

44 Procesinleiding Radboudumc 22-02-2019

PROCESINLEIDING IN CASSATIE

Datum: 22 februari 2019

Eiseres:

STICHTING KATHOLIEKE UNIVERSITEIT (UMC ST. RADBOUD ZIEKENHUIS), een stichting gevestigd te Nijmegen ("**Radboudumc**"), die woonplaats kiest bij Houthoff, gevestigd te (1082 MA) Amsterdam aan het Gustav Mahlerplein 50, van welk kantoor de advocaten bij de Hoge Raad mr. B.T.M. van der Wiel en mr. N.T. Dempsey als zodanig Radboudumc vertegenwoordigen in deze cassatieprocedure.

Verweerder:

Jan Hendrik SASSEN, wonende te Nijmegen ("**Sassen**"), die in de vorige instantie woonplaats heeft gekozen bij zijn advocaat mr. Z.J. Rittersma te (6998) AD Laag-Keppel aan de Hummeloseweg 6.

1. Bestreden arrest

Radboudumc stelt cassatieberoep in tegen het eindarrest, gewezen op 27 november 2018, van het Gerechtshof te Arnhem-Leeuwarden (het "**hof**"), in de zaak met zaaknummer 200.136.030, tussen Radboudumc als geïntimeerde en Sassen als appellant (het "**arrest**").

2. Verschijningsdatum verweerder

Sassen wordt opgeroepen om ten laatste op vrijdag 29 maart 2019, om 10.00 uur 's ochtends, vertegenwoordigd door een advocaat bij de Hoge Raad, te verschijnen op de zitting van de enkelvoudige civiele kamer van de Hoge Raad in diens gebouw aan het Korte Voorhout 8 te Den Haag. De enkelvoudige civiele kamer behandelt de zaken, vermeld op het in artikel 15 van het Besluit orde van dienst gerechten bedoelde overzicht van zaken, op vrijdagen zoals vermeld in hoofdstuk 1 van het Procesreglement Hoge Raad der Nederlanden om 10.00 uur 's ochtends.

3. Middel van cassatie

Radboudumc voert tegen het arrest het volgende middel van cassatie aan:

Schending van het recht en/of verzuim van wezenlijke vormen doordat het hof heeft overwogen en beslist als in het arrest is weergegeven, zulks op de volgende, mede in hun onderlinge samenhang in aanmerking te nemen gronden.

A. Inleiding¹

- a. Sassen vordert in deze procedure schadevergoeding (nader op te maken bij staat) van Radboudumc. Sassen legt hieraan ten grondslag dat Radboudumc is tekortgeschoten bij de behandeling van klachten aan zijn rechteroog. Centraal hierbij staat een op 6 juli 1992 in Sassens rechteroog aangebrachte, en op 22 augustus 2006 gedeeltelijk verwijderde, Miragelplombe. De Miragelplombe was aangebracht als onderdeel van een netvliesoperatie die werd uitgevoerd door het afdelingshoofd prof.dr. A.F. Deutman. Doel van de ingreep was om de netvliesloslating (*ablatio retinae*) die spontaan in het hoog bijziende rechteroog van Sassen was ontstaan operatief te behandelen teneinde te voorkomen dat dit oog blind zou worden.
- b. Sassen heeft zijn vordering tegen Radboudumc op diverse gronden gebaseerd. Voor dit cassatieberoep relevant is Sassens betoog dat de Miragelplombe een ongeschikte hulpzaak is, dat door het gebruik daarvan Radboudumc tekort is geschoten in de deugdelijke nakoming van de behandelingsovereenkomst en dat deze tekortkoming op grond van artikel 6:77 BW aan Radboudumc moet worden toegerekend.² Radboudumc heeft (ook) tegen dit betoog van Sassen gemotiveerd verweer gevoerd.³
- c. Bij vonnis van 28 november 2012 (het "**eindvonnis**") wees de Rechtbank Arnhem (de "**rechtbank**") de vorderingen van Sassen af. Voor zover hier relevant oordeelde de rechtbank dat de Miragelplombe weliswaar als hulpzaak ongeschikt was en dat daarmee vaststaat dat Radboudumc tekort is geschoten in de nakoming van de met Sassen gesloten behandelingsovereenkomst (rov. 2.26), maar dat deze tekortkoming niet aan Radboudumc kan worden toegerekend (rov. 2.30).
- d. In hoger beroep heeft het hof alle verwijten en vorderingsgrondslagen van Sassen op één na verworpen. In navolging van de rechtbank heeft het hof geoordeeld dat de Miragelplombe als hulpzaak ongeschikt was en dat het gebruik daarvan door Radboudumc een tekortkoming in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst oplevert. Het hof heeft daartoe in zijn arrest als volgt overwogen:

¹ Zie voor de vaststaande feiten en het procesverloop rov. 1 t/m 4.2 van 's hofs tussenarrest (het "**tussenarrest**") d.d. 3 oktober 2017 (met verwijzing naar rov. 2.1-2.9 en 2.11-2.21 van het tussenvonnis van de rechtbank d.d. 3 maart 2010) en rov. 1 van het arrest.

