

5 De aantrekkingskracht van Loreley

Over de opkomst en ondergang (?) van de ‘omkeringsregel’

Ivo Giesen¹

5.1 Inleiding

De bekende en beruchte ‘omkeringsregel’ heeft de laatste jaren veel beroering teweeg gebracht. Daan Asser, toen nog *NJ*-annotator, is erin geslaagd om deze regel in één ferme pennenstreek te positioneren, relativeren én bekritisieren:

‘Het is goed dat de Hoge Raad nu ook weer een andere weg dan de “omkeringsregel” heeft gewezen en daarmee de aandacht wat probeert af te leiden van een bewijsregel die op menigeen de aantrekkingskracht heeft van Loreley.’²

Degene die bij lezing van die fraaie zinsnede niet meteen wist wie of wat die ‘Loreley’ dan wel niet was of is, ging uiteraard te rade bij *Wikipedia*, de vrije encyclopedie op Internet, en las daar:

‘De Loreley of Lorelei is een 132 meter hoge rots langs de Rijn bij het Duitse Sankt Goarshausen (tussen Koblenz en Wiesbaden). In de geschiedenis zijn veel schepen bij de Loreley verongelukt. De Rijn, die met een scherpe bocht om de rots heenslingert, is er op dat punt op zijn smalst (slechts 113 meter), maar met 25 meter ook op zijn diepst. Bovendien staat er een gevaarlijke stroming. Hoewel de gevaarlijkste stukken van de Loreley al in de jaren dertig zijn verwijderd, wordt de scheepvaart ook heden ten dage nog voor de passage gewaarschuwd.’

¹ Hoogleraar Privaatrecht, in het Bijzonder aansprakelijkheidsrecht en Burgerlijk procesrecht, aan de Universiteit Utrecht en raadsheer-plaatsvervanger in het Hof 's-Hertogenbosch. Deze bijdrage werd afgesloten op 1 oktober 2008.

² Zie het slot van de noot van Asser onder HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422 (*Provincie Fryslân/Incor*).

De legende die er volgens *Wikipedia* bij hoort, is te fraai om niet te vermelden:

‘Volgens een legende zou boven op de Loreley een zingende nimf met gouden haren hebben gezeten die met haar gezang de schippers afleidde, waardoor ze tegen deze rots voeren. Dat is hetzelfde thema dat ook bekend is van de Sirenen uit de Odyssee. Aan de Rijn onder aan de Loreley staat een standbeeld van de nimf.’

5.2 Wat volgt?

Voor deze bijdrage wil ik de hiervoor geciteerde zinsnede uit de noot van Asser benutten als aangrijpingspunt om de ‘omkeringsregel’ en het hedendaagse belang daarvan voor vooral de letselschadepraktijk te schetsen. De beantwoording van de vraag wat de betekenis is van de ‘omkeringsregel’ voor dat rechtsgebied, behandel ik door hierna eerst de recente geschiedenis van dat leerstuk te bezien. Daartoe bespreek ik kort (paragraaf 3) de opkomst ervan, de bewijslastomkering als redder in bewijsnood, en (in paragraaf 4) het ontluikende besef dat de regel zijn doel voorbij schiet. Daarna sta ik in paragraaf 5 stil bij de door de Hoge Raad ingezette inperking ervan, om met het reilen en zeilen van die ‘omkeringsregel’ gedurende de laatste jaren te eindigen in paragraaf 6. De wat mij betreft wenselijke mate van inperking en de vraag naar de nu nog resterende reikwijdte van de ‘omkeringsregel’ – de kernvraag van deze bijdrage – bespreek ik in de paragrafen 7 en 8. Ik rond af in paragraaf 9.

5.3 De opkomst: de bewijslastomkering als redder in bewijsnood

Over de ontstaansgeschiedenis van de ‘omkeringsregel’ kunnen we betrekkelijk kort zijn omdat dat een bekende geschiedenis is. Deze is echter wel van belang in het licht van de huidige stand van zaken, vandaar dat ik er toch even op terugkom.

De eisende partij dient in beginsel aan te tonen, als bekend, dat er causaal verband bestaat tussen de schade en de onrechtmatige daad of wanprestatie, voor zover het over het *condicio sine qua non*-verband gaat.³ Sinds de

³ Zie onder andere PG Boek 6, p. 346; I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, BIJ: Den Haag, 2001, p. 116. Bewijs van ‘condicio sine qua non’-verband is overigens niet altijd nodig, vgl. Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 440.

jaren zeventig aanvaardde de Hoge Raad echter een belangrijke uitzondering op dat beginsel. Indien door een onrechtmatige daad het risico van schade vergroot wordt en het gevaar waartegen het geschonden voorschrift beoogde te beschermen, zich verwezenlijkt heeft, is het causale verband, behoudens tegendeelbewijs, gegeven.⁴ De belangrijkste voorwaarde voor de toenmalige 'bewijslastomkering'⁵ was derhalve dat de onrechtmatige gedraging het gevaar voor ongevallen vergroot heeft.

