



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Contractuele aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken en gebrekkige hulpvoorwerpen in Nederland en België

Kroese, D.S.; Wassink, J.; De Rey, S.E.

Publication date

2024

Document Version

Submitted manuscript

Published in

Het nieuwe Belgische verbintenissenrecht vanuit Nederlands perspectief

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Kroese, D. S., Wassink, J., & De Rey, S. E. (2024). Contractuele aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken en gebrekkige hulpvoorwerpen in Nederland en België. In S. De Rey (Ed.), *Het nieuwe Belgische verbintenissenrecht vanuit Nederlands perspectief* (pp. 209). Uitgeverij Paris.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Contractuele aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken en gebrekkige hulpvoorwerpen in Nederland en België

Devrim Kroese
Promovendus
Universiteit van Amsterdam

&

Jan Wassink
Promovendus
Universiteit van Amsterdam

&

Sébastien De Rey
Universitair docent, Universiteit van Amsterdam
KMS, Leerstoel Rechtsgeleerdheid
Gastprofessor UCLouvain
Lid van de Commissie tot hervorming van het bijzondere contractenrecht (boek 7)

*

1. Inleiding

Een van de vele hervormingen in het nieuwe verbintenissenrecht dat in België sinds 1 januari 2023 van kracht is, is de codificatie van een regel voor contractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige hulpvoorwerpen, neergelegd in artikel 5.230 Belgisch BW. Waar deze regel een breuk inhoudt met de *Code civil* van 1804 (thans bekend als oud BW¹) die België na haar onafhankelijkheidswording heeft behouden en waarin een dergelijke regel geheel ontbrak, is de regeling tegelijk geënt op de Nederlandse regeling voor ongeschikte hulpzaken in artikel 6:77 Nederlands BW.² Reden waarom een vergelijking van beide regelingen aangewezen is. In hoeverre komen de regelingen overeen en welke mogelijke vragen brengen deze met zich mee?

In deze bijdrage staat de contractuele aansprakelijkheid wegens bij de uitvoering van de overeenkomst gebruikte zaken centraal. In het Belgische recht spreekt men van *gebrekkige hulpvoorwerpen* en in het Nederlandse recht van *ongeschikte hulpzaken*. Voor het Belgische recht hanteren wij daarom de Belgische terminologie; voor het Nederlandse recht de Nederlandse terminologie. Na een algemene uiteenzetting van de aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken binnen het systeem van het Nederlands BW (par. 2), volgt een bespreking van de aanloop naar artikel 6:77 Nederlands BW (par. 3). Vervolgens komen de vereisten voor aansprakelijkheid (par. 4) en de mogelijke vormen van samenloop met andere wettelijke regelingen voor aansprakelijkheid aan bod (par. 5). Daarna volgt een vergelijking met de regeling in artikel 5.230 Belgisch BW, die volgens hetzelfde stramien verloopt (par. 6). Deze bijdrage sluit af met een slotbeschouwing (par. 7).

¹ Art. 2, tweede lid wet 13 april 1919 tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 “Bewijs” in dat Wetboek, Belgisch Stb. 14 mei 1919, p. 46.353.

² Zie Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 266 waarin verwezen wordt naar art. 6:77 Nederlands BW.

2. Aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken binnen het systeem van de wet

In Nederland zijn de algemene regels over de contractuele aansprakelijkheid neergelegd in afdeling 6.1.9 Nederlands BW (*De gevolgen van het niet nakomen van verbintenissen*). De hoofdregel voor contractuele aansprakelijkheid volgt uit artikel 6:74 Nederlands BW³:

‘1. Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.

2. Voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, vindt lid 1 slechts toepassing met inachtneming van hetgeen is bepaald in de tweede paragraaf betreffende het verzuim van de schuldenaar.’

Artikel 6:74 lid 1 Nederlands BW vereist voor een vordering tot schadevergoeding het bestaan van 1° een *tekortkoming* in de nakoming van een verbintenis, 2° *schade*, 3° een *causaal verband* tussen de tekortkoming en de schade en 4° *toerekenbaarheid*. Lid 2 voegt daaraan toe dat voor zover nakoming niet blijvend onmogelijk is, de schuldenaar eerst aansprakelijk is wanneer sprake is van verzuim (art. 6:81 Nederlands BW). Waar het aan de schuldeiser is om te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat aan de eerste drie vereisten is voldaan, is het aan de schuldenaar om te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend. Artikel 6:75 Nederlands BW bepaalt op welke gronden toerekening plaats kan vinden:

‘Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.’

Positief geformuleerd volgt hieruit dat de tekortkoming aan de schuldenaar toerekenbaar is op vier gronden: 1° *schuld*⁴, 2° *de wet*, 3° een *rechtshandeling* en 4° *de verkeersopvattingen*. De literatuur ziet in deze vier gronden van toerekenbaarheid twee categorieën: toerekening op grond van schuld en toerekening op grond van risico. Onder toerekening op grond van risico worden de toerekening op grond van de wet, rechtshandeling en/of verkeersopvattingen begrepen.⁵ Daarmee hanteert het Nederlandse recht twee beginselen voor toerekening: het schuldbeginnel en het risicobeginnel.⁶ Tussen deze toerekeningsgronden bestaat geen hiërarchie in die zin dat de vraag of kan worden toegerekend krachtens risico achterwege kan blijven als sprake is van schuld en omgekeerd.⁷

³ Art. 6:74 lid 1 Nederlands BW stelt als vereiste voor aansprakelijkheid een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. Strikt gezien is deze regeling dus van toepassing op alle verbintenissen ongeacht hun bron. Zo is deze bepaling niet alleen toepasselijk op verbintenissen uit contract, maar bijvoorbeeld ook op de wettelijke verbintenis tot betaling van schadevergoeding (uit hoofde van onrechtmatige daad, zie art. 6:162 lid 1 Nederlands BW).

⁴ De wet en de parlementaire geschiedenis geven geen definitie van schuld, maar laten de invulling van het begrip over aan de rechtspraak en -wetenschap. De heersende leer gaat ervan uit dat van schuld sprake is wanneer de schuldenaar een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen: hij had anders kunnen en moeten handelen, G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Monografieën BW nr. B33), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 14. Over de precieze betekenis van het begrip ‘schuld’ bestaat discussie in de literatuur, zie bijvoorbeeld: Asser/Sieburgh 6-I 2020/334-339.

⁵ Zie bijvoorbeeld G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Monografieën BW nr. B33), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 14; H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 173. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 264.

⁶ Asser/Sieburgh 6-I 2020/340; G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Monografieën BW nr. B33), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 14.

⁷ Asser/Sieburgh 6-I 2020/344.

Voor het gebruik van ongeschikte hulpzaken voorziet het Nederlandse BW in een toerekening op grond van risico, in het bijzonder op grond van de wet.⁸ Artikel 6:77 Nederlands BW regelt deze toerekening en luidt als volgt:

‘Wordt bij de uitvoering van een verbintenis gebruik gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, dan wordt de tekortkoming die daardoor ontstaat de schuldenaar toegerekend, tenzij dit, gelet op de 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.’

Met deze wetsbepaling legt de wetgever het risico van het falen van dergelijke hulpzaken in beginsel bij de schuldenaar die daarvan gebruik maakt. Bij de toepassing van dit artikel gaat het om gevallen waarin de schuldenaar geen schuld heeft, dat wil zeggen dat hem niet een verwijt kan worden gemaakt van het gebruik van de ongeschikte hulpzaak; hij kende noch behoorde de ongeschiktheid te kennen.⁹ Hoewel hem geen verwijt kan worden gemaakt, wordt de tekortkoming als gevolg van de ongeschiktheid van de hulpzaak hem toch toegerekend.

3. Aanloop naar artikel 6:77 Nederlands BW

3.1 Eerste rechtspraak onder het oude recht

Reeds voor de invoering van het huidige Nederlandse BW kende het Nederlandse recht een regel die de aansprakelijkheid regelde van de schuldenaar voor hulpzaken die hij gebruikte bij de uitvoering van zijn verbintenis.¹⁰ Zo heeft een deel van de literatuur uit een arrest van de Hoge Raad van 21 maart 1947¹¹ afgeleid dat de Hoge Raad uit zou gaan van de algemene regel dat de schuldenaar heeft in te staan voor de deugdelijkheid van zijn materiaal.¹² Niettemin bleef onzeker of uit dit arrest een dergelijke algemene regel kon worden afgeleid, nu de Hoge Raad – die *in casu* moest oordelen over een vervoersovereenkomst – het in dit verband had over het bestaan van dergelijke regel in ‘soortgelijke overeenkomsten’. Het lot van een dergelijke regel buiten vervoersovereenkomsten bleef daardoor onbeslist.

Een duidelijker aanknopingspunt is te vinden in het arrest van 5 januari 1968 (*Vliegtuigvleugel*).¹³ De feiten die aanleiding gaven tot dit arrest zijn als volgt samen te vatten:

⁸ Naast dit geval van toerekening op grond van de wet voorziet art. 6:76 Nederlands BW in de toerekening van tekortkomingen als gevolg van het handelen van hulppersonen.

⁹ Zie J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, nr. 369; J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (R&P nr. CA19) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 97 e.v.; C.E.C. Jansen en J.H. Duyvensz, ‘Productenaansprakelijkheid en voorgeschreven ondeugdelijk materiaal sinds het Moffenkitarrest’, *NTBR* 2001/8, p. 405 e.v.; A.J. Van, ‘Gebrekkige medische hulpmiddelen’, *Adv.bl.* 1996, p. 917; P. Bergkamp, ‘Contractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen’, in: *Onderneming en Nieuw Burgerlijk recht*, Zwolle 1991, p. 316.

¹⁰ Parl. Gesch. Boek 6, p. 270.

¹¹ HR 21 maart 1947, ECLI:NL:HR:1947:133, *NJ* 1947/383, m.nt. E.M. Meijers (*Halcyon/Nederlandse Akkerbouw*). Een dergelijke regel werd al verdedigd door M.G. Levenbach, *De spanning van de kontraktsband*, Amsterdam: H.J. Paris 1928, p. 165 en J. Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht* (Deel: 1^e gedeelte), Haarlem: De Erven F. Bohn 1934, p. 305-306.

¹² Zie m.n. Asser/Rutten *I* 1981, p. 262. Zie over dit arrest ook Hoffman/Van Opstal 1976, p. 318-319 en J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (R&P nr. CA19) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 71-74.

¹³ HR 5 januari 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6963, *NJ* 1968/102, m.nt. G.J. Scholten (*Vliegtuigvleugel*).

Zentveld kreeg van Fokker opdracht om een vliegtuigvleugel op een transportwagen te hijsen tegen een uurloon van 17,50 gulden. Bij de verplaatsing van de vleugel bezweek echter plots de bout waarmee de uitschuifbare hijskraanbalk gezekeerd was, waardoor de vliegtuigvleugel ernstig beschadigd raakte. De schade bedroeg 119.856 gulden. Fokker sprak Zentveld aan tot vergoeding van deze schade. Anders dan het hof, overwoog de Hoge Raad wat volgt:

‘dat het Hof heeft beslist dat uit een algemeen beginsel van het Nederlandse verbintenissenrecht voortvloeit dat [eiser] had in te staan voor de deugdelijkheid van de kraan waarvan hij zich ter uitvoering van de overeenkomst met Fokker wenste te bedienen; dat de grief (...) deze beslissing terecht bestrijdt, daar het Nederlandse verbintenissenrecht de algemene regel dat de schuldenaar heeft in te staan voor de deugdelijkheid van de zaken waarvan hij zich voor de uitvoering van zijn verbintenis bedient, niet inhoudt, en de omstandigheid dat voor bepaalde overeenkomsten de wet deze regel bevat, geen conclusie ten aanzien van het bestaan van een algemeen beginsel van die strekking rechtvaardigt;

dat de vraag of en in hoeverre de schuldenaar voor de gebreken van zodanige zaken aansprakelijk is, naar de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid moet worden beantwoord;

dat ook bij overeenkomsten als de onderhavige, waarbij een resultaat is toegezegd voor het bereiken waarvan de schuldenaar zich moet bedienen van werktuigen, die, indien zij falen, aan de wederpartij een ernstige schade kunnen berokkenen, de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid kunnen meebrengen dat de schuldenaar die aantoonde dat dit falen door hem niet kon worden voorzien, niet het gevolg was van een gebrek aan zorg bij de aanschaffing, het onderhoud en de controle aan het werktuig besteed en ook overigens niet aan zijn schuld te wijten was, voor de door dat falen ontstane schade niet aansprakelijk is;

dat dit in het bijzonder het geval kan zijn, indien het falen van het werktuig aan de wederpartij een schade kan berokkenen van een dergelijke omvang dat het, gezien de in verhouding daartoe geringe hoogte van de door de schuldenaar genoten contraprestatie, onredelijk zou zijn de schuldenaar het risico daarvan te doen dragen;

dat in dergelijke gevallen ook in de omstandigheid dat het de schuldeiser was die zich voor een dergelijke schade door verzekering had gedekt, een aanwijzing kan worden gevonden dat naar verkeersopvattingen het desbetreffende risico voor zijn rekening was’.

Uit dit arrest volgt dat het Nederlandse recht, volgens de Hoge Raad, geen algemeen beginsel kent met de strekking dat een schuldenaar steeds heeft in te staan voor gebreken van hulpzaken. Veeleer moet aan de hand van de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid worden bepaald of en in hoeverre de schuldenaar aansprakelijk is. Hieruit is in de literatuur wel afgeleid dat het uitgangspunt over gebreken in hulpzaken is: ‘geen aansprakelijkheid, tenzij’.¹⁴

Met het arrest van 13 december 1968 (*Polyclens*)¹⁵, gewezen in hetzelfde jaar als het *Vliegtuigvleugel*-arrest, lijkt de Hoge Raad dit probleem echter van de andere kant te benaderen.

In dat laatste arrest was een resultaatsverbintenis aan de orde tussen A.E.H. en Hessing om een vloer schoon te maken, waarbij werd afgesproken dat overige goederen in die

¹⁴ Zo bv. H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht: naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979, p. 207.

¹⁵ HR 13 december 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC3302, *NJ* 1969/174, m.nt. G.J. Scholten (*Polyclens*).

ruimte niet beschadigd mochten raken. Bij de uitvoering van de schoonmaakbeurt maakte Hessing echter gebruik van het schoonmaakmiddel Polyclens, waardoor een opgeslagen partij aluminium toch beschadigd raakte. Nadat het hof had beslist dat die schade voor rekening van Hessing kwam, tekende Hessing daartegen tevergeefs cassatieberoep aan bij de Hoge Raad:

‘dat blijkens hetgeen het Hof heeft vastgesteld de overeenkomst tussen A.E.H. en [betrokkene 1] met betrekking tot het schoonmaken van de vloer van de fabriekshal van A.E.H. onder meer inhield dat [betrokkene 1] dat schoonmaken zodanig diende te verrichten dat daardoor geen schade zou ontstaan aan de in de fabriekshal aanwezige goederen en dat de keuze van het daartoe te bezigen schoonmaakmiddel aan [betrokkene 1] was overgelaten;

dat er voorts in cassatie van dient te worden uitgegaan dat de schade die tijdens de schoonmaakbeurt aan de in de fabriekshal aanwezige goederen is ontstaan, door het gebruik van het daartoe door [betrokkene 1] gekozen en van Cadix betrokken schoonmaakmiddel is veroorzaakt, en eveneens, nu het tegendeel niet is gesteld, dat het falen van dat middel niet was te wijten aan bijzondere omstandigheden, doch aan eigenschappen die het middel voor het doel waarvoor [betrokkene 1] het in dit geval gebruikte, in het algemeen ongeschikt maakten;

dat, dit zo zijnde, het Hof terecht heeft beslist dat die schade voor rekening van [betrokkene 1] kwam;

dat toch, indien de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid van een bepaald geval geen aanwijzing opleveren voor het tegendeel, als regel valt aan te nemen dat de schuldenaar van een resultaatsverbintenis er voor heeft in te staan dat het materiaal waarvan hij zich voor de uitvoering van zijn verbintenis bedient, in het algemeen de eigenschappen bezit die dit voor dit doel geschikt doen zijn’.

Uit het *Polyclens*-arrest blijkt dat de schuldenaar, volgens de Hoge Raad, bij een resultaatsverbintenis in de regel heeft in te staan voor de zaken die hij bij de uitvoering van een dergelijke verbintenis gebruikt. Deze moeten in het algemeen de eigenschappen bezitten die voor het doel van de overeenkomst geschikt zijn. Dit is slechts anders als de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid anders meebrengen. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat het uitgangspunt daarmee was geworden tot: ‘wel aansprakelijkheid, tenzij’, althans voor zover sprake is van een resultaatsverbintenis.

3.2 Totstandkoming van artikel 6:77 Nederlands BW

Ook de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 6:77 Nederlands BW laat blijken dat de aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken een delicaat vraagstuk is. Zo was in het Ontwerp Meijers nog niet voorzien in een regeling voor ongeschikte hulpzaken. Het is bij de behandeling van de regeling voor de aansprakelijkheid voor hulppersonen (thans: art. 6:76 Nederlands BW) dat de vraag aan de orde is gesteld of er niet een soortgelijke regel voor ongeschikte hulpzaken zou moeten bestaan.¹⁶ Een meerderheid van de Commissie voor Justitie achtte een dergelijke regel wenselijk, gelet op de ontwikkeling op het gebied van de techniek waarmee steeds meer risico's gepaard gingen.¹⁷ De Commissie noemde het een ‘billijke ja zelfs dwingende eis het risico daar te laten rusten, waar met dat risico wordt gewerkt: *in casu* dus bij de schuldenaar die zijn verbintenis uitvoert met gebruikmaking van een zaak waaraan risico is verbonden

¹⁶ Parl. Gesch. Boek 6, p. 267-268 (V.V. II).

¹⁷ Parl. Gesch. Boek 6, p. 268 (V.V. II).

(ondeugdelijke zaak)'.¹⁸ Daartoe bepleitte de Commissie, anders dan de Hoge Raad in zijn geschetste jurisprudentie, een 'straffe risico-formule, een formule waar niet onder uit is te komen', zodat bijvoorbeeld ook de dokter aansprakelijk zou zijn voor de deugdelijkheid van de door hem bij zijn behandeling gebruikte ampullen.¹⁹ Een minderheid van de Commissie was tegen een dergelijke formule, omdat daarmee het terrein van overmacht te zeer beperkt zou worden. De Commissie wilde met het oog op de discussie van de minister weten wat hij daarvan zou vinden.