² Zie onder meer S-Antwoordakte d.d. 16 juli 2010 § 2-3; S-CnD p. 22 § 2 en p. 27 § 21; S-Plta I § 97-98 en 100-101; MvG p. 139-145; S-Plta II § 44-45.

³ Het relevante verweer van Radboudumc komt bij de cassatieklachten aan de orde.

"2.16 (...) 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 voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn". Het betreft hier aldus een risicoaansprakelijkheid.

2.17 (...) Het hof stelt (...) 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 wordt gebruikt. Hooymans beschrijft in haar deskundigenrapport (...) 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 oogkasbewegingsbeperking 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 (...) 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."

- e. Vervolgens heeft het hof – anders dan de rechtbank – in rov. 2.18 geoordeeld dat het *niet* onredelijk is deze tekortkoming op grond van artikel 6:77 BW aan Radboudumc toe te rekenen. Het hof overweegt dat het bij dit oordeel *"de inhoud en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, de*

verkeersopvattingen en de overige omstandigheden van deze zaak" heeft betrokken (rov. 2.18). In rov. 2.19 heeft het hof uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:77 BW en bij het Wetsvoorstel inzake de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst geciteerd. Samengevat is het hof tot het oordeel gekomen dat toerekening in dit geval niet onredelijk is op grond van het volgende:

- De producent van de Miragelplombe kan niet meer (door Sassen) worden aangesproken op grond van artikel 6:185 BW vanwege verjaring/verval (rov. 2.20);
- Voorafgaand aan de operatie is geen overleg geweest met Sassen over het gebruik van de Miragelplombe, zodat hij geen enkele invloed heeft gehad via een (weloverwogen) keuze daarvoor, terwijl niet is gesteld of gebleken dat een siliconenplombe (welke in 1992 ook werd gebruikt) voor Sassen geen alternatief zou zijn geweest (rov. 2.20);
- Bij gebruik van een hulpzaak ter uitvoering van de inspanningsverbintenis op grond van een medische behandelingsovereenkomst, mag deze hulpzaak niet gebrekkig zijn; artikel 6:77 BW is geschreven voor *élke* verbintenis (rov. 2.20);
- Enkel "onwetendheid" over een (toekomstig) gebrek van de hulpzaak is niet voldoende om een uitzondering op de hoofdregel van (risico)aansprakelijkheid in artikel 6:77 BW te rechtvaardigen (rov. 2.21);
- In de literatuur en jurisprudentie wordt verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of toerekening naar verkeersopvattingen redelijk zou zijn, 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 (rov. 2.21);
- Radboudumc heeft een aansprakelijkheidsverzekering en niet gesteld of gebleken is dat de verzekeraar schade door een gebrek in gebruikte (medische) hulpzaken niet zou dekken (rov. 2.22);
- Het feit dat Radboudumc niet wist dat de Miragelplombe in de toekomst gebrekkig zou blijken, ligt in zijn domein/risicosfeer, nu de artsen zelf voor de Miragelplombe hebben gekozen, Sassen daarin geen enkele zeggenschap heeft gehad, wel letselschade heeft opgelopen en zijn schade niet meer kan verhalen op de producent (rov. 2.22); en
- Sassen heeft voor zijn schade geen dekkende verzekering (rov. 2.22).

- f. Het cassatiemiddel richt zich tegen 's hofs oordelen dat sprake was van een tekortkoming (onderdeel 1), dat de Miragelpломbe een ongeschikte hulpzaak was in de zin van artikel 6:77 BW (onderdeel 2) en dat toerekening op grond van deze bepaling *niet* onredelijk zou zijn (onderdeel 3).

B. Klachten

1. Geen tekortkoming

- 1.1. 's Hofs hiervoor in § A.d geciteerde oordeel in rov. 2.16-2.17 geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van (het onderscheid tussen) tekortkoming in de nakoming van een verbintenis en de toerekening daarvan aan de schuldenaar. Anders dan het hof kennelijk tot uitgangspunt neemt, levert het gebruik van een ongeschikte (medische) hulpzaak niet (zonder meer) een tekortkoming in de nakoming op. Artikel 6:77 BW ziet uitsluitend op de vraag of een vastgestelde tekortkoming als gevolg van het gebruik van een ongeschikte hulpzaak op grond van de wet kan worden toegerekend. Het hof miskent dat de vraag of sprake is van een tekortkoming, beantwoord dient te worden door een vergelijking te maken tussen de inhoud van de verbintenis en hetgeen is geschied tot nakoming van die verbintenis. Voor zover het hof met zijn kwalificatie van artikel 6:77 BW aan het slot van rov. 2.15 als een risicoaansprakelijkheid tot uitgangspunt heeft genomen dat artikel 6:77 BW op zichzelf tot aansprakelijkheid kan leiden,⁴ is dit oordeel dus ook onjuist.
- 1.2. 's Hofs oordeel dat het gebruik van de Miragelpломbe een tekortkoming oplevert is onjuist althans onbegrijpelijk in het licht van het navolgende gemotiveerde verweer van Radboudumc, waarop het hof niet voldoende kenbaar en/of begrijpelijk is ingegaan:
- Ten tijde van de operatie in 1992 kon een netvliesloslating (en daarmee blindheid) alleen worden voorkomen door het gebruik van een plombe.⁵ Er was dus geen andere wijze waarop Radboudumc aan zijn verbintenis kon voldoen dan door het gebruik van een plombe.
 - Van de destijds beschikbare alternatieve siliconenplombes was bekend dat deze tot ernstige complicaties kunnen leiden (bijvoorbeeld een aanmerkelijke

