

59 Arrest Gerechtshof 05-04-2022

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.287.326/01

arrest na verwijzing van 5 april 2022

in de zaak van

Jan Hendrik Sassen,
wonende te Nijmegen,
appellant in principaal hoger beroep, geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel hoger
beroep,
hierna aan te duiden als Sassen,
advocaat: mr. Z.J. Rittersma,

tegen

de stichting
Katholieke Universiteit Nijmegen (UMC St. Radboud Ziekenhuis),
gevestigd te Nijmegen,
geïntimeerde in principaal hoger beroep, appellante in voorwaardelijk incidenteel hoger
beroep,
hierna aan te duiden als: Radboudumc,
advocaat: mr. H. Lebbing.

in het geding na verwijzing naar dit hof door de Hoge Raad bij arrest van 19 juni 2020,
nummer 19/00962 (ECLI:NL:HR:2020:1082) gewezen tussen Radboudumc als eiseres tot
cassatie, verweerder in het incidenteel cassatieberoep, en Sassen als verweerder in cassatie,
eiser in het incidenteel cassatieberoep.

1. Het geding tot aan de verwijzing door de Hoge Raad

Voor het verloop van het geding tot aan de verwijzing door de Hoge Raad verwijst het hof
naar het arrest van de Hoge Raad. Bij dat arrest heeft de Hoge Raad het (eind)arrest van het
gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem) van 27 november 2018 (ECLI:NL:
GHARL:2018:10336) vernietigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar dit
hof verwezen.

2. Het geding in hoger beroep na verwijzing

Het verloop van de procedure na verwijzing blijkt uit:

- de memorie na verwijzing van Sassen;
- de antwoordmemorie na verwijzing van Radboudumc;
- de akte van Sassen van 18 mei 2021;
- de antwoordakte van Radboudumc van 18 mei 2021.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde

stukken, de stukken van de eerste aanleg en die van het hoger beroep voor het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, en de stukken van de cassatieprocedure.

3. De beoordeling

in principaal hoger beroep

3.1. Op grond van het verwijzingsarrest van de Hoge Raad gaat het hof uit van de volgende feiten.

- (i) Sassen is op 6 juli 1992 in verband met een netvliesloslating geopereerd door een aan het Radboudumc verbonden oogarts.
- (ii) Bij de operatie is een elastisch kunststofbandje (cerclagebandje) aangebracht rondom het oog. Het defect is vastgezet door bevrozing (coaguleren). Daarna is ter hoogte van de netvliesscheur een radiaire plombe op de oogrok (episcleraal) opgehecht. De plombe die is gebruikt is de zogeheten 'Miragelplombe'.
- (iii) In 1993 heeft Sassen klachten en beperkingen ondervonden (dubbelzien en troebelingen), als gevolg waarvan hij (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt is geraakt.
- (iv) In 1995 heeft de fabrikant de productie van de Miragelplombe gestaakt.
- (v) In de loop van 2003 heeft Sassen meer klachten ondervonden aan zijn rechteroog. Hij is hiervoor onderzocht door een aan het Radboudumc verbonden oogartsen.
- (vi) Op 17 maart 2005 heeft Sassen zich bij de spoedarts van het Radboudumc gemeld in verband met acute problemen. Er bleek dat een hechting van de operatie uit 1992 uit het oog was gekomen. Deze hechting is toen verwijderd.
- (vii) Op 11 april 2005 en op 10 oktober 2005 is Sassen op consult geweest bij een andere oogarts, waarbij toen is gesproken over de mogelijkheid van een operatieve verwijdering van de plombe.
- (viii) Op 11 augustus 2006 is Sassen wederom bij deze oogarts op consult geweest. Toen bleek dat de plombe door het oogbindvlies (de conjunctiva) was gebroken. De oogarts heeft het oog toen gelaserd.
- (ix) Op 22 augustus 2006 heeft een oogarts werkzaam in het Radboudumc de plombe voor de helft verwijderd.
- (x) Op 19 september 2006 bleek dat sprake was van een recidief netvliesloslating waarvoor Sassen de volgende dag is geopereerd. Tijdens die operatie is het glasvocht verwijderd en is de opening in het netvlies gedicht en gevuld met olie. In mei 2007 is de olie verwijderd en op 7 juni 2007 is het oog van Sassen gelaserd.
- (xi) Bij brief van 3 september 2007 heeft Sassen het Radboudumc aansprakelijk gesteld voor de schade die hij heeft geleden als gevolg van de netvliesoperatie uit 1992 en de daarop volgende behandelingen.

