

Miragel plombe | Afdoen op stelplicht

← Afdoen op stelplicht →		
2006 Huydecoper	2012 Asser	2016 De Bock
2018 Van der Kraats	2021 De Haan	2021 De Bock
Hof Den Bosch (1)	Hof Den Bosch (2)	
De variant	Hof Arnhem-Leeuwarden	Hof Den Bosch
De Gelmo zaak		

'Spanningsveld'

Het gaat hier om het 'spanningsveld' tussen enerzijds de gerechtshoven, die in hoger beroep uitspraak doen, en anderzijds de Hoge Raad der Nederlanden, die in cassatie over de beslissingen van de gerechtshoven oordeelt.

De Hoge Raad beoordeelt in cassatie of de lagere rechter bij een uitspraak het recht juist heeft toegepast en of de procedure juist is gevolgd.

De [website van de Hoge Raad](#) vermeldt ()

Over ons

De Hoge Raad der Nederlanden is de hoogste rechter in Nederland in civiele zaken, strafzaken en belastingzaken. Hij is dat ook voor Aruba, Curaçao, Sint Maarten en Bonaire, Saba en Sint Eustatius. De Hoge Raad is geen derde instantie maar cassatierechter. Dat betekent dat de Hoge Raad beoordeelt of een lagere rechter (rechtbank/gerechtshof) bij een uitspraak het recht juist heeft toegepast en of de procedure juist is gevolgd.

Belangrijke kenmerken van de cassatieprocedure

- De Hoge Raad stelt geen feiten vast, maar gaat uit van de feiten en omstandigheden die zijn vastgesteld door de lagere rechter (rechtbank of gerechtshof).
- In de cassatieprocedure onderzoekt de Hoge Raad of de lagere rechter het recht op juiste wijze heeft uitgelegd en toegepast.
- Ook beoordeelt de Hoge Raad of de lagere rechter geen procedurele fouten heeft gemaakt en of de uitspraak begrijpelijk is gemotiveerd.

De Hoge Raad heeft drie kerntaken

- Een bijdrage leveren aan rechtsontwikkeling
- Het bieden van individuele rechtsbescherming
- Het waarborgen van rechtseenheid

Het 'spanningsveld' zit in de waardering door de lagere rechter van stellingen, die over en weer door de partijen in de civiele procedure zijn ingenomen.

Een feitelijke en niet onbegrijpelijke waardering door het gerechtshof van de stellingen van partijen leent zich niet voor cassatie.

De waardering van de stellingen van partijen kan desalniettemin meebrengen dat geen recht wordt gedaan aan argumenten van een partij die doorslaggevend zijn voor de uitkomst van de procedure, namelijk in het geval waarin – zo op het eerste gezicht feitelijk en niet onbegrijpelijk – wordt overwogen dat onvoldoende is gesteld, hetgeen ook wel wordt aangeduid als: 'afdoen op stelplicht'.

Afdoen op stelplicht

Het afdoen op stelplicht is in de afgelopen jaren ernstig bekritiseerd. De conclusies van [A-G Huydecoper](#) (2006) en [A-G De Bock](#) (2016 en 2021) en de artikelen van [Asser](#) (2012), [Van der Kraats](#) (2018) en [De Haan](#) (2021) geven een goed beeld van deze problematiek.

Strooien met kraaienpoten op de weg wordt beschouwd als vandalisme. Bijv.

<https://www.omroepwest.nl/nieuws/3971190/vandalisme-in-duindorp-zelfgefabriceerde-kraaienpoten-en-brandjes>

Vandalisme in Duindorp: zelfgefabriceerde kraaienpoten en brandjes

1 december 2019,

DEN HAAG - De politie van Scheveningen waarschuwt voor zelfgefabriceerde kraaienpoten in Duindorp. Minstens één auto heeft lek gereden door de spijkers. (...)

In het rechtsverkeer door de rechter strooien met kraaienpoten op de weg van de rechtzoekende naar de waarheid en het verlangde recht ten einde deze voortijdig af te stoppen, is evenzeer vandalisme, dat volstrekt niet thuis hoort in de rechtsstaat.

Afdoening op stelplicht leidt tot een 'premature blokkering van de waarheidsvinding' (A-G De Block 2021), blokkeert daarom een eerlijk proces en is dus fundamenteel in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

De rechtzoekende heeft het fundamenteel recht op veilig rechtsverkeer, gevrijwaard van rechterlijk vandalisme.



Afdoen op stelplicht



Miragel plombe | 2012 Asser

Afdoen op stelplicht - 2012 Asser		
2006 Huydecoper	2012 Asser	2016 De Bock
2018 Van der Kraats	2021 De Haan	2021 De Bock
Hof Den Bosch (1)	Hof Den Bosch (2)	
De variant	Hof Arnhem-Leeuwarden	Hof Den Bosch
De Gelmo zaak		

2012 Asser, 'Stelplicht, een kraaienpoot op de weg van de waarheidsvinding', TCR 2012, nr.4

Asser vergelijkt het afdoen op stelplicht met het strooien van kraaienpootjes:

"Zelfs indien u gelijk hebt, meneer, krijgt u het niet van mij", zegt de rechter, die dan zijn juridische kraaienpootjes strooit op de weg naar de waarheid en het verlangde recht. Tot de meest gestrooide juridische kraaienpootjes behoort al een tijdje de doodoener dat een partij niet heeft voldaan aan haar stelplicht. Bewijs, met name aangeboden getuigenbewijs, mag dan niet meer worden geleverd."

(...)

'Zelfs indien u gelijk hebt, meneer, krijgt u het niet van mij', zegt de rechter, die dan zijn juridische kraaienpootjes strooit op de weg naar de waarheid en het verlangde recht. Tot de meest gestrooide juridische kraaienpootjes behoort al een tijdje de doodoener dat een partij niet heeft voldaan aan haar stelplicht. Bewijs, met name aangeboden getuigenbewijs, mag dan niet meer worden geleverd. Margreet Ahsmann heeft daarop herhaaldelijk gewezen, zoals in haar bijdrage 'Bewijs: verschuiving van "bewijzen" naar "stellen"?' op de najaarsvergadering 2009 van de NVvP.¹ Stellen is een formeel, door het materiële recht bepaald begrip: als een partij zich beroept op rechtsgevolgen om haar recht te krijgen, moet zij de feiten waaruit die rechtsgevolgen voortvloeien, stellen. Wat de omvang van die stelplicht is, wordt in de eerste plaats bepaald door de rechtsregel die de ingeroepen rechtsgevolgen aan de daarvoor vereiste feiten verbindt, maar daarnaast ook door het debat dat partijen voeren. Het verweer van de wederpartij kan er immers toe leiden dat er meer aan feiten moet worden gesteld. Een partij met stelplicht moet die dus zo goed mogelijk invullen. Echter, de omvang van de stelplicht wordt uiteindelijk door de rechter bepaald, omdat de rechter beslist over de uitleg van die rechtsregel en over wat daaruit, mede gelet op het debat, voortvloeit voor de stelplicht. Een oordeel over de stelplicht raakt dus, evenals een oordeel over het bewijsrisico, de kern van de zaak.

