

Een scherpe blik in de glazen bol

Over de noot bij HR 24 december 1999, NJ 2000/428 (Gouda/Lutz)¹

Siewert Lindenbergh²

1. Aanrijding als aanleiding

Wanneer ik Leiden binnenkom en op weg ga naar het Academieggebouw, loop ik meestal via de Stationsweg, soms aan de linker- en soms aan de rechterzijde van de weg. Voor een voetganger is dat – afgezien van het oversteken van die weg – om het even; voor een fietser ligt dat anders: die *moet* rechts houden. Nu is het met het besef en de handhaving van die regel niet best gesteld: het overkomt mij in Rotterdam met regelmaat dat ik op een van de rijbaan gescheiden fietspad een, en soms zelfs twee naast elkaar rijdende, fietser(s) tegenkom die zich aan de onjuiste zijde van de rijbaan bevinden. Meestal is dat schrikken, doorgaans gaat het gelukkig nog net goed.

Dat kan niet worden gezegd van Hemelaar, die zich op 22 juli 1991 op zijn racefiets voortbewoog over het Stationsplein in Leiden vanaf de toenmalige rotonde bij de Morssingel in de richting van de Stationsweg. Op zijn route ontmoette hij maar liefst vier fietsers die zich op 'zijn' (fiets)weghelft bevonden. Hij slingerde, kwam ten val en brak zijn kaak. Zijn zorgverzekeraar – Gouda – sprak een van de vier fietsers, de Duitse mevrouw Lutz, aan tot vergoeding van de door haar gedragen ziektekosten.

Waarom is dit min of meer alledaagse ongeval aanleiding voor deze bijdrage? In zijn noot bij het arrest dat het resultaat was van de procedure die Gouda aanspande, munt de hier te lauweren annotator een term voor een figuur die in de jaren daarna een eigen leven is gaan leiden: de omkeringsregel. Deze regel – waarvan de toepassing niet beperkt is tot in de omgekeerde richting fietsende verkeersdeelnemers – heeft gedurende een tweetal decennia de gemoederen in het aansprakelijkheidsrecht danig beziggehouden. Niet alleen het munten van de term, maar ook de gedachten van de annotator over de toepassing van deze figuur zijn in het daaropvolgende debat veelzeggend gebleken. In deze bijdrage verken ik hoe de door de annotator geuite bedenkingen en waarschuwingen in de navolgende jaren weerklank hebben gevonden.

¹ De vindplaats van dit arrest wordt overigens op verschillende plaatsen (*Groene Serie* (Boonekamp), art. 98, aant. 2.1 en A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie VU), Den Haag: Bju 2002) ten onrechte aangeduid met nr. 248 i.p.v. 428. Het lijkt mij gerechtvaardigd hier van een vermoeden van causaal verband tussen deze vermeldingen uit te gaan.

² Prof. mr. S.D. Lindenbergh is hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2. Onzekerheid en ‘omkering’

Tussen Gouda en Lutz bestond verschil van inzicht over de toedracht van de val van Hemelaar. Gouda stelde zich, kort gezegd, op het standpunt dat Hemelaar was gevallen omdat Lutz op de verkeerde weghelft fietste en daardoor in aanraking kwam met de fiets van Hemelaar. In de lezing van Lutz kwam Hemelaar al slingerend op haar af omdat hij eerder met een trapper de grond of de stoeprand had geraakt en was de aanraking van haar fiets door Hemelaar het gevolg van diens slingeren en val, in plaats van andersom. De rechtbank nam causaal verband aan tussen de fout van Lutz en de val (en dus het letsel) van Hemelaar. Het hof vindt de oorzaak van de val van Hemelaar in diens eigen rijgedrag en oordeelt dat de fout van Lutz daaraan niet afdoet. Dat laatste acht de Hoge Raad niet juist:

‘Het op een fietspad rijden in de verboden rijrichting is een onrechtmatige gedraging die in het algemeen het gevaar voor verkeersongevallen vergroot. Indien dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen de gedraging en het ongeval in beginsel gegeven; het is dan aan de overtreder om te stellen en te bewijzen dat het ongeval ook zonder dat verkeersgedrag zou zijn voorgevallen (vgl. HR 16 november 1990, nr. 14013, NJ 1991, 55). Dit heeft het Hof klaarblijkelijk miskend, zoals in het bijzonder blijkt uit zijn overweging dat het feit dat Lutz in de voor haar verboden rijrichting reed, niet eraan afdoet dat het ontstaan van het ongeval te wijten is aan het verkeersgedrag van Hemelaar.’