3.2. Sassen vordert in deze procedure veroordeling van het Radboudumc tot vergoeding van de schade, op te maken bij staat, die is of zal ontstaan door de in zijn oog aangebrachte Miragelplombe.

Eerste aanleg

3.3. De rechtbank heeft, na deskundigenonderzoek, de vordering van Sassen afgewezen. Ten aanzien van de Miragelplombe heeft de rechtbank overwogen dat tussen partijen niet in geschil is dat deze als hulpzaak in de zin van art. 6:77 BW moet worden aangemerkt. Bij 10% van de patiënten bij wie de Miragelplombe is geplaatst, treden complicaties op. Bij een deel van deze patiënten gebeurt wat zich bij Sassen heeft voorgedaan: de plombe verandert

van chemische samenstelling, zwelt en fragmenteert. Deze eigenschappen van de Miragelplombe brengen mee dat deze ongeschikt is voor het beoogde doel. Daarmee staat vast dat het ziekenhuis is tekortgeschoten in de nakoming van de met Sassen gesloten behandelingsovereenkomst. Deze tekortkoming kan echter niet aan het ziekenhuis worden toegerekend, onder meer omdat het ziekenhuis in 1992 niet wist of kon weten van het gebrek, terwijl het in die tijd state of the art was om deze plombe te verkiezen boven de twee andere voorhanden plombes. (rov. 2.26-2.30 eindvonnis)

Hoger beroep

3.4. Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft bij tussenarrest schriftelijk vragen gesteld aan een andere deskundige die op de zitting in hoger beroep mondeling was gehoord. In het eindarrest heeft het hof Arnhem-Leeuwarden uitsluitend de grief van Sassen gegrond bevonden die gericht was tegen het oordeel van de rechtbank dat de tekortkoming met betrekking tot de Miragelplombe niet aan het Radboudumc kan worden toegerekend (zie hiervoor in 3.3). Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft het Radboudumc veroordeeld tot vergoeding van de schade van Sassen die is opgetreden als gevolg van de voor de operatie van 6 juli 1992 gebruikte Miragelplombe, op te maken bij staat. Aan dit oordeel heeft het hof Arnhem-Leeuwarden in zijn eindarrest — voor zover in cassatie van belang — het volgende ten grondslag gelegd.

In art. 6:77 BW is neergelegd dat wanneer bij de uitvoering van de verbintenis gebruik wordt gemaakt van een ongeschikte (hulp)zaak, de daardoor ontstane tekortkoming wordt toegerekend aan de schuldenaar, “tenzij dit, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn”. Het betreft hier aldus een risicoaansprakelijkheid. (rov. 2.16)

De Miragelplombe is als hulpzaak gebruikt bij de uitvoering van een medische behandelingsovereenkomst. Door de samenstelling en eigenschappen van de Miragelplombe, waardoor de complicaties van zwelling (met mogelijke bijwerkingen, zoals oogbewegingsbeperking en sterke scleraverdunning) en van fragmenteren bij verwijdering zijn opgekomen, is de Miragelplombe (voor Sassen) ongeschikt gebleken. Dit wordt niet anders doordat in 1992 (en de jaren daarna) gebruikmaking van de Miragelplombe “state of the art” was en doordat (de artsen van) het Radboudumc toentertijd niet wist(en) van de toekomstige complicaties. Alleen bij de Miragelplombes is 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 dan bij andere plombes. In beginsel leidt, volgens de hoofdregel in art. 6:77 BW, het gebruik van een gebrekkige medische hulpzaak tot een tekortkoming bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. (rov. 2.17)