In de jaren negentig van de vorige eeuw heeft deze bewijslastregel een ruimere reikwijdte gekregen. De regel werd voordien bij verkeersovertredingen en bij geschonden veiligheidsvoorschriften op de werkplek toegepast, maar in die tijd kreeg de regel een algemener toepassingsbereik. Immers, ook ten aanzien van de notaris die zijn cliënt niet waarschuwt voor de risico's van een transactie, paste de Hoge Raad deze regel toe, in het befaamde *Dicky Trading II*-arrest:

(...) dat, indien, zoals hier, 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 causale verband tussen die gedraging en de aldus ontstane

-
- 4 Zie onder andere HR 1 november 1974, NJ 1975, 454 m.nt. GJS (*Nicolaye/Grooten*); HR 16 november 1990, NJ 1991, 55 (*Kinderbescherming/Engelen*); HR 1 oktober 1993, NJ 1995, 182 m.nt. CJHB (*Lekkende Kruik III*); HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 m.nt. HJS (*Gouda/Lutz*); C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Bju: Den Haag 2000, nr. 810; Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434a. Een aanzet was al te vinden in HR 5 mei 1961, NJ 1961, 421 (*De Groot/RAGOM*) en in HR 18 december 1970, NJ 1971, 142 m.nt. GJS (*De Brouwer/Van den Besselaar*). Recent wees Rechtbank Arnhem 6 augustus 2008, LJN BE7835 (*Aegon/X.*) nog op deze achtergrond van de 'omkeringsregel', zie r.o. 4.7.
- 5 Zie I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Tjeenk Willink: Zwolle 1999, p. 70-71. Dat het hier om een 'echte' bewijsrisico-omkering zou gaan, werd toen overigens al betwijfeld, zie Asser, *RM Themis* 2000, p. 142. De Hoge Raad stelde echter nog uitdrukkelijk dat de gedaagde moet 'stellen en bewijzen', zie bijvoorbeeld HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 m.nt. HJS (*Gouda/Lutz*); de conclusie van Bakels, sub 2.3, voor dat arrest; de noot van Sniijders onder dat arrest, sub 2d, en de conclusie van Hartkamp, sub 11, voor HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 m.nt. CJHB (*Sint Willibrord/V.*). Nadien is inderdaad gebleken dat het hier een vermoeden betreft, vgl. vooral HR 23 november 2002, NJ 2004, 304 (*TFS/NS*) en NJ 2004, 305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*), en verder bijv. Hoekzema, *NTBR* 2003, p. 238, 240; Asser in zijn noot onder HR 29 november 2002, NJ 2004, 305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*), nr. 14 en 17-18; en Asser-Hartkamp 4-I (2004), nr. 436c. Zie ook Hartlief, *AA* 2003, p. 306. Anders nog: Van Dijk, *TVP* 2003, p. 13, en Lindenbergh, *WPNR* 6580 (2004), p. 435.

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 gedraging zou zijn ontstaan.⁶

Aldus verwerd de gedachte die tot dan toe de uitzondering was, tot een – in elk geval in potentie – zeer algemeen toepasbare regel.⁷ De praktijk, vooral die van de letselschade, had snel door dat er hier kansen lagen en binnen de kortste tijd werd in ongeveer elke zaak van enig gewicht een beroep gedaan op wat op enig omineus moment⁸ de ‘omkeringsregel’ is gaan heten.⁹ Die kansen betroffen natuurlijk de in die regel besloten gelegen tegemoetkoming bij bewijsproblemen die eisers kunnen ondervinden als het om het *condicio sine qua non*-verband gaat. Aantonen wat er gebeurd zou zijn als het gewraakte gedrag niet zou hebben plaats gehad, is immers notoir lastig. Die klif eventueel kunnen omzeilen in een procedure (en de voorafgaande onderhandelingen), is dus een stevige bonus; dat biedt een sterk verbeterde kans op (meer) succes.

5.4 Het besef: deze regel schiet zijn doel voorbij

Doordat de praktijk zich massaal op de ‘omkeringsregel’ stortte, werd eigenlijk al vrij snel duidelijk dat er hier iets gebeurd was dat óf onvoorzien óf alsnog ongewenst was en dus greep de Hoge Raad al snel in, bijvoorbeeld via het arrest *Ter Hofte/Oude Monnik Motors*¹⁰ waarin expliciet wordt

6 HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 m.nt. WMK (*Dicky Trading II*), waarover Giesen 1999, p. 66 e.v. en p. 119 e.v.

7 Zie de conclusie van Hartkamp, sub 11, voor HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 584 nt. CJHB (*Sint Willibrord/V.*); de noot van Sniijders onder HR 24 december 1999, *NJ* 2000, 428 (*Gouda/Lutz*), sub 2a; Asser, *RM Themis* 2000, p. 142; Van Dam 2000, nr. 810; (kritisch) J. Spier, A.T. Bolt, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Handelingen NJV 1996-I, Tjeenk Willink: Zwolle 1996, p. 364, en Asser-Hartkamp 4-I, nr. 434a, die van een regel van algemene strekking spreekt. De regel is o.a. ook toegepast op gevallen van beroving, zie HR 12 januari 1979, *NJ* 1979, 362 m.nt. ARB (*Securicor*), van seksueel misbruik, zie HR 27 februari 1998, *NJ* 1998, 417 (*D.M. K./E.M. K.*), en van inboedelschade na brandstichting, zie HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 584 m.nt. CJHB (*Sint Willibrord/V.*). Deze arresten betroffen steeds kwesties waarbij de schending van een veiligheidsnorm aangenomen kon worden.

8 Zie mijn noot in *AV&S* 2001, p. 151.

9 Of een dergelijke algemene toepassing zich daadwerkelijk zou doorzetten, werd overigens (ook) toen al betwijfeld, zie bijv. Giesen 2001, p. 118-119.

