Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

De (on)zin van strategisch contracteren bij gebruik en levering van zaken

Mr. dr. J.T. Hiemstra *

1 Inleiding

Bij de kwalificatie van een overeenkomst is de bedoeling van partijen om de overeenkomst onder de regeling van een bepaalde bijzondere overeenkomst te laten vallen niet beslissend. Dit oordeelde de Hoge Raad onlangs in het Inscharing-arrest.[1] Een reden voor partijen om overeen te komen dat de overeenkomst onder de regeling van een bepaalde bijzondere overeenkomst valt, kan zijn om de regeling van een andere bijzondere overeenkomst te omzeilen. Hoewel partijen hiermee dus niet (direct) kunnen bewerkstelligen dat de overeenkomst als de gewenste bijzondere overeenkomst wordt gekwalificeerd, is een subtieler effect denkbaar. Aan kwalificatie gaat immers uitleg van de overeenkomst vooraf en daarbij zijn in beginsel alle omstandigheden van het geval van belang.[2]

In dit artikel wordt onderzocht of deze poging tot strategisch contracteren effect heeft in het licht van de uitleg en kwalificatie van de overeenkomst. Dit wordt besproken aan de hand van een voorbeeld uit de onlangs verschenen conclusie inzake de aansprakelijkheid voor ondeugdelijke borstimplantaten.[3] De prejudiciële procedure waarin deze conclusie is verschenen, gaat over de vraag in hoeverre een hulpverlener aansprakelijk is voor het *gebruik* van dergelijke implantaten. In deze procedure is opgeworpen dat, als de Hoge Raad aansprakelijkheid voor het gebruik zou aannemen, een hulpverlener in de toekomst uitdrukkelijk en schriftelijk in de overeenkomst met de patiënt zou kunnen opnemen dat de zaak aan de patiënt is *geleverd*.[4] Dit om de toepassing van art. 7:24 lid 2 BW te activeren, zodat de aansprakelijkheid van de hulpverlener (in beginsel) wordt gekanaliseerd naar de producent. In paragraaf 2 wordt ingegaan op de mogelijke invloed van een dergelijke bepaling op de uitleg van de overeenkomst en in paragraaf 3 op de kwalificatie van de overeenkomst.

2 Uitleg

2.1 Algemeen

De wederzijdse rechten en verplichtingen van partijen vormen de inhoud van de overeenkomst. Deze inhoud wordt bepaald aan de hand van uitleg en vormt het fundament voor het vaststellen van de rechtsgevolgen van de overeenkomst.

Uitleg kent verschillende dimensies.[5] Als uitgangspunt geldt dat alle omstandigheden van het concrete geval van betekenis zijn, gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.[6] In aansluiting op art. 3:35 BW gaat het daarbij om omstandigheden die beïnvloeden wat partijen onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten verwachten.[7] Niet alleen omstandigheden die spelen op het moment van sluiten van de overeenkomst kunnen daarbij van belang zijn, maar ook omstandigheden die daarna hebben plaatsgevonden.[8]

Dit uitgangspunt wordt uitgewerkt naargelang het type rechtshandeling. De Hoge Raad heeft voor verschillende, in het maatschappelijk verkeer vaak voorkomende typen van gevallen een maatstaf ontwikkeld.[9] Als uitgangspunt zijn de

* Mr. dr. J.T. Hiemstra is advocaat bij Hausfeld te Amsterdam.

1. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, r.o. 3.2.2. Zie voor een bespreking van dit arrest P.J. Tanja & G.J. Standhardt, Uitleg en kwalificatie van een overeenkomst, Bb 2020/31.
2. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, r.o. 3.2.3; vgl. HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1830.
3. Concl. A-G Wissink 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176. Een vrijwel identieke conclusie is verschenen in de procedure over de zogeheten Miragelplombe (ECLI:NL:PHR:2020:175).
4. Tussen schrijven en publicatie van dit artikel verscheen het arrest in deze procedure. De Hoge Raad oordeelt dat de hulpverlener niet aansprakelijk is voor het gebruik van PIP-implantaten vanwege de bijzondere omstandigheden van het geval (HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090). Uit het arrest lijkt te volgen dat aansprakelijkheid van de hulpverlener voor het gebruik van medische hulpzaken ex artikel 6:74 jo. 6:77 BW in hoofdregel mogelijk is.
5. W.L. Valk, Verder denken over uitleg van rechtshandelingen: kan het eenvoudiger?, NJB 2018/1360, afl. 27, p. 5 (uitgebreidere internetversie).
6. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493, r.o. 4.5.
7. Zie over de relatie tussen de wilsvertrouwensleer en uitleg: W.L. Valk, De maatstaf voor uitleg, in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk, Uitleg van rechtshandelingen (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2016), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 16-18.
8. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741, NJ 2015/382; Valk 2016, p. 28 e.v.
9. Valk 2016, p. 36.