Anders dan de rechtbank acht het hof Arnhem-Leeuwarden het niet onredelijk dat deze tekortkoming aan het Radboudumc wordt toegerekend. Hierbij betreft het hof de inhoud en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, de verkeersopvattingen en de overige omstandigheden van deze zaak. (rov. 2.18)

Cassatie

3.5. Op cassatieklachten van Radboudumc oordeelde de Hoge Raad als volgt: 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. De (overige) cassatieklachten van Radboudumc en Sassen zijn niet behandeld of verworpen.

“state of the art”: stelplicht

3.6. Kern van het geschil na cassatie is de vraag of de Miragelplombe op het moment van de operatie (juli 1992) “state of the art” was. Sassen betoogt dat, gelet op de objectieve ongeschiktheid van de plombe, het een bevrijdend verweer van Radboudumc is dat de plombe destijds wel “state of the art” was. Hij verwijst daarvoor naar het PIP-implantaten-arrest (Hoge Raad, 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090). Het hof volgt Sassen daarin niet. In dat arrest overwoog de Hoge Raad in overweging 2.8.4.:

“Het gebruik van een PIP-implantaat dat niet was gevuld met industriële siliconen [dat wil zeggen dat er geen sprake was van fraude met de implantaten, hof], maar dat wel een verhoogde kans had op scheuren en lekken – dat wil zeggen: een kans die groter was dan van andere implantaten met dezelfde functie – levert in beginsel een tekortkoming op, behalve als een dergelijk implantaat naar de medische inzichten van destijds state of the art was. Indien vaststaat dat dit implantaat een verhoogde kans op scheuren en lekken had, is het aan de hulpverlener om aan te tonen dat het implantaat destijds, ondanks die eigenschap, state of the art was, zodat het gebruik daarvan geen tekortkoming oplevert.”

In het deskundigenbericht in eerste aanleg vermeldt professor Hooymans dat voor alle drie de alternatieven (siliconen spons plombes, siliconen rubber plombes en hydrogel plombes) geldt dat er complicaties kunnen ontstaan. De deskundige omschrijft als voordeel van hydrogel plombes (zoals de gebruikte Miragelplombe) een kleinere kans op infectie na de operatie. *“De meest gebruikte hydrogel is Miragel.”*, aldus de deskundige. Niet gesteld is dat de Miragelplombe, vergeleken met andere beschikbare hydrogel plombes, een grotere kans heeft op zwellen of op andere complicaties. Dat betekent dat de situatie zoals bedoeld in het PIP-implantatenarrest zich hier niet voordoet. Daaruit volgt dat het Sassen is die moet stellen en bij voldoende betwisting door Radboudumc moet bewijzen dat Radboudumc tekortgeschoten is, doordat de Miragelplombe in juli 1992 niet “state of the art” was. Op Radboudumc rust in een geval als het onderhavige de verplichting om de patiënt voldoende feitelijke gegevens te verschaffen ter motivering van haar betwisting van de stellingen van de patiënt teneinde deze aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering (zie (bijvoorbeeld): Hoge Raad, 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3587).

“State of the art”?

3.7. Sassen beroept zich op het artikel over de MAI-plombe uit februari 1992. Sassen heeft dat artikel: Marin et al., ‘Long-term Complications of the MAI Hydrogel Intrasceral Buckling Implant’, *Archives of Ophthalmology*, vol 110 January 1992, p 86-88 in eerste aanleg al overgelegd. Het artikel houdt – voor zover hier van belang – het volgende in:

“[...] Seven cases in which long-term complications developed from swelling of the

MAI hydrogel intrascleral buckling implant are reported herein. Micro-Fourier transform infrared spectroscopic analysis of two recovered implants demonstrated the occurrence of chemical changes leading to increased swelling. Clinical problems with the implants appeared 7 to 11 years after surgery, suggesting the need for periodic, long-term follow-up. It is possible that the present day MIRAgel Implant, which has the same chemical composition as the MAI implant, may require similar precautions.

