

BIRTH RIGHTS AND WRONGS

Nieuwe vormen van schade door de technologisering van voortplanting

Lisette ten Haaf*

Een van de grootste uitdagingen voor moderne juristen is kunnen reageren op technische innovaties. Technologische ontwikkelingen zijn namelijk niet altijd goed in te passen in het bestaande rechtssysteem. Een voorbeeld hiervan is de technologisering van voortplanting, wat al heeft geleid tot verscheidene rechtszaken die vragen oproepen over de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht.

Sinds de eerste IVF-baby, geboren in 1978, heeft de ontwikkeling van voortplantingstechnologie een enorme vlucht genomen. Ei- en zaadcellen kunnen worden geoogst, voor een periode worden ingevroren en worden gedoneerd; embryo's kunnen geselecteerd worden op medische eigenschappen, en wellicht over een tijd ook genetisch worden gemodificeerd; ze kunnen worden geïmplant in een draagmoeder, en in de toekomst misschien ook in een kunstmatige baarmoeder. In dit licht is het krijgen van een kind geen intieme aangelegenheid meer tussen twee ouders-in-spe, maar een collectieve onderneming waarbij wensouders, artsen, labtechnici, donoren en zelfs bemiddelaars ofwel *fertility brokers* betrokken zijn. Door de betrokkenheid van een groot aantal partijen wordt de kans groter dat niemand zich meer volledig verantwoordelijk voelt voor het proces en het eindproduct dat daarbij tot stand komt: het kind.

De realiteit heeft al bewezen dat het gebruik van reproductieve technologie ook fouten kan opleveren. Zo haalde het UMCU het nieuws toen door 'procedurefouten' een aantal vrouwen mogelijk bevrucht was met materiaal dat niet van hun man afkomstig was.¹ Ook liggen de praktijken van sjoemelartsen als Karbaat nog vers in het geheugen: vervalste donorpaspoorten, donoren met erfelijke aandoeningen als Asperger en artsen die hun eigen zaad gebruikten om hun vrouwelijke patiënten te bevruchten.² In de Verenigde Staten klaagde een stel de vruchtbaarheidskliniek aan nadat de kliniek door een slordigheidsfout het zaad van de verkeerde donor had gebruikt: een gekleurde donor in plaats van de bestelde blanke donor.³ Daarbij zijn niet alle fouten te wijten aan onoplettendheid. Kunstmatige voort-

planting is uitgegroeid tot een miljardenindustrie, waarbij klinieken en bemiddelaars, via donoren en draagmoeders, voor een hoop geld hun cliënten – wensouders – helpen aan een kind. En waar geld de hoogste prioriteit is geworden, wordt de waarheid soms een stuk rooskleuriger voorgesteld dan deze in feite is. In zijn boek *Birth rights and wrongs* beschrijft de Amerikaanse hoogleraar gezondheidsrecht en bio-ethiek Dov Fox hoe spermabank Xytex een van hun donoren presenteerde als gepromoveerd in *neuroscience engineering*, met een IQ van 160 en qua uiterlijk het 'langere broertje van Tom Cruise'; de enige erfelijke aandoening was kleurenblindheid. In werkelijkheid had de donor een strafblad en had hij zijn studie nooit afgemaakt wegens schizofrenie en daarmee gepaard gaande psychoses. Zijn donorkinderen hebben 12% kans om deze ernstige psychische aandoening te erven.⁴ Xytex bleek in plaats van de geclaimde kwaliteitscontroles een 'don't ask, don't tell'-beleid te hanteren.⁵

De realiteit heeft bewezen dat het gebruik van reproductieve technologie fouten kan opleveren. De vraag rijst nu welke remedie het aansprakelijkheidsrecht kan bieden voor dergelijke fouten

De vraag rijst nu welke remedie het aansprakelijkheidsrecht kan bieden voor dergelijke fouten. Niet alleen voor de ouders,⁶ maar ook voor de kinderen die onder deze omstandigheden verwekt zijn is het lastig om de verantwoordelijke daarvoor aansprakelijk te stellen. Een onrechtmatige daad vereist immers dat er sprake is van schade, terwijl de schade juist in deze zaken lastig te duiden is.

