

In opdracht van het Bravis ziekenhuis

Regres of geen regres?

Een praktijkgericht juridisch onderzoek inzake de regresmogelijkheden van Bravis bij het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen



Juridische Hogeschool Avans-Fontys

Student L.L.R. (Luc) Jacobsz
Tilburg, januari 2018

Regres of geen regres?

Een praktijkgericht juridisch onderzoek inzake de regresmogelijkheden van Bravis bij het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen

Auteur:
Studentnummer:
Bron afbeelding omslag:

L.L.R. Jacobsz
2068713
www.gm.nl

Afstudeerorganisatie:
Afstudeermentor:

Bravis ziekenhuis
mr. F. (Fleur) Klaassen
mr. P. (Petra) Verdult

Afstudeerperiode:

4 september 2017 tot en met 8 december 2017

Onderwijsinstelling:
Locatie:
Eerste afstudeerdocent:
Tweede afstudeerdocent:

Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Tilburg
mr. M. (Merel) Weitering
mr. M. (Maud) Aerts

Verschijning:

Tilburg, 8 januari 2018

Voorwoord

Na vijf maanden hard werken toon ik nu met trots het resultaat van mijn onderzoek. Ik heb mezelf in het diepe gestort en ik bevond mezelf op sommige momenten op onbekend terrein. Ik vond het een spannende en tegelijk heel leuke en leervolle ervaring. Ik ben door de ins en outs van het contractenrecht heengegaan. Heb de mogelijkheden tot regres onderzocht. Gebieden waar ik gedurende mijn studie niet altijd even veel les in heb gehad. Het zijn elementen waarin ik in mijn toekomst als jurist nog veel aan zal hebben. Dit onderzoek heeft mij nog meer doen beseffen dat mijn hart als jurist ligt bij het verbintenissenrecht. Ik vond het opvallend op te leren dat gelijkwaardige partijen hun aansprakelijkheid bijna oneindig kunnen uitsluiten. Daarom verrast de uitslag van mijn onderzoek mij ook enigszins.

Het is een bewogen halfjaar geweest waarin ik mezelf, mijn sterke en zwakke punten, beter heb leren kennen. Ik heb gedurende mijn onderzoek soms moeite gehad met het vinden en toepassen van de juiste wetten, regels en jurisprudentie. Mede dankzij de fantastische hulp van mijn begeleiders binnen Bravis, Fleur Klaassen en Petra Verdult, heeft het onderzoek uiteindelijk tot een mooi en bruikbaar resultaat geleid. De deur stond altijd open wanneer ik vragen had of wanneer ik vast liep. Ik wil hen daarom langs deze weg bedanken voor de hulp die zij mij gegeven hebben. Daarnaast wil ik mijn afstudeerdocent mevrouw Merel Weitering bedanken voor de scherpe en goede feedback. Tot slot wil ik mijn ouders, vriendin en vrienden bedanken voor hun steun gedurende mijn afstudeerperiode.

Luc Jacobsz

Tilburg, januari 2018

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 Inleiding	8
1.1 Afstudeerorganisatie	8
1.2 Aanleiding	8
1.3 Probleembeschrijving	8
1.4 Doelstelling	9
1.5 Centrale vraag	9
1.6 Deelvragen	10
1.7 Bronnen & methoden	10
1.8 Verantwoording	11
1.9 Leeswijzer	12
 Hoofdstuk 2 Het Convenant & medische hulpmiddelen	13
2.1 Het Convenant	13
2.2 Handhaving Convenant	13
2.2.1 Handhavingsbevoegdheden	14
2.3 Medische hulpmiddelen	14
2.3.1 Gebruik van niet originele onderdelen	15
2.4 Tussenconclusie	15
 Hoofdstuk 3 Contracteren	16
3.1 Gelijkwaardige en ongelijkwaardige partijen	16
3.2 Verhouding zorgaanbieder-patiënt	16
3.2.1. Aansprakelijkheid	17
3.2.2. Medische aansprakelijkheid	17
3.2.3. Centrale aansprakelijkheid	18
3.2.4. Exoneratieverbod voor ziekenhuizen	18
3.2.5 Reikwijdte medische aansprakelijkheid bij hulpzaken	19
3.3 Verhouding gelijkwaardige (commerciële) contractpartijen	20
3.3.1. Contractvrijheid partijen	20
3.4 Algemene voorwaarden	20
3.4.1. Vernietigbaarheid, redelijkheid en billijkheid	21
3.4.2 Welke voorwaarden zijn van toepassing	22
3.4.3 Reflexwerking	23
3.4.4 Zuiver taalkundige betekenis en bedoeling van partijen	23
3.5 Garantie	24

3.5.1. Wettelijke garantiebepaling	24
3.5.2 Jurisprudentie verval garantie	25
3.6 Aansprakelijkheid	25
3.6.1 Exoneratie	26
3.7 Verhouding garantie en exoneratie	27
3.8 Tussenconclusie	28
Hoofdstuk 4 Schadevergoeding & regres.....	29
4.1 (Niet)nakoming van een verbintenis	29
4.2 Wanprestatie	29
4.2.1 Tekortkoming in de nakoming	30
4.2.2 Boetebeding	31
4.3 Wettelijke schadevergoedingsplicht	31
4.3.1 Vergoedbare schade	31
4.3.2 Causaal verband	32
4.4 Schuld.....	32
4.4.1 Eigen schuld	32
4.4.2 Billijkheidscorrectie	32
4.4.3 Medeschuld	33
4.5 Regres	33
4.6 Onrechtmatige daad	34
4.7 Tussenconclusie	34
Hoofdstuk 5 De Bravis casus en huidige praktijk	36
5.1. Aansprakelijkheid Bravis	36
5.1.1 Gebruik ander merk batterij	36
5.2 Hoofdelijke aansprakelijkheid GrafiMedics	37
5.2.1 Medeschuld van GrafiMedics	37
5.2.2 Regresmogelijkheid op GrafiMedics	38
5.3 Hoofdelijke aansprakelijkheid Philips	38
5.4 De mogelijkheden tot regres uit overeenkomsten.....	39
5.4.1 Huidige situatie aanbod en aanvaarding Bravis	41
5.5 Gebruik niet originele onderdelen	41
5.6 Garantie	42
5.6.1 Garantiebepaling Philips.....	42
5.6.2 Garantiebepalingen GrafiMedics	43

5.7 Exoneratie.....	44
5.7.1 Exoneratieclausules: redelijkheid en billijkheid	44
5.8 Exoneratie vs. regres	45
5.8.1 Opzet en bewuste roekeloosheid.....	45
5.9 Aansprakelijkheidsverzekering Bravis	45
5.10 Tussenconclusie	46
 Hoofdstuk 6 Conclusie & aanbevelingen.....	48
6.1 Conclusies	48
6.2 Aanbevelingen	50
 Literatuurlijst	52
Jurisprudentielijst	53

Samenvatting

Bravis is met het oog op betere en efficiëntere zorg op zoek naar mogelijkheden om gebruik te maken van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen. De casus die in dit onderzoek centraal staat is het gebruik van een ander merk batterijen bij Philips defibrillators. De batterijen van de defibrillators moeten op basis van de gebruiksaanwijzingen na verloop van twee jaar vervangen worden. Philips is tijdelijk gestopt met de productie van de bij de defibrillator horende batterijen waardoor Bravis zich genoodzaakt ziet over te stappen op een ander merk batterijen. Bravis koopt de defibrillators bij GrafiMedics, een bedrijf dat gespecialiseerd is in de verkoop van medische hulpmiddelen. Door gebruik van een ander merk batterij bij een Philips defibrillator ontstaat er schade bij de patiënt. Na onderzoek blijkt dat de defibrillator niet naar behoren heeft gefunctioneerd. Bravis erkent en vergoedt de schade aan de patiënt. Vervolgens wil Bravis de schade die zij heeft vergoed in de regressfeer verhalen op GrafiMedics en/of Philips.

Uit onderzoek blijkt dat op basis van het Convenant Medische Technologieën het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen is toegestaan mits de niet originele onderdelen zijn voorzien van een CE-markering en wanneer door middel van een risicoanalyse vast is komen te staan dat de veiligheid en prestatie van het medische hulpmiddel niet nadelig wordt beïnvloed.

Voor een succesvol beroep op regres moet er sprake zijn van hoofdelijke aansprakelijkheid aan de zijde van GrafiMedics en/of Philips. Van hoofdelijke aansprakelijkheid richting de patiënt is sprake op het moment dat GrafiMedics en/of Philips medeschuldig is aan de door de patiënt geleden schade. Uit onderzoek blijkt dat zowel GrafiMedics als Bravis medeschuldig zijn aan de door de patiënt geleden schade. GrafiMedics heeft zich door middel van een koopovereenkomst verplicht tot het leveren van een deugdelijke defibrillator. GrafiMedics is hierin tekort geschoten waardoor er bij de patiënt schade is ontstaan. Bravis en Philips hebben geen contractuele verhouding. Daarom is de mogelijkheid tot onrechtmatige daad van Philips onderzocht. Door het produceren van een gebrekkige defibrillator pleegt Philips een onrechtmatige daad die schade veroorzaakt waardoor Philips tevens medeschuldig is aan de door de patiënt geleden schade. Dit maakt zowel GrafiMedics als Philips hoofdelijk aansprakelijk voor de door de patiënt geleden schade. Op basis van de vigerende wet- en regelgeving heeft Bravis een regresmogelijkheid op zowel GrafiMedics als op Philips.

Verder blijkt uit onderzoek dat de contractuele relatie tussen Bravis en GrafiMedics is aan te merken als gelijkwaardig. Zij zijn hierbij vrij om afspraken te maken over het gebruik van niet originele onderdelen, garanties en exonerationen. Bravis en GrafiMedics hebben geen uitonderhandelde koopovereenkomst. Omdat GrafiMedics geen gebruik maakt van een afweerclausule in haar bestelling, zijn de algemene voorwaarden van GrafiMedics van toepassing. In de algemene voorwaarden van GrafiMedics wordt al haar aansprakelijkheid, behalve de schade die is ontstaan door opzet of bewuste roekeloosheid, uitgesloten. De bepalingen kunnen niet worden beperkt of uitgesloten door de beginselen van redelijkheid en billijkheid. Door de exonerationeclausules verliest Bravis zijn regresmogelijkheid op GrafiMedics, wat een regresmogelijkheid op Philips over laat.

Het is daarom gewenst dat Bravis in het vervolg uitsluitend gebruik maakt van CE-gemarkeerde onderdelen waarvan door middel van een risicoanalyse is komen vast te staan dat de veiligheid en prestatie van het medische hulpmiddel niet nadelig worden beïnvloed. Verder is het voor Bravis van belang dat het zich bewust is van de onderhandelingspositie. Hierbij is het gewenst om in het vervolg gebruik te maken van een checklist bij de beoordeling van contracten en de bedrijfsjuristen hierbij actief te betrekken. Tot slot is het gewenst om standaard een afweerclausule op te nemen in de aanvaarding van offertes. Op die manier handelt Bravis vrijwel altijd op basis van eigen algemene voorwaarden.

Lijst van afkortingen

Art.	Artikel
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BW	Burgerlijk Wetboek
HR	Hoge Raad
Hof	Gerechtshof
IGJ	Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd
Jo.	Juncto
NVZ	Nederlandse Vereniging Ziekenhuizen
NFU	Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra
Rb.	Rechtbank
WGBO	Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst
Wkkgz	Wet kwaliteit, klacht en geschillen zorg
Wmh	Wet medische hulpmiddelen
ZKN	Zelfstandige Klinieken Nederland

Hoofdstuk 1 Inleiding

1.1 Afstudeerorganisatie

Het onderzoek wordt uitgevoerd in opdracht van Bravis ziekenhuis (hierna: Bravis). Bravis is op 1 januari 2015 ontstaan en bestaat uit een juridische en organisatorische fusie van het Franciscus Ziekenhuis in Roosendaal en het Lievensberg ziekenhuis in Bergen op Zoom. Bravis houdt zich dagelijks bezig met de medische hulpverlening aan patiënten. Het zorggebied van Bravis bestaat uit het westelijke deel van Noord-Brabant met inbegrip van de gemeente Tholen, een deel van de gemeente Reimerswaal tot Breda en van Essen België tot Moerdijk.¹ Het afstudeeronderzoek wordt begeleid door de juristen van de afdeling juridische zaken van Bravis.

1.2 Aanleiding

Naar aanleiding van een overleg met Fleur Klaassen en Petra Verdult, beiden werkzaam als jurist binnen Bravis, bleek er juridische onduidelijkheid over de aansprakelijkheid bij het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen. Met het oog op betere of efficiëntere zorg en omdat er in sommige gevallen geen originele onderdelen voorhanden/beschikbaar zijn, onderzoekt Bravis de mogelijkheden om vaker gebruik te maken van niet originele onderdelen. Martijn Franken, klinisch fysicus, is gespecialiseerd in het gebruik van medische hulpmiddelen. Uit een gesprek met hem kwam een actueel onderwerp aan het licht, namelijk: de mogelijkheid van het gebruik van niet originele batterijen bij Philips defibrillators. Uitlatingen van Philips zorgen voor onduidelijkheid over de juridische gevolgen bij het gebruik van niet originele batterijen, zeker wanneer een patiënt Bravis aansprakelijk zou stellen voor schade die de patiënt heeft geleden. Het is voor Bravis belangrijk dat zij algemene interne richtlijnen kan opstellen voor het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen.

1.3 Probleembeschrijving

Een actueel onderwerp bij Bravis is het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen. Bravis gebruikt defibrillators van het merk Philips. Een defibrillator is een medisch hulpmiddel waarmee door het toedienen van een elektrische schok het hart weer in een normaal ritme kan worden gebracht. De batterij van de defibrillators moeten, conform de gebruiksaanwijzingen van Philips, om de twee jaar worden vervangen en gebruik van batterijen van een ander merk dan dat van Philips wordt, zo lijkt het, uitgesloten.

Bravis heeft meerdere defibrillators van Philips waarvan de houdbaarheidstermijn van de batterijen van twee jaar inmiddels is verstreken. Nu blijkt dat Philips tijdelijk niet de desbetreffende batterijen produceert en levert. De productie van de betreffende defibrillators is gestopt en daarmee ook de productie van de batterijen. De batterijen zullen uiteindelijk weer geproduceerd en leverbaar worden, maar dit komt voor Bravis te laat. Bravis is daarom op zoek naar alternatieven voor de Philips batterij. Hierbij wordt gedacht aan batterijen van een andere leverancier. Een andere optie is het langer gebruiken van de Philips batterij, ondanks het verlopen van de houdbaarheidstermijn. Philips raadt deze alternatieven af.

Door gebruik te maken van niet originele onderdelen loopt Bravis de nodige risico's. Sinds 2016 geldt het convenant Veilige Toepassing van Medische Technologieën (hierna: het Convenant) als sectorspecifieke veldnorm. Het Convenant is onderdeel van de professionele zorgstandaard zorgverlening. Het Convenant ziet toe op medische technologieën, waaronder ook medische hulpmiddelen, en is mede vastgesteld door de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen. Het convenant stelt het kader waar ziekenhuizen op het gebied van medische technologieën aan moeten voldoen. Het Convenant is voornamelijk gebaseerd op de nieuwe Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) en de Wet medische hulpmiddelen

¹ 'Over Bravis', *Bravis*, www.bravisziekenhuis.nl (zoek op *Over bravis*).

(Wmh). Deze wetten zien toe op de kwaliteit van de zorg en stellen regels met betrekking tot het gebruik van medische hulpmiddelen. De Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) is hierbij bevoegd om handhavend op te treden.

Buiten de vraag of het is toegestaan om niet originele onderdelen te gebruiken, is de belangrijkste vraag voor Bravis waar de aansprakelijkheid ligt als bij de patiënt schade optreedt, zeker in het geval er schade optreedt bij het gebruik van niet originele batterijen bij Philips defibrillators. Meer specifiek, een patiënt lijdt bij gebruik van de defibrillator schade en uit onderzoek blijkt dat de defibrillator niet, of niet naar behoren, heeft gewerkt. Indien de patiënt het ziekenhuis voor de door hem opgelopen schade aansprakelijk stelt, kan dan een beroep gedaan worden op productaansprakelijkheid en eventuele garanties, en kan de verkoper zich beroepen eventuele exoneratieclausules?

Bravis koopt de defibrillators bij GrafiMedics. GrafiMedics is gespecialiseerd in de verkoop van medische producten, diensten en oplossingen.² Om tot een volledig praktijkgericht juridisch onderzoek te komen moeten de koopovereenkomst tussen GrafiMedics en Bravis en de bijbehorende algemene voorwaarden van de defibrillators bestudeerd worden en worden getoetst aan de vigerende wet- en regelgeving. Philips stelt immers dat er geen andere batterijen gebruikt mogen worden en dat langer gebruik ook geen optie is. Bravis zoekt naar een oplossing voor het gebruik van de defibrillators na afloop van de houdbaarheidsdatum van de Philips batterijen en vraagt zich met het oog op de stelling van Philips dat geen andere batterijen gebruikt mogen worden af wat het gebruik van batterijen van een andere producent betekent voor de aansprakelijkheid van Bravis. Omdat het een praktijkgericht juridisch onderzoek is, richt het onderzoek zich vooral op de regresmogelijkheden van Bravis op GrafiMedics. Hierbij kan immers het ten grondslag liggende contract onderzocht worden. Tevens moet de mogelijkheid tot regres van Philips onderzocht worden.

Dit onderzoek is gericht op de mogelijkheden van Bravis tot regres op GrafiMedics en/of Philips in geval een patiënt het ziekenhuis aansprakelijk stelt voor door hem geleden schade als gevolg van het gebruik van de Philips defibrillator die voorzien is van batterijen van een ander merk dan van Philips. Hierbij moet uiteindelijk antwoord kunnen worden gegeven op de centrale vraag die als volgt is geformuleerd:

Wat zijn de mogelijkheden van Bravis tot regres op GrafiMedics en/of Philips wanneer zij door een patiënt aansprakelijk wordt gesteld voor de schade die de patiënt heeft geleden als gevolg van het gebruik van een batterij van een ander merk dan Philips bij Philips defibrillators op grond van vigerende wet- en regelgeving, jurisprudentie, de tussen partijen gesloten koopovereenkomst en de van toepassing zijnde voorwaarden?

Het onderzoek zal afsluiten met een conclusie en de nodige aanbevelingen.

1.4 Doelstelling

Op 9 januari 2018 wordt er een onderzoeksrapport opgeleverd waarin voor Bravis aanbevelingen staan over de mogelijkheden tot regres in het geval dat Bravis aansprakelijk wordt gesteld voor de schade die een patiënt heeft geleden door het gebruik van een ander merk batterij bij een Philips defibrillator, zodat Bravis aan de hand van deze aanbevelingen richtlijnen kan opstellen, ten behoeve van het contracteerproces, om de juridische aansprakelijkheid bij gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen in het algemeen zo veel mogelijk te beperken.

1.5 Centrale vraag

De centrale vraag die aan dit onderzoeksrapport ten grondslag ligt luidt als volgt:

² 'Over ons', GrafiMedics, www.gm.nl (zoek op *Over ons*).

Wat zijn de mogelijkheden van Bravis tot regres op GrafiMedics en/of Philips wanneer zij door een patiënt aansprakelijk wordt gesteld voor de schade die de patiënt heeft geleden als gevolg van het gebruik van een batterij van een ander merk dan Philips bij Philips defibrillators op grond van vigerende wet- en regelgeving, jurisprudentie, de tussen partijen gesloten koopovereenkomst en de van toepassing zijnde voorwaarden?

1.6 Deelvragen

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden, moeten eerst de volgende deelvragen beantwoord worden:

1. Wat stelt het Convenant Medische technologieën over het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen?
2. Wat stellen de wet, regelgeving en jurisprudentie met betrekking tot productaansprakelijkheid bij het gebruik van niet originele onderdelen?
3. Wat zijn de mogelijkheden voor regres?
4. Wat zijn GrafiMedics en Bravis contractueel overeengekomen met betrekking tot het gebruik van niet originele batterijen en wat betekent dit voor de eventuele aansprakelijkheid van Bravis in geval het gebruik van de defibrillator met niet originele batterijen schade veroorzaakt bij de patiënt?

1.7 Bronnen & methoden

Hierin volgt een overzicht per deelvraag waarin wordt aangegeven welke bron er zal worden geraadpleegd en welke methode er zal worden gebruikt om de bron te ontsluiten.

Deelvraag 1

Bij het beantwoorden van de eerste deelvraag is gebruik gemaakt van een rechtsbronnenonderzoek. Hierbij is gekeken naar de toelaatbaarheid van het gebruik van niet originele onderdelen. Het juridisch kader is hier helder beschreven door gebruik te maken van een elektronische bron in de vorm van de website van de IGJ: www.igj.nl. Op de website van de IGJ is tevens het Convenant Veilige toepassing medische technologieën te vinden. Het Convenant geldt als sectorspecifieke veldnorm en is onderdeel van de professionele zorgstandaard zorgverlening. Het is mede vastgesteld door de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen. Aan de hand van het Convenant kan door de IGJ handhavend worden opgetreden. Dit maakt het een betrouwbare en efficiënte bron.

Tot slot zijn er verschillende wetten bestudeerd, waaronder de Wet kwaliteit, klacht en geschillen zorg en de Wet medische hulpmiddelen.

Deelvraag 2

De tweede deelvraag leidt tot onderzoek naar de wet- en regelgeving met betrekking tot productaansprakelijkheid. Er wordt beschreven wat de rechtsverhouding tussen contractpartijen is, hoe het recht op garantie werkt en welke bijzondere bepalingen de wet kent, wat de verhouding tussen garantie en exonatie is en wat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid inhoudt. Hierbij is er gebruik gemaakt van inhoudsanalyse van wet- en regelgeving. Burgerlijk wetboek 6 en 7 staan hierbij centraal. Zij zien toe op privaatrechtelijke overeenkomsten. Verder is er gebruik gemaakt van Kluwer Navigator. Op Kluwer Navigator is de Tekst & Commentaar van Burgerlijk Wetboek 6 en 7 bestudeerd. De volgende boeken zijn bestudeerd door middel van een literatuuronderzoek:

- 'Algemene voorwaarden' van prof. mr. B. Wessels en mr. R.H.C. Jongeneel;
- 'Contracten in de praktijk' van mr. dr. M. Ruygvoorn;
- 'Medische aansprakelijkheid' van prof. mr. T. Hartlief e.a.; en,
- 'Zwaartepunten van het vermogensrecht' van prof. mr. W.H.M. Reehuis.

Tot slot is er jurisprudentie geraadpleegd voor vergelijkbare zaken die in het verleden hebben gespeeld met betrekking tot commerciële garantie en productaansprakelijkheid en welke rechtsregels hieruit voortvloeien. De jurisprudentie is geraadpleegd door middel van een elektronische bron in de vorm van de website: www.rechtspraak.nl. De jurisprudentie is ontsloten door een inhoudsanalyse.

