

Hof van Cassatie van België

Arrest

**101

Nr. C.13.0441.N

B D,

eiser,

vertegenwoordigd door mr. François T'Kint, advocaat bij het Hof van Cassatie, met kantoor te 6000 Charleroi, rue de l'Athénée 9, waar de eiser woonplaats kiest,

tegen

1. **W C**, in eigen naam en als wettige vertegenwoordiger van I C,

verweerder,

2. **J V**, in eigen naam en als wettige vertegenwoordiger van I C,

verweerster,

die beiden woonplaats kiezen bij gerechtsdeurwaarder Mia Vanthournout, met kantoor te 8900 Ieper, Surmont de Volsberghestraat 34.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent van 3 november 2011.

De zaak werd na advies van de raadsheer-verslaggever en van de procureur-generaal bij beschikking van de eerste voorzitter van 2 oktober 2014, vastgesteld voor behandeling in voltallige zitting.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft op 30 juni 2014 een schriftelijke conclusie neergelegd.

Raadsheer Geert Jocqué heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal André Van Ingelgem heeft geconcludeerd.

II. CASSATIEMIDDELEN

De eiser voert in zijn verzoekschrift twee middelen aan.

Eerste middel

Geschonden wetsbepalingen

- *artikel 24.1 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, ondertekend te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij de wet van 15 mei 1981 en, voor zoveel als nodig, alle bepalingen van die wet;*
- *artikel 6 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, aangenomen te New York op 20 november 1989 en goedgekeurd bij de wet van 25 november 1991;*
- *artikel 2.1 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955;*
- *de artikelen 344-1, 346-1, 346-2, 1134, 1146 t.e.m. 1153, 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek;*
- *artikel 6 Gerechtelijk Wetboek.*

Aangevochten beslissing

Zich uitsprekende over het hoger beroep van de eiser tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk van 18 februari 2010 dat, onder meer, de vorderingen van de verweerders, handelend in eigen naam en gebaseerd op de onrechtmatige geboorte

van hun dochter I C, ontvankelijk en principieel gegrond had verklaard, en na het hoger beroep toelaatbaar te hebben verklaard, bevestigt het bestreden arrest het beroepen vonnis waar het de vordering van de verweerders tegen de eiser ontvankelijk en principieel gegrond heeft verklaard, met dien verstande dat aan elk van hen een provisionele schadevergoeding van 50.000,00 euro wordt toegekend in plaats van één provisie voor hen beiden van 25.000,00 euro.

De beslissing van het hof van beroep is gebaseerd op volgende redenen:

“1. Vordering van [de verweerders] tegen [de eiser] voor de door henzelf geleden schade

1.1 [De eiser] en [de verweerders] zijn het er kennelijk over eens dat tussen hen een contractuele band bestond. De eventuele aansprakelijkheid van [de eiser] is dan ook van contractuele aard. De door een gynaecoloog aangegane verbintenis in verband met het medisch opvolgen van een zwangerschap is een inspanningsverbintenis. Ook daarover zijn partijen het trouwens eens. Om tot aansprakelijkheid te besluiten moeten de [verweerders] bijgevolg aantonen dat [de eiser] is tekort geschoten aan zijn inspanningsverbintenis als gynaecoloog en dat het tekortkomen aan deze verbintenis voor hen schade heeft veroorzaakt.

1.2 Dat [de eiser] een medische fout heeft begaan en dus is tekort geschoten aan zijn inspanningsverbintenis als gynaecoloog, is niet voor ernstige betwisting vatbaar. Het hof [van beroep] onderschrijft in dat verband de overwegingen van de eerste rechters die, op basis van het deskundigenverslag van dr. Ramaekers, in essentie hebben beslist dat de fout van [de eiser] erin bestaat dat hij het hem op 16 augustus 2001 (op 16 weken zwangerschap) meegedeeld resultaat van een test die een significant verhoogd risico op neuraal buisdefect aangaf, niet heeft gezien/onderkend en bijgevolg ook niet aan [de verweerders] heeft meegedeeld.

Deze fout wordt overigens in wezen niet betwist door [de eiser]. De overwegingen in zijn conclusie onder de hoofding “fout” hebben betrekking op de vraag of deze fout schade heeft veroorzaakt voor [de verweerders] en, in bevestigend geval, welke schade. De fout bestaat niet in “een gemiste kans op een vroege zwangerschapsafbreking”. Deze gemiste kans op een vroege zwangerschapsafbreking is een mogelijk schadelijk gevolg van de fout erin bestaande het groot risico op open neuraal buisdefect niet te hebben onderkend en meegedeeld.

1.3 [De eiser] betwist het oorzakelijk verband tussen de door hem begane fout en de gevorderde schade en voert daartoe vier argumenten aan.

1.3.1 In eerste orde wordt opgeworpen dat de handicap van I aangeboren is en door geen enkele therapeutische ingreep kon worden verholpen, zodat de door [de verweerders] geclaimde schade, namelijk kosten, ongemakken en morele schade volgend uit de handicap van I, niet veroorzaakt is door de fout van [de eiser].

Het is uiteraard correct dat de aangeboren handicap van I niet is veroorzaakt door de medische fout van [de eiser]. Dat wordt door niemand betwist. Dit belet echter niet dat [de verweerders] schade kunnen hebben geleden door het feit dat zij, door de fout van [de eiser], niet hebben kunnen beslissen om tot zwangerschapsonderbreking te laten overgaan, met als gevolg dat zij thans met de zorg voor (en de zorgen om) een gehandicapt kind worden geconfronteerd.

1.3.2 In tweede orde werpt [de eiser] op dat er geen zeker causaal verband bestaat tussen de door hem begane fout en de gevorderde schade. Meer bepaald stelt hij dat [de verweerders] niet bewijzen dat zij voor een zwangerschapsonderbreking zouden hebben gekozen indien de diagnose in de zestiende week van de zwangerschap zou zijn gesteld.

Een volledige vergoeding van de werkelijk geleden schade veronderstelt dat met gerechtelijke zekerheid - d.i. een redelijke, maar daarom niet noodzakelijk absolute/wetenschappelijke zekerheid - wordt aangetoond dat de schade zich zonder de fout niet zou hebben voorgedaan, i.c. dat indien de diagnose op 16 weken zwangerschap was gesteld, [de verweerders] met zekerheid tot zwangerschapsafbreking zouden hebben laten overgegaan.