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Haviltex-norm, de cao-norm en een combinatie van beide te onderscheiden.[10]

De welbekende Haviltex-norm houdt in dat bij de uitleg van een overeenkomst niet enkel moet worden gelet op de taalkundige betekenis van de bepalingen, maar ook op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.[11] Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht. Hoewel het Haviltex-arrest ziet op de uitleg van een schriftelijk contract, geldt de daarin geformuleerde norm ook voor mondelinge overeenkomsten.[12]

Voor de uitleg van overeenkomsten die op uniforme wijze de rechtspositie van derden beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor die derden niet kenbaar is, heeft de Hoge Raad de objectievere cao-norm ontwikkeld.[13] De cao-norm houdt in dat de bewoordingen van een bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn.[14]

Tussen de Haviltex-norm en de cao-norm bestaat een vloeiende overgang.[15] Bij toepassing van de Haviltex-norm kan ook de taalkundige uitleg van de bepalingen van de overeenkomst relevant zijn,[16] echter niet uitsluitend, en bij toepassing van de cao-norm hoeven de bepalingen niet uitsluitend taalkundig te worden uitgelegd.[17] In het overgangsgebied tussen de Haviltex-norm en de cao-norm neemt de objectivering toe naargelang de overeenkomst naar haar aard meer is bedoeld om de rechtspositie van derden te beïnvloeden die de bedoeling van de contracterende partijen niet kunnen kennen en het voor de contracterende partijen voorzienbare aantal derden groter is.[18] In dat overgangsgebied kan, met andere woorden, een 'geobjectiveerde Haviltex-norm' gelden, waarbij meer gewicht toekomt aan de voor derden kenbare aspecten van de overeenkomst.[19] Dit kan, afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, op verschillende manieren vorm krijgen.[20]

Boven op de hiervoor uiteengezette normen zijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad voor bepaalde gevallen concretere uitlegregels geformuleerd.[21]

2.2 Toepassing

Wat betekent het voorgaande voor het in de inleiding uiteengezette voorbeeld? De patiënt en de hulpverlener hebben een overeenkomst gesloten op grond waarvan de hulpverlener een implantaat heeft ingebracht bij de patiënt, en zij hebben daarbij op schrift gesteld dat het implantaat aan de patiënt is geleverd.

Voor de uitleg van deze rechtsverhouding dient de Haviltex-norm te worden gehanteerd. Voor objectivering van de norm voor uitleg is geen plaats omdat de overeenkomst tussen een hulpverlener en een patiënt niet tot doel heeft de rechtspositie van derden te beïnvloeden. Dit betekent dat in het licht van alle omstandigheden van het geval moet worden bekeken wat de zin is die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen van de overeenkomst mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Het object van uitleg is daarbij niet enkel de schriftelijke overeenkomst die partijen hebben gesloten, maar hun rechtsverhouding als geheel.[22] Hoewel de schriftelijke overeenkomst een belangrijke uiting van de wil van partijen is, kleuren ook mondelinge verklaringen en gedragingen van partijen ten tijde van het sluiten van de overeenkomst en daarna in belangrijke mate de inhoud van hun overeenkomst.[23]

