

Verkeersaansprakelijkheid

onder redactie van
prof. mr. A.J. Verheij en mr. H. Vosselman

mr. G.M. van Wassenae
mr. R. Rijnhout
prof. mr. I. Giesen
mr. A.J.J.G. Schijns
mr. J.W. van Rijkom

E.C.M. Esveld, M. Klein Meuleman en A. Wienjens

Aansprakelijkheid, de wegbeheerder en het verkeer: een overzicht van bewijs(last)kwesities*

Ivo Giesen**

A Inleiding

In deze bijdrage zal ik binnen het ruime thema 'Aansprakelijkheid en het Verkeer' – dat wil zeggen: de reguliere verkeersaansprakelijkheid, inclusief de aansprakelijkheid van wegbeheerders – aandacht schenken aan vragen van bewijsrecht, specifiek de bewijslastverdeling.² Dat is een ruime opdracht, die vergt dat ik zowel de verkeersaansprakelijkheid als de wegbeheerdersaansprakelijkheid moet 'afdekken'. Die opdracht is in feite zo ruim dat die op zichzelf misschien wel twee bijdragen zou rechtvaardigen. De inhoud die gevraagd wordt, vergt dat misschien ook wel, want praktisch gesproken is de bewijsvraag in dit type zaken van eminent belang. We weten best wel redelijk hoe de materiële aansprakelijkheidsregels in elkaar stecken, maar ga dan nog maar eens bewijzen dat de eigen cliënt aan de goede kant van de regels zit. Is het dan misschien nog mogelijk om het bewijsrecht te benutten? Is er via de bewijsroute nog wat te halen of te voorkomen? Ik denk het wel, en zal dat laten zien.

Wat daarvan verder zij, ik snap natuurlijk ook wel dat er weinig lezers te vinden zijn die op twee bijdragen over de processuele aspecten van een thema zitten te wachten, en dus zal ik scherpe keuzes maken in wat ik wel en niet bespreek, en kort zijn waar dat kan.

Ik deel deze bijdrage zo in dat ik eerst de bewijslast bij verkeersaansprakelijkheid bespreek (onderdeel B), mij daarbij richtend op zowel het risico-element als de onrechtmatigheid en het causale verband, alsmede de eigen schuldvraag, en dat ik

* Dit artikel verscheen eerder in het tijdschrift *Verkeersrecht*.

** Hoogleraar burgerlijk recht verbonden aan het Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Ucall) en aan het Molengraaf Instituut van de UU, en tevens Onderzoeksdirecteur van het departement RGL.

1 Dit artikel is een bewerking van de voordracht die ik verzorgde tijdens het 12^e Gronings Letschadecongres op 1 oktober 2018, met ontwikkelingen nadien (zoals het *Arx Aequi*-artikel van J.M. van Durné over de omkeringsregel (A.4 2018, p. 840 e.v.) kon geen rekening meer worden gehouden. In deze bijdrage bouw ik in onderdeel B voort op enkele eerdere eigen publicaties (onderdeel B.1-B.4 is grotendeels ontleend aan Giesen 2001, onderdeel B.4 stamt decisis uit Giesen 2009, en onderdeel B.5 is gebaseerd op Giesen 2016).

2 Aan andere aspecten van het bewijsrecht zal ik hierna niet kunnen toekomen. Zie inzake de stelplicht bijv. I. Giesen, Voetangels en klemmen in het 'letselschadebewijsrecht', in: J.G. Keizer e.a., *Wie eist bewijst, wie stelt krijgt geld* (LSA bundel), BoomJuridisch. Den Haag 2017, p. 45-64.

daarna de steven zal wenden richting (onderdeel C) de wegbeheerder en de onrechtmatigheids- en causaliteitsvraag aldaar zal bezien. In onderdeel D rond ik af.

B Verkeersaansprakelijkheid: art. 185 WvW en art. 6:162 BW

1 De 'onrechtmatigheid' via art. 185 WvW

In Nederland geldt bij een verkeersongeval waarbij (slechts) een motorrijtuig betrokken is, in beginsel art. 185 WvW. Bij een vordering op basis van dat artikel dient de eiser de feitelijke voorwaarden voor toepassing ervan, en dan met name de 'betrokkenheid' van een motorrijtuig bij het ongeval, te stellen en te bewijzen. Contact tussen het motorrijtuig en het niet door dat voertuig vervoerde slachtoffer is voor 'betrokkenheid' niet vereist zolang het verband tussen het motorrijtuig en het ongeval maar wel aanwezig is.³ Ook bij eventuele feitelijke onzekerheid met betrekking tot de in art. 185 WvW genoemde begrippen als 'verkeersongeval', 'weg' (openstaand voor verkeer?) en 'motorrijtuig' (door mechanische kracht voortbewogen?), draagt de eiser het bewijsrisico. Bij de uitleg van deze begrippen lijkt de voorkeur overigens uit te gaan naar een uitleg die tot een ruim toepassingsbereik van art. 185 WvW leidt.⁴

Het bewijs dat aan de voornoemde voorwaarden is voldaan, is in beginsel voldoende voor aansprakelijkheid van de gedaagde op basis van art. 185 WvW. De eiser hoeft derhalve niet een 'fout' van de bestuurder aan te tonen. Integendeel, het is aan de aangesprokene om *annemelijk* te maken dat er van *overmacht* sprake was.⁵ De stelling van de gedaagde dat er sprake was van overmacht, dient de eiser overigens wel gemotiveerd te betwisten.⁶ Een beroep op overmacht kan slechts opgaan indien de bestuurder 'rechten geen enkel verwijt' kan worden gemaakt.⁷ Het systeem van art. 185 WvW behelst daarmee, in mijn visie, een (zeer) zware schuld-aansprakelijkheid, gekoppeld aan een omkering van het bewijsrisico ten aanzien van de 'onrechtmatigheid' (en de verwijtbaarheid). Zonder enige onzorgvuldigheid

3 Zo is voertuig C betrokken bij een ongeval als dat voertuig tegen voertuig B botst, waardoor voertuig B de bestuurder van voertuig A raakt die zich tussen voertuig A en B bevindt na een eerdere aanrijding.

4 Zie I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Bju: Den Haag 2000, p. 132, met verdere verwijzingen naar o.a. C.C. van Dam, *Bewijs bij verkeersongevallen*, in: F. Sindermann e.a., *Bewijs en letselschade* (LSA bundel), Vermande: Lelystad 1998, p. 38. Vergelijk IIR 25 februari 2000, NJ 2000/331 (*Ten Tije/OLM*), waarbij het begrip 'vervoerd worden' beperkt uitgelegd werd, zodat art. 185 WvW toegepast kon worden.

