

ANNOTATIE

Een niet te onderkennen gebrek, een annotatie bij Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2015.

mr. dr. R.P. Wijne

Annotatie bij Rechtbank Rotterdam, 19-08-2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6179 (GZR-2015-0389)

1. Inleiding

De rechtspraak laat geen eenduidig beeld zien als het gaat om (de redelijkheid van) de toerekening van de tekortkoming aan de hulpverlener op grond van artikel 6:77 BW. Daar waar toerekening onredelijk wordt geoordeeld, speelt het argument van het (voor de deskundige gebruiker) niet te onderkennen gebrek van de zaak veelal een doorslaggevende rol (Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, *L&S* 2011, 125; Rechtbank Arnhem 28 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606; Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 januari 2014, *JA* 2014, 50, m.nt. R.P. Wijne. Zie ook Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, m.nt. J.S. Kortmann in welke zaak een beroep op artikel 6:77 BW door de rechtbank werd verworpen gezien het feit dat de patiënten zelf voor de zaak (Implanon applicator) hadden gekozen, maar waarin de rechtbank tevens overwoog dat gesteld noch gebleken was dat de artsen als deskundige een eventueel gebrek aan de applicator hadden kunnen ontdekken). Een onderscheid tussen subjectieve onbekendheid (onbekend met het gebrek bij deze hulpverlener) en objectieve onbekendheid (het gebrek was niet te onderkennen) lijkt daarbij geen duidelijke (afgebakende) rol te spelen.

Ook in de kwestie van de MOM-heupprothesen kwam de onbekendheid van het gebrek aan de orde. De Rechtbank Rotterdam wijdde enkele overwegingen aan de redelijkheid van de toerekening krachtens artikel 6:77 BW en betrok daarbij – met inachtneming van wat lijkt op

objectieve onbekendheid met het gebrek van de heupprothese bij de groep hulpverleners – zowel de aard van de verbintenis als de maatschappelijke opvattingen en overige omstandigheden van het geval. Dit leidde tot het oordeel dat toerekening onredelijk zou zijn, zo de prothese ongeschikt zou zijn bevonden. Dit laatste stond naar het oordeel van de rechtbank namelijk niet vast.

Vreemd is dit oordeel niet: de wetgever heeft de mogelijkheid om de producent (in de eerste plaats) aansprakelijk te houden opengelaten, indien deze een zaak in het verkeer heeft gebracht met een ‘ook voor de deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek’ (Parl. Gesch. Boek 6, p. 271-272). De achtergrond van deze zinsnede was gelegen in de implementatie van de Europese richtlijn inzake productenaansprakelijkheid en de vraag naar de invloed die de aansprakelijkheid van de producent zou moeten hebben op de aansprakelijkheid van anderen die met een gebrekkig product van doen konden hebben; de wetgever wilde een overlap van verschillende aansprakelijkheden met betrekking tot een ongeschikte roerende zaak vermijden. Overlap met de aansprakelijkheid van de producent bleek echter mogelijk, omdat (bijvoorbeeld) medicijnen, protheses, operatiemateriaal, bloed en lichaamsmateriaal – zowel ‘roerende zaak’ als ‘product’ – bij gebleken onveiligheid – en dus zowel ‘ongeschikt’ als ‘gebrekkig’ (zie thans artikel 6:186 BW) – niet alleen onder de reikwijdte van artikel 6:77 BW vielen, maar ook onder de reikwijdte van de wettelijke bepalingen inzake productaansprakelijkheid (Parl. Gesch. Boek 6, p. 270-271. Zie ook *Kamerstukken II 1989/90, 21561, 3 (MvT)*).

