

Baby Joost (HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 nt. ARB)

1 De kern van het arrest in zijn bestaande vorm

Medische fouten bij een operatie leiden tot hersenbeschadiging bij Joost, op dat moment nog een baby, waardoor deze zwaar gehandicapt is geraakt. De schade van Joost is buiten rechte afgewikkeld. De ouders van Joost eisen in deze procedure voor zichzelf schadevergoeding.

3.5 (...) Het Hof is klaarblijkelijk wel – en terecht – ervan uitgegaan dat in een geval als het onderhavige – waarin partijen zich bij het aangaan van de overeenkomst niet met zoveel woorden erover hebben uitgesproken of de ouders voor zichzelf dan wel in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers van hun kind, dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optraden – de wederpartij(en) ervan mocht(en) uitgaan dat de ouders de overeenkomst, als wettelijke vertegenwoordigers van kind, uitsluitend in naam van dat kind sloten. Het Hof acht kennelijk onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld, die de conclusie (zouden) rechtvaardigen dat de ouders de medische behandelingsovereenkomst mede voor zichzelf zijn aangegaan. (...) W. c.s. [verweerders in cassatie, *IG*] behoefden, naar 's Hofs oordeel, uit de aanwezigheid van dit eigen belang niet af te leiden dat de ouders (tevens) voor zichzelf een behandelingsovereenkomst wilden aangaan. [Dit oordeel van het Hof geeft] geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (...). Daarbij verdient aantekening dat de enkele aanwezigheid van zulk een eigen belang niet voldoende is om de ouders tot partij bij de overeenkomst te maken. (...)

3.7 (...) het Hof heeft overwogen dat het aan de vordering uit onrechtmatig handelen ten grondslag gelegde beroep op artikel 8 EVRM moet worden verworpen omdat dit artikel niet strekt tot bescherming van het in dit verband door de ouders gestelde en beweerdelijk geschonden belang, te weten de integriteit van het gezinsleven. (...) De hiervoor weergegeven overweging van het Hof geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent hetgeen in artikel 8 lid 1 EVRM is bepaald. Het daarin vervatte oordeel is niet onbegrijpelijk en behoefde geen nadere motivering. Daarop stuit onderdeel 3 geheel af.

* Ivo Giesen is als universitair hoofddocent verbonden aan het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht van de Universiteit van Tilburg. Hij dankt de leden van het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, alsmede mr. M.J. Borgers, voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.

2 Het arrest zoals het behoorde te luiden

De wezenlijke feiten die ten grondslag liggen aan het geschil

1. Eisers tot cassatie zijn de ouders van Joost, geboren op 4 januari 1986 in goede gezondheid. Bij een operatie die Joost in verband met een liesbreuk dient te ondergaan in mei 1986, worden door de artsen fouten gemaakt. Die fouten leiden tot een ernstige hersenbeschadiging waardoor Joost sindsdien zwaar geestelijk en lichamelijk gehandicapt is. Hij is zwaar spastisch en heeft permanente en volledige lichamelijke verzorging. Zijn geestelijke vermogens zijn zodanig gestoord dat hij op het niveau van een baby zal blijven functioneren. Joost heeft voortdurende aandacht en zorg. Het gezinsleven van de familie van Joost, naast vader en moeder zijn er drie andere kinderen, is hierdoor voorgoed en volledig van karakter veranderd. Hun huis moest worden aangepast, en er moest een aangepaste auto gekocht worden. De vader verzorgt het gezin en het huishouden, moeder is de kostwinner. De schade van Joost zelf is — met de nodige complicaties — buiten rechte afgewikkeld. In deze procedure staat de schade van zijn directe familie centraal.

Het verloop van het geding

2. In de onderhavige procedure gaat het om de vordering tot schadevergoeding zoals ingesteld door de ouders van Joost. Zij baseren hun vordering op een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, dan wel op onrechtmatig handelen van de gedaagden. De Rechtbank Amsterdam besliste dat, naast Joost zelf, ook de ouders *pro se* partij waren bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst en wees de vordering van de ouders toe op grond van wanprestatie [zie Rb. Amsterdam 5 juli 1995, *NJkort* 1995, 35]. Het Hof Amsterdam vernietigde dit vonnis en wees de vordering van de ouders af [zie Hof Amsterdam 6 augustus 1998, *VR* 1998, 183]. De conclusie van Advocaat-generaal Langemeijer strekt tot verwerping van het beroep.

Beoordeling van het geschil

Het navolgende arrest van de Hoge Raad werd in een eerste concept opgesteld door mr. Giesen en vervolgens besproken met mrs. Van Laarhoven, De Hoon, Wilbers en Van den Heuvel; daarna werd het concept op detailpunten nog aangepast. Geen van de leden van de betreffende Kamer zag aanleiding om een ondersteunende of afwijkende mening aan het arrest te hechten.

Inleiding

3. Er heeft zich in het hier te beoordelen geval een zeer tragische gebeurtenis voorgedaan die niet alleen Joost, maar ook zijn ouders en de overige drie kinderen binnen het gezin, ernstig heeft getroffen. De toewijzing van een vordering tot (immateriële) schadevergoeding zou tot op zekere hoogte een erkenning van het ondervonden leed kunnen betekenen, en zo wellicht een (kleine) bijdrage kunnen leveren aan de omgang met het voortdurende verdriet, maar of zo'n schadevergoeding ook juridisch gezien mogelijk is, is uiteindelijk afhankelijk van de mogelijkheden die het systeem van het aansprakelijkheidsrecht, hoe ruim men dat ook zou willen zien, biedt. Met betrekking tot die mogelijke schadevergoeding wordt de Hoge Raad in deze zaak in essentie gevraagd, en navraag bij de (advocaten van de) partijen leert dat dat een correcte aannahme is, om een uitspraak te doen ten aanzien van een drietal kwesties. Ten eerste: in hoeverre handelen ouders enkel als wettelijk vertegenwoordiger of (mede) voor zichzelf als zij hun kind onder de zorg van een arts of ziekenhuis stellen. Ten tweede: in hoeverre kan een toerekenbare tekortkoming in de nakoming tegenover een kind, welke tekortkoming leidt tot een zware (geestelijke en lichamelijke) handicap zodat het kind permanent verzorging nodig heeft, gelden als een onrechtmatige daad van de betrokken artsen *jegens de ouders* van het kind, en dan met name in verband met art. 8 EVRM ('*right to family life*'). Tot slot, doch meer verscholen, is meer in het algemeen de vraag gerezen in hoeverre de onrechtmatige daad jegens het kind recht kan geven op vergoeding van onder andere smartengeld voor de ouders, (mede) in verband met de door de ouders gelegen affectieschade, te weten: het leed dat iemand ondervindt door het overlijden of de ernstige verwonding van een hem of haar dierbaar persoon [zie Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, diss. VU 2002, nr. 92].