De minister op zijn beurt heeft weliswaar de behoefte onderschreven voor een regel die *in beginsel* aansprakelijkheid vestigt bij het gebruik van 'een gebrekkig of om een andere reden ongeschikte zaak', maar zag – anders dan de meerderheid van de Commissie – geen tendens in de maatschappij in de richting van een strenge regel zonder ontsnappingsmogelijkheid.²⁰ Volgens de minister sloot de genuanceerde regel uit *Vliegtuigvleugel* en *Polyclens* beter aan bij de maatschappelijke en technische ontwikkelingen.²¹ Gelet op het moeilijk te voorzien eindpunt van deze ontwikkelingen en de talrijke aspecten die bij de afbakening van aansprakelijkheid eventueel een rol zouden kunnen spelen, zoals verzekeringsaspecten, was naar zijn idee een meer genuanceerde regel (met tenzij-clausule) te verkiezen boven een strakke regel. Bovendien achtte de minister relevant dat de gebrekkigheid of ongeschiktheid van een hulpzaak in de regel valt terug te voeren op een fout van bijvoorbeeld de producent of de verkoper, waardoor er geen strakke regel vereist is – het slachtoffer kan zich immers ook tot hen wenden uit hoofde van wanprestatie (thans: art. 6:74 Nederlands BW) of onrechtmatige daad (thans: art. 6:162 of 6:185 Nederlands BW).

Deze meer genuanceerde benadering van de minister zien wij bijvoorbeeld terugkomen wanneer hij handelt over de betekenis van de bepaling met betrekking tot de aansprakelijkheid van ziekenhuizen en medisch specialisten. In deze gevallen is volgens de minister voorzichtigheid geboden. In het algemeen zal immers geen resultaat zijn toegezegd bij een geneeskundige behandelingsovereenkomst. Niettemin mag ten aanzien van de geschiktheid van bij de uitvoering van de overeenkomst te gebruiken zaken wel een grote mate van zorgvuldigheid worden verlangd van het ziekenhuis, de specialist en de assisterende personen. Omtrent deze in acht te nemen zorg merkt de minister het volgende op:

'Is een zodanige zorg in acht genomen, maar blijkt de zaak te falen, omdat zij door de producent daarvan in het verkeer is gebracht met een ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek, dan ligt naar de mening van de ondergetekende in de eerste plaats een aansprakelijkheid van deze producent voor de hand. Hij meent daarom dat het nieuwe wetboek in deze soortgelijke gevallen de mogelijkheid moet openlaten een vordering te dezer zake tegen de arts of het ziekenhuis af wijzen. In het gewijzigd ontwerp zal de rechter tot deze oplossing kunnen komen aan de hand van het slot van artikel 3a, terwijl hij voor de aansprakelijkheid van de producent zal hebben te letten op hetgeen daaromtrent nog zal moeten worden bepaald in afdeling 6.3.3. Tevens wordt aldus de weg voor een verdere ontwikkeling opengelaten. De ondergetekende geeft daaraan ook hierom de voorkeur, omdat hetgeen hier van geval tot geval behoort te gelden mede afhankelijk zal zijn van de maatschappelijke opvattingen, terwijl deze opvattingen thans in beweging zijn.'²²

¹⁸ Parl. Gesch. Boek 6, p. 268 (V.V. II).

¹⁹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 268 (V.V. II).

²⁰ Parl. Gesch. Boek 6, p. 270 (M.v.A. II).

²¹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 270 (M.v.A. II).

²² Parl. Gesch. Boek 6, p. 271-272 (M.v.A. II).

Voor de aansprakelijkheid ten aanzien van bij geneeskundige behandelingen gebruikte zaken lijkt aldus de gedachte te zijn dat de inachtneming van de zorgvuldigheid ten aanzien van het gebruik van de zaken kan disculperen van aansprakelijkheid. Meer in het bijzonder lijkt de minister hier de mogelijkheid open te willen houden om op basis hiervan toerekening achterwege te laten en aldus aansprakelijkheid af te wijzen. Dit is opmerkelijk nu het hier in de kern het argument betreft dat de schuldenaar geen verwijt kan worden gemaakt van de tekortkoming. Deze tekortkoming kan de schuldenaar in dat geval niet op grond van schuld worden toegerekend. Toerekening op grond van artikel 6:77 Nederlands BW is echter een geval van toerekening buiten schuld. Het argument dat de schuldenaar geen verwijt kan worden gemaakt zou daar niet relevant (moeten) zijn.²³

3.3 Codificatie van artikel 6:77 Nederlands BW: gemaakte keuzes

Het zijn de voorgaande overwegingen die er uiteindelijk toe hebben geleid dat de lijn uit de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn neerslag heeft gevonden in artikel 6:77 Nederlands BW. De wetgever heeft daarbij de structuur van het *Polyclens*-arrest aangehouden: ‘aansprakelijkheid, tenzij’. Toch is artikel 6:77 Nederlands BW niet tot een codificatie van de rechtspraak beperkt. Dat blijkt onder meer uit de volgende twee algemene vaststellingen.

Ten eerste ging het in de arresten *Vliegtuigvleugel* en *Polyclens* in beide gevallen om de aansprakelijkheid voor het gebruik van hulpzaken bij de uitvoering van een resultaatsverbintenis. De wetgever heeft de regel van artikel 6:77 Nederlands BW echter niet tot resultaatsverbintenissen willen beperken; de regel is ook van toepassing op andersoortige verbintenissen.²⁴

Ten tweede heeft de wetgever enige doctrinaire coherentie willen scheppen door voor artikel 6:77 Nederlands BW aansluiting te zoeken bij de overige vereisten voor contractuele aansprakelijkheid. Hoewel artikel 6:75 Nederlands BW lijkt te suggereren dat artikel 6:77 Nederlands BW enkel een geval van toerekening op grond van de wet betreft, blijkt het artikel zowel met het vereiste van tekortkoming als met het vereiste van toerekening samen te hangen. In wezen houdt het artikel een tweestapstoets in. Voor een geslaagd beroep op artikel 6:77 Nederlands BW moet eerst komen vast te staan dat het gebruik van de ongeschikte hulpzaak een *tekortkoming* oplevert. In een tweede stap wordt deze tekortkoming de schuldenaar *toegerekend* op grond van de wet, tenzij toerekening gelet op de 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.²⁵ Deze omstandigheden geven de rechter ruimte om in het concrete geval tot een passende risicoverdeling te komen.

4. Vereisten voor artikel 6:77 Nederlands BW

De aansprakelijkheid op grond van artikel 6:77 Nederlands BW kent de volgende vereisten: er moet sprake zijn van 1° een tekortkoming (par. 4.1), 2° ontstaan door het gebruik (par. 4.2) van 3° een zaak (par. 4.3) die 4° ongeschikt is (par. 4.4) en 5° zonder dat omstandigheden een uitzondering op de toerekening rechtvaardigen (par. 4.5).

²³ Zie par. 4.5.

²⁴ In paragraaf 4.4.1-4.4.3 zullen we zien dat dit in de praktijk genuanceerder ligt, nu de aard en inhoud van de verbintenis wel degelijk van invloed is op de toepassing van art. 6:77 Nederlands BW. Hoewel de wet het onderscheid niet met zoveel woorden maakt, wordt in de literatuur en rechtspraak veelal onderscheiden naar resultaats- en inspanningsverbintenissen.

²⁵ Hoewel deze tweestapstoets op het eerste gezicht duidelijk lijkt, blijkt de rechtspraak zoals zo vaak weerbarstiger. Het onderscheid tussen tekortkoming en toerekening lijkt niet altijd eenvoudig te kunnen worden gemaakt. Het arrest *PIP-borstimplantaat* is hiervan een mooi voorbeeld, zie HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, NJ 2021/16, m. nt. S.D. Lindenbergh (*PIP-borstimplantaat*). Zie voor een analyse en problematisering van dit arrest paragraaf 4.4.2-4.4.3 van deze bijdrage.

4.1 Tekortkoming

Artikel 6:77 Nederlands BW vereist een *tekortkoming* als gevolg van het gebruik van een zaak. Van een tekortkoming is sprake wanneer hetgeen de schuldenaar presteert in enig opzicht achterblijft bij hetgeen de verbintenis vergt: de schuldenaar presteert niet, te laat of ondeugdelijk.²⁶ Dit impliceert dat de verbintenis opeisbaar is.²⁷ Wordt een niet-opeisbare verbintenis niet nagekomen, dan levert dit geen tekortkoming op, maar is slechts sprake van *niet-nakoming*. Niet-nakoming heeft een ruimere strekking dan tekortkoming, nu het alle gevallen omvat waarin de schuldenaar niet presteert, ongeacht de vraag of hij daartoe gehouden is.²⁸ Het is aan de schuldeiser om te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat er sprake is van een tekortkoming.

Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een tekortkoming, moet een vergelijking worden gemaakt tussen hetgeen de verbintenis vergt en hetgeen de schuldenaar heeft gepresteerd.²⁹ Artikel 6:248 lid 1 Nederlands BW bepaalt in dat kader:

‘Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.’

De rechtsverhouding tussen partijen wordt dus beheerst door 1° hetgeen zij zijn overeengekomen, eventueel aangevuld met 2° hetgeen uit de wet, de gewoonte en/of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit. Wat partijen overeen zijn gekomen is een kwestie van uitleg van de overeenkomst. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dient de uitleg van een overeenkomst plaats te vinden aan de hand van de zogenaamde *Haviltex*-formule:

‘Voor de beantwoording van die vraag [*wat partijen zijn overeengekomen*] komt het immers aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.’³⁰

Wanneer aan de hand van de *Haviltex*-formule is achterhaald wat partijen zijn overeengekomen – en nadat de overeenkomst eventueel is aangevuld met hetgeen, gelet op de aard van de overeenkomst, uit de wet en de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit – kan worden bepaald of hetgeen de schuldenaar heeft gepresteerd in enig opzicht achterblijft bij hetgeen de verbintenis vergt. Is dit het geval, dan is sprake van een tekortkoming.

4.2 Gebruik

Artikel 6:77 Nederlands BW ziet op het geval waarin een zaak wordt *gebruikt* om een verbintenis na te komen. Deze wetsbepaling is dus niet toepasselijk op gevallen waarin een zaak wordt

²⁶ Asser/Sieburgh 6-I 2020/317; G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Monografieën BW nr. B33), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 49.4; H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 131; J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, nr. 366

²⁷ Ibid.

²⁸ Asser/Sieburgh 6-I 2020/320; G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Monografieën BW nr. B33), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 49.3; H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 131.

²⁹ Vgl. H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 9-13. Zie ook Asser/Sieburgh 6-I 2020/317; H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 259-275.

³⁰ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

geleverd ter nakoming van een verbintenis.³¹ Zo is een zaak die wordt verkocht in het kader van een koopovereenkomst niet aan te merken als een hulpzaak.³² De zaak moet met andere woorden gebruikt zijn om de verbintenis na te komen en mag als zodanig niet het voorwerp van de te leveren prestatie zijn.³³ Dit ogenschijnlijk eenvoudige onderscheid is echter lastig te maken bij gemengde overeenkomsten. Zo kan men zich afvragen hoe de overeenkomst gekwalificeerd dient te worden waarbij een tandarts een implantaat plaatst in het gebit van een patiënt; als een koopovereenkomst, een behandelingsovereenkomst ter zake waarvan gebruik wordt gemaakt van een implantaat, een gemengde overeenkomst in de zin van artikel 6:215 Nederlands BW of twee aparte overeenkomsten? Deze kwestie gaat het bestek van deze bijdrage te buiten en laten wij daarom verder rusten.³⁴

Niet is vereist dat de zaak *persoonlijk* door de schuldenaar wordt gebruikt; artikel 6:77 Nederlands BW kan ook toepassing vinden wanneer een hulppersoon van de schuldenaar de zaak heeft gebruikt.

4.3 Zaak

Artikel 6:77 Nederlands BW verwijst naar het gebruik van een *zaak*, zonder dit begrip te definiëren. Hierdoor is, gelet op de gelaagdheid van het Nederlandse BW, de definitie van ‘zaak’ uit artikel 3:2 Nederlands BW toepasselijk: ‘Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten’. Meer in het bijzonder gaat het om ‘alle duurzame en verbruikbare hulpmiddelen die de schuldenaar aanwendt om aan zijn verbintenis te voldoen’.³⁵

De doorwerking van deze definitie uit boek 3 Nederlandse BW (*Vermogensrecht in het algemeen*) brengt met zich mee dat de aansprakelijkheid uit artikel 6:77 Nederlands BW uitsluitend toepasselijk is op gevallen waarin de schuldenaar een stoffelijke zaak gebruikt.³⁶ In de rechtspraak zijn verschillende voorbeelden te vinden: medische hulpmiddelen³⁷, zoals

³¹ Asser/Sieburgh 6-I 2020/330; G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Monografieën BW nr. B33), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 16

³² Vgl. W.H. van Boom, ‘Gebrekkige hulpzaak bij medische behandeling’, *Ars Aequi* 2021/3, p. 273-274; Uitvoerig hieromtrent: J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (R&P nr. CA19) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 105 e.v.

³³ In dit kader is het wel nuttig te wijzen op de rechtspraak over de toerekening op grond van verkeersopvattingen uit art. 6:75 Nederlands BW. Deze categorie van toerekening is een open norm met weinig handvatten. Aan de literatuur en rechtspraak kunnen wel omstandigheden worden ontleend waarvan over het algemeen wordt aangenomen dat zij op grond van de verkeersopvattingen voor risico van de schuldenaar komen. Dat is met name het geval voor de verkoop van industrieel vervaardigde zaken, ten aanzien waarvan de Hoge Raad heeft overwogen dat de verkeersopvattingen met zich brengen dat ‘(...) een tekortkoming bestaande in een gebrek van een verkocht product in beginsel voor rekening van de verkoper komt, ook als deze het gebrek kende noch behoorde te kennen’, zie HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1338, *NJ* 2002/213, m.nt. Jac. Hijma (*Oerlemans/Driessen*)

³⁴ Zie hierover Concl. A-G M.H. Wissink, HR 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176, nr. 8; J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (R&P nr. CA19) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 140 e.v. en p. 311 e.v.; R.P. Wijne, *De aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, p. 360 e.v.

³⁵ Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 2.3 (2022).

³⁶ Voor een overzicht, zie bv. Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 2.3 (2022).

³⁷ Het overgrote deel van de Nederlandse literatuur over ongeschikte hulpzaken ziet op medische hulpzaken, zie hierover bv. J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (R&P nr. CA19) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018; W.H. van Boom, ‘Gebrekkige hulpzaak bij medische behandeling’, *AA* 2021, p. 268 e.v.; T. Hartlief, ‘Aansprakelijkheid voor medische hulpmiddelen 2.0’, *NJB* 2020/2639; J.T. Hiemstra, ‘De aansprakelijkheid voor medische hulpmiddelen’, in: E.R. Vollebregt e.a. (red.), *Medische hulpmiddelen: eindelijk goed geregeld?*, Preadvis Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: SDU uitgevers 2020, p. 83 e.v.; J. Hiemstra, ‘Over medische hulpmiddelen raken we niet uitgepraat’, *L&S* 2020, afl. 1, p. 3 e.v.; P.J. Klein Gunnewiek, M.S. van Beurden, ‘Aansprakelijkheid voor medische hulpmiddelen, het laatste woord was aan de Hoge Raad’, *TvVP* 2020, afl. 4, p. 126 e.v.; P.W.J. Verbruggen, ‘Aansprakelijkheid voor ongeschikte

borstimplantaten³⁸, een siliconen kussentje dat over het oog wordt geplaatst bij een netvlies-scheurtje³⁹, een geïmplanteerde pacemaker⁴⁰, een laser die wordt gebruikt bij netvliesbehandelingen⁴¹ of een permanente rimpelvuller⁴², zijn zaken in de zin van artikel 6:77 Nederlands BW. Hetzelfde geldt voor ondeugdelijk verpakkingsmateriaal⁴³, containers bij vervoer⁴⁴, een vrachtwagen die vuur vat in het kader van een transportovereenkomst⁴⁵, een defecte kraan bij een takelovereenkomst⁴⁶ en stortbordes van een vuilstortplaats⁴⁷. Ook de door de aannemer gebruikte materialen en bouwstoffen zijn hulpzaken.⁴⁸

Objecten die niet stoffelijk van aard zijn, lijken door de definitie uit artikel 3:2 Nederlands BW niet onder het toepassingsgebied van artikel 6:77 Nederlands BW te vallen. Over de vraag of een tekortkoming als gevolg van defecte computersoftware kan worden toegerekend op basis van artikel 6:77 Nederlands BW is de literatuur dan ook verdeeld.⁴⁹ Zo ook is onzeker of een AI-systeem te kwalificeren is als een zaak in de zin van artikel 6:77 Nederlands BW.⁵⁰

4.4 Ongeschiktheid

4.4.1 Algemeen

Artikel 6:77 Nederlands BW vereist dat bij de uitvoering van de verbintenis gebruik wordt gemaakt van een zaak die daartoe *ongeschikt* is, weliswaar zonder dit begrip te definiëren. Het begrip ongeschikt kan zich dan ook in verschillende gedaantes voordoen.

Zo identificeert Van Boom drie mogelijke vormen van ongeschiktheid: 1° de hulpzaak is op zichzelf niet gebrekkig, maar voor *deze* prestatie niet de juiste, 2° het type zaak is als zodanig wel geschikt, maar *deze* zaak door incidenteel falen niet en 3° het type zaak is als zodanig ongeschikt.⁵¹ Duidelijk is dat de begrippen *ongeschikt* en *gebrekkig* nauw verband

medische hulpzaken volgens de Hoge Raad’, *WPNR* 2020/7303; R.P. Wijne, ‘Aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken. Hoge Raad schept duidelijkheid maar beslist is het nog niet’, *L&S* 2020, afl. 3, p. 6 e.v.; R.P. Wijne, ‘Langverwachte (on)duidelijkheid over de (on)redelijkheid van aansprakelijkheid van de hulpverlener voor het gebruik van medische hulpzaken’, *MvV* 2020, afl. 10, p. 354 e.v.; V.J.P. Ramaekers, ‘Schade door een ongeschikte medische hulpzaak ex artikel 6:77 BW: een rechtsvergelijking met Frankrijk en Duitsland’, *TvVP* 2016, afl. 4, p. 108 e.v.

³⁸ Hof ’s-Hertogenbosch 25 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4936, *JA* 2015/7; Gerechtshof ’s-Hertogenbosch, 27 oktober 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:3319.

³⁹ HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082.

⁴⁰ Hof Amsterdam 7 januari 1988, *TvGR* 1989/99.

⁴¹ Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba, 27 februari 2019, ECLI:NL:OGEEA:2019:135.

⁴² Gerechtshof ’s-Hertogenbosch, 18 augustus 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2592.

⁴³ HR 15 mei 1981, *NJ* 1981/641, m.nt. C.J.H. Brunner (*Joba/Gerber*).

⁴⁴ Hof ’s-Gravenhage 9 juni 1978, *NJ* 1980/83.

⁴⁵ Rb. Noord-Nederland 31 januari 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:231.

⁴⁶ Rb. Overijssel 28 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4915.

⁴⁷ Hof ’s-Hertogenbosch 20 april 1998, ECLI:NL:GHSHE:1998:AD2869, *NJ* 1999/34.

⁴⁸ Parl.Gesch. Boek 6, p. 260 (M.v.A. II).

⁴⁹ In het algemeen, zie hierover *Asser/Hijma 7-I* 2019/380-383; H.J. Snijders, in: H.J. Snijders en E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/27; J.H.M. van Erp en W. Loof, ‘Eigendom in het algemeen; eigendom van digitale inhoud (1). Over digitale inhoud als zaak’, *Preadvies KNB* 2016, p. 23 e.v.; T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Privaatrecht voor de homo digitalis: eigendom, gebruik en handhaving’, *Preadvies NJV* 2016, p. 241 e.v.

