

## **52 Reactie op conclusie PG Radboudumc 19-03-2020**

**Ingediend via 'Mijn zaak Hoge Raad'**  
Hoge Raad der Nederlanden  
T.a.v. de Voorzitter van de Burgerlijke Kamer  
Postbus 20303  
2500 EH DEN HAAG

B.T.M. van der Wiel & N.T. Dempsey  
Advocaten  
T +31 (0)20 605 6111/6592  
F +31 (0)20 605 6722  
E [b.van.der.wiel@houthoff.com](mailto:b.van.der.wiel@houthoff.com)  
[n.dempsey@houthoff.com](mailto:n.dempsey@houthoff.com)  
Postbus 75505 1070 AM Amsterdam  
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

Amsterdam, 19 maart 2020  
Inzake: **conclusie P-G in de zaak Radboudumc / Sassen**  
Onze ref: 570001456/24089142.2  
Uw ref: zaaknummer 19/00962

Edelhoogachtbare heer,

Onder verwijzing naar artikel 44 lid 3 Rv vragen wij namens eiseres tot cassatie ("**Radboudumc**") de aandacht van uw Raad voor onderstaande reactie op de op 21 februari 2020 door advocaat-generaal mr. M.H. Wissink in bovengenoemde zaak genomen conclusie (de "**CPG**").

1. Radboudumc heeft met belangstelling kennisgenomen van de CPG en heeft veel waardering voor de diepgravende aanpak die daaraan ten grondslag ligt. Radboudumc kan zich vinden in de slotsom dat het principaal cassatieberoep tot vernietiging leidt en dat de klachten van onderdelen I t/m II.5 van het incidenteel cassatieberoep dienen te worden verworpen. Wel hecht Radboudumc eraan enkele kanttekeningen te maken bij de (algemene) analyse in de CPG over de toepassing van artikel 6:77 BW bij medische hulpzaken.
2. CPG § 9.1 stelt voorop dat artikel 6:77 BW twee verbanden veronderstelt: enerzijds tussen de verbintenis en de ongeschiktheid van de hulpzaak en anderzijds tussen de tekortkoming en de ongeschiktheid van de hulpzaak. Ten aanzien van het tweede verband worden vervolgens twee opvattingen gepresenteerd. De eerste opvatting is dat het gebruik van een ongeschikte hulpzaak een tekortkoming oplevert in de nakoming van een (impliciete) resultaatsverbintenis om geen ongeschikte hulpzaken te gebruiken (CPG § 9.15). De tweede opvatting is dat de vraag of het gebruik van een ongeschikte hulpzaak een tekortkoming oplevert, moet worden beantwoord aan de hand van de overeenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit (CPG § 9.16).<sup>1</sup> In CPG § 9.19 wordt vervolgens gesteld

---

<sup>1</sup> Door Radboudumc is de tweede opvatting verdedigd. Zie middelonderdeel 1 en ST-R § 2.1.

dat indien van de eerste opvatting uit wordt gegaan, geen beoordeling nodig zou zijn van de vraag welke verbintenissen ter zake het gebruik van de hulpzaak uit de overeenkomst voortvloeien en dat de ongeschiktheid van de hulpzaak los van de aard van de overeenkomst dient te worden beoordeeld. Dit zou er in de visie van de CPG dan toe leiden dat indien artikel 6:77 BW overeenkomstig de eerste opvatting zou worden toegepast, ongeschiktheid uitsluitend aan de hand van objectieve aanknopingspunten moet worden beoordeeld en geen ruimte zou zijn voor een beoordeling van (on)geschiktheid mede aan de hand van subjectieve aanknopingspunten.

