

49 Schriftelijke toelichting Sassen 12-07-2019

Hoge Raad der Nederlanden

Zitting: 12 juli 2019

Zaaknummer: 19/00962

SCHRIFTELIJKE TOELICHTING

van mrs. J.H.M. van Swaaij en J.M. Moorman

inzake:

J.H. SASSEN / STICHTING KATHOLIEKE UNIVERSITEIT (UMC ST. RADBOUD ZIEKENHUIS)

Edelhoogachtbaar College!

A. INLEIDING

1. De kern van het principaal cassatieberoep betreft de vraag of het risico van de ongeschikte hulpzaak, de Miragelpombe, gedragen moet worden door Sassen als patiënt of door het Radboudumc als zorgaanbieder. De wet geeft in art. 6:77 BW een heldere hoofdregel: toerekening van de tekortkoming, tenzij dat onredelijk is. Het middel bevat (terecht) geen klacht met de strekking dat deze hoofdregel niet onverkort zou gelden in gevallen betreffende medische aansprakelijkheid. Derhalve draagt het Radboudumc als zorgaanbieder in de regel het risico voor door haar gebruikte hulpzaken (in casu: de Miragelpombe). Het Radboudumc heeft zich (onder meer) op het standpunt gesteld dat toerekening in casu onredelijk zou zijn (dus: de ‘tenzij’ van art. 6:77 BW). Het Hof heeft het Radboudumc in dit standpunt niet gevolgd. Zijn concluderende oordeel in rov. 2.18 en 2.22 is dat toerekening niet onredelijk is. Onderdeel 3 bestrijdt dit oordeel, maar het is noch onjuist, noch onbegrijpelijk. Het vindt alle steun in het vorig jaar verschenen uitvoerige proefschrift van Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken. In de samenvatting ervan komt zij tot de weloverwogen conclusie:

„Het risico dat voortvloeit uit het gebruik van een hulpzaak dient in beginsel voor rekening van de hulpverlener te komen. De tenzij-formule betreft een redelijkheidsexceptie en de redelijkheid zal niet snel gebieden dat het risico voor rekening van een consument, zoals een patiënt, moet komen in plaats van voor rekening van een professionele opdrachtnemer, zoals de hulpverlener.”¹

In casu nopen de omstandigheden van het geval er niet toe om het risico van de Miragelpombe – in afwijking van de hoofdregel van art. 6:77 BW – voor rekening van Sassen als patiënt te laten komen, zoals het Hof in rov. 2.15 t/m 2.22 niet onjuist en/of onbegrijpelijk geoordeeld heeft. Het principaal cassatieberoep moet daarom verworpen worden.

1. J.T. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (R&P nr. CA19) 2018, blz. 348.

2. Bij het incidenteel cassatieberoep gaat het om twee middelen. Middel I, onderdeel 1, betreft 's Hof's beslissing in rov. 3 van het tussenarrest om geen acht te slaan op Sassens nieuwe grief.² Middel I, onderdeel 2, betreft het door het Hof geheel op eigen initiatief en aldus in strijd met art. 200 lid 1 Rv horen van N. Crama als partijdeskundige bij gelegenheid van pleidooi.

De kern van middel II ziet op het door het Radboudumc niet in staat stellen van Sassen om gebruik te maken van zijn door de 'informed consent' gewaarborgde zelfbeschikkingsrecht. Sassen is door het Radboudumc steeds niet geïnformeerd over de mogelijke langetermijncomplicaties van de Miragelplombe, waardoor zowel de behandeling in 1992, waarbij de Miragelplombe geplaatst werd, als de behandeling in 2003-2006, die uiteindelijk geleid heeft tot de (door fragmentatie slechts gedeeltelijke) verwijdering van deze Miragelplombe, niet berust op een geïnformeerde toestemming van Sassen. Middel II bestrijdt als onbegrijpelijk 's Hof's oordeel (eindarrest, rov. 2.7) dat er ten tijde van de Sassens operatie op 6 juli 1992 „*geen enkel vermoeden*” zou hebben bestaan van de mogelijke langetermijncomplicaties van de Miragelplombe. Immers, in 1992 was door het artikel van Marin et al reeds bekend dat de Miragelplombe en de Maiplombe „*the same chemical composition*”³ hadden, zodat het door Marin et al geuite vermoeden dat deze complicaties van de Maiplombe zich ook zouden kunnen voordoen bij de (dus: uit hetzelfde chemische materiaal als de Maiplombe samengestelde) Miragelplombe, alleszins gerechtvaardigd was. Sassen heeft gesteld dat hij over deze complicaties op de lange termijn (althans over dit vermoeden) geïnformeerd had moeten worden (art. 7:448 BW) in het kader van de door hem te geven toestemming (art. 7:450 BW) voor de behandeling van zijn netvliesscheur met een siliconen plombe of Miragelplombe (middel II, onderdeel 2). Tevens gaat het bij middel II om het door het Radboudumc evenmin ná de operatie informeren van Sassen. Het gaat hier *zowel* om de periode 1996/1997 (middel II, onderdeel 3), *als* de periode die aanbrak toen de langetermijncomplicaties – zwellen en fragmenteren – van de Miragelplombe zich in het najaar van 2003 bij Sassen daadwerkelijk begonnen te manifesteren (middel II, onderdeel 4). Zelfs ondanks dit manifesteren is Sassen niet over deze langetermijncomplicaties geïnformeerd. De door het Radboudumc bij Sassen toegepaste behandeling, het (kort gezegd) zo lang mogelijk wachten met verwijdering van de zwellende en fragmenterende Miragelplombe ('expectatief beleid') steunt niet op een geïnformeerde toestemming van Sassen daarvoor, terwijl aannemelijk is dat Sassen, juist gezien de (specifieke) risico's van de Miragelplombe en de op deze risico's gebaseerde buitenlandse literatuuraanbevelingen, ervoor gekozen zou hebben om de Miragelplombe bij de eerste tekenen van zwelling te

2. J.T. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (R&P nr. CA19) 2018, blz. 348.

3. Middel II, onderdeel 1 sluit daarop aan.

verwijderen (middel II, onderdeel 5). Gezien dit alles, is het Radboudumc jegens Sassen niet alleen risico-aansprakelijk op grond van het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak), maar ook schuldaansprakelijk op grond van het consequent niet informeren van Sassen.

B. VERWEER TEGEN HET PRINCIPALE MIDDEL

3. De kern van het principaal cassatieberoep betreft (dus) de vraag of het risico voor de ongeschikte Miragelplombe gedragen moet worden door Sassen als patiënt of door het Radboudumc als zorgaanbieder. Wat betreft de hoofdregel van art. 6:77 BW rust dit risico op het Radboudumc als zorgaanbieder. 's Hofs concluderende oordeel in rov. 2.18 en 2.22 dat toerekening in de zin van art. 6:77 BW niet onredelijk is, komt erop neer dat deze hoofdregel in casu geen uitzondering lijdt. Het Hof geeft daarmee geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en heeft wat betreft zijn motivering geen, laat staan onoverkomelijke, steken laten vallen.
4. Waarom het tegen het eindarrest gerichte middel niet tot cassatie kan leiden, wordt hierna uiteengezet in hoofdstukdelen **B.1** t/m **B.3**.

B.1 Verweer tegen onderdeel 1: het Radboudumc is tekortgeschoten

5. Onderdeel 1 betreft in essentie 's Hofs oordeel in rov. 2.16 en 2.17, in het bijzonder rov. 2.17, dat het Radboudumc tegenover Sassen tekortgeschoten is door het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak. Het onderdeel bevat vijf subonderdelen (genummerd 1.1 t/m 1.5).

Subonderdeel 1.1: gebruik van gebrekkige hulpzaak leidt tot tekortkoming

6. Subonderdeel 1.1 klaagt **(1)** dat het Hof ten onrechte tot uitgangspunt genomen heeft dat het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak (zonder meer) een tekortkoming oplevert, **(2)** dat het Hof miskend heeft dat de vraag of sprake is van een tekortkoming, beantwoord moet worden door een vergelijking te maken tussen (kort gezegd) de verschuldigde prestatie en de ontvangen prestatie, en **(3)** dat, indien het Hof tot uitgangspunt genomen zou hebben dat art. 6:77 BW „op zichzelf tot aansprakelijkheid kan leiden”, dit oordeel „dus ook” onjuist is.

7. De hiervóór in § 6 bij (3) vermelde klacht mist feitelijke grondslag. In rov. 2.16 heeft het Hof immers vooropgesteld dat art. 6:74 BW bepaalt dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar verplicht de schade te vergoeden die de schuldeiser daardoor lijdt, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend, en dat art. 6:77 BW⁴ bepaalt dat, indien bij de uitvoering van een verbintenis gebruik gemaakt wordt van een zaak die daartoe ongeschikt is, de tekortkoming die daardoor ontstaat de schuldenaar toegerekend wordt, 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. Uit deze rov. 2.16 blijkt dat derhalve het Hof niet tot uitgangspunt genomen heeft dat art. 6:77 BW op zichzelf tot aansprakelijkheid zou kunnen leiden.
- N.B. Overigens blijft niet onvermeld dat het Radboudumc in haar memorie van antwoord zelf het kopje gebruikt „8. *Aansprakelijkheid op grond van art. 6:77 BW*”.
8. Bij de bespreking van de hiervóór in § 6 bij (1) en (2) vermelde klachten zij het volgende vooropgesteld. Het begrip ‘tekortkoming’ in de nakoming van een verbintenis omvat alle gevallen waarin hetgeen de schuldenaar verricht in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt.⁵ Of sprake is van een tekortkoming, wordt derhalve beoordeeld door een vergelijking te maken tussen (kort gezegd) de verschuldigde prestatie en de ontvangen prestatie. Het begrip ‘tekortkoming’ heeft verder een neutrale betekenis: het impliceert als zodanig geen verwijt.⁶ Dit brengt mee dat bij de beantwoording van de vraag of een schuldenaar tekortgeschoten is, geabstraheerd moet worden van omstandigheden die de vraag betreffen of de tekortkoming aan de schuldenaar *toegerekend* kan worden. Bij de beantwoording van de vraag of een schuldenaar tekortgeschoten is, is derhalve niet van belang of de schuldenaar een verwijt treft (en de tekortkoming derhalve aan zijn schuld te wijten is), of de tekortkoming anderszins voor zijn risico komt.
9. Wat betreft de vraag of het gebruik van een ongeschikte hulpzaak zonder meer een tekortkoming oplevert, is het niet eenvoudig om de *tekortkoming* (art. 6:74 BW) enerzijds en de *ongeschiktheid* van de hulpzaak (art. 6:77 BW) anderzijds steeds van elkaar te onderscheiden. Het dringt zich op dat een verbintenis vergt dat voor de nakoming ervan geen ongeschikte hulpzaak gebruikt wordt, zodat het gebruik van een ongeschikte

4. Als andere invulling van de in art. 6:75 BW vermelde toerekening krachtens wet.

5. Asser/Sieburgh 6-I 2016/317. Zie ook Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 1990, blz. 1247 (nr. 7): „Verder moet in het oog worden gehouden dat dit zeer algemene begrip blijkens de Parlementaire geschiedenis van Boek 6, p. 258, tweede alinea, is gekozen teneinde daarmee inderdaad alle gevallen te omvatten waarin in enigerlei wijze wordt achtergebleven „bij wat de verbintenis vergt”.”

6. Asser/Sieburgh 6-I 2016/318.

hulpzaak, althans in beginsel, leidt tot een tekortkoming in de nakoming van deze verbintenis. In rov. 2.17 (in fine) oordeelt het Hof (dan) ook: „*In beginsel leidt, volgens de hoofdregel in artikel 6:77 BW, het gebruik van een gebrekkige medische hulpzaak tot een tekortkoming bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst.*”

10. De wet biedt steun voor het standpunt dat een schuldenaar in beginsel tekortschiet, indien hij een ongeschikte hulpzaak gebruikt. Art. 6:77 BW gaat er immers van uit, althans lijkt daarvan uit te gaan, dat een tekortkoming ontstaat door het bij de uitvoering van een verbintenis gebruik maken van een ongeschikte hulpzaak:

„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 {...}.”⁷

Art. 6:77 BW bepaalt (bijvoorbeeld) niet:

„Wordt bij de uitvoering van een verbintenis gebruik gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, dan wordt, indien daardoor een tekortkoming ontstaat, deze tekortkoming de schuldenaar toegerekend, tenzij {...}.”

11. De wetsgeschiedenis biedt eveneens steun voor het standpunt dat het gebruik van een ongeschikte hulpzaak een tekortkoming oplevert. Specifiek „*met betrekking tot de aansprakelijkheid van ziekenhuizen en specialisten*”⁸ en onderkennende dat bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst „*in het algemeen niet een bepaald resultaat [zal] zijn toegezegd*”, is van regeringszijde naar voren gebracht dat, indien sprake is van „*een ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek*”, een rechter de aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis („*van geval tot geval*” oordelend) kan afwijzen „*aan de hand van het slot van artikel 3a*” (dus: de tenzij-formule van art. 6:77 BW).

