

Medische aansprakelijkheid, causaliteit, bewijslast en de 'omkeringsregel'

HR 2 maart 2001, RvdW 2001, 62 (MC Leeuwarden/H.)

Inleiding

In deze zaak ging het om het volgende. De verweerder in cassatie (verder: H.) heeft op 26 juni 1992 een arthroscopie (een kijkoperatie aan de binnenzijde van een gewricht) aan de linkerknie ondergaan in het ziekenhuis van het Medisch Centrum Leeuwarden, de eiser in cassatie (verder: MCL). Daarbij is een deel van zijn meniscus verwijderd door de chirurg. Hij is voor deze behandeling van 25 tot 27 juni 1992 opgenomen geweest in het MCL. Op 2 juli 1992 werd vervolgens tijdens een controle door de chirurg en een collega de diagnose trombose (vorming van een bloedstolsel aan de binnenzijde van een bloedvat) in het linkerbeen gesteld. H. is toen opnieuw opgenomen voor behandeling. Begin 1994, derhalve anderhalf jaar later, kreeg H. trombose in het rechterbeen.

Op grond van een binnen het MCL vastgesteld medisch protocol diende bij een kijkoperatie van een knie een antistollingsmiddel te worden toegediend. Dit middel, zo staat inmiddels vast, is ten tijde van de kijkoperatie niet aan H. toegediend. H. heeft MCL en de betrokken chirurg aansprakelijk gesteld voor de door hem opgelopen schade op basis van toerekenbare tekortkoming en/of onrechtmatige daad wegens het niet naleven van het protocol.

In feitelijke instanties

De rechtbank heeft geoordeeld dat ervan moet worden uitgegaan dat er geen antistollingsmiddel aan H. is gegeven, en dat het verband tussen de ingreep en de daarna opgetreden trombose voldoende aannemelijk is. Verder heeft zij H. toegelaten te bewijzen dat er een redelijke mate van zekerheid was dat de trombose die optrad als gevolg van de operatieve ingreep op 26 juni 1992 en die op 2 juli 1992 is vastgesteld, én de trombose die begin 1994 optrad, door het toepassen van antistolling te voorkomen was geweest.

In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de rechtbank vernietigd en

MCL en de chirurg opgedragen te bewijzen 'feiten of omstandigheden waarop met toereikende mate van zekerheid het oordeel kan worden gebaseerd dat de aan H. opgekomen gevallen van trombose ook zouden zijn ontstaan indien MCL conform het geldende protocol een anti-stollingstherapie op H. zouden hebben toegepast'. Verder heeft het hof onder meer overwogen dat het eenvoudig vergeten van de door het protocol voorgeschreven antistollingsbehandeling niet in overeenstemming is met de op de medische hulpverlener rustende verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de voor hen geldende professionele standaard. Uit het voorgaande volgt dan volgens het hof dat zo'n protocol niet louter een intern karakter heeft, doch dat het ook aangeeft wat de patiënt in zijn verhouding tot het ziekenhuis en de arts mag verwachten op het punt van de zorg van een goed hulpverlener. De niet nader beargumenteerde afwijking van het protocol, zoals die in het onderhavige geval heeft plaatsgevonden, heeft ten opzichte van de patiënt als een tekortkoming te gelden.

In cassatie

Het cassatiemiddel komt ten eerste op tegen het oordeel van het hof dat de afwijking van het protocol een tekortkoming zou opleveren. Daartoe wordt onder meer aangevoerd dat er geen consensus zou bestaan over het al dan niet toedienen van een antistollingsmiddel. Dienaangaande overweegt de Hoge Raad:

'3.3.3. (...) Het Hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de gegeven omstandigheden te oordelen dat het niet naleven van het protocol als een toerekenbare tekortkoming heeft te gelden. Het oordeel dat het onderhavige protocol berust op consensus tussen het MCL en de aan het MCL verbonden artsen met betrekking tot medisch verantwoord handelen, is in cassatie niet bestreden. Van MCL c.s. mag verwacht worden dat zij zich in beginsel houden aan de door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien zulks in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Nu het niet toepassen van de door het protocol voorgeschreven

behandeling uitsluitend te wijten was aan "vergeten" en dus van een beargumenteerde afwijking van voormeld voorschrift geen sprake was, behoeft het Hof niet in te gaan op de stelling van MCL c.s. dat binnen de beroepsgroep als geheel verschil van inzicht bestond omtrent de in het protocol voorgeschreven behandeling.'