Om schade vast te stellen, wordt de huidige situatie vergeleken met de situatie zoals deze zou zijn als de schadeveroorzakende fout niet was gemaakt. Het

* Mr.dr. L. ten Haaf is universitair docent Rechtstheorie aan de Universiteit Utrecht.

- 1 'In UMC Utrecht werd bij IVF mogelijk zaad verwisseld', *NRC* 28 december 2016; 'Mogelijk verkeerde vader door fout IVF', *de Volkskrant* 28 december 2016; 'Blunder met zaad in IVF-kliniek', *Trouw* 28 december 2016.
- 2 'Karbaat gebruikte eigen sperma vermoedelijk voor nog veel meer donorkinderen', *AD* 12 april 2019; 'Brabantse gynaecoloog verwekte kinderen bij vrouwen die hij behandelde: "Sperma is vermengd of verwisseld"', *de Volkskrant* 1 juli 2022; 'Gynaecoloog Leiderdorp verwekte zeker 41 kinderen met eigen sperma', *NRC.nl* 6 juli 2022; M. Guttman, 'Het zaad van Karbaat', *2Doc.nl* 2021, www.2doc.nl/documentaires/2021/03/het-zaad-van-karbaat.html.
- 3 United States District Court for the Northern District of Illinois Eastern Division (Verenigde Staten) 27 januari 2017, 230 F. Supp. 3d 865 (N.D. Ill. 2017) (*Cramblett v. Midwest Sperm Bank*).
- 4 D. Fox, *Birth rights and wrongs. How medicine and technology are remaking reproduction and the law*, New York: Oxford University Press 2019, p. 1-4.
- 5 Inmiddels beweert Xytex zijn beleid te hebben verbeterd. www.xytext.com/about-xytex/quality-commitment/.
- 6 Zie voor een uitgebreide analyse van de rechtspositie van de ouders in de context



verschil (bijvoorbeeld gemaakte kosten of immaterieel leed door lichamelijk letsel) geldt als schade. Echter, voor het donorkind dat een risico loopt op schizofrenie levert dit een probleem op: als de gewraakte fout niet was gemaakt en zijn donorvader wel was gescreend, was het zaad van een andere donor gebruikt, waardoor het kind in kwestie nooit was geboren. In zijn plaats zou een ander kind zijn geboren. Om derhalve te spreken van schade, moet het gegeven bestaan vergeleken worden met het niet-bestaan en moet beweerd worden dat het kind in kwestie beter nooit geboren had kunnen worden. Dit probleem wordt door filosoof Derek Parfit aangeduid als het *non-identity problem*.⁷ In feite komt het op het volgende neer: kinderen die zijn verwekt onder frauduleuze omstandigheden, kunnen niet beweren dat ze schade hebben, zolang het niet aannemelijk is dat ze beter af waren als ze nooit geboren waren geweest. In de zaak tegen Karbaat werd dan ook een vergoeding voor andere schadeposten geëist: de kosten voor DNA-tests of voor de opgelopen studievertraging door stress.⁸ Deze kosten vormen natuurlijk niet de kern van waarom deze kinderen zich tekort gedaan voelen. Echter, het is de enige manier om een claim te kunnen formuleren, vanwege het schadeconcept dat ten grondslag ligt in het aansprakelijkheidsrecht.

De schade is vaak lastig te duiden. Een voorbeeld is de zaak rondom spermadonor Jonathan M., die naar schatting wereldwijd tussen de 550 en 600 donorkinderen heeft verwekt. Hierbij is hij naar wensouders niet altijd eerlijk geweest over zijn motieven en het aantal kinderen dat hij al verwekt had