10 HR 19 januari 2001, *RvdW* 2001, 34 (*Ter Hofte/Oude Monnik Motors*).

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 het geval van *Ter Hofte* 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 daarmee betwist dat de motorrijder inderdaad geslipt was en dus werd betwist dat het risico zich verwezenlijkt had. Ter Hofte, die gebruik wenste te maken van de 'omkeringsregel', 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 gewoon de 'normale' hoofdregel van bewijslastverdeling die met zich brengt dat de eiser het causale verband dient te bewijzen.¹¹

Een verdere inperking van de 'omkeringsregel' werd vervolgens geïntroduceerd in twee gelijkkluidende arresten van 23 november 2001, de *Informed consent*-arresten, waarvan ik het eerste arrest (*Ingenhut/St. Gezondheidszorg Oostelijk Zuid-Limburg*) hier kort bespreek.¹² Wat was er aan de hand? De arts had de patiënt, dat stond in casu vast, niet ingelicht over de risico's van een complicatie (een zenuwbeschadiging) die zich bij een polsoperatie zou kunnen voordoen. Dit had de arts wel moeten doen. De operatie werd verder goed uitgevoerd, er werd dus geen kunstfout gemaakt, maar de complicatie deed zich wel voor. Voor de vraag of hier schadevergoeding voor de gewezen patiënt mogelijk was, was van belang of er causaal verband bestond tussen het niet informeren door de arts en de schade. Daarmee was de vraag geworden: zou de patiënt ingestemd hebben met de operatie, indien zij geweten had van de risico's? De patiënt bepleitte in cassatie toepassing

11 Een zelfde soort beperking van 'de omkeringsregel' lag overigens al besloten, zo bleek achteraf, in *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, *NJ* 2001, 433 (*ZA/De Greef*).

12 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 (*Ingenhut*) en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 (m.nt. *JBMV (Niazmandian/Plasmans)*).

van de 'omkeringsregel' ten aanzien van het bewijs van dat causale verband. Dat leek een logische insteek, omdat die regel bij een kunstfout al gebruikt was in eerdere rechtspraak.¹³ De Hoge Raad besliste echter dat de toepassing van die regel hier niet mogelijk is. Ik paraphraseer dat oordeel: de plicht de patiënt in te lichten over de risico's van de voorgestelde behandeling strekt niet ertoe de patiënt te beschermen tegen deze risico's, maar strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven; zodoende kan de zenuwbeschadiging niet worden aangemerkt als verwezenlijking van het risico dat door het tekortschieten (het niet informeren) in het leven is geroepen. Opnieuw wordt dus beslist dat het van belang is aan te geven welk risico geschapen is en of zich dat risico verwezenlijkt heeft.¹⁴

5.5 De teruggang: consolidatie op een beperkt terrein

Op 23 november 2002 besloot de Hoge Raad definitief om de 'omkeringsregel' terug te loodsen naar een beperkter toepassingsgebied. In twee arresten (vrijwel gelijklopend) wordt door de Raad uitgelegd wat hij bedoelt met de 'omkeringsregel'. In het hier te bespreken arrest *TFS/NS*¹⁵ ging het om een ongeval bij het lossen van een tankcontainer op een door TFS gehuurd terrein. Daarbij zijn chemicaliën in de grond gekomen. TFS – die op last van de gemeente de boel had opgeruimd – stelde de diverse ketens in het vervoer aansprakelijk, en toen kwam (uiteraard) de 'omkeringsregel' op de proppen. De Hoge Raad komt vervolgens in drie etappes tot (de toen langverwachte) verduidelijking:

13 Zie HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (*MC Leeuwarden/H.*).

14 Zie de noot van Slabbers onder het *Ingenhut*-arrest in *TvGR* 2002, 21, p. 202. Voor stevige kritiek op die arresten, zie, behalve annotator Vranken: I. Giesen, 'Medische aansprakelijkheid in Nederland: een stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling', in: W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2003, p. 21-24. In HR 29 september 2006, «GJ» 2006/136 (*A/Stichting Gezondheidszorg Oostelijk Zuid-Limburg*) wordt de uitkomst van het besproken arrest bevestigd (r.o. 3.4.2.). In HR 2 februari 2007, *NJ* 2007, 92 (*Juresta/X.*) werd dezelfde regel (geen beroep op de 'omkeringsregel' mogelijk) aanvaard voor een geval van informatieverzuim door een advocaat.

15 HR 23 november 2002, *NJ* 2004, 304 (*TFS/NS*), en van dezelfde datum *NJ* 2004, 305 m.nt. DA (*Kastelijn/Achtkarspelen*).

(i) In de vorenvermelde rechtspraak wordt tot uitdrukking gebracht dat in de daarin bedoelde gevallen op grond van een bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel, een uitzondering dient te worden gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv. (art. 177 oud) in dier voege dat het bestaan van causaal verband (in de zin van: *condicio sine qua non*-verband) tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.

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

(iii) In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending.¹⁶

Zo bleek de eerder besproken beperkende beweging uit het *Ter Hofte*-arrest (toepassing bij specifieke gevaren of risico's), verheven te zijn tot de algemene inperkende norm. De stand van zaken, ik recapituleer, was eind 2002 dus deze dat de 'omkeringsregel' 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 schade 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 normbescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.'¹⁶

Hoe de verdere toepassing van de zo gereconstrueerde 'omkeringsregel' in de praktijk vervolgens zou uitwerken, was daarmee natuurlijk nog niet vastgesteld, want er bleef gezien deze formulering nog voldoende ruimte over voor twijfel over de al dan niet toepasselijkheid van de regel in nieuwe gevallen. Die twijfel zagen we vervolgens ook terug in de rechtspraak die volgde op deze nieuwe standaardarresten.

16 Duidelijk is zodoende ook dat deze regel inderdaad een vermoeden betreft en geen echte omkering van het bewijsrisico, zie hiervoor noot 4.

