

47 Verweerschrift in het incidentele cassatieberoep Radboudumc 12-07-2019

Hoge Raad der Nederlanden

Zaaknummer: 19/00962

Datum zitting: 12 juli 2019

**SCHRIFTELIJKE TOELICHTING tevens
VERWEERSCHRIFT IN HET INCIDENTEEL CASSATIEBEROEP**
van mrs. B.T.M. van der Wiel en N.T. Dempsey

inzake

Stichting Katholieke Universiteit (UMC St. Radboud Ziekenhuis),
een stichting gevestigd te Nijmegen ("**Radboudumc**"),
eiser tot cassatie, verweerder in het incidenteel cassatieberoep,
advocaten: mrs. B.T.M. van der Wiel en N.T. Dempsey

tegen:

Jan Hendrik Sassen,
wonende te Nijmegen ("**Sassen**"),
verweerder in cassatie, eiser in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. J.H.M. van Swaaij

INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding	3
2.	Nadere toelichting op de klachten van het principale cassatiemiddel	5
2.1.	Onderdeel 1: geen tekortkoming	5
	<i>Artikel 6:77 BW en het onderscheid tussen tekortkoming en toerekening</i>	<i>5</i>
	<i>Inhoud en aard van de verbintenis van de medische hulpverlener</i>	<i>5</i>
	<i>Hetgeen is geschied tot nakoming: het Radboudumc is niet tekortgeschoten</i>	<i>9</i>
2.2.	Onderdeel 2: geschikte hulpzaak	12
2.3.	Onderdeel 3: toerekening is onredelijk	16
	<i>Inleiding en toelichting op subonderdeel 3.9</i>	<i>16</i>
	<i>Ontoelaatbaar onduidelijk oordeel hof (subonderdelen 3.1, 3.7, 3.11 en 3.12) ..</i>	<i>20</i>
	<i>Door het hof in rov. 2.20 besproken facetten (subonderdelen 3.2-3.6 en 3.8) ..</i>	<i>21</i>
3.	Verweer tegen het incidentele cassatieberoep	25
3.1.	Algemene inleidende opmerkingen	25
3.2.	Feitenvaststelling (subonderdelen I.1 & II.1)	26
3.3.	Horen partijdeskundige Crama (subonderdeel I.2)	28
3.4.	Geen tekortschieten Radboudumc in 1992 (subonderdeel II.2)	31
3.5.	Geen tekortschieten Radboudumc in 1996/1997 (subonderdeel II.3)	39
3.6.	Geen tekortschieten Radboudumc in 2003/2005 (subonderdeel II.4)	43
3.7.	Onaannemelijkheid keuze eerder verwijderen plombe (subonderdeel II.5)	46
3.8.	Compenseren proceskosten (subonderdeel II.6)	50
4.	Conclusie	52

Edelhoogachtbaar college!

1. Inleiding¹

- 1.1. De centrale vraag in deze procedure is of het Radboudumc jegens Sassen aansprakelijk is voor het gebruik van een zogenaamde Miragelplombe² bij een netvliesoperatie in 1992.³ De operatie was noodzakelijk om te voorkomen dat Sassen blind zou worden aan zijn rechteroog. De operatie was succesvol: netvliesloslating werd voorkomen.
- 1.2. Veel later, in de loop van 2003 en vervolgens 2005 ondervond Sassen klachten en beperkingen aan zijn rechteroog. In maart 2005 werd een hechting, die uit het oog was gekomen, verwijderd. In april en oktober 2005 is Sassen op consult geweest. Daarbij is gesproken over de mogelijkheid van operatieve verwijdering van de plombe. In augustus 2006 is de plombe daadwerkelijk (gedeeltelijk) verwijderd omdat deze door het oogbindvlies was gebroken. In september 2006 bleek dat sprake was van een recidief netvliesloslating. Dit is een bekende complicatie, die zich kan voordoen bij het verwijderen van welke type plombe dan ook. Een jaar later heeft Sassen het Radboudumc aansprakelijk gesteld voor de schade die hij stelt te hebben geleden als gevolg van de netvliesoperatie in 1992 en daaropvolgende behandelingen.
- 1.3. Sassen maakt het Radboudumc vele verwijten en zijn vordering tot schadevergoeding is op diverse grondslagen gebaseerd. De rechtbank wees de vordering van Sassen af. De rechtbank was van oordeel dat Sassens verwijten aan het Radboudumc ongegrond zijn, afgezien van een verwijt met betrekking tot de informatieverstrekking in 2003-2005. Volgens de rechtbank leidde dat evenwel niet tot aansprakelijkheid, omdat Sassen destijds geen andere behandeling zou hebben gekozen en het causaal verband dus ontbrak. Het beroep van Sassen op artikel 6:77 BW wees de rechtbank af omdat toerekening in dit geval onredelijk is.
- 1.4. In hoger beroep oordeelde het hof dat het Radboudumc geen enkel verwijt kan worden gemaakt met betrekking tot de behandeling van en informatieverstrekking

¹ In deze Schriftelijke Toelichting worden de volgende afkortingen gebruikt om te verwijzen naar de uitspraken van de rechtbank en het hof: rechtbank tussenvonnis d.d. 3 maart 2010 ("**TV**"), rechtbank eindvonnis d.d. 28 november 2012 ("**EV**"), hof tussenarrest d.d. 3 oktober 2017 ("**TA**") en hof eindarrest d.d. 27 november 2018 ("**EA**").

² Een plombe is een soort kussentje, dat ervoor dient om de scheur in de netvlies vanuit de buitenkant van het oog dicht te drukken. In 1992 werd de Miragelplombe beschouwd als 'state-of-the-art' en was van de andere beschikbare plombes bekend dat deze tot ernstige complicaties konden leiden (bijvoorbeeld een aanmerkelijk infectierisico en sclera-erosie).

³ Voor de tussen partijen vaststaande feiten en het procesverloop verwijst het Radboudumc naar TA rov. 3 en 4.1 t/m 4.2 juncto TV 2.1 t/m 2.22.

aan Sassen. Het hof wees de vordering van Sassen echter toe op de grond dat de Miragelplombe een ongeschikte hulpzaak zou zijn, dat (zo moet het arrest van het hof waarschijnlijk worden gelezen) door het gebruik daarvan het Radboudumc jegens Sassen te kort zou zijn geschoten in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, en dat deze tekortkoming op grond van artikel 6:77 BW aan het Radboudumc zou kunnen worden toegerekend.

- 1.5. Over de toepassing van artikel 6:77 BW in medische aansprakelijkheidszaken is de afgelopen jaren veel geschreven en in diverse zaken hebben rechtbanken en hoven zich uitgelaten over de vraag of toerekening aan de medische hulpverlener onredelijk is of niet. Inmiddels hebben het Hof Den Haag⁴ en het Hof 's-Hertogenbosch⁵ tussenarresten gewezen waarin zij het voornemen uiten ter zake prejudiciële vragen te stellen aan uw Raad. Ten tijde van het geven van deze schriftelijke toelichting zijn echter nog geen vragen bij uw Raad over dit onderwerp ingediend en is onbekend of en op welke termijn dit zal gebeuren.
- 1.6. Het principale cassatieberoep stelt een aantal vragen aan de orde over de toepassing van artikel 6:77 BW. Allereerst hoe artikel 6:77 BW (toerekening) zich tot artikel 6:74 BW (tekortkoming) verhoudt (onderdeel 1)? En wanneer kan een zaak als ongeschikt in de zin van artikel 6:77 BW worden aangemerkt (onderdeel 2)? Tot slot heeft onderdeel 3 betrekking op de vraag of toerekening op grond van artikel 6:77 BW in een medische aansprakelijkheidszaak als deze – anders dan het hof heeft geoordeeld – niet als onredelijk moet worden beschouwd. In § 2 licht het Radboudumc de klachten van het principale cassatiemiddel nader toe.
- 1.7. Door Sassen is – onvoorwaardelijk – incidenteel cassatieberoep ingesteld. Het 50 pagina's tellende incidentele middel bestrijdt 's hofs verwerping van de verwijten die Sassen het Radboudumc maakt en klaagt over het feit dat het hof de proceskosten heeft gecompenseerd. In § 3 zet het Radboudumc uiteen waarom geen van Sassen's klachten tot cassatie leidt.

⁴ Hof Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:166 (*MoM*). Het Radboudumc heeft vernomen dat, anders dan het hof in EA rov. 2.21 (slot) overweegt, deze zaak niet is ingetrokken.

⁵ Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1458 (*PIP*).

2. Nadere toelichting op de klachten van het principale cassatiemiddel

2.1. Onderdeel 1: geen tekortkoming

- 2.1.1. Bij zijn nadere toelichting op onderdeel 1 beperkt het Radboudumc zich tot de klachten van subonderdelen 1.1 t/m 1.3.⁶ Deze klachten richten zich tegen het oordeel van het hof in rov. 2.16-2.17 dat er op neerkomt dat op grond van artikel 6:77 BW het gebruik van een (na vele jaren later gebleken) gebrekkige medische hulpzaak een tekortkoming oplevert bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst.

Artikel 6:77 BW en het onderscheid tussen tekortkoming en toerekening

- 2.1.2. Met zijn oordeel in rov. 2.16 en 2.17 het hof miskend – zo klaagt **subonderdeel 1.1** – dat artikel 6:77 BW een regeling bevat voor *toerekening* van een tekortkoming krachtens de wet. Om te komen tot aansprakelijkheid op grond van artikel 6:74 BW is nodig dat sprake is van een *tekortkoming* die aan de schuldenaar kan worden *toegerekend*. Toerekening en tekortkoming zijn twee *afzonderlijke* voorwaarden voor het aannemen van aansprakelijkheid. Het hof miskent dan ook dat artikel 6:77 BW geen risicoaansprakelijkheid schept en evenmin een kwalitatieve aansprakelijkheid inhoudt.⁷ Artikel 6:77 BW regelt uitsluitend wanneer een tekortkoming die is ontstaan door het gebruik van een ongeschikte hulpzaak aan de schuldenaar kan worden toegerekend bij afwezigheid van schuld. Het antwoord op de vraag óf sprake is van een tekortkoming dient beantwoord te worden door een vergelijking te maken tussen de inhoud van de verbintenis enerzijds, en hetgeen is geschied tot nakoming van die verbintenis anderzijds.⁸ Het is (dus) niet zo dat het gebruik van een ongeschikte hulpzaak steeds op zichzelf een tekortkoming oplevert. Het woord "*daardoor*" in artikel 6:77 BW moet niet worden gelezen als enkel '*daardoor dus*' maar als '*indien daardoor*'.

Inhoud en aard van de verbintenis van de medische hulpverlener

- 2.1.3. Voor hulpverleners geldt dat zij, ter uitvoering van hun verbintenissen, de zorg van een goed hulpverlener in acht dienen te nemen. Hierbij dienen zij te handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard. Deze maatstaf is

⁶ Voor wat betreft de klachten van subonderdeel 1.4, verwijst het Radboudumc naar de tekst daarvan en aldaar in de voetnoten vermelde vindplaatsen: deze klacht spreekt voor zich en behoeft geen nadere toelichting. Hetzelfde geldt voor de 'voortbouw'-klacht van subonderdeel 1.5.

⁷ Zoals ten onrechte in Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/456 wordt gesuggereerd.

⁸ B.J. Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:74 BW, aant. 2.2; H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 6-12.

neergelegd in artikel 7:453 BW en houdt in dat de hulpverlener de zorg in acht moet nemen die mag worden verwacht van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar.⁹ De hulpverlener hoeft niet aan de hoogst mogelijke standaard te voldoen, maar, zoals wordt aangeduid door de term '*redelijk*', hem mag 'een goed gemiddelde als spiegel worden voorgehouden'.¹⁰

- 2.1.4. Voor de professionele standaard is de stand van de medische wetenschap relevant zoals deze was *op het moment van behandelen*.¹¹ De omstandigheden van het geval zijn bepalend voor de mate van zorg die van de hulpverlener gevergd wordt en de professionele standaard die in het concrete geval geldt.¹²
- 2.1.5. Bij het bepalen van de inhoud van de verbintenis en de beoordeling van de tekortkomingsvraag kan verder onderscheid gemaakt worden tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen. Heeft de debiteur zich verbonden tot het bereiken van een bepaald resultaat, of tot het zich voldoende inspannen om een bepaald resultaat te bereiken? In het geval van een resultaatsverbintenis staat met het niet-behalen van het resultaat de tekortkoming vast. Bij een inspanningsverbintenis dient de wederpartij te stellen en te bewijzen dat de beroepsbeoefenaar zich onvoldoende heeft ingespannen om een bepaald resultaat te bereiken.¹³
- 2.1.6. Uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst vloeit een samenstel aan verbintenissen voort, waarbij de zorg zoals bedoeld in artikel 7:453 BW de hoofdverplichting van de hulpverlener is.¹⁴ Onder bepaalde omstandigheden *kan* een geneeskundige behandelingsovereenkomst elementen bevatten van een resultaatsverbintenis, maar dat is slechts aan de orde wanneer het resultaat van de verbintenis van tevoren te bepalen is. Hierbij dient te worden gedacht aan voorbeelden zoals het amputeren van het juiste been of het nemen van een bloedmonster, waarbij de hulpverlener geacht kan worden in te staan voor een bepaald en duidelijk omschreven resultaat. De Rechtbank Alkmaar verwoordde dit treffend in een vonnis uit 2004 in een geschil over het wel of niet geplaatst zijn van een anticonceptiemiddel.¹⁵

⁹ HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*), rov. 3.7.

¹⁰ R.P. Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst* (Mon. BW B87), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 53.

¹¹ J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (diss. Groningen; serie Recht & Praktijk CA19), Deventer: Wolters Kluwer 2018, § 4.6.3, p. 147.

¹² R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, § 4.2.1.3, p. 291.

¹³ B.J. Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:74 BW, aant. 8.

¹⁴ R.P. Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst* (Mon. BW B87), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 63; A.E. Santen, 'De aansprakelijkheid voor de gebrekkige hulpzaak in het licht van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *PIV-Bulletin*, juni 2013, p. 6.

¹⁵ Rb. Alkmaar 11 februari 2004, ECLI:NL:RBALK:2004:AO3453, NJ 2004/205 (*Implanon*), rov. 5.5-5.6.

"5.5 De verbintenissen die voor een arts voortvloeien uit een geneeskundige behandelingsovereenkomst worden veelal aangemerkt als zogenaamde inspanningsverbintenissen. De ratio hiervoor is dat het bij een geneeskundige behandeling meestal niet mogelijk is een bepaald resultaat te garanderen omdat het menselijk lichaam in het (genezings)proces een ongewisse factor vormt; zelfs bij onberispelijk medisch handelen kan het beoogde resultaat uitblijven.

5.6 Dit uitgangspunt laat onverlet dat in sommige gevallen ook bij een geneeskundige behandelingsovereenkomst sprake kan zijn van een zogenaamde resultaatsverbintenis. Die situatie doet zich voor indien partijen bij het aangaan van de overeenkomst de bedoeling hebben gehad dat de hulpverlener voor een bepaald en duidelijk omschreven resultaat diende in te staan, dan wel dit geacht moet worden te zijn overeengekomen gelet op hetgeen partijen bij het aangaan van de overeenkomst jegens elkaar hebben verklaard, de betekenis die zij in de gegeven omstandigheden over en weer aan het verklaarde mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten."

- 2.1.7. Anders dan het hof kennelijk heeft geoordeeld, geldt er geen resultaatsverbintenis met betrekking tot het uitblijven c.q. het niet verwezenlijken van toekomstige (lange termijn) risico's, in het bijzonder niet wanneer de hulpverlener deze ten tijde van de toepassing van de medische hulpzaak redelijkerwijze niet behoefde te kennen. Er kan niet van een arts worden verwacht dat hij met het sluiten van een behandelingsovereenkomst ervoor instaat dat, met voortschrijdende wetenschap, medische inzichten of ontwikkelingen in de techniek, de toegepaste hulpzaak niet alsnog als ongeschikt wordt aangemerkt.
- 2.1.8. Dit uitgangspunt vindt steun in de literatuur en de lagere jurisprudentie.¹⁶ Zo stellen Santen en De Ridder dat het gebruik van een geschikte hulpzaak ter uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst in beginsel een inspanningsverbintenis is. Een redelijk handelend en redelijk bekwaam arts die heeft voldaan aan zijn of haar zorgplicht kan volgens hen niet aansprakelijk worden gehouden voor de ten tijde van de ingreep niet kenbare ongeschiktheid van een hulpzaak.¹⁷ De Ridder stelt dat een dergelijk uitgangspunt in lijn is met het Duitse,

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6179, JA 2015/148 m.nt. M.S.E. van Beurden, rov. 3.10; Rb. Amsterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:212, JA 2016/37 m.nt. Y Bosschaart en B. Pasztjerik, rov. 4.8; Rb. Amsterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3491, rov. 4.9; Rb. Limburg 31 mei 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:4981, rov. 4.11.1-4.11.2; Rb. Oost-Brabant 22 november 2017, ECLI:NL:ROBR:2017:6091, rov. 4.9.

¹⁷ A.E. Santen, 'De aansprakelijkheid voor de gebrekkige hulpzaak in het licht van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *PIV-Bulletin*, juni 2013, p. 6; M.J.J. de Ridder, 'De aansprakelijkheid voor medische hulpzaken', *MvV* 2019/1 § 3.3.

Engelse en Franse civiele recht en wijst erop dat ook in het voorstel van een 'Europees Burgerlijk Wetboek', de Principles of European Law on Service Contracts (PELSC), geen risicoaansprakelijkheid op de opdrachtnemer rust, maar alleen een zorgplicht voor de deugdelijkheid van de toegepaste zaken (artikel 7:103 PELSC). Ramaekers beschrijft in een artikel uit 2016 het Franse en Duitse aansprakelijkheidsrecht voor ongeschikte medische hulpzaken. Daarin is uitgangspunt dat aansprakelijkheid alleen wordt aangenomen indien sprake is van een op de schuld van de hulpverlener te baseren toerekening van het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak.¹⁸ Hoe deze rechtsvergelijkende bevindingen zich verhouden tot het door het hof in rov. 2.21 genoemde onderzoek van Hiemstra naar het Duitse, Franse en Engelse recht komt aan de orde in § 2.3.7.

