

43 Arrest Gerechtshof 27-11-2018



de Rechtspraak

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

ONTVANGEN 28 NOV 2018

Balans Letselschade
mr. Z.J. Rittersma
Postbus 26
7030 AA Wehl

Afdeling civiel recht

bezoekadres
Walburgstraat 2 -4
6811 CD Arnhem

correspondentieadres
Postbus 9030
6800 EM Arnhem

t (088) 361 10 82
f (088) 361 00 94

datum 27 november 2018
contactpersoon mw. H.A.E. Kemman - van Geldere
doorkiesnummer (088) 361 10 82
ons kenmerk 200.136.030/ 01
uw kenmerk
bijlage(n) 1
onderwerp J.H. Sassen / Stichting Katholieke Universiteit (UMC St. Radboud)

Geachte heer, mevrouw,

Hierbij zend ik u de uitspraak die het hof op 27 november 2018 heeft gedaan.

Hoogachtend,

mw. H.A.E. Kemman - van Geldere
Griffier

arrest

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.136.030
(zaaknummer rechtbank Arnhem, 187508)

arrest van 27 november 2018

in de zaak van:

Jan Hendrik Sassen,
wonende te Nijmegen,
appellant in het principaal appel,
geïntimeerde in het voorwaardelijk incidenteel appel,
hierna: Sassen,
advocaat: mr. Z.J. Rittersma,

tegen:

de stichting
Katholieke Universiteit (UMC St. Radboud ziekenhuis),
gevestigd te Nijmegen,
geïntimeerde in het principaal appel,
appellante in het voorwaardelijk incidenteel appel,
hierna: Radboudumc,
advocaat: mr. H. Lebbing.

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 In het tussenarrest van 3 oktober 2017 heeft het hof onder meer een nadere schriftelijke toelichting gelast door drs. N. Crama op de door het hof geformuleerde vragen.

1.2 Crama voornoemd heeft in een aan het hof verzonden brief van 26 november 2017 deze vragen beantwoord (nadere schriftelijke toelichting). De griffie heeft ervoor zorggedragen dat deze nadere schriftelijke toelichting aan de advocaten van partijen is gestuurd.

1.3 Beide partijen hebben op de nadere schriftelijke toelichting van Crama mogen reageren: Sassen bij akte in respons van 30 januari 2018 met toevoeging van twee producties en Radboudumc bij akte uitlating in respons van 30 januari 2018.

1.4 Vervolgens hebben beide partijen de aanvullende stukken overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

2. De verdere beoordeling van het geschil in hoger beroep

Enige inleidende opmerkingen

2.1 Het hof heeft in het tussenarrest van 3 oktober 2017 onder rechtsoverwegingen 4.1 en 4.2 een samenvatting gegeven van het geschil en het oordeel van de rechtbank. Het hof heeft onder rechtsoverweging 4.3 van het tussenarrest de veertien grieven van Sassen al geordend en zal deze grieven aan de hand van die ordening bespreken en beoordelen. Alvorens hiertoe over te gaan zal het hof eerst enige procesrechtelijke/procedurele opmerkingen maken en hierover beslissingen nemen.

2.2 Sassen heeft tijdens het pleidooi van 5 september 2016 een nieuwe grief opgeworpen met een daaraan gekoppelde eisvermeerdering. Sassen stelt dat deze nieuwe grief een verbreding is van de grondslag van zijn eis en een aanvulling is op de reeds eerder opgeworpen grieven. Hiertegen heeft (de advocaat van) het Radboudumc formeel bezwaar aangetekend. Het hof stelt voorop dat de grieven in beginsel niet in een later stadium dan in de memorie van grieven mogen worden aangevoerd (de tweeconclusieregel in artikel 347 lid 1 Rv). Op deze ook wel genoemde “in beginsel strakke regel” zijn in de rechtspraak van de Hoge Raad uitzonderingen aanvaard. Nu de nieuwe grief van Sassen in het verlengde ligt van de al eerder in het geding aangevoerde grieven, oordeelt het hof deze nieuwe, aanvullende grief niet in strijd met de tweeconclusieregel en de goede procesorde en daarom toelaatbaar. Het petitum is overigens niet aangepast/gewijzigd door Sassen.

2.3 Sassen heeft zich in de akte in respons van 30 januari 2018 ook uitgelaten over andere onderwerpen dan over de nadere schriftelijke toelichting van Crama en nog twee producties overgelegd. Het Radboudumc heeft in de akte uitlating in respons van 30 januari 2018 (sub 3.1-3.7) hiertegen bezwaren aangevoerd. Het hof is met het Radboudumc van oordeel dat Sassen in de akte in respons op onderdelen buiten de opdracht van het hof is getreden (rechtsoverweging 4.6 tussenarrest 3 oktober 2017) en zal hetgeen Sassen heeft opgemerkt in die akte sub 1-7, sub 34-51 en sub 55-60 buiten beschouwing laten nu dit hernieuwde debat in strijd is met de goede procesorde; mutatis mutandis geldt dit voor de overgelegde producties. Voor zover Sassen ook heeft willen betogen dat het hof dient terug te komen op een (bindende) eindbeslissing in rechtsoverweging 3 van het tussenarrest geldt als uitgangspunt de vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de eisen van de goede procesorde meebrengen dat de rechter aan wie is gebleken dat een eerder door hem gegeven, maar niet in een eindspraak vervatte, eindbeslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, bevoegd is om, met inachtneming van hoor en wederhoor, over te gaan tot heroverweging van die eindbeslissing, teneinde te voorkomen dat hij op een ondeugdelijke grondslag een eindspraak zou doen. Het hof heeft in rechtsoverweging 3 geoordeeld dat “*de algemene opmerking (c.q. nieuwe grief) van Sassen in de akte tot vermeerdering van eis d.d. 5 september 2016 sub 8 tegen de vastgestelde feiten ... zo algemeen [is] geformuleerd, dat het hof hierop geen acht zal slaan*”. Voor zover hier al gesproken kan worden van een bindende eindbeslissing als hiervoor omschreven, strekt het betoog van Sassen tot herstel van deze overweging, omdat volgens hem sprake lijkt te zijn van een kennelijke vergissing van het hof (akte in respons sub 35). Dit betoog gaat niet op, want het hof heeft zich niet vergist. Indien Sassen de vastgestelde feiten in hoger beroep ter discussie had willen stellen, dan had hij zijn grief/grieven daartegen in de memorie van grieven moeten expliciteren hetgeen hij heeft nagelaten. Van een onjuiste juridische of feitelijke grondslag is het hof niet gebleken; het hof komt aldus niet terug op de aangevallen beslissing.