Zie: M.v.A. II, Parl. Gesch. Boek 6 BW, blz. 271-272:

„Wat de aansprakelijkheid betreft voor bij de behandeling gebruikte zaken, als apparatuur en de in het voorlopig verslag genoemde ampullen en andere geneesmiddelen, meent de ondergetekende dat voorzichtigheid is geboden. Ten aanzien van de overeengekomen geneeskundige behandeling zal in het algemeen niet een bepaald resultaat zijn toegezegd. Niettemin zal van het ziekenhuis, van de behandelende geneesheer en van de hem assisterende personen een grote mate van zorgvuldigheid kunnen worden geëist ten aanzien van de geschiktheid van de apparatuur en de geneesmiddelen die voor de voorgenomen behandeling aangewend zullen moeten worden. Daarmee zijn immers zwaarwegende belangen betreffende leven en gezondheid van de patiënt

7. Onderstrepingen in citaten zijn steeds toegevoegd.

8. Geciteerd is uit Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, M.v.A. II, blz. 271.

gemoeid. Is een zodanige zorg in acht genomen, maar blijkt de zaak te falen, omdat zij door de producent daarvan in het verkeer is gebracht met een ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek, dan ligt naar de mening van de ondergetekende in de eerste plaats een aansprakelijkheid van deze producent voor de hand. Hij meent daarom dat het nieuwe wetboek in deze soortgelijke gevallen de mogelijkheid moet openlaten een vordering te dezer zake tegen de arts of het ziekenhuis af wijzen. In het gewijzigd ontwerp zal de rechter tot deze oplossing kunnen komen aan de hand van het slot van artikel 3a, terwijl hij voor de aansprakelijkheid van de producent zal hebben te letten op hetgeen daaromtrent nog zal moeten worden bepaald in afdeling 6.3.3. Tevens wordt aldus de weg voor een verdere ontwikkeling opengelaten. De ondergetekende geeft daaraan ook hierom de voorkeur, omdat hetgeen hier van geval tot geval behoort te gelden mede afhankelijk zal zijn van de maatschappelijke opvattingen, terwijl deze opvattingen thans in beweging zijn.”

Dat een rechter een vordering tegen het ziekenhuis en/of de specialist kan *afwijzen* met toepassing van de tenzij-formule van art. 6:77 BW, bevestigt het uitgangspunt dat aansprakelijkheid in de regel *aangenomen* moet worden. De aansprakelijkheid berust onmiskenbaar hierop, dat het ziekenhuis en/of de specialist tekortgeschoten is in de nakoming van de behandelingsovereenkomst, indien bij de behandeling een daarvoor ongeschikte medische hulpzaak gebruikt is. Derhalve dringt zich op dat het gebruik van een gebrekkige hulpzaak reeds leidt tot een tekortkoming in de nakoming van de behandelingsovereenkomst.

Zie (over gevallen waarin geen persoonlijke verwijtbaarheid aangetoond kan worden) ook:

- Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, M.v.A. II, blz. 270:

„Dit neemt niet weg dat de ondergetekende met de meerderheid van de Commissie ook in deze gevallen in de regel aansprakelijkheid zou willen aannemen, zulks in overeenstemming met het ook in het voorlopig verslag aangehaalde arrest H.R. 13 december 1968, N.J. 1969, 174 (Polyclens). Een regel van deze strekking is in het gewijzigd ontwerp opgenomen in een nieuw artikel 3a. Anders dan de meerderheid van de Commissie meent de ondergetekende evenwel dat in deze regel tevens tot uiting moet worden gebracht dat daarop uitzonderingen mogen worden aangenomen aan de hand van de in de slotzinsnede van het artikel omschreven maatstaf. Er bestaat hier verschil met artikel 3 dat een regel bevat die op zichzelf reeds een meer beperkte strekking heeft.”

12. Tegen voornoemd standpunt (dus: dat een schuldenaar in beginsel tekortschiet, indien hij een ongeschikte hulpzaak gebruikt) valt in te brengen dat het ertoe leidt dat vrij snel sprake is van een tekortkoming.
13. Een voorbeeld. Bij een verhuizing moet een piano via het balkon het huis uitgetakeld worden. De piano weegt 300 kg. Het ingeschakelde takelbedrijf gebruikt een kabel die (volgens de specificaties ervan) geschikt is voor takelklussen tot 150 kg. Het dringt zich op

dat in dit voorbeeld onjuist is om aan te nemen dat de kabel, ondanks dat hij (volgens de specificaties ervan) geschikt is voor takelklussen tot 150 kg, in de zin van art. 6:77 BW geschikt is om een piano van 300 kg te tillen. Weliswaar is deze kabel als zodanig niet gebrekkig, maar hij is ongeschikt voor het beoogde doel (300 kg > 150 kg).⁹ Schiet het takelbedrijf zonder meer tekort, ook indien de kabel tijdens de takelklus *niet* knapt en geen schade veroorzaakt wordt? Of schiet het takelbedrijf slechts tekort, indien de kabel tijdens de takelklus *wèl* knapt en (waarschijnlijk is dat) *wèl* schade veroorzaakt wordt?

14. ‘Vertaalt’ men het hiervóór in § 13 naar het in casu aan de orde zijnde geval, dan leidt dat tot de volgende twee vragen ten aanzien van de ontvangen prestatie.¹⁰ Schiet het Radboudumc tekort om de reden dat de Miragelplombe nu eenmaal gebrekkig is, in die zin dat de Miragelplombe door zijn (chemische) samenstelling/eigenschappen kan zwellen en fragmenteren (rov. 2.17), ook indien deze langetermijncomplicaties zich – anders dan bij Sassen – jaren na de operatie niet voor zouden doen? Of schiet het Radboudumc slechts tekort, indien deze langetermijncomplicaties zich jaren na de operatie *wèl* voordoen (en de Miragelplombe derhalve voor deze specifieke patiënt ongeschikt gebleken is)?
15. Deze (hiervóór in § 14 vermelde) vragen zijn niet slechts van academisch belang. Een voorbeeld illustreert dit. Een ziekenhuis informeert een patiënt dat de bij deze patiënt geplaatste Miragelplombe in voornoemde zin (§ 14) gebrekkig is en wordt door de patiënt gevraagd om blijvend te monitoren op symptomen die zouden kunnen duiden op verwezenlijking van het risico op deze langetermijncomplicaties. Deze patiënt ontwikkelt geestelijk letsel door de jarenlange onzekerheid over het als een zwaard van Damocles boven zijn of haar hoofd hangende risico op verwezenlijking van deze langetermijncomplicaties, welk geestelijk letsel op de voet van art. 6:106 lid 1, aanhef en letter b, BW grond zou kunnen zijn voor het toekennen van een schadevergoeding. Jaren na de operatie blijkt dat de mogelijk langetermijncomplicaties van de Miragelplombe zich bij deze patiënt niet voordoen (en zich kennelijk ook niet meer voor zullen doen, omdat zij zich al zo lang niet voorgedaan hebben). Indien het ziekenhuis tekortgeschoten is om de reden dat een gebrekkige hulpzaak gebruikt is, kan deze schadevergoeding toegewezen worden. Indien het ziekenhuis echter niet tekortgeschoten zou zijn, namelijk om de reden dat de risico’s die de hulpzaak gebrekkig maakten zich niet verwezenlijkt hebben, kan deze schadevergoeding niet toegewezen worden. Gezien dit voorbeeld dringt zich op dat reeds sprake is van een tekortkoming indien de risico’s zich *kunnen* verwezenlijken. Daadwerkelijke verwezenlijking is niet vereist. (In

9. Deze maatstaf (‘ongeschikt voor het beoogde doel’) is ontleend aan de M.v.A. II, Parl. Gesch. Boek 6 BW, blz. 270, en is gebruikt in het eindarrest (rov. 2.17) en het eindvonnis (rov. 2.26).

10. Over de verschuldigde prestatie meer bij subonderdeel 1.3.

casu staat vast dat de risico's zich verwezenlijkt hebben.) Vgl. HvJ EU 5 maart 2015, ECLI:EU:C:2015:148 (*Boston Scientific Medizintechnik*), rov. 41.

16. Terug naar de hiervóór in § 6 bij (1) en (2) vermelde klachten. De klacht dat het Hof miskend zou hebben dat de vraag of sprake is van een tekortkoming, beantwoord moet worden door een vergelijking te maken tussen de (kort gezegd) de verschuldigde prestatie en de ontvangen prestatie, mist feitelijke grondslag en faalt derhalve. Deze vergelijking heeft het Hof namelijk gemaakt in rov. 2.17. Het Hof heeft in deze rov. 2.17 immers vooropgesteld:

„{...} dat, hoewel de geneeskundige behandelingsovereenkomst in beginsel als een inspanningsverbintenis wordt gekwalificeerd, dit niet eraan in de weg staat dat de gebruikte hulpzaak ter uitvoering van die verbintenis als gebrekkig kan worden gekwalificeerd als deze niet geschikt is (gebleken) voor het doel waarvoor het is of werd gebruikt.”¹¹

Vervolgens komt het Hof in deze rov. 2.17 tot het oordeel dat de Miragelplombe (voor Sassen) ongeschikt gebleken is, nu de Miragelplombe door zijn (chemische) samenstelling/eigenschappen kan zwellen en fragmenteren en vast staat dat deze complicaties zich bij Sassen voorgedaan hebben. Deze vooropstelling en dit oordeel laten zich niet anders verstaan, dan dat het Hof een vergelijking gemaakt heeft tussen de verschuldigde prestatie ('gebruik van geschikte hulpzaak bij uitvoering verbintenis') en de door Sassen ontvangen prestatie ('gebruik van *ongeschikte* hulpzaak bij uitvoering verbintenis').

De klacht dat het Hof ten onrechte tot uitgangspunt genomen heeft dat het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak (zonder meer) een tekortkoming oplevert, mist eveneens feitelijke grondslag en faalt derhalve. Het Hof heeft in rov. 2.17 namelijk niet alleen geoordeeld dat het Radboudumc een ongeschikte medische hulpzaak gebruikt heeft, maar ook dat de mogelijke langetermijncomplicaties van de Miragelplombe (dus: welke langetermijncomplicaties de Miragelplombe ongeschikt maakten in de zin van art. 6:77 BW) zich bij Sassen daadwerkelijk voorgedaan hebben.¹²

11. Vgl. tevens 's Hof's oordeel over het in rov. 2.18 vermelde beroep van het Radboudumc op de uitzondering in art. 6:77 BW. Betreffende dit beroep oordeelt het Hof in rov. 2.20: „De medische behandelingsovereenkomst kan weliswaar als een inspanningsverbintenis worden gekwalificeerd, in die zin dat de arts zijn best moet doen om, zoals hier, de operatie als een redelijk bekwaam en redelijk handelend oogarts uit te voeren, doch dit laat onverlet dat bij gebruikmaking van een hulpzaak ter uitvoering van deze inspanningsverbintenis (hier: de oogoperatie) deze hulpzaak (hier: de Miragelplombe) niet gebrekkig mag zijn. Artikel 6:77 BW is geschreven voor elke verbintenis en is daarmee niet beperkt tot resultaatsverbintenissen.”

12. Vgl. R.P. Wijne, GS Onrechtmatige daad VI.3.5.4: „**Illustratie III. Op een onjuiste wijze behandelen** Een volgend type tekortkoming ziet op de uitvoering van de geneeskundige behandeling zelf. Daarbij kan worden gedacht aan het verkeerd uitvoeren van een operatieve ingreep, het amputeren van het verkeerde lichaamsdeel, het toedienen van verkeerde medicatie of een onveilig bloedproduct, het gebruik maken van ongeschikte

Subonderdeel 1.2: eventuele onbekendheid met langetermijncomplicaties Miragelplombe brengt niet mee dat het Radboudumc ‘dus’ niet tekortgeschoten zou zijn

17. Subonderdeel 1.2 bestrijdt 's Hofs oordeel dat het gebruik van de Miragelplombe een tekortkoming oplevert. Volgens het subonderdeel is dit oordeel onjuist en/of onbegrijpelijk in het licht van de in het subonderdeel betrokken stellingen van het Radboudumc. Het Hof zou miskend hebben dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een tekortkoming rekening gehouden moet worden met wat de patiënt *destijds* van zijn behandelaar mocht verwachten. Daartoe verwijst het subonderdeel naar subonderdeel 2.1, waarin geklaagd wordt dat het Hof miskend heeft dat een hulpzaak alleen ongeschikt is, indien deze niet voldoet aan de eisen die daaraan *toentertijd* en *in de gegeven omstandigheden* met het oog op de uitvoering van de verbintenis gesteld mochten worden, en dat het daarbij (mede) aankomt op de *toenmalige* stand van de wetenschap en techniek. In essentie wordt in het subonderdeel de rechtsopvatting gehuldigd dat van een tekortkoming geen sprake zou kunnen zijn, indien de mogelijk langetermijncomplicaties van de Miragelplombe ten tijde van de operatie niet bekend konden zijn.