5 Zie bijvoorbeeld *Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-1/ 2015/288*, en reeds Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 38 en 39, die aangeeft dat een onbekend gebleven toedracht voor rekening van de gedaagde komt, omdat overmacht dan niet aannemelijk is.

6 Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 39. Het bewijsrisico blijft echter bij de gedaagde, vergelijk ook IIR 5 december 1997, NJ 1998/209 (*Wijings/Klaverblad*).

7 Zie onder andere IIR 22 mei 1992, NJ 1992/527 (*ABP/Winterthur*); IIR 4 oktober 1996, NJ 1997/147 (*Dijksma/Klaverblad*); H.A. Bouman, 'Van bewijslast naar bescherming. Artikel 31 Wegenverkeerswet, I/R 1987, p. 86; T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, 2^e druk, Kluwer: Deventer 1999, p. 125; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidrecht*, Bju: Den Haag 2000, nr. 1308.

(en verwijtbaarheid) aan de kant van de gedaagde is deze in principe immers niet aansprakelijk, maar het is wel aan de gedaagde om dat, via een lastig beroep op overmacht, aan te tonen. Het gedrag⁸ van de gedaagde is daarmee nog steeds relevant voor de beoordeling van diens aansprakelijkheid.⁹ Daarom geef ik er dan ook de voorkeur aan om hier niet van een risicoaansprakelijkheid te spreken – daarbij is immers het gedrag van de aangesprokene niet bepalend – al realiseer ik me dat dit niet de heersende leer is.¹⁰ Dat gezegd zijnde, geef ik tevens direct toe dat de ruimte voor de gedaagde om het van hem verlangde bewijs te leveren, zodanig beperkt is dat de term 'schuld-aansprakelijkheid' in dit verband wellicht wel wat vreemd klinkt.¹¹

Ten aanzien van het bewijs van overmacht dient nog benadrukt te worden dat daarbij 'aannemelijkheid' volstaat.¹² De bewijswaarderingsmaatstaf ligt derhalve lager dan gebruikelijk (dat wil zeggen lager dan 'de redelijke mate van zekerheid'), zodat het antonon van overmacht in beginsel makkelijker wordt voor de gedaagde.¹³ Hieruit volgt echter niet dat overmacht niet bewezen hoeft te worden. 'Aannemelijk maken' is immers een lichtere vorm van bewijzen.¹⁴

8 Zo eerder al Giesen 2001, p. 133-134. De opvatting van Hartkamp en Sieburgh (*Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-1/ 2015/279-280*) dat art. 185 WvW verder gaat dan een bewijsrisico-omkering omdat overmacht aangevoerd moet worden, gaat mijns inziens niet op als dat overmachtsbegrip vervolgens wordt ingevuld als 'geen enkel verwijt'. Zie over het karakter van deze bepaling ook de literatuur in Giesen 2001, p. 131.

9 Zie Hartlief/Tjittes 1999, p. 138.

10 Vergelijk in dit verband nog Hartlief/Tjittes 1999, p. 125 ('tendert naar'). Hartkamp & Sieburgh (*Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-1/ 2015/279-280*) stellen dat er hier sprake is van een risicoaansprakelijkheid (dat is de heersende leer, zie C.H.M.W. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, diss. Tilburg 1994, p. 247; Van Dam 2000, nr. 1002). Zij omschrijven zulks (nr. 28) als aansprakelijkheid ondanks het ontbreken van onrechtmatigheid of van schuld in de zin van verwijtbaarheid. Als daarmee bedoeld wordt dat deze elementen niet meer van belang zijn, dan geldt hier geen risicoaansprakelijkheid, want mijns inziens kan niet gezegd worden dat het gedrag van de dader, en de verwijtbaarheid daarvan, hier geen rol meer speelt. Als bedoeld wordt dat deze elementen niet hoeven vast te staan om aansprakelijkheid te kunnen aannemen, dan leidt die opvatting ertoe dat elke bewijsrisico-omkering een risicoaansprakelijkheid introduceert, hetgeen mijns inziens te ver voert.

11 Art. 185 WvW is mijns inziens dan ook een mooi voorbeeld van het soms zeer graduele verschil tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid.

12 Zie IIR 22 mei 1992, NJ 1992/527 (*ABP/Winterthur*), en met name IIR 18 juni 1971, NJ 1971/354 (*Wickman/Kamphuis*); *Asser/Hartkamp & Sieburgh 2015/288*.

13 IIR 18 juni 1971, NJ 1971/354 (*Wickman/Kamphuis*). Dan nog is dit bewijs niet makkelijk te leveren, zie E.F.D. Engelhard & G.E. van Maanen, *Aansprakelijkheid voor verkeersongevallen*, AAL: Nijmegen 1998, p. 18.

14 Zie Giesen 2001, p. 57, doch anders bijvoorbeeld Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 41. Bij toepassing van andere risicoaansprakelijkheden, zoals art. 6:174 BW, zie hierna, speelt de onrechtmatigheid in gebruikelijke zin geen rol, maar ook daar geldt een bewijslastverdeling, waarbij de eiser in beginsel de voorwaarden voor intreden van de risicoaansprakelijkheid moet bewijzen, net zoals dat bij art. 185 WvW het geval is. Zie IIR 30 november 2012, NJ 2012/689 (Funderingsproblematiek Dordrecht), r.o. 4.1, en IIR 4 april 2014, NJ 2014/368 (*Reaal/Deventer*), r.o. 3.6.1.

2 De onrechtmatigheid via art. 6:162 BW

Naar Nederlands recht geldt de verzwaarde aansprakelijkheid van art. 185 WvW niet indien er sprake is van – grof gezegd – een botsing tussen twee motorrijtuigen of tussen twee niet-motorrijtuigen. Voor de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag moet in zo'n geval teruggegrepen worden op art. 6:162 BW. Het is dan aan de eiser om te stellen en bewijzen dat een onrechtmatige daad is gepleegd.¹⁵ Aldus dient de eiser de onzorgvuldigheid, de strijd met een rechtsplicht of de inbreuk op een subjectief recht aan te tonen, waarbij die eerste categorie meestal de belangrijkste is, hoewel er juist in het verkeersrecht vele bruikbare wettelijke plichten te ontwaren zijn.¹⁶ Voldoende is daarbij overigens dat de gedaagde 'enig verwijt' gemaakt kan worden, zodat een hoge mate van zorgvuldigheid is vereist.¹⁷

Uit het feit dat de gedaagde de stellingen van de eiser heeft betwist, volgt uiteraard niet dat de bij de betwisting door de gedaagde aangevoerde feiten ook door die gedaagde bewezen zouden moeten worden. In een dergelijk geval worden immers de door de eiser gestelde feiten door de gedaagde betwist – namelijk door daar andere feiten tegenover te stellen – en dit leidt er dan niet toe dat die gedaagde ook het bewijsrisico op zich neemt.¹⁸ Van een bewijsrisico-omkering, die op dit terrein net als elders toch al schaars zijn,¹⁹ is dan ook geen sprake.