Vervolgens komt het middel op tegen het oordeel van het hof dat het hier om een veiligheidsnorm zou handelen, met als gevolg dat ten aanzien van het causale verband de regel geldt dat indien door een als tekortkoming 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. Volgens het middel is dat oordeel onjuist. De Hoge Raad stelt:

'3.4.2. (...) De onderdelen falen. Door de Rechtbank was al vastgesteld dat het verband tussen de ingreep en de daarna opgetreden trombose voldoende aannemelijk was. Dit uitgangspunt is in de procedure niet meer bestreden. Nu het overtreden voorschrift diende om het risico op het post-operatief optreden van trombose tegen te gaan (althans te verkleinen), en, zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 3.3.2 is overwogen, H. aanspraak op naleving van het protocolvoorschrift mocht maken, geeft het oordeel van het Hof, erop neerkomende dat – nu het risico van het ontstaan van de schade in het leven is geroepen door het niet toepassen van het voorschrift standaard anti-stollingsmiddelen toe te dienen en nu dit risico (het optreden van trombose) zich heeft verwezenlijkt – het causaal verband tussen de verweten gedraging en de opgelopen schade in beginsel is gegeven, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In het midden kan daarbij blijven of in het onderhavige geval sprake is geweest van een "echte" veiligheidsnorm zoals door het middel bedoeld, terwijl evenmin nog van belang is of binnen de gehele beroepsgroep consensus bestond over de effectiviteit van de anti-stollingsbehandeling.'

Commentaar

Inleiding

1. In deze annotatie wil ik ingaan op een aantal aspecten met betrekking tot de zogenaamde 'omkeringsregel'. Het

betreft hier de regel die, kort gezegd, stelt dat het causale verband in beginsel vaststaat indien door een onrechtmatige daad of een wanprestatie het risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en die schade zich vervolgens verwezenlijkt heeft, tenzij de gedaagde aantoonde dat de schade ook ontstaan zou zijn zonder de gewraakte handeling. De bedoelde 'omkering' betreft dan uiteraard de omkering van de bewijslast ten aanzien van het causale verband. In een aantal recente arresten, waarvan het hier besprokene er een is, is deze regel door de Hoge Raad beoordeeld en is het toepassingsbereik en de werking ervan (ten dele) nader bepaald. Het lijkt derhalve een goed moment om eens nader¹ te bezien wat inmiddels de status van deze regel is, hoe ver de toepassing ervan reikt, en onder welke voorwaarden die regel toegepast kan worden.² Ik zal daarbij met name ingaan op de belangrijkste ontwikkelingen in de recente rechtspraak en aangeven wat mijns inziens het onderhavige arrest betekent voor de huidige stand van zaken met betrekking tot die 'omkeringsregel'. Ik wil echter beginnen met een tweetal opmerkingen vooraf, één over medische protocollen en één over de naamgeving van een min of meer nieuw juridisch leerstuk.

Vooraf: iets over medische protocollen...

2. In de onderhavige zaak lag, in elk geval voor de beoordeling van het (al dan niet) tekortschietende handelen van de arts en het ziekenhuis, sterk de nadruk op het gegeven dat het medische protocol van het MCL niet gevolgd was door de chirurg. Een medisch protocol zou omschreven kunnen worden als een afspraak, of een set van afspraken, tussen het ziekenhuis en de aldaar werkzame artsen over wat in bepaalde gevallen (na bepaalde diagnoses of bij bepaalde behandelingen) medisch verantwoord handelen is.³ Een medisch protocol geeft op die wijze (mede) invulling aan de zorgvuldigheidsnorm (vgl. art. 7:453 BW).⁴ Dat uitgangspunt laat echter onverlet – en terecht – dat er ruimte is voor de arts om af te wijken van zo'n protocol als dat, huiselijk gezegd, voor de patiënt medisch gezien beter is. De andere inzichten die maken dat afwijking van het protocol in een

bepaald geval nodig zou zijn, dienen dan wel – en dat is net zo terecht – medisch onderbouwd en beredeneerd te zijn en mogen niet louter voortkomen uit vergeetachtigheid, zoals dat in casu het geval was. Dat een dergelijk 'oeps, vergeten...' afgestraft wordt, is dan ook begrijpelijk.