- 2.1.9. De Rechtbank Rotterdam overwoog ten aanzien van MoM-heupprothesen dat, hoewel de patiënt op bepaalde punten resultaat mag verlangen (daadwerkelijke plaatsing van de prothese, operatie volgens de regels der kunst, e.d.), het niet voor de hand lag dat de hulpverlener zou instaan voor de afwezigheid van niet te onderkennen gebreken in deze hulpmiddelen.¹⁹ Ook de Rechtbank Amsterdam was van oordeel dat van een arts niet kan worden verwacht dat hij er tegenover de patiënt voor instaat dat gebruik wordt gemaakt van een niet-gebrekkige hulpzaak, in dat geval een PIP-borstimplantaat, en dat de overeenkomst in zoverre moet worden gekwalificeerd als een inspanningsverbintenis.²⁰
- 2.1.10. Het in § 2.1.7 beschreven uitgangspunt past in het wettelijk systeem, waarin de (risico)aansprakelijkheid van producenten voor gebrekkige producten juist een ontwikkelingsrisicoverweer kent.²¹ Een producent is niet aansprakelijk indien het op grond van de stand van de wetenschappelijke technische kennis op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken (artikel 6:185 lid 1 onder e BW). Het Radboudumc merkt op dat deze onmogelijkheid een strengere maatstaf behelst dan die uit de zorgplicht van de arts voortvloeit, waarbij (zoals vermeld in § 2.1.7) de inspanningsverbintenis is nagekomen indien de arts het gebrek in de hulpzaak, naar de professionele standaard, *redelijkerwijze niet behoefde te kennen*. Ook voor de (risico)aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken ex artikel 6:173 BW²² en opstellen ex artikel 6:174 BW²³ geldt dat deze aansprakelijkheid niet kan worden

¹⁸ V.J.P. Ramaekers, 'Schade door een ongeschikte medische hulpzaak ex artikel 6:77 BW: een rechtsvergelijking met Frankrijk en Duitsland', *TVP* 2016/4.

¹⁹ Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6179, rov. 3.10.

²⁰ Rb. Amsterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3491, rov. 4.9.

²¹ Zie hierover nader in het kader van de toelichting op onderdeel 3 hierna § 2.3.11.

²² Artikel 6:173 lid 2 BW.

²³ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*), rov. 4.4.6.

aangenomen indien het gebrek voor de bezitter objectief niet kenbaar was, naar de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek. Zie ook hierna, in het kader van de toelichting op onderdeel 2, § 2.3.10 en 2.3.11.

Hetgeen is geschied tot nakoming: het Radboudumc is niet tekortgeschoten

- 2.1.11. Hiervoor is uiteengezet wat de inhoud en de aard is van een geneeskundige behandelingsovereenkomst, meer in het bijzonder met betrekking tot het gebruik van medische hulpzaken. Zoals vermeld in § 2.1.2 kan er slechts sprake zijn van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst wanneer er een discrepantie bestaat tussen de inhoud van de overeenkomst en hetgeen is geschied tot nakoming.
- 2.1.12. **Subonderdelen 1.2 en 1.3** klagen onder verwijzing naar de aard van de verbintenis²⁴ en de omstandigheden van dit geval²⁵ tegen 's hofs oordeel dat het Radboudumc jegens Sassen is tekortgekomen in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst door tijdens de netvliesoperatie in 1992 gebruik te maken van de Miragelplombe. Het cassatiemiddel klaagt onder meer dat het hof heeft miskend dat de geneeskundige behandelingsovereenkomst niet in alle gevallen, en in het bijzonder niet in *dit* geval, een resultaatsverbintenis inhoudt met betrekking tot de geschiktheid van gebruikte medische hulpzaken.
- 2.1.13. Naar de stand van de wetenschap ten tijde van de operatie in 1992 was de enige behandelmethode voor acute netvliesloslating – en daarmee de enige wijze om te voorkomen dat Sassen toen blind aan zijn rechteroog zou zijn geworden – het gebruik van een plombe. Er was derhalve een noodzaak voor het gebruik van deze of een vergelijkbare hulpzaak, nu het Radboudumc op geen andere wijze kon voldoen aan zijn verbintenis. De situatie vereiste acuut handelen en nietsdoen was geen optie. Van de andere destijds beschikbare (siliconen)plombes was bekend dat deze tot ernstige complicaties konden leiden (infectierisico op veel kortere termijn, wat verwijdering zou noodzaken met het risico van recidief netvliesloslating).²⁶
- 2.1.14. Aldus ook het Radboudumc in eerste aanleg:²⁷

"6.38 (...) In dat verband wijst het Radboud ziekenhuis er nogmaals op dat toepassing van de Miragel plombe in 1992 bij een dergelijke netvliesoperatie niet ter discussie stond. Daartoe geldt dat bij de behandeling van een netvliesloslating altijd gebruik wordt

²⁴ In dit geval een inspanningsverbintenis met betrekking tot de keuze voor en het gebruik van de Miragelplombe, zie de in voetnoot 17 van het principale middel vermelde vindplaatsen.

²⁵ Zie subonderdeel 1.2 sub a t/m f.

²⁶ Zie subonderdeel 1.2 sub a t/m c.

²⁷ CvA § 6.38.

gemaakt van een plombe. Alternatieven waren toen het gebruik van siliconensponges en solide siliconenrubbers, waarvan (ook in 1992) bekend was dat deze veelal tot complicaties leidden. In de rond 1992 verschenen literatuur komt naar voren dat de zogenaamde hydrogel implants, waaronder de Miragel plombe, heel goed bruikbaar waren met minder kans op infectie dan de alternatieve plombes. (...)"

2.1.15. En voorts:²⁸

"5.19 Zoals reeds in het voorgaande is opgemerkt, werd de Miragelplombe ten tijde van de plaatsing bij Sassen superieur bevonden aan de andere beschikbare indentatiematerialen. Ten tijde van de operatie was de Miragelplombe dus "state-of-the-art" en werd beschouwd als een beter product dan de plombes gemaakt van alternatieve indentatiematerialen, die (nog altijd) zeer regelmatig zorgen voor postoperatieve ontstekingen en afstoting en om die reden vaak verwijderd dienen te worden. "De kans op een postoperatieve infectie is kleiner dan bij het gebruik van een siliconenplombe het alternatief voor de Miragel plombe", aldus prof. Hooymans [de door de rechtbank benoemde onafhankelijke deskundige – toev. adv.] op p. 3 onderaan. Van een ongevaarlijk alternatief voor de Miragelplombe kan (ook thans) niet worden gesproken."

2.1.16. Zoals hiervoor aan de orde kwam in § 2.1.4 dient ter bepaling van de professionele standaard die geldt voor een redelijk handelend arts in de vervulling van zijn zorgplicht uit artikel 7:453 BW, gekeken te worden naar de stand van de wetenschap ten tijde van de behandeling. Het jaren later gebleken risico van complicaties op lange termijn was destijds voor de artsen van het Radboudumc niet kenbaar.²⁹ Zoals ook door de onafhankelijke door de rechtbank benoemde deskundige prof. Hooymans geconcludeerd en door het hof in rov. 2.7 – terecht en begrijpelijk, zie § 3.4 – vastgesteld, bestond er op 6 juli 1992 (de dag van de operatie van Sassen) geen enkel vermoeden van deze complicaties.³⁰ Er was sprake van objectieve onbekendheid met het gebrek bij de groep van deskundige gebruikers, de hulpverleners. De Miragelplombe werd zelfs als beste beschikbare plombe beschouwd, als 'state of the art'.³¹

2.1.17. Het hulpmiddel was bij uitstek geschikt voor het beoogde doel, te weten het voorkomen van acuut dreigende netvliesloslating en daarmee blindheid. Met het gebruik van de Miragelplombe werd dit doel bij Sassen ook daadwerkelijk bereikt.³²

²⁸ R-Antwoord CnD § 5.19. Zie ook de verder in voetnoot 5 en 6 van het principale middel vermelde vindplaatsen.

²⁹ Zie subonderdeel 1.2 sub d en de in voetnoot 11 en 12 van het principale middel vermelde vindplaatsen.

³⁰ Deskundigenrapport, antwoord op vraag 3, p. 2-3.

³¹ Zie de in voetnoot 7 en 8 van het principale middel vermelde vindplaatsen.

³² Zie de in voetnoot 9 van het principale middel vermelde vindplaatsen.

De keuze voor het gebruik van deze hulpzaak was dan ook juist en in lijn met de op het Radboudumc rustende professionele standaard.³³

2.1.18. Het hof heeft bovendien – terecht en begrijpelijk, zie hierna § 3.4.12 – vastgesteld dat Sassen in 1992 als redelijk handelend patiënt niet voor een operatie zou hebben gekozen met een alternatieve siliconenplombe, indien het alternatief met hem zou zijn besproken.³⁴ Het feit dat een redelijk handelend patiënt destijds dezelfde keuze zou hebben gemaakt, bevestigt dat er in dit geval geen discrepantie is geweest tussen de zorgplicht neergelegd in de behandelingsovereenkomst enerzijds, en hetgeen is geschied tot nakoming anderzijds.

2.1.19. 's Hofs oordeel dat het Radboudumc tekort is geschoten doordat het tijdens de operatie in 1992 een plombe heeft gebruikt waaraan – eerst jaren later is gebleken – het risico van langetermijncomplicaties is verbonden en dat risico zich bij Sassen heeft verwezenlijkt, leidt tot de onaanvaardbare conclusie dat het gebruik van welke plombe dan ook door het Radboudumc een tekortkoming in de behandelingsovereenkomst oplevert indien de aan die plombe verbonden complicatierisico's zich bij een patiënt verwezenlijken, terwijl het niet gebruiken van een plombe ook geen optie was. Immers, een plombe *moest* gebruikt worden en van de andere plombes was bekend dat daaraan ernstige complicatiesrisico's kleefden. Het hof miskent dat een hulpverlener ter uitvoering van een geneeskundige behandelingsovereenkomst meer dan eens een keuze dient te maken tussen 'kwade opties'. Kenmerkend aan medische behandelingen is bovendien dat succes meestal niet kan worden gegarandeerd en dat de verwezenlijking van het risico van langetermijncomplicaties (door het gebruik van medische hulpzaken) niet altijd kan worden uitgesloten. Zo ook het Radboudumc in eerste aanleg:³⁵

"2.20 (...) Van de alternatieve plombes zoals de siliconenplombes en de solide siliconenrubbers is en was bekend dat deze (in een vroeg of laat stadium na de operatie) tot complicaties (waaronder ontstekingen) kunnen leiden en als ze verwijderd dienden te

³³ Deskundigenrapport, antwoord op vraag 3, p. 2. Zie subonderdeel 1.2 sub f en de in voetnoot 14 van het principale middel vermelde vindplaatsen.

³⁴ EA rov. 2.7 juncto EV rov. 2.12: "(...) Uit het deskundigenbericht volgt namelijk, en Sassen heeft dit ook beaamd (conclusie na deskundigenbericht onder 12) dat het gebruik van deze plombe destijds state of the art was. Sassen heeft ter comparitie verklaard dat als de behandelend arts destijds de Miragelplombe zou hebben aangeraden, hij dat advies zou hebben gevolgd. (...)." Zie subonderdeel 1.2 sub e en de in voetnoot 13 van het principale middel vermelde vindplaatsen.

³⁵ CvA § 2.20.

worden dat gepaard gaat met alle risico's van dien. Kortom, een goed alternatief bestond eenvoudigweg niet."

2.1.20. En:³⁶

"5.21 Nogmaals, het menselijke lichaam vertoont in het genezingsproces een ongewisse factor, hetgeen – ook voor artsen – soms tot onvoorziene complicaties kan leiden. Net als bij de andere indentatiematerialen, is gebleken dat ook bij de Miragelplombe sprake is van een risico op (lange termijn) complicaties. Daarbij benadrukt het Radboud ziekenhuis dat deze complicaties (lang) niet bij alle patiënten die behandeld zijn met de Miragelplombe voorkomen. Het zou (te) ver strekken om de artsen en/of het Radboud ziekenhuis voor deze (ten tijde van de plaatsing onbekend en onvoorziene) complicaties verantwoordelijk te stellen. Dit geldt temeer nu complicaties nu eenmaal per definitie niet te vermijden zijn, ook niet met alternatief indentatiemateriaal."

2.1.21. Gelet op de omstandigheden van dit geval heeft het Radboudumc in 1992 voldaan aan zijn verbintenissen zoals die voortvloeiden uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst met Sassen. Nu de professionele standaard, naar de stand van de techniek ten tijde van de ingreep, leidend is bij de invulling van de zorgplicht, kon het hof niet – zo klagen subonderdelen 1.2 en 1.3 – zonder schending van het recht, dan wel zonder nadere motivering, die ontbreekt, oordelen dat het Radboudumc door het gebruik van de Miragelplombe jegens Sassen tekortgeschoten is in de nakoming van zijn verbintenissen.

2.2. Onderdeel 2: geschikte hulpzaak

2.2.1. De klachten van onderdeel 2 richten zich tegen het oordeel van het hof in rov. 2.16-2.17 dat – kort gezegd – de Miragelplombe een (voor Sassen) ongeschikte hulpzaak is (gebleken) door de latere complicaties welke complicaties zich bij Sassen hebben voorgedaan.

2.2.2. **Subonderdeel 2.1** klaagt dat het hof heeft miskend dat de vraag *of* een hulpzaak ongeschikt is, moet worden beantwoord op basis van de aan die hulpzaak ten tijde van het gebruik en in de gegeven omstandigheden aan dat gebruik te stellen eisen, en dat het daarbij (mede) aankomt op de toenmalige stand van de wetenschap en techniek. **Subonderdelen 2.2 en 2.3** klagen dat 's hofs oordeel in het licht van de omstandigheden van dit geval onjuist, dan wel onbegrijpelijk is.

2.2.3. Een hulpzaak dient als ongeschikt in de zin van artikel 6:77 BW te worden aangemerkt indien het niet voldoet aan de eisen die men daaraan *in de gegeven*

³⁶ R-Antwoord CnD § 5.21. Zie ook Brief deskundige d.d. 24 juni 2011, p. 2: "[m]eer dan 90% van de patiënten met Miragel krijgt geen late complicaties."

omstandigheden mocht stellen.³⁷ Het hof heeft deze maatstaf miskend door ongeschiktheid van de Miragelplombe aan te nemen kennelijk enkel omdat (naar later is gebleken) daaraan het risico van langetermijncomplicaties (zwellen en fragmenteren bij verwijdering) kleven en die risico's zich uiteindelijk bij Sassen hebben verwezenlijkt.

- 2.2.4. De vergelijking kan worden gemaakt met het (risico)aansprakelijkheidsregime voor gebrekkige opstallen van artikel 6:174 BW. Zo overwoog uw Raad in de zaak *Wilnis*:³⁸

"4.4.6 (...) [het hof heeft] blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het bij de beantwoording van de vraag of de kade voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen, niet aankomt op de toenmalige kennis over faalmechanismen en de toenmalige maatstaven van belastingsituaties, en dat de toenmalige stand van wetenschap en techniek (...) niet in de weg staan aan het aannemen van aansprakelijkheid voor de bezitter van de kade. (...) Daarbij verdient opmerking dat het oordeel van het hof (...) dat 'onbekendheid van het gevaar op grond van de wet voor risico van het Hoogheemraadschap komt' in het algemeen niet juist is voor een geval waarin, zoals het Hoogheemraadschap te dezer zake heeft gesteld, het specifieke gevaar dat zich heeft verwezenlijkt naar de toenmalige stand van de wetenschap en de techniek niet bekend – en dus naar objectieve maatstaven niet kenbaar – was."

- 2.2.5. Het feit dat het gebruik van een medische hulpzaak (op lange termijn) tot complicaties *kan* leiden, betekent niet dat die hulpzaak 'dus' ongeschikt is, ook niet wanneer die complicaties zich bij een patiënt voordoen. In gelijke zin M.A. Goslings:³⁹

"(...) het element 'ongeschikt' in artikel 6:77 BW zal redelijkerwijs uitgelegd moeten worden als 'ongeschikt, gemeten naar het moment dat de hulpzaak werd gebruikt'. [11 Zie T&C (Olthof) aantekening 2 bij artikel 6:77 BW, alwaar een zaak ongeschikt wordt genoemd indien 'die niet voldoet aan de eisen die men daaraan met het oog op het gebruik bij de uitvoering van deze verbintenis kan stellen'. Ik zou menen dat eisen, waaraan gelet op de stand van de wetenschap en/of de techniek (nog) niet kan worden voldaan, redelijkerwijs niet kunnen worden gesteld.]"

- 2.2.6. Zo ook het Radboudumc:⁴⁰

³⁷ B.J. Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:77 BW, aant. 8.

³⁸ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, NJ 2012/155 m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*), rov. 4.4.6.

³⁹ M.A. Goslings, 'Medische aansprakelijkheid: een stand van zaken', *TvGR* 1995, tekst bij en van voetnoot 11.

⁴⁰ R-Akte d.d. 19 mei 2010 § 2.3.

"2.3 Het Radboud ziekenhuis heeft (...) aangegeven dat en waarom de Miragel plombe wel degelijk geschikt was voor de behandeling van de netvliesscheuring. Sterker nog, de Miragel plombe was destijds bij uitstek geschikt voor de betreffende operatie. Het enkele feit dat later is gebleken dat de plombe na verloop van een aantal jaren de eigenschap heeft op te zwellen, betekent niet per definitie dat daarmee ook sprake zou zijn van een "ongeschikte zaak" als bedoeld in artikel 6:77 BW. (...)"

- 2.2.7. Dit geldt in het bijzonder in een situatie als deze waar er geen 'complicatievrije' alternatieven beschikbaar waren, of het alternatief (destijds kenbaar) niet aanmerkelijk minder risicovol was.
- 2.2.8. Ook wanneer het doel van het gebruik van de Miragelplombe tijdens de operatie bij Sassen in 1992 voorop wordt gesteld,⁴¹ is 's hofs oordeel onjuist dan wel onbegrijpelijk. Zoals hiervoor in § 2.1.13 e.v. reeds uiteen is gezet, was in 1992 de enige manier waarop een netvliesloslating kon worden behandeld (en daarmee blindheid voorkomen), door het gebruik van een plombe. Van de andere beschikbare plombes was (toen reeds) bekend dat deze tot ernstige complicaties konden leiden. Achteraf kan worden vastgesteld dat in 1992 een netvliesloslating met de toen beschikbare plombes niet zonder daaraan verbonden risico's van (lange termijn) complicaties kon worden behandeld.
- 2.2.9. 's Hofs oordeel leidt tot de – niet als juist of begrijpelijk te aanvaarden – gevolgtrekking dat *alle* van de in 1992 beschikbare plombes als 'ongeschikt' in de zin van artikel 6:77 BW zouden moeten worden aangemerkt, dan wel dat Radboudumc haar verplichtingen als goed hulpverlener jegens Sassen niet na zou *kunnen* komen, zie hiervoor § 2.1.19.⁴² Aldus ook het Radboudumc:⁴³

"Het Radboud ziekenhuis benadrukt dat het enkele feit dat later is gebleken dat (ook) de Miragelplombe na verloop van een aantal jaren tot complicaties kan leiden en om die reden soms verwijderd moet worden (meer dan 90% van de patiënten met een Miragelplombe krijgt helemaal geen late complicaties, aldus prof. Hooymans op p. 6), echter niet betekent dat daarmee ook sprake zou zijn van een "ongeschikte zaak" als bedoeld in artikel 6:77 BW. Ware dit wel het geval, dan zouden ook de alternatieve indentatiematerialen (de solide siliconen plombe en siliconen spons) als ongeschikt in de zin van 6:77 BW moeten worden aangemerkt, nu van deze plombes bekend is dat ook zij regelmatig, vaak zelfs binnen korte tijd na plaatsing, verwijderd moeten worden

⁴¹ Zoals door Hiemstra wordt bepleit, zie J.T. Hiemstra, 'Ongeschikte zaken en gebrekkige producten: twee zijden van dezelfde medaille?', AV&S 2014/18, nr. 3 en 6.

