

ANNOTATIE

Dat de Hoge Raad in 2019 arrest moge wijzen.

mr. dr. R.P. Wijne

Wat ik wenste voor 2018...

Eind 2017 schreef ik een annotatie bij twee uitspraken. De ene uitspraak was afkomstig van de Rechtbank Oost-Brabant en de andere van de Rechtbank Limburg.[1] In beide kwesties speelde de vraag of het desbetreffende ziekenhuis de tekortkoming die was ontstaan door het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst, toegerekend moest krijgen. Bedoelde toerekening is er een *krachtens de wet*. In artikel 6:77 BW (in samenhang gelezen met art. 6:74 BW en 6:75 BW) is als hoofdregel bepaald dat als bij de uitvoering van een verbintenis gebruik wordt gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, de tekortkoming die daardoor ontstaat de schuldenaar wordt toegerekend. Schuld, zoals het ongeschikt maken van een zaak door hem niet te onderhouden of door een zaak te gebruiken waarvan kenbaar is dat zij gebrekkig is, is voor toerekening krachtens de wet niet vereist.

Datzelfde artikel kent echter een uitzonderingsgrond die wordt ingeleid met ‘tenzij’. Toerekening vindt plaats, *tenzij dit*, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, *onredelijk* zou zijn. Dat toerekening onredelijk is, is een rechtsoordeel dat kan volgen op door de schuldenaar aan te voeren feiten en omstandigheden.

De Rechtbank Oost-Brabant kwam tot het oordeel dat toerekening van de tekortkoming aan het ziekenhuis krachtens de wet niet aan de orde kon zijn; de borstprothese was weliswaar ongeschikt en gebruikt bij de behandeling van de patiënt, maar toerekening was volgens de rechtbank onredelijk; de uitzondering deed zich dus voor. De rechtbank baseerde haar oordeel met name op de omstandigheid dat met de PIP-borstprothesen doelbewust gefraudeerd was. Dat de producent inmiddels failliet is en de patiënt op de producent dus geen verhaal kan

halen, is niet een omstandigheid die dat oordeel anders zou kunnen maken, aldus de rechtbank. Opmerkelijk is overigens wel dat enkele overwegingen in het vonnis van de rechtbank lijken te suggereren dat het aan de patiënt is om feiten en omstandigheden aan te dragen voor het oordeel dat toerekening redelijk is, terwijl de rechtbank begint met de overweging dat ‘de stelplicht en de bewijslast dat toerekening onredelijk is, op degene rust die zich op die uitzondering beroept, in dit geval JBZ’, het ziekenhuis dus. Dit laatste is overigens ook niet zuiver. Of de toerekening onredelijk is, is, zoals gezegd, een rechtsoordeel; de feiten en omstandigheden die tot dat oordeel nopen, moeten worden gesteld en, bij betwisting, worden bewezen.

De Rechtbank Limburg kwam daarentegen tot het oordeel dat de tekortkoming juist wel krachtens de wet aan de hulpverlener toegerekend kon worden. De rechtbank achtte voor haar oordeel doorslaggevend dat het ziekenhuis had gekozen voor een bepaalde soort en een bepaald merk V-lockdraad, waarop de patiënt geen enkele invloed had gehad. Voorts was van belang dat het ziekenhuis geacht moest worden bekend te zijn met de producent van de ongeschikte zaak en – beter dan de patiënt – in staat moest worden geacht om de gebruikte zaak te onderzoeken en jegens de producent te onderbouwen dat het een gebrekkig product betrof. Tot slot hechtte de rechtbank waarde aan het feit dat het ziekenhuis zich tegen aansprakelijkheid had kunnen verzekeren en, gelet op de bemoeienis van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar in deze zaak, zich ook daadwerkelijk van een aansprakelijkheidsverzekering had voorzien.

Twee uitkomsten dus die lijnrecht tegenover elkaar staan. En dit zijn nog maar twee uitspraken.