3. Wellicht ten overvloede nog dit. Hoewel een medisch protocol een eerste indicatie vormt van wat er van een reëdelijk handelend arts verwacht mag worden, volgt uit dit arrest niet dat handelen in overeenstemming met een protocol de arts vrijwaart tegen aansprakelijkheid. Het is immers uiteindelijk de rechter die de grenzen stelt, en moet stellen, aan de zorgvuldigheid die 'wij' van onze artsen eisen.⁵ Dat uitgangspunt dient behouden te blijven, ongeacht hoeveel protocollen er opgesteld worden.

Nog een voorafje: over misleidende namen voor juridische regels...

4. De in het onderhavige arrest toegepaste omkering van de bewijslast ten aanzien van het causale verband, waarover hierna meer, wordt sinds de noot van H.J. Snijders onder het arrest *Gouda/Lutz*⁶ ook wel de 'omkeringsregel' genoemd. De Hoge Raad nam die naam over in het arrest *Ter Hofte/Oude Monnik Motors*,⁷ in navolging van de advocaat-generaal in die zaak, Bakels. Mijns inziens is deze naam, die opmerkelijk snel ingeburgerd is geraakt, niet heel gelukkig gekozen, en wel omdat deze naam op zijn minst suggereert dat er maar één rechtsregel zou bestaan waarbij de bewijslast omgekeerd wordt ten opzichte van de hoofdregel van bewijslastverdeling zoals neergelegd in art. 177 Rv. En dat is natuurlijk niet het geval. Zo bevat bijvoorbeeld art. 7:658 BW een 'andere' omkeringsregel, net zoals bijvoorbeeld art. 6:195 BW.⁸ Het bestaan van dergelijke voorbeelden – de lijst is met vele andere omkeringsregels uit te breiden – maakt naar mijn idee dat het beter zou zijn om die naam, vanwege de voormelde suggestie, niet langer te gebruiken.

Bewijs en causaliteit: de eerste schermutselingen...

5. In beginsel dient de eiser in een aansprakelijkheidsprocedure aan te to-

nen dat zijn schade daadwerkelijk veroorzaakt werd door de onrechtmatige handeling of door het contractuele tekortschieten van de gedaagde.⁹ Het zogenaamde 'condicio sine qua non'-verband dient vast komen te staan. In het hier besproken geval, luidt de relevante

- 1 Ik heb eerder aandacht besteed aan deze regel in AA 1996, p. 539; in *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: 1999, p. 66 e.v.; in A&V 2000/5, p. 107 e.v., en in mijn dissertatie *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag: 2001, met name p. 116 e.v. Het hierna volgende bouwt (uiteraard) daarop voort.
- 2 Zie recentelijk over deze materie (onder andere) C.H. Sieburgh, *WPNR* 6450 (2001), p. 588 e.v.; R.J.Q. Klomp, *NbBW* 2001/3, p. 26 e.v., en T. Hartlief, *AA* 2001/6, p. 452 e.v.; J.M. van Dunné, *TMA* 2001/1, p. 1 e.v.; D.J. Beenders, *NTBR* 2001/6, p. 278 e.v., alsmede de literatuur genoemd in noot 1.
- 3 Zie over de (aard en de inhoud van) medisch protocollen ook de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor het arrest, nr. 7 e.v.
- 4 Zo ook de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor het arrest, nr. 8.
- 5 In dit kader kan een vergelijking gemaakt worden met de rol van de (door de rechter benoemde) medische deskundige in een procedure. Deze dient de rechter voor te lichten over de medische aspecten. De rechter zelf beslist uiteindelijk over de vraag of het handelen van de arts *juridisch* zorgvuldig was of niet, zie nader Giesen, a.w. (1999), p. 16-17 en p. 106-107.
- 6 HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 428 (*Gouda/Lutz*).
- 7 Zie HR 19 januari 2001, *RvdW* 2001, 34 (*Ter Hofte/Oude Monnik Motors*). Zie over dat arrest verder de literatuur genoemd in noot 2, alsmede R.J.B. Boonekamp, *TCR* 2001/2, p. 45, en L.J.H. Mölenberg, *NTBR* 2001/5, p. 248 e.v.
- 8 Zie over die regels bijvoorbeeld Giesen, a.w. (diss.), p. 164 e.v., en p. 387 e.v.
- 9 Zie in algemene zin Giesen, a.w. (diss.), p. 116, met verdere verwijzingen.

