

# De (on)redelijkheid van toerekening van een gebrekkige medische hulpzaak aan de arts of het ziekenhuis

## SAMENVATTING:

– De stand van zaken – Vaker niet dan wel ...

Een jaar geleden schreven wij voor het PIV-Bulletin al over de redelijkheid van toerekening van een gebrekkige medische hulpzaak aan de arts of het ziekenhuis op grond van art. 6:77 BW<sup>1</sup>. Aanleiding was toen het tussenarrest van Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 25 november 2014 waarin het hof in een voorshandse overweging had aangegeven dat toerekening van de gebrekkige PIP-implantaten aan het ziekenhuis redelijk kon worden geacht<sup>2</sup>. Dit was een bijzondere overweging omdat de heersende lijn in de rechtspraak op dit punt liet zien dat het veelal onredelijk werd geacht om de gebrekkigheid van een medische hulpzaak toe te rekenen aan de arts of het ziekenhuis<sup>3</sup>. In de vorige bijdrage gaven wij dan ook aan benieuwd te zijn of andere rechtbanken en hoven deze overweging van het hof zouden gaan volgen.

Inmiddels zijn er twee interessante vonnissen over deze vraag bijgekomen. Allereerst heeft Rechtbank Rotterdam zich hierover op 19 augustus 2015 uitgelaten in het kader van de zogenoemde Metaal-op-Metaal heupprothesen. Begin van dit jaar heeft de Rechtbank Amsterdam beoordeeld of het redelijk was om de gebrekkigheid van de PIP-implantaten aan de artsen en ziekenhuizen die deze implantaten hebben gebruikt toe te rekenen. Beide rechtbanken concluderen dat toerekening van de (eventuele) gebrekkigheid van de medische hulpzaak aan de arts of het ziekenhuis niet redelijk is. Wij zullen beide uitspraken eerst kort bespreken en vervolgens ingaan op de omstandigheden die een rol hebben gespeeld bij de beoordeling van de (on)redelijkheid van de toerekening.

### Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2015<sup>4</sup>

In deze zaak heeft een patiënt in 2004 zijn beide heupgewrichten laten vervangen door zogenaamde metaalop-metaal (MoM) heupprothesen. In 2007 ontstonden bij hem pijnklachten waarvoor geen oorzaak gevonden werd. In 2012 werd bekend dat door wrijving tussen de metalen onderdelen metaaldeeltjes in het weefsel rondom de heup en in het bloed terecht kunnen komen. Hierdoor kunnen ontstekingsachtige reacties rond de heup ontstaan. Dit was ook bij deze patiënt het geval. Begin 2013 heeft hij zijn linker heupprothese laten vervangen door een ander type prothese, waarna de klachten verdwenen. De patiënt heeft vervolgens de arts en het ziekenhuis aangesproken voor zijn schade, onder meer op grond van art. 7:453 en 6:77 BW. In het standpunt van de patiënt dat de arts in 2004 niet had mogen kiezen voor de MoM-prothesen omdat hij bekend was of behoorde te zijn met de daaraan verbonden risico's waardoor de arts niet heeft gehandeld als een goed hulpverlener ex art. 7:453 BW gaat de rechtbank niet mee nu de patiënt hiervoor onvoldoende heeft gesteld c.q. onvoldoende bewijs heeft geleverd. Bij de beoordeling van grondslag van art. 6:77 BW gaat de rechtbank – als (theoretische) veronderstelling – uit van een ongeschikte hulpzaak en komt op grond van de omstandigheden van het geval tot de conclusie dat het gebruik van de prothese de arts en het ziekenhuis niet kan worden toegerekend. De vorderingen van de patiënt worden afgewezen.