N.B. Bij dit subonderdeel zij in herinnering gebracht dat het incidenteel cassatieberoep erop berust dat de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe óók op basis van de stand van de wetenschap en techniek in 1992 voorzienbaar waren. Immers, de Maiplombe en Miragelplombe (als diens commerciële opvolger) hebben „*the same chemical composition*”, zodat dat de in 1992 reeds bekende (want zich voordoende) langetermijncomplicaties van de Maiplombe zich ook zouden kunnen voordoen bij de Miragelplombe. Marin et al hebben in hun artikel van januari 1992 dan ook het alleszins plausibele vermoeden geuit dat de langetermijncomplicaties van de Maiplombe zich ook zouden kunnen voordoen bij de Miragelplombe die dezelfde chemische samenstelling heeft. Verwezen zij naar middel II, onderdeel 2 (en middel I, subonderdeel 2.3).

18. Het subonderdeel kan niet tot cassatie leiden. De daarin gehuldigde rechtsopvatting is namelijk onjuist. Zoals hiervóór in § 8 reeds vermeld is, omvat het begrip ‘tekortkoming’ alle gevallen waarin hetgeen de schuldenaar verricht in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt. In casu vergt nakoming van de verbintenis dat een plombe gebruikt wordt die niet zwelt of fragmenteert, terwijl de bij Sassen geplaatste Miragelplombe wél zwelt en fragmenteert. Anders gezegd: Sassen mocht destijds, in 1992, verwachten dat zijn behandelaar(s) geen zwellende en fragmenterende hulpzaak zou(den) gebruiken. In casu sprake is van eigenschappen die, indien zij 1992 bekend geweest zouden zijn, vanuit een oogpunt van veiligheid onmiskenbaar onaanvaardbaar gevonden

medische hulpmiddelen (apparatuur en protheses), enzovoorts.”

zouden zijn en als gebreken aangemerkt zouden zijn. Vanzelfsprekend voldoet een in het menselijk oog te plaatsen plombe niet aan de daaraan te stellen veiligheidseisen, indien deze plombe kan zwellen en fragmenteren (althans indien er, zoals in casu, een alternatief beschikbaar is dat niet zwelt of fragmenteert). Dat was in 1992 niet anders. In casu is derhalve geen sprake van een geval waarin de (in casu relevante) opvattingen over wat vanuit een oogpunt van veiligheid onaanvaardbaar is, veranderd zouden zijn in de periode 1992-2006.

Zoals het Hof in rov. 2.17 (in zoverre) dan ook met juistheid oordeelt, is bij hetgeen de verbintenis vergt niet van belang „*dat in 1992 (en de jaren daarna) gebruikmaking van de Miragelplombe “state of the art” was*” en „*dat (de artsen van) het Radboudumc toentertijd niet wisten van de toekomstige complicaties*”.

19. Dat de in het subonderdeel gehuldigde opvatting onjuist is, blijkt reeds uit de parlementaire geschiedenis van art. 6:77 BW. Daarin is namelijk vermeld dat, indien sprake is van „*een ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek*”, een rechter („*van geval tot geval*” oordelend) „*aan de hand van het slot van artikel 3a*” (dus: de tenzij-formule van art. 6:77 BW) de aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis kan afwijzen. Zie: Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, M.v.A. II, blz. 271-272. De omstandigheid dat „*een ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek*” reden kan zijn voor toepassing van de tenzij-formule van art. 6:77 BW, bevestigt dat deze omstandigheid als zodanig niet meebrengt dat van een tekortkoming ‘dus’ geen sprake zou kunnen zijn. Indien deze omstandigheid zou meebrengen dat van een tekortkoming geen sprake zou kunnen zijn, wordt aan de tenzij-formule van art. 6:77 BW immers überhaupt niet toegekomen. Zo schrijft R.P. Wijne in haar noot onder ’s Hofs eindarrest (GZR 2018/0488) dat subjectieve onbekendheid nooit aan toerekening in de weg mag staan, en dat dit bij objectieve onbekendheid anders kan zijn (maar kennelijk niet noodzakelijkerwijs anders is). Derhalve gaat ook Wijne ervan uit dat objectieve onbekendheid als zodanig niet meebrengt dat ‘dus’ niet tekortgeschoten zou zijn.
20. Zie voorts:
- B.J. Broekema-Engelen, GS Verbintenissenrecht, art. 6:77 BW, aant. 2.5 (slot):
„Ook ontwikkelingsrisico’s – de zaak blijkt aan een gebrek te lijden dat op grond van de stand van de wetenschap en de technische kennis op het tijdstip waarop de zaak werd gebruikt, (nog) niet viel te ontdekken – behoren tot de gebreken waarvoor de schuldenaar in het algemeen dient in te staan.”

- De Jong, Krans & Wissink, Verbintenissenrecht algemeen (SBR 4) 2018/178:

„Het gaat bij de toepassing van dit artikel [art. 6:77 BW, adv.] om de gevallen waarin de schuldenaar geen schuld heeft, dat wil zeggen dat hem er geen verwijt van kan worden gemaakt dat hij de gebrekkigheid of ongeschiktheid van de zaak niet heeft onderkend. Ondanks het feit, dat de schuldenaar geen verwijt kan worden gemaakt, dient hij toch de door het falen van de hulpzaak veroorzaakte schade in beginsel aan zijn schuldeiser te vergoeden.”

- J.T. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (R&P nr. CA19) 2018, blz. 342:

„In het kader van de wet kan bovendien betekenis toegekend worden aan de omstandigheid dat de producent niet aansprakelijk is voor schade die het gevolg is van de verwezenlijking van een ontwikkelingsrisico. Voor het aannemen van een ontwikkelingsrisicoverweer voor de schuldenaar in het kader van artikel 6:77 BW pleit de omstandigheid dat de aansprakelijkheid van de schuldenaar via een regresvordering alsnog zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid van de producent. Indien de schuldenaar een dergelijke regresvordering niet kan instellen, zal zijn aansprakelijkheid groter zijn dan de aansprakelijkheid van de producent. De vraag is of hier een rechtvaardiging voor bestaat. Voor een ontkennend antwoord op deze vraag pleit de omstandigheid dat de verkoper en bezitter van een zaak evenmin aansprakelijk zijn voor een ontwikkelingsrisico. Daarentegen pleit de omstandigheid dat in het bouwrecht wordt aangenomen dat een ontwikkelingsrisico krachtens verkeersopvatting voor rekening komt van degene die de zaken kiest, hetgeen dikwijls de schuldenaar is, voor een bevestigend antwoord op deze vraag. Indien de schuldenaar een professionele partij is en de schuldeiser een consument, dan pleiten bovendien de spreidingsmogelijkheden van de schuldenaar voor een bevestigend antwoord op deze vraag. Het ontwikkelingsrisico betreft een maatschappelijk risico en wordt bij aansprakelijkheid van de schuldenaar middels spreading van de kosten in de prijs van de dienst of het werk door een groter deel van de maatschappij gedragen dan wanneer de toevallige gelaedeerde deze kosten geheel zelf dient te dragen. Een rechtvaardiging voor het neerleggen van het ontwikkelingsrisico bij de schuldenaar zou tot slot kunnen liggen in de omstandigheid dat er een leemte in de rechtsbescherming van de consument ontstaat als de schade voor zijn rekening komt doordat zowel zijn wederpartij als de producent niet schadeplichtig zijn.”

21. Subonderdeel 1.2 vervolgt met de motiveringsklacht tegen 's Hofs oordeel dat het Radboudumc tekortgeschoten is in de nakoming van de behandelingsovereenkomst door een Miragelplombe te gebruiken in plaats van een alternatieve plombe. Dit oordeel zou, in „het licht van het voorgaande” niet gedragen kunnen worden door „de door het hof aangedragen argumenten” (door het subonderdeel in voetnoot 15 samengevat als „de Miragelplombe moet als ongeschikte hulpzaak worden gekwalificeerd vanwege het later gebleken risico van complicaties welke complicaties zich bij Sassen hebben voorgedaan”)

of door „’s hofs verwijzing naar het oordeel van de rechtbank” (door het subonderdeel in voetnoot 16 samengevat als „*de Miragelplombe was ongeschikt voor het beoogde doel en daarmee staat vast dat Radboudumc is tekortgeschoten*”).

22. Deze klacht kan niet tot cassatie leiden. Zoals het Hof in rov. 2.17 in essentie tot uiting gebracht heeft, vergt nakoming van de op het Radboudumc rustende verbintenis dat een plombe gebruikt wordt die niet kan zwellen en fragmenteren, terwijl de bij Sassen geplaatste Miragelplombe wél kan zwellen en fragmenteren, en dat bij Sassen ook gedaan heeft. Alleszins begrijpelijk is dat het Hof hieraan de gevolgtrekking verbonden heeft dat het Radboudumc tegenover Sassen tekortgeschoten is. De in het subonderdeel bij letters a t/m f vermelde stellingen komen in essentie hierop neer, dat deze tekortkoming het Radboudumc niet *te verwijten* zou zijn, namelijk omdat de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe ten tijde van de operatie nog niet bekend geweest zouden zijn. Derhalve betreffen deze stellingen niet de vraag of sprake is van een tekortkoming, maar de vraag of deze tekortkoming aan het Radboudumc (op grond van schuld) toegerekend kan worden. Het is onjuist om bij de beoordeling van de in de tenzij-formule van art. 6:77 BW bedoelde onredelijkheid omstandigheden te betrekken die de onredelijkheidstoets doen verwateren tot een *verwijtbaarheidstoets*. Het wezenskenmerk van art. 6:77 BW is immers nu juist dat de omstandigheid dat een tekortkoming niet aan de schuldenaar verweten kan worden, onverlet laat dat aansprakelijkheid in de regel aangenomen moet worden.
- Zie:

- M.v.A. II, Parl. Gesch. BW Boek 6, blz. 270:

„Aansprakelijkheid voor zaken kan derhalve in feiten leiden tot aansprakelijkheid voor een aanzienlijk omvangrijker kring van personen dan die omschreven in artikel 3 en in een aantal gevallen, nl. die waarin geen persoonlijke verwijtbaarheid in enig stadium aangetoond kan worden, zelfs tot aansprakelijkheid voor gedragingen die geheel buiten artikel 3 vallen.

Dit neemt niet weg dat de ondergetekende met de meerderheid van de Commissie ook in deze gevallen in de regel aansprakelijkheid zou willen aannemen, zulks in overeenstemming met het ook in het voorlopig verslag aangehaalde arrest H.R. 13 december 1968, N.J. 1969, 174 (Polyclens). Een regel van deze strekking is in het gewijzigd ontwerp opgenomen in een nieuw artikel 3a. Anders dan de meerderheid van de Commissie meent de ondergetekende evenwel dat in deze regel tevens tot uiting moet worden gebracht dat daarop uitzonderingen mogen worden aangenomen aan de hand van de in de slotzinsnede van het artikel omschreven maatstaf. Er bestaat hier verschil met artikel 3 dat een regel bevat die op zichzelf reeds een meer beperkte strekking heeft.”

23. Feitelijke grondslag mist ten slotte nog de bewering dat ’s Hofs oordeel tot de onaantvaardbare conclusie zou leiden „*dat het gebruik van welke plombe dan ook door het Radboudumc in 1992 tot een tekortkoming zou hebben geleid indien de aan die plombe*

verbonden complicatierisico's zich zouden hebben verwezenlijkt." Immers, zoals het Hof in rov. 2.17 tot uiting gebracht heeft, is de Miragelplombe ongeschikt om de reden dat de aan de chemische samenstelling ervan verbonden risico's van zwelling en fragmentatie – welke risico's siliconen plombes niet hebben – de kans op ernstige postoperatieve complicaties veel groter maken. Het is derhalve niet zo dat 'het gebruik van welke plombe dan ook' naar 's Hofs oordeel tot een tekortkoming geleid zou hebben.

Subonderdeel 1.3: art. 6:77 BW geldt óók bij inspanningsverbintenissen. Deelresultaatsverbintenis met betrekking tot de gebruikte hulpzaken.