Deelvraag 3

Deelvraag drie beschrijft de mogelijkheden tot regres. De regresmogelijkheid wordt beschreven aan de hand van inhoudsanalyse van de vingerende wet- en regelgeving. Burgerlijk wetboek 6 is hierbij de voornaamste bron. Hierbij is het belangrijk om in beeld te krijgen welke voorwaarden er worden gesteld aan de regresmogelijkheid en hoe het regresrecht in zijn werk gaat. De restricties van eigen schuld en medeschuld worden beschreven. Verder wordt er aandacht besteed aan de mogelijkheid tot regres na een onrechtmatige daad. Bij de beantwoording van de derde deelvraag is gebruik gemaakt van het volgende boek:

- 'Zwaartepunten van het vermogensrecht' van prof. mr. W.H.M. Reehuis.

Eveneens als deelvraag twee is er bij de beantwoording van deelvraag drie ook gebruik gemaakt van jurisprudentie en Tekst & Commentaar van Burgerlijk Wetboek 6.

Deelvraag 4

De vierde deelvraag richt zich op het praktische deel van het onderzoek. Hierbij is er gebruik gemaakt van casestudy's. De koopovereenkomst, gebruiksvoorwaarden en algemene voorwaarden die op de defibrillators van toepassing zijn werden onderzocht. Er is voornamelijk gelet op exoneraties en garanties. Het doel van de deelvraag is om te ontdekken wat er in de praktijk is afgesproken tussen Bravis en GrafiMedics. De overeenkomsten zijn hierbij een betrouwbare en efficiënte bron, omdat hierin afspraken tussen Bravis en GrafiMedics met betrekking tot de defibrillators zijn opgenomen. Bij de beantwoording van de vierde deelvraag wordt er een terugkoppeling gemaakt naar de voorgaande deelvragen. Zo wordt het praktijkgedeelte van het onderzoek gekoppeld aan het juridisch kader.

1.8 Verantwoording

Voor beantwoording van de juridische deelvragen 1, 2 en 3 wordt er gebruik gemaakt van een rechtsbronnenonderzoek. Rechtsbronnenonderzoek ziet toe op de wet- en regelgeving die is opgesteld door de wetgevende macht en uitgesproken door de rechtelijke macht. Deze bronnen zijn betrouwbaar en efficiënt. Zij zorgen voor een vakkundige beantwoording van de deelvragen. Verder wordt er gebruik gemaakt van een literatuuronderzoek van de volgende boeken:

- 'Algemene voorwaarden' van prof. mr. B. Wessels en mr. R.H.C. Jongeneel;
- 'Contracten in de praktijk' van mr. dr. M. Ruygvoorn;
- 'Medische aansprakelijkheid' van prof. mr. T. Hartlief e.a.; en,
- 'Zwaartepunten van het vermogensrecht' van prof. mr. W.H.M. Reehuis.

De hiervoor genoemde literatuur is geschreven door deskundigen op basis van hun, vaak jarenlange, praktijkervaring en specialisatie in het desbetreffende vakgebied. Dit maakt de bron betrouwbaar. De literatuur is gericht op de theorie die centraal staat bij de beantwoording van de deelvragen, wat het een efficiënte bron maakt.

Voor beantwoording van de (praktijk)deelvraag 4 wordt er gebruik gemaakt van casestudy's van de koopovereenkomst en de daarbij behorende voorwaarden van de defibrillators. Dit is een betrouwbare methode omdat hierbij gericht wordt gekeken naar de koop van Philips defibrillators door Bravis bij GrafiMedics. Zo wordt er een goed beeld geschetst van hoe het er in de praktijk aan toegaat, welke afspraken Bravis en GrafiMedics hebben gemaakt en wat voor invloed deze hebben op de regresmogelijkheid van Bravis.

Deelvraag 1 stelt het juridisch kader met betrekking tot het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen. Deelvraag 2 en 3 zien toe op de rechtsregels met betrekking tot aansprakelijkheid, garantie, exoneration en regres. Deelvraag 4 betreft de praktische kant van het onderzoek.

1.9 Leeswijzer

Het onderzoeksrapport is als volgt opgebouwd:

In hoofdstuk 1 wordt de inleiding beschreven. Dit hoofdstuk bestaat uit de volgende paragrafen: afstudeerorganisatie, aanleiding, probleembeschrijving, doelstelling, centrale vraag, deelvragen, bronnen & methoden, verantwoording en de leeswijzer.

In hoofdstuk 2 worden het convenant en medische hulpmiddelen beschreven. Dit hoofdstuk bestaat uit de volgende paragrafen: het convenant, handhaving convenant, medische hulpmiddelen en de tussenconclusie.

In hoofdstuk 3 worden de verschillende mogelijkheden bij contracteren beschreven. Dit hoofdstuk bestaat uit de volgende paragrafen: Gelijkwaardige en ongelijkwaardige partijen, verhouding zorgaanbieder-patiënt, verhouding gelijkwaardige (commerciële) contractpartijen, algemene voorwaarden, garantie, aansprakelijkheid, verhouding garantie en exoneration en de tussenconclusie.

In hoofdstuk 4 worden de schadevergoeding en mogelijkheden tot regres beschreven. Dit hoofdstuk bestaat uit de volgende paragrafen: (niet)nakoming van een verbintenis, wanprestatie, wettelijke schadevergoedingsplicht, schuld, regres, onrechtmatige daad en de tussenconclusie.

In hoofdstuk 5 wordt de Bravis casus en huidige praktijk beschreven. Dit hoofdstuk bestaat uit de volgende paragrafen: aansprakelijkheid Bravis, hoofdelijke aansprakelijkheid GrafiMedics, hoofdelijke aansprakelijkheid Philips, de mogelijkheden tot regres uit overeenkomsten, gebruik niet originele onderdelen, garantie, exoneration, exoneration vs. regres, aansprakelijkheidsverzekering Bravis en de tussenconclusie.

In hoofdstuk 6 worden de conclusies van het onderzoek en de aanbevelingen voor het Bravis ziekenhuis beschreven.

Hoofdstuk 2 Het Convenant & medische hulpmiddelen

In dit hoofdstuk wordt beschreven wat het Convenant Veilige Toepassing van Medische Technologie in de medisch specialistische zorg (hierna: het Convenant) stelt over het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen. Er wordt uiteengezet hoe het Convenant tot stand is gekomen, wat de werkingssfeer is en onder welke voorwaarden het gebruik van niet originele onderdelen is toegestaan.

2.1 Het Convenant

Het Convenant is opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ) en de Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra (NFU) en wordt mede onderschreven door Revalidatie Nederland (RN) en Zelfstandige Klinieken Nederland (ZKN). Het Convenant richt zich op de veilige toepassing van medische technologie binnen de zorg en geldt als sectorspecifieke veldnorm. De eerste druk van het Convenant is in november 2011 als veldnorm aangeboden aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: de Minister).³ De huidige versie (tweede druk) dateert van 2016 en is een vernieuwde versie van deze eerste druk.

Zorgaanbieders, waaronder ziekenhuizen, zijn verplicht tot het leveren van goede zorg.⁴ Sinds 1 januari 2016 geldt de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz). Het doel van deze nieuwe wet is het definiëren van goede zorg en het bevorderen van openheid over klachten en ongewenste gebeurtenissen.⁵ Verschillende patiënten bleken niet tevreden te zijn over de manier waarop hun klachten binnen de zorg werden behandeld.⁶ Dit kwam door de manier van klachtbehandeling. Volgens patiënten duurde de afhandeling te lang en was het onpersoonlijk. De bedoeling van de Wkkgz is dat zorgaanbieders leren van de klachten en ongewenste gebeurtenissen en dat hiervoor openbaarheid bestaat. De Wkkgz vervangt de wetten Kwaliteitswet Zorginstellingen en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector.

Naar aanleiding van de Wkkgz⁷ en de behoefte aan verduidelijking van een aantal artikelen uit de eerste druk van het Convenant, is een tweede druk van het Convenant uitgebracht. Het Convenant ziet toe op de veilige toepassing van medische technologie, van aanschaf tot gebruik en uiteindelijk afstoting.⁸ Afstoting is het moment dat het medisch hulpmiddel buiten gebruik wordt gesteld door de arts/het ziekenhuis. De toepassing van medische technologie is in het Convenant onderverdeeld in drie fases: invoeringsfase, gebruiksfase en afstotingsfase. Het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen valt onder de gebruiksfase te vinden in afdeling vier van het Convenant. De gebruiksfase ziet toe op de toepassing en het onderhoud van medische hulpmiddelen. Het Convenant is een verdere uitwerking van de Wkkgz en Wet op de medische hulpmiddelen alsmede de bijbehorende besluiten. De raden van bestuur van de zorgaanbieders worden verantwoordelijk gesteld voor de uitvoering van het Convenant.⁹ In de volgende paragraaf wordt de werkingssfeer van het convenant besproken.

2.2 Handhaving Convenant

De IGJ ziet toe op naleving van wet- en regelgeving door zorgaanbieders en handhaaft door middel van toezicht en opsporing de naleving van deze wet- en regelgeving.¹⁰ De IGJ handhaaft niet alleen op basis van de geldende wet- en regelgeving maar ook op basis van

³ IGZ-Handhavingskader januari 2013, onder 3.

⁴ Art. 2 Wkkgz.

⁵ 'Wet kwaliteit, klacht en geschillen zorg', Rijksoverheid (www.rijksoverheid.nl zoek op Wkkgz).

⁶ 'Wet kwaliteit, klacht en geschillen zorg', Rijksoverheid (www.rijksoverheid.nl zoek op Wkkgz).

⁷ Art. 3 Wkkgz.

⁸ Kamerstukken II 2011/12. GMT/MVG-3096243. (Kamerbrief).

⁹ Art. 2.1 Convenant medische technologieën.

¹⁰ IGZ-Handhavingskader januari 2013, inleiding.

de veldnormen, richtlijnen en standaarden. Het Convenant wordt ook door de IGJ gezien als (sectorspecifieke) veldnorm. De Wkkgz is algemeen en open geformuleerd. De invulling van de wet is op punten niet concreet geformuleerd. Dit laat de vrijheid bij de zorgaanbieders om tot een concrete invulling te komen.¹¹ Het is de bedoeling van de wetgever dat de zorgaanbieders op basis van hun expertise en praktijkervaring invulling geven aan de algemene bepalingen. De NVZ en de NFU hebben deze mogelijkheid aangegrepen en de verduidelijking van de algemene bepalingen door middel van richtlijnen vastgelegd in het Convenant. Zoals eerder beschreven is het Convenant vervolgens als veldnorm aangeboden aan de minister. Dit omdat de minister de ministeriële verantwoordelijkheid draagt voor de IGJ.¹² De IGJ heeft vervolgens het Convenant als IGJ-handhavingsnorm vastgesteld.¹³ Het Convenant heeft de status van zwaarwegend advies.¹⁴ Zorgaanbieders kunnen afwijken van het Convenant, mits zij kunnen beargumenteren dat dit in het belang van de patiënt is.

2.2.1 Handhavingsbevoegdheden

De IGJ kan bij handelen in strijd met de wet- en regelgeving dan wel in strijd met het Convenant een aantal maatregelen treffen jegens de betreffende zorgaanbieder.¹⁵ Op basis van de Wkkgz, Wet medische hulpmiddelen (hierna: Wmh) en de Algemene wet bestuursrecht is de IGJ bijvoorbeeld bevoegd om aanwijzingen te geven die door de zorgaanbieder opgevolgd moeten worden. De IGJ stelt hierbij een termijn waarbinnen aan de maatregelen moet zijn voldaan. Verder heeft de IGJ onder andere de mogelijkheid tot het geven van bestuurlijke boetes¹⁶ op grond van de Beleidsregels bestuurlijke boete Minister VWS. In geval van ernstige nalatigheid kan de IGJ zelfs aangifte doen bij het OM en kan strafrechtelijke vervolging plaatsvinden. Omdat dit hoofdstuk antwoord wil geven op de toelaatbaarheid van het gebruik van niet originele onderdelen binnen het Convenant, worden de bestuursrechtelijke maatregelen verder buiten beschouwing gelaten.

2.3 Medische hulpmiddelen

Het Convenant verwijst voor de definitie van de term 'medisch hulpmiddel' naar de Wmh.¹⁷ De Wmh is een implementatie van de Europese richtlijn 93/42/EEG en de daarbij behorende besluiten. Een Europese richtlijn heeft geen directe werking en moet daarom worden omgezet in nationale wetgeving. Dat is door middel van de invoering van de Wmh en het besluit Medische hulpmiddelen gebeurd.

Onder medisch hulpmiddel wordt verstaan:

*“elk instrument, toestel of apparaat, elke software of stof of elk ander artikel dat of die alleen of in combinatie wordt gebruikt, met inbegrip van elk hulpstuk en de software die voor de goede werking ervan benodigd is, dat of die door de fabrikant speciaal is bestemd om te worden gebruikt voor diagnostische of therapeutische doeleinden.”*¹⁸

Een hulpstuk is *“een produkt dat door de fabrikant speciaal is bestemd om met een medisch hulpmiddel te worden gebruikt zodat dat middel overeenkomstig diens bestemming kan worden gebezigd of toegepast”*.¹⁹

Conform de Wmh kan een defibrillator worden aangemerkt als medisch hulpmiddel. Een defibrillator geeft bij onregelmatigheid in het hart een schok waardoor het hart weer in een normaal ritme behoort te komen. Een batterij is aan te merken als hulpstuk van een medisch hulpmiddel en valt als zodanig ook onder de noemer 'medisch hulpmiddel', ervan uitgaande

¹¹ IGZ-Handhavingskader januari 2013, onder 2.

¹² IGZ-Handhavingskader januari 2013, onder 1.2.

¹³ IGZ-Handhavingskader januari 2013, onder 2.1.

¹⁴ IGZ-Handhavingskader januari 2013, onder 2.3.

¹⁵ IGZ-Handhavingskader januari 2013, onder 3.

¹⁶ Art. 2 Wkkgz.

¹⁷ Art. 1.1 bijlage A, Convenant medische technologieën.

¹⁸ Art. 1 lid 1 sub a Wmh.

¹⁹ Art. 1 lid 1 sub c Besluit medische hulpmiddelen.

dat de batterij door een fabrikant is geproduceerd met als doel bij een medisch hulpmiddel gebruikt te worden.

2.3.1 Gebruik van niet originele onderdelen

Het gebruik van medische hulpmiddelen en het onderhoud van dergelijke middelen wordt in artikel 4.13 van het Convenant verder verduidelijkt:

“De zorginstelling heeft een procedure voor het plannen en uitvoeren van preventief onderhoud, zowel uitgevoerd door interne als door externe technici. De procedure stelt ook het gebruik van onderdelen zeker”.

Het vervangen van een batterij bij een medisch hulpmiddel kan worden aangemerkt als preventief onderhoud, mits dit conform de gebruiksaanwijzingen nodig is. De begeleidende tekst in het Convenant stelt het kader voor preventief onderhoud. Voor preventief onderhoud moet er gebruik worden gemaakt van door de fabrikant geproduceerde originele onderdelen of onderdelen waarvan door middel van risicoanalyse is komen vast te staan dat ze de veiligheid en prestatie van het medische hulpmiddel niet nadelig beïnvloeden.²⁰ De risicoanalyse dient uitgevoerd te worden door de zorgaanbieder. Hieruit blijkt dat het gebruik van een ander merk batterijen op basis van het Convenant is toegestaan, nadat door middel van risicoanalyse is komen vast te staan dat de veiligheid en prestatie van het medisch hulpmiddel niet negatief worden beïnvloed.

Volgens de Wmh moeten zowel de medisch hulpmiddelen²¹ als de hulpstukken²² voorzien zijn van een CE-markering. De markering moet worden afgegeven aan de hand van een conformiteitsbeoordeling die door de Europese wetgever is vastgelegd in bijlage I van de richtlijn. In het kader van de aansprakelijkheid van zowel de zorgaanbieder als de leverancier en/of fabrikant is het belangrijk om uitsluitend medische hulpmiddelen en hulpstukken te gebruiken die voorzien zijn van een CE-markering. Op basis van de Wmh is het immers verplicht om uitsluitend medische hulpmiddelen en hulpstukken te gebruiken die CE gemarkeerd zijn.

Partijen kunnen onderling afspraken maken over de toelaatbaarheid van het gebruik van niet originele onderdelen en de aansprakelijkheid. Dit wordt verder beschreven in de volgende hoofdstukken.

2.4 Tussenconclusie

Op het gebruik van medische hulpmiddelen en hulpstukken zijn meerdere wetten en regelgeving van toepassing. Door middel van richtlijnen die zijn opgenomen in het Convenant is de wet- en regelgeving omtrent dit onderwerp verduidelijkt.

Het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen is conform het Convenant toegestaan onder een aantal voorwaarden. Allereerst moeten zowel het hulpmiddel als het hulpstuk, waaronder ook wordt verstaan niet originele onderdelen, voorzien zijn van een CE-markering alvorens zij gebruikt mogen worden. Vervolgens moet voor het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen door de zorgaanbieder, voorafgaand aan het gebruik, een risicoanalyse worden gehouden. En tot slot moet uit de risicoanalyse naar voren komen dat de niet originele onderdelen de veiligheid en prestatie van het medisch hulpmiddel of hulpstuk niet negatief beïnvloeden.

Kortom, een zorgaanbieder mag op basis van het Convenant bij het gebruik van medische hulpmiddelen niet originele hulpstukken, die van een andere fabrikant afkomstig zijn, gebruiken, mits deze voorzien zijn van een CE-markering en het hulpstuk vooraf positief is getest door middel van een risicoanalyse.

²⁰ Art. 4.13 bijlage A, Convenant medische technologieën.

²¹ Art. 7 Besluit medische hulpmiddelen.

²² Art. 2 jo. art. 7 Besluit medische hulpmiddelen.

Hoofdstuk 3 Contracteren

In dit hoofdstuk worden de verhoudingen beschreven tussen zorgaanbieder en patiënt, alsmede tussen de zorgaanbieder en leverancier c.q. fabrikant. Speciale aandacht gaat uit naar de juridische bepalingen die zich richten op aansprakelijkheid en de invloed van exoneration- en garantiebepalingen op de aansprakelijkheid van partijen en de invloed van exonerationbepalingen op garantiebepalingen. Om een helder juridisch kader te geven wordt eerst kort de contractuele verhouding tussen zorgaanbieder en patiënt beschreven. Vervolgens gaat dit hoofdstuk dieper in op de verhouding tussen gelijkwaardige contractpartijen en de contractvrijheid. De termen tekortkoming in de nakoming en wanprestatie worden in dit rapport door elkaar gebruikt, maar de betekenis is steeds hetzelfde.

3.1 Gelijkwaardige en ongelijkwaardige partijen

De verhouding tussen patiënt en zorgaanbieder is in meerdere opzichten te vergelijken met die tussen consument en verkoper. Voor consumentenkoop en het aangaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst zijn er voor partijen bij het sluiten van een overeenkomst veel meer dwingende wetsbepalingen van toepassing. Bij commerciële contracten is er sprake van twee gelijkwaardige partijen, in het geval van consumentenkoop is er sprake van een partij die handelt uit bedrijfsactiviteit, de verkoper, en een koper die een natuurlijk persoon is die niet handelt uit bedrijfsactiviteit en daarom extra bescherming krijgt van de wetgever.²³ Ook de patiënt krijgt als zwakkere partij extra bescherming ten opzichte van de arts/zorgaanbieder. In tegenstelling tot consumentenkoop zijn commerciële contracten in veel mindere mate gebonden aan dwingend recht.²⁴ Gelijkwaardige partijen zijn tot op zekere hoogte vrij om afspraken te maken over de herverdeling van risico's en het bepalen van garanties. Zij mogen hierbij niet afwijken van bepalingen van dwingend recht. De rechter gaat ervan uit dat datgene wat partijen overeengekomen zijn juist is, tenzij de wederpartij kan bewijzen²⁵ dat partijen een andere bedoeling hadden.²⁶

3.2 Verhouding zorgaanbieder-patiënt

Zorgaanbieders mogen hun aansprakelijkheid jegens de patiënt niet uitsluiten.²⁷ Een arts onderzoekt en behandelt de patiënt op basis van een tussen hen gesloten geneeskundige behandelingsovereenkomst. De geneeskundige behandelingsovereenkomst komt tot stand doordat een patiënt zich met een concrete hulpvraag richt tot een hulpverlener (de arts) en de hulpverlener op deze vraag in gaat. Een behandelingsovereenkomst komt meestal al tot stand op het moment dat de patiënt telefonisch contact zoekt met de assistent of het afsprakenbureau.²⁸ De arts verplicht zich door middel van deze behandelingsovereenkomst onder meer tot het bij de patiënt verrichten van handelingen op het gebied van geneeskunde.²⁹ Bijzondere bepalingen met betrekking tot de behandeling van patiënten door artsen zijn opgenomen in de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) welke onderdeel is van het Burgerlijk Wetboek 7. De WGBO kent tevens regels met betrekking tot aansprakelijkheid van de zorgaanbieders. De bepalingen in de WGBO zijn van dwingend recht wat betekent dat er niet contractueel van afgeweken mag worden.³⁰

²³ Art. 7:5 lid 1 BW.

²⁴ Art. 7:6 BW.

²⁵ Art. 151 lid 2 Rv.

²⁶ Ruygvoorn 2013, p. 2.

²⁷ Art. 7:463 BW.

²⁸ Stolker in: *T&C Burgerlijk Wetboek 7*, art. 7:446 BW.

²⁹ Art. 7:446 BW.

³⁰ Art. 7:468 BW.

3.2.1. Aansprakelijkheid

Zoals besproken ziet dit onderzoek toe op het (fictieve) geval waarin vaststaat dat een patiënt schade heeft geleden als gevolg van het gebruik van een medisch hulpmiddel en de patiënt Bravis hiervoor aansprakelijk stelt. De schade die Bravis vervolgens aan de patiënt vergoedt na erkenning van aansprakelijkheid, wil Bravis vervolgens verhalen op de leverancier en/of fabrikant van het hulpmiddel.

De twee wegen waarlangs Bravis op civielrechtelijke gronden de schade kan verhalen zijn de wanprestatie en de onrechtmatige daad. Het onderscheid tussen wanprestatie en onrechtmatige daad zit hem in het al dan niet bestaan van een overeenkomst tussen Bravis en de leverancier en/of fabrikant. Bij wanprestatie ligt er een contract ten grondslag aan de rechtsverhouding tussen partijen, bijvoorbeeld een koopovereenkomst. Bij onrechtmatige daad ligt er in beginsel geen contract aan de rechtsverhouding tussen partijen ten grondslag, maar ontstaat een rechtsverhouding doordat een partij schade veroorzaakt bij de wederpartij.