⁵⁰ Hierover bv. T.J. de Graaf en I.S. Wuisman, ‘Contractuele aansprakelijkheid voor het gebruik van AI-systemen in het licht van Europese voorstellen’, *WPNR* 2021, afl. 7348, p. 905 e.v., met een pleidooi voor de toepassing van art. 6:77 Nederlands BW op basis van de leer van de functionele equivalentie.

⁵¹ W.H. van Boom, ‘Gebrekkige hulpzaak bij medische behandeling’, *Ars Aequi* 2021/3, p. 274 met voorbeelden.

houden met elkaar.⁵² Grofweg zijn twee benaderingen te onderscheiden: volgens een eerste benadering moet de ongeschiktheid van een hulpzaak worden beoordeeld tegen de achtergrond van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenis(sen) ter uitvoering waarvan de hulpzaak wordt gebruikt; volgens een tweede strekking is het gebruik van een ongeschikte hulpzaak op zichzelf voldoende voor aansprakelijkheid wegens de niet-nakoming van een impliciete resultaatsverbintenis, namelijk de verbintenis om geen ongeschikte zaak te gebruiken bij de uitvoering van de overeenkomst.⁵³

Bij de eerste benadering, waarbij aan de hand van de uitleg van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenissen moet worden bepaald of sprake is van het gebruik van een hulpzaak die ongeschikt is voor de uitvoering van de verbintenis, bepaalt de uitleg van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenissen of sprake is van een ongeschikte hulpzaak. In die zin is het begrip ongeschikt een relatief begrip, het is afhankelijk van de uitleg die de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenis(sen) krijgen.

Zien wij het goed, dan kan echter ook de tweede benadering, waarbij sprake is van een impliciete resultaatsverbintenis om geen ongeschikte zaak te gebruiken, niet voorkomen dat geen uitleg nodig is van hetgeen de overeenkomst vergt. De term ongeschikt is namelijk naar haar aard een relatief begrip ('ongeschikt waartoe?') en moet dan ook steeds worden beoordeeld tegen de achtergrond van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenis(sen). De tweede benadering is daarom beter samen te vatten als die waarbij men uitgaat van een impliciete resultaatsverbintenis om geen *gebrekkige* zaak te gebruiken.⁵⁴ De gebrekkigheid van een zaak kan immers min of meer objectief worden vastgesteld, althans los van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenis(sen). In deze benadering levert het gebruik van een gebrekkige hulpzaak bij de uitvoering van de overeenkomst *an sich* een tekortkoming op, die in beginsel op grond van artikel 6:77 Nederlands BW wordt toegerekend.

4.4.2 De Hoge Raad in *PIP-borstimplantaat* en *Miragelplombe*

De verschillende benaderingen in de literatuur doen de rechtszekerheid geen deugd. Op 19 juni 2020 kreeg de Hoge Raad de kans om in twee arresten, beide in het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst⁵⁵, enige duidelijkheid te scheppen met betrekking tot de aansprakelijkheid van ongeschikte hulpzaken.

Het eerste arrest, bekend als het *PIP-borstimplantaat-arrest*⁵⁶, had betrekking op de contractuele aansprakelijkheid van een ziekenhuis voor schade veroorzaakt door een bij de behandeling gebruikte ongeschikte dan wel gebrekkige borstimplantaat. Hierover stelde het gerechtshof 's-Hertogenbosch prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. De feiten die aanleiding hebben gegeven tot het stellen van de vragen waren als volgt. Een vrouw had in 1984 een borstvergroting laten uitvoeren bij het Jeroen Bosch Ziekenhuis (JBZ). Na

⁵² Zie bv. J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (R&P nr. CA19) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 96 e.v.; J.T. Hiemstra, 'Ongeschikte zaken en gebrekkige producten: twee zijden van dezelfde medaille?', *AV&S* 2014/18; Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 2.5 (2022).

⁵³ Beide benaderingen hebben de doctrine geruime tijd beziggehouden en vinden steun in de totstandkomingsgeschiedenis en redactie van art. 6:77 Nederlands BW, zie hierover uitvoerig Concl. A-G M.H. Wissink, HR 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176, nr. 9.17.1.

⁵⁴ In Concl. A-G M.H. Wissink, HR 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176, nr. 9.15 wordt ook gesproken van een resultaatsverbintenis om geen ongeschikte hulpzaak te gebruiken, maar in nr. 1.9.2. wordt die benadering samengevat op eenzelfde wijze als hier.

⁵⁵ Hierover in het algemeen, zie J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (R&P nr. CA19) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

⁵⁶ HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, *NJ* 2021/16, m.nt. S.D. Lindenbergh (*PIP-borstimplantaat*).

jarenlange pijnklachten en meerdere vervangingen, had de arts van het JBZ in 2000 de prothese in de linkerborst vervangen door een prothese van het merk Poly Implant Protheses (PIP). Toen echter aan het licht kwam dat er wegens grootschalige fraude aan de zijde van de producent ook implantaten, voorzien van CE-markering, in omloop waren die niet met medicinale maar met industriële siliconen gevuld waren, vaardigde de Inspectie Gezondheidszorg in 2010 een verbod op de handel en toepassing van PIP-borst-implantaten uit. In 2012 werd dit verbod opgevolgd met een advies aan zorgverleners om alle personen met PIP-implantaten op te roepen voor controle en om zo nodig de implantaten te verwijderen. In 2012 werden bij de vrouw in kwestie beide protheses verwijderd; de PIP-implantaat in de linkerborst was gescheurd, het implantaat van een ander merk in de rechterborst werd intact verwijderd. De vrouw vorderde schadevergoeding van het JBZ, op te maken bij staat. De fabrikant van de implantaten was ten tijde van de procedure reeds failliet.

Het tweede arrest, bekend als het *Miragelplombe*-arrest⁵⁷, had betrekking op de contractuele aansprakelijkheid van een ziekenhuis voor complicaties ontstaan bij een oogoperatie door het gebruik van een zogeheten ‘miragelplombe’. Een man werd in 1992 geopereerd aan een netvliesloslating in het Radboudumc, waarbij een plombe werd gebruikt. Na enige tijd ondervond de man klachten en beperkingen ten gevolge waarvan hij gedeeltelijk arbeidsongeschikt was geraakt. De samenstelling en eigenschappen van de miragelplombe veroorzaakten zwelling en fragmentering bij de verwijdering. De man stelde het Radboudumc aansprakelijk voor de schade die hij had geleden wegens de netvliesoperatie en de daaropvolgende behandeling.

De Hoge Raad herhaalt in *PIP-borstimplantaat* dat sprake is van een tekortkoming in de nakoming indien hetgeen de schuldenaar verricht in enig opzicht achterblijft bij hetgeen de verbintenis vergt. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat een verbintenis uit een geneeskundige behandelingsovereenkomst in het algemeen vergt dat de bij de nakoming daarvan gehanteerde zaken als bedoeld in artikel 6:77 Nederlands BW voor de toepassing geschikt zijn, beoordeeld naar de medische inzichten ten tijde van de toepassing. Volgens de Hoge Raad dient een bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst gebruikt implantaat ‘volgens de heersende medische inzichten geschikt te zijn en het moet voldoen aan de op dat moment geldende wettelijke normen’.⁵⁸ Meer in het bijzonder overweegt de Hoge Raad:

‘(d)e enkele omstandigheid dat een bepaald soort of type implantaat dat ten tijde van de behandeling *state of the art* was, op grond van naderhand opgekomen medische inzichten minder geschikt of zelfs ongeschikt wordt bevonden voor de verrichte geneeskundige behandeling, levert niet een tekortkoming op in de nakoming van de verbintenis.’⁵⁹

In dit arrest introduceert de Hoge Raad het begrip *state of the art*, te beoordelen op het ogenblik dat de hulpzaak ter uitvoering van de verbintenis wordt gebruikt. Het gebruik van een hulpzaak die naderhand minder geschikt of zelfs ongeschikt wordt bevonden, maar die ten tijde van de uitvoering van de verbintenis *state of the art* was, levert geen tekortkoming op. Dat een hulpzaak ten tijde van de uitvoering *state of the art* was, is aan de schuldenaar om aan te tonen. Daarmee verschaft de Hoge Raad een belangrijke indicatie voor de beoordeling van wat een *ongeschikte* hulpzaak uitmaakt. Ook in het *Miragelplombe*-arrest gebruikt de Hoge Raad het

⁵⁷ HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082, NJ 2021/15, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Miragelplombe*).

⁵⁸ HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, NJ 2021/16, m.nt. S.D. Lindenbergh (*PIP-borstimplantaat*), r.o. 2.8.2.

⁵⁹ Ibid.

begrip *state of the art*. In deze beslissing casseerde de Hoge Raad het arrest van het hof, omdat het hof tot een toepassing van artikel 6:77 Nederlands BW was overgegaan terwijl de plombe ten tijde van de toepassing *state of the art* was en dus geen tekortkoming opleverde:

‘Indien bij een geneeskundige behandeling een zaak in het lichaam van de patiënt wordt aangebracht die ten tijde van de behandeling “*state of the art*” is, brengt het enkele feit dat de zaak op grond van naderhand opgekomen medische inzichten naar haar aard niet langer geschikt wordt bevonden voor de desbetreffende behandeling, niet mee dat het gebruik van die zaak als een tekortkoming moet worden aangemerkt. Aan toepassing van art. 6:77 [Nederlands] BW wordt in dat geval dus niet toegekomen.’⁶⁰

4.4.3 Ontvangst in de doctrine

De meeste commentatoren lezen het *PIP-borstimplantaat*-arrest en het *Miragelplombe*-arrest in die zin dat, volgens de Hoge Raad, de beoordeling van de (on)geschiktheid van een hulpzaak gekoppeld is aan de uitleg van de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenissen.⁶¹ Op basis daarvan wordt geconcludeerd dat de Hoge Raad afstand heeft genomen van de meerderheidsopvatting in de literatuur, te weten van de benadering die verdedigt dat het gebruik van een *gebrekkige* zaak op zichzelf een tekortkoming oplevert, die in beginsel op grond van artikel 6:77 Nederlands BW toerekenbaar is.⁶²

Volgens dezelfde auteurs stelt de Hoge Raad daarnaast voorop dat men aan toerekening op grond van artikel 6:77 Nederlands BW pas toekomt wanneer sprake is van een tekortkoming. De vraag wanneer sprake is van een tekortkoming, heeft de Hoge Raad dan weer gekoppeld aan het begrip *state of the art*: het gebruik van een hulpzaak die naderhand minder geschikt of zelfs ongeschikt is, maar die ten tijde van de uitvoering van de verbintenis *state of the art* was, levert geen tekortkoming op. Door deze koppeling lijkt artikel 6:77 Nederlands BW, althans voor wat betreft geneeskundige behandelingsovereenkomsten, aan belang te verliezen.⁶³ Is de hulpzaak ten tijde van het gebruik namelijk niet *state of the art*, dan is een beroep op artikel 6:77 Nederlands BW strikt genomen overbodig, nu in dat geval ook kan worden toegerekend op grond van schuld (art. 6:75 Nederlands BW). Wanneer een arts gebruik maakt van een hulpzaak die niet *state of the art* is, kan hem daarvan in de regel namelijk een verwijt worden gemaakt. Toerekening op grond van artikel 6:77 Nederlands BW is dan niet nodig. Is de gebruikte hulpzaak wel *state of the art*, dan lijkt – in de toepassing van de rechtspraak van de Hoge Raad – geen sprake van een tekortkoming, zodat de vraag naar toerekening van de tekortkoming zich zelfs niet stelt. Zo bezien lijkt aan artikel 6:77 Nederlands BW in de context van medische aansprakelijkheid slechts betekenis toe te komen indien een hulpzaak op het moment van het

⁶⁰ HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082, *NJ* 2021/15, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Miragelplombe*), r.o. 3.2.2.

⁶¹ Zie bv. P.W.J. Verbruggen, ‘De maatstaf van *state of the art* bij aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken’, *NTBR* 2022/12, afl. 4, p. 87; W.H. van Boom, ‘Gebrekkige hulpzaak bij medische behandeling’, *Ars Aequi* 2021/3, p. 273; T. Hartlief, ‘Aansprakelijkheid voor medische hulpmiddelen 2.0’, *NJB* 2020/2639; S.D. Lindenbergh, annotatie bij: HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, *NJ* 2021/16 (*PIP-borstimplantaat*), nr. 5; G.M. Veldt, annotatie bij: HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, *TvC* 2020/6 (*PIP-borstimplantaat*), p. 353; R.P. Wijne, ‘Langverwachte (on)duidelijkheid over de (on)redelijkheid van aansprakelijkheid van de hulpverlener voor het gebruik van medische hulpzaken’, *MvV* 2020, afl. 10, p. 358.

⁶² Zie bv. R.P. Wijne, ‘Langverwachte (on)duidelijkheid over de (on)redelijkheid van aansprakelijkheid van de hulpverlener voor het gebruik van medische hulpzaken’, *MvV* 2020, afl. 10, p. 358. Voor verdere verwijzingen, zie Concl. A-G M.H. Wissink, HR 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176, nr. 1.4 onder noot 3.

⁶³ Aldus ook: P.W.J. Verbruggen, ‘De maatstaf van *state of the art* bij aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken’, *NTBR* 2022/12, afl. 4, p. 88-89; W.H. van Boom, ‘Gebrekkige hulpzaak bij medische behandeling’, *Ars Aequi* 2021/3, p. 275-276; T. Hartlief, ‘Aansprakelijkheid voor medische hulpmiddelen 2.0’, *NJB* 2020/2639.

gebruik (naar gangbare medische inzichten) ongeschikt was voor de behandeling, zonder dat de hulpverlener dat wist of behoorde te weten (bijvoorbeeld als gevolg van fouten of fraude aan de zijde van de producent).⁶⁴

Vraag blijft wat moet worden verstaan onder het begrip *state of the art*. De wetgever heeft zich hier niet over uitgelaten en ook de Hoge Raad laat na nader invulling te geven aan het begrip. In de literatuur bestaat dan ook discussie over de vraag wat onder deze notie moet worden verstaan.⁶⁵ Door een deel van de literatuur wordt betoogd dat *state of the art* verwijst naar het ontwikkelingsrisicoverweer uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid (zie art. 7, aanhef en *litt. e*).⁶⁶ Daarin is neergelegd dat de producent niet aansprakelijk is voor schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product, indien het onmogelijk was om het gebrek te ontdekken op grond van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop het product in het verkeer is gebracht. Het is denkbaar dat de Hoge Raad aansluiting heeft willen zoeken bij de productaansprakelijkheid, maar zeker is dit allerm minst. Een ander deel van de literatuur is namelijk, onzes inziens terecht, van mening dat de verwijzing naar *state of the art* niet duidt op dit strenge ontwikkelingsrisicoverweer uit de productaansprakelijkheid, maar moet worden opgevat als ‘destijds heersende of gangbare medische inzichten’.⁶⁷ Dat lijkt meer recht te doen aan de formulering van de Hoge Raad (‘de heersende medische inzichten’). De gangbare medische inzichten hoeven niet hetzelfde te zijn als het hoogste kennisniveau dat wordt vereist door het strenge ontwikkelingsrisicoverweer, en de daarin vereiste ‘onmogelijkheid’ om het gebrek te ontdekken, uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid.⁶⁸

4.5 Uitzonderingen op toerekening

Anders dan ten aanzien van de aansprakelijkheid voor hulppersonen voorziet het Nederlandse BW ten aanzien van de aansprakelijkheid voor hulpzaken in artikel 6:77, *in fine* in een uitzondering voor het geval de toerekening ‘gelet op de 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’. Dit laat toe om een tekortkoming die bestaat wegens het gebruik van een ongeschikte hulpzaak, alsnog niet toe te rekenen aan de schuldenaar. Daarvoor noemt de wetgever drie factoren: 1° de inhoud en strekking van de rechtshandeling, 2° de in het verkeer geldende opvattingen en 3° de overige omstandigheden van het

⁶⁴ Niettemin roept de beslissing in het *PIP-borstimplantaat*-arrest de vraag op of art. 6:77 Nederlands BW in die situaties soelaas biedt voor de patiënt. De Hoge Raad oordeelde namelijk dat toerekening aan de hulpverlener onredelijk zou zijn, gelet op onder meer de grootschalige fraude door PIP waardoor de (grotere) deskundigheid van de hulpverlener geen rol speelt (zie par. 4.5). Als die argumenten in de weg staan aan de toerekening krachtens art. 6:77 Nederlands BW, is er voor die bepaling in deze gevallen *de facto* geen toegevoegde waarde meer, vgl. W.H. van Boom, ‘Gebrekkige hulpzaak bij medische behandeling’, *Ars Aequi* 2021/3, p. 277. Dat lijkt overigens wel overeen te stemmen met de bedoeling van de wetgever (zie par. 3.2).

⁶⁵ Voor een overzicht met verwijzingen, zie P.W.J. Verbruggen, ‘De maatstaf van state of the art bij aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken’, *NTBR* 2022/12, afl. 4, p. 89-90.

⁶⁶ Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der Lid-Staten inzake de aansprakelijkheid voor produkten met gebreken. Zie ook art. 6:185 aanhef en onder e Nederlands BW. In deze zin bv. M. van Asch & M. Tanouyat, ‘Aansprakelijkheid hulpverleners voor medische hulpzaken: “State of the art”?’, *AV&S* 2020/30, p. 184. Hierover in het algemeen, zie m.n. J.T. Hiemstra, ‘Het ontwikkelingsrisicoverweer in het Burgerlijk Wetboek’, *RMTh* 2020-1, p. 47 e.v.

⁶⁷ Met als ondergrens de destijds geldende wettelijke normen. Vgl. hierover en voor verwijzingen W.H. van Boom, ‘Gebrekkige hulpzaak bij medische behandeling’, *Ars Aequi* 2021/3, p. 275-276.