In het in 2015 van mijn hand verschenen artikel ‘Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met “een niet te onderkennen gebrek” wees ik eveneens op uiteenlopende oordelen van rechters in het kader van artikel 6:77 BW.[2] Ik begon dat artikel met de volgende samenvatting: *‘In 2014 overwoog het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch in de PIP-borstprothese kwestie dat het redelijk zou zijn om de tekortkoming door het gebruik van de borstprothese krachtens artikel 6:77 BW aan de hulpverlener toe te rekenen.[3] In 2015 overwoog de Rechtbank Rotterdam in de MOM-heupprothese kwestie dat toerekening van de tekortkoming krachtens artikel 6:77 BW aan de hulpverlener onredelijk zou zijn.[4] De (verschillen tussen) beide uitspraken staan niet op zichzelf; al tijden toont de jurisprudentie een beeld van niet zonder meer te begrijpen tegengestelde oordelen. Het beeld roept dan ook de vraag op of de verschillen te verklaren én te rechtvaardigen zijn. Zou het bovendien niet mogelijk zijn eenduidigheid te creëren door inzicht te krijgen (of te geven) in de (voor het ene of het andere oordeel) doorslaggevende elementen? Deze vragen staan in het onderhavige artikel centraal. Beantwoording van de vragen vindt plaats door een analyse van artikel 6:77 BW en van de regels van consumentenkoop,*

kwantitatieve aansprakelijkheid en productaansprakelijkheid. Een analyse van het Duitse en Belgische recht dient ter vergelijking: moet Nederland het anders zien of doen?

In het artikel gaf ik de analyse weer van tot dan toe gepubliceerde uitspraken en de dragende overwegingen voor de toepassing van de hoofdregel van artikel 6:77 BW dan wel de toepassing van de uitzondering van dat artikel. Ik concludeerde toen dat de verschillen in de oordelen verklaard konden worden door een verschillende – en soms onjuiste – visie op de rol van het ‘niet te onderkennen gebrek’ in het kader van de toerekening. Zo zou enkel *subjectieve* onbekendheid mijns inziens nooit aan toerekening in de weg mogen staan, hoewel dat soms wel het geval bleek te zijn. In geval van *objectieve* onbekendheid bij de groep van deskundige gebruikers, de hulpverleners, kan dat anders zijn, maar zou het oordeel van de (on)redelijkheid van de toerekening af moeten hangen van een weging van factoren, gezichtspunten. Factoren als genoemd in de rechtsgeleerde doctrine (keuzevrijheid (bij wie ligt die vrijheid?), de rechtszekerheid (hoe wordt deze gediend?), de vergroting van de activiteiten door het gebruik van een zaak (wie zijn activiteiten kan vergroten moet ook het risico dragen), de eenvoud van het verhaal van de risicodragers vanwege een verzekering of een contract met een leverancier of producent, de draagkracht van de schuldenaar en de omvang van de schade in relatie tot de contraprestatie van de schuldeiser en de deskundigheid van partijen) komen hiervoor in aanmerking, aldus *naast* het gegeven dat de hulpverlener het gebrek redelijkerwijs niet kon kennen. Ik betoogde dat waarde gehecht zou mogen worden aan de omstandigheid dat de hulpverlener ter uitvoering van de behandeling (doorgaans) voor de desbetreffende zaak heeft gekozen en de omstandigheid dat hij (doorgaans) verzekerd is tegen het risico van schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak. Het feit dat de producent in het geheel geen verhaal biedt, zou eveneens een factor van belang kunnen zijn, maar geeft ook wat bedenkingen als insolventie van de producent in het geding is; insolventie van de één is doorgaans immers geen reden om aansprakelijkheid van een ander aan te nemen.

Ook in mijn proefschrift ‘Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade’ (2013) beschreef ik de vonnissen en arresten op dit terrein en betoogde ik dat een zorgvuldige weging van de gebruikelijke gezichtspunten ertoe zou moeten leiden dat in de meeste gevallen geoordeeld zou moeten worden dat toerekening van de tekortkoming aan de orde is en mitsdien doorgaans ‘gewoon’ de hoofdregel van artikel 6:77 BW van toepassing is.[5]