Wanneer deze gerechtelijke zekerheid niet bestaat, belet dit echter niet dat door de fout eventueel een reële kans is verloren gegaan om de schade te vermijden. Ook dit verlies van een kans is schade die voor vergoeding in aanmerking komt.

De eerste rechters hebben - onder verwijzing naar wat [gerechtsdeskundige] en dr. De Kock daarover hebben geschreven in hun respectieve verslagen - geoordeeld dat het niet met absolute zekerheid vast staat dat [de verweerders] tot zwangerschapsafbreking zouden zijn overgegaan, maar dat de kans dat zij dat zouden hebben gedaan bijzonder groot is en kan worden geraamd op 80 %, zodat de schade die uit de gemiste kans voortvloeit kan worden bepaald op 80 % van de materiële en morele schadelijke gevolgen voor [de verweerders] van de handicap van I.

Het hof [van beroep] kan deze beoordeling bijtreden, met dien verstande dat het correcter is om te stellen dat er geen gerechtelijke zekerheid bestaat dat tot zwangerschapsafbreking zou zijn overgegaan, maar wel een zeer grote, op 80 % te ramen kans dat daartoe zou zijn beslist. De argumentatie van de [verweerders] dat in hun concreet geval met 100 % zekerheid mag worden aangenomen dat zij tot zwangerschapsafbreking zouden hebben besloten omdat het hun eerste kind was, zij beiden zeer jong waren en het ging om een natuurlijke zwangerschap, zodat voor de moeder geen problemen te verwachten waren om opnieuw zwanger te geraken, wordt door het hof [van beroep] niet gevolgd. Dit zijn elementen die van aard zijn om de kans dat tot zwangerschapsafbreking zou zijn overgegaan hoog in te schatten. Zij laten echter niet toe te besluiten tot een gerechtelijke zekerheid dat die keuze zou zijn gemaakt.

De kans moet echter ook niet lager worden ingeschat dan de eerste rechters deden. Het feit dat [de verweerders] ten overstaan van de gerechtsdeskundige hebben verklaard dat

zij gezien hun huidige kennis en ervaring met I, die momenteel een vaste waarde binnen de familie en het gezin heeft, retrospectief niet objectief kunnen zeggen of het overwegen van een terminatie op 33 weken een optie zou zijn geweest, vormt daartoe geen argument. Daarmee werd enkel gezegd dat eens het kind geboren is en er sterke emotionele banden bestaan tussen ouders en kind, men niet meer objectief kan zeggen of men een late zwangerschapsafbreking zou hebben overwogen. Dit doet niets af aan het gegeven dat de kans zeer groot is dat de ouders, indien zij op zestien weken zwangerschap geïnformeerd zouden zijn geweest, toen tot zwangerschapsafbreking zouden hebben besloten.

...

1.4 [De eiser] ontwikkelt het argument dat de [verweerders] I hadden kunnen afstaan voor adoptie en dat zij, door dat niet te doen, de schade vrijwillig op zich hebben genomen. Dit argument komt erop neer dat de [verweerders] de schade hadden kunnen beperken of zelfs vermijden (hoewel bezwaarlijk kan worden aangenomen dat ouders hun gehandicapt kind zouden kunnen afstaan voor adoptie zonder daar zwaar moreel onder gebukt te gaan, met andere woorden zonder morele schade te lijden) door het kind voor adoptie af te staan.

Dit argument moet worden verworpen. De schadebeperkingsplicht van het slachtoffer houdt in dat het alle redelijke maatregelen moet nemen om de schade te beperken. Van ouders kan in redelijkheid niet worden verwacht dat zij, ter beperking van hun schade, hun eigen kind, waarmee door het feit zelf dat het er is sterke emotionele banden zijn ontstaan, zouden afstaan voor adoptie.

1.5 Tenslotte wordt door [de eiser] gewezen op het feit dat [de eerste verweerder] een verleden van druggebruik zou hebben, wat inderdaad door [de eiser] werd gesignaleerd in zijn brief van 2 januari 2002.

Uit niets blijkt echter dat dit vermeend druggebruik – dat door de vader wordt ontkend – op enigerlei wijze de oorzaak zou kunnen zijn van de open rug waarmee I werd geboren. Het heeft voor de beoordeling van de aansprakelijkheid dan ook geen relevantie.

1.6 [De verweerders] vragen elk de toekenning van een provisie van 85.000,00 euro. Ter verantwoording van dit bedrag maken zij melding van een aantal schadeposten waarvan zij er enkele ook begroten of ramen. De posten die zij reeds begroten/ramen betreffen met name:

- medische kosten: 20.115,81 euro;*
- verplaatsings- en administratiekosten: 3.500,00 euro;*
- morele schade: elk 75.000,00 euro;*
- hulp van derden: 49.800,00 euro (tot 15 januari 2014).*

In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de schade van [de verweerders] door de verloren kans (geraamd op 80 %) om tot zwangerschapsafbreking over te gaan, kan wor-

den bepaald op 80 % van de uitgaven, de eventuele verliezen (bijv. door loonderving) en het leed ingevolge het feit dat zij thans met een gehandicapt kind door het leven moeten. Zonder de fout van [de eiser] zouden zij immers een op 80 % geraamde kans hebben gehad om deze uitgaven, verliezen en leed te vermijden. De schade van [de verweerders] wegens het verlies van een kans op zwangerschapsafbreking bestaat dus niet enkel uit morele schade (wegens het besef van het verlies van die kans), zoals [de eiser] stelt.

Het hof [van beroep] wenst bij het voorgaande nog op te merken dat de vaststelling dat [de verweerders] schade lijden door de kans te hebben verloren om niet te moeten leven met een gehandicapt kind, niets afdoet aan de liefde en de waardering die zij ongetwijfeld voor hun kind hebben.

...