vraag dan: zou de trombose die in 1992 en in 1994 optrad, door het toepassen van een antistollingsmiddel te voorkomen zijn geweest? De vaststelling van dat verband kan, hier en in het algemeen, de nodige problemen met zich brengen, want het bewijs ervan is vaak heel lastig, zo niet onmogelijk te leveren. Als zich inderdaad zo'n bewijsprobleem voordoet, wordt het voor de eiser van groot belang of het mogelijk is of zou kunnen zijn, om de bewijslast om te keren. Immers, als de bewijslast niet wordt omgekeerd zal die eiser (veelal een patiënt, werknemer of consument) vrijwel zeker de procedure verliezen, en daarmee verstoken blijven van schadevergoeding.

6. In de rechtspraak is een dergelijke bewijslastomkering ten aanzien van het causale verband in het verleden al geregeld gehanteerd. Zo geldt in verkeersaansprakelijkheidszaken al enige tijd de regel dat de bewijslast ten aanzien van het causale verband omgekeerd kan worden. Zie bijvoorbeeld het arrest *Kinderbescherming/Engelen*¹⁰ waarin beslist werd:

'Indien een gedraging, zoals hier het te harde rijden, onrechtmatig is omdat daardoor het gevaar voor verkeersongevallen in het algemeen wordt vergroot en dit gevaar zich in de vorm van een ongeval verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen de gedraging en het ongeval in beginsel gegeven. Wel staat het de wederpartij dan vrij te stellen (...) en zo nodig te bewijzen dat het ongeval ook zou hebben plaatsgevonden als hij niet onrechtmatig zou hebben gehandeld.'

Deze regel gold voordien al, en geldt nog steeds,¹¹ en betekent dat de gedaagde zal moeten aantonen dat er geen causaal verband bestond (hetgeen notoir lastig kan en vaak zal zijn).

7. Het tweede terrein waarop de 'omkeringsregel' opgeld deed en doet, is dat van de werkgeversaansprakelijkheid, het terrein van art. 7:658 BW (art. 7A:1638x OBW). De rechtspraak heeft ook hier de nodige hulp aan de getroffen werknemer geboden en bepaald dat indien de werkgever een veiligheidsnorm geschonden heeft waardoor het risico op het ontstaan van schade vergroot is, en dat risico zich vervolgens verwezenlijkt heeft, het causale verband in beginsel gegeven is, tenzij de werk-

gever aantoont dat maatregelen zijnerzijds het ongeval toch niet hadden kunnen voorkomen, zodat het causale verband ontbreekt.¹²

Een steeds algemenere regel...

8. De hier besproken regel is geleidelijk van steeds algemenere strekking geworden. Een derde terrein van toepassing ervan werd dat van de beroepsaansprakelijkheid. In die context volgt dan in 1996 een zeer algemene formulering door de Hoge Raad, en wel in een procedure tegen een notaris die naliet een van de comparanten te waarschuwen tegen de gevaren van een financiële transactie. Zulks leidde tot het inmiddels beroemde *Dicky Trading II*-arrest.¹³ De Hoge Raad bepaalde daarin 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 dat 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.'

Dat was, en dat was meteen ook het nieuwe aan dit arrest, wel een heel algemene regel. Er zijn immers vele onrechtmatige daden of wanprestaties en de meeste daarvan scheppen ook wel een risico van schade, terwijl velen ervan er ook toe leiden dat dat risico zich inderdaad verwezenlijkt.¹⁴

9. Gezien deze formulering is de regel die de uitzondering leek te vormen, en die zich beperkte tot de gevallen waarin een verkeers- of veiligheidsnorm geschonden werd, verworpen tot een in elk geval in potentie zeer algemeen toepasbare regel, die in algemene zin zou kunnen luiden: de gedaagde draagt de bewijslast en het bewijsrisico met betrekking tot het ontbreken van het causale verband.¹⁵ Of was deze 'algemene' regel door de Hoge Raad (enkel) bedoeld als regel die (ook) voor gevallen van beroepsaansprakelijkheid moest gelden?¹⁶ Het ging hier immers om een notaris, terwijl beroepsbeoefenaren sowieso stevig aangepakt worden als het om hun aansprakelijkheid gaat. Er bestond dus twijfel over het bereik van de op zichzelf ruim geformuleerde regel. De

echte bevestiging van het *Dicky Trading II*-arrest kwam verleden jaar in het *St-Willibrord/V.*-arrest,¹⁷ waarin de Hoge Raad letterlijk de regel uit het *Dicky Trading II*-arrest herhaalde.