De deskundigenbenoeming en totstandkoming van het rapport van mevr. prof. dr. J.M.M. Hooymans

2.4 In het vonnis van 28 juli 2010 is onder rechtsoverweging 2.3 opgenomen dat beide partijen het eens zijn over de benoeming van Hooymans. Vervolgens heeft de rechtbank de door beide partijen voorgestelde vragen langsgelopen (rechtsoverwegingen sub 2.4-2.7) en daarna (in het dictum) de aan de deskundige te stellen vragen geformuleerd. Uit het goed leesbare en onderbouwde deskundigenrapport van 24 juni 2011 is kenbaar (de begeleidende brief en de bijlagen) dat Hooymans heeft gereageerd op de opmerkingen en vragen van partijen betreffende het conceptrapport. Dat Hooymans in het eindrapport niet op alle punten van kritiek van Sassen expliciet heeft gereageerd, leidt er niet toe dat daarom procedureel niet juist is verlopen. Beide partijen hebben een conclusie na deskundigenbericht genomen en daarna heeft nog een pleidooi plaatsgevonden op 5 oktober 2012 (op verzoek van Sassen). Het hof constateert dat de hier gevolgde procedurele stappen stroken met de beginselen van de goede procesorde en met de artikelen 194 en 197-198 Rv.

2.5 Sassen meent voorts dat Hooymans niet onafhankelijk en onpartijdig is (geweest). In de memorie van grieven (onder grief 2, pagina 68-71, i.h.b. sub 12) stelt Sassen daartoe dat Hooymans deel uitmaakt van “deze” oogheelkundige wereld (het Nederlands Oogheelkundig Genootschap) waarin sprake is van stilzwijgen over de toepassing en complicaties van de Miragelplombe en dat Hooymans ook (als gewezen bestuurslid en secretaris) betrokken is geweest bij het IGZ onderzoek. Het hof oordeelt hierover als volgt. De benoemde deskundige dient krachtens artikel 198 lid 1 Rv de opdracht onpartijdig en naar beste weten te volgbrengen. Het EVRM bevat geen specifieke regels over de bijdragen van deskundigen aan de rechtspraak. Bij een klacht over de partijdigheid van een deskundige is volgens de rechtspraak van het EHRM maatgevend of in de procedure bij de nationale rechter het beginsel ‘equality of arms’ in acht is genomen en er voldoende gelegenheid tot tegenspraak is geweest (vgl. HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:523). De deskundige dient in ieder geval vrij te staan ten opzichte van de procespartijen en hun advocaten en geen eigen belang te hebben bij (de uitkomst van) de zaak. Hooymans is op gezamenlijk verzoek van partijen als hoogleraar oogheelkunde (en als autoriteit op het gebied van de vitreoretinale chirurgie) benaderd voor het deskundigenbericht, waarbij meespeelt dat de behandelaren van Sassen eveneens hoogleraar oogheelkunde waren/zijn, zodat die hoedanigheid van de deskundige ook van belang is. De wereld van de (academische) oogheelkunde is klein en vele oogheelkundigen zullen zijn aangesloten bij hun beroepsvereniging NOG. Het (enkele) feit dat Hooymans hiervan deel uitmaakt is ten enenmale onvoldoende om haar daarom niet als onpartijdig aan te merken. Dat Sassen vermoedt en ook stelt dat sprake is geweest van een “conspiracy of silence” binnen de Nederlandse oogheelkunde betreffende de Miragelproblematiek (o.a. memorie van grieven pag. 28-52) en dat dus Hooymans niet onpartijdig zou (kunnen) zijn, zo verstaat het hof, levert geen grond op voor het hof om te twifelen aan de onpartijdigheid van Hooymans. Ten aanzien van Hooymans heeft Sassen dat ook niet (voldoende) feitelijk onderbouwd. Mutatis mutandis geldt dit ten aanzien van de gestelde betrokkenheid van Hooymans bij het onderzoek van IGZ (in 2009) na een klacht van Sassen. Hooymans heeft hierop in het deskundigenrapport gemotiveerd gerepsondeerd in antwoord op vraag 19. De stelling van Sassen in de memorie van grieven (onder grief 3) dat de onderhavige (rechtbank)procedure geen ‘fair trial’ is geweest in de zin van artikel 6 EVRM, verwerpt het hof dan ook.

2.6 Voor zover Sassen met zijn grieven 1, 2 en 3 ook heeft willen opkomen tegen de inhoud van het deskundigenbericht zal het hof zijn bezwaren meewegen in de verdere (en

inhoudelijke) beoordeling van de zaak, met inachtneming van de vaste rechtspraak van de Hoge Raad inzake de beoordeling van een deskundigenbericht (vgl. HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1468). De grieven 1, 2 en 3 falen voor het overige, waarbij het hof zich tevens aansluit bij hetgeen de rechtbank hierover heeft geoordeeld in de rechtsoverwegingen 2.2, 2.3 en 2.4 in het eindvonnis van 28 november 2012.

