



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Dat de Hoge Raad in 2019 arrest moge wijzen

Wijne, R.P.

DOI

[10.5553/TVP/138820662019022001004](https://doi.org/10.5553/TVP/138820662019022001004)

Publication date

2019

Document Version

Final published version

Published in

Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Wijne, R. P. (2019). Dat de Hoge Raad in 2019 arrest moge wijzen. Case note on: Hof Arnhem-Leeuwarden, 27/11/18, ECLI:NL:GHARL:2018:10336 *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade*, 22(1), 19-23.

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.

Dat de Hoge Raad in 2019 arrest moge wijzen

*Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018,
ECLI:NL:GHARL:2018:10336*

Wat ik wenste voor 2018 ...

Eind 2017 schreef ik een annotatie bij twee uitspraken.¹ De ene uitspraak was afkomstig van de Rechtbank Oost-Brabant en de andere van de Rechtbank Limburg.² In beide kwesties speelde de vraag of het desbetreffende ziekenhuis de tekortkoming die was ontstaan door het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst toegerekend moest krijgen. Bedoelde toerekening is er een *krachtens de wet*. In artikel 6:77 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (in samenhang gelezen met art. 6:74 en 6:75 BW) is als hoofdregel bepaald dat als bij de uitvoering van een verbintenis gebruik wordt gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, de tekortkoming die daardoor ontstaat de schuldenaar wordt toegerekend. Schuld, zoals bijvoorbeeld het ongeschikt maken van een zaak door hem niet te onderhouden of door een zaak te gebruiken waarvan kenbaar is dat hij gebrekkig is, is voor toerekening krachtens de wet niet vereist.

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

De Rechtbank Oost-Brabant kwam tot het oordeel dat toerekening van de tekortkoming aan het ziekenhuis krachtens de wet niet aan de orde kon zijn; de borstprothese was weliswaar ongeschikt en gebruikt bij de behandeling van de patiënt, maar toerekening was volgens de rechtbank onredelijk; de uitzondering deed zich dus voor. De rechtbank baseerde haar oordeel met name op de omstandigheid dat met de PIP-borstprothesen doelbewust gefraudeerd was. Dat de producent inmiddels failliet is en de patiënt op de producent dus geen verhaal kan halen, is niet een omstandigheid die dat oordeel anders zou kunnen maken, aldus de rechtbank. Opmerkelijk is overigens wel dat enkele overwegingen in het vonnis van de rechtbank lijken te suggereren dat het aan de patiënt is om feiten en omstandigheden aan te dragen voor het oordeel dat toerekening redelijk is, terwijl de rechtbank begint met de overweging dat ‘de stelplicht en de bewijslast dat toerekening onredelijk is, op degene rust die zich op die uitzondering beroept, in dit geval JBZ’, het ziekenhuis dus. Dit laatste is overigens ook niet zuiver. Of de toerekening onredelijk is, is zoals gezegd een rechtsoordeel; de feiten en omstandigheden die tot dat oor-

1. De annotatie verscheen op GZR-Updates (online).
2. Rb. Oost-Brabant 22 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6091 en Rb. Limburg 17 november 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:11635.

deel nopen, moeten worden gesteld en, bij betwisting, worden bewezen.

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

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

In het in 2015 van mijn hand verschenen artikel ‘Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met “een niet te onderkennen gebrek”’ wees ik eveneens op uiteenlopende oordelen van rechters in het kader van artikel 6:77 BW.³

In het artikel gaf ik de analyse weer van tot dan toe gepubliceerde uitspraken en de dragende overwegingen voor de toepassing van de hoofdregel van artikel 6:77 BW dan wel de toepassing van de uitzondering van dat artikel. Ik concludeerde toen dat de verschillen in de oordelen verklaard konden worden door een verschillende – en soms onjuiste – visie op de rol van het ‘niet te onderkennen gebrek’ in het kader van de toerekening. Zo zou enkel *subjectieve onbekendheid van de hulpverlener met het gebrek* mijns inziens nooit aan toerekening in de weg mogen staan; op de hulpverlener rust immers de plicht literatuur op zijn vakgebied bij te houden en voorafgaand aan het gebruik van een zaak bij de patiënt onderzoek te doen naar de op dat moment (wereldwijd) gedocumenteerde problemen over die zaak. Een ander argument is gelegen in het feit dat subjectieve onbekendheid ook niet aan de contractuele aansprakelijkheid van de verkoper die een gebrekkige zaak aan een consument heeft verkocht (art. 7:24 BW) in de weg staat. In artikel 7:24 BW is namelijk bepaald dat indien op grond van een consumentenkoop een zaak is afgeleverd die niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, de koper jegens de verkoper recht heeft op schadevergoeding. Uitgangspunt is dat de verkoper jegens de koper heeft in te staan voor de deugdelijkheid van de