Een partij afrekenen op het niet hebben voldaan aan haar stelplicht heeft dus niets met waarheidsvinding te maken, maar met rechtstoepassing. De waarheidsvinding wordt niet gefaciliteerd, maar op grond van een juridisch oordeel geblokkeerd. Ook die rechtstoepassing moet echter berusten op serieuze waarheidsvinding door de rechter. Het blokkeren van de waarheidsvinding mag dan ook niet prematuur gebeuren. Informatie die van belang kan zijn voor de beslissing en in het kader van bewijslevering naar voren zou kunnen komen, mag niet bij voorbaat worden uitgesloten. Een behoorlijke rechtspleging brengt mee dat dit slechts in uitzonderlijke gevallen zou mogen gebeuren. Als de rechter bijvoorbeeld echt geen touw kan vastknopen aan wat een partij stelt. Als het verband tussen de gestelde feiten en de ingeroepen rechtsgevolgen met geen mogelijkheid kan worden gelegd. Bewijslevering kan informatie opleveren waardoor de gestelde feiten in een nieuw daglicht komen te staan, of waardoor de stellingen een nadere toelichting krijgen, zoals punt 11 van de Handleiding regie na de conclusie van antwoord het uitdrukt in verband met het opvragen van schriftelijke verklaringen van eventuele getuigen. Zo kan uiteindelijk komen vast te staan dat wat de partij in kwestie heeft gesteld niet relevant is of onvoldoende voor erkenning van het door haar ingeroepen rechtsgevolg.

Bewijslevering is geen gunst maar een recht. Ook bewijslevering door getuigen. De tijd van rechterlijke gunsten is al lang voorbij. De actieve moderne rechter heeft niet alleen recht op voorlichting, maar ook de verplichting daarvoor de gelegenheid te bieden. En het procesrecht moet hem daarbij helpen door goede alternatieven te bieden voor al te tijdrovende bewijslevering. Recht doen is nu eenmaal niet heersen maar dienen.

Miragel plombe | 2016 De Bock

Afdoen op stelplicht - 2016 De Bock		
2006 Huydecoper	2012 Asser	2016 De Bock
2018 Van der Kraats	2021 De Haan	2021 De Bock
Hof Den Bosch (1)	Hof Den Bosch (2)	
De variant	Hof Arnhem-Leeuwarden	Hof Den Bosch
De Gelmo zaak		

2016 – Conclusie A-G De Bock dd. 2-12-2016 ECLI:NL:PHR:2016:1236

In haar conclusie dd. 2 december 2016 (§ 3.29) geeft A-G De Bock aan "dat de rechter vóórdat hij oordeelt dat een partij een stelling van haar wederpartij onvoldoende gemotiveerd heeft betwist (en dus niet wordt toegekomen aan bewijslevering), uit een oogpunt van behoorlijke rechtsbedeling zich de volgende vragen zou moeten stellen:

- hoe gedetailleerd of onderbouwd is de stelling van de wederpartij, waarop de betwisting betrekking heeft?
- gaat het om een stelling die zich leent voor een meer uitvoerige dan wel beter onderbouwde betwisting?
- gaat het om een stelling waarvan het in de rede ligt dat een meer uitvoerige dan wel beter onderbouwde betwisting wordt gegeven?
- gaat het om een stelling die centraal staat in het partijdebat of om een bijkomend argument? Bij een centraal staande stelling alleen oordelen dat de betwisting onvoldoende is indien dit in uitgesproken mate het geval is;
- - bevindt de betreffende partij zich in een positie die aannemelijk maakt dat zij een meer uitvoerige dan wel beter onderbouwde betwisting kan geven?
- in welk stadium van het geding respectievelijk naar aanleiding van welke processuele ontwikkeling vindt de betwisting plaats?

Conclusie

3.10 Bij de bespreking van dit subonderdeel is het volgende van belang.

Art. 149 Rv bepaalt in de tweede volzin dat feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, door de rechter als vaststaand moeten worden beschouwd (behoudens uitzonderingen). Het gaat hier om een regel van bewijsrecht met twee dimensies. Enerzijds mag de rechter geen bewijs verlangen van feiten waarvan de juistheid door beide partijen is erkend.³ Anderzijds mag de rechter gestelde feiten als vaststaand aannemen, indien de wederpartij die feiten onvoldoende heeft betwist. In dat laatste geval neemt de rechter in feite een (impliciete) bewijsbeslissing: het gestelde feit wordt aannemelijk geacht omdat de betwisting onvoldoende (aannemelijk) is, althans het gestelde wordt méér aannemelijk geacht dan de betwisting daarvan.⁴ Dit kan zich voordoen als de betwisting te summier is (een 'blote ontkenning'),⁵ niet goed begrijpelijk, inconsistent, onvoldoende gedetailleerd, onvoldoende toegelicht of niet of onvoldoende onderbouwd met bewijsstukken. Bovendien zal de betwisting steekhoudend moeten zijn, dat wil zeggen dat zij de feitelijke of juridische onderbouwing van de vordering moet raken.⁶ Steeds gaat het dus om de kwaliteit van de betwisting.⁷ Asser wijst er echter op dat de rechter níet mag vergen dat een betwisting altijd een voldoende weerlegging van het gestelde feit meebrengt. Ook kan niet steeds een onderbouwing met bewijsstukken worden gevraagd van de betwistende partij; de rechter moet wel voor ogen houden welke partij de bewijslast draagt.⁸ Wat in een concreet geval van een betwistende partij mag worden gevraagd, hangt af van de omstandigheden van het geval, dat wil zeggen: van de ontwikkeling van het processuele debat in het concrete geval. In het algemeen geldt dat hoe concreter, preciezer en beter onderbouwd de stellingen van de ene partij zijn, des te hoger de eisen aan de betwisting van de wederpartij zullen zijn.⁹ Er bestaat dus een 'dynamisch verband' tussen stellen en betwisten, zo zou men kunnen zeggen.¹⁰

Voorts is nog op te merken dat onder 'betwisting' alles valt wat een partij in de procedure naar voren heeft gebracht in het kader van haar verweer.¹¹ De rechter mag zich dus niet alleen baseren op het laatste processtuk (in dit geval het proces-verbaal van de comparitie). Evenmin mag de rechter ervan uitgaan dat een bepaald verweer (een 'betwisting') is prijsgegeven omdat een partij niet ter comparitie is verschenen¹² of (in de tijd dat nog gere- en dupliceerd werd) omdat een partij heeft afgezien van het nemen van een conclusie van dupliek.¹³

(...)