Kennis/wetenschap over eigenschappen Miragelplombe in 1992

2.7 Met grief 4 herhaalt Sassen zijn standpunt dat in januari 1992 met het artikel van Marin et al in een internationaal, oogheeskundig tijdschrift de oogheeskundige wereld – en dus ook het Radboudumc – op de hoogte had moeten (en kunnen) zijn van mogelijke complicaties met de Miragelplombe. Sassen heeft dit punt ook uitvoerig onder de aandacht gebracht van Hooymans na kennisneming van het conceptrapport. Grief 5 van Sassen over de informatieplicht in 1992 bouwt hierop voort, evenals grief 6 over het toestemmingsvereiste. Het hof oordeelt hierover als volgt. Niet in geschil is dat bij Sassen episcleraal een Miragelplombe is geplaatst en dat in het artikel en onderzoek van Marin et al de complicaties worden besproken van de intrascleraal geplaatste Maiplombe. Beide plombes zijn overigens hydrogelplombes en hebben dezelfde chemische samenstelling (er werden in die tijd ook siliconen plombes gebruikt). Marin et al besluiten hun artikel (comment, pag. 88) eerst met de opmerking dat ook bij Miragelplombes soortgelijke problemen als met de Maiplombe zouden kunnen ontstaan in de toekomst, waarvoor periodiek (vervolg)onderzoek nodig is van patiënten *"for a long time after surgery"*. Zij vervolgen: *"However, to our knowledge, similar complications in patients who receive an episcleral [de Miragel, toev. hof] have not been reported. We have used MIRAgel as an episcleral implant in a large number of patients since 1986 [dat is dus 6 jaar, toev. hof] and have not observed such complications."* Met kennis achteraf stelt Sassen dat risico's van complicaties van de Miragelplombe dus niet konden worden uitgesloten en hij verwijst daarvoor ook onder meer naar publicaties van latere datum. Hooymans concludeert echter (antwoord op vraag 3), mede naar aanleiding van dit artikel van Marin et al, dat op 6 juli 1992 (de dag van de operatie van Sassen) er geen enkel vermoeden bestond van de nu bekende lange termijn complicaties van de Miragelplombe. *"Pas in 1997 beschrijven Hwang et al de eerste episclerale implant [het betreft 1 casus, toev. hof] die 10 jaar na de operatie complicaties gaf in de vorm van zwelling en fragmentatie."* Met de kennis van toen was de keuze van prof. Deutman om een Miragelplombe te plaatsen een goede keuze en zou een redelijk handelend patiënt toentertijd gekozen hebben voor de Miragelplombe, aldus nog steeds Hooymans. (Hooymans vermeldt ook dat het alternatief, een siliconen plombe, meer kans op infectie geeft.) Het hof volgt Hooymans in haar deskundige opinie en maakt haar conclusies tot de zijne. Overigens heeft ook Crama in antwoord op de schriftelijke vraag 5 van het hof in het tussenarrest van 3 oktober 2017 bevestigd dat Marin et al enkel schrijven over de Maiplombe en niet over gebreken van de Miragelplombe en zelfs daarover schrijven dat zij bij de vele patiënten met een Miragelplombe niet zulke complicaties hebben gezien; ook Crama verwijst naar het hiervoor genoemde citaat (comment, pag. 88). Het hof sluit zich voorts aan bij de rechtsoverwegingen 2.6-2.9 en 2.11-2.13 van de rechtbank in het eindvonnis en maakt die tot de zijne. Grief 4 faalt en de daarop voortbouwende grieven 5 en 6 ook: met de kennis van toen kon en behoefde prof. Deutman Sassen niet te informeren over mogelijke en toekomstige complicaties en kon de toestemming van Sassen daarop ook niet gericht zijn. In zoverre is grief 1 in het (voorwaardelijk) incidenteel appel van het Radboudumc tegen de feitenvaststelling onder 2.10 van het tussenvonnis van 3 maart 2010 terecht opgeworpen (dat op enig moment in de jaren '90 de medische wereld ermee bekend raakte dat de Miragelplombe na verloop van een aantal jaren de eigenschap had te zwellen en te fragmenteren); deze feitenvaststelling is in het licht van het voorgaande te ongenueanceerd.

Dossierplicht: opnemen merknaam Miragelplombe in medisch dossier

2.8 Sassen verwijt het Radboudumc met grief 9 dat de behandelend arts/operateur (prof. Deutman) niet in het medisch dossier/het operatieverslag heeft vermeld dat de Miragelplombe is gebruikt. Uit het deskundigenrapport van Hooymans (pag. 15) volgt dat in het operatieverslag is vermeld dat een cerclageband werd aangebracht en dat ter plaatse van het defect in het netvlies (de loslating) episcleraal een radiaire plombe werd opgehecht. Niet is vermeld dat een Miragelplombe is gebruikt. Sassen stelt dat hem daarmee een mogelijkheid is ontnomen om een second opinion in te winnen en om (tijdig) de producent van de Miragelplombe aan te spreken. Daargelaten dat de WGBO, waarop Sassen zich beroept (artikel 7:454 BW), pas op 1 april 1995 in werking is getreden en dus in deze niet rechtstreeks van toepassing is op de dossierplicht in 1992, oordeelt het hof als volgt. De medische verslaglegging, zoals hier het operatieverslag, dient niet alleen om de gegevens omtrent de behandeling van de patiënt vast te leggen, maar is ook van belang voor de overdracht van de behandeling aan andere (oog)artsen en voor toekomstige behandelingen. In 1992 kon en behoefde de operateur prof. Deutman niet te vermoeden dat er mogelijk in de toekomst (zoveel) problemen zouden kunnen ontstaan met de Miragelplombe; alleen daarom al kan niet het verwijt worden gemaakt dat in het operatieverslag niet is vermeld dat de Miragelplombe is gebruikt. Niet gesteld of gebleken is overigens dat het toentertijd gebruikelijk was om in het medisch dossier/operatieverslag tevens aantekening te maken van de merknaam van het gebruikte hulpmiddel (zoals hier de Miragelplombe). Grief 9 faalt dan ook.

De informatieplicht in 1996-1997

2.9 Sassen stelt met grief 7 aan de orde dat, anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, het Radboudumc hem in 1996-1997 eigener beweging had moeten informeren over de lange termijn complicaties van de (Miragel)plombe die toen bekend waren en de daaraan verbonden risico's voor Sassen. Hooymans onderzoekt onder vraag 4 wanneer de oogheelkundige wereld ermee bekend raakte dat de Miragelplombe na verloop van een aantal jaren kan zwellen en defragmenteren bij verwijdering van de plombe. Hooymans vermeldt dat met het artikel van Hwang et al in 1997 de eerste casus wordt beschreven van een man die 10 jaar na het plaatsen van een 4mm cerclageband van Miragel in combinatie met een siliconenplombe een gevoelig oog kreeg en oogbewegingsbeperkingen met dubbelzien. In 1999 beschreven Roldan-Pallares et al de lange termijn complicaties van episcleraal geplaatste siliconen rubber/spons plombes en Miragelplombes. Onder vraag 5 vervolgt Hooymans: in 1995 werd de Miragelplombe uit de handel genomen, maar werd nog wel tot medio 2000 gebruikt zo volgt uit een artikel van Roldan-Pallares et al in 2007. Het hof constateert dat niet gesteld of gebleken is dat in 1995 de productie van de Miragelplombes is gestopt in verband met de nadien in de literatuur beschreven opgekomen problemen van zwelling en defragmentatie. Niet weersproken is (memorie van antwoord sub 7.23) dat in of rond 1995 geen waarschuwingen zijn afgegeven door de producent of de U.S. Food and Drug Administration (FDA) dan wel dat sprake is geweest van een zogeheten "recall". In feite en in rechte is niet bekend geworden om welke reden(en) de productie van de Miragelplombe is gestaakt. Met de kennis van nu kan het Radboudumc niet verweten worden dat de behandelend arts van Sassen hem in 1996-1997 niet eigener beweging hebben gewaarschuwd voor lange termijn complicaties. Het hof sluit zich voorts aan bij de rechtsoverwegingen 2.14-2.16 van de rechtbank in het eindvonnis en maakt die tot de zijne. Grief 7 slaagt dan ook niet. Wat betreft grief 1 in het (voorwaardelijk) incidenteel appel verwijst het hof korthedshalve naar hetgeen overwogen is hierboven onder rechtsoverweging 2.7 slot.