⁴² Zie subonderdeel 2.3 (slot) met verwijzing naar subonderdelen 1.2 en 3.12.

⁴³ R-Antwoord CnD § 5.9. Zie tevens de andere in voetnoot 28 van het principale middel vermelde vindplaats.

in verband met infecties en/of afstoting. Ook bij verwijdering van deze plombes is – net als bij de verwijdering van de Miragelplombe – het risico tot een (recidief) netvliesloslating niet gering."

2.2.10. Radboudumc wijst in dit kader tevens op het *judgment* van de Engelse High Court of Justice, Queen's Bench Division van 21 mei 2018⁴⁴ in een productaansprakelijkheidszaak voor MoM-heupprothesen.⁴⁵ Met een zeer uitgebreide motivering komt Justice Andrews tot het oordeel dat de bijwerkingen die zich bij sommige patiënten kunnen voordoen als gevolg van het vrijkomen van metaaldeeltjes rondom MoM-heupprothesen deze *niet* gebrekkig maken.⁴⁶ Justice Andrews stelt voorop dat het bij de beoordeling of sprake is van een gebrekkig product er niet om gaat of sprake is van een "*flaw or failing in the product*", maar "*whether in all the circumstances the product meets the requisite objectively assessed safety standard*."⁴⁷ Wil sprake zijn van een gebrekkig product (in de zin van Richtlijn 83/374/EEG en de Engelse implementatie daarvan) dan dient de eiser aan te tonen "*what it is about the state or behaviour of the product or the risks that it posed that led it to fall below the level of safety that persons generally were entitled to expect at the time the product entered the market (...)*."⁴⁸ Daarbij overweegt Justice Andrews:

"96. It is important to bear in mind that the test is not that of an absolute level of safety, nor is there an absolute liability for harm caused by a harmful characteristic. (...) All hip prostheses will eventually wear out and fail, if the patient survives long enough, and some will fail within 10 years: the natural propensity of a hip implant to fail therefore cannot be a "defect", any more than the inevitable wear and tear that causes minute particles of debris to enter the patient's body. Otherwise all hip implants would be "defective", irrespective of the material used in the articulation."

2.2.11. Weliswaar hoeven 'gebrekkigheid' in de zin van artikel 6:185 BW (en artikel 6:174 BW) en 'ongeschiktheid' in de zin van artikel 6:77 BW niet (altijd) samen te vallen, maar er is geen (goede) reden om bij de beoordeling of een product (of opstal) gebrekkig is *wel* rekening te houden met de omstandigheden van het geval ten

⁴⁴ [2018] EWHC 1208 (QB) in de zaak *Colin Gee and others / Depuy International Limited*. Samen met een officiële samenvatting te raadplegen via <https://www.judiciary.uk/judgments/colin-gee-and-others-v-depuy-international-limited-the-depuy-pinnacle-metal-on-metal-hip-litigation/>.

⁴⁵ De zaak waarin het Hof Den Haag het voornemen heeft geuit prejudiciële vragen te stellen aan uw Raad (zie hiervoor § 1.5 en voetnoot 4), heeft eveneens betrekking op MoM-heupprothesen, maar betreft een procedure tegen de hulpverlener en niet de producent.

⁴⁶ Zie voor een bespreking van deze uitspraak J. Simons, *GZR Updates* 2018/417.

⁴⁷ [2018] EWHC 1208 (QB), nr. 108.

⁴⁸ [2018] EWHC 1208 (QB), nr. 99.

tijde van het gebruik en de stand van de techniek, maar dit *niet* of anders te doen bij de beoordeling of een hulpzaak 'ongeschikt' is.

- 2.2.12. 's Hofs oordeel is tot slot onjuist en/of onbegrijpelijk gelet op de stelling van het Radboudumc (die door het hof niet kenbaar in zijn beoordeling is betrokken) dat met de Miragelplombe het doel van de operatie *is* bereikt.⁴⁹ Eerst in september 2006 (ruim veertien jaar na het gebruik van de Miragelplombe tijdens de operatie in 1992) heeft zich bij Sassen recidief netvliesloslating voorgedaan als complicatie na verwijdering van de plombe.⁵⁰ Zo stelde het Radboudumc:⁵¹

"5.23 (...) De primaire functie van een (Miragel) plombe is dat deze het gescheurde netvlies dichtdrukt opdat dit zich – na verloop van tijd – kan herstellen. Niet gebleken is dat de Miragelplombe in deze primaire functie tekort is geschoten."

2.3. Onderdeel 3: toerekening is onredelijk

Inleiding en toelichting op subonderdeel 3.9

- 2.3.1. Onderdeel 3 van het cassatiemiddel van het Radboudumc betreft de kwestie van de toerekening van de (volgens het Radboudumc: niet bestaande en in ieder geval niet vastgestelde) tekortkoming van het Radboudumc.
- 2.3.2. Op grond van artikel 6:74 lid 1 BW is de schuldenaar aansprakelijk voor door tekortkoming veroorzaakte schade, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend. Uit artikel 6:75 BW volgt dat een tekortkoming toerekenbaar is indien (minstens) een van de drie toerekeningsgronden (schuld, wet, of de in het verkeer geldende opvattingen) zich voordoet.
- 2.3.3. De toerekeningsgronden schuld en de in het verkeer geldende opvattingen zijn hier niet aan de orde. Centraal in het oordeel van het hof staat de wettelijke toerekening op grond van artikel 6:77 BW, betreffende het gebruik van ongeschikte hulpzaken. Deze bepaling luidt:

"Wordt bij de uitvoering van een verbintenis gebruik gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, dan wordt de tekortkoming die daardoor ontstaat de schuldenaar toegerekend, 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."

⁴⁹ Zie subonderdelen 2.2 en 2.3 juncto subonderdeel 1.2 sub c (slot).

⁵⁰ Zoals het hof in EA rov. 2.11 overweegt, bestond ook bij het verwijderen van siliconenplombes het risico van recidief netvliesloslating, zie hiervoor § 2.2.9 en hierna § 3.6.8.

⁵¹ R-Antwoord CnD § 5.23.

- 2.3.4. Het Radboudumc heeft zich erop beroepen dat toerekening in deze zaak onredelijk is. Het hof heeft dit verweer, anders dan de rechtbank, verworpen.
- 2.3.5. Zoals het hof in rov. 2.21 laat zien, is er in de literatuur discussie over de vraag in hoeverre toerekening bij het gebruik van ongeschikte medische hulpzaken als onredelijk kan worden gekwalificeerd en aanleiding behoort te zijn voor toepassing van de 'tenzij-clausule' van art. 6:77 BW. In de lagere jurisprudentie lijkt⁵² bij aansprakelijkheid van geneeskundige beroepsbeoefenaars voor ongeschikte hulpzaken vaker niet dan wel te worden toegerekend.⁵³ Zoals Simons⁵⁴ en Wijne,⁵⁵ door het hof geciteerd, opmerken, is een richtinggevende uitspraak van uw Raad wenselijk. In § 1.5 kwam aan de orde dat hierover naar verwachting op enige termijn prejudiciële vragen zullen worden gesteld door het Hof Den Haag en/of het Hof 's-Hertogenbosch.
- 2.3.6. Volgens het hof (rov. 2.21) tekent zich in de literatuur een meerderheid af voor toerekening op grond van artikel 6:77 BW bij gebruik van een gebrekkige medische hulpzaak. Het hof verwijst hiertoe naar Wijne,⁵⁶ Tjong Tjin Tai⁵⁷ en Hiemstra.⁵⁸
- 2.3.7. Hiemstra pleit in haar door het hof geciteerde proefschrift inderdaad voor toerekening. Het is evenwel, anders dan de overwegingen van het hof wellicht suggereren, niet zo dat daarmee een resultaat wordt bereikt dat in lijn is met de door Hiemstra besproken rechtsvergelijkende gegevens.⁵⁹ Uit haar bespreking van

⁵² S. van der Meulen, noot onder Hof Den Bosch 25 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4936, *JGR* 2015/1, stelt dat er een 'voorzichtige verschuiving' in de jurisprudentie richting toerekening lijkt waar te nemen.

⁵³ Zie bijvoorbeeld de bespreking en overzicht van jurisprudentie op dit onderwerp door Wijne, *Handboek Personenschade* 2040.4 en Broekema-Engelsen, *GS Verbintenissenrecht*, aant. 15 op artikel 6:77 BW. Aldus ook A.E. Santen, 'De aansprakelijkheid voor de gebrekkige hulpzaak in het licht van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *TVP* 2011, p. 44 e.v.; M.S.E van Beurden & L. Hofman, 'De (on)redelijkheid van toerekening van een gebrekkige medische hulpzaak aan de arts of het ziekenhuis', *PIV-Bulletin* 2015, 2; noot van J.P.M. Simons onder Hof Den Bosch 25 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4936, *JA* 2015/7; R.D. Leen, 'Uitspraken over aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpmiddelen', *TvGR* 2017 (41) 8.

⁵⁴ In zijn noot onder het bestreden arrest, *JA* 2019/4.

⁵⁵ Wijne, *Handboek Personenschade* 2040.4.

⁵⁶ Zie ook haar bespreking van het bestreden arrest, *TVP* 2019/1.

⁵⁷ Zijn door het hof geciteerde opvatting is door hem in een nieuwe druk van het desbetreffende werk ongewijzigd gehandhaafd. Zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/456.

⁵⁸ J.T. Hiemstra, o.c.

⁵⁹ Hiemstra betoogt dan ook zelf niet dat haar standpunt over toerekening brede steun heeft in rechtsvergelijkende gegevens. Zij gaat in § 10.4.1 niet verder dan de stelling dat het feit dat de hulpverlener in Frankrijk of Engeland onder omstandigheden risicoaansprakelijk kan zijn, 'relevant' is voor de discussie rond artikel 6:77 BW.

het Duitse,⁶⁰ Franse⁶¹ en Engelse⁶² recht blijkt juist dat in die stelsels in het algemeen⁶³ wordt uitgegaan van een schuldvereiste. De door het hof gekozen lijn houdt dus een veel verdergaande aansprakelijkheid in dan het Duitse, Franse en Engelse recht kennen. In overeenstemming daarmee, ondersteunt Ramaekers zijn visie dat toerekening op grond van artikel 6:77 BW bij gebruik van medische hulpzaken in beginsel *onredelijk* is met een verwijzing naar het Franse en Duitse recht waar als uitgangspunt geldt dat alleen wordt toegerekend in geval van schuld van de hulpverlener, zie § 2.1.8.⁶⁴ De Principles of European Law on Service Contracts kennen alleen een zorgplicht van de opdrachtnemer voor de deugdelijkheid van de toegepaste zaken (artikel 7:103 PELSC) en daarmee ook een minder vergaande aansprakelijkheid dan door het hof aanvaard.⁶⁵

- 2.3.8. Het hof verwijst ook naar Hiemstra's rechtseconomische analyse. Hiemstra draagt in dit kader zowel factoren voor als tegen toerekening aan. Zij oordeelt in voorzichtige bewoordingen dat de factoren die voor toerekening pleiten, zwaarder moeten wegen. Kennelijk wegen de rechtseconomische argumenten pro toerekening voor Hiemstra niet heel veel zwaarder dan de ook door haar onderkende argumenten contra toerekening. Het Radboudumc wijst erop dat bij Hiemstra's pro-argumenten juist in de context van medische hulpmiddelen wel kanttekeningen zijn te maken. Zo wijst De Ridder erop dat, vanwege de wettelijke behandelstarieven, risicospreiding (een van de door Hiemstra genoemde pro-argumenten) door verdiscontering in de prijs niet goed mogelijk is.⁶⁶ Verder schrijft

⁶⁰ Hiemstra, o.c., § 5.5. Zie ook R.P. Wijne, 'Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met 'een niet te onderkennen gebrek', *L&S* 2015/4, § 4.2; M.J.J. de Ridder, 'De aansprakelijkheid voor medische hulpzaken', *MvV* 2019/1 § 2.4.

⁶¹ Hiemstra, o.c., § 6.6 jo. 6.4.3.2. Zie ook V.J.P. Ramaekers, 'Schade door een ongeschikte medische hulpzaak ex artikel 6:77 BW: een rechtsvergelijking met Frankrijk en Duitsland', *TVP* 2016/4, § 3.2; M.J.J. de Ridder, 'De aansprakelijkheid voor medische hulpzaken', *MvV* 2019/1 § 2.4.

⁶² Hiemstra, o.c., § 7.6. Zie ook V.J.P. Ramaekers, 'Schade door een ongeschikte medische hulpzaak ex artikel 6:77 BW: een rechtsvergelijking met Frankrijk en Duitsland', *TVP* 2016/4, § 4.2; M.J.J. de Ridder, 'De aansprakelijkheid voor medische hulpzaken', *MvV* 2019/1 § 2.4. Het is overigens opmerkelijk dat hetgeen Hiemstra in § 10.4.1 als risicoaansprakelijkheid presenteert, blijkens § 7.4.2 een verschijningsvorm is van wat wij het conformiteitsvereiste bij koop zouden noemen en dat (juist) geen risicoaansprakelijkheid inhoudt. Of sprake is van conformiteit hangt er immers vanaf of de zaak beantwoordt aan de overeenkomst. Dit is in wezen dezelfde toets als die op grond van artikel 6:74 BW dient te worden gedaan om te bepalen of sprake is van een tekortkoming: beantwoordt de geleverde prestatie aan de gemaakte afspraken?

⁶³ Zo vormt het Franse publiekrechtelijke regime een uitzondering. Zie ook M.J.J. de Ridder, 'De aansprakelijkheid voor medische hulpzaken', *MvV* 2019/1 § 2.4.

⁶⁴ V.J.P. Ramaekers, 'Schade door een ongeschikte medische hulpzaak ex artikel 6:77 BW: een rechtsvergelijking met Frankrijk en Duitsland', *TVP* 2016/4, § 5-6.

⁶⁵ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/456 slot.

⁶⁶ M.J.J. de Ridder, 'De aansprakelijkheid voor medische hulpzaken', *MvV* 2019/1 § 3.6.

De Ridder dat spreiding van aansprakelijkheid door middel van verzekering inmiddels ook niet meer goed mogelijk is nu het voor ziekenhuizen sinds 2016 uitsluitend nog mogelijk is zich te verzekeren volgens het zogenaamde 'stop loss'-model, waarbij het eigen risico gelijk is aan de gemiddelde schadelast over de afgelopen jaren, verhoogd met ten minste meer dan 100%. Eigen risico's voor ziekenhuizen van meerdere miljoenen zijn bepaald geen uitzondering meer zijn.⁶⁷ Voor wat betreft de dekking van 'oude claims', heeft het Radboudumc erop gewezen dat indien aansprakelijkheid jegens Sassen op grond van art. 6:77 BW zou worden aangenomen, het voor de hand ligt dat het Radboudumc (net als vele andere Nederlandse ziekenhuizen) nog vele andere claims kan verwachten die al snel de verzekerde som zullen overtreffen.⁶⁸

- 2.3.9. Het beeld wordt verder genuanceerd als daarbij in ogenschouw wordt genomen dat, zoals het hof ook onderkent, er ook schrijvers⁶⁹ zijn die pleiten tegen – al te snelle – toerekening op grond van artikel 6:77 BW. Kortom: de steun die de bronnen bieden voor de door het hof gekozen lijn is naar de opvatting van het Radboudumc aanzienlijk minder sterk dan uit het arrest zou kunnen worden begrepen.
- 2.3.10. Hiervoor (zie § 2.1.2) kwam al aan de orde dat het bij artikel 6:77 BW niet gaat om kwalitatieve aansprakelijkheid, maar om toerekening krachtens de wet. Dit structuurverschil doet er niet aan af dat het zowel bij kwalitatieve aansprakelijkheid als bij artikel 6:77 BW mede aankomt op de vraag wanneer, ondanks dat de hulpverlener de zorg heeft betracht die van hem kan worden gevergd, hij niettemin aansprakelijk kan worden gehouden voor de door een gebrekkige zaak veroorzaakte schade. In het kader van artikel 6:173 BW vormt de tenzij-formule een van de begrenzingen van zodanige aansprakelijkheid. In de context van deze zaak: als het bij bekendheid met het risico van de Miragelplombe niet onrechtmatig zou zijn geweest deze te gebruiken, bestaat ook geen aansprakelijkheid op grond van artikel 6:173 BW. **Subonderdeel 3.9** voert aan dat dit geval zich hier voordoet: het gebruik van een plombe was onontkoombaar en alle soorten plombes hadden (in ernst niet wezenlijk van elkaar te onderscheiden) risico's. Vanuit rechtssystematisch oogpunt moet bij die stand van zaken (het ontbreken van

⁶⁷ M.J.J. de Ridder, 'De aansprakelijkheid voor medische hulpzaken', *MvV* 2019/1 § 3.3.

⁶⁸ R-Antwoord CnD § 5.30; *MvA* § 8.9.

⁶⁹ Zie voor een pleidooi voor het terughoudend toepassen van art. 6:77 BW bij medische hulpzaken onder meer A.E. Santen, 'De aansprakelijkheid voor de gebrekkige hulpzaak in het licht van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *TVP* 2011, p. 44 e.v. en de noot van M.S. van Beurden onder Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, *JA* 2015/148. Kritisch lijkt ook te zijn J.P.M. Simons in zijn noot onder het bestreden arrest, *JA* 2019/4.

kwalitatieve aansprakelijkheid) worden aangenomen dat het gebruik van de zaak ook niet via artikel 6:77 BW tot aansprakelijkheid kan leiden.