24. Subonderdeel 1.3 klaagt dat het Hof miskend heeft dat de geneeskundige behandelingsovereenkomst niet, althans niet in alle gevallen en in het bijzonder niet in dit geval (zie hiervoor subonderdeel 1.2), een (deel)resultaatsverbintenis met betrekking tot gebruikte medische hulpzaken inhoudt, in die zin dat de geneeskundige behandelaar (altijd) instaat voor (de deugdelijkheid van) gebruikte hulpzaken of dat een gebruikte hulpzaak nooit gebrekkig zou mogen zijn.
25. Het subonderdeel kan reeds bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden. Het Radboudumc heeft in de feitelijke instanties namelijk überhaupt niet gesteld dat zij niet tegenover Sassen tekortgeschoten zou zijn om de reden dat de geneeskundige behandelingsovereenkomst met Sassen een inspanningsverbintenis inhield. De stellingen waarnaar het Radboudumc in voetnoot 17¹³ verwijst, betreffen niet de vraag of het Radboudumc tegenover Sassen *tekortgeschoten* is, maar de vraag of de tekortkoming aan het Radboudumc *toegerekend* kan worden. Onmiskenbaar heeft het Hof dat ook zo begrepen. Derhalve mist het subonderdeel feitelijke grondslag. (Een dergelijke stelling kan niet voor het eerst in cassatie aangevoerd worden, omdat die mede een beoordeling van feitelijke aard vergt.)
26. Ook indien het subonderdeel geen feitelijke grondslag zou missen, kan het niet tot cassatie leiden. Het subonderdeel redeneert **(1)** dat het Radboudumc zich slechts hoefde in te spannen, **(2)** dat zij zich voldoende ingespannen heeft, en **(3)** dat het Radboudumc derhalve niet tekortgeschoten zou zijn. Die redeneerwijze van het subonderdeel maakt van art. 6:77 BW een wassen neus en is derhalve onjuist. Art. 6:77 BW is nu eenmaal ook van

13. Onduidelijk is waar „R-Aant. D.d. 15 januari 2010” naar verwijst. Op 15 januari 2010 heeft een comparitie van partijen plaatsgevonden. Het proces-verbaal van deze comparitie vermeldt weliswaar wél dat ten behoeve van deze comparitie een akte van Sassen ontvangen is, maar vermeldt niet dat spreekantekeningen gebruikt en overgelegd zijn. In Sassen's procesdossier zijn (dan) ook geen spreekantekeningen voor de comparitie van 15 januari 2010 aanwezig. Derhalve kan de verwijzing naar „R-Aant. D.d. 15 januari 2010” geen feitelijke grondslag bieden voor subonderdeel 1.3.

toepassing op inspanningsverbintenissen. Dit blijkt reeds uit de parlementaire geschiedenis, waarin (dus) onderkend is dat ten aanzien van de overeengekomen geneeskundige behandeling „in het algemeen niet een bepaald resultaat [zal] zijn toegezegd”, en vervolgens te kennen gegeven is dat, indien de vereiste mate van zorg in acht genomen is, maar de zaak blijkt te falen, een rechter de aansprakelijkheid van de arts of het ziekenhuis („van geval tot geval” oordelend) kan afwijzen „aan de hand van het slot van artikel 3a” (dus: de ‘tenzij’ van art. 6:77 BW).

Zie:

- M.v.A. II, Parl. Gesch. Boek 6, blz. 271-272:

„Wat de aansprakelijkheid betreft voor bij de behandeling gebruikte zaken, als apparatuur en de in het voorlopig verslag genoemde ampullen en andere geneesmiddelen, meent de ondergetekende dat voorzichtigheid is geboden. Ten aanzien van de overeengekomen geneeskundige behandeling zal in het algemeen niet een bepaald resultaat zijn toegezegd. Niettemin zal van het ziekenhuis, van de behandelende geneesheer en van de hem assisterende personen een grote mate van zorgvuldigheid kunnen worden geëist ten aanzien van de geschiktheid van de apparatuur en de geneesmiddelen die voor de voorgenomen behandeling aangewend zullen moeten worden. Daarmee zijn immers zwaarwegende belangen betreffende leven en gezondheid van de patiënt gemoeid. Is een zodanige zorg in acht genomen, maar blijkt de zaak te falen, omdat zij door de producent daarvan in het verkeer is gebracht met een ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek, dan ligt naar de mening van de ondergetekende in de eerste plaats een aansprakelijkheid van deze producent voor de hand. Hij meent daarom dat het nieuwe wetboek in deze soortgelijke gevallen de mogelijkheid moet openlaten een vordering te dezer zake tegen de arts of het ziekenhuis af wijzen. In het gewijzigd ontwerp zal de rechter tot deze oplossing kunnen komen aan de hand van het slot van artikel 3a, terwijl hij voor de aansprakelijkheid van de producent zal hebben te letten op hetgeen daaromtrent nog zal moeten worden bepaald in afdeling 6.3.3. Tevens wordt aldus de weg voor een verdere ontwikkeling opengelaten. De ondergetekende geeft daaraan ook hierom de voorkeur, omdat hetgeen hier van geval tot geval behoort te gelden mede afhankelijk zal zijn van de maatschappelijke opvattingen, terwijl deze opvattingen thans in beweging zijn.”

Ook indien een hulpzaak ‘faalt’ ondanks dat inachtneming van de vereiste mate van zorg, kan een vordering tegen een arts/het ziekenhuis ter zake van deze falende zaak slechts afgewezen worden aan de hand van de tenzij-formule van art. 6:77 BW, hetgeen zonder meer de hoofdregel bevestigt dat een schuldenaar die bij de uitvoering van een verbintenis gebruik maakt van een hulpzaak die daartoe ongeschikt is, in de regel aansprakelijk is voor „de tekortkoming die daardoor ontstaat”.¹⁴

14. Geciteerd is uit art. 6:77 BW.

27. Zie voorts:

- Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/207:

„Er is onvoldoende grond om bij dienstverlening uit hoofde van een overeenkomst van opdracht categorisch een uitzondering te maken op de hoofdregel van art. 6:77 BW. Het feit dat het bij de opdracht veelal om een inspannings- en niet om een resultaatsverbintenis gaat vormt evenmin reden voor een categorische uitzondering.”

- B.J. Broekema-Engelen, GS Verbintenissenrecht, art. 6:77 BW, aant. 3.4¹⁵:

„Werd onder het oude recht door sommigen het bestaan van een hoofdregel met betrekking tot een inspanningsverbintenis ontkend, art. 6:77 sluit iedere twijfel dienaangaande uit: de hoofdregel geldt ten aanzien van alle soorten van verbintenissen.”

- J.T. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (R&P nr. CA19) 2018/4.5.5.2.1, blz. 110 (voetnoten weggelaten):

„Bovendien laat de kwalificatie van de hoofdverbintenis van een schuldenaar als inspanningsverbintenis onverlet dat hieruit deelverbintenissen kunnen voortvloeien die het karakter van een resultaatsverbintenis hebben. Op een schuldenaar die zaken gebruikt bij de uitvoering van zijn verplichting uit de overeenkomst zal zoals gezegd in beginsel een resultaatsverbintenis rusten; de schuldenaar staat ervoor in dat de zaken die hij gebruikt bij de uitvoering van zijn verplichting uit de overeenkomst deugdelijk zijn.”¹⁶

- R.P. Wijne, annotatie bij 's Hofs eindarrest, GZR 2018/0488:

„Ik benadruk nogmaals dat artikel 6:77 BW juist geschreven is voor die situaties waarin het aan kennis aangaande een gebrek ontbreekt en dat bij objectieve onbekendheid met het gebrek een weging van factoren zal moeten plaatsvinden teneinde te beoordelen of toerekening onredelijk zou zijn.”

28. Daar komt nog het volgende bij. Dát verbintenissen die voor een arts voortvloeien uit een geneeskundige behandelingsovereenkomst veelal aangemerkt worden als inspanningsverbintenissen, heeft als ratio dat het bij een geneeskundige behandeling meestal niet mogelijk is om een bepaald resultaat te garanderen om de reden dat het

15. Zie ook: aant. 3.1.4. „Toepasselijkheid van art. 6:77 op wat in essentie een inspanningsverbintenis is, lijkt inmiddels door de Hoge Raad te zijn uitgesproken in: HR 28 november 1997, NJ 1998/168; A&V 1998, p. 42, m.nt. Chr.H. van Dijk; Bb 1998, p. 3, m.nt. B.J. Broekema-Engelen (Smits/Royal Nederland).”

16. Weliswaar schrijft Hiemstra ook dat een dergelijke resultaatsverbintenis niet per definitie geldt, maar het dringt zich op dat een dergelijke resultaatsverbintenis wel het uitgangspunt is, terwijl er in casu geen reden is om van dat uitgangspunt af te wijken (althans een dergelijke reden is door het Radboudumc niet gesteld.) Zo (bijvoorbeeld) is in casu geen sprake van een experimentele hulpzaak. In haar samenvatting schrijft Hiemstra (blz. 341): „Op de schuldenaar zal dikwijls een resultaatsverbintenis rusten ten aanzien van het gebruik van een hulpzaak.”

menselijk lichaam in het (genezings)proces een ongewisse factor vormt.¹⁷ Dat deze ratio zich in casu doet gevoelen, dringt zich evenwel niet op. In geval van de Miragelplombe zijn het nu juist de mogelijke langetermijncomplicaties ervan die de ongewisse factor in het (genezings)proces vormen.

29. Ten slotte nog het volgende. Indien op een arts een inspanningsverplichting rust, en hij niet tekortgeschoten is in de nakoming van deze inspanningsverplichting, op welke tekortkoming berust dan de ‘hoofdregelaansprakelijkheid’ van art. 6:77 BW? Het Hof oordeelt in rov. 2.17:

„{...} dat, hoewel de geneeskundige behandelingsovereenkomst in beginsel als een inspanningsverbintenis wordt gekwalificeerd, dit niet eraan in de weg staat dat de gebruikte hulpzaak ter uitvoering van die verbintenis als gebrekkig kan worden gekwalificeerd als deze niet geschikt is (gebleken) voor het doel waarvoor het is of werd gebruikt.”¹⁸

Met dit oordeel brengt het Hof tot uiting dat een schuldenaar instaat voor de deugdelijkheid van de door hem bij de uitvoering van een verbintenis gebruikte hulpzaken. Wordt bij de uitvoering van een verbintenis gebruik gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, dan is de schuldenaar in de regel aansprakelijk voor „de tekortkoming die daardoor ontstaat”, zo is (dus) de hoofdregel van art. 6:77 BW. Derhalve geldt, anders dan het subonderdeel betoogt, wèl – in het algemeen, en in ieder geval in casu – een „deelresultaatsverbintenis” met betrekking tot de gebruikte medische hulpzaak. Zoals het vermeld is in Asser/Sieburgh 6-I 2016/351:

„Ook voor zaken die hij ter uitvoering van zijn verbintenis gebruikt, draagt de schuldenaar in het algemeen het risico.”

Dat is niet anders bij inspanningsverbintenissen. Zoals het Hof oordeelt:

„In beginsel leidt, volgens de hoofdregel in artikel 6:77 BW, het gebruik van een gebrekkige medische hulpzaak tot een tekortkoming bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst.”

17. Dat het menselijk lichaam in het (genezings)proces een ongewisse factor vormt, stelt ook het Radboudumc in haar toerekeningsverweer (zie memorie van antwoord, tevens incidenteel appel-§ 8.3).

18. Vgl. tevens ’s Hofs oordeel over het in rov. 2.18 vermelde beroep van het Radboudumc op de uitzondering in art. 6:77 BW. Betreffende dit beroep oordeelt het Hof in rov. 2.20: „De medische behandelingsovereenkomst kan weliswaar als een inspanningsverbintenis worden gekwalificeerd, in die zin dat de arts zijn best moet doen om, zoals hier, de operatie als een redelijk bekwaam en redelijk handelend oogarts uit te voeren, doch dit laat onverlet dat bij gebruikmaking van een hulpzaak ter uitvoering van deze inspanningsverbintenis (hier: de oogoperatie) deze hulpzaak (hier: de Miragelplombe) niet gebrekkig mag zijn. Artikel 6:77 BW is geschreven voor elke verbintenis en is daarmee niet beperkt tot resultaatsverbintenissen.”

Subonderdelen 1.4 en 1.5

30. Subonderdeel 1.4 bevat een klacht voor het geval dat het Hof tot uitgangspunt genomen heeft dat het Radboudumc niet in eerste aanleg of hoger beroep het verweer gevoerd zou hebben dat geen sprake is geweest van een tekortkoming door het gebruik van de Miragelplombe. Deze klacht mist feitelijke grondslag en kan daarom niet tot cassatie leiden.
31. Onderdeel 1.5 bouwt voort op onderdeel 2 (over de ongeschiktheid van de hulpzaak) en behoeft geen zelfstandige bespreking. (Met deze voortbouwklacht bevestigt het Radboudumc juist dat uit de ongeschiktheid van de bij de uitvoering van een verbintenis gebruikte hulpzaak een tekortkoming ontstaat, zoals art. 6:77 BW bepaalt.)

B.2 Verweer tegen onderdeel 2: de Miragelplombe is een ongeschikte hulpzaak

32. Onderdeel 2 bestrijdt in essentie 's Hofs oordeel dat de Miragelplombe een ongeschikte hulpzaak is. Het onderdeel bevat drie subonderdelen (genummerd 2.1 t/m 2.3).
33. Bij dit onderdeel zij vooropgesteld dat in cassatie onbestreden is 's Hofs oordeel in rov. 2.17 dat de Miragelplombe een hulpzaak is in de zin van art. 6:77 BW („*In deze zaak is de Miragelplombe als hulpzaak gebruikt in het kader van de uitvoering van een medische behandelingsovereenkomst.*”). Ook in appèl was dat geen strijdpunt.

