

50 Dupliek Sassen 09-08-2019

Hoge Raad der Nederlanden

Zitting: 9 augustus 2019

Zaaknummer: 19/00962

DUPLIEK

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

inzake:

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

Edelhoogachtbaar College!

De door mrs. B.T.M. van der Wiel en N.T. Dempsey voor het Radboudumc gegeven schriftelijke toelichting (hierna: STR) noopt tot het maken van de volgende opmerkingen:

Incidenteel cassatieberoep: onbegrijpelijk ‘geen enkel vermoeden’-oordeel. Geen objectieve onbekendheid met de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe.

1. Het startpunt in deze zaak is onzes inziens de beantwoording van de vraag wat er ten tijde van Sassens operatie in juli 1992 bekend was over de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe. De beslissing van het hof in rov. 2.7 om prof. Hooymans te volgen in haar conclusie dat er toen „*geen enkel vermoeden*” zou zijn van deze langetermijncomplicaties is onbegrijpelijk, gezien het in januari 1992 door Marin et al in hun wetenschappelijk artikel geuite en alleszins plausibele vermoeden dat de langetermijncomplicaties die zich na zeven à elf jaar voordeden bij de Maiplombe, zich ook zouden kunnen voordoen bij de in 1992 pas zes jaar gebruikte Miragelplombe, die immers „*the same chemical composition*” heeft als de Maiplombe. Het hof heeft bovendien niet gerespondeerd op Sassens in subonderdeel 2.1.2 van middel II vermelde essentiële stellingen, en eerder ook nog eens de in subonderdeel 2.3 van middel 1 vermelde, door Sassen voorgestane, aan Crama te stellen vraag of het artikel van Marin et al het eerste artikel was dat wees op een gebrek in het Miragelmateriaal verengd heeft tot de qua strekking beperkter vraag of dit artikel het eerste was dat wees op een gebrek van het uit dit materiaal vervaardigde product, de Miragelplombe. De STR (o.a. §§ 3.1.3 en 3.4.8) schermst met de feitelijke aard van deze beslissing en de daaraan gerelateerde beperkingen voor de cassatietoetsing, maar deze feitelijke aard laat de onbegrijpelijkheid van deze (aan de te dezen al even onbegrijpelijke opinie van prof. Hooymans ontleende) beslissing onverlet. Immers, er was in juli 1992 onmiskenbaar voornoemd alleszins plausibele vermoeden, gezien dat wetenschappelijk artikel van Marin et al. De door het hof onbeantwoorde kernvraag is hoe het Radboudumc in 1992 had moeten handelen op basis van het in 1992 bekende vermoeden van de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe.
2. Door de onbegrijpelijkheid van dit ‘geen enkel vermoeden’-oordeel is eveneens onbegrijpelijk ’s hofs beantwoording van de vragen of behandeling met een

Miragelplombe destijds een goede keuze was, of Sassen over het gebruik van een Miragelplombe geïnformeerd had moeten worden (teneinde zijn geïnformeerde toestemming te kunnen geven over het gebruik daarvan) en of het gebruik van de Miragelplombe in Sassen's medisch dossier opgenomen moest worden (om bij eventuele toekomstige complicaties effectieve zorg te kunnen verlenen). Bovendien brengt die onbegrijpelijkheid mee dat Uw Raad nog minder reden heeft om de staf te breken over 's hofs concluderende oordeel in rov. 2.18 en 2.22 dat toerekening in de zin van art. 6:77 BW niet onredelijk is, tot welk oordeel het hof nu juist kwam met verdiscontering van dat 'geen enkel vermoeden'-oordeel. De objectieve bekendheid met (het vermoeden van) de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe (dus: die „*the same chemical composition*” heeft als de Maiplombe, waarbij zich na zes à elf jaar langetermijncomplicaties voordeden), maakt immers alleen maar manifester dat toerekening aan het Radboudumc niet onredelijk is. Anders dan het Radboudumc in STR-§ 2.1.16 beweert, was er in 1992, naar de toenmalige stand van de wetenschap en techniek, geen sprake van objectieve onbekendheid met de langetermijncomplicaties van de Miragelplombe, want juist gezien dat wetenschappelijke artikel van Marin et al, was er reeds voornoemd vermoeden dat deze complicaties er zouden kunnen zijn.

Principaal cassatieberoep: maatschappelijk risico moet 'gespreid' gedragen worden. De 'tenzij' van art. 6:77 BW is alleen van toepassing in echt sprekende gevallen.