Toch blijft de vraag overeind hoe de kennis van het gebrek of de afwezigheid ervan nu moet worden begrepen. Is het niet zo dat als de hulpverlener weet heeft van een gebrek en de schadelijkheid ervan en desondanks de zaak gebruikt, hij een daardoor ontstane tekortkoming toegerekend krijgt krachtens schuld? Is het dan logischerwijs niet ook zo dat de afwezigheid van kennis van het gebrek en de schadelijkheid geen rol mag en hoeft te spelen bij de redelijkheid van de toerekening krachtens artikel 6:77 BW, maar dat daaraan andere factoren ten grondslag moeten liggen? Wat is anders de verhouding tot de toerekening krachtens de wet als het schuldelement ‘met kennis’ ook bij de toerekening krachtens artikel 6:77 BW wordt betrokken (in de zin van afwezigheid van kennis leidt tot afwijzen toerekening)? Of dient artikel 6:77 BW zo te worden gelezen dat subjectieve onbekendheid van het gebrek – dus kennis bij *deze* hulpverlener – niet aan toerekening van de tekortkoming in de weg hoeft te staan, maar dat dit wel geldt als sprake is van objectieve onbekendheid – niemand kon het gebrek met zijn schadelijke gevolgen kennen?

Beantwoording van deze vragen vereist (dus) een nadere beschouwing van het element ‘niet te onderkennen gebrek’ bij een oordeel over de (on)redelijkheid van die toerekening. Bij de beschouwing maak ik onderscheid naar de oorzaak van de afwezigheid van kennis en betrek

ik de regels van consumentenkoop, kwalitatieve aansprakelijkheid en productenaansprakelijkheid. Uitgangspunt is steeds dat een producent een zaak in het verkeer heeft gebracht dat behept is met een gebrek en welke zaak bij het gebruik ervan door de hulpverlener schade heeft veroorzaakt bij de patiënt.

2. Beschouwing ‘niet te onderkennen gebrek’

2.1 Subjectieve onbekendheid van het gebrek

De afwezigheid van kennis kan zijn gelegen in de omstandigheid dat de aangesproken hulpverlener de literatuur op zijn vakgebied niet heeft bijgehouden en voorafgaand aan het gebruik van de desbetreffende zaak heeft nagelaten onderzoek te doen naar de op dat moment (wereldwijd) gedocumenteerde problemen over die zaak. Zo hij zich wel op de hoogte had gehouden, dan had de hulpverlener *kennis kunnen hebben* van mogelijke gebreken van de zaak; het betreft dus een situatie van wat wordt genoemd ‘*subjectieve onbekendheid*’. Bovendien had hij die *kennis moeten hebben*, want van een goed hulpverlener wordt nu eenmaal verlangd dat hij zijn literatuur bijhoudt en onderzoek doet naar de zaak, de prothese bijvoorbeeld, die hij bij de patiënt wil gebruiken. Een tekortkoming door het gebruik van de gebrekkige zaak komt dan krachtens schuld voor rekening van de hulpverlener (art. 6:74 BW jo. 6:75 BW). Van schuld van de hulpverlener is immers sprake, indien de hulpverlener in kwestie – naar de objectieve maatstaven van de redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener – anders had kunnen en moeten handelen (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 332-344).

Voor een voorbeeld van een oordeel in die zin wordt gewezen op een oordeel van de Rechtbank Arnhem inzake het gebruik van het geneesmiddel Mesalazine bij een patiënt die als gevolg daarvan een nierfunctiestoornis ontwikkelde (Rechtbank Arnhem 17 mei 2006, 123017 / HA ZA 05-179 (niet gepubliceerd). De rechtbank nam in het onderhavige geval overigens niet aan dat de arts meer had moeten weten dan hij wist). Zou de hulpverlener bij raadpleging van literatuur hebben geweten dat het langdurige gebruik tot nierfunctiestoornissen kon leiden of had hij dat redelijkerwijs moeten weten, maar bleef hij desondanks de patiënt het medicijn verstrekken, dan zou dit een tekortkoming opleveren die hem krachtens schuld wordt toegerekend, aldus de rechtbank. Een ander voorbeeld betreft een arrest van het Gerechtshof Amsterdam inzake het gebruik van het antibioticum Neomycine dat doofheid bij een 4-jarige had veroorzaakt (Gerechtshof Amsterdam 18 december 1997, VR 1998, 169). Het hof betrok de bekende kelderluikcriteria in zijn oordeel over hetgeen van een goed hulpverlener verlangd had mogen worden (HR 5 november 1965, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten). Uit de stellingen van partijen, de geraadpleegde deskundigen en de medische literatuur leidde het hof vervolgens af dat de hulpverlener de kans dat het middel in het bloed