5.6 Het reilen en zeilen in de recentere rechtspraak

Ten eerste leek uit een arrest van 19 maart 2004¹⁷ te volgen dat de ‘omkeringsregel’ niet (langer) van toepassing zou kunnen zijn bij aansprakelijkheid gebaseerd op een ongeschreven, algemene en niet nader geconcretiseerde zorgvuldigheidsworm (het arrest betreft de algemene zorgvuldigheidsworm van art. 7:453 BW). Deze regel zou alleen nog te gebruiken zijn bij de schending van specifieke (geschreven en/of nader ingekleurde) zorgvuldigheidswormen, zoals gedragsregels in een protocol.¹⁸ Daarmee leek in wezen vereist te worden dat er een verkeers- of veiligheidsnorm geschonden moet zijn om tot het toepassen van de ‘omkeringsregel’ te mogen overgaan.¹⁹ Op die wijze wordt de normaal gesproken algemeen geformuleerde zorgvuldigheidsworm immers specifiek ingekleurd. Dat betekent dan echter ook dat de ‘omkeringsregel’ (nogmaals) ingeperkt is. Omdat de concrete toepassing van elke algemene zorgvuldigheidsworm (niet alleen art. 7:453, maar bijvoorbeeld ook art. 6:74 of art. 6:162 BW) in beginsel loopt via ongeschreven normen die invulling geven aan dat soort algemeen geformuleerde wettelijke normen, is het immers nog maar zeer de vraag in hoeverre de ‘omkeringsregel’ na dit arrest nog bij dergelijke normen toepasselijk zou kunnen zijn.²⁰

Of echter dit idee van ‘specifieke zorgvuldigheidswormen’ wel houdbaar was en is, waag ik te betwijfelen. Ik kom daar nog op terug, maar wijs er hier al op dat ik niet inzie waarom de ‘omkeringsregel’ niet toepasselijk zou kunnen zijn, als algemene lijn, indien er geen expliciete geschreven en gespecificeerde gedragsnorm zoals een protocol aan te wijzen is. De categorische uitsluiting van al die (andere soorten) normen is minstgenomen vreemd. Voldoende zou moeten zijn dat de toepasbare norm door de rechter voldoende geconcretiseerd is en kan worden om de toets of de ‘omkeringsregel’ geldt, te kunnen toepassen; er bestaat geen reden hier onderscheid te maken tussen soorten normen. En die concretisering zal de rechter bij het oordeel over de vraag of er een ongeschreven zorgvuldigheidsworm

17 HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 m.nt. DA (*B./J.*).

18 Zie ook Lindenbergh, *WPNR* 6580 (2004), p. 434-435, en Hartlief/Tjittes, *NJB* 2004, p. 1587.

19 Vgl. reeds Giesen 1999, p. 67-69, en Giesen 2001, p. 116-119, met verdere verwijzingen.

20 Zie ook Hartlief/Tjittes, *NJB* 2004, p. 1587, maar Lindenbergh, *WPNR* 6580 (2004), p. 435, waarschuwt tegen het trekken van te vergaande conclusies.

geschonden is, in beginsel altijd al moeten doorvoeren, hij moet immers de norm als zodanig formuleren, zodat in beginsel bij elke zorgvuldigheidsnorm de vraag naar de toepassing van de 'omkeringsregel' gewoon kan blijven opkomen. Misschien was het daarom handiger of verstandiger geweest van de Hoge Raad om meteen (expliciet) uit te spreken dat de 'omkeringsregel' alleen bij verkeers- en veiligheidsnormen geldt.²¹

De gedachte dat de 'omkeringsregel' tot aanvaardbare proporties teruggebracht moest worden, lijkt ook te volgen uit latere rechtspraak, zoals het *Hertel*-arrest²² van december 2004: verweerders in cassatie zijn de erfgenamen van een ex-werknemer van NDSM die werkte in ruimtes waar ook Hertel werkzaamheden liet verrichten, zoals werk met asbest. Deze ex-NDSM-werknemer overlijdt aan de asbestziekte mesothelioom; hij spreekt Hertel aan tot vergoeding van zijn schade. Naast diverse andere thema's staat ook de causaliteitsvraag ter discussie. Het Hof heeft de 'omkeringsregel' benut, en de Hoge Raad moet de vraag beantwoorden of dat correct is geweest:

'Het hof heeft (...) overwogen dat de geschonden norm ertoe strekt te voorkomen dat personen in de directe nabijheid van de door Hertel verrichte isolatiewerkzaamheden, aan het daarbij verspreide asbeststof zouden worden blootgesteld, aangezien door die blootstelling het risico in

21 Zo ook Lindenbergh, *WPNR* 6580 (2004), p. 435; Van Dijk, *TVP* 2004, p. 67; Hartlief/Tjittes, *NJB* 2004, p. 1587, en Engelhard, *NTBR* 2004, p. 290. Ik merk verder alleen nog op dat er na dit arrest weinig meer expliciet van deze redenering gebruik is gemaakt. Zie echter Hof Den Haag 27 mei 2004, «JOR» 2004/206 m.nt. Van Ravels en Van Andel (*Vie d'Or*), r.o. 10.12 (bij handelen in strijd met algemene zorgvuldigheidsnorm kan de 'omkeringsregel' geen toepassing vinden; vervolgens werd overigens via een 'gewoon' feitelijk vermoeden alsnog causaal verband aangenomen), en het nog te bespreken HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644 (*Vader en moeder/MCL*), dat overigens weer gas terug neemt t.o.v. het hier besproken arrest.

22 HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147 m.nt. CJHB (*Hertel/Van der L.*). Ik ben voorbij gegaan aan HR 18 april 2003, *NJ* 2004, 306 m.nt. DA (*Ace/Fino*); HR 9 april 2004, *NJ* 2004, 308 m.nt. DA (*D./Achmea*); HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422 m.nt. DA (*Provincie Fryslân/Incor*); HR 9 juli 2004, *NJ* 2005, 78 (*AZG/V.*), en HR 19 november 2004, *NJ* 2005, 553 m.nt. DA (*Naus/Van de Beuken*). I.v.m. plaatsgebrek heb ik ervoor gekozen om in plaats van deze arresten vooral enkele latere arresten te bespreken. Aan mijn analyse doen deze 'vroegere' arresten niet af want op basis van deze uitspraken constateerde ik eerder al (zie bijv. zie I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer 2005, p. 205, noot 37) wat ik hierna ook nog zal constateren. Over (delen van) deze rechtspraak nader W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Kluwer: Deventer 2004, nr. 185 e.v.

het leven werd geroepen dat zij een asbestziekte zouden oplopen. Daarmee heeft het hof als zijn oordeel uitgesproken dat door de zojuist omschreven handelwijze van Hertel een specifiek gevaar in het leven is geroepen voor het ontstaan van een asbestziekte bij personen die aan het bij de werkzaamheden van Hertel vrijkomende asbeststof werden blootgesteld, zoals [betrokkene 1], welk gevaar door de normschending van Hertel in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting (...) en is evenmin onbegrijpelijk.'

