

## Het recht op schadevergoeding van kinderen voor preconceptionele fouten

Bas Hopman – mr. B.A. Hopman is advocaat bij SAP Letselschade Advocaten in Amersfoort.

Kan een kind nadat het geboren is, een fertilitestsarts aansprakelijk houden voor schade die voor of tijdens een vruchtbaarheidsbehandeling is veroorzaakt? In het bijzonder gaat het om de mogelijkheden om de arts aansprakelijk te stellen die zijn eigen sperma gebruikt om patiënten te bevruchten. Bas Hopman bespreekt de bekende gevallen van inseminatiefraude door artsen in Nederland en maakt onderscheid tussen de situatie waarin het sperma van de partner van de patiënt was afgesproken (KIE-fraude) en de situatie waarin sperma van een anonieme donor was voorgespiegeld (KID-fraude). Hopman concludeert dat er weliswaar uitdagingen maar geen onoverkomelijke barrières zijn voor schadevergoeding aan kinderen die geboren zijn als resultaat van deze fertilitestsfraude.

### 1. Inleiding

De belangen van kinderen van spermadonoren zijn regelmatig onderwerp van discussie, zoals recent in de zaak van ‘massadonor Jonathan’.<sup>12</sup> Van deze donor staat vast dat hij de biologische vader is van (minimaal) 550 kinderen. De Stichting Donorkind had in kort geding bij Rechtbank Den Haag<sup>3</sup> gevorderd dat hem verboden werd om nog sperma te doneren aan nieuwe wensouders. De stichting had volgens de rechtbank voldoende onderbouwd dat de donorkinderen er belang bij hebben dat het grote verwantschapsnetwerk waarvan zij deel uitmaken niet nog verder wordt uitgebreid, gezien de negatieve psychosociale gevolgen die dat voor hen heeft of mogelijk kan hebben.<sup>4</sup>

In 1989 bepaalde het IVRK dat het een mensenrecht is om de eigen genetische afkomst te kennen. Onvoldoende informatie over genetische afstamming kan namelijk leiden tot een verstoord gevoel van identiteit, wat weer ver-

band houdt met psychische problemen.<sup>5</sup> Omdat uit onderzoek blijkt dat kinderen schade kunnen ondervinden als ze geen toegang hebben tot afstammingsinformatie, hebben verschillende landen gametendotatie (afstaan van sperma of eicellen) door anonieme donoren verboden.<sup>6</sup> Ook in Nederland is anoniem doneren sinds 2004 niet meer mogelijk.<sup>7</sup>

De afgelopen vijf jaar is er in Nederland veel aandacht geweest voor de positie van donorkinderen. Zo werd in 2017 bekend dat wijlen vruchtbaarheidsarts Jan Karbaat in de jaren tachtig en negentig zijn eigen sperma gebruikte bij het kunstmatige insemineren van patiënten die bij hem kwamen voor een donorkind.<sup>8</sup> In 2021 meldde de NOS dat wijlen oud-gynaecoloog Jan Wildschut in dezelfde periode zijn sperma gebruikte bij het insemineren van vrouwen die zwanger wilden raken met het sperma van hun eigen partner.<sup>9</sup>

1 Zie bijvoorbeeld NRC 28 april 2023: ‘Massadonor Jonathan mag zijn sperma niet meer verspreiden’, <https://bitly.ws/VUNx>

2 Daarnaast zijn er wereldwijd een aantal massadonoren actief. Daarmee worden spermadonoren bedoeld die grote aantallen kinderen voortbrengen, met als gevolg dat een kind later geconfronteerd kan worden met een groot aantal halfbroers en -zussen, wat voor het kind psychisch belastend kan zijn, zie Rethmeier, Eveline. ‘Spermadonoren met honderden kinderen willen ‘alleen maar helpen’’, *Follow the Money* (8 december 2021), zie: <https://bit.ly/3rtXHvR>.

3 Rechtbank Den Haag 28 april 2023, ECLI:RBDHA:2023:6047.

4 ECLI:RBDHA:2023:6047, r.o. 5.26.

5 Melo-Martin, Inmaculada De., ‘The ethics of anonymous gamete donation: is there a right to know one’s genetic origins?’, *Hastings center report* 44.2 (2014): 28-35.

6 Bos, Henny, Loes van Rijn-van Gelderen, and Nanette Gartrell. ‘Self-esteem and problem behavior in Dutch adolescents conceived through sperm donation in planned lesbian parent families’, *Journal of Lesbian Studies* 24.1 (2020): 41-55; Ravelingien, An, and Guido Pennings, ‘The right to know your genetic parents: from open-identity gamete donation to routine paternity testing’, *The American Journal of Bioethics* 13.5 (2013): 33-41.

7 Vanaf 1 juni 2004 is de Wet Donorgegevens Kunstmatig Bevruchting in werking getreden en daarmee is het anoniem doneren van sperma in Nederland niet meer mogelijk.

8 School, Joep. ‘De tientallen kinderen van Jan Karbaat’, <https://bit.ly/3Zy50iL>.

9 ‘Donorkinderen van Zwolse gynaecoloog: ‘Dit is een stap erger’ NOS (30 maart 2021), <https://bit.ly/3Pyxbto>.



## 2. Inseminatiefraude in Nederland

In Nederland zijn als gevolg van fertiliteitsfraude<sup>10</sup> tientallen kinderen geboren. De vraag dringt zich op of deze kinderen een recht op schadevergoeding hebben. Tussen de tien en twintig artsen hebben heimelijk hun sperma gebruikt bij inseminatiebehandelingen.<sup>11</sup> Nederlandse artsen waarvan bekend is dat zij dit hebben gedaan zijn: Jan Karbaat, Jos Beek, Henk Nagel, Henk Ruis en Jan Wildschut.<sup>12</sup>

### 2.1 Jan Karbaat

Tijdens zijn werkzaamheden in de jaren zeventig en tachtig heeft wijlen vruchtbaarheidsarts Jan Karbaat zijn eigen sperma aangewend bij KID-behandelingen. Dit heeft geresulteerd in ten minste 81 donorkinderen.<sup>13</sup> In de VPRO documentaire *Het zaad van Karbaat* wordt ingezoomd op de ervaringen en emotionele reacties van ex-patiënten, oftewel: moeders, en donorkinderen die moeten omgaan met de gevolgen van het handelen van Karbaat.<sup>14</sup> Een groep donorkinderen is samen met een aantal ouders een bodemprocedure gestart waarin ze onder meer een schadevergoeding vorderen van de erfgenamen van de overleden Jan Karbaat. De Rechtbank Rotterdam oordeelde in februari 2021 dat de meeste vorderingen zijn verjaard.<sup>15</sup> De donorkinderen zijn hiertegen in hoger beroep gegaan. Bij de vorderingen die niet verjaard zijn moet de rechter oordelen over de aansprakelijkheid.