### Rechtbank Amsterdam 10 januari 2016<sup>5</sup>

Begin 2016 heeft de Rechtbank Amsterdam zich uitgelaten in een zeer omvangrijke zaak die eenentwintig zorgverzekeraars hadden aangespannen tegen zevenentwintig zorgaanbieders. Inzet van het geschil was vergoeding van de kosten die de zorgverzekeraars hebben gemaakt als gevolg van de inmiddels beruchte Poly Implant Prothese (PIP). Nadat in 2010 bekend werd dat de producent van deze prothesen had gefraudeerd door in plaats van voor het menselijk lichaam geschikte siliconengel een industriële gel te gebruiken, werden vrouwen bij wie de PIP implantaten waren gebruikt geadviseerd de implantaten te laten controleren en zo nodig te laten verwijderen. De zorgverzekeraars hebben collectief besloten de kosten van deze hersteloperaties volledig te vergoeden vanuit het basispakket van de zorgverzekering. De gemiddelde kosten van deze hersteloperaties bedragen € 3000. De zorgverzekeraars hebben zich op het standpunt gesteld dat de ziekenhuizen en zorgaanbieders waar de betreffende PIP-prothesen zijn gebruikt aansprakelijk zijn te achten voor de door de gebrekkige prothesen veroorzaakte schade. Zij beroepen zich daarbij op art. 6:77 BW. De rechtbank acht het echter niet redelijk de tekortkoming van de implantaten toe te rekenen aan de zorgaanbieders en wijst de vorderingen af.

### De omstandigheden

De voornaamste grondslag voor de vorderingen in beide zaken is art. 6:77 BW, de aansprakelijkheid voor gebrekkige hulpzaken. Dit artikel bepaalt dat wanneer bij de uitvoering van een verbintenis gebruik wordt gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, de tekortkoming die daardoor ontstaat aan de schuldenaar – het ziekenhuis of de arts – wordt toegerekend. Dat is slechts anders wanneer de toerekening niet redelijk zou zijn, gelet op de inhoud en de strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval. In de hierover gewezen rechtspraak is duidelijk te zien dat de (on)redelijkheid van de toerekening wordt beoordeeld aan de hand van bepaalde, steeds terugkerende, omstandigheden. Ook in de recente uitspraken van de rechtbanken Rotterdam en Amsterdam zien we deze omstandigheden terug. Groot verschil in vergelijking met eerdere rechtspraak is dat de verschillende omstandigheden door de Rechtbank Rotterdam en Rechtbank Amsterdam zeer uitgebreid worden besproken. Aan de hand van deze uitspraken kunnen we ook goed de balans opmaken in hoeverre het redelijk is een gebrekkige medische hulpzaak toe te rekenen aan de arts of het ziekenhuis. Hieronder zullen wij ingaan op de verschillende omstandigheden die aan de orde zijn gekomen in de recente uitspraken en die een rol spelen bij de beoordeling van de redelijkheid.

## De aard van de overeenkomst

Zowel de Rechtbank Rotterdam als de Rechtbank Amsterdam gaan uitgebreid in op de aard van de verbintenis, zijnde de geneeskundige behandelingsovereenkomst. De Rechtbank Rotterdam overweegt dat het bij de aard van een geneeskundige behandelingsovereenkomst past dat de patiënt op een aantal punten resultaat mag verwachten. Zo mag worden verwacht dat de prothese daadwerkelijk wordt geplaatst en dat de operatie volgens de regelen der kunst plaatsvindt. Wat betreft de kwaliteit en eigenschappen van een prothese echter, is de arts afhankelijk geweest van een producent. Het ligt daardoor niet voor de hand om een niet te onderkennen gebrek voor risico van de arts te laten komen. Om die reden kan niet van een resultaatsovereenkomst worden gesproken, aldus de rechtbank. De Rechtbank Amsterdam oordeelt vergelijkbaar. Zij stelt bij haar beoordeling voorop dat de verbintenissen die voortvloeien uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst in beginsel worden aangemerkt als inspanningsverbintenissen. Daarbij past het niet een bepaald resultaat te garanderen. Toch is het denkbaar dat op bepaalde aspecten op de hulpverlener een resultaatsovereenkomst rust. In het onderhavige geval kan niet worden aangenomen dat op de hulpverlener een (resultaats)verplichting rustte een niet-gebrekkig implantaat in te brengen. Gesteld noch gebleken is dat de hulpverleners er tegenover de patiënten voor instonden dat zij deugdelijke implantaten gebruikten. Bovendien, zo overweegt de rechtbank, konden de hulpverleners daarvoor ook niet instaan noch kon dat van hen worden verwacht.

Beide rechtbanken oordelen dat de geneeskundige behandelingsovereenkomst in beginsel een inspanningsverbintenis betreft, zij het dat de overeenkomst mogelijk elementen van een resultaatsovereenkomst bevat. Het plaatsen van een niet-gebrekkige prothese of implantaat is echter niet te kwalificeren als een resultaatsovereenkomst, maar als een inspanningsverbintenis.