[...] Seven of 82 patients in whom this material was used intrasclerally for buckling from 1979 to 1982 developed complications from swelling of the implant. [...] 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. [...]"

3.8. De bevindingen zijn bevestigd in verschillende latere artikelen. De rechtbank heeft een deskundigenbericht gelast. De deskundige, prof. Hooymans, gaat in op het verschil tussen episclerale plaatsing (zoals bij Sassen) en intrascleraal geplaatste implantaten: “[...] Intrascleraal wil zeggen dat de plombe op halve diepte in de sclera geplaatst wordt. Een dergelijk geplaatste plombe heeft geen enkele ruimte om te zwellen. Er ontstaat druk op de sclera met als gevolg verdunning. Uiteindelijk barst de wand. In 1992 beschrijven Marin et al de lange termijn complicaties van hydrogel intrasclerale implants. Het artikel gaat over een intrascleraal geplaatste MAI plombe en niet over een extrascleraal geplaatste Miragel plombe zoals bij Sassen toegepast werd.”

3.9. De rechtbank overwoog (in het kader van, kort gezegd, de *informed consent* van Sassen): “Uit het deskundigenbericht volgt [...] dat het gebruik van deze plombe destijds state of the art was.” De rechtbank en hof Arnhem-Leeuwarden hebben de bezwaren van Sassen tegen (de inhoud van) het deskundigenbericht verworpen. Het hof Arnhem-Leeuwarden maakte ook de geciteerde rechtsoverweging van de rechtbank tot de zijne (r.o. 2.7. van het arrest). Cassatieklachten tegen dat oordeel zijn verworpen.

3.10. Sassen betoogt dat het gebruik van de plombe destijds weliswaar “state of the art” was (in die zin, dat het gebruikelijk was deze hydrogel plombe te kiezen, boven de siliconen plombes), maar dat de plombe zelf niet (langer) “state of the art” was. Hij voert aan dat de MAI hydrogel plombe niet voldoende is getest (alleen op konijnen en niet op lange termijn complicaties) voordat zij als de Miragelplombe in het verkeer werden gebracht, en dat na februari 1992 de mogelijkheid van complicaties bij oogartsen bekend moet zijn geweest, zoals ook blijkt uit latere verwijzingen naar het artikel van Marin et al., als (eerste) kennisbron voor de “*serious flaw*” van de Miragelplombe.

3.11. Het hof overweegt als volgt. Zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld (zie r.o. 3.5 hiervoor en ECLI:NL:HR:1990:AC1103), is doorslaggevend of de oogarts destijds heeft gehandeld als een redelijk handelend en redelijk bekwaam oogarts, bij de keuze voor – in dit geval – de Miragelplombe bij de behandeling het loslatende netvlies van Sassen in 1992. Een strengere eis voor het implantaat vloeit uit de term “state of the art” niet voort.

3.12. Uit de stellingen van Sassen volgt niet dat het proces dat heeft geleid tot toelating op de markt van de Miragel plombe niet voldeed aan de wettelijke eisen die destijds golden. Niet is gesteld of gebleken dat voor februari 1992 kenbaar was of kon zijn dat er aan de plombe zelf, of aan het proces voorafgaand aan de beslissing om het product op de markt toe te laten, zo ernstige gebreken kleefden dat de plombe niet verantwoord gebruikt kon worden. Het artikel uit februari 1992 is de eerste aanwijzing dat de Miragelplombe inderdaad mogelijk op langere termijn complicaties zou kunnen veroorzaken door opzwellen van de plombe, maar niet meer dan dat. Zoals de deskundige Hooymans toelicht moet er een onderscheid worden gemaakt tussen het plaatsen van de plombe op halve diepte in de sclera (het oogwit) van het oog (intrascleraal) en buiten de sclera (extrascleraal / “episcleral”), zoals bij Sassen. Het onderwerp van het artikel is expliciet zwelling bij intrasclerale plaatsing en vermeldt uitdrukkelijk: *“We have used MIRAgel as an episcleral implant in a large number of patients since 1986 and have not observed such complications.”* Het artikel is daarom onvoldoende om te oordelen dat de Miragel plombe in juli 1992 niet langer “state of the art” was bij gebruik als extrascleraal implantaat.