### 2.2 Jos Beek

In de jaren zeventig en tachtig heeft wijlen gynaecoloog Jos Beek zijn eigen sperma gebruikt bij KID-behandelingen. Dit heeft geresulteerd in 41 kinderen.<sup>16</sup> Uit onderzoek bleek dat Beek drager was van een zeldzame erfelijke ziekte. Twee donorkinderen zijn door deze ziekte overleden.<sup>17</sup>

**Omdat tussen de tien en twintig artsen heimelijk hun sperma hebben gebruikt bij inseminatiebehandelingen, zijn tientallen kinderen geboren.**

### 2.3 Henk Nagel

In de jaren tachtig heeft wijlen gynaecoloog Henk Nagel zijn sperma gebruikt bij patiënten die KID wensten en heeft hij in elk geval 1 kind verwekt bij een patiënt.<sup>18</sup> Henk Nagel heeft altijd beweerd zijn patiënten met hun grote kinderwens te willen helpen.<sup>19</sup>

### 2.4 Henk Ruis

Eind jaren tachtig en begin jaren negentig heeft gynaecoloog Henk Ruis zijn eigen sperma gebruikt bij KID-behandelingen. Zodoende heeft Henk Ruis drie kinderen verwekt bij patiënten.<sup>20</sup> Volgens Ruis is er sprake van een groot misverstand; zijn sperma zou in het laboratorium aanwezig zijn geweest voor onderzoek en per abuis zijn verwisseld met donorzaad.<sup>21</sup>

### 2.5 Jan Wildschut

In 2021 kwam naar buiten dat wijlen vruchtbaarheidsarts Jan Wildschut in de jaren zeventig en tachtig zijn eigen sperma heeft gebruikt bij zowel KID als KIE behandelingen.<sup>22</sup> In september 2022 waren er 56 (donor)kinderen gemacht aan dokter Wildschut.<sup>23</sup>

## 3. Aanspraken van het kind

### 3.1 Geneeskundige behandelingsovereenkomst

Wanneer een patiënt (bijvoorbeeld een wensmoeder) de hulp van een arts inschakelt, dan komt er een geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand (ex titel 7.7.5. BW). De arts is dan op grond van art. 6:74 BW (wanprestatie) jegens de patiënt aansprakelijk als hij tekortschiet in de nakoming van een op hem rustende verbintenis, tenzij deze tekortkoming niet aan de arts kan worden toegerekend. Een dergelijk tekortkoming ontstaat bijvoorbeeld als de arts niet de zorg biedt die een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts in dezelfde omstandigheden zou bieden (art. 7:453 BW). Alleen de

10 De Kluiver gebruikt de term fertiliteitsfraude: onrechtmatige daad bij voortplanting (reproductive wrong). Zie C. de Kluiver, 'Fertiliteitsfraude in de Nederlandse rechtsorde', *NJB* 40 (2022).

11 Van Twillert, Marieke, 'Tiental artsen betrokken bij inseminatie met eigen sperma', *Medisch contact* (30 mei 2022), <https://bit.ly/46uGVMe>.

12 'Gynaecologen die eigen sperma gebruikten', *Donorconceptie.nl* (geraadpleegd op 24 augustus 2023), <https://bit.ly/3Py7tFu>.

13 'Spermadonoren steeds minder anoniem, blijkt ook na nieuwe ontdekking sjoemeldonor', *KRO-NCRV* (juli 2022), <https://bit.ly/3rv8FkR>.

14 VPRO, 'Het zaad van Karbaat', <https://bit.ly/46pA1Yr>.

15 Rechtbank Rotterdam 23 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1380.

16 Fiom, 'Informatie donorschap gynaecoloog Jos Beek', <https://bit.ly/3ZB3DQd>.

17 'Gynaecoloog Leiderdorp verwekte niet 21 maar 41 kinderen met eigen sperma', *NOS* (6 juli 2022), <https://bit.ly/3LFUArS>.

18 Fiom, 'Informatie donorschap gynaecoloog Henk Nagel', <https://bit.ly/3RxNyJi>.

19 Kuiper, Rik, 'De gynaecoloog die besloot zelf semen te doneren: "Ik moest dan toch wat doen"', *Volkscrant* (15 februari 2022), <https://bit.ly/3rwuE15>.

20 'Opnieuw gynaecoloog die eigen sperma gebruikte om vrouwen zwanger te maken', *NOS* (1 juli 2022), <https://bit.ly/3LBiUll>.

21 Kuiper, Rik, 'Brabants gynaecoloog verwekte kinderen bij vrouwen die hij behandelde', *Volkscrant* (1 juli 2022), <https://bit.ly/3RBul9s>.

22 Fiom, 'Informatie donorschap gynaecoloog Jan Wildschut', <https://bit.ly/3RBJKQg>.

23 Ter Steege, Laura, 'Hoi, ik ben je nieuwe halfzus', *Medisch Contact* (15 september 2022), <https://bit.ly/3LGsvMe>.



contractspartijen kunnen rechtsgeldig een beroep doen op wanprestatie.<sup>24</sup> Dit betreft in de meeste gevallen alleen de patiënt.

### 3.2 Goed hulpverlenerschap

Art. 7:453 BW bepaalt dat de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen. Deze zorgplicht beperkt zich volgens de Hoge Raad niet per definitie tot de partijen bij de behandelingsovereenkomst. Het goed hulpverlenerschap kan zich ook uitstrekken tot derden, voor zover hun belangen op dusdanige wijze zijn verweven met een behoorlijke uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst dat schade kan ontstaan indien de hulpverlener daarin tekortschiet. In die gevallen kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt vereisen dat de hulpverlener eveneens rekening houdt met de belangen van een derde. Als een hulpverlener onterecht de belangen van een derde niet ontziet, kan de aansprakelijkheid jegens deze derde in principe worden aangenomen.

### 3.3 Juridische grondslag

Volgens de Hoge Raad is het mogelijk dat een vrouw die een behandelingsovereenkomst aangaat ter begeleiding van haar zwangerschap, dit niet alleen voor haarzelf doet, maar ook mede namens het kind waarvan zij zwanger is. Het kind wordt tijdens de zwangerschap immers beschouwd als reeds geboren indien het belang van het kind dit vordert (art. 1:2 BW). Niettemin suggereert de aard van de behandelingsovereenkomst volgens de Hoge Raad dat de vrouw deze overeenkomst alleen voor zichzelf sluit, behoudens aanwijzingen voor het tegendeel.<sup>25</sup> Omdat voornoemd wetsartikel enkel en alleen van toepassing is op verwekte ongeborenen, zal een wensmoeder niet mede namens het nog te verwekken kind een overeenkomst kunnen aangaan ter bevordering van de zwangerschap. Het feit dat het te verwekken kind een belang heeft bij de overeenkomst is hiervoor onvoldoende. Het kind zal zich derhalve waarschijnlijk niet kunnen beroepen op art. 6:74 BW.