## De keuze voor de gebruikte MoM-prothese en CE-Markering

De Rechtbank Rotterdam neemt bij haar beoordeling als uitgangspunt dat het (veronderstellenderwijs aangenomen) gebrek van de MoM-prothese een voor deskundige gebruikers – in 2004 – een redelijkerwijs niet te onderkennen gebrek betrof. Dit maakt dat de omstandigheid dat de arts voor dit type prothese heeft gekozen geen argument biedt vóór toerekening aan de arts. Voor de beoordeling of de arts of het ziekenhuis ten aanzien van de keuze voor een specifieke medische hulpzaak een verwijt te maken valt, acht de Rechtbank Rotterdam de kenbaarheid van het gebrek aldus van belang. Een vergelijkbare overweging is terug te vinden in de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. De Rechtbank Amsterdam gaat in haar beoordeling zelfs verder door te overwegen dat er geen (nadere) onderzoeksverplichting op de hulpverlener rust. Naar het oordeel van de rechtbank kan van een hulpverlener niet worden verwacht dat hij zelf onderzoek doet naar de samenstelling en de veiligheid van een hulpzaak, zoals een borstimplantaat, simpelweg omdat hij daartoe niet deskundig is. De hulpverlener moet kunnen vertrouwen op het oordeel van een orgaan dat wel deskundig is op dit gebied, in casu de instantie waar de implantaten werden aangemeld voor het CE-keurmerk (TÜV Rheinland). Achteraf is gebleken dat de op de markt gebrachte implantaten niet voldeden aan het CE-keurmerk. In hoger beroep bij de Franse rechter is geoordeeld dat TÜV Rheinland daarvoor niet aansprakelijk is, omdat zij de fraude niet had kunnen ontdekken. De rechtbank ziet niet in waarom de hulpverlener daar dan wel toe in staat zou zijn geweest. De keuze voor het implantaat met CE-keurmerk was dan ook op geen enkele wijze verwijtbaar. Ook het feit dat het om een hele serie gebrekkige hulpmiddelen gaat en niet slechts om één toevallig falend hulpmiddel, biedt geen argument vóór toerekening. Op dit punt wijkt de Rechtbank Amsterdam dus expliciet af van het oordeel van het Hof Den Bosch in het tussenarrest van 25 november 2014.

Ten aanzien van de CE-markering overwoog de Rechtbank Rotterdam dat de aanwezigheid van een dergelijk keurmerk van belang is. Zou een dergelijk keurmerk ontbreken, dan zou daarin een argument zijn gelegen vóór toerekening aan de arts.

Voor de beoordeling over de verwijtbaarheid van de gemaakte keuze voor een specifieke hulpzaak acht zowel de Rechtbank Amsterdam als de Rechtbank Rotterdam het feit dat de implantaten of prothesen waren voorzien van een CE-keurmerk aldus een relevante omstandigheid waarmee rekening wordt gehouden bij de beoordeling van de redelijkheid van de toerekening.

## Verhaalspositie

Voor de bespreking van de verhaalspositie is het relevant om de overweging van het Hof Den Bosch ten aanzien van de verhaalspositie van de patiënt in het tussenarrest van 25 november 2014 even in herinnering te roepen. Het hof overwoog dat het feit dat de producent van de PIP prothesen failliet was en daardoor geen verhaal meer bood een omstandigheid was die maakte dat het redelijk zou zijn de gebrekkigheid van de prothese toe te rekenen aan de zorgaanbieder.

De Rechtbank Amsterdam heeft evenals het Hof Den Bosch dit aspect moeten beoordelen in het kader van de gebrekkige PIP-implantaten. In beide zaken was bekend dat de producent van de implantaten failliet was en daardoor geen verhaal meer bood. Het hof zag daarin aanleiding om toerekening van de gebrekkige hulpzaak aan de zorgaanbieder toe te rekenen, omdat de patiënt anders met lege handen zou komen te staan. De Rechtbank Amsterdam ziet daarin geen argument. Zij wijkt expliciet af van het oordeel van het hof door te overwegen dat het faillissement van de producent buiten de risicosfeer van de zorgaanbieder ligt waardoor deze omstandigheid niet tot het oordeel kan leiden dat het redelijk zou zijn om de gebrekkigheid van de prothesen aan de zorgaanbieders toe te rekenen.

