

56 Memorie van antwoord na verwijzing Radboudumc 15-03-2021

ONTVANGEN 15 MRT 2021

Per koerier

De weledelgestrenge heer
mr. Z.J. Rittersma
Balans Letselschade
Hummeloseweg 6
6998 AD LAAG-KEPPEL

Karin Mens-de Nijs
Procesondersteuning
T 020 605 6535
F 020 605 6700
E procesondersteuning@houthoff.com
Postbus 75505 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

Amsterdam, 15 maart 2021

Inzake: UMC St. Radboud / Sassen - verwijzing van HR

Onze ref.: 200.287.326 - 570001456

Geachte confrère,

In bovengenoemde zaak zend ik u hierbij in tweevoud de memorie na verwijzing voor de rol van 16 maart a.s.

Met vriendelijke groet,
Houthoff
voor mr. H. Lebbing



Karin Mens
medewerkster procesondersteuning

AMSTERDAM

Postbus 75505
1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50
1082 MA Amsterdam
The Netherlands
M +31 20 605 60 00
F +31 20 605 67 00

Attorneys:

ABN AMRO 21.33.31.241
IBAN: NL95ABNA0213331241
BIC: ABNANL2A
Civil law notaries:
ABN AMRO 21.32.76.453
IBAN: NL24ABNA0213276453
BIC: ABNANL2A
BTW: NL813823092B01

ROTTERDAM

Postbus 1507
3000 BM Rotterdam
Weena 355
3013 AL Rotterdam
The Netherlands
T +31 10 217 20 00
F +31 10 217 27 00

Attorneys:

ABN AMRO 21.33.31.241
IBAN: NL95ABNA0213331241
BIC: ABNANL2A
Civil law notaries:
ABN AMRO 21.32.76.453
IBAN: NL24ABNA0213276453
BIC: ABNANL2A
BTW: NL813823092B01

BRUSSELS

Boulevard de l'Empereur 5
1000 Brussels
Belgium
T +32 250 798 00
F +32 250 798 98

Attorneys:

ABN AMRO 71.94.00.01.64.14
IBAN: BE94719400016414
BIC: ABNABE2A
BTW: BE0474083342

LONDON

16th Floor
125 Old Broad Street
London EC2N 1AR
United Kingdom
T +44 207 422 50 50
F +44 207 422 00 22
Company no.: FC023801
Trade register no.: 34168628
VAT registration no.: GB791759868

Attorneys:

ABN AMRO 20.00.33.67
Currency: EUR
IBAN: GB21FTSB40625220003367
BIC: FTSGB2L
Sort code: 406252
ABN AMRO 20.00.33.75
Currency: GBP
IBAN: GB96FTSB40625220003375
BIC: FTSGB2L
Sort code: 406252

NEW YORK

120 West 45th Street, 19th Floor
New York, NY 10036
United States
T +1 212 403 67 01

Bank of America: 483041096409
ABA routing Number: 021000322
Swift Code: US dollars: BOFAUS3N
Swift Code: Non US Dollars: BOFAUS6S

Gerechtshof
te 's-Hertogenbosch

Datum zitting: 16 maart 2021
Rolnummer: 200.287.326

MEMORIE VAN ANTWOORD NA VERWIJZING

inzake

Stichting Katholieke Universiteit (UMC St. Radboud Ziekenhuis),
een stichting gevestigd te Nijmegen ("**Radboudumc**"),
geïntimeerde, incidenteel appellant,
advocaten: mr. H. Lebbing en mr. N.T. Dempsey

tegen:

Jan Hendrik Sassen,
wonende te Nijmegen ("**Sassen**"),
appellant, incidenteel geïntimeerde,
advocaat: mr. Z.J. Rittersma

INHOUDSOPGAVE

1.	Inleiding: procesverloop en omvang van de (her)beoordeling door uw hof na verwijzing.....	3
2.	Het juridisch kader van art. 6:77 BW gelet op de uitspraken van de Hoge Raad van 19 juni 2020	6
2.1.	Inleiding.....	6
2.2.	Geen aansprakelijkheid zonder tekortkoming: het gebruik van een later gebleken ongeschikte hulpzaak levert geen tekortkoming op	6
2.3.	Geen tekortkoming indien de hulpzaak ten tijde van de behandeling naar de destijds geldende medische inzichten geschikt was: betekenis <i>state of the art</i> ..	8
3.	Toepassing van art. 6:77 BW in deze procedure.....	11
3.1.	Het gebruik van de Miragelpompe door Radboudumc tijdens de operatie van 1992 leverde geen tekortkoming op	11
	<i>De inhoud van de verbintenis van Radboudumc</i>	12
	<i>Radboudumc is niet tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenis</i>	14
	<i>Kunstmatig/irrelevant onderscheid tussen state of the art "zijn" en state of the art "gebruik"</i>	17
3.2.	De Miragelpompe was ten tijde van de behandeling in 1992 een geschikte hulpzaak	18
3.3.	Toerekening zou in dit geval onredelijk zijn in de zin van art. 6:77 BW.....	19
3.4.	Conclusie.....	22
4.	Geen ruimte in verwijzing voor behandeling van Sassens "nieuwe grief"	22
5.	Geen bedrog.....	24
5.1.	Inleiding.....	24
5.2.	Geen verzwijging ten aanzien van kennis prof.dr. Keunen in 2005/2006	25
5.3.	Geen onjuiste informatie over het behandelbeleid van Radboudumc	26
5.4.	Geen verzwijging of tegenstrijdige verklaringen Crama in verband met artikel van Marin et al.....	28
5.5.	Conclusie.....	29
6.	Tot slot: conclusie geen aansprakelijkheid, maar ook geen causaal verband, geen schade; proceskostenveroordeling.....	30

1. **Inleiding: procesverloop en omvang van de (her)beoordeling door uw hof na verwijzing¹**
 - 1.1. De centrale vraag in deze procedure is of Radboudumc jegens Sassen aansprakelijk is voor het gebruik van een zogenaamde Miragelplombe² bij een netvliesoperatie in 1992. De operatie was noodzakelijk om te voorkomen dat Sassen blind zou worden aan zijn rechteroog. De operatie was succesvol: de netvliesloslating werd hersteld waardoor blindheid werd voorkomen.
 - 1.2. Vele jaren later, in de loop van 2003 en vervolgens 2005 ondervond Sassen klachten en beperkingen aan zijn rechteroog. In maart 2005 werd een plombe hechting, die uit het oog was gekomen, verwijderd. In april en oktober 2005 is Sassen op consult geweest. Daarbij is gesproken over de mogelijkheid van operatieve verwijdering van de plombe. In augustus 2006 is de plombe daadwerkelijk (gedeeltelijk) verwijderd omdat deze door het oogbindvlies was gebroken. In september 2006 bleek dat sprake was van een recidief netvliesloslating. Dit is een bekende complicatie, die zich kan voordoen bij het verwijderen van welk type plombe dan ook. Een jaar later heeft Sassen Radboudumc aansprakelijk gesteld voor de schade die hij stelt te hebben geleden als gevolg van de netvliesoperatie in 1992 en de daaropvolgende behandelingen.
 - 1.3. Sassen maakt Radboudumc vele verwijten en zijn vordering tot schadevergoeding is op diverse grondslagen gebaseerd. De Rechtbank Arnhem wees de vordering van Sassen af. De rechtbank was van oordeel dat Sassens verwijten aan Radboudumc ongegrond zijn, afgezien van een verwijt met betrekking tot de informatieverstrekking in 2003-2005. Volgens de rechtbank leidde dat evenwel niet tot aansprakelijkheid, omdat Sassen destijds geen andere behandeling zou hebben gekozen en het causaal verband dus ontbrak. Het beroep van Sassen op artikel 6:77 BW wees de rechtbank af omdat toerekening in dit geval onredelijk is.

¹ In deze memorie worden de volgende afkortingen gebruikt om te verwijzen naar de eerder in deze procedure gewezen uitspraken van de Rechtbank Arnhem en het Hof Arnhem-Leeuwarden: Tussenvonnis d.d. 3 maart 2010 ("TV"), Eindvonnis d.d. 28 november 2012 ("EV"), Tussenarrest d.d. 3 oktober 2017 ("TA") en Eindarrest d.d. 27 november 2018 ("EA").

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

- 1.4. In hoger beroep oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat Radboudumc geen enkel verwijt kan worden gemaakt met betrekking tot de behandeling van resp. informatieverstrekking aan Sassen. Het hof wees de vordering van Sassen echter toe op de grond dat de Miragelplombe een ongeschikte hulpzaak zou zijn, dat door het gebruik daarvan Radboudumc jegens Sassen tekort zou zijn geschoten in de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, en dat deze tekortkoming op grond van artikel 6:77 BW aan Radboudumc kan worden toegerekend.
- 1.5. Radboudumc heeft – met succes – cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Het cassatiemiddel bevatte diverse klachten die er, in de kern, op neerkwamen dat het Hof Arnhem-Leeuwarden had miskend (1) dat geen sprake was van een tekortkoming,³ (2) dat de Miragelplombe niet ongeschikt was⁴ en (3) dat toerekening van een eventuele tekortkoming op grond van art. 6:77 BW in een zaak als deze onredelijk zou zijn.⁵ De Hoge Raad heeft bij arrest van 19 juni 2020 ("**HR Arrest**")⁶ de klachten van Cassatiemiddel onderdelen 1 en 2 gegrond verklaard voor zover daarin werd geklaagd dat *"zich een tekortkoming bij het uitvoeren van een overeenkomst inzake geneeskundige behandeling voordoet als bij een operatie een hulpzaak wordt gebruikt die ten tijde van het gebruik "state of the art" was en waarvan later gebreken blijken die destijds bij de behandelende artsen niet bekend waren."*⁷ De Hoge Raad heeft de overige klachten van het cassatiemiddel expliciet onbesproken gelaten.⁸
- 1.6. Door Sassen is incidenteel cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Sassen klaagde onder meer over de verwerping van zijn *"algemene opmerking (c.q. nieuwe grief)"* in zijn akte van 5 september 2016,⁹ over het oordeel van het hof dat geen sprake zou zijn van een tekortschieten door Radboudumc in de behandeling of informatieverstrekking in 1992,¹⁰ in 1996/1997,¹¹ in 2002/2003¹² en de beslissing van het Hof Arnhem-Leeuwarden

³ Procesinleiding in cassatie ("**Cassatiemiddel**") onderdeel 1; R-ST d.d. 12 juni 2019 § 2.1.

⁴ Cassatiemiddel onderdeel 2; R-ST d.d. 12 juni 2019 § 2.2.

⁵ Cassatiemiddel onderdeel 3; R-ST d.d. 12 juni 2019 § 2.3.

⁶ HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082, NJ 2021/15 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Miragelplombe*).

⁷ HR Arrest rov. 3.2.1-2.

⁸ HR Arrest rov. 3.3.