De kinderen die zijn verwekt door een vruchtbaarheidsarts die zijn eigen zaad heeft gebruikt bij een kunstmati-

ge inseminatiebehandeling zullen zich gelet op het voorgaande dus jegens de arts moeten beroepen op art. 6:162 BW (onrechtmatige daad). Het kind zal dus moeten stellen dat het insemineren van het eigen sperma door de arts niet alleen jegens de moeder, maar ook jegens het kind in strijd was met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De vraag is dan of de arts ook rekening had moeten houden met de belangen van het te verwekken kind.<sup>26</sup>

De Kluiver duidt de fraude waarbij onrechtmatig is gehandeld met betrekking tot de bevruchting aan met 'wrongful fertilisation'.<sup>27</sup> Het verschil met 'wrongful birth' en 'wrongful life' is dat in deze laatste gevallen het verwijt luidt dat de onrechtmatige daad heeft geleid tot de geboorte of het bestaan van het kind. Bij wrongful birth heeft de hulpverlener de aangeboren handicaps niet kunnen voorkomen, maar is de beroepsfout gelegen in het nalaten de ongeboren vrucht (voldoende goed) te testen op genetische aandoeningen.<sup>28</sup> Als deze test (correct) was uitgevoerd, zo luidt het verwijt, dan zou het kind niet zijn geboren, omdat de ouder dan voor abortus zouden hebben gekozen. De wrongful-life vordering heeft betrekking op dezelfde situatie, maar betreft de vordering van het kind zelf. In tegenstelling tot wrongful birth en wrongful life is de onrechtmatigheid bij wrongful fertilisation gelegen in de omstandigheden van de bevruchting.<sup>29</sup>

### 3.4 Onrechtmatige daad

Wanneer de belangen van een derde zo nauw betrokken zijn bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst dat deze derde schade kan lijden als de arts in de uitvoering van deze overeenkomst tekortschiet, kan het ongeschreven recht vereisen dat de arts de belangen van deze derde ontziet en zijn gedrag mede door die belangen laat bepalen.<sup>30</sup> Bij de beoordeling van de vraag of een vruchtbaarheidsarts rekening behoort te houden met de belangen van het te verwekken kind, zal de rechter alle relevante omstandigheden van het geval moeten meewegen. Daarbij denk ik in elk geval aan de volgende omstandigheden: (a) de aard en ernst van het handelen, (b) de hoedanigheid van de bij de overeenkomst betrokken partijen, (c) de aard en strekking van de overeenkomst, en (d) de wijze waarop de belangen van het kind hierbij betrokken zijn.<sup>31</sup>

24 Hoge Raad 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991, 26; Rb. Rotterdam 13 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1050.

25 Hoge Raad 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, r.o. 4.12; Hoge Raad 8 september 2000, nr. C. 98/371, NJ 2000, 734.

26 Hoge Raad 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1460, NJ 1996/196, m.nt. C.J.H. Brunner (Staat/Shell), r.o. 3.8.4.

27 C. de Kluiver, Fertiliteitsfraude in de Nederlandse rechtsorde, NJB 40 (2022) paragraaf 2.2. Zij verwijst daarbij ook naar: H. Hakkim & K. Ho Hin Tat, 'Genetic affinity as a novel remedy for wrongful fertilisation – a case of assessing the incalculable?' *Singapore Law Blog* 9 april 2017.

28 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213 (Baby Kelly).

29 Zie voetnoot 27.

30 Hoge Raad 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, NJ 2006, 606 (Baby Kelly); Rb. Rotterdam 13 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1050.

31 Hoge Raad 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069 en 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355; vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 29 maart 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:2447, r.o. 3.4.



Hieronder zal ik betogen dat een vruchtbaarheidsarts zijn werkzaamheden mede moet laten bepalen door de belangen van het te concipiëren kind. Zowel in de situatie waar er met de wensouders was afgesproken om het sperma van de eigen partner te gebruiken (KIE), als in de situatie waar er met de wensmoeder was afgesproken om donorzaad aan te wenden (KID), zijn de belangen van het te verwekken kind kenbaar en was geestelijk letsel als gevolg van de inseminatiefraude redelijkerwijs voorzienbaar.

### **Aard en ernst van het handelen**

Het staat buiten kijf dat het gebruik van eigen sperma door een behandelend arts bij kunstmatige inseminatiebehandelingen van patiënten onethisch, immoreel en in strijd is met de gedragsregels die op artsen rusten. Ook in de jaren zeventig werd dit vanuit medisch-ethisch oogpunt als onbetamelijk beschouwd, zeker wanneer het gebeurde zonder de moeder hierover te informeren en zonder haar om toestemming te vragen. Van een arts werd en wordt verwacht dat hij zich niet verder inlaat met de privésfeer van de patiënt dan strikt noodzakelijk is voor de behandeling en dat hij zich onthoudt van ongepast gedrag binnen de behandelrelatie. Het vervullen van de rol van behandelaar en (ongevraagd) spermadonor is dan ook volstrekt onacceptabel en een ernstige schending van de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt. Hiermee heeft de zorgverlener de keuze voor de genetische ouder van het kind niet gerespecteerd.<sup>32</sup>

Hoewel sommige vruchtbaarheidsartsen hun handelen goedpraten,<sup>33</sup> bestaat er geen enkele rechtvaardiging voor het gebruiken van eigen zaad door een behandelend arts. De arts die dit heimelijk doet misleidt zijn patiënt en haar eventuele partner. Deze frauduleuze handelswijze heeft echter niet alleen gevolgen voor de wensouders, maar ook voor het donorkind dat uiteindelijk wordt verwekt en geboren. Het kind groeit namelijk op met incorrecte afkomstinformatie. Dit kan schadelijke gevolgen hebben voor de gezondheid van het kind wanneer het zijn werkelijke afkomst ontdekt. Dit pleit vóór het toekennen van een recht op schadevergoeding aan donorkinderen.<sup>34</sup>

### **Hoedanigheid van partijen**

De hoedanigheid van een partij kan meebrengen dat deze partij bij de uitvoering van een bepaalde overeenkomst, meer dan anderen, rekening moet houden met de belangen van bij die betreffende overeenkomst betrokken der-

den.<sup>35</sup> Voor het aannemen van een dergelijke bijzondere zorgplicht kan al voldoende zijn dat de desbetreffende partij zijn prestatie beroepshalve of bedrijfsmatig verricht en zodoende over de kwaliteit van die prestatie bij derden vertrouwen wordt gewekt.<sup>36</sup> Een zeer sterke aanwijzing voor het bestaan van een bijzondere zorgplicht is dat de partij op grond van de wet terzake van bepaalde prestaties een monopoliepositie heeft.

Een voorbeeld betreft de advocaat. De advocaat heeft bepaalde voorrechten, waaronder het procesmonopolie, maar moet bij zijn werkzaamheden ook rekening houden met publieke belangen alsook de gerechtvaardigde belangen van derden alsook de wederpartij.<sup>37</sup> Een arts heeft een vergelijkbare positie. Alleen artsen mogen immers de in de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) voorbehouden handelingen zelfstandig en zonder supervisie uitvoeren. Van een arts mag daarom worden verwacht dat hij sensitief is voor de redelijke belangen van patiënten en te verwekken kinderen. Dit geldt ook voor een vruchtbaarheidsarts. De Kluiver merkt terecht op dat patiënten onder behandeling van een vruchtbaarheidsarts zich in een kwetsbare positie bevinden. Het achterhouden van informatie en bewust bedrog wordt dan ook niet van een arts verwacht.