zaak, ook al was hijzelf met een gebrek niet bekend.⁴ Ook wat de buitencontractuele kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter voor een gebrekkige roerende zaak betreft, is duidelijk dat subjectieve onbekendheid niet aan aansprakelijkheid in de weg staat. Wel zij daarbij opgemerkt dat onbekendheid bij deze vorm van aansprakelijkheid niets van doen heeft met toerekening, maar wordt betrokken in de vraag of de zaak gebrekkig is en dus een van de contractuele aansprakelijkheden afwijkende invalshoek kent. Hoewel het bij de aansprakelijkheidsvraag om de toestand van de desbetreffende zaak gaat en niet om een normschending als bedoeld in artikel 6:162 BW, komt namelijk onder bepaalde omstandigheden de norm om de gebrekkigheid te beoordelen overeen met de norm ter vaststelling van de zorgvuldigheid die van diezelfde bezitter op grond van artikel 6:162 BW kan worden verlangd. Dit speelt bijvoorbeeld bij zaken waarbij menselijk gedrag de gebrekkigheid van een zaak kan wegnemen door middel van een waarschuwing. Vaak worden dan ook de Kelderluik-criteria gehanteerd om de gebrekkigheid vast te stellen.⁵ Betrokken worden factoren als de aard en functie van de zaak, de fysieke toestand van de zaak ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar en het van de zaak te verwachten gebruik door derden, de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de zaak verbonden gevaar en de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. Subjectieve onbekendheid van het gebrek dat aan de zaak kleeft, speelt daarbij echter geen rol.

In geval van *objectieve onbekendheid met het gebrek bij de groep van deskundige gebruikers, de hulpverleners*, kan dat anders zijn, maar zou het oordeel van de (on)redelijkheid van de toerekening naar mijn mening moeten afhangen van een weging van factoren, gezichtspunten. Factoren als genoemd in de rechtsgeleerde doctrine (keuzevrijheid (bij wie ligt die vrijheid?), de rechtszekerheid (hoe wordt deze gediend?), de vergroting van de activiteiten door het gebruik van een zaak (wie zijn activiteiten kan vergroten, moet ook het risico dragen), de eenvoud van het verhaal van de risicodragers vanwege een verzekering of een contract met een leverancier of producent, de draagkracht van de schuldenaar en de omvang van de schade in relatie tot de contraprestatie van de schuldeiser en de deskundigheid van partijen) komen hiervoor in aanmerking, aldus *naast* het gegeven dat de hulpverlener het gebrek redelijkerwijs niet kon kennen. Ik betoogde dat waarde gehecht zou mogen worden aan de omstandigheid dat de hulpverlener ter uitvoering van de behandeling (doorgaans) voor de desbetreffende zaak heeft gekozen en de omstandigheid dat hij (doorgaans) verzekerd is tegen het risico van schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak. Het feit dat de producent in het geheel geen verhaal biedt, zou eveneens een factor van belang kunnen zijn, maar geeft ook wat bedenkingen als insolventie van de producent in het geding is; insolventie van

3. R.P. Wijne, Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met ‘een niet te onderkennen gebrek’, L&S 2015, afl. 4, p. 37-51. Zie ook Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, GZR 2015-0389 m.nt. R.P. Wijne.

4. Parl. Gesch. Boek 7, p. 17-18.

5. HR 5 november 1965, NJ 1966/136 m.nt. G.J. Scholten. Zie uitvoeriger Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/218 en 236. Zie tevens HR 17 december 2010, NJ 2012/155 m.nt. T. Hartlief, r.o. 4.4.3.

de een is doorgaans immers geen reden om aansprakelijkheid van een ander aan te nemen.