4. De Raad stelt voorop dat het derde vraagpunt in het cassatiemiddel op zichzelf niet aangeroerd wordt [zie de conclusie van A-G Langemeijer, sub 2.19]. Omdat de vraag naar de mogelijkheid om affectieschade te vergoeden op de achtergrond echter een belangrijke rol speelt, zowel in deze procedure als in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in algemene zin, meent de Raad dat het goed zou zijn om in deze procedure, voor zover mogelijk en bij wege van een *obiter dictum*, een standpunt daarover in te nemen. Gezien de taken van de Raad, waaronder niet in de laatste plaats het bevorderen van de rechtsontwikkeling in Nederland, staat het cassatiemiddel er in elk geval niet aan in de weg dat de Hoge Raad deze kwestie bespreekt [zie over de ruimte om rechtsvragen 'scherper' te mogen formuleren: Vranken, ADR en de gevolgen voor rechterlijke rechtsvorming, in: Broers & Van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag 2001, p. 251]. De partijen hebben overigens ook geen bezwaren geuit toen ze hierover,

conform het vernieuwde beleid om partijen waar mogelijk in te lichten [vgl. Hertogh, Hoezo, Edelachtbare?, in: Broers & Van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag 2001, p. 263], geïnformeerd werden. Voor de ouders van Joost zal ons oordeel hieromtrent niet meer van invloed kunnen zijn, maar de rechtsontwikkeling in Nederland verlangt een antwoord op deze inmiddels veelbesproken kwestie.

5. Verder dient nog dit vooropgesteld te worden. Hoewel het de basishouding van de Hoge Raad is om waar mogelijk constructief mee te denken over problemen en de mogelijke oplossingen daarvoor, is de cassatierechter ook welhaast genoodzaakt – de scheiding der machten lijkt dat in elk geval in theorie met zich te brengen – om terughoudendheid te betrachten indien de wetgever actief wordt of is geworden op een bepaald terrein. Dat nu is op het terrein van de vergoeding van affectieschade het geval. Bij brief aan de Tweede Kamer is aangegeven door de (toenmalige) Minister van Justitie dat hij een wetswijziging overweegt die de vergoeding van affectieschade zal regelen [zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, en daarover kritisch voor wat betreft de uitwerking van die gedachte Van Boom, *NJB* 2001, p. 1301-1302, alsmede in *AV&S* 2001, p. 95 e.v.; Verheij, *NJB* 2001, p. 1562 e.v.; idem, *a.w.* (diss.), nr. 213 e.v., en Vranken, *WPNR* 6460 (2001), p. 835 e.v.]. Een voorstel ligt inmiddels bij de Raad van State [zie *NJB* 2002, p. 967]. De Raad past derhalve voorzichtigheid [in die zin werd ook HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 nt. JBMV (Woudsend/V.), met name r.o. 4.2, gewezen]. Dat uitgangspunt, dat de Raad op zichzelf (nog steeds) gaarne accepteert en tot het zijne maakt, wil echter ook weer niet zeggen dat de Raad in het geheel voorbij zou moeten of zelfs kunnen gaan aan het (maatschappelijk) probleem, al was het maar omdat op dit moment de uitkomst van het parlementaire debat, zowel qua inhoud als termijn van beëindiging, nog onzeker is, zodat bepaalde te verwachten problemen (en procedures) wellicht nog voorkomen of opgelost kunnen worden.

Vergoeding van affectieschade?

6. Voor de (civiele kamer van de) Hoge Raad staat unaniem voorop dat de vergoeding van affectieschade in principe mogelijk zou moeten zijn. In zoverre komt de Raad dan ook terug op zijn oordeel in HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 717 nt. CJHB (Van der Heijden/Holland) en roept hij de lagere rechtspraak op dat ook te doen [vgl. nog (geen vergoeding van affectieschade) Rb. Den Bosch 16 november 2001, *NJkort* 2002, 2 (V./Stichting E.); de in HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 nt. JBMV (Woudsend/V.) nog besloten gelegen twijfels hieromtrent, zijn nu dan ook van de baan]. De Raad weet zich daarin gesteund door de meerderheid van de hedendaagse auteurs [voor een overzicht, zie Verheij, *a.w.* (diss.), nr. 175, en verder Spier, *NTBR* 2002, p. 102; vgl. ook Lindenbergh, *NJB* 2001, p. 65, en Hartlief, *AA*