---

**Opgroeien met incorrecte afkomstinformatie kan schadelijke gevolgen hebben voor de gezondheid van het kind wanneer het zijn werkelijke afkomst ontdekt.**

---

Hoewel op het moment dat de vruchtbaarheidsarts de fout maakt er nog geen sprake is van een kind met afdwingbare rechten,<sup>38</sup> meen ik dat dit niet betekent dat de arts tijdens zijn werkzaamheden dus geen rekening hoeft te houden met de belangen van het te verwekken kind. Het is op zich correct dat de arts niet kon voorzien *welk* kind zou worden verwekt en geboren, maar het was redelijkerwijs wel voorzienbaar dat er *een* kind kon worden verwekt en geboren als gevolg van de inseminatie. Met dit potentieel in gedachten, had de arts rekening moeten houden met de belangen van het kind en moeten afzien van het gebruik van zijn sperma bij de behandeling. Ook de hoedanigheid van partijen pleit aldus voor de aansprakelijkheid van de arts.

32 C. de Kluiver, Fertilitetsfraude in de Nederlandse rechtsorde, NJB 40 (2022) paragraaf 2.3.1.

33 Bosch, Janneke. 'Oud-gynaecoloog Nagel insemineerde vrouwen met eigen zaad: 'Ik moest wat'' *Omroep Brabant* (15 februari 2022), <https://bit.ly/3RG161Y>.

34 Ik kom in paragraaf 3.4.4. terug op de vraag in hoeverre het onderscheid tussen KIE-fraude en KID-fraude relevant is.

35 Tjittes, Riemert Pieter Jan Lucris, *De hoedanigheid van contractspartijen. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss.) (1994).

36 HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 m.nt. A.R. Bloembergen.

37 Zie bijv. (de toelichting op) gedragsregel 6 Gedragsregels Advocatuur.

38 Prof. dr. Leenen, Henk. 'Recht op Voortplanting', *Metamedica* 1988/67, p. 9



### Aard en strekking van de overeenkomst

Een vruchtbaarheidsbehandeling (zoals een kunstmatige inseminatie) is een medische procedure die bedoeld is om de kans op een zwangerschap te vergroten. Het doel van deze behandelingen is dus om wensouders en wensmoeder te helpen hun kinderwens te vervullen wanneer ze zelf niet op natuurlijke wijze een kind kunnen verwekken.<sup>39</sup> De vruchtbaarheidsarts is dus zowel professioneel als causaal betrokken bij het verwekken van een kind. De arts draagt dus de medeverantwoordelijkheid voor het kind dat uiteindelijk wordt verwekt en geboren. Gelet op deze verantwoordelijkheid is het redelijk om van een arts te verwachten dat hij ook rekening houdt met het welzijn en de belangen van het te verwekken, toekomstige kind.<sup>40</sup> De aard en strekking van de behandelingsovereenkomst met de wensmoeder of wensouders pleit dus eveneens vóór aansprakelijkheid van de arts.

### Belangen van het kind

Wanneer een kind dat heimelijk is verwekt door een arts een DNA-test ondergaat en ontdekt dat zijn biologische vader niet dezelfde persoon is als zijn opvoedvader, kan deze onthulling choquerend en traumatisch zijn en resulteren in geestelijk letsel. Het handelen van de arts betekent voor deze kinderen namelijk een herziening en herbeleving van de ooit zo vanzelfsprekende familiebanden.<sup>41</sup> Het is niet verrassend dat een groot deel van deze kinderen kampen met psychische klachten en identiteitsproblemen.<sup>42</sup> De Kluiwer<sup>43</sup> schrijft hierover:

‘Karbaat heeft tot groot verdriet van de ouders en hun kinderen bijvoorbeeld ook zijn eigen zaad gebruikt in plaats van het zaad van de echtgenoten van zijn patiënten, terwijl deze ouders altijd in de veronderstelling verkeerden dat zij genetisch verwant waren aan hun kinderen. Nadat Karbaats misdragingen aan het licht kwamen zijn zij tot de pijnlijke realisatie gekomen dat dit niet het geval was.’

De waarheid is uiteraard ook pijnlijk voor de kinderen. Jody L. Madeira, een Amerikaanse deskundige op het gebied van inseminatiefraude, schijft hierover het volgende:

‘[T]he adult children born from illicit insemination also struggle to come to terms with their conception. (...) Discovering the truth wrecks personal identity and destroys familial relationships. Many doctor-conceived children confess they feel as if they were conceived through rape. Some have become estranged from their parents and siblings with whom they grew up.’<sup>44</sup>

Een donorkind omschrijft de confrontatie met de fertiliteitsfraude als volgt:

‘One of the biggest struggles with all this is that we all grow up and we develop with a certain understanding of self, who we are as individuals, and all of a sudden that story and that understanding is changed. The story and the understanding of self that we have been operating under is all of a sudden not true. That understanding of self obviously has a big role in how we identify, and who we understand ourselves to be. I find that very (...) for growth, for maturity.’<sup>45</sup>

Een ander door een arts verwekt kind, had de volgende gevoelens bij de fertiliteitsfraude:

‘At the beginning, I remember feeling a lot of dissociation with my own face and body. All these things, my eyes, my smile, I got them from someone else who I do not know. And I am feeling very strange about that.’<sup>46</sup>

In wetenschappelijke publicaties naar de behoeften van donorkinderen wordt geconcludeerd dat het goed is voor donorkinderen om zo vroeg mogelijk te horen dat zij donorkind zijn. Zo benadrukte de ethische commissie van de Amerikaanse beroepsgroep voor voortplantingsgeneeskunde<sup>47</sup> in 2018, op basis van bestendig wetenschappelijk onderzoek, dat het belangrijk is om open te zijn over het feit dat het kind een donorkind is, en om dit op jonge leeftijd te openbaren:

‘Other concerns about disclosure relate to the timing of disclosure. Some social scientists, mental health professionals, parents, and donor-conceived persons suggest that

39 KNMG, ‘Standpunt Verantwoordelijkheid arts bij kunstmatige voortplanting’, *Medisch Contact* (1989) 44: 1711-4; NVOG, ‘Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen’ (2010); Prof. dr. Leenen, Henk. *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1. Rechten van mensen in de gezondheidszorg* (2007), vijfde druk. Bohn Stafleu Van Loghum; Commissie Herziening Planningsbesluit. ‘Het Planningsbesluit IVF’ *Gezondheidsraad* (1997), 1997/03, 107-14

40 Van Beers, Britta, ‘Van slaapkamer naar vruchtbaarheidskliniek. Deseksualisering van voortplanting en de “uitbarsting van verantwoordelijkheid”’, *Ars aequi* (2016): 298-306.

41 Miechels, Tim, ‘Niemand komt alleen ter wereld’, *Filosofie* (19 maart 2021), <https://bit.ly/46ntPjA>.

42 Misérus, Mark, ‘De Donorkinderen van Jan Karbaat. Waar sommigen naar de rechter stappen, vinden anderen dat ze niets te eisen hebben’, *Volkskrant* (10 mei 2019), <https://bit.ly/3LBL1de>.

43 C. de Kluiwer, Fertiliteitsfraude in de Nederlandse rechtsorde, *NJB* 40 (2022) paragraaf 2.3.1

44 Madeira, Jody Lyneé, ‘Understanding Illicit Insemination and Fertility Fraud, from Patient Experience to Legal Reform’, *Colum. J. Gender & L.* 39 (2020), p. 110, 113.