Uiteraard is er ook belangrijke morele schade bij [de verweerders]. Er is het besef dat een kans is verloren om niet met een gehandicapt kind te worden geconfronteerd, met alle zorgen en alle beperkingen voor de eigen ontplooiing die dit teweeg brengt. Er is ook morele schade door het blijvend moeten aanschouwen van de ernstige fysieke beperkingen van hun kind (vrijwel rolstoelpatiëntje, incontinentie voor plas, stoelgang moet met vingerling worden afgehaald) en de mentale achterstand die het heeft opgelopen door een hersenabces dat zelf een uitvloeisel was van de aangeboren afwijking. De stelling van [de eiser] dat de vergoeding voor de morele schade van [de verweerders] nooit groter kan zijn dan de vergoeding die doorgaans aan ouders wordt toegekend voor het overlijden van een kind, kan niet worden bijgetreden. In beide situaties is het moreel leed geheel verschillend. Bij het overlijden van een kind, is het moreel leed van de ouders uiteraard zeer groot onmiddellijk na de feiten, maar kan na verloop van tijd verwerking van het leed plaatsvinden. Bij een zwaar gehandicapt kind is er daarentegen een voortdurende confrontatie met de beperkingen van het kind en de bezorgdheid over de vraag wie voor het kind zal zorgen eens zij er niet meer zullen zijn. Dit neemt echter niet weg dat het gevorderd bedrag van 75.000,00 euro per [verweerder], een te hoog bedrag is, zeker indien dit bedoeld zou zijn om slechts te strekken tot vergoeding van het geleden en te lijden moreel leed totdat I twaalf jaar zal zijn.

Wat de hulp van derden betreft - die vergoedbaar is, ook wanneer het door de ouders zelf verstrekte hulp betreft die de normale zorgen voor een niet-gehandicapt kind overtreft - begroten [de verweerders] hun schade (tot 15 januari 2014, ogenblik waarop I 12 jaar zal zijn op basis van het door dr. De Kock weerhouden aantal uren per dag dat méér moet worden besteed aan de verzorging van I dan aan de verzorging van een niet-gehandicapt kind en dit aan een uurtarief van 10,00 euro, wat redelijk voorkomt. Deze schade, aldus berekend, belooft 49.000,00 euro (totdat I 12 jaar zal zijn).

Rekening houdend met deze gegevens en met de interest die inmiddels heeft gelopen op de diverse schadeposten, kan aan elk van [de verweerders] een provisie op alle schade worden toegekend van 50.000,00 euro.”

Grievens

In de regel maakt de verbintenis van een geneesheer jegens een patiënt een inspanningsverbintenis uit. Om de eiser aansprakelijk te kunnen stellen voor de door hen ingeroepen schade moeten de verweerders bijgevolg aantonen dat de eiser is tekort geschoten aan zijn inspanningsverbintenis als gynaecoloog en dat het tekortkomen aan deze verbintenis voor hen schade heeft veroorzaakt.

Krachtens de artikelen 1146 tot en met 1153 Burgerlijk Wetboek dient de vergoeding van de schade in geval van contractuele aansprakelijkheid het slachtoffer van de contractuele wanprestatie te herstellen in een toestand alsof er geen wanprestatie was opgetreden.

Ingevolge de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek heeft degene die benadeeld is door een onrechtmatige daad recht op het volledige herstel van zijn schade voor zover hij wel degelijk het bestaan van een onrechtmatige daad kan bewijzen die in oorzakelijk verband staat met de beweerde schade.

Krachtens artikel 24.1 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, ondertekend te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij de wet van 15 mei 1981 heeft elk kind, zonder onderscheid naar ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom of geboorte, recht op die beschermende maatregelen van de zijde van het gezin waartoe het behoort, de gemeenschap en de Staat, waarop het in verband met zijn status van minderjarige recht heeft.

Eerste onderdeel

Buiten het geval waar, met naleving van de wettelijke voorwaarden daartoe, een geneesheer de opdracht krijgt en aanvaardt van een zwangere vrouw om bij haar een vruchtafwijving te verrichten en dat niet doet, kan er niet wettig tot het bestaan van een contractuele of buitencontractuele fout ten laste van een geneesheer worden besloten die zoals ten deze zonder bedrog een handeling heeft gesteld of zich van een handeling heeft onthouden wanneer die handeling of onthouding de ontwikkeling van een foetus of embryo niet negatief heeft beïnvloed en als gevolg heeft gehad dat een gehandicapt doch levensvatbaar kind is geboren. Hieraan wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat degenen die zich door die handeling of ontbreken van een handeling benadeeld voelen, inzonderheid de ouders, liever zouden hebben gehad dat het kind niet was geboren.

Krachtens artikel 6.1 van het verdrag inzake de rechten van het kind, aangenomen te New York op 20 november 1989 en goedgekeurd bij de wet van 25 november 1991, heeft ieder kind het inherente recht om te leven. Die bepaling is op zich voldoende nauwkeurig en volledig om directe werking te hebben.

Artikel 2.1 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, bepaalt dat het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de ten-

uitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet. Die bepaling includeert ook de bescherming van het leven van het kind voor zijn geboorte.

Ongeacht of een foetus of embryo een kind in de zin van de wet is, inzonderheid in de zin van artikel 24.1 van voormeld Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, artikel 6.1. van voormeld Verdrag inzake de rechten van het kind, en artikel 2.1 van voormeld Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, kan er geen contractuele fout of onrechtmatige daad worden verweten aan iemand die, zonder de ontwikkeling van een foetus of embryo negatief te beïnvloeden, niet heeft verhinderd dat een door zijn beiden ouders vrijwillig verwekt kind zou zijn geboren.

Het bestreden arrest gaat ervan uit dat het eerder vaststellen van de toestand van I C niet zou hebben geleid tot een verbetering van de prognose of betere ontwikkeling van de foetus en later het kind, nu er geen therapeutische mogelijkheden zijn die het kwetsieuzel in gunstige zin kunnen beïnvloeden. Hieruit vloeit voort dat de aan de eiser verweten fout geen negatieve invloed heeft gehad op de gezondheid van het kind.

Het bestreden arrest beslist desondanks dat de eiser een fout heeft gepleegd in oorzakelijk verband met de door de verweerders ingeroepen schade – het verlies van een kans om een vruchtafdrijving te laten verrichten – door bij I C een toestand niet te hebben ontdekt en aan de verweerders meegedeeld terwijl die toestand niet kon worden verholpen maar met dien verstande dat de verweerders, indien zij van die toestand op de hoogte zouden zijn geweest, met een waarschijnlijkheid van tachtig procent, tot een vruchtafdrijving zouden zijn overgegaan. Het bestreden arrest schendt aldus het begrip contractuele fout (schending van de artikelen 1146 tot en met 1153 Burgerlijk Wetboek) en het begrip buitencontractuele fout (schending van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek) zowel afzonderlijk als samen gelezen met artikel 24.1 van voormeld Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, artikel 6 1. van voormeld Verdrag inzake de rechten van het kind en artikel 2 van voormeld Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden.

