "La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage", *D.* 2004, 1346-1347.

SAINTE-ROSE, J. (concl. onder Cass. (Fr.) 13 juli 2001), *JCP G* 2001, 1838.

Nederland

Boeken en bijdragen in boeken

ASSERS, C., *Bijzondere overeenkomsten: Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst in Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 7*, Deventer, Kluwer, 2009, 410p.

GIARD, R.W.M., *Aansprakelijkheid van arts: Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2005, 311p.

HARTKAMP, A.S., *Verbintenissenrecht Deel III De verbintenis uit de wet in C. ASSER's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1994, 345p.

KEIRSE, A.L.M., *Schadebeperkingsplicht: Over eigen schuld aan de omvang van de schade in Recht en Praktijk, 27*, Deventer, Kluwer, 2003, 391p.

LEENEN, H.J.J., DUTE, J.C.J. en KASTELEIN, W.R., *Handboek gezondheidsrecht Deel II*, Houten, Bohn Stafleu van Loghum, 2008, 432p.

NIEUWENHUIS, J.H., *Hoofdstukken verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1986, 163p.

NYHUIS, J.G. en DIE-SMULDERS, C.E.M., "Prenatale diagnostiek, voortgang en dilemma's" in KORTMAN, S.C.J.J. en HAMEL, B.C.J. (eds.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer, Kluwer, 2004, (123) 123-130.

SLUIJTERS, B., "Ongewenst leven, wrongful life" in KORTMAN, S.C.J.J. en HAMEL, B.C.J. (eds.), *Wrongful birth en wrongful life*, Deventer, Kluwer, 2004, (53) 53-63.

SPIER, J., HARTLIEF, T., VAN MAANEN, G.E. en VRIESENDORP, R.D., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer, Kluwer, 1997, 300p.

VAN ZEBEN, C.J., REEHUIS, W.H.M. en SLOB, E.E., *Voortgang van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, volume 3*, Deventer, Kluwer, 1993, 163p.

VERHEUGT, J.W.P., *Inleiding in het Nederlands recht. Hoofdstukken vermogensrecht*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2003, 551p.

X., *Basisarresten editie 2010*, Deventer, Kluwer, 2010, 1125p.

ZIPPRO, E-J., *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht in Recht en Praktijk 174*, Deventer, Kluwer, 2009, 889p.

Bijdragen in tijdschriften

BUIJSEN, M.A.J.M., "Wrongful life-vordering gehonoreerd", *Medisch contact* 2005, 946-948.

HONDIUS, E., "Le code civil néerlandais : les douze premières années", *JT* 2004, 235-239.

LINDENBERGH, S.D., "Blij met de geboorte van... een schadeclaim", *AA* 2003, 365-374.

SCHOORDIJK, H.C.F., "Wrongful life mede vanuit rechtsvergelijkend perspectief", *NTBR* 2001, (212) 215-218.

STOLKER, C.J.J.M., "Who's afraid of wrongful birth", *WPNR* 1997, 191-196.

STOLKER, C.J.J.M., "Wrongful life: the limits of liability and beyond", *International and comparative law quarterly*, vol. 43, 521-536.

STOLKER, C.J.J.M. en SOMBROEK-VAN DOORM, S.P., "De wrongful life-vordering: schadevergoeding of euthanasie", *NTBR* 2003, (496) 501.

SUTORIUS, E.P.H.R en LIJTOGT, H.W., "Wat meer zelfbeschikking, wat minder lotsbeschikking", *RvdW* 1997, 54C, 475-477.

VAN DRUNEN, B., "Vertegenwoordigingsbevoegdheid bij 'wrongful life-claims': een contradictio in terminis?", *AA* 2005, 148-150.

VAN ROERMUND, B., "De rekening van het kind: aansprakelijkheid voor 'wrongful birth'", *RW* 1996-97, 1313-1318.

Varia

GASTKEMPER, M., *Ontwikkelingsstoornissen bij kinderen*, Assen, Koninklijke Van Gorcum BV, 2005, 234p.

KOPPE, J.G., *Neonatalogie*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghem, 2002, 167p.

MÖBIUS, D., "Dossier alcohol", www.vad.be/media/50669/dossier_alcohol_met_titelblad.pdf.

VERMYLEN, J. en SCHOTSMANS, P., *Ethiek in de kliniek*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2000, 207p.

X., "Alcohol, drugs en roken", www.kindengezin.be/zwangerschap-en-geboorte/zwanger/levenswijze/alcohol-drugs-en-roken/#Alcohol.

X., *Pre-implantatie genetische diagnose (PGD)*, www.uzleuven.be/fertiliteitscentrum/pre-implantatie-genetische-diagnose.

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

Aansprakelijkheid ten opzichte van het ongeboren leven

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2015**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Vanzeer, Anouck

Datum: **4/01/2015**