⁹ Verweerschrift tevens houdende incidenteel cassatieberoep ("**Incidenteel cassatiemiddel**") onderdelen I.1 en II.1.

¹⁰ Incidenteel cassatiemiddel onderdeel II.2.

¹¹ Incidenteel cassatiemiddel onderdeel II.3.

¹² Incidenteel cassatiemiddel onderdeel II.4.

om de proceskosten te compenseren.¹³ De Hoge Raad heeft ten aanzien van deze laatste – op zichzelf terecht voorgestelde – klacht geoordeeld dat Sassen daarbij geen belang (meer) had omdat de Hoge Raad het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden naar aanleiding van het cassatieberoep van Radboudumc vernietigt.¹⁴ Alle overige incidentele cassatieklachten zijn, met verkorte motivering (art. 81 lid 1 RO), door de Hoge Raad uitdrukkelijk verworpen.¹⁵

- 1.7. Op grond van art. 424 Rv zet de rechter, naar wie het geding na cassatie is verwezen, de behandeling voort en beslist met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad. De procedure na cassatie en verwijzing kan gezien worden als een voortzetting van het eerdere appel, met dien verstande dat (1) beslissingen van de vorige rechter waarover in cassatie niet of tevergeefs is geklaagd in de verwijzingsprocedures vaststaan¹⁶ en (2) de verwijzingsrechter niet gebonden is aan beslissingen van de vorige rechter waarover met succes is geklaagd of waarover is geklaagd en die klachten door de Hoge Raad onbehandeld zijn gelaten.¹⁷
- 1.8. Concreet betekent dit voor deze procedure dat in verwijzing de *enige* vraag die thans nog voorligt bij uw hof is of Sassen Radboudumc aansprakelijk kan houden op grond van art. 6:77 BW. De (her)beoordeling van deze grondslag van Sassen's vordering dient te geschieden met in achtneming van hetgeen de Hoge Raad hierover heeft overwogen.
- 1.9. In § 2 en 3 zet Radboudumc uiteen dat – mede gelet op hetgeen door de Hoge Raad is overwogen in zijn arrest in deze zaak en zijn op dezelfde datum gegeven antwoorden op prejudiciële vragen in de zogenaamde PIP-implantaten zaak ("**de PIP-beslissing**")¹⁸ – art. 6:77 BW geen grondslag biedt voor het toewijzen van de vordering van Sassen, net zomin als alle eerder ongegrond bevonden verwijten van Sassen aan het adres van Radboudumc. Immers: Radboudumc is niet tekortgeschoten, de Miragelplombe was niet ongeschikt, en voor zover anders zou worden geoordeeld, doet zich de uitzondering van art. 6:77 BW voor dat toerekening in dit geval onredelijk zou zijn.

¹³ Incidenteel cassatiemiddel onderdeel II.6.

¹⁴ HR Arrest rov. 4.1.2.

¹⁵ HR Arrest rov. 4.2.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld HR 16 december 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0542, NJ 1989/180 (*Haaland/Staat*), rov. 3.3; HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5098, NJ 2011/391 (*Staat/Lohuis c.s.*), rov. 4.1.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH5410, NJ 2009/257 (*X/AXA*), rov. 3.3.1. Zie ook Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/333.

¹⁸ HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, NJ 2021/16 m.nt. S.D. Lindenbergh (*PIP-implantaten*).

- 1.10. Sassen heeft zich in zijn – ruim honderd pagina tellende – memorie na verwijzing ("MnV") echter niet beperkt tot het (enige) vraagstuk dat in deze verwijzingsprocedure aan de orde is. In MnV Deel II (vanaf p. 70) stelt Sassen dat uw hof terug zou moeten (en mogen) komen van de verwerping van zijn "nieuwe grief" door het Hof Arnhem-Leeuwarden. In deze "nieuwe grief" zou door Sassen zijn geklaagd dat de rechtbank van een onjuist/onvolledig feitencomplex was uitgegaan.¹⁹ In dit kader stelt Sassen zelfs dat sprake zou zijn van door Radboudumc gepleegd bedrog in de zin van art. 382 Rv.²⁰ Radboudumc zal hierna in § 4 kort toelichten dat Sassen hiermee buiten de grenzen van de rechtsstrijd in verwijzing treedt en in § 5 dat geen sprake is geweest van bedrog.
- 1.11. Radboudumc sluit in § 6 af met een conclusie waarbij wordt ingegaan op het betoog van Sassen dat Radboudumc zou moeten worden veroordeeld tot vergoeding van zijn volledige proceskosten.
- 2. Het juridisch kader van art. 6:77 BW gelet op de uitspraken van de Hoge Raad van 19 juni 2020**
- 2.1. Inleiding**
- 2.1.1. De overwegingen van de Hoge Raad in deze zaak en zijn antwoorden in de PIP-beslissing maken duidelijk dat, om toe te komen aan toepassing van art. 6:77 BW – zoals ook door Radboudumc in cassatie geklaagd²¹ – éérs beoordeeld dient te worden of überhaupt sprake is van een tekortkoming in de nakoming. Daarbij geldt dat géén sprake is van een tekortkoming indien gebruik wordt gemaakt van een medische hulpzaak die naar de medische inzichten van dat moment geschikt was. Indien uit later verkregen medische inzichten blijkt dat een medische hulpzaak toch niet geschikt was, leidt dit er niet toe dat alsnog sprake was van een tekortkoming.
- 2.1.2. Voordat Radboudumc in § 3 hierna ingaat op de concrete toepassing van art. 6:77 BW wordt eerst in meer algemene zin stilgestaan bij deze drie door de Hoge Raad gegeven handvatten voor de beoordeling van aansprakelijkheid voor gebruik van medische hulpzaken.
- 2.2. Geen aansprakelijkheid zonder tekortkoming: het gebruik van een later gebleken ongeschikte hulpzaak levert geen tekortkoming op**

¹⁹ S-Akte d.d. 5 september 2016 § 2-8; Incidenteel cassatiemiddel onderdelen I.1 en II.1; MnV § 172-173.

²⁰ MnV § 206-220.

²¹ Cassatiemiddel onderdeel 1.

2.2.1. Na de uitspraak van de Hoge Raad in deze zaak en de antwoorden in de PIP-beslissing kan er geen discussie meer over zijn dat, voordat aan toerekening ex art. 6:77 BW wordt toegekomen, éérst moet worden beoordeeld of het gebruik van een (pas vele jaren later gebleken ongeschikte) plombe die in Nederland op het moment van gebruik officieel goedgekeurd was als medische hulpzaak achteraf als een tekortkoming op het moment van plaatsing kan worden gekwalificeerd. Anders dan het Hof Arnhem-Leeuwarden in deze zaak overwoog in EA rov. 2.17, levert het gebruik van een medische hulpzaak die pas vele jaren later ongeschikt blijkt op zichzelf (nog) niet een tekortkoming op.

2.2.2. Zo overwoog de Hoge Raad in deze zaak:

"3.2.2 (...) Indien bij een geneeskundige behandeling een zaak in het lichaam van de patiënt wordt aangebracht die ten tijde van de behandeling "state of the art" is, brengt het enkele feit dat de zaak op grond van naderhand opgekomen medische inzichten naar haar aard niet langer geschikt wordt bevonden voor de desbetreffende behandeling, niet mee dat het gebruik van die zaak als een tekortkoming moet worden aangemerkt. Aan toepassing van art. 6:77 BW wordt in dat geval dus niet toegekomen. Een andere opvatting verdraagt zich niet met de aard van de medische behandelingsovereenkomst en de daarbij door de hulpverlener in acht te nemen zorg (art. 7:453 BW). Dit strookt ermee dat evenmin een tekortkoming bestaat indien een arts een behandeling toepast die op dat moment naar gangbare medische inzichten de juiste is, maar die nadien als gevolg van nieuw opgekomen medische inzichten niet langer als state of the art wordt beoordeeld. Er bestaat geen grond op dit punt verschillend te oordelen al naar gelang het gaat om een bij de behandeling gebruikte zaak of om de behandeling als zodanig."

2.2.3. In de PIP-beslissing liet de Hoge Raad zich in meer algemene termen uit over de vraag wanneer sprake is – of juist níet – van een tekortkoming bij de nakoming van een geneeskundige behandelingsovereenkomst in geval van gebruik van medische hulpzaken:²²

"2.8.2. Van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis is sprake indien hetgeen de schuldenaar verricht in enig opzicht achterblijft bij hetgeen de verbintenis vergt. Bij een geneeskundige behandelingsovereenkomst vergt de verbintenis in het algemeen dat de bij de nakoming daarvan door de hulpverlener gebruikte zaken als bedoeld in

²² HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, NJ 2021/16 m.nt. S.D. Lindenbergh (PIP-implantaten) rov. 2.8.2.

art. 6:77 BW voor de toepassing geschikt zijn, beoordeeld naar de medische inzichten ten tijde van die toepassing. Een daarbij gebruikt implantaat dient dus volgens de heersende medische inzichten geschikt te zijn en het moet voldoen aan de op dat moment geldende wettelijke normen. De enkele omstandigheid dat een bepaald soort of type implantaat dat ten tijde van de behandeling state of the art was, op grond van naderhand opgekomen medische inzichten minder geschikt of zelfs ongeschikt wordt bevonden voor de verrichte geneeskundige behandeling, levert niet een tekortkoming op in de nakoming van de verbintenis."