- 2.3.11. Een soortgelijk rechtssystematisch argument komt hierna nog aan de orde met betrekking tot artikel 6:185 BW, zie hierna § 2.3.16 en ook hiervoor § 2.1.10. Indien de producent zich met een beroep op het ontwikkelingsrisicoverweer (artikel 6:185 lid 1 sub e BW) kan disculperen, is het redelijk dat de hulpverlener dit ook kan. In dit kader kan ook de vraag worden gesteld op grond waarvan en, zo ja, in welke gevallen de patiënt meer bescherming (verhaalsmogelijkheden) moet toekomen dan de koper-consument of een derde die schade lijdt als gevolg van een gebrekkig product. Deze kunnen immers in geval van schade door een gebrekkig product op grond van artikel 7:24 lid 2 BW en artikel 6:173 lid 2 BW in principe enkel de producent aanspreken.⁷⁰

Ontoelaatbaar onduidelijk oordeel hof (subonderdelen 3.1, 3.7, 3.11 en 3.12)

- 2.3.12. Het hof stelt voorop dat het de inhoud en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, de verkeersopvattingen en de overige omstandigheden van deze zaak bij zijn oordeel betreft (rov. 2.18, slot). Die aanpak is op zichzelf in overeenstemming met artikel 6:77 BW en dus juist (**subonderdeel 3.7** stelt aan de orde dat het hof hiervan in rov. 2.22 lijkt af te wijken). Nadat een groot aantal facetten, die hierna nog aan de orde komen, de revue zijn gepasseerd, concludeert het hof in rov. 2.22:

"In het licht van deze feiten, mede in onderlinge samenhang bezien, 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."

- 2.3.13. **Subonderdeel 3.1** klaagt dat dit oordeel ontoelaatbaar onduidelijk is. Het hof bespreekt, als gezegd, voorafgaand aan dit oordeel, in rov. 2.19-2.21 een groot aantal facetten. De verbinding tussen die overwegingen en 's hofs conclusie is evenwel zodanig onduidelijk dat hiermee niet wordt voldaan aan de eisen van controleerbaarheid en aanvaardbaarheid waaraan een motivering moet voldoen:⁷¹

⁷⁰ R.P. Wijne, 'Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met 'een niet te onderkennen gebrek'', *L&S* 2015/4, § 3.3; V.J.P. Ramaekers, 'Schade door een ongeschikte medische hulpzaak ex artikel 6:77 BW: een rechtsvergelijking met Frankrijk en Duitsland', *TVP* 2016/4, § 2.2.2; M.J.J. de Ridder, 'De aansprakelijkheid voor medische hulpzaken', *MvV* 2019/1 § 3.4.

⁷¹ HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214, *NJ* 2018/115 (*Avi/Adrighem*), rov. 4.2.2.

- (i) Het hof verwijst wel naar 'deze feiten en omstandigheden', maar maakt niet (voldoende) kenbaar welke van de door het hof besproken feiten en omstandigheden voor toerekening pleiten en waarom.
- (ii) Het hof verwijst wel naar 'inhoud en strekking', maar laat in het midden waarop wordt gedoeld en waarom dit voor toerekening zou pleiten. Voor de hand ligt, gelet op de tekst van artikel 6:77 BW, dat het gaat om inhoud en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen het Radboudumc en Sassen. Maar ook dan blijft onhelder waarom inhoud en strekking van die overeenkomst voor toerekening zouden pleiten. In **subonderdeel 3.8 sub b** wijst het Radboudumc op zijn door het hof stilzwijgend gepasseerde betoog dat erop neerkomt dat onmiddellijk moest worden ingegrepen ter voorkoming van blindheid. Dat betoog houdt juist in dat aard en strekking van de overeenkomst toerekening in een geval als dit (een onvermijdelijke spoedingreep) onredelijk maken. Dit betoog maakt ook dat 's hofs oordeel dat de onbekendheid van het toekomstige ongeschikt blijken van de plombe in de risicosfeer van het Radboudumc ligt, onjuist is (**subonderdelen 3.11-3.12**).
- (iii) Waarom de verkeersopvattingen voor toerekening zouden pleiten, is eveneens onduidelijk: in rov. 2.21 oordeelt het hof immers dat deze onduidelijk zijn.
- (iv) Het hof maakt ook niet duidelijk welke 'overige omstandigheden' voor toerekening pleiten en waarom. Zoals hierna nog nader aan de orde komt, valt niet van alle door het hof besproken facetten (zonder meer) in te zien dat zij kunnen bijdragen aan de conclusie dat toerekening niet onredelijk is.

Door het hof in rov. 2.20 besproken facetten (subonderdelen 3.2-3.6 en 3.8)

- 2.3.14. Van een aantal van de door het hof besproken facetten lijkt wel duidelijk dat het hof deze aan zijn oordeel dat toerekening niet onredelijk is, ten grondslag heeft willen leggen. De eerste twee facetten waarvoor dit geldt betreffen de producent van de Miragelplombe. Het hof stelt in rov. 2.20 aan de orde dat deze (door Sassen) niet meer kan worden aangesproken omdat de vordering is verjaard of vervallen, en dat niet bekend is om welke redenen in 1995 is gestopt met de productie. Over dit laatste punt gaat **subonderdeel 3.3**, dat geen nadere toelichting behoeft. Over het eerste punt gaat **subonderdeel 3.2**, dat het Radboudumc als volgt nader toelicht.

- 2.3.15. Het hof laat zijn twee opmerkingen ten aanzien van de producent voorafgaan door een citaat uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:77 BW (rov. 2.19). Daarin komt naar voren dat de geneeskundige behandelingsovereenkomst in het algemeen niet een bepaald resultaat toezegt, dat van de behandelaar een grote mate van zorgvuldigheid kan worden geëist ten aanzien van de geschiktheid van aangewende apparatuur en geneesmiddelen, dat als een zaak blijkt te falen als gevolg van een ook voor de deskundige gebruiker niet te onderkennen gebrek aansprakelijkheid van de producent voor de hand ligt, en daarom het nieuwe wetboek in soortgelijke gevallen de mogelijkheid moet openlaten een vordering tegen de hulpverlener te dezer zake af te wijzen.
- 2.3.16. Het heeft er de schijn van dat het hof deze passage in rov. 2.20 aldus interpreteert dat, kort gezegd, op het ziekenhuis een soort 'subsidiare risicoaansprakelijkheid' rust, ten opzichte van 'primaire risicoaansprakelijkheid' van de producent, en dat het ontbreken van een verhaalsmogelijkheid jegens de producent dus bijdraagt aan de conclusie dat toerekening aan het Radboudumc niet onredelijk is. Hiermee miskent het hof dat in de betreffende passage een ander onderscheid wordt voorgestaan, namelijk tussen gevallen waarin de producent wel, en gevallen waarin de producent niet een verwijt kan worden gemaakt. Dit onderscheid kan in verband worden gebracht met twee typen 'ongeschiktheid' van een hulpzaak: (a) de zaak is op zichzelf deugdelijk maar niet geschikt voor de gekozen toepassing en (b) de zaak is ondeugdelijk.⁷² In geval (a) is producentenaansprakelijkheid niet aan de orde. In geval (b), waarvan volgens het hof kennelijk hier sprake is, is dat anders. Als in dat geval sprake is van producentenaansprakelijkheid, ligt inderdaad voor de hand dat de last (in ieder geval uiteindelijk) bij de producent hoort te liggen. Subonderdeel 3.2 klaagt in overeenstemming hiermee dat dan niet (zonder meer) valt in te zien dat het (niet alleen voor Sassen, maar ook voor het Radboudumc) ontbreken van een verhaalsmogelijkheid op de producent maakt dat toerekening niet onredelijk is.
- 2.3.17. Daarbij komt, zo stelt **subonderdeel 3.8 sub d** aan de orde, dat (zoals het Radboudumc heeft betoogd en de rechtbank heeft aanvaard) de producent zich had kunnen disculperen. Zo bezien leidt 's hofs oordeel dat toerekening niet onredelijk is ertoe dat op het Radboudumc een verdergaande aansprakelijkheid rust dan op de producent. Aan die omstandigheid had het hof niet stilzwijgend voorbij mogen gaan, omdat zij kan bijdragen aan de conclusie dat toerekening in dit geval onredelijk is.

⁷² Zie Hiemstra, o.c., § 4.5.3.1.

- 2.3.18. Het derde facet dat het hof in rov. 2.20 aan de orde stelt, is dat het gebruik van de Miragelplombe in 1992 'state-of-the-art' was en dat de oogartsen van het Radboudumc toentertijd niet bekend waren met de latere complicaties van de Miragelplombe. Dit tegen toerekening pleitende facet onderstreept de klachten van subonderdeel 3.1. In het licht van dit facet is immers temeer onduidelijk waarom toerekening al met al toch niet onredelijk is. Doordat het hof dit facet wel noemt, maar er vervolgens niets mee doet, is zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd (**subonderdeel 3.8 sub a**).
- 2.3.19. Het vierde facet waaraan het hof in rov. 2.20 aandacht besteedt, betreft de toentertijd bestaande alternatieven. De Miragelplombe was destijds niet het enige hulpmiddel bij operaties voor netvliesloslating: in 1992 werden ook siliconenplombes (met een andere samenstelling) gebruikt. Voorafgaand aan de operatie is geen overleg geweest met Sassen over het gebruik van de Miragelplombe en hij heeft dan ook geen invloed gehad met betrekking tot een (weloverwogen) keuze daarvoor. Het hof overweegt dat niet gesteld of gebleken is dat een siliconenplombe voor Sassen toentertijd geen alternatief zou zijn geweest. Het Radboudumc heeft evenwel betoogd (en dat betoog strookt met de visie van de deskundige en is door zowel de rechtbank als het hof gevolgd) dat de alternatieve (siliconen)plombes een hoog infectierisico met alle complicaties van dien hadden en dat Sassen als redelijk handelend patiënt destijds ook geen andere keuze zou hebben gemaakt, zie hiervoor § 2.1.18. **Subonderdeel 3.4** stelt aan de orde dat de eventuele bijdrage die het hof hierin vindt voor zijn oordeel dat toerekening niet onredelijk is, daarom getuigt van een onjuiste rechtsopvatting of onbegrijpelijk is. Als een in theorie bestaand alternatief immers praktisch niet in aanmerking komt, valt niet in te zien waarom die enkele theoretische mogelijkheid toch betekenis kan hebben voor de vraag of toerekening redelijk is.
- 2.3.20. Als vijfde en laatste facet noemt het hof in rov. 2.20 dat de medische behandelingsovereenkomst weliswaar als een inspanningsverbintenis kan worden gekwalificeerd, maar dat dit onverlet laat dat bij gebruikmaking van een hulpzaak deze niet gebrekkig mag zijn. Artikel 6:77 BW is, zo voegt het hof hieraan toe, niet beperkt tot resultaatsverbintenissen. Ter toelichting van de voortbouwklacht van **subonderdeel 3.5** beperkt het Radboudumc zich tot de opmerking dat dit oordeel getroffen wordt door de klachten van onderdeel 1 indien hierin het oordeel besloten ligt dat het enkele gebruik van een gebrekkige hulpzaak een tekortkoming in de nakoming oplevert. In § 2.1.2 kwam reeds aan de orde dat dit niet zo is.
- 2.3.21. **Subonderdeel 3.6** bouwt grotendeels voort op de onderdelen 1 en 2. Het Radboudumc merkt nog op dat het hof blijkens de met dit subonderdeel bestreden overweging terecht tot uitgangspunt neemt dat de betreffende onwetendheid wel

relevant is. Ook dit onderstreept weer de klacht van subonderdeel 3.1: onduidelijk en dus oncontroleerbaar is wat de door het Radboudumc ingeroepen onwetendheid volgens het hof voor zijn oordeel betekent.

- 2.3.22. **Subonderdeel 3.8**, waarvan in het voorafgaande een aantal aspecten aan de orde is gekomen, heeft voor het overige geen nadere toelichting, evenmin als **subonderdeel 3.10**.

3. Verweer tegen het incidentele cassatieberoep

3.1. Algemene inleidende opmerkingen

- 3.1.1. Zowel bij de rechtbank als bij het hof heeft jarenlang een diepgaand partijdebat plaatsgevonden over de vraag of Sassen het Radboudumc aansprakelijk kan houden op grond van de verwijten die zijn weergegeven in de algemene inleiding van het incidenteel cassatiemiddel (onder "*ten eerste*", "*ten tweede*" en "*ten derde*"). Volgens de zienswijze van de door de rechtbank benoemde onafhankelijke deskundige prof. Hooymans luidt het antwoord op deze vraag ontkennend.⁷³ Zowel de rechtbank als het hof zijn in navolging daarvan en uitgebreid gemotiveerd tot het oordeel gekomen dat de verwijten van Sassen ongegrond zijn.⁷⁴ Het hof heeft de vordering van Sassen uitsluitend – en ten onrechte: zie het hiervoor toegelichte principale cassatiemiddel – toegewezen op grond van artikel 6:77 BW.
- 3.1.2. De waardering van het bewijs en de weging van de argumenten die partijen over en weer hebben aangevoerd behoort tot de taak van de feitenrechter, die daarin een grote mate van vrijheid heeft. Deze beoordeling en weging kunnen in cassatie niet op juistheid worden getoetst, maar uitsluitend op begrijpelijkheid. De motiveringsplicht van de feitenrechter van beslissingen om de bevindingen van een deskundige al dan niet te volgen, is volgens vaste jurisprudentie van uw Raad beperkt. Indien de rechter in een geval waarin de opinie van andere, door een der partijen geraadpleegde, deskundigen⁷⁵ op gespannen voet staat met die van de door de rechter benoemde deskundige, besluit de zienswijze van die laatste te volgen, zal de rechter zijn beslissing in het algemeen niet verder behoeven te motiveren dan door aan te geven dat de door deze deskundige gebezigde motivering hem overtuigend voorkomt. In het kader van het door de feitenrechter al of niet volgen van de opinie van een onafhankelijke deskundige, *kan* een nadere motivering geboden zijn *indien* het partijdebat daartoe aanleiding geeft. De rechter moet zijn oordeel van een zodanige motivering voorzien dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel

⁷³ Brief deskundige d.d. 15 september 2011 met deskundigenrapport.

⁷⁴ De rechtbank oordeelde weliswaar dat het Radboudumc in de periode 2003-2005 ten onrechte Sassen niet had geïnformeerd over de Miragelplombe, de daaraan verbonden risico's, de behandelmethoden en daarmee samenhangende risico's (rov. 2.19), maar dat causaal verband tussen het tekortschieten en de schade ontbrak (rov. 2.20). Volgens het hof was echter – daargelaten inderdaad het ontbreken van causaal verband (rov. 2.11) – ook in de periode 2003-2005 geen sprake van een tekortschieten door het Radboudumc (rov. 2.12). Deze beslissingen worden bestreden door subonderdelen II.4-5, waarover § 3.6-3.7.

⁷⁵ Het Radboudumc merkt op dat Sassen geen opinie of zienswijzen van een eigen partijdeskundige in het geding heeft gebracht.

voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.⁷⁶

- 3.1.3. Met uitzondering van subonderdeel I.2 inzake het horen van partijdeskundige Crama en subonderdeel II.6 inzake de compensatie van proceskosten strekken de klachten van Sassen in zijn incidenteel cassatieberoep in wezen tot een hernieuwde en dus *derde* inhoudelijke beoordeling van de verwijten die Sassen het Radboudumc maakt en de bezwaren die hij in feitelijke instanties heeft aangevoerd tegen de zienswijzen van de onafhankelijk deskundige prof. Hooymans. Hiervoor is echter in cassatie geen plaats. Hierna licht het Radboudumc toe dat het hof bij zijn beoordeling geen rechtsregels heeft geschonden. 's Hofs motivering is begrijpelijk en voldoet ook overigens aan de daaraan te stellen eisen. Tot een nadere motivering was het hof niet gehouden.

3.2. Feitenvaststelling (subonderdelen I.1 & II.1)

- 3.2.1. In de subonderdelen I.1 en II.1 klaagt Sassen dat het hof (in TA rov. 3, bevestigd in EA rov. 2.3) geen acht heeft geslagen op de nieuwe grieven die hij in zijn akte d.d. 5 september 2016 tegen de feitenvaststelling zou hebben geformuleerd, meer in het bijzonder zijn stellingen dat:
- a. prof. Deutman niet wist dat bij Sassen een Miragelplombe was geplaatst omdat dit niet in het dossier was vermeld;
 - b. het NOG zou hebben geadviseerd om bij klachten gerelateerd aan zwelling de Miragelplombe direct te verwijderen; en
 - c. bij 457 patiënten (467 ogen) in het Radboudumc in de periode 1998-2011 symptomatisch gezwollen Miragelplombes zijn verwijderd (en dat Sassen niet tot deze groep behoorde).

Het middel betoogt dat onbegrijpelijk is 's hofs passeren hiervan op grond van het argument dat deze "*algemene opmerking (c.q. nieuwe grief) zo algemeen geformuleerd is*" (**subonderdeel I.1.1**), althans dat het hof heeft miskend dat de grieven op nieuwe ontwikkelingen waren gebaseerd zodat Sassen deze niet eerder kon formuleren en de tweeconclusieregel zich daar niet tegen verzet (**subonderdelen I.1.2 en II.1**). Voorts zou 's hofs beslissing innerlijk tegenstrijdig zijn met rov. EA 2.2 waarin het hof oordeelde dat de nieuwe grief in het verlengde ligt van de reeds aangevoerde grieven en daarom toelaatbaar werd geacht (**subonderdeel II.2**).

⁷⁶ HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2921, NJ 2011/599 (*Flevoziekenhuis*), rov. 3.4.5.