Ook de zogenoemde verzwaarde motiveringsplicht of aanvullende stelplicht – waarover later meer – wordt op dit terrein niet aanvaard.²⁰ Gezien de ratio van dat instrument (voorkomen dat materieelrechtelijke aanspraken illusoir worden), is zulks te billijken, omdat dit gevaar van illusoire aanspraken in verkeersaansprakelijkheids-

zaken niet direct aanwezig lijkt.²¹ Op basis van art. 185 WvW en een ruime toepassing van art. 6:162 BW is aansprakelijkheid immers over het algemeen redelijk te verwachten. Daar komt nog bij dat de bewijsvoering bij verkeersongevallen veelal afhankelijk is van politierapporten en getuigenbewijs. Dat zijn bewijsmiddelen die in beginsel niet (alleen) bij de gedaagde in bezit zullen zijn, zodat de gedaagde over het algemeen niet in staat zal zijn om de eiser nog zinnvolle aanknopingspunten voor de bewijsoverlevering te verschaffen welke die eiser niet ook zelf had kunnen vergaren. Het wel aanvaarden van een aanvullende stelplicht op dit terrein zou mijns inziens dan ook weinig behulpzaam, en onnodig, zijn geweest.

Daar komt dan nog bij dat het de rechter vrij staat om op grond van een vermoeden (voorschands) de onzorgvuldigheid aan te nemen, bijvoorbeeld op grond van de toedracht van het ongeval, waarna het volgens de rechtspraak aan de gedaagde is om 'overmacht' te bewijzen,²² een aanvullende stelplicht daarnaast is dan niet nodig. Na acceptatie van zo'n vermoeden moet men vervolgens zeggen dat de bewijsoverlast ten aanzien van de onrechtmatigheid is verschoven naar de gedaagde, omdat de eiser voorschands de feiten heeft bewezen.²³ De gedaagde moet dan met tegenbewijs²⁴ komen dat de voorschands gegeven onrechtmatigheid ontkracht. Deze moet twijfel zaaien, doch niet meer dan dat, want het behelst hier geen omkering van het bewijsrisico.

3 De rechtvaardiging voor deze regels

Als wij het terrein van de verkeersaansprakelijkheid in een wat breder perspectief bekijken, en daartoe zowel het materiele recht als de bewijsrisicoverdeling in ogenschouw nemen, dan blijkt een aantal argumenten voor het eventueel verzwaren van aansprakelijkheid te pleiten; een dergelijke verzwaaring zou dan ook via het bewijsrecht gerealiseerd kunnen worden. Het eerste argument sluit aan bij wat de Engelse rechter Bramwell al in 1880 zei:

*'It is just and reasonable that if a person uses a dangerous machine, he should pay for the damage which it occasions; if the reward which he gains for the use of the machine will not pay for the damage, it is mischievous to the public and ought to be suppressed, for the loss ought not to be borne by the community or the injured person. If the use of the machine is profitable, the owner ought to pay compensation for the damage.'*²⁵

21 Zie nader Giesen 2001, p. 42–43, en over die ratio met name de conclusie van A-G Asser voor IHR 10 januari 1997, NJ 1997/286 (Notaris W./W).

22 Zie onder andere IHR 26 maart 1982, NJ 1982/292 (Hemmaker/Smeets); IHR 25 maart 1994, NJ 1994/549 (Van Amerfoort/Waarborgfonds); Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 29.

23 IHR 24 september 1993, NJ 1993/226 (Winterthur/Schutter).
24 In IHR 6 december 1996, NJ 1997/207 (Toering/AD), r.o. 3.7, gaat de Hoge Raad er mijns inziens ten onrechte vanuit dat tegendeelbewijs nodig zou zijn.

25 Zie Powell v. Fall [1880] 5 Q.B.D. 597. Vergelijk ook de uitspraak van de hoogste Duitse rechter (zie BGH 105, 65, op p. 68), over de aansprakelijkheid op basis van § 7 SIVG, welke gegrond is op het principe 'daß sich ein Risiko verwirklicht, welches die Rechtsordnung zur Nutzung des technischen Fortschritts zuläßt'.

15 Zie bijv. IHR 15 januari 1993, NJ 1993/568 (Huis/Ceha); IHR 24 september 1993, NJ 1994/226 (Winterthur/Schutter); HR 9 oktober 1998, NJ 1999/195 (Klaverblad/VGZ); Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 32; Hartlief/Tjittes 1999, p. 136, en de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, nr. 11, voor HR 14 juli 2000, RvdW 2000/177 (Geertsema/HTM).

16 Zie bijvoorbeeld Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 28.

17 Zie Van Dam 2000, nr. 1311; Hartlief/Tjittes 1999, p. 136. Vergelijk ook de op basis van art. 6:162 BW gewezen arresten IHR 15 januari 1993, NJ 1993/568 (Puis/Ceha); IHR 29 januari 1999, NJ 1999/245 (Filipovic/Interpolis Schade), en IHR 14 juli 2000, RvdW 2000/177 (Geertsema/HTM).

18 Zie IHR 23 oktober 1992, NJ 1992/813 (Centraal Ziekenfonds/Van der Velden); IHR 24 september 1993, NJ 1994/226 (Winterthur/Schutter); HR 9 oktober 1998, NJ 1999/195 (Klaverblad/VGZ), en Van Dam, LSA-bundel 1998, p. 32. Zie ook nog Rb. Noord-Nederland 1 november 2017, IHR 2018/114 (A./Reaaf), r.o. 6.5.

19 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 28 april 1992, IHR 1993/78 (Pullen/Royal Nederland), en IHR 31 oktober 1997, NJ 1998/85 (Stad Rotterdam Verzekering/Zonneveld), waarin bijvoorbeeld het gegeven dat de wederpartij een bloedproef weigerde, niet voldoende bleek om tot een bewijsrisico-omkering (ten aanzien van de eigen schuld) over te gaan. Uit IHR 29 januari 1999, NJ 1999/245 (Filipovic/Interpolis Schade) volgt overigens dat zo'n omkering niet per se uitgesloten is, hoewel die in dat arrest niet aanvaard werd. Een omkering ex redelijkheid en billijkheid (i.v.m. bewijsnood) werd recent nog afgewezen in Rb. Noord-Nederland 1 november 2017, IHR 2018/114 (A./Reaaf), r.o. 6.9.