⁴ Zie ook rov. 2.21 alwaar het hof schrijft over "*de hoofdregel van (risico)aansprakelijkheid in artikel 6:77 BW.*"

⁵ CvA § 2.3, 2.20, 6.11, 6.38; R-Antwoord CnD § 5.18; MvA § 9.14. Zie ook het rapport van de door de rechtbank benoemde onafhankelijke deskundige onder 3 (p. 3).

infectierisico en sclera-erosie) en dat (ook) wanneer die plombes verwijderd moeten worden het risico bestaat van een recidief netvliesloslating.⁶

- c. Het gebruik van de (duurdere) Miragelplombe stond in 1992 niet ter discussie en was 'state-of-the-art'.⁷ De Miragelplombe werd destijds als de best beschikbare plombe beschouwd, beter dan de destijds beschikbare alternatieven.⁸ De Miragelplombe was bij uitstek geschikt voor het beoogde doel (en werd als zodanig beschouwd), te weten het voorkomen van acuut dreigende netvliesloslating, welk doel bij Sassen met het gebruik van de Miragelplombe ook daadwerkelijk is bereikt.⁹
- d. Het later gebleken risico van complicaties op lange termijn – zwelling bij een (beperkt)¹⁰ deel van de patiënten en fragmentatie bij verwijdering¹¹ – was destijds voor de artsen van Radboudumc niet kenbaar.¹²
- e. Sassen zou in 1992 als redelijk handelend patiënt niet voor een operatie hebben gekozen met een alternatieve plombe indien de beschikbare plombes (en destijds bekende complicatierisico's) met hem zouden zijn besproken.¹³
- f. De behandelende arts prof.dr. Deutman heeft als redelijk handelend arts gehandeld door juist de Miragelplombe te gebruiken en heeft (daarmee) Sassen 'lege artis' behandeld.¹⁴

Of sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een geneeskundige behandelingsovereenkomst dient immers – ook waar het betreft het gebruik van

⁶ CvA § 2.10, 3.4, 3.11, 6.17, 6.38; R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 1.4, 2.10, 5.1; R-Antwoord CnD § 5.8-5.13, 5.21. Zie ook het deskundigenrapport onder 2, 6, 14.a en 15.

⁷ CvA § 3.1, 5.13, 6.2, 6.38; R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 2.10; R-Antwoord CnD § 5.19, 6.5; MvA § 1.8, 2.4, 8.4-8.5; R-Plta II § 4.2. Aldus ook het hof in rov. 2.17 en 2.20.

⁸ Zie de in voetnoot 7 vermelde vindplaatsen en CvA § 2.19; R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 1.4; P-V d.d. 15 januari 2010 p. 4; R-Akte d.d. 19 mei 2010 § 2.3; R-Antwoord CnD § 5.6-5.8, 5.13. Zie ook het deskundigenrapport onder 2 en 3 (p.1-2).

⁹ R-Akte d.d. 19 mei 2010 § 2.3; R-Antwoord CnD § 5.6-5.8, 5.23; MvA § 1.6.

¹⁰ De door de rechtbank benoemde onafhankelijke deskundige rapporteerde dat "[m]eer dan 90% van de patiënten met Miragel (...) geen late complicaties [krijgt]", zie Brief deskundige d.d. 24 juni 2011, p. 2.

¹¹ CvA § 2.19, 3.10; MvA § 8.1, 12.4; R-Plta II § 9.2. Zie ook het deskundigenrapport onder 2.

¹² CvA § 2.19, 3.2, 5.13; R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 2.2; P-V d.d. 15 januari 2010 p. 4; R-Akte d.d. 19 mei 2010 § 2.3; R-Antwoord CnD § 5.8, 5.20, 5.24, 6.6-6.10; MvA § 7.5-7.11, 8.1; R-Plta II § 4.2-4.3. Zie ook het deskundigenrapport onder 3 t/m 5 (p. 2-5). Aldus ook 's hofs oordeel in rov. 2.7, 2.17 en 2.20.

