

65 Replik Sassen 20-01-2023

Hoge Raad
Zaaknummer: 22-02449
Zitting van 20 januari 2023

Replik
van mr. J. van Weerden

inzake:

de heer **Jan Hendrik Sassen**
eiser ("Sassen")
advocaat: mr. J. van Weerden

tegen

stichting Katholieke Universiteit Nijmegen
(UMC St. Radboud Ziekenhuis)
verweerster ("Radboudumc")
advocaat: mr. N.T. Dempsey

1. Naar aanleiding van de schriftelijke toelichting van Radboudumc ("de ST") merkt Sassen het volgende op, waarbij Sassen met "arrest" doelt op het met het onderhavige beroep bestreden arrest en met "gerechtshof" doelt op het gerechtshof 's-Hertogenbosch.
2. Radboudumc heeft onder 1.2. onder meer gesteld dat de in september 2006 bij Sassen ontstane recidieve netvliesloslating een bekende complicatie was, die zich kan voordoen bij het verwijderen van welk type plombe dan ook.
3. Naar Sassen's mening kan die stelling niet voor waar worden gehouden (maar moet deze juist van de hand worden gewezen) omdat het nieuwe netvliesdefect juist een uitzonderlijke complicatie geweest die zich uitsluitend bij een zwellende Miragel plombe kan voordoen. Sassen verwijst daartoe naar de volgende stellingen die hij bij memorie na verwijzing heeft ingenomen en die het gerechtshof niet heeft verworpen.
 - a. Onder 6. waar Sassen heeft gesteld dat de plombe in juli 2006 door de conjunctiva brak en op 22 augustus 2006 nog slechts gedeeltelijk verwijderd kon worden, waarna tijdens de operatie op 19 september 2006 een stukje van de plombe het oog bleek te zijn ingekomen, vlak naast het oorspronkelijk defect uit 1992.
 - b. Onder 117. en 190. waar Sassen onder meer met heeft gesteld dat Kokame ea de intrusie van een gezwollen hydrogel implant beschrijft, die aangebracht was onder een cerclagebandje, dat de implant belette naar buiten uit te zetten waardoor de zwellende implant de onderliggende sclera deed eroderen en uiteindelijk door de sclera het oog kon inkomen.

4. Onder 1.7. heeft Radboudumc onder meer gesteld dat het gerechtshof 's-Hertogenbosch (“het gerechtshof”) gebonden was aan de eerdere beslissingen van het hof Arnhem-Leeuwarden waarover Sassen niet (met succes) in cassatie had geklaagd. Zie in vergelijkbare zin de ST onder 2.6.4., 2 en onder 2.8.2.
5. Naar de mening van Sassen is deze opvatting niet juist omdat de verwijzingsrechter niet gebonden is aan beslissingen die voortbouwen op dan wel onverbrekelijk samenhangen met een in cassatie vernietigde beslissing. Daarvan is hier namelijk sprake.
6. Het gerechtshof heeft immers onder 3.6. van het bestreden arrest met recht vastgesteld dat de kern van het geschil na cassatie de vraag is of de Miragelplombe op het moment van de operatie (juli 1992) "state of the art" was. Hierom diende het gerechtshof het door het arrest van de Hoge Raad heropende debat in hoger beroep dan ook te beslechten mede aan de hand van dat wat Sassen voorafgaand aan de cassatieprocedure en in de verwijzingsprocedure had aangevoerd, over kort gevat, wat wanneer “state of the art” was en wat het oordeel van de deskundige daarover was. (procesinleiding 1.1. tot en met 1.4.).
7. Zie in dit kader arrest 3.14. waar het gerechtshof onder meer heeft geoordeeld dat Sassen voor en 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.
8. Klaarblijkelijk heeft het gerechtshof zijn taak opgevat als Sassen zojuist heeft beschreven, door ervan uit te gaan dat het gerechtshof zowel de stellingen van Sassen voorafgaand aan de verwijzingsprocedure als de stellingen die Sassen tijdens die procedure had ingenomen te moeten beoordelen.
9. Hierom is de opvatting van Radboudumc, ST onder 4.4.2., onjuist dat het oordeel van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in het in cassatie vernietigde arrest onder 2.7 niet door het succesvolle cassatieberoep is aangetast omdat deze niet voortbouwt op de in cassatie vernietigde beslissingen.
10. Klaarblijkelijk namelijk heeft het gerechtshof gemeend dat de hier bedoelde overwegingen van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden onder 2.7 (wel) voortbouwen op althans onlosmakelijk samenhangen met de in cassatie vernietigde beslissingen. Dat oordeel is intussen definitief geworden omdat Radboudumc daartegen geen cassatieberoep heeft gericht en dient daarom in cassatie als uitgangspunt.