- 2.2.4. Art. 6:77 BW bevat dan ook zelf geen grondslag voor aansprakelijkheid, maar regelt uitsluitend wanneer een tekortkoming die is ontstaan door het gebruik van een ongeschikte hulpzaak aan de schuldenaar kan worden toegerekend.
- 2.3. **Geen tekortkoming indien de hulpzaak ten tijde van de behandeling naar de destijds geldende medische inzichten geschikt was: betekenis *state of the art***
- 2.3.1. In zijn uitspraken van 19 juni 2020 geeft de Hoge Raad ook *guidance* ten aanzien van wanneer het gebruik van een pas later gebleken ongeschikte medische hulpzaak in ieder geval *niet* leidt tot een tekortkoming in de nakoming. Zoals uit de citaten hiervoor volgt, zal geen sprake zijn van een tekortkoming indien de medische hulpzaak naar de ten tijde van gebruik heersende medische inzichten geschikt was en op dat moment voldeed aan de toen geldende wettelijke normen.
- 2.3.2. In beide uitspraken gebruikt de Hoge Raad daarbij de term *state of the art*. Het begrip *state of the art* is echter geen juridisch criterium. In de literatuur die is verschenen naar aanleiding van deze uitspraken wordt dan ook de vraag opgeworpen wat de Hoge Raad precies heeft bedoeld met het gebruik van deze term.²³ Daarbij lijken twee stromingen te onderscheiden. De eerste stroming stelt dat de Hoge Raad met het gebruik van de term *state of the art* aansluiting zoekt bij objectieve onbekendheid en dat sprake zou moeten zijn van een absolute onmogelijkheid van het ontdekken van het gebrek. Volgens de auteurs die deze

²³ Zie bijv. R.P. Wijne in haar annotatie bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, JA 2020/09; S.D. Lindenberg in zijn annotatie bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, NJ 2021/16; R.P. Wijne, "Langverwachte (on)duidelijkheid over de (on)redelijkheid van aansprakelijkheid van de hulpverlener voor het gebruik van medische hulpzaken," MvV 2020/10; J.E. van Oers in zijn annotatie bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090 en HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082 *GZR-updates*; M. van Asch & S. Tanouyat, "Aansprakelijkheid hulpverleners voor medische hulpzaken: 'State of the art'?" AV&S 2020/30; C.W. Dempster in zijn annotatie bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, JGR 2020/31&32, W.H. van Boom in zijn annotatie bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090 en ECLI:NL:HR:2020:1082, AA 2021/268, p. 276.

stroming aanhangen, zou aansluiting moeten worden gezocht bij het ontwikkelingsrisicoverweer in het kader van productaansprakelijkheid.²⁴

- 2.3.3. Volgens de tweede stroming zou met de term *state of the art* worden bedoeld dat de hulpzaak door een goed hulpverlener in de zin van art. 7:453 BW mocht worden gebruikt. Daarbij zou dan aansluiting moeten worden gezocht bij de professionele standaard en de daarin besloten liggende gangbare medische inzichten en wettelijke normen. Zo schrijft Lindenbergh in zijn annotatie bij het HR arrest en de PIP-beslissing:²⁵

"Ik denk dat ermee bedoeld is dat een goed hulpverlener in de zin van art. 7:453 BW, die moet handelen volgens de professionele standaard, de daarin besloten liggende gangbare medische inzichten en de wettelijke normen, een zaak (of behandeling) van dit type zou hebben gebruikt. Het gaat hier dus om 'state of the medical art', hetgeen op zichzelf niet betekent dat deze steeds samenvalt met 'state of the art', zoals dat begrip wel wordt gebruikt in het kader van productaansprakelijkheid (vgl. art. 6:185 lid 1 onder e. BW), 'state of the producer's art' dus."

In gelijke zin Gunnewiek en Van Beurden:²⁶

"Er hoeft van een hulpverlener niet (altijd) dezelfde (diepgaande) kennis te worden verwacht ten aanzien van het hulpmiddel als van een producent van dat middel. Wij denken niet dat de Hoge Raad met verwijzing naar het begrip state of the art aansluiting heeft willen zoeken bij de maatstaf zoals die geldt voor de producent in het kader van het ontwikkelingsrisicoverweer. Gezien de expliciete verwijzing naar de aard van de medische behandelingsovereenkomst en de norm van artikel 7:453 BW denken wij dat het bij het begrip state of the art moet gaan om de medische inzichten voor wat betreft de stand van de wetenschap en techniek op het moment van het gebruik van het hulpmiddel. (...)

Van belang is dat de Hoge Raad hier met zoveel woorden aansluit bij de vraag of een implantaat naar medische inzichten van destijds state of the art was. Opnieuw een duidelijk signaal dat aansluiting moet worden

²⁴ R.P. Wijne in haar annotatie bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, JA 2020/09; R.P. Wijne, "Langverwachte (on)duidelijkheid over de (on)redelijkheid van aansprakelijkheid van de hulpverlener voor het gebruik van medische hulpzaken," MvV 2020/10; M. van Asch & S. Tanouyat, "Aansprakelijkheid hulpverleners voor medische hulpzaken: 'State of the art'?" AV&S 2020/30.

²⁵ S.D. Lindenbergh in zijn annotatie bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, NJ 2021/16, § 8 en 9.

²⁶ P.J. Klein Gunnewiek en M.S.E. van Beurden, 'Aansprakelijkheid voor medische hulpmiddelen, het laatste woord was aan de Hoge Raad', TvVP 2020/4, p. 129.

gezocht bij de medisch professionele standaard en niet enkel bij de absolute onmogelijkheid van het ontdekken van een gebrek (het ontwikkelingsrisicoverweer)."

Eveneens zo Van Boom:²⁷

"Als de beroepsgroep de gemaakte keuze in overeenstemming acht met de in acht te nemen zorg, is er geen sprake van een tekortkoming. Ook geldt dat er niet met wijsheid achteraf mag worden geoordeeld. Vaak veranderen inzichten in de loop der tijd – zo was aderen ooit volgens gangbare inzichten de juiste medische behandeling maar als gevolg van nieuw opgekomen medische inzichten wordt aderen niet langer als 'state of the art' beoordeeld – en omdat bij inspanningsverbintenissen de beoordeling van de verrichte inspanning ex tunc plaatsvindt, leidt de opkomst van nieuwe medische inzichten niet zonder meer tot de conclusie dat ten tijde van het handelen tekortgeschoten werd in de vereiste mate van zorg. Pas als is vastgesteld dat er sprake is van een tekortkoming, dient de toerekening te worden getoetst. Andersom werkt het niet, zoals de Hoge Raad in Miragel-plombe laat zien: als er geen tekortkoming is, valt er niets toe te rekenen. (...)

De producent kan niet volstaan met het bewijs dat het ontwerp, de productiewijze, de samenstelling en dus het eindproduct zoals het op de markt was gebracht destijds gangbaar was, veel werd gebruikt of voldeed aan de toen heersende inzichten in de industrie. Wat gangbaar en heersend is, hoeft namelijk niet het hoogste kennisniveau te zijn. Daarin schuilt denk ik de reden dat we 'state of the art' bij artikel 6:77 BW in de context van de geneeskundige behandeling niet op één lijn mogen stellen met 'state of the art' bij producten. (...)

De medici worden, zo denk ik, waarschijnlijk gehouden aan een andere en soms minder strenge maatstaf, te weten het gangbare kennisniveau in hun kring, de heersende medische inzichten en opvattingen in hun beroepsgroep ten tijde van de ingreep."

- 2.3.4. Gelet op de bewoording die de Hoge Raad in beide arresten kiest en de verwijzingen naar de heersende dan wel gangbare medische inzichten, is aannemelijk dat de Hoge Raad inderdaad met het begrip *state of the art* niet

²⁷ W.H. van Boom in zijn annotatie bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090 en ECLI:NL:HR:2020:1082, AA 2021/268, p. 273 en 276.

dezelfde maatstaf/voorwaarden heeft bedoeld als geldt voor het ontwikkelingsverweer van een producent ex art. 6:185 BW, maar dat een goed hulpverlener in de zin van art. 7:453 BW die moet handelen volgens de professionele standaard de daarin besloten liggende gangbare medische inzichten en de wettelijke normen, een zaak (of behandeling) van dit type plombe zou hebben gebruikt. Had de Hoge Raad anders bedoeld, dan lag het voor de hand dat de Hoge Raad dit uitdrukkelijk ook had vermeld.

- 2.3.5. Uit beide arresten volgt tot slot duidelijk dat het in ieder geval gaat om de medische inzichten *ten tijde van* de behandeling. Latere medische inzichten kunnen niet achteraf leiden tot de conclusie dat eerder sprake was van een tekortkoming.

3. Toepassing van art. 6:77 BW in deze procedure

3.1. Het gebruik van de Miragelplombe door Radboudumc tijdens de operatie van 1992 leverde geen tekortkoming op

- 3.1.1. In de huidige fase van deze procedure is alleen nog de toepassing van artikel 6:77 BW aan de orde. Zoals beschreven in § 2.2.1-2.2.4 moet daarvoor de vraag worden beantwoord of wel sprake is van een tekortkoming. Het antwoord op de vraag óf sprake is van een tekortkoming dient beantwoord te worden door een vergelijking te maken tussen de inhoud van de verbintenis enerzijds, en hetgeen is geschied tot nakoming van die verbintenis anderzijds.²⁸ Slechts indien sprake is van een discrepantie tussen de inhoud van de overeenkomst en hetgeen is geschied tot nakoming bestaat een tekortkoming.
- 3.1.2. Sassen heeft – zoals vermeld – Radboudumc in deze procedure vele verwijten gemaakt en gesteld dat Radboudumc, door de jaren heen, op allerlei manieren tekortgeschoten is in zijn behandeling en de informatieverstrekking. Al die verwijten zijn echter, volgens Radboudumc met recht, door de Rechtbank en het Hof Arnhem-Leeuwarden verworpen. Gelet op het feit dat de Hoge Raad de cassatieklachten van Sassen tegen die beslissingen heeft verworpen, kunnen die verwijten geen rol meer spelen.²⁹ De enige vraag die overblijft is of Radboudumc door het gebruik van de Miragelplombe tijdens de operatie in 1992 jegens Sassen tekort is geschoten.

²⁸ B.J. Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:74 BW, aant. 2.2; H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, p. 6-12.

²⁹ Zie hiervoor § 1.6-1.7 en 4-5 en hierna.

- 3.1.3. In het navolgende licht Radboudumc toe dat – gelet op het door de Hoge Raad in zijn uitspraken van 19 juni 2020 geformuleerd kader – geen sprake is geweest van enige tekortkoming door het gebruik van de Miragelpombe in 1992. In § 3.2 en 3.3 wordt – subsidiair en voor de volledigheid – ook kort aandacht besteed aan het verweer van Radboudumc dat de Miragelpombe niet als een ongeschikte hulpzaak kan worden gekwalificeerd en dat hoe dan ook in dit geval toerekening gelet op de maatstaf van art. 6:77 BW onredelijk zou zijn.

De inhoud van de verbintenis van Radboudumc

- 3.1.4. Bij de beoordeling of sprake is van een tekortkoming door Radboudumc door het gebruik van de Miragelpombe dient ten eerste vastgesteld te worden wat de inhoud was van de verbintenis die in dat kader op Radboudumc rustte ten opzichte van Sassen.
- 3.1.5. Voor medische hulpverleners geldt in het algemeen dat zij, ter uitvoering van hun verbintenissen, de zorg van een goed hulpverlener in acht dienen te nemen. Hierbij dienen zij te handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard. Deze maatstaf is neergelegd in artikel 7:453 BW en houdt in dat de hulpverlener de zorg in acht moet nemen die mag worden verwacht van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar.³⁰ De hulpverlener hoeft niet aan de hoogst mogelijke standaard te voldoen, maar, zoals wordt aangeduid door de term '*redelijk*', hem mag "*een goed gemiddelde als spiegel worden voorgehouden*".³¹
- 3.1.6. Voor de professionele standaard is de stand van de medische wetenschap relevant zoals deze was *op het moment van behandelen*.³² De omstandigheden van het geval zijn bepalend voor de mate van zorg die van de hulpverlener gevergd wordt en de professionele standaard die in het concrete geval geldt.³³
- 3.1.7. Bij het bepalen van de inhoud van de verbintenis en de beoordeling van de tekortkomingsvraag moet verder onderscheid gemaakt worden tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen. Heeft de schuldenaar zich verbonden

³⁰ HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*), rov. 3.7.