⁶⁸ Niettemin bestaat discussie over de vraag hoe die ‘norm’ moet worden ingevuld, zie daarover P.W.J. Verbruggen, ‘De maatstaf van state of the art bij aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken’, *NTBR* 2022/12, afl. 4, p. 92; W.H. van Boom, ‘Gebrekkige hulpzaak bij medische behandeling’, *Ars Aequi* 2021/3, p. 277; S.D. Lindenbergh, annotatie bij: HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, *NJ* 2021/16 (*PIP-borstimplantaat*), nr. 8; G.M. Veldt, annotatie bij: HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, *TvC* 2020/6 (*PIP-borstimplantaat*), p. 352-353.

geval. Deze factoren zijn tot op zekere hoogte ontleend aan de jurisprudentie van de Hoge Raad gewezen vóór de invoering van het huidige Nederlandse BW.⁶⁹

Wat de eerste factor betreft, met name de *inhoud en strekking van de rechtshandeling*, valt te denken aan exoneraties, maar ook valt hieronder bijvoorbeeld het geval waarin de schuldeiser aan de schuldenaar het gebruik van een bepaalde hulpzaak voorschrijft. In dat geval zou het onredelijk zijn om de tekortkoming die door het gebruik van deze hulpzaak ontstaat aan de schuldenaar toe te rekenen.⁷⁰

Illustratief in dit verband is de zaak waarin de gemeente Heemskerk aan een aannemer de opdracht gaf tot het leggen van een riolering, waarbij de gemeente voor de afdichting van de rioolbuisverbindingen het gebruik van de zogenaamde moffenkit voorschreef. De moffenkit bleek echter minder goed dan de reclame deed vermoeden, zodat er lekkage ontstond. Daarover oordeelde de Hoge Raad, in een arrest van 25 maart 1966, dat het hof terecht had beslist ‘dat de aanbesteder in ieder geval niet voor rekening van de aannemer kan laten gebreken welke uitsluitend het gevolg zijn van de ondeugdelijkheid van door de aannemer op voorschrijft van de aanbesteder van derden betrokken materiaal’.⁷¹

De *verkeersopvattingen* vormen een tweede factor op grond waarvan tot niet-toerekenbaarheid kan worden besloten. In dit verband wordt vaak gewezen op de invloed van verzekeringen. Hiervoor wordt vaak verwezen naar *Vliegtuigvleugel*-arrest⁷², waarin de Hoge Raad oordeelt dat ‘in dergelijke gevallen ook in de omstandigheid dat het de schuldeiser was die zich voor een dergelijke schade door verzekering had gedekt, een aanwijzing kan worden gevonden dat naar verkeersopvattingen het desbetreffende risico voor zijn rekening was’⁷³. Niettemin is deze overweging bekritiseerd: een eventueel aanwezige individuele verzekering zou nauwelijks aanwijzingen geven omtrent het bestaan van verkeersopvattingen; daartoe zou er in vergelijkbare situaties minstens een vrij algemeen gebruik tot verzekeren moeten bestaan.⁷⁴ Een ander criterium dat is gevonden om de verkeersopvatting te concretiseren, is de wederzijdse deskundigheid: hoe groter de deskundigheid van de schuldenaar, hoe meer het voor de hand ligt om hem de tekortkoming toe te rekenen.⁷⁵ Niettemin is niet ondenkbaar dat juist de schuldeiser wist dat de hulpzaak ongeschikt zou zijn. Op grond van de redelijkheid en billijkheid kan op hem in dat

⁶⁹ Ook onder het oude recht kon op grond van ‘de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid van een bepaald geval’ van de hoofdregel worden afgeweken, zie bv. HR 13 december 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC3302, NJ 1969/174, m.nt. G.J. Scholten (*Polyclens*). Hierover ook bv. A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek*, Deventer: Kluwer 1988, p. 218-219.

⁷⁰ Zie met talrijke verwijzingen: Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 3.6.1 (2022).

⁷¹ HR 25 maart 1996, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, NJ 1966/279, m.nt. G.J. Scholten.

⁷² Bv. *Asser/Sieburgh* 6-I 2020/351; J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (R&P nr. CA19) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 114-116; vgl. voor meer verwijzingen Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 3.9 (2022).

⁷³ HR 5 januari 1968, NJ 1968/102.

⁷⁴ Zie met verwijzingen Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 3.7 (2022).

⁷⁵ J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (R&P nr. CA19) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer, p. 111 e.v. en 114 e.v.; *Asser/Sieburgh* 6-I 2020/351. Dit komt ook tot uitdrukking in HR 28 november 1997, NJ 1998/168, A&V 1998, p. 42, m.nt. Chr.H. van Dijk, Bb 1998, p. 3, m.nt. B.J. Broekema-Engelen (*Smits/Royal Nederland*). De Hoge Raad overweegt in dat arrest dat het hof uit de art. 7:602 en 6:77 Nederlands BW, in onderling verband gelezen, kennelijk heeft ‘afgeleid dat Smits zich niet erop kan beroepen dat zijzelf ter zake van de koelinstallatie voldoende zorg in acht heeft genomen, nu het (...) gebrek van die installatie in elk geval in verband met het bepaalde in art. 6:77 voor haar rekening komt’. Daarna oordeelt de Hoge Raad: ‘’s Hof aldus opgevatte gedachtengang geeft, in aanmerking genomen dat het onderhavige geval daardoor gekenmerkt wordt dat het gaat om een professionele en gespecialiseerde bewaarnemer – te weten: een bedrijf dat zaken in opslag neemt in een koel- en vrieshuis – en om een gebrek van een koelinstallatie in het koel- en vrieshuis waarin de partij kaaspoeder was opgeslagen, niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting (...)’.

geval eventueel een waarschuwingsplicht rusten, wat de toerekening van de tekortkoming aan de schuldenaar in de weg kan staan.⁷⁶ Ook de vraag of de schuldenaar de schade kan afwentelen op een derde, bijvoorbeeld door het nemen van regres (zoals op de producent van de falende zaak), kan in dit verband van belang zijn.⁷⁷ Zo werd een tekortkoming op basis van artikel 6:77 Nederlands BW aan een ziekenhuis toegerekend, mede omdat het beter in staat is de producent aan te spreken dan de patiënt.⁷⁸

Als derde factor worden de *overige omstandigheden* van het geval genoemd. Daarmee heeft de ‘tenzij’-clause uit artikel 6:77 Nederlands BW het karakter van een open norm waarvan de toepassingsgevallen potentieel onbegrensd zijn. Wel kunnen uit de rechtspraak en de literatuur inmiddels enkele relevante omstandigheden worden afgeleid om deze uitzondering te concretiseren. Zo valt hier te denken aan de hoogte van de betaling die de schuldenaar ontvangt in relatie met de door hem gelopen kans grote schade toe te brengen, hetgeen veelal (mede) in verband wordt gebracht met de mogelijkheid tot verzekering.⁷⁹

Een goed voorbeeld hiervan biedt het geval waarin een leverancier niet-verwijtbaar ondeugdelijke stalmest leverde aan een tuinder met grote schade tot gevolg. Risicotoerekening was in dit geval, volgens het hof, niet billijk, omdat (onder meer) de aard en omvang van het risico voor de schuldenaar moeilijk of niet te voorzien was mede gelet op de lage verkoopprijs van de mest.⁸⁰ Het bestaan van een verzekering werd door het hof afgewezen als relevante omstandigheid om wel toe te rekenen krachtens risico. Niettemin is het verzekeringsaspect wel in verband gebracht met de genoemde omstandigheid. Zo overwoog een ander hof in een zaak waarin het gebruik van relatief goedkope betonmortel tot schade had geleid dat het betrekkelijk grote schaderisico in relatie tot de genoten prestatie niet in de weg staat aan aansprakelijkheid, omdat door de schuldenaar niet gesteld is dat het redelijkerwijs niet mogelijk was om zich tegen dat risico te verzekeren.⁸¹

Tevens kan van belang zijn dat de schuldeiser aan de schuldenaar een bepaalde werkwijze heeft opgedragen die risicovol was.⁸² Ook wordt in dit verband gewezen op de omstandigheid dat de zaak in het algemeen geschikt is voor de uitvoering van de verbintenis, maar dat de zaak in het

⁷⁶ Zie Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 3.7 (2022).

⁷⁷ Bv. al aan de orde gesteld in HR 13 december 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC3302, *NJ* 1969/174, m.nt. G.J. Scholten (*Polyclens*).

⁷⁸ Rb. Limburg 17 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:11635; RAV 2018/18. Vgl. Rb. Amsterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3491, RAV 2017/90, maar *in casu* ging dit niet op omdat de fabrikant inmiddels failliet was.

⁷⁹ Zie al HR 5 januari 1968, *NJ* 1968/102 (*Vliegtuigvleugel*), waarin de Hoge Raad oordeelt dat ‘(...) dit in het bijzonder het geval kan zijn, indien het falen van het werktuig aan de wederpartij een schade kan berokkenen van een dergelijke omvang dat het, gezien de in verhouding daartoe geringe hoogte van de door de schuldenaar genoten contra-prestatie, onredelijk zou zijn de schuldenaar het risico daarvan te doen dragen’. Hierover *Asser/Sieburgh* 6-I 2020/351; J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, nr. 372; G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen* (Monografieën BW nr. B33), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 16, maar zie ook al H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte*, p. 207; G.J. Scholten, noot onder *Polyclens*, *NJ* 1969/174; P.A. Stein, *RMThemis* 1969, p. 335 e.v. Dit wordt tevens getoetst in Rb. Noord-Nederland 31 januari 2024, ECLI:NL:RBNNE:2024:231, maar *in casu* bleek geen wanverhouding te bestaan.

⁸⁰ Hof ‘s-Hertogenbosch 11 april 1979, ECLI:NL:GHSHE:1979:AC1933, *NJ* 1980/250.

⁸¹ Hof ‘s-Gravenhage 20 januari 1984, ECLI:NL:GHSGR:1984:AS9722, *BR* 1984.

⁸² *Asser/Sieburgh* 6-I 2020/351. Vgl. het reeds genoemde arrest over het voorgeschreven gebruik van een moffenkit: HR 25 maart 1996, ECLI:NL:HR:1966:AC4642, *NJ* 1966/279, m.nt. G.J. Scholten.

concrete geval gebreken vertoont.⁸³ Een ander door de literatuur gesuggereerde omstandigheid om rekening mee te houden, is de draagkracht van de schuldenaar.⁸⁴

Samengevat worden in de literatuur, op basis van de drie factoren, vaak de volgende omstandigheden genoemd om de tenzij-clausule uit artikel 6:77 Nederlands BW te concretiseren:

- de mogelijkheid om de schade af te wentelen op een ander;
- de verzekeraarbaarheid van de schade;
- de mate waarin de schuldenaar keuzevrijheid genoot bij de keuze voor de hulpzaak;
- de mate van deskundigheid van partijen; en
- de verhouding tussen de schade en de wederprestatie voor de schuldenaar.⁸⁵

In dit kader wordt in de literatuur algemeen aangenomen dat geen van de omstandigheden op zichzelf voldoende of doorslaggevend is om tot toepassing van de uitzondering te besluiten, maar dat het veelal moet gaan om een combinatie van omstandigheden.⁸⁶

In het *PIP-borstimplantaat*-arrest geeft de Hoge Raad blijk van omstandigheden die deze lijst verder kunnen aanvullen en hun onderlinge verhouding verder invullen. In dat arrest stelt de Hoge Raad voorop dat artikel 6:77 Nederlands BW als uitgangspunt meebrengt dat een tekortkoming die het gevolg is van een ongeschikte hulpzaak, toerekenbaar is aan de schuldenaar en voor zijn rekening komt. Dat is alleen anders wanneer dit in een bepaald geval, gelet op de in de tenzij-clausule genoemde omstandigheden, onredelijk is. De stelplicht en bewijslast te dien aanzien rusten op de schuldenaar. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat de tekortkoming in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst wegens het gebruik van een als gevolg van de fraude ongeschikt PIP-implantaat niet aan de hulpverlener is toe te rekenen. Redengevend voor dat oordeel acht de Hoge Raad:

- ‘ Het gaat hier om grootschalige en ernstige fraude bij de productie en aanbidding ter keuring van de implantaten.
- Eventuele (grotere) deskundigheid van de hulpverlener met betrekking tot de ongeschikte zaak speelt daarom in dit geval geen rol.
- Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor de schade die patiënten door de implantaten hebben geleden, zal leiden tot een grote hoeveelheid, deels omvangrijke, schadeclaims, waartegen voor hulpverlener hier te lande slechts een beperkte mogelijkheid bestaat zich te verzekeren. Bovendien is de producent van de PIP-implantaten gefailleerd, zodat het niet mogelijk is voor de hulpverlener om, langs welke weg ook, regres op de producent te nemen.’

⁸³ J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (R&P nr. CA19) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 128-129. Opgemerkt zij dat de toekenning van relevantie aan deze omstandigheid veelal steunt op het ontbreken van een verwijt aan de schuldenaar, hetgeen niet passend is bij de aard van art. 6:77 BW als grond voor risicotoerekening.

⁸⁴ Zie A.P.A. de Klerk-Leenen en J.B.M.M. Wuisman, in: *101 Praktijkvragen nieuw BW*, p. 42; Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 3.11 (2022). Ook aan de orde gesteld door M.H. Wissink in zijn conclusies (ECLI:NL:PHR:2020:175 en ECLI:NL:PHR:2020:176) voorafgaand aan HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082, *NJ* 2021/15 (*Miragelplombe*) en HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, *NJ* 2021/16 (*PIP-borstimplantaat*) onder 10.

⁸⁵ Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 3.7 (2022).

⁸⁶ H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 176; Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 3.2 (2022).

Uit deze beslissing volgt dat ook het feit dat de ongeschiktheid van de hulpzaak het gevolg is van een grootschalige en ernstige fraude van de producent een omstandigheid is waarmee rekening kan worden gehouden.⁸⁷ Deze omstandigheid brengt mee dat de schuldenaar ten aanzien van de gebruikte hulpzaak – anders dan men in een normaal geval geneigd zou zijn te denken – niet over een grotere deskundigheid beschikt dan de patiënt, althans niet in doorslaggevende mate. Bovendien is ook relevant of dergelijke toerekening de schuldenaar zou blootstellen aan een grote hoeveelheid, deels omvangrijke schadeclaims. Indien de schuldenaar zich hiertegen slechts beperkt kan verzekeren en daarenboven geen mogelijkheid bestaat om de schade af te wentelen op een ander, bijvoorbeeld door regres te nemen – wat *in casu* onmogelijk was omdat de producent gefailleerd was – dan wijst dit eerder op niet-toerekening.

Opvallend aan de argumenten van de Hoge Raad tegen risicotoerekening, is dat de eerste twee argumenten bevestigen dat de hulpverlener geen verwijt kan worden gemaakt. Men zou nochtans ook kunnen verdedigen dat deze argumenten juist bevestigen waarom artikel 6:77 Nederlands BW bestaat: voor gevallen waarin de schuldenaar geen verwijt kan worden gemaakt. In het geval de hulpverlener vanwege diens eventuele (grotere) deskundigheid wel bedacht moest zijn op fraude, zou immers kunnen worden toegerekend krachtens schuld en kon toepassing van artikel 6:77 Nederlands BW achterwege blijven.⁸⁸ Door ook relevantie toe te kennen aan schuldelementen bij de vraag of risicotoerekening onredelijk is, heeft de Hoge Raad de betekenis van artikel 6:77 Nederlands BW bij het gebruik van medische hulpzaken naar het zich laat aanzien sterk beperkt. Dat geldt zeker als de koppeling van het tekortkomingsbegrip aan het begrip *state of the art* daarbij wordt opgeteld. Zelfs als komt vast te staan dat het gebruik van een hulpzaak naar de gangbare medische inzichten ongeschikt was zonder dat de hulpverlener dat wist of behoorde te weten, is het na het *PIP-borstimplantaat*-arrest nog maar de vraag of die onbekendheid voor risico van de hulpverlener komt. Sterker nog, het is de vraag of een dergelijke situatie zich buiten het geval van fraude laat denken.⁸⁹

5. Samenloop t.a.v. artikel 6:77 Nederlands BW

Zoals bekend staat het Nederlandse recht open voor samenloop. Zolang de wanprestatie los van het contract een onrechtmatige daad oplevert, staat het de benadeelde open zich te beroepen op andere, buitencontractuele, wettelijke grondslagen ter vergoeding van zijn schade. Met betrekking tot de aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken doen zich in het bijzonder twee mogelijkheden van samenloop voor.

De eerste mogelijkheid is de aansprakelijkheid van de bezitter van een gebrekkige roerende zaak op grond van artikel 6:173 Nederlands BW:

‘De bezitter van een roerende zaak waarvan bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan de zaak mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt,

⁸⁷ Aldus ook *Asser/Sieburgh* 6-I 2020/351.

⁸⁸ Hierover: W.H. van Boom, ‘Gebrekkige hulpzaak bij medische behandeling’, *Ars Aequi* 2021/3, p. 277; G.M. Veldt, annotatie bij: HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, *TvC* 2020/6 (*PIP-borstimplantaat*), p. 354-355. Meer in het algemeen over het gebruik van schuld- en risico-elementen in het kader van art. 6:77 Nederlands BW: J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (R&P nr. CA19) (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 183 e.v.

⁸⁹ Ten aanzien van de arresten *Miragelplombe en PIP-borstimplantaat* moet de volgende opmerking worden gemaakt. De Hoge Raad overweegt dat zowel de tekortkomingsvraag als de toerekeningsvraag beantwoord dienen te worden tegen de achtergrond van de aard en uitleg van de onderliggende verbintenis, *in casu* een geneeskundige behandelingsovereenkomst. De contractuele aansprakelijkheid voor schadeveroorzakende hulpzaken is daarom naar zijn aard casuïstisch te noemen. Daarmee is onduidelijk wat de betekenis is van deze arresten voor de vele andere gevalstypen die zich laten denken.

aansprakelijk, tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van ontstaan daarvan zou hebben gekend.’

Wordt de gebrekkige roerende zaak gebruikt ter nakoming van een verbintenis, dan zal de bezitter van de gebrekkige roerende zaak vaak ook de schuldenaar zijn die gebruik maakt van een ongeschikte hulpzaak bij de uitvoering van zijn verbintenis. In dit geval is sprake van samenloop in eigenlijk zin.⁹⁰ Anders dan artikel 6:77 Nederlands BW, kent artikel 6:173 Nederlands BW geen uitzonderingen op de erin besloten hoofdregel. De literatuur is verdeeld over de vraag of de schuldeiser in dat geval een beroep kan doen op artikel 6:173 Nederlands BW om te voorkomen dan de schuldenaar zich zou beroepen op een van de uitzonderingen uit artikel 6:77 Nederlands BW.⁹¹ Daarnaast is het mogelijk dat de bezitter en de schuldenaar niet dezelfde persoon zijn, denk aan het geval dat de schuldenaar gebruik maakt van een gehuurde zaak.⁹² In dat geval kan naast de schuldenaar op grond van artikel 6:74 jo. 6:77 Nederlands BW, de verhuurder van de gebrekkige zaak worden aangesproken op grond van artikel 6:173 Nederlands BW. Hier is geen sprake van samenloop in eigenlijke zin, nu niet de schuldenaar zelf maar een derde wordt aangesproken. In deze gevallen is het voordeel van een vordering gebaseerd op artikel 6:173 Nederlands BW duidelijk: naast de schuldenaar kan nu een bijkomende aansprakelijke worden aangeduid.

Artikel 6:173 lid 2 onder b Nederlands BW bepaalt echter dat geen aansprakelijkheid voor de bezitter bestaat wanneer de gebrekkige zaak te kwalificeren is als een gebrekkig product in de zin van artikel 6 Richtlijn Productaansprakelijkheid, tenzij het gaat om zaakschade die gelet op de franchise van artikel 9 onder b Richtlijn Productaansprakelijkheid niet van de producent kan worden gevorderd. In dat geval zal de schuldeiser zich gelet op deze kanalisatiebepaling moeten wenden tot de producent. Dat brengt ons bij het tweede geval van (oneigenlijke) samenloop: het is mogelijk de producent van de ongeschikte hulpzaak aansprakelijk te stellen voor zover sprake is van een gebrekkig product. Hierdoor is het mogelijk om naast de (insolvabele) schuldenaar een derde aansprakelijk te houden.