45 Id., p. 147

46 Zeghiche, Sabrina, Isabel Côté, and Kévin Lavoie. ““Once you open that Pandora’s box, you cannot close it”: a qualitative study on family relationships following insemination fraud”, *Reproductive BioMedicine Online* (2023).

47 Ethics Comm., Am. Soc’y Reproductive Med., ‘Informing Offspring of Their Conception by Gamete or Embryo Donation: An Ethics Committee Opinion’, 109 *Fertility & Sterility* 601 (2018).



there is an advantage in disclosing during the preschool and school-age years, before puberty, so the child can absorb that information over time and the child “always knows”.<sup>48</sup> While there is no research that identifies a specific ideal age for disclosure, the literature suggests that children who are told when they are young respond neutrally, with curiosity, or pleasure, rather than distress.<sup>49</sup> Later disclosure, during adolescence or adulthood has been associated with negative feelings of confusion, betrayal, distrust and anger among offspring.<sup>50</sup>

De ethische commissie verwijst naar publicaties die laten zien dat openheid over het verwerkt zijn door een donor geen negatieve invloed heeft op het kind en diens gezondheid, mits het op vroege leeftijd gebeurt.<sup>51</sup> Daartegenover staat dat het op latere leeftijd zelf ontdekken van de waarheid disruptief en traumatiserend kan zijn.<sup>52</sup> Bij KIE-fraude worden deze belangen geschonden.

In de zaak die moeders en donorkinderen aanspanden tegen de erven van vruchtbaarheidsarts Jan Karbaat overwoog Rechtbank Rotterdam:

‘De zorgplicht van de arts is niet beperkt tot partijen bij de behandelovereenkomst; zij kan ook betrekking hebben op niet-contractuele relaties, bijvoorbeeld tussen de arts en een bij de betreffende behandelovereenkomst betrokken derde (zoals bijvoorbeeld een partner of kind van de patiënt). Indien de belangen van die derde zo nauw zijn betrokken bij (de behoorlijke uitvoering van) de behandelovereenkomst

dat deze derde schade of ander nadeel kan lijden als de arts in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt meebrengen dat de arts deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Verwijtbaar onjuist gedrag van de arts – de “fout” – wordt dan gekwalificeerd als een onrechtmatige daad.<sup>53</sup>

Het gaat daarbij volgens de rechter om voor de (vruchtbaarheids)arts kenbare belangen:

‘Ten aanzien van de (donorkinderen onder de) eisers van wie de contractuele relatie met [overleden fertiliteitsarts] (nog) niet vast staat, is sprake van onrechtmatig handelen/nalaten. [overleden fertiliteitsarts] heeft immers onvoldoende rekening gehouden met hun, voor hem kenbare, belangen. Het tekortschieten en onrechtmatig handelen/nalaten van [overleden fertiliteitsarts] heeft tot gevolg gehad dat zeer veel onrust is ontstaan onder donorkinderen en hun familieleden.<sup>54</sup>

Ook jegens de kinderen is dus onrechtmatig gehandeld; hun kenbare belangen zijn geschonden.

---

**Het hebben van tientallen halfbroers en -zussen kan het gevoel aantasten een uniek en gewenst kind te zijn.**

---

- 48 Rumball, Anna, and Vivienne Adair, ‘Telling the story: parents’ scripts for donor offspring’, *Human Reproduction* 14.5 (1999): 1392-1399.
- 49 Scheib, Joanna E., and Alice Ruby, ‘Impact of sperm donor information on parents and children’, *Sexuality, Reproduction and Menopause* 4.1 (2006): 17-19; Blake, Lucy, et al. “Daddy ran out of tadpoles”: how parents tell their children that they are donor conceived, and what their 7-year-olds understand’, *Human Reproduction* 25.10 (2010): 2527-2534; Blake, Lucy, et al. “I was quite amazed”: donor conception and parent-child relationships from the child’s perspective’, *Children & Society* 28.6 (2014): 425-437; Rumball, Anna, and Vivienne Adair, ‘Telling the story: parents’ scripts for donor offspring’, *Human Reproduction* 14.5 (1999): 1392-1399.
- 50 Daniels, Ken, and Letitia Meadows, ‘Sharing information with adults conceived as a result of donor insemination’ *Human Fertility* 9.2 (2006): 93-99; Jadva, Vasanti, et al, ‘The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation: comparisons by age of disclosure and family type’ *Human Reproduction* 24.8 (2009): 1909-1919.
- 51 Zie bijvoorbeeld: Lycett, Emma, et al ‘Offspring created as a result of donor insemination: a study of family relationships, child adjustment, and disclosure’, *Fertility and sterility* 82.1 (2004): 172-179; Golombok, Susan, et al, ‘Children conceived by gamete donation: psychological adjustment and mother-child relationships at age 7’, *Journal of Family Psychology* 25.2 (2011): 230; Golombok, Susan, et al, ‘The European study of assisted reproduction families: the transition to adolescence’, *Human Reproduction* 17.3 (2002): 830-840; Bauer, Tobias, and Anne Meier-Credner, ‘Circumstances Leading to Finding Out about Being Donor-Conceived and Its Perceived Impact on Family Relationships: A Survey of Adults Conceived via Anonymous Donor Insemination in Germany’, *Social Sciences* 12.3 (2023); Lindblad, F., C. Gottlieb, and O. Lalos, ‘To tell or not to tell-what parents think about telling their children that they were born following donor insemination’, *Journal of Psychosomatic Obstetrics & Gynaecology* 21.4 (2000): 193-203; Scheib, Joanna E., Maura Riordan, and Susan Rubin, ‘Adolescents with open-identity sperm donors: reports from 12-17 year olds’, *Human Reproduction* 20.1 (2005): 239-252; Scheib, Joanna E., Maura Riordan, and Susan Rubin, ‘Choosing identity-release sperm donors: The parents’ perspective 13-18 years later’, *Human Reproduction* 18.5 (2003): 1115-1127.
- 52 Clamar, Aphrodite, ‘Psychological implications of the anonymous pregnancy’, *Gender in transition: A new frontier*. Boston, MA: Springer US, 1989. 111-121; Karpel, Mark A, ‘Family secrets: II. Ethical and practical considerations in therapeutic management’, *Family process* 19.3 (1980): 295-306; McWhinnie, Alexina, ‘A study of parenting of IVF and DI children’, *Med. & L.* 14 (1995): 501; Donor Conception Support Group of Australia, ‘Let the offspring speak: Discussions on donor conception’, (1997); Brodzinsky, David, Daniel W. Smith, and Anne B. Brodzinsky, *Children’s adjustment to adoption: Developmental and clinical issues*. Vol. 38. Sage, 1998; Turner, Amanda J., and Adrian Coyle, ‘What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy’, *Human reproduction* 15.9 (2000): 2041-2051; Kirkman, Maggie. ‘Parents’ contributions to the narrative identity of offspring of donor-assisted conception’, *Social Science & Medicine* 57.11 (2003): 2229-2242; Lampic, Claudia, et al, ‘National survey of donor-conceived individuals who requested information about their sperm donor – experiences from 17 years of identity releases in Sweden’, *Human Reproduction* 37.3 (2022): 510-521.
- 53 Rechtbank Rotterdam 13 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1050 (Karbaat), r.o. 4.7.
- 54 Id. r.o. 4.29.