Het geval betreft een beroepsziekte; ter voorkoming daarvan gelden veiligheidsnormen. Bij schending van dergelijke normen is de 'omkeringsregel' wel te benutten, zelfs als die norm ongeschreven is. Art. 6:162 BW (het ging in dit geval niet om art. 7:658 BW) is natuurlijk een net zo open en algemene norm als de medische zorgvuldigheidsnorm waarvan in het hiervoor besproken arrest nog gezegd werd dat die onvoldoende specifiek genoeg was.²³ Het verschil is mijns inziens dat het in dit laatste geval om een veiligheidsnorm (bij uitstek) ging. Ik zie in elk geval geen andere verklaring voor het verschil in benadering.

Uiteraard hield de toevloed aan cassatiezaken hier niet op. In april 2005 wees de Hoge Raad een volgend arrest, *Aydin/Winterthur*,²⁴ over de bewijslastverdeling bij causaal verband²⁵ waarbij de 'omkeringsregel' opnieuw toegepast werd. Het betrof een ongeval tussen een snorfiets en bromfiets die op een fietspad op elkaar reden. Wie onvoldoende rechts hield was onduidelijk. Wel duidelijk was dat de bestuurder van de bromfiets alcohol gedronken had. Die laatste normschending leidde tot toepasselijkheid van de 'omkeringsregel'. Er was hier immers een (geschreven) verkeersnorm geschonden (art. 8 lid 2 onder b WVV) en deze strekt ertoe verkeersongevallen te voorkomen. Door rijden onder invloed wordt het gevaar van schade voor een ander aanmerkelijk vergroot, en door het enkele feit van de aan-

23 Daarbij merk ik nog op, maar dat ter zijde, dat de vraag gerechtvaardigd is of medische normen niet ook in veel bredere zin (in plaats van: alleen indien geconcretiseerd in protocollen) als veiligheidsnormen te beschouwen zijn, vgl. daarover Giesen 1999, p. 143.

24 HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 284 (*Aydin/Winterthur*).

25 Alleen daarop ziet de 'omkeringsregel', zoals nog buiten twijfel werd gesteld, zie HR 14 oktober 2005, *NJ* 2005, 539 (*City Tax/De Boer*). Vgl. ook HR 19 november 2004, *NJ* 2005, 553 m.nt. DA (*Naus/Van de Beuken*).

rijding heeft het specifieke gevaar waartegen de norm wil beschermen, zich verwezenlijkt, zodat de 'omkeringsregel' geldt. Een terechte beslissing, wat mij betreft.²⁶

In gelijke zin als in *Aydin/Winterthur* (wel toepassen van de 'omkeringsregel') was overigens ook al beslist in september 2004 in de zaak *Stad Rotterdam/Groene Land*,²⁷ waarin de Hoge Raad overweegt (het betrof een ongeval met een bromfiets en een auto):

'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 WVV 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.'

Als we los van de uitkomsten in concreto trachten om deze laatste twee arresten in te passen in de overige rechtspraak tot dan toe, luidt wat mij betreft de conclusie, en dat is in lijn met wat al leek te volgen uit het voorgaande, dat als een geschreven (of ongeschreven) verkeers- of veiligheidsnorm geschonden is, de 'omkeringsregel' in elk geval bruikbaar is.

Of dat dan ook betekent dat deze regel buiten die gevallen van geschonden verkeers- en veiligheidsnormen niet benut kan worden, is overigens vers twee, maar daarover bieden deze arresten op zichzelf geen helderheid. Kenmerkend in dit verband is echter wel dat volgens de Hoge Raad, blijkens een arrest uit oktober 2005, de norm dat een bestuurder zich dient te onthouden van onbehoorlijk bestuur, niet strekt tot het voorkomen van het gevaar van het niet betalen van belastingschulden zodat de 'omkeringsregel' in een dergelijk geval (lees: geen geschonden verkeers- of veiligheidsnorm) niet toepasbaar is.²⁸

26 Deze uitspraak is geheel in lijn met HR 21 oktober 1994, *NJ* 1995, 95 (*IZA/Waarborgfonds*).

27 HR 24 september 2004, *NJ* 2005, 466 m.nt. DA.

28 HR 14 oktober 2005, *NJ* 2006, 30 m.nt. J.W. Zwemmer (*Ontvanger/B.*).

In die lijn past ook nog dat bij een volgende gelegenheid, het arrest *Bildt-pollen/Miedema*²⁹ inzake de schade door koprot van uien (een geval van zuivere vermogensschade), de Hoge Raad besliste – we schrijven inmiddels april 2006 – dat in dat geval niet aan de voorwaarden voor toepassing van de ‘omkeringsregel’ voldaan was, en dat die regel dus niet kan worden benut. Dat was conform de verwachting daar er hier geen veiligheidsnorm in het geding was, zoals dat in eerder besproken zaken wel het geval was.