³¹ R.P. Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst* (Mon. BW B87), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 53.

³² J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken* (diss. Groningen; serie Recht & Praktijk CA19), Deventer: Wolters Kluwer 2018, § 4.6.3, p. 147.

³³ R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, § 4.2.1.3, p. 291.

tot het bereiken van een bepaald resultaat, of tot het zich voldoende inspannen om een bepaald resultaat te bereiken? In het geval van een resultaatsverbintenis staat met het niet-behalen van het resultaat de tekortkoming vast. Bij een inspanningsverbintenis dient de wederpartij te stellen en te bewijzen dat de beroepsbeoefenaar zich onvoldoende heeft ingespannen om een bepaald resultaat te bereiken.³⁴

- 3.1.8. Uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst vloeit een samenstel aan verbintenissen voort, waarbij de zorg zoals bedoeld in artikel 7:453 BW de hoofdverplichting van de hulpverlener is.³⁵ Onder bepaalde omstandigheden *kan* een geneeskundige behandelingsovereenkomst elementen bevatten van een resultaatsverbintenis, maar dat is slechts aan de orde wanneer het resultaat van de verbintenis van tevoren te bepalen is. Hierbij dient te worden gedacht aan voorbeelden zoals het amputeren van het juiste been of het nemen van een bloedmonster, waarbij de hulpverlener geacht kan worden in te staan voor een bepaald en duidelijk omschreven resultaat.³⁶
- 3.1.9. Bovengenoemd kader toegepast op deze zaak geldt dat de verbintenis die op Radboudumc rustte ten tijde van de behandeling in 1992 *geen* resultaatsverbintenis was. Het doel van de behandeling was de acute en feitelijke netvliesloslating tegen te gaan door het netvlies terug te plaatsen, en daarmee blindheid, te voorkomen. Door Sassen wordt – terecht – niet betwist dat in 1992 de enige wijze waarop een acute netvliesloslating als bij hem aan de orde kon worden voorkomen, het gebruik van een plombe was.³⁷ In 1992 was en kon er geen garantie worden gegeven dat de behandeling succesvol zou zijn of zonder – op (lange) termijn – complicaties. Door Sassen wordt eveneens ook – terecht – niet betwist dat van de destijds als alternatief beschikbare siliconenplombes bekend was dat deze tot ernstige complicaties konden leiden en dat (ook) wanneer die plombes verwijderd moeten worden het risico bestaat van een recidief netvliesloslating.³⁸

³⁴ B.J. Broekema-Engelen, *GS Verbintenissenrecht*, artikel 6:74 BW, aant. 8.

³⁵ W.H. van Boom in zijn annotatie bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090 en ECLI:NL:HR:2020:1082, AA 2021/268, p. 273, R.P. Wijne, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst* (Mon. BW B87), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 63; A.E. Santen, 'De aansprakelijkheid voor de gebrekkige hulpzaak in het licht van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *PIV-Bulletin*, juni 2013, p. 6.

³⁶ Zie daarover uitgebreider de schriftelijke toelichting van Radboudumc § 2.1.6 – 2.1.9.

³⁷ CvA § 2.3, 2.20, 6.11, 6.38; R-Antwoord CnD § 5.18; MvA § 9.14. Zie ook het deskundigenrapport van prof.dr. Hooymans d.d. 24 juni 2011 onder 3 (p. 3).

³⁸ CvA § 2.10, 3.4, 3.11, 6.17, 6.38; R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 1.4, 2.10, 5.1; R-Antwoord CnD § 5.8-5.13, 5.21. Zie ook het deskundigenrapport van prof.dr. Hooymans d.d. 24 juni 2011 onder 2, 6, 14.a en 15.

- 3.1.10. Op Radboudumc rustte dan ook bij de keuze voor en het gebruik van een plombe tijdens de operatie in 1992 de inspanningsplicht om de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen.

Radboudumc is niet tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenis

- 3.1.11. Aan die norm heeft Radboudumc door het gebruik van de Miragelplombe zonder meer en volledig voldaan. Door het gebruik van de Miragelplombe werd de acute netvliesloslating met succes voorkomen.
- 3.1.12. De omstandigheid dat ruim 10 jaar later de Miragelplombe bij Sassen tot complicaties leidde, uiteindelijk (deels) verwijderd moest worden en daarbij fragmenteerde, kan niet tot de conclusie leiden dat (alsnog) met terugwerkende kracht naar 1992 sprake was van een tekortkoming.
- 3.1.13. Zoals tussen beide partijen onbetwist vaststaat, was de enige wijze waarop Radboudumc uitvoering kon geven aan haar verbintenis jegens Sassen het gebruik van een plombe om blindheid van het oog met de netvliesloslating te voorkomen. Zoals ook tussen partijen vaststaat, konden ook de destijds beschikbare siliconenplombes tot ernstige complicaties leiden. Daar staat tegenover dat (het gebruik van) de (duurdere) Miragelplombe in 1992 niet ter discussie stond en – in de woorden van de Hoge Raad – *state of the art* was. De Miragelplombe werd destijds als de best beschikbare plombe beschouwd, beter dan de destijds beschikbare alternatieven. Het later gebleken risico van complicaties op lange termijn – zwelling bij een (beperkt) deel van de patiënten en fragmentatie bij verwijdering – was destijds voor de artsen van Radboudumc niet kenbaar. De behandelend oogarts prof.dr. A.F. Deutman heeft als redelijk handelend arts gehandeld door juist de Miragelplombe te gebruiken en heeft (daarmee) Sassen *lege artis* behandeld.
- 3.1.14. Sassen poogt in MnV § 11-162 in twijfel te trekken dat de Miragelplombe, dan wel het gebruik daarvan, *state of the art* was. Zoals reeds uitvoerig door Radboudumc uiteengezet – en door de onafhankelijk deskundige prof.dr. Hooymans is bevestigd – was in 1992 de Miragelplombe, dan wel het gebruik daarvan, wel *state of the art*.³⁹ Er waren ook andere plombes in gebruik, maar daaraan kleefden ook bekende complicatierisico's en de Miragelplombe werd

³⁹ CvA § 3.1, 5.13, 6.2, 6.38; R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 2.10; R-Antwoord CnD § 5.19, 6.5; MvA § 1.8, 2.4, 8.4-8.5; R-Plta II § 4.2. Aldus ook het Hof Arnhem-Leeuwarden in EA rov. 2.17 en 2.20.

destijds als de best beschikbare plombe beschouwd.⁴⁰ Aldus ook Radboudumc reeds bij Conclusie van Antwoord:⁴¹

"De plooibare eigenschappen, de fraaie indentatie van het materiaal en de verminderde kans op postoperatieve infecties zorgen ervoor dat de Miragel plombe zelfs werd beschouwd als een aanzienlijke verbetering met minder postoperatieve complicaties ten opzichte van reeds bestaande materialen.

3.1.15. In gelijke zin onafhankelijk deskundige prof.dr. Hooymans in haar rapport:⁴²

"De keuze van prof. Deutman was, gezien de toen bekende eigenschappen van een episcleraal geplaatste Miragel plombe, goed. (...) Op 6 juli 1992 bestond geen enkel vermoeden op de nu bekende lange termijn complicaties van de Miragel plombe."

3.1.16. Nog daargelaten dat het betoog van Sassen, dat de Miragelplombe niet *state of the art* was, inhoudelijk niet opgaat, miskent Sassen dat in deze verwijzingsprocedure *vaststaat* dat (het gebruik van) de Miragelplombe in 1992 naar de destijds geldende medische inzichten *state of the art* was. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft immers in EA rov. 2.7 als volgt geoordeeld:

"2.7 (...) Met kennis achteraf stelt Sassen dat risico's van complicaties van de Miragelplombe dus niet konden worden uitgesloten en hij verwijst daarvoor ook onder meer naar publicaties van latere datum. Hooymans concludeert echter (antwoord op vraag 3), mede naar aanleiding van dit artikel van Marin et al, dat op 6 juli 1992 (de dag van de operatie van Sassen) er geen enkel vermoeden bestond van de nu bekende lange termijn complicaties van de Miragelplombe. "Pas in 1997 beschrijven Hwang et al. de eerste episclerale implant [het betreft 1 casus, toev. hof] die 10 jaar na de operatie complicaties gaf in de vorm van zwelling en fragmentatie." Met de kennis van toen was de keuze van prof. Deutman om een Miragelplombe te plaatsen een goede keuze en zou een redelijk handelend patiënt toentertijd gekozen hebben voor de Miragelplombe, aldus nog steeds Hooymans. (Hooymans vermeldt ook dat dat het alternatief, een siliconenplombe, meer kans op infectie geeft). Het hof volgt Hooymans in haar deskundige opinie en maakt haar conclusies tot de

⁴⁰ Zie de in voetnoot 38 vermelde vindplaatsen en CvA § 2.19; R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 1.4; P-V d.d. 15 januari 2010 p. 4; R-Akte d.d. 19 mei 2010 § 2.3; R-Antwoord CnD § 5.6-5.8, 5.13. Zie ook het deskundigenrapport van prof.dr. Hooymans d.d. 24 juni 2011 onder 2 en 3 (p.1-2)

⁴¹ CvA § 3.1.

⁴² Deskundigenrapport prof.dr. Hooymans d.d. 24 juni 2011, p. 1-2 en 3.

zijne. (...) Het hof sluit zich voorts aan bij de rechtsoverwegingen 2.6-2.9 en 2.11-2.13 van de rechtbank in het eindvonnis en maakt die tot de zijne."

3.1.17. In EV rov. 2.8 en 2.9 overwoog de Rechtbank Arnhem:

"2.8 De rechtbank volgt Sassen niet in zijn standpunt. De deskundige deelt niet de opvatting van Sassen dat vanwege dezelfde chemische samenstelling van de beide plombes [Maiploambe en Miragelploambe – toev. adv.], het artikel van Marin et al daarom ook in alle opzichten van toepassing was op de Miragelploambe. Een wezenlijk verschil waarop de deskundige verder heeft gewezen is dat Marin et al. in hun publicatie complicaties beschrijven van een intrascleraal geplaatst MAI ploambe, terwijl de bij Sassen gebruikte Miragelploambe episcleraal was geplaatst. De deskundige heeft verder tot tweemaal toe met nadruk gewezen op de slotzin in het artikel van Marin et al., waarin kort gezegd wordt aangegeven dat berichten over degelijke complicaties bij de veel geplaatste Miragelploambe nog niet zijn gebleken. (...) Wat betreft het overige medisch inhoudelijk commentaar dat Sassen op het artikel van Marin et al. heeft geponeerd, oordeelt de rechtbank dat uitleg van de reikwijdte van dit artikel, en overigens ook van de andere door de deskundige genoemde artikelen, een medisch inhoudelijke kwestie betreft waarover de rechtbank zich nu juist door een deskundige heeft laten voorlichten. Sassen wil zijn eigen opvattingen en uitleg van het artikel van Marin et al. in de plaats stellen van dat van de deskundigen op grond van haar specifieke deskundigheid. Anders dan de deskundige is hij op dit terrein niet deskundig. De rechtbank gaat daarom aan de kritiek van Sassen voorbij.