In de tweede druk van het gelijknamige handboek (2017) klaagde ik zelfs een beetje over het feit dat er inmiddels ook drie uitspraken waren waar bij de beoordeling van de toerekening van de tekortkoming krachtens de wet grote of zelfs doorslaggevende betekenis werd toegekend aan de omstandigheid dat de medische hulpzaak (de bekende PIP-borstprothese) een CE-keurmerk had.[6] Het betreft de uitspraken van de Rechtbank Amsterdam en de Rechtbank Limburg.[7] Het CE-keurmerk was aldus voor de rechter reden geweest om te

oordelen dat toerekening van de tekortkoming onredelijk was, ook al waren er andere factoren die voor toerekening pleitten. Ik merkte op dat opmerkelijk te vinden gezien de toen en thans nog bestaande problemen rondom de certificering en de aantoonbare zwakheden in de conformiteitsbeoordelingen die tot afgifte van het CE-keurmerk moeten leiden. Bovendien geeft de aanwezigheid van een CE-keurmerk bij onbekendheid met het gebrek in de hulpzaak geen aanvullend argument voor toerekening of de onredelijkheid daarvan, nu het in feite een onderbouwing is voor de onbekendheid met het gebrek. Onbekendheid met het gebrek is echter steeds uitgangspunt bij de toepassing van artikel 6:77 BW. Opnieuw wees ik op de gebruikelijke weging van factoren en het feit dat de hoofdregel van artikel 6:77 BW ook in medische zaken de hoofdregel is. Een uitzondering is mogelijk als de omstandigheden daartoe nopen, maar stelselmatig in medische zaken van de hoofdregel afwijken. Dit zou betekenen dat artikel 6:77 BW in deze kwesties van geen betekenis is, iets wat mijns inziens nimmer de bedoeling van de wetgever is geweest.

In verband met dit laatste en vanwege de onduidelijke, wisselende en mijns inziens soms juridisch onzuivere oordelen, sloot ik de annotatie eind 2017 dan ook af met de wens '*dat 2018 helderheid moge bieden*'.

Wat ik toen nog niet wist...

Wat ik toen nog niet wist, was dat de wens om duidelijkheid te verkrijgen inmiddels breder gedragen werd. Begin 2018 wees het Gerechtshof Den Haag een tussenarrest in een MOM-heupprothese kwestie. In dat tussenarrest formuleerde het hof, mede met het oog op het belang voor de rechtspraak, enkele prejudiciële vragen teneinde deze voor te leggen aan de Hoge Raad. Deze vragen gingen over verschillende aspecten van toerekening bij de toepassing van artikel 6:77 BW.[8] 'Helaas' voor diezelfde rechtspraak eindigde deze zaak naar verluidt met een schikking.

Wat ik eind 2017 ook nog niet wist, was dat mr. J.T. Hiemstra op 4 oktober 2018 aan de Rijksuniversiteit Groningen haar proefschrift 'De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken' zou verdedigen. Een door mij geschreven recensie van haar proefschrift wordt in januari 2019 in het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* gepubliceerd. In het proefschrift staat de vraag centraal of, en in hoeverre, op de hulpverlener een vergoedingsplicht rust ter zake van door de patiënt geleden schade die het gevolg is van het gebruik van ongeschikte medische hulpzaken. Ter beantwoording van die vraag analyseerde Hiemstra niet alleen uitspraken van rechters op het terrein van de medische aansprakelijkheid, maar ook daarbuiten. Hiemstra beschreef voorts het Duitse, het Franse en het Engelse recht en voerde naast een rechtsvergelijkende analyse tevens een rechtseconomische analyse uit.

Wat haar conclusie ten aanzien van de aansprakelijkheid van de Nederlandse hulpverlener betreft, is het interessant te lezen dat zij van mening is dat een inspanningsverplichting an sich niet met zich zou mogen brengen dat toerekening van de tekortkoming door het gebruik van een ongeschikte zaak onredelijk wordt geacht. Interessant om te lezen is ook dat Hiemstra concludeert dat veel rechters ter beoordeling van de toerekening op grond van artikel 6:77 BW elementen betrekken die neerkomen op een verwijtbaarheidstoets in plaats van een redelijkheidstoets. Wat haar betreft dient de waarde van deze jurisprudentie dan ook gerelativeerd te worden. Tot slot meent ook Hiemstra dat de CE-markering niet in de weg staat aan aansprakelijkheid. Afrondend concludeert Hiemstra dat een hulpverlener in beginsel aansprakelijk is voor een tekortkoming die ontstaat door het gebruik van een ongeschikte hulpzaak en dat een hulpverlener in die zin niet anders behandeld zou mogen worden dan andere schuldenaren. Het fundament daarbij is dat een schuldenaar nu eenmaal aansprakelijk mag worden geacht – ook als hem geen verwijt treft – omdat het redelijker wordt geacht de schade bij hem te leggen dan bij degene die de schade heeft geleden. De rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse geven steun aan deze conclusie. De toelichting op artikel 6:77 BW bij zijn totstandkoming destijds moet volgens Hiemstra als niet langer in overeenstemming met de verkeersopvattingen worden bestempeld. Slechts in enkele bijzondere gevallen zou afwijking van de hoofdregel rechtvaardig zijn.