De gevolgen van schending van de informatieplicht in 2003, 2005 en 2006 - expectatief beleid

2.10 De rechtbank heeft in het eindvonnis in rechtsoverweging 2.19 geoordeeld dat het Radboudumc Sassen in de bovengenoemde periode (foutief staat tweemaal het jaartal 2005 vermeld) had moeten informeren over de bij hem geplaatste Miragelplombe en de daarmee samenhangend risico's en behandelmethoden. Hiertegen richt zich grief 2 in het (voorwaardelijk) incidenteel appel van het Radboudumc. In de daarop volgende rechtsoverweging heeft de rechtbank het echter niet aannemelijk geacht dat na bekendmaking van de plaatsing van de Miragelplombe een ander vervolg van de behandeling zou hebben plaatsgevonden dan feitelijk het geval is geweest. Het causaal verband tussen het tekortschieten en de informatieplicht en de schade ontbreekt, aldus nog steeds de rechtbank. Hiertegen richt zich grief 8. Vervolgens heeft de rechtbank in de rechtsoverwegingen 2.22, 2.23 en 2.24 het expectatieve beleid besproken van het ziekenhuis wat betreft het niet eerder ingrijpen bij een zwellende Miragelplombe dan bij (ernstige) klachten. De rechtbank oordeelt ten slotte op basis van het deskundigenbericht van Hooymans, dat het bij Sassen gevoerde afwachtende beleid juist is geweest en dat de behandelaars hebben gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend oogarts mag worden verwacht. Hiertegen richt zich grief 10.

Het hof zal eerst de grieven 8 en 10 van Sassen tezamen bespreken en beoordelen.

2.11 Hooymans is in haar deskundigenrapport uitvoerig ingegaan op het tijdstip van verwijderen van de Miragelplombe, zo volgt al uit haar begeleidende brief van 24 juni 2011 bij het deskundigenbericht. Duidelijk is dat een geïnfecteerde plombe verwijderd moet worden, aldus Hooymans in antwoord op vraag 2 en zo ook Crama in zijn verhoor op 5 september 2016. Dit is ook zo bij het doorbreken van de plombe door de conjunctiva. Een scleraperforatie en een recidiverende netvliesloslating zijn de twee meest ernstige complicaties na verwijdering van de plombe, aldus Crama in zijn verhoor op 5 september 2016. (Het risico van een recidief netvliesloslating heeft zich bij Sassen verwezenlijkt op 19 september 2006.) Uit Crama's (retrospectief) onderzoek blijkt voorts dat geen sprake was van een significante toename van een scleraperforatie naarmate een plombe langer in het oog zit. Een (Miragel)plombe blijft zwellen en voor het verwijderen van die (gezwollen) plombe moet per patiënt een risicoanalyse worden gemaakt. De kans op een (recidiverende) netvliesloslating wordt niet groter naarmate de plombe langer in het oog blijft zitten en wordt ook niet groter bij patiënten met een hoge sterkte of myopie (zoals Sassen), aldus nog steeds Crama ook in zijn nadere schriftelijke toelichting. Sassen meent dat deze (medisch-wetenschappelijke) conclusie gebaseerd is op een fundamenteel onjuist uitgevoerd statistisch onderzoek en ook in strijd is met de logica (akte (in respons) na deskundigenbericht sub 13-18), doch Sassen onderbouwt zijn algemene beweringen niet met een deskundige opinie (van een statisticus bijvoorbeeld), zodat het hof aan deze algemene betwisting voorbijgaat. Zowel Hooymans (pag. 10) als Crama beschrijven/bespreken dat de risico's van het verwijderen van een (gezwollen) plombe afgewogen moeten worden tegen de klachten van de patiënt. De Miragelplombe is (grotendeels) uit Sassens oog verwijderd op 22 augustus 2006 toen sprake was van uitstoting door de conjunctiva; dit moment was ook volgens Hooymans een hard criterium voor verwijdering (in verband met infectiegevaar). Ook (progressieve) oogbeperkingsbewegingen zijn een reden voor verwijdering. Sassen meent echter (memorie van grieven onder grief 10, sub 27 en 36, pag. 121 en 123) dat medio 2003 dan wel november 2003 de Miragelplombe (in zijn geheel) verwijderd had moeten worden, omdat hij klachten uitte en de zwelling van de plombe door de oogartsen is waargenomen. Met deze stelling verliest Sassen uit het oog dat het gevoerde expectatieve beleid in overeenstemming is met de deskundige opinie van Hooymans (pag. 10-11), dat vanwege de