11. Onder 2.2.2. heeft Radboudum gesteld dat de feitenrechter niet gehouden is een expliciet oordeel te geven over de uitleg die hij geeft aan een rechtsvormend oordeel van de Hoge Raad.
12. Volgens Sassen levert deze stelling Radboudumc niets op omdat hoe dan ook niet, dus ook niet impliciet, blijkt wat volgens het gerechtshof “state of the art” inhoudt voor dit geschil. Hierom handhaaft Sassen dat niet kenbaar is aan welke norm het gerechtshof heeft getoetst en dat het gerechtshof het Sassen niet met recht heeft kunnen verwijten niet aan diens (veronderstelde) stelplicht en bewijslast te hebben voldaan en toegang tot bewijslevering ten onrechte heeft onthouden.
13. Onder 2.2.3. en 2.2.4. heeft Radboudumc aangevoerd, samengevat weergegeven, dat het gerechtshof in arrest 3.11 heeft gepreciseerd wat in deze procedure onder “state of the art” moet worden verstaan, namelijk de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend specialist mag worden verwacht.
14. Naar de mening van Sassen echter heeft Radboudumc er met die stellingname aan voorbij gezien dat “state of the art” op verschillende wijzen kan worden opgevat, zoals onder meer blijkt uit het artikel van P.W.J. Verbruggen, “De maatstaf van state of the art bij aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken”, NTBR 2022/12 dat Sassen in zijn schriftelijke toelichting heeft genoemd. De stellingname van Radboudumc biedt volgens Sassen daarom geen duidelijkheid omtrent de rechtsopvatting van en toepassing ervan door het gerechtshof. De norm van artikel 7:453 BW brengt op zichzelf bezien immers mee dat de hulpverlener een ‘state of the art’ hulpmiddel toepast, maar beantwoordt niet de vraag wat ‘state of the art’ is.
15. Onder 2.3.8. heeft Radboudumc onder andere gesteld dat, kort gevat, om het bestaan van een situatie zoals door de Hoge Raad bedoeld in rov. 2.8.4 van de PIP-implantaten-beslissing aan te kunnen nemen, sprake moet zijn van het gebruik van een medische hulpzaak waaraan grotere risico’s kleefden dan aan andere destijds beschikbare alternatieve medische hulpzaken.
16. Aldus blijkt dat Radboudumc van een andere interpretatie uitgaat van het PIP-implantaten-beslissing dan Sassen.
17. Volgens Sassen namelijk (procesinleiding, klacht 1.A.3.) had het gerechtshof behoren na te gaan of de plombe, om welke reden ook, ongeschikt is voor het beoogde doel. Sassen meent namelijk (procesinleiding 1.40. 1.41.) dat de rechtsregel uit die beslissing moet worden gezien tegen de achtergrond van het aldaar onder (xi) vastgestelde feit dat het PIP-implantaat dat bij de verzoekster in die zaak was ingebracht, ondeugdelijk was omdat het een verhoogde kans op scheuren en lekken had. Sassen meent hierom (procesinleiding 1.24.) dat de overweging onder 2.8.4. in die beslissing (“behalve als”) ziet op het bevrijdend verweer als uitzondering op de hoofdregel, waarvan de stelplicht en de bewijslast rusten op Radboudumc als verweerder.