¹³ CvA § 6.16-6.17, 6.23-6.24, 7.2; R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 2.3, 2.10, 5.1; R-Antwoord CnD § 6.12; R-Plta I § 3.3; MvA § 7.17, 7.19; R-Plta II § 3.3, 4.2. Aldus ook het deskundigenrapport onder 3 (p. 3-4), rov. 2.12 van het eindvonnis en 's hofs oordeel in rov. 2.7.

¹⁴ CvA § 6.38; R-Akte d.d. 19 mei 2010 § 2.3; R-Antwoord CnD § 4.2; R-Plta I § 2.2; MvA § 1.8, 3.10; R-Plta II § 3.2. Zie ook het deskundigenrapport onder 3 (p.2-3).

een medische hulpzaak – te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Daarbij dient rekening te worden gehouden met wat de patiënt *destijds* (zie ook hierna subonderdeel 2.1) en *in de gegeven omstandigheden* van zijn behandelaar mocht verwachten. Voor zover het hof het voorgaande niet zou hebben miskend, is zijn andersluidende oordeel – zonder nadere motivering, die ontbreekt – onbegrijpelijk. In het licht van het voorgaande kunnen noch de door het hof aangedragen argumenten,¹⁵ noch 's hofs verwijzing naar het oordeel van de rechtbank¹⁶ zijn oordeel dragen dat Radboudumc tekort is geschoten in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst door het gebruik van de Miragelplombe in plaats van één van de andere in 1992 beschikbare plombes. 's Hofs andersluidende oordeel leidt tot de onaanvaardbare conclusie dat het gebruik van welke plombe dan ook door Radboudumc in 1992 tot een tekortkoming zou hebben geleid indien de aan die plombe verbonden complicatierisico's zich zouden hebben verwezenlijkt. Zie ook hierna subonderdelen 2.3 en 3.12.

- 1.3. Verder is 's hofs oordeel onjuist of onbegrijpelijk gelet op het feit (dat door Radboudumc is betoogd¹⁷) dat de geneeskundige behandelingsovereenkomst met Sassen een inspanningsverbintenis inhield, ook met betrekking tot het gebruik van de Miragelplombe. Anders dan het hof kennelijk tot uitgangspunt heeft genomen in rov. 2.16-2.17,¹⁸ bevat de geneeskundige behandelingsovereenkomst niet, althans niet in alle gevallen en in het bijzonder niet in dit geval (zie hiervoor subonderdeel 1.2), een (deel)resultaatsverbintenis met betrekking tot gebruikte medische hulpzaken in die zin dat de geneeskundige behandelaar (altijd) instaat voor (de deugdelijkheid van) gebruikte hulpzaken of dat een gebruikte hulpzaak nooit gebrekkig zou mogen zijn. Het hof heeft in ieder geval miskend dat in een geval als dit – waarbij ingrijpen en het gebruik van een plombe noodzakelijk was om blind worden te voorkomen en van de beschikbare alternatieve plombes bekend was dat deze aanmerkelijke complicatierisico's hadden – op de geneeskundige behandelaar een inspanningsverbintenis en geen resultaatsverbintenis rustte ten aanzien van de (keuze voor een) plombe en dat Radboudumc met het gebruik van de Miragelplombe aan die

¹⁵ Samengevat: de Miragelplombe moet als ongeschikte hulpzaak worden gekwalificeerd vanwege het later gebleken risico van complicaties welke complicaties zich bij Sassen hebben voorgedaan.

¹⁶ Samengevat: de Miragelplombe was ongeschikt voor het beoogde doel en daarmee staat vast dat Radboudumc is tekortgeschoten.

¹⁷ R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 1.6; R-Antwoord CnD § 5.14, 5.18; MvA § 8.3.

¹⁸ Zie ook het slot van rov. 2.20 waar het hof overweegt dat bij gebruikmaking van een hulpzaak ter uitvoering van een inspanningsverbintenis de hulpzaak niet gebrekkig mag zijn.

inspanningsverbintenis heeft voldaan.¹⁹ Althans is 's hofs andersluidende oordeel (zonder nadere motivering, in het licht van Radboudumc's hiervoor aangehaalde, niet (kenbaar) door het hof bij zijn oordeel betrokken betoog) onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.