3.13. Sassen heeft zich in eerste aanleg nog beroepen op de verklaring van dr. M. Roldan-Pallares (een e-mail van 15 september 2012) waarin zij schrijft dat zij van (onder meer) dr. Refojo mondeling hoorde van eerste problemen met Miragelplombe en dat zij na dat advies de Miragelplombe niet meer gebruikte. Dr. Refojo was betrokken bij de ontwikkeling van de MAI plombe, later vermarkt als de Miragel plombe, en dr. Roldan-Pallares had in de jaren '80 met hem samengewerkt. Uit de verklaring blijkt echter niet dat dr. Roldan-Pallares vóór juli 1992 gewaarschuwd was, laat staan dat een dergelijke waarschuwing voor juli 1992 ook oogartsen in Nederland had bereikt.

3.14. De conclusie is derhalve dat Sassen voor én na verwijzing onvoldoende (nieuwe) stellingen ingenomen heeft om – tegenover de gemotiveerde betwisting van Radboudumc – te kunnen oordelen dat de Miragelplombe in juli 1992 niet (langer) “state of the art” was bij gebruik als extrascleraal implantaat. Aan bewijslevering op dit punt komt het hof niet toe. Dat wil zeggen dat Radboudumc destijds handelde als een redelijk handend en redelijk bekwaam oogarts bij de keuze voor een hydrogel plombe. Radboudumc is daarom niet tekortgeschoten en dus niet aansprakelijk.

Vijftiende grief

3.15. Na verwijzing wenst Sassen ook het debat over zijn vijftiende grief, kort gezegd, de wetenschap van prof. Keunen (de behandelaar van Sassen in 2006) en het gevoerde afwachtende beleid te heropenen. Sassen stelt dat Radboudumc op dat punt in de procedure bedrog heeft gepleegd en de feiten niet volledig en naar waarheid heeft aangevoerd. Het zou, aldus Sassen, in strijd zijn met het recht van Sassen op een eerlijk proces als het hof zich op dit punt gebonden zou achten aan de beslissingen van het hof Arnhem-Leeuwarden.

3.16. Het hof stelt voorop dat op grond van artikel 424 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) het hof gehouden is te beslissen met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad. Sassen heeft tegen deze beslissingen incidenteel cassatieberoep ingesteld en die beslissingen zijn verworpen. Het hof is daarom gebonden aan deze beslissingen van het hof Arnhem-Leeuwarden en kan daar niet op terugkomen.

3.17. Ten overvloede overweegt het hof als volgt. Om te beginnen berust het betoog van Sassen op een onjuiste lezing van de arresten van hof Arnhem-Leeuwarden. Sassen nam op 5 september 2016 voorafgaand aan de pleidooien een akte tot vermeerdering van eis en tot

overlegging van producties, waarbij hij een nieuwe, vijftiende, grief opwierp. Die grief zag onder meer op de stelling dat, volgens Sassen, zijn behandelaar in 2006, prof. Keunen, niet wist dat bij Sassen een Miragelplombe was geïmplantéerd en dat prof. Keunen ten onrechte een afwachtend beleid heeft gevoerd met betrekking tot het verwijderen van de Miragelplombe uit het oog van Sassen. Sassen stelt over die nieuwe grief dat die *“enerzijds naar het oordeel van het hof Arnhem- Leeuwarden in zijn tussenarrest dd. 3 oktober 2017 “zo algemeen geformuleerd” is dat het hof hieraan is voorbijgegaan en anderzijds in het vernietigde eindarrest dd. 27 november 2018 als tardief is aangemerkt omdat deze grief bij memorie van grieven dd. 11 februari 2014 had behoren te worden aangevoerd.”* Dat is onjuist, omdat het hof de grief wel inhoudelijk behandelde.