In sommige gevallen kan er op zowel wanprestatie als onrechtmatige daad door benadeelde een beroep worden gedaan, dit wordt ook wel samenloop genoemd. Samenloop is de mogelijkheid om de schuldenaar op meerdere manieren aansprakelijk te stellen. Samenloop is toegestaan, tenzij de wet anders bepaald. Een specifieke regeling gaat boven een algemene regeling.³¹ Als een specifieke regeling de aansprakelijkheid regelt kan er geen beroep worden gedaan op onrechtmatige daad, bijvoorbeeld zoals bij artikel 6:173 BW (het gebruik van een gebrekkige zaak).³² Artikel 6:173 BW regelt specifiek de aansprakelijkheid van de bezitter van een zaak. Omdat de wet in dat geval specifiek de aansprakelijkheid regelt kan er geen beroep worden gedaan op onrechtmatige daad. Dit wordt ook wel een kanalisatiebepaling genoemd. De wet wijst via stappen uit wie er aansprakelijk is. Een wanprestatie is niet automatisch als onrechtmatige daad aan te merken. Alleen wanneer de handeling ook onafhankelijk van de wanprestatie is aan te merken als onrechtmatige daad (bewuste onzorgvuldigheid) kan er een beroep op beide worden gedaan.³³ Met handeling wordt bedoeld: de feitelijke handeling die als onrechtmatige daad dan wel als wanprestatie kan worden aangemerkt.

3.2.2. Medische aansprakelijkheid

Voor de aansprakelijkheid van de artsen en andere zorgverleners ten aanzien van de uitvoering van hun werkzaamheden ten behoeve van patiënten van het ziekenhuis (hierna: medische aansprakelijkheid), zijn in beginsel de algemene regels van het Burgerlijk Wetboek van toepassing. Het Burgerlijk Wetboek kent hierbij in afdeling 7.7.5 BW bijzondere regelingen voor de geneeskunde. Deze bevat daarnaast een aparte afdeling die toeziet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen patiënt en arts in relatie tot zorgaanbieders. Deze afdeling bevat echter vrijwel³⁴ geen regels over civiele aansprakelijkheid.³⁵

De geneeskundige behandelingsovereenkomst leidt, in tegenstelling tot een resultaatverplichting, tot een inspanningsverplichting voor de arts.³⁶ Dit is af te leiden uit artikel 7:453 BW: *“de hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen”*. De behandeling ziet toe op de inspanning van een arts en niet op het behalen van een bepaald resultaat. Dit wil zeggen dat de arts er alles aan moet doen een bepaald resultaat te bewerkstelligen, maar dat het niet behalen van het gewenste resultaat in principe geen grond is voor wanprestatie. Mocht een patiënt schade lijden als

³¹ HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2204 (Bos/Erven Althuisius).

³² Art. 6:173 BW.

³³ HR 6 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD4737 (Van Gend en Loos/Vitesse).

³⁴ Stolker in: *T&C Burgerlijk Wetboek 7*, art. 7:462 BW.

³⁵ Art. 7:453 BW; art. 7:463 BW.

³⁶ HR 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4764.

gevolg van de behandelingsovereenkomst dan kan de patiënt de arts/zorgaanbieder aansprakelijk stellen. Op dat moment is het reguliere contractuele aansprakelijkheidsrecht³⁷, behoudens de bijzondere bepalingen in de WGBO, van toepassing.³⁸

3.2.3. Centrale aansprakelijkheid

Uit de vorige paragraaf blijkt dat de medische aansprakelijkheid is gebaseerd op de algemene bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek en enkele bijzondere bepalingen uit de WGBO. De centrale aansprakelijkheid van zorgaanbieders is vastgelegd in art. 7:462 WGBO. Op basis van de centrale aansprakelijkheid worden zorgaanbieders als mede aansprakelijk aangewezen voor een tekortkoming in de nakoming van de behandelingsovereenkomst tussen arts en patiënt. De centrale aansprakelijkheid is in het leven geroepen omdat het voor patiënten vaak onduidelijk is vast te stellen wie er voor de schade, als gevolg van een binnen het ziekenhuis ondergane behandeling, aansprakelijk gesteld moet worden.³⁹ Hierbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie waarin een patiënt behandeld is door een arts die niet meer werkzaam is binnen het ziekenhuis of wanneer er meerdere artsen bij de behandeling betrokken waren. Door middel van de centrale aansprakelijkheid worden zorgaanbieders (mede) aansprakelijk geacht voor de wanprestatie van artsen die patiënten behandelen op basis van een behandelingsovereenkomst binnen de zorginstelling.

In geval van schade stelt de patiënt de arts of zorgaanbieder aansprakelijk, op basis van wanprestatie gezien de bestaande behandelingsovereenkomst. Een mogelijkheid de zorgaanbieder op basis van de centrale aansprakelijkheid aansprakelijk te stellen voor het plegen van een onrechtmatige daad bestaat niet, omdat de centrale aansprakelijkheid uitsluitend toeziet op de contractuele verhouding tussen arts en patiënt.⁴⁰ Een arts kan daarentegen naast de wanprestatie wel aansprakelijk worden gesteld op basis van een onrechtmatige daad. Denk hierbij aan een arts die bewust onzorgvuldig heeft gehandeld. De patiënt lijdt schade door wanprestatie maar tevens door een onrechtmatige daad van de arts. De wanprestatie wordt veroorzaakt door het onzorgvuldig handelen, en de onrechtmatige daad wordt veroorzaakt doordat de arts bewust onzorgvuldig heeft gehandeld. De centrale aansprakelijkheid bepaalt dat de zorgaanbieder mede aansprakelijk is voor de wanprestatie van de arts. De zorgaanbieder is echter niet mede aansprakelijk voor door de arts gepleegde onrechtmatige daad.⁴¹

3.2.4. Exoneratieverbod voor ziekenhuizen

Een andere belangrijke bijzondere bepaling uit de WGBO is het verbod op het beperken of uitsluiten van aansprakelijkheid, ook wel exoneratieclausules genoemd. Het exoneren van de aansprakelijkheid is het door de zorgaanbieder uitsluiten of beperken van de aansprakelijkheid jegens de patiënt. Wanneer de patiënt het ziekenhuis aansprakelijk stelt op basis van wanprestatie, kan het ziekenhuis zich niet beroepen op een exoneratieclausule.⁴² Deze bepaling is er ter bescherming van de patiënt. Er is tussen Bravis en patiënt immers sprake van een ongelijkwaardige relatie. De wetgever heeft bedoeld de zwakkere partij (de patiënt) te beschermen tegen de sterkere partij (de zorgaanbieder). De aansprakelijkheid van de zorgaanbieder kan slechts worden beperkt door de algemene bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek.

Indien aansprakelijkheid is erkend en schade is vergoed voor het gebruik van een gebrekkig medisch hulpmiddel kan de zorgaanbieder de geleden schade proberen te verhalen op de

³⁷ Art. 6:74 BW.

³⁸ Hartlief e.a. 2010, p. 14.

³⁹ Stolker in: *T&C Burgerlijk Wetboek 7*, art. 7:464 BW.

⁴⁰ Stolker in: *T&C Burgerlijk Wetboek 7*, art. 7:462 BW.

⁴¹ Stolker in: *T&C Burgerlijk Wetboek 7*, art. 7:462 BW.

⁴² Art. 7:463 WGBO.

verkoper dan wel de producent van de gebrekkige zaak. De zorgaanbieder en de verkoper/producent van een medisch hulpmiddel mogen echter wel afspraken maken over het uitsluiten en/of beperken van aansprakelijkheid in hun onderlinge verhouding op basis van een koopovereenkomst. In de paragraaf 3.3 e.v. wordt beschreven in hoeverre dit mogelijk is.

3.2.5 Reikwijdte medische aansprakelijkheid bij hulpzaken

Artikel 6:77 BW bepaalt dat wanneer bij de uitvoering van een verbintenis er gebruik wordt gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, de tekortkoming die daardoor ontstaat de schuldenaar toegerekend wordt, 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. De tekst na 'tenzij' betreft een zogenaamde 'ontsnappingsclausule'. De Hoge Raad heeft ten aanzien van deze ontsnappingsclausule de bijzondere positie van zorgaanbieders bij het gebruik van hulpzaken verduidelijkt in de PIP-implantaten zaak.⁴³

In de PIP-implantaten zaak gebruikten verschillende artsen Poly Implant Protheses (PIP) borstimplantaten. Deze implantaten waren door een bevoegde instantie in Duitsland voorzien van een CE-markering. Later bleek dat bij de PIP-implantaten in plaats van medicinale silicone, opzettelijk industriële silicone was gebruikt. In de zaak van de PIP-implantaten stond daarmee vast dat de hulpzaak ongeschikt was, ondanks de aanwezige CE-markering. De implantaten werden in Nederland verboden en de patiënten moesten de geplaatste implantaten op advies van de IGJ laten controleren. Meerdere patiënten hebben hierna herstel- of vervangingsoperaties moeten ondergaan. De schade die zij als gevolg hiervan hebben geleden, hebben de patiënten via de zorgverzekeraars proberen te verhalen op de zorgaanbieders waar hun artsen werkzaam waren. De patiënten hebben hierbij de zorgverzekeraars in hun rechten gesubrogeerd.⁴⁴ De vordering van de patiënt gaat hierbij over op de verzekeraar.

De patiënten waren van mening dat – nu de fabrikant wegens faillissement niet meer aansprakelijk gesteld kon worden - de zorgaanbieders (mede) aansprakelijk waren voor het gebruik van de foute PIP-implantaten. De zorgverzekeraars stelden de zorgaanbieders primair aansprakelijk op basis van wanprestatie door het gebruik van een gebrekkige hulpzaak.⁴⁵

Centraal in de PIP-implantaten zaak staat de aard van de verbintenis tussen arts/zorgaanbieder en patiënt. Zoals hiervoor beschreven brengt de geneeskundige behandelingsovereenkomst een inspanningsverplichting voor de arts met zich mee. In lijn daarmee heeft de zorgaanbieder niet de (resultaat)verplichting in te staan voor een gebrekkige hulpzaak. Dit kan, naar oordeel van de Hoge Raad, ook niet van de zorgaanbieder worden verwacht. De PIP-implantaten waren tenslotte voorzien van een CE-markering welke verplicht is op basis van Europese richtlijnen. Naar oordeel van de Hoge Raad kan daarbuiten niet tevens van de zorgaanbieder worden verwacht dat zij zelf onderzoek doet naar de gebrekkigheid van de hulpzaak. De Hoge Raad geeft hierbij als kanttekening aan dat dit mogelijk anders was geweest als er aanwijzingen waren geweest dat de hulpzaak niet aan de veiligheidseisen voldeed. Een beroep op wanprestatie voor het gebruik van een gebrekkige hulpzaak werd afgewezen omdat het geen aan de zorgaanbieder te wijten tekortkoming was.

De uitspraak is in het kader van dit rapport van waarde omdat het de bijzondere positie van zorgaanbieders weergeeft bij het gebruik van medische hulpmiddelen. Het geeft aan in

⁴³ HR 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4764.

⁴⁴ Art. 7:962 BW.

⁴⁵ Art. 6:74 jo. art. 6:77 BW.

hoeverre van artsen/zorgaanbieders mag worden verwacht dat zij onderzoek doen naar de kwaliteit van de medische hulpmiddelen en dat zij daarmee niet te allen tijde hoeven in te staan voor de kwaliteit van deze medische hulpmiddelen.

3.3 Verhouding gelijkwaardige (commerciële) contractpartijen

In de vorige paragraaf is de verhouding tussen arts/ziekenhuis en patiënt, als zijnde ongelijkwaardige partijen, beschreven. In deze paragraaf wordt de verhouding tussen koper en verkoper, als zijnde gelijkwaardige partijen beschreven.

3.3.1. Contractvrijheid partijen

Een koopovereenkomst is een overeenkomst waarin de koper zich jegens de verkoper verplicht tot het betalen van een geldsom.⁴⁶ De verkoper is daartegenover verplicht tot het leveren van de gekochte zaak. Partijen kunnen hierbij handelen uit het oogpunt van contractvrijheid. Op basis van dit beginsel is eenieder vrij om met een ander een overeenkomst aan te gaan. Eenieder is daarbij vrij zelf de inhoud van de overeenkomst te bepalen. Ook hierbij kent de wet bepalingen waar partijen van af mogen wijken (bepalingen van regeland recht) en bepalingen waar niet van afgeweken mag worden (bepalingen van dwingend recht). Het overtreden van dwingende bepalingen levert nietigheid dan wel vernietigbaarheid op.⁴⁷ Bij nietigheid had de overeenkomst/bepaling nooit tot stand mogen komen en kan er dus geen beroep worden gedaan op nakoming van de overeenkomst of bepaling. Bij vernietigbaarheid is de overeenkomst/bepaling wel tot stand gekomen en blijft deze ook in stand tenzij hij wordt vernietigd. Of een overeenkomst/bepaling nietig dan wel vernietigbaar is, is afhankelijk van de wet- en regelgeving.

Afspraken die de kern van de prestatie aangeven worden kernbedingen genoemd.⁴⁸ Deze worden gezien als uitonderhandeld en zijn de “kern” van de overeenkomst. Bij “kern van de prestatie” kan bijvoorbeeld gedacht worden aan wat verkoper levert en wat koper moet betalen. Zonder een dergelijk beding was de overeenkomst niet tot stand gekomen. Aansluitend bij overeenkomsten worden vaak (algemene) voorwaarden gehanteerd. Algemene voorwaarden zijn algemene bepalingen die op iedere overeenkomst van toepassing kunnen worden verklaard. Denk hierbij aan algemene in- en verkoopvoorwaarden of algemene leveringsvoorwaarden. In de algemene voorwaarden zijn vaak garantie- en exonatiebepalingen opgenomen. Een bepaling in de algemene voorwaarden die toeziet op de kern van de te leveren prestatie wordt niet als algemene voorwaarden maar als kernbeding aangemerkt.⁴⁹ In dat geval is het geen algemene voorwaarde meer.

Mocht het zo zijn dat partijen contractueel niets zijn overeengekomen met betrekking tot de risicoverdeling en/of garanties dan zijn de wettelijke bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek van toepassing, aangevuld en verduidelijkt door jurisprudentie. Het is voor partijen, zeker bij grote commerciële overeenkomsten, altijd verstandig om tijd in de contractonderhandelingen te steken. De wet kent een risicoverdeling die niet altijd in het voordeel van de koper dan wel de verkoper is. Er staan bij grote overeenkomsten vaak grote belangen op het spel die gepaard gaan met grote sommen geld.⁵⁰ De vrijheid om de risico's te verdelen is echter niet oneindig. Zo mag bijvoorbeeld de aansprakelijkheid bij opzet of door bewuste roekeloosheid van de schuldenaar niet worden uitgesloten. Dit wordt in paragraaf 3.6.1 verder beschreven.

3.4 Algemene voorwaarden

Een risicoverdeling gericht op de aansprakelijkheid van partijen kan worden opgenomen in de koopovereenkomst of in losse garantie- en/of aansprakelijkheidsovereenkomsten. Een

⁴⁶ Art. 7:1 BW.

⁴⁷ Reehuis 2014, p. 240.

⁴⁸ Wessels e.a., p. 105.

⁴⁹ Art. 6:231 sub a BW.

⁵⁰ Ruygvoorn 2013, p. 1.

andere mogelijkheid is het opnemen van de risicoverdeling in de algemene (in- en verkoop) voorwaarden. De bijzondere wettelijke bepalingen van algemene voorwaarden zijn te vinden in afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek. Gelijkaardige partijen kunnen hierbij handelen uit het oogpunt van contractvrijheid. De contractvrijheid is echter niet onbeperkt. Het merendeel van de bepalingen die zijn opgenomen in afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek zijn voor ongelijkaardige partijen van dwingend recht.⁵¹ Voor gelijkaardige partijen kent afdeling 6.5.3 in artikel 6:235 BW en art. 6:243 BW uitzonderingen op het dwingend recht. Twee gelijkaardige partijen kunnen zich niet beroepen op de bijzondere bepalingen uit art. 6:232 BW en art. 6:233 BW die toezien op de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden.⁵² Verder kunnen gelijkaardige partijen zich niet beroepen op de vernietigbaarheid van een verboden beding. Voor de toepasbaarheid van algemene voorwaarden bij gelijkaardige partijen zijn de beginselen van aanbod en aanvaarding van toepassing.⁵³ In de hierop volgende paragrafen wordt de vernietigbaarheid, toepasbaarheid en toelaatbaarheid van de algemene voorwaarden verder beschreven.

3.4.1. Vernietigbaarheid, redelijkheid en billijkheid

Hiervoor is kort besproken dat bepaalde vernietigingsgronden voor gelijkaardige partijen niet van toepassing zijn. In deze paragraaf wordt de vernietigbaarheid en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid verder beschreven. De vernietigingsgronden uit artikel 234, 235 en 243 van Burgerlijk Wetboek 6 zijn niet van toepassing op besloten en naamloze vennootschappen. De vernietigingsgronden zijn tevens niet van toepassing op ondernemingen waar meer dan 50 personen werkzaam zijn. Dit zijn speciale vernietigingsgronden die bedoeld zijn voor consumenten en kleine ondernemingen.⁵⁴ Partijen die vallen onder de twee genoemde categorieën moeten voor vernietiging hun bescherming zoeken bij de algemene vereisten van redelijkheid en billijkheid.⁵⁵ De beginselen van redelijkheid en billijkheid houden eenvoudig gezegd in dat partijen zich naar elkaar sociaal aanvaardbaar moeten gedragen en met elkaars gerechtvaardigde belangen rekening moeten houden.⁵⁶ De vereisten van redelijkheid en billijkheid komen op meerdere plekken in de wet terug. De algemene bepaling die van toepassing is op verbintenissen is art. 6:2 BW en wordt herhaald in art. 6:248 BW. Bepaalde leemten die door partijen worden gelaten worden aangevuld door de wet en gewoonte.⁵⁷ Hiermee wordt bedoeld dat als partijen niets afspreken, bijvoorbeeld over de aansprakelijkheidsvraag, voor uitleg dient te worden aangesloten bij de wet en gewoonte.

Zoals kort aangehaald aan het begin van deze paragraaf kunnen de redelijkheid en billijkheid bij bepalingen uit de algemene voorwaarden beperkend werken. De wet kent deze mogelijkheid in artikel 6:248 BW. Afspraken tussen partijen zijn niet van toepassing wanneer deze in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zouden zijn.⁵⁸ De beperkende werking door een beroep op de redelijkheid en billijkheid blijkt echter niet snel van toepassing te zijn.⁵⁹ Partijen hebben zich immers beide aan de uitvoering van de overeenkomst te houden. Het feit dat een bepaling redelijker of billijker kan is alleen niet voldoende om een bepaling te beperken.⁶⁰ De term “onaanvaardbaar” duidt er op dat een beding duidelijk in strijd moet zijn met de redelijkheid en billijkheid om een beroep op de beperkende werking te kunnen doen. De Hoge Raad

⁵¹ Art. 6:246 BW.

⁵² Art. 6:235 lid 1 BW.

⁵³ Art. 6:217 BW.

⁵⁴ Valk, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 6*, art. 6:235 BW, (online, bijgewerkt 1 juli 2017).

⁵⁵ Art. 6:248 BW jo. 6:2 BW.

⁵⁶ Reehuis 2014, p. 263.

⁵⁷ Art. 6:248 lid 1 BW.

⁵⁸ Art. 6:248 lid 2 BW.

⁵⁹ Reehuis 2014, p. 258.

⁶⁰ Reehuis 2014, p. 258.

heeft in de zaak *Saladin/HBU* voor het eerst erkend dat de redelijkheid en billijkheid beperkend kunnen werken.⁶¹ In dit arrest kwam vast te staan dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat er geen beroep kan worden gedaan op een exonerationclausule. De uitspraak van de Hoge Raad geeft een illustratie van de beperkende werking en kan worden gebruikt als uitleg. De Hoge Raad noemt in haar uitspraak een aantal factoren voor het waarderen van de omstandigheden van het geval:⁶²

- De zwaarte van de schuld, mede in verband met de aard en ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen;
- De aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt;
- De maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen;
- De wijze waarop het beding tot stand is gekomen;
- De mate waarin de wederpartij zich van de strekking van het beding bewust is geweest.

Het moet gaan om, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, onaanvaardbare omstandigheden. De nadruk ligt op de onaanvaardbaarheid.

Bepalingen die in strijd zijn met dwingende wetsbepalingen zijn nietig dan wel vernietigbaar. Zoals besproken wordt de leemte die is ontstaan door een nietig dan wel vernietigbaar beding, opgevuld door de wet en gewoonte.⁶³ Een andere mogelijkheid is een beding in de algemene voorwaarden die het gat, dat het vernietigde beding achter laat, opvult. Een beding is nietig als deze in strijd is met de goede zeden, openbare orde of dwingende wetsbepalingen.⁶⁴ Slechts dat beding dat nietig is of vernietigd wordt, wordt uit de overeenkomst of algemene voorwaarden geschrapt.⁶⁵

3.4.2 Welke voorwaarden zijn van toepassing

Zoals beschreven in paragraaf 3.4 zijn voor de toepasbaarheid van algemene voorwaarden bij gelijkwaardige partijen de beginselen van aanbod en aanvaarding van toepassing. In de praktijk kan de situatie voorkomen dat beide partijen stellen te onderhandelen op basis van eigen algemene voorwaarden. Beschreven dient te worden welke algemene voorwaarden in dat geval van toepassing zijn. Het Nederlandse recht kent de *first shot-rule*⁶⁶. De *first shot-rule* houdt in dat wanneer beide partijen verwijzen naar verschillende algemene voorwaarden er een overeenkomst tot stand komt op basis van de eerst genoemde algemene voorwaarden. De wederpartij aanvaardt de algemene voorwaarden expliciet of impliciet, bijvoorbeeld door feitelijk handelen. Uitzondering hierop is het geval dat een van de partijen op het moment van aanvaarding van het aanbod uitdrukkelijk de algemene voorwaarden van de andere partij van de hand wijst.⁶⁷

In beginsel gaat het er dus om wie als eerst het aanbod doet. Een uitnodiging door de koper tot het doen van een aanbod waarbij door de koper de eigen algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard, wordt gezien als het eerste aanbod van algemene voorwaarden.⁶⁸ De partij die ingaat op deze uitnodiging en wil handelen op basis van de eigen algemene voorwaarden dient de algemene voorwaarden van de andere partij uitdrukkelijk van de hand te wijzen.

⁶¹ HR 19 mei 1967, *NJ* 1967/261.

⁶² Reehuis 2014, p. 258.

⁶³ Art. 6:248 lid 1 BW.

⁶⁴ Art. 3:42 BW.

⁶⁵ Art. 3:41 BW.

⁶⁶ Wessels e.a., p. 38.

⁶⁷ Art. 6:225 lid 3 BW.

⁶⁸ HR 13 juli 2001, *NJ* 2001/497 (*Hardstaal/Bovry*); Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1831.