- 1.4. Voor zover het hof tot uitgangspunt zou hebben genomen dat Radboudumc niet het verweer zou hebben gevoerd dat geen sprake is geweest van een tekortkoming door het gebruik van de Miragelplombe of dat verweer in appel zou hebben prijsgegeven, dan wel dat het hof dat verweer in appel niet hoefde te beoordelen, heeft het hof blijk gegeven van een onbegrijpelijke (want te beperkte) uitleg van de gedingstukken²⁰ dan wel heeft het hof zijn taak op grond van de positieve zijde van de devolutieve werking miskend.²¹ Voor zover Radboudumc zijn beroep op de hiervoor in subonderdeel 1.2 genoemde omstandigheden heeft gedaan in het kader van zijn verweer dat geen sprake is van een ongeschikte hulpzaak of dat toerekening niet redelijk is, dan wel een ander verweer op grond waarvan hij niet aansprakelijk is jegens Sassen, en het hof (om die reden) daarop geen acht heeft geslagen in het kader van de tekortkomingsvraag, heeft het hof miskend dat het op grond van artikel 24 en 25 Rv gehouden was deze feitelijke grondslag van het verweer van Radboudumc dat hij niet aansprakelijk is, ambtshalve mede te betrekken bij het onderzoeken van de vraag of sprake is van een tekortkoming.
- 1.5. Tot slot is 's hofs oordeel dat sprake is van een tekortkoming onjuist dan wel onbegrijpelijk indien onderdeel 2 tot cassatie leidt. Indien de Miragelplombe geen ongeschikte hulpzaak is, kan 's hofs daarop voortbouwende oordeel dat het gebruik daarvan een tekortkoming oplevert immers ook om die reden geen standhouden. De klachten die in onderdeel 2 zijn gericht tegen 's hofs oordeel dat de Miragelplombe als ongeschikte hulpzaak kwalificeert, gelden daarmee *mutatis mutandis* ook voor 's hofs oordeel dat het gebruik van de Miragelplombe een tekortkoming door Radboudumc oplevert.

2. Geschikte hulpzaak

- 2.1. 's Hofs hiervoor in § A.d geciteerde oordeel in rov. 2.16-2.17 geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het begrip ongeschikte hulpzaak (zaak in

¹⁹ Zie in dit kader ook de bevindingen van de onafhankelijke deskundige prof. Hooymans onder 3 op p. 2: "(...) De keuze van prof. Deutman was, gezien de toen bekende eigenschappen van een episcleraal geplaatste Miragelplombe, goed. (...)"

²⁰ Zie de hiervoor in de voetnoten bij § 1.2 vermelde vindplaatsen en MvA § 1.3.

²¹ Anders dan het hof terecht in rov. 3.2 onderkent met betrekking tot het verweer van Radboudumc dat de Miragelplombe geen ongeschikte hulpzaak was.

de zin van artikel 6:77 BW). Door het hof wordt namelijk miskend dat een hulpzaak alleen dan ongeschikt is indien deze niet voldoet aan de eisen die daaraan *toentertijd* en *in de gegeven omstandigheden* met het oog op de uitvoering van de verbintenis gesteld mochten worden, en dat het daarbij (mede) aankomt op de toenmalige stand van de wetenschap en techniek.²²

- 2.2. Bovendien/althans is (de motivering van) 's hofs oordeel dat in dit geval, in 1992, de Miragelplombe als hulpzaak ongeschikt was in de zin van artikel 6:77 BW onjuist althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd in het licht van de in subonderdelen 1.2-1.3 hiervoor aangehaalde argumenten, die het hof niet (voldoende kenbaar en/of begrijpelijk) bij zijn oordeel heeft betrokken en die (mede) ten betoge strekken dat de Miragelplombe geschikt was ter uitvoering van de op Radboudumc jegens Sassen rustende verbintenis.
- 2.3. Aan de onjuistheid c.q. onbegrijpelijkheid van 's hofs oordeel doet niet af zijn overweging dat is gebleken dat – anders dan bij siliconenplombes – bij een (beperkt) deel van de patiënten de Miragelplombe na jaren kan gaan zwellen met mogelijke complicaties tot gevolg of dat de Miragelplombe bij verwijdering kan fragmenteren en dat die complicaties zich bij Sassen hebben voorgedaan. Daarmee miskent het hof dat de verwezenlijking van (ten tijde van het gebruik bovendien niet kenbare) complicatierisico's (op lange termijn) verbonden aan een medische hulpzaak (op zichzelf) onvoldoende is om te komen tot het oordeel dat die hulpzaak ongeschikt is in de zin van artikel 6:77 BW.²³ Althans in ieder geval zal een medische hulpzaak in een dergelijk geval niet ongeschikt zijn indien het gebruik van een dergelijke hulpzaak (een plombe) noodzakelijk is en op dat moment de enige manier was om de patiënt effectief te behandelen,²⁴ en/of waarbij die behandeling ook (aanvankelijk en lange tijd) succesvol was,²⁵ en/of terwijl van alle destijds beschikbare alternatieve hulpzaken (andere plombes) bekend was dat daaraan aanmerkelijke complicatierisico's waren verbonden (die niet (veel) minder ernstig waren)²⁶ en/of ten tijde van het gebruik de complicatierisico's op lange

²² Aldus ook Radboudumc in R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 1.3; R-Akte d.d. 19 mei 2010 § 2.2; R-Antwoord CnD § 5.4; MvA § 8.1.

²³ Zie ook CvA § 5.13-5.14 (in het kader van productaansprakelijkheid); R-Antwoord CnD § 5.9, 5.12-5.13.

²⁴ In 1992 was de enige manier om netvliesloslating te voorkomen door middel van het gebruik van een plombe, zie subonderdeel 1.2.a.