6. Vergelijking met artikel 5.230 Belgisch BW

Na een situering van de aansprakelijkheid voor gebrekkige hulpvoorwerpen binnen het systeem van de wet (par. 6.1), volgt hierna een schets van de aanloop naar de codificatie van artikel 5.230 Belgisch BW (par. 6.2). Daarna volgt een analyse van de voorwaarden van de aansprakelijkheid voor gebrekkige hulpvoorwerpen tegen de achtergrond van de Nederlandse ervaring op basis van artikel 6:77 Nederlands BW (par. 6.3).

⁹⁰ Er zijn echter wel voorbeelden te bedenken waar weliswaar geen sprake is van een *ongeschikte* hulpzaak, maar wel van een *gebrekkige* roerende zaak. Gebrekkigheid in de zin van art. 6:173 Nederlands BW wordt namelijk objectief beoordeeld, vgl. HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*), r.o. 4.4.4 over art. 6:174 Nederlands BW (gebrekkige opstallen). De reikwijdte van *Wilnis* is echter niet beperkt tot art. 6:174 Nederlands BW: F.T. Oldenhuis, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:173 BW, aant. 5.1 (2023). A-G Wissink noemt het voorbeeld van de als laatste redmiddel voorgestelde behandeling met een experimenteel geneesmiddel waarvan wellicht kan worden gezegd dat het *gebrekkig* is, maar niet dat het *ongeschikt* is als hulpzaak, zie Concl. A-G M.H. Wissink, HR 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176, randnummer 9.10.

⁹¹ Zie hierover bv. *Asser/Sieburgh* 6-I 2020/351; H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 4), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 176; R.P.J.L. Tjittes, ‘De ongelukkige samenloop van aansprakelijkheidsgronden’, in: *Miscellanea* (Van Dunné-bundel), Deventer 1997, p. 423 e.v.; C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Zwolle 1991, p. 327 e.v.

⁹² Let in deze gevallen wel op het bepaalde in art. 6:181 Nederlands BW.

6.1 Aansprakelijkheid voor gebrekkige hulpvoorwerpen binnen het systeem van de wet

Ook in België situeert het leerstuk van de aansprakelijkheid voor gebrekkige hulpvoorwerpen zich op het niveau van de toerekenbaarheid van de niet-nakoming. Anders dan het Nederlandse BW, hanteert het Belgische BW niet het begrip *tekortkoming*, maar wel het begrip *niet-nakoming*. Bezien vanuit de toerekeningsvraag is dit begrip neutraal: een niet-nakoming kan zowel toerekenbaar als ontoerekenbaar zijn.⁹³

Binnen het systeem uitgetekend door boek 5 Belgisch BW, is de toerekening van de niet-nakoming geregeld in het algemeen regime van de verbintenis, zodat deze regeling toepassing vindt ongeacht de bron van de verbintenis. Wanneer de niet-nakoming aan de schuldenaar toerekenbaar is, wordt beantwoord in artikel 5.225, eerste lid Belgisch BW:

‘De niet-nakoming is aan de schuldenaar slechts toerekenbaar, indien hem een fout kan worden verweten of indien hij hiervoor krachtens de wet of een rechtshandeling moet instaan’.

In de meeste gevallen is de niet-nakoming aan de schuldenaar toerekenbaar eenvoudigweg omdat hij in de fout is gegaan. Dit bevestigt het schuldbeginnel: de niet-nakoming is aan de schuldenaar toerekenbaar wanneer de schuldenaar van de niet-nakoming een verwijt kan worden gemaakt.⁹⁴ In dit verband wordt, ‘onverminderd artikel 5.72 en de regels eigen aan de buitencontractuele aansprakelijkheid, (...) de fout beoordeeld volgens het criterium van een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst’ (art. 5.225, tweede lid Belgisch BW). De verwijzing naar artikel 5.72 is bedoeld om eraan te herinneren dat, in de context van een resultaatsverbintenis, het niet bereiken van het beloofde resultaat een vermoeden van fout doet ontstaan, tenzij de schuldenaar overmacht kan aantonen (artikel 5.72, tweede lid Belgisch BW).

Tegelijk maakt artikel 5.225 Belgisch BW duidelijk dat de toerekenbaarheid van de niet-nakoming niet altijd een fout van de schuldenaar vereist. De schuldenaar is ook aansprakelijk voor niet-nakoming wanneer deze hem krachtens een rechtshandeling of de wet kan worden toegerekend. De toerekening krachtens een rechtshandeling is bijvoorbeeld aan de orde, zoals onder het Nederlandse recht, in geval van een garantieverbintenis.⁹⁵ Het is bekend dat een garantieverbintenis een soort resultaatsverbintenis is waarbij de niet-nakoming aanleiding geeft tot een onweerlegbaar vermoeden van fout, in die zin dat de schuldenaar niet kan worden bevrijd, zelfs niet door overmacht aan te tonen.⁹⁶ Naast toerekening krachtens een rechtshandeling, bepaalt artikel 5.225 Belgisch BW dat toerekening ook kan plaatsvinden krachtens de wet. Zo is de fout die de *hulppersoon* bij de uitvoering van de verbintenis begaat krachtens de wet aan de schuldenaar toerekenbaar (art. 5.229 Belgisch BW).⁹⁷ Zo ook is de niet-nakoming

⁹³ Over deze begrippen en met een indeling ervan, zie bv. I. Claeys en T. Tanghe, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 645 e.v.

⁹⁴ Bv. S. Stijns en S. De Rey, ‘Het nieuwe verbintenissenrecht in boek 5 BW’, *RW* 2022-23, p. 923, nr. 44.

⁹⁵ Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 260. Bevestigend, zie ook R. Jafferli, ‘La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés’, *JT* 2023, p. 21, nr. 55.

⁹⁶ Het feit dat art. 5.72 Belgisch BW enkel de inpannings- en resultaatsverbintenis erkent, maar niet de garantieverbintenis, betekent niet dat de hervorming deze laatste categorie van verbintenissen heeft afgeschaft. Zij wordt erkend door de Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 83.

⁹⁷ Het begrip hulppersoon wordt hier ruim opgevat: ‘Een hulppersoon is een natuurlijke persoon of een rechtspersoon die door de schuldenaar van een contractuele verbintenis belast wordt met de gehele of gedeeltelijke uitvoering van deze verbintenis, ongeacht of hij deze verbintenis uitvoert voor eigen rekening en in eigen naam, dan wel voor rekening en in naam van de schuldenaar’ (Cass. 12 maart 2020, C.19.0408.N, *TBBR* 2020, p. 438). Dit omvat zowel aangestelden als ondergeschikten van de schuldenaar, alsook zelfstandige uitvoeringsagenten (bv. onderaannemers, lasthebbers of organen), zie S. Stijns en S. De Rey, ‘Het nieuwe verbintenissenrecht in boek

veroorzaakt door het gebruik van een gebrekkig *hulpvoorwerp* krachtens de wet, in principe, aan de schuldenaar toerekenbaar. Dat volgt uit artikel 5.230 Belgisch BW:

‘Indien de niet-nakoming van een verbintenis te wijten is aan het gebruik van een gebrekkig voorwerp, is deze niet-nakoming de schuldenaar toerekenbaar, behoudens overmacht.’

Deze bepaling, zo verduidelijkt de Toelichting, voert een resultaatsverbintenis in ten laste van de schuldenaar die voor de uitvoering van een verbintenis gebruik maakt van een gebrekkig voorwerp.⁹⁸ Volgens de doctrine gaat het om een resultaatsverbintenis ‘om niet-gebrekige voorwerpen te gebruiken in de uitvoering van de verbintenis’.⁹⁹ Manifesteert zich toch een gebrek dat een niet-nakoming veroorzaakt, dan is dit aan de schuldenaar toerekenbaar, tenzij hij een geslaagd beroep op overmacht kan doen.

6.2 Aanloop naar artikel 5.230 Belgisch BW

In de *Code civil* van 1804 is een regel over de aansprakelijkheid van de schuldenaar wegens het gebruik van gebrekkig materiaal in de uitvoering van de verbintenis geheel afwezig. Om de schuldenaar aansprakelijk te stellen, moest het slachtoffer bewijzen dat sprake was van een fout. Omdat dit vaak lastig bleek, heeft de rechtspraak gepoogd om de bewijslast van het slachtoffer te verlichten, door bijvoorbeeld vrij soepel de aanwezigheid van een fout te aanvaarden ten aanzien van de keuze of het onderhoud van of het toezicht op het materiaal – zodat de niet-nakoming op basis van de fout aan de schuldenaar kon worden toegerekend – dan wel door in bepaalde contracten de schuldenaar een veiligheidsverplichting op te leggen.¹⁰⁰ Onder de *Code civil* van 1804 zou deze veiligheidsverplichting, onder bepaalde omstandigheden, kunnen worden gesteund op artikel 1135 (in het bijzonder de daarin genoemde ‘gebruiken’ of de ‘billijkheid’) of op artikel 1134, derde lid en de aanvullende werking van de goede trouw. Rechtsleer heeft hierin een resultaatsverbintenis gezien met als gevolg dat, wanneer de schuldeiser schade lijdt ontstaan door het gebruik van gebrekkig materiaal, op de schuldenaar een vermoeden van aansprakelijkheid rust, waaraan hij slechts zou kunnen ontsnappen door het bewijs van overmacht.¹⁰¹ Deze veiligheidsverplichting lijkt voor het eerst ontwikkeld in de vervoerssector¹⁰², maar inmiddels zijn ook toepassingen onderkend binnen het aannemingscontentieux¹⁰³. Ook in de medische sector werd een opmars van deze veiligheidsverplichting vastgesteld, met name

5 BW’, *RW* 2022-23, p. 923, nr. 45. Wie enkel de materiële omstandigheden tot stand brengt die een schuldenaar toelaten zijn verbintenissen na te komen of enkel hiervoor hulpgoederen ter beschikking stelt, is evenwel geen hulppersoon (Cass. 7 februari 2020, C.19.0308.F, *RGAR* 2020, nr. 15.719 en *TBH* 2020, p. 401).

⁹⁸ Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 265.

⁹⁹ R. Jafferli, ‘La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés’, *JT* 2023, p. 21, nr. 57. Kritisch hierover: J. Van Vaerenbergh, ‘Voortaan Dokter Bibber? Hof van Cassatie bevestigt voor het eerst de veiligheidsverplichting voor medische hulpzaken als resultaatsverbintenis’ (noot onder Cass. 12 mei 2023), *RW* 2023-24, p. 988 (‘Het invoeren van een resultaatsverbintenis heeft (...) invloed op het bewijs. Net zoals bij het geannoteerde arrest, is er echter geen verdere rechtvaardiging van deze kwalificatie.’).

¹⁰⁰ Hierover, zie T. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2019, nr. 513; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel: Larcier 2021, nr. 553; S. Stijns, *Leerboek verbintenissenrecht*, boek 1, Brugge: die Keure 2022, nr. 201; I. Claeys en T. Tanghe, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2022, nr. 606.

¹⁰¹ P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel: Larcier 2021, nr. 553.

¹⁰² Zie m.n. V.L. Josserand, ‘L’essor moderne du concept contractuel’ in *Recueil d’études sur les sources du droit en l’honneur de François Gény*, Parijs: Sirey 1934, p. 342. Zie ook H. en L. Mazeaud en A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Parijs: Montchrestien 1965, p. 190.

¹⁰³ Voor een overzicht, zie B. Tilleman, S. De Rey, N. Debruyne, T. Gladinez, N. Van Damme en F. Van den Abeele, ‘Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten: aanneming (2007-2021)’, *TPR* 2022, pp. 509-511, nr. 109.

ten aanzien van een geneesheer of ziekenhuis met betrekking tot de instrumenten die in het kader van de geneeskundige verstrekkingen worden gebruikt.¹⁰⁴ De achterliggende idee is dat, in tegenstelling tot de verbintenis om patiënten te verzorgen – wat in de regel een inspanningsverbintenis uitmaakt – aan het gebruik van medisch materiaal en materieel geen aleatoir karakter kleeft, waardoor de patiënt ervan mag uitgaan dat de door de arts of het ziekenhuis gehanteerde materiaal de nodige veiligheid biedt en aldus geen gebrek vertoont, zodat in dit verband kan worden uitgegaan van een resultaatsverbintenis.¹⁰⁵

In de feitenrechtspraak bleek hierover weliswaar enige controversie te bestaan, met vaak verschillende uitkomsten als gevolg.¹⁰⁶ Het is met een recent arrest van 12 mei 2023 dat het Hof van Cassatie, althans in de medische context, alle onzekerheid heeft weggenomen.¹⁰⁷ Na een herinnering aan de aanvullende werking van de goede trouw uit artikel 1134, derde lid en artikel 1135 oud Belgisch BW, oordeelt het Hof van Cassatie wat volgt:

‘De rechter beoordeelt onaantastbaar in feite of een contractuele verbintenis een inspannings- of resultaatsverbintenis uitmaakt. Het Hof kan enkel nagaan of de rechter uit de feiten die hij vaststelt, geen gevolgen trekt die daarmee geen verband houden of op grond daarvan niet kunnen worden verantwoord. (...)’

Met deze redenen is de beslissing van de appelrechter om de behandelingsovereenkomst tussen de arts en de patiënt alsook de zorgovereenkomst tussen het ziekenhuis en de patiënt aan te vullen met een resultaatsverbintenis om veilige medische hulpzaken te gebruiken, naar recht verantwoord.

In zoverre het onderdeel ervan uitgaat dat de rechter de behandelingsovereenkomst tussen een arts en een patiënt en de zorgovereenkomst tussen het ziekenhuis en een patiënt niet kan aanvullen met een resultaatsverbintenis om veilige medische hulpzaken te gebruiken, kan het niet worden aangenomen.’

De feiten die aanleiding hebben gegeven tot dit arrest, kunnen worden samengevat als volgt.

¹⁰⁴ Zie in dit verband bv. P. Brulez, ‘Over de draagwijdte van contractuele verbintenissen: garantie-, resultaats-, middelenverbintenissen’ in K. Swinnen en M. Muylle (eds.), *De contractuele fout*, Brugge: die Keure 2019, pp. 24-25.

¹⁰⁵ In die zin, zie C. Lemmens, ‘Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel een resultaatsverbintenis’ (noot onder Rb. Gent 16 juni 2007), *T.Gez.* 2007, p. 381; J. Kirkpatrick, ‘Réflexions sur la charge de la preuve en matière de responsabilité médicale et sur la distinction entre obligations de résultat et obligations de moyens’, *RCJB* 2010, pp. 513-529; S. Illegems, ‘Contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak: nood aan een veiligheidsverplichting van arts en ziekenhuis’, *T.Gez.* 2014-15, pp. 36-37; C. De Ridder en N. Portugaels, ‘Een analyse van de verbintenissen en aansprakelijkheid van de arts bij een bloedafname’, *T.Gez.* 2015-16, p. 243; M. Schouteden, *Aansprakelijkheid bij ziekenhuisinfecties* in I. Samoy en S. Stijns (eds.), *Instituut voor verbintenissenrecht*, Brugge: die Keure 2018, pp. 42-43; E. Verjans, ‘Medische aansprakelijkheid in een context van wetenschappelijke onzekerheid’, *TBBR* 2020, p. 232; L. Vanhooff, ‘Contractuele aansprakelijkheid voor schending veiligheidsplicht bij gebrekkige medische hulpzaak’ (noot onder Rb. Oost-Vlaanderen, afd. Gent, 30 september 2019), *T.Gez.* 2021-22, p. 164; T. Vansweevelt, ‘De aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor eigen gedrag’ in T. Vansweevelt en F. Dewallens (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2022, p. 1229.

¹⁰⁶ O.m. in contracten met patiënten gaf dit regelmatig aanleiding tot verschillende uitkomsten, vgl. bv. Rb. Oost-Vlaanderen 30 september 2019, *T.Gez.* 2021-22, 151, noot L. Vanhooff (aanvaarding veiligheidsverplichting in hoofde van arts en ziekenhuis), maar zie anders: bv. Rb. Henegouwen 1 oktober 2020, *T.Vred.* 2021, 285, noot S. Channaoui. Over de invloed die de informatieplicht van de arts op de kwalificatie als resultaats- of inspanningsverbintenis kan hebben, zie E. Verjans, *Het recht op informatie en toestemming van de patiënt*, Antwerpen: Intersentia 2019, nrs. 865 e.v.

¹⁰⁷ Cass. 12 mei 2023, C.22.0209.N, concl. adv.-gen. R. Mortier, *RW* 2023-24, p. 983, m.nt. J. Van Vaerenbergh en *T.Gez.* 2023-24, p. 260, m.nt. M. Panneel.

Bij de uitvoering van een ureterorenscopie, uitgevoerd door een uroloog verbonden aan een ziekenhuis, disfunctioneerde de gebruikte dormia katheder. Het operatieverslag vermeldde dat deze, na extractie van een eerste fragment steen, niet meer bediend kon worden en er een extractie volgde van de open dormia met avulsie. De patiënt bleef last hebben van aanhoudende hinder en vorderde daarom schadevergoeding van de uroloog en het ziekenhuis. Het hof van beroep te Antwerpen oordeelde hierover dat zowel het behandelingscontract met de behandelende arts als het zorgcontract met het ziekenhuis diverse veiligheidsverplichtingen inhouden ten aanzien van de patiënt waaronder de veiligheidsverplichting om veilig medisch materiaal te gebruiken. Volgens de appelrechters dient deze veiligheidsverplichting te worden gekwalificeerd als een resultaatsverbintenis omdat deze verbintenis geen aleatoir karakter vertoont. Op de arts en het ziekenhuis rust de verplichting om deugdelijke producten te gebruiken zodat de patiënt enkel de inbreuk op deze resultaatsverbintenis dient te bewijzen, welk bewijs voorlag op basis van het operatieverslag. De behandelende arts noch het ziekenhuis toonden aan dat de niet-nakoming van die resultaatsverbintenis te wijten was aan overmacht, waardoor de contractuele aansprakelijkheid van de behandelende arts alsook het ziekenhuis vaststond. Het Hof van Cassatie heeft deze beslissing in stand gelaten.