terecht zou komen niet verwaarloosbaar klein mocht achten, dat hij de ernstige gevolgen als dat zou gebeuren kende, en dat voorzorgsmaatregelen, ofschoon ongebruikelijk en kostbaar, mogelijk waren geweest. Er was daarom sprake van een krachtens schuld toerekenbare tekortkoming, aldus het hof. Een derde voorbeeld betreft het gebruik van het onveilig geachte bloedproduct Armour Factorate bij een HIV-patiënt. Uit het arrest van het Gerechtshof Leeuwarden valt op te maken dat, zo het ziekenhuis kennis droeg van de onveiligheid van het bloedproduct, maar het bloedproduct desalniettemin gebruikte, het ziekenhuis zich niet als goed hulpverlener had gedragen, hetgeen een tekortkoming impliceert die krachtens schuld wordt toegerekend (Gerechtshof Leeuwarden 28 augustus 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AF5968, r.o. 15. Zie voor de procedure in cassatie HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6459).

Dat enkel subjectieve onbekendheid niet aan aansprakelijkheid in de weg staat, geldt evenzeer bij de contractuele aansprakelijkheid van de verkoper die een gebrekkige zaak aan een consument heeft verkocht (art. 7:24 BW). In artikel 7:24 BW is immers bepaald dat indien op grond van een consumentenkoop een zaak is afgeleverd die niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, de koper jegens de verkoper recht heeft op schadevergoeding. Uitgangspunt is dat de verkoper jegens de koper heeft in te staan voor de deugdelijkheid van de zaak, ook al was hijzelf met een gebrek niet bekend (Parl. Gesch. Boek 7, p. 17-18, Zie ook Asser/Hijma 7-1* 2013/72).

In dit verband is van belang op te merken dat mij twee zaken bekend zijn waarin de rechter ervoor koos om de prothese aan te merken als afgeleverde (gekochte) zaak. De eerste zaak betreft een oordeel van de Rechtbank Maastricht (Rechtbank Maastricht 15 februari 1996, te kennen uit HR 28 mei 1999, *NJ* 1999/614). De rechtbank stelde voorop dat een hulpverlener die zaken verschaft moet instaan voor de deugdelijkheid ervan. Is de verschaft zaak niet deugdelijk en valt dit de hulpverlener toe te rekenen, dan is de hulpverlener aansprakelijk. De rechtbank vervolgde met het oordeel dat de borstprothesen ondeugdelijk waren 'omdat zij lekten'. De niet onderbouwde stelling dat de tekortkoming niet kon worden toegerekend werd verworpen, waarbij mede acht werd geslagen op het feit dat de hulpverlener verzekerd was, de hulpverlener zelf had moeten achterhalen wat er nu precies was gebeurd en niet aannemelijk was geworden dat de patiënt voldoende verstand van zaken had om een afgewogen keuze te maken omtrent de soort prothese en de hoogte van de risico's met betrekking tot het gebruik van de verschillende soorten prothesen. Een tweede zaak lag ter beoordeling voor aan de Rechtbank Amsterdam (Rechtbank Amsterdam 11 juli 2007, *JA* 2007, 145). Ook hier was een lekkende borstprothese de oorzaak van de schade en oordeelde de rechtbank dat artikel 6:74 BW van toepassing was, omdat het om een geleverde zaak ging. In beginsel geldt daarom dat de hulpverlener heeft in te staan voor de deugdelijkheid van de prothese, aldus de rechtbank.

Indien de borstprothese lekt en derhalve ondeugdelijk is en de ondeugdelijkheid aan de hulpverlener is toe te rekenen, is de hulpverlener aansprakelijk, zo vervolgte zij. Het eindoordeel was dat de hulpverlener in kwestie aansprakelijk was, omdat vaststond dat de borstprothese lekte en er geen verweer was gevoerd ten aanzien van de toerekenbaarheid.