²⁵ De acuut dreigende netvliesloslating in 1992 werd met de plombe voorkomen en pas na meer dan tien jaar deden zich bij Sassen complicaties in verband met de plombe voor, zie hiervoor subonderdeel 1.2.c, de in voetnoot 9 vermelde vindplaatsen en CvA § 2.5.

²⁶ Zoals een hoog infectierisico waardoor de plombe – op veel kortere termijn – verwijderd zou moeten worden met het risico van alsnog netvliesloslating (en blindheid) van dien, zie hiervoor subonderdeel 1.2.b en de in voetnoot 6 vermelde vindplaatsen.

termijn van de gebruikte hulpzaak niet kenbaar waren.²⁷ Indien het hof zou worden gevolgd in zijn oordeel dat de Miragelplombe ongeschikt is vanwege het later gebleken risico van complicaties, welk risico zich bij Sassen heeft verwezenlijkt, zou dit betekenen dat ook de destijds beschikbare alternatieve siliconenplombes die – zoals het hof zelf vaststelt – "*(latere en vergelijkbare) complicaties kunnen opleveren*" als ongeschikt zouden moeten worden gekwalificeerd indien de daaraan verbonden complicatierisico's zich bij een patiënt verwezenlijken.²⁸ Deze conclusie is – zonder nadere motivering, die ontbreekt – onjuist dan wel onbegrijpelijk, mede gelet op de in subonderdeel 2.1 ingeroepen maatstaf. Zie ook hiervoor subonderdeel 1.2 (slot) en hierna subonderdeel 3.12.

3. Toerekening is onredelijk (contra hof rov. 2.16 en 2.18-2.22)

- 3.1. 's Hofs oordeel in rov. 2.18-2.22 – op hoofdlijnen samengevat in § A.e – dat in dit geval toerekening op grond van artikel 6:77 BW niet onredelijk is, geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting dan wel is onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Het hof concludeert in rov. 2.22 dat "*[i]n het licht van deze feiten, mede in onderlinge samenhang bezien, (...) toerekening aan het Radboudumc, gelet op inhoud en strekking, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden niet onredelijk is.*" Dit oordeel is ontoelaatbaar onduidelijk, nu het hof niet (voldoende) kenbaar maakt (i) welke feiten voor toerekening pleiten en waarom, (ii) op de inhoud en strekking waarvan wordt gedoeld en waarom dit voor toerekening zou pleiten, (iii) waarom de verkeersopvattingen (waarvan in rov. 2.21 wordt geoordeeld dat deze onduidelijk zijn) voor toerekening zouden pleiten en (iv) om welke overige omstandigheden het gaat en waarom die voor toerekening pleiten.
- 3.2. In rov. 2.20 noemt het hof de omstandigheid dat de producent van de Miragelplombe wegens verval/verjaring niet meer kan worden aangesproken. Niet valt in te zien dat deze omstandigheid (noodzakelijkerwijs) voor toerekening pleit. Immers, dit betekent dat ook Radboudumc geen verhaal op de producent zal hebben. Het hof motiveert niet dat of waarom deze omstandigheid voor toerekening pleit in plaats van daartegen,²⁹ terwijl voor de hand ligt dat deze

²⁷ Zie hiervoor subonderdeel 1.2.d en de in voetnoot 12 vermelde vindplaatsen.

²⁸ Zie ook CvA § 2.20, 5.13; R-Antwoord CnD § 5.9, 5.21.

²⁹ Zie ook R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 1.6; R-Akte d.d. 19 mei 2010 § 2.4; R-Antwoord CnD § 5.15 en voetnoot 8 waar wordt betoogd dat aansprakelijkheid van de producent meer voor de hand ligt dan aansprakelijkheid van de medische behandelaar (en dat hieraan de verjaring/verval van een vordering op de producent niet afdoet).

omstandigheid minst genomen als neutraal (niet voor en niet tegen) zou moeten worden gekwalificeerd.