In haar conclusie bij dit arrest wijst advocaat-generaal R. Mortier op het feit dat de laatste jaren een tendens is waar te nemen waarbij meer en meer medische verbintenissen worden gekwalificeerd als resultaatsverbintenis, in het bijzonder wanneer de wet een voldoende specifiek gebod of verbod oplegt en de medische verbintenis geen aleatoir karakter vertoont.¹⁰⁸ Volgens de advocaat-generaal is dit het geval voor de veiligheidsplicht die ten aanzien van de arts geldt als *accessorium* van het behandelingscontract tussen de arts en de patiënt en ten aanzien van het ziekenhuis als *accessorium* van het zorgcontract tussen het ziekenhuis en de patiënt.¹⁰⁹ Deze veiligheidsplicht, zo vervolgt de advocaat-generaal, beoogt de patiënt te beschermen tegen de risico's die zijn fysieke integriteit bedreigen en inherent zijn aan de voormelde overeenkomsten, en is daarnaast ingegeven door de idee dat de arts een feitelijke machtspositie heeft over de patiënt.¹¹⁰ Zij concludeert vervolgens wat volgt:

‘Als onderdeel van deze veiligheidsplicht geldt de verplichting tot het gebruik van veilig medisch materiaal. Deze wordt eveneens aanzien als resultaatsverbintenis. De redenen die hiervoor worden aangehaald zijn divers, zoals de rechtmatige verwachting van een redelijk normaal patiënt die er mag van uitgaan dat de door de arts gebruikte toestellen

¹⁰⁸ Concl. adv.-gen. R. Mortier bij Cass. 12 mei 2023, ECLI:BE:CASS:2023:CONC.20230512.1N.1, nr. 2.2.

¹⁰⁹ Zie ook P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit des obligations*, II, in coll. De Page, Brussel: Bruylant 2013, pp. 58-59 (voor de veiligheidsverbintenis van ziekenhuizen voor gebruik van medische materialen); C. De Ridder en N. Portugaels, ‘Een analyse van de verbintenissen en aansprakelijkheid van de arts bij een bloedafname’, *T.Gez.* 2015-16, p. 243; L. Vanhooft, ‘Contractuele aansprakelijkheid voor schending veiligheidsplicht bij gebrekkige medische hulpzaak’ (noot onder Rb. Oost-Vlaanderen, afd. Gent, 30 september 2019), *T.Gez.* 2021-22, pp. 163-164.

¹¹⁰ Hierover bv. T. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen: Maklu 1992, nr. 1001; C. Lemmens, ‘Medische hulpmiddelen, veiligheid en nosocomiale infecties: een inspannings- dan wel resultaatsverbintenis?’ (noot onder Rb. Gent 16 juni 2007), *T.Gez.* 2007-08, p. 380; L. Vanhooft, ‘Contractuele aansprakelijkheid voor schending veiligheidsplicht bij gebrekkige medische hulpzaak’ (noot onder Rb. Oost-Vlaanderen, afd. Gent, 30 september 2019), *T.Gez.* 2021-22, p. 164; T. Vansweevelt, ‘De aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor schade veroorzaakt door gebrekkige zaken’ in T. Vansweevelt en F. Dewallens (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2022, p. 1423; T. Istace, ‘De veiligheidsresultaatsverplichting van de zorgverlener voor gebrekkige zaken als objectieve contractuele aansprakelijkheidsgrond’ (noot onder Rb. West-Vlaanderen, afd. Kortrijk 30 november 2020), *T.Gez.* 2022-23, pp. 73-74.

en instrumenten niet onveilig of gebrekkig zijn en -zoals de appelrechter doet – het gebrek aan aleatoir karakter van de verbintenis. Nu het enkel gebruik van deugdelijk medisch materiaal een redelijke zekerheid geeft van het beoogde resultaat kan de patiënt de arts of het ziekenhuis aansprakelijk stellen door het gebruik van onveilige hulpmiddelen, de schade en het causaal verband ertussen aan te tonen.’

Dit cassatiearrest, gewezen op eensluidende conclusie van de advocaat-generaal, maakt duidelijk dat de veiligheidsverplichting niet steunt op de expliciete of impliciete wil van de partijen, maar voortvloeit uit de aanvullende werking van de goede trouw die op grond van de artikelen 1134, derde lid en 1135 oud Belgisch BW het contract aanvult. Nog anders gezegd resulteert deze veiligheidsverplichting niet uit de interpretatie van het contract, maar is zij *in casu* gekoppeld aan de aard van het behandelings- en de zorgcontract. Volgens het Hof van Cassatie mocht de appelrechter deze veiligheidsverplichting kwalificeren als een resultaatsverbintenis omdat ze geen aleatoir karakter vertoont. Deze beslissing sluit naadloos aan bij de filosofie onderliggend aan artikel 5.230 Belgisch BW.¹¹¹ De vraag of een dergelijke resultaatsverbintenis tot het gebruik van veilig materiaal ook in andere contracten dan medische behandelings- en zorgcontracten bestaat, blijft onder het oude recht evenwel onbeslist. In die zin verschaft artikel 5.230 Belgisch BW vandaag een stevige algemene wettelijke basis, die onzekere constructies via omwegen, zoals de veiligheidsverplichting en de kwalificatie daarvan als een resultaatsverbintenis, overbodig maakt.

6.3 Voorwaarden van artikel 5.230 Belgisch BW

Om een niet-nakoming op basis van artikel 5.230 Belgisch BW aan de schuldenaar toe te rekenen, is vereist dat sprake is van 1° een *niet-nakoming* (par. 6.3.1), 2° ontstaan door het *gebruik* (par. 6.3.2) van 3° een *voorwerp* (par. 6.3.3) dat 4° *gebrekkig* is (par. 6.3.4) en 5° zonder dat de schuldenaar een geslaagd beroep kan doen op *overmacht* (par. 6.3.5).

6.3.1 Niet-nakoming

Voor de toepassing van artikel 5.230 Belgisch BW is vereist dat sprake is van een *niet-nakoming*. Aan deze niet-nakoming worden in dit verband geen bijzondere vereisten gesteld: de schuldenaar komt de verbintenis simpelweg niet na, wat in de regel beoordeeld wordt aan de hand van het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen. Dit onderscheid, neergelegd in artikel 5.72 Belgisch BW, houdt in essentie verband met de intensiteit van de prestatie waartoe de schuldenaar gehouden is, en bijgevolg met het resultaat dat mag worden verwacht. De aard van de verbintenis is in het kader van artikel 5.230 Belgisch BW niet van belang. Zowel bij een inspanningsverbintenis als bij een resultaatsverbintenis is de niet-nakoming die het gevolg is van het gebruik van een gebrekkig hulpvoorwerp bij de uitvoering van die verbintenis in beginsel aan de schuldenaar toerekenbaar.¹¹² Ook de bron van de verbintenis is in dit verband niet van belang: artikel 5.230 Belgisch BW is neergelegd in het algemeen regime van de verbintenis, dat toepassing vindt ongeacht de bron van de verbintenis. Deze wetsbepaling is dus niet alleen van toepassing op contractuele verbintenissen, maar ook op

¹¹¹ Komen tot dezelfde conclusie: J. Van Vaerenbergh, ‘Voortaan Dokter Bibber? Hof van Cassatie bevestigt voor het eerst de veiligheidsverplichting voor medische hulpzaken als resultaatsverbintenis’ (noot onder Cass. 12 mei 2023), *RW* 2023-24, p. 987; M. Panneel, ‘Contractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken: de wetgever en het Hof van Cassatie op één lijn’ (noot onder Cass. 12 mei 2023), *T.Gez.* 2023-24, p. 261, nr 14.

¹¹² Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 426, nr. 553; Th. Vansweevelt, ‘De contractuele aansprakelijkheid voor hulpzaken/voorwerpen’ in Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Boek 1 en Boek 5 BW: een kritische commentaar op het nieuwe verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2024, p. 237, nr. 20.

gevallen waarin de schuldenaar ter uitvoering van een wettelijke verbintenis een gebrekkig hulpvoorwerp gebruikt.¹¹³

6.3.2 Gebruik

De niet-nakoming moet volgens artikel 5.230 Belgisch BW te wijten zijn aan het *gebruik* van een gebrekkig voorwerp. Volgens de Toelichting ziet deze bepaling aldus op de schuldenaar die voor de uitvoering van de verbintenis ‘een beroep doet op’ of ‘zich bedient van’ een gebrekkig voorwerp.¹¹⁴ Zoals onder het Nederlandse recht (zie par. 4.2), is deze wetsbepaling dus niet toepasselijk op gevallen waarin een goed wordt geleverd ter nakoming van een verbintenis.¹¹⁵ Zo is de levering van een goed dat wordt verkocht in het kader van een koopcontract ook onder Belgisch recht niet aan te merken als een hulpvoorwerp. De zaak moet met andere woorden gebruikt zijn om de verbintenis na te komen en mag als zodanig niet het voorwerp van de te leveren prestatie zijn. Dit ogenschijnlijk eenvoudige onderscheid is echter lastig te maken bij gemengde overeenkomsten.

Precies zoals onder artikel 6:77 Nederlands BW, is niet vereist dat het hulpvoorwerp *persoonlijk* door de schuldenaar wordt gebruikt; artikel 5.230 Belgisch BW kan ook toepassing vinden wanneer een hulppersoon van de schuldenaar zich ervan bedient ter uitvoering van de verbintenis. Aldus, zo illustreert de Toelichting bij deze wetsbepaling, is een arts aansprakelijk voor het materiaal dat hij en het assisterend personeel bij de behandeling aanwenden.¹¹⁶

6.3.3 Voorwerp

Hoewel het opschrift van artikel 5.230 Belgisch BW leest als ‘Toerekenbaarheid van het gebruik van gebrekkige hulpgoederen in de uitvoering’, vereist de tekst van deze wetsbepaling het gebruik van een *voorwerp*.¹¹⁷ Dit begrip wordt in de wetsbepaling echter niet gedefinieerd. Ook de Toelichting bij deze wetsbepaling verschaft op dit punt geen klaarheid: ook daar verwijst de wetgever naar het begrip voorwerp, zonder verdere precisering.¹¹⁸ Bij gebrek aan definitie in boek 5 Belgisch BW en enige andere wettelijke indicatie, is het om redenen van coherentie aannemelijk dat het begrip voorwerp te lezen is tegen de achtergrond van boek 3 ‘Goederen’ Belgisch BW¹¹⁹, dat hierover in de artikelen 3.38 en 3.40 meer indicaties verschaft:

Art. 3.38. Voorwerpen

‘Voorwerpen, ongeacht of ze natuurlijk of kunstmatig, lichamelijk of onlichamelijk zijn, zijn te onderscheiden van dieren. Voorwerpen en dieren zijn te onderscheiden van personen.’

¹¹³ Bevestigend: P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel: Larcier 2021, nr. 553.

¹¹⁴ Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 266.

¹¹⁵ R. Jafferli, ‘La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés’, *JT* 2023, p. 21, nr. 57; Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 426, nr. 552; Th. Vansweevelt, ‘De contractuele aansprakelijkheid voor hulpzaken/voorwerpen’ in Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Boek 1 en Boek 5 BW: een kritische commentaar op het nieuwe verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2024, p. 237, nr. 18.

¹¹⁶ Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 266.

¹¹⁷ De tekst in het Frans in dit opzicht coherenter en gebruikt zowel in het opschrift als in de wettekst zelf *chose*.

¹¹⁸ Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 266. In art. 5.46 reikt boek 5 Belgisch BW weliswaar een definitie aan van *voorwerp*, maar daar gaat het om het voorwerp van het contract en het voorwerp van de verbintenis, wat hier niet aan de orde is.

¹¹⁹ Bevestigend, zie Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 424, nr. 550; Th. Vansweevelt, ‘De contractuele aansprakelijkheid voor hulpzaken/voorwerpen’ in Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Boek 1 en Boek 5 BW: een kritische commentaar op het nieuwe verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2024, p. 237, nr. 16.

Art. 3.40. Lichamelijke en onlichamelijke voorwerpen: definitie

‘Voorwerpen zijn lichamen of onlichamen. In tegenstelling tot onlichamelijke voorwerpen kunnen lichamen voorwerpen zintuiglijk worden waargenomen en worden gemeten middels een momentopname.’

Uit deze wetsbepalingen blijkt dat een voorwerp van natuurlijke of kunstmatige aard kan zijn, lichamen of onlichamen.¹²⁰ In die zin zou het toepassingsgebied van artikel 5.230 Belgisch BW ruimer zijn dan dat van artikel 6:77 Nederlands BW, aangezien de Nederlandse bepaling is beperkt tot *zaken*, dat wil zeggen lichamen voorwerpen (zie par. 4.3). Sommige commentatoren lijken het toepassingsgebied van artikel 5.230 Belgisch BW weliswaar tot lichamen voorwerpen te beperken¹²¹, maar daarvoor blijkt geen duidelijk wettelijk aanknopingspunt te bestaan. Ook de niet-nakoming veroorzaakt door het gebruik van onlichamelijke voorwerpen lijkt dus onder de reikwijdte van artikel 5.230 Belgisch BW te vallen. Dit is met name relevant in het kader van gebrekkige software¹²² of aansprakelijkheid voor AI-systemen¹²³.

Ook wanneer wordt uitgegaan van het begrip *goederen*, eerder dan het begrip voorwerp, zoals uit het opschrift van artikel 5.230 Belgisch BW volgt¹²⁴, blijkt niet dat de toepassing van artikel 5.230 Belgisch BW beperkt is tot lichamen voorwerpen. Dat volgt uit de definitie die artikel 3.41 Belgisch BW aan goederen geeft: ‘Goederen in de ruimste zin zijn alle voorwerpen die vatbaar zijn voor toe-eigening, met inbegrip van de vermogensrechten.’

6.3.4 Gebrekkigheid

Voor de toerekening op grond van artikel 5.230 Belgisch BW is het gebruik vereist van een *gebrekkig* voorwerp. Net zomin als de Nederlandse evenknie van deze wetsbepaling (zie par. 4.4.1), reikt het Belgische artikel een definitie aan van wat onder *gebrekkig* moet worden verstaan. Ook de Toelichting verschaft op dit punt geen indicaties. In de rechtsleer is dit terecht betreurd, nu daarmee onzeker is hoe dit begrip moet worden ingevuld.¹²⁵ In de literatuur zijn hiertoe verschillende voorstellen gedaan.

Zo is voorgesteld om het *gebrekkig* voorwerp breed te omschrijven als elk voorwerp waarvan een redelijk persoon zich zou hebben onthouden het te gebruiken voor de uitvoering

¹²⁰ Over deze terminologie, zie bv. V. Sagaert, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, V, Mechelen: Kluwer 2021, p. 161-163, nrs. 156-159.

¹²¹ R. Jafferali, ‘La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés’, *JT* 2023, p. 21, nr. 57: ‘Même si la notion de chose vise en principe tant les choses corporelles qu’incorporelles, seules les choses corporelles semblent en l’occurrence visées’, die dit steunt op een verwijzing naar de Nederlandse interpretatie van art. 6:77 Nederlands BW, maar daarbij voorbij lijkt te gaan aan de doorwerking van de definitie uit art. 3:2 Nederlands BW (‘Zaken zijn de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten’), waarbij deze definitie in de Nederlandse literatuur bovendien steeds meer onder druk komt te staan, in het bijzonder in het licht van technologische ontwikkelingen en de opkomst van AI (bv. T.J. de Graaf en I.S. Wuisman, ‘Contractuele aansprakelijkheid voor het gebruik van AI-systemen in het licht van Europese voorstellen’, *WPNR* 2021, afl. 7348, p. 905 e.v., met een pleidooi voor de toepassing van de leer van de functionele equivalentie; H. van Kolfschooten en R. Wijne, ‘Diagnostiseren met AI en de aansprakelijkheid van hulpverleners’, *NJB* 2024, afl. 23, pp. 1766-1767).

¹²² Hierover bv. Th. Vansweevelt en B. Weyts, *Handboek buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, nrs. 704 en 792.

¹²³ Zie ook over AI in contractueel verband, M. Herbosch, *Intelligent contracteren*, Mechelen: Kluwer 2023, in het bijz. nr. 159.

¹²⁴ Nochtans is het opschrift van een artikel volgens de Raad van State geen rechtsregel, in tegenstelling tot zijn inhoud. Als het opschrift en de inhoud van een artikel niet met elkaar overeenstemmen, primeert volgens de Raad van State de inhoud, zie Raad van State, *Beginselen van wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, ed. 2008, nr. 56.

¹²⁵ Betreuen dit, zie Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 425, nr. 551.

van zijn verbintenis indien hij kennis had gehad van de kenmerken van dit voorwerp.¹²⁶ Andere auteurs achten deze omschrijving niet overtuigend, aangezien het gebrek van het voorwerp ‘logischerwijze in verband moet staan met (een kenmerk van) het voorwerp zelf en niet met (de kennis van) de persoon die het voorwerp gebruikt; bovendien gaat deze definitie het gebrekkigheidsbegrip verwarren met het foutbegrip: de kennis van de schuldenaar van het gebrek’.¹²⁷ Met het oog op een zo coherent mogelijke interpretatie en om zoveel mogelijk andersluidende oplossingen voor gelijkaardige schadegevallen te vermijden, verkiezen dezelfde auteurs dan ook om het gebrekkigheidsbegrip uit artikel 5.230 Belgisch BW te laten aansluiten bij het gebrekkigheidsbegrip in andere aansprakelijkheidswetgeving. In het oud Belgisch BW zou daartoe aansluiting kunnen worden gezocht bij de regeling van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de bewaarder van de gebrekkige zaak, neergelegd in artikel 1384, eerste lid. De gevestigde cassatierechtspraak heeft het gebrek in deze bepaling gedefinieerd als elk abnormaal kenmerk dat van die aard is dat het aan derden schade kan veroorzaken.¹²⁸ Toch achten dezelfde auteurs het aangewezen om eerder aansluiting te vinden bij de recentere rechtspraak, die deze definitie heeft aangevuld met een veiligheids criterium, zich inspirerend op het gebrekkigheidsbegrip uit de regeling van de productaansprakelijkheid.¹²⁹ Er is dan sprake van een gebrek wanneer door het ontberen van een kenmerk, het voorwerp niet meer beantwoordt aan de veiligheid die men legitiem gerechtigd was te verwachten.¹³⁰ Vanuit het perspectief dat coherentie nastreeft, laat deze opvatting zich vandaag perfect inschrijven in de hervorming van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Met de invoering van boek 6 ‘Buitencontractuele aansprakelijkheid’, wordt artikel 1384, eerste lid oud Belgisch BW afgeschaft en vervangen door artikel 6.16 Belgisch BW. Het laatste lid van deze wetsbepaling luidt als volgt:

‘Een zaak is gebrekkig wanneer zij door een van haar kenmerken niet de veiligheid biedt die men gerechtigd is te verwachten in de gegeven omstandigheden.’

Deze nieuwe definitie¹³¹, die toepassing vindt op de buitencontractuele aansprakelijkheid van de bewaarder van de gebrekkige zaak, zoekt aansluiting bij de omschrijving van het gebrek in de regeling van de productaansprakelijkheid. De opvatting die voor het gebrekkigheidsbegrip

¹²⁶ R. Jafferli, ‘La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés’, *JT* 2023, p. 21, nr. 57.

¹²⁷ Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 425, nr. 551; Th. Vansweevelt, ‘De contractuele aansprakelijkheid voor hulpzaken/voorwerpen’ in Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Boek 1 en Boek 5 BW: een kritische commentaar op het nieuwe verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2024, p. 237, nr. 17.