3.18. Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in het tussenarrest van 3 oktober 2017 dat voorzover die nieuwe grief tegen de door de rechtbank vastgestelde feiten was gericht *“zo algemeen geformuleerd, [was] dat het hof hierop geen acht zal slaan”*. In rechtsoverweging 4.1. heeft het hof Arnhem-Leeuwarden vervolgens de tussen partijen vaststaande feiten geschetst en daarbij is niets overwogen over wat prof. Keunen wel of niet wist. Het verzoek om terug te komen op de beslissing dat de nieuwe grief voor zover die gericht was tegen de feitenvaststelling, heeft het hof Arnhem-Leeuwarden verworpen in rechtsoverweging 2.3. van het eindarrest. Het hof Arnhem-Leeuwarden overwoog: *“Indien Sassen de vastgestelde feiten in hoger beroep ter discussie had willen stellen, dan had hij zijn grief/grievens daartegen in de memorie van grieven moeten expliciteren hetgeen hij heeft nagelaten.”* Het hof herhaalt dat het hier alleen gaat om de nieuwe grief *voorzover die zich richt tegen de door de rechtbank vastgestelde feiten*. De rechtbank heeft onder de vastgestelde feiten niets vastgesteld over de wetenschap van Keunen en evenmin over de andere punten die Sassen in zijn nieuwe grief aan de orde stelde.

3.19. In het eindarrest heeft het hof Arnhem-Leeuwarden over de nieuwe (vijftiende) grief overwogen: *“Nu de nieuwe grief van Sassen in het verlengde ligt van de al eerder in het geding aangevoerde grieven, oordeelt het hof deze nieuwe, aanvullende grief niet in strijd met de tweeconclusieregel en de goede procesorde en daarom toelaatbaar.* [nadruk, hof ‘s-Hertogenbosch]”. Vervolgens nam het hof Arnhem-Leeuwarden in rechtsoverweging 2.12 aan dat Keunen inderdaad niet geweten heeft dat er sprake was van een Miragelplombe en heeft die omstandigheid ook betrokken bij de beoordeling van het afwachtende beleid van het Radboudumc in de periode 2003-2006. Dat betekent dat de nieuwe grief van Sassen wel inhoudelijk is behandeld door het hof Arnhem-Leeuwarden.

3.20. Bij zijn bespreking van het cassatiemiddel tegen het oordeel van het hof Arnhem-Leeuwarden legt AG Wissink een en ander ook uit (onder 12.10 en 12.11 van de conclusie). De cassatieklachten tegen het oordeel zijn dan ook verworpen door de Hoge Raad. Het hof is daarom – anders dan Sassen betoogt – wel gebonden aan de beslissingen van het hof Arnhem-Leeuwarden, ook met betrekking tot de beoordeling van het handelen en nalaten van Radboudumc in de periode 2003-2006. Op dat geschilpunt heeft het hof Arnhem-Leeuwarden immers beslist in rechtsoverwegingen 2.10 tot en met 2.12 van het eindarrest. Het hof Arnhem-Leeuwarden heeft daarbij ook betrokken dat prof. Keunen niet wist dat het om een Miragelplombe ging. Grief 10 van Sassen tegen het oordeel van de rechtbank dat – kort gezegd – het afwachtende beleid juist is geweest, verwierp het hof. In subonderdeel 5.1.2. van het incidentele cassatieberoep klaagt Sassen over die beslissing. AG Wissink heeft in zijn conclusie geadviseerd tot verwerping van die subklacht en de Hoge Raad heeft vervolgens alle cassatieklachten van Sassen over de inhoudelijke beslissing van het hof verworpen.