2.9 Dat betekent dat wordt uitgegaan van de juistheid van het deskundigenbericht en dus dat de medische oogheeskundige wereld vanwege het artikel van Marin et al. in 1992 niet bekend was en kon zijn met de eigenschappen van de Miragelploambe zoals die zich bij Sassen hebben gemanifesteerd. De rechtbank wijst er daarnaast nog op dat het artikel van Marin et al. een case study betreft en niet een grootschalig onderzoek met uitkomsten die evidence based zijn. Nog los van de hiervoor besproken inhoud van het artikel, is het de vraag in hoeverre een ziekenhuis (of een producent (...)) zich in haar handelen door een enkele case study – bovendien naar de toepassing van een ander product – moet laten leiden. Dat de medische wereld althans het ziekenhuis naar aanleiding van het artikel van Marin et al. onderzoek had moeten doen

naar de gevaren van de Miragelplombe wordt evenmin gevolgd. Dat artikel geeft voor die conclusie geen aanleiding (...)."

- 3.1.18. Uit de overwegingen van het Hof Arnhem-Leeuwarden, en de Rechtbank Arnhem zoals door het hof tot de zijne gemaakt, volgt onmiskenbaar dat de later gebleken complicatierisico's van de Miragelplombe in 1992 – naar de medische stand van de wetenschap – objectief niet kenbaar waren en dat de Miragelplombe dan ook destijds *state of the art* was. Over deze beslissingen heeft Sassen in cassatie niet – althans in ieder geval niet met succes⁴³ – geklaagd, zodat zij in deze verwijzingsprocedure tussen partijen vaststaan.
- 3.1.19. Met zijn keuze voor de Miragelplombe in 1992 heeft prof.dr. Deutman bij de behandeling van de netvliesloslating van Sassen als goed hulpverlener gehandeld en is aan de norm van art. 7:453 BW voldaan. Echter, ook indien wordt uitgegaan van de hierboven in § 2.3.2 genoemde stroming die stelt dat *state of the art* moet worden uitgelegd als objectieve onbekendheid met de later gebleken risico's van complicaties, staat vast dat (het gebruik van) de Miragelplombe in 1992 *state of the art* was.
- 3.1.20. Gelet hierop moet de conclusie dan ook luiden dat het gebruik van de Miragelplombe door Radboudumc bij de behandeling van Sassen in 1992 geen tekortkoming opleverde.

Kunstmatig/irrelevant onderscheid tussen state of the art "zijn" en state of the art "gebruik"

- 3.1.21. Sassen stelt in MnV § 18–27 dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het *state of the art* "zijn" van de Miragelplombe en *state of the art* "gebruik" van de Miragelplombe. Volgens Sassen zouden het Hof Arnhem-Leeuwarden en de Rechtbank Arnhem uitsluitend hebben overwogen dat het *gebruik* van de Miragelplombe *state of the art* was, terwijl uit de uitspraken van de Hoge Raad van 19 juni 2020 zou volgen dat het erom gaat of de hulpzaak zelf *state of the art* is.
- 3.1.22. Het onderscheid dat Sassen hiermee probeert te introduceren is kunstmatig en niet relevant. Het standpunt van Sassen dat het gebruik van een hulpzaak nog wel *state of the art* kan zijn, terwijl die hulpzaak zelf dat niet zou zijn en daarmee dus sprake zou zijn van het gebruik van een ongeschikte hulpzaak, kan niet gevolgd worden. Indien naar de medische inzichten ten tijde van de behandeling

⁴³ Zie Incidenteel cassatiemiddel II.2. Deze klacht is door de Hoge Raad uitdrukkelijk verworpen in rov. 4.2 van zijn arrest in deze zaak.

een medische hulpzaak ongeschikt zou zijn, valt niet in te zien hoe het gebruik daarvan wél *state of the art* zou zijn.

- 3.1.23. Het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden en het vonnis van de Rechtbank Arnhem laten zich ook in alle redelijkheid niet zo uitleggen dat beide gerechtelijke instanties hebben bedoeld dat enkel het gebruik van de Miragelplombe *state of the art* was en niet tevens de Miragelplombe zelf. De woordkeuze van beide gerechten sluit bovendien aan op de bewoordingen van art. 6:77 BW waarin wordt gesproken over "het gebruik van een zaak".
- 3.1.24. Het door Sassen gepropageerde onderscheid wordt ook nergens in de literatuur gemaakt, laat staan verdedigd.⁴⁴ Dit is overigens ook niet vreemd: aan het slot van rov. 3.2.2 schrijft de Hoge Raad immers over "*een behandeling (...) die op dat moment naar gangbare medische inzichten de juiste is, maar die nadien als gevolg van nieuw opgekomen medische inzichten niet langer als state of the art wordt beoordeeld.*" De Hoge Raad overweegt uitdrukkelijk dat er geen grond bestaat om verschillend te oordelen al naar gelang het gaat om een bij de behandeling gebruikte zaak of om de behandeling als zodanig. Hoe dan ook geldt dat de behandeling door Radboudumc met het gebruik van de Miragelplombe als *state of the art* moet worden beschouwd en dat ook om die reden – wat er ook zij van het al dan niet *state of the art* "zijn" van de Miragelplombe in 1992 – niet kan worden geoordeeld dat Radboudumc jegens Sassen tekort is geschoten in haar verplichting om de zorg van een goede hulpverlener in acht te nemen.
- 3.1.25. Het Hof Arnhem-Leeuwarden en de rechtbank Arnhem zijn derhalve aangesloten bij de bewoording van artikel 6:77 BW en hebben niet geoordeeld dat (i) er onderscheid bestaat tussen het gebruik en het zijn van de hulpzaak en (ii) de Miragelplombe zelf niet *state of the art* is. Het onderscheid wordt in de literatuur ook niet gemaakt, daar wordt gesteld dat het gebruik van de Miragelplombe *state of the art* was en derhalve geen tekortkoming in de nakoming bestond.
- 3.2. De Miragelplombe was ten tijde van de behandeling in 1992 een geschikte hulpzaak**
- 3.2.1. Een hulpzaak moet als ongeschikt in de zin van artikel 6:77 BW worden aangemerkt indien deze niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen. Het feit dat een medische hulpzaak (op lange termijn) tot complicaties *kan* leiden, betekent echter niet dat die hulpzaak

⁴⁴ Zie de hiervoor in voetnoot 23 vermelde vindplaatsen.

"dus" ongeschikt is. Dit geldt in het bijzonder in een situatie als deze waar er geen alternatieven beschikbaar waren die niet (ook) ernstige complicatierisico's kenden.⁴⁵

- 3.2.2. In zijn annotatie bij het HR arrest en de PIP-beslissing verwoordt Leen dit treffend onder verwijzing naar de Conclusie van A-G Wissink:⁴⁶

"De Hoge Raad volgt hierin A-G Wissink die toelicht in zijn conclusie dat bij het gebruik van een medische hulpzaak het inherent is dat het gebruik van de hulpzaak kan leiden tot complicaties. Het feit dat het gebruik van de Miragelplombe tot complicaties heeft geleid, is zodoende onvoldoende voor het oordeel dat de zaak ongeschikt is om te worden gebruikt. Bij de keuze voor een bepaalde hulpzaak zullen de voors en tegens van beschikbare alternatieven door de behandelaar moeten worden afgewogen en, mogelijk, met de patiënt moeten worden besproken. Van de alternatieve plombes die in 1992 beschikbaar waren, was bekend dat zij tot ernstige complicaties konden leiden. De netvliesloslating was alleen te voorkomen met behulp van de plaatsing van een plombe. Zelfs als het ziekenhuis al in 1992 bekend was geweest met de (mogelijke) complicaties van de Miragelplombe, dan was daarmee nog niet gezegd dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam behandelaar van de Miragelplombe zou hebben afgezien."

- 3.2.3. Teneinde nodeloze herhaling te voorkomen verwijst Radboudumc hier kortheidshalve naar Cassatiemiddel onderdeel 2 en Radboudumc Schriftelijke Toelichting § 2.2 en de daar vermelde vindplaatsen. Daar heeft Radboudumc uitgebreid gemotiveerd uiteengezet dat de Miragelplombe niet, en zeker niet in 1992, als een ongeschikte hulpzaak kan worden gekwalificeerd. Radboudumc verzoekt uw hof hetgeen daar is aangevoerd, als hier herhaald en ingelast te beschouwen.

3.3. Toerekening zou in dit geval onredelijk zijn in de zin van art. 6:77 BW

- 3.3.1. Indien uw hof onverhoopt niettemin (in tegenstelling tot de rapportage van de onafhankelijke deskundige) zou oordelen dat de Miragelplombe in 1992 een ongeschikte hulpzaak was en dat Radboudumc jegens Sassen tekort is geschoten door het gebruik daarvan, geldt dat toerekening van die tekortkoming in dit geval onredelijk zou zijn in de zin van art. 6:77 BW.

⁴⁵ Zie de hiervoor in voetnoot 38 vermelde vindplaatsen.

⁴⁶ R.D. Leen, TvG 2020/5.8, p. 553 e.v., 564.

- 3.3.2. Voor zover bij de beoordeling of toerekening onredelijk is, de onbekendheid van Radboudumc met de later gebleken complicatierisico's van de Miragelplombe niet (meer) relevant zou zijn,⁴⁷ geldt dat er ook dan nog altijd diverse omstandigheden zijn die tot de conclusie nopen dat toerekening onredelijk zou zijn.
- 3.3.3. Immers, zoals reeds vermeld, kon in 1992 een dreigende netvliesloslating uitsluitend succesvol worden behandeld door het gebruik van een plombe. Van de alternatief beschikbare plombes was bekend dat daaraan het risico van ernstige complicaties kleefden.⁴⁸
- "9.14 Ten tijde van de operatie van Sassen in 1992 waren er twee alternatieven voor het gebruik van een Miragelplombe. De eerste optie was de netvliesloslating te behandelen met een andere plombe en de tweede optie was de netvliesloslating niet te behandelen (wat zeker blindheid tot gevolg zou hebben gehad, zo blijkt ook uit het deskundigenbericht van prof. Hooymans, p. 3). Sassen draagt de bewijslast om aan te tonen dat één van deze alternatieven niet zou hebben geleid tot tenminste dezelfde schade als die nu na vele jaren is opgetreden. Evident is dat Sassen onmogelijk kan aantonen dat optie 2, géén behandeling van de netvliesloslating, niet had geleid tot schade. Als Sassen niet was behandeld, was zijn netvliesloslating verergerd en dat had spoedig tot blindheid geleid."*
- 3.3.4. Bij die stand van zaken valt niet in te zien dat het redelijk zou zijn een eventuele tekortkoming aan Radboudumc toe te rekenen: indien Radboudumc de alternatieve siliconenplombe zou hebben gebruikt en die tot – veel eerdere en ernstiger – complicaties had geleid, dan zou eenvoudig(er) betoogd kunnen worden dat Radboudumc daarvoor aansprakelijk zou zijn. Dit zou leiden tot een *catch-22* situatie, die erop neerkomt dat Radboudumc, in geval van complicaties, altijd aansprakelijk zou zijn ook al kon zij die complicaties niet voorkomen en was de enige wijze waarop zij Sassen kon behandelen het gebruik van een hulpzaak met complicatierisico's.
- 3.3.5. Een en ander klemmt te meer nu de Rechtbank Arnhem en het Hof Arnhem-Leeuwarden hebben geoordeeld dat Sassen in 1992 als redelijk handelend patiënt niet voor een operatie zou hebben gekozen met een alternatieve

⁴⁷ Zie bijvoorbeeld R.P. Wijne, "Langverwachte (on)duidelijkheid over de (on)redelijkheid van aansprakelijkheid van de hulpverlener voor het gebruik van medische hulpzaken," *MvV* 2020/10, p. 361.

