

De omkeringsregel nader bezien: omkering bewijslast of omkering omkeringsregel?

Inleiding

Op 29 november 2002 heeft de Hoge Raad twee arresten op het gebied van de zogenoemde ‘omkeringsregel’ gewezen (HR 29 november 2002, RvdW 2002, 190 en 191). Deze arresten vormen het sluitstuk van een reeks arresten die de Hoge Raad met betrekking tot dit onderwerp de afgelopen jaren heeft gewezen. Ook in de literatuur heeft de omkeringsregel de laatste tijd veel in de schijnwerpers gestaan. De omkeringsregel vormt een uitzondering op de hoofdregel ter zake van bewijslevering als geformuleerd in art. 150 Rv (177 Rv oud) (‘wie stelt moet bewijzen’), en houdt in dat indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken

gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven geroepen en de risico's in verband met de gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven. Het is aan degene die op grond van de gedraging wordt aangesproken om te stellen en te bewijzen dat de schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan. In een eerdere reeks arresten leek de Hoge Raad de omkeringsregel een vrij brede toepassing te willen geven, zodanig zelfs dat de vraag rees of bij vrijwel ieder onrechtmatig handelen en iedere wanprestatie de omkeringsregel van toepassing was. Een dergelijke algemene aanvaarding van de regel zou aanzienlijke consequenties meebrengen. De bewijslast ter zake van het verband tussen het onrechtmatig handelen c.q. de wanprestatie en de schade wordt op deze manier immers automatisch gelegd op degene die de onrechtmatige daad c.q. de wanprestatie heeft gepleegd, hetgeen het voor een gelaedere aantrekkelijker maakt een procedure aan te spannen (zie in deze zin Vranken in zijn noot onder HR 23 november 2001, NJ 2002, 387. Ook Drion spreekt van het gevaar van 'Amerikaanse toestanden' (Drion, NJB 2000, p. 1958)).

In de onderhavige arresten heeft de Hoge Raad de omkeringsregel nader willen toelichten en uitwerken. Het is de vraag of de Hoge Raad met deze arresten een andere wending geeft aan de omkeringsregel. Deze vraag zal in dit artikel aan de orde komen. Alvorens de arresten worden besproken, zal kort aandacht worden besteed aan de eerdere arresten die de Hoge Raad op dit gebied heeft gewezen.

Geschiedenis

De omkeringsregel werd door de Hoge Raad voor het eerst in 1957 toegepast bij schending van verkeersnormen. Later breidde de Hoge Raad de regel uit tot gevallen van schending van veiligheidsnormen. De rechtvaardiging voor toepassing van de regel bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen ligt in de aard van deze normen: beide strekken tot bescherming tegen het gevaar van ongelukken. Indien deze normen worden geschonden, wordt het gevaar voor ongevallen *in het algemeen* verhoogd. Nadien heeft de Hoge Raad de regel ook in andere gevallen van onrechtmatig handelen toegepast. De doorbraak vormde het Dicky Trading II-arrest (HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607), waar de regel werd toegepast in een geval van een beroepsfout van een notaris. Het Sint-Willibrord-arrest (HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584) ging nog een stapje verder en werd door sommigen in de literatuur aangegrepen als bewijs dat de Hoge Raad de omkeringsregel had opengebroken naar

het gehele terrein van onrechtmatig handelen c.q. tekortkorten.

Het Oude Monnik-arrest (HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524) markeerde daarentegen een keerpunt in de zin dat de Hoge Raad de regel begon in te vullen. De Hoge Raad oordeelde dat de omkeringsregel slechts voor toepassing in aanmerking komt als de benadeelde aannemelijk heeft gemaakt dat door de normschending het risico van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dat dit risico zich heeft verwezenlijkt. In een tweetal arresten van 23 november 2001 (HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387) bakende de Hoge Raad de reikwijdte van de omkeringsregel verder af. In deze zaken ging het om schending van de informatieplicht van een arts met betrekking tot complicaties die bij een operatie kunnen optreden. In beide gevallen had de arts zijn patiënte voorafgaande aan de operatie onvoldoende ingelicht over de risico's en de mogelijke gevolgen van het mislukken van de ingreep, hetgeen schending van de wettelijke informatieplicht impliceert (art. 7:448 en 7:450 BW). In het ene geval hield de patiënte aan de operatie een zenuwbeschadiging aan haar pols over, het andere geval resulteerde in een totale dwarslaesie bij de patiënte. De Hoge Raad oordeelde dat de *strekking* van de informatieplicht over de risico's van de operatie niet is om te beschermen tegen de risico dat de operatie mislukt en tegen de mogelijke gebreken die daarvan het gevolg zijn; de strekking is om patiënten in staat te stellen weloverwogen hun zelfbeschikkingsrecht uit te oefenen. De informatieplicht beschermt dus tegen het risico dat patiënten een keuze maken die ze wellicht niet gemaakt zouden hebben als ze wel goed geïnformeerd waren geweest. Door hun wanprestatie hadden de artsen dit risico in het leven geroepen. Dit risico kan echter niet worden vereenzelvigd met het risico op een zenuwbeschadiging of dwarslaesie bij het mislukken van de operatie.