Ook wat de buitencontractuele kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter voor een gebrekkige roerende zaak betreft, is duidelijk dat subjectieve onbekendheid niet aan aansprakelijkheid in de weg staat. Wel zij daarbij opgemerkt dat onbekendheid bij deze vorm van aansprakelijkheid niets van doen heeft met toerekening, maar wordt betrokken in de vraag of de zaak gebrekkig is en dus een van de contractuele aansprakelijkheden afwijkende invalshoek kent. Hoewel het bij de aansprakelijkheidsvraag om de toestand van de desbetreffende zaak gaat en niet om een normschending als bedoeld in artikel 6:162 BW, komt namelijk onder bepaalde omstandigheden de norm om de gebrekkigheid te beoordelen overeen met de norm ter vaststelling van de zorgvuldigheid die van diezelfde bezitter op grond van artikel 6:162 BW kan worden verlangd. Dit speelt bijvoorbeeld bij zaken waarbij menselijk gedrag de gebrekkigheid van een zaak kan wegnemen door middel van een waarschuwing. Vaak worden dan ook de kelderluikcriteria gehanteerd om de gebrekkigheid vast te stellen (HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136, m.nt. G.J. Scholten. Zie uitvoeriger Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/218; 236. Zie tevens HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief, r.o. 4.4.3). Betrokken worden factoren als de aard en functie van de zaak, de fysieke toestand van de zaak ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar en het van de zaak te verwachten gebruik door derden, de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de zaak verbonden gevaar en de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. Subjectieve onbekendheid van het gebrek dat aan de zaak kleeft, speelt daarbij echter geen rol.

Kortom, subjectieve onbekendheid bij de hulpverlener staat niet aan toerekening in de weg, zo volgt uit het voorgaande. Sterker nog, artikel 6:77 BW komt in de hiervoor geschetste gevallen niet in beeld, want de omstandigheid dat de hulpverlener door zijn eigen nalatigheid geen kennis droeg van het gebrek, impliceert dat de tekortkoming door zijn schuld heeft kunnen ontstaan. Kwade opzet is hiervoor overigens niet vereist. Analyse van de andere twee leerstukken bevestigt deze regel.

2.2 Objectieve onbekendheid van het gebrek

De afwezigheid van kennis kan ook gelegen zijn in de omstandigheid dat de hulpverlener weliswaar als goed hulpverlener kennis heeft genomen van de literatuur die hij had moeten lezen, maar dat daarin (nog) geen gewag is gemaakt van problemen bij het gebruik van de zaak. Er is sprake van wat wordt genoemd '*objectieve onbekendheid*' bij de groep van

hulpverleners die de zaak in gebruik hebben genomen. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als er nog geen eerdere schadegevallen gemeld waren of de eerste schadegevallen bij de producent zijn gemeld, maar nog onderzocht moet worden of het daadwerkelijk om een gebrek gaat en berichtgeving daaromtrent de hulpverleners die het aangaat nog niet heeft kunnen bereiken; zij hebben daar dus *redelijkerwijs geen kennis van kunnen nemen*. De hulpverlener treft geen schuld, maar wel dient zich de vraag aan of de hulpverlener een tekortkoming door het gebruik van een – wat later blijkt – ongeschikte hulpzaak op grond van artikel 6:77 BW toegerekend moet krijgen. Meer in het bijzonder rijst de vraag of de hulpverlener zich op de onredelijkheid van de toerekening kan beroepen en op de aansprakelijkheid van de producent kan wijzen, ervan uitgaande dat de producent het gebrek (inmiddels) moest kennen of kende.

Een vaste ‘regel’ dienaangaande lijkt hier te ontbreken en daarom wordt bekeken welke regel de wetgever heeft bedacht als een verkoper dan wel een bezitter van een roerende zaak geconfronteerd wordt met een hem onbekend gebrek, dat inmiddels wel bij de producent bekend is. In geval van subjectieve onbekendheid leverde deze vergelijking een zelfde visie op en de vraag is of diezelfde vergelijking ook in geval van objectieve onbekendheid uitkomst biedt.