⁴⁸ MvA § 9.14. Zie in gelijke zin de in voetnoot 38vermelde vindplaatsen.

(siliconen) plombe indien de beschikbare plombes (en destijds bekende complicatierisico's) met hem zouden zijn besproken.⁴⁹

- 3.3.6. Radboudumc verwijst voorts naar het feit dat bij aansprakelijkheid Radboudumc geen verhaal zal hebben op de producent,⁵⁰ dat de producent op grond van het ontwikkelingsverweer jegens Sassen niet aansprakelijk zou zijn geweest,⁵¹ dat een eventueel 'verdienmodel' geen enkele rol heeft gespeeld bij de keuze door Radboudumc voor de Miragelplombe⁵² en dat een ander oordeel over toerekening in een zaak als deze ertoe zou kunnen leiden dat ziekenhuizen vanwege mogelijke onbekende negatieve eigenschappen en daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid, terughoudend zullen zijn in de toepassing van nieuwe genees- en hulpmiddelen wat de ontwikkeling van medische behandelingen in de weg staat.⁵³ Van Boom formuleert waarom het redelijk is dat aan toerekening niet toegekomen wordt in de onderhavige kwestie:⁵⁴

"Dat een wetenschappelijk niet-kenbaar risico van het gebruik van een hulpzaak niet toerekenbaar is aan de debiteur, is in lijn met het wettelijk systeem van risico-allocatie zoals we dat kennen uit het gevaarzettingsrecht (art. 6:162 BW), de productaansprakelijkheid (art. 6:185 e.v. BW), de risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken en opstallen (art. 6:173 en 174 BW) en voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175 e.v. BW). Dat de keuze in het voordeel van de medische stand is uitgevallen, is gezien de terughoudendheid die uit de parlementaire geschiedenis volgt, begrijpelijk."

- 3.3.7. Gelet op alle omstandigheden pleiten inhoud, aard en strekking van de verbintenis die op Radboudumc rustte op grond van de geneeskundige behandelingsovereenkomst (dan) ook tegen toerekening. Teneindeodeloze herhaling te voorkomen verwijst Radboudumc kortheidshalve naar Cassatiemiddel onderdeel 3 en Radboudumc Schriftelijke Toelichting § 2.3 en

⁴⁹ CvA § 6.16-6.17, 6.23-6.24, 7.2; R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 2.3, 2.10, 5.1; R-Antwoord CnD § 6.12; R-Plta I § 3.3; MvA § 7.17, 7.19; R-Plta II § 3.3, 4.2. Aldus ook het deskundigenrapport van prof.dr. Hooymans onder 3 (p. 3-4), EV rov. 2.12 en EA rov. 2.7.

⁵⁰ R-Aant. d.d. 15 januari 2010 § 1.6; R-Akte d.d. 19 mei 2010 § 2.4; R-Antwoord CnD § 5.15 en voetnoot 8 waar wordt betoogd dat aansprakelijkheid van de producent meer voor de hand ligt dan aansprakelijkheid van de medische behandelaar (en dat hieraan de verjaring/verval van een vordering op de producent niet afdoet)

⁵¹ CvA § 5.16; R-Antwoord CnD § 5.27-5.28; MvA § 8.7; R-Plta II § 4.3-4.4. Zie in gelijke zin EV rov. 2.30.

⁵² MvA § 8.4.

⁵³ MvA § 8.6; R-Plta II § 4.4. Zie in gelijke zin EV rov. 2.30.

⁵⁴ W.H. van Boom in zijn annotatie bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090 en ECLI:NL:HR:2020:1082, AA 2021/268, p. 277.

de daar vermelde vindplaatsen. Daar heeft Radboudumc uitgebreid gemotiveerd uiteengezet dat toerekening van een eventuele tekortkoming in dit geval onredelijk zou zijn in de zin van art. 6:77 BW. Radboudumc verzoekt uw hof hetgeen daar is aangevoerd, als hier herhaald en ingelast te beschouwen.

3.4. Conclusie

- 3.4.1. De Miragelplombe was ten tijde van de behandeling van Sassen *state of the art*; het gebruik daarvan evenzeer. Door het gebruik van de Miragelplombe is Radboudumc dan ook niet tekortschoten jegens Sassen zodat aan de toepassing van artikel 6:77 BW niet wordt toegekomen. Art. 6:77 BW mist voorts toepassing omdat de Miragelplombe geen ongeschikte hulpzaak was. Hoe dan ook, mocht onverhoopt anders worden geoordeeld door uw hof, dan zou toerekening in dit geval onredelijk zijn.

4. Geen ruimte in verwijzing voor behandeling van Sassens "nieuwe grief"

- 4.1. Op 5 september 2016 heeft Sassen een nieuwe grief opgeworpen in zijn akte tot vermeerdering van eis (de "**nieuwe grief**"). Deze grief hield in dat de rechtbank Arnhem in de tussenvonnissen van 7 oktober 2009, 3 maart 2010, 28 juli 2010 en 27 oktober 2010 en het eindvonnis van 30 september 2012 van een onjuist en onvolledig feitencomplex zou zijn uitgegaan.
- 4.2. In het TA heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden deze nieuwe grief gepasseerd als "*te algemeen geformuleerd*" (rov. 3), welke beslissing door het Hof Arnhem-Leeuwarden in het EA werd bevestigd op de grond dat het voorts ook tardief was (rov. 2.3). Sassen heeft incidentele cassatieklachten gericht tegen beide beslissingen.⁵⁵ Deze klachten zijn door de Hoge Raad in rov. 4.2 uitdrukkelijk verworpen.
- 4.3. In MnV § 163-205 betoogt Sassen dat uw hof niet gebonden zou zijn aan de eerdere beslissing van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Volgens Sassen zou die beslissing "*volstrekt onjuist, in strijd met een goede procesorde en gemeten aan het EVRM zelfs zodanig 'arbitrary or manifestly unreasonable' [zijn] dat bij hoge uitzondering de zaak aan het EHRM zou kunnen worden voorgelegd*."⁵⁶ De argumenten die Sassen hiervoor aandraagt komen overeen met de cassatieklachten die hij hiertegen richtte: in MnV § 169-176 stelt Sassen dat de uitleg van het Hof Arnhem-Leeuwarden van zijn nieuwe grief als "*te algemeen geformuleerd*" onbegrijpelijk is (in gelijke zin Incidenteel cassatiemiddel I.1) en

⁵⁵ Incidenteel cassatiemiddel onderdelen I.1 en II.1.

⁵⁶ MnV § 167.

in MnV § 177-183 betoogt Sassen dat het Hof Arnhem-Leeuwarden zijn nieuwe grief niet als tardief had mogen passeren (in gelijke zin Incidenteel cassatiemiddel II.1).

- 4.4. Over dit betoog kan en zal Radboudumc kort zijn. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is de verwijzingsrechter gebonden aan eerdere beslissingen van de rechter vóór cassatie wanneer daarover niet of tevergeefs in cassatie is geklaagd.⁵⁷ De Hoge Raad heeft bovendien beslist dat indien over een bepaalde beslissing in cassatie is geklaagd en die klachten zijn verworpen, *geen* ruimte is voor het met toepassing van het leerstuk *De Vries/Gemeente Voorst*⁵⁸ terugkomen op een dergelijke bindende eindbeslissing.⁵⁹

"3.2 (...) Anders dan het hof heeft geoordeeld, gaat het hier niet om de beantwoording van de vraag of mocht worden teruggekomen van de bindende eindbeslissing van het gerechtshof te 's-Gravenhage. Daartoe bestond voor het hof in dit stadium van het geding geen mogelijkheid, nu de rechtsstrijd na cassatie door de verwerping van de desbetreffende onderdelen van het middel aldus was afgebakend dat over dit geschilpunt definitief was beslist en dat het tevergeefs bestreden oordeel van het gerechtshof te 's-Gravenhage in zoverre onaantastbaar was geworden. Het principale middel klaagt dus terecht dat het hof zijn taak als verwijzingsrechter heeft miskend. (...)"

- 4.5. De verwijzing van Sassen naar het – een maand eerder gewezen – arrest *Kojen/ABB*⁶⁰ kan niet tot een andere conclusie leiden. Die uitspraak betrof geen procedure na cassatie en verwijzing. In het arrest *Kojen/ABB* heeft de Hoge Raad de regels voor het door een rechter terugkomen op een bindende eindbeslissing uit *De Vries/Gemeente Voorst* herhaald en daaraan toegevoegd dat onder bepaalde omstandigheden de rechter partijen niet in de gelegenheid hoeft te stellen zich uit te laten over een voornemen tot terugkomen op een bindende eindbeslissing.⁶¹ Deze uitspraak is dan ook niet relevant voor deze (verwijzings)procedure.

⁵⁷ HR 16 december 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0542, *NJ* 1989/180 (*Haaland/Staat*), rov. 3.3; HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5098, *NJ* 2011/391 (*Staat/Lohuis c.s.*), rov. 4.1. Zoals overigens ook door Sassen zelf bevestigd in MnV § 11.

⁵⁸ HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2800, *NJ* 2008/553, m.nt. H.J. Snijders (*De Vries/Gem. Voorst*).

⁵⁹ HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO2882, *NJ* 2011/16.

⁶⁰ HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8521, *NJ* 2010/634 (*Kojen/ABB*).

⁶¹ HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8521, *NJ* 2010/634 (*Kojen/ABB*), rov. 3.9.