2000, p. 873, die aangeven dat ook de verzekeraars vóór vergoeding zijn]. De Hoge Raad steunt dan ook gaarne het initiatief van de Minister van Justitie om tot wetswijziging over te gaan. De argumenten tegen een dergelijke vorm van schadevergoeding, zoals aangevoerd bij de invoering van het nieuwe BW, zijn immers niet of niet langer steekhoudend [zie voor een heldere analyse die de Hoge Raad graag overneemt: Verheij, *NTBR* 1998, p. 324 e.v., en Lindenbergh, *NJB* 2001, p. 61 e.v.] terwijl juist voor vergoeding pleit dat daardoor erkend wordt dat er leed (en schade) *aan de naasten* is toegebracht [zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, p. 4; Lindenbergh, *NJB* 2001, p. 65]. Een vergelijking met het recht in de landen om ons heen leert bovendien dat affectieschade daar veelal wel voor vergoeding in aanmerking komt [zie het recht in België, Zwitserland, Frankrijk, Engeland, waarover Lindenbergh, *Smartengeld*, diss. RUL 1998, p. 185 e.v. (zie ook p. 191 voor enkele andere landen) en Verheij, *a.w.* (diss.), nrs. 165, 184, 191, en zie verder Kottenhagen, *NTBR* 2002, p. 189, inzake het Oostenrijkse recht dat affectieschade recent erkend heeft] en als dat niet het geval is, is er zeer veel kritiek op dat standpunt, zoals in Duitsland [zie Verheij, *a.w.* (diss.), nr. 160 e.v.]. Binnen de Raad van Europa is ook voor vergoeding van affectieschade gekozen [zie art. 19 van Resolutie (75) 7 van 14 maart 1975 van de Raad van Europa, waarover *Mon. Nieuw BW B-37* (Bouman/Tilanus-Van Wassenauer), nr. 4] zodat ook de harmonisatie van het privaatrecht in Europa voor erkenning van de mogelijkheid tot vergoeding van affectieschade pleit. Tevens wijst de Raad er nog op dat indien, zoals dat in Nederland — op zichzelf terecht overigens — het geval is, vergoeding van smartengeld wegens bijvoorbeeld de schending van iemands eer of goede naam, wegens geluidsoverlast of wegens derving van reisgenot mogelijk is [Verheij, *a.w.* (diss.), nr. 222 e.v., resp. nrs. 238 en 395, resp. art. 7:510 BW], vergoeding van affectieschade ten gevolge van gebeurtenissen die over het algemeen als ingrijpender gezien zullen worden, moeilijk zal kunnen worden uitgesloten [vgl. ook Van Dam, *VR* 2002, p. 209, en Spier, *NTBR* 2002, p. 103], ook al zijn deze vormen van geestelijk letsel onmogelijk met elkaar te vergelijken. Bij (en wellicht ook mede als oorzaak voor) dit alles komt nog dat het huidige stelsel van schadevergoedingsrecht, en dan met name de artt. 6:107 en 108 BW, te weinig oog lijkt te hebben voor de positie van de nabestaande [vgl. Van Boom, *NJB* 2001, p. 1301; Verheij, *a.w.* (diss.), nrs. 182 en 220; Vranken, *WPNR* 6460 (2001), p. 835 en 836]. Hoewel een totale revisie van dit zogenaamde ‘gesloten stelsel’ wellicht te prefereren zou zijn [zie Van Dam, *VR* 2001, p. 5 en 6; en Van Dam, *VR* 2002, p. 205. Vgl. tevens HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 nt. JBMV (Woudsend/V.)], kan de Hoge Raad nu niet anders [het woord is aan de wetgever, zie hiervoor nr. 5; Spier, *NTBR* 2002, p. 102, noot 24; Lindenbergh, *TVP* 2000, p. 106; Hartlief, *AA* 2000, p. 872, en (kennelijk teleurgesteld hierover) Vranken, *WPNR* 6460 (2001), p. 835] dan zijn beoordeling afstemmen op de plannen van de minister zoals die nu

bekend zijn. De Raad wil de minister ook niet voor de voeten lopen door op dit moment zelf een heel algemene regel op te stellen over de vergoeding van affectieschade [zie echter nog nr. 21]. Ten overvloede zij hierbij wel nog opgemerkt dat de Hoge Raad de genoemde 'geslotenheid' van het stelsel van de artt. 6:107 en 6:108 BW ook op dit moment al niet te rigide wenst te benaderen [vgl. HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216 nt. JBMV (R./Van de W.) waarin art. 6:106 lid 1 sub a BW duidelijk van art. 6:108 BW onderscheiden werd en langs die weg (affectie)schade toegekend werd, zie nader Verheij, *NTBR* 2002, p. 206 e.v.].

7. Een vraag die hier rijst, is echter of aan de vergoeding van affectieschade maatschappelijk gezien nog wel 'behoefte' bestaat, zoals wel is gesuggereerd [zie de conclusie van de A-G, sub 2.27], nu op basis van het *Johanna Kruithof*-arrest [HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 nt. ARB] in elk geval vergoeding van de tijd die de ouders besteden aan de verzorging en verpleging van hun gewonde kind, mogelijk is. Omdat onder die vergoeding echter diverse andere schadeposten zoals het gederfde inkomen in verband met het bezoeken van het zieke kind en de gederfde levensvreugde van de ouders niet begrepen zijn [zie bijv. ook Rb. Den Bosch 13 juli 2001, *NJKort* 2002, 3 (Peijs/Sint Joseph Ziekenhuis), en Vranken, *WPNR* 6460 (2001), p. 836 en 837] kan de 'Kruithof-vergoeding' op zichzelf niet in de weg staan aan de mogelijkheid om over te gaan tot vergoeding van andere schadeposten, zoals ook affectieschade, zelfs al zou de (maatschappelijke) behoefte aan vergoeding van affectieschade verminderd zijn zodat daaraan wellicht minder prioriteit toekomt [zie nader Vranken in zijn noot onder HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (Woudsend/V.)]. Voor de volledigheid zij nog opgemerkt dat de Raad het, zoals altijd, zeer lastig vindt om min of meer exact in te schatten welke behoefte er daadwerkelijk in de maatschappij leeft. Zoals zo vaak, klinkt de stem van de samenleving enkel via juristen, om het met Vranken te zeggen [zie *WPNR* 6472 (2002), p. 43, noot 35]. Het is niet anders. De partijen en het Parket hebben ons niet meer ter beschikking gesteld dan de meningen van juristen en een aanvraag bij de Raad voor de Rechtspraak om een enquête onder het Nederlandse volk te organiseren, werd afgewezen, omdat zoals hiervoor in nr. 4 al werd overwogen, de affectieschade-vraag niet de meest geprononceerde kwestie in deze procedure is.

8. Navraag bij de Raad van State door raadsheer Van Laarhoven leert dat het stelsel zoals uiteen gezet in de voornoemde brief [*Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 70], op dit moment (september 2002) het meest recente idee van de minister omtrent de vergoeding van affectieschade bevat, en in grote lijnen ook als zodanig aan de Raad van State is voorgelegd ter advisering [zie nog *NJB* 2002, p. 967]. Daarvan uitgaande meent de Raad, indachtig de terughoudendheid die hij zichzelf wenst op te leggen, dat op zichzelf een vanaf de invoering genormeerde

schadevergoeding (zowel voor wat betreft het bedrag als voor wat betreft de kring van gerechtigden) een juiste keuze lijkt, hoewel daarmee wel wat wordt ingeleverd op de mogelijkheid om elk individueel geval apart te beoordelen [zie over de voor- en nadelen van normering van (affectie)schade onder meer Giesen, Kamminga & Barendrecht, Normering van schadevergoeding voor arbeidsongevallen en beroepsziekten, in: Faure & Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag 2001, p. 131 e.v., m.n. p. 141-144 (en p. 156 voor affectieschade), en Lindenbergh, Smartengeld bij arbeidsongevallen en beroepsziekten, in: *idem*, p. 174-178; zie ook Verheij, *a.w.* (diss.), nr. 211 e.v., alsmede Van & Reijnen, *VR* 2002, p. 37 e.v.].