Wat direct opvalt, is dat artikel 7:24 tweede lid BW bepaalt dat de verkoper voor een veiligheidsgebrek – en dus niet voor een ander type gebrek – waarvoor de producent aansprakelijk is, zelf niet aansprakelijk is, tenzij ook het veiligheidsgebrek de verkoper bekend was of hem bekend had moeten zijn. Hetzelfde geldt als de verkoper een garantie heeft gegeven of als het zaakschade betreft die door de producent niet hoeft te worden vergoed gezien de in de regeling van de risicoaansprakelijkheid van de producent vastgestelde franchise. Een en ander komt erop neer dat de aansprakelijkheid van de verkoper bij samenloop met de regeling van de risicoaansprakelijkheid van de producent in de richting van de producent wordt gekanaliseerd; de *verkoper wordt* in beginsel van aansprakelijkheid ontheven en de koper moet zich rechtstreeks tot de *producent* van de zaak wenden. Dit stelsel berust op een gezamenlijke beoordeling van de rechtsposities van de drie betrokkenen: verkoper, producent en koper (zie ook Asser/Hijma 7-1* 2013/444). Rechtvaardiging voor kanalisatie wordt gevonden in de omstandigheid dat een detaillist doorgaans zaken zal hebben afgenomen van een producent en doorgaans niet bekend zal zijn met mogelijke gebreken. De producent is ontegenzeggelijk de eindverantwoordelijke. Tot slot verliest de koper weliswaar de verkoper als aanspreekpunt, maar hij heeft een alternatief aanspreekpunt: de producent (zie Parl. Gesch. Boek 7, p. 70 en Asser/Hijma 7-1* 2013/444).

Een zelfde kanalisatie naar de producent in geval van een veiligheidsgebrek waarvoor de producent aansprakelijk is, is terug te vinden in de regel ter zake de buitencontractuele

kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter. Artikel 6:173 tweede lid BW bepaalt dat voor een veiligheidsgebrek waarvoor de producent aansprakelijk is, de bezitter niet aansprakelijk is. Deze regel kent uitzondering als aannemelijk is geworden dat het gebrek is ontstaan nadat het in het verkeer is gebracht of dat het gebrek op een later tijdstip is ontstaan of als het zaakschade betreft waarvoor geen vergoeding mogelijk is vanwege de franchise.

Rechtvaardiging voor kanalisatie wordt ook in dit geval gezocht in de aanwezigheid van een producent op wie verhaal kan worden gehaald. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 6:173 BW blijkt overigens dat een en ander niet zonder slag of stoot is gegaan en dat in dat kader geworsteld is met de vraag hoever de aansprakelijkheid van een particuliere bezitter moest gaan. Een risicoaansprakelijkheid voor de particuliere bezitter van een roerende zaak met een verborgen gebrek zou met zich brengen dat deze verdergaand aansprakelijk zou zijn dan de 'rijke en machtige' producent, een gedachte die onaanvaardbaar werd geacht. Ten aanzien van de bedrijfsmatige gebruiker werd dit minder onredelijk geacht, reden waarom aanvankelijk de idee bestond alleen de bedrijfsmatige gebruiker van een roerende zaak risicoaansprakelijk te houden (Parl. Gesch. Boek 6 InvW, p. 1386 en 1387).

De hamvraag is uiteraard wat een en ander zou moeten betekenen voor het antwoord op de vraag wat te doen met de toerekening in die situaties waarin de hulpverlener naar objectieve maatstaven geen weet kon hebben van een gebrek, terwijl de producent die kennis (net) wel had. Gelet op het voorgaande lijkt er vanuit wetsystematisch oogpunt geen andere conclusie mogelijk dan dat door de hulpverlener aangetoonde objectieve onbekendheid van een veiligheidsgebrek – dus niet van een ander type gebrek – waarvoor de producent aansprakelijk is, bevrijdend moet werken. Tegelijkertijd kan ook niet worden ontkend dat de wetgever doelbewust artikel 6:77 BW niet heeft voorzien van een kanalisatieregule, juist om de redelijkheid haar werk te kunnen laten doen (zie nader Parl. Gesch. Boek 6, p. 270 en (in algemene zin) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-*I** 2012, nr. 351). Het is deze reden waarom niet zonder meer kan worden volstaan met een verantwoorde vergelijking van de leerstukken van consumentenkoop en kwalitatieve aansprakelijkheid. In dat verband zij voorts benadrukt dat er opvallende verschillen zijn aan te wijzen tussen de verkoper-detaillist, de particuliere bezitter en de hulpverlener die een verschil in opvatting c.q. regeling ook rechtvaardigen. Zo een verschil is ten eerste de mate van deskundigheid. Het is bij uitstek het ziekenhuis dat tegen de achtergrond van het hem door de Nederlandse Zorgautoriteit ter beschikking gestelde budget en met behulp van ter zake deskundig personeel (zoals een afdeling Inkoop, een Materiaaladviescommissie en een afdeling Medische Techniek) keuzes maakt voor bepaalde hulpzaken en overgaat tot het bestellen van apparatuur, protheses, medicijnen, bloedproducten en lichaamsmateriaal. Een en ander gebeurt volgens een marktverkenningsonderzoek, een procesanalyse en een risicoanalyse, die de basis vormen voor de opmaak van een 'pakket van eisen' en de ingebruikname (Zie uitvoeriger A.W. van