(operatie)risico's de klachten van roodheid en irritatie zo lang mogelijk (moeten) worden behandeld met antibiotica en/of corticosteroïden. Sassen klaagde ook over dubbelzien met het rechteroog, maar dit gegeven duidt niet op een oogbeperkingsbeweging, aldus het goed gemotiveerde antwoord van Hooymans. Het feit dat de gezwollen plombe in november 2003 ook zichtbaar was naast de aanwezigheid van de klachten, is door Hooymans (en door Crama) niet benoemd als een (hard) criterium voor verwijdering, ook afgezet tegen de risico's van het verwijderen van een gezwollen Miragelplombe (die niet in zijn geheel verwijderd kan worden, maar fragmenteert, aldus Crama tijdens zijn verhoor op 5 september 2016 en Hooymans op pag. 11 van het deskundigenrapport). Het alternatief voor een expectatief beleid zou zijn geweest verwijdering van de plombe met als risico recidief netvliesloslating en/of een ruptuur van de oogwand, hetgeen een zeer ernstige complicatie is aldus Hooymans (pag. 9 deskundigenrapport). Overigens treden de genoemde complicaties volgens Hooymans (pag. 12) zowel op bij het verwijderen van siliconen plombes als bij Miragelplombes; in zoverre is het (uitvoerige) debat over het punt of de behandelend artsen op 22 augustus 2015 en de daaraan voorafgaande periode wel of niet wisten dat onder meer bij Sassen een Miragelplombe was gebruikt niet zo relevant. Het grote verschil tussen beide plombes komt (pas) aan het licht bij verwijdering van de plombe (de siliconen plombe fragmenteert niet en kan wel in zijn geheel verwijderd worden), maar dan is de indicatie tot verwijdering dus al gesteld. Hooymans schrijft in reactie op vraag 5 (pag. 9) dat in de periode 2003-2006, Sassen regelmatig klachten had van irritatie, roodheid en tranen. Deze klachten kunnen op een overgevoeligheid of infectie wijzen. Als deze klachten zich regelmatig herhalen moet gedacht worden aan een mogelijke relatie met de geplaatste plombe. Sassen had "op dat moment" geïnformeerd moeten worden, aldus Hooymans. In april 2005 is met Sassen gesproken (door prof. Keunen) over verwijdering van de plombe en de daaraan verbonden operatierisico's. (De door conjunctiva geïrodeerde hechting is wel verwijderd.) Ook in oktober 2005 is hierover met Sassen gesproken. Dat Sassen toentertijd als redelijk handelend patiënt gekozen zou hebben voor verwijdering van de plombe als hij had geweten dat een Miragelplombe was gebruikt, oordeelt het hof in het licht van de hiervoor genoemde oogheekundige opinies over de risico's (die ook onderschreven worden in de door hen aangehaalde literatuur) niet aannemelijk. Voor het overige sluit het hof zich aan bij de rechtsoverwegingen 2.22, 2.23 en 2.24 van de rechtbank in het eindvonnis en maakt deze tot de zijne. Dat betekent dat de grieven 8 en 10 ook falen.

2.12 Het Radboudumc bestrijdt het oordeel van de rechtbank dat er in de periode november 2003 tot maart 2005 consulten op de polikliniek hebben plaatsgevonden. Deze stelling is door Sassen bestreden in de memorie van antwoord in het voorwaardelijk incidenteel appel (sub 23 e.v.). Sassen wijst hiervoor op het faxbericht van 12 november 2003 aan prof. Cruysberg waarin hij gedetailleerd zijn klachten beschrijft (druppelvorming, traanvorming, wazig worden en dubbelzien van het rechteroog; verder een licht gevoel van verkleving en ter plaatse een uitstulping kennelijk afkomstig van de operatie uit 1992). Uit het deskundigenrapport van Hooymans kan het hof niet afleiden dat Sassen op dat moment (november 2003) geïnformeerd had moeten worden over de risico's en behandelmethoden, over het wel of niet uitnemen van de plombe nu Hooymans spreekt over regelmatig herhalende klachten. Dat er na november 2003 tot maart 2005 wel polikliniekcontacten hebben plaatsgevonden is door Sassen niet genoegzaam aangetoond en volgt ook niet uit de medische stukken. Pas in april 2005 is Sassen toen de hechting (of een draadje van de hechting) naar buiten kwam op consult geweest; toen heeft Sassen zich gemeld bij de spoedarts waarna hij is doorverwezen naar prof. Keunen. Uit hetgeen hiervoor onder 2.11 is overwogen volgt genoegzaam dat prof. Keunen Sassen voldoende heeft geïnformeerd over verwijdering van de plombe en de daaraan verbonden risico's. Dat prof. Keunen niet wist dat

sprake was van een Miragelplombe kan hem echter rechtens niet worden verweten nu dit (de merknaam) niet opgenomen was in het medisch dossier en de indicatie tot verwijdering van de plombe niet ervan afhangt of het een Miragelplombe is (dat blijkt in ieder geval niet uit de – medische – stukken) maar of sprake is van een infectie dan wel doorbreking door de conjunctiva. In augustus 2006 is de plombe verwijderd, omdat de klachten van Sassen tot ingrijpen noopte. Dat Sassen niet afdoende zou zijn geïnformeerd in de jaren 2003-2006 volgt het hof dan ook niet. Grief 2 in het (voorwaardelijk) incidenteel appel slaagt, echter de (vervolg)behandeling van Sassen zou niet anders zijn geweest zoals de rechtbank terecht heeft overwogen; het hof verwijst kortheidshalve naar rechtsoverweging 2.11.

Causaal verband

2.13 Met grief 12 komt Sassen op tegen rechtsoverweging 4.3 in het tussenvonniss van 3 maart 2010. In deze rechtsoverweging heeft de rechtbank echter geen beslissing gegeven over enig geschilpunt, doch een samenvatting gegeven van een door Sassen aangevoerde stelling (waarvan Sassen stelt dat die niet door hem betrokken is) over het causaal verband tussen het gebruik van de Miragelplombe en het opgetreden recidief netvliesdefect. Daarmee mist grief 12 feitelijke grondslag; het hof zal deze grief dan ook niet verder bespreken.

Bewijslastverdeling

2.14 Met grief 13 stelt Sassen dat de rechtbank de bewijslast onjuist heeft verdeeld, dat het Radboudumc niet voldaan heeft aan de verzwaarde motiveringsplicht, dat de omkeringsregel van toepassing is en dat sprake moet zijn van bewijslastverschuiving wegens schending van de waarheidsplicht in artikel 21 Rv. Het hof oordeelt hierover als volgt. Krachtens de hoofdregel van artikel 150 Rv rust de bewijslast van de stelling dat het Radboudumc is tekortgeschoten in de nakoming van de behandelingsovereenkomst op Sassen. Het Radboudumc heeft bij conclusie van antwoord de medische stukken betreffende Sassen overgelegd (producties 1 en 14) en heeft tevens aangeboden het volledige medisch dossier in het geding te brengen waaronder begrepen de zich daarin bevindende correspondentie tussen Sassen en de behandelend oogartsen over de periode vanaf 1982 tot en met december 2008 (conclusie van antwoord sub 8.7). Uit de door Sassen bij akte van 15 januari 2010 overgelegde producties 24 tot en met 26 zijn ook nog andere delen van het medisch dossier in het geding gebracht. Ten behoeve van de comparitie bij de rechtbank op 15 januari 2010 heeft het Radboudumc de betrokken oogartsen Cruysberg, Keunen en Crama meegebracht teneinde ook de rechtbank in staat te stellen dezen te horen. Al met al heeft het Radboudumc daarmee voldaan aan de verzwaarde motiveringsplicht als bedoeld in de vaste rechtspraak van de Hoge Raad (zie o.a. HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058). De suggestie van Sassen dat het Radboudumc (cruciale) informatie zou hebben achtergehouden die van belang zou kunnen zijn voor de beoordeling van deze zaak, volgt het hof niet. Indien en voor zover Sassen meende dat hij bepaalde stukken in het geding wenste, dan had hij daarvoor ook kunnen kiezen voor een vordering ex art. 843a Rv hetgeen hij niet heeft gedaan. De rechtbank heeft in ieder geval ook rechtens niet de suggestie van Sassen overgenomen (conclusie na deskundigenbericht sub 15, pag. 44) om op de voet van artikel 22 Rv deze stukken op te vragen (als die al in het bezit zouden zijn geweest van het Radboudumc). Ook het hof ziet daartoe geen aanleiding. Aan toepassing van de omkeringsregel kan de rechter toekomen indien sprake is van een schending van een specifiek gevaar (verkeers- of veiligheidsnorm) en dat dit gevaar zich heeft verwezenlijkt. Indachtig de regel uit HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737 ziet het hof hier geen aanleiding om toepassing te geven aan de omkeringsregel en evenmin grond om voorshands de stellingen van Sassen over de behandelingen/beroepsfouten van de artsen in het Radboudumc bewezen te achten. Dat de stellingen/weren van het Radboudumc Sassen