Tweede onderdeel

De uitvoering te goeder trouw van de overeenkomsten, zoals geregeld door artikel 1134 Burgerlijk Wetboek, gebiedt de schuldeiser om loyaal de redelijke maatregelen te treffen om zijn schade te matigen of te beperken.

Krachtens artikel 6 Gerechtelijk Wetboek mogen rechters in de zaken die aan hun oordeel onderworpen zijn, geen uitspraak doen bij wege van algemene en als regel geldende beschikking.

Artikel 344-1 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat adopties steeds moeten gegrond zijn op wettige redenen. Ingeval zij betrekking hebben op een kind kunnen zij slechts plaatsvin-

den in het hoger belang van dat kind en met eerbied voor de fundamentele rechten die het op grond van het internationaal recht toekomen. Artikel 346-1 voegt eraan toe dat de adoptant of de adoptanten die een kind wensen te adopteren bekwaam en geschikt moeten zijn om te adopteren en artikel 346-2 dat die geschiktheid door de bevoegde jeugdrechtbank wordt beoordeeld op grond van een door haar te bevelen maatschappelijk onderzoek. Vooraleer over hun geschiktheid wordt geoordeeld, moeten de persoon of de personen die een kind wensen te adopteren de voorbereiding hebben gevolgd die door de bevoegde gemeenschap wordt verstrekt, en die meer bepaald de informatie inhoudt over de stappen in de procedure, de juridische en de andere gevolgen van de adoptie, en over de mogelijkheid en het nut van nazorg na de adoptie.

Voor het hof van beroep ontwikkelde de eiser het middel dat de verweerdere hun dochter-tje I hadden kunnen afstaan voor adoptie en dat zij, door dat niet te doen, de beweerde schade van haar geboorte vrijwillig op zich had genomen. Dit argument komt erop neer dat de verweerdere de schade hadden kunnen beperken of zelfs vermijden.

Het hof van beroep antwoordt hierop dat bezwaarlijk kan worden aangenomen dat ouders hun gehandicapt kind zouden kunnen afstaan voor adoptie zonder daar zwaar moreel onder gebukt te gaan, met andere woorden zonder morele schade te lijden, door het kind voor adoptie af te staan. Het hof van beroep verwerpt verder dit middel van de eiser omdat het schadebeperkingsplicht van het slachtoffer inhoudt dat het slechts alle redelijke maatregelen moet nemen om de schade te beperken en dat van ouders in redelijkheid niet kan worden verwacht dat zij, ter beperking van hun schade, hun eigen kind, waarmee sterke emotionele banden zijn ontstaan, zouden afstaan voor adoptie. Het hof van beroep voegt er nog aan toe dat het wenst op te merken dat de vaststelling dat de verweerdere schade lijden door de kans te hebben verloren om niet te moeten leven met een gehandicapt kind, niets afdoet aan de liefde en de waardering die zij ongetwijfeld voor hun kind hebben.

Met deze stelling neemt het hof van beroep een algemene en abstracte stelling in, dus met schending van artikel 6 Gerechtelijk Wetboek, en onderzoekt het niet concreet of de morele schade van de verweerdere bij een afstand voor adoptie opweegt tegen het belang van het kind, dat krachtens artikel 24.1 van het voormelde Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, recht heeft op de bescherming van de gemeenschap en van de Staat. Dat kind gaat immers door het leven moeten gaan wetend dat haar ouder liever zouden hebben gehad dat het niet zou hebben geleefd. Die ouders voeren bovendien in eigen naam een procedure omdat zij stellen dat zij een kans hebben verloren om niet met een gehandicapt kind te worden geconfronteerd, met alle zorgen en alle beperkingen voor de eigen ontplooiing die dit teweeg brengt. I C gaat moeten leven met ouders die, volgens het hof van beroep, morele schade lijden door het blijvend moeten aanschouwen van de ernstige fysieke beperkingen van hun kind en de mentale achterstand die het heeft opgelopen. Hun schade zou groter zijn dan indien het kind niet had geleefd. In beide situaties zou het moreel leed geheel verschillend zijn, nu bij het overlijden van

een kind, het moreel leed van de verweerders uiteraard zeer groot is onmiddellijk na de feiten, maar na verloop van tijd verwerking van het leed kan plaatsvinden, terwijl bij een zwaar gehandicapt kind er daarentegen een voortdurende confrontatie met de beperkingen van het kind is.

Daarentegen zal I C niet eens de kans hebben gehad om door middel van adoptie te worden ontvangen in een gezin die daartoe bereid was. Terloops schendt het bestreden arrest tevens de artikelen 344-1, 346-1 en 346-2, die adoptie wettigen en begeleiden in het belang van het kind.

Door in abstracto te bepalen dat van ouders niet kan worden verwacht dat zij hun ongewenste kind zouden afstaan voor adoptie zonder concreet na te gaan of dit eigenlijk niet een aanvaardbare – zonet de beste – oplossing voor het kind zou zijn geweest met als gevolg dat de door de verweerders ingeroepen schade grotendeels zou wegvallen, schendt het bestreden arrest artikel 6 Gerechtelijk Wetboek, artikel 24.1 van het voormelde Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, en artikelen 344-1, 346-1 en 346-2, 1134, 1146 t.e.m. 1153 Burgerlijk Wetboek.

Tweede middel

Geschonden wetsbepalingen

- *artikel 24.1 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, ondertekend te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij de wet van 15 mei 1981 en, voor zoveel als nodig, alle bepalingen van die wet;*
- *artikel 6 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, aangenomen te New York op 20 november 1989 en goedgekeurd bij de wet van 25 november 1991;*
- *artikel 2.1 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955;*
- *de artikelen 344-1, 346-1, 346-2, 1382, 1383 en voor zoveel als nodig 1146 tot 1153 Burgerlijk Wetboek.*

Aangevochten beslissing

Zich uitsprekende over het hoger beroep van de eiser tegen het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk van 18 februari 2010 dat, onder meer, de vorderingen van de verweerders, handelend in naam van hun dochter I C en gebaseerd op de onrechtmatige geboorte van hun kind, ontvankelijk en principieel gegrond had verklaard, en na het hoger beroep toelaatbaar te hebben verklaard, bevestigt het bestreden arrest het beroepen vonnis van de eerste rechters waar het de vordering van de verweerders als wettelijke vertegenwoordigers van hun dochter I C gedeeltelijk gegrond heeft verklaard, met dien verstande dat slechts een provisie voor moreel leed van 8.480,00 euro wordt toegekend in plaats van de door de eerste rechters toegekende provisie van 25.000,00 euro.