Drongelen, B. Roszek en E.A.E. van Tienhoven (RIVM), *Kwaliteitsborging bij aanschaf van medische hulpmiddelen in Nederlandse ziekenhuizen? Inventarisatie van processen en eisen*, Bilthoven 2006. Zie eveneens het Convenant Veilige toepassing medische technologie in het ziekenhuis, november 2011. Zie ook K.M. Siemerink, *Zorgen voor veilige toepassing van medische technologie, verkennende interviews in vijf Nederlandse ziekenhuizen*, Utrecht: NIVEL 2013, p. 11-12, 17-24). Een tweede verschil is de aard van de rechtsverhouding; met een verkoper-detaillist zal een eenmalig kortstondig contact zijn en met de bezitter van een gebrekkige zaak is in het geheel geen relatie, (tenzij sprake is van medebezit, maar deze situatie wordt hier buiten beschouwing gelaten) zo mag worden verondersteld. De relatie tussen hulpverlener en patiënt is daarentegen gebaseerd op meerdere contacten en gaat uit van een wederzijds gevoel van vertrouwen. Een derde verschil is de aard van de zaken die schade kunnen veroorzaken. Doorgaans zal het bij een geneeskundige behandeling gaan om zaken die in het lichaam zijn gebracht en ten aanzien waarvan dus de uiterste voorzichtigheid geboden is. Een verschil tussen de verkoper-detaillist en de hulpverlener is voorts dat bij een medische behandeling doorgaans de hulpverlener voor het type zaak en merk zal hebben gekozen, terwijl bij de meest gangbare aankopen de consument een bepaald merk en type zaak wil aanschaffen. Een verschil tussen de particuliere bezitter en de hulpverlener is dat de hulpverlener doorgaans verzekerd zal zijn voor schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak en een particuliere bezitter in de regel niet. Tot slot zij in dit verband erop gewezen dat het vreemd voorkomt de hulpverlener niet aansprakelijk te achten als de gebrekkige zaak als hulpzaak wordt aangemerkt, terwijl hij voor diezelfde gebrekkige zaak wel aansprakelijk is als deze als afgeleverde zaak wordt aangemerkt, getuige de eerder besproken oordelen van de Rechtbank Maastricht en de Rechtbank Amsterdam.

Kortom, verdedigbaar is het standpunt dat objectieve onbekendheid bij de groep van hulpverleners die de zaak gebruikt niet te negeren is bij beoordeling van de redelijkheid van de toerekening, maar dat dat oordeel wel mede afhangt van een weging van die onbekendheid én andere relevante factoren. Ik meen dat met name waarde gehecht zou mogen worden aan de omstandigheid dat de hulpverlener voor de desbetreffende zaak heeft gekozen ter uitvoering van de geneeskundige behandeling en de omstandigheid dat hij verzekerd is tegen het risico van schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak. Dit zijn factoren die in de jurisprudentie op dit vlak vaak worden genoemd, ook in de jurisprudentie waarin de zaak als afgeleverde zaak is aangemerkt. Ik twijfel erover of ook het feit dat de producent geen verhaal biedt vanwege bijvoorbeeld frauduleus gedrag en/of een faillissement een zwaarwegende factor mag zijn die in de richting van toerekening wijst. Verdedigbaar is het standpunt dat de gevolgen van een producent die wangedrag vertoont niet voor rekening van de hulpverlener zouden mogen komen; insolvabiliteit van de één is doorgaans immers geen reden om aansprakelijkheid van een ander aan te nemen. Dit is naar mijn mening anders als de