3.29 Ik merk ten slotte nog het volgende op.

De laatste jaren is in de literatuur veelvuldig kritiek geuit op het afdoen van een zaak op schending van de stelplicht, dat wil zeggen op het 'niet voldoende gesteld hebben'.³¹ Ook de Hoge Raad oordeelt met enige regelmaat dat de rechter ten onrechte een partij niet toelaat tot bewijslevering op de enkele grond dat niet voldaan is aan de stelplicht.³² Wat in de onderhavige zaak aan de orde is, het beslissen van een zaak op de grond dat stellingen niet (voldoende gemotiveerd) zijn betwist, is de spiegelzijde van ditzelfde fenomeen. Ook hier geldt derhalve dat de rechter vóórdat hij oordeelt dat een partij een stelling van haar wederpartij onvoldoende gemotiveerd heeft betwist (en dus niet wordt toegekomen aan bewijslevering), uit een oogpunt van behoorlijke rechtsbedeling zich de volgende vragen zou moeten stellen:³³

- hoe gedetailleerd of onderbouwd is de stelling van de wederpartij, waarop de betwisting betrekking heeft?
- gaat het om een stelling die zich leent voor een meer uitvoerige dan wel beter onderbouwde betwisting?
- gaat het om een stelling waarvan het in de rede ligt dat een meer uitvoerige dan wel beter onderbouwde betwisting wordt gegeven?
- gaat het om een stelling die centraal staat in het partijdebat of om een bijkomend argument? Bij een centraal staande stelling alleen oordelen dat de betwisting onvoldoende is indien dit in uitgesproken mate het geval is;
- bevindt de betreffende partij zich in een positie die aannemelijk maakt dat zij een meer uitvoerige dan wel beter onderbouwde betwisting kan geven?
- in welk stadium van het geding respectievelijk naar aanleiding van welke processuele ontwikkeling vindt de betwisting plaats?

Hierbij dient dan bovendien steeds bedacht te worden dat niet zóveel aan onderbouwing van of toelichting op de betwisting mag worden gevraagd, dat in feite de bewijslast naar de betwistende partij wordt verschoven (vergelijk hiervoor onder 3.10).³⁴

Nt.31

Zie onder meer Asser Procesrecht /Van Schaick 2 2016/95; Asser Procesrecht/Asser 3 2013/2016, 219; M.J.A.M. Ahsmann, 'Bewijs: verschuiving van 'bewijzen' naar 'stellen?'. In: Bewijsrecht (bijdragen jaarvergadering Nederlandse Vereniging voor Procesrecht 2009), Den Haag 2010, p. 13-27; Ahsmann a.w., p. 188-190; De Bock, a.w. p. 99 e.v.; J.L.R.A. Huydecoper, 'We hebben er wat mee te stellen'. In: Trema 2002, p. 209-214; W.D.H. Asser, Een kraaienpoot op de weg naar de waarheidsvinding. In: TCR 2012, p. 107-108. Zie voorts de conclusie van A-G Huydecoper bij HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9729. Vgl. ook G. de Groot, Getuigenbewijs in civiele zaken. Deventer 2015, nr. 69.

Nt.32

HR 9 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2047, NJ 2016/408; HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2806 (Stichting Meridiaan College); HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5369 (Aventura); HR 9 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7887 (Vetveredeling Moerdijk); HR 28 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6106 (Dexia/[...]).

Nt.33

Langs dezelfde lijnen als voor de stelplicht uiteen is gezet door A-G Huydecoper in zijn conclusie voor HR 24 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9729, onder punt 8.

Miragel plombe | 2018 Van der Kraats

← Afdoen op stelplicht - 2018 Van der Kraats →		
2006 Huydecoper	2012 Asser	2016 De Bock
2018 Van der Kraats	2021 De Haan	2021 De Bock
Hof Den Bosch (1)	Hof Den Bosch (2)	
De variant	Hof Arnhem-Leeuwarden	Hof Den Bosch
De Gelmo zaak		

2018 – Kim van der Kraats, De stelplicht: geen kraaienpoot maar een sinkhole, Ars Aequi 2018 p.262

Van der Kraats:

"Asser heeft de stelplicht 'een kraaienpoot op de weg van de waarheidsvinding' genoemd. Die kraaienpoot blijkt in de praktijk een groot 'sinkhole'." (...)

De hantering van de stelplicht in de praktijk heeft een negatieve invloed op de interne toegankelijkheid van het proces. (...)

Ook heeft (de hantering van) de stelplicht een negatieve invloed op de waarheidsvinding. (...)

4 Waarom is het een probleem?

De hantering van de stelplicht door de rechter vormt een probleem, omdat het de kwaliteit van het civiele proces negatief beïnvloedt.

In het proefschrift is op basis van literatuur ¹⁴ de kwaliteit van het burgerlijk proces(recht) gedefinieerd. De kwaliteit van het burgerlijk (proces)recht laat zich afmeten aan de mate waarin het proces toegankelijk, openbaar en eerlijk is en binnen een redelijke termijn partijen van een oordeel voorziet, waarbij partijen gehoord worden en geborgd wordt dat zij gelijke wapenen in handen hebben, onder leiding van een rechter die onafhankelijk, onpartijdig en deskundig is, de feiten zoveel mogelijk op de waarheid baseert en zijn beslissing voorziet van een draagkrachtige motivering.

Van deze kwaliteitscriteria heeft de stelplicht invloed op de interne toegankelijkheid, waarheidsvinding en de berechting binnen een redelijke termijn.