10. Was daarmee dan alle twijfel verdreven? Niet op alle fronten, want hoewel de algemene formulering herhaald wordt en die algemene formule dus geen 'slippertje' genoemd kan worden, blijkt opnieuw niet van enige afbakening van het toepassingsgebied van de regel. Zo blijft bijvoorbeeld onduidelijk of het

10 HR 16 november 1990, *NJ* 1991, 55 (Kinderbescherming/Engelen).

11 Zie HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 428, m.nt. HJS (Gouda/Lutz), r.o. 3.4.2.

12 Zie bijvoorbeeld HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, m.nt. PAS (Cijssouw/De Schelde I); HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198, m.nt. PAS (Pollemans/Hoondert), en HR 17 november 2000, *RvdW* 2000, 230 (Unilever/Dikmans).

13 HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607, m.nt. WMK (Dicky Trading II).

14 In die zin ook Hartlief, *AA* 2001, p. 454.

15 Ten aanzien van de vraag of een dergelijke ruime toepassing wenselijk zou zijn, was en is de literatuur verdeeld, zie onder andere F.T. Oldenhuis, *AV&S* 2001/3, p. 84, in noot 10; Beenders, *NTBR* 2001/6, p. 279; de kritische noot van Sniijders onder HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 428 (Gouda/Lutz), sub 2a; W.D.H. Asser, *RM Themis* 2000, p. 142; C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: 2000, nr. 810; G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, 5e druk, Deventer: 1997, p. 87; (kritisch en twijfelend over de algemeenheid) Hartlief, *AA* 2001, p. 457; (kritisch) J. Spier, A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*. *Handelingen NJV*, 1996-I, Zwolle: 1996, p. 364; (evenzeer kritisch) A.J. Akkermans, weergegeven in *AA* 2000, p. 20; *T & C BW* (Oosterveen), art. 6:98, aant. 8, en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434a, die expliciet van een regel van algemene strekking spreekt.

16 Vgl. Giesen, *a.w.* (1999), p. 66 e.v.; Beenders, *NTBR* 2001/6, p. 279.

17 HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 584 m.nt. CJHB (St-Willibrord/V.).

een voorwaarde voor het gebruik van deze bewijsrisico-omkering¹⁸ is dat er een verkeers- of veiligheidsnorm geschonden is. Dat vereiste werd in het verleden immers wel gesteld.

11. Noch in *Dicky Trading II*, noch in *St-Willibrord* wordt er gerept over de eventuele noodzaak van de aanwezigheid van de schending van een veiligheidsnorm. Het hier besproken *MCL/H.*-arrest laat er eigenlijk weinig twijfel over bestaan, en daarin is dan ook het belang ervan gelegen, dat de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm niet (langer) noodzakelijk is. Immers, het oordeel van het hof dat hier de bewijslast omgekeerd moest worden, is volgens de Hoge Raad juist, zodat het er volgens de Raad verder niet toe doet ('in het midden kan blijven') of er sprake in casu nu wel of niet sprake was van (de schending van) een 'echte' veiligheidsnorm.¹⁹

12. Dezelfde conclusie volgde overigens ook al uit het eveneens recente *Ter Hofte/Oude Monnik Motors*-arrest,²⁰ waarin de Hoge Raad spreekt over de regel die aanvankelijk alleen bij veiligheidsnormen gold. Daarmee kan niets anders bedoeld zijn dan dat die aanvankelijke beperking nu dus niet meer geldt.