20 IHR 29 januari 1999, NJ 1999/245 (Filipovic/Interpolis Schade).

Dat heeft verstrekkende gevolgen. Immers, indien de gedaagde er niet in slaagt om overmacht aan te tonen, staat vast dat deze een verkeersnorm heeft geschonden omdat hem in zo'n geval 'rechtsens een verwijt' kan worden gemaakt. Op dat moment staat dus de onrechtmatigheid vast (zie hiervoor). Dit heeft dan weer tot gevolg dat in beginsel ook het causale verband is gegeven, tenzij het tegendeelbewijs op dat punt wordt geleverd door de gedaagde.

Het is de zo omschreven, in de rechtspraak inzake verkeers- en werkgeversaansprakelijkheid geaccepteerde omkering van de bewijslast ten aanzien van het causale verband geweest, die de aanleiding was voor de opkomst van de 'omkeringsregel' in de jaren negentig en nul, startend met de zeer algemene formulering van de Hoge Raad in het *Dicky Trading I*-arrest uit 1996, een procedure tegen een notaris die naliet een van de comparanten te waarschuwen tegen de gevaren van een financiële transactie.³⁰ De Hoge Raad bepaalde '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 is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven'. En zo hadden we opeens de regel die later de omkeringsregel is gaan heten.³¹ De bevestiging dat het een algemene regel betrof, kwam in het arrest *Sint Wilibrord* uit 2000.³² Toen werden de betrokkenen echt wakker en werd opeens in elke procedure op de omkeringsregel gewezen.

In 2002 ging de Hoge Raad vervolgens uitleggen wat hij beoogde met de omkeringsregel en werd het bereik ervan nader afgebakend en ingeperkt. De Raad overwoog inzake de toepassingsvoorwaarden onder andere, na een hele reeks inleidende en afbakende overwegingen:

'Voor de toepassing van voormelde regel is dus blijkens het vorenstaande vereist dat is komen vast 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.'

De stand van zaken was daarmee dus deze dat de regel toegepast kan worden indien, aldus de Hoge Raad, 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' terwijl bovendien 'degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.' Duidelijk was

Woorden van gelijke strekking kunnen ook gesproken worden over de verkeersaansprakelijkheid. Het gebruik van zaken die een gevaar opleveren zonder dat ze genoeg 'winst' opleveren om de 'kosten' van dat gevaar te dekken, moet tegengegaan worden. En als die 'winst' wel voldoende is om de 'kosten' te dekken, is het redelijk om de gebruiker van de gevaarlijke zaak de schade te laten vergoeden. Daar tegenwoordig vrijwel niemand zonder motorrijtuigen zou willen of kunnen, is het profijt dat deze opleveren bijkbaar voldoende groot om tevens te kunnen aanvaarden dat de eventueel daardoor veroorzaakte schade vergoed moet worden. Anders gezegd: degene die de lusten heeft, zou ook de lasten moeten dragen.²⁶

De rechtvaardiging voor een verzwaarde aansprakelijkheid zou tevens, naast het feit dat ze voor de gebruiker profijt opleveren, gelegen kunnen zijn²⁷ in de mede door een bewijsrisico-omkering verbeterde bescherming van (potentiële) slachtoffers en in het gegeven dat motorrijtuigen nu eenmaal bepaalde gevaren creëren (gevaarzetting). Dat een oplossing via het bewijsrecht bovendien geschikt is om die doelen te bereiken, blijkt alleen al hieruit dat ook op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid de bewijsrisicoverdeling regelmatig beslissend is, getuige ook de lagere rechtspraak.²⁸

4 Bewijs van het causale verband

Naar Nederlands recht vereist art. 185 WvW, net als art. 6:162 BW, ook nog dat er causaal verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis (het verkeersongeval) en de schade bestaat. Het bewijsrisico te dien aanzien, dat normaal op de eiser rust, wordt in de praktijk sinds jaar en dag omgekeerd of ten minste verlicht. Dat zit als volgt.

De Hoge Raad heeft sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw meermalen beslist – als nooit afgeschafte voorloper van de nog te bespreken 'omkeringsregel' – dat indien door een onrechtmatige gedraging een verhoogd gevaar voor schade wordt geschapen en dit gevaar zich ook verwezenlijkt, het causale verband gegeven is, behoudens tegendeelbewijs door de gedaagde.²⁹ Weliswaar is die regel ontwikkeld voor het terrein van de 'gewone' onrechtmatige daad, waarbij de eiser eerst nog de onrechtmatigheid van de kant van de gedaagde dient te bewijzen, maar mijns inziens geldt deze regel ook, zeker gezien het beschermende karakter van art. 185 WvW, indien dat artikel van toepassing is.

26 Zie nader Giesen 2001, p. 154.

27 Zie nader Giesen 2001, p. 154-156, en *Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-11 2013/280*.

28 Zie over de bewijsproblemen op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid reeds H.A. Bouman, 'Van bewijslast naar bescherming. Artikel 31 Wegenverkeerswet', *Vr 1987*, p. 86, alsmede Van Dam, *LSA-bundel 1998*, p. 23. Ook de hier her en der genoemde lagere rechtspraak bewijst die stelling.

29 Zie bijv. HR 16 november 1990, *NJ 1991/55 (Kinderbescherming/Engelen)*, en het hierna besproken arrest HR 24 december 1999, *NJ 2000/428 (Gouda/Lutz)*, *Vr 2000/57*. Zie ook Van Dam, *LSA-bundel 1998*, p. 41; Giesen 2001, p. 140, en met name noot 67 waarin wordt uitgelegd dat de regel in die tijd – al dan niet terecht – als een zuivere bewijsrisico-omkering werd gezien, vandaar dat ik hiervoor ook over 'tegendeelbewijs' sprak.