Ook in gevallen waarin dit zogenaamde *non-identity problem* niet speelt, is de schade vaak lastig te duiden. Een voorbeeld is de zaak rondom spermadonor Jonathan M., die naar schatting wereldwijd tussen de 550 en 600 donorkinderen heeft verwekt. Hierbij is hij naar wensouders niet altijd eerlijk geweest over zijn motieven en het aantal kinderen dat hij al verwekt had. Voor Stichting Donorkind en een moeder die van de diensten van M. gebruik heeft gemaakt was dit aanleiding om naar de rechter te stappen en M. te sommeren te stoppen als spermadonor, om te voorkomen dat zijn bestaande donorkinderen nog meer halfbroers en -zussen zouden krijgen.⁹ Deze zaak wijkt af van de hierboven besproken zaken. In deze casus is het probleem niet zozeer een erfelijke aandoening of de persoon van de donor. De donorkinderen verwekt door M. hoeven dus niet hun eigen

bestaan als schade aan te merken. Hun schade ligt in het feit dat naast hen ook honderden halfbroers en -zussen geboren zijn, of zoals de rechter het verwoordt in het 'deel uitmaken van een enorm groot verwantschapsnetwerk'.¹⁰ Maar wat is precies de schade van het hebben van zoveel verwanten?

De rechter stelt dat M. door zijn handelen een inbreuk heeft gemaakt op het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM van de donorkinderen, waarbij twee aspecten van belang zijn. Enerzijds zorgt het extreem grote aantal donorkinderen voor een hoog risico op incest en inteelt.¹¹ De vrees hiervoor zou 'wellicht negatieve psychosociale gevolgen' met zich kunnen meebrengen.¹² Daarnaast zijn de donorkinderen nu deel van een enorm groot verwantschapsnetwerk, wat van invloed is op iemands identiteitsvorming.¹³ De rechter erkent dat nog niet wetenschappelijk vastgesteld is of een groot verwantschapsnetwerk daadwerkelijk psychosociale schade oplevert, maar het gegeven dat dit in de wetenschappelijke literatuur wel aannemelijk wordt geacht is voor de rechter voldoende om te oordelen 'dat er een reële kans op schade bestaat'.¹⁴

Twee zaken vallen hierbij op. Ten eerste lijkt alleen al de mogelijkheid op schade voor de rechter voldoende om in te grijpen. Dit valt te verklaren door het feit dat er in deze zaak geen schadevergoeding werd geëist, maar een verbod op verdere donatie.¹⁵ Ten tweede blijft onduidelijk wat de 'negatieve psychosociale gevolgen' precies inhouden. Er wordt namelijk niet gesuggereerd dat de omstandigheden leiden tot geestelijk letsel. Hiermee erkent de rechter dat het hebben van honderden halfbroers en -zussen een grote impact heeft op iemands identiteit en persoon, maar lijkt hij niet goed te kunnen verwoorden wat deze impact precies tot schade maakt.

Mijns inziens heeft de rechter de juiste beslissing genomen door M. een halt toe te roepen. Tegelijkertijd illustreert deze zaak ook dat het recht worstelt om de steeds complexer wordende realiteit van voortplanting in te passen in bestaande juridische begrippen

Mijns inziens heeft de rechter de juiste beslissing genomen door M. een halt toe te roepen. Tegelijkertijd illustreert deze zaak ook dat het recht worstelt om de steeds complexer wordende realiteit van voortplanting in te passen in bestaande juridische begrippen. Met de introductie van nieuwe voortplantingstechnieken zal deze complexiteit, en daarmee de noodzaak voor verdere reflectie, alleen maar toenemen.

van fertiliteitsfraude C. de Kluiver, 'Fertiliteitsfraude in de Nederlandse rechtsorde', *NJB 2022/2870*, p. 3286-3295.

- 7 D. Parfit, *Reasons and persons*, Oxford: Clarendon Press 1984, p. 359.
- 8 '53 donorkinderen van kliniek Karbaat eisen schadevergoeding', *NOS.nl* 10 mei 2019.
- 9 Rb. Den Haag 28 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:6047.
- 10 Rb. Den Haag 28 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:6047, r.o. 2.7.
- 11 Rb. Den Haag 28 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:6047, r.o. 5.27.
- 12 Rb. Den Haag 28 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:6047, r.o. 5.27.
- 13 Rb. Den Haag 28 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:6047, r.o. 5.26.
- 14 Rb. Den Haag 28 april 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:6047, r.o. 5.26.
- 15 Echter, het verbod wordt nodig geacht om verdere schade te voorkomen, wat impliceert dat er al sprake is van schade.