De algemene lijn wordt mijns inziens nogmaals bevestigd als we deze *Bildt-pollen*-zaak contrasteren met het iets eerder, in november 2005, gewezen *Skeeler*-arrest³⁰ over de skeelerleerling die ten val kwam en een dag later overleed. In dat arrest werd, zonder veel omhaal van woorden, de ‘omkeringsregel’ wel toegepast. Waarin zit dan het verschil? Het ging in dit laatste geval weer om een geschonden veiligheidsnorm, te weten de zorgplicht om bij skeeleren de leerlingen te waarschuwen een helm te dragen. Kortom: als er een geschreven of ongeschreven verkeers- of veiligheidsnorm geschonden is, is de ‘omkeringsregel’ bruikbaar; is dat niet het geval, dan komt die regel ook niet in beeld.

En zo kon het gebeuren dat het niet als een verrassing kwam dat in het *Juresta*-arrest uit februari 2007 het beroep op de ‘omkeringsregel’ afgewezen werd.³¹ Dat was geheel in lijn met het eerder in paragraaf 4 besproken *Ingenhut*-arrest. Daar ging het om een informatieverzuim door een arts, hier om een soortgelijk verzuim door een advocaat. Het verzuim om informatie te delen met een cliënt of patiënt, wordt (zeker sinds dat arrest) niet gezien als een schending van een veiligheidsnorm. Dat enkele feit maakt het wat mij betreft al helder dat conform de ideeën van de Hoge Raad voor de ‘omkeringsregel’ geen plaats kan zijn in deze gevallen, hoewel hier strikt genomen ook betoogd zou kunnen worden dat er een precedent gevolgd werd en dat er daarom negatief beslist werd.³²

29 HR 7 april 2006, *NJ* 2006, 244.

30 HR 25 november 2005, *NJ* 2007, 141 m.nt. CJHB (*Skeeler*).

31 HR 2 februari 2007, *NJ* 2007, 92 (*Juresta/X*).

32 Ik blijf erbij dat de *Ingenhut*-beslissing onjuist is, vgl. Giesen 2003, en I. Giesen, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Kluwer: Deventer 2008, p. 97 in noot 172, hoewel qua resultaat tegenwoordig via de proportionele aansprakelijkheid waarschijnlijk wel een en ander recht te zetten is. Kritisch is ook Van Boom in zijn noot in «JA» 2007/43, die bijv. wijst op het verschil tussen informatieplichten en (verdergaande) waarschuwingsplichten.

Bij arrest van 13 juli 2007 accordeert de Hoge Raad³³ echter opnieuw het gebruik van de 'omkeringsregel' door het Hof in een geval van een brand die ontstond in een kleine slaapkamer nadat daar een noodgeiser (zonder van een mantel te zijn voorzien) laag bij de grond was geplaatst, zulks in strijd met de zogenaamde Voorschriften voor Aardgasinstallaties GAVO 1987. De Hoge Raad overweegt onder andere dat het Hof zijn oordeel (het toepassen van de 'omkeringsregel') heeft gebaseerd en heeft kunnen baseren op schending van (onder meer) die GAVO-voorschriften, welke zonder twijfel als veiligheidsnorm kunnen worden gezien (ze trachten immers brand(wonden) te voorkomen).

Op 7 december 2007 moest de Hoge Raad³⁴ tot slot arrest wijzen in een zaak van vermeende medische aansprakelijkheid (was er tijdig een keizersnede uitgevoerd?), waarin het Hof de regel uit het hiervoor besproken arrest van 19 maart 2004 had gebruikt om de 'omkeringsregel' buiten toepassing te laten. De geschonden norm betreft, aldus het Hof, slechts een nadere invulling van de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 7:453 BW, en dat is onvoldoende voor toepassing van de 'omkeringsregel'. Daar leek op zich wat in te zitten, gegeven het genoemde arrest van de Raad uit 2004 (waarnaar het Hof ook verwezen had), maar dat bleek toch een misvatting. Hier was de algemene norm (blijkbaar) wel degelijk voldoende gespecificeerd doordat in de procedure door de eiser aangegeven was dat het erom ging het gevaar te voorkomen dat het ongeboren kind als gevolg van zuurstofgebrek hersenschade zou oplopen. Uit dit arrest moeten we mijns inziens afleiden dat de gedachte dat de 'omkeringsregel' via de weg van de 'voldoende specifieke zorgvuldigheidsnormen', zoals geïntroduceerd in 2004 in te perken zou zijn, een illusie is gebleken. Ook bevestigt dit arrest dat waar een veiligheidsnorm in het geding is, omkering van de bewijslast (nog steeds) mogelijk is, ook op het vlak van de medische aansprakelijkheid!

5.7 De wenselijke reikwijdte

Is dit dan de uitkomst van een debat dat ruim tien jaar duurde, te rekenen vanaf het *Dicky Trading II*-arrest uit 1996? Namelijk dat we, na diverse omzwervingen, weer helemaal terug bij af zijn, midden in de jaren zeventig

33 HR 13 juli 2007, *RvdW* 2007, 705 (*A./Fortis Corporate Insurance*).

34 HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644 (*Vader en moeder/MCL*).

(van de 20^e eeuw), toen al hetzelfde gold?³⁵ En is dat eigenlijk wel een juiste uitkomst? Vragen te over dus, nog steeds.

In antwoord daarop staat als een paal boven water dat het mogelijke toepassingsbereik van de ‘omkeringsregel’ te ver opgerekt was; daar waren we het met zijn allen wel over eens. In die zin was en is de keuze voor een inperking terecht. Alleen rijzen er dan vragen aangaande de inhoudelijke keuze zoals die gemaakt is, althans lijkt te zijn, en aangaande de route die genomen is om daar te geraken. Ten aanzien van het laatste (de gekozen route) volsta ik er hier mee te constateren dat het er alle schijn van heeft dat de Hoge Raad enig tijd zonder visie, en dus stuurloos, het thema heeft willen beheersen en controleren, zodat men uiteindelijk slechts na bewandeling van enkele stevige omwegen aan de voorlopige eindstreep is geraakt. Dat is treurig, maar wellicht ook te wijten aan ons systeem van rechterlijke rechtsvorming op gevalsbasis, en dus toevalsbasis.³⁶