Een grens, zo betoogde ik, zou zijn gelegen in een situatie van *objectieve onbekendheid waarbij naast de hulpverlener ook de producent het gebrek niet kon kennen* en de producent een geslaagd beroep op het ontwikkelingsrisicoverweer toekomt (art. 6:185 lid 1 aanhef en onder e BW).⁶ In dat geval zou de patiënt zijn eigen schade moeten dragen. Wel zij benadrukt dat aan het beroep op het ontwikkelingsrisicoverweer zeer strenge eisen worden gesteld, wil dat beroep kunnen slagen: met de wetenschappelijke en technische kennis wordt gedoeld op de wetenschappelijke en technische kennis zonder meer, daaronder begrepen het meest geavanceerde niveau.⁷ Om de relevante wetenschappelijke en technische kennis met succes aan de producent te kunnen tegenwerpen, moet deze kennis toegankelijk zijn geweest op het tijdstip waarop het betrokken product in het verkeer werd gebracht.⁸

Dat een grens wordt bereikt bij objectieve onbekendheid als zelfs de producent het gebrek niet kon kennen, wordt ook wel als regel aanvaard wanneer de verkoper een gebrekkige zaak aan een consument heeft verkocht, terwijl hij noch de producent weet kon hebben van het gebrek. In de wetenschappelijke literatuur over artikel 7:24 BW is betoogd dat als de producent niet aansprakelijk is voor het ontwikkelingsrisico er dus kennelijk een algemeen maatschappelijk risico aan de orde is, dat evenmin op de verkoper als op de producent mag worden gelegd.⁹ Ook in het kader van de buitencontractuele aansprakelijkheid is terug te zien dat objectieve onbekendheid een rol wordt toegedicht, zij het aldus in het kader van het oordeel over de gebrekkigheid van de zaak. De Hoge Raad oordeelde immers in het Wilnis-arrest (gewezen onder het regime van art. 6:174 BW) dat de objectieve onbekendheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar, naast het gebruik en de bestemming van de zaak (het ging om een dijk) en de kans op verwezenlijking van het gevaar, een rol spelen bij de beoordeling van de eisen die aan de zaak mogen worden gesteld.¹⁰ De Hoge Raad achtte in dat licht het oordeel van het hof dat objectieve onbekendheid met het gevaar voor risico van de bezitter komt niet juist.¹¹

In mijn proefschrift *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade* (2013) beschreef ik eveneens de vonnissen en arresten op dit terrein en betoogde ik dat een zorgvuldige weging van de gebruikelijke gezichtspunten ertoe zou moeten leiden dat in de meeste gevallen van *objectieve onbekendheid van de hulpverlener met het gebrek* geoordeeld zou moeten worden dat

toerekening van de tekortkoming aan de orde is en mitsdien doorgaans 'gewoon' de hoofdregel van artikel 6:77 BW van toepassing is.¹² In de tweede druk van het gelijknamige handboek (2017) klaagde ik zelfs een beetje over het feit dat er inmiddels drie uitspraken waren waar bij de beoordeling van de toerekening van de tekortkoming krachtens de wet grote of zelfs doorslaggevende betekenis werd toegekend aan de omstandigheid dat de medische hulpzaak (de bekende PIP-borstprothese) een CE-keurmerk had.¹³ Het betreft de uitspraken van de Rechtbank Amsterdam en de Rechtbank Limburg.¹⁴ Het CE-keurmerk was aldus voor de rechter reden geweest om te oordelen dat toerekening van de tekortkoming onredelijk was, ook al waren er andere factoren die voor toerekening pleitten. Ik merkte op dat opmerkelijk te vinden, gezien de toen en thans nog bestaande problemen rondom de certificering en de aantoonbare zwakheden in de conformiteitsbeoordelingen die tot afgifte van het CE-keurmerk moeten leiden. Bovendien geeft de aanwezigheid van een CE-keurmerk bij onbekendheid met het gebrek in de hulpzaak geen aanvullend argument voor toerekening of de onredelijkheid daarvan, nu het in feite een onderbouwing is voor de onbekendheid met het gebrek. Objectieve onbekendheid met het gebrek is echter steeds uitgangspunt bij de toepassing van artikel 6:77 BW. Opnieuw wees ik op de gebruikelijke weging van factoren en het feit dat de hoofdregel van artikel 6:77 BW ook in medische zaken de hoofdregel is. Een uitzondering is mogelijk als de omstandigheden daartoe nopen, maar stelselmatig in medische zaken van de hoofdregel afwijken zou betekenen dat artikel 6:77 BW in deze kwesties van geen betekenis is, iets wat mijns inziens nimmer de bedoeling van de wetgever is geweest.

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

Wat ik toen nog niet wist ...