3. Radboudumc meent dat ook indien artikel 6:77 BW in zou houden dat het gebruik van een ongeschikte hulpzaak per definitie leidt tot de conclusie dat sprake is van een tekortkoming, dan nog altijd de vraag of sprake is van een ongeschikte hulpzaak niet kan worden beantwoord zonder acht te slaan op de verbintenis ter uitvoering waarvan de (medische) hulpzaak is gebruikt. In CPG voetnoot 168 wordt dan ook terecht onderkend dat pogingen van de inhoud van de verbintenis te abstraheren, tot een cirkelredenering leiden. Zoals Radboudumc in middelonderdeel 2 naar voren brengt, is een hulpzaak alleen dan ongeschikt indien deze niet voldoet aan de eisen die daaraan 1) toentertijd en 2) in de gegeven omstandigheden 3) met het oog op de uitvoering van de verbintenis gesteld mochten worden, waarbij het (mede) aankomt op de stand van de wetenschap en techniek ten tijde van de uitvoering van de verbintenis.<sup>2</sup> Dit leidt er (mede) toe dat – zoals ook in CPG § 9.5 t/m 9.10 uiteen is gezet – een 'gebrekkige' zaak niet per definitie als 'ongeschikte' hulpzaak kan worden gekwalificeerd (en vice versa).
4. Kort en goed: kennis is relevant voor hetgeen de verbintenis vergt, en daarmee ook voor de geschiktheidsvraag. De in CPG § 9.11.3 opgeworpen vraag of bepaalde kennis over de zaak ten tijde van het gebruik relevant is voor de beoordeling of sprake is van een (on)geschikte hulpzaak, moet – ook indien wordt uitgegaan van de opvatting dat het gebruik van een ongeschikte hulpzaak per definitie een tekortkoming oplevert – bevestigend worden beantwoord.
5. Met betrekking tot de bespreking in CPG § 10.4.1 e.v. van argumenten die zouden (kunnen) pleiten voor aansprakelijkheid van hulpverleners voor (ongeschikte) medische hulpzaken zou Radboudumc twee opmerkingen willen maken.
  - a. CPG § 10.4.1 (onbekendheid): omdat de vraag of een hulpzaak ongeschikt is niet kan worden beantwoord zonder acht te slaan op de verbintenis waartoe die hulpzaak wordt gebruikt en gebrekkigheid niet gelijk kan worden gesteld aan ongeschiktheid, dient objectieve bekendheid van een eventueel gebrek aan een hulpzaak ten tijde van het gebruik in beginsel tot de conclusie te leiden dat geen

---

<sup>2</sup> Zie ook ST-R § 2.2.

sprake was van ongeschiktheid. Dit wordt in het bijzonder geïllustreerd door de casus die aan deze procedure ten grondslag ligt waarbij de gebruikte hulpzaak ten tijde van het gebruik 'state of the art' was, het later gebleken risico van complicaties destijds niet bekend was en van de alternatief beschikbare hulpzaken bekend was dat daaraan ook het risico van – niet minder ernstige – complicaties was verbonden.<sup>3</sup>

- b. CPG § 10.5 (profijt): de CPG onderkent weliswaar dat de geneeskundige behandelingsovereenkomst minder dan veel andere wederzijdse overeenkomsten primair gericht is op "*een economisch wederzijds voordelige uitwisseling van prestaties*", maar schenkt geen aandacht aan het feit dat (juist) de patiënt (ook/meer) profijt heeft van het gebruik van een medische hulpzaak. Wederom illustreren de feiten van deze procedure dit: indien in 1992 niet operatief was ingegrepen met behulp van een plombe was Sassen op dat moment blind aan een oog geworden.<sup>4</sup>
- 6. Zoals de CPG duidelijk maakt, hebben de nationale en supranationale wetgever ervoor gekozen de aansprakelijkheid voor productfalen in sterke mate te kanaliseren naar de producent. Dit is niet zonder goede grond: de productverantwoordelijkheid ligt nu eenmaal primair bij de producent. Bij medische hulpzaken is dat niet anders. Als de medicus niet is tekortgeschoten, omdat hij *lege artis* heeft gehandeld, is het niet juist, en in het licht van de aansprakelijkheid van de producent, ook niet nodig om het tekortkomingsbegrip buiten zijn grenzen op te rekken via de u-bocht van artikel 6:77 BW, dat immers niet over tekortkoming maar over toerekening gaat.

Bij voorbaat dank voor de aan het voorafgaande te besteden aandacht.

Hoogachtend,  
Mede namens Naomi Dempsey,

  
Bart van der Wiel

---

<sup>3</sup> Zie middelonderdeel 1.2.

<sup>4</sup> Zie middelonderdeel 1.2.a en de in voetnoot 5 vermelde vindplaatsen.