¹²⁸ Bv. Cass. 30 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, nrs. 70, 71 en 72 (drie arresten); Cass. 28 januari 2005, *RW* 2005-06, p. 1540; Cass. 11 september 2008, *Pas.* 2008, p. 1961 en *For.ass.* 2009, p. 36, m.nt. J.-L. Fagnart; Cass. 2 januari 2009, *Arr.Cass.* 2009, p. 3; Cass. 11 maart 2010, *Pas.* 2010, p. 3275; Cass. 17 januari 2014, *Arr.Cass.* 2014, p. 161; Cass. 13 maart 2015, *Arr.Cass.* 2015, p. 737; Cass. 7 oktober 2016, *RW* 2017-18, p. 624, m.nt. M. Kruithof; Cass. 28 april 2022, C.21.0416.N, *RW* 2022-23, p. 299; Cass. 16 juni 2022, C.21.0411.N, *RW* 2022-23, p. 298; Cass. 24 oktober 2022, C.20.0580.F, *RGAR* 2023, nr. 15.954. Hierover uitvoerig ook J. Tanghe, *Het gebrek in het leerstuk van de zaakaansprakelijkheid*, Antwerpen: Intersentia 2022, p. 78 e.v.

¹²⁹ Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 425, nr. 551; Th. Vansweevelt, ‘De contractuele aansprakelijkheid voor hulpzaken/voorwerpen’ in Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Boek 1 en Boek 5 BW: een kritische commentaar op het nieuwe verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2024, p. 237, nr. 17; J. Van Vaerenbergh, ‘Voortaan Dokter Bibber? Hof van Cassatie bevestigt voor het eerst de veiligheidsverplichting voor medische hulpzaken als resultaatsverbintenis’ (noot onder Cass. 12 mei 2023), *RW* 2023-24, p. 988.

¹³⁰ Deze interpretatie zou ook aansluiten bij Cass. 12 mei 2023, C.22.0209.N, concl. adv.-gen. R. Mortier, *RW* 2023-24, p. 983, m.nt. J. Van Vaerenbergh en *T.Gez.* 2023-24, p. 260, m.nt. M. Panneel (zie par. 6.2).

¹³¹ Voor een uitvoerige deconstructie van de theorievorming onder het oud Belgisch BW en een analyse van de verschillende benaderingswijzen en de weerhouden keuzes, zie J. Tanghe, *Het gebrek in het leerstuk van de zaakaansprakelijkheid*, Antwerpen: Intersentia 2022, 466 p.

uit artikel 5.230 Belgisch BW verwijst naar de veiligheidsverwachtingen die de maatschappij of de schuldeiser *in concreto* mocht hebben, ziet zich daarmee gesterkt.

In vergelijking met het Nederlandse recht valt op dat de eerste interpretaties onder het nieuwe Belgische verbintenissenrecht eerder neigen naar een objectief gebrekkigheidsbegrip. Waar het Belgische recht uitgaat van een resultaatsverbintenis om bij de uitvoering van de verbintenis geen gebruik te maken van een *gebrekkig* hulpvoorwerp, gaat het Nederlandse BW uit van het criterium om geen *ongeschikte* hulpzaak te gebruiken. De vraag naar ongeschiktheid is relatief van aard nu deze wordt gekleurd door de uitleg van de onderliggende overeenkomst, terwijl de vraag naar gebrekkigheid eerder ingekleurd wordt aan de hand van objectieve veiligheidsverwachtingen (par. 4.4.1). Hoewel een *gebrekkige zaak* snel zal worden aangemerkt als een *ongeschikte zaak*, is niet ondenkbaar dat een gebrekkige zaak toch geschikt is voor de uitvoering van de overeenkomst en andersom een ongeschikte zaak niet per definitie gebrekkig is. Het gebruik van een experimenteel medicijn in het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst zou bijvoorbeeld tegelijk niet kunnen voldoen aan de objectieve veiligheidsverwachtingen, en wel geschikt zijn als laatste redmiddel tegen een zeldzame ziekte.¹³²

6.3.5 Geen overmacht

Volgens artikel 5.230 Belgisch BW is de niet-nakoming van een verbintenis die te wijten is aan het gebruik van een gebrekkig voorwerp aan de schuldenaar toerekenbaar, tenzij sprake is van *overmacht*. Dat komt neer, zo verduidelijkt de Toelichting, ‘op de afwezigheid van een fout in zijn hoofde’¹³³. Anders dan naar Nederlands recht, dat in artikel 6:77 Nederlands BW een redelijkheidstoets voorschrijft en daarmee een soepeler criterium hanteert dat meer ruimte laat om de tekortkoming niet toe te rekenen (zie par. 4.5), is de enige mogelijkheid onder Belgisch recht om de niet-nakoming niet toe te rekenen gelegen in overmacht. In de vormgeving van de uitzondering op de toerekeningsregel geven de Nederlandse en de Belgische wetgever hier aldus blijk van een verschillende benadering: terwijl in België enkel overmacht een uitzondering op de toerekening toelaat, wordt in Nederland uitgegaan van een correctie gebaseerd op wat redelijk is, waarmee de Nederlandse wetgever een soepeler criterium hanteert dat meer ruimte laat om de tekortkoming niet toe te rekenen dan het hardere overmachtsbegrip in België. De bewijslast rust op de schuldenaar die zich van het goed heeft bediend.¹³⁴

Wanneer sprake is van overmacht volgt uit de algemene overmachtsregeling van boek 5 Belgisch BW. Volgens deze overmachtsregeling kan de schuldenaar zich op overmacht beroepen ‘in geval van ontoerekenbare onmogelijkheid (...) om zijn verbintenis na te komen’ (art. 5.226, § 1, eerste lid Belgisch BW). Overmacht – dat in deze regeling alle soortgelijke begrippen dekt, zoals vreemde oorzaak, toeval, daad van een derde of *fait du Prince*¹³⁵ – vereist dus een *onmogelijkheid* om de verbintenis na te komen die de schuldenaar niet kan worden toegerekend. Om de rechter bij te staan in de beoordeling van de ontoerekenbaarheid, reikt deze wetsbepaling twee criteria aan: het onvoorzienbaar en het onvermijdbaar karakter van het beletsel tot nakoming. Deze beoordelingselementen zijn als zodanig geen voorwaarden. Zij hoeven dus niet cumulatief vervuld te zijn om tot de ontoerekenbaarheid van een omstandigheid te

¹³² Voorbeeld ontleend aan: Concl. A-G M.H. Wissink, HR 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176, randnummer 9.10.

¹³³ Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 266.

¹³⁴ Bevestigend, zie I. Claeys en T. Tanghe, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 658, nr. 852; S. Stijns en S. De Rey, ‘Het nieuwe verbintenissenrecht in boek 5 BW’, *RW* 2022-23, p. 923, nr. 46; V. Sagaert, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Leuven: LeA 2023, p. 101, nr. 189; R. Jafferli, ‘La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés’, *JT* 2023, p. 21, nr. 57.

¹³⁵ Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 260. In de rechtsleer werd in dit verband soms een onderscheid gemaakt met verschillende toepassingsvoorwaarden, zie bv. P. Van Ommeslage, *Droit des obligations*, II/1 in coll. De Page, Brussel: Bruylant 2013, nr. 966.

besluiten. Zij geven de rechter enkel handvatten om de (on)toerekenbaarheid van de onmogelijkheid tot nakoming vast te stellen.¹³⁶

De hamvraag is onder welke omstandigheden de schuldenaar zich onder artikel 5.230 Belgisch BW op overmacht kan beroepen. Daarover bepaalt de Toelichting als volgt:

‘Dit moet beoordeeld worden aan de hand op de concrete omstandigheden van de zaak, zoals het gebruik van voorwerpen door een niet-professionele gebruiker, de onmogelijkheid om het gebrek te ontdekken of de geringe kostprijs die de schuldenaar voor zijn diensten aanrekende.’¹³⁷

In de literatuur is deze passage uit de parlementaire voorbereiding bekritiseerd.¹³⁸ Van de drie omstandigheden die de Toelichting noemt, lijkt immers alleen *de onmogelijkheid om het gebrek te ontdekken* op zichzelf aan de definitie van overmacht te voldoen. De schuldenaar kan dan op basis van overmacht aan zijn aansprakelijkheid ontsnappen door aan te tonen dat hem geen fout kan worden verweten, aangezien hij niet op de hoogte kon zijn van het gebrekkige karakter van het gebruikte hulpvoorwerp.¹³⁹ De andere twee omstandigheden, met name *het gebruik van voorwerpen door een niet-professionele gebruiker* en *de geringe kostprijs die de schuldenaar voor zijn diensten aanrekende*, zijn op zichzelf onvoldoende om tot overmacht te besluiten. Het zijn wel omstandigheden die de rechter in zijn oordeel kan betrekken om een beroep op overmacht te beoordelen. Vraag is wat onder deze omstandigheden moet worden verstaan en geïnterpreteerd.

Met betrekking tot de *onmogelijkheid om het gebrek te ontdekken* is de vraag in de kern hoe deze onmogelijkheid moet worden beoordeeld: op relatieve of op absolute wijze? Daarover reikt de Toelichting geen antwoorden aan. In de literatuur is wel betoogd dat dit op absolute wijze zou moeten gebeuren, aangezien dit het best zou aansluiten bij het overmachtsbegrip en/of het ontwikkelingsrisicoverweer uit de regeling voor de productaansprakelijkheid.¹⁴⁰ Vanuit het perspectief van coherentie is dit verdedigbaar, maar in deze visie zou het overmachtsbegrip uit artikel 5.230 Belgisch BW aanzienlijk strenger worden opgevat dan onder het gemene recht – dat tijdens de laatste vijftig jaar in de literatuur een tendens laat zien om het overmachtsbegrip niet absoluut, maar relatiever op te vatten¹⁴¹ –, terwijl daarvoor geen duidelijk wettelijk

¹³⁶ Zie bv. S. Stijns en S. De Rey, ‘Het nieuwe verbintenissenrecht in Boek 5 BW’, *RW* 2022-23, p. 923, nr. 47.

¹³⁷ Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 266.

¹³⁸ Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 427, nr. 557; Th. Vansweevelt, ‘De contractuele aansprakelijkheid voor hulpzaken/voorwerpen’ in Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Boek 1 en Boek 5 BW: een kritische commentaar op het nieuwe verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2024, p. 237, nr. 23.

¹³⁹ R. Jafferli, ‘La réforme du droit des contrats. Les principales nouveautés’, *JT* 2023, p. 21, nr. 57.

¹⁴⁰ Th. Vansweevelt, ‘De contractuele aansprakelijkheid voor hulpzaken/voorwerpen’ in Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Boek 1 en Boek 5 BW: een kritische commentaar op het nieuwe verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2024, p. 237, nr. 25; J. Van Vaerenbergh, ‘Voortaan Dokter Bibber? Hof van Cassatie bevestigt voor het eerst de veiligheidsverplichting voor medische hulpzaken als resultaatsverbintenis’ (noot onder Cass. 12 mei 2023), *RW* 2023-24, p. 988; Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 428, nr. 559, die tegelijk betreuren dat op dit punt een onderscheid blijft bestaan met de buitencontractuele aansprakelijkheid, waar de onoverwinnelijke onwetendheid van het gebrek klassiek geen bevrijdingsgrond uitmaakt (onder art. 1384, eerste lid oud Belgisch BW, zie bv. Cass. 21 maart 1979, *Arr.Cass.* 1978-79, p. 839; Cass. 19 oktober 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, p. 267 en zie thans art. 6.16 Belgisch BW: ‘De bewaarder van een zaak is *foutloos* aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door een gebrek van die zaak’), waardoor soorgelijke schadegevallen nog steeds onder een verschillend aansprakelijkheidsregime vallen.

¹⁴¹ Over deze controverse en met een ontleding van de begrippen ‘absolute’ en ‘relatieve’ onmogelijkheid a.d.h.v. talrijke rechtspraak: M. de Potter de ten Broeck, *Gewijzigde omstandigheden in het contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2017, nrs. 35 e.v.; van dezelfde auteur, zie ‘De overmachts- en imprevisieel: één gespleten persoonlijkheid?’, *TPR* 2018, p. 219, nrs. 6 e.v. Tonen zich als voorstanders van deze tendens, zie A. Van Oevelen,

aanknopingspunt bestaat. In dit verband verduidelijkt de Toelichting tevens dat overmacht in de zin van artikel 5.230 Belgisch BW *in concreto* te beoordelen is.¹⁴² Is het gebrek veroorzaakt door een gebrek aan onderhoud of onaangepast gebruik, dan zal mogelijk geen sprake zijn van overmacht, aangezien de schuldenaar dan een verwijt kan worden gemaakt. Blijkt het voorwerp aangetast door een niet-zichtbare fabricagefout die zich nog niet eerder had voorgedaan, dan lijkt overmacht wel denkbaar voor diegene die zich van het hulpvoorwerp bedient.¹⁴³ Alleszins is te hopen dat de onmogelijkheid om het gebrek te ontdekken minder stringent wordt beoordeeld dan voor de verkoper-fabrikant en de gespecialiseerde verkoper in het kader van hun verbintenis tot vrijwaring voor verborgen gebreken (art. 1641 e.v. oud BW).¹⁴⁴ De doctrine heeft immers vastgesteld dat voor deze verkopers, door de hoge eigen die de rechtspraak stelt, een beroep op overmacht in dat geval *quasi* onmogelijk is. Een analoge toepassing van deze strenge jurisprudentiële lijn in het kader van artikel 5.230 Belgisch BW zou de aansprakelijkheid van de schuldenaar dan ook aanzienlijk verzwaren en *de facto* haast verheffen tot een foutloze aansprakelijkheid.

Zoals bekend aanvaardt de rechtspraak namelijk, op basis van de gewoonterechtelijke regel *spondet peritiam artis* ('hij moet instaan voor zijn vakmanschap') die al dateert van vóór de *Code Napoléon*¹⁴⁵, het bestaan van een jurisprudentiële resultaatsverbintenis die de verkoper, wanneer hij een fabrikant of een gespecialiseerde verkoper is, verplicht om de zaak zonder gebrek te leveren en daartoe alle maatregelen te nemen om alle mogelijke gebreken op te sporen.¹⁴⁶ De verkoper-fabrikant en de gespecialiseerde

'Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht', *TPR* 2008, p. 603, nr. 5; L. Snauwaert en C. Van der Elst, 'Het onmogelijkheids criterium inzake overmacht: hoe onmogelijk is onmogelijk?', *TPR* 2011, p. 129 e.v.; J.F. Germain, Y. Ninane en J. Van Zuylen, 'La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles' in *La force majeure. Etat des lieux*, Limal: Anthemis 2013, p. 29 e.v.; P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, II/1, in coll. De Page, Brussel: Bruylant 2013, nr. 968; A. Van Oevelen en A. De Boeck, 'Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht' in J. Rozie, S. Rutten en A. Van Oevelen (eds.), *Overmacht*, Antwerpen: Intersentia 2015, p. 1, nr. 5; P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel: Larcier 2021, nr. 564; S. Stijns, *Leerboek verbintenissenrecht*, boek 1, Brugge: die Keure 2022, nr. 212. Onder boek 5 BW zet deze tendens zich voort, zie m.n. I. Claeys en T. Tanghe, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 867-868, nr. 1200; V. Sagaert, *Beginselen van verbintenissenrecht*, Leuven: LeA 2023, p. 102, nr. 192; J. van Zuylen, 'Le changement de circonstances et l'inexécution fortuite du contrat' in R. Jafferli (ed.), *Le Livre 5 du Code civil et le nouveau droit des contrats*, UB³ vol. 96, Brussel: Larcier 2022, p. 281, nr. 34; P.A. Forières, 'Force majeure et imprévision' in Th. Derval, R. Jafferli en B. Kohl (eds.), *La réforme du droit des obligations*, Brussel: Larcier 2023, p. 329, nr. 5; Th. Vanswevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 434, nr. 570.

¹⁴² Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 266.

¹⁴³ I. Claeys en T. Tanghe, *Nieuw algemeen contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, pp. 657-658, nr. 852.

¹⁴⁴ Hierover bv. M. Kruithof, 'Aansprakelijkheid van verkopers voor schade veroorzaakt door verborgen gebreken: tijd voor een "decontaminatie" van artikel 1645 BW' in N. Carette en B. Weyts (eds.), *Liber Amicorum Aloïs Van Oevelen*, Antwerpen: Intersentia 2017, p. 390 e.v. (die aantoont dat het niet om een vermoeden gaat); S. De Rey en B. Tilleman, 'Het "vermoeden van kwade trouw" bij verborgen gebreken: welke verkoper past het schoentje?', *TBBR* 2018, p. 131 e.v.; J. Van Zuylen, 'Un vendeur "professionnel" peut-il s'exonérer de la garantie des vices cachés?', *Notamus* 2018, afl. 2, p. 38 e.v.; M. Lansmans, 'La garantie des vices cachés et la présomption de connaissance du vendeur spécialisé dans la vente B2B', *TBH* 2020, p. 496 e.v.; B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, 'Overzicht van rechtspraak. Bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)', *TPR* 2020, p. 1007, nrs. 336 e.v.; J. Van Zuylen, 'L'ignorance invincible dans la vente de droit commun, une cause d'exonération aux accents de force majeure' in *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum P.A. Forières*, Brussel: Larcier 2021, p. 758 e.v.; O. Janssens, 'La garantie des vices cachés: du vendeur professionnel au vendeur spécialisé' (noot onder Cass. 15 januari 2021), *TBBR* 2022, p. 97 e.v.; S. De Rey, 'Vrijwaring voor verborgen gebreken in onroerende koop: kroniek van de recentste evoluties', *T.Not.* 2023, p. 629, nrs. 27 e.v.

¹⁴⁵ Zie al R.-J. Pothier, *Traité du Contrat de Vente*, Parijs en Orléans: 1773, nrs. 213-214.

¹⁴⁶ Zie Cass. 7 april 2017, C.16.0311.N, *DAOR* 2017, p. 54, *RW* 2018-19, p. 347, m.nt., *TBBR* 2018, p. 168, m.nt. S. De Rey en B. Tilleman, *TBH* 2018, p. 98 en *TBO* 2018, p. 412; Cass. 6 september 2018, C.16.0288.F, *JLMB*

verkoper die hieraan willen ontsnappen moeten aantonen dat de niet-nakoming van de jurisprudentiële resultaatsverbintenis tot opsporing en vaststelling van het gebrek het gevolg is van overmacht.¹⁴⁷ Dit komt neer op het bewijs van, in de woorden van het Hof van Cassatie, de ‘absoluut onnaspeurlijke aard van het gebrek’¹⁴⁸, ‘dat hij spijs welk voorzorg ook, er geen kennis van hebben kon’¹⁴⁹ of, volgens een modernere uitdrukking die in de recentere cassatiearresten terugkomt, dat het gebrek ‘onmogelijk kon worden opgespoord’¹⁵⁰. Uit de feitenrechtspraak blijkt evenwel dat de lat daartoe zeer hoog ligt. Daarom spreekt de rechtsleer soms van een ‘versterkte’ of ‘verstrengde’ resultaatsverbintenis of van een ‘quasi-onweerlegbaar’ vermoeden van kennis ten aanzien van de verkoper-fabrikant en de gespecialiseerde verkoper.¹⁵¹ Dat is mede te verklaren doordat de rechtspraak de beoordeling van de mogelijkheid om het gebrek op te sporen *in abstracto* lijkt te maken. Met technische beperkingen in onderzoeksmogelijkheden van de individuele verkoper houdt de rechtspraak weinig tot geen rekening.¹⁵² In de rechtsleer is dit niet goed onthaald, temeer omdat daarvoor geen duidelijk wettelijk aanknopingspunt blijkt te bestaan.