18. Om de in de PIP-implantaten beslissing gegeven rechtsregel te kunnen toepassen dient dan ook van dat feit te worden geabstraheerd. Dat meent Sassen wel te hebben gedaan en naar zijn smaak heeft Radboudumc dat niet gedaan. Hierom kan Radboudumc volgens Sassen niet in haar verweer worden gevolgd.
19. Om de voornoemde reden kan wat Sassen betreft Radboudumc ook niet worden gevolgd daar waar zij, onder 2.3.9., heeft gesteld dat (tussen partijen vaststaat dat) Sassen in 1992, als redelijk handelend patiënt, niet voor een operatie zou hebben gekozen met een alternatieve plombe indien de beschikbare plombes en destijds bekende complicatierisico's met hem zouden zijn besproken en zij de Miragelplombe heeft vergeleken met ander types plombes.
20. Van een dergelijk vaststaan is, anders dan Radboudumc meent, geen sprake omdat, zoals in procesinleiding klacht 1.B.8.b. aangevoerd, Sassen de relevante stelling heeft ingenomen bij memorie na verwijzing onder 99., dat in het handboek van Kreissig (2005) ter aangehaalde plaatse wordt vermeld dat silicone plombes, rubbers en sponzen, al vele jaren betrouwbaar en veilig zijn gebleken en als standaard gelden, alsmede dat ander materiaal zoals hydrogel, MAI/Miragel, daarentegen heeft problemen veroorzaakt.
21. Onder 2.5.3. heeft Radboudumc gesteld, kort gezegd, dat voordat het gerechtshof op grond van de grieven van Sassen de vordering van Sassen alsnog had kunnen toewijzen, het gerechtshof het in appel gehandhaafde verweer van Radboudumc diende te beoordelen of - anders dan de rechtbank had geoordeeld - de Miragelplombe ongeschikt was en of het gebruik daarvan een tekortkoming opleverde, alsmede dat het gerechtshof niet was gebonden aan het eerdere oordeel van de rechtbank op dat punt.
22. Kennelijk is Radboudumc er aldus vanuit gegaan dat het gerechtshof, zonder grief van Radboudumc, een voor Radboudumc ongunstig oordeel zou hebben kunnen vernietigen. Die rechtsopvatting is echter onjuist omdat alleen op grond van een grief een oordeel van de rechter uit de eerste aanleg kan worden vernietigd; het voeren van een verweer is daartoe onvoldoende omdat een verweer gericht is tegen een stelling van de wederpartij en niet tegen een rechterlijk oordeel.
23. Sassen handhaaft hierom dat het gerechtshof gebonden was de feitenvaststelling bij vonnis van 28 november 2011 onder 2.26. kort gezegd dat bij 10% van de patiënten bij wie de plombe is geplaatst complicaties optreden doordat bij een deel van deze patiënten, zoals bij Sassen is gebeurd, de plombe van chemische samenstelling verandert, zwelt en fragmenteert, waardoor dat deze eigenschappen van de Miragelplombe meebrengen dat deze ongeschikt is voor het beoogde doel.
24. Daarbij komt dat het gerechtshof, onder 3.26. heeft geconcludeerd dat de voorwaarde waaronder Radboudumc het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep had ingesteld niet is vervuld, zodat die grief het hier besproken oordeel van de rechtbank niet aantast en Radboudumc tegen dat oordeel geen cassatieberoep heeft gericht. Dat oordeel dient om die reden in cassatie als uitgangspunt te worden gehanteerd.