Subonderdelen 2.1 en 2.2

34. Subonderdeel 2.1 huldigt de rechtsopvatting dat de Miragelplombe als hulpzaak niet ongeschikt zou kunnen zijn, indien de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe ten tijde van het gebruik van deze hulpzaak niet bekend zouden kunnen zijn. Het klaagt dat het Hof miskend heeft dat een hulpzaak alleen dan ongeschikt is, indien deze niet voldoet aan de eisen die daaraan toentertijd en in de gegeven omstandigheden met het oog op de uitvoering van de verbintenis gesteld mochten worden, en dat het daarbij (mede) aankomt op de toenmalige stand van de wetenschap en techniek.
35. De onjuistheid van deze rechtsopvatting blijkt echter reeds uit het verweer dat hiervóór (§§ 17 t/m 22) gevoerd is tegen subonderdeel 1.2. Het subonderdeel kan daarom niet tot cassatie leiden.

36. Subonderdeel 2.2 klaagt dat 's Hofs oordeel dat in dit geval in 1992 de Miragelplombe als hulpzaak ongeschikt was onjuist en/of onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd zou zijn, gezien de in subonderdelen 1.2 en 1.3 vermelde argumenten.
37. Dat dit subonderdeel niet tot cassatie kan leiden, blijkt uit het verweer dat hiervóór tegen subonderdelen 1.2 en 1.3 gevoerd is (§§ 17 t/m 29).

Subonderdeel 2.3: zwellende en fragmenterende plombe is ongeschikt

38. Subonderdeel 2.3 klaagt dat het Hof miskend heeft dat de verwezenlijking van (ten tijde van het gebruik bovendien niet kenbare) complicatierisico's (op lange termijn) verbonden aan een medische hulpzaak (op zichzelf) onvoldoende is om te komen tot het oordeel dat die hulpzaak ongeschikt is in de zin van artikel 6:77 BW.
39. Het subonderdeel onderbouwt niet *waarom* een verwezenlijking van de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe onvoldoende zou zijn om te oordelen dat deze Miragelplombe een ongeschikte hulpzaak is in de zin van art. 6:77 BW. In zoverre voldoet het subonderdeel niet aan de daaraan te stellen eisen (art. 407 lid 2 Rv). Niet valt in te zien waarom de omstandigheid dat de Miragelplombe door zijn samenstelling/eigenschappen kan zwellen en fragmenteren (en vast staat dat deze complicaties zich bij Sassen voorgedaan hebben) *niet* zou meebrengen dat de Miragelplombe als hulpzaak gebrekkig is. Nakoming van de verbintenis vergt immers dat een hulpzaak gebruikt wordt die kan zwellen en fragmenteren, althans niet zwelt en fragmenteert. Vanzelfsprekend voldoet een in het menselijk oog te plaatsen plombe niet aan de daaraan te stellen veiligheidseisen, indien deze plombe kan zwellen en fragmenteren.
40. Het subonderdeel kan niet tot cassatie leiden voor zover het erop berust dat „*het gebruik van een dergelijke hulpzaak (een plombe) noodzakelijk is en op dat moment de enige manier was om de patiënt effectief te behandelen*”. Dat een plombe noodzakelijk was, laat immers onverlet dat gekozen kon worden tussen *verschillende* plombes, waaronder een siliconen plombe en de Miragelplombe. Te dezen komt het Hof in rov. 2.20 tot het in cassatie als zodanig onbestreden oordeel dat het Radboudumc de keuze voor de Miragelplombe gemaakt heeft:

„Vast staat ook dat voorafgaand aan de operatie geen overleg is geweest met Sassen over het gebruik van de Miragelplombe en dat hij aldus geen enkele invloed heeft gehad met betrekking tot een (weloverwogen) keuze voor deze plombe.”

Er was derhalve keuzevrijheid, maar het Radboudumc heeft Sassen niet bij de te maken keuze betrokken.¹⁹ Het Radboudumc draagt derhalve het risico voor de door haar gekozen hulpzaak. Hiemstra schrijft over deze keuzevrijheid (blz. 348):

„Toerekening aan de hulpverlener zal wel onredelijk zijn indien zijn keuzevrijheid door de patiënt is beperkt en hij geen waarschuwingsplicht heeft geschonden. In een dergelijk geval dient het risico voor rekening van de patiënt te komen die met zijn keuze dit risico in het leven heeft geroepen.”

41. Het subonderdeel kan evenmin tot cassatie leiden voor zover het erop berust dat van alle destijds beschikbare alternatieve hulpzaken (andere plombes) bekend was dat daaraan aanmerkelijke complicatierisico's waren verbonden (die niet minder ernstig geweest zouden zijn). Het subonderdeel mist hier feitelijke grondslag. Immers, het Hof is in rov. 2.20 gekomen tot het – in cassatie onbestreden – oordeel dat niet gesteld of gebleken is dat een siliconen plombe voor Sassen toentertijd (ten tijde van de operatie) geen alternatief geweest zou zijn, terwijl het bovendien in rov. 2.17 al gekomen is tot het – evenmin in cassatie bestreden – oordeel dat het feit dat ook siliconen plombes postoperatieve (latere en vergelijkbare) complicaties kunnen opleveren, onverlet laat:

„[...] dat alleen bij de Miragelplombes sprake is van zwelling van de plombe en fragmentatie bij verwijdering van de plombe, waardoor de kans op deze ernstige complicaties bij gebruik van deze plombe veel hoger is komen te liggen. Vast staat dat genoemde complicaties zich bij Sassen hebben voorgedaan.”

Deze beide oordelen laten zich niet anders verstaan, dan dat, anders dan het subonderdeel beweert, het gebruik van de Miragelplombe, door de specifieke complicatierisico's ervan (dus: zwelling en fragmentatie) een veel grotere kans geeft op ernstige complicaties.²⁰

19. In rov. 2.20 oordeelde het Hof (dus): „Vast staat ook dat voorafgaand aan de operatie geen overleg is geweest met Sassen over het gebruik van de Miragelplombe en dat hij aldus geen enkele invloed heeft gehad met betrekking tot een (weloverwogen) keuze voor deze plombe. Niet gesteld of gebleken is dat een siliconenplombe voor Sassen toentertijd geen alternatief zou zijn geweest.”

20. Dit oordeel is bovendien alleszins begrijpelijk. Zo (bijvoorbeeld) schrijft Hooymans in haar deskundigenbericht (blz. 1) dat het risico op verwijdering van een geïnfecteerde siliconen plombe varieert van 0,2 tot 1,4%. Reeds in 1992 constateerden Marin et al echter dat zij in 8,5% (7 van 82) gevallen problemen constateerden met een intrascleraal geplaatste Maipombe. Uit de publicatie van Crama en Klevering uit 2016 blijkt zelfs dat de Miragelplombe in 34% van de gevallen verwijderd is (Sassens appèlpleitnota-§ 10): „Next, we evaluated the risk that receiving a MIRAgel explant can lead to serious complications that ultimately necessitate removal of the explant by determining the total number of MIRAgel explants that were implanted in patients at Radboud University Medical Center from 1986 to 1997. Although this number could not be determined directly from the surgical data, we determined that a total of 1354 MIRAgel explants were delivered to Radboud University Medical Center from 1986 to 1997. By comparing this number with the number of explants we removed from our own patients (461), it can be concluded that 34% of MIRAgel explants (461/1354) eventually need to be removed because of symptomatic swelling, with an average postimplantation interval of approximately 13 years (159 months; range, 54-284 months).”

B.3 Verweer tegen onderdeel 3: toerekening van de tekortkoming is niet onredelijk

42. Onderdeel 3 betreft in essentie 's Hofs oordeel dat toerekening aan het Radboudumc niet onredelijk is. Het onderdeel bevat twaalf subonderdelen (genummerd 3.1 t/m 3.12).

Subonderdeel 3.1: verkeersopvattingen

43. Subonderdeel 3.1 bestrijdt het concluderende oordeel dat toerekening van de tekortkoming aan het Radboudumc niet onredelijk is. Het subonderdeel klaagt dat dit oordeel „*ontoelaatbaar onduidelijk*” zou zijn, omdat

„{...} het hof niet (voldoende) kenbaar maakt (i) welke feiten voor toerekening pleiten en waarom, (ii) op de inhoud en strekking waarvan wordt gedoeld en waarom dit voor toerekening zou pleiten, (iii) waarom de verkeersopvattingen (waarvan in rov. 2.21 wordt geoordeeld dat deze onduidelijk zijn) voor toerekening zouden pleiten en (iv) om welke overige omstandigheden het gaat en waarom die voor toerekening pleiten.”

44. Het Hof is op basis van alle in de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie genoemde aanknopingspunten tot het weloverwogen concluderende oordeel gekomen dat toerekening in casu niet onredelijk is. Dit oordeel laat aan duidelijkheid en overtuigingskracht niets te wensen over. Het geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en behoeft geen nadere motivering. Het is nauw verweven met een aan het Hof voorbehouden waardering van de feiten, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, is uitvoerig gemotiveerd en niet desondanks behept met een motiveringsgebrek dat zou nopen tot vernietiging.

N.B. Subonderdelen 3.2 t/m 3.12 zoomen in op en bestrijden afzonderlijk de verschillende oordelen te bestrijden waarop 's Hofs concluderende oordeel berust, maar die detailbestrijding doet aan die duidelijkheid en overtuigingskracht niet af.

45. Het subonderdeel kan niet tot cassatie leiden voor zover het erop berust dat het Hof niet gemotiveerd zou hebben waarom de verkeersopvatting „*voor toerekening*” zou pleiten.
46. Het subonderdeel miskent dat de hoofdregel van art. 6:77 BW (dus: dat de schuldenaar *in de regel* aansprakelijk is voor de tekortkoming die ontstaat door het bij de uitvoering van een verbintenis gebruiken van een daartoe ongeschikte hulpzaak) slechts uitzondering lijdt, indien toerekening „*gelet op {...} de in het verkeer geldende opvattingen {...} onredelijk zou zijn.*” Immers, deze hoofdregel lijdt geen uitzondering, indien de schuldenaar niet met

juistheid kan aanvoeren dat toerekening gelet op de verkeersopvattingen *onredelijk* zou zijn. Het is zoals Hartlief schreef in een zoals zo vaak overtuigend NJB-vooraf:²¹

„{...}: toerekening is aangewezen, tenzij dat *onredelijk* is.”

Dit brengt mee dat, indien er geen relevante verkeersopvatting bestaat, of wél relevante verkeersopvattingen bestaan, maar deze diffuus of niet uitgekristalliseerd zijn – volgens het subonderdeel heeft het Hof in rov. 2.21 geoordeeld dat de verkeersopvattingen „*onduidelijk zijn*” –, de verkeersopvattingen geen aanknopingspunt bieden om de tekortkoming die ontstaat door het gebruik van een ongeschikte hulpzaak, in afwijking van de hoofdregel, *niet* toe te rekenen. Met voornoemde **hoofdregel** (dus: „*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,*”) en de **uitzondering** daarop (dus: „*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.*”) verdraagt zich niet dat deze hoofdregel op grond van de verkeersopvattingen reeds uitzondering zou lijden, indien de verkeersopvattingen onduidelijk zijn. Uit het feit dat deze verkeersopvattingen onduidelijk zijn, volgt immers dat daaruit in ieder geval niet volgt dat toerekening „*gelet op {...} de in het verkeer geldende opvattingen {...} onredelijk zou zijn.*” Reeds in zoverre valt derhalve niet in te zien waarom het Hof nader zou hebben moeten motiveren waarom toerekening, gezien de verkeersopvattingen, niet onredelijk is.

47. Het subonderdeel bevat voorts geen klacht met de strekking dat toerekening „*gelet op {...} de in het verkeer geldende opvattingen {...} onredelijk zou zijn.*” Ook daarom kan het subonderdeel niet tot cassatie leiden.

Subonderdelen 3.2 en 3.3: aansprakelijkheid producent

48. Subonderdelen 3.2 en 3.3 bestrijden 's Hofs oordeel dat toerekening niet onredelijk, voor zover het erop berust
- dat de producent van de Miragelplombe (zo die nog bestaat) niet meer (door Sassen) kan worden aangesproken (rov. 2.20); en
 - de omstandigheid dat niet bekend (geworden) is om welke redenen de producent van de Miragelplombe in 1995 is gestopt met de productie ervan (rov. 2.20).