De beslissing van het hof van beroep is gebaseerd op volgende redenen.

Het bestreden arrest verwijst eerst naar de volgende redenen die de vordering van de verweerders handelend in eigen naam tegen de eiser betreffen maar die ook dienen om zijn beweerde fout jegens verweerders dochter I C te verantwoorden:

“1.1 [De eiser] en [de verweerders] zijn het er kennelijk over eens dat tussen hen een contractuele band bestond. De eventuele aansprakelijkheid van [de eiser] is dan ook van contractuele aard. De door een gynaecoloog aangegane verbintenis in verband met het medisch opvolgen van een zwangerschap is een inspanningsverbintenis. Ook daarover zijn partijen het trouwens eens. Om tot aansprakelijkheid te besluiten moeten de [verweerders] bijgevolg aantonen dat [de eiser] is tekort geschoten aan zijn inspanningsverbintenis als gynaecoloog en dat het tekortkomen aan deze verbintenis voor hen schade heeft veroorzaakt.

1.2 Dat [de eiser] een medische fout heeft begaan en dus is tekort geschoten aan zijn inspanningsverbintenis als gynaecoloog, is niet voor ernstige betwisting vatbaar. Het hof [van beroep] onderschrijft in dat verband de overwegingen van de eerste rechters die, op basis van het deskundigenverslag van dr. Ramaekers, in essentie hebben beslist dat de fout van [de eiser] erin bestaat dat hij het hem op 16 augustus 2001 (op 16 weken zwangerschap) meegedeeld resultaat van een test die een significant verhoogd risico op neuraal buisdefect aangaf, niet heeft gezien/onderkend en bijgevolg ook niet aan [de verweerders] heeft meegedeeld.

Deze fout wordt overigens in wezen niet betwist door [de eiser]. De overwegingen in zijn conclusie onder de hoofding “fout” hebben betrekking op de vraag of deze fout schade heeft veroorzaakt voor [de verweerders] en, in bevestigend geval, welke schade. De fout bestaat niet in “een gemiste kans op een vroege zwangerschapsafbreking”. Deze gemiste kans op een vroege zwangerschapsafbreking is een mogelijk schadelijk gevolg van de fout erin bestaande het groot risico op open neuraal buisdefect niet te hebben onderkend en meegedeeld.

1.3 [De eiser] betwist het oorzakelijk verband tussen de door hem begane fout en de gevorderde schade en voert daartoe vier argumenten aan.

1.3.1 In eerste orde wordt opgeworpen dat de handicap van I aangeboren is en door geen enkele therapeutische ingreep kon worden verholpen, zodat de door [de verweerd-ers] geclaimde schade, namelijk kosten, ongemakken en morele schade volgend uit de handicap van I, niet veroorzaakt is door de fout van [de eiser].

Het is uiteraard correct dat de aangeboren handicap van I niet is veroorzaakt door de medische fout van [de eiser]. Dat wordt door niemand betwist. Dit belet echter niet dat [de verweerd-ers] schade kunnen hebben geleden door het feit dat zij, door de fout van [de eiser], niet hebben kunnen beslissen om tot zwangerschapsonderbreking te laten overgaan, met als gevolg dat zij thans met de zorg voor (en de zorgen om) een gehand-icapt kind worden geconfronteerd.

1.3.2 In tweede orde werpt [de eiser] op dat er geen zeker causaal verband bestaat tus-sen de door hem begane fout en de gevorderde schade. Meer bepaald stelt hij dat [de verweerd-ers] niet bewijzen dat zij voor een zwangerschapsonderbreking zouden hebben gekozen indien de diagnose in de zestiende week van de zwangerschap zou zijn gesteld.

Een volledige vergoeding van de werkelijk geleden schade veronderstelt dat met gerech-telijke zekerheid - d.i. een redelijke, maar daarom niet noodzakelijk absolu-te/wetenschappelijke zekerheid - wordt aangetoond dat de schade zich zonder de fout niet zou hebben voorgedaan, i.c. dat indien de diagnose op 16 weken zwangerschap was ge-steld, [de verweerd-ers] met zekerheid tot zwangerschapsafbreking zouden hebben laten overgegaan.

Wanneer deze gerechtelijke zekerheid niet bestaat, belet dit echter niet dat door de fout eventueel een reële kans is verloren gegaan om de schade te vermijden. Ook dit verlies van een kans is schade die voor vergoeding in aanmerking komt.

De eerste rechters hebben – onder verwijzing naar wat [gerechtsdeskundige] en dr. De Kock daarover hebben geschreven in hun respectieve verslagen – geoordeeld dat het niet met absolute zekerheid vast staat dat [de verweerd-ers] tot zwangerschapsafbreking zou-den zijn overgegaan, maar dat de kans dat zij dat zouden hebben gedaan bijzonder groot is en kan worden geraamd op 80 %, zodat de schade die uit de gemiste kans voortvloeit kan worden bepaald op 80 % van de materiële en morele schadelijke gevolgen voor [de verweerd-ers] van de handicap van I.

Het hof [van beroep] kan deze beoordeling bijtreden, met dien verstande dat het correc-ter is om te stellen dat er geen gerechtelijke zekerheid bestaat dat tot zwangerschapsaf-breking zou zijn overgegaan, maar wel een zeer grote, op 80 % te ramen kans dat daar-toe zou zijn beslist. De argumentatie van de [verweerd-ers] dat in hun concreet geval met 100 % zekerheid mag worden aangenomen dat zij tot zwangerschapsafbreking zouden hebben besloten omdat het hun eerste kind was, zij beiden zeer jong waren en het ging om

een natuurlijke zwangerschap, zodat voor de moeder geen problemen te verwachten waren om opnieuw zwanger te geraken, wordt door het hof [van beroep] niet gevolgd. Dit zijn elementen die van aard zijn om de kans dat tot zwangerschapsafbreking zou zijn overgegaan hoog in te schatten. Zij laten echter niet toe te besluiten tot een gerechtelijke zekerheid dat die keuze zou zijn gemaakt.