Ten aanzien van de keuze om de ‘omkeringsregel’ tot veiligheidsnormen en verkeersnormen in te perken, past een dubbel antwoord. Enerzijds valt positief te waarderen dat er wel een poging is gedaan om slachtoffers die in een (te) lastig (bewijs)parket verzeild waren geraakt, vergaand tegemoet te (blijven) komen. Dat dit een betrekkelijk onweerstaanbare drang is, bewijst wat mij betreft overigens ook de opkomst van de proportionaliteit – vooral via het arrest *Nefalit/Karamus*³⁷ – dat in wezen hetzelfde beoogt, namelijk het vinden van een manier om tegemoet te komen aan de ondraaglijke bewijsnood van de eiser ten aanzien van het causale verband,³⁸ terwijl duidelijk is dat er een zorgplicht is geschonden en een sanctie dus in beginsel zou moeten volgen. In de daarin besloten gelegen gedachte van ‘verwezen-

35 Ik constateerde dat al eerder, zie Giesen 2005, p. 204 e.v., en Giesen, *NJB* 2006, p. 521, en zo ook al Hartlief en Rutgers in *AA* 2003, p. 298 e.v. en p. 307 e.v.; Lindenberg, *WPNR* 6580 (2004), p. 433 e.v.; Kortmann, *Oe-A* 2004, p. 180 e.v.; Asser 2004, nr. 185 e.v.; A.J. Verheij, *Onrechtmatige Daad*, Monografie Privaatrecht 4, Kluwer: Deventer 2005, p. 69.

36 Ik herhaal mijn visie op dat punt hier niet, maar constateer enkel dat er momenteel een kans ligt om verloren terrein ‘terug te winnen’ daar de rechtsvorming door de Raad ter discussie staat, vgl. mijn redactioneel in *AVeSS* 2008/3, p. 111.

37 HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328.

38 Zo bijv. ook Klaassen, *NJB* 2007, p. 1346.

lijking van de materiële norm' ligt mijns inziens de ratio³⁹ van zowel de 'omkeringsregel'⁴⁰ als de proportionele aansprakelijkheid.⁴¹

Anderzijds leidt de gemaakte keuze tot de toch wel trieste constatering dat er sinds die jaren zeventig in wezen geen voortgang geboekt is. Ook ben ik van mening dat de keuze van de Hoge Raad om de beperking in de richting van de verkeers- en veiligheidsnormen te zoeken, uiteindelijk niet de meest gelukkige is. Het zou wat mij betreft veel beter zijn geweest om niet aan te sluiten bij de wel of niet aanwezigheid van een verkeers- of veiligheidsnorm of een protocol of iets wat daarop lijkt – bijvoorbeeld omdat ook die insteek weer discussie zal opleveren – maar om in plaats daarvan aan te sluiten bij de ratio van de 'omkeringsregel'.⁴² De bestaansreden, de rechtvaardiging voor deze regel ligt wat mij betreft in, als gezegd, de 'verwezenlijking van de materiële norm'. 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 zorgvuldigheidsnorm 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. Dat moet voor-

39 Over die ratio, zie A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij causaal verband*, Bju: Den Haag 2002, door mij besproken in *RM Themis* 2004, p. 91 e.v. Ik was en ben het grotendeels eens met zijn analyse en ook de rechtspraak lijkt op zijn spoor te zitten, zie HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 (*TF5/NS*) en 305 m.nt. DA (*Kastelijn/Achtkarspelen*), zoals bevestigd in HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 (*B./J.*), en Hammerstein/Schaafsma-Beversluis, *NJB* 2003, p. 501; Van Dijk, *TVP* 2003, p. 9 en 11. Het beperkte verschil van mening tussen Akkermans en mijzelf schuilt hierin dat Akkermans twee 'sporen' of grondslagen ziet die de benodigde inhoudelijke rechtvaardiging voor de 'omkeringsregel' zouden kunnen leveren. Ik zie zelf slechts één spoor, zie uitvoeriger *RM Themis* 2004, p. 91 e.v.

40 Zie Verheij 2005, p. 69; Giesen, *RM Themis* 2004; Akkermans 2002.

41 Zie uitvoeriger Giesen/Tjong Tjin Tai 2008, m.n. hfdst. 4.

42 Dat is geen nieuwe gedachte, zie o.a. mijn bespreking van Akkermans 2002 in *RM Themis* 2004, p. 93. Zie m.b.t. die ratio ook noot 36 hiervoor, alsmede de noot van Asser onder HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305 (*Kastelijn/Achtkarspelen*), nr. 15-16, alwaar hij aangeeft dat in het hier betoogde in zijn algemeenheid de ratio voor een omkering van het bewijsrisico schuilt, maar dat wat hem betreft ten aanzien van de 'omkeringsregel' niet aan die ratio is voldaan. Daarbij gaat het wat hem betreft eerder om de waarschijnlijkheid dat er causaal verband bestaat.

komen worden en daaraan kan de 'omkeringsregel' bijdragen.⁴³ In de woorden van Akkermans: 'Bewijslastomkering is soms een voor de hand liggend middel om de effectiviteit van de betreffende norm te versterken'.⁴⁴

De keuze om via verkeers- en veiligheidsnormen de 'omkeringsregel' nader af te bakenen, kan echter in bepaalde gevallen juist te eng uitpakken. De lakmoesproef is voor mij de casus en de (mijns inziens juiste) uitkomst van het *Dicky Trading II*-arrest: daar was geen veiligheidsnorm geschonden, maar zat de Hoge Raad qua uitkomst goed (bewijslast omgekeerd), en daarmee werd tevens de eerder genoemde ratio van de 'omkeringsregel' ter harte genomen. Naar de huidige stand van het recht zou die uitspraak echter niet meer zo luiden, zo valt te verwachten,⁴⁵ en dat duidt er wat mij betreft ook meteen op dat die huidige stand van zaken niet juist is.⁴⁶