De hantering van de stelplicht in de praktijk heeft een negatieve invloed op de interne toegankelijkheid van het proces. Bij interne toegankelijkheid gaat het over de toegankelijkheid van het procesrecht zelf, nadat een procedure eenmaal aanhangig is gemaakt.¹⁵ De procedure moet laagdrempelig en eenvoudig zijn en het procesrecht duidelijk, kenbaar en klantgericht met een beperking van de formaliteiten.¹⁶ Ekelmans wijst erop dat hoe hoger de eisen aan het door een procespartij te verrichten onderzoek en aan de kwaliteit van de stellingen en het verweer, hoe gemakkelijker de rechter een stelling als onvoldoende onderbouwd of betwist terzijde kan schuiven en de rechter desgewenst zonder bewijslevering tot een oordeel kan komen.¹⁷ Dan kan – en het gebeurt volgens Ekelmans – een onwelwillend lezende rechter een drempel opwerpen voor de verwezenlijking van de materiële rechten. Uit het feit dat circa driekwart van de zaken op stelplicht wordt afgedaan, blijkt dat de lat van de stelplicht zo hoog wordt gelegd dat veel partijen daar wegens onbekendheid of onmogelijkheid niet aan voldoen. De stelplicht kan dan ook in de weg komen te staan van een inhoudelijke beoordeling van de stellingen van partijen. In die zin kan de stelplicht als barrière voor de interne toegankelijkheid worden aangemerkt.

Van advocaten en professionele rechtsbijstandverleners mag worden verwacht dat zij bekend zijn met (de hoge eisen van) de stelplicht, maar dat is anders in het geval een partij in persoon procedeert. De geïnterviewde rechters geven aan dat zij de lat van de stelplicht lager leggen in het geval een partij in persoon procedeert, wat zou kunnen impliceren dat rechters rekening houden met de vraag of de formele eis van de stelplicht kenbaar is voor partijen. Echter, dat rechters in werkelijkheid de formele eis van de stelplicht minder hard stellen voor partijen die in persoon procederen dan voor diegenen met professionele bijstand blijkt niet uit het dossieronderzoek. Uit de dossiers blijkt

immers dat er niet of nauwelijks een verschil is in de mate waarin stellingen op de stelplicht worden afgedaan tussen stellingen van een partij die in persoon procedeert en van een partij die zich van rechtsbijstand heeft voorzien.

Ook heeft (de hantering van) de stelplicht een negatieve invloed op de waarheidsvinding. De partijplichten zouden een positieve invloed kunnen hebben op de waarheidsvinding in die zin dat de feiten niet alleen eerder, maar ook volledig aan de rechter worden gepresenteerd. Het omgekeerde kan echter ook; een schending van een procesrechtelijke formaliteit als de partijplichten kan ook betekenen dat aan een inhoudelijke beoordeling van (de juistheid of waarachtigheid van) de feiten niet wordt toegekomen. Gelet op het grote aantal zaken waarin stellingen op de stelplicht worden afgedaan en het (bijgevolg) geringe aantal bewijsopdrachten dat wordt verstrekt, kunnen vraagtekens worden gesteld bij het belang dat in de praktijk van alledag wordt gehecht aan het oordelen op basis van een juiste vaststelling van de feiten. Als immers niet is voldaan aan de stelplicht, wordt de zaak daarop afgedaan en wordt domweg de knoop doorgemaakt zonder dat daadwerkelijk een oordeel over de juistheid van de feiten is verkregen of daarnaar onderzoek is gedaan door bijvoorbeeld het verstrekken van een bewijsopdracht. Asser heeft de stelplicht 'een kraaienpoot op de weg van de waarheidsvinding' genoemd.¹⁸ Die kraaienpoot blijkt in de praktijk een groot 'sinkhole'.

De barrière van de stelplicht was – net als andere partijplichten, zoals de substantiëringsplicht, waarheidsplicht en bewijsaandraagplicht – ooit bedoeld voor de efficiëntie en ter bevordering van een snelle procedure. Door die plichten zouden partijen immers genoodzaakt worden direct al hun kaarten op tafel te leggen. De verwachting was dan ook dat deze plichten een bijdrage zouden leveren aan berechting binnen een redelijke termijn. In de steekproef van mijn onderzoek is de doorlooptijd in zaken waarin stellingen op de stelplicht zijn afgedaan niet of nauwelijks korter dan in zaken waarin geen stellingen op stelplicht zijn afgedaan.¹⁹ Het blijft dus de vraag of de stelplicht op dit kwaliteitscriterium daadwerkelijk een meerwaarde heeft. Laat staan of die meerwaarde opweegt tegen de negatieve effecten op de kwaliteitscriteria van de interne toegankelijkheid en de waarheidsvinding.



Miragel plombe | 2021 De Haan

← Afdoen op stelplicht - 2021 De Haan →		
2006 Huydecoper	2012 Asser	2016 De Bock
2018 Van der Kraats	2021 De Haan	2021 De Bock
Hof Den Bosch (1)	Hof Den Bosch (2)	
De variant	Hof Arnhem-Leeuwarden	Hof Den Bosch
De Gelmo zaak		

2021 Jurriaan de Haan, Over kraaienpoten en 'sinkholes'. een kritische blik op het afdoen op de stelplicht, Ars Aequi 2021 p.450

De Haan acht de bevindingen van Van der Kraats zorgwekkend:

"Volgens haar is, gelet op het grote aantal zaken dat op de stelplicht wordt afgedaan en het (bijgevolg) geringe aantal bewijsopdrachten dat wordt verstrekt, de stelplicht geen kraaienpoot, maar een 'sinkhole'. Zij concludeert op basis van haar onderzoek (dossieronderzoek en interviews met rechters) dat rechters de lat voor de stelplicht in de praktijk zó hoog leggen dat het een werkelijke barrière vormt voor partijen om hun materiële rechten verwezenlijkt te krijgen. Dat is een zorgwekkende conclusie."

Het beeld is ontstaan dat de civiele rechter te gemakkelijk zaken op de stelplicht afdoet. Nu dit een barrière vormt voor partijen om hun materiële rechten verwezenlijkt te krijgen, verdient deze praktijk een kritische blik. De rechter zou partijen meer tot bewijslevering moeten toelaten, en als hij een zaak wel op de stelplicht afdoet, beter moeten uitleggen waarom hij dit doet.