Naast de onmogelijkheid om het gebrek te ontdekken is het feit dat het gebrek helpvoorwerp in de uitvoering van de verbintenis is gebruikt door een *niet-professionele gebruiker* volgens de Toelichting een relevante omstandigheid om het bestaan van overmacht te beoordelen.¹⁵³ Wellicht schuilt hierachter het idee dat het voor een niet-professionele gebruiker doorgaans moeilijker is om het gebrek te ontdekken dan voor een professionele gebruiker, zodat een niet-professionele gebruiker zich wellicht sneller op de onmogelijkheid om het gebrek te ontdekken zou kunnen beroepen.

Opvallend is dat op het professionaliteitscriterium precies kritiek is geuit in het kooprecht in het kader de verbintenis tot vrijwaring voor verborgen gebreken (art. 1641 e.v. oud BW): ‘ce qui devrait motiver la sévérité (...) c’est plus la qualité de spécialiste que la qualité de professionnel’¹⁵⁴. Waar het Hof van Cassatie de resultaatsverbintenis tot

2020, p. 52, *RJI* 2021, p. 46, *RW* 2019-20, p. 267, *TBH* 2020, p. 490, m.nt. M. Lansmans; Cass. 15 januari 2021, C.20.0241.N, *TBBR* 2022, p. 96, m.nt. O. Janssens en *TBO* 2021, p. 36.

¹⁴⁷ Over de parallel, zie J. Van Zuylen, ‘L’ignorance invincible dans la vente de droit commun, une cause d’exonération aux accents de force majeure’ in *Entre tradition et pragmatisme. Liber amicorum P.A. Forières*, Brussel: Larcier 2021, p. 758 e.v.

¹⁴⁸ Cass. 6 mei 1977, *Arr.Cass.* 1977, p. 915, *Pas.* 1977, p. 907, m.nt. *RCJB* 1979, p. 162, m.nt. M. Fallon en *RW* 1977-78, p. 657, m.nt.

¹⁴⁹ Cass. 13 november 1959, *Arr.Cass.* 1960, p. 225, *Pas.* 1960, p. 313, *JT* 1960, p. 59 en *RW* 1959-60, p. 1445.

¹⁵⁰ Cass. 7 april 2017, C.16.0311.N, *DAOR* 2017, p. 54, *RW* 2018-19, p. 347, m.nt., *TBBR* 2018, p. 168, m.nt. S. De Rey en B. Tilleman, *TBH* 2018, p. 98 en *TBO* 2018, p. 412; Cass. 15 januari 2021, C.20.0241.N, *TBBR* 2022, p. 96, m.nt. O. Janssens en *TBO* 2021, p. 36. Zie daarvoor de meest recente arresten met dezelfde terminologie: Cass. 7 december 1990, *Arr.Cass.* 1990-91, p. 391, *Pas.* 1991, p. 346, *RW* 1992-93, p. 431, m.nt. Th. Vanswevelt en *TBH* 1991, p. 221; Cass. 18 oktober 2001, *Arr.Cass.* 2001, p. 1721, *Pas.* 2001, p. 1659 en *RW* 2003-04, p. 97.

¹⁵¹ Bv. P. Brulez, *Koop en aanneming: faux amis?*, Antwerpen: Intersentia 2015, nrs. 558 e.v.; P. Brulez, ‘Over de draagwijdte van contractuele verbintenissen: garantie-, resultaats-, middelenverbintenissen’ in K. Swinnen en M. Muylle (eds.), *De contractuele fout in Studies Privaatrecht*, V, Brugge: die Keure 2019, p. 27. Zie ook I. Claeys en K. Van Strydonck, ‘Contractuele aansprakelijkheidsbeperkingen voor de professionele verkoper bij verborgen gebreken in het algemeen kooprecht: elf argumenten pro’ in *Bijzondere overeenkomsten. XXXIV Postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2007-08*, Mechelen: Kluwer 2008, p. 307, nr. 7.

¹⁵² Voor een overzicht van rechtspraak, zie B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, ‘Overzicht van rechtspraak: bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)’, *TPR* 2020, pp. 1387-1388, nr. 338.

¹⁵³ Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 266.

¹⁵⁴ J.-F. Overstake, ‘La responsabilité du fabricant de produits dangereux’, *RTD civ.* 1972, p. 504, nrs. 47 e.v. Zie ook B. Dubuisson, ‘Quelques réflexions sur la présomption de mauvaise foi du vendeur professionnel’,

opsporing en vaststelling van de verborgen gebreken aanvankelijk oplegde aan de verkoper-fabrikant en aan de professionele verkoper¹⁵⁵, oordeelt het Hof van Cassatie sinds een arrest van 6 mei 1977¹⁵⁶ dat deze verbintenis niet rust op de verkoper-fabrikant en de professionele verkoper¹⁵⁷, maar op de verkoper-fabrikant en de *gespecialiseerde* verkoper, ‘ongeacht of deze laatste een professionele verkoper is’¹⁵⁸. Daarmee kwam het Hof van Cassatie tegemoet aan de kritiek dat een professionele verkoper niet noodzakelijk dezelfde technische bekwaamheid heeft als een gespecialiseerde verkoper. Hetzelfde zou kunnen worden gezegd van de schuldenaar die zich voor de uitvoering van een verbintenis van een hulpvoorwerp bedient: het is niet ondenkbaar dat een gespecialiseerde gebruiker meer technische bekwaamheid heeft dan een professionele gebruiker, aangezien die laatste niet noodzakelijk is gespecialiseerd in de hulpvoorwerpen waarvan hij zich bedient.¹⁵⁹ Niettemin biedt het criterium van de ‘professionele gebruiker’ (ofwel: het ‘organisatiecriterium’) eerder dan het criterium van de ‘gespecialiseerde gebruiker’ (ofwel: het ‘kenniscriterium’), zoals dit uit de Toelichting bij artikel 5.230 Belgisch BW volgt, een eenvoudig te hanteren criterium. In andere contexten heeft de rechtsleer het kenniscriterium reeds terecht verworpen gelet op de moeilijkheid om het te objectiveren ‘via vaak arbitraire criteria zoals specialisatie’¹⁶⁰.

Als derde omstandigheid noemt de Toelichting nog het *geringe karakter van de kostprijs* van de diensten van de schuldenaar als een relevante omstandigheid om het bestaan van overmacht te beoordelen.¹⁶¹ Hoewel dit in de parlementaire stukken niet expliciet is terug te vinden, lijkt hiervoor inspiratie gevonden in het Nederlandse recht. In Nederland is de hoogte van de betaling die de schuldenaar ontvangt in relatie tot de door hem gelopen kans grote schade toe te brengen immers een van de overige omstandigheden van het geval die de rechter toelaten om de tekortkoming op voet van artikel 6:77 Nederlands BW niet toe te rekenen (zie par. 4.5). Hoewel deze omstandigheid naar Nederlands recht wordt meegenomen in de redelijkheidstoets, maakt de Belgische wetgever thans van een soortgelijk criterium gewag voor de beoordeling van het bestaan van overmacht in de zin van artikel 5.230 Belgisch BW. In de literatuur is dit niet altijd goed onthaald.¹⁶² Vanzelfsprekend kan de geringe kostprijs van de dienst hier op zichzelf geen overmacht opleveren – zoals ook naar Nederlands recht wordt aangenomen dat

Ann.dr.Louvain 1988, pp. 200-202; P.A. Foriers, ‘Conformité et garantie dans la vente’ in B. Tilleman en P.A. Foriers (eds.), *De koop/La vente*, Brugge: die Keure, 2002, p. 47, nr. 48; P.A. Foriers, ‘La garantie du vendeur professionnel et la cour de cassation de Belgique – Observations et réflexions’ in *Les obligations en droit français et en droit belge*, Brussel: Bruylant, 1994, p. 254, nrs. 8 e.v.

¹⁵⁵ Cass. 4 mei 1939, *Pas.* 1939, 223; Cass. 13 november 1959, *Arr.Cass.* 1960, 225.

¹⁵⁶ *Pas.* 1977, 907, noot, *RCJB* 1979, 162, noot M. Fallon, *RW* 1977-78, 657, noot.

¹⁵⁷ Bv. Cass. 7 april 2017, C.16.0311.N, *DAOR* 2017, p. 54, *RW* 2018-19, p. 347, m.nt., *TBBR* 2018, p. 168, m.nt. S. De Rey en B. Tilleman, *TBH* 2018, p. 98 en *TBO* 2018, p. 412; Cass. 6 september 2018, C.16.0288.F, *JLMB* 2020, p. 52, *RJI* 2021, p. 46, *RW* 2019-20, p. 267, *TBH* 2020, p. 490, m.nt. M. Lansmans.

¹⁵⁸ Cass. 15 januari 2021, C.20.0241.N, *TBBR* 2022, p. 96, m.nt. O. Janssens en *TBO* 2021, p. 36.

¹⁵⁹ Lijkt in die zin meer te voelen voor de specialisatiegraad: J. Van Vaerenbergh, ‘Voortaan Dokter Bibber? Hof van Cassatie bevestigt voor het eerst de veiligheidsverplichting voor medische hulpzaken als resultaatsverbintenis’ (noot onder Cass. 12 mei 2023), *RW* 2023-24, p. 988 (‘hoe kan men de gebruiker van het product het gebruik van gebrekkig materiaal verwijten als deze geen specialist is op dat gebied, zonder te beweren dat er een toevallig karakter schuilgaat?’).

¹⁶⁰ G. Straetmans, ‘Overzicht van rechtspraak. Consumentenbescherming (2008-2014) – Marktpraktijken (2011-2014)’, *TPR* 2015, p. 1366, nr. 37, vn. 212 over het begrip consument. Voor het kooprecht, zie S. De Rey en B. Tilleman, ‘Het “vermoeden” van kwade trouw bij verborgen gebreken: welke verkoper past het schoentje?’, *TBBR* 2018, p. 141, nr. 16.

¹⁶¹ Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 266.

¹⁶² Th. Vanswevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, pp. 428-429, nrs. 560-561 die dit criterium uit de parlementaire voorbereiding zelfs helemaal wegschrijven omdat het ingaat tegen de klare en duidelijke tekst van de wettekst.

deze enkele omstandigheid niet aan toerekening in de weg staat (zie par. 4.5) – maar wellicht is deze omstandigheid hier, net als het feit dat een gebrekkige voorwerp is gebruikt door een niet-professionele gebruiker, eerder te begrijpen als een criterium om te beoordelen in welke mate het voor de schuldenaar onmogelijk was om het gebrek te ontdekken. In die zin zou het de schuldenaar, wanneer hij de gecontracteerde diensten tegen een spotprijs verricht, wellicht minder snel kunnen worden aangewreven dat hij niet alle voorzorgmaatregelen heeft genomen om het gebrek op te sporen. Anders gezegd zou de schuldeiser, door de aanvaarding van de dienst tegen deze spotprijs, het risico op de niet-ontdekking van het gebrek enigszins hebben verdisconteerd. Hoe dit zich dogmatisch laat inpassen binnen de leer van de ontoerekenbare onmogelijkheid, is nog niet uitgekristalliseerd. Toch geeft het Belgische recht ook op andere plaatsen blijk van een gevoeligheid voor het argument dat bij de bepaling van het bestaan en de omvang van de aansprakelijkheid rekening te houden is met de vraag of de schuldenaar hiervoor een prijs ontvangt.

Illustratief is de aansprakelijkheid van de bewaarnemer, die volgens de artikelen 1927 en 1928 oud Belgisch BW minder streng wordt beoordeeld dan wanneer de bewaargeving is verricht onder bezwarende titel. Volgens artikel 1927 oud Belgisch BW moet de bewaarnemer aan de bewaring van de in bewaring gegeven zaak ‘dezelfde zorg besteden als hij aan de bewaring van zijn eigen besteedt’. Dit wordt beschouwd als een afwijking van het gemeenrechtelijk criterium, die ingegeven is door het kosteloos karakter van de bewaargeving.¹⁶³ Volgens artikel 1928, 2° oud Belgisch BW wordt deze bepaling evenwel ‘strenger toegepast indien hij een loon voor de bewaring bedongen heeft’. In dat geval geldt het normale criterium van de *culpa levis in abstracto*, waarbij wordt geëvalueerd volgens het gedrag van een voorzichtig en redelijk bewaarnemer in dezelfde omstandigheden geplaatst.

Vergelijkbaar is de beoordeling van de aansprakelijkheid van de lasthebber, neergelegd in artikel 1992 oud Belgisch BW: ‘De lasthebber is niet alleen aansprakelijk voor zijn opzet, maar ook voor zijn schuld in de uitvoering van zijn opdracht. Niettemin wordt de aansprakelijkheid wegens schuld minder streng toegepast ten aanzien van degene die de lastgeving om niet op zich neemt, dan ten aanzien van hem die daarvoor loon ontvangt’. De fout van de beroepslasthebber waarvoor hij op grond van deze bepaling aansprakelijk kan worden gesteld, moet worden beoordeeld volgens het criterium van de normaal voorzichtig en oplettende lasthebber die in dezelfde omstandigheden verkeert.¹⁶⁴

In het wetsvoorstel houdende boek 7 ‘Bijzondere contracten’ wordt in artikel 7.4.13 voorgesteld om dit idee te veralgemenen naar alle dienstencontracten: ‘Bij een dienstencontract ten kosteloze titel kan de rechter het herstel van de schade die door de nalatigheid van de opdrachtnemer is veroorzaakt, matigen, tenzij het contract hoofdzakelijk in het belang van de opdrachtnemer gesloten werd’.¹⁶⁵

Soortgelijk is de rechtspraak die in het kader van de verbintenis tot vrijwaring voor verborgen gebreken in koop aanvaardt dat wanneer de koop is gesloten tegen een zeer lage of symbolische verkoopprijs, daaruit kan worden afgeleid dat de koper kennis had

¹⁶³ B. Tilleman, *Bewaargeving, bruikleen en sekwester in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, X, Deel 2, C, Antwerpen: Story-Scientia 2000, p. 162, nr. 340; zie ook E. Van den Haute, *Traité des contrats spéciaux*, Brussel: Larcier 2024, p. 1795 e.v.

¹⁶⁴ Cass. 4 oktober 2018, C.17.0245.F, *RGAR* 2019, nr. 15.597, *RW* 2019-20, p. 979 en *TBBR* 2019, p. 360.

¹⁶⁵ Wetsvoorstel 16 april 2024 houdende invoeging van boek 7 “Bijzondere contracten” in het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2023-24, nr. 55-3973/001.

(of moest hebben) van het gebrek, zodat hij zich in dat geval niet op de vrijwaring kan beroepen.¹⁶⁶

Anders dan naar Nederlands recht (zie par. 4.5), lijkt het *verzekeringscriterium* geen omstandigheid die in rekening te nemen is om de niet-nakoming op grond van artikel 5.230 Belgisch BW al dan niet toe te rekenen: de Toelichting maakt hiervan geen gewag. Niettemin is dit in de literatuur wel opgeworpen: ‘gaat het om een niet-professionele gebruiker die wel een stevige kostprijs aanrekent, dan kan die zich daarvoor verzekeren. Er is dan geen enkele reden om hem de aansprakelijkheidsdans te doen ontspringen’.¹⁶⁷ Vanuit Nederlands perspectief is dit evenwel bekritiseerd: een eventuele mogelijkheid tot het nemen van een verzekering zou nauwelijks volstaan. Daartoe zou er in vergelijkbare situaties minstens een vrij algemeen gebruik tot verzekeren moeten bestaan.¹⁶⁸ Of dit onder Belgisch recht op zichzelf volstaat om de niet-nakoming toe te rekenen, is evenwel onzeker. Alleszins lijkt een geslaagd beroep op overmacht in dat geval niet uitgesloten.

7. Slotbeschouwing

Hoewel de Toelichting bij artikel 5.230 Belgisch BW, mede onder verwijzing naar artikel 6:77 Nederlands BW, stelt dat een dergelijke regel niet controversieel is, en hoewel de Belgische en Nederlandse regeling op het eerste oog sterke gelijkenis vertonen, wijst deze bijdrage toch een aantal belangrijke verschillen aan.

Zo lijkt het Belgische recht uit te gaan van een *resultaatsverbintenis* om geen *gebrekkige* hulpvoorwerpen te gebruiken, waarbij het gebrekkigheidsbegrip eerder objectief lijkt te worden ingevuld. Het gebruik van een gebrekkig hulpvoorwerp levert aldus een niet-nakoming op die in beginsel aan de schuldenaar toerekenbaar is. Het Nederlandse recht gaat daarentegen uit van een meer contextafhankelijke benadering, waarbij zowel de *ongeschiktheid* van de hulpzaak als de vraag of dit een *tekortkoming* oplevert, afhankelijk is van de onderliggende overeenkomst en de daaruit voortvloeiende verbintenis(sen).

Daarnaast gaat het Belgische recht uit van een meer beperkte mogelijkheid om aan toerekening te ontsnappen. Naar Belgisch recht moet de schuldenaar *overmacht* aantonen, hetgeen hij zal kunnen wanneer hij bewijst dat er sprake is van een ontoerekenbare onmogelijkheid om na te komen. De gezichtspunten die de Toelichting daarbij noemt moeten mogelijk worden begrepen als handvatten bij de invulling van het overmachtsbegrip. Het Nederlandse recht gaat daarentegen uit van een soepele en open benadering via een redelijkheidstoets. Binnen deze toets kunnen alle omstandigheden van het geval worden meegenomen en aan de hand waarvan vervolgens kan worden besloten of toerekening achterwege moet blijven.

Het valt te bezien of het Belgische recht zich ten aanzien van de contractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige hulpvoorwerpen meer in de richting van het Nederlandse zal bewegen, haar eigen weg zal bewandelen, of dat juist het Nederlandse recht op bepaalde punten inspiratie zal putten uit de Belgische praktijk.

¹⁶⁶ Hierover, zie B. Tilleman m.m.v. F. Van den Abeele, *Gevolgen de koop in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, X, Deel 2, A, deel 2, Mechelen: Kluwer 2022, p. 532, nr. 494; B. Tilleman, S. De Rey, N. Van Damme en F. Van den Abeele, ‘Overzicht van rechtspraak: bijzondere overeenkomsten. Koop (2007-2020)’, *TPR* 2020, p. 1342, nr. 363.

¹⁶⁷ Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 428, nr. 558; Th. Vansweevelt, ‘De contractuele aansprakelijkheid voor hulpzaken/voorwerpen’ in Th. Vansweevelt en B. Weyts (eds.), *Boek 1 en Boek 5 BW: een kritische commentaar op het nieuwe verbintenissenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2024, p. 237, nr. 24.

¹⁶⁸ Met deze kritiek, zie Broekema-Engelen, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:77 BW, aant. 3.7 (2022) en alle verwijzingen aldaar.