3.21. Het beroep op bedrog kan niet slagen. De feitelijke grondslag ontbreekt, omdat Radboudumc de verklaring van prof. Keunen heeft overgelegd. Waar Radboudumc in haar processtukken spreekt over een Miragelplombe, ziet dat niet op ten onrechte aan prof. Keunen toegeschreven kennis, maar op het feit dat het in dit geval nu eenmaal ging om een Miragelplombe. Het standpunt van Radboudumc dat “voor 1995 enkel en alleen Miragel plombes werden gebruikt bij netvliesoperaties zoals deze bij Sassen heeft plaatsgevonden. Iedere (oog)arts in het Radboud ziekenhuis was daarmee bekend, waaronder aldus ook (onder meer) [...] prof. Keunen [...]” is ingenomen in de conclusie van antwoord in 2009: dat Radboudumc toen al wist (maar bewust verzwegen heeft) dat Keunen op basis van het dossier en onderzoek niet (zeker) wist dat het om een Miragelplombe ging, is niet onderbouwd. De juridische grondslag voor het beroep ontbreekt ook, want artikel 382 Rv ziet op het buitengewone rechtsmiddel, herroeping, voor het geval bedrog wordt ontdekt nadat definitief uitspraak is gedaan. In dit geval is daarvan geen sprake.

3.22. Ook heeft Radboudumc artikel 21 Rv (de waarheidsplicht) niet geschonden. Ook hier geldt dat het alleen de veronderstelling van Sassen is dat Radboudumc van begin af aan op de hoogte was (of moest zijn geweest) van wat prof. Keunen wist. Die veronderstelling onderbouwt Sassen echter niet (voldoende) met feiten en omstandigheden.

3.23. Sassen voert nog twee andere onderwerpen aan in zijn nieuwe grief en stelt dat Radboudumc ook daar artikel 21 Rv heeft geschonden: Volgens Sassen had op basis van het NOG advies de plombe eerder verwijderd moeten worden én behoorde Sassen niet tot de patiënten waarbij die operatie in een gespecialiseerd centrum is uitgevoerd.

3.24. Hier volgt het hof Sassen niet in zijn lezing. Het artikel: Crama en Klevering, ‘The Removal of Hydrogel Explants’, *Ophthalmology*, 2016, volume 123, number 1, houdt (voor zover hier relevant) in:

“We reviewed the medical records of all consecutive patients who underwent surgical removal of a symptomatic, swollen episcleral MIRAgel explant at the Radboud University Medical Center in Nijmegen, The Netherlands, from January 1, 1998, to December 31, 2011. Only patients who had a MIRAgel explant that caused severe symptoms were considered for removal. [...] The symptoms that led to the surgical removal of MIRAgel explants in our series are consistent with previous reports. The most commonly reported symptoms were pain or discomfort (in 70% of cases), cosmetic problems (49%), eye motility disorders (39%), diplopia (29%), periocular infection (27%), and extrusion of the explant (26%). Most patients experienced a combination of these symptoms.”

3.25. Het hof kan daaruit niet afleiden dat er een gespecialiseerd centrum was binnen het Radboud ziekenhuis, voor het uitvoeren van deze operaties. Ook volgt er niet uit dat bij de klachten die Sassen had, eerdere verwijdering van de Miragelplombe geïndiceerd was. Dat bij 70% van de patiënten waarbij de plombe werd verwijderd sprake was van pijn of ongemak, betekent niet dat als er alleen sprake was van pijn en ongemak, de plombe verwijderd is. Aangezien de percentages optellen tot (ruim) boven de 100% zullen de meeste patiënten meer klachten dan alleen pijn en ongemak hebben gehad. Dr. Crama trad ook als deskundige in deze procedure in hoger beroep op en verklaarde desgevraagd uitdrukkelijk dat de operatie van Sassen opgenomen is in zijn retrospectieve studie, die in het artikel is beschreven. Dat Sassen daaraan twijfelt omdat zijn herinnering over de behandeling niet