En wat ik eind 2017 ook nog niet wist, was dat het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 27 november 2018 arrest zou wijzen in de kwestie over de in 1992 bij een patiënt geïmplanteerde Miragelplombe, een oculair implantaat; een arrest waarbij de raadsheren er blijk van geven de essentie van artikel 6:77 BW te begrijpen.[9]

Zo wordt duidelijk de hoofdregel weergegeven: wanneer bij de uitvoering van de verbintenis gebruik wordt gemaakt van een ongeschikte (hulp)zaak wordt de daardoor ontstane tekortkoming aan de schuldenaar, de hulpverlener, toegerekend. Vastgesteld moet dus worden dat de zaak ongeschikt is en gebruikt bij de behandelingsovereenkomst. Dat laatste stond niet ter discussie en dat de zaak ongeschikt is (dit moet de patiënt stellen en, bij betwisting, bewijzen), volgde volgens het hof (en eerder ook volgens de rechtbank) uit de omstandigheid dat de Miragelplombe door zijn samenstelling/eigenschappen kan zwellen (met mogelijke bijwerkingen, zoals oogbewegingsbeperking en sterke scleraverdunning) en kan fragmenteren bij verwijdering ervan. Aldus is het Radboudumc in beginsel ook daadwerkelijk ingevolgd de hoofdregel van artikel 6:77 BW aansprakelijk, aldus het hof.

Ook wordt duidelijk overwogen dat op de hoofdregel een uitzondering mogelijk is, als toerekening, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, *onredelijk* zou zijn. Op die uitzondering moet dan een beroep zijn gedaan door de

hulpverlener en in dit geval was dat ook zo; het Radboudumc had feiten en omstandigheden aangevoerd ter onderbouwing van zijn visie dat toerekening onredelijk zou zijn. Maar zonder succes. Anders dan de rechtbank in het eindvonnis had geoordeeld, oordeelde het hof dat het niet onredelijk is dat deze tekortkoming aan het Radboudumc wordt toegerekend.

Het hof overwoog daartoe (vervolgens) op duidelijke en mijns inziens juiste wijze dat de medische behandelingsovereenkomst weliswaar als een inspanningsverbintenis kan worden gekwalificeerd, maar dat dit onverlet laat dat bij gebruikmaking van een hulpzaak ter uitvoering van deze inspanningsverbintenis de hulpzaak niet gebrekkig mag zijn. Artikel 6:77 BW is geschreven voor elke verbintenis en is daarmee niet beperkt tot resultaatsverbintenissen.

Dit sluit aan bij de opvatting van diverse gezaghebbende auteurs dat het menselijk lichaam niet altijd een factor is die van invloed is op de geschiktheid van de zaak en dat daarom ook een inspanningsverplichting er niet aan in de weg hoeft te staan dat de hulpverlener heeft in te staan voor de deugdelijkheid van medische hulpzaken.[10] Er is namelijk een onderscheid te maken tussen de uitvoering van de geneeskundige behandeling, waarvan wellicht het resultaat onzeker is, en de aanwending van zaken die weliswaar ter volbrenging van de geneeskundige behandeling dienen, maar op zich geen onzekerheid met zich brengen.[11]

Het hof overwoog daartoe tevens – en wederom mijns inziens terecht – dat enkel ‘onwetendheid’ over een (toekomstig) gebrek van de hulpzaak niet voldoende is om een uitzondering op de hoofdregel van aansprakelijkheid in artikel 6:77 BW te rechtvaardigen. Ik benadruk nogmaals dat artikel 6:77 BW juist geschreven is voor die situaties waarin het aan kennis aangaande een gebrek ontbreekt en dat bij objectieve onbekendheid met het gebrek een weging van factoren zal moeten plaatsvinden teneinde te beoordelen of toerekening onredelijk zou zijn. De hiervoor door mij genoemde factoren zijn de keuzevrijheid (bij wie ligt die vrijheid?), de rechtszekerheid (hoe wordt deze gediend?), de vergroting van de activiteiten door het gebruik van een zaak (wie zijn activiteiten kan vergroten moet ook het risico dragen), de eenvoud van het verhaal van de risicodragers vanwege een verzekering of een contract met een leverancier of producent, de draagkracht van de schuldenaar en de omvang van de schade in relatie tot de contraprestatie van de schuldeiser en de deskundigheid van partijen.