Nadat de geëerde annotator deze regel (onder 2b) ‘gemakshalve’³ als ‘omkeringsregel’ heeft benoemd en het in de rechtspraak tot dan toe aanvaardde toepassingsbereik ervan heeft geschetst, uit hij een aantal bedenkingen. De eerste betreft de toepassing ervan in de onderhavige casus: ‘een relatief onschuldige onrechtmatige gedraging met een relatief geringe kans op schade’. Dat brengt hem tot de tweede: ‘vergt de regel in ieder geval niet (...) nuancering naar gelang de ernst van de onrechtmatige daad of wanprestatie en de kans op een ongeval door die daad?’ Hij werpt in dat verband drie gezichtspunten op: de omkeringsregel is in het leven geroepen voor ernstige en in het algemeen gevaarlijke rechtsschendingen op het terrein van verkeer en veiligheid; de Hoge Raad lijkt de regel inmiddels op alle vormen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en wanprestatie toe te passen (‘al lijkt restrictie van die algemene toepassing in de nabije toekomst niet (...) denkbeeldig’);⁴ en het betreft een uitzondering op art. 150 (toen nog 177) Rv die overtuigende motivering vergt. Vervolgens doet hij een voorstel voor herformulering van de omkeringsregel, die inhoudt dat de aangesprokene niet wordt belast

3 Zie kritisch W.D.H. Asser in zijn noot onder HR 29 november 2002, NJ 2004/305 (*Kastelijn/Achtkaarspelen*), onder 12, waar hij de kwalificatie ‘dubieus’ gebruikt. Maar: ‘Dat is acceptabel’, omdat het gaat om een – althans tijdelijke – omkering van de bewijsleveringslast, aldus H.J. Sniijders, ‘Bewijsvermoedens nader beschouwd’, NJB 2015/1902, p. 2667.

4 De annotator schrijft ‘niet ondenkbeeldig’, maar bedoeld zal zijn: ‘niet denkbeeldig’ of ‘niet ondenkbaar’.

met het bewijs dat het ongeval zich ook zonder zijn fout zou hebben voorgedaan, maar kan volstaan met het bewijs dat het ongeval is veroorzaakt door de gelaedeerde zelf of door een derde. Laten we eens bezien of deze bedenkingen en gezichtspunten ter harte zijn genomen.

3. Een vooruitziende blik

Het geannoteerde arrest stamt uit 1999, een periode waarin aan de omkeringsregel een (zeer) royaal bereik werd toegedacht. Zij was aanvankelijk toegepast bij schendingen van verkeers- en veiligheidsnormen die hadden geresulteerd in letsel, maar vervolgens ook bij schending van allerlei andere typen normen op het gebied van zowel onrechtmatige daad als wanprestatie.⁵ De annotator is in 2000 al niet zo zeker van bestending van deze ruime toepassing. Zo lijkt hem 'restrictie van die algemene toepassing in de nabije toekomst niet (...) denkbeeldig'. Kennelijk beschikte hij over een vooruitziende blik, want betrekkelijk kort daarna kwam de Hoge Raad – zichtbaar medegeïnspireerd door de oratie van Akkermans⁶ – tot een 'verduidelijking' van de omkeringsregel, die hij dan ook zelf als 'regel' aanduidt. Die verduidelijking omvat drie stappen.⁷ Eerst wordt de 'regel' geduid:

- i. Het gaat om een bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel, die een uitzondering biedt op de hoofdregel van art. 150 Rv, 'in die voege dat het bestaan van causaal verband (in de zin van *conditio sine qua non*-verband) tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan'.

Dan wordt haar toepassingsbereik gepreciseerd. Nadat de Hoge Raad eerst heeft gesteld dat de regel niet is beperkt tot een bepaalde categorie van gevallen, overweegt hij:

- ii. 'Voor het maken van de in (i) bedoelde uitzondering is alleen plaats als het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen, en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk⁸ wordt vergroot.'

5 Zie voor een uitvoerige beschrijving van deze 'historie' Akkermans 2002.

6 Akkermans 2002, p. 169.

7 HR 29 november 2002, NJ 2004/304 (TFS/NS) en HR 29 november 2002, NJ 2004/305, m.nt. W.D.H. Asser (*Kastelijn/Achtkarspelen*).

8 De eis dat het om een *aanmerkelijke* vergroting gaat is later vervallen, aldus: HR 23 november 2012, NJ 2012/669.

Ten slotte volgt de rechtvaardiging:

- iii. 'In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending.'

Bezien we deze arresten van twee jaar later goed, dan adresseert de Hoge Raad precies de door de annotator in 2000 opgeworpen bedenkingen en gezichtspunten: het toepassingsbereik van de 'regel', de rechtvaardiging van de uitzondering op art. 150 Rv, en de kwestie van het tegenbewijs. Op alle drie aspecten ga ik kort in, maar eerst nog een opmerking over het karakter van de 'regel'.

De oorsprong van de omkerings'regel' ligt in het ad hoc aannemen van een vermoeden van causaal verband in verkeerszaken.⁹ Het karakter van een vermoeden betekent dat de regel niet meebrengt dat het bewijsrisico wordt 'omgekeerd' en in zoverre is de 'omkeringsregel' dan ook geen zuivere aanduiding: zij vormt een jurisprudentieel vermoeden dat resulteert in een aanpassing van de volgens de hoofdregel van art. 150 Rv geldende bewijsleveringslast.

Met name met het aanvaarden van het 'regelkarakter' van de omkeringsregel heeft de Hoge Raad zich natuurlijk veel werk op de hals gehaald: door het vermoeden in (geleidelijk steeds meer on)bepaalde categorieën gevallen tot regel te verheffen werd de thematiek volledig onder het bereik van cassatietoetsing gebracht. Bij nader inzien was dat – zeker gelet op de onzekerheid die het geleidelijk steeds ruimere toepassingsbereik ervan heeft veroorzaakt – niet verstandig. Het was eigenlijk ook niet nodig, omdat het vermoeden ook zonder de regel meer of minder categorisch kan worden aangenomen.¹⁰

4. Toepassingsbereik

De door de annotator bij het royale bereik geplaatste bedenkingen hebben in ieder geval gehoor gevonden bij de Hoge Raad. Hoewel hij nog wel met zo veel woorden vermeldt dat toepassing van deze regel niet is beperkt tot een duidelijk afgebakende groep van gevallen, preciseert de Hoge Raad de regel in deze arresten zodanig dat het toepassingsbereik ervan in feite fors is teruggesnoeid.¹¹ Gelet op zijn rechtspraak sindsdien, lijkt het in de praktijk toch vooral te gaan om schendingen van verkeers- of veiligheidsnormen die beogen te beschermen tegen ongevallen.¹²

⁹ Vgl. W.D.H. Asser in zijn noot onder HR 29 november 2002, *NJ* 2004/305 (*Kastelijn/Achtkaarspelen*), onder 14.

¹⁰ Vgl. W.D.H. Asser in zijn noot onder HR 29 november 2002, *NJ* 2004/305 (*Kastelijn/Achtkaarspelen*), onder 17 e.v.

¹¹ Zo blijkt ook uit de kort erna verschenen arresten, geplaatst in *NJ* 2004/306 en 307.

¹² Vgl. voor een analyse I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van de Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de "omkeringsregel"', in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien penningstreken over personenschade*, Den Haag: Sdu 2009, p. 85.

Aldus is de 'breedte' van het toepassingsbereik van de regel krachtig ingesnoerd.

De opmerking dat het uit toepassing van de omkeringsregel voortvloeiende vermoeden 'zich niet zonder meer uitstrekt tot de omvang van de schade die in beginsel door de benadeelde moet worden aangetoond of aannemelijk gemaakt' heeft tevens de 'diepte' van het toepassingsbereik begrensd.¹³ Hoewel de Hoge Raad hier spreekt over de omvang van de *schade* (en dus het oog heeft op de begrotingsvraag), geldt dit eens te meer voor de omvang van de aansprakelijkheid in bredere zin, waartoe de toerekeningskwestie van art. 6:98 BW wordt gerekend; die toets vergt veeleer argumentatie dan bewijs.¹⁴

5. Rechtvaardiging

Was de hele omkeringsregelexercitie dan eigenlijk een dwaalspoor? Die conclusie zou ik niet willen trekken. Behalve een precisering van het bewijsdebat heeft zij ons vooral ingescherpt hoe materieelrechtelijke regels van invloed kunnen en moeten zijn op bewijswaardering. Zonder het jurisprudentieel vermoeden ten aanzien van het bestaan van causaal verband zou er van verschillende materieelrechtelijke aansprakelijkheidsregels maar weinig terecht komen.¹⁵ In zoverre levert toepassing van de omkeringsregel onmiskenbaar een bijdrage aan handhaving van het materiële en het subjectieve recht.¹⁶ Nu kan men dat begrip handhaving – net als overigens het adagium 'Ieder draagt zijn eigen schade' – zowel feitelijk ('zo is het') als normatief ('zo hoort het') opvatten. Feitelijk bezien hebben het aansprakelijkheidsrecht en de ter effectuering daarvan dienende procesrechtelijke regels onmiskenbaar ten doel om rechten ('aanspraken') te handhaven. Meer normatief bezien kan het feit dat een rechtsregel is geschonden die beoogt te beschermen tegen een specifiek risico, rechtvaardigen dat de benadeelde een zeker voordeel van de twijfel ten aanzien van het bewijs van causaal verband, althans een zekere 'voorsprong' in het bewijsdebat, wordt gegund. Het daartegen aangevoerde bezwaar dat de aansprakelijke het risico loopt om te worden veroordeeld tot vergoeding van schade die hij niet heeft veroorzaakt¹⁷ is weinig richtinggevend, omdat het eenvoudigweg kan worden weggestreept tegen het risico dat hij *niet* wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die hij *wel* heeft veroorzaakt. Uiteraard