- 4.6. Al hetgeen door Sassen in dit kader wordt aangevoerd, is dan ook niet alleen een herhaling van zetten ten opzichte van de procedure bij het Hof Arnhem-Leeuwarden⁶² en de Hoge Raad⁶³ alsmede onjuist en ongegrond, maar bovenal irrelevant in deze verwijzingsprocedure. De rechtsstrijd in verwijzing is en dient beperkt te blijven tot een (her)beoordeling van de vraag of Radboudumc op grond van art. 6:77 BW jegens Sassen aansprakelijk is. Voor de goede orde: zoals door Radboudumc reeds vóór cassatie⁶⁴ en ook nog hierna in § 5 uiteengezet, is – anders dan Sassen betoogt⁶⁵ – geen sprake geweest van het verzwijgen van relevante feiten, laat staan bedrog.

5. Geen bedrog

5.1. Inleiding

- 5.1.1. Sassen betoogt in MnV § 206-220 dat sprake zou zijn van bedrog in de zin van art. 382 Rv.⁶⁶ Volgens Sassen zou sprake zijn van door Radboudumc gepleegd bedrog in de zin van art. 382 Rv doordat Radboudumc
- (i) zou hebben verzwegen dat prof.dr. Keunen in 2005/2006 niet op de hoogte was dat bij Sassen een Miragelplombe was toegepast en in twee instanties het tegendeel zou hebben beweerd;⁶⁷
 - (ii) zou hebben verzwegen dat het beleid van Radboudumc in de jaren 2003/2006 bestond uit het verwijderen van zwellende Miragelplombes bij complicaties en in strijd daarmee beweerde dat een expectatief beleid werd gevoerd;⁶⁸ en
 - (iii) zou hebben verzwegen dat de oogartsen Crama en prof.dr. Klevering het artikel van Marin et al. van januari 1992 als eerste literatuurbron beschouwen voor het materiaaldefect van de Miragelplombe.⁶⁹
- 5.1.2. Het door Sassen gestelde bedrog hangt samen met zijn "nieuwe grief" (zie hiervoor § 4) en wordt door hem kennelijk aangevoerd als argument voor het door uw hof (opnieuw) beoordelen van zijn verwijt dat Radboudumc tekort zou

⁶² TA rov. 3 en EA rov. 2.3.

⁶³ Incidenteel cassatiemiddel I.1 en II.1 & S-ST § 78.

⁶⁴ R-Plta II § 7.

⁶⁵ MnV § 192-203.

⁶⁶ De MnV verwijst naar art. 482 Rv (mededelingen door de griffie aan belanghebbenden) wat een kennelijke verschrijving zal zijn.

⁶⁷ MnV § 208-209.

⁶⁸ MnV § 208-211.

⁶⁹ MnV § 212-213.

zijn geschoten bij zijn behandeling in de periode vanaf 2003⁷⁰ alsmede het in twijfel trekken van het rapport van de onafhankelijke deskundige prof.dr. Hooymans.⁷¹ Sassen betoogt voorts dat het gestelde bedrag van Radboudumc rechtvaardigt dat zij wordt veroordeeld in zijn volledige proceskosten.⁷²

- 5.1.3. Ook hier geldt dat Sassens betoog niets nieuws behelst en bovenal ongegrond is. Radboudumc licht dit hierna per gesteld bedrag kort toe.

5.2. Geen verzwijging ten aanzien van kennis prof.dr. Keunen in 2005/2006

- 5.2.1. Door Radboudumc is met betrekking tot de behandeling van Sassen door prof.dr. Keunen in 2005/2006 onder meer het volgende gesteld:

*"Toen de plombe in april 2005 door de conjunctiva schemerde, heeft prof.dr. Keunen Sassen uitgebreid geïnformeerd over de plombe en alle mogelijke complicaties bij de operatieve verwijdering daarvan. Prof.dr. Keunen heeft in een open en constructief gesprek alle voordelen en nadelen van de mogelijke behandelopties aan Sassen voorgelegd, waarna in gezamenlijk overleg ervoor is gekozen om een afwachterende houding aan te nemen, totdat de plombe in augustus 2006 daadwerkelijk verwijderd moest worden."*⁷³

*"Toen de plombe in april 2005 door de conjunctiva schemerde en lokale roodheid zichtbaar was, heeft prof. dr. Keunen in een open en constructief gesprek alle voordelen en nadelen van de mogelijke behandelopties aan Sassen voorgelegd. Daarbij zijn alle risico's zoals diplopie en recidief netvliesloslating met Sassen besproken."*⁷⁴

*"Tijdens een consult op 11 april 2005 constateerde prof.dr. Keunen een prominente plombe, die goed bedekt was door de conjunctiva (het bindvlies)."*⁷⁵

*"Toen de plombe in april 2005 door de conjunctiva schemerde en lokale roodheid zichtbaar was, heeft prof. dr. Keunen in een open en constructief gesprek alle voordelen en nadelen van de mogelijke behandelopties aan Sassen voorgelegd."*⁷⁶

⁷⁰ MnV § 208-211.

⁷¹ MnV § 215-220.

⁷² MnV § 221-224.

⁷³ R-aantekeningen d.d. 15 januari 2010 § 2.4.

⁷⁴ R-ACnD d.d. 14 maart 2012 § 6.21.

⁷⁵ MvA § 2.9.

⁷⁶ MvA § 12.7.

- 5.2.2. Anders dan Sassen suggereert, heeft Radboudumc nooit gepretendeerd dat prof.dr. Keunen in 2005/2006 wist dat in 1992 een Miragelplombe bij Sassen was toegepast. De MnV bevat ook geen verwijzingen naar vindplaatsen waar Radboudumc dit zou hebben gesteld.
- 5.2.3. Voor zover Sassen – wederom⁷⁷ – betoogt dat Radboudumc hiermee essentiële informatie heeft verzwegen, geldt dat ook hiervan geen sprake is geweest. Zoals ook door prof.dr. Keunen verklaard en reeds in de procedure bij het Hof Arnhem-Leeuwarden uiteengezet,⁷⁸ was dit voor deze procedure en de verwijten die Sassen maakt ten aanzien van het behandelbeleid vanaf 2002/2003 niet relevant of (prof.dr. Keunen wist dat) sprake was van een Miragelplombe dan wel een andere plombe.⁷⁹

"Omdat bij verwijdering van een plombe – ongeacht het type plombe – een risico bestaat op een recidief netvliesloslating en andere ernstige complicaties als blindheid ten gevolge van een peroperatieve perforatie van de sclera dient er een afweging te worden gemaakt tussen de ernst van de klachten en het risico bij het verwijderen van een plombe (ongeacht welk type) op een recidief netvliesloslating."

- 5.2.4. Anders dan Sassen in MnV § 216 stelt, is de opinie van prof.dr. Hooymans ook niet gebaseerd op het uitgangspunt dat prof.dr. Keunen in 2005/2006 zou hebben geweten dat bij Sassen een Miragelplombe was toegepast en zou zij – indien zij had geweten dat dit niet het geval was – tot een andere conclusie zijn gekomen. Uit de opinie van prof.dr. Hooymans volgt niet dat het – volgens haar terecht gevolgd – behandelbeleid uitsluitend zag op Miragelplombes. Dit volgt ook niet uit de door Sassen aangehaalde passages.

5.3. Geen onjuiste informatie over het behandelbeleid van Radboudumc

- 5.3.1. Sassen stelt in MnV § 211 dat het door Radboudumc ten aanzien van hem gevoerde "expectatieve beleid" niet overeenkomstig het NOG beleid was en dat dit zou volgen uit een publicatie van de oogartsen Crama en Klevering uit 2016. Ook dit betoog dat Radboudumc in dit kader bedrog zou hebben gepleegd, is

⁷⁷ MvA i.a. § 38-45; S-akte tot vermeerdereiding van eis § 2-3, S-Plta II § 8-21, 26; Hof Arnhem proces-verbaal d.d. 5 september 2016 p. 3-4; S-Akte d.d. 30 januari 2018 § 52-56; S-ST § 78.

⁷⁸ R-Plta II § 7.2-7.4; R-Akte d.d. 25 april 2017 § 2.5-2.12.

⁷⁹ R-Akte overlegging productie d.d. 13 januari 2015, productie 2, p. 1; R-Plta II § 7.2-7.4; R-Akte d.d. 25 april 2017 § 2.5-2.12.

een herhaling van een door Sassen eerder aangevoerde⁸⁰ en door het Hof Arnhem-Leeuwarden terecht gepasseerd⁸¹ verwijt.

- 5.3.2. Radboudumc verwijst naar haar eerdere processtukken waarin zij uitgebreid is ingegaan op het ten aanzien van Sassen gevoerde behandelbeleid vanaf 2002/2003.⁸² Daar heeft Radboudumc steeds gesteld dat het geldende beleid in Nederland het expectatieve beleid is en was en dat dit in lijn was met aanbevelingen in de internationale literatuur en ook werd onderschreven door de deskundigen die in de procedure zijn gehoord.⁸³

"7.39 Kortom, het geldende beleid in Nederland was en in het expectatief beleid – verwijdering van de plombe moet worden overwogen bij zwelling/klachten- hetgeen in lijn is met de aanbevelingen in de internationale literatuur. (...). 7.40 Prof. Hooymans is aldus van mening dat het Radboud Ziekenhuis lege artis heeft gehandeld door afwachtend op te treden en de plombe – na weging van de klachten en de risico's – pas te verwijderen op het moment dat dit echt noodzakelijk was. Dit is een juiste invulling van het in Nederland geldende expectatief beleid (...)."

- 5.3.3. De publicatie van Crama en Klevering uit 2016 doet niets af de juistheid van het door Radboudumc gevoerde beleid. Uit die publicatie blijkt, niet meer en niet minder, dat in andere gevallen op een ander moment is overgegaan tot verwijdering van de plombe. Daarbij blijft echter relevant dat in ieder geval specifiek gekeken is naar de situatie en risico's bij de specifieke patiënt. Uit het feit dat bij andere patiënten in geval van pijn, ongemak of extrusie tot verwijdering van de plombe is overgegaan, volgt niet dat het ten aanzien van Sassen gevolgde beleid onjuist was of dat de plombe eerder verwijderd had moeten worden.⁸⁴ Dit volgt ook uit het deskundigenbericht van prof.dr. Hooymans, waaruit blijkt dat de risico's in het specifieke geval van Sassen inderdaad tot de conclusie leiden dat een expectatief beleid moest worden gevoerd.⁸⁵

- 5.3.4. Kortom, Radboudumc heeft niet verzwegen dat bij andere patiënten eerder tot operatieve verwijdering van de plombe is overgegaan. Het beleid was dat in

⁸⁰ Over het beleid: MvG p. 116–138; R-Akte d.d. 5 september 2016 § 4; S-Plta II § 24-31. Over het artikel van Crama en Klevering: S-Akte d.d. 28 maart 2017 § 10–13; S-Akte d.d. 30 januari 2018 § 57.

⁸¹ EA rov. 2.3.