In het geval de twee partijen verwijzen naar andere algemene voorwaarden, moet onderzocht worden wie het eerste aanbod deed of wie de algemene voorwaarden van de ander uitdrukkelijk van de hand heeft gewezen.

Een afweerclausule in de algemene voorwaarden waarbij de algemene voorwaarden van de wederpartij van de hand worden gewezen, is niet voldoende om te kunnen definiëren als ‘uitdrukkelijk van de hand wijzen’.⁶⁹ Het uitdrukkelijk van de hand wijzen zal moeten gebeuren in het antwoord waarin kenbaar wordt gemaakt dat het aanbod slechts wordt aanvaard als de eigen algemene voorwaarden van toepassing zijn. Het “uitdrukkelijk van de hand wijzen” moet op een zodanige manier gebeuren dat het de wederpartij redelijkerwijs niet kan ontgaan. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in haar oordeel bepaald dat bij het uitdrukkelijk van de hand wijzen specifiek moet worden benoemd welke algemene voorwaarden niet van toepassing worden verklaard en welke vervolgens wel van toepassing zijn.⁷⁰ De zin *“op al onze werken zijn onze leveringsvoorwaarden van toepassing en vervallen alle andere leveringsvoorwaarden”* was niet voldoende omdat er niet naar specifieke voorwaarden werd verwezen. Er moet duidelijk en op specifieke wijze geformuleerd zijn welke voorwaarden uitdrukkelijk van de hand worden gewezen en op basis van welke voorwaarden gehandeld wordt. Het Hof Arnhem-Leeuwarden vond in haar oordeel de volgende zin bij het uitbrengen van een offerte wel voldoende voor het uitdrukkelijk van de hand wijzen: *“bij deze offerte wijzen wij de toepasselijkheid van uw algemene voorwaarden af en zijn zowel op deze offerte als ook op eventueel met u te sluiten overeenkomst de Algemene Voorwaarden (...) van toepassing”*.⁷¹

3.4.3 Reflexwerking

Afdeling 6.5.3. kent in artikel 6:236 BW (zwarte lijst) en artikel 6:237 BW (grijze lijst) twee lijsten met ongeoorloofde bedingen die van toepassing zijn bij consumentenkoop (ongelijkwaardige partijen). Hierbij wordt een bepaling in strijd met de zwarte lijst onredelijk bezwarend geacht en van een bepaling in strijd met de grijze lijst wordt vermoed dat deze onredelijk bezwarend is. Een beding dat onredelijk bezwarend is, is nietig. Een beding dat vermoedelijk onredelijk bezwarend is, is verdacht en is nietig tenzij anders bewezen. Deze twee lijsten zien in beginsel toe op ongelijkwaardige partijen, maar hebben bij gelijkwaardige partijen een zekere normerende werking. Gelijkwaardige partijen kunnen aldus in een verzwakte vorm een zekere steun krijgen uit de zwarte en grijze lijst.⁷² Dit wordt ook wel reflexwerking genoemd, op grond waarvan gelijkwaardige partijen door middel van een beroep op de redelijkheid en billijkheid steun kunnen zoeken bij de grijze en zwarte lijst.

Er zijn geen harde regels over de omvang van de reflexwerking van de grijze en zwarte lijst.⁷³ Er zijn wel factoren waarnaar gekeken wordt. Zo wordt er gekeken naar de hoedanigheid in het economische verkeer en de omstandigheden van de wederpartij. Een kleine rechtspersoon die sterk op een consument lijkt (bijvoorbeeld een eenmanszaak), kan zich sneller beroepen op de reflexwerking van de grijze en zwarte lijst. De grootte van de wederpartij is dus van belang. Geacht wordt dat een grote wederpartij zich beter kan verdedigen tegen algemene voorwaarden dan een kleine wederpartij.⁷⁴

3.4.4 Zuiver taalkundige betekenis en bedoeling van partijen

Uit het Haviltex arrest blijkt dat het niet uitsluitend van belang is wat partijen zuiver taalkundig overeen zijn gekomen, maar ook wat de bedoeling van partijen was bij het aangaan van de

⁶⁹ Hof Arnhem 27 november 2001, NJ 2002/265; Wessels e.a., p. 42.

⁷⁰ Hof Arnhem 8 april 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:DB1992.

⁷¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:GHARL:2016:1546.

⁷² Wessels e.a., p. 457.

⁷³ Wessels e.a., p. 464.

⁷⁴ Art. 6:235 lid 1 BW.

overeenkomst.⁷⁵ Voor het bepalen van de bedoeling van partijen kunnen meerdere factoren van invloed zijn. Hierbij moet gedacht worden aan mate van (te verwachten) deskundigheid van partijen, maar ook de gedragingen van partijen tijdens het uitvoeren of na afloop van het sluiten van de overeenkomst. Toch is de tekstuele uitleg van groot belang. Wanneer een bepaling voldoende duidelijk weergeeft wat partijen bedoelen moet de partij die de bepaling betwist voldoen aan een verzwaarde motiveringsplicht.⁷⁶ Ook de deskundigheid van partijen weegt mee. Wanneer partijen bepalingen lang uit hebben onderhandeld zal de tekstuele betekenis zwaarder meewegen. De rechter is vrij om contractbepalingen zelf uit te leggen als er over die contractbepalingen onduidelijkheid bestaat.⁷⁷ De rechter doet dit dan op basis van de beginselen van redelijkheid en billijkheid. Het is hierbij niet relevant of één van de partijen de uitleg van de rechter heeft aangevoerd.

3.5 Garantie

De garantie op een product zegt iets over wat de koper van het gekochte product kan en mag verwachten. Hierbij kan er een algemeen onderscheid gemaakt worden in wat wordt er gegarandeerd en voor hoe lang.⁷⁸ De gekochte zaak moet de eigenschappen bezitten die de koper op basis van mededelingen van de verkoper redelijkerwijs mocht verwachten. Dit worden de conformiteitsvereisten genoemd.⁷⁹ Hieraan wordt vaak een vervaltermijn verbonden.⁸⁰ De wettelijke conformiteitsvereisten zijn voor gelijkwaardige partijen van regeland recht.⁸¹ Bij onderhandelingen over bepalingen met betrekking tot garantie moeten de vereisten van redelijkheid en billijkheid in acht worden genomen. Garantie en aansprakelijkheid liggen in het verlengde van elkaar. De aansprakelijkheid bepaalt in welke mate de verkoper verplicht is de door de koper opgelopen schade te vergoeden.⁷ De schade kan een gevolg zijn van een tekortkoming in de garantie. Hiermee wordt bedoeld dat de gekochte zaak schade veroorzaakt doordat het niet voldoet aan de garantie (of conformiteitsvereisten) en dus niet voldoet aan hetgeen de koper van de zaak mocht verwachten. Ook een garantieovereenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding. Zoals beschreven in paragraaf 3.4 worden bepalingen met betrekking tot garantie echter regelmatig opgenomen in de koopovereenkomst en/of de (algemene) in- en verkoopvoorwaarden. In de volgende paragraaf worden de wettelijke conformiteitsvereisten verder beschreven.

3.5.1. Wettelijke garantiebepaling

De wettelijke bepalingen met betrekking tot koopovereenkomsten zijn te vinden in titel 1 van Burgerlijk Wetboek 7. Als partijen niets overeen zijn gekomen is het wettelijke conformiteitsvereiste van toepassing.⁸² Zoals besproken in de vorige paragraaf houdt het conformiteitsvereiste in dat een gekochte zaak moet voldoen aan wat partijen overeen zijn gekomen en wat de koper redelijkerwijs van de gekochte zaak mag verwachten. Een gekochte zaak voldoet niet aan het conformiteitsvereiste wanneer de zaak, gelet op de aard van de zaak en de mededelingen van verkoper, niet voldoet aan eigenschappen die de koper op grond van de overeenkomst kon verwachten aldus art. 7:17 lid 1 BW. Hierbij ziet de wet niet alleen toe op het normaal gebruik van de zaak maar ook op het bijzonder gebruik van de zaak.⁸³

⁷⁵ HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (*Haviltex*).

⁷⁶ HR 29 oktober 1999, NJ 1999/823 (*Ekkersrijt/De Rooy*).

⁷⁷ HR 23 juni 1995, NJ 1996/566 (*FMN/PAP*); HR 21 juni 1996, NJ 1997/327 (*Van Genk/De Wild*).

⁷⁸ Ruygvoorn 2013, p. 55.

⁷⁹ Art. 7:17 BW.

⁸⁰ Ruygvoorn 2013, p. 56.

⁸¹ Art. 7:6 BW.

⁸² Art. 7:17 BW.

⁸³ Art. 7:17 lid 2 BW.

Artikel 7:17 BW is ruim geformuleerd. Het is voor zowel de koper als de verkoper daarom lastig vast te stellen wanneer een zaak niet voldoet aan wat partijen overeen zijn gekomen. Er bestaat veel ruimte voor discussie als partijen niets afspreken met betrekking tot garantie. Wanneer er onduidelijkheid is over de conformiteitsvereisten dient er eerst gekeken te worden naar de koopovereenkomst. Een overeenkomst wordt gezien als dwingend bewijs⁸⁴. De partij die iets anders beweert dan dat er in de overeenkomst is opgenomen dient dit te bewijzen. Wanneer de zaak niet voldoet aan de vereisten als opgenomen in de overeenkomst, heeft de koper op basis van de wet een aantal mogelijkheden.⁸⁵ De koper kan het volgende vorderen:

1. aflevering van het ontbrekende deel;⁸⁶
2. herstel van de afgeleverde zaak, mits de verkoper hieraan redelijkerwijs kan voldoen;⁸⁷ en/of,
3. vervanging van de afgeleverde zaak, tenzij de afwijking van hetgeen is overeengekomen te gering is om dit te rechtvaardigen, dan wel dat de zaak na het tijdstip dat de koper redelijkerwijze met ongedaanmaking rekening moet houden, teniet of achteruit is gegaan doordat hij niet als zorgvuldig schuldenaar voor het behoud ervan heeft gezorgd.⁸⁸

3.5.2 Jurisprudentie verval garantie

Het Gerechtshof heeft in hoger beroep bij een zaak die betrekking had op het verval van garantie bij het niet tijdig plegen van preventief onderhoud, geoordeeld over de reikwijdte van garantie. Het Hof gaf antwoord op de vraag of van de koper kon worden verwacht dat hij op de hoogte was van het verval van garantie bij het nalaten van preventief onderhoud. De eiser in de zaak wilde de gemaakte kosten voor het repareren van het defect niet betalen aan de verweerder (tevens de verkoper van het product).

Het staat gelijkwaardige partijen vrij om af te spreken dat de garantie in bepaalde gevallen vervalt. In het geval er wordt afgesproken dat de garantie vervalt bij het niet tijdig plegen van onderhoud, is het aan de verkoper te bewijzen dat bij het wel tijdig plegen van onderhoud het gebrek niet was opgetreden.⁸⁹ Een overhandigde gebruiksaanwijzing is niet per definitie voldoende om te stellen dat koper op de hoogte is van de jaarlijkse onderhoudsplicht. Hierbij is specifieke informatie van de verkoper nodig zoals het bij aanschaf informeren van de koper over de jaarlijkse onderhoudsplicht.⁹⁰ Verder bevestigt het Hof de bewijslast van de verkoper.⁹¹ Verkoper is verplicht te bewijzen dat de zaak buiten de overeengekomen garantie valt.

3.6 Aansprakelijkheid

Het verbintenissenrecht is grotendeels regelend recht. Partijen zijn bijvoorbeeld vrij om afspraken te maken met betrekking tot de toerekenbaarheid van de door koper of derden opgelopen schade. Wanneer de vraag bestaat wie er aansprakelijk is voor een tekortkoming in de nakoming zal er dus in eerste instantie gekeken moeten worden naar wat partijen contractueel overeen zijn gekomen.⁹² Als partijen niets overeen zijn gekomen met betrekking tot de aansprakelijkheid, kent de wet een aantal bepalingen. Zo kan de tekortkoming niet aan de schuldenaar (verkoper) worden toegerekend als er sprake is van overmacht.⁹³ Van een

⁸⁴ Art. 150 Rv jo. art. 156 lid 1 Rv.

⁸⁵ Ruygvoorn 2013, p. 59.

⁸⁶ Art. 7:21 lid 1 sub a BW.

⁸⁷ Art. 7:21 lid 1 sub b BW.

⁸⁸ Art. 7:21 lid 1 sub c BW.

⁸⁹ HR 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4764, r.o. 7.6.4.

⁹⁰ HR 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4764, r.o. 7.6.5.

⁹¹ Art. 150 Rv.

⁹² Art. 6:74 BW.

⁹³ Art. 6:75 BW.

toerekenbare tekortkoming is sprake wanneer zij te wijten is aan de schuld van de schuldenaar of wanneer de schuld krachtens de wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor rekening van de schuldenaar komt.⁹⁴ Dit wordt in hoofdstuk 4 verder besproken.

In het licht van dit onderzoek is de bepaling “krachtens een rechtshandeling (...) voor rekening van de schuldenaar komt” van belang. De rechtshandeling is de koopovereenkomst waarin de verkoper bepaalde eigenschappen van het product aan de koper garandeert. Een dergelijke garantie leidt automatisch tot een tekortkoming in de nakoming wanneer de zaak niet aan de garantievereisten voldoet.⁹⁵

3.6.1 Exoneratie

Exoneratie is het vooraf contractueel uitsluiten of beperken van de aansprakelijkheid in geval er sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming.⁹⁶ Bij twee gelijkwaardige partijen geldt dat een overeengekomen exoneratieclausule is toegestaan, tenzij anders bepaald. Een in algemene termen geformuleerde exoneratieclausule is niet toelaatbaar.⁹⁷ Bij een “in algemene termen geformuleerde exoneratie” wordt alle aansprakelijkheid van de schuldenaar uitgesloten. Wanneer één van de partijen toch besluit een algemeen geformuleerde exoneratie af te dwingen kan het beding geheel of gedeeltelijk (partieel) worden vernietigd. Verder is het niet toelaatbaar opzettelijke of door bewuste roekeloosheid van de schuldenaar veroorzaakte schade, uit te sluiten.⁹⁸ Bewuste roekeloosheid is meer dan een gewone fout. Het gaat om fouten die niet gemaakt hadden mogen worden. Hierbij wordt gekeken naar hoe waarschijnlijk het is dat er schade veroorzaakt zou worden en of deze kans bewust is aanvaard door een zeker handelen of nalaten.⁹⁹ Partiële vernietiging gebeurt bijvoorbeeld wanneer alle schuld door de schuldenaar is uitgesloten, maar slechts een deel van de schade te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar.¹⁰⁰

Voor alle andere oorzaken dan opzet of bewuste roekeloosheid kunnen partijen hun aansprakelijkheid op voorhand contractueel uitsluiten. Hierbij moet gedacht worden aan eigen schuld, schade veroorzaakt door hulpzaken of fouten van hulppersonen, want de wettelijke bepalingen daaromtrent zijn van regelend recht.¹⁰¹

Een andere mogelijkheid is het beperken van de aansprakelijkheid tot de soort schade. Hierbij kan gedacht worden aan het beperken van de schadevergoedingsplicht tot directe vermogensschade zodat gevolgschade, indirecte schade, winstderving, stilstandschade en/of schade aan derden wordt uitgesloten.

Tot slot bestaat de mogelijkheid tot het limiteren van aansprakelijkheid in tijd of geld. Dergelijke bepalingen beperken niet de toerekenbaarheid van de tekortkoming. De schuldeiser kan namelijk de schuldenaar aanspreken voor een tekortkoming in de nakoming (wanprestatie), echter alleen tot een maximumbedrag of tot verloop van een maximale termijn na het ontstaan van de schade.¹⁰² De rechter kan de geëiste schadevergoeding

⁹⁴ Art. 6:75 BW.

⁹⁵ HR 4 mei 1951, *NJ* 1952/129.

⁹⁶ Art. 6:75 BW.

⁹⁷ HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3956.

⁹⁸ Art. 6:248 BW jo. 3:40 BW; HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3956.

⁹⁹ Wessels e.a. 2017, p. 389; HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2984.

¹⁰⁰ Wessels e.a. 2017, p. 403.

¹⁰¹ Reehuis 2014, p. 31; HR 20 februari 1976, *NJ* 1976/486 (*Pseudo-vogelpest*).

¹⁰² Reehuis 2014, p. 309; Ruygvoorn 2013, p. 80.

beperken wanneer de rechter de hoogte van de te betalen schadevergoeding onaanvaardbaar acht.¹⁰³

Bij een geschil kan het voorkomen dat een partij een eerder overeengekomen exoneratieclausule wil vernietigen. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan aan de hand van de volgende vier vragen een exoneratieclausule worden vernietigd:¹⁰⁴

- Maakt de exoneratieclausule deel uit van het contract of alleen van de algemene voorwaarden? Een exoneratieclausule die onderdeel is van het contract wordt gesteld uitonderhandeld te zijn en heeft dus een sterkere werking, dan wanneer het een bepaling betreft uit de algemene voorwaarden;
- Hoe is de hoedanigheid van de wederpartij en diens bekendheid met het hanteren van de algemene voorwaarden? Zijn het deskundige partijen? Hebben partijen al vaker samengewerkt? Bevinden zij zich in hetzelfde werkveld?;
- In welke mate wordt de aansprakelijkheid beperkt? Het uitsluiten van bewuste roekeloosheid of opzet door schuldenaar is niet toegestaan;
- In welke mate schiet de exoneratie tekort? In hoeverre is de exoneratieclausule onacceptabel?

3.7 Verhouding garantie en exoneratie

Bij een gebrekkig product kan de koper van de zaak, op basis van de garantie of non-conformiteit, de verkoper/producent verzoeken dan wel dwingen om alsnog met een deugdelijk product te komen of het product te repareren. Hierbij gaat het om een zaak die niet voldoet aan de eisen die de koper redelijkerwijs had mogen verwachten. Door middel van exoneratie kan de verkoper zijn aansprakelijkheid richting de koper uitsluiten. Bij productaansprakelijkheid gaat het om de schade die een koper/bezitter lijdt als gevolg van een door de verkoper/producent geleverde gebrekkige zaak. Het is van belang te achterhalen wie er aansprakelijk is voor de schade die de zaak heeft veroorzaakt. Op grond van zowel aansprakelijkheid als garantie kan er in bepaalde situaties een schadevergoeding gevorderd worden.

Uit rechtspraak blijkt dat het bij de verhouding tussen exoneratie en garantie van belang is of de garantiebepaling algemeen of specifiek geformuleerd is.¹⁰⁵ Een in de algemene voorwaarden opgenomen exoneratieclausule is niet voldoende om een op zichzelf staande garantiebepaling uit te sluiten. Het is voor de koper van belang dat de garantiebepaling is aan te merken als kernbeding, want dan kan bij een tekortkoming in de nakoming vrijwel altijd een beroep op wanprestatie worden gedaan. Zoals beschreven in paragraaf 3.3.1 kan een bepaling in de algemene voorwaarden worden aangemerkt als kernbeding mits deze toeziet op de kern van de te leveren prestatie. Een garantiebepaling in de algemene voorwaarden kan worden aangemerkt als kernbeding mits het uitdrukkelijk de garantie regelt.¹⁰⁶ Vereist is dat het gaat om een uitdrukkelijk toegezegde garantie¹⁰⁷. Er is geen sprake van een uitdrukkelijk toegezegde garantie wanneer partijen in zowel het contract als de algemene voorwaarden niets overeengekomen zijn. In dat geval valt men terug op de conformiteitsvereisten zoals beschreven in paragraaf 3.5.1.

Wanneer er sprake is van twee tegenstrijdige bedingen (garantie/exoneratie) is het van belang dat kan worden bewezen dat de garantie uitdrukkelijk door de wederpartij is toegezegd. Wanneer de garantie uitdrukkelijk door de wederpartij is toegezegd, kan door

¹⁰³ Art. 6:109 BW.

¹⁰⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8106.

¹⁰⁵ Wessels e.a., p. 389; Hof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BT1953.

¹⁰⁶ Wessels e.a., p. 390.

¹⁰⁷ Wessels e.a., p. 390.

een exonerationclausule de gegeven garantie niet worden uitgesloten.¹⁰⁸ Het uitsluiten van gevolgschade is toegestaan ook als partijen bepaalde garanties overeen zijn gekomen.¹⁰⁹ De exonерatie sluit in dat geval niet de garantie, maar wel de gevolgen die ontstaan door het gebrek uit.

3.8 Tussenconclusie

De verhouding tussen arts en patiënt is aan te merken als één van ongelijkwaardige partijen. Hierbij gelden meer de bepalingen van dwingend recht, waaronder de aansprakelijkheid op basis van de geneeskundige behandelingsovereenkomst richting de patiënt. Artsen en zorgaanbieders mogen op basis van de WGBO hun aansprakelijkheid richting de patiënt niet uitsluiten of beperken. De wetgever heeft hiermee bedoeld de zwakkere partij te beschermen tegen de sterkere partij.

Voor gelijkwaardige commerciële partijen gelden meer bepalingen van regelend recht. Dit zijn bepalingen waar contractueel van afgeweken mag worden en wordt ook wel contractvrijheid genoemd. Partijen maken regelmatig gebruik van algemene voorwaarden die onlosmakelijk deel uitmaken van de (koop)overeenkomst. Voor de toepasbaarheid van de algemene voorwaarden zijn de bepalingen van aanbod en aanvaarding van toepassing. Contractueel overeengekomen bepalingen kunnen worden beperkt door de redelijkheid en billijkheid, iets dat in de praktijk niet snel voorkomt. Bepalingen die in strijd zijn met dwingende wetsbepalingen zijn nietig dan wel vernietigbaar. Door middel van de reflexwerking kunnen gelijkwaardige partijen in een verzwakte vorm aansluiting zoeken bij de grijze en zwarte lijst. De grijze en zwarte lijst uit het Burgerlijk Wetboek zien toe op de onredelijk bezwarende bepalingen in algemene voorwaarden. Om te bepalen welke algemene voorwaarden van toepassing zijn moet er gekeken worden naar welke algemene voorwaarden als eerst aangeboden zijn. Dit wordt ook wel de first shot-rule genoemd. Uitzondering is een beding in de aanvaarding waarin de algemene voorwaarden van de wederpartij uitdrukkelijk van de hand worden gewezen. Uit jurisprudentie blijkt dat niet alleen datgene dat partijen zuiver taalkundig overeen zijn gekomen van belang is, maar ook de bedoeling van partijen.

De wettelijke bepalingen met betrekking tot garantie en aansprakelijkheid zijn eveneens van regelend recht. Als partijen niets overeen zijn gekomen zijn de wettelijke bepalingen van toepassing. Garantie beschrijft wat de koper van het gekochte product kan en mag verwachten. Vaak worden de garantie en aansprakelijkheid beperkt tot een zeker bedrag, soort en/of tijdsduur. Om de verhouding tussen garantie en exonерatie te kunnen bepalen is het van belang of het gaat om uitdrukkelijk toegezegde garantie. Een garantiebepaling als kernbeding kan niet worden beperkt door een exonерatieclausule. Een kernbeding wordt immers geacht uitonderhandeld te zijn.