10. Valk 2018, p. 7. Deze uitlegnormen gelden als uitgangspunt en de Hoge Raad heeft hierop uitzonderingen aangenomen, zoals in: HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, NJ 2017/114 en HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:678.
11. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635.
12. HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319, NJ 2009/397.
13. HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1059, NJ 1994/173; HR 24 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1072, NJ 1994/174. De cao-norm geldt niet alleen voor cao's (HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5961, NJ 2000/473; HR 23 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AG3894, NJ 2003/715; HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4621, NJ 2003/470).
14. Idem.
15. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005/493, r.o. 4.4. Volgens Valk moeten we deze overgang wel met een korrel zout nemen (Valk 2016, p. 37).
16. De rechter kan bij de uitleg van een contractuele bepaling voorshands oordelen dat deze bepaling moet worden uitgelegd overeenkomstig de taalkundige betekenis daarvan: '[V]oor het mogen geven van zodanig voorlopig oordeel [is] niet vereist dat partijen over de tekst van de bepaling hebben onderhandeld of bij de onderhandelingen zijn bijgestaan door (juridisch) deskundigen. Evenmin is vereist dat de overeenkomst is gesloten tussen professionele partijen of dat de aard van de transactie of de omvang en gedetailleerdheid van de overeenkomst aanleiding geven tot zodanig voorlopig oordeel. Het is aan de rechter om te beoordelen welk gewicht daarbij moet worden gehecht aan het al dan niet aanwezig zijn van deze omstandigheden, mede gelet op eventuele overige, op dat moment gebleken omstandigheden van het geval' (HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, r.o. 3.2.3).
17. HR 11 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC3103; HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2376, NJ 2003/110; HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4366, NJ 2003/111; HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3100; Asser/Sieburgh 6-III 2018/374. Dit laat onverlet dat volstrekt subjectieve omstandigheden bij uitleg op grond van de cao-norm altijd buiten beschouwing blijven.
18. Idem.
19. Valk 2018, p. 7 en 18.
20. Zie voor een aantal voorbeelden Asser/Sieburgh 6-III 2018/372.
21. Zie bijv. HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167.
22. Valk 2018, p. 29. Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, Meerpartijenovereenkomst en samenhangende overeenkomsten (Mon. BW nr. A29), Deventer: Wolters Kluwer 2019/18.
23. Met name, zoals in de rechtsverhouding in dit voorbeeld, bij het ontbreken van een vormvoorschrift.

 doi: 10.5553/MvV/157457672020030006004

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Als in het gegeven voorbeeld wordt gekeken naar de rechtsverhouding tussen partijen, dan is een aantal omstandigheden interessant. Met het oog op de maatschappelijke kringen waartoe partijen behoren en de rechtskennis die van zodanige partijen kan worden verwacht, is in de eerste plaats relevant dat de relatie tussen een hulpverlener en een patiënt wordt gekenmerkt door een verschil in professionaliteit.[24] Een patiënt contracteert als niet-professionele partij met een hulpverlener die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

Of dit verschil in professionaliteit resulteert in een verschil in rechtskennis, hangt af van de omstandigheden van het geval. De wederpartij van de patiënt kan een zelfstandige huisarts zijn, maar ook een ziekenhuis of een arts werkzaam in een ziekenhuis of kliniek.[25] In het gegeven voorbeeld is op initiatief van de hulpverlener in de overeenkomst opgenomen dat een implantaat door de hulpverlener aan de patiënt is geleverd. Het doel van deze bepaling in de overeenkomst is om het bestaan van een verbintenis die strekt tot aflevering van de zaak in de zin van titel 1 van Boek 7 BW in het leven te roepen. Dit is om ervoor te zorgen dat ex art. 7:24 lid 2 BW de aansprakelijkheid voor een gebrek in het implantaat wordt gekanaliseerd naar de producent van het implantaat. Het initiatief om een dergelijk beding in de overeenkomst met een patiënt op te nemen, duidt daarmee op enige rechtskennis aan de zijde van de hulpverlener.

Als uitgangspunt kan worden aangenomen dat rechtskennis aan de zijde van de patiënt zal ontbreken. De patiënt is altijd een natuurlijke persoon en het is niet gebruikelijk dat de patiënt bij het sluiten van een overeenkomst met een hulpverlener juridische bijstand inschakelt. A-G Wissink merkt dan ook terecht op dat het de vraag is of de patiënt zich bewust zal zijn van de beoogde implicaties van het beding dat een implantaat is geleverd.[26] Deze implicaties zouden bezwaarlijk voor de patiënt kunnen zijn, omdat hij in geval van schade niet zijn contractuele wederpartij kan aanspreken, maar zich op grond van een buitencontractuele grondslag moet wenden tot een (wellicht onbekende) derde.[27]

Als de patiënt zich wel bewust is van de implicaties van het beding, dan is de vervolgvraag wat zijn onderhandelingspositie is. De onderhandelende patiënt is volgens Wissink een 'theoretisch denkbeeld'.[28] Denkbaar is dat dit in een cosmetische kliniek beter mogelijk is dan in een ziekenhuis of bij de huisarts. Ook zou de patiënt in een dergelijke kliniek ter compensatie van de kanalisatie mogelijk kunnen onderhandelen over de prijs van het implantaat of de behandeling. De patiënt zou hiertoe te meer geneigd kunnen zijn als de kosten van de cosmetische ingreep niet door een zorgverzekering worden gedekt. Een dergelijke onderhandeling is in het ziekenhuis of bij de huisarts niet goed denkbaar.

In plaats van te onderhandelen zou de patiënt die geconfronteerd wordt met voornoemd beding kunnen uitwijken naar een andere contractspartij. Als de patiënt een implantaat wenst te ontvangen of om medische of cosmetische redenen behandeld wenst te worden met gebruik van een implantaat, dan heeft de patiënt geen andere keuze dan het aangaan van een overeenkomst met een hulpverlener. Hoewel de patiënt in theorie vrij is om te kiezen met welke hulpverlener hij wenst te contracteren, kan deze vrijheid in feite door verschillende omstandigheden worden beperkt, zoals de urgentie van de gewenste behandeling en wachtlijsten bij ziekenhuizen of klinieken, de geografische afstand tot een andere hulpverlener en het vergoedingsregime van de zorgverzekeraar.

Dit verschil in professionaliteit, rechtskennis en onderhandelingspositie leidt ertoe dat het voor de hand ligt om het beding inhoudende dat een implantaat aan de patiënt is geleverd in beginsel ten gunste van de patiënt uit te leggen.[29] Deze uitleg impliceert dat de overeenkomst geen (afzonderlijke) verbintenis tot aflevering in de zin van titel 1 van Boek 7 BW bevat, waardoor de aansprakelijkheid wordt gekanaliseerd naar de producent.

Hiervoor pleit ook de aard van de rechtsverhouding tussen een hulpverlener en een patiënt en hetgeen gebruikelijk is tussen dergelijke partijen.[30] In alle gevallen waarin een hulpverlener met een patiënt contracteert, zal de overeenkomst ex art. 7:446 lid 2 BW primair strekken tot het verlenen van zorg.[31] Zelfs als de patiënt de hulpverlener niet met een medische hulpvraag benadert, maar met het specifieke verzoek om een bepaald implantaat te ontvangen, ligt daaraan een bredere zorgvraag ten grondslag die de hulpverlener ex art. 7:453 BW moet achterhalen en beoordelen, en waarover hij als deskundige moet beslissen en informeren.[32] Deze zorgvraag kan bijvoorbeeld betrekking hebben op een borstvergroting of -reconstructie. De implantaten die de hulpverlener in dat kader ex art. 7:446 lid 3 BW aan de patiënt verstrekt, zijn hulpmiddelen om het overkoepelende behandelingsdoel – de borstvergroting/-reconstructie – te bereiken.[33] Het aannemen van een afzonderlijke verbintenis tot aflevering ligt in deze ver-

24. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635.
25. De hulpverlener wordt in art. 7:446 BW omschreven; Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 27 (MvT).
26. Concl. A-G Wissink 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176, onder 8.18.1.
27. Op grond van art. 6:186 e.v. of 6:162 BW.
28. Concl. A-G Wissink 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176, voetnoot 143.
29. Asser/Sieburgh 6-III 2018/376.
30. Asser/Sieburgh 6-III 2018/376.
31. Vgl. Hof Amsterdam 7 januari 1988, ECLI:NL:GHAMS:1988:AK1837, TvGR 1989/99, r.o. 4.5; Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4936, r.o. 3.6.2; Rb. Amsterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:212.
32. Concl. A-G Wissink 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176, onder 8.9.2; Rb. Amsterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:212.
33. Zie ook J.T. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 105 e.v.; R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 157.

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

houding niet voor de hand.[34] De vraag is bovendien hoe een verbintenis die ertoe zou strekken de aansprakelijkheid van de hulpverlener te kanaliseren naar de producent, zich verhoudt tot het exoneratieverbod van art. 7:463 BW.

Kortom, zelfs als uitdrukkelijk en schriftelijk in de overeenkomst tussen een hulpverlener en een patiënt wordt opgenomen dat een medische zaak, zoals een implantaat, door de hulpverlener aan de patiënt wordt geleverd, zal door middel van uitleg in het algemeen geen afzonderlijke leveringsverbintenis worden aangenomen. Het is echter aan de rechter om in een concreet geval te beoordelen welk gewicht moet worden gehecht aan de verschillende aanwezige omstandigheden. Daardoor is niet uit te sluiten dat de rechter een afzonderlijke leveringsverbintenis aanneemt als de omstandigheden rechtvaardigen dat meer gewicht wordt toegekend aan de taalkundige uitleg van de in de overeenkomst opgenomen bepaling.[35]

3 Kwalificatie

3.1 Algemeen

Na uitleg volgt kwalificatie. Bij kwalificatie wordt beoordeeld of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de omschrijving van een in de wet geregelde bijzondere overeenkomst.[36] De verschillende rechtsgevolgen die partijen aan hun verhouding hebben verbonden, moeten daarbij in hun onderling verband worden gezien.[37]

Het uitgangspunt van partijautonomie rechtvaardigt dat in beginsel wordt aangesloten bij de manier waarop partijen zelf hun rechtsverhouding hebben vormgegeven.[38] Als partijen de overeenkomst als een bepaalde bijzondere overeenkomst hebben aangeduid en er geen aanwijzingen zijn voor het tegendeel, dan zal voorshands van die aanduiding mogen worden uitgegaan.[39] Zijn dergelijke aanwijzingen er wel, verschillen partijen van mening over de kwalificatie of dreigt ontduiking van dwingendrechtelijke wetsbepalingen,[40] dan zal de rechter de overeenkomst kwalificeren, waarbij niet van belang is of dit overeenstemt met de kwalificatie die partijen voor ogen stond.[41]

Door veranderende omstandigheden kan de kwalificatie van de overeenkomst na verloop van tijd wijzigen; een overeenkomst van opdracht kan bijvoorbeeld overgaan in een maatschapsovereenkomst.[42]

3.2 Toepassing

Aan de hand van uitleg van het in de inleiding genoemde voorbeeld kunnen verschillende rechten en verplichtingen van partijen worden vastgesteld. In paragraaf 2 is uiteengezet dat er in de rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt in ieder geval sprake zal zijn van een verplichting tot het verlenen van zorg. In het kader van deze verplichting kan de hulpverlener een implantaat aan de patiënt verstrekken. Het aannemen van een afzonderlijke leveringsverplichting ligt in het licht van de gehele rechtsverhouding tussen partijen niet voor de hand. Als een rechter hierover in een concreet geval anders oordeelt, bijvoorbeeld door meer gewicht toe te kennen aan de taalkundige uitleg van de bepaling in de overeenkomst,[43] kan dit verschillende implicaties hebben voor de kwalificatie van de overeenkomst: er kan (1) (enkel) een koopovereenkomst, (2) (enkel) een geneeskundige behandelingsovereenkomst, (3) zowel een koopovereenkomst als een geneeskundige behandelingsovereenkomst, of (4) een gemengde overeenkomst zijn ontstaan. Deze opties worden hierna besproken.

Het is onwaarschijnlijk dat de rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt uitsluitend als een koopovereenkomst wordt gekwalificeerd. De hulpverlener verbindt zich niet slechts tot het geven van een zaak aan de patiënt in ruil voor een prijs in geld (art. 7:1 BW). In zijn hoedanigheid als hulpverlener verbindt de hulpverlener zich hoofdzakelijk tot het verlenen van zorg aan de patiënt.[44] Dit omvat niet enkel het geven van een zaak, maar bovenal het beoordelen van de aard en het doel van de medische of cosmetische zorgvraag, het opnemen van de anamnese, het doen van onderzoek, het stellen van een diagnose, het beoordelen of het verstrekken van een medische zaak die in dat verband mogelijk en noodzakelijk is en het kiezen van de geschikte zaak, het informeren van de patiënt over de risico's, alternatieven en vooruitzichten van de behandeling en de zaak en het verlenen van nazorg.[45] Art. 7:446 lid 2 sub b BW bepaalt dan ook dat alle handelingen die rechtstreeks betrekking hebben op een persoon en door een arts in die hoedanigheid zijn verricht, worden aangemerkt als verrichtingen op het gebied van de geneeskunst. Dit omvat ook cosmetische handelingen die door

34. Vgl. concl. A-G Wissink 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176, onder 8.8 e.v. Zie hierover ook I.C. Timmermans, Dient een hulpverlener in te staan voor de kwaliteit van borstimplantaten?, AV&S 2015/4.
35. Vgl. HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1940, r.o. 3.2.3.
36. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, r.o. 3.2.2.
37. HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495; Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6333.
38. Tjong Tjin Tai 2019/18.
39. Asser/Houben 7-X 2019/20. Vgl. HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 en Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6333.
40. Idem.
41. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, r.o. 3.2.2. Als de rechter afwijkt van het partijperspectief, ligt het voor de hand dat de rechter partijen in de gelegenheid stelt zich hierover uit te laten (vgl. Tjong Tjin Tai 2019/18).
42. HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876.
43. Zie bijv. Rb. Amsterdam 11 juni 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BK5333, JA 2007/145. Ter vergelijking: ook in het Verenigd Koninkrijk wordt in aansluiting op de Consumer Rights Act 2015 aangenomen dat een hulpverlener in een contractuele relatie met de patiënt medische hulpzaken kan leveren (R. Goldberg, Products Liability, in: J. Laing & J. McHale (red.), Principles of Medical Law, Oxford: Oxford University Press 2017, p. 959-960).
44. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4936.
45. Wijne 2013, p. 157; H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute & J. Legemaate, Handboek gezondheidsrecht, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 119. De inlichtingenplicht en het daarmee samenhangende toestemmingsvereiste zijn geregeld in art. 7:448 en 7:450 BW.

 doi: 10.5553/MvV/157457672020030006004

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

een arts worden verricht.[46] Dat de hulpverlener zich verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, heeft krachtens lid 1 van art. 7:446 BW tot gevolg dat een geneeskundige behandelingsovereenkomst ontstaat.

In de jurisprudentie over dit vraagstuk wordt telkens aangenomen dat tussen de hulpverlener en de patiënt uitsluitend een geneeskundige behandelingsovereenkomst ontstaat.[47] Denkbaar is echter dat daarnaast een koopovereenkomst is ontstaan als, naast de verplichting tot het verlenen van zorg, een verbintenis is vastgesteld om het implantaat te leveren in ruil voor een prijs in geld overeenkomstig art. 7:1 BW.[48] Dit impliceert op grond van art. 7:9 lid 1 BW dat de hulpverlener verplicht is de zaak in eigendom over te dragen ex art. 3:84 BW en af te leveren. Onder aflevering wordt krachtens het tweede lid van art. 7:9 BW verstaan: het stellen van de zaak in het bezit van de koper in de zin van (onder meer) art. 3:90 BW. De vraag is of het implantaat, als het in het lichaam van de patiënt wordt geïmplanteerd, de status van een zaak in de zin van art. 3:2 BW behoudt en bezit wordt van de patiënt.[49] Zelfs als dit niet zo zou zijn, kan er sprake zijn van levering en daarmee eigendomsoverdracht, aangezien levering reeds kan geschieden vóór implantatie.[50] Mogelijkerwijs heeft de implantatie in het lichaam van de patiënt vervolgens tot gevolg dat de patiënt de eigendom van het implantaat weer verliest. Wat dan resteert is zeggenschap over het implantaat, die voortvloeit uit een persoonlijkheidsrecht.[51]

Naast deze verbintenis om het implantaat in eigendom over te dragen en af te leveren, is voor het aannemen van een koopovereenkomst van belang dat ex art. 7:26 BW (de hoogte van) een koopprijs kan worden bepaald. Denkbaar is dat partijen de prijs die de patiënt dient te betalen, hebben opgesplitst in een koopprijs voor het implantaat en een prijs voor de behandeling.

Als aangenomen wordt dat er zowel een geneeskundige behandelingsovereenkomst als een koopovereenkomst tot stand is gekomen tussen partijen, heeft de hulpverlener daar vanuit het oogpunt van 'strategisch contracteren' niets aan. Omdat de overeenkomsten naast elkaar bestaan, kan de patiënt kiezen op welke grondslag hij de hulpverlener aanspreekt. Indien het implantaat gebreken vertoont en de patiënt schade lijdt, zal de patiënt naar alle waarschijnlijkheid stellen dat dit resulteert in een tekortkoming in de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de hulpverlener aanspreken op grond van art. 6:74 jo. art. 6:77 BW. De patiënt zal zijn schadevordering naar alle waarschijnlijkheid niet baseren op een tekortkoming in de koopovereenkomst omdat art. 7:24 lid 2 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van de verkoper in beginsel wordt gekanaliseerd naar de producent van het implantaat.

Waarschijnlijker dan twee afzonderlijke overeenkomsten is dat in de hiervoor beschreven situatie een gemengde overeenkomst ontstaat.[52] Wanneer een overeenkomst aan de omschrijving van twee door de wet geregelde bijzondere overeenkomsten voldoet, bepaalt art. 6:215 BW dat de wettelijke regelingen van beide bijzondere overeenkomsten naast elkaar op de overeenkomst van toepassing zijn, behoudens voor zover deze bepalingen niet met elkaar te verenigen zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet. Als de wettelijke bepalingen van de onderscheiden overeenkomsten naast elkaar van toepassing zijn, is het uitgangspunt dat partijen keuzevrijheid toekomt.[53] Voor zover bepalingen, geldend voor de onderscheiden soorten overeenkomsten, niet met elkaar te verenigen zijn, dient door uitleg van de gemengde overeenkomst te worden beoordeeld welke bepaling in het concrete geval dient te prevaleren.[54]

Bij een gemengde overeenkomst met elementen van een geneeskundige behandelingsovereenkomst en een koopovereenkomst kan de door art. 6:215 BW vooropgestelde cumulatie niet worden toegepast ter beoordeling van aansprakelijkheid voor een gebrekkig implantaat. Art. 7:24 lid 2 BW, dat geldt voor de levering van een gebrekkig implantaat, kanaliseert de aansprakelijkheid voor het gebrekkige implantaat (in beginsel) naar de producent. Art. 6:77 BW, dat geldt voor het gebruik van een gebrekkig implantaat in het kader van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, kent een dergelijke kanalisatie niet.[55] De aansprakelijkheid op grond van art. 6:74 jo. art. 6:77 BW is dus in beginsel ruimer. Bij beantwoording van de vraag of art. 7:24 of art. 6:77 BW dient te prevaleren, is van belang op welk element van de gemengde overeenkomst het accent ligt. In dat kader is relevant dat aan het element van koop in deze gemengde overeenkomst (in de regel) minder zelfstandige betekenis toekomt dan aan het behandelingsele-

46. B. Sluijters & M.C.I.H. Biesaart, De geneeskundige behandelingsovereenkomst, Deventer: Kluwer 2005, p. 8.
47. Hof Amsterdam 7 januari 1988, ECLI:NL:GHAMS:1988:AK1837, TvGR 1989/99, r.o. 4.5; Hof Arnhem 27 juni 2000, ECLI:NL:GHARN:2000:AK4321, VR 2002/112; Hof 's-Hertogenbosch 25 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4936, r.o. 3.6.2; Rb. Amsterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:212. Dat de overeenkomst ook elementen bevat van koop hoeft niet in de weg te staan aan het (enkel) kwalificeren van de overeenkomst als geneeskundige behandelingsovereenkomst (HR 4 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9673, r.o. 4.4).
48. Vgl. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405, r.o. 3.3.5.
49. J.E. Jansen, Goederenrecht en het menselijk lichaam, AA 2011, p. 515-516; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/63.
50. Vgl. concl. A-G Wissink 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176, onder 8.6.1.
51. Jansen 2011, p. 514 en 516.
52. Bij mogelijke samenloop tussen koop en een andersoortige overeenkomst verdient het aannemen van een gemengde overeenkomst volgens Hijma de voorkeur boven het maken van een principiële keuze, omdat daarmee kan worden bewerkstelligd dat in het concrete geval kan worden beoordeeld uit welke bron de rechtsgevolgen op de meest passende wijze kunnen worden geput (Asser/Hijma 7-I 2019/12).
53. A.G. Castermans & H.B. Krans, Samenloop (Mon. BW nr. A21), Deventer: Wolters Kluwer 2019/4.
54. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:405, r.o. 3.3.2. Dit kan ertoe leiden dat bepalingen van dwingend recht buiten toepassing moeten worden gelaten.
55. Hiemstra 2018, p. 116 e.v.

Dit artikel uit Maandblad voor Vermogensrecht is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

ment. Een patiënt zal dikwijls niet geïnteresseerd zijn in – of gebaat zijn bij – de koop van een implantaat als dit implantaat niet door de hulpverlener wordt gebruikt in het kader van een behandeling. Andersom kan de hulpverlener de patiënt behandelen met gebruik van een implantaat, zonder dat dit implantaat ook aan de patiënt hoeft te worden verkocht. Daar komt bij dat uit het element van koop in de gemengde overeenkomst in essentie slechts twee verbintenissen voortvloeien: de verbintenis tot levering van de zaak en de verbintenis tot betaling van de koopprijs. Daarentegen vloeien uit het element van behandeling uit de gemengde overeenkomst talrijke verbintenissen voort, zoals hiervoor uiteengezet. Deze omstandigheden leiden ertoe dat het accent van een gemengde overeenkomst tussen de hulpverlener en de patiënt over het algemeen op de geneeskundige behandeling zal liggen, en art. 6:74 jo. art. 6:77 BW als aansprakelijkheidsgrondslag zal prevaleren.[56]

4 Conclusie

In dit artikel is onderzocht of een poging tot strategisch contracteren effect heeft in het licht van de uitleg en kwalificatie van de overeenkomst. Dit is besproken aan de hand van een voorbeeld waarin een hulpverlener met een patiënt schriftelijk overeenkomt dat een bij de behandeling te gebruiken implantaat aan de patiënt wordt geleverd. Het doel van een dergelijke bepaling is dat de aansprakelijkheid van de hulpverlener voor een gebrek in het implantaat krachtens art. 7:24 lid 2 BW (in beginsel) wordt gekanaliseerd naar de producent van het implantaat.

Gebleken is dat het effect van deze strategische bepaling beperkt is. In het licht van de gehele rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt zal niet snel worden aangenomen dat de hulpverlener een implantaat aan de patiënt heeft geleverd. De bewoordingen van de bepaling worden overschaduwd door andere omstandigheden die de uitleg van de bepaling inkleuren, zoals het verschil in professionaliteit, rechtskennis en de onderhandelingspositie van partijen, de aard van de rechtsverhouding tussen een hulpverlener en een patiënt, en hetgeen gebruikelijk is tussen dergelijke partijen.

Bij het vaststellen en afwegen van de relevante omstandigheden valt op dat het niet eenvoudig is om uit te leggen alvorens te kwalificeren. Doordat de contractspartijen in het gegeven voorbeeld een hulpverlener en een patiënt zijn, wordt de uitleg van hun wederzijdse verplichtingen in belangrijke mate beïnvloed door de wettelijke regels inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Ook de uitleg van de bepaling dat de zaak aan de patiënt is geleverd, wordt ingekleurd door de wettelijke regels inzake de koopovereenkomst waarin de term 'levering' wordt gehanteerd. Enige wisselwerking tussen uitleg en kwalificatie lijkt in het gegeven voorbeeld onvermijdelijk.[57]

Als in het gegeven voorbeeld wel een leveringsverbintenis zou worden aangenomen, bijvoorbeeld als de rechter meer gewicht toekent aan de taalkundige uitleg van de bepalingen van de overeenkomst, kan dit verschillende implicaties hebben voor de kwalificatie van de overeenkomst: er kan (1) (enkel) een koopovereenkomst, (2) (enkel) een geneeskundige behandelingsovereenkomst, (3) zowel een koopovereenkomst als een geneeskundige behandelingsovereenkomst, of (4) een gemengde overeenkomst zijn ontstaan. Aangezien het verlenen van zorg in de verhouding tussen de patiënt en de hulpverlener centraal staat, zal er in ieder geval sprake zijn van een geneeskundige behandelingsovereenkomst, waardoor de eerste optie afvalt. De geneeskundige behandelingsovereenkomst kan de enige overeenkomst zijn die tussen de hulpverlener en de patiënt bestaat, maar denkbaar is ook dat daarnaast een koopovereenkomst is ontstaan. Bovendien kan de overeenkomst vanwege de aanwezigheid van elementen uit beide overeenkomsten als een gemengde overeenkomst worden gekwalificeerd.

Als wordt aangenomen dat zowel een geneeskundige behandelingsovereenkomst als een koopovereenkomst is ontstaan, kan de patiënt kiezen op basis van welke grondslag hij de hulpverlener aanspreekt. Indien het implantaat gebreken vertoont en de patiënt schade lijdt, zal de patiënt naar alle waarschijnlijkheid stellen dat dit resulteert in een tekortkoming in de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de hulpverlener aanspreken op grond van art. 6:74 jo. art. 6:77 BW. De patiënt zal zijn schadevordering vanwege art. 7:24 lid 2 BW niet baseren op een tekortkoming in de koopovereenkomst. Als wordt aangenomen dat een gemengde overeenkomst is ontstaan, zal de regeling van art. 6:74 jo. art. 6:77 BW prevaleren boven de regeling van art. 7:24 BW omdat het accent van de gemengde overeenkomst op de behandeling zal liggen. De poging van de hulpverlener tot strategisch contracteren levert dus bij geen van de mogelijke kwalificaties iets op.

56. Wissink spreekt van 'behandeling met een randje levering' (concl. A-G Wissink 21 februari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:176, onder 8.15).

57. Vgl. HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, r.o. 3.4.2. De vraag is hoe dit zich verhoudt tot het recent verschenen Inscharing-arrest, waarin de Hoge Raad aan lijkt te sturen op eenrichtingsverkeer van uitleg naar kwalificatie (HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, r.o. 3.2.3).

 doi: 10.5553/MvV/157457672020030006004