De kans moet echter ook niet lager worden ingeschat dan de eerste rechters deden. Het feit dat [de verweerders] ten overstaan van de gerechtsdeskundige hebben verklaard dat zij gezien hun huidige kennis en ervaring met I, die momenteel een vaste waarde binnen de familie en het gezin heeft, retrospectief niet objectief kunnen zeggen of het overwegen van een terminatie op 33 weken een optie zou zijn geweest, vormt daartoe geen argument. Daarmee werd enkel gezegd dat eens het kind geboren is en er sterke emotionele banden bestaan tussen ouders en kind, men niet meer objectief kan zeggen of men een late zwangerschapsafbreking zou hebben overwogen. Dit doet niets af aan het gegeven dat de kans zeer groot is dat de ouders, indien zij op zestien weken zwangerschap geïnformeerd zouden zijn geweest, toen tot zwangerschapsafbreking zouden hebben besloten.”

Nadien stelt het bestreden arrest specifiek met betrekking tot de vordering van de verweerders handelend in naam van hun dochter I C:

“2. vordering van [de verweerders] tegen [de eiser] in naam van het kind

2.1 De vordering namens I is gesteund op de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek bij gebrek aan contractuele band tussen het kind en de arts. De hiervoor omschreven tekortkoming door [de eiser] aan zijn inspanningsverbintenis als arts, is ook een buitencontractuele fout. Op dit punt stelt zich geen probleem.

2.2 De cruciale vraag die in verband met deze vordering rijst, is echter of de uitgaven, beperkingen, ongemakken waarvoor vergoeding wordt gevorderd namens het kind – namelijk morele schade, esthetische schade, materiële schade door inkomstenverlies en hulp van derden – voor het kind schade vormen waarvoor via het aansprakelijkheidsrecht vergoeding kan worden gevorderd.

Schade die via het aansprakelijkheidsrecht voor vergoeding in aanmerking komt, bestaat in het negatief verschil tussen de toestand na de onrechtmatige daad enerzijds en de hypothetische toestand die zou hebben bestaan indien de onrechtmatige daad niet was begaan anderzijds.

De hypothetische toestand die zich zou hebben voorgedaan indien [de eiser] de congenitale afwijking zou hebben vastgesteld en meegedeeld aan [de verweerders], bestaat erin dat zij (met 80 % waarschijnlijkheid) tot abortus zouden hebben laten overgaan. I zou dan niet geboren zijn en zou niet bestaan.

Volgens bepaalde rechtsleer is elke vergelijking tussen de toestand van gehandicapt bestaan enerzijds en van niet-bestaan anderzijds volstrekt onmogelijk en zou om die reden aan het kind zelf geen enkele schadevergoeding kunnen worden toegekend (zie R. Kruit-

hof, “Schadevergoeding wegens de geboorte van een ongewenst kind?”, RW 1986-87, 2738-2758).

Het hof [van beroep] is het met deze zienswijze – die leidt tot de toch wel eigenaardig te noemen situatie dat [de verweerders] zelf wél aanspraak kunnen maken op integrale vergoeding van hun schade inclusief moreel leed en meerkosten door de handicap, terwijl het kind zelf op geen enkele vergoeding aanspraak zou kunnen maken – niet geheel eens.

Meer bepaald is het hof [van beroep] van oordeel dat het feit dat een vergelijking moet worden gemaakt met een toestand van niet-bestaan, niet belet dat kan worden vastgesteld dat bepaalde morele schade van het kind en ook de extra-uitgaven die het ingevolge zijn handicap heeft, vergoedbare schade vormen.

Wat de morele schade betreft, mag er worden van uitgegaan dat, in dagdagelijkse, normale omstandigheden waarin I naar school kan gaan, zich ondanks alle beperkingen kan ontwikkelen, de liefde kan ondervinden van haar ouders, haar grootouders, haar begeleiders in het instituut waar zij tijdens de week verblijft enz., de positieve aspecten van het leven de beperkingen ervan compenseren. In die omstandigheden kan zeker niet worden gesteld dat het leven van I het niet waard zou zijn geleefd te worden of, anders uitgedrukt, dat niet-bestaan een betere toestand zou zijn dan, weliswaar met beperkingen, te bestaan.

Daarentegen kan er in redelijkheid consensus over bestaan dat op de momenten zelf dat I zware heelkundige ingrepen moet ondergaan ingevolge haar handicaps – als baby onderging zij verschillende operaties, zo onder meer aan linker knie, voetjes en heupen; zij wordt urologisch opgevolgd, werd reeds meermaals gehospitaliseerd voor hogere urinair infecties en onderging een blaasaugmentatie – elke levensvreugde overstemd wordt door de pijn die het kind dan moet verdragen. Het hof [van beroep] is dan ook van oordeel dat, vanuit die optiek, voor de periodes van hospitalisatie, morele schadevergoeding kan worden toegekend. Ook de dagen revalidatie onmiddellijk na de hospitalisatie hebben aanleiding gegeven tot verhoogd moreel leed. Een precieze bepaling is niet mogelijk, maar het hof [van beroep] aanvaardt dat er voor elke dag hospitalisatie drie dagen revalidatie zijn geweest. Gelet op het feit dat in het verslag van dr. De Kock melding wordt gemaakt van een 100-tal dagen hospitalisatie, kan, rekening houdend met het verlies van de kans (80 %) om dit moreel leed niet te moeten doorstaan, de volgende vergoeding worden toegekend:

** 100 dagen x 31,00 euro (morele schade tijdens hospitalisatie) x 80 % = 2.480,00 euro;*

** 300 dagen x 25,00 euro (morele schade tijdens revalidatie) x 80 % = 6.000,00 euro*

totaal: 8.480,00 euro.

Ook de meerkosten die haar handicaps meebrengen (remgelden op medische en paramedische kosten, luiers, urinaire sondes, bijkomende derdenhulp enz.), die thans door [de

verweerders] worden gedragen, zullen, als zij in de toekomst door I zelf ten laste moeten worden genomen, vergoedbare schade uitmaken nu deze kosten er uiteraard niet zouden zijn geweest indien I niet had bestaan. Voorlopig staat het echter niet vast dat I die kosten ooit zelf zal moeten dragen, zodat daarvoor nog geen vergoeding kan worden toegekend.