9. De Hoge Raad komt tot dat oordeel omdat door een dergelijke wijze van normering de lasten verbonden aan (het proces van) de afwikkeling van deze vergoeding zo laag mogelijk blijven, terwijl de mogelijkheid van calculatie van de (extra) verzekeringspremies geoptimaliseerd wordt. In hoeverre die verzekeringspremies zullen stijgen, met eventueel 'onverzekerbaarheid' in het verschiet, is overigens (mede) afhankelijk van het gekozen niveau van de schadevergoeding, een kwestie die uiteindelijk niet aan de rechter, maar aan de politiek is [zo ook Verheij, *a.w.* (diss.), nr. 221; zie echter ook nog hierna]. De minister gaat er daarbij van uit dat een affectieschadevergoeding van € 10.000,- zal leiden tot een premiestijging van 2% [*Kamerstukken II* 2000/01, 27 400 VI, nr. 70, p. 7], hetgeen ons geen aanleiding geeft te veronderstellen dat die verzekeraar écht in het geding zal komen. Eventuele maatschappelijke weerstand tegen die premiestijging zal dan ook gepareerd moeten (en kunnen) worden door te wijzen op de eerder genoemde voordelen van het toekennen van schadevergoeding. Hierbij kan de Raad het overigens niet nalaten op te merken dat de meeste stijgingen ten aanzien van de kosten van het autogebruik (het zijn met name de verkeersongevallen die tot schadevergoedingen wegens affectieschade aanleiding zullen geven) niet tot een afname van dat gebruik leiden, denk bijvoorbeeld aan het ontbreken van dergelijke gevolgen na invoering van het 'kwartje van Kok', zodat een meer dan nominale premieverhoging op zichzelf zeer wel mogelijk lijkt te zijn [een premiestijging van 2% lijkt de Raad dan ook eerder aan de lage dan aan de hoge kant]. De verzekeraars, bij monde van het Verbond van Verzekeraars, hebben in hun schriftelijke reactie op het cassatiemiddel en de conclusie van de A-G ook geen (cijfer)materiaal aangedragen op basis waarvan anders geconcludeerd zou moeten worden. De Hoge Raad meent dan ook dat de bedragen toegekend wegens affectieschade niet al te 'symbolisch' zouden moeten zijn [vgl. Spier, *NTBR* 2002, p. 103; 'symbolisch' is ook niet per se 'laag', zie Verheij, *a.w.* (diss.), nr. 216], te meer daar de ervaringen in Engeland met een vrij laag ingeschaalde vergoeding niet onverdeeld gunstig zijn [zie bijv. *Winfield & Jolowicz On Tort* (15th ed. by W.V.H.

Rogers), London 1998, p. 809]. De Raad meent verder dat de 'winst' die behaald wordt doordat het systeem genormeerd wordt, in elk geval ten dele terug in datzelfde systeem zou kunnen worden gebracht in de vorm van een hogere vergoeding. De Raad hecht er in dit kader bovendien aan expliciet te maken dat hij niet alleen voorstander is van normering, omdat dat zowel de verzekeraars als de (toekomstige) slachtoffers voordelen brengt, maar ook dat normering niet gebruikt mag worden als een methode om te 'beknibbelen' op de hoogte van (schade)vergoedingen [vgl. Giesen, Kamminga & Barendrecht, *a.w.*, p. 143]. Dat andere normeringssystemen dan het systeem zoals nu door de Minister voorgesteld, mogelijk zijn, is al bewezen [zie bijvoorbeeld, wat daar verder ook van zij, het systeem zoals geponeerd door Van & Reijnen, *VR* 2002, p. 37 e.v., waarin de abstrahering van iemands individueel verdriet (toch) samen gaat met differentiatie in het niveau van toegekende bedragen].

10. De voorkeur van Verheij [*a.w.* (diss.), nr. 218-219] om wel de kring van gerechtigden strikt af te bakenen, doch niet de toe te kennen bedragen, de meeste auteurs normeren beide aspecten, deelt de Raad niet, omdat veel van de winst die normering zou kunnen brengen (door de vereenvoudigde afdoening) dan alsnog verloren gaat, omdat dan alsnog per geval een becijfering gemaakt zal moeten worden, hetgeen niet alleen extra tijd en kosten vergt, maar ook mogelijk weer tot extra procedures leidt en zo afbreuk doet aan de bedoeling van het systeem. Als normering op dit vlak geheel losgelaten zou worden, dan zou men net zo goed ook de kring van gerechtigden per individueel geval kunnen gaan bepalen, een optie die niet de voorkeur van de Raad heeft. De vrees van Verheij [*a.w.* (diss.), nr. 212 en 214, en *NJB* 2001, p. 1566] dat er bij invoering van een genormeerd systeem alsnog veel geprocedeerd zal worden omdat partijen zullen trachten het systeem te omzeilen, delen wij overigens niet. De wetgever kan zeer wel duidelijk maken dat de nieuw in te voeren regeling als een exclusieve regeling bedoeld is. De Hoge Raad zal in elk geval, mocht het ooit zover komen, niet zonder meer zijn fiat geven aan dergelijke constructies.

Overeenkomst tussen arts en ouders *pro se*?

11. Dit gezegd zijnde, keert de Hoge Raad terug naar de eerste hiervoor in nr. 3 aan de orde gestelde kwestie: contracteren ouders (daaronder zijn de wettelijke vertegenwoordigers anders dan de natuurlijke ouder(s) begrepen) alleen ten behoeve van hun (minderjarige) kind of ook voor zichzelf, indien zij een geneeskundige behandelingsovereenkomst aangaan met een arts of ziekenhuis voorafgaand aan de behandeling van hun kind? Het belang van die kwestie schuilt, in het licht van het nu te beslissen geval, in het gegeven dat indien er een overeenkomst tussen ouders en arts tot stand komt, de ouders zelf eventueel een

vordering wegens wanprestatie jegens de arts geldend kunnen maken. Daarbij gelden dan naar onze mening de belemmeringen van het wettelijk stelsel van de artt. 6:107 en 6:108 BW niet [zie hierna nrs. 16 en 17].