30 Zie HR 26 januari 1996, *NJ 1996/607 (Dicky Trading I)*, waarover o.a. Giesen 2001, p. 116-118.

31 Dankzij de noot van Snijders onder HR 24 december 1999, *NJ 2000/248 (Gouda/Lutz)*.

32 HR 16 juni 2000, *NJ 2000/584 (Sint Wilibrord I)*.

nu verder dat deze regel als een vermoeden geldt en geen zuitvere omkering van het bewijsrisico betreft.³³

Hoe de toepassing van deze regel dan vervolgens in de praktijk zou moeten uitwerken, was niet altijd even duidelijk. Dat bleek alleen al uit het aantal zaken dat de Hoge Raad haalde, ook nog na november 2002. Uit die rechtspraak noem ik hier specifiek drie verkeersongevallen-zaken, en als eerste het wat oudere arrest *Gouda/Lutz*,³⁴ een ongeval waarbij twee fietsers waren betrokken. Lutz reed tegen het verkeer in op een fietspad. Van de andere kant kwam Hemelaar op zijn racefiets aan; hij is gevallen en in aanrijding gekomen met Lutz. Echter, of Hemelaar nu door de aanrijding is gevallen of dat hij als gevolg van een val met Lutz in aanraking is gekomen, is niet duidelijk. Het hof concludeerde dat het ongeval te wijten was aan het gedrag van Hemelaar, maar de Hoge Raad casseert:

'3.4.2. Het onderdeel is gegrond. Het op een fietspad rijden in de verboden rijrichting is een onrechtmatige gedraging die in het algemeen het gevaar voor verkeersongevallen vergroot. Indien dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen de gedraging en het ongeval in beginsel gegeven: het is dan aan de overtreder om te stellen en te bewijzen dat het ongeval ook zonder dat verkeersgedrag zou zijn voorgevallen (vgl. HR 16 november 1990, nr. 14 013, NJ 1991/55). Dit heeft het Hof klaarblijkelijk miskend.'

Hier verwijst de Raad dus nog naar de al genoemde oudere rechtspraak, van voor het *Dicky Trading I*-arrest.

Ik noem ten tweede het arrest *Aydin/Winterthur*³⁵ waarin de omkeringsregel werd toegepast op een ongeval met een snorfiets en bromfiets, die op een fietspad op elkaar reden. Wie er niet voldoende rechts hield, was onduidelijk. Wel was duidelijk dat de bestuurder van de bromfiets alcohol had gedronken. Die normschending leidde tot toepasselbaarheid van de omkeringsregel. Er was hier immers een (geschreven) verkeersnorm geschonden:

'3.3.3. De norm van art. 8 lid 2, aanhef en onder b, Wegverkeerswet 1994, welke door [verweerder I] gegeven het hiervoor in 3.1 onder (v) vermelde alcoholgehalte van zijn bloed is overtreden, strekt specifiek tot het voorkomen van verkeersongevallen. Door rijden onder invloed wordt het gevaar dat bij een andere weggebruiker schade ontstaat in het algemeen aanmerkelijk vergroot. Dit tezamen in aanmerking genomen, betekent het enkele feit van de aanrijding tussen [verweerder I] en [eiser] reeds dat het specifieke gevaar waartegen genoemde norm bescherming beoogt

33 Zie ook nog het arrest HR 5 juni 2009, NJ 2009/257 (V.A.V.A.). Over de hiervoor besproken voorloper van de omkeringsregel' werd gedacht dat dat een echte omkering van het bewijsrisico betrof, zie hiervoor, hoewel dat niet paste bij het karakter van die regel (welke toch vooral als een vermoeden werd gezien, zie bijv. Giesen 2001, p. 175, in noot 136).

34 HR 24 december 1999, NJ 2000/248 (*Gouda/Lutz*).
35 HR 8 april 2005, NJ 2005/284 (*Aydin/Winterthur*).

te bieden zich hier heeft verwezenlijkt, zodat het hof toepassing had moeten geven aan de omkeringsregel.'

Ofwel: art. 8 lid 2 WVW inzake het rijden onder invloed strekt ertoe verkeersongevallen te voorkomen. Door zulk rijden wordt het gevaar van schade voor een ander aanmerkelijk vergroot, zodat door het enkele feit van de aanrijding het specifieke gevaar waartegen de norm wil beschermen zich heeft verwezenlijkt, zodat de omkeringsregel geldt.³⁶

In gelijke zin was al eerder in de zaak *Stad Rotterdam/Groene Lund* beslist, waarin de Hoge Raad overweegt ten aanzien van een ongeval met een bromfietst en een auto:³⁷

'3.5.1. (...) Het onderdeel jaalt. Zoals blijkt uit de rov. 4.19 en 4.21 is de norm die [eiser 2] volgens het hof heeft overtreden de norm dat een weggebruiker zijn snelheid dient aan te passen aan de concrete omstandigheden. Deze uit art. 5 WVW 1994 in samenhang met art. 19 RVV 1990 voortvloeiende norm strekt ter voorkoming van een specifiek gevaar, te weten het gevaar dat zich een verkeersongeval – in dit geval een aanrijding – voordoet. Het hof heeft dan ook – uitgaande van toerekenbaar onrechtmatig handelen van [eiser 2] – terecht de omkeringsregel toegepast.'

Gezien het voorgaande, en voortbouwend op eigen eerder onderzoek,³⁸ concludeer ik dat als er een geschreven of ongeschreven verkeers- of veiligheidsnorm is geschonden, de omkeringsregel bruikbaar is. Die situatie wijkt dan niet af van de situatie in de jaren zeventig en tachtig toen er ook al een vermoeden van causaal verband gold, maar dan nog niet onder de naam 'omkeringsregel'. Omdat in het verkeersaansprakelijkheidsrecht dergelijke verkeersnormen welig tierden, is dat gunstig voor de verkeersslachtoffers. Gunstig voor die slachtoffers die inderdaad een geslaagd beroep op de omkeringsregel kunnen doen, is ook nog eens dat dit een alles of niets-benadering betreft. En dat (te weten: gaan voor de volle 100%) alvorens wil de belangenbehartiger van het slachtoffer natuurlijk eerst proberen³⁹ alvorens terug te vallen op de andere, modernere opties om causaliteitsonzekerheid tegen te gaan, zoals proportionele aansprakelijkheid en de verlies van een kans-theorie die zich hier mogelijk als alternatieven aandienen. Die bieden immers slechts een gedetailleerde vergoeding.⁴⁰

36 Zie ook de vergelijkbare zaak Hof Leeuwarden 22 maart 2011, JA 2011/86 (V. Unigarant).
37 HR 24 september 2004, NJ 2005/466 (*Stad Rotterdam/Groene Lund*). Een vergelijkbare zaak is Ktr. Delft 12 januari 2012, NJF 2012/156 (*Reaaf*).

38 Zie daarover J. Giesen, De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkonist en ondergang (P) van de 'omkeringsregel', in: T. Hartlief, S.D. Lindenbergh (red.), *Tien penningen over persoonschade* (LSA-Justitiebundel), Vermande/Sdu, Den Haag 2009, p. 69-86.