- 3.2.2. Anders dan wordt geklaagd, is niet onbegrijpelijk dat het hof aan deze "*algemene opmerkingen*" voorbij is gegaan omdat deze "*zo algemeen geformuleerd*" zijn. In dit kader zij erop gewezen dat het hof in TA rov. 3 (niet meer en niet minder) overweegt dan dat het uitgaat van de door de rechtbank in TV rov. 2.1 t/m 2.21 vastgestelde feiten.⁷⁷ Door Sassen is – ook in cassatie – niet gesteld dat de hiervoor gestelde feiten *strijdig* zijn met de door de rechtbank vastgestelde feiten. Het middel miskent dat het aan het hof als feitenrechter is voorbehouden te bepalen welke feiten hij wel in zijn uitspraak 'voorop' vaststelt (en welke niet).
- 3.2.3. Met betrekking tot de klachten dat het hof deze "*algemene opmerking c.q. nieuwe grief*" niet op grond van de tweeconclusieregel kon passeren omdat deze was gebaseerd op nieuwe ontwikkelingen en Sassen deze (dus) niet eerder kon formuleren, merkt het Radboudumc op dat Sassen dit *niet* stelt met betrekking tot het hiervoor in § 3.2.1.b gestelde.
- 3.2.4. Wat daar verder ook van zij, Sassen heeft geen belang bij deze cassatieklachten. Het hof heeft namelijk weliswaar *in het kader van de voorafgaande feitenvaststelling* deze 'nieuwe grief' gepasseerd en besloten – zoals aan het hof als feitenrechter voorbehouden – deze feiten niet 'voorop' vast te stellen, maar het hof heeft, zoals volgt uit EA rov. 2.2, bij de inhoudelijke beoordeling van de vordering van Sassen wél acht geslagen op deze "*verbreding (...) van de grondslag van zijn eis en aanvulling (...) op de reeds eerder opgeworpen grieven*."
- a. Zo blijkt uit EA rov. 2.11 dat het hof wel degelijk acht heeft geslagen op het "*(uitvoerige) debat over het punt of de behandelende artsen op 22 augustus 2015 en de daaraan voorafgaande periode wel of niet wisten dat (...) bij Sassen een Miragelplombe was gebruikt*". Het hof acht deze discussie evenwel niet relevant. Zie hierna § 3.7.11.
 - b. Verder heeft het hof in EA rov. 2.11 – zonder schending van het recht en toereikend gemotiveerd, zie hierna § 3.7.6 – op basis van de opinie van de deskundige prof. Hooymans geoordeeld dat *geen* verplichting bestond om een Miragelplombe bij (klachten gerelateerd aan) zwelling direct te verwijderen;
 - c. Tot slot volgt uit het feit dat het hof in EA rov. 2.11 het oordeel van de rechtbank in EV rov. 2.24 tot het zijne heeft gemaakt, dat naar 's hofs oordeel geen verplichting bestond om een symptomatisch gezwollen Miragelplombe te verwijderen (alleen) omdat in de jaren 1998-2011 dit door het Radboudumc bij 457 patiënten (467 ogen) wel zou zijn gedaan. Zie eveneens § 3.7.6.

⁷⁷ Behoudens rov. 2.10 gelet op het voorwaardelijk incidenteel appel.

3.2.5. Anders dan tot slot wordt geklaagd, is van een innerlijke tegenstrijdigheid geen sprake. 's Hofs beslissing in EA rov. 2.3 (en TA rov. 3) heeft immers betrekking op zijn beslissing de feitenvaststelling door de Rechtbank over te nemen.⁷⁸ 's Hofs EA rov. 2.2 ziet op de – daaropvolgende – inhoudelijke beoordeling van de vordering van Sassen en alle daaraan ten grondslag gelegde gronden.

3.3. Horen partijdeskundige Crama (subonderdeel I.2)

3.3.1. In dit subonderdeel klaagt Sassen over het door het hof horen van partijdeskundige Crama tijdens de zitting van 5 september 2016 en zijn beslissing (in TA rov. 4.5) om Crama niet opnieuw mondeling te horen, maar de vragen die Sassen Crama tijdens een dergelijk mondelinge verhoor wilde stellen in iets aangepaste vorm schriftelijk voor te leggen.

3.3.2. Volgens **subonderdeel I.2.1** zou het hof in strijd hebben gehandeld met artikel 200 lid 1 Rv en/of artikel 6 EVRM en/of de goede procesorde door Crama tijdens de zitting van 5 september 2016 op eigen initiatief – en dus niet op verzoek van één van partijen – als partijdeskundige⁷⁹ te hebben gehoord. Volgens Sassen was hij door deze gang van zaken overvallen en had hij zich hierop niet kunnen voorbereiden.

3.3.3. Deze klacht kan ten eerste niet tot cassatie leiden omdat het miskent dat artikel 200 lid 1 Rv er niet aan in de weg staat dat een rechter ook *zonder* verzoek van partijen overgaat tot het horen van een – door één van partijen naar de zitting meegenomen – partijdeskundige. Uit de Parlementaire Geschiedenis bij de invoering van artikel 200 Rv⁸⁰ kan niet worden afgeleid dat de wetgever de mogelijkheid heeft uitgesloten dat een rechter ambtshalve overgaat tot het horen van een partijdeskundige, bijvoorbeeld (mede) als getuige-partijdeskundige.⁸¹ Hier zij overigens opgemerkt dat Sassen geen bezwaar heeft gemaakt tegen het feit dat Crama tijdens de comparitie van 15 januari 2010 bij de rechtbank een verklaring heeft afgelegd.⁸²

⁷⁸ Nogmaals (zie § 3.2.3): die feitenvaststelling is niet strijdig met de door Sassen in subonderdeel I.1 gestelde 'feiten'.

⁷⁹ Dat wil zeggen: niet door de rechter benoemde onafhankelijke deskundige.

⁸⁰ *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht*, Van Mierlo/Bart 2002, p. 374.

⁸¹ Deze laatste variant houdt verband met de mogelijkheid dat een partijdeskundige ook uit eigen waarneming kan verklaren en aldus als getuige bij kan dragen aan de beslissing van het geschil. Zie ook G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 15), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 120 en 122.

⁸² Proces-verbaal d.d. 15 januari 2010 p. 5.

- 3.3.4. In dit geval heeft het hof Crama kennelijk tevens als getuige-partijdeskundige gehoord: in het proces-verbaal van het verhoor d.d. 5 september 2016 (p. 3) is vermeld dat Crama de belofte heeft afgelegd⁸³ en vermeldt het proces-verbaal (onderstreping toegevoegd):

"Voorzitter: dit getuigenverhoor is naar aanleiding van het artikel 'Removal of Hydrogel Explants' dat in januari 2016 is verschenen in het tijdschrift Ophthalmology (...). U heeft dit artikel samen met Klevering geschreven. Kunt u in uw eigen woorden vertellen welk onderzoek u heeft verricht?"

- 3.3.5. Zoals blijkt uit p. 2 van het proces-verbaal en 's hofs TA rov. 4.4 was de reden voor het hof om over te gaan tot het horen van Crama dat het hof vragen had naar aanleiding van het hiervoor genoemde artikel van Crama dat door Sassen als productie in het geding was gebracht:

"(...) en nu Crama hier ter zitting aanwezig is, willen wij graag nog enige vragen stellen over het artikel dat hij heeft geschreven (en dat als productie van de zijde van Sassen ten behoeve van het pleidooi is ingebracht)."

"4.4 (...) Op de zitting bleek dat Crama zelf ook aanwezig was (net zoals overigens ter gelegenheid van de comparitie in eerste aanleg), op uitnodiging van het Radboudumc. Omdat het hof na lezing van het artikel van Crama voor aanvang van het pleidooi ook vragen had en Sassen zélf dit artikel als processtuk had ingebracht, is het hof – mede ingegeven op praktische gronden – op de voet van artikel 200 lid 1 Rv overgegaan tot het horen van Crama als deskundige (van de zijde van Radboudumc)."

- 3.3.6. De vragen die door het hof aan Crama zijn gesteld, hadden ook in overwegende mate betrekking op Crama's eigen waarnemingen in het onderzoek waarover hij in het artikel met Klevering had geschreven. De omstandigheid dat het hof overweegt dat het Crama hoort "op de voet van art. 200 lid 1 Rv" doet hier niet aan af. Kennelijk heeft het hof aansluiting gezocht bij dit artikel dat specifiek ziet op het horen van een partijdeskundige.
- 3.3.7. Het middel miskent dat, ook in dit geval, noch artikel 200 lid 1 Rv, noch artikel 6 EVRM, noch de goede procesorde zich ertegen verzetten dat het hof – al dan niet op de voet van artikel 200 Rv – een ter zitting aanwezige partijdeskundige hoort. Voor zover Sassen zou zijn overvallen door het verhoor en zich daarop niet zou

⁸³ De Groot merkt op dat een partijdeskundige – anders dan een getuige-deskundige – niet wordt beëdigd, zie G. de Groot, *Getuigenbewijs in civiele zaken* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 15), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 122.

hebben kunnen voorbereiden, heeft te gelden dat het beginsel van hoor en wederhoor (meer dan) voldoende is gewaarborgd doordat het hof:

- (i) Sassen en zijn advocaat in de gelegenheid heeft gesteld tijdens het verhoor vragen te stellen;⁸⁴
- (ii) Sassen in de gelegenheid heeft gesteld zich (uitgebreid) schriftelijk uit te laten over hetgeen Crama tijdens het verhoor en tijdens de mediation heeft verklaard;⁸⁵
- (iii) de vragen die Sassen aan Crama wilde stellen tijdens een voortgezet mondeling verhoor in iets aangepaste vorm schriftelijk aan Crama heeft voorgelegd;⁸⁶ én
- (iv) Sassen in de gelegenheid heeft gesteld zich (uitgebreid) schriftelijk uit te laten over de beantwoording van die vragen door Crama.⁸⁷

3.3.8. Anders dan in **subonderdeel I.2.2** wordt geklaagd, kon het hof zonder schending van enige rechtsregel besluiten dat de vragen die Sassen aan Crama wilde stellen, *schriftelijk* aan Crama zouden worden voorgelegd. Art. 200 lid 4 Rv bepaalt uitdrukkelijk dat de rechter (op verzoek van een partij of ambtshalve) *kan* besluiten om een gehoorde partijdeskundige te bevelen een nadere mondelinge of schriftelijke toelichting te geven. Het is aan de discretie en het beleid van het hof als feitenrechter om te beslissen of, en zo ja in welke vorm, een nadere toelichting wordt verkregen. De omstandigheid dat Sassen Crama meermalen (tijdens het verhoor en vervolgens tijdens de mediation) en uitgebreid vragen heeft kunnen stellen en daadwerkelijk heeft gesteld, kan 's hofs beslissing dragen dat kon worden volstaan met het stellen van schriftelijke vragen. Dat het hof niet aanwezig was toen Sassen tijdens de mediation vragen aan Crama stelde, maakt dit niet anders. Overigens heeft het hof Sassen ook nog in de gelegenheid gesteld om zich schriftelijk uit te laten over de schriftelijk door Crama gegeven antwoorden.

3.3.9. Tot slot kan ook de klacht van **subonderdeel I.2.3** niet tot cassatie leiden. Zoals geldt ten aanzien van de beslissingen over het al dan niet, en op welke wijze, stellen van nadere vragen aan een partijdeskundige (zie § 3.3.8), was het aan de discretie en het beleid van het hof als feitenrechter voorbehouden om te besluiten de door Sassen voorgestelde vragen in iets aangepaste vorm aan Crama voor te

⁸⁴ Zie proces-verbaal d.d. 5 september 2016, p. 10-13.

⁸⁵ S-Akte na mislukte mediation d.d. 28 maart 2017 § 2-24.

⁸⁶ TA rov. 4.5 en 5.

⁸⁷ S-Akte in respons d.d. 30 januari 2018 § 8-33.

leggen. Sassen heeft zich bovendien zowel over de aangepaste vraag als (de waarde die gehecht kan worden aan) het antwoord daarop uitgelaten alsmede (de redenen voor) zijn bezwaar uiteengezet tegen het in de vraagstelling aan Crama vervangen van "*Miragel materiaal*" door "*(Miragel)plombe*".⁸⁸ Zoals hierna in § 3.4.2 t/m 3.4.7 toegelicht, heeft het hof bovendien bij zijn beoordeling van de verwijten van Sassen ook (voldoende begrijpelijk en toereikend gemotiveerd) acht geslagen op de in het middel genoemde argumenten van Sassen in dit kader.

3.4. Geen tekortschieten Radboudumc in 1992 (subonderdeel II.2)

- 3.4.1. In dit subonderdeel klaagt Sassen over het oordeel van het hof in EA rov. 2.7 en 2.8 dat het Radboudumc bij de behandeling van Sassen in 1992 *niet* tekort is geschoten, een en ander gelet op de kennis/wetenschap van toen over de eigenschappen van Miragelplombe. De subonderdelen II.2.1.1 t/m II.2.1.5 bestrijden met diverse motiveringsklachten de begrijpelijkheid van 's hofs beslissing om de opinie van de door de rechtbank benoemde onafhankelijke deskundige prof. Hooymans (en de motivering van de rechtbank) tot de zijne te maken met betrekking tot de stand van de wetenschap in 1992 over Miragelplombes. De subonderdelen II.2.2.1 t/m II.2.2.4 bouwen voort op deze klachten.
- 3.4.2. De verwijten die Sassen het Radboudumc maakt met betrekking tot zijn behandeling in 1992 zijn gebaseerd op een in januari 1992 gepubliceerd artikel van Marin et al.⁸⁹ De klachten van het middel komen in wezen neer op het verwijt dat het hof Sassen niet is gevolgd in zijn uitleg van dit artikel dat daaruit moet worden afgeleid dat de oogheekundige wereld – en dus ook het Radboudumc – met de publicatie van dit artikel op de hoogte had moeten (en kunnen) zijn van de mogelijke langetermijncomplicaties van Miragelplombes. Anders dan de **subonderdelen II.2.1.1 t/m II.2.1.5**⁹⁰ betogen, voldoet 's hofs andersluidende oordeel en motivering echter (ruimschoots) aan de daaraan te stellen eisen.
- 3.4.3. Zo blijkt uit 's hofs rov. 2.7 reeds dat het hof acht heeft geslagen op de door Sassen aangevoerde argumenten dat de intrascleraal geplaatste MAIplombe die in het artikel van Marin et al. wordt besproken weliswaar een andere is dan de episcleraal geplaatste Miragelplombe van Sassen, maar dat het in beide gevallen om hydrogelplombes gaat met dezelfde chemische samenstelling,⁹¹ en dat Marin et

⁸⁸ S-Akte in respons d.d. 30 januari 2018 § 19-33.

⁸⁹ Dagvaarding productie 5.

⁹⁰ Subonderdeel II.2.1.5 bevat geen zelfstandige klacht, maar bouwt voort op de voorgaande klachten.

⁹¹ Subonderdeel II.2.1.2 en II.2.1.4.

al.hun artikel besluiten met de opmerking dat ook bij Miragelplobes soortgelijke problemen zouden kunnen ontstaan, waarvoor periodiek (vervolg) onderzoek nodig is van patiënten *"for a long time after surgery"*.⁹² In afwijking van de uitleg die Sassen aan het artikel geeft, heeft het hof (in navolging van de onafhankelijke deskundige prof. Hooymans en de rechtbank) geoordeeld dat deze omstandigheden onvoldoende zijn om tot de conclusie te komen dat met de kennis van 1992 de keuze van prof. Deutman om een Miragelploambe te plaatsen geen goede was, dat een redelijk handelend patiënt toentertijd daar niet voor gekozen zou hebben, dat prof. Deutman Sassen had moeten informeren over mogelijke toekomstige complicaties, of (rov. 2.8) dat in het medisch dossierverslag aantekening had moeten worden gemaakt van de merknaam.

- 3.4.4. Het hof heeft kennelijk (en niet onbegrijpelijk) besloten de opinie van onafhankelijk deskundige prof. Hooymans te volgen en meer betekenis te hechten aan het feit dat de Miragelploambe bij Sassen episcleraal (op de oogrok) was geplaatst, terwijl het artikel van Marin et al. zag op MAIplombes die intrascleraal (in de oogrok) werden geplaatst, alsmede op de slotopmerking in het artikel van Marin et al:

"2.7 (...) 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. (...)"

- 3.4.5. Uit dit citaat blijkt dat het hof ook acht heeft geslagen op het argument van Sassen dat de Miragelploambe minder lang in gebruik zou zijn dan de termijn van 7-11 jaar voor complicaties die in het artikel van Marin et al. wasesignaleerd voor de MAIplombe.⁹³ Deze stelling van Sassen – die door het hof uitdrukkelijk is onderkend – maakt 's hofs beslissing om de zienswijze van de onafhankelijke deskundige prof. Hooymans te volgen niet onbegrijpelijk, in het bijzonder niet in het licht van het zeer uitvoerige partijdebat.

- 3.4.6. Zo is onder meer door het Radboudumc betoogd:⁹⁴

"6.8 Het enkele feit dat Sassen – in strijd met het oordeel van prof. Hooymans – zelf van mening is dat "De Nederlandse oogheekundige wereld na het verschijnen van het artikel van Marin ea er bepaald niet zeker van kon zijn dat bij episcleraal aangebracht Miragel plombes de complicaties niet zouden optreden" (p. 25 van zijn conclusie), doet aan de conclusies van prof. Hooymans niet af. Niet Sassen, maar prof. Hooymans is

⁹² Subonderdeel II.2.1.1-II.2.1.3.

⁹³ Subonderdeel II.2.1.3.

⁹⁴ R-Antwoord CnD § 6.8 en 6.10.

immers – vanwege haar specifieke wetenschappelijke kennis – de deskundige in deze zaak. De stellingen van Sassen worden evenmin door enig andere (partij)deskundige onderschreven.

6.10 Het is eveneens onjuist – zoals Sassen onder meer op p. 35 (onder 53) in zijn conclusie stelt – dat "uit het artikel van Marin et al. zou volgen dat er ernstig rekening mee gehouden moest worden (op grond van dezelfde chemische samenstelling) dat er bij gebruik van Miragelplombes evenals bij de MAI plombes een significant risico op zwelling was met extrusion en intrusion als gevolg". Nogmaals, Marin et al. beschrijven zeven gevallen van complicaties bij een [intrascleraal – correctie kennelijke verschrijving] geplaatste MAI plombe. Het Radboud ziekenhuis wijst erop deze risico's bij extrascleraal gebruik van de Miragelplombe tot op dat moment nooit wetenschappelijk waren aangetoond of zelfs geconstateerd, ook niet door Marin et al. Ook prof. Hooymans benadrukt in dat verband dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen het intrascleraal plaatsen van een (MAI)plombe (zoals in het artikel van Marin et al. wordt beschreven) en het episcleraal plaatsen van een Miragelplombe (zoals bij Sassen). Dit is ten tijde van de comparitie van partijen d.d. 15 januari 2010 door dr. Crama uitgelegd (zie proces-verbaal van deze zitting) en dit wordt ook door Marin et al. in hun artikel benadrukt. Wezenlijk verschil is dat de episclerale techniek veiliger is dan de intrasclerale, juist omdat er minder kans bestaat op scleraverdunning, hetgeen weer een kleinere kans op postoperatieve complicaties (bloeding, infecties, sclera –laceratie, etc.) met zich brengt. Reeds om die reden is de stelling onjuist dat op basis van het artikel van Marin et al. "ernstig rekening gehouden moest worden" met eventuele complicaties bij de episclerale plaatsing van een Miragelplombe. Dit geldt temeer nu Marin et al. op het moment van de publicatie (1992) nog geen problemen met de Miragelplombe hadden gezien en bovendien op dat moment geen enkele reden zagen om het gebruik van de episclerale plaatsing van de Miragelplombe te staken."