1 Inleiding

Algemeen aanvaard is dat civiele procedures dienen als middel voor het verwezenlijken van de materiële rechten van burgers en bedrijven.¹ Het bewijsrecht regelt het verzamelen en beoordelen van bewijs in een civiele procedure. Het uiteindelijke doel van het bewijsrecht is mogelijk te maken dat de rechter op basis van een zo volledig en correct mogelijk vastgesteld feitencomplex een juiste en rechtvaardige beslissing neemt.²

Van oudsher wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de stelfase waarin op grond van artikel 149 Rv een processueel waarheidsbegrip geldt waarbij een door de ene partij gesteld en door de andere partij niet (voldoende) betwist feit door de rechter als vaststaand moet worden beschouwd, en anderzijds een fase van bewijslevering waarin met toepassing van artikel 150 Rv wordt onderzocht hoe het werkelijk zit, met name door het horen van getuigen of benoeming van een deskundige door de rechter. ³ De regel is dat de stelplicht voorafgaat aan (eventuele) bewijslevering. Wie niet genoeg feiten stelt voor het door hem ingeroepen rechtsgevolg, moet niet tot bewijslevering worden toegelaten.⁴ Het afdoen van zaken in de stelfase door de civiele rechter wordt in de literatuur gezien als een probleem. Asser heeft hiervoor de metafoor van de kraaienpoot ⁵ gemunt. Hij zegt het zo: 'Tot de meest gestrooide juridische kraaienpootjes behoort al een tijdje de dooddoener dat een partij niet heeft voldaan aan haar stelplicht. Bewijs, met name aangeboden getuigenbewijs, mag dan niet meer worden geleverd.' Vandaar dat Asser de stelplicht een kraaienpoot op de weg van de waarheidsvinding noemt.⁶

In haar artikel in dit tijdschrift uit 2018 gaat Van der Kraats verder.⁷ Volgens haar is, gelet op het grote aantal zaken dat op de stelplicht wordt afgedaan en het (bijgevolg) geringe aantal bewijsopdrachten dat wordt verstrekt, de stelplicht geen kraaienpoot, maar een 'sinkhole'.⁸ Zij concludeert op basis van haar onderzoek (dossieronderzoek en interviews

met rechters) dat rechters de lat voor de stelplicht in de praktijk zó hoog leggen dat het een werkelijke barrière vormt voor partijen om hun materiële rechten verwezenlijkt te krijgen.

Dat is een zorgwekkende conclusie. In deze bijdrage zal ik een aantal oplossingsrichtingen de revue laten passeren. Daarbij wordt verschillend het initiatief gelegd bij de rechter of bij partijen (paragraaf 2). Ik zoek de oplossing in de motiveringsplicht van de rechter (paragraaf 3). Deze bijdrage wordt afgesloten met enkele beschouwende opmerkingen (paragraaf 4).



2021 De Haan



Miragel plombe | Hof Den Bosch (1)

Afdoen op stelplicht - 2022 Hof den Bosch (1)		
2006 Huydecoper	2012 Asser	2016 De Bock
2018 Van der Kraats	2021 De Haan	2021 De Bock
Hof Den Bosch (1)	Hof Den Bosch (2)	
De variant	Hof Arnhem-Leeuwarden	Hof Den Bosch
De Gelmo zaak		

In zijn arrest van 5 april 2022 keerde het hof Den Bosch stelplicht en bewijslast om omdat niet gesteld was 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."

"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-implantatenarrest (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 Mirage!.", 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 bewijsoverlevering (zie (bijvoorbeeld): Hoge Raad, 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3587).

Het deskundigenrapport van prof. Hooymans dd. 24 juni 2011, blz. 1 laatste alinea, luidt:

Minder kans op een post-operatieve infectie is het grootste voordeel van Hydrogel plombes. Hydrogel is hydrofiel materiaal bestaande uit 3-dimensionale netwerken van polymeren. Hydrogel materiaal is zacht en elastisch. Door opnemen van vocht zwelt het materiaal postoperatief waardoor het een mooie indentatie geeft en zeer effectief is voor het sluiten van een netvliesscheur. Hydrogel is in staat antibiotica te absorberen en langzaam af te geven. Deze eigenschap heeft een siliconen spons niet en dat maakt de hydrogel superieur. De Federal Drug Administration (FDA) keurde het

klinisch gebruik van hydrogel implants goed. (Tolentino et al 1985). De meest gebruikte hydrogel is Miragel. De voorganger van Miragel, MAI heeft dezelfde chemische samenstelling.

De deskundige vermeldt niet welke andere hydrogels nog meer werden gebruikt behalve de Miragel plombe.

Uit de volgende, in de **memorie van grieven** geciteerde en daarbij overgelegde artikelen blijkt dat de MAI / MIRAgel plombe de enige commercieel beschikbare hydrogel plombe was.

bold hierna van mij JHS

Memorie van grieven blz. 5

7. (...)

Dit artikel droeg er toe bij dat de hydrogel implant, de MAI plombe en de commerciële opvolger de Miragel plombe als 'state of the art' beschouwd gingen worden.

8.

Zo ook nog in 1991 Schepens ea in het artikel, 'Scleral implants: An historical perspective' (Surv Ophthalmol. 1991 May-Jun;35(6):447-53) (mvg prod. 4):

Abstract

*Scleral implants are made of absorbable or nonabsorbable materials. One category of absorbable materials consists of donor tissue, either autogenous (fascia lata, plantaris gracilis tendon) or from cadavers (dura mater, sclera, fascia lata). A second category includes gelatin, reconstituted collagen, absorbable gut, fibrin, blood plasma, air, and sodium hyaluronate; of these, specially prepared gelatin seems to be the most useful. Nonabsorbable implant materials have proven more practical than absorbable implants. Solid silicone rubber is currently the most popular scleral implant material. It is soft, easy to handle, and well tolerated. Expandable implants, either temporary or permanent, are used in the form of a silicone balloon filled with liquid. Silicone sponge, also widely used, has the advantage of great softness. However, hydrogels seem to be the ideal scleral implants. **The only one commercially available is Refojo's MAI implant.** It is very soft and is not damaged by sutures, has a smooth surface, is molded in several sizes and shapes, and has small pores that microorganisms cannot penetrate. When saturated with a water-soluble antibiotic before implantation, this implant releases the antibiotic postoperatively for a longer time than any other implant material. Finally, surgical adhesives are useful when the sclera is too thin or weak to tolerate sutures. The best adhesive available seems to be isobutylcyanoacrylate.*

Memorie van grieven blz. 9-10

Hydrogel is MAI/Miragel

20.