⁸² CvA § 3.12–3.17; ACnD § 8.1–8.13; MvA § 7.34–7.40; R-ST § 3.7.2.

⁸³ MvA § 7.39-40.

⁸⁴ R-Plta II 7.5–7.8; R-Akte d.d. 25 april 2017 § 3.3.

⁸⁵ Deskundigenrapport prof.dr. Hooymans d.d. 24 juni 2011 p. 11.

geval van zwelling/klachten verwijdering van de plombe werd *overwogen*. Mocht de verwijdering meer risico's met zich brengen dan het afwachten, kon daarbij worden gekozen voor het op dat moment nog niet verwijderen van de plombe. In het geval van Sassen is dat wat aan de orde is geweest.

- 5.3.5. Gelet op de specifieke risico's bij verwijdering van de plombe bij Sassen, kon prof.dr. Keunen tot de conclusie komen dat verwijdering slechts verantwoord was op het moment dat het niet anders meer kon. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft terecht – door Sassen in cassatie tevergeefs bestreden – de opinie van prof.dr. Hooymans gevolgd en geoordeeld dat Radboudumc geen verwijt kan worden gemaakt in het kader van de behandeling van Sassen vanaf 2002/2003.

5.4. Geen verzwijging of tegenstrijdige verklaringen Crama in verband met artikel van Marin et al

- 5.4.1. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in EA rov. 2.7 volgens Radboudumc met recht – en na cassatie niet meer ter discussie staand – beslist dat in 1992 nog niet bekend was dat de Miragelplombe tot complicaties kan leiden.⁸⁶ Voor zijn tegengesteld standpunt heeft Sassen wederom een beroep gedaan op o.a. een artikel van Marin et al. uit 1992 waarin de complicaties van een *Maiplombe* werden beschreven, maar waarbij ook werd opgemerkt dat dezelfde complicaties niet bij Miragelplombes zijn geconstateerd. Ter gelegenheid van de comparitie bij de rechtbank op 15 januari 2010 heeft Crama verklaard dat de Miragelplombe een andersoortige plombe is dan de Maiplombe⁸⁷ en in antwoord op vragen van het Hof Arnhem-Leeuwarden verklaarde Crama op 26 november 2017 schriftelijk dat het artikel van Marin et al zag op een andere plombe.⁸⁸
- 5.4.2. Sassen stelt in MnV § 212-213 dat door deze uitlating sprake is van bedrog aan de zijde van Radboudumc omdat Crama daarmee als informant iets anders zou hebben verklaard dan zijn visie als wetenschapper. Sassen verwijst in dit kader opnieuw naar het artikel van Crama en Klevering uit 2016 waarbij in een voetnoot wordt verwezen naar het artikel van Marin et al. uit 1992.
- 5.4.3. Anders dan Sassen stelt, kan uit (de plaatsing van) deze voetnoot niet worden afgeleid dat Crama als informant in 2010 en partijdeskundige in deze procedure iets anders heeft verklaard dan hij als wetenschapper (in 2016) geloofde. De verwijzing in de voetnoot naar het artikel van Marin et al. uit 1992 behelst niet meer en niet minder dan een vindplaats waarover meer gelezen kan worden over

⁸⁶ EA rov. 2.7.

⁸⁷ Rb Arnhem proces-verbaal d.d. 15 januari 2010 p. 5.

⁸⁸ Deskundigenbericht (antwoord op vragen) N. Crama d.d. 26 november 2017 onder 5.

zwellingen bij hydrogel plombes zoals de Mai- en de Miragelplombe. Die verwijzing doet niets af aan de verklaring van Crama – en het betoog van Radboudumc – dat sprake is van relevante verschillen (in de wijze van gebruik) tussen de in het artikel van Marin et al. beschreven Maiploambe en de bij Sassen toegepaste Miragelplombe.⁸⁹

"7.9 Volgens het Radboud Ziekenhuis kan eenzelfde chemische samenstelling niet tot de conclusie leiden dat een Miragelplombe dezelfde eigenschappen als een MAI plombe heeft. Het standpunt dat MAI en Miragel niet één en hetzelfde product zijn, maar dat de MAI slechts een voorganger van de Miragelplombe is, wordt ondersteund door de deskundige prof. Hooymans."

"6.10 Nogmaals, Marin et al. beschrijven zeven gevallen van complicaties bij een [intrascleraal – correctie kennelijke verschrijving] geplaatste MAI plombe. Het Radboud ziekenhuis wijst erop deze risico's bij extrascleraal gebruik van de Miragelplombe tot op dat moment nooit wetenschappelijk waren aangetoond of zelfs geconstateerd, ook niet door Marin et al. Ook prof. Hooymans benadrukt in dat verband dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen het intrascleraal plaatsen van een (MAI)plombe (zoals in het artikel van Marin et al. wordt beschreven) en het episcleraal plaatsen van een Miragelplombe (zoals bij Sassen). Dit is ten tijde van de comparitie van partijen d.d. 15 januari 2010 door dr. Crama uitgelegd (zie proces-verbaal van deze zitting) en dit wordt ook door Marin et al. in hun artikel benadrukt."

5.5. Conclusie

- 5.5.1. Sassens beschuldigingen van bedrog in deze verwijzingsprocedure zijn in wezen een herhaling van zetten:⁹⁰ dit betoog – en in dit kader Sassens beroep op het 2016 artikel van Crama en Klevering – is reeds door het Hof Arnhem-Leeuwarden verworpen⁹¹ en voor zover Sassen daarover in cassatie heeft geklaagd, zijn die klachten eveneens verworpen.⁹² Van het verzwijgen of achterhouden van relevante informatie door Radboudumc is geen sprake geweest, zodat er geen grond is voor een heropening of herwaardering van het

⁸⁹ MvA § 7.9 en R-Antwoord CnD § 6.10. Zie voorts CvA § 3.2–3.3; MvG § 7.8–7.12; R-Antwoord CnD § 6.8.

⁹⁰ Vgl. S-Akte d.d. 5 september 2016 § 2–10.

⁹¹ TA rov. 3 en EA rov. 2.3.

⁹² Incidenteel cassatiemiddel onderdelen I.1 en II.1 welke uitdrukkelijk door de HR verworpen in rov. 4.2.

debat op dit punt, nog daargelaten dat daarvoor in deze verwijzingsprocedure geen ruimte is.⁹³

6. Tot slot: conclusie geen aansprakelijkheid, maar ook geen causaal verband, geen schade; proceskostenveroordeling

- 6.1. Na cassatie en verwijzing is het enige geschilpunt dat nog door uw hof in deze zaak moeten worden (her)beoordeeld de vraag of Radboudumc wegens het gebruik van de Miragelplombe in 1992 jegens Sassen ex art. 6:77 BW aansprakelijk is. Uit § 2-3 hiervoor volgt dat het antwoord op deze vraag ontkennend dient te luiden.
- 6.2. Immers, (het gebruik van) de Miragelplombe was destijds state of the art terwijl in die tijd het gebruik van een plombe de enige wijze was waarop een acute netvliesloslating kon worden behandeld. Van de destijds beschikbare alternatieve siliconenplombes was bekend dat deze tot ernstige complicaties konden leiden en dat (ook) wanneer die plombes verwijderd moesten worden het risico bestond van een recidief netvliesloslating. Tegen die achtergrond moet worden geoordeeld worden dat Radboudumc Sassen *lege artis* heeft behandeld in 1992 en dat zij niet tekort is geschoten in zijn behandeling. Reeds op die grond dient zijn vordering te worden afgewezen.⁹⁴
- 6.3. Echter ook los daarvan, betekent het enkele feit dat – jaren later – is gebleken dat de Miragelplombe *op langere termijn en bij een beperkt deel van de patiënten* kon gaan zwellen en bij verwijdering fragmenteren, niet dat de Miragelplombe als ongeschikte hulpzaak in 1992 mag worden aangemerkt.⁹⁵ Hoe dan ook zou, gelet op de omstandigheden van dit geval, toerekening naar de maatstaven van art. 6:77 BW onredelijk zijn.⁹⁶
- 6.4. Voor de volledigheid – en slechts uiterst subsidiair – wijst Radboudumc er tot slot op dat, gesteld dat uw hof onverhoopt zou oordelen dat Radboudumc toerekenbaar tekort zou zijn geschoten, dan nog de vordering van Sassen dient te worden afgewezen bij gebreke van causaal verband en/of schade. Radboudumc verwijst korthedshalve naar haar betwisting in CvA § 7 en onder meer de constatering daar dat Sassen tot op de dag van vandaag nog niet met een begin van bewijs is gekomen dat hij schade heeft geleden (inmiddels bijna

⁹³ Zie hiervoor § 1.7-1.8 en 4.

⁹⁴ Zie hiervoor § 2 en 3.1.

⁹⁵ Zie hiervoor § 3.2.

⁹⁶ Zie hiervoor § 3.3.

dertig jaar na het plaatsen van de plombe en ruim veertien jaar na het verwijderen daarvan).⁹⁷

- 6.5. De conclusie luidt daarmee dat ook Sassen's laatste vorderingsgrondslag verworpen dient te worden, zijn vordering afgewezen en Sassen in de proceskosten van alle instanties⁹⁸ moet worden veroordeeld.
- 6.6. Er is geen aanleiding of grond voor een veroordeling van Radboudumc in de proceskosten, laat staan een veroordeling in de volledige proceskosten van Sassen. Een integrale proceskostenveroordeling kan uitsluitend in uitzonderlijke omstandigheden, bij misbruik van procesrecht, aan de orde zijn. Daarvan is in deze zaak – zie ook hiervoor § 5 – evident geen sprake.

CONCLUSIE

Dat het uw hof moge behagen bij arrest, de door Sassen aangevoerde standpunten te verwerpen, zijn vorderingen sub 1 t/m 3 zoals opgenomen in zijn memorie na verwijzing in cassatie af te wijzen en de vonnissen waarvan beroep – zo nodig met verbetering van gronden – te bekrachtigen en Sassen te veroordelen in de kosten van alle instanties (Rechtbank, Hof en Hoge Raad), te vermeerderen met de nakosten ten belope van EUR 157,- zonder betekening, dan wel EUR 239,- in het geval van betekening, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het arrest, en – voor het geval voldoening van de (na-)kosten niet binnen die termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na-)kosten te rekenen vanaf veertien dagen na dagtekening van het arrest, een en ander uitvoerbaar bij voorraad.

Advocaat



⁹⁷ Zie ook R-aantekeningen 15 januari 2010 § 5; R-ACnD § 10; R-Plta I § 4

⁹⁸ Inclusief het cassatieberoep: HR Arrest rov. 4.1.1-4.1.2.

Deze zaak wordt behandeld door mr. H. Lebbing & mr. N.T. Dempsey
Postbus 1507 3000 BM Rotterdam T + 31 (0)10 217 2591 M + 31 (0)6 2049 0572

E h.lebbing@houthoff.com

n.dempsey@houthoff.com