- 3.4.7. 's Hofs oordeel is des te begrijpelijker in het licht van het oordeel van de rechtbank (EV rov. 2.8 en 2.9), dat het hof tot de zijne heeft gemaakt (onderstreping toegevoegd):

"2.8. De rechtbank volgt Sassen niet in zijn standpunt. De deskundige deelt niet de opvatting van Sassen dat vanwege dezelfde chemische samenstelling van de beide plombes, het artikel van Marin et al. daarom ook in alle opzichten van toepassing was op de Miragelplombe. Een wezenlijk verschil waarop de deskundige verder heeft gewezen is dat Marin et al. in hun publicatie complicaties beschrijven van een intrascleraal geplaatste MAI plombe, terwijl de bij Sassen gebruikte Miragelplombe episcleraal was geplaatst. De deskundige heeft verder tot tweemaal toe met nadruk gewezen op de slotzin in het artikel van Marin et al., waarin kort gezegd wordt

aangegeven dat berichten over dergelijke complicaties bij de veel geplaatste Miragelplombe nog niet zijn gebleken. Over de waarschuwing van Marin et al. voor de gevaren van de Miragelplombe waarover Sassen rept, is de rechtbank niet gebleken. Wat betreft het overige medisch inhoudelijke commentaar dat Sassen op het artikel van Marin et al. heeft geponeerd, oordeelt de rechtbank dat uitleg van de reikwijdte van dit artikel, en overigens ook van de andere door de deskundige genoemde artikelen, een medisch inhoudelijke kwestie betreft waarover de rechtbank zich nu juist door een deskundige heeft laten voorlichten. Sassen wil zijn eigen opvattingen en uitleg van het artikel van Marin et al. in de plaats stellen van de deskundige op grond van haar specifieke deskundigheid. Anders dan de deskundige is hij op dit terrein niet deskundig. De rechtbank gaat daarom aan de kritiek van Sassen voorbij.

2.9. Dat betekent dat wordt uitgegaan van de juistheid van het deskundigenbericht en dus dat de medische oogheekundige wereld vanwege het artikel van Marin et al. in 1992 niet bekend was en kon zijn met de eigenschappen van de Miragelplombe zoals die zich bij Sassen hebben gemanifesteerd. De rechtbank wijst er daarnaast nog op dat het artikel van Marin et al. een case study betreft en niet een grootschalig onderzoek met uitkomsten die evidence based zijn. Nog los van de hiervoor besproken inhoud van het artikel, is het de vraag in hoeverre een ziekenhuis (...) zich in haar handelen door een enkele case study – bovendien naar de toepassing van een ander product – moet laten leiden. Dat de medische wereld althans het ziekenhuis naar aanleiding van het artikel van Marin et al. onderzoek had moeten doen naar de gevaren van de Miragelplombe wordt evenmin gevolgd. Dat artikel geeft voor die conclusie geen aanleiding en Sassen heeft dat standpunt ook op geen enkele wijze gestaafd met een verdere (medische) onderbouwing."

- 3.4.8. Met de klachten van subonderdeel II.2.1 beoogt Sassen in feite een derde (her)waardering van zijn verwijt en daaraan ten grondslag liggende argumentatie door uw Raad.⁹⁵ Daarvoor is echter in cassatie geen plaats. 's Hofs oordeel is begrijpelijk en toereikend gemotiveerd. De klachten dienen daarom verworpen te worden.
- 3.4.9. Daarmee liggen ook de klachten van **subonderdelen II.2.2** voor afwijzing gereed, nu deze voortbouwen op de klachten van subonderdeel II.2.1. Ook overigens kunnen deze klachten niet tot cassatie leiden.
- 3.4.10. Zo miskent de klacht van **subonderdeel II.2.2.1** dat – ook uitgaande van het door Sassen gestelde vermoeden van langetermijncomplicaties – de Miragelplombe destijds "een goede keuze" was. Verwezen wordt naar de hiervoor in § 3.4.7

⁹⁵ Zie ook p. 2 van het incidenteel cassatiemiddel achter "ten eerste".

geciteerde EV rov. 2.9 van de rechtbank en 's hofs verwijzing in EA rov. 2.7 naar de opmerking van onafhankelijke deskundige prof. Hooymans dat de destijds enige andere beschikbare alternatieve plombe "meer kans op infectie" gaf.

3.4.11. In gelijke zin betoogde het Radboudumc onder verwijzing naar de opinie van prof. Hooymans:⁹⁶

"5.7 Volgens prof. Hooymans waren hydrogelplobes populair "(...) omdat het een zacht, elastisch materiaal is dat minder snel door de conjunctiva erodeert, de kans op infectie kleiner is, een antibioticum kan absorberen en afgeven en het direct postoperatief zwelt waardoor een scheur in het netvlies goed dichtgedrukt wordt" (antwoord op vraag 3).

5.8 Prof. Hooymans onderschrijft dan ook de stelling dat de Miragelpombe bij uitstek geschikt werd bevonden voor het sluiten van een netvliesscheur, zoals deze bij Sassen was opgetreden. De plooibare eigenschappen, de fraaie indentatie van het materiaal en de verminderde kans op postoperatieve infecties zorgden er bovendien voor dat de Miragel plombe werd beschouwd als een aanzienlijke verbetering met minder postoperatieve complicaties ten opzichte van de reeds bestaande (siliconen) plobes. Uit het rapport van prof. Hooymans blijkt bovendien dat de stand van de wetenschap ten tijde van de operatie van Sassen in 1992 (en nog gedurende lange tijd daarna) niet van dien aard was dat men wist of had behoren te weten dat er aan het gebruik van Miragelplobes – net als overigens aan het gebruik van de andere indentatiematerialen – risico's op complicaties waren verbonden. Deze complicaties verschenen bij de Miragelpombe – anders dan bij bijvoorbeeld de siliconen variant – meestal pas vele jaren na de plaatsing daarvan."

3.4.12. Eveneens ongegrond zijn de klachten van **subonderdelen II.2.2.2 en II.2.2.3** dat – uitgaande van het door Sassen gestelde vermoeden van langetermijncomplicaties en de op een hulpverlener rustende informatieplicht (artikel 7:448 BW) en zorgplicht (artikel 7:453 BW) – onjuist en/of onbegrijpelijk is 's hofs oordeel dat prof. Deutman Sassen in 1992 niet kon of behoefde te informeren over mogelijke toekomstige complicaties van de Miragelpombe of dat voor het gebruik daarvan de toestemming van Sassen vereist was. Verwezen wordt wederom naar de hiervoor in § 3.4.7 geciteerde EV rov. 2.9 van de rechtbank alsmede EV rov. 2.12 die eveneens door het hof tot de zijne was gemaakt en waarover niet zelfstandig door Sassen in cassatie wordt geklaagd (onderstreping toegevoegd):

⁹⁶ R-Antwoord CnD § 5.7-5.8. Zie ook de in voetnoot 6 van het principaal cassatiemiddel vermelde vindplaatsen.

"2.12 Tegen de achtergrond van het hiervoor gegeven oordeel dat het ziekenhuis en de daar werkzame oogartsen in 1992 niet bekend waren en redelijkerwijs konden zijn met de eigenschappen van de Miragelplombe zoals die zich bij Sassen hebben geopenbaard, oordeelt de rechtbank dat de behandelend arts Sassen daarover dus niet kon informeren. Als het al zo is dat de behandelaar de patiënt moet voorlichten over de te gebruiken materialen in een situatie als die waarin Sassen verkeerde op het moment van de ingreep, dan ligt het voor de hand dat de behandelaar de Miragelplombe zou hebben geadviseerd. Uit het deskundigenbericht volgt namelijk, en Sassen heeft dit ook beaamd (conclusie na deskundigenbericht onder 12) dat het gebruik van deze plombe destijds state of the art was. Sassen heeft ter comparitie verklaard dat als de behandelend arts destijds de Miragelplombe zou hebben aangeraden, hij dat advies zou hebben gevolgd. Ook als uitdrukkelijk was gesproken over de toe passen plombe, zou dat dus hebben geleid tot het gebruik van de Miragelplombe."

3.4.13. In overeenstemming hiermee heeft het Radboudumc in eerste aanleg gesteld:⁹⁷

"6.11 Als Uw Rechtbank al zou oordelen dat een gerede kans op complicaties met de Miragelplombe uit het artikel van Marin et al. (1992) had kunnen en had moeten worden afgeleid, zoals door Sassen wordt betoogd, dan nog geldt dat prof. Deutman niet tegenover zijn patiënten had behoeven speculeren over deze mogelijke (nog niet wetenschappelijk bewezen) risico's die uit dit ene artikel, waarin slechts een paar patiënten zijn besproken, zouden volgen. In dat verband benadrukt het Radboud ziekenhuis dat de Miragelplombe op het moment van de operatie (en de publicatie van het artikel van Marin et al.) in 1992 – en overigens nog jaren daarna – nog altijd werd geproduceerd en wereldwijd op grote schaal werd gebruikt. De FDA, de producent, de landelijke beroepsgroep van oogartsen noch de landelijke vitreoretinale werkgroep gaf toen een waarschuwing voor het gebruik van de Miragelplombe af. Ook in dat licht valt niet in te zien dat en waarom prof. Deutman Sassen voorafgaand aan de operatie had moeten informeren over de mogelijke risico's op complicaties bij gebruik van de Miragelplombe op grond van het artikel van Marin et al. uit 1992."

3.4.14. In appel heeft het Radboudumc daaraan toegevoegd:⁹⁸

"7.17 In het geval uw hof evenwel tot het oordeel zou komen dat prof. Deutman Sassen wel had moeten informeren over precieze productinformatie over de bij hem te plaatsen plombe, dan geldt – subsidiair – dat het aan Sassen is om te bewijzen dat hij, indien hij op een voldoende duidelijke wijze was geïnformeerd over het aan de behandeling verbonden risico, als redelijk handelend patiënt in de gegeven omstandigheden niet zou

⁹⁷ R-Antwoord CnD § 6.11

⁹⁸ MvA § 7.17 en 7.19.

hebben gekozen voor deze plombe. De rechtbank heeft hierover terecht geoordeeld: "Ook als uitdrukkelijk was gesproken over de toe te passen plombe, zou dat dus hebben geleid tot het gebruik van de Miragelplombe." (r.o. 2.12). Ook prof. Hooymans onderschrijft dit: "Aan de hand van deze informatie zal een redelijk handelende patiënt voor de Miragel plombe kiezen." Voor zover Sassen aandraagt dat hij bij kennis van de Miragelplombe mogelijk tot een andere keuze was gekomen, sluit het Radboud Ziekenhuis graag aan bij de overweging van A-G Spier in zijn conclusie bij HR 18 oktober 2013: "Als een gespecialiseerde hoogleraar dat op basis van deze informatie al niet kan (...) dan geldt dat toch zeker voor een leek in medische kwesties." Sassen heeft onvoldoende onderbouwd dat als hij wel was geïnformeerd over het gebruik van de Miragelplombe de schade niet zou zijn opgetreden. Sassens vijfde grief kan niet slagen.

7.19 Als uw hof al van oordeel zou zijn dat het Radboud Ziekenhuis specifiek de toestemming van Sassen had moeten vragen voor het gebruik van Miragelplombe, dan geldt dat niet aannemelijk is dat Sassen zijn toestemming aan het gebruik daarvan niet zou hebben verleend en hij aldus zou hebben gekozen voor een alternatief materiaal. Dit blijkt ook uit het deskundigenbericht van prof. Hooymans. "Aan de hand van deze informatie zal een redelijk handelende patiënt voor de Miragel plombe kiezen." (...)"

3.4.15. De stelling van Sassen dat hij, indien hij zou zijn geïnformeerd c.q. zijn toestemming zou zijn gevraagd, een second opinion zou hebben kunnen vragen of zelf in de gaten zou hebben kunnen houden of de langetermijncomplicaties zich bij hem voordeden,⁹⁹ maakt 's hofs oordeel evenmin onjuist of onbegrijpelijk. Zoals door het Radboudumc opgemerkt,¹⁰⁰ hangt het antwoord op de vraag welke informatie aan een patiënt dient te worden verstrekt, af van de omstandigheden van het geval, met de kennis en kunde van 1992 en bezien vanuit het oogpunt wat een patiënt redelijkerwijs dient te weten. Een ruimere informatieplicht kan op zijn plaats zijn naarmate de kans op een complicatie groter is, de ernst van de gevolgen groter kan zijn, de behandeling minder noodzakelijk is en andere adequate behandelmogelijkheden bestaan.¹⁰¹ In dit geval echter – waar behandeling met een plombe noodzakelijk was (anders was Sassen in 1992 aan dit oog blind geworden),¹⁰² terwijl van het andere beschikbare alternatief bekend was dat dit een groter risico had op infectie (op korte termijn) – maakt de door Sassen gestelde *vermoeden* van de

⁹⁹ Door Sassen omschreven in subonderdeel II.2.2.2 als een op grond van artikel 7:448 en 7:453 BW gebaseerd zelfbeschikkingsrecht.

¹⁰⁰ CvA § 6.5.

¹⁰¹ Zie de in CvA voetnoot 7 vermelde vindplaatsen.

¹⁰² Zie de in voetnoot 5 van het principaal cassatiemiddel vermelde vindplaatsen.

*mogelijkheid*¹⁰³ van langetermijncomplicaties op basis van het artikel van Marin et al. *niet* dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting of een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven.

- 3.4.16. Het Radboudumc wijst er in dit kader op dat ook aan het gebruik van de destijds alternatief beschikbare siliconenplombes (vergelijkbare) complicatierisico's waren verbonden:¹⁰⁴

"5.10 Zo schrijven Roldan-Pallares in hun onderzoek uit 1999: "We agree with other authors that silicone sponge needs to be removed more frequently (9.3% in our findings) than the solid silicone rubber (0.6%) or Miragel (1.3%) explants." Kortom, in 1999 werd – volgens het onderzoek van Roldan-Pallares – ruim 9% van de siliconen sponsplombes postoperatief verwijderd tegenover (slechts) 1,3% van de Miragelplombes (zie p. 4 rapport Hooymans). Pas veel later concludeerden Roldan-Pallares (2007) dat 6,5% van de (door hen onderzochte) patiënten die behandeld waren met Miragel, klachten ontwikkelden (p. 6 Hooymans). Uit dit onderzoek volgde bovendien bij 7,6% van de patiënten die behandeld waren met Miragel en deze plombe langer dan 7 jaar hadden, de Miragelplombe diende te worden verwijderd (zie p. 5 rapport Hooymans onder vraag 5). Dit is nog steeds (aanzienlijk) minder dan het genoemde (verwijderings)percentage van 9,6% van de siliconen spons."

- 3.4.17. Om dezelfde redenen kan ook **subonderdeel II.2.2.4** niet tot cassatie leiden. Daarin klaagt Sassen over de verwerping van zijn verwijt dat ten onrechte in het medisch dossier geen aantekening was gemaakt van het gebruik van de Miragelplombe. Het middel miskent dat 's hofs oordeel op dit punt zelfstandig wordt gedragen door zijn slotoverweging dat *"[n]iet 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 (...)".* Daarmee heeft het hof – zonder schending van het recht en niet onbegrijpelijk – geoordeeld dat een dergelijke dossierplicht destijds in 1992 niet bestond.

- 3.4.18. In overeenstemming hiermee heeft het Radboudumc gesteld:¹⁰⁵

"6.26 Hoewel Sassen stelt dat het artikel 7:454 lid 1 BW een codificatie inhoudt van eerdere rechtspraak, wijst het Radboud ziekenhuis erop dat in 1992 wel degelijk andere

¹⁰³ De onafhankelijke deskundige prof. Hooymans 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.

¹⁰⁴ R-Antwoord CnD § 5.10. Zie ook de onafhankelijke deskundige prof. Hooymans in deskundigenrapport § 1, p. 2 onder het kopje "Nadeel van alle plombes" en de in voetnoot 6 van het principaal cassatiemiddel vermelde vindplaatsen.

¹⁰⁵ CvA § 6.26. Zie verder ook bijvoorbeeld CvA § 6.32 waar het Radboudumc erop heeft gewezen dat de behandeling van Sassen in latere jaren bij het wel noteren van de Miragelplombe in het dossier niet anders zou zijn geweest.

– minder strikte – eisen werden gesteld aan de dossierplicht. Niet alleen de huidige "claim-cultuur" maakt dat artsen thans gehouden en overigens gewend zijn aan het noteren van alle mogelijk relevante informatie in het dossier, ook wordt het noteren van informatie in het dossier thans veel gemakkelijker gemaakt door het bestaan van een elektronisch dossier. Werd voorheen de patiëntenkaart nog met de hand bijgehouden, thans vult de arts simpelweg een aantal elektronische velden in de computer in. Dit maakt dat artsen thans in staat zijn meer informatie sneller en duidelijker in het medisch dossier te vermelden. Overigens wordt in de huidige maatschappij – mede vanuit de overheid – meer geld vrijgemaakt om artsen in de gelegenheid te stellen voldoende tijd te nemen voor het compleet maken van het medisch dossier. Dit was voorheen – zo ook in 1992 – wel anders. In dat licht dient het vermeende gebrek in het dossier en dus ook het vermeende nalatig handelen van prof. Deutman in 1992 te worden beoordeeld."

3.5. Geen tekortschieten Radboudumc in 1996/1997 (subonderdeel II.3)

3.5.1. In dit subonderdeel klaagt Sassen over het oordeel van het hof in rov. 2.9 dat het Radboudumc Sassen in 1996-1997, jaren na het plaatsen van de plombe, niet eigener beweging behoefde te informeren over het risico van langetermijncomplicaties van de Miragelplombe. Dit subonderdeel valt uiteen in vijf¹⁰⁶ (hoofd)klachten:

- (i) Subonderdeel II.3.1 is gericht tegen het oordeel dat 's hofs Radboudumc niet reeds in 1996 Sassen had moeten informeren;
- (ii) Subonderdeel II.3.2 is gericht tegen 's hofs oordeel dat het Radboudumc niet reeds in 1997 Sassen had moeten informeren;
- (iii) Subonderdeel II.3.3 klaagt dat 's hofs oordeel onbegrijpelijk is voor zover het gebaseerd is op de overweging 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*";
- (iv) Subonderdeel II.3.5 klaagt dat 's hofs oordeel onbegrijpelijk is voor zover het gebaseerd is op de overweging dat "*in of rond 1995 geen waarschuwingen zijn afgegeven door de producent of de U.S. Food and Drug Administration (FDA) dan wel sprake is geweest van een zogeheten "recall"*";

¹⁰⁶ Subonderdeel II.3.4 bevat geen zelfstandige klacht, maar bouwt enkel voort op de voorgaande klachten.