**KIE-fraude en KID-fraude: verschil en overeenkomst**

Hoe zit het dan met de kinderen die ook zonder de onrechtmatige daad niet genetisch verwant zouden zijn geweest aan hun beide ouders? Een groot verschil tussen KIE-fraude en KID-fraude is immers dat het bij KID-behandelingen steeds duidelijk is geweest dat de biologische vader een anonieme donor was (NB: na 2004 is anoniem donoren niet meer mogelijk).<sup>55</sup> Het is de vraag of het feit dat niet een anonieme donor de verwekker blijkt te zijn, maar een bekende donor, namelijk de arts, ook jegens het kind onrechtmatig is. Dit lijkt minder voor de hand liggend dan in geval van KIE-fraude. De onthulling van de fertiliteitsfraude geeft voor deze groep namelijk ook antwoorden:

'It was not such bad news [vergeleken met KIE-fraude] because I was going to get answers that I would not have been able to get otherwise. Not knowing is worse.'<sup>56</sup>

Niettemin kan het door de arts verwerkt zijn problematisch zijn voor de kinderen. Zo hebben veel van deze kinderen ook moeite met de wijze waarop de arts hun moeder heeft behandeld:

'It is absolutely wrong what he did to our mothers. To intrude into their privacy like that is disgusting.'<sup>57</sup>

Ook het verwisselen van anoniem donorsperma met dat van de arts kan onrechtmatig zijn jegens de daarmee verwekte kinderen. Op de eerste plaats hebben veel donorkinderen moeite met het deel uitmaken van een absurd groot verwantschapsnetwerk. Hoewel sommige kinderen het contact met de vele halfbroers en -zussen waarden, ervaren anderen het als een worsteling waarbij stress en gevoelens van onmacht, spanning, onzekerheid, rivaliteit en teleurstelling komen kijken.<sup>58</sup> Het hebben van tientallen halfbroers en -zussen kan verder het gevoel aantasten

een uniek en gewenst kind te zijn.<sup>59</sup> Veel kinderen voelen zich ook het product van verkrachting en misbruik.<sup>60</sup> Op de tweede plaats vrezen veel donorkinderen voor consanguïteit<sup>61</sup> tussen halfbroers en/of -zussen die afstammen van de arts. In het verleden zijn er al incidenten geweest waarbij donorkinderen elkaar tegenkwamen zonder dat zij van hun verwantschap wisten.<sup>62</sup> Op de derde plaats zijn veel donorkinderen bang voor genetisch overdraagbare ziektes en aandoeningen.<sup>63</sup>

Bij onrechtmatigheid bij KID speelt het aantal donaties een belangrijke rol. In de zaak Karbaat overwoog de rechtbank hierover:

'Sinds 1992 geldt er een algemene norm van maximaal 25 kinderen per donor. Deze norm is vastgelegd in de richtlijn medisch-technische aspecten van kunstmatige donorinseminatie (...). Uit de informatiefolder die aan wensouders werd verstrekt volgt dat in MC Bijdorp een nog strengere norm gold, namelijk de norm van maximaal 6 kinderen per donor, inclusief de kinderen van de donor zelf (...). In de (...) opname van het gesprek met [overleden fertiliteitsarts] wordt het maximum aantal van 6 kinderen per donor (inclusief de kinderen van de donor zelf) door [overleden fertiliteitsarts] bevestigd. Naar op basis van het overgelegde bewijsmateriaal aannemelijk is geworden en door gedaagden niet, althans onvoldoende concreet is betwist, is deze norm, maar in sommige gevallen ook de landelijke norm van maximaal 25 kinderen per donor, (ruimschoots) overschreden.'<sup>64</sup>

Het aantal van maximaal 25 donorkinderen is gebaseerd op een CBO-richtlijn uit 1992. De Gezondheidsraad heeft deze richtlijn in 2013 geëvalueerd. Het maximum van 25 donorkinderen werd toen gehandhaafd, gelet op de mogelijke psychosociale gevolgen voor donorkinderen.<sup>65</sup> Het is de vraag of het verwisselen van anoniem donorzaad met het zaad van de arts ook onrechtmatig is jegens de kinderen als de vruchtbaarheidsarts minder dan 25 kin-

55 Als deze informatie door de moeder/ouders is achterhouden, moet de verantwoordelijkheid daarvoor eerder bij de ouders dan bij de arts worden gezocht.

56 Zeghiche, Sabrina, Isabel Côté, and Kévin Lavoie, "Once you open that Pandora's box, you cannot close it": a qualitative study on family relationships following insemination fraud, *Reproductive BioMedicine Online* (2023), p. 6-7.

57 Id.

58 Indekeu, Astrid, Sophie H. Bolt, and A. Janneke BM Maas, 'Meeting multiple same-donor offspring: psychosocial challenges', *Human Fertility* 25.4 (2022): 677-687.

59 Gezondheidsraad 2013, p. 32 en 38.

60 Madeira, Jody Lyneé, 'Understanding Illicit Insemination and Fertility Fraud, from Patient Experience to Legal Reform', *Colum. J. Gender & L.* 39 (2020), p. 110, p. 146; Madeira, Jody Lyneé, 'Baby Not on Board: Must Children Born Through Illicit Insemination Be Barred From Recovery?', *Bill of Health* (22 januari 2019), <https://bit.ly/45ZD5ux>.

61 Wanneer kinderen van dezelfde donor met elkaar een relatie aangaan zonder dat zij weten dat zij halfbroer of halfzus zijn.

62 Misérus Mark, 'De Donorkinderen van Jan Karbaat. Waar sommigen naar de rechter stappen, vinden anderen dat ze niets te eisen hebben', *Volkskrant* (10 mei 2019), <https://bit.ly/3LBL1de>.

63 Jadva, Vasanti, et al, 'Experiences of offspring searching for and contacting their donor siblings and donor', *Reproductive biomedicine online* 20.4 (2010): 523-532; Janssens, Pim MW, et al, 'Evolving minimum standards in responsible international sperm donor offspring quota', *Reproductive biomedicine online* 30.6 (2015): 568-580; Indekeu, Astrid, Sophie H. Bolt, and A. Janneke BM Maas, 'Meeting multiple same-donor offspring: psychosocial challenges', *Human Fertility* 25.4 (2022): 677-687; Bolt, Sophie H., et al, 'The ongoing work of kinship among donor half-siblings in The Netherlands', *BioSocieties* 18.1 (2023): 156-173.