39 Zie ook de conclusie van A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2017:1100) in nr. 3.14, voor HR I december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3051 (art. 81 RO) die betoogt dat je eerst alles of niets en dus de 'omkeringsregel' moet proberen en je daarna dan pas op kansschade inzet.

40 Zie nader J. Giesen & K.L. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014/27, p. 219-232. Ik doel uiteraard

5 De eigen schuldregeling en het bewijs daarvan⁴¹

Gegeven de vrij eenvoudige wijze waarop aansprakelijkheid kan worden gevestigd in verkeerszaken, is de eigen schuldregeling (als aansprakelijkheidsbepalende factor) hier van groot belang geworden. Wat staat partijen dan te doen als het om de feitelijke onderbouwing daarvan gaat? Welnu, dat de bewijslast ten aanzien van de eigen schuld op de gedaagde rust, is glashelder. Dat volgt uit de hoofdregel van bewijslastverdeling; een (deels) bevrijdend verweer dient te worden bewezen door de gedaagde.⁴² Die bewijslastverdeling kan dan tot voor procespartijen onnavolgbare, maar juridisch fraaie ontwikkelingen leiden omdat in dit type zaken dezelfde feiten nogal eens 'dubbelop', aan beide zijden, een rol kunnen spelen, dus zowel aan de zijde van de eiser als aan die van de gedaagde.

Ik licht dit nader toe aan de hand van de zaak *Zürich/Van Gemert* waarin de bewijslast ten aanzien van een en hetzelfde feit gaandeweg de procedure verplaatste van de eiser naar de gedaagde. Als er een ongeluk is gebeurd waarbij duidelijk is dat een van de betrokken partijen door een rood stoplicht moet zijn gereden, maar nog onduidelijk is wie van de twee, en zulks vervolgens niet kan worden vastgesteld omdat de getuigen elkaar tegenspreken, dan geldt in rechte het volgende. De rechter gaat er dan voor de beoordeling van de vordering van de eiser vanuit dat de gedaagde door groen reed (want de bewijslast dat de gedaagde door rood zou hebben gereden, ligt bij de eiser en deze is in die bewijslast niet geslaagd). Mocht nu de gedaagde alsnog aansprakelijk zijn op andere gronden (denk aan: gevaarstelling; niet anticiperen op fouten van andere weggebruikers), dan zal de vraag rijzen naar de mogelijke eigen schuld van de eiser. Bij die vervolgvraag zal de rechter er dan echter vanuit moeten gaan dat de eiser door groen reed, want de bewijslast dat de eiser door rood zou hebben gereden, ligt nu, bij dit eigen schuldverweer op de gedaagde, en daarin is deze niet geslaagd.⁴³

⁴¹ op HR 31 maart 2006, NJ 2011/250 (*Negatti/Karamus*) en ook HR 24 december 2010, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgojse*), respectievelijk HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte/H&H Beheer*) over de aansprakelijkheid van een belastingadviseur. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1265, waarin de leer van de kansschade i.p.v. de 'omkeringsregel' wordt benut, en Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, ECLI:NL:GHRARL:2013:CA2120, waarin dan weer proportionele aansprakelijkheid wordt benut i.p.v. kansschade of de 'omkeringsregel'. Zie over dit thema ook al I. Giesen, 'Aansprakelijkheid van de (leisels)schadeadvocaat voor informatieverzamen': het bewijs van de zorgplichtschending en de (ontbrekende) eigen schuld van de cliënt', *TJP* 2016/2, p. 35-45.

⁴² HR 17 november 2006, *RvdH/V* 2006/1076 (*Huibers/v/BAM*) en HR 8 juli 2011, NJ 2011/307 (*Zürich/Van Gemert*). Vgl. ook Rb. Amsterdam 4 december 2014, *Jd* 2005/28 (VGA), r.o. 4.5. en Rb. Den Haag 13 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018.9056 (*Achmea*), r.o. 4.7. In deze twee deels geschilvoornissen werd in het eerste geval wel, en in het tweede geval niet, de omkeringsregel toegepast binnen het eigen schuld-verweer (doel: zorgen dat niet gedaagde maar eiser het CSQN tussen de schade en het feit dat de eigen-schuld bijdrage vormde, moet aantonen).

⁴³ Kortom: het eigen schuldverweer gebaseerd op het vermeende door rood rijden van de eiser, kon niet worden bewezen en kon dus niet slagen. Omdat dat eigen schuldverweer op een andere grond (niet anticiperen op fouten van anderen) wel slaagde, volgde t.c. uiteindelijk een 50%-50% verdeling van de schade.

Het gevolg daarvan? Ik citeer de Hoge Raad in *Zürich/Van Gemert*:

'Aldus wordt bereikt dat, indien voor beide partijen het bewijsrisico met betrekking tot de vraag voor welke automobilist het verkeerslicht op rood stond, =ich verwezenlijkt doordat geen van partijen kan bewijzen dat de wederpartij door rood licht is gereden, over de toerekening van de gevolgen van de aanrijding aan elk van beide partijen wordt beslist – eerst in het kader van de door eiser te bewijzen onrechtmatigheid, en dan in het kader van de door gedaagde te bewijzen feitelijke grondslag van zijn eigen-schuld-verweer – op basis van een hypothetisch uitgangspunt dat direct voortvloeit uit de verwezenlijking van dat bewijsrisico.'

Dat is een mond vol, maar kort gezegd gaat het hierom: eenzelfde feit kan in een en dezelfde procedure zowel vóór als tégen iemand werken. De kerngedachte daarbij is dat het niet slagen in het bewijs door de met het bewijs belaste partij, niet wil zeggen dat het feit niet bestaat; het is alleen niet bewezen. Als de wederpartij in een ander verband zich ook op datzelfde feit beroept, moet die wederpartij dus alsnog aantonen dat het feit bestaat. De bewijslast bepaalt zodoende alleen wie verliest als een feit niet komt vast te staan, meer niet. Als de andere partij datzelfde feit nodig heeft voor een andere stelling in dezelfde procedure, begint het bewijsrechtelijke spel gewoon weer van voren af aan. Hier blijkt meteen ook wat de in wezen beperkte functie van de bewijslast is als het bewijs niet slaagt, namelijk dat daarmee vastgesteld wordt, voor het verdere verloop van deze specifieke zaak, dat het te bewijzen feit niet is bewezen, niet is komen vast te staan, zodat de rechter daar niet van uit kan gaan. Maar meer zegt dit ook niet. Daaruit volgt dus niet dat het tegendeel wel waar of bewezen is. Als het rijden door rood van de ene partij niet wordt bewezen, is daarmee niet bewezen dat de ander door groen is gereden.