25. Om de zo-even genoemde reden gaat de stelling van Radboudumc onder 2.5.4. niet op dat, kort gevat, doordat Radboudumc in cassatie met succes had geklaagd over het oordeel dat de Miragelplombe een ongeschikte hulpzaak was, het gerechtshof niet als vaststaand tot uitgangspunt kon nemen dat de Miragelplombe als een ongeschikte hulpzaak kwalificeert.
26. Om de onder 24. hierboven genoemde reden mist ook het argument van Radboudumc onder 2.5.5. zijn doel, kort gezegd, dat het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de tegen het aldaar genoemde oordeel gerichte voorwaardelijk incidentele grief van Radboudumc gegrond had verklaard, Sassen daartegen niet (met succes) in cassatie is opgekomen zodat deze beslissing in de verwijzingsprocedure vaststond en dat de voorwaarden waaronder de incidentele grieven waren geformuleerd niet zijn vervuld, hier niets aan afdoet. Dit geldt ook voor dat wat Radboudumc onder 2.6.2. heeft aangevoerd.
27. Onder 2.7.2. heeft Radboudumc gesteld dat de daar besproken klacht (1.B.6) uitgaat van een verkeerde lezing van het arrest 3.6. omdat het gerechtshof niet heeft geoordeeld dat andere hydrogelplombes beschikbaar waren, maar dat (door Sassen) niet gesteld is dat er andere hydrogelplombes waren en dat de Miragel-plombe een grotere kans op zwellen en complicaties had dan die eventueel andere hydrogelplombes.
28. Hoewel voor deze reactie gelet op de bewoordingen van de klacht begrip valt op te brengen, is Sassen van mening dat Radboudumc hierin niet kan worden gevolgd. De klacht dient namelijk te worden gezien in het licht van de samenhang tussen de overwegingen waarover Sassen heeft geklaagd (procesinleiding, klacht 1.d.) en de toelichting die Sassen daarop, onder meer onder 1.30., heeft gegeven.
29. Hierom had Radboudumc in de klacht kunnen en moeten lezen dat, door te oordelen dat Sassen niet heeft gesteld, hoewel kennelijk volgens het gerechtshof de stelplicht en bewijslast op Sassen rusten, dat de plombe vergeleken met andere beschikbare hydrogel plombes een grotere kans heeft op zwellen of op andere complicaties, het gerechtshof buiten de rechtsstrijd is getreden, omdat geen van de partijen heeft aangevoerd dat sprake is of kan zijn van andere beschikbare hydrogel plombes dan de onderhavige plombe.
30. Onder 3.6. heeft Radboudumc als haar rechtsopvatting kenbaar gemaakt dat een rechter niet gehouden is alle door een partij ingenomen stellingen in zijn oordeel expliciet weer te geven maar kan volstaan met een samenvatting daarvan, alsmede dat het gerechtshof dat in arrest 3.10. - 3.13. heeft gedaan.
31. In die rechtsopvatting kan Sassen zich vinden, in de door Radboudumc verdedigde toepassing ervan door het gerechtshof niet; het gerechtshof heeft naar de mening van Sassen zijn stellingen namelijk niet (adequaat) samengevat; en dat is terzake dan ook de klacht van Sassen.