hulpverlener met een onbetrouwbare producent in zee is gegaan. In dat geval mag de onmogelijkheid van verhaal voorzienbaar worden geacht en is sprake van culpa in eligendo (de hulpverlener heeft een aan zijn schuld te wijten 'verkeerde partij gekozen'), zo meen ik. Voor een succesvol beroep op de onredelijkheid van de toerekening als bedoeld in artikel 6:77 BW is aldus nodig dat de hulpverlener stelt en, bij betwisting, bewijst dat, naast de onbekendheid van het gebrek, zich omstandigheden voordoen die maken dat aan zijn keuzevrijheid is getornd, dat aan de afwenteling op een verzekering is getornd en/of dat er een kenbare producent is die verhaal biedt of zou (hebben) moeten bieden.

Voorts meen ik dat de weging van factoren een grens kent. Objectieve onbekendheid kan zich namelijk nog in een andere (zuiverder) variant voordoen: de afwezigheid van kennis is gelegen in de omstandigheid dat het gebrek op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop de producent het product in het verkeer bracht, onmogelijk had kunnen worden ontdekt en dus door de hulpverlener niet te kennen was, maar evenmin door (de) producent(en). Uit de regels ter zake de buitencontractuele risicoaansprakelijkheid van de producent volgt dat de producent niet aansprakelijk is als hij met succes een beroep kan doen op het ontwikkelingsrisicoverweer (art. 6:185 eerste lid aanhef en onder e BW). Wel zij benadrukt dat aan dat beroep zeer strenge eisen worden gesteld: met de wetenschappelijke en technische kennis wordt gedoeld op de wetenschappelijke en technische kennis zonder meer, daaronder begrepen het meest geavanceerde niveau (HvJ EG 29 mei 1997, NJ 1998/522 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*)). Om de relevante wetenschappelijke en technische kennis met succes aan de producent te kunnen tegenwerpen, moet deze kennis toegankelijk zijn geweest op het tijdstip waarop het betrokken product in het verkeer werd gebracht (HvJ EG 29 mei 1997, NJ 1998/522 (*Commissie/Verenigd Koninkrijk*)).

De vraag is vervolgens opnieuw of de hulpverlener dan toch kan worden aangesproken; hem treft wederom geen schuld, want hij kon het gebrek niet kennen. Hoewel voor toerekening krachtens artikel 6:77 BW geen schuld vereist is, is het naar mijn mening een verdedigbaar standpunt om in een dergelijk geval de hulpverlener, net als de producent, van aansprakelijkheid te ontslaan door hem de tekortkoming door het gebruik van de gebrekkige zaak niet toe te rekenen. Daarbij zij wel benadrukt dat de hulpverlener stelt en, bij betwisting, bewijst dat een situatie als deze zich voordoet. Op hem rust ingevolge artikel 6:77 BW immers de bewijslast van de onredelijkheid van de toerekening. Gezien de zware eisen die aan de producent worden gesteld, zou een stelling in die zin niet snel aangenomen kunnen en mogen worden en lijkt het voor de hulpverlener noodzakelijk dat hij de producent in rechte betreft, teneinde het voor hem noodzakelijke bewijs te produceren.

Een voorbeeld van een zaak waarin de absolute onbekendheid een rol speelde en een geslaagd

beroep op het ontwikkelingsrisicoverweer als argument werd gebruikt om ook de hulpverlener van aansprakelijkheid te ontslaan, betreft de zaak over de *Miragelplombe* (Rechtbank Arnhem 28 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606). De Rechtbank Arnhem overwoog dat er in 1992 naar de toenmalige stand van de wetenschap geen grond was om aan te nemen dat de Miragelplombe gebrekkig was en dat pas na 1992 voor het eerst de gebrekkige eigenschappen van de Miragelplombe bekend werden. Aansprakelijkheid van de producent zou dan ook afstuiten op artikel 6:185 lid 1 aanhef en onder e BW, aldus de rechtbank en daarom ook was volgens de rechtbank toerekening van de tekortkoming aan de hulpverlener onredelijk. Opvallend is wel dat niet duidelijk is op basis van welke feiten de rechtbank oordeelde dat het klip en klaar was dat de producent zich op het ontwikkelingsrisico kon beroepen; dat het meest geavanceerde niveau was betrokken blijkt niet uit de overwegingen, hetgeen overigens niet wil zeggen dat het niet aan de orde is gekomen.