21. NJB 2015/1187, afl. 25.

49. Subonderdeel 3.2 bevat de klacht klaagt dat het Hof niet gemotiveerd heeft dat of waarom deze omstandigheid voor toerekening pleit in plaats van daartegen, terwijl voor de hand zou liggen dat deze omstandigheid minst genomen als neutraal (niet voor en niet tegen) zou moeten worden gekwalificeerd.
50. Deze motiveringsklacht kan niet tot cassatie leiden. Vooropgesteld zij dat een ‘neutrale omstandigheid’ in ieder geval niet meebrengt dat toerekening ‘dus’ onredelijk zou zijn in de zin van de tenzij-formule van art. 6:77 BW. Daar komt bij dat het niet langer juist lijkt om aan te nemen dat, zoals verwoord in de M.v.A. II (Parl. Gesch. BW Boek 6, blz. 271) *„in de eerste plaats een aansprakelijkheid van deze producent voor de hand”* ligt. In de samenvatting van haar dissertatie schrijft Hiemstra hierover:

„De MvA bij artikel 6:77 BW doet aan het aannemen van een risicoaansprakelijkheid van de hulpverlener niet af omdat deze toelichting niet, althans niet meer, in overeenstemming is met de verkeersopvattingen. Waar reeds ten tijde van de toelichting weerstand bestond tegen de opvatting dat toerekening aan de hulpverlener onredelijk zou zijn vanwege de mogelijke aansprakelijkheid van de producent, is deze weerstand in de afgelopen 40 jaren enkel toegenomen. De mogelijke aansprakelijkheid van de producent leidt vanuit een systematisch, rechtseconomisch en beschermingsperspectief niet tot disculpatie van de hulpverlener.”²²

Daarvoor schreef Hiemstra (hoofdstuk 9 over de rechtseconomische benadering van het aansprakelijkheidsrecht samenvattend):

„Een afweging van de verschillende relevante factoren heeft geleid tot een voorkeur voor een regel van risicoaansprakelijkheid. Een risicoaansprakelijkheid van de hulpverlener naast de bestaande risicoaansprakelijkheid van de producent zorgt ervoor dat zowel de producent als de gebruiker van de zaak geprikkeld worden tot optimale zorg ter vermindering van het ongevalsrisico. De hulpverlener heeft bovendien een duidelijke informatievoorsprong op de patiënt en naar alle waarschijnlijkheid ook op de rechter. Daarnaast heeft bij het gebruik van een medische zaak ter uitvoering van een medische behandeling overwegend de hulpverlener invloed op het schaderisico, is de hulpverlener een professionele partij en in staat de schade te spreiden in de prijs van zijn dienst en zijn de systeemkosten het laagst bij een regel van risicoaansprakelijkheid. Op grond hiervan zullen naar alle waarschijnlijkheid de totale ongevalskosten het laagst zijn bij een regel van risicoaansprakelijkheid.”²³

51. Subonderdeel 3.3 klaagt dat onjuist en/of (zonder nadere, maar ontbrekende motivering) onbegrijpelijk zou zijn ’s Hofs oordeel dat de omstandigheid dat niet bekend (geworden) is

22. J.T. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (R&P nr. CA19) 2018, blz. 347.

23. J.T. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (R&P nr. CA19) 2018, blz. 346-347.

om welke redenen de producent in 1995 is gestopt met de productie van de Miragelplombe voor toerekening zou pleiten.

52. Deze klacht kan evenmin tot cassatie leiden. Volgens het subonderdeel zou dit oordeel van een onjuiste rechtsopvatting getuigen ten aanzien van de term *onredelijk* in art. 6:77 BW getuigen, maar het subonderdeel laat na te vermelden waarom deze rechtsopvatting onjuist zou zijn. In zoverre voldoet die klacht niet aan de daaraan te stellen eisen van art. 407 lid 2 Rv. Dit geldt ook voor zover het subonderdeel inhoudt dat dit oordeel onbegrijpelijk zou zijn: waarom dit oordeel onbegrijpelijk zou zijn, vermeldt het subonderdeel niet.
53. Bovendien kan het onderdeel ook hierom niet tot cassatie leiden, omdat 's Hofs concluderende oordeel dat toerekening niet onredelijk is uiteindelijk niet staat of valt met het al dan niet in cassatie standhouden van het door subonderdeel 3.3 bestreden oordeel.

Subonderdelen 3.4: keuzevrijheid

54. Subonderdeel 3.4 bestrijdt 's Hofs concluderende oordeel dat toerekening niet onredelijk is, voor zover het erop berust dat voorafgaand aan de operatie niet met Sassen overlegd is over het gebruik van de Miragelplombe en dat hij aldus geen enkele invloed gehad heeft met betrekking tot een (welovertogen) keuze voor deze plombe. Volgens het subonderdeel zou dit oordeel onjuist en/of onbegrijpelijk zijn, omdat Sassen toch voor de Miragelplombe gekozen zou hebben.
55. Deze klacht kan niet tot cassatie leiden. Dat de schuldenaar de hulpzaak gekozen heeft, pleit voor (‘niet tegen’) toerekening van de tekortkoming. Het is zoals Hartlief schreef in voornoemd NJB-vooraf:²⁴

„Wie het middel kiest, moet op de blaren zitten als dat verkeerd uitpakt.”

56. In casu is (dus) geen sprake van een geval waarin de keuzevrijheid van de hulpverlener door de patiënt beperkt is, (bijvoorbeeld) omdat niet de hulpverlener, maar de patiënt de keuze voor de hulpzaak gemaakt heeft. Hiemstra schrijft hierover:

„Toerekening aan de hulpverlener zal wel onredelijk zijn indien zijn keuzevrijheid door de patiënt is beperkt en hij geen waarschuwingsplicht heeft geschonden. In een dergelijk geval dient het risico voor rekening van de patiënt te komen die met zijn keuze dit risico in het leven heeft geroepen. Mogelijk kan toerekening aan de hulpverlener eveneens onredelijk worden geacht indien de schade het gevolg is van de verwezenlijking van een ontwikkelingsrisico vanwege het potentiële

24. NJB 2015/1187, afl. 25.

chilling effect van deze aansprakelijkheid en het risico op hoge verzekeringskosten. Voor het tegendeel zou kunnen pleiten dat de aansprakelijkheid van de hulpverlener een spreiding van de kosten van dit maatschappelijke risico bewerkstelligt en dit te prefereren is boven de situatie dat de individuele patiënt die (toevallig) met dit risico wordt geconfronteerd de schade moet dragen terwijl de gehele maatschappij van de ontwikkeling van nieuwe producten profiteert.”²⁵

Subonderdeel 3.5: resultaatsverbintenis met betrekking tot gebruikte hulpzaak

57. Subonderdeel 3.5 bestrijdt het oordeel in rov. 2.20 dat de medische behandelingsovereenkomst weliswaar als een inspanningsverbintenis gekwalificeerd kan worden, maar dat dit onverlet laat dat geen gebrekkige hulpzaak gebruikt mag worden. Het subonderdeel bouwt voort op onderdelen 1 en 2 en deelt daarom het falende lot ervan. De kwalificatie van de verbintenis van de hulpverlener als inspannings- of resultaatsverbintenis brengt niet mee dat toerekening onredelijk zou zijn in de zin van de tenzij-formule van art. 6:77 BW.

Subonderdeel 3.6: onwetendheid is inherent aan art. 6:77 BW en rechtvaardigt derhalve geen uitzondering op de hoofdregel

58. Subonderdeel 3.6 bestrijdt het oordeel in rov. 2.21 dat „enkel “onwetendheid” over een (toekomstig) gebrek van de hulpzaak” onvoldoende is om een uitzondering op de hoofdregel van aansprakelijkheid in art. 6:77 BW te rechtvaardigen. Het subonderdeel klaagt dat dit oordeel blijk zou geven van de door subonderdelen 1.1 en 2.1 als onjuist bestreden rechtsopvattingen. (Subonderdeel 1.1 klaagt dat het Hof blijk gegeven zou hebben van een onjuiste rechtsopvatting „ten aanzien van (het onderscheid tussen) tekortkoming in de nakoming van een verbintenis en de toerekening daarvan aan de schuldenaar.” Subonderdeel 2.1 klaagt dat het Hof blijk gegeven zou hebben van een onjuiste rechtsopvatting „ten aanzien van het begrip ongeschikte hulpzaak”.)
59. Het subonderdeel – dat niet in duidelijkheid uitblinkt – kan niet tot cassatie leiden. Het subonderdeel miskent dat gerechtvaardigde onwetendheid inherent is aan toepassing van art. 6:77 BW. Immers, is geen sprake van ongerechtvaardigde onwetendheid of zelfs ‘wetendheid’ (bekendheid met de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe), dan dringt zich op dat het gebruik van een ongeschikte hulpzaak juridisch verwijtbaar is en derhalve op grond van schuld toegerekend kan worden. Dat het Radboudumc beweert dat zij onverwijtbaar onbekend was met de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe, welke onbekendheid dan zou meebrengen dat de tekortkoming haar niet krachtens schuld

25. J.T. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (R&P nr. CA19) 2018, blz. 348.

toegerekend zou kunnen worden, is derhalve geen reden om een uitzondering op de hoofdregel van art. 6:77 BW te rechtvaardigen. De onwetendheid zit reeds ‘ingebakken’ in deze hoofdregel. (Aan toepassing van art. 6:77 BW is inherent dat de schuldenaar geen verwijt gemaakt kan worden, zodat een argument met de strekking dat deze schuldenaar geen verwijt treft, niet meebrengt dat er ‘dus’ reden zou zijn om af te wijken van de hoofdregel van art. 6:77 BW.) Zo ook R.P. Wijne in haar noot onder ’s Hofs eindarrest (GZR 2018/0488): „*Onbekendheid met het gebrek is echter steeds uitgangspunt bij de toepassing van artikel 6:77 BW.*”

N.B. Net zoals bij subonderdeel 1.2 (§ 17), zij bij dit subonderdeel in herinnering gebracht dat het incidenteel cassatieberoep erop berust dat de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe óók op basis van de stand van de wetenschap en techniek voorzienbaar waren, zodat van een gerechtvaardigde onwetendheid van het Radboudumc in casu geen sprake is. Verwezen zij naar middel II, onderdeel 2.

Subonderdeel 3.7: alle omstandigheden van het geval

60. Subonderdeel 3.7 bevat een klacht voor het geval dat het Hof tot het oordeel gekomen zou zijn dat de in rov. 2.21 en 2.22 vermelde ‘gezichtspunten’ „*bij uitsluiting relevant zijn*”, omdat het Hof met dit oordeel zou miskennen dat alle omstandigheden van het geval relevant zijn.
61. Dit subonderdeel mist feitelijke grondslag en kan daarom niet tot cassatie leiden. Uit het arrest a quo blijkt niet dat het Hof iets anders geoordeeld zou hebben dan dat alle omstandigheden van het geval relevant zijn bij de beantwoording van de vraag of toerekening onredelijk is in de zin van art. 6:77 BW. Integendeel, ’s Hofs concluderende oordeel dat toerekening in casu niet onredelijk is, berust blijkens rov. 2.22 (laatste al.) op een toepassing van de juiste maatstaf (dus: de tenzij-formule van art. 6:77 BW), namelijk dat toerekening aan het Radboudumc, „*gelet op inhoud en strekking, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden*” niet onredelijk is.
62. Bovendien mist het subonderdeel belang, zodat het ook daarom niet tot cassatie kan leiden. Het subonderdeel verwijst immers niet naar (door het Radboudumc gestelde) omstandigheden die het Hof ten onrechte niet betrokken zou hebben bij zijn concluderende oordeel dat toerekening niet onredelijk is.

Subonderdeel 3.8: niet gereespondeerd op stellingen?

63. Subonderdeel 3.8 bevat een motiveringsklacht met de strekking dat het Hof „niet (kenbaar)” ingegaan zou zijn op de in het subonderdeel bij letters a t/m f vermelde stellingen van het Radboudumc.
64. Dit subonderdeel mist feitelijke grondslag en kan daarom niet tot cassatie leiden reeds voor het gaat om de in het subonderdeel bij letters a t/m e vermelde stellingen van het Radboudumc.
- a. Op de stelling dat de Miragelplombe destijds ‘state of the art’ was, is het Hof ingegaan in rov. 2.17 en 2.20.²⁶
 - b. Op de stelling dat een plombe noodzakelijk was om blindheid te voorkomen en dat de destijds beschikbare alternatieven tot ernstige complicaties konden leiden, is het Hof ingegaan in rov. 2.17²⁷ en 2.20.²⁸
 - c. Op de stelling dat rekening gehouden moet worden met de stand van de wetenschap in 1992, heeft het Hof gereespondeerd in rov. 2.17²⁹, 2.20³⁰, 2.21³¹ en 2.22.³²
 - d. Op de stelling dat de producent van de Miragelplombe op grond van de Miragelplombe niet aansprakelijk geweest zou zijn, heeft het Hof gereespondeerd in rov. 2.20.³³

26. Het Hof oordeelt expliciet dat de Miragelplombe ‘state of art’ was in 1992 zowel in rov. 2.17, als in rov. 2.20.

27. Het Hof oordeelt: „Het feit dat ook siliconenplombes postoperatieve (latere en vergelijkbare) complicaties kunnen opleveren, laat onverlet dat alleen bij de Miragelplombes sprake is van zwelling van de plombe en fragmentatie bij verwijdering van de plombe, waardoor de kans op deze ernstige complicaties bij gebruik van deze plombe veel hoger is komen te liggen. Vast staat dat genoemde complicaties zich bij Sassen hebben voorgedaan.”