MAI en MIRAge1 zijn dezelfde hydrogel, hetgeen blijkt uit tal van artikelen:

Schepens ea 1991, Scleral implants: An historical perspective, abstract (mvg prod 3):

*However, hydrogels seem to be the ideal scleral implants. **The only one commercially available is Refojo's MAI implant.***

(...)

Satu Länsman, Evaluation of bioabsorbable poly-L/D-lactide implant for scleral buckling, 2009, blz. 39-40 (mve prod. 6):

*Hydrogels are semisolid hydrophilic materials with the ability to absorb water. Three types of hydrogels have been tested, polyglyceryl methacrylate (PGMA), poly(2-hydroxyethyl acrylate) (PHEA), copoly(methylacrylate-2-hydroxyethyl acrylate) (MAT) **but only MAI has been commercially available** (Refojo et al. 1980, Tolentino et al. 1981, Schepens et al. 1991). An MAT implant has been used both episclerally and intrasclerally (Tolentino et al. 1981). It was in clinical use for several years but was abandoned due to long-term complications (Schepens et al. 1991, Ma et al. 1992, Hwang & Lim*

1997, Roldán-Pallarés et al. 1999).

Francesco Bairo, The Use of Polymers in the Treatment of Retinal Detachment: Current Trends and Future Perspectives, *Polymers* 2010, 2, 286-322 (mvg prod 7):

*A particular mention should be made to hydrogel implants, as they were considered superior to silicone implants for almost 20 years (from their introduction in the mid 1970s to their progressive abandonment in the 1990s), especially as they were softer and seemed to carry a lower risk of infection (less than 1% vs. 2-5%) [51,52]. Specifically, three types of hydrogels, ie., poly(glyceryl methacrylate) (PGMA), poly(2-hydroxyethyl acrylate) (PHEA), and poly[methyl acrylate-co-(2-hydroxyethyl acrylate)] (MAI), have been widely investigated [53]. Major advantages of hydrogels are softness, defined swelling under hydration and the potential to act as devices for the controlled release of hydrophilic drugs [54], which is an advantage over solid silicone implants in controlling infection. PGMA was found to suffer from lack of tensile strength when swollen, whereas PHEA exhibits a dramatic tendency to fragment after swelling [55]. **MAI, which is commercially sold as Miragel**, offers better bulk features and can promote the formation of a strong surrounding capsule [53,54]. Although Miragel has been considered by many*

surgeons as the ideal solution for scleral buckling, fragmentation of such implants can occur after 10-year follow-up [55-58], as well as buckle overexpansion [56,59], with an associated risk of severe longterm complications (persistent pain, foreign body sensation) and the need of re-operation for implant removal.

NB. Noot 56 verwijst naar het artikel van Marin en noot 57 naar dat van Hwang:

Voormelde citaten uit de artikelen van Schepens, Länsman en Bairo zijn nog eens opgenomen in eindnoten bij **de pleitnota van mr. Rittersma dd. 5 september 2016**, § 5 en § 33:

5. Sassen toont evenwel met vele publicaties ⁵ aan dat Miragel niet anders was dan de naam waaronder de MAi plombe op de markt was gebracht.

O.m. met twee overzicht-publicaties van Satu Länsman (2009) ⁶ en Francesco Bairo (2010) ⁷, die vermelden dat de Miragel plombe een hydrogel plombe was van de soort MAi, een van drie soorten hydrogel destijds.

Dit wordt nog eens bevestigd in Bairo's vandaag overgelegde artikel 8 (prod. 2), c.q. diens paragraaf 5.5 over het mislukte hydrogel avontuur.

(...)

33. Sassen bewijst met 13 (!) publicaties ⁴⁴ dat de op 6 juli 1992 bij hem toegepaste Miragel plombe niet anders was dan de MAi plombe, die onder de naam Miragel door MIRA Inc. op de markt was gebracht.

- Schepens: eindnoot 44
- Länsman: eindnoten 6 en 44
- Bairo: eindnoten 7 en 44

In eindnoot 44 is nog het tweede artikel van Bairo - overgelegd als productie 2 bij akte van 5 september 2016 - geciteerd:

Francesco Bairo, Scleral buckling biomaterials and implants for retinal detachment surgery, 2010

(pleitnota mr. Rittersma 5-9-2016, prod. 2):

*Since the early 1970s, three type of hydrogels, i.e. poly(glyceryl methacrylate) (PGMA), poly(2-hydroxyethyl acrylate) (PHEA) and poly[methyl methacrylate-co-(2-hydroxyethyl methacrylate)] (MAi), have been widely tested in scleral buckling procedures [10,85-91] and **MAi has been commercially available under the name of Miragel for several years.***

In **de memorie in verwijzing na cassatie** is met citaten uit de artikelen van Länsman en Bairo uitdrukkelijk gesteld dat van de drie destijds bestaande hydrogel soorten alleen MAI is gecommercialiseerd en dat MAI onder de naam Miragel werd verkocht.

Dit is door Radboudumc in zijn antwoord-memorie ook niet betwist.

Memorie na verwijzing

101.

Satu Länsman (2009) 123 vermeldt dat er destijds drie types hydrogel bestonden: PGMA, PHEA en MAI. **Alleen MAI is gecommmercialiseerd.** Toepassing van de MAI hydrogel geschiedde zowel episcleraal als intrascleraal maar is gestaakt als gevolg van lange termijn complicaties, namelijk aanzienlijke zwelling.

*Hydrogels are semisolid hydrophilic materials with the ability to absorb water. Three types of hydrogels have been tested, polyglyceryl methacrylate (PGMA), poly(2-hydroxyethyl acrylate) (PHEA), copoly(methylacrylate-2-hydroxyethyl acrylate) (MAI) but **only MAI has been commercially available** (Refojo et al. 1980, Tolentino et al. 1981, Schepens et al. 1991). An MAI implant has been used both episclerally and intrasclerally (Tolentino et al. 1981). It was in clinical use for several years but was abandoned due to long-term complications (Schepens et al. 1991, Marin et al. 1992, Hwang & Lim 1997, Roldán-Pallarés et al. 1999). (...)*

102. Baino (2010) 124 vermeldt - evenals eerder Länsman - dat destijds drie types hydrogel uitgebreid zijn onderzocht: PGM, PHEA en MAI, dat onder de naam Miragel verkocht werd. (...)

p. 294-296

6.1. Permanent Buckles

6.1.1. Implants Fallen in Disuse: Historical Overview

(...)