- (v) Subonderdeel II.3.6 is gericht tegen de door het hof overgenomen oordeel van de rechtbank in rov. 2.16 dat geen verplichting bestond om Sassen in 1996-1997 te informeren.
- 3.5.2. Ook hier geldt dat Sassen de grenzen van de cassatietoetsing miskent. 's Hofs oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is in het licht van het partijdebat begrijpelijk en toereikend gemotiveerd, en is voor het overige in cassatie niet toetsbaar.
- 3.5.3. De klachten van **subonderdelen II.3.1 t/m II.3.4** komen er in essentie op neer dat het onbegrijpelijk is dat het hof heeft geoordeeld dat Radboudumc in 1996 resp. 1997 niet bekend was of had moeten zijn met het risico van langetermijncomplicaties van de Miragelplombe. Om die reden zou onjuist en/of onbegrijpelijk zijn 's hofs oordeel dat het Radboudumc Sassen hierover niet had moeten informeren: gelet op de (normatieve) kennis rustte destijds, aldus Sassen, op Radboudumc een informatieplicht. Deze klachten falen bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft immers blijkens EA rov. 2.9 niet geoordeeld dat de door Sassen gestelde informatieplicht ontbrak (alleen) omdat in 1996-1997 de langetermijncomplicaties nog niet bekend zouden zijn geweest. De klachten falen ook nog om andere redenen. Het Radboudumc licht dit als volgt toe.
- 3.5.4. Uit EA rov. 2.9 blijkt dat het hof mede aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd dat in 1997 in het artikel van Hwang et al.¹⁰⁷ de eerste casus van langetermijncomplicaties werd beschreven. Ook heeft het hof onderkend dat de productie van de Miragelplombe in 1995 werd gestaakt, waarbij *"in feite en in rechte niet bekend is geworden om welke reden(en)"* dit was. Het hof heeft echter bij zijn oordeel dat op het Radboudumc in 1996-1997 *geen* verplichting rustte om Sassen te informeren voor het risico van langetermijncomplicaties, juist van belang geacht dat uit het artikel van Roldan-Pallares¹⁰⁸ et al. uit 2007 volgt dat de productie van de Miragelplombe weliswaar in 1995 werd gestaakt, maar dat de plombe nog tot en met medio 2000 werd gebruikt, terwijl ook door Sassen niet wordt betwist dat geen sprake is geweest van een waarschuwing door de producent of de FDA dan wel een *"recall"*. Zoals blijkt uit 's hofs verwijzing naar en overneming van EV rov. 2.16 van de rechtbank, heeft het hof geoordeeld dat er gelet op voornoemde en de in die overweging genoemde omstandigheden van het geval toentertijd geen verplichting voor het Radboudumc bestond om patiënten die met een Miragelplombe waren behandeld (onder wie Sassen) te informeren voor

¹⁰⁷ Dagvaarding productie 7.

¹⁰⁸ Dagvaarding productie 18.

het risico van vanaf die tijd bekend wordende langetermijncomplicaties. De rechtbank overwoog:

"2.16 Het moment waarop de patiënt moet worden geïnformeerd en waarover precies hangt af van de omstandigheden van het geval. Relevante omstandigheden in deze zaak zijn dat de Miragelplombe in de jaren '70 tot midden jaren '90 op grote schaal is gebruikt bij netvliesoperaties. Van de grote groep patiënten bij wie deze plombe is gebruikt, ondervindt ongeveer een tiende deel complicaties. De complicaties zijn van die aard dat patiënten zelf het initiatief nemen om zich onder behandeling te laten stellen, zodat de informatieverstrekking daarvoor niet noodzakelijk is. Zoals hierna zal worden geoordeeld, bestaat geen eenduidige opvatting over het moment waarop de plombe moet worden verwijderd, zij het in ieder geval pas nadat klachten worden ondervonden waarmee de patiënten zich toch al tot het ziekenhuis zouden wenden. Deze omstandigheden bezien in samenhang met de nodeloze onrust die wereldwijd door de informatieverstrekking zou ontstaan bij een grote groep patiënten die geen complicaties hebben en zullen ondervinden en de forse inspanning die een dergelijke grootschalige informatieverstrekking voor dit ziekenhuis, maar ook andere ziekenhuizen meebrengt, brengt de rechtbank tot het oordeel dat in 1996/1997 op het ziekenhuis niet de plicht rustte om alle patiënten bij wie in de voorbije jaren een Miragelplombe was geïmplanteerd, daarover te informeren."

3.5.5. Anders dan de klachten van subonderdelen II.3 (in het bijzonder **subonderdeel II.3.6**) tot uitgangspunt nemen, is het enkel bekend worden met het risico van langetermijncomplicaties verbonden aan een gebruikt medisch hulpmiddel op zichzelf onvoldoende om een informatieplicht aan te nemen zoals door Sassen gesteld. De door Sassen ingeroepen artikelen 7:448 lid 1 en 7:453 BW, of zijn uitleg en waardering van de Kelderluikcriteria, leiden niet tot een dergelijke verplichting. Het hof heeft dan ook zonder schending van enige rechtsregel en begrijpelijkerwijs geoordeeld dat in het geval van de Miragelplombe in 1996-1997, gelet op de hierboven genoemde en geciteerde omstandigheden, een dergelijke verplichting niet bestond.

3.5.6. In gelijke zin heeft het Radboudumc in eerste aanleg betoogd:¹⁰⁹

"6.17 Het artikel van Hwang et al. uit 1997 beschreef de allereerste gezwollen episcleraal geplaatste Miragelplombe die symptomen veroorzaakte. Gelet op het feit dat dit artikel slechts 1 patiënt betrof op de vele duizenden patiënten waarbij de Miragelplombe wereldwijd geplaatst was, was de waarde van dit artikel voor de wetenschap en de gevolgen voor de medische praktijk op dat moment gering. Enige

¹⁰⁹ R-Antwoord CnD § 6.17 en 6.24.

aanleiding om de patiënten massaal te informeren vormde dit artikel, (ook toen) niet. Sterker nog, de Miragelplombe werd ook op dat moment nog door sommige oogartsen (van andere ziekenhuizen) bij patiënten in het oog geplaatst. De eerste artikelen waarin grotere aantallen patiënten werden beschreven, werden pas in 2003/2004 gepubliceerd (Le Rouic, Kearney). In het Radboud ziekenhuis is – toen de omvang van de problematiek duidelijk(er) werd – op basis van de beschikbare informatie, weloverwogen besloten een "expectatief beleid" te voeren (zie § 3.12 – 3.22 van de conclusie van antwoord). Het (preventief) informeren van patiënten zonder symptomatische klachten werd (en wordt nog steeds) niet als zinvol beschouwd omdat dat slechts tot onnodige onrust zou kunnen zorgen. De gedachte was (en is nog altijd) dat patiënten zich uit zichzelf bij de arts zullen melden zodra zij klachten ondervinden, waarna eventuele verwijdering van de plombe kan worden overwogen. In dat verband benadrukt het Radboud ziekenhuis dat ook in 2003/2004 reeds duidelijk was dat – zolang er geen (symptomatische) klachten waren – de plombe beter niet verwijderd kan worden gelet op de risico's op onder meer een (recidief) netvliesloslating. Dit geldt overigens net zo goed voor iedere andere (siliconen) plombe."

6.24 (...) Nogmaals, uitgangspunt is dat slechts die informatie aan de patiënt moet worden verstrekt die hij redelijkerwijze dient te weten over de (normale, voorzienbare) risico's van zijn behandeling. De arts hoeft niet op alle mogelijke risico's te wijzen. Dit betekent dat de artsen in het Radboud ziekenhuis niet in een vroegtijdig stadium hadden behoeven te speculeren over mogelijke risico's op complicaties van de Miragelplombe, zeker zolang Sassen geen (symptomatische) klachten vertoonde. Het Radboud ziekenhuis wijst er volledigheidshalve in dit verband nog op dat uit het rapport van prof. Hooymans volgt dat meer dan 90% van de patiënten waarbij de Miragelplombe is geplaatst überhaupt geen klachten ondervindt en de plombe (dus) niet behoort te worden verwijderd. (...)"

3.5.7. In appel heeft het Radboudumc daaraan toegevoegd:¹¹⁰

"7.21 De informatieplicht is geregeld in artikel 7:448 BW. Sassen geeft een toelichting bij wat onder "redelijkerwijze" in artikel 7:448 BW dient te worden verstaan. Hij verwijst hierbij naar amendement Kohnstamm maar verzuimt daarbij de toelichting bij het amendement volledig weer te geven. Van belang is immers ook de overweging dat "[het] amendement ertoe [strekt] een onderscheid te maken tussen informatie met het oog op het verkrijgen van informed consent en de informatieplicht die de arts in het algemeen ten opzichte van de patiënt heeft. De huidige formulering is te ruim geformuleerd en kan/zal in de praktijk onwerkbaar zijn." Het onderscheid dat hiermee bedoeld wordt, is

¹¹⁰ MvA § 7.21.

dat er in het geval dat de informatieplicht in verband met het toestemmingsvereiste moet leiden tot het verkrijgen van een informed consent meer eisen worden gesteld aan de informatieverschaffing dan in het geval van de algemene informatieplicht. Hierbij spelen praktische overwegingen een rol. Op dit onderscheid ziet "redelijkerwijze". Omdat de informatieplicht in 1996/1997 niet ziet op het verkrijgen van een informed consent kan er dus geconcludeerd worden dat er wat betreft Sassens situatie in 1996/1997 minder zware eisen aan de informatieplicht werden gesteld in het licht van de praktische overwegingen die uit de geciteerde wetsgeschiedenis naar voren komen. De eisen die Sassen aan de informatieplicht stelt, zien vooral op de informatieplicht in het geval van een informed consent en zijn dus niet toepasselijk op de situatie in 1996/1997. Het Radboud Ziekenhuis kan zich daarom in de overwegingen van de rechtbank vinden dat er in 1996/1997 geen informatieplicht op het Radboud Ziekenhuis rustte om alle patiënten bij wie in de voorbije jaren een Miragelplombe was geïmplantéerd, daarover te informeren."

- 3.5.8. Noch de in subonderdeel II.3.1-II.3.3 opgevoerde stelling van Sassen dat het Radboudumc in 1996 het gebruik van de Miragelplombe zou hebben gestaakt, noch de door Sassen in subonderdeel II.3.6 aangevoerde argumenten leiden tot de conclusie dat 's hofs van Sassens betoog afwijkende oordeel – dat naar zijn aard onlosmakelijk met een waardering van de feiten is verweven – onjuist of onbegrijpelijk gemotiveerd is. De klachten falen dus.

3.6. Geen tekortschieten Radboudumc in 2003/2005 (subonderdeel II.4)

- 3.6.1. Dit subonderdeel richt zich tegen 's hofs oordeel in rov. 2.12 dat het Radboudumc geen verwijt kan worden gemaakt dat "Sassen *niet afdoende zou zijn geïnformeerd in de jaren 2002-2003*". Deze klachten zijn ongegrond.
- 3.6.2. In essentie klaagt Sassen in dit subonderdeel dat het hof ten onrechte en/of op onbegrijpelijke wijze zijn betoog heeft verworpen dat hij in 2003 (subonderdeel II.4.1) althans in 2005 (subonderdeel II.4.2) geïnformeerd had moeten worden over de bij hem geplaatste Miragelplombe, de daaraan verbonden risico's van langetermijncomplicaties en behandelmethoden omdat
- a. de langetermijncomplicaties voor Miragelplombes toen bekend waren;
 - b. het duidelijk was c.q. moet zijn geweest voor de behandelende artsen van het Radboudumc dat bij Sassen sprake was van een Miragelplombe en het lange termijn risico van zwelling zich verwezenlijkte;
 - c. Sassen recht had op deze informatie in het kader van het "door *"informed consent"* gewaarborgde zelfbeschikkingsrecht"; en

- d. in de door Sassen aangehaalde literatuur geadviseerd zou worden patiënten te informeren over de langetermijncomplicaties van Miragelplombes en mogelijke behandelmethoden (subonderdeel II.4.3).

- 3.6.3. Met betrekking tot de periode 2003 geldt dat het hof kennelijk – en niet onbegrijpelijk – op basis van het rapport van de onafhankelijke deskundige prof. Hooymans heeft geoordeeld dat de door Sassen gestelde informatieplicht *niet* op het Radboudumc rustte. Prof. Hooymans schreef in haar rapport hierover op p. 9:

"In de periode 2003-2006 had Sassen regelmatig klachten van irritatie, roodheid en tranen. Deze klachten kunnen op een overgevoeligheid wijzen. Als de klachten zich regelmatig herhalen in een oog waarop een plombe/cerclage geplaatst is moet gedacht worden aan een mogelijke relatie. Sassen had op dat moment geïnformeerd moeten worden."

- 3.6.4. Het hof overweegt op dit punt in rov. 2.12:

"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."

- 3.6.5. **Subonderdeel II.4.1** miskent dat het hof op basis van het rapport van prof. Hooymans heeft geoordeeld dat het enkele feit dat sprake was van klachten en dat een Miragelplombe was gebruikt, *niet* leidt tot de door Sassen gestelde informatieplicht. Zoals het Radboudumc in voorwaardelijk incidenteel appel heeft betoogd:¹¹¹

"12.7 (...) Het Radboud Ziekenhuis wijst er in dit verband op dat Sassen in de periode november 2003 tot maart 2005 in het geheel geen bezoeken aan de polikliniek van het Radboud Ziekenhuis heeft gebracht. (...) Gelet op de frequentie van zijn bezoeken aan het Radboud Ziekenhuis voor en na deze periode, kan worden geconcludeerd dat de klachten van "irritatie, roodheid en tranen" in de periode 2003-2005 afwezig waren, althans niet dusdanig ernstig waren dat Sassen zich bij de polikliniek van het Radboud Ziekenhuis heeft gemeld. (...)

12.9 (...) Het Radboud Ziekenhuis wijst erop dat de klachten die Sassen in de periode tussen november 2003 tot april 2005 zou hebben ervaren, in ieder geval niet direct in

¹¹¹ MvA § 12.7 en 12.9.

verband stonden met (zwellen van) de Miragelplombe, maar met het feit dat er een plombe vlak naast de oogspier was aangebracht om de netvliesscheur te bedekken. De klachten van dubbelzien ten gevolge van de naast de oogspier geplaatste plombe waren ook in 1993 – lang voor het zwellen van de plombe – aanwezig. Tot dat moment was er geen reden om over (verwijdering van) de Miragelplombe te spreken. (...)”

- 3.6.6. 's Hofs oordeel is voldoende begrijpelijk gemotiveerd en is in lijn met zijn oordeel dat (ook) in 1996-1997 een dergelijke verplichting niet bestond (zie hiervoor § 3.5).
- 3.6.7. Mede om dezelfde redenen kunnen de cassatieklachten van **subonderdeel II.4.2** tegen 's hofs oordeel over 2005 evenmin tot cassatie leiden. Anders dan het middel tot uitgangspunt neemt, heeft het hof bovendien geoordeeld (en mogen oordelen) dat Sassen toen *"afdoende is geïnformeerd"* over de mogelijkheid en risico's van verwijdering van de (Miragel)plombe. Zo betoogde ook het Radboudumc in incidenteel appel:¹¹²

"12.7 (...) Toen de plombe in april 2005 door de conjunctiva schemerde en lokale roodheid zichtbaar was, heeft prof. Keunen in een open en constructief gesprek alle voordelen en nadelen van de mogelijke behandelopties aan Sassen voorgelegd. Dit blijkt ook uit de getuigenverklaring van prof. Keunen (...) waar prof. Keunen verklaar[t] dat hij alle risico's en behandelmethoden altijd uitvoerig met Sassen heeft besproken en tevens voldoende gelegenheid aan Sassen bood om vragen te stellen. Tijdens die consulten zijn alle risico's zoals diplopie en recidief netvliesloslating met Sassen besproken. Hierop is in gezamenlijk overleg ervoor gekozen om een afwachtende houding aan te nemen, totdat de plombe, uiteindelijk in augustus 2006, daadwerkelijk door de conjunctiva brak en verwijderd moest worden (...)."

- 3.6.8. De informatieplicht van het Radboudumc ging niet zo ver dat Sassen (toen) erover geïnformeerd had moeten worden dat bij hem een Miragelplombe was geplaatst. De meest ernstige risico's van verwijdering van de Miragelplombe waren recidief netvliesloslating en een ruptuur van de oogwand. Het hof wijst in rov. 2.11 erop dat volgens de onafhankelijke deskundige prof. Hooymans deze mogelijke – zeer ernstige – complicaties zowel kunnen optreden bij het verwijderen van een Miragelplombe als bij het verwijderen van een siliconenplombe. Daarbij heeft het hof voorts – met recht en begrijpelijkerwijs, zie hierna § 3.7 – geoordeeld dat de indicatie tot verwijdering van de plombe niet afhangt van de type plombe, maar of sprake is van infectie dan wel doorbreking van de conjunctiva, en een afweging van de klachten tegen de risico's van verwijdering. Het in **subonderdeel II.4.2.3**

¹¹² MvA § 12.7.

herhaalde¹¹³ beroep van Sassen op "het door de 'informed consent' (artt. 7:448 en 7:450 BW) gewaarborgde zelfbeschikkingsrecht" kan evenmin tot cassatie leiden, om de hiervoor in § 3.4.15 en 3.5.5-3.5.7 genoemde redenen. Zoals daar reeds uiteengezet, heeft het hof – terecht en begrijpelijk – gelet op de omstandigheden van het geval geoordeeld dat op het Radboudumc (ook) op deze grond geen informatieplicht rustte.