De namens het kind gevorderde esthetische schade en schade wegens inkomstenverlies (op grond dat I nooit in staat zal zijn om via een job inkomsten te genereren) zijn daarentegen niet vergoedbaar. Deze schadeposten gaan volledig uit van een vergelijking met de toestand van een valide persoon, terwijl dit niet de toestand is die zou hebben bestaan indien de fout niet was begaan.”

Grievens

In de regel maakt de verbintenis van een geneesheer jegens een patiënt een inspanningsverbintenis uit. Om de eiser aansprakelijk te kunnen stellen voor de door hen ingeroepen schade moeten de verweerders bijgevolg aantonen dat de eiser is tekort geschoten aan zijn inspanningsverbintenis als gynaecoloog en dat het tekortkomen aan deze verbintenis voor hen schade heeft veroorzaakt.

Ingevolge de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek heeft degene die benadeeld is door een onrechtmatige daad recht op het volledige herstel van zijn schade voor zover hij wel degelijk het bestaan van een onrechtmatige daad kan bewijzen die in oorzakelijk verband staat met de beweerde schade.

Krachtens de artikelen 1146 tot en met 1153 Burgerlijk Wetboek dient de vergoeding van de schade in geval van contractuele aansprakelijkheid het slachtoffer van de contractuele wanprestatie te herstellen in een toestand alsof er geen wanprestatie was opgetreden.

Eerste onderdeel

Buiten het geval waar, met naleving van de wettelijke voorwaarden daartoe, een geneesheer de opdracht krijgt en aanvaardt van een zwangere vrouw om bij haar een vruchtafrijving te verrichten en dat niet doet, kan er niet wettig tot het bestaan van een contractuele of buitencontractuele fout ten laste van een geneesheer worden besloten die zoals ten deze zonder bedrog een handeling heeft gesteld of zich van een handeling heeft onthouden wanneer die handeling of onthouding de ontwikkeling van een foetus of embryo niet negatief heeft beïnvloed en als gevolg heeft gehad dat een gehandicapt doch levensvatbaar kind is geboren. Hieraan wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat het kind zelf – weliswaar vertegenwoordigd door haar ouders – naderhand stelt dat het liever niet had geleefd.

Krachtens artikel 24.1 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, ondertekend te New York op 19 december 1966 en goedgekeurd bij de wet van 15 mei 1981 heeft elk kind, zonder onderscheid naar ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom of geboorte, recht op die be-

schermende maatregelen van de zijde van het gezin waartoe het behoort, de gemeenschap en de Staat, waarop het in verband met zijn status van minderjarige recht heeft.

Krachtens artikel 6.1 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, aangenomen te New York op 20 november 1989 en goedgekeurd bij de wet van 25 november 1991, heeft ieder kind het inherente recht om te leven. Die bepaling is op zich voldoende nauwkeurig en volledig om directe werking te hebben.

Artikel 2.1 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd bij wet van 13 mei 1955, bepaalt dat het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet. Die bepaling includeert ook de bescherming van het leven van het kind voor zijn geboorte.

Ongeacht of een embryo of foetus een kind in de zin van de wet is, inzonderheid in de zin van artikel 24.1 van voormeld Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, artikel 6.1 van voormeld Verdrag inzake de rechten van het kind, en artikel 2.1 van voormeld Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden, kan een kind na zijn geboorte geen contractuele fout of onrechtmatige daad verwijten aan de geneesheer die, zonder de ontwikkeling van het nog niet geboren kind te beïnvloeden, er niet voor heeft gezorgd dat het kind niet zou zijn geboren.

Het bestreden arrest gaat ervan uit dat het eerder vaststellen van de toestand van I C niet zou hebben geleid tot een verbetering van de prognose of betere ontwikkeling van de foetus en later het kind, nu er geen therapeutische mogelijkheden zijn die het kwetsieuze letsel in gunstige zin kunnen beïnvloeden. Hieruit vloeit voort dat de aan de eiser verweten fout geen negatieve invloed heeft gehad op de gezondheid van het kind.

Het bestreden arrest beslist desondanks dat de eiser een fout heeft gepleegd in oorzakelijk verband met de door de verweerders namens hun dochter ingeroepen schade - het verlies van een kans om het voorwerp van een vruchtafdrijving te zijn - door bij I C een toestand niet te hebben ontdekt en aan de verweerders meegedeeld terwijl die toestand niet kon worden verholpen maar met dien verstande dat de verweerders, indien zij van die toestand op de hoogte zouden zijn geweest, met een waarschijnlijkheid van tachtig procent, tot een vruchtafdrijving zou zijn overgegaan. Het bestreden arrest schendt aldus het begrip contractuele fout (schending van de artikelen 1146 tot en met 1153 Burgerlijk Wetboek) en het begrip buitencontractuele fout (schending van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek) zowel afzonderlijk als samen gelezen met artikel 24.1 van voormeld Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, artikel 6.1 van voormeld Verdrag inzake de rechten van het kind en artikel 2 van voormeld Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden.

Tweede onderdeel

Overeenkomstig de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek, moeten degenen die op grond van die bepalingen een schadevergoeding vorderen aantonen dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de onrechtmatige daad en de schade zoals deze zich heeft voorgedaan.

De rechter kan slechts besluiten tot het bestaan van een schade in oorzakelijk verband met de beweerde onrechtmatige daad wanneer hij vaststelt dat, zonder de onrechtmatige daad, de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals die werkelijk ontstaan is en indien die onrechtmatige daad de situatie van het slachtoffer heeft verslechtert ten opzichte van de situatie die zou hebben bestaan indien de onrechtmatige daad niet had plaatsgevonden.

De vordering tot schadevergoeding op basis van de artikelen 1382 en 1383 - zoals trouwens ook van de artikelen 1146 t.e.m. 1153 - Burgerlijk Wetboek veronderstelt, per definitie, het herstel van de benadeelde partij in de situatie die de hare zou zijn geweest, indien de aansprakelijkheid van de eiser niet in opspraak was gekomen, dus indien de fout niet was gepleegd.