Kortom, gelijkwaardige partijen kunnen handelen op basis van contractvrijheid. Zij mogen hierbij niet afwijken van de dwingende wetsbepalingen. Als partijen niets afspreken vult de wet de leemtes op.

¹⁰⁸ HR 20 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4606.

¹⁰⁹ Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV3620.

Hoofdstuk 4 Schadevergoeding & regres

Nu duidelijk is wat partijen contractueel af mogen spreken wordt in dit hoofdstuk beschreven wat regres is en wat de mogelijkheden tot regres inhouden. In dit hoofdstuk wordt beschreven op welke wijze een schuldenaar de schade waarvoor hij door een benadeelde aansprakelijk wordt gesteld, kan verhalen op zijn medeschuldenaars. Verder wordt er beschreven wat de vereisten voor regres zijn, wat eigen schuld en medeschuld inhoudt en wordt er afgesloten met een tussenconclusie.

4.1 (Niet)nakoming van een verbintenis

De meest normale manier waarop een verbintenis teniet gaat is door het voldoen van de overeengekomen prestatie (nakoming) door de schuldenaar aan de schuldeiser. Dit is niet alleen bij verbintenissen uit overeenkomsten, maar ook bij een verbintenis die voortvloeit uit de wet. Een onrechtmatige daad is een voorbeeld van een verbintenis die voortvloeit uit de wet en wordt nagekomen door vergoeding van de schade.¹¹⁰ Vernietiging en ontbinding van een overeenkomst kan niet worden aangemerkt als nakoming. Bij vernietiging heeft de overeenkomst nooit bestaan, bij ontbinding wordt de overeenkomst voortijdig beëindigd.¹¹¹ Dit onderzoek ziet toe op de tekortkoming in de nakoming van een verbintenis. Er is bij een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis sprake van een schuldeiser en een schuldenaar. De schuldenaar is verplicht tot nakoming van de overeenkomst. Dit kan het leveren van het product zijn of het leveren van een prestatie of bijvoorbeeld het betalen van een schadevergoeding indien nakoming niet plaatsvindt. In de volgende paragrafen wordt besproken wanneer een verplichting tot schadevergoeding ontstaat.

4.2 Wanprestatie

In paragraaf 3.6 is beschreven dat partijen afspraken kunnen maken over de aansprakelijkheid bij niet-nakoming (wanprestatie) van de overeenkomst. Beschreven dient te worden wanneer er sprake is van niet-nakoming. De algemene wettelijke regelingen bij niet-nakoming van een verbintenis zijn opgenomen in afdeling 6.1.9 BW. De bijzondere bepalingen met betrekking tot wederkerige overeenkomsten zijn opgenomen in afdeling 6.5.5 BW. Niet-nakoming van een verbintenis wordt ook wel een tekortkoming in de nakoming of wanprestatie genoemd en is geregeld in art. 6:74 BW. Afdeling 6.1.9 BW ziet toe op de gevolgen van wanprestatie. De schuldeiser heeft bij een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis een aantal mogelijkheden. Zo kan de schuldeiser alsnog deugdelijke nakoming vorderen,¹¹² zijn eigen nakoming opschorten (bij wederkerige overeenkomsten)¹¹³ of de overeenkomst ontbinden.¹¹⁴ Een andere mogelijkheid is het recht op schadevergoeding mits de tekortkoming schade veroorzaakt. Dit onderzoek ziet toe op de mogelijkheden van Bravis om de aan de patiënt vergoede schade te verhalen op de verkoper/fabrikant. De bepalingen in afdeling 6.1.9 BW zijn merendeels van regeland recht. Zoals besproken in het vorige hoofdstuk kan hier contractueel van worden afgeweken.

Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming in de nakoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.¹¹⁵ Hieruit blijkt dat er sprake moet zijn van een causaal verband tussen de tekortkoming in de nakoming en de geleden schade. Met causaal verband wordt bedoeld dat de schade die is geleden door de schuldeiser het gevolg moet zijn van een tekortkoming in de nakoming van de verbintenis. Verder moet nakoming blijvend

¹¹⁰ Art. 6:162 BW.

¹¹¹ Reehuis 2015, p. 283.

¹¹² Art. 6:81 jo 6:82 BW.

¹¹³ Art. 6:262 BW.

¹¹⁴ Art. 6:265 BW.

¹¹⁵ Art. 6:74 lid 1 BW.

onmogelijk zijn.¹¹⁶ De schuldeiser moet niet meer in staat zijn om alsnog tot een deugdelijke nakoming te komen. Wanneer de schuldeiser schade lijdt als gevolg van een tekortkoming in de nakoming en nakoming blijvend onmogelijk is, ontstaat er een vordering tot schadevergoeding.¹¹⁷

De mogelijkheid tot schadevergoeding verjaart na verloop van vijf jaar.¹¹⁸ De periode van vijf jaar start op het moment dat de schade bekend is bij de schuldeiser. Wanneer de schade nog niet bekend is verloopt de rechtsvordering tot schadevergoeding twintig jaar nadat de gebeurtenis heeft plaatsgevonden. Dit onderzoek ziet toe op het geval dat nakoming blijvend onmogelijk is. De gevallen waarin deugdelijke nakoming nog wel mogelijk is worden in dit onderzoek niet verder besproken.

4.2.1 Tekortkoming in de nakoming

Zoals besproken in de vorige paragraaf is voor het ontstaan van de verplichting tot schadevergoeding een tekortkoming van de schuldenaar in de nakoming van de verbintenissen nodig. De schuldenaar schiet tekort wanneer hij niet tijdig, niet behoorlijk, of (gedeeltelijk) niet nakomt of wanneer schuldenaar schade veroorzaakt. In de gevallen dat nakoming nog mogelijk is moet de schuldenaar in verzuim zijn gesteld.¹¹⁹ Bij blijvende onmogelijkheid tot nakoming is er direct sprake van een tekortkoming.¹²⁰ Om te bepalen of de schuldenaar te kortschiet moet er gekeken worden naar wat partijen contractueel overeen zijn gekomen. In het vorige hoofdstuk werd beschreven dat hierbij onder andere gekeken moet worden naar de garantie die de verkoper heeft gegeven en de exonerationclausules. Een koopovereenkomst is een resultaatverbintenis, omdat het doel is het overdragen van een product dat aan de eisen en wensen van de koper voldoet. Zodra het toegezegde resultaat niet is verwezenlijkt is er sprake van een tekortkoming.¹²¹

De tekortkoming moet toerekenbaar zijn aan de schuldenaar. Als de tekortkoming niet aan de schuldenaar is toe te rekenen, is er sprake van overmacht.¹²² De schuldeiser is hierbij verplicht te bewijzen dat de schuldenaar tekort is geschoten.¹²³ De schuldenaar moet, indien van toepassing, bewijzen dat de tekortkoming niet aan hem toe te rekenen is.¹²⁴ Om te kunnen bepalen of de tekortkoming de schuldenaar valt toe te rekenen moet er tevens gekeken worden naar wat partijen contractueel overeen zijn gekomen.

Wanneer partijen contractueel niets overeen zijn gekomen kent de wet een aantal aanvullende bepalingen. Art. 6:75 bepaalt dat een tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend wanneer de tekortkoming niet aan zijn schuld te wijten is of indien op basis van de wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen de schuld niet voor zijn rekening komt. Schuld is dus een vereiste voor de toerekenbaarheid, maar ook bijvoorbeeld in gevallen de tekortkoming voor risico van de schuldenaar komt. Een tekortkoming komt voor risico van de schuldenaar wanneer dit contractueel door partijen is afgesproken of wanneer de wet of in het verkeer geldende opvattingen dit bepalen. Ook kent de wet aparte bepalingen met betrekking tot het gebruik van hulppersonen¹²⁵ of

¹¹⁶ Art. 6:74 lid 2 BW.

¹¹⁷ Art. 6:83 sub b BW.

¹¹⁸ Art. 3:310 BW.

¹¹⁹ Art. 6:81 BW.

¹²⁰ HR 22 oktober 2004, NJ 2006/597.

¹²¹ Olthof, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 6*, art. 6:74 BW, (online, bijgewerkt 30 november 2017).

¹²² Art. 6:75 BW.

¹²³ Olthof, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 6*, art. 6:74 BW, (online, bijgewerkt 30 november 2017).

¹²⁴ Reehuis 2015, p. 295.

¹²⁵ Art. 6:76 BW.

hulpzaken.¹²⁶ Hierbij moet gedacht worden aan het gebruik van personeel of van een defibrillator die schade veroorzaakt.

4.2.2 Boetebeding

Zoals beschreven verplicht een tekortkoming in de nakoming (art.6:74 BW) de schuldenaar tot het vergoeden van de door de benadeelde geleden schade. De wettelijke bepalingen met betrekking tot schadevergoeding zijn opgenomen in afdeling 6.1.10 BW. Partijen hebben de mogelijkheid om op voorhand een bedrag vast te stellen dat moet worden betaald wanneer er sprake is van wanprestatie. Dit wordt ook wel een boetebeding genoemd. Het boetebeding is een buitenwettelijke verplichting tot schadevergoeding. Deze valt niet onder afdeling 6.1.10 BW. De mogelijkheid tot een boetebeding is, eveneens als wanprestatie, opgenomen in afdeling 6.1.9 BW (paragraaf 4). Partijen gebruiken een boetebeding vaak als stimulans tot tijdige en juiste nakoming van de overeenkomst.¹²⁷ Het boetebeding treedt in de plaats van de schadevergoedingsplicht en kan slechts worden ingeroepen op het moment er sprake is van wanprestatie.¹²⁸ Wanneer de schuldeiser nakoming van het boetebeding vordert vervalt zijn recht tot nakoming van de hoofdvordering (de prestatie) te vorderen.¹²⁹ Deze bepalingen zijn echter van regeland recht en er kan aldus door partijen van worden afgeweken. De rechter kan, mits de redelijkheid dit eist, het boetebeding matigen dan wel aanvullen. De mogelijkheid tot matigen van het boetebeding is opgenomen in art. 6:94 lid 1 BW en er mag op basis van lid 3, niet contractueel van worden afgeweken. Van de mogelijkheid tot aanvullen van het boetebeding mag wel contractueel worden afgeweken.¹³⁰

4.3 Wettelijke schadevergoedingsplicht

Zoals gezegd zijn de bijzondere wettelijke bepalingen met betrekking tot schadevergoeding opgenomen in afdeling 6.1.10. BW. Deze afdeling geeft algemene regels met betrekking tot de inhoud en omvang van de schadevergoedingsplicht en bevat regeland recht, partijen mogen er dus contractueel van afwijken.¹³¹

De schadevergoedingsplicht die ontstaat valt te onderscheiden in aanvullende en vervangende schadevergoeding.¹³² Aanvullende schadevergoeding ziet toe op de vertragingsschade of gevolgschade, schadeposten die de schuldeiser in zijn overige vermogen lijdt.¹³³ Vervangende schadevergoeding vervangt nakoming van de prestatie.¹³⁴

4.3.1 Vergoedbare schade

De schade die op grond van een wettelijke verplichting moet worden vergoed, bestaat uit vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op de vergoeding hiervan recht geeft.¹³⁵ Vermogensschade omvat zowel de geleden verliezen als gederfde winsten aldus art. 6:96 lid 1 BW. Onder vermogensschade vallen ook de kosten die de schuldeiser moet maken ter voorkoming of beperking van de schade, de kosten voor de vaststelling van aansprakelijkheid en de incassokosten voor het verkrijgen van de schadevergoeding. Met “ander nadeel” wordt schadevergoeding in de vorm van smartengeld bedoeld.¹³⁶ In beginsel ziet de afdeling toe op volledige vergoeding van de vermogensschade. Er moet echter binnen in de wet bepaalde grenzen gebleven worden. Er moet sprake zijn van een causaal

¹²⁶ Art. 6:77 BW.

¹²⁷ Art. 6:91 BW.

¹²⁸ Art. 6:92 lid 2 jo. lid 3 BW.

¹²⁹ Art. 6:92 lid 1 BW.

¹³⁰ Art. 6:94 lid 2 BW.

¹³¹ Art. 6:109 lid 1 BW.

¹³² Olthof, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 6*, art. 6:74 BW, (online, bijgewerkt 30 november 2017).

¹³³ Art. 6:85 BW.

¹³⁴ Art. 6:87 BW.

¹³⁵ Art. 6:95 BW.

¹³⁶ Art. 6:106 BW.

verband, alleen de schade die is veroorzaakt door de tekortkoming komt in aanmerking voor schadevergoeding.¹³⁷ Wanneer de schade ook voordeel heeft opgeleverd moet dit voordeel worden verrekend met de schadevergoeding.¹³⁸ Ook het eigen aandeel van de schuldeiser moet worden verrekend met de schadevergoeding.¹³⁹

4.3.2 Causaal verband

Zoals eerder besproken moet er een causaal verband bestaan tussen de schade en de tekortkoming. Voorbeeld: twee partijen zijn door middel van een koopovereenkomst contractueel aan elkaar verbonden. Partij A koopt 100 flessen frisdrank bij partij B ten behoeven van zijn bar. De flessen frisdrank worden niet geleverd, wat een tekortkoming in de nakoming oplevert. Partij lijdt schade, hij mist immers inkomsten en verliest klanten doordat hij geen frisdrank kan verkopen. De schade die daardoor ontstaat is een gevolg van de wanprestatie. Als de flessen frisdrank op tijd werden geleverd had A nooit schade gelopen. Kortom, er is een causaal verband tussen de schade en de tekortkoming in koopovereenkomst. Art. 6:98 BW sluit aan bij het causale verband. Alleen de schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, komt in aanmerking voor schadevergoeding. Hetzelfde geldt voor een schadevergoedingsplicht op basis van onrechtmatige daad.

4.4 Schuld

Om de regresmogelijkheden helder in beeld te krijgen is het van belang de wettelijke bepalingen met betrekking tot eigen schuld en medeschuld te onderzoeken. De bepalingen zijn opgenomen in afdeling 6.1.10 BW en zijn van regeland recht. Er mag door partijen contractueel van worden afgeweken.

4.4.1 Eigen schuld

De hoogte van de schadevergoeding kan worden beperkt door middel van eigen schuld.¹⁴⁰ Wanneer de schade mede het gevolg is van een omstandigheid die aan de schuldeiser toe te rekenen is, kan de schadevergoeding worden beperkt. In hoeverre de schadevergoeding wordt beperkt is afhankelijk van hoe groot het eigen aandeel van de schuldeiser is. Ook hier is de causaliteitsleer van toepassing. Wanneer de schuldeiser onvoldoende maatregelen heeft getroffen om de schade te beperken op het moment dat de oorzaak van de schade hem bekend was, werkt dit beperkend op het schadebedrag. Hierbij moet gedacht worden aan de situatie waarin de koper ontdekt dat het product niet goed functioneert, maar het product toch blijft gebruiken. Het product kan dan schade veroorzaken. Op dat moment heeft de koper tot op zekere hoogte "eigen schuld" aan de ontstane schade.¹⁴¹

4.4.2 Billijkheidscorrectie

De correctie in de schuldverdeling die de rechter maakt aan de hand van eigen schuld wordt ook wel de billijkheidscorrectie¹⁴² genoemd. Deze correctie komt regelmatig voor bij ongevallen op de weg. Dit komt omdat vrijwel altijd beide partijen schuld hebben aan het ongeval. De schuldverdeling wordt bijvoorbeeld bepaald op 20% eigen schuld of 50% eigen schuld. In sommige gevallen kan er sprake zijn van 0% eigen schuld. Dit gebeurt in het geval de rechter dit gezien de ernst van het letsel billijk acht. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van de rechtbank Amsterdam op 26 mei 2016. Hierbij ging het om een ongeval tussen een motorrijder en een linksaf slaande auto. De bestuurder van de afslaande auto reed met hoge snelheid onder invloed van verdovende middelen een inhalende motorrijder aan. De motorrijder liep hierdoor ernstig letsel op. De verzekeraar van de automobilist

¹³⁷ Art. 6:98 BW.

¹³⁸ Art. 6:100 BW.

¹³⁹ Art. 6:101 BW.

¹⁴⁰ Reehuis 2015, p 390; art. 6:101 BW.

¹⁴¹ Art. 6:101 BW.

¹⁴² Rb. 26 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3557.

claimde dat de motorrijder eigen schuld had aan het ongeval, omdat hij zou hebben ingehaald vlak voor, dan wel, op een kruising. De rechtbank was van oordeel dat zelfs wanneer de motorrijder enige eigen schuld had aan het ongeval de schuldverdeling alsnog op 0%-100% neerkwam. Dit gezien de ernst van de schade van de motorrijder.¹⁴³ Voor zover bekend blijkt uit jurisprudentie niet dat een dergelijke schuldverdeling niet in het contractenrecht van toepassing kan zijn.

4.4.3 Medeschuld

Afdeling 6.1.2 BW ziet toe op pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid. Wanneer een prestatie door twee of meer schuldenaren verschuldigd is, zijn zij ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij uit de wet, gewoonte of rechtshandeling anders voortvloeit aldus art. 6:6 lid 1 BW. In lid twee van datzelfde artikel wordt het begrip hoofdelijk schuldenaar verder uitgewerkt.¹⁴⁴ Pluraliteit van schuldenaren wil dus zeggen dat er twee of meer schuldenaren zijn. Wanneer beide partijen geheel aansprakelijk zijn jegens de benadeelde, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk. Dit brengt met zich mee dat de schuldeiser tegenover iedere schuldenaar het recht heeft tot nakoming van de gehele prestatie.¹⁴⁵ Wanneer één van de schuldenaren nakomt, bevrijdt dit de medeschuldenaar van nakoming jegens de schuldeiser.

Naast eigen schuld bestaat er medeschuld. Medeschuld is terug te vinden in art. 6:102 BW en ziet toe op het geval er meerdere partijen verplicht zijn tot het vergoeden van dezelfde schade.¹⁴⁶ Art. 6:102 BW regelt dat alle schuldenaars hoofdelijk zijn verbonden tot het vergoeden van de schade. De benadeelde kan de volledige schadevergoeding verhalen op elk van de schuldenaren. Op het moment dat de schadevergoeding is voldaan door één van de schuldenaren vervalt het recht van de benadeelde om de andere schuldenaren aan te spreken. In de praktijk is dit het geval wanneer zowel koper als verkoper schuldig is aan het toebrengen van de schade. Het feit dat één van de partijen de volledige schade vergoedt, betekent niet dat die partij geheel verantwoordelijk is voor de schade. Dit wordt ook wel de interne draagplicht van schuldenaren genoemd en wordt verder beschreven in de volgende paragraaf. Artikel 6:102 lid 1 BW verwijst naar de maatstaf van art. 6:101 BW (eigen schuld). Er zal door de rechter gekeken worden naar de eigen bijdrage van iedere schuldenaar aan de schuld. Aan de hand van de maatstaf van eigen schuld (billijkheidscorrectie) kan de bijdrageplicht van een medeschuldenaar worden beperkt of verruimd.

4.5 Regres

Voor het ontstaan van een regresvordering moet een hoofdelijk schuldenaar een groter deel dan zijn aandeel hebben betaald aan de benadeelde.¹⁴⁷ Artikel 6:10 BW is het artikel dat toeziet op de regresmogelijkheid van schuldenaren. Een hoofdelijk schuldenaar is slechts voor het gedeelte van de schuld dat hem in onderlinge verhouding met zijn medeschuldenaren aangaat verplicht in de kosten bij te dragen.¹⁴⁸ Zoals besproken in de vorige alinea heeft de benadeelde tegenover iedere schuldenaar het recht om nakoming te vorderen. Dit kan nakoming van een schadevergoeding zijn. Wanneer de schuldeiser tegenover één schuldenaar nakoming van de schadevergoeding vordert ontstaat er voor de schuldenaar die de vordering voor een groter deel dat hem aangaat voldoet, een regresvordering op zijn medeschuldenaren.¹⁴⁹ Een voorbeeld: drie hoofdelijk schuldenaren (A, B en C) hebben een schuld van €1500,-. Zij moeten allen een gelijk gedeelte van de

¹⁴³ Rb. 26 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3557.

¹⁴⁴ Art. 6:6 lid 2 BW.

¹⁴⁵ Art. 6:7 lid 1 BW.

¹⁴⁶ Reehuis 2015, p 392.

¹⁴⁷ HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784.

¹⁴⁸ Art. 6:10 lid 1 BW.

¹⁴⁹ Art. 6:10 lid 2 BW.

schuld aan de benadeelde betalen. Dit komt neer op €500,- per schuldenaar. A betaalt de volledige schuld van €1500,- aan de schuldeiser. Door voldoening van de volledige schuld ontstaat er voor A een regresvordering tot bijdragen op B en C voor het gedeelte dat A te veel heeft betaald (€1000,-).¹⁵⁰ Voor de verjaringstermijn van regres zijn de bepalingen van artikel 3:310 lid 1 van toepassing. Een regresvordering verjaart naar verloop van 5 jaar en vangt aan op het moment dat de hoofdelijk schuldenaar de schuld voldoet voor een groter gedeelte dan hem aangaat.¹⁵¹

4.6 Onrechtmatige daad

Een partij kan schade lijden door het handelen van de wederpartij zonder dat daar een contractuele verhouding aan ten grondslag ligt. Op dat moment kan er geen beroep worden gedaan op wanprestatie. Een andere mogelijkheid een partij aansprakelijk te stellen dan op grond van wanprestatie, is op basis van een onrechtmatige daad. Zoals besproken is een onrechtmatige daad een verbintenis uit de wet. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander daardoor lijdt, te vergoeden, aldus art. 6:162 lid 1 BW. Hieruit blijkt dat er sprake moet zijn van een onrechtmatige daad, die toerekenbaar is aan de dader en er moet sprake zijn van een causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade.¹⁵²

Om te kunnen bepalen of een gedraging onrechtmatig is moet er gekeken worden naar lid 2 van artikel 6:162 BW. Het moet gaan om een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke verplichting of hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Onder inbreuk op een recht vallen onder andere de persoonlijkheidsrechten en absolute vermogensrechten, zoals lichamelijk integriteit of het eigendom.¹⁵³ Onder doen of nalaten in strijd met een wettelijke verplichting wordt verstaan het handelen in strijd met een wettelijke norm. Met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt kan de rechter een bepaalde handeling toetsten aan maatschappelijke regels. Regels die niet altijd uitdrukkelijk in de wet geformuleerd zijn maar wel als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt. Afdeling 6.3.2 BW kent bijzondere bepalingen die toezien op de aansprakelijkheid bij een onrechtmatige daad. Art. 6:173 BW bepaalt dat de bezitter van een gebrekkige zaak aansprakelijk is voor de schade die de zaak veroorzaakt bij anderen, tenzij de bezitter het gebrek niet zou hebben gekend.