- 3.3. In rov. 2.20 noemt het hof voorts de omstandigheid dat de producent van de Miragelplombe in 1995 is gestopt met de productie ervan. Voor zover het hof van oordeel mocht zijn dat deze omstandigheid voor toerekening pleit, getuigt dit van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het begrip onredelijk en is dit (althans zonder nadere, maar ontbrekende toelichting) niet te begrijpen.
- 3.4. In rov. 2.20 noemt het hof verder de omstandigheid dat in 1992 ook gebruik werd gemaakt van siliconenplombes, dat Sassen geen invloed heeft kunnen uitoefenen op de keuze voor de Miragelplombe en 's hofs overweging dat niet gesteld of gebleken zou zijn dat een siliconenplombe voor Sassen toentertijd geen alternatief zou zijn geweest. Voor zover het hof van oordeel mocht zijn dat deze omstandigheid voor toerekening pleit, getuigt dit van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het begrip onredelijk en is dit (althans zonder nadere, maar ontbrekende toelichting) niet te begrijpen. Immers – zoals door Radboudumc is betoogd en door de deskundige, de rechtbank én het hof is vastgesteld – zou Sassen in 1992 als redelijk handelend patiënt niet voor een operatie hebben gekozen met een alternatieve plombe indien de beschikbare plombes (en destijds bekende complicatierisico's) met hem zouden zijn besproken.³⁰
- 3.5. De slotalinea van rov. 2.20 getuigt van (een van) de door onderdelen 1 en 2 als onjuist bestreden rechtsopvattingen. Nu het hof zijn oordeel over onredelijkheid in de zin van art. 6:77 BW mede op deze rechtsopvatting heeft gebaseerd, kan dit oordeel met het slagen van onderdelen 1 en/of 2 evenmin in stand blijven.
- 3.6. In rov. 2.21 overweegt het hof dat enkel "*onwetendheid*" over een (toekomstig) gebrek van een (medische) hulpzaak onvoldoende is om een uitzondering op de hoofdregel van (risico)aansprakelijkheid in artikel 6:77 BW te rechtvaardigen. Dit oordeel getuigt van de in subonderdeel 1.1 slot en/of subonderdeel 2.1 als onjuist bestreden rechtsopvatting(en) en kan reeds daarom niet in stand blijven. Voorts miskent het hof met zijn verwijzing naar een toekomstig gebrek dat bij toepassing van de toerekeningsmaatstaf van artikel 6:77 BW beslissend is of de hulpzaak gebrekkig was op het moment van nakoming van de verbintenis.
- 3.7. In rov. 2.22 bespreekt het hof, zoals aangekondigd in rov. 2.21, "*andere feiten en omstandigheden*". Volgens het hof zijn hierbij van belang de verzekeringsaspecten, de omvang en aard van de schade en de draagkracht van

³⁰ Zie subonderdeel 1.2.e en de in voetnoot 13 vermelde vindplaatsen.

de gelaedeerde/schuldenaar. Voor zover het hof van oordeel is dat deze omstandigheden tezamen met de al eerder door het hof besproken omstandigheden bij uitsluiting relevant zijn voor de vraag of toerekening op grond van artikel 6:77 BW onredelijk is, getuigt dit van een onjuiste rechtsopvatting. Volgens artikel 6:77 BW zijn alle omstandigheden van het geval relevant voor het antwoord op deze vraag.

- 3.8. Het hof heeft zijn oordeel dat toerekening op grond van artikel 6:77 BW niet onredelijk is, onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd door in dit kader niet (kenbaar) in te gaan op het betoog van Radboudumc
- a. dat het gebruik van de Miragelplombe destijds 'state-of-the art' was, de Miragelplombe bij uitstek geschikt was voor het beoogde doel (welk doel is bereikt)³¹ alsmede dat Radboudumc 'lege artis' heeft gehandeld juist door het gebruik van de Miragelplombe;³²
 - b. dat het gebruik van een plombe noodzakelijk was om blindheid te voorkomen³³ en van de destijds beschikbare alternatieven bekend was dat deze tot ernstige complicaties konden leiden;³⁴
 - c. dat ook bij de beoordeling of toerekening onredelijk is, rekening dient te worden gehouden met de stand van de wetenschap en techniek ten tijde van het gebruik (in 1992) van de medische hulpzaak;³⁵
 - d. dat, zoals door de rechtbank was geoordeeld,³⁶ de producent van de Miragelplombe op grond van het ontwikkelingsverweer jegens Sassen niet aansprakelijk zou zijn geweest voor de gevolgen van de later gebleken complicatierisico's en dat toerekening aan Radboudumc – die niet bekend was of hoefde te zijn met die later gebleken complicatierisico's niet kenbaar waren – in dat geval onredelijk zou zijn (omdat de aansprakelijkheid van de medische behandelaar dan verder zou gaan dan die van de producent);³⁷
 - e. dat een eventueel 'verdienmodel' geen enkele rol heeft gespeeld bij de keuze voor de Miragelplombe;³⁸ en

³¹ Zie subonderdeel 1.2.c en de in voetnoot 7 en 9 vermelde vindplaatsen.

³² Zie subonderdeel 1.2.f en de in voetnoot 14 vermelde vindplaatsen.

³³ Zie subonderdeel 1.2.a en de in voetnoot 5 vermelde vindplaatsen.

³⁴ Zie subonderdeel 1.2.b en de in voetnoot 6 vermelde vindplaatsen.

³⁵ Zie hiervoor subonderdelen 1.2 en 2.1. Zie ook hierna subonderdeel 3.8.d en de in voetnoot 37 vermelde vindplaatsen.

³⁶ Vonnis 28 november 2012, rov. 2.30.

³⁷ CvA § 5.16; R-Antwoord CnD § 5.27-5.28; MvA § 8.7; R-Plta II § 4.3-4.4.

³⁸ MvA § 8.4.