64 Rechtbank Rotterdam 13 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:1050 (Karbaat), r.o. 4.27.

65 Gezondheidsraad, 'Het maximum aantal kinderen per spermadonor. Evaluatie van de huidige richtlijn', (3 september 2013).



deren heeft verwerkt met zijn zaad. Mijns inziens kan dit wel betoogd worden. Dit betoog is gestoeld op de betekenis van het geboren worden. Vanaf het moment dat een kind geboren wordt is het kind relationeel ingebed. Met andere woorden, het kind komt niet in een vacuüm ter wereld. Het kind verhoudt zich van meet af aan tot een bepaalde groep ‘anderen’. De aard van die verhoudingen verschilt per geval. Voor de meeste kinderen is de narratieve context van hun verwekking en geboorte duidelijk. Ze weten wie hun ouders zijn, waar ze vandaan komen en hebben kennis van hun genetische geschiedenis, vaak tot wel drie generaties terug. Daar de genetische afkomst geen bron van onzekerheid vormt, hebben deze personen vaak geen prangende vragen over hun genetische geschiedenis. Dit is anders voor veel donorkinderen. Het gebrek aan informatie over (de context van) hun conceptie, zorgt bij hen voor vragen over afkomst en identiteit. Dit drijft veel donorkinderen om op zoek te gaan naar gegevens over en de identiteit van de (anonieme) spermadonor. Veel donorkinderen zijn geïnteresseerd in en nieuwsgierig naar (de persoon van) hun verwekker, mede ‘omdat ze willen weten wie ze zijn en waar ze vandaan komen.’<sup>66</sup> Donorkinderen zijn in het verleden zelfs rechtszaken gestart om achter de identiteit van hun donor te komen.<sup>67</sup> Bij fertiliteitsfraude dragen de nakomelingen onverwacht een oorsprongsverhaal van onrecht, misbruik en bedrog met zich mee:

‘Children who knew they were donor kids must grapple with the knowledge of who their sperm donor was, and what that man did to their mothers and others.’<sup>68</sup>

Ook de kinderen geven aan het moeilijk te vinden om door een arts verwerkt te zijn:

‘[J]e [zit] als donorkind niet te wachten dat heel de wereld iets van jouw donornader vindt. Want jij bent de persoon die zich moet verhouden tot die persoon. Van de dokter zijn is een extra handicap.’<sup>69</sup>

Zie ook: ‘There are days where I have to place myself away from this and escape it, because it eats at you really bad.

Then there’s days where I am fine, and then there’s days where I sit there and think, ‘Why in the hell am I even alive?’<sup>70</sup>

Het zich tot de persoon van de arts moeten verhouden en het ‘product’ zijn van fertiliteitsfraude, is voor veel kinderen lastig. KID-fraude kan dus ook bij een beperkt aantal nakomelingen choquerend en ziekmakend zijn.

De belangen van de kinderen die zijn verwerkt door KIE- en KID-fraude waren voor de arts voldoende kenbaar. De kinderen die zijn verwerkt door KIE-fraude hadden belang bij het genetisch verwant zijn aan hun opvoeders, aangezien dit parallel loopt aan de intentie van de wensouders, de narratieve context waarmee deze kinderen zijn opgegroeid en de identiteit die deze kinderen na hun geboorte hebben ontwikkeld.<sup>71</sup> Het is voldoende aannemelijk dat het ontdekken van het verwekkingsverhaal bij deze kinderen kan leiden tot een hevige reactie met bijkomend psychisch lijden.<sup>72</sup>

Ook kinderen die zijn verwerkt door KID-fraude kunnen geestelijk letsel oplopen door fertiliteitsfraude. Aan hun geboorte ligt een verhaal van onrecht, misbruik en bedrog grondslag. Ook in hun geval heeft de arts de keuze van de ouders niet gerespecteerd. Deze kinderen zullen zich zowel tot (de daden van) de arts als hun geboorteverhaal moeten verhouden. Voor veel kinderen is dit een emotioneel proces.

Inseminatiefraude creëert dus een voorzienbaar risico op psychisch lijden bij donorkinderen. Dat de arts er wellicht vanuit ging dat zijn handelen niet aan het licht zou komen, is mijns inziens niet relevant voor de aansprakelijkheid. Het al dan niet aan het licht komen van de waarheid is alleen relevant voor de vraag of er schade wordt geleden, omdat niet-weten niet tot (bewustwording van de) schade leidt, maar dat rechtvaardigt het onrechtmatige karakter van het handelen van de arts niet.

Dat een arts ook jegens nog te verwekken kinderen onrechtmatig kan handelen concludeerde ook gezondheids-

66 Miechels, Tim, ‘Niemand komt alleen ter wereld’, *Filosofie* (19 maart 2021), <https://bit.ly/46ntPjA>.

67 Van Houwelingen, Hanneke, ‘Donorkind eist identiteit van verwekker bij de rechter’, AD (28 augustus 2019), <https://bit.ly/457lft6>.

68 Madeira, Jody Lyneé, ‘Understanding Illicit Insemination and Fertility Fraud, from Patient Experience to Legal Reform’, *Colum. J. Gender & L.* 39 (2020), p. 113.

69 Van Twillert, Marieke, ‘Tiental artsen betrokken bij inseminatie met eigen sperma’, *Medisch contact* (30 mei 2022), <https://bit.ly/46uGVMe>.

70 Madeira, Jody Lyneé, ‘Understanding Illicit Insemination and Fertility Fraud, from Patient Experience to Legal Reform’, *Colum. J. Gender & L.* 39 (2020), p. 146.

71 Het Hoogste gerechtshof van Singapore noemde dit in 2017 een ‘loss of genetic affinity’, zie Singapore High Court 22 maart 2017, *ACB/Thomson Medical Pte Ltd. And Others*, 2 SLR 218.

72 In deze paragraaf beperk ik mij tot de voorzienbaarheid van nadeel voor het kind in het kader van de aansprakelijkheidsvraag. Voor de omvang van de schade is onderscheid tussen geestelijk letsel en psychisch lijden relevant. Bij geestelijk letsel is sprake van aantasting in de persoon op andere wijze, dat zonder meer recht geeft op vergoeding van smartengeld (Hoge Raad 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376 (EBI)). Bij psychisch lijden zonder dat sprake is van voldoende objectiveerbaar geestelijk letsel kan in dit soort zaken eveneens sprake zijn van aantasting in de persoon op andere wijze. Er is immers sprake van een ernstige normschending die voor de kinderen fundamentele persoonsbelangen raken, en waarvan gevolgen van een zekere ernst aannemelijk zijn (S.D. Lindenbergh, ‘Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen? Over het begrip ‘persoonsaantasting’ buiten lichamelijk en geestelijk letsel’, NTBR 2019/20, p.130).





jurist Rob Kottenhagen. Volgens Kottenhagen moet een arts, gezien de voorzienbaarheid dat een vrouw op enig moment zwanger zou kunnen raken, hiermee rekening houden bij het voorschrijven van medicatie die schadelijk zou kunnen zijn voor een toekomstig kind. Doet de arts dit niet en wordt het kind met afwijkingen geboren, dan kan aansprakelijkheid jegens het kind worden aangenomen, aldus Kottenhagen.<sup>73</sup> Nu er ook geen enkele legitieme reden is voor het heimelijk gebruiken van eigen sperma door de arts, was het voor de arts ook niet bezwaarlijk om met deze belangen van kind rekening te houden. Dit pleit vóór aansprakelijkheid van de arts.