Voor het bepalen van het recht op schadevergoeding moet er, net zoals bij wanprestatie, sprake zijn van een causaal verband. Dit betekent dat de schade die is veroorzaakt het gevolg moet zijn van de handeling die als onrechtmatig is aan te merken. Dit maakt de partij die de schade veroorzaakt hoofdelijk aansprakelijk. Ook bij onrechtmatige daad kan er sprake zijn van medeschuld zoals besproken in paragraaf 4.4.3.

4.7 Tussenconclusie

Een regresvordering is het terugvorderen van dat deel van de schadevergoeding dat één van de hoofdelijk schuldenaren meer heeft betaald dan dat hem aangaat. Hiervoor moet er sprake zijn van medeschuld. Medeschuld is het geval er meerdere partijen hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de benadeelde. Ieder hoofdelijk schuldenaar is schuldig voor dat deel dat hem aangaat. Hierbij moet rekening gehouden worden met de maatstaven van eigen schuld uit art. 6:101 BW. Aan de hand van de maatstaven van eigen schuld kan een schuldverdeling worden gemaakt. De schuldverdeling kan variëren tussen de 0% en 100%. Ieder hoofdelijk schuldenaar is verplicht zijn deel van de schuld te betalen. De benadeelde kan echter de volledige schuld op één hoofdelijk schuldenaar verhalen. Bij regres verhaalt een hoofdelijk schuldenaar dat deel van de schadevergoeding dat hij te veel heeft betaald.

¹⁵⁰ Valk, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 6*, art. 6:10 BW, (online, bijgewerkt 5 december 2017).

¹⁵¹ HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784.

¹⁵² Reehuis 2015, p 341.

¹⁵³ Lindenbergh, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 6*, art. 6:162 BW, (online, bijgewerkt 1 juli 2017)

Hoofdelijke aansprakelijkheid kan ontstaan op basis van wanprestatie en onrechtmatige daad. Het verschil zit in het al dan niet bestaan van een contractuele verhouding. Bij wanprestatie ontstaat schade door een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. Bij onrechtmatige daad ontstaat er een verbintenis tot betalen van schadevergoeding uit de wet. Voor het recht op schadevergoeding is het belangrijk dat de schade is veroorzaakt door de tekortkoming in de nakoming of door een onrechtmatige daad.

Contractvrijheid staat ook bij regres centraal. Partijen kunnen onderling afspraken maken over hoofdelijke aansprakelijkheid, eigen schuld en medeschuld. Zoals beschreven in het vorige hoofdstuk kunnen partijen hun aansprakelijkheid uitsluiten door middel van exonerationen.

Hoofdstuk 5 De Bravis casus en huidige praktijk

In de vorige hoofdstukken is de vigerende wet- en regelgeving met betrekking tot aansprakelijkheid, garantie en regres beschreven. In dit hoofdstuk worden de contractuele afspraken tussen Bravis en GrafiMedics getoetst aan de voorgaande hoofdstukken. Hierbij wordt beschreven welke algemene voorwaarden van toepassing zijn, wat er is afgesproken ten aanzien van het gebruik van niet originele onderdelen, wat partijen overeen zijn gekomen met betrekking tot garantie en exoneration, of de exonerationclausules redelijk en billijk zijn en in hoeverre de afspraken tussen Bravis en GrafiMedics invloed hebben op de mogelijkheid van Bravis tot regres op GrafiMedics en/of Philips. Eerst wordt de aansprakelijkheid van Bravis beschreven.

5.1. Aansprakelijkheid Bravis

Zoals besproken in hoofdstuk 1 is Bravis ontstaan uit een juridische fusie tussen het Franciscus Ziekenhuis uit Roosendaal en het Lievensberg ziekenhuis uit Bergen op Zoom. De defibrillators zijn in 2013 gekocht bij GrafiMedics door het Franciscus Ziekenhuis. De rechten met betrekking tot de defibrillators zijn door de juridische fusie overgegaan op Bravis.¹⁵⁴ Gemakshalve wordt er in het vervolg gesproken over Bravis.

In hoofdstuk 1 is vastgesteld dat Philips (tijdelijk) is gestopt met de productie van de bij de Philips defibrillator behorende batterijen. Daardoor ziet Bravis zich genoodzaakt over te stappen op een ander merk batterijen. Er is vast komen te staan dat door het gebruik van een ander merk batterijen de Philips defibrillator schade veroorzaakt bij een patiënt. Tevens is vast komen te staan dat na onderzoek blijkt dat de schade is veroorzaakt door een gebrek in de defibrillator. Bravis koopt de defibrillators bij GrafiMedics, een bedrijf dat gespecialiseerd is in de verkoop van medische hulpmiddelen.¹⁵⁵

Een arts binnen Bravis behandelt een patiënt op basis van een behandelingsovereenkomst. In het kader van deze behandelingsovereenkomst wordt de patiënt behandeld met een Philips defibrillator. Bravis is voor de geneeskundige behandelingen binnen het ziekenhuis aansprakelijk op basis van de centrale aansprakelijkheid, zoals beschreven in paragraaf 3.2.3. De patiënt heeft Bravis aansprakelijk gesteld op basis van wanprestatie. Deze aansprakelijk stelling is door Bravis toegewezen of erkend, waarna een schadevergoeding aan de patiënt is uitgekeerd. De teveel betaalde schadevergoeding wil Bravis verhalen op GrafiMedics en/of Philips. In de volgende paragrafen wordt stapsgewijs beschreven of Bravis de schadevergoeding door middel van regres kan verhalen op GrafiMedics en/of Philips waarna vervolgens de contractuele afspraken tussen Bravis en GrafiMedics worden besproken en getoetst aan de voorgaande hoofdstukken.

5.1.1 Gebruik ander merk batterij

In hoofdstuk 2 is beschreven dat het Convenant geldt als sectorspecifieke veldnorm. Hierin zijn regels opgenomen met betrekking tot het gebruik van medische hulpmiddelen waarbij de IGJ handhavend op kan treden. De defibrillator van Philips die Bravis gebruikt bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst is conform het Convenant aan te merken als medisch hulpmiddel. Een batterij, ongeacht het merk, is aan te merken als medisch hulpmiddel mits de batterij door de fabrikant geproduceerd is met als doel bij een medisch hulpmiddel gebruikt te worden. In het kader van dit rapport wordt er van uitgegaan dat Bravis een ander merk batterij gebruikt die geproduceerd is met het doel bij een Philips defibrillator gebruikt te worden.

Wanneer Bravis gebruik maakt van een ander merk batterij zijn er een aantal aspecten van belang. Ten eerste moet de batterij voorzien zijn van een CE-markering. Vervolgens moet

¹⁵⁴ Art. 2:309 BW.

¹⁵⁵ Zie bijlage A.

door middel van een risicoanalyse komen vast te staan dat de prestatie en veiligheid van de Philips defibrillator door het gebruik van een ander merk batterij niet nadelig wordt beïnvloed. Wanneer aan al deze aspecten is voldaan, en dus vast is komen te staan dat het gebruik veilig en verantwoord is, is het voor Bravis op basis van het Convenant toegestaan om bij een Philips defibrillator een ander merk batterij te gebruiken.

5.2 Hoofdelijke aansprakelijkheid GrafiMedics

Een aantal punten zijn van belang bij de beschrijving van de aansprakelijkheid van GrafiMedics. Vaststaat dat de schade is veroorzaakt bij een gebrek in de Philips defibrillator. De patiënt stelt Bravis voor de geleden schade aansprakelijk, Bravis erkent de aansprakelijkheid en vergoedt de schade. Bravis wil de aan de patiënt betaalde schadevergoeding in de regressfeer verhalen op GrafiMedics. Zoals besproken in hoofdstuk 5 is het in het kader van regres van belang om te toetsen of er sprake is van medeschuld van GrafiMedics en daarmee ook hoofdelijke aansprakelijkheid.

5.2.1 Medeschuld van GrafiMedics

Bravis en GrafiMedics hebben gehandeld op basis van een offerte van GrafiMedics welke Bravis heeft geaccepteerd.¹⁵⁶ Deze handeling tussen Bravis en GrafiMedics is aan te merken als koopovereenkomst. Om vast te kunnen stellen of er voor Bravis een regresmogelijkheid op GrafiMedics is, is het allereerst van belang na te gaan of er sprake is van medeschuld van GrafiMedics. Voor medeschuld moeten zowel Bravis als GrafiMedics hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de patiënt geleden schade. GrafiMedics is in beginsel geen partij bij de behandelingsovereenkomst tussen Bravis en de patiënt.

De koopovereenkomst tussen Bravis en GrafiMedics is een resultaatverbintenis. GrafiMedics heeft zich tegenover Bravis verplicht tot het leveren van een deugdelijke Philips defibrillator. Vaststaat dat de defibrillator gebrekkig is. Zoals besproken in paragraaf 4.2.1 levert dit een tekortkoming in de nakoming op van GrafiMedics. De schade die bij de patiënt wordt veroorzaakt is het gevolg van de gebrekkige defibrillator wat een causaal verband (paragraaf 4.2) oplevert tussen de schade en de tekortkoming. GrafiMedics is daardoor mede verantwoordelijk voor de door de patiënt geleden schade. In paragraaf 3.2.5 is besproken dat Bravis bij het gebruik van een gebrekkige hulpzaak zich kan beroepen op de ontsnappingsclausule uit art. 6:77 BW. De clausule bepaalt dat de gebruiker van een gebrekkige hulpzaak niet aansprakelijk is, mits dit onredelijk zou zijn. Voor toepassing van artikel 6:77 BW moet er gekeken worden naar de PIP-implantaten zaak zoals besproken in paragraaf 3.2.5.¹⁵⁷ In de PIP-implantaten zaak stond het onomstotelijk vast dat het gebrek in het product te wijten was aan de fabrikant. De fabrikant had doelbewust verwijtbaar gehandeld. Bij de defibrillators van GrafiMedics ligt dit genuanceerder. Vast staat dat de defibrillator faalt als gevolg van een aan de defibrillator te wijten gebrek. De patiënt lijdt hierdoor schade waarvoor zij Bravis aansprakelijk stelt. Als Bravis de defibrillator niet had gebruikt had de patiënt nooit deze schade geleden. De schade is echter veroorzaakt door een gebrek dat aan de defibrillator te wijten is. Als GrafiMedics geen gebrekkige defibrillator had geleverd dan had de patiënt tevens nooit schade geleden. GrafiMedics schiet hierdoor tekort in de nakoming richting Bravis.

Om na te kunnen gaan of er sprake is van medeschuld is het van belang dat GrafiMedics, evenals Bravis, hoofdelijk aansprakelijk is richting de patiënt. Bravis is op basis van een tekortkoming in de behandelingsovereenkomst hoofdelijk aansprakelijk voor de door de patiënt geleden schade. Doordat Bravis zich kan beroepen op de ontsnappingsclausule uit art. 6:77 BW wordt GrafiMedics medeschuldig. De volledige schuld gaat echter niet over op GrafiMedics omdat niet te beargumenteren valt dat GrafiMedics bewust de defibrillator heeft gemanipuleerd, waar in de PIP-implantaten zaak vaststond dat de implantaten wel bewust

¹⁵⁶ Zie bijlage A.

¹⁵⁷ HR 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4764.

waren gemanipuleerd. Een deel van de schuld blijft daarom bij Bravis. Omdat GrafiMedics met het leveren van een gebrekkige defibrillator tekort is geschoten, in de nakoming die schade veroorzaakt, is GrafiMedics medeschuldig en daarmee hoofdelijk aansprakelijk aan de door de patiënt geleden schade.

5.2.2 Regresmogelijkheid op GrafiMedics

In de vorige paragraaf is beschreven dat GrafiMedics op wettelijke gronden medeschuldig heeft aan wanprestatie bij de patiënt. Tevens staat vast dat Bravis medeschuldig heeft aan de door de patiënt geleden schade. Zoals beschreven in paragraaf 4.4.3 moet voor medeschuld gekeken worden naar de maatstaven van eigen schuld. Aan de hand van de maatstaven van eigen schuld kan er een billijkheidscorrectie plaats te vinden. Door middel van de billijkheidscorrectie wordt er tussen Bravis en GrafiMedics een schuldverdeling gemaakt. Dit is afhankelijk van de ernst van de schade bij de patiënt.

Bravis wordt aansprakelijk gesteld door de patiënt voor de schade die de patiënt heeft geleden op basis van de behandelingsovereenkomst. Op basis van centrale aansprakelijkheid, zoals besproken in paragraaf 3.2.3, is Bravis verplicht deze schade aan de patiënt te vergoeden.

Zoals besproken in paragraaf 4.5 moet voor een regresvordering een hoofdelijk schuldenaar een groter aandeel van de schadevergoeding aan de patiënt hebben betaald dan dat hem aangaat. Bravis heeft de volledige schade vergoed aan de patiënt. Omdat GrafiMedics eveneens hoofdelijk aansprakelijk is, is de volledige vergoeding van de schade door Bravis aan de patiënt een groter deel dan dat Bravis aangaat. Afhankelijk van de billijkheidscorrectie is vast te stellen dat Bravis een regresvordering op GrafiMedics heeft voor dat deel van de schadevergoeding dat Bravis te veel heeft betaald. In paragraaf 4.4.2 is beschreven dat dit in theorie een regresvordering van 100% kan zijn.

Echter, zoals besproken in paragraaf 4.3, is afdeling 6.1.10 BW van regeland recht. Dit betekent dat Bravis en GrafiMedics contractueel afwijkende afspraken mogen maken met betrekking tot medeschuld en aansprakelijkheid. Wanneer Bravis en GrafiMedics geen afspraken hebben gemaakt valt men terug op de wettelijke bepalingen.

Kortom, doordat GrafiMedics een gebrekkige defibrillator heeft geleverd is GrafiMedics medeschuldig en daarmee hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de patiënt heeft geleden. Bravis is hoofdelijk aansprakelijk door het gebruik van de defibrillator bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst. Bravis erkent en vergoedt de door de patiënt geleden schade. Doordat Bravis een groter deel betaalt dan dat hem als hoofdelijk schuldenaar aangaat ontstaat voor dat deel wat Bravis te veel heeft betaald een regresmogelijkheid op GrafiMedics. Partijen mogen contractueel afspraken maken over de aansprakelijkheid. In paragraaf 5.4 e.v. worden de afspraken tussen Bravis en GrafiMedics beschreven en getoetst aan de voorgaande hoofdstukken.

5.3 Hoofdelijke aansprakelijkheid Philips

Beschreven dient te worden of Bravis op Philips tevens een regresvordering heeft op basis van een onrechtmatige daad. Bravis en GrafiMedics hebben immers geen contractuele verhouding. In paragraaf 4.6 is besproken dat voor het plegen van een onrechtmatige daad een aantal factoren van belang zijn. Om het produceren van een gebrekkige defibrillator als onrechtmatig aan te kunnen merken moet Philips een inbreuk op een recht maken, handelen in strijd met een wettelijke plicht of handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹⁵⁸ Zoals besproken wordt de defibrillator door Philips geproduceerd. Philips maakt door het produceren van een gebrekkige defibrillator geen inbreuk op het absolute vermogensrecht van de patiënt. Er wordt immers geen schade

¹⁵⁸ Art. 6:162 lid 2 BW.

verricht aan een eigendom van de patiënt. Het produceren van een gebrekkige defibrillator valt ook niet aan te merken als een onrechtmatige daad in de zin van een doen of nalaten in strijd met een wettelijke verplichting (paragraaf 4.6). Het produceren van een gebrekkige defibrillator door Philips valt onder de categorie: handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid. Philips is op basis van de bijzondere wettelijke bepalingen van productaansprakelijkheid verplicht tot het produceren van een deugdelijk product dat de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten.¹⁵⁹ Uit jurisprudentie blijkt dat in het geval van een onrechtmatige daad aansluiting mag worden gezocht bij de bijzondere bepalingen van productaansprakelijkheid.¹⁶⁰ Door een gebrekkige defibrillator te produceren die schade veroorzaakt, handelt Philips in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid.¹⁶¹ Het is van belang dat het product op een normale manier is gebruikt. Bij het normaal gebruik gaat het om redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product. De Hoge Raad oordeelde daar het volgende over:

“Het in het verkeer brengen van een product dat schade veroorzaakt bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het bestemd was, is onrechtmatig jegens gebruikers van dat product, ook als het om een halffabricaat gaat en ook als het product niet in absolute zin ongeschikt is gebleken voor het door de rechtstreekse afnemer beoogde doel”¹⁶².

Mits Bravis CE-gemarkeerde batterijen gebruikt die bedoeld zijn om bij een Philips defibrillator gebruikt te worden, kan worden vastgesteld dat Bravis normaal gebruik heeft gemaakt van de defibrillator. Bravis is genoodzaakt om op een ander merk batterijen over te gaan omdat Philips de batterijen (tijdelijk) niet meer produceert. In de gebruiksaanwijzingen van de defibrillator staat immers dat de batterij naar verloop van twee jaar vervangen dient te worden. Er staat niet specifiek beschreven dat het vervangen moet worden door Philips batterijen. Mede op basis van de hiervoor genoemde uitspraak valt te concluderen dat Philips, door het produceren van een ondeugdelijke defibrillator die schade veroorzaakt, een onrechtmatige daad pleegt op de gebruiker (Bravis). Bravis lijdt vermogensschade doordat zij de door de patiënt geleden schade moet vergoeden aan de patiënt. De schade die Bravis lijdt is het gevolg van de gebrekkige Philips defibrillator wat zorgt voor het causale verband. De mogelijkheid tot het verhalen van de geleden schade op Philips valt aan te merken als regres. Zoals besproken is regres het verhalen van dat deel van de schadevergoeding dat een hoofdelijk schuldenaar te veel heeft betaald, op de medeschuldenaren. Philips is hoofdelijk schuldenaar aan het veroorzaken van de door de patiënt geleden schade. Bravis is hoofdelijk schuldenaar door het gebruiken van de defibrillator.

Kortom, door het produceren van een gebrekkige defibrillator pleegt Philips een onrechtmatige daad. Philips handelt in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹⁶³ Dit maakt Philips medeschuldig en hoofdelijk aansprakelijk voor de door de patiënt geleden schade. In de volgende paragrafen worden de contractuele afspraken tussen Bravis en GrafiMedics besproken en getoetst aan de voorgaande hoofdstukken.

5.4 De mogelijkheden tot regres uit overeenkomsten

De overeenkomst die is gesloten tussen Bravis en GrafiMedics is te vinden in bijlage A. Er is gehandeld op basis van een offerte van GrafiMedics waarop Bravis heeft gereageerd met een schriftelijke bestelling. Er bestaat geen uitonderhandelde koopovereenkomst tussen Bravis en GrafiMedics. Voor de bepalingen die toezien op garantie en exoneration moet er daarom gekeken worden naar de algemene voorwaarden van partijen en welke van toepassing zijn.

¹⁵⁹ Art. 6:185 BW jo. art. 6:186 BW.

¹⁶⁰ HR 20 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7239.

¹⁶¹ Art. 6:162 BW jo. art. 6:173 BW jo. art. 6:186 BW.

¹⁶² HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7239.

¹⁶³ Art. 6:162 lid 2 BW.

Uit documentonderzoek bij de afdeling Inkoop blijkt dat er voorafgaand aan de offerte van GrafiMedics geen schriftelijk verzoek tot aanbod is gedaan waarin er naar algemene voorwaarden van Bravis werd verwezen. GrafiMedics heeft op 18 februari 2013 een offerte gedaan aan Bravis. In de offerte van GrafiMedics wordt verwezen naar de eigen algemene voorwaarden.¹⁶⁴ De offerte van GrafiMedics kan worden aangemerkt als een aanbod. GrafiMedics biedt Bravis aan om te kopen op basis van het bepaalde in de offerte. Eén van de bepalingen is het handelen op basis van eigen algemene voorwaarden. Bravis aanvaardt het aanbod van GrafiMedics op 28 februari 2013 door middel van een bestelling. Bij de bestelling van Bravis wordt er verwezen naar de algemene inkoopvoorwaarden.¹⁶⁵

Er is tussen Bravis en GrafiMedics een geldige koopovereenkomst tot stand gekomen. Het is echter onduidelijk naar welke algemene voorwaarden Bravis verwijst. In tegenstelling tot GrafiMedics, die in haar offerte naar eigen algemene voorwaarden verwijst, doet Bravis dit in haar bestelling op een algemene manier. In de bestelling van Bravis staat vermeld:

“gelieve het hieronder genoemde conform de aan de achterzijde vermelde algemene inkoopvoorwaarden te leveren”.

Op de achterzijde staan drie korte bepalingen over het met spoed leveren van de defibrillators, dat dit franco moet en dat er twaalf maanden fabrieksgarantie van toepassing zijn. Het is onduidelijk of Bravis verwijst naar haar eigen algemene inkoopvoorwaarden¹⁶⁶ of naar de drie korte bepalingen zoals hiervoor vermeld.

In paragraaf 3.4.2 is beschreven dat voor het bepalen welke algemene voorwaarden van toepassing zijn er gekeken moet worden naar welke partij als eerst heeft verwezen naar eigen algemene voorwaarden. Dit wordt ook wel de first shot-rule genoemd. Zoals in de vorige paragraaf besproken dateert de offerte van GrafiMedics van 18 februari 2013 en de bestelling van Bravis van 28 februari 2013. Uitgaande van de first shot-rule zijn de algemene voorwaarden van GrafiMedics van toepassing. Zij verwijzen als eerst naar eigen algemene voorwaarden. Alleen wanneer Bravis voorafgaand aan de offerte van GrafiMedics een verzoek tot aanbod heeft gedaan waarin naar eigen algemene voorwaarden wordt verwezen zijn de algemene voorwaarden van Bravis van toepassing. In dat geval heeft Bravis als eerst het aanbod gedaan te handelen op basis van eigen algemene voorwaarden. Een offerte van GrafiMedics zou in dat geval de aanvaarding van de Bravis algemene inkoopvoorwaarden zijn. Voor zover bekend is dit echter niet gebeurd.

Op basis van de first shot-rule zijn de algemene voorwaarden van GrafiMedics¹⁶⁷ dus van toepassing. In paragraaf 3.4.2 is de uitzondering van de first shot-rule beschreven. De algemene voorwaarden van de wederpartij zijn niet van toepassing als deze bij de aanvaarding uitdrukkelijk van de hand zijn gewezen. Hiervoor moet er een afweerclausule zijn opgenomen in de aanvaarding. De afweerclausule wordt vervolgens weer als een nieuw aanbod gezien die door wederpartij wordt aanvaard. De aanvaarding kan bijvoorbeeld door middel van feitelijk handelen. Feitelijk handelen is het feitelijk leveren van de defibrillators door GrafiMedics en dus het uitvoeren van de overeenkomst. Zowel Bravis als GrafiMedics hebben geen afweerclausule opgenomen in het aanbod of de aanvaarding. Dit betekent dat de first shot-rule in stand blijft en dat de algemene voorwaarden van GrafiMedics van toepassing zijn. Beschreven is immers dat voor een succesvol beroep op een afweerclausule, de afweerclausule opgenomen moet zijn in het aanbod of de aanvaarding. Een afweerclausule in de algemene voorwaarden heeft geen juridische werking.¹⁶⁸ Beide partijen hebben in de eigen algemene voorwaarden een bepaling opgenomen waarin de

¹⁶⁴ Zie bijlage A.