HR 29 november 2002, RvdW 2002, 190 en 191

Ruim een jaar later heeft de Hoge Raad twee nieuwe arresten op dit gebied gewezen. De ene zaak betrof de – achteraf gezien onterechte – weigering door een gemeente van een vergunning aan een pluimveehouder die zijn bedrijf wenste te wijzigen in een pluimvee- en fokzeugenbedrijf. De pluimveehouder realiseerde uiteindelijk niet de omzetting van zijn bedrijf en vorderde vergoeding van schade van de gemeente. De gemeente verdedigde zich met de stelling dat het onwaarschijnlijk was dat de pluimveehouder financiering voor de omzetting van zijn bedrijf had kunnen verkrijgen. Om deze reden ontbrak volgens de gemeente het causaal verband

tussen de onrechtmatige weigering van de vergunning en de door de planverstoeter beweende schade: de schade was ook ingetreden indien de gemeente de vergunning niet had geweigerd.

In de andere zaak ging het er kort gezegd om dat de gedaagden hadden verzuimd een tankcontainer tijdig te laten keuren. De tankcontainer, bevattende schadelijke stoffen, werd vervoerd naar een terrein, geëxploiteerd door een transportbedrijf. Op dat terrein begon de tankcontainer hevig te lekken. Het transportbedrijf leed schade doordat de bodem van het terrein als gevolg van de lekkage was verontreinigd.

De vraag die in cassatie in beide zaken aan de orde kwam, was of de omkeringsregel diende te worden toegepast. Alvorens op deze vraag in te gaan besteedde de Hoge Raad in beide arresten aandacht aan de 'toelichting en uitwerking' van de omkeringsregel. De Hoge Raad oordeelde dat voor toepassing van de omkeringsregel vereist is dat vast is komen te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een *specifiek gevaar* ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het *concrete geval* het 'specifieke' gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt (zie overwegingen 3.6 en 3.5.3 van de respectievelijke arresten).

Na deze toelichting en uitwerking oordeelde de Hoge Raad dat er in beide zaken geen plaats was voor toepassing van de omkeringsregel. In de ene zaak was de Hoge Raad van mening dat door de weigering van de gemeente de vergunning te verlenen alleen de mogelijkheid was gegeven dat de eiser als gevolg van deze weigering schade had geleden. Gelet op de aard van de schade lag causaal verband tussen de weigering en het niet doorgaan van de bouw en de daaruit voortvloeiende schade niet zonder meer voor de hand. Daarnaast had de eiser niet aannemelijk gemaakt dat de door hem gestelde schade het gevolg was van de onrechtmatige weigering van de vergunning. In de andere zaak oordeelde de Hoge Raad dat de schending van de verplichting de container te keuren aan te bieden niet een vermoeden opleverde dat het ongeval was ontstaan als gevolg van een gebrek aan de container.

Bespreking

In de arresten van 23 november 2001 legde de Hoge Raad voornamelijk nadruk op de *strekking* van de geschonden norm. Het was duidelijk dat door schending van de norm (de informatieplicht van de arts) niet het

risico van de schade (voortvloeiende uit het mislukken van de operatie) in het leven was geroepen. Daarnaast geldt als het ware een extra schakel, te weten het uitvoeren en het mislukken van de operatie. In de onderhavige arresten is er van een dergelijke tussenschakel geen sprake. De Hoge Raad kijkt hier dan ook meer naar de *aannemelijkheid* dat het specifieke gevaar waartegen deze norm bescherming biedt, zich daadwerkelijk heeft verwezenlijkt. De Hoge Raad toetst aan twee vereisten. Allereerst dient sprake te zijn geweest van een gedraging in strijd met de norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade. Degene die zich op schending van deze norm beroept, dient voorts bij betwisting aannemelijk te maken dat in het concrete geval het 'specifieke' gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt. Indien onvoldoende aannemelijk is dat de normschendende gedraging de oorzaak van de schade is – bijvoorbeeld omdat er zich andere omstandigheden hebben voorgedaan die zelfstandig tot de schade zouden hebben kunnen geleid – is het niet redelijk het bewijsrisico te verplaatsen van de benadeelde naar de dader van de normschendende gedraging. In dit verband citeert A-G Hartkamp in zijn conclusie voor het tweede van de onderhavige arresten A-G Bakels en stelt:

'Zoals A-G Bakels terecht schrijft (...) heeft de omkeringsregel betrekking op het laatste restje onzekerheid over het causale verband dat resteert na de constatering dat er een reële mogelijkheid is dat de normschendende gedraging de schade heeft veroorzaakt. In zo'n geval is het redelijk het laatste restje onzekerheid voor risico te brengen van degene die de norm overtrad.' (zie onder 10 van de conclusie)

Conclusie

Van een omkering van de omkeringsregel kan niet worden gesproken – met de onderhavige arresten heeft zich geen kentering voorgedaan in de tot nu toe door de Hoge Raad gevolgde lijn. In een aantal eerdere arresten heeft de Hoge Raad het toepassingsgebied van de omkeringsregel verbreed. Sinds de komst van het Oude Monnik-arrest heeft de Hoge Raad de reikwijdte van de omkeringsregel daarentegen willen beteugelen. De onderhavige arresten vormen hiervan het sluitstuk. Wil de omkeringsregel toepassing genieten, dan dient sprake te zijn geweest van een gedraging in strijd met de norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade. Het is aan degene die zich op schending van deze norm beroept (de benadeelde), om bij betwisting aannemelijk te maken dat in het concrete geval het 'specifieke' gevaar waartegen de norm bescherming beoogt

Vennootschap & Onderneming

te bieden, zich heeft verwezenlijkt. Slaagt de benadeelde er niet in dit te bewijzen, dan zal hij zelf het causale verband tussen de normschending en de schade dienen te bewijzen. Voor ‘Amerikaanse toestanden’ behoeven wij in Nederland – vooralsnog – niet bevreesd te zijn.

Mr. J. de Bruyn Ouboter
NautaDutilh