5.8 De huidige betekenis van wat resteert van de 'omkeringsregel'

Wat er verder zij van deze door mij wenselijk geachte afbakening, ons resteert nog de hoofdvraag van deze bijdrage, te weten de vraag naar de huidige betekenis van de 'omkeringsregel' voor de praktijk van de persoonschade. Het antwoord daarop is dat die betekenis wisselend is, namelijk afhankelijk is van het soort norm dat in casu geschonden is. Voor gevallen waarin sprake is van een geschonden verkeers- en veiligheidsnorm, zal de 'omkeringsregel' naar geldend recht nog steeds een handig bewijshulpmiddel zijn, zelfs als de grondslag van de vordering een algemene zorgplicht betreft, omdat die algemene norm altijd nader geconcretiseerd kan en moet worden door de rechter.⁴⁷ Daarbij is het prettig – vanuit het slachtoffer

43 Zie in algemene zin nader Giesen 2001, m.n. p. 449 e.v., met verdere verwijzingen. Wellicht zou langs deze weg tegemoet gekomen kunnen worden aan de behoefte die in de letselschadepraktijk lijkt te bestaan, (uiteeraard) met name aan de kant van de (advocaten van) verzekeraars, aan een meer geclausuleerde toepassing van deze regel, omdat anders de hoofdregel van bewijsrisicoverdeling, namelijk dat de eiser in beginsel het causale verband moet bewijzen, geheel en al verloren zou gaan, hetgeen niet de bedoeling is.

44 Akkermans 2002, p. 128.

45 Zo ook Asser 2004, nr. 187 en nr. 188 op p. 181.

46 Bij geschonden informatieplichten is naar mijn mening aan die ratio voldaan. Of iemand op basis van de informatie op zekere wijze gehandeld zou hebben, is achteraf niet meer vast te stellen. Als de eiser dan toch onverkort de bewijslast zou dragen, zou degene die de betreffende norm schond, nooit aansprakelijk gehouden kunnen worden.

47 Zie nogmaals HR 7 december 2007, NJ 2007, 644 (*Vader en moeder/MCL*).

geredeneerd – dat in gevallen van personenschade (letsel) de geschonden norm veelal als verkeers- of veiligheidsnorm zal hebben te gelden.

Buiten de net genoemde gevallen is de regel echter niet beschikbaar, maar dat zal de meeste personenschadezaken niet direct raken. Mocht dat toch zo zijn, dan wil dat overigens niet zeggen dat het slachtoffer in die zaak bij de pakken neer moet zitten. Het is bijvoorbeeld mogelijk om terug te vallen op de regels van proportionele aansprakelijkheid indien aan de voorwaarden voor toepassing daarvan voldaan is.⁴⁸ Ook kan nog steeds een beroep gedaan worden – dat wordt sinds de introductie van de ‘omkeringsregel’ nog wel eens vergeten⁴⁹ – op de algemene regels van ons bewijsrecht (art. 149 e.v. Rv). Denk aan een beroep op een feitelijk vermoeden, op een aanvullende stelplicht of gemotiveerde betwisting, of op een omkering van de bewijslast op basis van een bijzondere regel of de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 150 Rv. In dat laatste geval gaat het dan uiteraard niet (weer) om die specifieke vorm van bewijslastomkering die ‘omkeringsregel’ heet, maar om een andere bijzondere regel, bijvoorbeeld een omkering gestoeld op het idee dat de wederpartij de bewijsgaring frustreerde en zo de bewijsnood als het ware creëerde.⁵⁰

De boodschap is kortom deze: met het eventueel niet toepasselijk zijn van de ‘omkeringsregel’ houdt het niet op, er is nog van alles mogelijk. Dat was juist ook de les van het ‘Loreley’-arrest.⁵¹ Dat betekent tevens dat uiteindelijk de waarde van de ‘omkeringsregel’ relatief is, zelfs als we moeten vaststellen dat de zaken waarin personenschade speelt, meestal wel zullen kunnen profiteren van die regel. Uit die relativering volgt dan weer dat niemand, en zeker de letselschadeadvocaat niet, zich blind kan en mag staren op de ‘omkeringsregel’, want dan lijdt zijn zaak wellicht ten onrechte schipbreuk. Men moet bedacht blijven op alternatieve scenario’s en (bewijs-) mogelijkheden.

48 Zie nader Giesen/Tjong Tjin Tai 2008, m.n. hoofdstuk 4.

49 Zie specifiek ook in die zin Asser in zijn annotatie die het uitgangspunt van deze beschouwing vormde, onder HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 (*Provincie Fryslân/Incor*), alsmede dat arrest zelf in r.o. 3.4.

50 Zie HR 20 januari 2006, NJ 2006, 78 (*B/Interpolis*).

51 HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 (*Provincie Fryslân/Incor*), r.o. 3.4.

5.9 Slot

Ik rond af. Er bestaan diverse alternatieven binnen het reguliere bewijsrecht, en buiten het inmiddels klemmende kader van de omkeringsregel, om tot een voor het slachtoffer betere uitkomst in personenschadezaken te (kunnen) geraken, ook als de 'omkeringsregel' niet toepasbaar is. Kortom, waar de 'omkeringsregel' lonkt en succes voor het oprapen lijkt te liggen, kan deze zelfde regel ons evenzeer de ogen doen sluiten voor andere opties en zo een nauwelijks te omzeilen klip vormen. Het is dan een klassieke valkuil, net zoals de door Asser in herinnering geroepen Loreley. Het blijft dus behoedzaam laveren en – vergeef mij de te evidente beeldspraak – steeds weer goed overdenken voor welke ankers men zou kunnen gaan liggen.