12. De opvatting van het hof dat ouders, als uitgangspunt, enkel als wettelijke vertegenwoordiger handelen indien zij een overeenkomst tot behandeling van hun kind sluiten en dat de ouders slechts (mede) voor zichzelf contracteren als de arts nadrukkelijk een prestatie aan hen aanbiedt en deze aanvaard wordt [zie r.o. 4.7 van het arrest van het hof], is naar ons oordeel onjuist. Gezien de feitelijke situatie waarin ouders over het algemeen zullen verkeren indien hun kind behandeling door een arts behoeft, een situatie die in meer of mindere mate tot zorg aanleiding zal geven en wellicht zelfs tot zeer stressvolle momenten kan leiden, kan niet verlangd worden van de ouders dat zij in staat zijn om hun zaken juridisch gezien 'af te kaarten' op een voor hen bevredigende wijze op het moment dat zij bij de arts binnenstappen. Een dergelijke eis stellen zou niet reëel zijn en de maatschappelijke realiteit ontkennen [zie Van Dam, *VR* 2001, p. 2 en 3; Vranken, *WPNR* 6460 (2001), p. 839; vgl. tevens Schoordijk, *NTBR* 2001, p. 217]. Als al van één van de partijen op zo'n moment de helderheid van geest verlangd mag worden om ook na te denken over meer juridische implicaties, dan is dat van de arts, een hoogopgeleid persoon die beroepsmatig een zekere emotionele distantie in acht zou moeten kunnen nemen ten opzichte van de patiënt, die gewend is aan de hectiek van het moment en die weet wat er verder zal gaan gebeuren. Veeleer zal dan ook als uitgangspunt aanvaard moeten worden dat de ouders juist wél tevens voor zichzelf handelen en derhalve mede partij zijn bij de overeenkomst, dit alles behoudens bijzondere omstandigheden en andersluidende afspraken tussen de partijen [in deze zin ook Hof Den Bosch 26 september 2000, *NJ* 2001, 675 (R. en B./Ignatius Ziekenhuis)]. Het aangaan van een overeenkomst met de ouders, naast de overeenkomst met het kind zelf, vormt naar ons oordeel in elk geval geen extra (administratieve) belasting voor de arts. De arts dient immers toch reeds de ouders in te schakelen teneinde van hen de benodigde toestemming tot behandeling te verkrijgen (vgl. art. 7:450 lid 2 BW voor kinderen tussen de 12 en de 16 jaar). Ten overvloede: een eventuele andersluidende afspraak zal alleen geldig (kunnen) zijn indien de ouders daarover voldoende ingelicht zijn. Nogmaals ten overvloede: hetzelfde zal gelden bij veel andere overeenkomsten die ouders voor of ten behoeve van hun kind afsluiten [vgl. Vranken, *WPNR* 6460 (2001), p. 839].

13. De Hoge Raad voelt zich gesterkt in zijn oordeel door het volgende. Voor zover het erover gaat wie uiteindelijk de rekening van de arts dient te betalen, namelijk alleen het kind (na het bereiken van de meerderjarigheid) of ook de ouders of wettelijke vertegenwoordigers, lijkt de lagere rechtspraak er wél vanuit te gaan

dat de ouders (ook) partij zijn bij de overeenkomst tot geneeskundige behandeling van het kind [zie Hof Den Bosch 26 september 2000, *NJ* 2001, 675 (R. en B./Ignatius Ziekenhuis), en Bloembergen, *NJ* 2001, p. 2076]. Het is dan naar het oordeel van de Raad van tweeën één: ofwel in beide gevallen zijn de ouders partij bij de overeenkomst, ofwel in beide gevallen zijn zij dat niet. Gezien de feitelijke situatie zoals hiervoor in nr. 12 geschetst, en de wenselijkheid van een systeem waarbij arts of ziekenhuis uiteindelijk bij de ouders terecht kan voor betaling van de rekening, kiest de Raad hier voor de eerste optie [vgl. Van Dam, *VR* 2001, p. 3].

14. Het wettelijk stelsel verzet zich onzes inziens niet tegen dit uitgangspunt. In beginsel valt de totstandkoming van een behandelingsovereenkomst onder het regime van de artt. 3:33 en 3:35 BW en de daaraan gekoppelde open norm uit het *Haviltex*-arrest [HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 nt. CJHB (vaste rechtspraak), waarover recent Tanja-van den Broek, *WPNR* 6493 (2002), p. 430 e.v.]. Daarop moet echter, het is eerder gebeurd [zie bijv. HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 (Gerritse/H.A.S.) met betrekking tot de totstandkoming van collectieve arbeidsovereenkomsten (ook vaste rechtspraak)], een ‘uitzondering’ aangenomen worden. Als vuistregel moet aanvaard worden dat geneeskundige behandelingsovereenkomsten ten behoeve van kinderen onder de 16 jaar, indachtig de leeftijdsnorm in art. 7:447 BW, mede door de ouders voor zichzelf gesloten worden. Steun hiervoor kan tevens worden gevonden in de wens om waar mogelijk bij de uitleg van overeenkomsten te komen tot deelregels of vuistregels [zie bijv. de conclusie van A-G Bloembergen voor HR 10 januari 1997, *NJ* 1998, 544 (Waarneming Tandarts), onder nr. 2.4].

15. Ook voor het overige staat de wet niet in de weg aan het hier aanvaarde stelsel. De artt. 7:446 lid 1 en 7:465 lid 1 BW in de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst geven weliswaar niet direct uitsluitel over de vraag die hier voorligt, maar daaruit valt naar het oordeel van de Raad wel in elk geval deze tendens af te leiden dat een geneeskundige behandelingsovereenkomst een ruim bereik kan hebben. Volgens art. 7:446 lid 1 BW kan de overeenkomst immers gesloten worden tussen de hulpverlener en diens wederpartij doch dan betrekking hebben op een ander persoon, een derde, die dan de patiënt is. Bovendien dient de arts, zie art. 7:465 lid 1 BW, zijn verplichtingen ten opzichte van zijn patiënten voor zover het om kinderen jonger dan 12 jaar gaat, na te komen jegens de ouders. Dat betekent niet alleen dat de arts de ouders moet informeren (art. 7:448 BW), maar naar ons oordeel bijvoorbeeld ook dat hij (ook) jegens de ouders gehouden is de nodige zorgvuldigheid te betrachten. Dat wordt nog bevestigd door art. 47 Wet BIG waarin bepaald is dat de tuchtrechtelijke zorgvuldigheidsnorm van de arts ook ten opzichte van de ‘naaste betrekkingen’ van de patiënt geldt. Bij dit alles komt dan

nog, zoals mede uit het voorgaande volgt, dat de ouders een eigen belang hebben bij juiste nakoming van de behandelingsovereenkomst [zie Van Dam, *VR* 2001, p. 3], een gegeven dat, indien al niet beslissend, in elk geval het oordeel dat de ouders partij zijn bij de behandelingsovereenkomst, sterk ondersteunt. Tot slot: dat het afsluiten van een overeenkomst door iemand (de ouders) in twee hoedanigheden wellicht ongebruikelijk is [zie Bloembergen, *NJ* 2001, p. 2076], doet aan het voorgaande niet af omdat de situatie waarbij een kind behandeld moet worden toch al tot op zekere hoogte ongebruikelijk is omdat het kind niet voor zichzelf kan contracteren.