3. De STR gaat bij de bespreking van de vraag of het Radboudumc aansprakelijk is voor de bij Sassen gebruikte ongeschikte hulpzaak in §§ 2.1.2 e.v. meteen de 'juridische diepte' in. Daardoor raakt het maatschappelijk belang van deze vraag ondergesneeuwd.
4. Hierbij gaat het er uiteindelijk om of het maatschappelijk wenselijk is dat een patiënt die schade leidt doordat bij een behandeling die hij in een ziekenhuis ondergaan heeft een ongeschikte hulpzaak gebruikt is zonder dat het ziekenhuis daaraan *schuld* heeft, geen schadevergoedingsvordering op dat ziekenhuis zou hebben. Te dezen zij bedacht dat het gebruik van medische hulpzaken aan de orde van de dag is. Dit brengt mee dat iedereen die in een ziekenhuis behandeld moet worden de 'pechvogel van de dag' zou kunnen zijn, indien een bij deze behandeling gebruikte hulpzaak ongeschikt blijkt. Is het maatschappelijk wenselijk dat de patiënt óók in die zin de pechvogel zou zijn, dat hij met zijn schade zou blijven zitten? Dit om de reden dat hij niet het ziekenhuis met succes zou kunnen aanspreken? Onzes inziens is dat maatschappelijk niet wenselijk. Bovendien heeft de wetgever ervoor gekozen dat aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken in de regel

aangenomen moet worden (M.v.A. II, Parl. Gesch. Boek 6 BW, blz. 270).¹ De redelijkheid van deze keuze blijkt reeds hieruit, dat, zoals het hof oordeelt in rov. 2.22, het Radboudumc zoals bijna ieder ziekenhuis in Nederland een aansprakelijkheidsverzekering heeft die schade door een gebrek in een (medische) hulpzaak dekt, terwijl Sassen als patiënt geen dekkende verzekering heeft (behoudens een arbeidsongeschiktheidsverzekering). Met deze oplossing wordt derhalve bereikt dat de kosten van het gebruik van een ongeschikte (medische) hulpzaak collectief gedragen worden ('solidariteitsbeginsel'), althans ten minste in enige mate gespreid worden, aangenomen dat ziekenhuizen zoals het Radboudumc de verzekeringspremies zullen doorberekenen in de zorgkosten.

5. Onzes inziens moet toepassing van de 'tenzij' van art. 6:77 BW beperkt blijven tot echt sprekende gevallen, bijvoorbeeld in het geval² dat een aan een ongeneeslijke ziekte lijdende patiënt op eigen verzoek een experimenteel medicijn toegediend krijgt, of in het geval dat patiënt zonder medische noodzaak, bijvoorbeeld om zuiver cosmetische redenen, ervoor kiest voor een behandeling met een medische hulpzaak. In casu is echter geen sprake van een dergelijk echt sprekend geval waarin toerekening onredelijk is. Het hof is in rov. 2.22 dan ook terecht tot het concluderende oordeel gekomen dat toerekening in casu niet onredelijk is.

Overigens is er (dus: zie ook § 2) des te minder reden om de 'tenzij' van art. 6:77 BW van toepassing te achten, ingeval een of meer incidentele klachten slagen die gericht zijn tegen 's hofs oordelen onder het kopje „*De Miragelplombe als ongeschikte hulpzaak*”

- 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 (rov. 2.20);
- dat bij het Radboudumc sprake zou zijn geweest van onwetendheid over een toekomstig gebrek van de hulpzaak (rov. 2.21); en
- dat het Radboudumc toentertijd niet zou hebben geweten dat de Miragelplombe in de toekomst gebrekkig zou blijken (rov. 2.22),

1. In de parlementaire geschiedenis (M.v.A. II, Parl. Gesch. Boek 6 BW, blz. 271-272) wordt gesuggereerd dat de gebruiker van een medische hulpzaak niet aansprakelijk zou zijn voor een 'ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek'. Deze opvatting (een uitzondering op de risicoaansprakelijkheid van art. 6:77 BW) is echter omstreden. Deze opvatting – die door de wetgever zelf al met terughoudendheid gepresenteerd werd – moet als achterhaald beschouwd worden. Zie (o.a.): K.J.O Jansen, Informatieplichten (R&P nr. CA5) 2012/3.10.9 en J.T. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (R&P nr. CA19) 2018, blz. 337.

2. Dit voorbeeld is ontleend aan Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/456.

althans indien (kort gezegd) na cassatie en verwijzing het verwijzingshof tot een of meer andere oordelen komt.

Hetzelfde geldt ingeval een of meer incidentele klachten slagen dat Sassen wél geïnformeerd had moeten worden

- voorafgaand aan de operatie op 6 juli 1992 over het plausibele vermoeden van aan de Miragelplombe gerelateerde langetermijncomplicaties;
- over de staat van en de vooruitzichten met betrekking tot Sassens gezondheid wat betreft het terrein van het onderzoek of de behandeling toen in 1996-1997 bekend werd dat de complicaties daadwerkelijk ook bij de Miragelplombe waargenomen waren; en/of
- het feit dat in 2003 de in Sassans oog ingebrachte plombe aan het zwellen was en over de mogelijke behandelmethoden.

* * *