*A particular mention should be made to hydrogel implants, as they were considered superior to silicone implants for almost 20 years (from their introduction in the mid 1970s to their progressive abandonment in the 1990s), especially as they were softer and seemed to carry a lower risk of infection (less than 1% vs. 2-5%) [51,52]. Specifically, three types of hydrogels, i.e., poly(glyceryl methacrylate) (PGMA), poly(2-hydroxyethyl acrylate) (PHEA), and poly[methyl acrylate-co-(2-hydroxyethyl acrylate)] (MAI, have been widely investigated [53]. Major advantages of hydrogels are softness, defined swelling under hydration and the potential to act as devices for the controlled release of hydrophilic drugs [54], which is an advantage over solid silicone implants in controlling infection. PGMA was found to suffer from lack of tensile strength when swollen, whereas PHEA exhibits a dramatic tendency to fragment after swelling [55]. **MAI, which is commercially sold as Miragel**, offers better bulk features and can promote the formation of a strong surrounding capsule [53,54]. Although Miragel has been considered by many surgeons as the ideal solution for scleral buckling, fragmentation of such implants can occur after 10-year follow-up [55-58], as well as buckle overexpansion [56,59], with an associated risk of severe long-term complications (persistent pain, foreign body sensation) and the need of re-operation for implant removal.*

NB, De artikelen van Schepens, Länsman en Baino zijn ook overigens in de memorie na verwijzing nog geciteerd

- Schepens: § 57 voetnoot 52; § 89 2e •
- Länsman: § 81; § 89 blz 38
- Baino: § 81 en 82; § 89 blz 38

Het kan niet anders dan dat het hof Den Bosch zich ervan bewust moet zijn geweest dat zijn overweging "Niet gesteld is dat de Miragelplombe, vergeleken met andere beschikbare hydrogel plombes, een grotere kans heeft op zwellen of op andere complicaties." een onmogelijk na te leven stelplicht inhield.

Dit doet denken aan het welbewust fabriceren van de sinkhole.



Miragel plombe | Hof Den Bosch (2)

2022 Afdoen op stelplicht - Hof Den Bosch (2)		
2006 Huydecoper	2012 Asser	2016 De Bock
2018 Van der Kraats	2021 De Haan	2021 De Bock
Hof Den Bosch (1)	Hof Den Bosch (2)	
De variant	Hof Arnhem-Leeuwarden	Hof Den Bosch
De Gelmo zaak		

Het Hof Den Bosch oordeelde in zijn **arrest van 5 april 2022** dat voor én na verwijzing onvoldoende (nieuwe) stellingen waren ingenomen om te kunnen oordelen dat de Miragelplombe niet langer 'state of the art' was bij gebruik als extrascleraal implantaat.

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 handelend en redelijk bekwaam oogarts bij de keuze voor een hydrogel plombe. Radboudumc is daarom niet tekoetgeschoten en dus niet aansprakelijk.

Dat niet voldaan is aan de stelplicht omdat voor én na cassatie onvoldoende (nieuwe) stellingen zijn ingenomen is niet goed te begrijpen. In verwijzing na cassatie kunnen op zich geen nieuwe stellingen worden betrokken.

Asser, Civiele cassatie, Ars Aequi Libri, 3e druk, blz. 133.

De verwijzingsrechter moet de zaak behandelen in de stand waarin zij zich bevond op het moment dat de door de Hoge Raad vernietigde uitspraak werd gewezen. Na cassatie en verwijzing wordt het geding voortgezet binnen de door het arrest van de Hoge Raad getrokken grenzen. Dat wil zeggen dat in de regel geen nieuwe feiten meer mogen worden aangevoerd of nieuwe bewijsstukken mogen worden overgelegd. Eiswijziging of -vermeerdering is niet mogelijk

Maar dat is anders wanneer in verwijzing na cassatie een dan nieuwe 'normatieve maatstaf' is gaan gelden zoals in dit geval het 'state of the art' criterium.

Het eerste Miragel arrest en het PIP implantaten arrest introduceerden het nieuw begrip 'state of the art' als 'normatieve maatstaf' in het kader van de beantwoording van de vraag wanneer het gebruik van een hulpzaak als tekortkoming moet worden gezien

P.W.J. Verbruggen, De maatstaf van state of the art bij aansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken, NTBR 2022/12

1. Inleiding

In juni 2020 deed de Hoge Raad uitspraak in twee zaken betreffende aansprakelijkheid voor het gebruik van ongeschikte hulpzaken in het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst.

De ene uitspraak ging over de Miragelplombe, een implantaat ter behandeling van netvliesloslating waarvan in de loop der jaren duidelijk is geworden dat het gebruik ervan bepaalde gezondheid-srisico's voor patiënten met zich bracht.²

De andere uitspraak betrof een prejudiciële beslissing over PIP-borstimplantaten, waarvan een aanzienlijk deel op frauduleuze wijze en in strijd met productveiligheidsregelgeving door de producent gevuld werd met industriële siliconengel.³

In beide gevallen vestigde de Hoge Raad de aandacht op de vraag wanneer het gebruik van een hulpzaak als tekortkoming moet worden gezien. Hij introduceerde daarbij een voor dat kader nieuw begrip: 'state of the art'. Omdat de Raad een heldere omschrijving van deze normatieve maatstaf achterwege liet, rijst de vraag hoe de maatstaf moet worden begrepen. Willen de hier besproken uitspraken als 'Moderne Klassiekers' de boeken ingaan en het privaatrecht in den brede (gaan) beïnvloeden, is conceptuele helderheid een logische voorwaarde.

Hof Den Bosch overweegt in rov. 3.6:

"Kern van het geschil na cassatie is de vraag of de Miragelploinbe op het moment van de operatie (juli 1992) "state of the art" was."

Het hof diende aldus een juridisch oordeel te geven aan de hand van deze nieuwe 'normatieve maatstaf.

Dat bracht mee een herbeoordeling van alle voor de beslechting van dit geschil van belang zijnde feiten, inclusief de feiten die het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden vóór verwijzing in een ander juridisch kader had beoordeeld, dus ook de oordelen die in cassatie door de Hoge Raad in het eerste Miragel arrest niet waren vernietigd.

De waardering van de feiten is immers afhankelijk van de - in dit geval in de verwijzingsprocedure nieuwe - rechtsnorm waaraan die feiten worden getoetst.