... die niet geheel onbeperkt blijft

13. Als dan inderdaad vaststaat dat niet meer vereist is dat een verkeers- of veiligheidsnorm geschonden is, is het gevolg daarvan dan niet dat de hier aanvaarde bewijsrisico-omkering op al te ruime schaal toegepast kan gaan worden? Uit het *Dicky Trading II*-arrest of het *St-Willibrord*-arrest, lijkt immers geen enkele wezenlijke beperking van het toepassingsbereik van de daarin verwoorde regel te volgen. Ik heb eerder aangegeven dat een dergelijke ongeclausuleerde toepassing naar mijn mening te ver zou gaan. Ik ga daar hier niet opnieuw op in.²¹

14. Inmiddels lijkt de soep overigens iets minder heet gegeten te worden, want een zekere inperking van de reikwijdte van de regel lijkt inmiddels besloten te liggen in de zojuist al genoemde uitspraak van de Hoge Raad inzake *Ter Hofte/Oude Monnik Motors*. Er wordt daar expliciet gemaakt dat het wel van belang is, alvorens tot toepassing van de bewijslastomkering gekomen

kan worden, dat daadwerkelijk komt vast te staan dat er door de normschending *een bepaald risico* in het leven is geroepen en dat zich *dat specifieke risico verwezenlijkt heeft*. In casu had de aangesproken reparateur van de motor waarmee de eiser ten val was gekomen, betwist dat er olie uit de oliekoeler was gaan lekken ten gevolge van de gebrekkige reparatie. Zodoende werd niet alleen betwist dat er een slipgevaar (het risico) geschapen was, maar bovendien werd zo betwist dat de motorrijder inderdaad geslipt was en dus werd betwist dat het risico zich verwezenlijkt had. Ter Hofte, de eiser die gebruik wenste te maken van de bewijsrisico-omkering ten aanzien van het causale verband, diende volgens de Hoge Raad eerst aannemelijk te maken dat er slipgevaar in het leven geroepen was en dat hij ook daadwerkelijk geslipt was. Pas nadien kan de bedoelde bewijsrisico-omkering gelden. Daaraan voorafgaand geldt nog de 'gewone' hoofdregel van bewijslastverdeling die met zich brengt dat de eiser het causale verband dient te bewijzen.²²

15. Twee opmerkingen dienen bij deze inperking gemaakt te worden. De eerste is dat ik mij serieus afvraag, met Boonekamp,²³ of de 'omkeringsregel' op deze wijze begrepen, nog wel betekenis heeft. Komt deze inperking er niet op neer dat de eiser weer 'zoals vroeger' het causale verband zal moeten bewijzen, waarbij dan als (enige) tegemoetkoming geldt dat de lichtere bewijswaarderingsmaatstaf van 'aannemelijk maken'²⁴ volstaat? Het lijkt er in elk geval sterk op.²⁵

16. Mijn tweede opmerking betreft de vraag in hoeverre deze nieuwe lijn, deze inperking, in overeenstemming is, of is te brengen, met het voor het Nederlandse recht toch niet onbelangrijke *Cijsouw/De Schelde I*-arrest van de Hoge Raad, waarin (een voorloper van) de 'omkeringsregel' werd toegepast.²⁶ Immers, in die zaak was niet voldaan aan het inmiddels (blijkens het voorgaande) wel gestelde vereiste dat zich daadwerkelijk *dat specifieke risico* verwezenlijkt heeft waarop de normschending betrekking had. Het risico dat zich in het *Cijsouw*-geval verwezenlijkte (mesothelioom), was namelijk een ander risico dan waarop de door de werkgever in die zaak geschonden (veiligheids)norm be-

18 Er zijn overigens ook auteurs die menen dat het hier om een vermoeden en niet om een echte bewijsrisico-omkering gaat. Ik ging op die kwestie al eerder in, zie bijvoorbeeld Giesen, a.w. (diss.), p. 117 (échte bewijsrisico-omkering) en ga daar nu aan voorbij.

19 Zo ook A-G De Vries Lentsch-Kostense in de conclusie voor het arrest, nr. 11 en 12 (die overigens meent dat er in casu wel van een veiligheidsnorm gesproken kan worden).

20 HR 19 januari 2000, *RvdW* 2001, 34 (Ter Hofte/Oude Monnik Motors). Zoals in de tekst ook Hartlief, *AA* 2001, p. 456, die overigens kritisch staat ten opzichte van het gebruik van de categorie van de verkeers- en veiligheidsnormen als afbakeningscriterium, zie p. 457.