niet welgevallig zijn en door hem zijn bestreden leidt er nog niet toe dat sprake is van schending van de waarheidsplicht ex artikel 21 Rv, nog daargelaten of daarop de door Sassen gewenste sanctie (verschuiving bewijslast) zou moeten staan. Grief 13 faalt aldus.

De Miragelplombe als ongeschikte hulpzaak

2.15 Sassen heeft ter comparitie van 15 januari 2010 bij akte aan zijn vordering niet langer ten grondslag gelegd de productenaansprakelijkheid van afdeling 6.3.3 (art. 6:185 e.v.) BW, maar zijn grondslag onder meer gewijzigd met een beroep op artikel 6:77 BW (de ongeschikte hulpzaak), waarop het Radboudumc bij akte van 19 mei 2010 heeft kunnen reageren. In de conclusie na deskundigenbericht van 23 november 2011 van Sassen heeft hij zijn uitgangspunten hiervoor nog eens herhaald (pag. 22-28), waarop het Radboudumc in de antwoordconclusie na deskundigenbericht van 14 maart 2012 (sub 5.4-5.31) heeft gerespondeerd. De rechtbank heeft in rechtsoverweging 2.26 van het eindvonnis overwogen dat de Miragelplombe een hulpzaak is in de zin van artikel 6:77 BW en dat de eigenschappen van de Miragelplombe meebrengen dat deze ongeschikt is voor het beoogde doel. Daarmee staat vast dat het Radboudumc tekort is geschoten in de nakoming van de behandelingsovereenkomst met Sassen, aldus de rechtbank. Vervolgens heeft de rechtbank in de rechtsoverwegingen 2.27 tot en met 2.30 onderzocht of deze tekortkoming aan het Radboudumc kan worden toegerekend en geoordeeld dat dit niet het geval is. Tegen dit laatste oordeel is Sassen met grief 11 opgekomen, waartegen het Radboudumc gemotiveerd verweer heeft gevoerd. Het hof oordeelt hierover als volgt.

2.16 In artikel 6:74 BW is bepaald dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar verplicht de schade te vergoeden die de schuldeiser daardoor lijdt, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend. In artikel 6:77 BW is neergelegd dat wanneer bij de uitvoering van de verbintenis gebruik wordt gemaakt van een ongeschikte (hulp)zaak de daardoor ontstane tekortkoming wordt toegerekend aan de schuldenaar, “tenzij dit, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspruit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn”. Het betreft hier aldus een risicoaansprakelijkheid.

2.17 In deze zaak is de Miragelplombe als hulpzaak gebruikt in het kader van de uitvoering van een medische behandelingsovereenkomst. Eerst zal vastgesteld moeten worden of de Miragelplombe (de medische hulpzaak) ongeschikt is (gebleken). Stelplicht en bewijslast hiervoor rusten op Sassen. Het hof stelt hierbij voorop dat, hoewel de geneeskundige behandelingsovereenkomst in beginsel als een inspanningsverbintenis wordt gekwalificeerd, dit niet eraan in de weg staat dat de gebruikte hulpzaak ter uitvoering van die verbintenis als gebrekkig kan worden gekwalificeerd als deze niet geschikt is (gebleken) voor het doel waarvoor het is of werd gebruikt. Hooymans beschrijft in haar deskundigenrapport (pag. 3 bovenaan) de late complicaties (10 jaar na de operatie, gepubliceerd in 1997) van de Miragelplombe “in de vorm van zwelling en fragmentatie”. Naar het oordeel van het hof is de Miragelplombe door zijn samenstelling/eigenschappen waardoor de latere complicaties van zwelling (met mogelijke bijwerkingen, zoals oogbewegingsbeperking en sterke scleraverdunning) en van fragmenteren bij verwijdering zijn opgekomen, (voor Sassen) ongeschikt gebleken. Het feit dat in 1992 (en de jaren daarna) gebruikmaking van de Miragelplombe “state of the art” was en het feit dat (de artsen van) het Radboudumc toentertijd niet wisten van de toekomstige complicaties maakt dit niet anders. Het feit dat ook siliconenplombes postoperatieve (latere en vergelijkbare) complicaties kunnen opleveren, laat onverlet dat alleen bij de Miragelplombes sprake is van zwelling van

de plombe en fragmentatie bij verwijdering van de plombe, waardoor de kans op deze ernstige complicaties bij gebruik van deze plombe veel hoger is komen te liggen. Vast staat dat genoemde complicaties zich bij Sassen hebben voorgedaan. Het hof sluit om deze redenen aan bij hetgeen de rechtbank heeft overwogen in het eindvonnis van 28 november 2012 onder rechtsoverweging 2.26. In beginsel leidt, volgens de hoofdregel in artikel 6:77 BW, het gebruik van een gebrekkige medische hulpzaak tot een tekortkoming bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst.