Ook het hof oordeelde dat ‘daarvoor’ (voor toepassing van de uitzondering dus) nog andere feiten en omstandigheden aangedragen moeten worden. De feiten en omstandigheden die het hof, mede in onderlinge samenhang bezien, in zijn oordeel betrok betreffen de verzekeringsaspecten, de omvang en aard van de schade en de draagkracht van de gelaedeerde/schuldenaar, naast het feit dat de (oog)artsen zelf hadden gekozen voor de Miragelplombe en de patiënt daarin geen enkele zeggenschap had gehad, wel letselschade

heeft opgelopen en zijn schade niet meer kan verhalen op de producent. De patiënt heeft voor zijn schade bovendien geen dekkende verzekering (behoudens een arbeidsongeschiktheidsverzekering).

Een mooi en duidelijk arrest, kortom, waarin het hof standpunt neemt en (daarmee) zelfs de weg vrijmaakt voor een oordeel van de Hoge Raad...

Wat ik nu weet en daarmee wens voor 2019...

Gezien de stand van zaken eind 2017 en terugkijkend op 2018 met een hoogtepunt aan het einde van het jaar kan ik dan ook alleen maar zeggen: 'En zo kwam het toch nog goed'.

Mijn wens voor 2019 is een schot voor open doel, maar gemeend: 'dat de Hoge Raad in 2019 een weloverwogen en zorgvuldig arrest moge wijzen dat aansluit bij de huidige verkeersopvattingen en dat de praktijk een handvat biedt'.

mr. dr. R.P. Wijne

Noten

[1] Rechtbank Oost-Brabant 22 november 2017, *GZR* 2017-0431 en Rechtbank Limburg 17 november 2016, *GZR* 2017-0382.

[2] R.P. Wijne, 'Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met "een niet te onderkennen gebrek"', *L&S* 2015, nr. 4.

[3] Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 november 2014, *JA* 2015, 7, m.nt. J.P.M. Simons.

[4] Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:6179*.

[5] R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013.

[6] R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2017.

[7] Rechtbank Amsterdam 20 januari 2016, *GZR* 2016-0035, m.nt. R.P. Wijne; Rechtbank Amsterdam 24 mei 2017, *GZR* 2017-0231 en Rechtbank Limburg 31 mei 2017, *GZR* 2017-0229, m.nt. C.G. Versteeg. Zie in 2018 in dezelfde zin Rechtbank Gelderland 14 mei 2018, *GZR* 2018-0330.

[8] Gerechtshof Den Haag 13 februari 2018, *ECLI:NL:GHDHA:2018:166*.

[9] Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, GZR 2018-0488.

[10] Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/456 en de daar genoemde literatuur; S.C.J.J. Kortmann in: *Aansprakelijkheid voor medische fouten*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1991, p. 25-28; R.M. Schoonenberg, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen; stand van zaken', *TvGR* 1987 (maart/april), p. 81-92; E.H. Hondius, 'Produktaansprakelijkheid in het ziekenhuis', *TvGR* 1990, nr. 7, p. 422 en A.J. Van, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen – Implanon revisited', *TVP* 2011, nr. 2, p. 44-49. Vergelijk de bewaarnemer die heeft in te staan voor de goede werking van de koelruimte: HR 28 november 1997, *NJ* 1998/168. Zie voorts voor voorbeelden in medische kwesties Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, *VR* 2002, 112; Rechtbank Arnhem 28 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3376 en Rechtbank Breda 3 januari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BO9631.

[11] Zie in vergelijkbare zin in België: T. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk, 1997, p. 637 en T. Vansweevelt en F. Dewallens, *Handboek gezondheidsrecht. Volume I. Zorgverleners: Statuut en aansprakelijkheid*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 1490-1492. In België kent men zelfs een veiligheids-resultaats-verbintenis als het gaat om gebrekkige zaken.