volledig overeenstemt met de behandeling zoals die in de studie wordt beschreven, overtuigt het hof niet. Omdat het hof Sassen niet volgt in zijn lezing van de feiten, volgt het hof Sassen ook niet in het verwijt dat Radboudumc op deze punten de feiten niet volledig en naar waarheid zou hebben aangevoerd. Dat betekent dat ook hier een feitelijke grondslag voor het verwijt dat Radboudumc artikel 21 Rv geschonden zou hebben, ontbreekt.

Conclusie in principaal en incidenteel hoger beroep

3.26. De grieven van Sassen – voor zover na cassatie en verwijzing nog aan de orde – slagen niet. Omdat de Miragelplombe destijds “state of the art” was, komt het hof niet toe aan toepassing van artikel 6:77 BW. Dat betekent dat de beslissing van de rechtbank om de vordering van Sassen af te wijzen, juist is. Het hof zal die beslissing bekrachtigen. Dat betekent ook dat de voorwaarde waaronder Radboudumc het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep heeft ingesteld niet is vervuld. In incidenteel hoger beroep zal het hof geen proceskostenveroordeling uitspreken.

3.27. De proceskostenveroordeling in cassatie is al uitgesproken door de Hoge Raad.

3.28. In principaal hoger beroep en in de procedure na verwijzing is Sassen als de in het ongelijk te stellen partij te beschouwen. Het hof zal Sassen daarom veroordelen in de kosten van het principaal hoger beroep en in de kosten van de procedure na verwijzing.

3.28.1. De kosten voor de procedure in principaal hoger beroep aan de zijde van Radboudumc zullen worden vastgesteld op:

- griffierecht	€ 683,00
- getuigentaxen	nihil
- kosten deskundigenbericht	nihil
- salaris advocaat	€ 3.222,00 (3 punten × tarief II [oud])

3.28.2. De kosten voor de procedure na verwijzing aan de zijde van Radboudumc zullen worden vastgesteld op:

- salaris advocaat	€ 1.671,00 (1,5 punten × tarief II)
--------------------	-------------------------------------

3.28.3. De door Radboudumc gevorderde nakosten en wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten zijn toewijsbaar.

4. De uitspraak

Het hof, rechtdoende in hoger beroep na verwijzing:

in principaal hoger beroep

4.1. verklaart Sassen niet-ontvankelijk in zijn hoger beroep van het tussenvonnis van 7 oktober 2009 van de rechtbank Arnhem (thans de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem) nu daartegen geen hoger beroep openstaat;

4.2. bekrachtigt de vonnissen van deze rechtbank van 3 maart 2010, 28 juli 2010, 27 oktober 2010 en 28 november 2012;

4.3. veroordeelt Sassen in de kosten van het principaal hoger beroep en de procedure na verwijzing, aan de zijde van Radboudumc wat betreft het principaal hoger beroep op

€ 683,00 voor verschotten en op € 3.222,00 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft de procedure na verwijzing vastgesteld op € 1.671,00 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

4.4. veroordeelt Sassen in de nakosten, begroot op € 163,00, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 85,00 in geval Sassen niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, een en ander vermeerderd met de wettelijke rente te rekenen vanaf veertien dagen na aanschrijving én betekening;

4.5. verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad;

4.6. wijst het meer of anders gevorderde af;

in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep:

4.7. verstaat dat de voorwaarde waaronder het incidenteel hoger beroep is ingesteld, niet is vervuld.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.J. van Sandick, R.A. van der Pol en mr. H.K.N. Vos en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 5 april 2022.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

Afgegeven aan: adv. app./gemin.: *mr. Z.J. Rittersma*

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: 05-04-2022