2.18 Het Radboudumc heeft zich echter (subsidiair) beroepen op de uitzondering in artikel 6:77 BW, namelijk dat toerekening van de tekortkoming onredelijk zou zijn. Anders dan de rechtbank in het eindvonnis onder rechtsoverweging 2.30 heeft geoordeeld, oordeelt het hof dat het niet onredelijk is dat deze tekortkoming aan het Radboudumc wordt toegerekend en motiveert dit als volgt. Hierbij betreft het hof de inhoud en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, de verkeersopvattingen en de overige omstandigheden van deze zaak.

2.19 In de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van artikel 6:77 BW is aandacht besteed aan de toerekening van ongeschikte medische hulpzaken aan het ziekenhuis bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst: *"Ten aanzien van de overeengekomen geneeskundige behandeling zal in het algemeen niet een bepaald resultaat zijn toegezegd. Niettemin zal van het ziekenhuis, van de behandelende geneesheer en van de hem assisterende personen een grote mate van zorgvuldigheid kunnen worden geëist ten aanzien van de geschiktheid van de apparatuur en de geneesmiddelen die voor de voorgenomen behandeling aangewend zullen moeten worden. Daarmee zijn immers zwaarwegende belangen betreffende leven en gezondheid van de patiënt gemoeid. Is een zodanige zorg in acht genomen, maar blijkt de zaak te falen, omdat zij door de producent daarvan in het verkeer is gebracht met een ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek, dan ligt naar de mening van de ondergetekende in de eerste plaats een aansprakelijkheid van deze producent voor de hand. Hij meent daarom dat het nieuwe wetboek in deze soortgelijke gevallen de mogelijkheid moet openlaten een vordering te dezer zake tegen de arts of het ziekenhuis af te wijzen. (...)"* (Parl. Gesch. Boek 6, MvA II, p. 271-272). Naar deze parlementaire geschiedenis wordt ook kort verwezen in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel inzake de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (TK 1989-190, nr. 21 561, nr. 3, p. 43-44): *"Deze opvatting komt ons juist voor."*

2.20 In de onderhavige zaak staat onbestreden vast dat de producent van de Miragelplombe (zo die nog bestaat) niet meer (door Sassen) kan worden aangesproken op de voet van artikel 6:185 BW nu deze vordering hetzij is verjaard hetzij het recht daartoe is vervallen, zoals neergelegd in artikel 6:191 lid 1 en lid 2 BW. Voorts is niet bekend (geworden) om welke redenen de producent van de Miragelplombe in 1995 is gestopt met de productie ervan. Het gebruik van de Miragelplombe was in 1992 "state of the art" en (de oogartsen van) het Radboudumc was (waren) toentertijd niet bekend met de latere complicaties van de Miragelplombe. Overigens was de Miragelplombe niet het enige medische hulpmiddel bij operaties voor netvliesloslatingen; uit de stukken volgt genoegzaam dat in 1992 ook gebruik werd gemaakt van siliconenplombes (die een andere samenstelling hebben). Vast staat ook dat voorafgaand aan de operatie geen overleg is geweest met Sassen over het gebruik van de Miragelplombe en dat hij aldus geen enkele invloed heeft gehad met betrekking tot een (weloverwogen) keuze voor deze plombe. Niet gesteld of gebleken is dat een siliconenplombe voor Sassen toentertijd geen alternatief zou zijn geweest.

De medische behandelingsovereenkomst kan weliswaar als een inspanningsverbintenis worden gekwalificeerd, in die zin dat de arts zijn best moet doen om, zoals hier, de operatie als een redelijk bekwaam en redelijk handelend oogarts uit te voeren, doch dit laat onverlet dat bij gebruikmaking van een hulpzaak ter uitvoering van deze inspanningsverbintenis (hier: de oogoperatie) deze hulpzaak (hier: de Miragelplombe) niet gebrekkig mag zijn. Artikel 6:77 BW is geschreven voor elke verbintenis en is daarmee niet beperkt tot resultaatsverbintenissen.

2.21 Het Radboudumc beroept zich erop (o.a. in de akte uitlating deskundigen enz. van 19 mei 2010, sub 2.5) dat (de oogartsen van) het Radboudumc hiervan geen verwijt kan worden gemaakt. Het zou volgens het Radboudumc onredelijk zijn als de (beschreven) lange termijn tekortkoming (gebrekigheid) van de Miragelplombe bij een klein percentage patiënten aan haar zou worden toegerekend (memorie van antwoord sub 8.2 en sub 8.4). Naar het oordeel van het hof is enkel "onwetendheid" over een (toekomstig) gebrek van de hulpzaak niet voldoende om een uitzondering op de hoofdregel van (risico)aansprakelijkheid in artikel 6:77 BW te rechtvaardigen. Daarvoor zullen nog andere feiten en omstandigheden aangedragen moeten worden, die het hof verderop (rov. 2.22) nog zal bespreken. Met het betoog van het Radboudumc hangt samen het antwoord op de vraag of toerekening naar verkeersopvattingen redelijk zou zijn. In de literatuur en rechtspraak wordt hierover verschillend gedacht, al tekent zich wel een meerderheid af voor toerekening bij gebruik van een gebrekkige hulpzaak in het kader van de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. In Asser 7-IV* Opdracht, nr. 456 (2014s) betoogt Tjong Tjin Tai hierover het volgende: *"Art. 6:77 BW sluit aansprakelijkheid slechts uit indien het aansprakelijk houden onredelijk zou zijn. Er is onvoldoende grond om aan te nemen dat aansprakelijkheid voor hulpzaken bij medische hulpverleners als regel onredelijk is; zij verkeren niet zonder meer in een positie die afwijkt van andere opdrachtnemers of schuldenaren. Het standpunt van de wetgever gesteld dat het ziekenhuis als regel niet aansprakelijk is voor gebrekkige hulpzaken (Parl. Gesch. Boek 6, p. 271-272), dient dan ook in zijn algemeenheid als achterhaald te worden beschouwd. Evenzo Shuyters, De aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 34, Deventer 1984, p. 42, Wijshoff-Vogelzang, Arts-patiënt, diss. Nijmegen 1985, hoofdstukken 23 en 25 en Kortmann, in: Aansprakelijkheid voor medische fouten, Lelystad 1991, p. 25 e.v."* Het hof verwijst ook naar de opinies van J.T. Hiemstra, "Ongeschikte zaken en gebrekkige producten enz", AV&S 2014/18 en R.P. Wijne in Personenschade 2040.2, waarin laatstgenoemde ook wijst op de kritiek die "meer dan eens" in de literatuur wordt geuit op de rechtspraak en dat een uitspraak van de Hoge Raad inmiddels wenselijk lijkt. Tot slot maakt het hof melding van het op 4 oktober 2018 verdedigde proefschrift (RUG) van J.T. Hiemstra, "De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken", waarin zij constateert dat er binnen de literatuur discussie en binnen de rechtspraak onenigheid bestaat over de vraag of toerekening bij gebruikmaking van medische hulpzaken (on)redelijk is. Zij concludeert met behulp van rechtsvergelijking met het Duitse, Franse en Engelse recht en een rechtseconomische analyse dat het risico dat voortvloeit uit het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak in beginsel voor rekening van de hulpverlener dient te komen. Deze onduidelijkheid omtrent wel of niet toerekenen in het licht van de parlementaire geschiedenis en de andersluidende opvattingen in de literatuur is ook gesignaleerd in het arrest van Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:166 waarin het hof heeft overwogen voornemens te zijn om hierover prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Na ambtshalve navraag heeft dit hof vernomen dat die zaak is ingetrokken.