¹⁶⁵ Zie bijlage C.

¹⁶⁶ Zie bijlage C.

¹⁶⁷ Zie bijlage G.

¹⁶⁸ Hof Arnhem 27 november 2001, NJ 2002/265; Wessels e.a., p. 42.

algemene voorwaarden van de wederpartij niet van toepassing worden verklaard. Bij de algemene voorwaarden van GrafiMedics is dit artikel 1.4 en bij de algemene voorwaarden van Bravis is dit artikel 2.3.

Kortom, er moet in de acceptatie van GrafiMedics of de bestelling van Bravis een afweerclausule zijn opgenomen waarin de algemene voorwaarden van de wederpartij uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen. Zowel Bravis als GrafiMedics heeft hiervan geen gebruik gemaakt en dus zijn de algemene voorwaarden van GrafiMedics van toepassing.

5.4.1 Huidige situatie aanbod en aanvaarding Bravis

Door middel van documentonderzoek is er onderzocht of Bravis in haar meest recente bestellingen bij GrafiMedics gebruik heeft gemaakt van een aanbod waarin de algemene voorwaarden van GrafiMedics van de hand worden gewezen.¹⁶⁹ Uit een recente bestelling van Bravis blijkt dat Bravis inmiddels wel specifiek verwijst naar de Algemene Inkoopvoorwaarden Gezondheidszorg. Het aanbod is specifiek geformuleerd zodat het voor de wederpartij duidelijk is naar welke algemene voorwaarden Bravis verwijst. Bravis maakt echter tot op heden nog geen gebruik van een afweerclausule in de bestelling waarin de algemene voorwaarden van de wederpartij van de hand worden gewezen. Dit betekent dat wanneer Bravis zo blijft handelen en reageert op een aanbod zonder een afweerclausule op te nemen in haar reactie, de algemene voorwaarden van de wederpartij vrijwel altijd van toepassing zijn, behoudens het geval Bravis als eerste partij een aanbod doet waarin zij aangeeft te willen handelen op basis van eigen algemene voorwaarden (first shot-rule). In de volgende paragraaf wordt beschreven wat de algemene voorwaarden van GrafiMedics bepalen met betrekking tot het gebruik van niet originele onderdelen.

5.5 Gebruik niet originele onderdelen

De algemene voorwaarden van GrafiMedics kennen in artikel 7 bepalingen met betrekking tot installatie en reparatie. In artikel 7.8 van de algemene voorwaarden onder het derde puntje stelt GrafiMedics niet aansprakelijk te zijn, wanneer:

“de koper de zaken in strijd met de voorschriften, althans op niet normale wijze heeft gebruikt en/of heeft onderhouden of wanneer de koper zonder onze uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming aan de zaken reparaties en/of wijzigingen heeft onderhouden”.

Hieruit zijn meerdere bepalingen met betrekking tot het gebruik van niet originele onderdelen af te leiden. Zo stelt de GrafiMedics niet aansprakelijk te zijn voor vorderingen wanneer Bravis handelt in strijd met de voorschriften, de defibrillator op een niet normale manier heeft gebruikt of onderhouden of zonder toestemming reparaties of wijzigingen heeft uitgevoerd.

In de algemene voorwaarden staat niets vermeld over de toelaatbaarheid van het gebruik van niet originele onderdelen. GrafiMedics zou kunnen stellen dat bij het gebruik van niet originele onderdelen Bravis de defibrillator op een niet normale wijze heeft onderhouden. Een dergelijke stelling zal geen stand houden. In de gebruiksaanwijzingen staat niets vermeld over de (niet) toelaatbaarheid van een ander merk batterijen. Bravis mag er daarom van uitgaan dat het gebruik van ander merk batterijen valt te kwalificeren als normaal onderhoud. Zeker wanneer voorafgaand aan het gebruik van ander merk batterijen is komen vast te staan dat de prestatie en veiligheid van de defibrillator niet nadelig wordt beïnvloed.

In maart 2010 heeft Philips een bepaling aan Bravis nagestuurd die op het gebruik van alle Bravis defibrillators van toepassing is.¹⁷⁰ De bepaling is een aanvulling op de gebruiksaanwijzingen van de Philips defibrillators. Na kwaliteitscontroles van Philips is Philips tot de ontdekking gekomen dat in de batterij van de defibrillators na verloop van twee jaar, bij continu gebruik, de kans op intermitterend elektrisch contact toeneemt. Dit is een

¹⁶⁹ Zie bijlage D.

¹⁷⁰ Zie bijlage B.

onderbreking van stroom tussen de batterij en de defibrillator. Hierdoor kan de monitor van de defibrillator zichzelf resetten. Dit betekent ook dat de patiënt gerichte instellingen gereset worden wat vergaande gevolgen zou kunnen hebben. Als oplossing breidt Philips de gebruiksaanwijzing uit met de aanbeveling de batterij na twee jaar te vervangen.¹⁷¹

Zoals besproken in de eerste alinea van deze paragraaf stelt GrafiMedics niet aansprakelijk te zijn voor het handelen in strijd met de voorschriften (gebruiksaanwijzing). De batterij van de defibrillators moet daarom om de twee jaar vervangen worden. Dit is immers een onderhoudsverplichting zoals opgenomen in de gebruiksaanwijzing. Als Bravis zich houdt aan deze bepaling behoudt Bravis zich het recht tot vorderingen op GrafiMedics. In paragraaf 5.6 wordt besproken wat voor vorderingsrecht Bravis richting GrafiMedics heeft.

5.6 Garantie

Nu duidelijk is dat het gebruik van ander merk batterijen op basis van de algemene voorwaarden van GrafiMedics is toegestaan, is het in het kader van dit rapport van belang de garantiebepalingen te bespreken. Artikel 8 van de algemene voorwaarden van GrafiMedics regelt de aansprakelijkheid. In artikel 8.1 van de algemene voorwaarden staan de bepalingen met betrekking tot garantie.

“Uitsluitend indien de garantieverplichtingen ter zake van de door ons geleverde zaken niet door derden op zich zijn genomen, kan de koper jegens ons aanspraken als bedoeld in artikel 7 van deze algemene voorwaarden doen gelden”.

Welke verplichtingen dit zijn zou duidelijk moeten worden door middel van een code op de prijslijst. Logischerwijs zouden dit de garantiebepalingen van Philips zijn. De defibrillators worden immers bij GrafiMedics gekocht maar ze zijn van de producent Philips. Uit navraag bij GrafiMedics blijkt dat hiermee de offerte van de defibrillators wordt bedoeld.¹⁷² Er zijn in de offerte codes vermeld, deze verwijzen echter op geen enkele wijze naar garantiebepalingen maar naar bestellingnummers. Ook hierover is navraag gedaan bij GrafiMedics. GrafiMedics stelt dat het de garantiebepalingen uit de algemene voorwaarden van Philips betreft¹⁷³. Slechts de garantiebepalingen uit de algemene voorwaarden van Philips zijn van toepassing. De overige voorwaarden die op de defibrillators van toepassing zijn, zijn de algemene voorwaarden van GrafiMedics, aldus GrafiMedics.

5.6.1 Garantiebepaling Philips

Philips kent in haar algemene voorwaarden “Medische Systemen” in artikel 11 meerdere garantiebepalingen. De bepalingen die belangrijk zijn in het kader van dit onderzoek worden beschreven. Artikel 11.1 luidt als volgt:

“Philips geeft een garantie op de Producten zoals uiteengezet in de offerte, in een bijlage bij deze Verkoopvoorwaarden of (verkoop)overeenkomst. Bij afwezigheid van een additioneel overeengekomen garantie garandeert Philips tegenover de klant de goede kwaliteit van alle geleverde hardware Producten gedurende één (1) jaar, te rekenen vanaf de datum van acceptatie of eerste gebruik, waarbij de vroegste datum van toepassing is, echter met een uiterste garantie-termijn van vijftien (15) maanden vanaf datum van verzending. De garantie dekt defecten die zichtbaar werden bij juist en correct gebruik en die uitsluitend het gevolg zijn van defecte materialen of gebrekkige werkuitvoeringen.”¹⁷⁴

Hieruit blijkt dat Philips 1 jaar garantie geeft op haar hardware producten. De garantie dekt defecten die zichtbaar werden bij juist en correct gebruik en die het gevolg zijn van defecte materialen of gebrekkige uitvoering. Uit deze bepaling valt niet op te maken of de garantie geldt voor vervangingsonderdelen en/of verbruiksgoederen. Philips beperkt haar garantie tot het herstellen of vervangen van de defibrillators of een deel daarvan. Bravis moet een defect

¹⁷¹ Zie bijlage B.

¹⁷² Zie bijlage E.

¹⁷³ Zie bijlage E

¹⁷⁴ Zie bijlage F.

binnen tien dagen nadat zij het defect heeft ontdekt melden aan Philips. Verder verwijst Philips in artikel 11.6 naar het gebruik van de defibrillator in strijd met de gebruiksaanwijzingen. Er wordt in de garantiebepalingen niets vermeld met betrekking tot het gebruik van niet originele onderdelen.

De bepalingen die Philips heeft opgenomen zijn juridisch toegestaan. Partijen kunnen handelen uit contractvrijheid (paragraaf 3.5). Philips heeft de garantietermijn beperkt tot 1 jaar en heeft haar garantieverplichtingen beperkt tot herstelling of vervanging van de defibrillators. De defibrillators dateren van het jaar 2013. De garantie van Philips is inmiddels verlopen en is daarmee niet meer geldig op de defibrillators of batterij.

In het kader van het Haviltex-arrest¹⁷⁵ kan echter beargumenteerd worden dat de garantiebepalingen van Philips niet van toepassing zijn op het gebruik van de defibrillators door Bravis. Deze algemene voorwaarden zijn immers tussen Bravis en GrafiMedics dan wel Philips niet uit onderhandeld. Er is door Bravis en GrafiMedics zaken gedaan op basis van een bestelling en een offerte. De bepaling uit artikel 8.1 van de algemene voorwaarden van GrafiMedics is uiterst onduidelijk geformuleerd. Het is niet direct duidelijk dat hiermee de garantiebepalingen van Philips worden bedoeld. Pas toen ten behoeve van onderhavig onderzoek navraag werd gedaan bij GrafiMedics werd duidelijk welke garantiebepalingen van toepassing zijn. Ook in de offerte wordt er op geen enkele wijze verwezen naar de garantiebepalingen uit de algemene voorwaarden van Philips. Dus te beargumenteren valt dat de garantiebepalingen van Philips niet van toepassing zijn.

5.6.2 Garantiebepalingen GrafiMedics

Op basis van de vorige paragraaf kan worden gesteld dat de garantiebepalingen van GrafiMedics van toepassing zijn op het gebruik van de defibrillators door Bravis, tenzij GrafiMedics kan bewijzen dat de garantiebepalingen van Philips van toepassing zijn. Als de garantiebepalingen van Philips niet van toepassing zijn dient er gekeken te worden naar wat GrafiMedics in haar algemene voorwaarden heeft bepaald met betrekking tot garanties. Uitstuitend in dat geval zijn de garantiebepalingen van GrafiMedics van toepassing aldus art. 8.1 algemene voorwaarden. De bepalingen met betrekking tot garantie en exoneration staan in de algemene voorwaarden door elkaar vermeld. GrafiMedics geeft in haar algemene voorwaarden geen garanties met betrekking tot wat Bravis kan en mag verwachten van de defibrillators. GrafiMedics geeft slechts aan dat zij gebreken zal herstellen mits dit binnen 14 dagen na het aan het licht komen wordt gemeld. Zoals beschreven in hoofdstuk 3 vult de wet een overeenkomst aan als partijen niets hebben afgesproken. Om te kunnen bepalen wat Bravis kan verwachten van de defibrillator zal er gekeken moeten worden naar de conformiteitsvereisten uit de wet zoals besproken in paragraaf 3.5.1. De defibrillator voldoet niet aan de conformiteitsvereisten, wanneer deze niet voldoet aan de eigenschappen die Bravis van de defibrillator kan en mag verwachten. GrafiMedics heeft in haar algemene voorwaarden geen verloop datum/tijd verbonden aan de garanties die zij geeft. Wanneer het vorderingsrecht van Bravis vervalt is opgenomen in art. 7.8 e.v. van de algemene voorwaarden. Zo vervalt het vorderingsrecht onder andere wanneer het gebrek niet tijdig aangegeven is, Bravis onvoldoende medewerking geeft voor het onderzoek van de oorzaak of Bravis heeft gehandeld in strijd met de gebruiksaanwijzingen. Verder gaat GrafiMedics in artikel 8.2 in op haar verplichting bij een gebrek in de defibrillators:

“indien voor ons aansprakelijkheid als bedoeld in het vorige lid bestaat, zijn wij slechts gehouden tot, zulks te onzer keuze:

- a. (kosteloos) herstel van de gebreken, of*
- b. Levering van vervangende zaken (retour-)ontvangen van de gebrekkige zaken, of*
- c. Terugbetalen van de ontvangen koopsom c.1. creditering van de aan de koper gezonden factuur, met ontbinding zonder rechterlijke tussenkomst van de gesloten*

¹⁷⁵ HR 13 maart 1981, NJ 1981/635 (Haviltex).

overeenkomst, alles voor zoveel de koopsom, de factuur en de overeenkomst op de geleverde zaken betrekking hebben, of

- d. *Een in overleg met de koper te bepalen schadeloosstelling in een andere vorm dan hiervoor bedoeld.”*

GrafiMedics zal over gaan tot kosteloos herstel, de zaak vervangen of terugbetalen van de koopsom. GrafiMedics gebruikt in haar eigen algemene voorwaarden niet de term garantiebepalingen. Het zijn bepalingen waar garanties uit af te leiden zijn.

Kortom de garantiebepalingen van GrafiMedics zijn van toepassing tenzij GrafiMedics kan bewijzen dat de bepalingen van Philips van toepassing zijn. GrafiMedics beperkt haar verplichtingen tot herstel van de defibrillator, leveren van vervangende onderdelen of terugbetalen van de koopsom van de defibrillator.

5.7 Exoneratie

Nu duidelijk is welke garantie bepalingen van toepassing zijn, wordt er beschreven of en in hoeverre GrafiMedics haar aansprakelijkheid richting Bravis heeft uitgesloten. In artikel 8.3 e.v. gaan de algemene voorwaarden van GrafiMedics dieper in op de aansprakelijkheid van GrafiMedics jegens Bravis. Als eerste beding beperkt GrafiMedics haar verplichting tot schadevergoeding. Artikel 8.4 bepaalt het volgende:

“Behoudens onze eventuele verplichting(en) uit hoofde van het voorafgaande, zijn wij nimmer gehouden tot betaling van enigerlei schadevergoeding aan koper en aan anderen, tenzij sprake is van opzet of grove schuld onzerzijds (, door degene die ons voor aansprakelijk houdt met de middelen rechtens aan te tonen)”.¹⁷⁶

GrafiMedics beperkt haar aansprakelijkheid zowel richting Bravis als richting de patiënt. Zij vergoedt alleen de schade aan de defibrillator zelf. Deze schadevergoeding kan nooit hoger zijn dan het netto-factuurbedrag van de defibrillators. Zoals beschreven in paragraaf 3.6.1 mag de verplichting tot schadevergoeding worden uitgesloten tenzij er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Deze uitzondering heeft GrafiMedics als tweede beding opgenomen in haar algemene voorwaarden. Als derde beding heeft GrafiMedics opgenomen niet aansprakelijk te zijn voor gevolg- of bedrijfsschade, directe of indirecte schade, winstderving en stilstand schade, geleden door Bravis en ondergeschikten, ontstaan door een gebrek in het product aldus artikel 8.4 tweede alinea:

“Voorts zijn wij niet aansprakelijk voor gevolg- of bedrijfsschade, directe of indirecte schade hoe ook genaamd, winstderving en stilstandschade daaronder begrepen, geleden door de koper, diens ondergeschikten en bij of door hem te werk gestelden of derden, ontstaan door gehele of gedeeltelijke (her-)levering van zaken, vertraagde of ondeugdelijke levering of het uitblijven van levering van de zaken of door de zaken zelf.”¹⁷⁷

In artikel 8.6 van de algemene voorwaarden kent GrafiMedics een vierde exoneratiebeding welke Bravis verplicht tot het vrijwaren van GrafiMedics voor alle aanspraken die derden tegen GrafiMedics mochten doen gelden. Ook is Bravis verplicht GrafiMedics schadeloos te stellen voor alle kosten en schade die een derde lijdt dankzij GrafiMedics.

Uit de genoemde exoneratieclausules valt af te leiden dat GrafiMedics slechts directe kosten aan de defibrillator en geen gevolgschade vergoedt. GrafiMedics heeft in haar algemene voorwaarden geen gebruik gemaakt van een boetebeding zoals beschreven in paragraaf 4.2.2.

5.7.1 Exoneratieclausules: redelijkheid en billijkheid

GrafiMedics sluit vrijwel al haar aansprakelijkheid richting Bravis en derden uit. Beschreven dient te worden of het uitsluiten van haar aansprakelijkheid door middel van exoneratieclausules in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Zoals beschreven in

¹⁷⁶ Zie bijlage G.

¹⁷⁷ Zie bijlage G.

paragraaf 3.4.1 zijn afspraken tussen partijen niet van toepassing als deze in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zouden zijn. Hiervoor moet een bepaling duidelijk in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. In de uitspraak *Saladin/HBU*¹⁷⁸, zoals besproken in paragraaf 3.4.1, heeft de Hoge Raad een aantal factoren genoemd voor het waarderen van een exoneratieclausule. Vast staat dat de schade is geleden als gevolg van een gebrek in de defibrillator. De schuld ligt volledig bij de defibrillator. De exoneratieclausules zijn opgenomen in algemene voorwaarden. Zij zijn niet uit onderhandeld. Bravis en GrafiMedics zijn zakelijk partners en dus gelijkwaardige partijen, het is onduidelijk hoe bekend Bravis was met de inhoud van de bepalingen. De kans is echter aanzienlijk dat Bravis niet op de hoogte was van de vergaande exoneratieclausule omdat afdeling Inkoop niet alle algemene voorwaarden heeft bestudeerd. Bravis is genoodzaakt om een ander merk batterijen aan te schaffen omdat Philips de productie van diens batterijen tijdelijk heeft stilgelegd en de defibrillators anders niet bruikbaar zijn. Na toetsing aan het *Saladin/HBU* arrest valt niet te beargumenteren dat de exoneratieclausules van GrafiMedics in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Het gaat om een specifiek geformuleerde exoneratieclausule. GrafiMedics benoemt immers welke schade zij niet vergoedt. Dergelijke bepalingen komen vaker voor in algemene voorwaarden.¹⁷⁹ Over de zwaarte van de schuld van GrafiMedics valt te twisten. Mede omdat de defibrillator niet door GrafiMedics wordt geproduceerd en het een CE-gemarkeerde defibrillator betreft. De defibrillator is dus getest en voorzien van de verplichte CE-markering. De nadruk bij het uitsluiten van een exoneratieclausule ligt op de onaanvaardbaarheid. De bepalingen vallen naar maatstaven van het *Saladin/HBU* arrest, zoals hiervoor besproken, niet als onaanvaardbaar te kwalificeren. Zoals beschreven in paragraaf 3.4.1 is het feit dat een bepaling redelijker dan wel billijker had gekund onvoldoende om een bepaling in de algemene voorwaarden te beperken of uit te sluiten. Buiten dat is er in jurisprudentie niet snel sprake van de beperkende werking door de redelijkheid en billijkheid. Zoals beschreven in paragraaf 3.4.1 hebben partijen zich immers te houden aan de uitvoering van de overeenkomst.

5.8 Exoneratie vs. regres

In paragraaf 5.1.1 werd geconcludeerd dat zowel Bravis als GrafiMedics hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de patiënt geleden schade. De hoofdelijke aansprakelijkheid geeft Bravis de mogelijkheid tot regres wanneer zij de volledige schade heeft vergoed aan de patiënt. Partijen kunnen van de aansprakelijkheid contractueel afwijken. GrafiMedics heeft dat in haar algemene voorwaarden gedaan. Zij heeft haar aansprakelijkheid uitgesloten door middel van exoneratieclausules in art. 8.3 e.v. De regresmogelijkheid van Bravis op GrafiMedics komt daardoor te vervallen.

5.8.1 Opzet en bewuste roekeloosheid

Mocht er sprake zijn van bewuste roekeloosheid of opzet aan de zijde van GrafiMedics dan zijn de exoneratieclausules van GrafiMedics niet van toepassing. Zoals beschreven in paragraaf 3.6.1 mag schade die veroorzaakt is door bewuste roekeloosheid of opzet niet contractueel worden uitgesloten. Omdat GrafiMedics geen partij is bij de productie van de defibrillator en/of batterij kan er niet beargumenteerd worden dat er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid.

5.9 Aansprakelijkheidsverzekering Bravis

Nu duidelijk is dat de regresmogelijkheden van Bravis op GrafiMedics komen te vervallen, is het van belang andere mogelijkheden tot vergoeding van de betaalde schadevergoeding te bespreken. Bravis heeft zich door middel van een aansprakelijkheidsverzekering verzekerd voor de risico's die Bravis loopt bij het behandelen van patiënten. Bravis heeft zich verzekerd bij Centramed. Artikel 2.1 van de Polisvoorwaarden bepaalt het volgende:

¹⁷⁸ HR 19 mei 1967, NJ 1967/261.

¹⁷⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8106.

“Verzekerd is de aansprakelijkheid van verzekerden voor door derden geleden schade in verband met handelen of nalaten in de verzekerde hoedanigheid, in overeenstemming met de algemene voorwaarden van de polis en de bijzondere voorwaarden, behorende bij de meeverzekerde rubrieken, zoals deze op het polisblad staan vermeld.”¹⁸⁰

De aansprakelijkheidsverzekering ziet toe op de gevallen waarin Bravis aansprakelijk wordt gesteld door een patiënt die schade heeft geleden als gevolg van de medische behandeling. Artikel 13 van de Polisvoorwaarden bepaalt welke schade wordt vergoed: “

De verzekering dekt binnen deze rubriek met inachtneming van de algemene polisvoorwaarden de aansprakelijkheid van verzekerden voor door derden geleden schade, mits:

- de aanspraak ter zake daarvan voor de eerste maal tegen verzekerden is ingesteld tijdens de geldigheidsduur van de verzekering en tevens tijdens deze geldigheidsduur de schriftelijke melding hiervan door Centramed is ontvangen, dan wel;*
- de omstandigheid terzake daarvan tijdens de geldigheidsduur van de verzekering schriftelijk bij Centramed is gemeld;*
- de aanspraak respectievelijk de omstandigheid bij het aangaan van de verzekering of bij wijziging van de dekking bij geen van de verzekerden bekend was.”¹⁸¹*

Centramed vergoedt de schade aan derden, mits Bravis dit zo spoedig mogelijk meldt, alle van belang zijnde gegevens verstrekt, een schriftelijke verklaring afgeeft en volledig meewerkt aan de schaderegeling en de beoordeling van de aansprakelijkheid. Centramed hanteert echter een hoog eigen risico waardoor de meeste uitkeringen (alsnog) door Bravis aan Centramed moeten worden betaald.

5.10 Tussenconclusie

Bravis is hoofdelijk aansprakelijk voor de door de patiënt geleden schade. De patiënt is behandeld op basis van een behandelingsovereenkomst. Door het gebruik van een gebrekkige defibrillator die schade veroorzaakt, schiet Bravis te kort in de nakoming van de behandelingsovereenkomst. Bravis kent op zowel Philips als GrafiMedics in beginsel een regresvordering voor dat deel van de schadevergoeding dat Bravis te veel heeft betaald. Philips pleegt een onrechtmatige daad door het produceren van een gebrekkige defibrillator. Dit maakt Philips medeschuldig aan de door de patiënt geleden schade. GrafiMedics is hoofdelijk aansprakelijk doordat zij een gebrekkige defibrillator heeft geleverd waardoor zij tekort schiet in de nakoming richting Bravis en medeschuldig is aan de door de patiënt geleden schade. De onrechtmatige daad van Philips en de tekortkoming in de nakoming van GrafiMedics zorgen beide voor schade bij de patiënt. Dit maakt hen, evenals Bravis, hoofdelijk aansprakelijk. Omdat Bravis de volledige schade van de patiënt heeft erkend en vergoed, ontstaat er voor Bravis een regresvordering op GrafiMedics en Philips. Bravis heeft immers een groter aandeel schadevergoeding betaald dan dat hem aangaat. Omdat Bravis en GrafiMedics een contractuele verhouding hebben, kan GrafiMedics haar aansprakelijkheid voor de door de patiënt geleden schade echter contractueel uitsluiten door middel van exoneratieclausules.

Tussen Bravis en GrafiMedics is een geldige koopovereenkomst tot stand gekomen. De overeenkomst bestaat uit een offerte en een bestelling. Op de overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van GrafiMedics van toepassing. In de algemene voorwaarden zijn bepalingen opgenomen met betrekking tot garantie en exoneratie. Er is niets afgesproken met betrekking tot het gebruik van niet originele onderdelen. Er zijn afspraken opgenomen over het gebruik van de defibrillators in strijd met de gebruiksaanwijzingen en het plegen van normaal onderhoud. Het vervangen van de batterij van de defibrillator valt aan te merken als normaal onderhoud. Voor de garantiebepalingen verwijzen de algemene voorwaarden van GrafiMedics naar de algemene voorwaarden van de derden. GrafiMedics blijkt hiermee de

¹⁸⁰ Zie bijlage H.

¹⁸¹ Zie bijlage H.

garantie bepalingen van Philips te bedoelen. Omdat de bepaling in algemene voorwaarden van GrafiMedics die zou moeten verwijzen naar de garantie bepalingen van Philips dusdanig onduidelijk geformuleerd is, valt te beargumenteren dat de garantie bepalingen van Philips niet van toepassing zijn. In dat geval zijn de garantie bepalingen van GrafiMedics van toepassing. De verplichting van GrafiMedics wordt beperkt tot het herstellen/vervangen van defibrillators of het terugbetalen van de offerteprijs. GrafiMedics beperkt verder haar verplichting tot schadevergoeding richting Bravis door middel van exoneratieclausules. GrafiMedics is op geen enkele wijze verplicht tot schadevergoeding jegens Bravis of derden. De exoneratieclausules kunnen door redelijkheid en billijkheid niet beperkt of uitgesloten worden. Dit betekent dat Bravis haar regresmogelijkheid op GrafiMedics verliest door de van toepassing zijnde exoneratieclausules. De regresvordering op Philips blijft bestaan. De aansprakelijkheidsverzekering van Bravis vergoedt onder bepaalde voorwaarden de schade van de patiënt. Het eigenrisico is hierbij echter dusdanig hoog dat dit voor Bravis niet interessant is.

Hoofdstuk 6 Conclusie & aanbevelingen

In dit hoofdstuk staan de conclusies en aanbevelingen van dit onderzoek centraal. Er wordt in de eerste paragraaf antwoord gegeven op de centrale vraag: *Wat zijn de mogelijkheden van Bravis tot regres op GrafiMedics en/of Philips wanneer zij door een patiënt aansprakelijk wordt gesteld voor de schade die de patiënt heeft geleden als gevolg van het gebruik van een batterij van een ander merk dan Philips bij Philips defibrillators op grond van vigerende wet- en regelgeving, jurisprudentie, de tussen partijen gesloten koopovereenkomst en de van toepassing zijnde voorwaarden?* Er worden in de tweede paragraaf aanbevelingen gedaan aan Bravis over de mogelijkheden tot regres in het geval dat Bravis aansprakelijk wordt gesteld voor de schade die een patiënt heeft geleden door het gebruik van een batterij van een ander merk dan Philips bij een Philips defibrillator. Verder worden er aanbevelingen gegeven, die Bravis kan gebruiken om de juridische aansprakelijkheid bij het gebruik van niet originele onderdelen bij medische hulpmiddelen in het vervolg zo veel mogelijk te beperken.

6.1 Conclusies

Bravis maakt gebruik van defibrillators van Philips die Bravis bij GrafiMedics heeft gekocht. Voor het gebruik van medische hulpmiddelen, zoals de Philips defibrillator, geldt het Convenant als sectorspecifieke veldnorm. Het Convenant is opgesteld door verschillende zorgaanbieders en is een uitwerking van onder andere de Wet kwaliteit klacht en geschillen zorg en de Wet medische hulpmiddelen. Zorgaanbieders hebben zich aan de richtlijnen uit het Convenant te houden. Met het oog op het Convenant kan geconcludeerd worden dat het voor Bravis onder bepaalde voorwaarden is toegestaan om een ander merk batterijen te gebruiken bij Philips defibrillators. De batterij moet voorzien zijn van een verplichte CE-markering en Bravis moet voorafgaand aan het gebruik van een ander merk batterij een uitvoerige risicoanalyse uitvoeren. Door middel van de risicoanalyse moet komen vast te staan dat door het gebruik van een ander merk batterij de prestatie en veiligheid van de defibrillator niet nadelig wordt beïnvloed.

Op basis van de vigerende wet- en regelgeving met betrekking tot contracteren kan geconcludeerd worden dat er sprake is van twee soorten contractuele relaties. Ongelijkwaardige, zoals de relatie tussen Bravis en de patiënt, en gelijkwaardige, zoals de relatie tussen Bravis en GrafiMedics die beiden handelen uit beroep of bedrijf. Bravis mag haar aansprakelijkheid richting de patiënt op basis van de WGBO niet uitsluiten.

Voor een regresmogelijkheid door Bravis moet er sprake zijn van hoofdelijke aansprakelijkheid en medeschuld aan de zijde van GrafiMedics en/of Philips. Een arts binnen Bravis behandelt de patiënt op basis van een behandelingsovereenkomst. Bravis is voor de toerekenbare tekortkoming in de behandelingsovereenkomst aansprakelijk op basis van de centrale aansprakelijkheid uit de WGBO. Als de patiënt vervolgens schade lijdt levert dit wanprestatie op. Ervan uitgaande dat Bravis aansprakelijk is en de door de patiënt geleden schade heeft vergoed, is de vraag of Bravis voor het gedeelte waarvoor GrafiMedics en/of Philips aansprakelijk is met succes een regresvordering op hen heeft. GrafiMedics en/of Philips moet daarvoor medeschuldig zijn aan de door de patiënt geleden schade waardoor zowel Bravis als zij hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. GrafiMedics begaat wanprestatie door het leveren van een gebrekkige defibrillator die schade veroorzaakt bij de patiënt, wat medeschuld van GrafiMedics oplevert. Philips pleegt een onrechtmatige daad door het produceren van een gebrekkige defibrillator die schade veroorzaakt bij de patiënt, wat medeschuld van Philips oplevert. Geconcludeerd kan worden dat zowel GrafiMedics als Philips hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de patiënt geleden schade. GrafiMedics maakt zich schuldig aan wanprestatie tegenover Bravis. Zij levert immers een defibrillator die, na het gebruik van een ander merk batterij, schade veroorzaakt. De defibrillator beantwoordt daardoor niet aan hetgeen Bravis van de defibrillator kan en mocht verwachten. Doordat schade wordt veroorzaakt door een

tekortkoming in de nakoming van een verplichting van GrafiMedics, bestaat er een causaal verband tussen de schade en de wanprestatie.

Aan de hand van het leerstuk onrechtmatige daad kan worden betoogd dat Philips door het produceren van een gebrekkige defibrillator een onrechtmatige daad pleegt jegens de patiënt. Door het produceren van een ondeugdelijke defibrillator handelt Philips in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De ondeugdelijke defibrillator veroorzaakt schade wat zorgt voor een causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade. Een onrechtmatige daad is, in tegenstelling tot wanprestatie, een zogenaamde overeenkomst uit de wet wat betekent dat er geen tussen partijen gesloten contract aan ten grondslag ligt.

Wanneer Bravis de door de patiënt geleden schade vergoedt ontstaat er voor Bravis een regresvordering op GrafiMedics en Philips. Afhankelijk van de ernst van de schade en de eigen bijdrage van GrafiMedics en Philips in de schade van de patiënt, kan aan de hand van de billijkheidscorrectie ieders aandeel in de schadevergoeding worden bepaald. Door de billijkheidscorrectie kan de schuld tussen schuldenaren worden verdeeld. Dit gebeurt aan de hand van de maatstaven van eigen schuld. Omdat vaststaat dat de patiënt schade lijdt als gevolg van een gebrekkig functionerende defibrillator kan de schuldverdeling worden vastgesteld op een bepaald percentage schuld voor Bravis en een bepaald percentage schuld voor GrafiMedics en Philips.

Omdat Bravis en GrafiMedics gelijkwaardig aan elkaar zijn, kunnen zij handelen op basis van contractvrijheid. Uit het documentonderzoek is gebleken dat Bravis en GrafiMedics in het kader van de koop van de defibrillators door Bravis, afspraken hebben gemaakt over garanties en aansprakelijkheid. De koopovereenkomst tussen Bravis en GrafiMedics bestaat uit een offerte en een bestelling waarin geen uitonderhandelde bepalingen staan. Zowel Bravis als GrafiMedics heeft voorafgaand aan de koop aangegeven te willen handelen op basis van eigen algemene voorwaarden. Door toepassing van de first shot-rule zijn de algemene voorwaarden van GrafiMedics van toepassing. In de algemene voorwaarden van GrafiMedics zijn garantiebepalingen en exoneratieclausules opgenomen. Zo verwijst GrafiMedics voor de garantie naar Philips. Philips biedt vervolgens op basis van haar eigen algemene voorwaarden een garantietermijn van 1 jaar beperkt tot reparatie of vervanging van de defibrillator. De bepaling in de algemene voorwaarden van GrafiMedics waarin zij verwijst naar de algemene bepalingen van Philips is echter dusdanig onduidelijk geformuleerd dat beargumenteerd kan worden dat de garantiebepalingen van Philips niet van toepassing zijn. In de algemene voorwaarden van GrafiMedics wordt namelijk verwezen naar een code op de offerte die zou verwijzen naar de garantiebepalingen van Philips. Op de offerte zijn de betreffende codes echter niet opgenomen. De algemene voorwaarden van GrafiMedics bepalen in dat geval dat de garantiebepalingen van GrafiMedics van toepassing zijn en niet die van Philips. Omdat de algemene voorwaarden van GrafiMedics niet voorzien in specifieke garantiebepalingen, dient er aansluiting te worden gezocht bij de wettelijke conformiteitsvereisten. GrafiMedics stelt in haar algemene voorwaarden de schade aan de defibrillator te herstellen, en als dit niet mogelijk is, de defibrillator te vervangen of het offertebedrag terug te betalen. Wanneer Bravis handelt in strijd met de gebruiksaanwijzingen van de defibrillator of op onjuiste wijze reparaties uitvoert vervalt dit recht. Er is verder niets overeengekomen met betrekking tot het gebruik van niet originele onderdelen. Op basis van de gebruiksaanwijzingen van Philips moeten de batterijen na verloop van twee jaar worden vervangen. In de gebruiksaanwijzingen staat niets vermeld over het (verbod op het) gebruik van een ander merk batterijen. Op basis van het voorgaande kan geconcludeerd worden dat Bravis door het gebruik van een ander merk batterijen niet handelt in strijd met de gebruiksaanwijzingen, mits Bravis voorafgaand aan het gebruik een risicoanalyse heeft uitgevoerd en het resultaat daarvan positief is.

In de algemene voorwaarden van GrafiMedics zijn tevens exoneratieclausules opgenomen. GrafiMedics sluit haar aansprakelijkheid richting Bravis en de patiënt uit door te stellen dat zij niet aansprakelijk is voor onder andere gevolgschade en schade bij derden. De bepalingen die GrafiMedics heeft opgenomen in haar algemene voorwaarden zijn juridisch toelaatbaar en niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Voor niet toelaatbaarheid moet de bepaling in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Dat is slechts het geval indien de schade is ontstaan door bewuste roekeloosheid of opzet. In onderhavige casus kan niet beargumenteerd worden dat daarvan sprake is. GrafiMedics is immers niet verantwoordelijk voor het produceren van de defibrillator of de gebruikte batterij. Geconcludeerd kan worden dat Bravis, op grond van hetgeen overeengekomen is in de algemene voorwaarden van GrafiMedics, geen mogelijkheid tot regres heeft op GrafiMedics.

Kortom, Bravis heeft geen regresmogelijkheid op GrafiMedics omdat GrafiMedics al haar aansprakelijkheid richting Bravis heeft uitgesloten. Er bestaat daarentegen een regresmogelijkheid op Philips op basis van onrechtmatige daad. Bravis heeft een regresvordering op Philips voor dat deel van de schadevergoeding dat Bravis te veel heeft betaald aan de patiënt.

6.2 Aanbevelingen

De volgende aanbevelingen worden gegeven aan Bravis:

1. Maak gebruik van CE-gemarkeerde onderdelen

Uit dit onderzoek is gebleken dat het gebruik van niet originele onderdelen is toegestaan onder bepaalde voorwaarden. Alleen als uit risicoanalyse blijkt dat de veiligheid en prestatie van de defibrillators niet nadelig wordt beïnvloed, mag er gebruik worden gemaakt van ander merk batterijen. Het wordt aanbevolen de medisch specialisten hiervan op de hoogte te brengen door middel van een interne memo waarin duidelijk wordt gemaakt dat bij het gebruik van niet originele onderdelen er gebruik wordt gemaakt van een risicoanalyse. Gezien het zwaarwegend belang van het correct gebruik, en de mogelijke risico's die Bravis loopt bij verkeerd gebruik van niet originele onderdelen, wordt tevens aanbevolen de medisch specialisten te laten tekenen voor kennisneming van de inhoud van de memo.

2. Wees bewust van de onderhandelingspositie

De verhouding tussen rechtspersonen is veelal aan te merken als gelijkwaardig. Zo is ook de verhouding tussen Bravis en leveranciers aan te merken als gelijkwaardig. Aanbevolen wordt om de afdeling inkoop hiervan bewust te maken. Uit dit onderzoek blijkt dat gelijkwaardige partijen kunnen handelen op basis van contractvrijheid. Een slecht uitonderhandelde overeenkomst kan verregaande gevolgen hebben voor de aansprakelijkheid en kan lijden tot ongewenste schadevergoedingsverplichting. Aanbevolen wordt de volgende aanbevelingen aan de afdeling Inkoop kenbaar te maken door middel van een bijeenkomst/presentatie.

2a. Stel een checklist op

Het wordt aanbevolen om voor afdeling Inkoop een checklist te handhaven met belangrijke contractuele punten waar zij attent op moeten zijn. Op deze manier kan er voorkomen worden dat er afspraken zijn gemaakt die voor het ziekenhuis verregaande gevolgen kunnen hebben. Het is hierbij van belang dat er rekening wordt gehouden met de garantie- en exoneratiebepalingen. Een voorbeeld checklist is opgenomen in bijlage i.

2b. Betrek de interne juristen bij de contracten

Laat de onder aanbeveling 2a vernoemde checklist nalopen en ondertekenen door de interne juristen. Het betrekken van de interne juristen bij de te sluiten overeenkomsten voorkomt dat er onduidelijke of nadelige afspraken zijn opgenomen in de contracten of algemene voorwaarden. Op deze manier zal er binnen het ziekenhuis meer duidelijkheid

komen over de inhoud van de contracten. Dit kan voor Bravis op langere termijn kosten besparend zijn. Bravis handelt op deze manier proactief.

2c. Leg afspraken vast in een koopovereenkomst

Bravis en GrafiMedics hebben gehandeld op basis van een offerte en een bestelling. Het wordt aanbevolen om door de afdeling juridische zaken een raamwerk van een koopovereenkomst op te laten stellen. Deze standaardovereenkomst kan door de afdeling inkoop gebruikt worden om afspraken met betrekking tot garanties en aansprakelijkheid vast te leggen. Dit voorkomt onduidelijkheid over de te verwachten prestaties en verplichtingen.

2d. Neem standaard een aanbod op in het verzoek tot een offerte

Uit de beschreven hoofdstukken blijkt dat de algemene voorwaarden van de partij die ze als eerst aanbied van toepassing zijn. Het wordt daarom geadviseerd om standaard als eerste te verwijzen naar eigen algemene voorwaarden. Op basis van de first shot-rule zijn in dat geval de eigen algemene voorwaarden van toepassing.

2e. Neem een standaard afweerclausule op in het antwoord op de offerte

Uit inhoudsanalyse van de algemene voorwaarden van Bravis blijkt dat zij uitsluitend wil handelen op basis van eigen algemene voorwaarden. Een dergelijk beding is slechts rechtsgeldig als dit wordt opgenomen in het aanbod of de aanvaarding van Bravis. Aanbevolen wordt om in de bestelling standaard een afweerclausule op te nemen. In de afweerclausule moet kenbaar gemaakt worden dat er uitsluitend gehandeld wordt op basis van eigen algemene voorwaarden. De volgende, door de rechter als correct geachte, afweerclausule wordt aanbevolen:

“Bij deze bestelling wijzen wij de toepasselijkheid van uw algemene voorwaarden af en zijn zowel op deze bestelling als ook op eventueel met u te sluiten overeenkomst de Algemene Inkoopvoorwaarden Gezondheidszorg van toepassing.”

3 Let op bij het gebruik van niet originele batterijen bij de Philips defibrillators

Uit dit onderzoek blijkt dat er voor Bravis geen regresmogelijkheid op GrafiMedics bestaat. Dit betekent dat Bravis, in het geval van een toerekenbare tekortkoming, verantwoordelijk is voor de schade die een patiënt lijdt. Bravis dient te wachten tot Philips met nieuwe batterijen komt. Mocht Bravis wel gebruik willen maken van niet originele onderdelen, ondanks het advies van Philips om dat niet te doen, wordt het aanbevolen te allen tijde aanbeveling één in acht te nemen, evenals de volgende aanbeveling:

3a. Controleer aansprakelijkheidsverzekering

In het geval Bravis aansprakelijk wordt gesteld voor door patiënt geleden schade wordt aanbevolen contact op te nemen met de aansprakelijkheidsverzekering. Uit dit onderzoek blijkt dat Bravis is verzekerd voor de schade die de patiënt lijdt. Een beroep op de aansprakelijkheidsverzekering zal slagen mits Bravis volledig meewerkt aan het beoordelen van de aansprakelijkheid. Hier is echter een hoog eigen risico aan verbonden.

Literatuurlijst

Boeken:

- **Hartlief e.a. 2010**
Prof. mr. T. Hartlief e.a., *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.
- **Reehuis 2014**
Prof. mr. W.H.M. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014.
- **Ruygvoorn 2013**
Mr. dr. M. Ruygvoorn, *Contracten in de praktijk*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.
- **Wessels e.a. 2017**
Prof. mr. B. Wessels e.a., *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Elektronische bronnen

- www.bravisziekenhuis.nl, bezocht september-oktober 2017
- www.rijksoverheid.nl, bezocht september-oktober 2017
- www.gm.nl, bezocht november-december 2017

Kamerstukken:

- *Kamerstukken II 2011/12. GMT/MVG-3096243. (Kamerbrief)*

Richtlijnen

- **NVZ e.a. 2016**
NVZ e.a., *Veilige Toepassing van Medische Technologie in de medische specialistische zorg*, 2016
- **IGJ Nederland 2013**
IGJ Nederland, *IGZ-handhavingskader*, 2013.

Tekst & Commentaar:

- **Lindenbergh, in: T&C Burgerlijk Wetboek 6.**
Mr. S.D. Lindenbergh, commentaar op art. 6:162 BW, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 6* (online)
- **Olthof, in: T&C Burgerlijk Wetboek 6.**
Mr. M.M. Olthof, commentaar op art. 6:74, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 6* (online)
- **Stolker in: T&C Burgerlijk Wetboek 7.**
Mr. C.J.J.M. Stolker, commentaar op art. 7:446, art. 7:462 en art. 7:464, in: *T&C Burgerlijk Wetboek 7* (boek)
- **Valk, in: T&C Burgerlijk Wetboek 6.**

Jurisprudentielijst

Hoge Raad

- HR 4 mei 1951, *NJ* 1952/129.
- HR 20 februari 1976, *NJ* 1976/486 (Pseudo-vogelpest).
- HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (Haviltex).
- HR 6 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD4737 (Van Gend en Loos/Vitesse).
- HR 23 juni 1995, *NJ* 1996/566 (FMN/PAP).
- HR 21 juni 1996, *NJ* 1997/327 (Van Genk/De Wild).
- HR 22 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2204 (Bos/Erven Althuisius).
- HR 29 oktober 1999, *NJ* 1999/823 (Ekkersrijt/De Rooy).
- HR 20 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4606.
- HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7239.
- HR 13 juli 2001, *NJ* 2001/497 (Hardstaal/Bovry).
- HR 7 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3956.
- HR 22 oktober 2004, *NJ* 2006/597.
- HR 5 september 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2984.
- HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784.
- HR 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4764.
- HR 18 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4764.

Gerechtshoven

- Hof Arnhem 27 november 2001, *NJ* 2002/265.
- Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AL1831.
- Hof Arnhem 8 april 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:DB1992.
- Hof 's-Hertogenbosch 30 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BT1953.
- Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV3620.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BY8106.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:GHARL:2016:1546.

Rechtbank

- Rb. 26 mei 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3557.