***Het verjaringsverweer kan worden doorbroken omdat bij fertiliteitsfraude sprake is van opzettelijk handelen en omdat de donorkinderen de eerste achttien jaar niet in staat waren een vordering in te stellen – en evenmin daarna, doordat de arts heimelijk handelde.***

### 3.5 Verjaring

Een vordering tot schadevergoeding verjaart in principe twintig jaar nadat deze is ontstaan. Deze absolute verjaringstermijn is op 1 februari 2004 komen te vervallen voor letselschadezaken (artikel 3:310 lid 5 BW). De inseminatiefraudezaken die nu aan het licht komen zien echter op incidenten die geruime tijd eerder plaatsvonden. Op die zaken is het oude verjaringsregiem van toepassing en zal de arts een beroep kunnen doen op verjaring. Dat gebeurde ook in de Karbaat-zaak. Daar oordeelde de rechtbank dat de meeste vorderingen van de donorkinderen waren verjaard.<sup>74</sup> Een beroep op deze termijn kan echter worden doorbroken wanneer dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Of dit het geval is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld. Als mogelijke gezichtspunten noemt de Hoge Raad:

- (a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel nadeel dat niet in vermogensschade bestaat en of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer;
- (b) in hoeverre voor het slachtoffer ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;
- (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- (d) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had

behoren te houden de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;

(e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;

(f) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;

(g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.<sup>75</sup>

Toegepast op de situatie van donorkinderen vallen volgens de Rechtbank Rotterdam<sup>76</sup> de gezichtspunten a (de vergoeding komt aan de schadelijdende partij zelf toe en bestaat niet louter in vermogensschade), b (eisders krijgen geen andere uitkering) en g (eisders hebben voldoende voortvarend laten weten dat zij aanspraak maakten op schadevergoeding) in het voordeel van de eisende partij (de donorkinderen) uit.

In het voordeel van gedaagden (de erfgenamen van Karbaat) wegen de gezichtspunten e (bewijsmateriaal is niet meer beschikbaar en verweer is sterk bemoeilijkt) en f (er is geen verzekeringsdekking).

De rechtbank komt vervolgens tot het oordeel dat er onvoldoende grond is om voor de eisders die 20 jaar na de geboorte een aansprakelijkstelling hebben verzonden een uitzondering te maken op de strenge regels met betrekking tot de verjaring. Daarbij speelt volgens rechtbank een rol dat ten aanzien van de ernst van de aan de arts verweten gedragingen (gezichtspunt c), ook als deze komen vast te staan, niet kan worden gesproken van de hoogste graad van verwijtbaarheid: opzet. Voorts ligt het gelet op de destijds geldende maatschappelijke opvattingen volgens de rechtbank niet in de rede om aan te nemen dat de arts rekening had moeten houden met dit type schadeclaims (gezichtspunt d). Tegenover al deze elementen staat, aldus de rechtbank, dat gedaagden worden aangesproken wegens gedragingen van een overledene waarover destijds anders werd gedacht en waarvoor andere regels golden, terwijl zij zich niet kunnen verweren omdat door het lange tijdsverloop het bewijsmateriaal niet meer bestaat.

Het hiervoor vermelde oordeel kan uiteraard ook anders uitpakken, afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de voorliggende casus, bijvoorbeeld als een arts nog leeft en bewijsmateriaal nog wel aanwezig is. In gevallen waarin vruchtbaarheidsfraude echter is bewezen, draait de lopende discussie tussen de partijen meer om het juridische aspect dan om het feitelijke aspect. Aan gezichtspunt e komt dan nauwelijks gewicht toe. Het lijkt mij dat bij fertiliteitsfraude per definitie toch sprake is van opzettelijk handelen. De overweging van Rechtbank

73 Kottenhagen, Rob, 'Aansprakelijkheid van ouders voor schade die zij toebachten aan hun nog ongebooren kind', *Letsel & Schade* (2021) nr. 2, p. 29.

74 Rechtbank Rotterdam 17 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1380,

75 Hoge Raad 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000: AA5635 (Van Hese/De Schelde),

76 Rechtbank Rotterdam 17 februari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1380, r.o. 4.20.8.



Rotterdam valt op dit punt dan ook niet goed te volgen.<sup>77</sup> Bovendien kan een rechter mijns inziens ook gewicht toe kennen aan het feit dat de donorkinderen de eerste achttien jaar van hun leven niet in staat waren om een vordering in te stellen, en daarna ook niet wegens het heimelijk karakter van het handelen van de vruchtbaarheidsarts.<sup>78</sup> Ook de omstandigheid dat de arts willens en wetens de waarheid opzettelijk verborgen heeft gehouden, is een aspect dat meegewogen moet worden. Er bestaan dus zeker mogelijkheden om het verjaringsverweer te doorbreken.

#### 4. Geen onoverkomelijke barrières

Concluderend zijn er mijns inziens geen onoverkomelijke barrières voor donorkinderen om met succes een schadevergoeding te vorderen van de arts die bij een inseminatiebehandeling zijn eigen sperma gebruikt, indien de verjaringsdrempel kan worden genomen. Van een arts mag gezien de persoonlijke en uiterst kwetsbare aard van een vruchtbaarheidsbehandeling en de belangen van het te verwekken kind volstrekte zorgvuldigheid, eerlijkheid en transparantie worden verwacht. Indien de arts hier niet aan voldoet door stiekem zijn eigen sperma te insemineren, begaat hij niet alleen een grove fout ten opzichte van de patiënt, maar handelt hij mijns inziens ook onrechtmatig jegens het kind, dat hierdoor wordt misleid en geestelijk letsel oploopt door het achterhalen van zijn genetische herkomst.

Ter extra onderbouwing verwijs ik naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van Rechtbank Den Haag van

28 april 2023. In dit kort geding heeft een moeder, mede namens haar zoon, in samenwerking met Stichting Donorkind geëist dat een massadonor zou worden veroordeeld om te stoppen met het doneren van zijn sperma aan nieuwe wensouders. De rechter heeft de eis ingewilligd en heeft daarbij onder andere het volgende overwogen:

‘Juist in een zo uiterst persoonlijke en precare kwestie als het verwekken van een kind via een donor moet, gelet op de belangen van (...) het te verwekken kind, door alle daarbij betrokkenen volstrekte zorgvuldigheid, eerlijkheid en transparantie in acht genomen worden. Dit vereiste vloeit voort uit hetgeen volgens ongeschreven regels in het maatschappelijk verkeer betaamt.’<sup>79</sup>

Als van een leek volstrekte zorgvuldigheid, eerlijkheid en transparantie mag worden verwacht *gelet op de belangen van het te verwekken kind*, dan mag dat zeker ook van een arts worden gevergd.

Het is uiteindelijk aan de rechter om de knoop door te hakken. Hopelijk bestaat er bereidheid om de belangen van toekomstige kinderen in het kader van vruchtbaarheidsbehandelingen te rekenen tot de belangen die door de normen van het ongeschreven recht worden beschermd. Gelet op de medisch-technologische ontwikkelingen, alsmede het rechtsgevoel, zou dit wenselijk zijn. De medische wetenschap heeft ons de middelen gegeven om ouders te helpen bij het vervullen van de kinderwens. Deze middelen zijn tegelijkertijd, zo blijkt, vatbaar voor ernstig misbruik. Ook de kinderen dienen daartegen te worden beschermd. Zo niet vooraf, dan maar achteraf.

77 Id., r.o. 4.20.8. ('Daarbij is van belang dat van de hoogste graad van verwijtbaarheid, opzet, geen sprake is.')

78 Gerechtshof Den Haag 12 juli 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:1248.

79 Rechtbank Den Haag 28 april 2023, ECLI:RBDHA:2023:6047, r.o. 5.20.