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

6. Zie daarover nader R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 383-386.

7. HvJ EG 29 mei 1997, NJ 1998/522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk).

8. HvJ EG 29 mei 1997, NJ 1998/522 (Commissie/Verenigd Koninkrijk).

9. Asser/Hijma 7-1* 2013/455.

10. HR 17 december 2010, NJ 2012/155 m.nt. T. Hartlief, r.o. 4.4.3-4.4.5.

11. HR 17 december 2010, NJ 2012/155 m.nt. T. Hartlief, r.o. 4.4.6.

12. Wijne 2013.

13. R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*. De geneeskundige behandeling en de aansprakelijkheid bij schade van de patiënt, Den Haag: Boom juridisch 2017.

14. Rb. Amsterdam 20 januari 2016, GZR 2016-0035 m.nt. R.P. Wijne, Rb. Amsterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3491 en Rb. Limburg 31 mei 2017, GZR 2017-0229 m.nt. C.G. Versteeg. Zie in 2018 in dezelfde zin Rb. Gelderland 14 mei 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3115.

BW.¹⁵ Hoe deze zaak verder verloopt, is thans wat onduidelijk gezien verschillende berichten daarover.

Wat ik eind 2017 ook nog niet wist, was dat mr. J.T. Hiemstra op 4 oktober 2018 aan de Rijksuniversiteit Groningen haar proefschrift *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* zou verdedigen. Een door mij geschreven recensie van haar proefschrift is in januari 2019 in het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht gepubliceerd.¹⁶ In het proefschrift staat de vraag centraal of, en in hoeverre, op de hulpverlener een vergoedingsplicht rust ter zake van door de patiënt geleden schade die het gevolg is van het gebruik van ongeschikte medische hulpzaken. Ter beantwoording van die vraag analyseerde Hiemstra niet alleen uitspraken van rechters op het terrein van de medische aansprakelijkheid, maar ook daarbuiten. Hiemstra beschreef voorts het Duitse, het Franse en het Engelse recht en voerde naast een rechtsvergelijkende analyse tevens een rechtseconomische analyse uit.

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

En wat ik eind 2017 ook nog niet wist, was dat het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 27 november 2018 arrest zou wijzen in de kwestie over de in 1992 bij een patiënt geïmplanteerde Miragelplombe, een oculair implantaat; een arrest waarin de essentie van artikel 6:77 BW goed tot haar recht komt.¹⁷

Zo wordt duidelijk de hoofdregel weergegeven: wanneer bij de uitvoering van de verbintenis gebruik wordt gemaakt van een ongeschikte (hulp)zaak wordt de daardoor ontstane tekortkoming aan de schuldenaar, de hulpverlener, toegerekend. Vastgesteld moet dus worden dat de zaak ongeschikt is en gebruikt is bij de behandelingsovereenkomst (r.o. 2.16 en 2.17). Dat laatste stond niet ter discussie en dat de zaak ongeschikt is (dit moet de patiënt stellen en, bij betwisting, bewijzen), volgde volgens het hof (en eerder ook volgens de rechtbank) uit de omstandigheid dat de Miragelplombe door zijn samenstelling/eigenschappen kan zwellen (met mogelijke bijwerkingen, zoals oogbewegingsbeperking en sterke scleraverdunning) en kan fragmenteren bij verwijdering ervan, met als gevolg een hoge kans op ernstige complicaties. De plombe week in die zin af van andere siliconenplombes. Aldus is het Radboudumc in beginsel ook daadwerkelijk ingevolge de hoofdregel van artikel 6:77 BW aansprakelijk, aldus het hof (r.o. 2.17).

Ook wordt duidelijk overwogen dat op de hoofdregel een uitzondering mogelijk is, als toerekening, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, *onredelijk* zou zijn. Op die uitzondering moet dan een beroep zijn gedaan door de hulpverlener en in dit geval was dat ook zo; het Radboudumc had feiten en omstandigheden aangevoerd ter onderbouwing van zijn visie dat toerekening onredelijk zou zijn (r.o. 2.21). Maar zonder succes. Anders dan de rechtbank in het eindvonnis had geoordeeld, oordeelde het hof dat het niet onredelijk is dat deze tekortkoming aan het Radboudumc wordt toegerekend.