- f. dat, zoals door de rechtbank was geoordeeld,³⁹ een ander oordeel ertoe zou kunnen leiden dat ziekenhuizen vanwege mogelijke onbekende negatieve eigenschappen en daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid, terughoudend zullen zijn in de toepassing van nieuwe genees- en hulpmiddelen wat de ontwikkeling van medische behandelmethoden in de weg staat.⁴⁰
- 3.9. Met zijn oordeel dat toerekening in dit geval niet onredelijk is, miskent het hof voorts dat in een geval waarin de tenzij-formule van artikel 6:173 lid 1 BW van toepassing zou zijn indien aansprakelijkheid op grond van die bepaling wordt beoordeeld, toerekening op grond van artikel 6:77 BW als onredelijk heeft te gelden. Als Radboudumc van het risico van de Miragelplombe en andere plombes wist, was toepassing van een plombe (zowel de Miragelplombe als een siliconenplombe) immers niettemin rechtmatig geweest, omdat toentertijd de gebruik van een plombe de enige effectieve behandelmethode was om blindheid te voorkomen.⁴¹
- 3.10. De door het hof in rov. 2.22 vastgestelde gegevens dat Radboudumc voor deze aansprakelijkheid verzekerd is en Sassen voor zijn schade geen dekkende verzekering heeft (anders dan een arbeidsongeschiktheidsverzekering) – kan aan de onjuistheid c.q. onbegrijpelijkheid van 's hofs oordeel niet afdoen. Mede in het licht van het voorgaande zijn deze gegevens onvoldoende (zwaarwegend) om te komen tot het oordeel dat toerekening op grond van artikel 6:77 BW niet onredelijk is.
- 3.11. 's Hofs overweging in rov. 2.22 dat de onbekendheid van het in de toekomst gebrekkig blijken van de Miragelplombe, in het domein/de risicosfeer van Radboudumc ligt, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Aard en strekking van de verbintenis van Radboudumc om Sassen zo goed mogelijk te behandelen, wat in dit geval niet anders kon dan door toepassing van een plombe om blindheid te voorkomen,⁴² brengen met zich dat dit toekomstige gebrek juist *niet* in de risicosfeer van Radboudumc ligt. Dat is in ieder geval zo nu bekend was dat het gebruik van de alternatief beschikbare plombes veelal tot ernstige complicaties konden leiden.⁴³ Dit laatste maakt tevens dat 's hofs hier bestreden oordeel niet kan worden gedragen door verwijzing naar de keuze van Radboudumc en het niet hierbij betrokken zijn geweest van Sassen.

³⁹ Vonnis 28 november 2012, rov. 2.30.

⁴⁰ MvA § 8.6; R-Plta II § 4.4.

⁴¹ Zie subonderdeel 1.2.a en de in voetnoot 5 vermelde vindplaatsen.

⁴² Zie subonderdeel 1.2.a en de in voetnoot 5 vermelde vindplaatsen.

⁴³ Zie subonderdeel 1.2.b en de in voetnoot 6 vermelde vindplaatsen.

- 3.12. Voor zover het hof (in rov. 2.22) van oordeel is dat inhoud en strekking van de verbintenissen die op grond van de geneeskundige behandelingsovereenkomst op Radboudumc jegens Sassen rustten, pleiten voor (het niet maken van een uitzondering op) toerekening op grond van artikel 6:77 BW, getuigt dit van een onjuiste rechtsopvatting. Aard en strekking van die verbintenissen pleiten (in ieder geval hier, waar een plombe moest worden gebruikt om blindheid te voorkomen en van de alternatieve plombes bekend was dat deze tot ernstige complicaties konden leiden) juist tegen toerekening. In ieder geval heeft het hof onvoldoende betekenis gehecht aan de inhoud en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst als inspanningsverbintenis.⁴⁴ Zoals in subonderdelen 1.2 (slot) en 2.3 wordt geklaagd, leidt 's hofs andersluidende oordeel tot de – onbegrijpelijke en onaanvaardbare – conclusie dat Radboudumc (risico)aansprakelijk zou zijn ongeacht welke van de destijds beschikbare plombes zou zijn gebruikt indien de daaraan verbonden complicatierisico's zich verwezenlijken.

C. Conclusie

Radboudumc vordert op grond van dit middel de vernietiging van het arrest, met zodanige verdere beslissing, mede ten aanzien van de kosten, als de Hoge Raad juist zal achten en om Sassen te veroordelen om al hetgeen Radboudumc ter uitvoering van het bestreden arrest aan Sassen heeft voldaan aan Radboudumc terug te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot de dag van terugbetaling. Radboudumc vordert voorts dat de toe te wijzen proceskostenvergoeding wordt vermeerderd met de wettelijke rente daarover, te rekenen vanaf veertien dagen na de datum van het arrest van de Hoge Raad.

Advocaten

⁴⁴ Zie ook R-Antwoord CnD § 5.14, 5.18; MvA § 8.3.