2.22 Voor het antwoord op de vraag of toerekening van de gebrekkige medische hulpzaak onredelijk zou zijn jegens het Radboudumc zijn de navolgende gezichtspunten, in onderlinge samenhang gezien, van belang, voor zover nog niet hiervoor al besproken: de verzekeringsaspecten, de omvang en aard van de schade en de draagkracht van de gelaedeerde/schuldenaar. Het Radboudumc heeft, zoals bijna ieder ziekenhuis in Nederland, een aansprakelijkheidsverzekering en gesteld noch gebleken is dat de verzekeraar de schade door een gebrek in gebruikte (medische) hulpzaken niet zou dekken. De stelling van het Radboudumc dat bij toerekening nog vele andere claims zijn te verwachten, legt onvoldoende gewicht in de schaal om deze tekortkoming niet toe te rekenen. Als hiervan al sprake zou zijn, dan betekent dat dat ook de belangen van deze patiënten meewegen om de mogelijkheid open te houden om hun schade te verhalen als er daadwerkelijk schade is geleden als gevolg van het gebruik van de Miragelplombe. Dat het Radboudumc toentertijd niet wist dat de Miragelplombe in de toekomst gebrekkig zou blijken, ligt in het domein/de risicosfeer van het Radboudumc, nu de (oog)artsen zelf hebben gekozen voor deze plombe en de patiënt (Sassen) daarin geen enkele zeggenschap heeft gehad, wel letselschade heeft opgelopen en zijn schade niet meer kan verhalen op de producent. Sassen heeft voor zijn schade bovendien geen dekkende verzekering (behoudens een arbeidsongeschiktheidsverzekering).

In het licht van deze feiten en omstandigheden, mede in onderlinge samenhang gezien, is het hof van oordeel dat toerekening aan het Radboudumc, gelet op inhoud en strekking, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden niet onredelijk is. In zoverre slaagt het hoger beroep van Sassen op dit onderdeel.

3. De slotsom

3.1 De conclusie is dat grief 11 van Sassen slaagt. Dat betekent dat (alleen) het bestreden eindvonnis zal worden vernietigd. De tussenvonnissen worden niet aangetast. Sassen heeft in het petitum in de memorie van grieven (pag. 174) sub 2 gevorderd het Radboudumc te veroordelen tot schadevergoeding en verwijzing naar de schadestaat; het hof zal deze vordering toewijzen als nader omschreven in het dictum onder 4. Daargelaten het antwoord op de vraag welke schade van Sassen in causaal verband staat met het gebruik van de gebrekkige hulpzaak (hierover hebben partijen nog nauwelijks enig debat gevoerd), oordeelt het hof het wel aannemelijk dat Sassen enige schade heeft geleden, zodat verwijzing naar de schadestaat (ex artikel 612 Rv) kan plaatsvinden.

Sassen heeft ten slotte in het petitum sub 3 gevorderd een veroordeling van het Radboudumc in de werkelijk gemaakte proceskosten. Deze vordering wijst het hof af, nu geen sprake is van misbruik van procesrecht van de zijde van het Radboudumc dan wel onrechtmatig handelen, althans dat is het hof niet gebleken en voor het overige is deze vordering onvoldoende feitelijk onderbouwd.

3.2 Nu Sassen op één onderdeel (grief 11) gelijk heeft gekregen en op de overige onderdelen (grieven) niet, ziet het hof hierin aanleiding om de proceskosten in eerste aanleg en in het principaal appel te compenseren.

Wat betreft de proceskosten in het incidenteel appel betreft is het hof van oordeel dat dit incidenteel appel niet nodig is geweest: het Radboudumc wilde immers geen ander petitum en bij het slagen van een grief van Sassen zou het hof op grond van de devolutieve werking van het appel de niet prijsgegeven stellingen en weren van het Radboudumc alsnog hebben moeten bespreken. Het hof heeft hierop ook acht geslagen bij de beoordeling van grief 11 (althoewel het Radboudumc geen voorwaardelijke incidentele grief had opgeworpen tegen

het oordeel van de rechtbank in rechtsoverweging 2.26 van het eindvonnis dat, kort gezegd, de Miragelplombe een ongeschikte hulpzaak is). Een proceskostenveroordeling in het incidenteel hoger beroep blijft dus achterwege (vgl. HR 2 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233).

4. De beslissing

Het hof, recht doende in principaal en voorwaardelijk incidenteel hoger beroep:

verklaart Sassen niet ontvankelijk in zijn hoger beroep van het tussenvonnis van 7 oktober 2009 van de rechtbank Arnhem (thans de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem) nu daartegen geen hoger beroep openstaat;

bekrachtigt de tussenvonnissen van deze rechtbank van 3 maart 2010, 28 juli 2010 en 27 oktober 2010;

vernietigt het eindvonnis van deze rechtbank van 28 november 2012 en doet opnieuw recht;

veroordeelt het Radboudumc tot vergoeding van de schade van Sassen die is opgetreden als gevolg van de voor de operatie van 6 juli 1992 gebruikte Miragelplombe, welke schade nader dient te worden opgemaakt bij staat en te vereffenen volgens de wet en verhoogd met de wettelijke rente over de (verschenen) schade tot aan de dag van algehele voldoening;

bepaalt dat iedere partij de eigen kosten draagt;

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

bepaalt dat iedere partij haar eigen kosten van het principaal hoger beroep draagt;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. R.A. Dozy, S.M. Evers en J. Brand en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 27 november 2018.



Uitgegeven voor grosse
op 27-11-2018
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden