

Omkering van bewijslast in het aansprakelijkheidsrecht

De 'omkeringsregel': regel of uitzondering, spookbeeld of vertrouwd gereedschap?

Jan van Dunné*

De 'omkeringsregel', door de Hoge Raad aan het begin van deze eeuw aanvaard en in een reeks arresten nader uitgewerkt, is nog steeds onderwerp van heftig debat tussen voor- en tegenstanders. De wetgever koos onlangs voor een beperkte variant in artikel 6:177a BW (mijnbouwschade). Hoe bijzonder is die regel eigenlijk, is het wel een regel, en wat vindt Asser/Asser *Procesrecht 3 Bewijs* uit 2017 ervan?



Inleiding: het tableau van een strijd om erkenning van een nieuwe rechtsregel

De Hoge Raad is in enkele spraakmakende arresten in de periode 2000-2002 een eiser, die verhaal van schade zocht bij een sterkere tegenpartij en in bewijsnood verkeerde, te hulp geschoten door de bewijslast om te keren, en van de eiser op de gedaagde te leggen. Deze rechtspraak, die in de jaren 90 enkele voorlopers kende, werd al in 2000 door A-G Hartkamp in een conclusie geldend geacht voor het gehele aansprakelijkheidsrecht. Aan de nieuwe 'omkeringsregel' werden in die jaren een oratie en enkele boeken gewijd, vaak in kritische zin, en annotatoren bleven niet achter: was er wel sprake van een nieuwe regel of ging het slechts om incidentele gevallen, door omstandigheden gekleurd?¹

Voor- en tegenstanders tekenden zich af, en het debat ging er vaak verhit aan toe. Wanneer de Hoge Raad toepassing van de regel afwees, zoals in de casus van de *Lekkende Oliekoeler* in 2001, ging bij tegenstanders de vlag uit. Bij een arrest uit 2004 schreef een verheugde annotator: de regel is 'weer terug in zijn hok gejaagd'. Intussen ging de Hoge Raad op de ingeslagen weg door en 'verduidelijkte' de regel in 2002 (de 'November-arresten') en opnieuw in 2008 (*Gevallen fietser*) en 2012 (*Gynaecoloog*), zonder daarmee echter iedereen te kunnen overtuigen van nut en noodzaak van de regel. Zo gebruikte Giesen in 2009 in zijn kritiek het beeld van de omkeringsregel als de Lorelei, wier lokkende roep op velen aantrekkingskracht uitoefent.

De discussie in de doctrine wordt gekleurd door twee aspecten: enerzijds de actieve rol van de rechter bij bewijs en zijn grote vrijheid van handelen bij het vaststellen van feiten als grondslag van een vordering, en anderzijds het stelsel van bewijslastverdeling dat de wetgever aangereikt heeft met artikel 150 Rv. Dat laatste was een compromis tussen de 'objectiefrechtelijke' en de 'billijkheidsleer' (ook wel 'procesrechtelijke' leer genoemd), waarbij overigens door beide partijen de overwinning

* Prof. mr. J.M. van Dunné is emeritus-hoogleraar Privaatrecht, EUR. Mijn hier aangehaalde publicaties zijn ook te vinden op website: www.studiekringnormatieveuitleg.nl/curriculum/artikelen/.

- 1 Akkermans' oratie en boek van 2002 en het proefschrift van Giesen uit 2002 komen hieronder nog ter sprake, evenals kritische noten van Vranken, Hartlief en Asser uit die tijd.
- 2 De Staatcommissies hadden voorzitters uit beide kampen, respectievelijk Star Busmann (1959, billijkheidsleer) en Wiersma (1969, objectiefrechtelijke leer). Het poldermodel kwam in 1988 tot stand na advisering door beroepsorganisaties van rechters en advocaten met het beste van beide leren: art. 177 Rv, later vernummerd tot art. 150 Rv.
- 3 W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- 4 HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, NJ 2002/386, m.nt. J.B.M. Vranken (*Polsoperatie*), met verwijzing naar soortgelijke arresten in dat jaar. A-G Hartkamp stelde in zijn conclusie voor HR 16 juni 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA6233, NJ 2000/584, m.nt. C.J.H. Brunner (*Sint Willibrord I V*), al dat deze regel voor het gehele aan-

sprakelijkheidsrecht geldt. In dezelfde zin enkele jaren later ook schrijvers als A. Hammerstein, in: *Causaliteit. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2003*, Den Haag: Sdu, p. 8 e.v. Zie ook: A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom 2002.

- 5 Zie ook de samenvatting van I. Giesen & K.L. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014, p. 219, op p. 223. Deze zogenaamde 'November-arresten' zijn: HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, *NJ* 2004/304, (*Transport Ferry Service / Nederlandse Spoorwegen*) en HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7351, *NJ* 2004/305, m.nt. W.D.H. Asser (*Kastelijn / Achthar-spielen*). Kritiek op deze rechtspraak kwam o.m. van Hartlief, zie T. Hartlief, 'Causaliteitsonzekerheid. Opkomst en ondergang van de 'omkeringsregel'?', *AA* 2003, afl. 4, p. 298-306 (AA20030298).
- 6 D.J. Veegens, *Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Zwolle: Tjeenk Willink 1973, p. 97, met vindplaatsen jurisprudentie. Voor een uitwerking van bewijsrecht en aansprakelijkheid verwijs ik naar J.M. van Dunné, *Verbindenissenrecht, Deel 2, Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2004, p. 485-510. Veegens wordt op p.487 besproken, met vermelding van Frans, Duits en Engels recht, waar men deze figuur ook kent.
- 7 Zie Van Dunné 2004, p. 469 e.v.
- 8 HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Dijkverzakking Wilnis*). Aldus ook reeds het vonnis van de rechtbank. Na verwijzing werd in 2014 door het Hof Den Haag de vordering alsnog afgewezen.
- 9 Aldus bijvoorbeeld Giesen & Maes 2014, p. 223. Zie in

geclaimd werd.² Hierbij kwamen oude scheidslijnen van rechtszekerheid en billijkheid aan de oppervlakte, evenals het thema van *fair trial* in de procesvoering. Door Haardt in zijn gelijknamige Leidse oratie van 1958 op de kaart gezet, is die figuur door de werking van het EVRM-verdrag tegenwoordig algemeen aanvaard. Van belang is nog dat de wetgever de laatste jaren *fair trial* aanzienlijk versterkt heeft, met bijvoorbeeld het waarheidsgebod, de verplichting om medewerking te verlenen aan bewijslast wederpartij, etc. (art. 21 en 22 Rv). Het is echter goed om hierbij te bedenken dat dit moderne procesrecht weinig anders is dan een codificatie van rechtersrecht, soms al uit de jaren 20 – al was dat bij de balie niet altijd bekend. Het is al met al geen nieuwlichterij om de bewijslast om te keren. Dit thema zal hieronder nader uitgewerkt worden bij het onderzoek naar de merites van de 'omkeringsregel' in het huidige aansprakelijkheidsrecht. Het onderwerp is breder, maar ik beperk mij tot dit rechtsgebied, waar de causaliteitsvraag het grote obstakel is in procedures en deze regel groot effect kan hebben (par. 1).

Het is geen nieuwlichterij om de bewijslast om te keren

Ook bij de aangebrachte beperking blijft het onderwerp heel weids en vraagt om verdere inperkingen met het oog op de omvang van een artikel. Daarbij is door mij gekozen voor de actualiteit, met een maatschappelijk en een doctrinair accent. In de laatste jaren is er veel ophef geweest over de toepassing van de omkeringsregel bij verhaal van mijnbouwschade in het gaswinningsgebied in Groningen, nog wel door de wetgever in te voeren op verzoek van de Tweede Kamer. Dat heeft, na een heftig proces van tegenwerking door de minister van Economische Zaken (gesteund door de Raad van State) geleid tot een slechts beperkte invoering met artikel 6:177a BW (par. 2). Wat de doctrine betreft: W.D.H. Asser heeft eind 2017 zijn tweede druk van *Bewijs* in de Asser-serie uitgebracht.³ Het is interessant om, nu het stof wat neergedaald is, na te gaan hoe deze auteur tegenwoordig tegen de nieuwe regel aankijkt (par. 3). Dat zou dan afgezet kunnen worden tegen de conclusies waartoe dit artikel leidt (par. 4).

Dan nu eerst een inventarisatie van wat de omkeringsregel inhoudt, zoals in het overige bewijs- en procesrecht ingebed, en hoe deze regel door de rechter toegepast is. Dat kan in dit bestek slechts in grote lijnen gedaan worden.

1 De ontwikkeling van de omkeringsregel in de rechtspraak van de Hoge Raad

1.1 De omkeringsregel in de arresten van 2000-2002

In de jurisprudentie van de Hoge Raad heeft de formule zoals ontstaan in een reeks van arresten eind 2001 een vaste vorm gekregen, namelijk dat in het geval van een onzorgvuldige gedraging wanneer:

'een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de schade in beginsel gegeven is en het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan'.

Korte tijd later wezen veel schrijvers erop dat de 'omkeringsregel' in het aansprakelijkheidsrecht een vaste leer geworden was.⁴

Er volgde een uitwerking in twee arresten van 29 november 2002, een 'verduidelijking', waarschijnlijk als reactie op kritiek die geuit was op de nieuwe regel. De Hoge Raad noemt enkele voorwaarden voor toepassing van de regel: er moet sprake zijn van schending van een norm gericht op voorkoming van een *specifiek gevaar* (1) en van een gevaar dat zich door die schending *in het algemeen aanmerkelijk heeft vergroot* (2). Deze terminologie is ontleend aan de jurisprudentie over schending van verkeers- en veiligheidsnormen.⁵ Daar is veel meer over te zeggen, wat herkomst en strekking betreft.

De omkeringsregel is geen nieuw fenomeen als uitzondering op het reguliere bewijsrecht en vraagt evenmin om sterke argumenten voor toepassing

Op het woordgebruik van een gevaar dat 'in het algemeen is vergroot' werd al direct kritiek geuit door de *NJ*-annotator Asser. Daar was echter weinig reden voor: de omkeringsregel is geen nieuw fenomeen als uitzondering op het reguliere bewijsrecht en vraagt evenmin om sterke argumenten voor toepassing. Het is namelijk een uitwerking van het veel oudere gevaarzettingsbeginsel als centraal element van de risicoleer dat al in 1946 van Veegens in een *NJ*-noot (*Gasleiding-ontploffing*) de omschrijving 'sprekende feiten' kreeg (naar: *res ipsa loquitur*, in *common law*). In zijn boek over *Het nieuwe bewijsrecht*, uit 1973, noemt Veegens vier ar-

resten van de Hoge Raad waarin op die basis *de omkeringsregel aanvaard werd*, met als eerste: een arrest over aansprakelijkheid van een mijnexploitant voor mijnschade, *Kasteel Strythagen*, uit 1920.⁶ Het zijn ‘sprekende feiten’, omdat het al voldoende kan zijn dat het gevaar *uit de feiten blijkt*. Daarbij geldt als adagium: ‘Een goed gezekerde hijskraan gaat niet plots rijden en valt niet om’ (de Hoge Raad in 1929). Of: ‘Een goed aangelegde en beheerde gasleiding ontploft niet’ (de casus in 1946). Ook in het Franse recht kent men deze figuur. Zij staat daar bekend als het *fait de chose*, en zij is ook in het Duitse en Engelse recht aanvaard.⁷ De feitelijke toedracht geeft hierbij grond voor het vermoeden dat sprake is van een gebrek in de zaak of van onderhoud of toezicht dat met betrekking tot die zaak tekortgeschoten is.

Deze figuur is nog springlevend. Zo oordeelde de Hoge Raad nog vrij recent dat

‘het enkele feit van de kadeverschuiving in het algemeen voldoende zal zijn voor het aannemen van het vermoeden dat de kade (dijk) niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen, behoudens door de bezitter ervan te leveren tegenbewijs’ (*Dijkverzakking Wilnis*, 2010).⁸

Wanneer men dus, zoals nog steeds gebeurt, in het debat over het nut van de omkeringsregel met enige nadruk naar voren brengt dat die regel eigenlijk over toepassing van het rechterlijk vermoeden gaat (waaraan enkele voorwaarden gesteld worden) en niet van omkering van de bewijslast, is dat een open deur.⁹ De regel is nu eenmaal voortgekomen uit het bestaande, klassieke bewijsmiddel van het feitelijke vermoeden.

In de ‘November-arresten’ van 2002 werd een ander element toegevoegd aan de formule van de omkeringsregel: de figuur van *conditio sine qua non*

1.2 *Het element van conditio sine qua non in de omkeringsregel in het licht van de parlementaire geschiedenis van artikel 6:98 BW*
In de ‘November-arresten’ van 2002 werd nog een ander element toegevoegd aan de formule van de omkeringsregel: de figuur van *conditio sine qua non*. Aan de term ‘causaal verband’ is nu toegevoegd: ‘(in de zin van: *conditio sine qua non*)’, een formulering die de Hoge Raad ook in recente uitspraken over de omkeringsregel heeft gebruikt. Wat hiervan te denken? De relatie tot het aantonen van

causaal verband is niet nieuw. Hierbij kan de wetsgeschiedenis van artikel 6:98 BW licht op de materie werpen. Voor veel schrijvers is hier echter slechts van een schemerlicht sprake, de parlementaire geschiedenis is namelijk sterk onderbelicht gebleven. Zoals bekend is de *conditio sine qua non*-leer (de natuurwetenschappelijke oorzakelijkheid, als aaneengesloten reeks van gebeurtenissen) door de Hoge Raad in 1928 verlaten en vervangen door de adequate veroorzakingstheorie (hetgeen naar ervaring redelijkerwijze te verwachten, te voorzien is), die weer in 1971 door de toerekening naar redelijkheid vervangen is, welke in het Nieuwe BW in 1992 is opgenomen in artikel 6:98 BW.¹⁰ De manier waarop dit gebeurd is geniet echter weinig bekendheid, en daarmee komt het miskennen van het thema van gevaarzetting en het ‘in het algemeen vergroten’ van dat gevaar, in beeld. In de woorden van de ontwerper van het Nieuw BW in 1976, regeringscommissaris en raadsheer in de Hoge Raad W. Snijders, zoals neergelegd in het Gewijzigd Ontwerp van 1976, met verwijzing naar arresten uit 1953, 1960 en 1970:

‘Dat geen verder onderzoek naar waarschijnlijkheid nodig is, wanneer maar de beweerde onrechtmatige handeling het gevaar voor het gevolg in het algemeen heeft vergroot en dit gevaar zich heeft verwezenlijkt. (...) Maar het komt er in feite op neer dat hier een ander verband dan voorzienbaarheid wordt geëist.’¹¹

Opmerkelijk is dat de ontwerper in 1976 geen woorden wijdt aan het *conditio sine qua non*-vereiste. Bij de introductie van de figuur van toerekening naar redelijkheid wordt behalve naar de grondleggers daarvan, Bloembergen en Köster, ook verwezen naar schrijvers als Cleveringa (handboek *Zeerecht*) en Losecaat Vermeer (Asser-serie, *Verbintenissenrecht*), die geen plaats aan de *conditio sine qua non* toekennen bij vaststelling van causaal verband. In een minstens zo interessante passage geeft de ontwerper zijn afwijzend oordeel over het in academische kringen veel gemaakte onderscheid tussen de ‘vestigingsfase’ van de onrechtmatige daad (waar de *conditio sine qua non* zou heersen, als ‘constitutief vereiste’) en de ‘omvangsfase’ waarin de schade vastgesteld wordt:

‘[Gesteld wordt dat] ten aanzien van de factoren die schade-toebrenging, schadesoort en schade-omvang bepalen, niet steeds dezelfde maatstaf kan worden aangelegd. Maar waar deze factoren in de praktijk niet met voldoende scherpte uit elkaar kunnen worden gehouden, leent deze materie zich niet voor het maken van onderscheidingen in de wet. [Met de in art. 6:98] gekozen formule wordt dan ook de nodige vrijheid gelaten om ieder van deze factoren bij de toerekening de betekenis toe te kennen die daaraan behoort toe te komen.’¹²

die zin ook H.J. Snijders, ‘Bewijsvermoedens nader beschouwd’, *NJB* 2015/38, p. 2664 e.v., hetgeen hieronder nog ter sprake zal komen, in par. 2.

- 10 Zie voor deze materie: C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenissen in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/50-90, en Van Dunné 2004, p. 371-459. Rechtenstudenten kennen dit als de trits: CSQN, AQT en TNR. Dit is neergelegd in art. 6:98 BW; in de literatuur wordt vaak miskend dat de overgang naar TNR inhoudt dat CSQN afgedaan heeft als *constitutief* vereiste, zie nog onder.
- 11 *Kamerstukken II 1975/76, 7729, 6-7, p. 91* e.v., een weinig bekende passage die nooit verwerkt werd in *T&C Vermogensrecht*, art. 6:98 BW.
- 12 *Kamerstukken II 1975/76, 7729, 6-7, p. 92*. Het is tekenend dat even verder een voorstel van de vaste Commissie besproken (en verworpen) wordt, dat nota bene betrekking had op handhaving van het voorzienbaarheidsvereiste in de fase van vaststelling van de schade (omvangsfase). Voor de vestigingsfase was TNR kennelijk geen punt. Vgl. ook: W.J.G. Oosterveen, commentaar bij art. 6:98, sub 1, in: J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Tekst & Commentaar BW*, Deventer: Kluwer 2003: ‘Opmerking verdient dat het artikel toelaat causaal verband aan te nemen zonder dat van (negatief) *sine qua non*-verband sprake is’; S.D. Lindenbergh, commentaar bij art. 6:98, sub 1, in: H.B. Krans e.a. (red.), *Tekst & Commentaar BW*, Deventer: Wolters Kluwer 2017: ‘Onder omstandigheden kan ..., etc.’.
- 13 Hartkamp zag in zijn bewerking van *Verbintenissenrecht* in de Asser-serie aanvankelijk nog een beperkte rol voor het *conditio sine qua non*-vereiste (als ‘een redelijke mate van zekerheid’, ‘geen natuurwetenschappelijke, strikt logische vorm van zekerheid’), zie nog de elfde druk: A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Ne-*

derlands Burgerlijk Recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000/440. Dat werd anders nadat Sieburgh als medeauteur toetrad, met de twaalfde druk: A.S. Hartkamp (m.m.v. C.H. Sieburgh), *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004/425, 426b; vijftiende druk: Asser/Sieburgh 6-II 2017/50, 'natuurwetenschappelijke aard van deze test', verbonden aan het 'twee stappen' plan. In andere zin: nr. 87 (uit de oude druk).

14 *T&C Vermogensrecht*, art. 6:98 BW, aant. 1, Deventer: Wolters Kluwer 2017. Het arrest is HR 9 april 2004, ECLI:HR:NL:2004:AO3170, NJ 2004/308, m.nt. W.D.H. Asser (*Fibromyalgie*) Hierin werd terecht de omkeringsregel niet van toepassing geacht; CSQN had slechts een bijrol, omdat het oorzakelijk gevolg wetenschappelijk niet vaststond, er was een baaierd aan mogelijke oorzaken. Zie verder Van Dunné 2004, p. 436 e.v.

15 Een schoolvoorbeeld in veel handboeken over causaliteit (ook Engelse en Duitse) is het geval van een slachtoffer van een kleine verwonding die dit in het ziekenhuis even laat behandelen en op weg daarheen door een afgewaaid dakpan getroffen wordt, of in het ziekenhuis met een dodelijke bacterie besmet raakt: ondanks sluitend CSQN-verband, is hier geen aansprakelijkheid van de dader die de verwonding had toegebracht.

16 HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, NJ 2000/584, m.nt. C.J.H. Brunner (*Sint Willibrord/V.*); HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976, NJ 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*) (inzake wanprestatie notaris); zie ook Van Dunné 2004, p. 417, met bespreking van het belangrijke boek van A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* (postuum uitgegeven door E.M. Meijers), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1946.

De aard van de aansprakelijkheid en van de schade kan leiden tot verschillende vormen van causaal verband, stelt de toelichting verder: bij letselschade als gevolg van een gebrekkig gebouw kan eerder causaal verband vastgesteld worden dan bijvoorbeeld bij bedrijfsschade die een buurman ervan ondervindt; aantasting van eer en goede naam kan eerder tot vaststelling van oorzakelijk verband leiden dan zaakschade van het slachtoffer. Het normatieve karakter van causaal verband blijkt ook hieruit, dat dit een rechtsvraag vormt.

Wanneer men nog verder teruggaat, naar het ontwerp-BW van het Driemanschap uit 1961, waarin nog van de adequatietheorie uitgegaan werd, dan ziet men dat gesteld wordt dat het causaal verband aan verschillende criteria getoetst moet worden, 'die elkaar niet uitsluiten, doch ook niet zonder meer onder een noemer zijn te brengen' (*Toelichting*, p. 562). Vervolgens zegt het Driemanschap over de gebruikelijke formulering van het eerste criterium dat 'de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis "*conditio sine qua non*" van de schade' moet zijn:

'Het is echter goed, in het oog te houden dat het resultaat van de toetsing aan het negatieve criterium van de "*conditio sine qua non*" slechts een tussenschakel is in de redenering welke poogt aan te tonen of er tussen de feitelijk wèl voorgevallen gebeurtenis en de feitelijk wel ingetreden schade positief causaal verband bestaat. In sommige gevallen immers schiet de test tekort en moet het positief causaal verband worden aangenomen, ofschoon de schade ook zonder de betrokken gebeurtenis zou zijn ingetreden' (een noot verwijst naar de toelichting op art. 6:99).

Volgens het eerste Ontwerp van 1961 was bovendien geen sprake van *conditio sine qua non* als het naar natuurwetenschappelijke maatstaven vastgestelde oorzakelijk verband tussen daad en schade. Dat dit een 'toetsing [...] van juridische aard is, volgt reeds hieruit, dat ook een nalaten als oorzaak kan gelden'.

Hiermee is aangetoond dat de wetgever met artikel 6:98 BW nooit de toets van een *conditio sine qua non*-verband, en zeker niet als constitutief vereiste, gesteld heeft, anders dan velen tegenwoordig nog steeds menen (de verzekeringswereld voorop)

Hiermee is aangetoond dat de wetgever met artikel 6:98 BW nooit de toets van een *conditio sine qua non*-verband, en zeker niet

als constitutief vereiste, gesteld heeft, anders dan velen tegenwoordig nog steeds menen (de verzekeringswereld voorop). Dat gebeurt veelal met slechts een beroep de woorden 'in zodanig verband' van artikel 6:98 BW (of ook wel op het woord 'dientengevolge' van art. 6:162).

In latere drukken van de Asser-serie werd zelfs van een 'twee stappen'-benadering gesproken: op de natuurwetenschappelijke test (als 'noodzakelijke voorwaarde') volgt 'een op het recht toegesneden toetsing' (lees: TNR).¹³ Lindenbergh neemt in zijn bijdrage aan *Tekst & Commentaar BW* eenzelfde standpunt in: 'Artikel 6:98 veronderstelt het bestaan van een *conditio sine qua non*-verband en biedt handvatten om op het aan de hand daarvan gevonden resultaat een correctie toe te passen ("Voor vergoeding komt slechts in aanmerking" ...). Van 'zodanig verband' als bedoeld in dat artikel kan slechts sprake zijn indien voldaan is aan het *conditio sine qua non*-vereiste, vervolgt hij, met een beroep op een arrest uit 2004.¹⁴ In dergelijke rechtspraak wordt naar mijn mening aan dat vereiste slechts een lippendienst bewezen: het speelt geen doorslaggevende rol, en zeker niet als daadwerkelijke eerste toets voor juridische causaliteit.¹⁵

Met ziet bij de genoemde schrijvers een louter tekstuele uitleg van de wettelijke norm, en dan nog zeer vrijelijk, en bovendien zonder de wetsgeschiedenis erbij te betrekken, die zojuist ter sprake kwam en die geen enkele grond geeft voor een twee stappen-benadering. Bovendien moet men direct vele uitzonderingen op die geconstrueerde regel maken, die meteen aan het licht gekomen zouden zijn wanneer men het wettelijk systeem erbij betrokken had (multi-causaliteit, meerdaderschap, e.d.).

De beperkte rol van het *conditio sine qua non*-vereiste, namelijk opgevat als 'negatief vereiste' en één van de criteria voor causaal verband (een 'tussenschakel') dus niet een algemeen geldend, constitutief vereiste, brengt ons nog bij een ander onderdeel van de omkeringsregel zoals in de November-arresten van 2002 is geformuleerd: het tegenbewijs, waarbij sprake zou zijn van 'aannemelijk maken'. Allereerst de figuur van tegenbewijs. Zoals de Hoge Raad zelf heeft aangegeven, gaat het hierbij erom dat de gedaagde, op wie de bewijslast gelegd is door omkering, aantoonde waarom de schade *niet* door hem veroorzaakt kan zijn, namelijk 'dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan'.¹⁶

1.3 De omkeringsregel in de oude jurisprudentie

In dit verband is het instructief om een blik te werpen op de oude jurisprudentie waarop Vee-gens in 1946 en 1973 een beroep had gedaan voor de aanvaarding van de omkeringsregel, in de vorm van de figuur van de ‘sprekende feiten’. Boegbeeld is hierbij het arrest *Kasteel Strythagen* van 1920, dat recent weer in het debat betrokken wordt wanneer toepassing van de omkeringsregel bij mijnschade aan de orde is.¹⁷ In deze zaak had de mijnbouwmaatschappij in cassatie geklaagd dat het hof de bewijslast had omgekeerd. De Hoge Raad wijst die klacht van de hand, maar gaat een stap verder door elk tegenbewijs zonder zin te achten omdat het hof terecht aansprakelijkheid door schuld had aangenomen. Het hof had immers geoordeeld dat elke verzakking ‘in den regel’ te voorkomen was, dus er was sprake van nalatigheid van de mijnexploitant. De Hoge Raad zegt hierover, in 1920:

‘dat, in verband met de bijzondere zorg, die de mijnexploitant heeft in acht te nemen, de feiten, door de Naaml. Venn. te bewijzen aangeboden, ook al kwamen zij vast te staan, het reeds van de andere zijde geleverd bewijs niet zouden vermogen te ontzenuwen; dat dus het middel is onaannemelijk.’ (mijn curs.)

Men ziet hier dat de hoogste rechter in wezen een onweerlegbaar vermoeden van schuld aanneemt, zoals de wetgever dat ook soms doet. Dat gaat dus zelfs verder dan een omkering van de bewijslast. Mij is, toen ik een beroep deed op dit arrest van 1920, verweten dat daarin geen sprake zou zijn van een omkering van de bewijslast.¹⁸ Deze kritiek heeft grote invloed gehad op het wetgevingsproces dat geleid heeft tot aanvankelijk afwijzing van de omkeringsregel in 2002 en ten slotte gedeeltelijke invoering als artikel 6:177a BW in 2017. Hieronder, in paragraaf 2, zal dieper op dit onderwerp ingegaan worden. Als toelichting op het arrest van 1920, volsta ik hier met de acceptatie ervan in de doctrine, door niet de minste auteurs. Het arrest werd door Meijers in 1935 en Scholten in 1945 met instemming aangehaald, als jurisprudentie van de Hoge Raad die terug gaat tot 1881 en algemeen bekend was. Meijers schreef in 1935:

‘Een lagere graad van waarschijnlijkheid dan de gewone kan daarentegen verlangd worden, wanneer het recht aan een belang een zeer bijzondere bescherming meent te moeten verlenen. In de rechtspraak wordt deze bijzondere bescherming veelal toegekend aan onroerende goederen tegen de gevaren, voortspuitend uit werken op naburige erven. De geringste mogelijkheid brengt hier aansprakelijkheid met zich: de ondernemer moest dan maar of het werk nalaten of de nodige voorzorgsmaatregelen, hoe kostbaar ook, ter voorkoming van de schade treffen. Sinds de Hoge Raad in 1881 deze mening verkondigd heeft, is zij niet meer uit de rechtspraak verdwenen.

Zij wordt ook trouw op den mijnexploitant toegepast, nadat een eerste poging om bij dezen een aansprakelijkheid zonder schuld aan te nemen, mislukt was.’¹⁹

Hierbij was niet relevant dat het nemen van preventieve maatregelen tot exorbitante kosten zou leiden, noch dat dit (ook in het buitenland) niet gebruikelijk was, aldus het verweer van de mijnexploitant in 1920. Let wel: dit alles op basis van schuldaansprakelijkheid onder de oude Mijwet van 1810 op grond van een vermoeden van schuld (de rechtbank had risicoaansprakelijkheid aanvaard, naar Frans voorbeeld, maar dat ging het hof toen een brug te ver – hetgeen door de Hoge Raad stilzwijgend overgenomen werd). Ik heb die figuur eerder eens ‘pseudo-risicoaansprakelijkheid’ genoemd: het begrip ‘schuld’ wordt volkomen geobjectiveerd en is niet meer van risicoaansprakelijkheid te onderscheiden.²⁰

In 2002 heeft de Hoge Raad overwogen dat het tegenbewijs opgevat moet worden als ‘aannemelijk maken’. Is dat iets anders dan vol bewijs leveren, zoals vele tegenstanders van de omkeringsregel niet zonder vreugde gesteld hebben?

Terug naar de rechtspraak van de Hoge Raad in onze tijd. In de November-arresten van 2002 heeft de Hoge Raad overwogen dat het tegenbewijs opgevat moet worden als ‘aannemelijk maken’. Is dat iets anders dan vol bewijs leveren, zoals vele tegenstanders van de omkeringsregel niet zonder vreugde gesteld hebben? Een lichte vorm van bewijs dus, waarmee wel valt te leven voor gedaagden in schadeprocedures. Dat deze bewijsvorm lichter zou zijn valt te bestrijden, maar ik laat dit punt nu nog even rusten tot wij aan het *Fietser*-arrest van 2008 en het *Gynaecoloog*-arrest van 2012 toegekomen zijn, met een nieuwe versie van de omkeringsregel. Daarin overwoog de Hoge Raad namelijk dat ook de eiser, bij betwisting door de gedaagde met de bewijslast geconfronteerd, met ‘aannemelijk maken’ van de verwezenlijking van het gevaar kan volstaan, en dat geeft te denken.

1.4 Beperkingen bij toepassing van de omkeringsregel

Het komt regelmatig voor dat de Hoge Raad het gebruik van de omkeringsregel in een bepaald geval afwijst. Dat was al het geval

¹⁷ HR 31 december 1920, ECLI:NL:HR:1920:91, NJ 1921/230 (*Kasteel Strythagen*). Voor de casus, zie Van Dunné 2004, p. 417, en ook nog onder par. 3.

¹⁸ Aldus minister van Economische Zaken Jorritsma in de Tweede Kamer in 2002 (*Handelingen II* 2001/02, 26219, 61, p. 4176-4180), en recenter Snijders 2015, hetgeen hieronder nog aan de orde komt, in par. 2.

¹⁹ Aldus het citaat in J.M. van Dunné, ‘Mijn en dijn in de ontwerp-Mijnbouwwet. De noodzaak van bewijslastomkering en aansprakelijkheid van de staat bij mijnbouwschade van particulieren als gevolg van bodemdaling en aardchokken’, *NJB* 2002, p. 564, alsook van P. Scholten (m.m.v. G.J. Scholten), *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. II. Zakelijk Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1945, in soortgelijke zin.

²⁰ Zie Van Dunné 2004, p. 689 en 846.

in de beide November-arresten van 2002, en terecht.²¹ Het instrument is niet voor niets een uitzondering op de hoofdregel van bewijslastverdeling van artikel 150 Rv ('de eiser bewijst') en geen panacee voor de benarde eiser. Het behoeft geen verklaring dat tegenstanders van de omkeringsregel in elke afwijzing door de cassatierechter een bewijs zien dat het toch eigenlijk geen 'regel' is, maar een soms toegepast 'hulpmiddel' – een hele opluchting. Maar dat staat nog te bezien.

Dat er, om te beginnen, een inperking van de regel nodig is, ligt voor de hand. De term 'schending van een veiligheidsnorm' is zo ruim, dat verdere restricties noodzakelijk zijn, wil niet vrijwel elke onrechtmatige daad eronder gaan vallen.²² Dat was nog te overzien toen de Hoge Raad in de jaren 70 van wettelijke normen uitging, maar toen dat ongeschreven normen werden of interne gedragsregels (protocollen, e.d.) leek voor velen het hek van de dam. Het is dan ook niet verwonderlijk dat bij de inperking van de regel het accent gelegd werd op het gevaar dat door het onzorgvuldig, risicovol handelen veroorzaakt was. Het ging niet om élk gevaar, maar het moest een *specifiek* gevaar zijn, dat wil zeggen, dat met de private wetgeving beoogd was te bestrijden door het opleggen van gedragsregels aan de betrokkenen, kraamverpleegsters, artsen en wat niet al.²³

Tegenstanders van de omkeringsregel zien in elke afwijzing door de cassatierechter een bewijs dat het toch eigenlijk geen 'regel' is, maar een soms toegepast 'hulpmiddel' – een hele opluchting. Maar dat staat nog te bezien

Nu is het vaststellen wat de strekking van een wettelijke norm is bepaald geen sinecure, en dat is minstens net zo het geval als het om interne normen gaat. Bij de medische aansprakelijkheid is dit onderwerp van veel procedures, ook recent. Ik laat die rechtspraak hier merendeels terzijde als buiten het bestek van dit artikel vallend. Behalve dat het om beroepsaansprakelijkheid van een bepaald type dienstverleners gaat (waar gemaakte fouten, hoe menselijk ook, heel hard kunnen aankomen) zijn hier ook belangrijke ethische vragen in het geding, die een bijzondere vorm

van causaliteit zouden kunnen rechtvaardigen, op een manier die de NBW-wetgever al in 1961 en 1976 voor ogen had, sprekend van de 'vrijheid' om verschillende 'factoren bij de toerekening betekenis toe te kennen'.²⁴ Dat met de afwijzingen van de omkeringsregel op dit gebied echter de status ervan als bewijsregel ongedaan gemaakt zou zijn, zoals enkele schrijvers menen, lijkt mij een conclusie zonder grond. De medische aansprakelijkheid laat ik hier verder terzijde.

1.5 De omkeringsregel volgens de arresten van 2008 en 2012

Dan zijn wij nu toe aan de meer recente uitwerking van de omkeringsregel door de Hoge Raad. Een verdere 'verduidelijking' volgde in 2008 met het arrest *Gevalen fietser* en ten slotte kwam in 2012 met het *Gynaecoloog*-arrest de verdere afwerking van de regel. In het arrest van 2008 stelt de Hoge Raad eerst dat de zorgplicht ex artikel 7:174 BW van de beheerder van openbare wegen 'met name strekt ter bescherming van de veiligheid van de gebruikers daarvan', en dat 'de beschermingsomvang van verkeers- en veiligheidsnormen ruim moet worden uitgelegd' (r.o. 3.6).²⁵ Dat laatste lijkt een afspiegeling te zijn van de eerdere formule dat het gevaar 'in het algemeen vergroot in'. Het college vervolgt dan:

'zal hij die ... een beroep doet op de omkeringsregel, omtrent de toedracht van het ongeval feiten dienen te stellen en zo nodig aannemelijk te maken waaruit volgt dat een bepaald, uit die toestand voortvloeiend gevaar zich heeft verzevenlijkt, zonder dat nodig is dat hij ook de precieze toedracht van het ongeval aannemelijk maakt. In gevallen als de onderhavige wordt hij immers tegen het bewijsrisico dat is verbonden aan de dien-aangaande bestaande onzekerheid, nu juist beschermd door de omkeringsregel.' (r.o. 3.7.)

De ratio van de regel werd in het arrest van 2012 als volgt omschreven:

'In gevallen als de onderhavige is immers, gelet op de bescherming die de geschonden norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verzevenlijkt, zulks een gevolg geweest moet zijn van deze normschending. De ratio van de omkeringsregel brengt mee dat in gevallen als het onderhavige de onzekerheid omtrent het exacte verloop van de gebeurtenissen voor risico komt van degene die de desbetreffende norm heeft geschonden, zodat [...] dat verloop in die gevallen in zoverre niet door de benadeelde behoeft te worden gesteld en, in geval van betwisting, bewezen.'²⁶

Wij zien hier als essentie van de omkeringsregel aangegeven twee elkaar aanvullende begrippen: het in acht nemen van het beschermingsdoel van de geschonden norm en de gevaarstelling, het scheppen van risico. Beide leiden tot de slotsom dat onduidelijkheid over

21 Zie daaromtrent Van

Dunné 2004, p. 430 e.v.

22 Voor een recent voorbeeld van noodzaak tot inperking, zie: HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1008 (*Radio Soedan*). In zijn noot in *JBPR* 2017/48 heeft F.J.P. Lock terecht kritiek op de formulering van het arrest (kamer van drie leden).

23 Voor een overzicht, zie Van Dunné 2004, p.406 e.v. en p. 501 e.v.

24 *Kamerstukken II* 1975/76, 7729, 6-7, p. 92. Daar wordt gesteld: 'Zo zal bijv. bij toebrenging van letsel, dit letsel als factor zowel bepalend zijn voor de schade-toebrenging als voor de schadesoort als voor de schadeomvang.'

25 HR 19 december 2008, *NJ* 2009/141 (*Gevalen fietser*); inzake art. 6:174 BW, aansprakelijkheid wegbeheerder.

26 HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012/669 (*Gynaecoloog*). Van Velsen geeft in zijn noot in *TBR* 2013/16 de strekking van de omkeringsregel goed weer.

de gang van zaken niet voor rekening van het slachtoffer gebracht mogen worden, maar van de dader, als tot diens risicosfeer behorend.

In deze procedure werd ook geklaagd dat het hof ten onrechte had aangenomen dat het geen geldend recht zou zijn om de eis te stellen dat de kans op verwezenlijking van het specifieke gevaar door normovertreding aanmerkelijk moet zijn vergroot. In de oudere rechtspraak had de Hoge Raad dat vereiste nog gesteld, zoals wij zagen. Daar neemt het college nu afstand van, en onderschrijft het standpunt van het hof op dit punt.²⁷ Dat gebeurt met een omschrijving van de omkeringsregel onder aanhaling van de November-arresten van 2002 en rechtspraak uit 2004 en 2005, en het arrest van 2008. Net als in dat laatste arrest, overweegt het college dat de eiser, bij betwisting door gedaagde 'aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke gevaar) waartegen de norm bescherming beoogd te bieden, zich heeft verwezenlijkt'. Wij zien hier dat niet alleen voor de gedaagde bij het te leveren tegenbewijs het aannemelijk maken 'voldoende' geacht wordt, maar dat deze maatstaf ook voor de eiser geldt bij de weerlegging van dat tegenbewijs. Het mes snijdt dus aan twee kanten. De vreugde bij tegenstanders van de omkeringsregel over de versoepeling van de bewijslast van de gedaagde kan dus alleen maar betrekkelijk zijn: de eiser geniet immers op zijn beurt van dezelfde coulance.

De vreugde bij tegenstanders van de omkeringsregel over de versoepeling van de bewijslast van de gedaagde kan alleen maar betrekkelijk zijn: de eiser geniet immers op zijn beurt van dezelfde coulance

Intussen is het maar de vraag of hier inderdaad van een lichtere vorm van bewijs sprake is. Wanneer men in het arrest leest hoe vastgesteld moet worden of er sprake was van een alternatieve toedracht van het schade-voorval (hersenschade van een baby, terwijl de verplichting tot permanente CTG-registratie tijdens de anesthesie door de gynaecoloog geschonden was) springt de lichtere bewijslast niet direct in het oog. In casu is gedaagde naar het oordeel van de cassatierechter overigens niet in zijn bewijslevering geslaagd, zoals het hof terecht kon menen.²⁸

Vanuit bewijsrechtelijk oogpunt zijn er kanttekeningen mogelijk over de aard en strekking van het 'aannemelijk maken' van feiten of omstandigheden. Allereerst de vraag of aannemelijk zijn wezenlijk verschilt van bewezen zijn.²⁹ Aan dit punt heeft A-G De Bock onlangs in een conclusie een interessante beschouwing gewijd, met als essentie dat hierbij niet een verschil in zekerheid over het vaststaan van feiten die om bewijs vragen aan de orde is.³⁰ Voor bewijs is immers absolute zekerheid geen vereiste, het gaat om een redelijke mate van zekerheid, zoals de rechter pleegt te zeggen: feiten die 'in voldoende mate zijn komen vast te staan'. Dan is het verschil met feiten die 'aannemelijk' zijn niet zo duidelijk. Wat deze gradaties van zekerheid nu precies behelzen weten wij niet en er zijn ook geen 'zekerheidsmeters' die houvast kunnen geven bij de beoordeling of een feit aannemelijk is dan wel voldoende vaststaat. De bewijsvoering is aan het oordeel van de rechter overgelaten volgens artikel 152 Rv, zonder dat er daarvoor criteria bestaan. Het gaat hier om het afwegen van argumenten van partijen vóór of tégen een bepaald feit door de rechter, en dat leidt A-G De Bock tot de conclusie:

'Dat betekent dat zowel het oordeel dat een feit aannemelijk is, als het oordeel dat een feit in voldoende mate vaststaat, uiteindelijk berust op de rechterlijke waardering en afweging van de argumenten die in het processuele debat door partijen over en weer zijn aangevoerd.'³¹

Met dit oordeel van een praktijkjurist, vertrouwd met het rechterberoep, kan men in het onderhavige debat zijn voordeel doen. Overigens wijst ook Asser in zijn *Bewijsrecht* erop dat beide hier genoemde bewijsfiguren 'geen of weinig verschil' vertonen.³² Ik teken hierbij nog aan, dat al sinds een wetsontwerp uit 1804 'bewijzen' gezien wordt als het vaststellen hetgeen voor de rechter 'het meest waarschijnlijk is'. Zoals het in het Engelse recht heet, in de woorden van Lord Denning, het gaat om 'more probable than not'. Niets meer, en niets minder.³³

Met het arrest van 2012 kan men zeggen dat de cassatierechter orde op zaken gesteld heeft en aan de door sommige auteurs gekritiseerde omkeringsregel een solide basis gegeven is. Het wekt dan ook verbazing dat de bewerkers van *Verbintenissenrecht* in de Asser-serie in de laatste twee drukken (2013 en 2017) na alle kritiek op die regel, het arrest van 2012 (en dat van 2008) onbesproken gelaten hebben. Zij komen wel tot de conclusie dat 'het praktische belang van de "omkeringsregel" gering is'. Alleen de betekenis van het

27 Opmerkelijk is dat Giesen en Maes in 2014 het in het algemeen vergroten van gevaar voor schade nog als vereiste in de jurisprudentie van de Hoge Raad vermelden, zie Giesen & Maes 2014, p. 223.

28 Voor een voorbeeld van strenge eisen gesteld aan tegenbewijs bij toepassing van de omkeringsregel op een heel ander gebied, effectenrecht, zie de jurisprudentie genoemd in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/78, *in fine*. Daar werkt de HR overigens met 'een vuistregel inzake het c.s.q.n-verband'.

29 Giesen besteedt in zijn dissertatie veel aandacht hieraan, en ziet belangrijke verschillen: zie I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2001, p. 56 e.v. Voor kritiek hierop, zie Van Dunné 2004, p. 499 e.v.

30 Conclusie voor HR 16 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2017:1058, nr. 3.24 e.v.

31 De Bock wijst er ook nog op de term dat feiten 'aannemelijk' zijn in sommige procedures (zoals kort geding) gehanteerd wordt om aan te geven dat een nadere bewijsvoering (tijdroevende getuigenverhoren, e.d.) niet aan de orde is. Aldus gaat het om het sneller vaststellen van feiten dan bij gewoon bewijs het geval is.

32 Asser/Asser *Procesrecht 3 Bewijs* 2017/266, *in fine*; 257, *in fine*.

33 Zie over het karakter van bewijs uitvoerig Van Dunné 2004, p. 496-501, eerder verschenen in *TMA* 1999, p. 145 e.v.

34 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2017/77, *in fine*.

35 Amendement J. Vos (PvdA)/Ouwehand (PvdD), nr. 12, van 28 april 2015. Voor dit onderwerp, zie uitvoeriger: Van Dunné 2002, p. 560-570; J.M. van Dunné, 'Mijn en dijn in de Mijnbouwwet 2003. Het demasqué van een wetgever op het Groningen gasveld', *NJB* 2014, afl. 44-45, p. 3122-3132; J.M. van Dunné, 'De Wet bewijsvermoeden gaswinning Groningen, laatste bedrijf. Zal krom recht tot recht gebogen worden in de Senaat?'

De doorwerking van een merkwaardig advies van de Raad van State aan de minister van EZ, *NJB* 2016, afl. 40, p. 2075-2079 en J.M. van Dunné, 'Een koperen jubileum van de nieuwe Mijnbouwwet. Het falen van Wetgever, Toezichhouders en Commissies bij de gaswinning in Groningen', *TGMA* 2014, afl. 4, 174-193.

36 Snijders 2015. Hij stelt dat het arrest *Kasteel Strythagen* (1920) slechts een vermoeden van schuld inhoudt en daarmee nog minder ver gaat dan het huidige art. 6:177 BW, dat in risicoaansprakelijkheid voorziet. Het is dus onjuist om hier van omkering van de bewijslast te spreken (zoals ik gedaan had) en bovendien verwacht men dan het vermoeden van causaliteit met het vermoeden van schuld. Minister Jorritsma had in 2002 dezelfde kritiek geuit m.b.t. het rapport-Van Dunné (1998, namens Friesland; het amendement berustte hierop), zich baserend op het rapport-Snijders-Hartlief (1999, namens NAM/Elf Petroland). Zie: *Handelingen II*, in: *TMA* 2002, afl. 3, p. 87 e.v.

37 Ministers van Economische Zaken werden in dit dossier steevast gesouffleerd door de exploitant, de NAM. Bovendien is de Staat ook zélf mijnexploitant, met een belang (en zeggenschap) van 50% in de exploitatiemaatschappij 'Groningen', terwijl de exploitatiekosten, inclusief schadevergoedingen, voor 64% voor rekening van de Staat zijn; tot het begin van dit jaar was dit een goed bewaard geheim. Zie J.M. van Dunné, "Gaswinning in Groningen", een drama in vele bedrijven', *NJB* 2018/821, op p. 1194 e.v.

38 Zie voor een bestrijding Van Dunné 2016, en voor het geldend recht boven, par. 1. De Afdeling betreft in haar advies overigens vrijwel geen jurisprudentie en doctrine over omkering van de bewijslast en gaat in het geheel niet in op buitenlands mijnrecht en omkering van bewijslast, noch op Nederlandse literatuur daarover of mijnrecht in het algemeen.

39 Behalve in het genoemde winningsgebied wordt ook elders in Groningen gas gewonnen, evenals in provincies als Drenthe, Friesland en Noord-Holland.

beschermingsdoel van de norm, die namelijk 'een indicatie is voor het bestaan van het conditio-sine-qua-non-verband', wordt van belang geacht.³⁴ Met deze omissie heeft het in dit boek ingenomen standpunt bepaald niet aan kracht gewonnen, stel ik vast.

2 Omkering van de bewijslast in het mijnbouwrecht: de lange weg naar artikel 6:177a BW

2.1 De hernieuwde poging van de Tweede Kamer om omkering van de bewijslast ingevoerd te krijgen bij verhaal van mijnbouwschade in 2015 en het vervolg daarvan. Een kritische bespreking

Bij de herziening van de Mijnwet van 1810 in 2001 die geleid heeft tot de Mijnbouwwet 2003, was de omkering van de bewijslast aan de orde, bij amendement voorgesteld door de PvdA (aanvankelijk met steun van D66) – en verworpen. Bij de herziening van de Mijnbouwwet 2003 die in 2015 plaatsvond werd een tweede poging daartoe gedaan, wederom door de PvdA-fractie, gesteund door de Partij voor de Dieren. Dat amendement werd Kamerbreed overgenomen, op de VVD na, de partij van de minister van Economische Zaken, Henk Kamp.³⁵ De minister was namelijk afwijzend, in het spoor van zijn voorganger en partijgenoot Jorritsma, en hij krijgt daarbij, net als zijn voorganger in 2001, steun uit Leiden.

H.J. Snijders had zich namelijk tegen het amendement gekeerd in het *NJB* van november 2015 met een betoog dat de Kamerfracties door hun adviseur Van Dunné verkeerd voorlicht waren, zelfs 'in dwaling gebracht'. De omkeringsregel is immers geen algemeen geldende regel van het aansprakelijkheidsrecht, ook niet in omliggende landen.³⁶ Minister Kamp nam die kritiek over, en gaf op vragen (o.a. van D66) over buitenlands mijnrecht de visie van Snijders weer dat daar geen sprake is van omkering van de bewijslast, enkel van bewijsvermoeden, dat bovendien in Duitsland niet wordt toegepast op gaswinning. In Engeland is zelfs geen sprake van bewijsvermoeden. Verder heeft de omkeringsregel 'geen positief effect' voor de rechtspraktijk, de rechter kan immers zelf beslissen of hij tot omkering van de bewijslast overgaat in een individueel geval (er zijn dan al circa 40.000 schadegevallen bekend). Dit onjuiste betoog was volledig een herhaling van het standpunt van zijn voorganger in 2001-2002, ondanks hetgeen over deze materie in jurisprudentie en literatuur in tegengestelde zin is verschenen.³⁷

Minister Kamp deelde de Kamer mee advies van de Raad van State te gaan inwinnen vanwege het 'uitzonderlijke karakter' van omkering van bewijslast zoals beoogd in het door de Kamer aanvaarde amendement-J. Vos/Ouwehand, een regeling die bovendien niet in de Mijnbouwwet maar in het BW geplaatst zou moeten worden. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State volgde op 7 oktober 2015 en was zeer kritisch over genoemd amendement. De Afdeling nam het standpunt in dat de omkering van de bewijslast een 'zeer uitzonderlijke afwijking van de hoofdregel van bewijsrecht: "wie stelt, bewijst"' is, en derhalve om sterke argumenten pro invoering vraagt (1) en dat zo'n argument het getalsmatig veel voorkomen van mijnbouwschade in Groningen zou zijn, en dat zou dan alléén in het gebied 'Groningenveld' zijn (2).

Het voor de wetgevingsprocedure verstrekende advies van de Afdeling was op punten zeer aanvechtbaar, namelijk in strijd met geldend recht

Dit voor de wetgevingsprocedure verstrekende advies van de Afdeling was op deze punten echter zeer aanvechtbaar, namelijk in strijd met geldend recht.³⁸ Minister Kamp nam het advies van de Afdeling niettemin over in een novelle aan de Tweede Kamer van 21 januari 2016 met als belangrijkste punten: de omkeringsregel is beperkt tot gaswinning, dat wil zeggen de gaswinning die in Groningen plaatsvindt, en dan uitsluitend in het gebied 'Groningenveld'.³⁹ Bovendien heeft de omkeringsregel uitsluitend betrekking op *fysieke* schade aan gebouwen of werken.

Hierop volgde een nieuw, gewijzigd amendement nr. 21 (J. Vos/Ouwehand) dat het resultaat was van een koehandel met de minister en de andere fracties in de Kamer. Het amendement werd aangenomen met steun van GroenLinks, SP, CDA en D66, met deze inhoud: de beperking tot fysieke schade als enige grond voor vergoeding werd aanvaard evenals beperking tot 'Groningenveld', maar het 'effectgebied' werd ruimer omschreven. Namelijk niet meer aan de hand van 'contouren' van het gaswinningsgebied, noch bij AMvB, maar met de algemene formule: 'schade die naar haar aard redelijkerwijs schade door beweging van bodem als gevolg

van mijnbouw' zou kunnen zijn.⁴⁰ Minister Kamp stemde in met dit amendement bij MvA van 7 oktober 2016, en daarmee kreeg de koehandel een bevestiging: enkel 'fysieke schade' vergoed (EZ) versus 'effectgebied' (amendement) als grondslag voor schadevergoeding. Maar wel bleef staan: alléén voor winningsgebied 'Groningenveld'.

De Eerste Kamer aanvaardde het wetsvoorstel op 21 december 2016 en daarmee was artikel 6:177a BW per 1 januari 2017 van kracht.

Met het arrest *Gynaecoloog* is aanvaard dat onzekerheid over het exacte verloop van de gebeurtenissen voor risico komt van degene die de desbetreffende norm heeft geschonden, als een 'normatieve regel'

Wat hiervan te denken? Na het bovenstaande kan mijn commentaar op het artikel van Snijders en het standpunt ingenomen door de Afdeling advisering van de Raad van State kort zijn, na de eerdere beschrijving van de brede toepassing van de omkeringsregel in het verbintenisrecht, met name in het kader van aansprakelijkheid. Dat gebeurde in het kader van de figuur van gevaarstelling, met de opvatting dat bewijslast als bewijsrisico opgevat moet worden, met consequenties wanneer dat risico verspringt, en bij de tegenpartij komt te liggen. Degene die de bewijslast heeft, draagt immers het risico van het niet kunnen aantonen van de te bewijzen feiten, het *non liquet* (onhelder zijn) van die feiten. Met het arrest van 2012, *Gynaecoloog*, is aanvaard dat onzekerheid over het exacte verloop van de gebeurtenissen voor risico komt van degene die de desbetreffende norm heeft geschonden, als een 'normatieve regel'. Dit is zoals wij zagen een voortvloeiende van de *rechtsbescherming* die de benadeelde (eiser) geboden wordt, en het is mij niet duidelijk hoe Snijders dit thema heeft kunnen negeren.

Dat is ook andere auteurs (en rechters) niet duidelijk gebleken. Dezelfde kritiek is te vinden in het recente rapport voor de Nationaal Coördinator Groningen dat Asser en Hammerstein als co-auteurs hebben uitgebracht.⁴¹ Die kritiek is gericht op een door de NAM ingebracht deskundigenrapport van Sluysmans (RU Nijmegen) waarin hij steunde op de visie van Snijders zoals in *NJB* 2015 verwoord.

Ook in het NCG-rapport vindt men de nadruk gelegd op de 'rechtsbeschermingsfunctie' van de omkeringsregel, en het adagium: 'bewijslast = bewijsrisico'. Dit leidt tot de belangrijke uitkomst, eveneens tegengesteld aan de opvatting van Snijders/Sluysmans, over het karakter van het na omkering van bewijslast aan de gedaagde opgelegde tegenbewijs. Dat is geen licht bewijs in de vorm van 'aannekelijk maken' of 'ontzenuwen', maar een vol bewijs waarbij een blijvende onduidelijkheid over de toedracht in het voordeel is van de benadeelde/eiser. De rechtsbescherming van de benadeelde 'past bij de aard van de aansprakelijkheid', met als gevolg:

'Wil die bescherming effectief zijn dan moet het wettelijk bewijsvermoeden blijven gelden totdat het tegendeel is gebleken, dat betekent dat naar het oordeel van de rechter/arbitrator voldoende vast moet komen te staan dat de fysieke schade niet veroorzaakt is door de bodembeweging als gevolg van mijnbouwactiviteiten.'⁴²

2.2 Conclusies. De afwikkeling van mijnbouwschade en de rol van artikel 6:177a BW, in Groningen en elders

Het zal duidelijk zijn dat de wijze waarop de wetgever een wettelijk vermoeden op het gebied van mijnbouwschade recentelijk in Boek 6 BW geïntroduceerd heeft van de kritische toeschouwer op weinig bijval kan rekenen. De wetgever heeft, daartoe geadviseerd door de Raad van State, hierbij een weg gevolgd die niet te rijmen is met geldend recht zoals dat de laatste decennia door de Hoge Raad verder is ontwikkeld, en in 2012 een bevestiging gevonden heeft in het laatste standaardarrest, *Gynaecoloog*. Daarnaast is het een gemiste kans om orde op zaken te stellen op dit gebied van mijnschade met zijn ruim 90.000 schadegevallen van de laatste jaren, in aansluiting op ons mijnrecht sinds 1920. Evenmin is de wetgever erin geslaagd om het in overeenstemming te brengen met hetgeen in alle omringende landen aan mijnrechtwetgeving tot stand gebracht is, sinds 1982 (de nieuwe Duitse mijnwet).

Het zal duidelijk zijn dat de wijze waarop de wetgever een wettelijk vermoeden op het gebied van mijnbouwschade recentelijk in Boek 6 BW geïntroduceerd heeft van de kritische toeschouwer op weinig bijval kan rekenen

Het is ook niet de enige delfstof waar het hier om gaat bij mijnschade, in ons land wordt ook olie, zout, magnesium, etc. gewonnen, met soms grote schade tot gevolg (zoals in Twente).

⁴⁰ Vgl. de Engelse mijnwet van 1994, een formule zoals ook eerder door mij bepleit.

⁴¹ A. Hammerstein, W.D.H. Asser & J.E. van de Bunt, *Advies uitgebracht aan de Nationaal Coördinator Groningen e.a.*, 13 oktober 2017 (verder: NCG-rapport). De passage over omkering van bewijslast is te vinden in par. 5, p. 21-30 (www.groninger-bodem-beweging.nl/images/pdf/Advies-Hammerstein-aan-NGC-ea.pdf).

⁴² NCG-rapport 2017, par. 5.2.3.4, slot. Asser heeft in zijn recente druk van *Bewijsrecht* soortgelijke (voorzichtige) kritiek op Snijders; na een juiste weergave van de jurisprudentie volgt: zie Snijders 2015, 'met een wat andere opvatting dan hier verdedigd' (nr. 266, noot 10). Zie ook nog onder, par. 3.

Maar er hoeft nog geen man overboord te zijn. Bij de toepassing van artikel 6:177a BW lijkt het mij van belang om in het oog te houden, wat er zij van het beperkte speelveld dat de wetbepaling biedt aan het wettelijk bewijsvermoeden, dat er ook nog mijnrecht buiten deze wettelijke regeling bestaat: het rechterlijk of 'jurisprudentieel' vermoeden. Een jurisprudentie die tot 1920 teruggaat en breed toegepast werd, en veel mogelijkheden biedt waarin artikel 6:177a niet voorziet. Te denken valt aan de aard van de schade, de soort mijnbouw die in het geding is, de locatie ervan, en *last but not least*, het punt van bewijslevering: omkering van de bewijslast. De wetgever heeft op zijn manier – uit welbegrepen eigenbelang, als mijnexploitant naast de NAM – een vorm van wettelijk bewijsvermoeden opgenomen in Boek 6, maar men hoeft daar als justitiabele geen gebruik van te maken.

De wetgever heeft op zijn manier – uit welbegrepen eigenbelang, als mijnexploitant naast de NAM – een vorm van wettelijk bewijsvermoeden opgenomen in Boek 6, maar men hoeft daar als justitiabele geen gebruik van te maken

Over de aard van de schade nog het volgende. De beperking van de bewijsregel van artikel 6:177a BW tot fysieke schade is opmerkelijk, want daarmee wordt afgeweken van het algemene schadevergoedingsrecht waarin van oudsher immateriële schade aanvaard is. Intussen heeft de rechter over één vorm daarvan zijn oordeel uitgesproken, namelijk ten aanzien van de vergoeding van zuivere vermogensschade (waardedaling gebouwen). In een procedure van de stichting Waardevermindering door Aardbevingen Groningen, WAG (900 Groningse huiseigenaren) en 4 woningbouwcorporaties (64.000 woningen) tegen de NAM heeft het Hof Leeuwarden op 23 januari 2018 bepaald dat die schade voor vergoeding in aanmerking komt, waartegen geen cassatie is ingesteld.⁴³ Een tweede procedure over een andere vorm van immateriële schade, psychische schade, ligt bij datzelfde hof, na een gunstige beslissing voor de Groningse eisers van de Rechtbank Noord-Nederland (Assen).⁴⁴

3 Andermaal de omkeringsregel in de doctrine, de visie van Asser in zijn boek *Bewijs* (2017)

Na deze beschrijving van de rol die de omkeringsregel speelde op het actuele terrein van mijnbouwschade en hoe de regel door de wetgever daarbij gekortwiekt werd, dan nu een blik op de recente stand van de doctrine. De naam Asser viel al eerder, in paragraaf 1, als kritische commentator bij de verschijning van de omkeringsregel in de jurisprudentie rond de eeuwwisseling. Het is interessant om te onderzoeken welk standpunt hij in zijn nieuwe druk van *Bewijs* inneemt ten aanzien van die regel en haar toepassing door de Hoge Raad. Het is echter niet eenvoudig om greep te krijgen op de opvatting die Asser heeft over de omkering van de bewijslast en de omkeringregel als onderdeel van het systeem van het bewijsrecht, en daarmee van zijn kritiek op die regel. Dat hangt samen met zijn uitgangspunten, die men moet onderschrijven om zijn gedachtegang te kunnen volgen, laat staan te kunnen aanvaarden.

Het is niet eenvoudig om greep te krijgen op de opvatting die Asser heeft over de omkering van de bewijslast en de omkeringregel als onderdeel van het systeem van het bewijsrecht, en daarmee van zijn kritiek op die regel

Het kader is natuurlijk artikel 150 Rv, dat mogelijkheden geeft om af te wijken van de hoofdregel 'wie stelt, bewijst'. Dat artikel gaat, zegt Asser terecht (in nr. 290 e.v.), in wezen over bewijsrisico, en met 'een andere verdeling van de bewijslast' heeft de wetgever het oog op gevallen waarin de bewijslast wordt *omgekeerd*. Dit betekent bij wettelijke en jurisprudentiële vermoedens dat 'strikt genomen geen sprake is omkering van het bewijsrisico maar van (voorlopige) eliminering bij voorbaat van het bewijsrisico'. Dat wordt duidelijker wanneer (in nr. 291) uitgelegd wordt dat dit inhoudt dat wanneer bij omkering van de bewijslast de gedaagde erin slaagt tegenbewijs te leveren, de eiser alsnog het bewijsrisico heeft, dat 'latent aanwezig' is gebleven (zie ook nr. 293, en 266). Asser spreekt hier van een 'princiepelijk onderscheid' tussen omkering van het bewijsrisico en omkering van de bewijslast, dat ook nog een 'praktische beteke-

⁴³ Rb. Noord-Nederland 2 september 2015, ECLI: NL:RBNNE:2015:4185, *NJF* 2015/419, bevestigd door Hof Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:618. Er is door de NAM geen cassatie ingesteld. Zie hierover J.M. van Dunné, 'Abstracte schadeberekening bij onrechtmatige daad: rechtsregel of hulpmiddel? De toepassing bij waardedaling van woningen in het gaswinningsgebied in Groningen door het Hof Leeuwarden, arrest van 23 januari 2018, Stichting WAG en woningcorporaties/NAM', *TGMA* 2018/3. Ik vermeld voor de goede orde dat ik in deze procedure als deskundige betrokken was, voor de stichting WAG.

⁴⁴ Rb. Noord-Nederland 1 maart 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:15.

nis' heeft omdat alleen de eerste figuur een rechtsvraag houdt die in cassatie toetsbaar is. Dit 'praktische' element is echter slechts voor de cassatiepraktijk van belang.

Het valt bovendien niet goed te rijmen met de ratio van de omkeringsregel: de bescherming die geboden wordt bij schending van een norm waardoor gevaar voor schade ontstaan is, een meer maatschappelijk gericht 'praktisch' element. Asser spreekt zelf daarbij terecht van de werking van 'rechtspolitieke' argumenten, het stimuleren van gedrag in overeenstemming met de materieelrechtelijke norm (nr. 294). Asser onderkent dit aspect bij de bespreking van het tegenbewijs (nr. 266) waar hij stelt dat de rechter met het scheppen van een vermoeden 'versterking beoogt van de effectiviteit van de norm' waarop de eiser zich beroept. Dan volgt een opmerkelijke uitspraak:

'Dit is grond voor de rechter om niet al te snel aan te nemen dat het tegenbewijs het vermoeden heeft ontzenuwd. In dit verband moet ook hier gesignaleerd worden dat hierdoor wettelijke of algemene jurisprudentiële vermoedens op de verdeling van het bewijsrisico een uitwerking hebben die niet of weinig verschilt met het effect van de omkering van het bewijsrisico, want bij omkering is ook in principe sprake van bewijs van het tegendeel.⁴⁵

Over cassatie gesproken, ik merk nog op dat Asser ervan uitgaat dat wanneer de rechter een bijzondere regel hanteert op grond waarvan afgeweken moet worden van de gewone regel van bewijslastverdeling, dit in cassatie volledig toetsbaar is (nr. 291). Dat geldt dus ook, stel ik vast, voor de omkeringsregel, en dan is de 'praktische betekenis' van het onderscheid dat Asser maakt intussen verdwenen.

In elk geval hecht Asser er groot belang aan om te benadrukken dat de omkeringsregel geen omkering van bewijsrisico inhoudt, met als gevolg dat van 'omkering' eigenlijk alleen sprake kan zijn wanneer 'de partij die volgens de hoofdregel bewijslast heeft, geen risico meer draagt' (nr. 292). Het nut van deze stelling ontgaat mij, omdat mijns inziens met de 'omkering van de bewijslast' het verhaal nog niet afgelopen is, want dat staat en valt met wat de gedaagde van zijn tegenbewijs weet te maken. De situatie die Asser eerder als een 'latent aanwezig' risico omschreven had. Mijn indruk is, dat het negatieve beeld dat Asser heeft van de omkeringsregel – wij zullen zien dat hij een trend in de jurisprudentie na 2002 signaleert die 'tot een ondergang' van de omkeringsregel leidt – sterk hierdoor bepaald wordt. Het is echter een overbodig onderscheid. Hij doet dit overigens in navolging van Giesen en van een Duitse auteur, zoals wij nog zullen zien.

Bij de uitwerking van zijn standpunt blijkt dat er voor Asser echter nóg een drempel bestaat om de omkeringsregel serieus te kunnen nemen:

'Van omkering van het bewijsrisico is reeds daarom bij toepassing van de "omkeringsregel" geen sprake, omdat noch uit de regel zelf noch uit de precisering blijkt dat de aansprakelijkheid ook reeds zou kunnen worden aangenomen zonder dat het door de wet vereiste *conditio-sine-qua-non-causaal* verband tevens ten processe vaststaat – een kenmerk van omkering van het bewijsrisico' (nr. 302).

Tevoren werd door hem de uitspraak in het *Gynaecoloog*-arrest (2012) weergegeven waarin de Hoge Raad spreekt van een uitzondering die op de hoofdregel van artikel 150 Rv gemaakt wordt, 'met een bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel' door het bestaan van een causaal verband aan te nemen. Daaraan is toegevoegd de zinsnede '(in de zin van: *conditio sine qua non*-verband)', maar wij zagen eerder dat hiermee het negatieve *conditio-sine-qua-non*-verband bedoeld is: gedaagde moet bewijzen dat 'de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan'.

De op het eerste gezicht zo onschuldige conclusie brengt Asser tot een veel verderstrekkende conclusie, namelijk de afwijzing van de omkeringsregel en het belang ervan

Het *conditio-sine-qua-non*-vereiste wordt gehandhaafd vervolgt Asser, en omdat dit 'als gegeven wordt aangenomen' kan er dus geen twijfel over bestaan dat in de visie van de Hoge Raad de 'omkeringsregel' geen betrekking heeft op 'omkering van het bewijsrisico'. Over dat laatste gaat artikel 150 Rv volgens Asser, zoals wij zagen. Met als conclusie, dat de omkeringsregel 'niet derogeert aan de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling van art. 150 Rv'. De Hoge Raad heeft 'het bewijsrisico verlicht door in te grijpen in de bewijsleveringslast, maar het bewijsrisico heeft hij niet verlegd'. Daarmee is voor Asser de cirkel rond, want zijn uitgangspunt was de stelling dat artikel 150 Rv over 'bewijsrisico' gaat, juncto dat dit iets anders is dan 'bewijslast'. Wanneer men die uitgangspunten niet deelt of het belang ervan niet inziet als zuiver dogmatisch van aard, zou men met een schouderophalen kunnen volstaan. Maar deze, op het

45 Asser/Asser *Procesrecht 3 Bewijs* 2017/266, laatste alinea, met verwijzing naar de bespreking van de omkering van de bewijslast in nrs. 290, 292 e.v.

eerste gezicht zo onschuldige conclusie brengt Asser tot een veel verderstreckende conclusie, namelijk de afwijzing van de omkeringsregel en het belang ervan. Dat gebeurt op de volgende wijze die ik gezien het onderwerp hier integraal overneem:

‘De belangrijke vraag is of de “omkeringsregel” door de nadere specificaties eis niet zoveel aan praktische betekenis heeft ingeboet – juist ook waar de Hoge Raad ermee heeft beoogd bepaalde benadeelde partijen in een gunstigere bewijspositie te brengen – dat hij zijn voornaamste zin heeft verloren. Die vraag kan men bevestigend beantwoorden. De ratio van een zo algemene bewijslastregel was niet duidelijk, te minder nu de rechter (afgezien van de wetgever) steeds de mogelijkheid heeft in de bewijslast in te grijpen, hetzij door middel van een jurisprudentieel vermoeden dat is toegesneden op een specifieke norm of soort normen, met als gevolg dat voor de rechtspraak meer duidelijkheid bestaat in welke gevallen dat kan worden aangenomen, hetzij in het bijzondere geval met een ad hoc-“vermoeden”. En dan is er bovendien nog altijd de mogelijkheid om aan de ene kant van het spectrum de verzwaarde motiveringsplicht toe te passen en om aan de andere kant zo nodig te komen tot een omkering van het bewijsrisico op grond van een bijzondere regel van bewijslastverdeling of in het bijzondere geval op grond van de redelijkheid en billijkheid. Er zijn, kortom, mogelijkheden genoeg, zowel in het algemeen als in het bijzondere geval, om de bewijspositie van de partij die volgens de hoofdregel het bewijsrisico draagt, te verbeteren. De formule die in de verduidelijking is gekozen heeft bovendien het probleem geschapen dat de “omkeringsregel” afhankelijker is geworden van een niet altijd eenvoudig te vinden juridische constructie – de vaststelling van de strekking van de geschonden norm – en daarom (paradoxaal genoeg) losser komt te staan van waar het oorspronkelijk om ging: de zodanige feitelijke verhoging van het risico op schade door de onrechtmatige daad of de wanprestatie, dat als dat risico intreedt het causaal verband *prima facie* kan worden aangenomen. De na november 2002 gewezen arresten laten onmiskenbaar de trend zien, die overigens al eerder was ingezet, dat de praktijk het in veel gevallen zonder de “omkeringsregel” zal moeten doen’.⁴⁶

Daarmee doet Asser een poging om het doek te laten vallen voor de omkeringsregel. Einde van een rechtsfiguur? Ik dacht van niet. Daarvoor roept deze tekst te veel vragen op die ten koste gaan van de overtuigingskracht die ermee beoogd werd. Allereerst enkele onduidelijke passages die erin voorkomen. Asser veronderstelt dat het hier om een ‘algemene bewijslastregel’ gaat waaraan geen behoefte zou bestaan, want hij stelt er tegenover het bewijsmiddel van het rechterlijk vermoeden, dat namelijk wel ‘toegesneden op een specifieke norm of soort normen’ zou zijn, waardoor meer duidelijkheid zou ontstaan dan bij zo’n algemene regel als de omkeringsregel. Dit kan ik niet volgen. Wij zagen immers dat de Hoge Raad in een reeks van arresten de regel nader omschreven heeft als voortvloeiend uit een (veiligheids)norm gericht op voorkomen van een ‘specifiek’ gevaar. Die norm moet wel ‘ruim uitgelegd worden’ (*Gevallen fietser*-arrest, 2008) in zijn beschermingsfunctie, hetgeen te maken heeft met rechtspolitieke argumenten, zagen wij, ook voor Asser. Daar-

bij wordt rekening gehouden met de aard van de gebeurtenis en de aard van de schade, naar vaste rechtspraak en doctrine.

Asser doet een poging om het doek te laten vallen voor de omkeringsregel. Einde van een rechtsfiguur? Ik dacht van niet

In wezen hebben wij het hier over de ‘bijzondere regels’ van artikel 150 Rv, waarvoor Haardt kort na de invoering de aandacht gevraagd heeft, in een belangrijke noot onder het *Heupoperatie*-arrest (1988).⁴⁷ Die regels gelden in gebieden van het aansprakelijkheidsrecht die door de rechter qua omkering van de bewijslast in kaart gebracht werden, zoals werkgeversaansprakelijkheid, merkenrecht, verkeersrecht, productenaansprakelijkheid, e.d. Soms nam de wetgever het stokje over, en werd het rechterlijk vermoeden tot wettelijk vermoeden gemaakt, zoals in artikel 7A:638x BW (oud), later artikel 7:658 lid 2 BW geworden. Dat geldt in veel beschouwingen over bewijsrecht als voorbeeld van een wettelijk vermoeden, maar men laat dan veelal na om erop te wijzen dat die regel wel tevoren door de rechtspraak was ontwikkeld.

Na terecht gewezen te hebben op andere instrumenten die de rechter bij toedeling van bewijs ter beschikking staan – die naar mijn mening echter niet ten nadele van het hanteren van een regel van bewijsrecht pleiten – komt Asser met een tweede, meer inhoudelijk bezwaar. De omkeringsregel zou ‘afhankelijker geworden zijn van een niet altijd eenvoudig te vinden juridische constructie – de vaststelling van de strekking van de geschonden norm’ en daarmee verwijderd van het beoogde doel van die regel na intreding van het risico ‘het causaal verband *prima facie* aannemen’.

Deze redenering vind ik andermaal moeilijk te volgen: de norm voor een weg- of dijkbeheerder is toch qua strekking eenvoudig vast te stellen: ‘een weg moet veilig zijn voor de gebruiker’ dus geen gaten, losse tegels of opspringende stoepranden hebben, ‘een dijk moet veilig zijn voor omwonenden’, dus niet wegschuiven of verzakken. De interne norm voor een dienstverlener van zijn organisatie of werkgever kan een ingewikkelder materie zijn maar dat de strekking ervan met een deugdelijk resultaat of een goede gezondheid te maken heeft, lijkt geen onoverkomelijke opgave te zijn. Over de uitwerking daarvan

⁴⁶ Asser/Asser *Procesrecht 3 Bewijs* 2017/302, laatste alinea. Een noot verwijst naar twee arresten: *Gynaecoloog* (2012) en het recente HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1008 (arrest bij verstek gewezen, door kamer met drie leden), en verder naar Giesen 2009, ‘waarmee de ondergang ook wordt aangekondigd’.

⁴⁷ HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058, *NJ* 1988/500, m.nt. W.L. Haardt (*Timmer/Deutman of Heupoperatie*), waarover Van Dunné 2004, p. 495 e.v. en p. 900 e.v.

voor degene die bewijs moet leveren hebben wij het hier niet, enkel de strekking van de gedragsnorm is aan de orde.

In dit verband is het opmerkelijk dat wanneer de rechter een dergelijke gevolgtrekking (over causaal verband) zou maken aan de hand van ervaringsregels, dus op grond van een feitelijk vermoeden, Asser daar geen probleem mee heeft (nr. 304). Dit is wat in het Duitse recht het 'Anscheins-' of 'Prima facie-Beweis' genoemd wordt: de rechter mag op grond van ervaring causaliteit aannemen.⁴⁸ Maar Asser sympathiseert daarbij wel met Duitse auteurs die ook bezwaar hebben om deze figuur als omkering van de bewijslast te zien, eveneens met het argument dat hier wel de bewijslast verlicht wordt door omkering, maar geen omkering van het bewijsrisico plaats vindt.⁴⁹ Waar hebben wij dit eerder gehoord?

Asser besteedt weinig aandacht aan de figuur van *res ipsa loquitur*, die hierboven al ter sprake kwam als het erfgoed van Veegens, noch aan de voor- en naoorlogse rechtspraak waarop deze 'sprekende feiten' gebaseerd zijn (nr. 305). Dat is hier een groot gemis om de omkeringsregel in een historische en systematische context te kunnen plaatsen.

De bezwaren in de doctrine tegen de omkeringsregel, zoals deze door Asser naar voren gebracht worden, kunnen niet overtuigen

4 Afronding en conclusies

De bezwaren in de doctrine tegen de omkeringsregel, zoals deze door Asser naar voren gebracht worden, kunnen niet overtuigen. Die regel past alleen niet in het stelsel van artikel 150 Rv indien men bereid is om dat op een speciale, gekunstelde manier op te vatten, met centraal stellen van 'bewijsrisico' als een principieel van de 'bewijslast' afwijkend begrip, met als beoogde meerwaarde dat dit in cassatie verschil zou uitmaken. Ook dat legt echter weinig gewicht in de schaal, de Hoge Raad toetst immers al jaar en dag de toepassing van de omkeringsregel door de hoven, en dat is hier wat telt. Ik kan de conclusie van Asser (en eerder Giesen) dat de 'ondergang' van deze bewijsregel aanstaande is niet onderschrijven, ten aanzien van een regel die al sinds de jaren 20 in de jurisprudentie toegepast wordt in enigerlei vorm en de laatste decennia onder de benaming 'omkeringsregel'. De tekenen

wijzen mijns inziens op het tegendeel: een rechtsfiguur die onderhand een vaste plaats in het bewijsrecht gekregen heeft, en alleen maar in betekenis kan toenemen.⁵⁰

De bezwaren van Asser (en diens geestverwanten, behalve Giesen ook schrijvers als Snijders en Hartlief) tegen de omkeringsregel rusten op twee pijlers, een van theoretische en een van praktische aard: het klopt dogmatisch niet, en de regel is overbodig voor de praktijk want de rechter kan immers op allerlei manieren in individuele gevallen hetzelfde bereiken, namelijk de omkering van de bewijslast.⁵¹ Het is een spookbeeld, dat eisers alleen maar op verkeerde gedachten kan brengen, met afwijzing door de cassatierechter als resultaat. Die visie vraagt om een weerlegging, eveneens van theoretische (niet-dogmatische) en van praktische (maatschappelijke) aard.

Het is natuurlijk goed om te weten welke bewijsmiddelen de rechter in individuele gevallen ter beschikking staan die qua effect met omkering van de bewijslast gelijk te stellen zijn, maar rechtspraak heeft ook iets met rechtsvorming en rechtsontwikkeling te maken, met ten slotte de cassatierechter aan het hoofd van de piramide, dat behoort zelfs tot zijn cassatietaak. De handhaving van normen in het maatschappelijk verkeer: de rechtsbescherming ten opzichte van personen voor wie die norm bedoeld is, vormt, zoals wij zagen, de ratio van de omkeringsregel zoals de Hoge Raad die al jarenlang toepast. Een standaard-arrest op een bepaald terrein van het aansprakelijkheidsrecht draagt niet voor niets die naam: het is een baken voor ontelbare en onbekende slachtoffers die met soortgelijke schade te kampen hebben. Dat niet alleen, maar ook in hetzelfde schuitje zitten: een *up-hill fight* moeten leveren tegen een sterke tegenpartij, qua maatschappelijke positie en qua procespartij. Een arrest met een goed toegepaste omkeringsregel kan een vloed van rechtszaken voorkomen, omdat orde op zaken is gesteld op een gebied waar het recht van de sterkste gold. Dit is dus het tegendeel van het beeld dat de tegenstanders van de omkeringsregel schetsen: een uitnodiging tot nodeloos procederen, de Lorelei die verdwaalde eisers met haar lokstem troost wil bieden (zoals Giesen het eens uitgedrukt heeft). De standaard die de Hoge Raad in 1920 gezet heeft met *Kasteel Strythagen* heeft het gevolg gehad dat sindsdien ongeveer 100.000 zaken van mijnschade in Limburg op die basis naar tevredenheid zijn afgewikkeld, ook al mag men dan die uitspraak volgens sommige dogmatici (en bewindslieden) geen omkering van de be-

48 Het hanteren van ervaringsregels bij bewijs – ook in ons recht een oude figuur, naast de 'notoire feiten' – gaat in de Duitse rechtspraak vrij ver. Wanneer een motorrijder uit de bocht vliegt is er *prima facie* sprake van een te hoge snelheid of een besturingsfout. In HR 19 januari 2001, ECLI: NL:PHR:2001:AA9556, NJ 2001/524, m.nt. J.B.M. Vranken (*Ter Hofte / Oude Monnik*) had de rechter hiermee zijn voordeel kunnen doen. Toepassing van de omkeringsregel werd toen terecht door de Hoge Raad afgewezen, dat lag niet aan die regel, maar aan de casus. Voor het commentaar van Hartlief, e.a., zie kritisch, Van Dunné 2002, op p. 565.

49 Asser/Asser *Procesrecht 3 Bewijs* 2017/303, noot 2, in *fine*; verwezen wordt naar het handboek van Laumen & Prütting, schrijvers die ook Giesen geïnspireerd hebben en niet bekend staan om hun affiniteit met redelijkheid en billijkheid in het bewijsrecht.

50 Zie ook Lock, in zijn eerdergenoemde noot in *JBPR* 2017/48, die terecht de opvatting van Klaassen bestrijdt dat de regel slechts bestemd zou zijn om 'het laatste restje causale onzekerheid' weg te nemen (als c.s.q.n.-verband opgevat).

51 Die bewijsinstrumenten van de rechter kwamen al eerder aan de orde, de medewerkingsplicht (verzwaaarde informatieplicht). Een voor mij favoriet middel, eenvoudig en doeltreffend maar minder bekend, is de figuur van wat ik noem: 'het ophangen van een partij aan haar eigen stellingen' als grond voor omkering van de bewijslast. Het chemisch afval 'placht altijd te worden afgevoerd' (*Haagse gasfabriek* 1987); bij zo'n operatie 'komt nooit vloeibaar botcement op die plaats terecht' (Heupoperatie 1987); 'de kruiken werden altijd op de sluiting van de dop gecontroleerd' (*Jumbo II*, 1974). Nu werd er daadwerkelijk chemisch afval op het terrein gevonden, na de operatie werd vloeibaar botcement op de plaats van de *nervus ischiadicus* aangetroffen, de kruik lekte bij de sluiting, de conclusie moet

dan zijn dat het vermoeden bestaat dat het management van het bedrijf bij het nemen van de maatregelen gefaald heeft, de arts een fout gemaakt heeft. Het bedrijf/de arts mag bewijzen dat dit niet zo is, vaak een *probatio diabolica*, een duivels moeilijk bewijs omdat de administratie of feitelijke onderbouwing ontbreekt, met het gevolg dat eiser in zijn vordering slaagt. Zie voor de bronnen Van Dunné 2004, p. 493 en p. 901.

⁵² Zie Van Dunné, *NJB* 2018. De Groningers zijn er echter niet geslaagd om dit in hun voordeel te gebruiken, in hun overleg met EZ en de NAM.

⁵³ Zie hiervoor Van Dunné 2004, p. 495 e.v. en p. 505, en eerder: J.M. van Dunné, 'Causaliteitsproblemen in het milieu-aansprakelijkheidsrecht: alternatieve causaliteit en res ipsa loquitur (II)', *TMA* 1999, afl. 5, p. 145-158.

⁵⁴ Zie hiervoor Van Dunné 2004, p. 409, met bronvermeldingen. Opmerkelijk is dat Giesen in zijn dissertatie bepleit heeft om bij causaliteit de waarschijnlijkheid een schaal te geven, bij voorkeur een kans van 75%, door mij besproken op p. 499.

wijslast noemen.⁵² Wij zagen dat civiele *Godfathers* als Meijers en Scholten daar anders over dachten, voor de oorlog, en een autoriteit als Veegens, na de oorlog. In Groningen zijn er al 90.000 schadegevallen die in het gaswinningsgebied voor het overgrote deel niet, of hoogst onbevredigend (met een fooi) door de mijnexploitant NAM afgewikkeld zijn, of nog steeds daarop wachten. Dat is typisch een situatie waar de omkeringsregel goed werk kan doen; na decennia van tegenwerking van de Staat (EZ, met de NAM in de coulissen) heeft de Kamer ten slotte een wettelijke regel afgedwongen, die zoals wij zagen op allerlei manieren uitgedoekt is door de Staat (art. 6:177a BW). Om die reden werd in paragraaf 2 deze (gefaalde) toepassing van de omkeringsregel op dat gebied aan de orde gesteld.

De omkeringsregel heeft dus grote betekenis voor schadevormen die zich met enige regelmaat kunnen voordoen, archetypische gebeurtenissen (dienstverlener faalt, machine ontploft, dijk bezwijkt) en ook grootschalige schades die tegenwoordig onder de noemer 'massaschade' (*mass tort*) gebracht kunnen worden. De grondslag voor toepassing van de omkeringsregel in de jurisprudentie, heb ik eens betoogd, bestaat uit vier categorieën, die elkaar veelal zullen overlappen: informatie-monopolie of kennisvoorsprong van de tegenpartij (1), gevaarstelling (2), schending van veiligheidsnormen (3) en omstandigheden van het geval (4).⁵³ In de literatuur en de meeste handboeken is er stiefmoederlijke aandacht voor dit onderwerp, terwijl dat al in 1902 door Paul Scholten op de kaart gezet was (en eerder, in zijn dissertatie van 1899), als causaliteit gebaseerd op 'de verhoogde kans'. Die visie werd door Meijers in 1935 onderschreven. Beiden hadden daarbij vooral schade veroorzaakt door bedrijven op het oog;

zoals Meijers het formuleert: het gaat om 'niet meer dan dat het bedrijf de kans op het ongeval objectief verhoogd heeft', ook al is dat qua waarschijnlijkheid 'een mogelijkheid van één op de tienduizend'.⁵⁴ De risicoleer (met 'gevaarstelling', vertaling van *Gefährdungshaftung*) werd in 1913 in de NJV door de preadviseurs bepleit en kregen toen veel bijval. Het is een ontwikkeling die de (naoorlogse) Asser-serie echter nooit gehaald heeft, en dat wrekt zich nog steeds. Aan de industriële revolutie werd dus ook door juristen aandacht gegeven, al ruim een eeuw geleden.

De omkeringsregel is in wezen een oud stuk gereedschap voor de rechter en de rechtszoekenden. Behalve dat hier enig respect op zijn plaats is, geldt de oude regel dat je oud gereedschap niet moet weggooien voordat je een nieuw en beter werktuig tot je beschikking hebt

De figuur die tegenwoordig de 'omkeringsregel' genoemd wordt, heeft lange, historische wortels. Hij was in het verleden van groot belang en dat is met alle toegenomen risico's die industrie en dienstverlening in hun moderne vorm doen ontstaan niet minder geworden. Het is in wezen een oud stuk gereedschap voor de rechter en de rechtszoekenden. Behalve dat hier enig respect op zijn plaats is, geldt de oude regel dat je oud gereedschap niet moet weggooien voordat je een nieuw en beter werktuig tot je beschikking hebt.



Burgerlijk Procesrecht 2018/2019

A.W. Jongbloed & C.H. van Rhee | ISBN 978-94-9276-621-2 | € 37,50
24e druk 2018 | 946 pagina's

Selectie van de belangrijkste wet- en regelgeving op het gebied van het burgerlijk procesrecht zoals deze geldt op 1 maart 2018. Inclusief de gefaseerd in werking tredende KEI-wetgeving.