- 3.6.9. Tot slot is 's hofs oordeel evenmin onbegrijpelijk of ontoereikend in het licht van de stelling van Sassen dat in de literatuur geadviseerd zou zijn om patiënten te informeren over geplaatste Miragelplombes (**subonderdeel II.4.3**). Sassen miskent dat het hof (ook) op dit punt de zienswijze van de onafhankelijke deskundige prof. Hooymans heeft gevolgd. Zij nam juist *geen* algemene waarschuwingsplicht aan (zie hiervoor § 3.6.3-3.6.4). Aldus betoogde ook het Radboudumc in appel:¹¹⁴

"12.10 Op basis van het voorgaande in samenhang met de bevindingen van prof. Hooymans, kan niet geconcludeerd worden dat de artsen van Sassen niet aan de op hen rustende informatieplicht hebben voldaan. Het uitgangspunt is dat slechts die informatie aan de patiënt moet worden verstrekt die hij redelijkerwijze dient te weten over de (normale, voorzienbare) risico's van zijn behandeling (...). De arts hoeft niet op alle mogelijke risico's te wijzen. Dit betekent dat de artsen in het Radboud Ziekenhuis niet in een vroegtijdig stadium hadden behoeven te speculeren over mogelijke risico's op complicaties van de Miragelplombe, zeker zolang Sassen geen voor de Miragelplombe typerende klachten vertoonde. Op het moment dat bleek dat deze informatie voor Sassen relevant werd en duidelijk was dat de kans op complicaties bij Sassen reëel was geworden, is Sassen uitgebreid geïnformeerd (...)."

- 3.6.10. Anders dan het middel tot uitgangspunt neemt, was het hof niet gehouden zijn bij uitstek feitelijke en onlosmakelijk met de waardering van het deskundigenrapport en het partijdebat verweven beslissing op dit punt (nog) meer te motiveren dan het heeft gedaan. De klachten van dit onderdeel falen dan ook eveneens.

3.7. Onaannemelijkheid keuze eerder verwijderen plombe (subonderdeel II.5)

- 3.7.1. In dit subonderdeel klaagt Sassen over het oordeel van het hof in EA rov. 2.11 dat het onaannemelijk is dat Sassen ervoor gekozen zou hebben de plombe eerder te laten verwijderen indien hij erover zou zijn geïnformeerd dat bij hem een

¹¹³ Zie subonderdeel II.2.2.2.

¹¹⁴ MvA § 12.10

Miragelplombe was geplaatst en dat daaraan mogelijk langetermijncomplicaties waren verbonden. Ook deze klachten kunnen niet tot cassatie leiden.

- 3.7.2. Volgens **subonderdeel II.5.1.1** zou het hof in dit kader ten onrechte of op onbegrijpelijke wijze leidend hebben geacht dat sprake was van een door het Radboudumc gevoerde expectatieve (afwachtend) beleid en dat dit beleid juist was.
- 3.7.3. Anders dan het middel klaagt, geeft 's hofs oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het evenmin onbegrijpelijk. Het hof heeft bij de beantwoording van de vraag of Sassen in het door hem bepleite hypothetische scenario eerder gekozen zou hebben voor het verwijderen van de plombe terecht en begrijpelijkerwijs onderzocht wat Sassen aannemelijkerwijs "*als redelijk handelend patiënt*" zou hebben gedaan. Van een 'non-sequitur', zoals in subonderdeel II.5.1.1 wordt gesteld, is dan ook geen sprake.
- 3.7.4. Het oordeel van het hof is bovendien in lijn met de zienswijze van de onafhankelijke deskundige prof. Hooymans (zie p. 10 deskundigenrapport):

"(...) het is de vraag of Sassen met de wetenschap van de risico's op een recidief netvliesloslating en het optreden van een scleraruptuur, voor het verwijderen van de plombe had gekozen. Een scleraruptuur kan onherstelbare schade aan het oog geven tot blindheid toe. Gezien de ernst van deze complicaties acht ik die kans klein. (...)"

- 3.7.5. Dienovereenkomstig heeft het Radboudumc betoogd:¹¹⁵

"6.26 Bij weging van het bewijs van de stelling van Sassen dat hij de plombe eerder had laten verwijderen, althans voor een andere behandeling zou hebben gekozen wanneer hij "voldoende" zou geïnformeerd, geldt als uitgangspunt wat een redelijk handelend en redelijk denkend patiënt onder die omstandigheden zou hebben gedaan (zie Hoge Raad op 1 december 2000, TvGR 2001, 47). Het Radboud ziekenhuis heeft reeds bij conclusie van antwoord uitgebreid gemotiveerd betwist dat Sassen, als hij de risico's op (lange termijn) complicaties van de Miragelplombe eerder zou hebben vernomen, hij had gekozen voor een eerdere (preventieve) verwijdering van de plombe dan thans het geval is geweest (§ 6.17 t/m 6.19 CvA). Nogmaals, de klachten van Sassen stonden tot 2005 in ieder geval niet in direct verband met de zwellende Miragelplombe, maar met het feit dat er een plombe in zijn oog was geplaatst. Deze klachten zouden bij verwijdering van de plombe niet verdwijnen en zelfs kunnen verergeren, gelet op de kans op ernstige complicaties bij verwijdering van de plombe. Derhalve is het onaannemelijk dat Sassen eerder voor verwijdering van de plombe had gekozen."

¹¹⁵ R-Antwoord CnD § 6.26.

3.7.6. In **subonderdeel II.5.1.2** klaagt Sassen dat 's hofs oordeel onjuist en/of onbegrijpelijk is voor zover het erop gebaseerd zou zijn dat door het Radboudumc (bewust) beleid zou zijn gevoerd en dat dit beleid in zou houden dat een Miragelplombe pas bij infectie dan wel doorbreking van de conjunctiva wordt verwijderd. Deze klacht kan niet slagen omdat deze uitgaat van een verkeerde lezing van 's hofs arrest en daarmee feitelijk grondslag ontbeert. Uit 's hofs EA rov. 2.11 blijkt immers dat 's hofs oordelen dat niet aannemelijk is dat Sassen "*als redelijk handelend patiënt*" voor eerdere verwijdering zou hebben gekozen, en dat het Radboudumc geen verwijt kan worden gemaakt van het bij Sassen gevoerde expectatieve beleid, in de kern op de navolgende gronden is gebaseerd:

- a. Uit het deskundigenrapport van prof. Hooymans volgt dat een geïnfecteerde plombe moet worden verwijderd en dat dit ook moet gebeuren bij doorbreken van de plombe door de conjunctiva.
- b. Uit het deskundigenrapport van prof. Hooymans blijkt voorts dat het verwijderen van een plombe (zowel Miragelplombe als siliconenplombe) het risico meebrengt van een scleraperforatie en een recidiverende netvliesloslating (welk laatste risico zich in 2006 bij Sassen heeft verwezenlijkt). Dit zijn twee ernstige complicaties.
- c. Prof. Hooymans beschrijft dat de risico's van het verwijderen van een (gezwollen) plombe moeten worden afgewogen tegen de klachten van de patiënt.
- d. De plombe is (grotendeels) verwijderd in 2006 toen sprake was van uitstoting door de conjunctiva: dit was ook volgens prof. Hooymans een hard criterium voor verwijdering.
- e. Het hof verwerpt de stelling van Sassen dat de plombe medio 2003 (in zijn geheel) verwijderd had moeten worden omdat hij toen klachten uitte en zwelling van de plombe werd geconstateerd. Het hof volgt de opinie van prof. Hooymans dat vanwege de (operatie)risico's de klachten van roodheid en irritatie zo lang mogelijk (moeten) worden behandeld met antibiotica en/of corticosteroïden. Het hof neemt in aanmerking dat prof. Hooymans het feit dat de gezwollen plombe in november 2003 zichtbaar was (naast de aanwezigheid van klachten) *niet* benoemt als (hard) criterium voor verwijdering.
- f. Omdat het (zeer) ernstige risico van scleraperforatie en/of recidief netvliesloslating zowel optreedt bij het verwijderen van een siliconenplombe

als de Miragelplombe is volgens het hof "*niet zo relevant*" of de behandelende artsen wisten of sprake was van een Miragelplombe.

- g. Gelet op de risico's bij verwijdering, oordeelt het hof dat niet aannemelijk is dat Sassen toentertijd als redelijk handelend patiënt zou hebben gekozen voor verwijdering indien hij had geweten dat een Miragelplombe was gebruikt.
- h. Het hof maakt daarbij EV rov. 2.22 t/m 2.24 van de rechtbank tot de zijne. Daarin wordt onder meer uit het deskundigenrapport van prof. Hooymans geciteerd (rov. 2.23, p. 9) dat het risico op een netvliesdefect *niet* kleiner zou zijn geweest indien de Miragelplombe eerder was verwijderd ("*... Ook geldt dat als een plombe langer in situ is gebleven de kans op een recidief netvliesloslating kleiner is. (...) Het eerder "verwijderen van de plombe zou dus bij Sassen die ten gevolge van zijn myopie zeker zwakke plekken in zijn netvlies heeft het risico op het krijgen van een netvliesdefect niet verkleind hebben. (...)*"). In EV rov. 2.24 overweegt de rechtbank (onderstreeping toegevoegd):

"2.24. Volgens de deskundige is er dus geen internationaal geldend reactief beleid op grond waarvan de plombe systematisch bij eerste klachten of tekenen van zwelling moet worden verwijderd. Dat in door Sassen aangehaalde artikelen, die de deskundige overigens ook in haar overwegingen heeft betrokken, verwijdering van plombes na het ondervinden van klachten of zwelling worden beschreven, rechtvaardigt nog niet het standpunt dat dat het geldende beleid is. In het geval van Sassen acht de deskundige het, mede vanwege de zwakke plekken in het netvlies van Sassen, juist dat een afwachtend beleid is gevoerd en dat niet reeds in 2003 en 2005, toen Sassen klachten ondervond, tot verwijdering is overgegaan. Aan dit specifiek op de medische toestand van Sassen toegespitste oordeel hecht de rechtbank meer betekenis dan aan de door Sassen aangehaalde artikelen en de brief van Roldan-Pallares, die, zoals zij zelf ook schrijft, niet bekend is met de pathologie van het oog van Sassen, zijn medische voorgeschiedenis en eerder ondergane operaties. De rechtbank oordeelt dan ook op basis van het deskundigenbericht dat het bij Sassen gevoerde afwachtende beleid juist is geweest. De behandelaars van Sassen hebben kortom gehandeld zoals van redelijk vakbekwaam en redelijk handelend oogartsen mocht worden verwacht."

- 3.7.7. Het door het hof – met overneming van de opinie van de onafhankelijke deskundige prof. Hooymans – als juist beoordeelde beleid van het Radboudumc hield dus *niet* in dat een (Miragel)plombe pas dan verwijderd werd indien sprake was van infectie of doorbreking van de conjunctiva, maar dat (ook) steeds een afweging moet worden gemaakt tussen de (zowel voor Miragel als

siliconenplombes geldende) risico's van verwijdering en de klachten van de patiënt.

3.7.8. **Subonderdeel II.5.2** heeft geen zelfstandige betekenis naast de erop voortbouwende subonderdelen II.5.3 en II.5.4.

3.7.9. Het aan Miragelplombes verbonden fragmentatierisico is in de beoordeling van het hof kennelijk geen relevante factor bij de (redelijke) afweging om wel of niet over te gaan tot verwijdering. Daarmee missen de klachten van **subonderdeel II.5.3** die tot uitgangspunt nemen dat het hof dit wel relevant acht, feitelijke grondslag.

3.7.10. De klachten van **subonderdeel II.5.4**, dat het hof op onbegrijpelijke wijze het betoog van Sassen heeft verworpen dat – gelet op de literatuur en aan het blijven zwellen van de Miragelplombe verbonden risico's – reeds bij de eerste tekenen¹¹⁶ de plombe verwijderd had moeten worden, miskent dat 's hofs andersluidende oordeel een bij uitstek feitelijk beslissing is, die aan het hof als feitenrechter is voorbehouden. Het hof heeft deze stelling van Sassen expliciet besproken en – onder verwijzing naar de opinie van de onafhankelijke door de rechtbank benoemde deskundige prof. Hooymans – gepasseerd (zie hiervoor § 3.7.6.e en 3.7.6.h). Niet gezegd kan worden dat 's hofs oordeel op dit punt onbegrijpelijk is of dat het nadere motivering zou behoeven, een en ander gelet op de (beperkte) eisen die aan de motivering van een dergelijke beslissing kunnen worden gesteld (zie § 3.1.2).

3.7.11. Tot slot is juist wel (zeer) goed begrijpelijk dat het hof – anders dan **subonderdeel II.5.5** klaagt – "*niet zo relevant*" heeft geacht of de behandelende artsen destijds wisten dat sprake was van een Miragelplombe. In navolging van de onafhankelijke deskundige prof. Hooymans en de rechtbank heeft het hof immers beslissende betekenis gehecht aan de zeer ernstige risico's van recidief netvliesloslating en/of scleraperforatie, welke risico's ook gelden bij het verwijderen van siliconenplombes.

3.8. Compenseren proceskosten (subonderdeel II.6)

3.8.1. In dit subonderdeel klaagt Sassen, tot slot, dat het hof ten onrechte de proceskosten in beide feitelijke instanties heeft gecompenseerd, in plaats van het Radboudumc in de proceskosten te veroordelen. Volgens het middel zou het hof hebben miskend dat het Radboudumc als "*in het ongelijk gestelde partij*" op grond van artikel 237 Rv in de proceskosten veroordeeld dient te worden. Er zou – aldus

¹¹⁶ Klachten en zichtbare zwelling van de plombe.

Sassen – geen ruimte zijn voor een compensatie van proceskosten omdat in het dictum zijn vordering is toegewezen.

- 3.8.2. Deze klacht ontbeert belang indien een van de andere over en weer aangevoerde cassatieklachten slaagt, omdat uw Raad of het verwijzingshof in dat geval hoe dan ook een nieuwe beslissing moet nemen over de proceskosten.
- 3.8.3. Ook inhoudelijk bezien kan deze klacht niet tot cassatie leiden. Art. 237 Rv biedt de rechter de (discretionaire) mogelijkheid om de proceskosten te compenseren *"indien partijen over en weer op enkele punten in het ongelijk zijn gesteld."* Zoals het hof in rov. 3.2 overweegt, heeft het hof op deze grond besloten tot compensatie over te gaan:

"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. (...)"

- 3.8.4. Dit oordeel is noch onjuist, noch onbegrijpelijk. Weliswaar is in het dictum de vordering van Sassen toegewezen, maar de daarin uitgesproken verklaring voor recht en veroordeling tot schadevergoeding nader op te maken bij staat is uitsluitend gebaseerd op de *enige* door het hof (ten onrechte, zoals in het principale beroep wordt betoogd) gegrond bevonden vorderingsgrondslag, te weten aansprakelijkheid voor een ongeschikte medische hulpzaak ex artikel 6:77 BW. Alle andere grondslagen en verwijten waarop Sassen deze vordering ook had gebaseerd,¹¹⁷ zijn door het hof – terecht – verworpen. Voor het antwoord op de vraag tot welke schade een tekortkoming heeft geleid – en welke schade door het Radboudumc eventueel¹¹⁸ zou moeten worden vergoed – is beslissend *welke tekortkoming* en daarmee dus *welke vorderingsgrondslag(en)* door de rechter gegrond worden bevonden. Het oordeel van het hof impliceert dus afwijzing van

¹¹⁷ Zoals tekortschieten in 1992 door keuze voor de Miragelplombe, ontoereikende informatievergathering, ontbreken toestemming en schenden dossierplicht (subonderdeel II.2, zie contra § 3.4); tekortschieten in de informatievergathering in 1996-1997 (subonderdeel II.3, zie contra § 3.5); tekortschieten in de informatievergathering en behandeling in 2003-2005 (subonderdelen I.1, II.1 en II.4-II.5, zie contra § 3.2, 3.6-3.7).

¹¹⁸ Het principaal cassatieberoep bestrijdt 's hofs oordeel dat het Radboudumc ex artikel 6:77 BW jegens Sassen aansprakelijk zou zijn. Daarnaast heeft het hof nog geen oordeel uitgesproken over de vraag of en in hoeverre de door Sassen gestelde schade in causaal verband staat met (artikel 6:162 BW) resp. in redelijkheid causaal kan worden toegerekend aan (artikel 6:98 BW) het gebruik van de Miragelplombe (dan wel een van de andere door Sassen aangevoerde vorderingsgrondslagen). Alleen ten aanzien van de vraag of Sassen niet voor een Miragelplombe zou hebben gekozen indien hierover met hem was gesproken in 1992 (zie hof rov. 2.7 juncto rechtbank rov. 2.12) en in het kader van Sassen's verwijten in de periode 2003-2005 heeft het hof (rov. 2.11) – in navolging van de rechtbank (rov. 2.22-2.24) – geoordeeld dat geen sprake is van csqn-verband, zie subonderdeel II.5 en contra § 3.7). Een debat en beslissing hierover zal in een eventuele schadestaatprocedure nog plaats moeten vinden.

schadevergoeding voor zover deze wel kan worden gebaseerd op een van de verworpen vorderingsgrondslagen, maar niet op de enige gegrond bevonden vorderingsgrondslag.

- 3.8.5. Daarmee onderscheidt de beslissing van het hof in deze zaak zich wezenlijk van die welke aan de orde waren in de uitspraken van uw Raad van 12 augustus 2005¹¹⁹ en 30 september 2005.¹²⁰ In deze zaken waren de vorderingen van de appellant in eerste aanleg afgewezen, welke afwijzing door het hof in hoger beroep werd bekrachtigd, zij het – in verband met het slagen van een of meer grieven – op andere gronden. Uw Raad heeft bepaald dat in dat geval de appellant als "in het ongelijk gestelde partij" in de zin van artikel 237 Rv dient te worden aangemerkt. In dit geval heeft het hof weliswaar het vonnis waarvan beroep vernietigd en de vordering (het petitum) van Sassen toegewezen, maar deze toewijzing geldt slechts voor zover die vordering gebaseerd is op artikel 6:77 BW, terwijl het hof alle andere vorderingsgrondslagen uitdrukkelijk heeft verworpen. In een zodanig geval staat artikel 237 Rv toe dat de rechter de proceskosten compenseert.
- 3.8.6. Dat het afwijzen van de andere vorderingsgrondslagen van Sassen relevant is voor het schadevergoedingsdebat, vindt overigens bevestiging in het feit dat het incidentele cassatieberoep van Sassen geheel onvoorwaardelijk is ingesteld en dus niet slechts voor het geval het principaal cassatieberoep zou slagen.
- 3.8.7. Het hof heeft derhalve artikel 237 Rv niet miskend. Zijn beslissing op dit punt is ook toereikend gemotiveerd, zodat ook deze cassatieklacht verworpen moet worden.

4. Conclusie

- 4.1. Het Radboudumc handhaaft haar conclusie tot vernietiging in het principale cassatieberoep en concludeert in het incidentele cassatieberoep tot verwerping, kosten rechtens.


Advocaten

¹¹⁹ HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT3084, *NJ* 2006/98 (*Steger/Talsma*), rov. 4.3.

¹²⁰ HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS8376, (*ECC/Cellular One*), rov. 3.4.