Dat een grens wordt bereikt bij objectieve onbekendheid als ook de producent het gebrek niet kon kennen, wordt ook wel als regel aanvaard wanneer de verkoper een gebrekkige zaak aan een consument heeft verkocht, terwijl hij noch de producent weet kon hebben van het gebrek. In de wetenschappelijke literatuur over artikel 7:24 BW is immers betoogd dat als de producent niet aansprakelijk is voor het ontwikkelingsrisico er dus kennelijk een algemeen maatschappelijk risico aan de orde is, dat evenmin op de verkoper als op de producent mag worden gelegd (Asser/Hijma 7-1* 2013/455). Ook in het kader van de buitencontractuele aansprakelijkheid is terug te zien dat objectieve onbekendheid een rol wordt toegedicht, zij het aldus in het kader van het oordeel over de gebrekkigheid van de zaak. De Hoge Raad oordeelde immers in het *Wilnis*-arrest (gewezen onder het regime van art. 6:174 BW) dat de objectieve onbekendheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar, naast het gebruik en de bestemming van de zaak (het ging om een dijk) en de kans op verwezenlijking van het gevaar een rol speelt bij de beoordeling van de eisen die aan de zaak mogen worden gesteld (HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief, r.o. 4.4.3; 4.4.4 en 4.4.5). De Hoge Raad achtte in dat licht het oordeel van het hof dat objectieve onbekendheid met het gevaar voor risico van de bezitter komt niet juist (HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief, r.o. 4.4.6).

Kortom, verdedigbaar is dat objectieve onbekendheid aan toerekening in de weg staat als niemand het gebrek kon kennen, zelfs de producent niet en dat met deze situatie de grens van een mogelijke toerekening is bereikt. De patiënt draagt in dat geval zijn eigen schade, want verhaal op de hulpverlener noch de producent is mogelijk.

3. Slotsom

Tegen de achtergrond van het vonnis van de Rechtbank Rotterdam heb ik de vraag gesteld hoe

het ontbreken van kennis van een gebrek en de schadelijkheid ervan bij de toerekening van de tekortkoming op grond van artikel 6:77 BW zou kunnen worden betrokken. De beschouwing van de oorzaken van onbekendheid van het gebrek in samenhang bezien met de regels van aansprakelijkheid bij consumentenkoop, bezit van een roerende zaak en een in het verkeer gebracht product leerde dat een klip en klaar antwoord niet kan worden gegeven, maar leerde naar mijn mening ook dat er wel enkele vuistregels zijn te geven.

Een eerste vuistregel is dat enkel subjectieve onbekendheid niet aan toerekening in de weg zou mogen staan. Draagt een hulpverlener geen kennis van een (mogelijk) gebrek, maar had hij die kennis kunnen en moeten hebben, dan wordt een tekortkoming door het gebruik van de gebrekkige zaak hem toegerekend krachtens schuld. Artikel 6:77 BW komt niet in beeld.

Een tweede vuistregel is dat in geval van objectieve onbekendheid bij de groep van deskundige gebruikers, de hulpverleners, een weging van factoren nodig is om tot een rechtvaardig oordeel te komen. Factoren als genoemd in de rechtsgeleerde doctrine komen hiervoor in aanmerking, naast het gegeven dat de hulpverlener het gebrek redelijkerwijs niet kon kennen.

Bovendien is het naar mijn mening verdedigbaar – en als derde vuistregel aan te merken – dat in die gevallen van objectieve onbekendheid waarin zelfs de producent het gebrek niet heeft kunnen kennen, toerekening aan de hulpverlener in de regel onredelijk is. Dat geldt uiteraard voor toerekening krachtens schuld maar ook voor toerekening krachtens artikel 6:77 BW. De voornoemde weging van factoren biedt dan geen soelaas, of zou niet tot een ander oordeel mogen leiden.