Zie in dit verband **R.H. De Bock, Tussen waarheid en onzekerheid (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XI), 1.7 Feiten, interpretatie en waarheidsvinding (open access):**

"De vaststelling van feiten is dus niet mogelijk zonder een conceptueel kader; zonder dat kader kunnen feiten niet gevonden of vastgesteld worden. Voor de rechter wordt dat conceptuele kader in belangrijke mate gevormd door de juridische context waarbinnen de vaststelling van feiten plaatsvindt."

In de voorgaande paragraaf is besproken dat het selecteren van de relevante feiten een aspect van rechtsvinding is. De rechter selecteert de relevante feiten met het oog op de te nemen beslissing, waarmee dit selectieproces is verweven met de rechterlijke oordeelsvorming. Ook de beslissing van de rechter om al of niet bewijslevering toe te staan is een aspect van rechtsvinding; met het oog op de te nemen beslissing bepaalt de rechter of zij direct een (oneigenlijke) bewijsbeslissing neemt of dat partijen in de gelegenheid worden gesteld nader bewijs te leveren. En ten slotte is ook de rechterlijke beslissing over de bewijslevering rechtsvinding; de waardering van het bijgebrachte bewijs, tegen de achtergrond van de te bewijzen feiten, kan niet los gezien worden van de rechterlijke oordeelsvorming als geheel.

In de typering van het selecteren en vaststellen van feiten als een aspect van het proces van rechtsvinding ligt al besloten dat het in de procedure niet gaat om 'kale feiten', dat wil zeggen om feiten zonder interpreterende of evaluatieve aspecten. Op cruciale momenten is het selecteren en vaststellen van de feiten immers verweven met de rechterlijke oordeelsvorming, derhalve met een waardering van de feiten in het licht van de te nemen beslissing.

Dat 'kale feiten' of 'blote feiten' niet bestaan, is al lange tijd een algemeen gedeeld inzicht in de kennisleer. Het is niet mogelijk om waarnemingen te doen, zonder een kader, een paradigma, waarbinnen de waarneming wordt gedaan. Neutrale waarneming is dus niet mogelijk. ¹ Elke feitelijke vaststelling vindt plaats tegen de achtergrond van allerlei veronderstellingen, die nooit uitputtend kunnen worden beschreven. ² Wat een feit is, kan niet los worden gezien van de context waarin het feit wordt waargenomen of vastgesteld, van alle bestaande kennis en inzichten van degene die het feit waarneemt of vaststelt. Het vaststellen van een feit berust altijd op interpretatie; zonder interpretatie is het niet mogelijk feiten waar te nemen of vast te stellen. Zo kan de vaststelling van het feit dat het buiten sneeuwt, niet plaatsvinden zonder kennis over wat sneeuw is, kennis over het verschil tussen sneeuw, regen en/of hagel;

"The human mind has no means of immediate and direct access to the absolute (or naked) existence of facts without effecting the cognition and understanding of a fact ' in terms of an interpretation or qualification." ³

De vaststelling van feiten is dus niet mogelijk zonder een conceptueel kader; zonder dat kader kunnen feiten niet gevonden of vastgesteld worden. Voor de rechter wordt dat conceptuele kader in belangrijke mate gevormd door de juridische context waarbinnen de vaststelling van feiten plaatsvindt.

Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde over de grondslag van de vordering zoals gewijzigd bij **akte van 15 januari 2010:**

Akte Sassen 15-2-2010

Eiser vraagt eerbiedig akte:

Radboud betwist bij conclusie van antwoord voor het eerst ook feitelijk gemotiveerd dat het de bij Sassen toegepaste Miragel plombe in Nederland heeft ingevoerd.

Gezien deze betwisting legt Sassen aan zijn vordering niet langer ten grondslag de producten aansprakelijkheid als geregeld in Boek 6, Titel 3, Afdeling 3 BW.

Hij baseert zijn vordering thans op

art. 6:162 BW (onrechtmatige daad c.q. het gebruik van een gevaarlijke stof),

art. 6:74 BW (niet behoorlijke nakoming van verbintenissen),

art. 6:77 BW (de aansprakelijkheid voor hulpzaken),

(...)

In verwijzing na cassatie resteerden als grondslag nog slechts art. 6:74 BW (niet behoorlijke nakoming van verbintenissen) en art. 6:77 BW (de aansprakelijkheid voor hulpzaken), maar wel met inachtneming van de nieuwe maatstaf voor art. 6:74 BW: het al dan niet 'state of the art' zijn van de hulpzaak ten tijde van de toepassing ervan.

Was de plombe ten tijde van de toepassing 'state of the art', dan was er geen tekortkoming van de hulpverlener cq. Radboudumc.

De kern van het geschil na cassatie betrof de vraag: was de Miragelplombe op het moment van de operatie (juli 1992) "state of the art"?

Die kern betrof dus een wezenlijk ander 'conceptueel kader,' (De Bock) dan die waarin het hof Arnhem-Leeuwarden de zaak beoordeelde.

Het verwijzingshof Den Bosch kon daarom niet geacht worden te zijn gebonden aan beslissingen van het Hof Arnhem-Leeuwarden die gedaan zijn in een wezenlijk veranderde juridische context.

In de memorie in verwijzing na cassatie is uitvoerig betoogd (gesteld) dat het in essentie gaat om de 'serious flaw in the MIRAgel material', welk materiaalgebrek in januari 1992 kenbaar werd uit het artikel van Marin ea (Crama-en Klevering 2016, nt. 2).

Weliswaar bleek pas later in september 1997 uit het artikel van Hwang ea. dat dit materiaalgebrek niet alleen bij de intrascleraal geplaatste MAI plombe maar ook bij de episcleraal toegepaste Miragel plombe optrad, maar het materiaalgebrek was in juli 1992 al kenbaar uit het artikel van Marin ea uit januari 1992.

Het hof heeft echter de essentiële stelling gepasseerd dat de in juli 1992 toegepaste de Miragel plombe niet (meer) state of the art kon zijn omdat dat materiaalgebrek toen al kenbaar was.

De overweging van het hof dat "na verwijzing onvoldoende (nieuwe) stellingen zijn ingenomen om te kunnen oordelen dat de Miragelplombe niet (langer 'state of the art' was bij gebruik als extrascleraal implantaat" is volstrekt onjuist en onbegrijpelijk. Dit doet denken aan het fabriceren van een sinkhole, waarin zo'n kleine 70 bladzijden aan 'nieuwe' stellingen' zijn verdwenen.



2022 Hof Den Bosch (2)