21 Zie de in noot 1 genoemde literatuur, alsmede nog nr. 17 hierna.

22 Zie verder over dit arrest en de inperking van 'de omkeringsregel', de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor het hier besproken arrest, nr. 11, en de literatuur genoemd in noot 2 en 7. Een zelfde soort beperking van 'de omkeringsregel' lag overigens al besloten, zo blijkt nu, in het arrest *Kramer/ABN-Amro* (HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 778). Een onrechtmatig beslag zoals in die zaak, leidt in het algemeen wel tot een risico van schade (of een verhoging van het risico van schade), maar niet tot het specifieke risico zoals zich dat in casu verwezenlijkte, namelijk van volledige staking van het bedrijf, zie r.o. 3.10. Zie voor kritiek op deze wijze van inperking van de regel, Hartlief, *AA* 2001, p. 458, en de conclusie van A-G Bakels, nr. 2.4, voor HR 8 juni 2001, *RvdW* 2001, 109 (ZA/De Greef).

23 Zie Boonekamp in de kroniek *Bewijsrecht in TCR* 2001/2, p. 45.

24 Over 'aannemelijk maken' in algemene zin, Giesen, a.w. (diss.), p. 56 e.v.

25 Zie hierover ook Klomp, *NbbW* 2001/3, p. 27, die dit verschil ziet dat het bewijs van het geslipt zijn (de verwezenlijking van het gevaar) voldoende is, ongeacht of dat geslipt zijn (die verwezenlijking) dan te wijten was aan de lekkende oliekoeler of aan iets anders (bijvoorbeeld een olievlek op het asfalt).

26 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, m.nt. PAS (Cijsouw/De Schelde I).

trekking had. De geschonden norm zag immers enkel op het risico van asbestose, omdat mesothelioom in de tijd van de normschending nog onbekend was. Mij lijkt derhalve dat beide lijnen in de rechtspraak niet direct te verenigen zijn.

Een rechtvaardige ratio ...?

17. Leidt de 'omkeringsregel' nu tot rechtvaardige uitkomsten? Toepassing van deze regel is mijns inziens juist, indien die toepassing nodig is om de effectiviteit van de zorgvuldigheidsnorm te bewaken en in stand te houden. Als het causale verband niet te bewijzen is, zodat zonder een bewijsrisico-omkering de eventuele aansprakelijkheid daarop (steeds) stuk loopt, leidt dat ertoe dat de norm langs de weg van het causaliteitsvereiste inhoudsloos wordt. Niemand zal dan de norm (hoeven) naleven omdat er geen sanctie op staat en dus zal die norm dan niet het beoogde effect kunnen krijgen. Voor mij ligt hierin de belangrijkste rechtvaardiging voor het toepassen van de 'omkeringsregel', en wat mij betreft zou derhalve steeds getoetst moeten worden of aan die ratio voldaan is.²⁷

18. Bij geschonden informatieplichten (zoals bijvoorbeeld in het *Dicky Trading II*-arrest, in andere gevallen van beroepsaansprakelijkheid voor informatieverzuimen,²⁸ en in gevallen van het niet waarschuwen voor bepaalde eigenschappen van producten) is naar mijn mening veelal aan die ratio voldaan. Of iemand op basis van de informatie, als die gegeven zou zijn, gehandeld zou hebben of niet, is niet meer achteraf vast te stellen, en als de eiser hier onverkort de bewijslast zou dragen, zou degene die de betreffende norm schond, nooit aansprakelijk gehouden kunnen worden, waardoor die norm ten onrechte (de onzorgvuldigheid staat dan immers al vast) ineffectief zou blijven.

19. Of die ratio hier inderdaad een rol speelt, blijft voorlopig onzeker, want de Hoge Raad gaat (nog steeds) niet in op de eventuele rechtvaardiging(en) voor de 'omkeringsregel', tot mijn verbazing. A-G Bakels houdt het er in zijn conclusie voor het *Ter Hofte/Oude Monnik Motors*-arrest op dat de ratio van de 'omkeringsregel' deze is dat waar de reële mogelijkheid van causaal verband bestaat, de aard van de norm met zich

brengt dat de toch nog resterende twijfel voor risico dient te komen van degene die de norm schond.²⁹ *Waarom* dat zo zou moeten zijn, zegt hij daarmee overigens niet, maar ik gaf net al aan dat dat mijns inziens zo zou moeten zijn om de effectiviteit van de (geschonden) norm te behouden.

Mr. I. Giesen³⁰