32. Onder 3.7. heeft Radboudumc, zakelijk weergegeven, het standpunt ingenomen dat
- het daar bedoelde betoog van Sassen volgens Radboudumc voortbouwt op zijn uitleg en waardering van het artikel van Marin et al,
 - uit arrest 3.9 en 3.12 volgt dat het gerechtshof Sassen in die lezing en waardering niet volgt, omdat volgens het gerechtshof het artikel ten hoogste een eerste aanwijzing vormt dat de Miragelplombe mogelijk op langere termijn complicaties zou kunnen veroorzaken, maar niet meer dan dat,
 - het gerechtshof uitdrukkelijk heeft onderkend dat de MAI plombe en Miragelplombe dezelfde chemische samenstelling hebben, maar in dit kader relevant heeft geacht dat - zoals ook de onafhankelijke deskundige prof. dr. Hooymans opmerkt - het artikel intrasclerale plaatsing beschrijft en dat de auteurs zelf beschrijven dat zij de Miragelplombe sinds 1986 in een groot aantal gevallen extrascleraal hebben geplaatst zonder dat dit tot complicaties heeft geleid.
33. Onder 3.8. heeft Radboudumc aangevoerd dat met de weergaven door Radboudumc onder 3.7. van de beoordeling van het gerechtshof, het gerechtshof de in de besproken subklacht aangevoerde stellingen heeft verworpen dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam oogarts destijds in 1992, naar aanleiding van het artikel van Marin et al. (gebruik van) de Miragelplombe niet meer state of the art mocht achten. Volgens Radboudumc is dit oordeel - dat volgens Radboudumc onlosmakelijk verweven is met de aan het gerechtshof als feitenrechter voorbehouden waardering van de feiten en het bewijs - is niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd.
34. Radboudumc kan in haar onder 3.7. en 3.8. verwoorde mening niet worden gevolgd omdat Sassen onder 2.5. van de procesinleiding rekening heeft gehouden met de constatering van het gerechtshof – die wat Sassen betreft op zichzelf gezien juist is – dat het artikel van Marin et al een eerste aanwijzing vormt dat de Miragelplombe mogelijk op langere termijn complicaties zou kunnen veroorzaken.
35. Op die plaats heeft Sassen namelijk, rekening houdend met die constatering, het gerechtshof verweten niet stil te hebben gestaan bij de verantwoordelijkheid van (de behandelend oogarts van) Radboudumc, ongeacht de kwaliteit van het toelatingstraject van een hulpmiddel, voorafgaand dan wel bij de keuze voor de plombe bij de behandeling het loslatende netvlies van Sassen in 1992, onder andere om:
- de vakliteratuur secuur bij te houden,
 - (...),
 - (...),
 - voortdurend alert te zijn op risico's (op de lange termijn) bij gebruik van nieuwe hulpmiddelen, zeker als daarvan bekend is dat deze bij marktintroductie niet intensief getest zijn (op mensen),
 - Sassen voorafgaand aan de vorgenommenen of geadviseerde behandeling op de hoogte te brengen van de mogelijke risico's.

36. Omdat Sassen aldus rekening heeft gehouden met de voornoemde constatering van het gerechtshof, raakt de kritiek van Radboudumc dat Sassen zijn klachten (slechts) op zijn interpretatie van het artikel heeft gebaseerd haar doel niet.
37. De mening van Radboudumc dat het gerechtshof uitdrukkelijk heeft onderkend dat de MAI plombe en Miragelplombe dezelfde chemische samenstelling hebben, maar in dit kader relevant heeft geacht dat - zoals ook de onafhankelijke deskundige prof. dr. Hooymans opmerkt - het artikel intrasclerale plaatsing beschrijft en dat de auteurs zelf beschrijven dat zij de Miragelplombe sinds 1986 in een groot aantal gevallen extrascleraal hebben geplaatst zonder dat dit tot complicaties heeft geleid, is wat Sassen betreft ongegrond.
38. Juist namelijk omdat het gerechtshof, zoals Radboudumc heeft opgemerkt, aansluiting heeft gezocht bij dat wat prof. dr. Hooymans als deskundige heeft opgemerkt, blijkt volgens Sassen dat het gerechtshof, door zijn aandacht te richten op de verschillen in plaatsing van de plombe en niet (ook) op de invloed van de chemische samenstelling op de plaatsing, niet heeft onderkend dat de MAI plombe en Miragelplombe dezelfde chemische samenstelling hebben.
39. Bovendien heeft het gerechtshof, laat staan uitdrukkelijk, op geen enkele manier gewezen op het feit dat de MAI plombe en Miragelplombe dezelfde chemische samenstelling hebben, zodat het verweer op dat punt feitelijke grondslag mist.

Sassen blijft bij zijn eis.

Advocaat