De Rechtbank Rotterdam lijkt gevoeliger voor de verhaalspositie van de patiënt. Omdat er echter geen sprake is van een faillissement van de producent van de MoM-prothesen, en deze producent voor de patiënt mogelijk verhaal biedt, ziet de rechtbank geen grond voor de gedachte dat het wenselijk is de schade op de arts of het ziekenhuis af te wentelen, omdat de patiënt anders met lege handen zou komen te staan.

## Verzekeringen en risicoverdeling

Naast de verhaalspositie wijden beide rechtbanken ook enkele overwegingen aan de mogelijke (aanwezigheid van) verzekeringen en de aard daarvan. Zo merkt de Rechtbank Rotterdam op dat het feit dat de arts via het ziekenhuis verzekerd is en dus niet zelf zorg hoeft te dragen voor vergoeding van de schade, een argument zou kunnen zijn om toerekening niet onredelijk te achten. De rechtbank nuanceert deze overweging vervolgens door te bepalen dat er echter geen algemene regel bestaat dat afwenteling op de verzekerde partij dient plaats te vinden.

De Rechtbank Amsterdam gaat nog iets dieper op het aspect van de verzekeringen in. Zij beoordeelt de risicoverdeling tussen de verzekeraars onderling. Gezien de aard van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de hulpverleners enerzijds en de aard van de zorgverzekering van de patiënten anderzijds, ligt het naar het oordeel van de rechtbank meer in de rede om de schade voor rekening van de zorgverzekeraars te laten komen. Zorgverzekeringen bieden dekking voor gezondheidsrisico's van de verzekerde patiënten, daardoor kunnen de verzekeraars anticiperen op kosten. Een aansprakelijkheidsverzekeraar dekt schade die het gevolg

is van een 'fout' van de verzekerde. Nu er geen sprake is van verwijtbaar handelen aan de zijde van de hulpverleners, ligt dekking onder de aansprakelijkheidsverzekeraar niet voor de hand. Op een dergelijk vergaande risicoaansprakelijkheid kan de aansprakelijkheidsverzekeraar immers niet anticiperen.

In het verlengde van de risicoverdeling overweegt de Rechtbank Amsterdam voorts expliciet dat een zuivere risicoaansprakelijkheid op grond van art. 6:77 BW niet binnen het wettelijk systeem past. De rechtbank trekt een parallel met de productaansprakelijkheid voor producenten. Ook voor producenten geldt namelijk een uitzondering. De rechtbank meent dat het niet zou stroken met het systeem van de wet dat een zorgaanbieder wél zonder meer aansprakelijk zou zijn en dat deze aansprakelijkheid dus verder zou reiken de aansprakelijkheid van de producent.

De Rechtbank Amsterdam sluit af met een meer algemene overweging. Zij merkt op dat een ongeclausuleerde risicoaansprakelijkheid voor de zorgaanbieders tot gevolg zou kunnen hebben dat zorgaanbieders terughoudender zullen worden bij de toepassing van nieuwe genees- en hulpmiddelen. Innovatie op het terrein van de medische wetenschap en de toepassing van medische hulpmiddelen zou hierdoor onwenselijk worden geremd.

## Conclusie

Het aantal gepubliceerde uitspraken over de redelijkheid van toerekening van een gebrekkige medische hulpzaak aan de arts of ziekenhuis is met de twee recente uitspraken weer wat uitgebreid. Als we de balans opmaken, kan worden geconcludeerd dat toerekening aan de arts of het ziekenhuis vaker niet dan wel redelijk wordt geacht. Daarmee is de ingezette lijn in de rechtspraak, na het afwijkende tussenarrest van Hof Den Bosch van 25 november 2014, weer heersend te noemen.

1. PIV-Bulletin 2015, 2, 'De (on)redelijkheid van het toerekenen van de gebrekkigheid van een medische hulpzaak aan de arts of het ziekenhuis ex art. 6:77 BW.'
2. Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4926.
3. O.a. Rb. Arnhem 28 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606; Rb. 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, Letsel & Schade 2011, nr. 3; Rb. Zeeland-West-Brabant 15 januari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:3600; en Hof Den Haag 18 september 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX8413.
4. ECLI:NL:RBROT:2015:6179.
5. ECLI:NL:RBAMS:2016:212.

## VAKNIEUWS

1 april 2016

Mevrouw mr. M.S.E. van Beurden en mevrouw mr. L. Hofman – Van Benthem & Keulen Advocaten

Bron: PIV-bulletin

folder Overige med. aansprakelijkh.,