C Wegbeheersaansprakelijkheid via art. 6:174 (en desnoods art. 6:162)

1 De 'onrechtmatigheid' als onderdeel van art. 6:174 BW

Als algemene regel geldt dat de eiser de bewijslast draagt ten aanzien van de elementen die nodig zijn om een risicoaansprakelijkheid te vestigen (en dat de gedaagde zich eventueel op de tenzij-clausule kan beroepen en dat hij deze dan ook moet onderbouwen). Bij art. 6:174 BW en de aansprakelijkheid van de wegbeheerder is dat niet anders. In het arrest *Funderingsproblematiek Dordrecht* staat het zo:⁴⁴

'voor aansprakelijkheid op de voet van artikel 6:174 lid 1 BW is in beginsel vereist dat de eiser stelt en, bij voldoende gemotiveerde legenspraak, bewijst (i) dat de opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen (anders gezegd: dat zij gebrekking is), (ii) dat zij daardoor gevaar voor personen

⁴⁴ Zie HR 30 november 2012, NJ 2012/689 (*Funderingsproblematiek Dordrecht*), r.o. 4.1, en zie ook HR 4 april 2014, NJ 2014/368 (*Reaal/Dewinter*), r.o. 3.6.1. Zie verder nog Rb. Gelderland 3 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3271 (*Nijmegen*), r.o. 2.12 en *Asser-Verkeersrecht/Sieburgh 6-IV* 2015/222.

of zaken oplevert, en (iii) dat dit gevaar zich heeft verwezenlijkt. De gedaagde – de bezitter van de opstal – kan in beginsel ermee volstaan de toepasselijkheid van deze drie cumulatieve voorwaarden voor aansprakelijkheid te betwisten.⁴⁵

Zeer relevant is echter nog de toevoeging aan deze regel van bewijslastverdeling door de Hoge Raad in het arrest *Reaal/Deventer*,⁴⁶ want uit dat arrest (r.o. 3.6.2 en 3.6.3) volgt dat de Hoge Raad uitgaat van een verzwaarde motiveringsplicht, ofwel een aanvullende stelplicht, aan de kant van het gedaagde overheidsorgaan, als het gaat om aansprakelijkheid van de wegbeheerder, voor zover het om een beroep op het ontbreken van voldoende financiële middelen van de gemeente gaat. Dat komt omdat de gemeente als enige de feitelijke gegevens omtrent dit verweer heeft en kent. De reden voor de Raad voor acceptatie van die aanvullende stelplicht is hier dus de domeingedachte, dat wil zeggen: het overheidsorgaan heeft die gegevens onder zich, en niemand anders heeft daartoe toegang.

Het belang van deze beslissing van de Hoge Raad bleek al meteen, want in het verloop van deze zaak na de cassatieprocedure heeft het hof beslist dat in dit geval niet aan de aanvullende stelplicht was voldaan door de Gemeente.⁴⁷

'Naar het oordeel van het hof heeft de gemeente daarmee nog steeds niet voldoende onderbouwd dat haar financiële middelen te beperkt zijn om de vereiste maatregelen te treffen. De gemeente heeft immers wel haar jaarbudget voor wegonderhoud genoemd, maar niet onderbouwd welke keuzes zij binnen dit budget heeft gemaakt en waarom een bedrag als voornoemd voor herstel van de richel niet kon worden gedragen, noch gesteld hoeveel de totale begroting van de gemeente bedraagt, hoeveel daarvan aan andere beleidsreinen wordt uitgegeven, en welke afwegingen en keuzes de gemeente daarbij heeft gemaakt. (...) Het hof moet daarom constateren dat, nu de gemeente haar stelling ook na cassatie nog onvoldoende heeft gemotiveerd, als vaststaand wordt aangenomen dat de gemeente op relatief eenvoudige wijze maatregelen ter voorkoming van het gevaar dat de richel opleverde, had kunnen treffen.'

Het gevolg hiervan was dat de Gemeente deels aansprakelijk is. Daarmee is meteen het belang van dit bewijsrechtelijke instrument voor de materiele uitkomst van de

45 De Hoge Raad vervolgt: 'Hij kan daarnaast – of uitsluitend – het bevestigende verweer voeren dat, zelfs al zou aan deze voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn voldaan, toch geen aansprakelijkheid is ontstaan omdat in de omstandigheden van het concrete geval, aansprakelijkheid op de voet van afdeling 6.3.1 zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend (hierna ook: de tenzij-clausule). Stelplicht en bewijslast van de voorwaarden voor toepasselijkheid van deze uitzondering rusten op de bezitter van de opstal-aansprakelijkheid.'

46 HR 4 april 2014, NJ 2014/368 (*Reaal/Deventer*).

47 Hof s-Hertogenbosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2022 (*Reaal/Deventer*).

zaak gegeven. Wel geldt dat deze tegemoetkoming (vooral nog) alleen ziet op het financiële aspect, en niet op andere omstandigheden.⁴⁸

Een ander bewijsrechtelijk instrument dat de eiser kan helpen, is opnieuw het gebruik van vermoedens. Dat speelde bijvoorbeeld in de 'grote' risico-aansprakelijkheidszaak van de laatste jaren, de *Wilnis*-zaak.⁴⁹ In dit arrest wordt een boel gezegd, zoals bekend, over de toepassing van art. 6:174 BW, de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen (is een veendijk een opstal?; was die gebrekkig?; etc.). In dat verband wordt bij de bespreking van de gebrekkigheid van een opstal, de dijk, de algemene norm geformuleerd in r.o. 4.4.4, die vervolgens wordt toegepast in r.o. 4.4.5. En middenin die overweging heet het dan opeens:

'Het enkele feit van de kadaverschuiving zal in het algemeen voldoende 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 (zoals de rechtbank heeft geoordeeld).'

Dat is niet meer en minder dan stellen: deze zaak spreekt voor zich (*res ipsa loquitur*); als een kade verzakt, is deze in beginsel gebrekkig, en dus komt de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174 in beeld, tenzij tegenbewijs wordt geleverd. Overigens, het is wel goed te beseffen dat in casu dat tegenbewijs tegen dit vermoeden is geslaagd,⁵⁰ dus zo'n vermoeden is niet meteen 'einde oefening' voor de gedaagde wegbeheerder.