Het hof overwoog daartoe (vervolgens) op duidelijke en mijns inziens juiste wijze dat de medische behandelingsovereenkomst weliswaar als een inspanningsverbintenis kan worden gekwalificeerd, maar dat dit onverlet laat dat bij gebruikmaking van een hulpzaak ter uitvoering van deze inspanningsverbintenis de hulpzaak niet gebrekkig mag zijn. Artikel 6:77 BW is geschreven voor elke verbintenis en is daarmee niet beperkt tot resultaatsverbintenissen (r.o. 2.20).

Dit sluit aan bij de opvatting van diverse gezaghebbende auteurs dat het menselijk lichaam niet altijd een factor is die van invloed is op de geschiktheid van de zaak en dat daarom ook een inspanningsverplichting er niet aan in de weg hoeft te staan dat de hulpverlener heeft in te staan voor de deugdelijk-

15. Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:166.

16. Recensie R.P. Wijne bij J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken*, TvGR 2019, afl. 1, p. 99-101.

17. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10336.

heid van medische hulpzaken.¹⁸ Er is namelijk een onderscheid te maken tussen de uitvoering van de geneeskundige behandeling, waarvan wellicht het resultaat onzeker is, en de aanwending van zaken die weliswaar ter volbrenging van de geneeskundige behandeling dienen, maar op zich geen onzekerheid met zich brengen.¹⁹

Het hof overwoog daartoe voorts dat in de literatuur en rechtspraak weliswaar verschillend over de (on)redelijkheid van de toerekening wordt gedacht, maar ook dat een meerderheid voor toerekening bij gebruik van een gebrekkige hulpzaak in het kader van de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst is. Het hof wees op de opinies van Tjong Tjin Tai, Hiemstra en die van mijzelf (r.o. 2.21).

Het hof overwoog daartoe tevens – en wederom mijns inziens terecht – dat enkel ‘onwetendheid’ over een (toekomstig) gebrek van de hulpzaak niet voldoende is om een uitzondering op de hoofdregel van aansprakelijkheid in artikel 6:77 BW te rechtvaardigen (r.o. 2.21). Ik benadruk nogmaals dat artikel 6:77 BW juist geschreven is voor die situaties waarin het aan kennis aangaande een gebrek ontbreekt en dat bij *objectieve onbekendheid van de hulpverlener met het gebrek* een weging van factoren zal moeten plaatsvinden teneinde te beoordelen of toerekening onredelijk zou zijn. De hiervoor door mij genoemde factoren zijn de keuzevrijheid (bij wie ligt die vrijheid?), de rechtszekerheid (hoe wordt deze gediend?), de vergroting van de activiteiten door het gebruik van een zaak (wie zijn activiteiten kan vergroten, moet ook het risico dragen), de eenvoud van het verhaal van de risicodragers vanwege een verzekering of een contract met een leverancier of producent, de draagkracht van de schuldenaar en de omvang van de schade in relatie tot de contraprestatie van de schuldeiser en de deskundigheid van partijen.

Ook het hof oordeelde dat ‘daarvoor’ (voor toepassing van de uitzondering dus) nog andere feiten en omstandigheden aangedragen moeten worden. De feiten en omstandigheden die het hof, mede in onderlinge samenhang bezien, in zijn oordeel

betrok, betreffen de verzekeringsaspecten, de omvang en aard van de schade en de draagkracht van de gelaedeerde/schuldenaar, naast het feit dat de (oog)artsen zelf hadden gekozen voor de Miragelplombe en de patiënt daarin geen enkele zeggenschap had gehad, wel letselschade heeft opgelopen en zijn schade niet meer kan verhalen op de producent. De patiënt heeft voor zijn schade bovendien geen dekkende verzekering (behoudens een arbeidsongeschiktheidsverzekering) (r.o. 2.22).

Een mooi en duidelijk arrest, kortom, waarin het hof een standpunt inneemt en ook afstand lijkt te nemen van de visie dat uit de parlementaire geschiedenis – ‘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 te wijzen’²⁰ – moet worden afgeleid dat toerekening als uitgangspunt onredelijk is. Daarmee maakt het zelfs de weg vrij voor een oordeel van de Hoge Raad ...

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

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

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

Mr. dr. R.P. Wijne

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

19. Zie in vergelijkbare zin in België T. Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu 1997, p. 637 en T. Vansweevelt & F. Dewallens, Handboek gezondheidsrecht. Volume I. Zorgverleners: statuut en aansprakelijkheid, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 1490-1492. In België kent men zelfs een veiligheids-resultaatsverbintenis als het gaat om gebrekkige zaken.

20. Parl. Gesch. Boek 6, MvA II, p. 271-272.