16. Gezien het voorgaande (de ouders zijn in beginsel partij bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst ten behoeve van hun kind zodat de wanprestatie van de arts ook een wanprestatie jegens hen is) kan de vraag rijzen of naar huidig recht art. 6:107 BW (of art. 6:108 BW bij overlijden) niet alsnog aan een vordering in de weg staat, omdat dat artikel ook geldt in contractuele verhoudingen [vgl. Lindenbergh, *a.w.* (diss.), p. 183; idem, *NJB* 2001, p. 63; Bloembergen, *NJ* 2001, p. 2076; vgl. ook Hartlief, *AA* 2000, p. 865]. Hoewel het op zichzelf natuurlijk juist is dat afd. 6.1.10 BW ook geldt in een contractuele setting, raakt dat naar het oordeel van de Raad toch niet de kern van de zaak. Immers, indien de ouders partij zijn bij de overeenkomst met de arts of het ziekenhuis, zijn zij geen 'derde' ten opzichte van de rechtsverhouding tussen de arts en hun kind, zoals zij dat wel zouden zijn indien zij geen partij zouden zijn bij die overeenkomst of indien de rechtsverhouding tussen het kind en de arts op basis van een onrechtmatige daad jegens het kind, aan de orde zou zijn. In het geval dat de ouders partij zijn bij de overeenkomst, zijn zij, aannemende dat ook jegens hen inderdaad een contractuele plicht geschonden is, hetgeen bij een kunstfout zeer wel het geval zal (kunnen) zijn, (ook) te beschouwen als 'de gekwetste zelf' in de zin van art. 6:107 BW [vgl. ook Vranken, *WPNR* 6460 (2001), p. 836-837]. Art. 6:107 BW verzet zich wat dat betreft dus niet tegen schadevergoeding.

17. In verband met het voorgaande, merkt de Hoge Raad nog dit op. Wellicht leeft, ook in verband met de hier gekozen oplossing, nog steeds de gedachte dat het stelsel van de artt. 6:107 en 108 BW ertoe leidt of zou kunnen leiden dat anderen die schade lijden door verwonding van een naaste, deze schade ook niet kunnen verhalen op basis van een *rechtstreeks* jegens hen gepleegde onrechtmatige daad of wanprestatie [zie daaromtrent bijv. Lindenbergh, *a.w.* (diss.), p. 180, 181 en 183, en idem, *TVP* 2000, p. 105, verwijzend naar HR 12 december 1986, *NJ* 1987, 958 nt. CJHB (Rockwool/Poly); vgl. tevens Hartlief, *AA* 2000, p. 866; Verheij, *a.w.* (diss.), nr. 169, en Van Maanen, *NJB* 2002, p. 1103]. Het is echter niet zo dat dat wettelijk stelsel een obstakel vormt voor elke mogelijke vordering van een 'derde', en dus

ook als er (ook) direct onrechtmatig gehandeld is jegens die derde. Naar de stand van zaken van het huidige recht is schadevergoeding voor de 'derde' in elk geval mogelijk indien en voor zover er sprake is van een schending van een norm die de 'derde' (hier: de ouders) (ook) beoogt te beschermen en het niet gaat om schade als (direct) gevolg van de kwetsing van de ander, in dit geval Joost [zie Van Dam, *VR* 2001, p. 5; Hartlief, in Spier (e.a.), *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, 2^e druk, Deventer 2000, nr. 251; in deze zin ook Lindenbergh, *NJB* 2001, p. 63; Hartlief, *AA* 2000, p. 867; Van Maanen, *NJB* 2002, p. 1105; vgl. ook HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216 nt. JBMV (R./Van de W.), waarover nr. 6 *in fine*, en Verheij, *NTBR* 2002, p. 208, en met name HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 nt. JBMV (Woudsend/V.) waarin shockschade vergoedbaar werd geacht indien (tevens) onrechtmatig gehandeld werd jegens het shockschadeslachtoffer]. Of zo'n norm bestaat, of die geschonden is en of dat tot 'andere' schade dan door de verwonding van de naaste leidt, is een vervolgvraag die apart besproken dient te worden en die hierna nog, in verband met het beroep van de ouders van Joost op art. 8 EVRM, aan de orde komt. Ten overvloede wijst de Raad er nog op dat voor zover uit onze eerdere rechtspraak anders zou volgen dan hier betoogd, die rechtspraak als achterhaald beschouwd moet worden. De opvatting dat een 'derde' geen recht op schadevergoeding zou kunnen hebben, zelfs niet als ook direct jegens hem onrechtmatig is gehandeld of wanprestatie is gepleegd, is niet (langer) vol te houden, alleen al omdat de 'derde' in zo'n geval uiteindelijk geen derde is, maar een direct slachtoffer.

Inbreuk op art. 8 EVRM (*family life*)?

18. De tweede vraag die in nr. 3 werd opgeworpen, betreft de onrechtmatige daadsvordering van de ouders, gebaseerd op de schending door de artsen van art. 8 EVRM. De ouders van Joost stellen dat de integriteit van hun gezinsleven door de fout van de artsen aangetast is. Het hof was daarover zeer beslist: art. 8 EVRM strekt niet tot bescherming van dat beweerdelijk geschonden belang. Daarmee lijkt het hof te bedoelen dat de ouders van Joost nog steeds hun zoon kunnen opvoeden en betrekkingen met hem kunnen onderhouden, zodat hun recht om hun ouderlijke verantwoordelijkheden uit te oefenen, niet geschonden is [vgl. A-G Langemeijer in zijn conclusie onder nr. 2.22].