2 Bewijs van het causale verband

Als het om het bewijs van causaal verband gaat, gaat het ook bij de aansprakelijkheid van wegbeheerders, ook onder het regime van art. 6:174 BW, weer om de al besproken 'omkeringsregel'. Dat ligt hieraan dat de Hoge Raad eind 2008 een belangrijk arrest wees over de omkeringsregel in de context van de wegbeheerdersaansprakelijkheid. Ik heb het dan natuurlijk over *Smeets/Heerten*.⁵¹

De gemeente Heerten werd op basis van art. 6:174 BW aansprakelijk gesteld voor de door Smeets geleden schade in verband met ernstig hersenletsel opgelopen bij een fietsongeval. Smeets was, naar eigen zeggen, ten val gekomen op een plek waar er in verband met wegwerkzaamheden een hoogteverschil van enige centimeters tussen het oude en nieuwe wegdek bestond; hij was gevallen over en door die richel. Waar de zaak uiteindelijk om draaide was dat het hof de 'omkeringsregel' niet had toegepast omdat de toedracht van het ongeval onvoldoende was komen vast te staan. Onvoldoende onderbouwd was, volgens het hof, dat het risico terzake van het

48 Zie de conclusie van A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2017:1427) voor HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:208 (*Uff1/Amsterdam*).

49 HR 17 december 2010, NJ 2012/155 (*Wilnis*).

50 Zie Hof Den Haag 6 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1539 (*Veendijk*), r.o. 6.

51 HR 19 december 2008, NJ 2009/28 (*Smeets/Heerten*).

ontstaan van schade zich daadwerkelijk had verwezenlijkt. Het hof gebruikt daarbij het *Ter Hofte/Oude Mommink Motors*-arrest,⁵² waarin de Hoge Raad verlangde van de eiser, als tweede voorwaarde voor toepassing van de omkeringsregel, dat de verwezenlijking van het risico aannemelijk is gemaakt.

De Hoge Raad casseert. Eerst wordt de 'omkeringsregel' herhaald, en wordt uitgelegd dat de rechter bij de beoordeling van de toepasselijkheid van de 'omkeringsregel' steeds ook de normschending zal moeten betrekken omdat inhoud en strekking van die norm van belang zijn om te bepalen tegen welk specifiek gevaar iemand wordt beschermd, zodat de eiser tevens weet wat hij moet aanvoeren om de verwezenlijking van dat specifieke gevaar te kunnen onderbouwen (r.o. 3.4). Verder volgt de Hoge Raad over naar de grondslag van de vordering, art. 6:174, en constateert hij dat de weg een gevaar opleverde, een gevaar dat, kort gezegd, fietsers ten val zouden kunnen komen (r.o. 3.5). Dan wordt vastgesteld dat de zorgplicht die ten grondslag ligt aan artikel 6:174 strekt ter bescherming van de veiligheid, zodat het (ook) hier een veiligheidsnorm betreft met een ruime beschermingsomvang (r.o. 3.6); dit arrest ondersteunt dus mijn eerder in deel B.4 genoemde conclusie over het bereik van de 'omkeringsregel'.

In rechtsoverweging 3.7 komen beide draden dan samen in het oordeel dat als een openbare weg een gevaar oplevert, zodat de wegbeheerder aansprakelijk is ex artikel 6:174 BW, de eiser die ten aanzien van het causale verband een beroep op de omkeringsregel doet, omtrent de toedracht van het ongeval feiten aannemelijk zal moeten maken waaruit volgt dat een bepaald gevaar zich heeft verwezenlijkt, zonder dat het echter 'nodig is de precieze toedracht van het ongeval aannemelijk te maken'. Het arrest betekent dus dat wat betreft de toedracht van het ongeval slechts de val bewezen moet worden, en meer niet, net zoals in de *Ter Hofte*-uitspraak op dit punt het 'slippen' aannemelijk gemaakt moest worden. De reden voor de beperkte eisen die hier worden gesteld aan de bewijsvoering, is dat de omkeringsregel nu juist beschermt tegen het aan die onzekerheid verbonden bewijsrisico op dat punt. De eiser de precieze toedracht laten bewijzen zou te veel vergen van die eiser.⁵³ Dat geeft, kortom, ruimte voor het slachtoffer om de omkeringsregel te kunnen gebruiken, en dat is terecht. De lagere rechtspraak sindsdien laat echter zien dat die ruimte niet zonder meer succesvol kan worden ingevuld,⁵⁴ dat moet wel nog worden beargumenteerd.⁵⁵

52 Zie Hof 's-Hertogenbosch 25 september 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB5272, r.o. 4.19, verwijzend naar HR 19 januari 2001, NJ 2001/524 (*Ter Hofte/Oude Mommink Motors*). Over dat arrest nader Giesen 2009, p. 72-73.

53 Dat was eerder al zo voor arbeidsongevallen beslist, zie HR 3 december 1999, NJ 2000/211 (*Fransen/Pasteur Ziekenthuis*).

54 Zo mistukte bijv. het beroep op de omkeringsregel in Hof 's-Hertogenbosch 13 januari 2009, JA 2009/110 (*Ungarant/A.*), r.o. 4.5.11, en in Rb. Den Haag 24 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ2494 (*X./Staat*).

55 Het beroep op de omkeringsregel vond wel weerklank in Hof Arnhem 29 juni 2010, JA 2010/118 (Noordenveld), Hof Den Haag 26 oktober 2010, JA 2011/71 (Delft), Rb. Arnhem 1 augustus

D Afronding

Terugkijkend was een gezamenlijke bespreking van de verkeersaansprakelijkheid en de wegbeheerdersaansprakelijkheid eigenlijk helemaal niet zo'n vreemd idee. De thema's vertonen immers veel overlap qua bewijsrechtelijke regels (denk: voorwaarden voor risicoaansprakelijkheid; vermoedens; de 'omkeringsregel'), al zijn er ook verschillen (denk: wel of niet een aanvullende stelplicht accepteren). Voor beide terreinen geldt bovendien dat het bewijsrecht praktisch gezien van enorm gewicht is.

Dat laatste is evenzeer een doodoener als een feit. Het bewijsrecht en de bewijslast kunnen een zaak maken of breken. Het is goed daarbij te beseffen dat de rechtspraak laat zien dat waar dat om onderliggende motieven (gerechtigheid) nodig is, aan de formele kant wordt gesleuteld zodat de materiële kant (de uitkomst) er goed uit rolt. Dat is goed, want het gaat uiteindelijk om recht doen, en daarvoor kan en mag de rechter het bewijsrecht wat mij betreft ook gebruiken. Maar dat moet dan wel open en eerlijk, en dus tevens gemotiveerd op dat niveau van gerechtigheidsvragen, gebeuren. Dit geldt overigens niet alleen voor de aansprakelijkheid in het verkeer en de aansprakelijkheid van de wegbeheerder, maar nog voor zoveel andere terreinen meer.