28. Het Hof oordeelt: „Overigens was de Miragelplombe niet het enige medische hulpmiddel bij operaties voor netvliesloslatingen: uit de stukken volgt genoegzaam dat in 1992 ook gebruik werd gemaakt van siliconenplombes (die een andere samenstelling hebben). Vast staat ook dat voorafgaand aan de operatie geen overleg is geweest met Sassen over het gebruik van de Miragelplombe en dat hij aldus geen enkele invloed heeft gehad met betrekking tot een (weloverwogen) keuze voor deze plombe. Niet gesteld of gebleken is dat een siliconenplombe voor Sassen toentertijd geen alternatief zou zijn geweest.”

29. Het Hof oordeelt: „Het feit dat in 1992 (en de jaren daarna) gebruikmaking van de Miragelplombe “state of the art” was en het feit dat (de artsen van) het Radboudumc toentertijd niet wisten van de toekomstige complicaties maakt dit niet anders.”

30. Het Hof oordeelt: „Het gebruik van de Miragelplombe was in 1992 “state of the art” en (de oogartsen van) het Radboudumc was (waren) toentertijd niet bekend met de latere complicaties van de Miragelplombe.”

31. Het Hof oordeelt: „Naar het oordeel van het hof is enkel “onwetendheid” over een (toekomstig) gebrek van de hulpzaak niet voldoende om een uitzondering op de hoofdregel van (risico)aansprakelijkheid in artikel 6:77 BW te rechtvaardigen.”

32. Het Hof oordeelt: „Dat het Radboudumc toentertijd niet wist dat de Miragelplombe in de toekomst gebrekkig zou blijken, ligt in het domein/de risicosfeer van het Radboudumc, {...}”

33. Het Hof oordeelt: „In de onderhavige zaak slaat onbestreden vast dat de producent van de Miragelplombe (zo die nog bestaat) niet meer (door Sassen) kan worden aangesproken op de voet van artikel 6:185 BW nu deze vordering hetzij is verjaard hetzij het recht daartoe is vervallen, zoals neergelegd in artikel 6:191 lid 1 en lid 2 BW. Voorts is niet bekend (geworden) om welke redenen de producent van de Miragelplombe in 1995 is gestopt

- e. Op de stelling dat een eventueel verdienmodel geen rol heeft gespeeld bij de keuze voor de Miragelplombe, heeft het Hof gerespondeerd in rov. 2.20³⁴ en 2.22³⁵.

Het Hof is niet expliciet ingegaan op de in het subonderdeel bij letter f vermelde stelling dat (kort gezegd) bij toerekening van de tekortkoming aan het Radboudumc ziekenhuizen ertoe zou *kunnen* leiden dat ziekenhuizen wegens mogelijke onbekende negatieve eigenschappen en daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid terughoudend zullen zijn in de toepassing van nieuwe genees- en hulpmiddelen en dat dit ontwikkeling van nieuwe behandelmethoden in de weg staat. Dat kan echter niet tot cassatie leiden. Kennelijk is het Hof van oordeel dat die – onuitgewerkte – stelling als zodanig onvoldoende gewicht in de schaal legt. Dit omdat die stelling nu eenmaal niet inhoudt dat er zonder meer vanuit zou kunnen worden gegaan dat ziekenhuizen ook daadwerkelijk terughoudend *zullen* zijn. Die stelling komt er per saldo slechts op neer dat de *mogelijkheid* bestaat dat ziekenhuizen terughoudend zullen zijn. Die enkele mogelijkheid echter pleit naar 's Hof's kennelijke oordeel niet en in elk geval onvoldoende ervoor om de tekortkoming niet toe te rekenen aan het Radboudumc. Dit omdat hulpverleners bij hun werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moeten nemen en daarbij moeten handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard (art. 7:453 BW), terwijl er welgevoegelijk vanuit gegaan kan worden dat medisch specialisten hun vak ook gewoon 'state of art' willen beoefenen en aldus ook met behulp van nieuwe genees- en hulpmiddelen willen werken. Bovendien houdt die 'f'-stelling van het Radboudumc bijvoorbeeld niet in dat bij toerekening van de tekortkoming te duchten zou zijn dat medisch specialisten 'van hogerhand' (door ziekenhuisdirecties) ontmoedigd zouden worden om zulke genees- en hulpmiddelen in blijven zetten. Evenmin houdt die stelling in dat ter zake van deze genees- en hulpmiddelen niet gewoon gekozen zal worden voor het betalen en doorberekenen van extra verzekeringspremies. Kort en goed: die 'f'-stelling is geen essentiële stelling en/of (gewoon) 'te dun'.

N.B. Het subonderdeel klaagt slechts dat het Hof „niet (*kenbaar*)” gerespondeerd zou hebben op deze stellingen. Het subonderdeel bevat geen klacht met de strekking dat het

met de productie ervan.”

34. Het Hof oordeelt: „Vast staat ook dat voorafgaand aan de operatie geen overleg is geweest met Sassen over het gebruik van de Miragelplombe en dat hij aldus geen enkele invloed heeft gehad met betrekking tot een (weloverwogen) keuze voor deze plombe. Niet gesteld of gebleken is dat een siliconenplombe voor Sassen toentertijd geen alternatief zou zijn geweest.”

35. Het Hof oordeelt: „Dat het Radboudumc toentertijd niet wist dat de Miragelplombe in de toekomst gebrekkig zou blijken, ligt in het domein/de risicosfeer van het Radboudumc, nu de (oog)artsen zelf hebben gekozen voor deze plombe en de patiënt (Sassen) daarin geen enkele zeggenschap heeft gehad, {...}.”

Hof weliswaar gerespondeerd heeft op deze stellingen, maar dat en waarom deze respons ontoereikend/onbegrijpelijk zou zijn.

Subonderdeel 3.9: de ‘tenzij’ van art. 6:173 BW

65. Subonderdeel 3.9 zoekt de analogie met art. 6:173 BW. Het subonderdeel klaagt dat het Hof miskend heeft dat toepassing van de tenzij-formule van art. 6:173 BW ertoe geleid zou hebben dat aansprakelijkheid op grond afdeling 6.3.1 ontbroken zou hebben, indien het Radboudumc de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe gekend zou hebben. Het Radboudumc durft aan te voeren:

„Als Radboudumc van het risico van de Miragelplombe en andere plombes wist, was toepassing van een plombe (zowel de Miragelplombe als een siliconenplombe) immers niettemin rechtmatig geweest, omdat toentertijd de gebruik van een plombe de enige effectieve behandelmethode was om blindheid te voorkomen.”

66. Het Radboudumc overspeelt haar hand. Dat deze klacht niet tot cassatie kan leiden, spreekt voor zich. Het Radboudumc scheert de verschillende plombes ten onrechte over één kam. Dat toentertijd het gebruik van „*een plombe*” de enige effectieve behandelmethode was om blindheid te voorkomen, laat onverlet dat toentertijd gekozen kon worden uit *verschillende soorten plombes*, namelijk (kort gezegd) een siliconen plombe of een Miragelplombe. De siliconen plombe heeft naar ’s Hofs onbestreden oordeel in rov. 2.20 „*een andere samenstelling*” en niet gesteld of gebleken is dat een siliconen plombe toentertijd voor Sassen geen alternatief geweest zou zijn. Juist omdat alléén Miragelplombes zwellen en fragmenteren, zoals het Hof in rov. 2.17 – in cassatie onbestreden – geoordeeld heeft, ligt de kans op ernstige complicaties veel hoger bij het gebruik van de Miragelplombe, zoals het Hof in deze rov. 2.17 – evenmin in cassatie bestreden – geoordeeld heeft. Onvoorstelbaar is dat het Radboudumc „*niettemin rechtmatig*” gehandeld zou hebben, indien zij, ondanks de wetenschap dat de kans op ernstige complicaties veel hoger is bij het gebruik van de Miragelplombe, in Sassen oog een Miragelplombe geplaatst zou hebben. De klacht faalt derhalve.

Subonderdeel 3.10: verzekering

67. Subonderdeel 3.10 bestrijdt ’s Hofs oordeel dat (kort gezegd) het Radboudumc voor deze schade verzekerd is en Sassen niet. Het subonderdeel klaagt dat dit oordeel onvoldoende (zwaarwegend) zou zijn om te komen tot het oordeel dat toerekening niet onredelijk is.

68. Deze klacht kan niet tot cassatie leiden. Dat het Radboudumc wél en Sassen niet verzekerd is, brengt mee dat het niet onredelijk is om de tekortkoming, in afwijking van de hoofdregel van art. 6:77 BW, aan het Radboudumc toe te rekenen. De vraag welke partij het meest aangewezen is om zich tegen het risico te verzekeren, in casu klaarblijkelijk het ziekenhuis, is relevant bij de redelijkheid van de toerekening. Zie reeds HR 5 mei 1968, NJ 1968/102 (*Vliegtuigvleugel*).

69. Hiemstra schrijft hierover:

„Bovendien bestaat er een praktijk van verzekeren in de medische beroepsgroep en biedt de *third party* verzekering van de hulpverlener een grotere dekking dan de *first party* verzekering van de patiënt. Daarnaast bevatten de deskundigheid van de hulpverlener in verhouding tot de ondeskundigheid van de patiënt, de hoogte van de tegenprestatie en de omstandigheid dat de hulpverlener het risico op schade in het leven roept door de betreffende zaak te kopen, te kiezen en te gebruiken voor de uitvoering van zijn verbintenis terwijl de invloed van de patiënt daarop afwezig dan wel verwaarloosbaar is, aanwijzingen dat het risico krachtens verkeersopvattingen voor rekening van de hulpverlener dient te komen.”³⁶

70. Deze klacht faalt derhalve.

Subonderdelen 3.11 en 3.12

71. Subonderdeel 3.11 bestrijdt 's Hofs oordeel in rov. 2.22 dat in het domein/de risicosfeer van het Radboudumc ligt dat het Radboudumc toentertijd niet wist dat de Miragelplombe in de toekomst gebrekkig zou blijken. Het subonderdeel voert aan dat „*een plombe*” nodig was om blindheid te voorkomen en dat „*de alternatief beschikbare plombes veelal tot ernstige complicaties konden leiden.*”

72. Deze klacht kan niet tot cassatie leiden. Verwezen wordt naar § 66 hiervóór.

73. Subonderdeel 3.12 bevat een herhaling van zetten en behoeft geen verdere bespreking.

C. TOELICHTING OP DE INCIDENTELE MIDDELEN

74. De middelen in het incidenteel cassatieberoep spreken voor zich en kunnen het daarom stellen zonder een uitvoerige toelichting.

36. J.T. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (R&P nr. CA19) 2018, blz. 347.

75. Het incidenteel cassatieberoep is onvoorwaardelijk ingesteld. Verwerpt Uw Raad het principaal cassatieberoep, dan blijft (dus) in stand de veroordeling van het Radboudumc tot vergoeding van Sassens bij staat op te maken schade als gevolg van de voor de operatie op 6 juli 1992 gebruikte ongeschikte Miragelplombe.
- Slagen een of meer klachten van het incidentele middel, dan laat dat deze veroordeling onverlet. Dit geldt ook voor klachten³⁷ in dit middel tegen oordelen onder het kopje *De Miragelplombe als ongeschikte hulpzaak* in rov. 2.15 t/m 2.22 van het eindarrest waarbij het telkens gaat om voortbouwklachten („*vitieert tevens*”). Uiteraard beoogt Sassen met deze klachten niet om deze veroordeling te doen sneuvelen. Het slagen van een of meer van deze voortbouwklachten leidt ertoe dat er des te meer reden is om deze veroordeling in stand te laten. Zo worden met deze voortbouwklachten onder meer bestreden ’s Hofs oordeel in rov. 2.20 dat het gebruik van de Miragelplombe in 1992 ‘state of art’ zou zijn en dat (de oogartsen van) het Radboudumc toentertijd niet bekend zou(den) zijn geweest met de latere complicaties van de Miragelplombe, in rov. 2.21 dat bij het Radboudumc sprake zou zijn geweest van onwetendheid over een toekomstig gebrek van de hulpzaak, en in rov. 2.22 dat het Radboudumc toentertijd niet zou hebben geweten dat de Miragelplombe in de toekomst gebrekkig zou blijken. Dat maakt alleen maar manifester dat toerekening niet onredelijk is.

C.1 Middel II (onderdelen 2 t/m 5)

76. Wat betreft middel II (onderdelen 2 t/m 5) zij gewezen op het volgende. Zowel in de parlementaire geschiedenis van art. 6:77 BW³⁸, als in die van de WGBO³⁹, is vermeld dat van het ziekenhuis, de behandelende geneesheer en van de hem assisterende personen een grote mate van zorgvuldigheid geëist kan worden ten aanzien van de geschiktheid van de apparatuur en de geneesmiddelen die voor de voorgenomen behandeling aangewend zullen moeten worden. „*Daarmee zijn immers zwaarwegende belangen betreffende leven en gezondheid van de patiënt gemoeid.*”⁴⁰ Aan de voor het ontbreken van schuld vereiste zorg kunnen derhalve hoge eisen worden gesteld. Deze zorg – de zorg van een goed hulpverlener (art. 7:453 BW) brengt mee dat de hulpverlener zijn literatuur bijhoudt en onderzoek doet naar de zaak die hij bij de patiënt wil gebruiken,⁴¹ in casu de Miragelplombe. De hoofdregel van art. 6:77 BW biedt hier een prikkel tot behoorlijke

37. Het gaat om de klachten in ‘voortbouw’-subonderdelen 2.1.5, 3.3 voor zover het gaat om hierin vermelde oordeel in rov. 2.20, en 3.4.

38. Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, T.M., blz. 271.

39. Tweede Kamer, vergaderjaar 1990-1991, 21 561, nr. 6 (MvA), blz. 68.

40. Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, T.M., blz. 271.

41. R.P. Wijne, GS Onrechtmatige daad VI.3.5.7.

nakoming.⁴² Sassen heeft gesteld dat deze zorg in casu meebracht dat de slotpassage van het in januari 1992 gepubliceerde artikel van Marin et al

„The MAI implant is the precursor of the present-day MIRAgel; they have the same chemical composition. Hence, potential problems related to swelling of the implant exist and warrant diligent, periodic follow-up of patients for a long time after surgery. However, to our knowledge, similar complications in patients who receive an episcleral implant have not been reported. We have used MIRAgel as an episcleral implant in a large number of patients since 1986 and have not observed such complications.”

voor het Radboudumc voldoende reden (want: plausibel vermoeden) had moeten zijn om Sassen vóór de operatie in juli 1992 te informeren over de mogelijke langetermijncomplicaties van de Miragelplombe en zijn toestemming te vragen voor het desalniettemin gebruiken van deze Miragelplombe, in plaats van een andere plombe. 's Hofs oordeel dat er in 1992 „geen enkel vermoeden” zou hebben bestaan van de mogelijke langetermijncomplicaties van de Miragelplombe is, gezien dit artikel, onbegrijpelijk. Immers, in dit artikel wordt nu juist expliciet vermeld dat de Maiplombe en de Miragelplombe „*the same chemical composition*” hebben en dat daarom potentiële, aan swelling van de geïmplanteerde Miragelplombe problemen bestaan, welke problemen ertoe nopen om patiënten tot lange tijd na hun operatie nauwgezet/grondig periodiek te volgen. Dit is de kern van middel II, onderdeel 2: ten tijde van Sassens operatie in 1992 was, gezien het in januari 1992 gepubliceerde artikel van Marin et al, reeds bekend dat de Miragelplombe en de Maiplombe „*the same chemical composition*” hebben en dat de langetermijncomplicaties van de Maiplombe zich daarom ook zouden kunnen voordoen bij de Miragelplombe. Derhalve is onbegrijpelijk 's Hofs oordeel in rov. 2.7 (om Hooymans te volgen in haar conclusie) dat er in 1992 „geen enkel vermoeden” zou hebben bestaan van de nu bekende langetermijncomplicaties van de Miragelplombe.

Sassen heeft zich voorts gesteld dat hij (ook al in 1996/1997, maar) in ieder geval in het najaar van 2003, toen de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe zich bij hem begonnen te manifesteren, geïnformeerd had moeten worden. Zelfs toen echter is Sassen niet geïnformeerd over de (zich bij hem manifesterende) langetermijncomplicaties van de Miragelplombe, waardoor Sassen ten onrechte niet in staat gesteld is om een geïnformeerde toestemming te geven voor het in het Radboudumc gehanteerde en bij Sassen (onbewust) toegepaste expectatieve beleid. Dit terwijl niet onaannemelijk is dat

42. B.J. Broekema-Engelen, GS Verbintenissenrecht, art. 6:77 BW, aant. 3.1.2. Zie ook Hiemstra (blz. 346-347): „Een risicoaansprakelijkheid van de hulpverlener naast de bestaande risicoaansprakelijkheid van de producent zorgt ervoor dat zowel de producent als de gebruiker van de zaak geprikkeld worden tot optimale zorg ter vermindering van het ongevalsrisico.”

Sassen, juist gezien de (specifieke) risico's van de Miragelplombe (dus: zwelling en fragmentatie) en de op deze risico's gebaseerde buitenlandse literatuuraanbevelingen, ervoor gekozen zou hebben om de Miragelplombe reeds bij de eerste tekenen van zwelling te doen verwijderen.

C.2 Middel I en middel II (onderdelen 1 en 6)

77. Wat betreft middel I en middel II (onderdelen 1 en 6) zij gewezen op het volgende.
78. De onderdelen 1 van middelen I en II betreffen de wijze waarop Sassen door (de artsen van) het Radboudumc behandeld is in de periode 2003-2006, nadat in november 2003 bij Sassen een zwellende plombe geconstateerd werd. Deze onderdelen bestrijden 's Hofs oordeel om geen acht te slaan op Sassen's 'nieuwe grief' (grief na memorie van grieven). De grief is opgeworpen vanwege twee feiten die door de Rechtbank niet vastgesteld werden om de reden dat zij ten tijde van het eindvonnis nog niet bij Sassen bekend waren. Het eerste feit⁴³ is dat het Radboudumc in eerste aanleg weliswaar gesteld⁴⁴ heeft dat prof. Keunen besloten zou hebben om een expectatief beleid te voeren met betrekking tot Sassen's zwellende Miragelplombe, maar dat uit de in appèl door het Radboudumc als MvA-prod. 2 overgelegde 'Getuigenverklaring J.E.E. Keunen'⁴⁵ blijkt dat prof. Keunen überhaupt niet wist (!) dat de bij Sassen ingebrachte plombe een Miragelplombe was. Dit feit brengt mee dat Keunen bij Sassen geen beleid toegepast heeft dat specifiek ten aanzien van de Miragelplombe bestaan zou hebben (dus: het 'expectatieve' beleid).⁴⁶

43. Eisvermeerderingsakte-§§ 2 en 3.

44. CvA-§ 2.10: „Tijdens een consult op 11 april 2005 constateerde prof. dr. Keunen een prominente plombe, die goed bedekt was door de conjunctiva. Prof. dr. Keunen heeft Sassen vervolgens geïnformeerd over het feit dat de Miragel plombe aan het zwellen was en tevens alle voordelen en nadelen van verwijdering daarvan met Sassen besproken. Gezien de aanzienlijke risico's bij de verwijdering van de plombe op een recidief netvliesloslating en dubbelzien, het gebrek aan een deugdelijk alternatief en het feit dat de klachten van Sassen door de verwijdering zouden kunnen verergeren, werd in overleg met Sassen besloten een afwachtend („expectatief, aldus de aantekening het medisch dossier) beleid aan te houden.”

45. Keunen schrijft in deze 'getuigenverklaring': „Na mijn indiensttreding heb ik de heer Sassen voor het eerst ontmoet. Bij de heer Sassen was sprake van een zwelling onder het oogbindvlies. Het was mij duidelijk dat het naar alle waarschijnlijkheid om een plombe ging, gezien de eerdere netvliesoperatie door prof. Deutman in 1992. Maar het is zonder te weten welke type plombe bij de operatie was gebruikt niet mogelijk om te visualiseren om wat voor soort plombe het ging. Dit stond ook niet in het dossier vermeld.” en „Ik heb de heer Sassen in 2005 dus niet kunnen informeren over de aanwezigheid van een Miragel plombe door Deutman in 1992 geplaatst op zijn oog, simpelweg omdat het type plombe niet in de status stond genoteerd en ik het type plombe door het oogbindvlies niet kon visualiseren (alle types plombe hebben de kans om zich naar buiten te werken).”

46. Zoals Sassen in zijn Appèlpleitnota vermeld heeft (§ 9, voetnoot weggelaten): „Het door Keunen gevoerd beleid van 'pappen en nathouden' had niets met de Miragel plombe van doen. Professor wist niet wat hij precies aan het behandelen was en nam geen actie, wat dan ten onrechte 'expectatief beleid' wordt genoemd.”

Het tweede feit is dat uit het in 2016 – na het nemen van Sassens memorie van grieven – gepubliceerde artikel⁴⁷ van Crama en Klevering (The Removal of Hydrogel Explants, An Analysis of 467 Consecutive Cases) blijkt dat het Radboudumc in de periode 1998-2011 bij 457 patiënten (467 ogen) symptomatisch gezwollen Miragelplombes verwijderd heeft met slechts 4,4% netvliesdefect. Waarom hebben de behandelend artsen Sassens (symptomatisch) zwellende plombe bijna drie jaar (!) lang laten zitten en is deze plombe niet gewoon verwijderd, zoals in het Radboudumc in die periode klaarblijkelijk gebeurde bij gezwollen Miragelplombes, in het bijzonder ook gezien het literatuuradvies⁴⁸ om de plombe bij de eerste tekenen van zwelling te verwijderen om erger te voorkomen? Het belang van Sassens bij deze grief is (uiteraard) dat de nieuwe feiten de grondslag verbreden van Sassens schadevergoedingsvordering voor zover gebaseerd op schuldaansprakelijkheid van het Radboudumc.

Middel I, onderdeel 2 betreft het door het Hof op eigen initiatief ('ambtshalve') horen van Crama als partijdeskundige. De wet (art. 200 lid 1 Rv) voorziet slechts in dit horen *na een verzoek daartoe*. In casu echter ontbreekt een dergelijk verzoek (subonderdeel 2.1). Indien de wet wél zou voorzien in dit horen, dan zou de 'equality of arms' meebrengen dat Sassens de mogelijkheid moet hebben om – voldoende voorbereid resp. niet verrast – Crama ter zitting vragen te kunnen stellen (subonderdeel 2.2). Indien de afwijzing van Sassens verzoek om Crama ter zitting vragen te kunnen stellen niet in strijd zou zijn met de 'equality of arms', is 's Hofs oordeel om Sassens vragen „*in enigszins aangepast vorm*” op te nemen (namelijk door het woord 'Miragelmateriaal' te vervangen door 'Miragelplombe') in elk geval onjuist en/of onbegrijpelijk. Immers, de langetermijncomplicaties van de uit dit *materiaal* vervaardigde Maiplombe waren in 1992 reeds gebleken, maar de langetermijncomplicaties van de *eveneens uit dit materiaal* vervaardigde *Miragelplombe* (nog) niet, gezien de lange 'incubatietijd' van deze complicaties (subonderdeel 2.3). Juist omdat de Miragelplombe en de Maiplombe „*the same chemical composition*” hebben, lag het in de lijn der verwachtingen of was het minst genomen plausibel dat de langetermijncomplicaties van de Maiplombe zich ook voor zouden kunnen doen bij de – qua chemische samenstelling (dus) gelijke – Miragelplombe.

79. Middel II, onderdeel 6 betreft 's Hofs oordeel om de proceskosten te compenseren. Zoals het onderdeel klaagt, heeft het Hof met dit oordeel miskend dat voor compensatie geen plaats is, indien de appellant een wijziging van het dictum bewerkstelligd heeft, in die zin dat de appèlrechter alsnog het geëiste toewijst.

47. Eisvermeerderingsakte-prod. 1.

48. Zie subonderdeel 5.1.2, in het bijzonder bij letter b.

E. UITLEIDING

80. Wat betreft art. 6:77 BW slaat R.P. Wijne de spijker op zijn kop in haar noot onder 's Hofs eindarrest (GZR 2018/0488): „{...} een arrest waarbij de raadsheren er blijk van geven de essentie van artikel 6:77 BW te begrijpen.” Wijne eindigt: „ Een mooi en duidelijk arrest, kortom, waarin het hof standpunt neemt en (daarmee) zelfs de weg vrijmaakt voor een oordeel van de Hoge Raad... ”. Niet valt in te zien waarom Uw Raad de staf over 's Hofs concluderende oordeel zou moeten breken dat toerekening niet onredelijk is.
81. Wat betreft de *schuldaansprakelijkheid* van het Radboudumc heeft het Hof de essentie gemist. Het Radboudumc heeft Sassen steeds onwetend gelaten over de bij hem te plaatsen en geplaatste Miragelpломbe en in het bijzonder de mogelijk langetermijncomplicaties ervan. Reeds in 1992 was bekend dat de Maipломbe en de Miragelpломbe „*the same chemical composition*” hebben, zodat de langetermijncomplicaties die zich voordeden bij de Maipломbe zich ook voor zouden kunnen doen bij de commerciële opvolger van de Maipломbe, de Miragelpломbe. Sassen had daarover in het kader van de ‘informed consent’ geïnformeerd moeten worden. Althans had Sassen daarover in 1996-1997 en 2003-2006 geïnformeerd moeten worden, hetgeen niet gebeurd is, waardoor de door het Radboudumc bij Sassen toegepaste behandeling – het zo lang mogelijk wachten met verwijdering van de zwellende en fragmenterende Miragelpломbe (‘expectatief beleid’) – niet steunt op een geïnformeerde toestemming van Sassen daarvoor, terwijl niet onaannemelijk is dat Sassen, gezien de (specifieke) risico’s van de Miragelpломbe en de op deze risico’s gebaseerde buitenlandse literatuuraanbevelingen, ervoor gekozen zou hebben om de Miragelpломbe bij al de eerste tekenen van zwelling te laten verwijderen.

* * *