19. Dit oordeel van het hof kan in cassatie alleen al hierom niet overeind blijven omdat elke motivering ervan vooralsnog ontbreekt. Het is de Hoge Raad niet duidelijk geworden *waarom* art. 8 EVRM volgens het hof in dit geval niet zou (kunnen) strekken — vooralsnog veronderstellenderwijs aannemende dat dat zo zou zijn — tot bescherming van het geschonden belang. Zodoende is niet voldaan aan de norm dat elke rechterlijke beslissing zodanig moet worden gemotiveerd dat zij

voldoende inzicht geeft in de aan haar ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden — in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen — controleerbaar en aanvaardbaar te maken [HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 494 (S./Gemeente N.); HR 16 oktober 1998, *NJ* 1999, 7 (Finkenburgh/Van Mansum) (vaste rechtspraak); vgl. over de noodzaak en het belang van motiveren onder andere Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei*, Deventer 1998, p. 112, en Asser-Vranken, *Algemeen Deel***]. De noodzaak tot onderbouwing van de beslissing dat er hier geen sprake zou zijn van een onrechtmatige daad jegens de ouders, klemmt te meer nu de Hoge Raad eerder al [in HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 nt. CJHB (Wrongful birth), r.o. 3.7 en 3.8] aan de mogelijkheid om een eigen gezinsplanning te maken, de nodige waarde heeft toegekend (de doorkruising van een al gemaakte gezinsplanning leidde in dat geval tot een verbintenis tot schadevergoeding ten laste van de betrokken arts). Als de *planning van iemands gezinsleven* al een belangrijk, beschermenswaardig belang is, dan zal toch zeker ook het *daadwerkelijk kunnen ontwikkelen van een gezinsleven*, het samenleven met elkaar in een gezin en het kunnen zien opgroeien en volwassen worden van kinderen, een beschermenswaardig belang zijn [zie ook Verheij, *a.w.* (diss.), nr. 397, in noot 95, en vgl. tevens nrs. 162 en 205]. Dat lijkt in elk geval te gelden indien het gaat om de verstoring, door een fout van een arts, van de betrekkingen tussen ouders en hun opgroeiende kinderen, met alle gevolgen van dien, zoals gewijzigde loopbaanperspectieven, gederfde levensvreugde, enzovoorts. Dat het hier om een te beschermen belang (en daarmee om vergoedbare schade) kan gaan, blijkt ook hieruit dat de betrekkingen tussen ouders en kind (ook) tot het *privé-leven* [en niet alleen tot het ‘*family life*’, zie hierna nr. 20] worden gerekend [zie reeds De Bruijn-Lückers, *EVRM, minderjarigheid en ouderlijk gezag*, diss. RUL 1994, p. 224]. Omdat die betrekkingen tot het privé-leven horen, vallen ze in beginsel ook onder het in Nederland erkende algemene persoonlijkheidsrecht [zie HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 nt. WH-S (Valkenhorst), waarover Hartkamp, *ERPL* 2000, p. 123-124; Verheij, *a.w.* (diss.), nr. 27] en zal schending ervan zeer wel een onrechtmatige daad kunnen zijn. De opmerking van de A-G [in nr. 2.22 van zijn conclusie; zo ook Hartlief, *AA* 2000, p. 869] dat op zichzelf (de bescherming van) het ‘*family life*’ niet in het geding is omdat de ouders van Joost ook na de medische fout zonder inmenging van anderen hun zoon kunnen opvoeden en persoonlijke betrekkingen met hem kunnen onderhouden, is dan ook niet alleen onjuist maar ook wrang te noemen. Duidelijk is immers dat Joost altijd zal blijven functioneren op het niveau van een baby, zodat (los van alle andere gevolgen) de persoonlijke betrekkingen, die zeker zeer liefdevol zullen zijn, altijd van een geheel andere orde zullen zijn dan ze zonder de fout geweest waren, en zulks het gevolg is van een inmenging door een ander (de artsen) [vgl. ook Bloembergen, *NJ* 2001, p. 2077; twijfelend in die zin Lindenbergh, *TVP* 2000, p. 106].

20. Het oordeel van het hof zoals hiervoor weergegeven, staat bovendien in schril contrast met de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), zodat ook vanuit dat gezichtspunt een nadere motivering voor de hand had gelegen [zie ook Van Dam, *VR* 2001, p. 4]. Daarbij wijst de Raad ten eerste op de uitspraak inzake EHRM 8 juli 1987, *NJ* 1988, 828 nt. EAA (W./United Kingdom), waarin onder het kopje ‘*General principles*’ in r.o. 59 geoordeeld wordt: ‘*The mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life*’ [zie ook De Bruijn-Lückers, *a.w.* (diss.), p. 293 e.v., met name p. 297 en 302, alsmede EHRM 22 juni 1989, *NJ* 1992, 705 (Eriksson/Zweden), r.o. 58, en Bloembergen, *NJ* 2001, p. 2077]. Wat er verder ook zij van het oordeel van het hof in de onderhavige zaak, duidelijk is in elk geval dat een algemeen oordeel van het EHRM zoals net geciteerd, ten minste met zich brengt, of een generalisatie van zo’n oordeel nu altijd mogelijk is of niet, dat de vraag of art. 8 EVRM in het geding is, ernstig bekeken moet worden, bijvoorbeeld ook in verband met de vraag naar eventuele horizontale werking [die volgens De Bruijn-Lückers, *a.w.* (diss.), p. 32–43, en Strikwerda, conclusie voor HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 nt. JBMV (Woudsend/V.), nr. 51, aanwezig is; anders echter Rb. Den Haag 5 december 2001, *NJkort* 2002, 5 (H./Hannover), r.o. 3.7; zie verder nog Hartkamp, *ERPL* 2000, p. 116 e.v.], en een oordeel daaromtrent (voldoende) gemotiveerd dient te zijn, hetgeen, zoals gezegd, niet gebeurd is. Dat art. 8 EVRM in het geheel geen rol zou (kunnen) spelen op het terrein van het aansprakelijkheids- of het schadevergoedingsrecht, is onzes inziens onjuist [zie nrs. 19 en 22; anders: Rb. Den Haag 5 december 2001, *NJkort* 2002, 5 (H./Hannover), r.o. 3.7]. Wel kan het zo zijn dat art. 8 EVRM in wezen in stelling wordt gebracht jegens de overheid (de wetgeving zou ondeugdelijk zijn als een bepaalde maatregel niet mogelijk is) en niet jegens de eigenlijke dader, de veroorzaker van het ongeval [zie bijv. HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 nt. JBMV (Woudsend/V.) en de conclusie van Strikwerda voor het arrest, nr. 55]. In zo’n geval zal dat artikel het slachtoffer niet direct verder kunnen helpen bij een aanspraak jegens die eigenlijke dader.