Er kan geen schade worden vastgesteld wanneer zoals te deze, de situatie van een kind dat leeft moet worden vergeleken met dat van een kind dat nooit zou zijn geboren.

In het bestreden arrest stelt het hof van beroep nochtans dat het van oordeel is dat het feit dat een vergelijking moet worden gemaakt tussen de huidige situatie van I C en een toestand van niet-bestaan, niet belet dat kan worden vastgesteld dat bepaalde morele schade van het kind en ook de extra-uitgaven die het ingevolge haar handicap heeft, vergoedbare schade vormen. De terugbetaling van die kosten leiden nochtans in geen enkel opzicht tot het herstel van het slachtoffer in de situatie die de hare zou zijn geweest, indien de aansprakelijkheid van de eiser niet in opspraak was gekomen (t.w. indien I C niet zou zijn geboren).

Het bestreden arrest heeft dus niet wettelijk het bestaan van een vergoedbare schade kunnen vaststellen, noch, bijgevolg, van een oorzakelijk verband tussen de aan de eiser verweten fout en de door I C, vertegenwoordigd door haar ouders, ingeroepen schade zodat het bestreden arrest de wettelijke begrippen van vergoedbare schade en van oorzakelijk verband heeft geschonden (schending van de artikelen 1382 en 1383 en voor zover als nodig van de artikelen 1146 t.e.m. 1153 Burgerlijk Wetboek) .

III. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Eerste middel

Eerste onderdeel

1. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt niet dat de eiser de door hem begane fout heeft betwist.

Het onderdeel dat aanvoert dat de appelrechters het contractueel en buitencontractueel foutbegrip miskennen, is nieuw en mitsdien niet ontvankelijk.

Tweede onderdeel

2. Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt niet dat de eiser voor de appelrechters heeft aangevoerd dat de morele schade van de verweerders moet worden afgewogen tegen het belang van het kind bij een adoptie.

In zoverre het onderdeel schending aanvoert van artikel 24.1 IVBPR en de artikelen 344-1, 346-1 en 346-2 Burgerlijk Wetboek, is het nieuw en mitsdien niet ontvankelijk.

3. In zoverre het onderdeel opkomt tegen de beoordeling van de morele schade van de verweerders, vraagt het een onderzoek van feiten waarvoor het Hof niet bevoegd is, en is het mitsdien niet ontvankelijk.

4. Het onderdeel verduidelijkt niet waaruit de aangevoerde schending van de artikelen 1134 en 1146 tot en met 1153 Burgerlijk Wetboek bestaat, en is in zoverre bij gebrek aan nauwkeurigheid niet ontvankelijk.

5. De appelrechters oordelen dat de schadebeperkingsplicht van het slachtoffer inhoudt dat het alle redelijke maatregelen moet nemen om de schade te beperken en van ouders in redelijkheid niet kan worden verwacht dat zij, ter beperking van hun schade, hun eigen kind, waarmee door het feit zelf dat het er is, sterke emotionele banden zijn ontstaan, zouden afstaan voor adoptie. Zij oordelen verder: “*Het*

feit dat de [verweerders] ten overstaan van de gerechtsdeskundige hebben verklaard dat zij gezien hun huidige kennis en ervaring met I, die momenteel een vaste waarde binnen de familie en het gezin heeft, retrospectief niet objectief kunnen zeggen of het overwegen van een terminatie op 33 weken een optie zou zijn geweest, vormt daartoe geen argument. Daarmee werd enkel gezegd dat eens het kind geboren is en er sterke emotionele banden bestaan tussen ouders en kind, men niet meer objectief kan zeggen of men een late zwangerschapsafbreking zou hebben overwogen.”

6. De appelrechters doen hiermee geen uitspraak bij wege van algemene en als regel geldende beschikking.

In zoverre het onderdeel schending van artikel 6 Gerechtelijk Wetboek aanvoert, kan het niet worden aangenomen.

Tweede middel

Tweede onderdeel

7. Krachtens de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek is ieder die door zijn foutieve daad, nalatigheid of onvoorzichtigheid aan een ander schade veroorzaakt, verplicht deze schade te vergoeden.

De rechter oordeelt onaantastbaar in feite over het bestaan van de schade. Het staat evenwel aan het Hof om na te gaan of hij uit zijn vaststellingen wettig heeft afgeleid dat schade bestaat.

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.

8. De appelrechters oordelen dat:

- de hypothetische toestand die zich zou hebben voorgedaan indien de eiser de congenitale afwijking zou hebben vastgesteld en meegedeeld aan de verweerders, erin bestaat dat zij met 80% zekerheid tot abortus zouden hebben laten overgaan;

- I dan niet zou geboren zijn en niet zou bestaan;
- het feit dat een vergelijking moet worden gemaakt met een toestand van niet-bestaan, niet belet dat kan worden vastgesteld dat bepaalde morele schade van het kind en ook de extra-uitgaven die het ingevolge zijn handicap heeft, vergoedbare schade zijn.

9. De appelrechters die op deze gronden het beroepen vonnis bevestigen in zoverre het de vordering van de verweerders als wettelijke vertegenwoordigers van I gedeeltelijk gegrond heeft verklaard, schenden de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek.

Het onderdeel is gegrond.

Overige grieven

10. De overige grieven kunnen niet tot ruimere cassatie leiden.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest in zoverre het de vordering van de verweerders als wettelijke vertegenwoordigers van I C gedeeltelijk gegrond heeft verklaard en oordeelt over de kosten.

Verwerpt het cassatieberoep voor het overige.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het hof van beroep te Antwerpen.

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, voltallige kamer, samengesteld uit eerste voorzitter ridder Jean de Codt, als voorzitter, de afdelingsvoorzitters Christian Storck, Eric Dirix en Albert Fettweis, en de raadsheren Alain Smetryns, Koen Mestdagh, Martine Regout, Geert Jocqué en Alain Bloch,

en in openbare en voltallige rechtszitting van 14 november 2014 uitgesproken door eerste voorzitter ridder Jean de Codt, in aanwezigheid van advocaat-generaal André Van Ingelgem, met bijstand van griffier Kristel Vanden Bossche.

K. Vanden Bossche

A. Bloch

G. Jocqué

M. Regout

K. Mestdagh

A. Smetryns

A. Fettweis

E. Dirix

Chr. Storck

J. de Codt