13 Zie in dezelfde zin HR 19 december 2003, *NJ* 2004/348 (*S/Staat*).

14 Zie daarover nog wat apodictisch HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998/831 (*Nacap/Shellfish*).

15 Vgl. I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001, p. 465 e.v. Zie voor een meer fundamentele beschouwing over deze samenhang recent D.J. van der Kwaak, *Een theorie van het privaatrecht* (Mon. Privaatrecht 17), Deventer: Kluwer 2015.

16 Vgl. in deze zin Akkermans2002, p. 127 e.v. en I. Giesen, *Proportionele tendensen in het aansprakelijkheidsrecht* (Preadvies VBR), Deventer: Kluwer 2009, p. 111.

17 Een risico dat zowel door de Hoge Raad (HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*)) als door Klaassen (*Causaliteitsperikelen* (Preadvies VASR), Deventer: Kluwer 2012, p. 3 e.v.) wel is benadrukt.

moet dit er niet in uitmonden dat onrechtvaardige bewijsbeslissingen worden genomen,¹⁸ maar dat neemt niet weg dat de normschending wel richting kan geven aan het bewijsdebat, en aldus consequenties kan hebben voor de uitkomst ervan. Dat (ook) in de bewijswaardering normatieve elementen een zekere rol vervullen, lijkt mij gelet op de rol die het bewijs in het aansprakelijkheidsrecht vervult ook beslist te billijken. We zien dat inmiddels niet alleen bij toepassing van de ‘omkeringsregel’, maar ook bij het daarmee vergelijkbare ‘tot uitgangspunt nemen van causaal verband’,¹⁹ alsmede bij aanvaarding van proportionele aansprakelijkheid, waarbij het bestaan van de normschending, de aard van de normschending en de aard van de schade als hulpmiddel dienen.²⁰ Dat burgerlijk recht hier een zekere burgerlijke moraal²¹ aan de dag legt, acht ik geen zonde.

6. Tegenbewijs

Nu de omkeringsregel is ontmaskerd tot jurisprudentieel vermoeden, heeft ook het daartegen te leveren tegenbewijs een scherper gezicht gekregen. De geëerde annotator stelde reeds in 2000 voor dat het tegenbewijs zou moeten worden beperkt tot bewijs van de stelling dat het ongeval ook zonder het verkeersgedrag zou zijn voorgevallen. De Hoge Raad nam (ook) dat in 2002 over (althans aan), met de toevoeging ‘waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt’. Het ‘vermoedenkarakter’ van de omkeringsregel en het daaraan verbonden tegenbewijs relativeren de werking van de regel in belangrijke mate. Zij illustreren bovendien niet alleen het belang van het bewijsdebat, maar ook de royale ruimte voor rechterlijke waardering daarbinnen. Dat biedt de rechter in het concrete geval volop de gelegenheid om zijn bewijsoordeel fijn te slijpen.²²

7. Tot slot

Met deze bijdrage ben ik in die zin over mijn eigen schaduw heen gesprongen, dat ik eerder heb gesteld dat er over de omkeringsregel al meer dan genoeg is geschreven.²³ Ik vind daarvoor bij deze gelegenheid evenwel een rechtvaardiging in het feit dat de hier gelauwerde annotator een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan het binnen acceptabele proporties terugbrengen van het debat. Dat verdient een pluim. En daarom kon deze bijdrage kort zijn.

18 Vgl. daarvoor kennelijk bevreemd Snijders 2015.

19 Vgl. HR 27 november 2009, NJ 2014/201, m.nt. C.E. du Perron (*World-Online*).

20 HR 24 december 2010, NJ 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*). Zie over deze figuren uitvoerig I. Giesen & K. Maes, ‘Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten’, *NTBR* 2014/27.

21 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer: Kluwer 1997.

22 Vgl. voor de verschillende slijpstenen die hem daarbij ten dienste staan Snijders 2015, p. 2667.

23 S.D. Lindenberg, ‘De betrekkelijkheid van de omkeringsregel’, *WPNR* 2004/6580, p. 433-437.