21. Indien echter wel, zoals in het onderhavige geval, de eigenlijke veroorzakers worden aangesproken op basis van art. 8 EVRM, zal naar het oordeel van de Hoge Raad, doch alleen voor zover de wetgever nog niet anders bepaald heeft en indachtig hetgeen hiervoor in nr. 5 werd overwogen, veeleer van de volgende regel uitgegaan moeten worden: indien iemand door overtreding van een zorgvuldigheidsnorm ernstig letsel of de dood van een minderjarige veroorzaakt, handelt hij niet alleen onrechtmatig jegens degene die is gekwetst of gedood, maar eventueel ook jegens degene die in een door art. 8 EVRM beschermde vorm van ‘family life’ ten opzichte van die minderjarige staat en voor wie vervolgens de

mogelijkheid van het *daadwerkelijk kunnen ontwikkelen van een gezinsleven*, ernstig verstoord is of verloren is gegaan. De daardoor ontstane (im)materiële schade komt op grond van het bepaalde in art. 6:95 e.v. BW voor vergoeding in aanmerking indien die schade, zoals hier, voldoende los staat van het letsel van de direct gewonde zelf [zie nr. 17] en aan de verdere voorwaarden voldaan is [anders nog: HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 nt. JBMV (Woudsend/V.), r.o. 6.3]. Daarbij zal de vergoeding van immateriële schade, meer bepaald *affectieschade*, hetgeen in de toekomst in principe een gevolg van zo'n onrechtmatige daad zou kunnen zijn [zie nr. 6], niet alleen mogelijk zijn indien er sprake is van 'geestelijk letsel' [zoals naar oud recht gold, zie HR 9 augustus 2002, *RvdW* 2002, 132 (KUN/F.), r.o. 4.3; zie verder HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 nt. JBMV (Woudsend/V.) voor de verdere invulling van die term]. Omdat affectieschade bij een inbreuk op de bescherming van het gezinsleven ook aanwezig kan zijn voordat er (al) van 'geestelijk letsel' sprake is, zal voor de vergoeding van die vorm van smartengeld aangesloten moeten worden bij hetgeen naar de gewone regels van schadeberekening redelijk is, in elk geval tot het moment dat de wetgever daaromtrent iets anders (genormeerd) bepaalt. Dat het hof in casu deze regel heeft toegepast, en dat het hof dat correct gedaan heeft, valt te betwijfelen. Gezien de ontbrekende motivering is dit vooralsnog onduidelijk, zodat het oordeel van het hof niet in stand kan blijven.

22. Ten overvloede wijst de Raad er nog op dat de route via art. 8 EVRM waarschijnlijk niet meer bewandeld hoeft te worden indien de wetgevende arbeid op het terrein van de affectieschade [zie nr. 5] klaar is, maar vooralsnog is dat punt nog niet bereikt, zodat daarin op dit moment geen reden gelegen kan zijn om een ander oordeel te geven. Ter verdere rechtvaardiging van zijn arrest wijst de Hoge Raad nog op de uitspraak inzake EHRM 2 oktober 2001, *NJB* 2001, p. 2190, nr. 51 (Hatton e.a./VK) [zie nader Lawson, *NJB* 2001, p. 2189], waarin geoordeeld werd dat de overlast van nachtvluchten een schending van art. 8 EVRM kon opleveren omdat de overheid nagelaten had zijn positieve plicht na te komen om redelijke en gepaste maatregelen te nemen teneinde de rechten onder art. 8 te verzekeren. De Hoge Raad kan niet inzien hoe geluidshinder door lawaai van een vliegveld, hoe kwalijk op zichzelf ook, wel (op welke wijze dan ook) tot een schending van art. 8 EVRM aanleiding zou kunnen geven, terwijl het in effect verbreken van de gezinsband (door een medische fout van een arts) niet daartoe aanleiding zou kunnen zijn [zo ook Verheij, *a.w.* (diss.), nr. 395; vgl. ook hiervoor nr. 6]. Een dergelijk oordeel zou ten minste uitvoerig besproken moeten worden, ook omdat bij een rigoureuze afwijzing van een onrechtmatige daadsvordering van de eiser zonder verdere beoordeling en toetsing van de feiten en omstandigheden van het geval, de vraag zou kunnen rijzen of er nog wel sprake is van een 'effective remedy' in de zin

van art. 13 EVRM [in EHRM 2 oktober 2001, *NJB* 2001, p. 2190, nr. 51 (Hatton e.a./VK), waarover Lawson, *NJB* 2001, p. 2189, was zo'n 'remedy' volgens het EHRM afwezig, omdat de vraag of er sprake was van een inbreuk op art. 8 EVRM de facto niet aan de rechter voorgelegd kon worden]. Ook om dat te voorkomen, was een (uitvoerige) motivering door het hof noodzakelijk.

Beslissing

23. De Hoge Raad vernietigt het bestreden arrest en verwijst de zaak naar het Hof Den Haag voor verdere afwikkeling (voor zover de partijen op basis van onze uitspraak er niet alsnog door middel van onderhandelingen uitkomen). Uiteraard mogen de partijen hun stellingen dan nader onderbouwen in het licht van hetgeen vandaag beslist is. Zoals altijd kunnen zij voordien nog een nadere toelichting over dit arrest inwinnen via de Griffie van de Hoge Raad en het Wetenschappelijk Bureau [vgl. Hertogh, *a.w.*, p. 265].

24. Gezien het belang van de in dit arrest besproken vragen voor de rechtsontwikkeling, dienen de kosten van de partijen, voor zover in cassatie gemaakt, van overheidswege gecompenseerd te worden [vgl. Vranken, *a.w.*, p. 250-251], en wel tot 100% voor de eisers tot cassatie als de in het gelijk gestelde partij, en tot 50% voor de verweerders in cassatie. Beide partijen kunnen hun daadwerkelijk gemaakte kosten opgeven bij de (administratie van de) Raad voor de Rechtspraak die een en ander verder zal afhandelen.